

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée
13 mars 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Onzième session
New York, 21-25 mai 2007

**Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la
CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux
et de services – projets de textes sur l'utilisation des
accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques
dans la passation de marchés publics**

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	2
II. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres en vertu de la Loi type.	4-40	3
A. Terminologie	5	3
B. Champ d'application des projets de dispositions et approche rédactionnelle	6-8	3
C. Emplacement des projets de dispositions.	9	4
D. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée – Accords-cadres des modèles 1 et 2	10-36	5
Commentaire		
E. Autre approche rédactionnelle possible	37-40	16



I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 65 du document A/CN.9/WG.I/WP.49, dont le Groupe de travail sera saisi à sa onzième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des accords-cadres dans la passation des marchés publics.

2. Cette utilisation était l'un des thèmes dont le Groupe de travail était saisi de sa sixième à sa dixième session. À cette dernière session, il a prié le secrétariat d'élaborer des projets de texte pour examen à sa onzième session sous forme de dispositions générales autorisant le recours à tout type d'accord-cadre. La présente note a été établie conformément à cette demande¹.

3. La présente note et son additif s'inspirent de l'examen des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1 et devrait être lue conjointement avec ces derniers. La section II présente des projets de dispositions sur l'utilisation des accords-cadres, la section III des projets de dispositions sur l'utilisation de systèmes d'acquisition dynamique et la section IV des idées de modifications à apporter en conséquence à la Loi type afin de tenir compte de l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques. Pour les sections III et IV, voir l'additif A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1.

4. Il est rappelé qu'un accord-cadre est une opération visant à assurer la fourniture d'un produit ou d'un service pendant une période donnée. De plus amples détails figurent aux paragraphes 3 à 6 du document A/CN.9/WG.I/WP.44. Il est aussi rappelé qu'un système d'acquisition dynamique, tel qu'il est désigné dans les directives de l'Union européenne² relatives à la passation de marchés, est un processus d'acquisition entièrement électronique autorisé pour des achats d'usage courant. Pour plus de détails, voir le paragraphe 39 du document A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1.

¹ A/CN.9/615, par. 11 et 79 à 81. Le Groupe de travail a noté en outre que parmi les principales questions de fond à examiner figuraient celles de savoir si le cahier des charges pourrait être modifié pendant l'exécution des accords-cadres et si des fournisseurs non parties à l'accord-cadre initial pourraient le devenir après la conclusion du marché-cadre.

² Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, toutes deux accessibles à la date de la présente note à l'adresse suivante:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm

II. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres en vertu de la Loi type

A. Terminologie

5. Les questions de terminologie et d'interprétation des termes sont abordées dans les paragraphes 7 à 9 du document A/CN.9/WG.I/WP.44. Le Groupe de travail est prié d'examiner la question du nom que la Loi type devrait donner aux "accords-cadres" (terme employé dans la version française des directives européennes relatives à la passation de marchés³, ainsi que dans certains systèmes internes). Dans les paragraphes susmentionnés, on avait aussi envisagé des termes qui n'étaient pas étroitement rattachés à un système quelconque comme "accord d'achats périodiques" "accord d'achats récurrents", "accord pour besoins périodiques" ou "instrument de fourniture périodique". Dans l'attente d'une décision sur cette question, et conformément aux notes précédentes sur le sujet, il sera fait référence dans la présente note aux "accords-cadres".

B. Champ d'application des projets de dispositions et approche rédactionnelle

6. La présente section porte sur deux modèles d'accord-cadre:

a) Les accords-cadres du "modèle 1" qui sont très semblables aux marchés classiques. Ils peuvent être conclus avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et fixent le cahier des charges ainsi que les conditions de la passation. Les commandes sont passées en vertu de ces accords sur la base du cahier des charges et des conditions ainsi fixées sans nouvelle évaluation ni remise en concurrence. Ainsi, ce type d'accord-cadre ne se distingue des marchés classiques que par le fait que les articles sont achetés en lots, en vertu de commandes, pendant une période donnée; et

b) Les accords-cadres du "modèle 2" qui sont conclus avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs (première étape de la passation de marchés) et qui fixent le cahier des charges ainsi que les principales conditions de la passation. Ils peuvent laisser certains critères (éventuellement le prix, et normalement les quantités et les délais de livraison) en suspens ou les soumettre à une nouvelle évaluation. Une nouvelle évaluation ou une remise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre est nécessaire pour sélectionner ceux d'entre eux qui exécuteront chacune des commandes passées en vertu de l'accord-cadre (deuxième étape de la passation de marchés). Bien qu'en théorie des accords-cadres de ce type puissent aussi être conclus avec un seul fournisseur qui serait alors invité à surenchérir sur son offre pour une commande donnée, des commentateurs ont indiqué que le risque d'abus était important et, de ce fait, de tels accords-cadres à fournisseur unique ne sont pas visés par la présente note.

7. Dans les projets de dispositions de cette section, ce sont les commandes émises en vertu d'accords-cadres des deux modèles, et non les accords eux-mêmes,

³ Ibid.

qui constituent des marchés⁴ 5. Grâce à cette approche, les deux modèles peuvent être réglementés par une même série de dispositions (voir ci-dessous au point D) ce qui permet:

a) D'assurer la cohérence de la réglementation et d'éviter les redondances sur les points applicables aux deux modèles; et

b) De maintenir l'application des dispositions de la Loi type sur la transparence et l'objectivité ainsi que d'autres mesures de protection jusqu'à la passation des commandes, en d'autres termes pendant toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur l'accord-cadre.

8. Cette approche écarte aussi la nécessité de modifier un certain nombre de dispositions de la Loi type pour tenir compte des accords-cadres dans les méthodes de passation existantes. Les dispositions pertinentes de la Loi type actuelle sont rendues applicables aux accords-cadres par des renvois. Là où il est nécessaire, des dérogations à ces dispositions sont prévues. Pour une autre approche rédactionnelle, voir le point E ci-dessous.

C. Emplacement des projets de dispositions

9. En attendant que le Groupe de travail ait examiné la structure de la Loi type révisée et le point de savoir si les accords-cadres pourraient résulter de procédures de passation selon toutes les méthodes envisagées dans la Loi type, les dispositions relatives aux accords-cadres sont inclues dans la présente note sous forme de trois projets d'articles à insérer dans un projet de section sur les accords cadres au chapitre V (à la suite des procédures relatives à la conduite d'enchères électroniques inversées)⁶. Les projets d'articles seront numérotés de façon définitive une fois la structure du chapitre V arrêtée.

⁴ Les conditions de formation d'un contrat contraignant n'entrent pas dans le champ d'application de la Loi type. Cependant, l'article 2 g) de la Loi type définit comme suit le marché: "le mot 'marché' désigne un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d'une procédure de passation de marché". Selon d'autres dispositions de la Loi type (voir en particulier les articles 34 et 36), un marché ne peut entrer en vigueur qu'une fois toutes les conditions fixées et les fournisseurs sélectionnés. C'est pourquoi les accords-cadres du modèle 1 pourraient (et devraient peut-être) être considérés comme des marchés au sens de l'article 2 g) de la Loi type et dans les conditions énoncées dans les paragraphes 1 et 4 de l'actuel article 36. En ce qui concerne les accords-cadres du modèle 2, si dans certains pays il n'est pas interdit de considérer un accord dont toutes les conditions ne sont pas fixées comme un marché, en vertu de la Loi type, les accords-cadres qui soumettent certaines ou l'ensemble des conditions à une nouvelle évaluation, ne constituent pas des marchés au sens strict.

⁵ Si les accords-cadres étaient traités comme des marchés, la question des commandes entrerait dans l'étape de l'administration des marchés et ne serait donc pas visée par la Loi type. Lors de ses précédentes sessions, le Groupe de travail s'est demandé si le champ d'application de la Loi type devrait être étendu à cette étape. Aucun consensus ne s'est dégagé sur la question, mais selon l'avis qui a prévalu jusqu'à présent, un tel élargissement ne serait pas souhaitable. Voir A/CN.9/590, par. 13, et A/CN.9/595, par. 80 à 86.

⁶ Le Groupe de travail pourrait considérer les accords-cadres comme une technique pouvant être utilisée dans différentes méthodes de passation et non limitée à une méthode particulière, ce qui vaut aussi pour les enchères électroniques inversées (voir A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 3 à 5).

D. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée – Accords-cadres des modèles 1 et 2

10. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se rappeler qu'il avait prié le secrétariat de rédiger les dispositions de manière à prévoir des protections appropriées, notamment contre la corruption ou les atteintes à la concurrence⁷. Il souhaitera peut-être aussi tenir compte des observations de commentateurs selon lesquelles il pourrait être difficile d'assurer une véritable concurrence lorsque des commandes sont émises en vertu d'un accord-cadre du modèle 2⁸. C'est pourquoi les projets de dispositions ci-dessous s'inspirent de systèmes qui envisagent, pour les accords-cadres du modèle 2, une mise en concurrence aux deux étapes de la procédure de passation, à savoir pour la conclusion de l'accord-cadre et pour l'attribution des marchés fondés sur ce dernier⁹, et non de systèmes qui prévoient la mise en concurrence principale dans la deuxième étape, sans véritable mise en concurrence dans la première étape (conclusion de l'accord-cadre proprement dit). Rappelant aussi que l'exécution d'un accord-cadre sur une durée prolongée peut présenter des risques pour la concurrence, les dispositions s'inspirent de systèmes qui limitent leur durée¹⁰. Les sources principales sont donc la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne relative à la passation de marchés publics (art. 1 à 5 et 32) (ci-après la "Directive européenne sur la passation") et les dispositions pertinentes de la Loi type actuelle:

"Section [...]. Accords-cadres

Article [51 *octies*]. Dispositions générales

- 1) L'entité adjudicatrice peut conclure un accord-cadre avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs [, pour une valeur estimative totale supérieure à] [*l'État adoptant indique un montant minimum*] [mais ne dépassant pas] [*l'État adoptant indique un montant maximum*] [le montant fixé dans les règlements relatifs aux marchés]].
- 2) L'accord-cadre énonce les clauses et conditions sous lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs doivent fournir les biens, travaux et services, ainsi que les procédures d'attribution des marchés fondés sur l'accord-cadre. Un accord-cadre n'est pas un marché au sens de l'article 2 g) de la présente Loi.
- 3) Si les clauses et les conditions de l'accord-cadre prévoient une procédure de mise en concurrence pour l'attribution des marchés fondés sur l'accord-cadre, l'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre soit suffisant pour assurer une concurrence véritable lors de l'attribution desdits marchés.

⁷ A/CN.9/615, par. 81.

⁸ Voir, pour plus de détails, le document, A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, par. 41 et 42.

⁹ Pour les accords-cadres du modèle 1, il n'y a pas de remise en concurrence des fournisseurs et entrepreneurs après la première étape, mais l'entité adjudicatrice est tenue de retenir l'offre ou autre soumission au prix le plus faible ou l'offre la plus basse selon l'évaluation ou l'équivalent dans la deuxième étape.

¹⁰ Voir, pour plus de détails, le document A/CN.9/WG.I/WP.44, par. 16 et 17.

4) L'accord-cadre est conclu pour une durée déterminée qui ne doit pas dépasser [...] années [sauf dans des cas exceptionnels eu égard aux biens, aux services ou aux travaux fournis en vertu de l'accord-cadre, où la durée ne doit pas dépasser [...] années. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 de la présente Loi un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier [la prolongation de la durée de l'accord-cadre][la durée prolongée de l'accord-cadre].]

Commentaire et questions à examiner dans le Guide pour l'incorporation

Paragraphe 1

Achats groupés

11. Pour permettre à l'entité adjudicatrice de regrouper ses commandes afin de tirer parti des rabais de volume, soit en passant des marchés conjointement avec d'autres entités adjudicatrices, soit par l'intermédiaire d'une centrale d'achat¹¹, la définition de l'entité adjudicatrice à l'article 2 b) de la Loi type doit être modifiée. Le nouveau libellé ci-après est proposé:

“Les mots ‘entité adjudicatrice’ désignent:

Option I

Tout département, organisme, organe ou autre service public du présent État, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, soit seul, soit conjointement avec d'autres entités adjudicatrices [ou par l'intermédiaire [l'État adoptant peut inclure ici une référence à une centrale d'achat]], sauf...; (et)

Option II

Tout département, organisme, organe ou autre service du (“Gouvernement”, ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'État adoptant la Loi type), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, soit seul, soit conjointement avec d'autres entités adjudicatrices [ou par l'intermédiaire [l'État adoptant peut inclure ici une référence à une centrale d'achat]], sauf...;”

Conditions d'utilisation des accords-cadres

12. Le paragraphe 1 donne à l'État adoptant la possibilité de spécifier la valeur estimative minimale et maximale des marchés pouvant faire l'objet d'accords-cadres, soit dans la Loi type soit dans les règlements. On pourrait aussi aborder la question dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander, d'une part, si une telle disposition serait souhaitable (pour promouvoir la rentabilité et éviter un recours excessif ou inapproprié à cette

¹¹ Ainsi, l'entité qui conclut l'accord-cadre pourrait être différente de celle qui attribue les marchés fondés sur cet accord-cadre (par exemple, dans le cas d'achat de manuels scolaires auprès d'éditeurs désignés par le Ministère de l'éducation suivi d'achats effectués par les circonscriptions ou les établissements scolaires; ou le même cas de figure pour les produits pharmaceutiques destinés aux hôpitaux).

procédure) et, d'autre part, quelles méthodes de passation devraient pouvoir donner lieu à un accord-cadre, comme il est examiné aux paragraphes 18 et 19 ci-dessous¹².

13. Le Groupe de travail estimera peut-être aussi que le Guide devrait donner des précisions sur l'utilisation efficace et appropriée des accords-cadres en prévoyant éventuellement une liste générique des types de passation qui s'y prêteraient ainsi que des études de cas. Il se peut que les accords-cadres se prêtent moins aux importants contrats d'investissements, aux articles très techniques ou complexes, ainsi qu'à la passation de marchés de services complexes, autant de points qui pourraient également être examinés dans le Guide.

Paragraphe 2

14. Le libellé suit l'approche rédactionnelle exposée au paragraphe 7 ci-dessus¹³. Les dispositions de cet article et des articles suivants, selon le contexte, visent l'attribution de marchés fondés sur des accords-cadres à la fois du modèle 1 et du modèle 2.

Paragraphe 3

15. Le libellé tient compte de la pratique selon laquelle les accords-cadres sont souvent conclus avec plusieurs fournisseurs. Afin d'assurer une véritable concurrence, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il faudrait un nombre minimum de fournisseurs pour conclure un accord-cadre du modèle 2. La Directive européenne sur la passation a fixé ce nombre à trois. Une autre possibilité, notamment compte tenu d'un éventuel risque de collusion entre un faible nombre de fournisseurs, serait que le Groupe de travail envisage la règle plus générale énoncée dans le projet d'article ci-dessus pour assurer une véritable concurrence, conformément à l'approche adoptée pour rédiger les dispositions analogues relatives aux enchères électroniques inversées¹⁴.

Paragraphe 4

16. Les accords-cadres sont des systèmes fermés, ce qui signifie qu'aucun fournisseur ou entrepreneur ne peut se voir attribuer de marché en vertu d'un accord-cadre sans être partie à ce dernier. Ils sont fermés aux autres fournisseurs pendant leur durée de validité. Le paragraphe 4 cherche à répondre aux craintes suscitées par cet aspect potentiellement anticoncurrentiel des accords-cadres en limitant leur durée (voir aussi, au sujet de ces craintes, les paragraphes 16 à 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.44). L'attention du Groupe de travail est appelée sur les dispositions de la Directive européenne sur la passation qui limitent la durée d'un accord-cadre à quatre ans dans des circonstances normales (des exceptions étant autorisées dans des cas dûment justifiés). Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de fixer une durée maximum pour les accords-cadres dans la Loi type plutôt que de laisser trancher la question dans le cadre des règlements relatifs aux

¹² Si le Groupe de travail estime qu'il faudrait inclure des montants estimatifs minimums et maximums d'achats pour pouvoir recourir aux accords-cadres, on pourrait aussi tenir compte de l'inflation en prévoyant un indice ou un mode de calcul analogue.

¹³ Voir aussi *supra*, note 4.

¹⁴ Voir dans le document A/CN.9/WG.I/WP.51, les articles 22 *bis* et 51 *quinquies* ainsi que les commentaires s'y rapportant.

marchés ou d'autres règles. Il souhaitera peut-être aussi se demander si une référence explicite à la prolongation ne risque d'être interprétée comme une incitation législative à faire des exceptions.

17. La question de la durée des accords-cadres est étroitement liée à celle de la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'effectuer des achats en dehors de l'accord-cadre, examinée aux paragraphes 24 à 26 ci-dessous dans le contexte du projet d'article 56 *decies*-1. De ce fait, le Groupe de travail voudra peut-être examiner ces deux questions conjointement.

Article [51 *novies*]. Conclusion des accords-cadres

- 1) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de conclure un accord-cadre, elle suit les procédures de la présente Loi applicables à la méthode de passation retenue pour la sollicitation d'offres, de propositions ou de prix (regroupés sous le terme générique de "soumissions" dans la présente section), afin de sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle conclura ledit accord-cadre.
- 2) Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice fournit tous les éléments d'informations requis pour la méthode de passation retenue en vertu de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions, ainsi que les éléments ci-après:
 - a) Une déclaration signalant l'utilisation d'un accord-cadre pour la passation du marché;
 - b) La nature, la quantité estimative, ainsi que le lieu et le moment souhaités pour la livraison des achats envisagés dans l'accord-cadre;
 - c) Le nombre, ou le nombre minimum ou maximum, de fournisseurs ou entrepreneurs devant être parties à l'accord-cadre;
 - d) Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle conclura l'accord-cadre, y compris le coefficient de pondération de ces critères, la façon dont ils seront appliqués pour la sélection, ainsi que le point de savoir si l'attribution des marchés sera fondée sur la soumission au prix le plus bas ou sur celle qui est la plus basse selon l'évaluation;
 - e) Si l'entité adjudicatrice a l'intention de conclure un accord-cadre avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, l'indication que le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) retenus seront classés selon les critères de sélection spécifiés;
 - f) Les clauses et conditions de l'accord-cadre sous lesquelles le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) doivent fournir les biens, les travaux et les services, y compris la durée de l'accord-cadre et:
 - i) La procédure d'attribution des marchés fondés sur l'accord-cadre, en particulier le point de savoir s'il y aura une remise en concurrence;

- ii) En cas de remise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre pour l'attribution des marchés: les critères d'évaluation des soumissions lors de cette mise en concurrence, leur coefficient de pondération, la façon dont ils seront appliqués pour l'évaluation des soumissions, ainsi que le point de savoir si la sélection sera fondée sur la soumission au prix le plus bas ou sur celle qui est la plus basse selon l'évaluation; et
 - iii) Si une enchère électronique inversée doit avoir lieu, les informations supplémentaires mentionnées à l'article [renvoi aux dispositions pertinentes sur les enchères électroniques inversées];
 - g) Le point de savoir si un accord-cadre écrit sera exigé et le mode d'entrée en vigueur;
- 3) À moins que l'entité adjudicatrice ne rejette certaines ou l'ensemble des soumissions en application des articles [12, 12 *bis*; autres renvois] de la présente Loi, elle sélectionne le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle va conclure l'accord-cadre en se fondant sur les critères de sélection devant être spécifiés au paragraphe 2 d) ci-dessus et avise promptement le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) retenus de leur sélection et, le cas échéant, de leur classement.
- 4) L'accord-cadre, soumis aux conditions de la ou des soumission(s) retenue(s), entre en vigueur de la manière spécifiée conformément aux exigences du paragraphe 2 g) ci-dessus.
- 5) L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution de l'accord-cadre de toute manière spécifiée pour la publication des avis d'attribution de marché à l'article 14 de la présente Loi.

Commentaire et questions à examiner dans le Guide pour l'incorporation

Paragraphe 1

18. Le paragraphe 1 autorise la conclusion d'accords-cadres avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux méthodes de passation des marchés spécifiées dans la Loi type. Puisque l'éventuelle restriction de la concurrence est l'un des sujets de préoccupation que soulèvent les accords-cadres lors de leur exécution, le Groupe de travail pourrait estimer qu'un tel accord ne devrait normalement être conclu qu'après une procédure de passation entièrement ouverte afin de permettre une véritable concurrence lors de cette première étape de la passation. D'autre part, au nombre des avantages que présente l'utilisation des accords-cadres on cite souvent la capacité à protéger les sources d'approvisionnement sur des marchés limités et la fourniture rapide et rentable d'articles bon marché, commandés de manière récurrente et urgente, tels que les services de maintenance ou de nettoyage, pour lesquels des procédures d'appel d'offres ouvert pourraient ne pas être financièrement intéressantes¹⁵.

¹⁵ Comme autres exemples, on peut citer l'achat de charbon, de pétrole brut, de médicaments et de manuels scolaires, avec des garanties appropriées dans chaque cas (y compris des conditions de qualité et de concurrence).

19. Si le Groupe de travail estime que les accords-cadres peuvent résulter de procédures de passation des marchés réalisées en suivant toute méthode de passation spécifiée dans la Loi type (dont la méthode principale pour la passation des marchés de services, l'appel d'offres en deux étapes, l'appel d'offres restreint, la sollicitation de propositions, la négociation avec appel à la concurrence, et la procédure de sollicitation de prix, à l'exception peut-être de la procédure de sollicitation d'une source unique), il voudra peut-être fournir des orientations dans le Guide au sujet des types de marchés convenant pour chaque méthode de passation et veiller à ce que le Guide souligne la nécessité d'adopter la procédure la plus concurrentielle en fonction des conditions en présence. Il voudra peut-être aussi se demander si l'appel d'offres en deux étapes, qui est normalement utilisé pour des marchés très complexes ou d'importantes acquisitions d'immobilisations, pourrait convenir.

Paragraphe 2

Dispositions sur la transparence

20. Le paragraphe vise à atteindre les objectifs suivants: premièrement, appliquer les principaux critères de transparence dans la méthode de passation choisie pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs pour l'accord-cadre (comme ceux énoncés aux articles 25, 27, 37 et dans divers articles du chapitre V, et les dispositions de l'article proposé sur les communications dans les procédures de passation des marchés examiné actuellement par le Groupe de travail)¹⁶; deuxièmement, prévoir des dérogations à ces exigences au vu des obligations spécifiques des accords-cadres (voir par exemple, le projet d'article 51 *novies*-2 b) qui fait référence aux quantités estimatives par comparaison avec l'article 27 d), et les alinéas d), f) et g) du projet d'article 51 *novies*-2 qui remplacent les alinéas e), f) et y) de l'article 27); et troisièmement, ajouter d'autres exigences spécifiques aux accords-cadres en matière de transparence. Le Groupe de travail estimera peut-être qu'il est plus rationnel de procéder de cette manière que de modifier d'autres dispositions de la Loi type qui pourraient être applicables (voir également l'approche rédactionnelle adoptée dans cette note et expliquée au paragraphe 8 ci-dessus).

Critères de sélection

21. Les alinéas d) et f) ii) s'inspirent de l'article 27 e) de la Loi type qui exige que le dossier de sollicitation pour la procédure d'appel d'offres spécifie: "Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris toute marge de préférence et tous critères autres que le prix à utiliser conformément à l'article 34-4 b), c) ou d) et leur coefficient de pondération". On trouve des exigences équivalentes pour d'autres méthodes de passation de marchés. Les obligations relatives aux critères de sélection dans les procédures d'appel d'offres sont énoncées à l'article 34-4 b), qui dispose, entre autres, que les "critères (...) seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et (...) seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible". Ces exigences sont sans équivalent dans d'autres méthodes de passation. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si (pour renforcer l'objectivité et la transparence) certaines ou

¹⁶ Voir A/CN.9/WG.I/WP.50, projet d'article 5 *bis* à la suite du paragraphe 4.

l'ensemble des exigences d'objectivité contenues à l'article 34-4 b) devraient être énoncées aux alinéas d) et f) ii) pour les accords-cadres ci-dessus en ajoutant le texte suivant ou un texte similaire: "les critères qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération ou exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible". À la place ou en plus de ces critères, le Groupe de travail pourrait estimer que la Loi type devrait prévoir des exigences de transparence et d'objectivité concernant des critères de sélection pour toutes les méthodes de passation (y compris les accords-cadres), outre les exigences visant les dossiers de sollicitation ou leur équivalent en ce qui concerne les critères de sélection. Enfin, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait d'utiliser une marge de préférence pour les achats réalisés au sein d'un accord-cadre.

Paragraphe 3

22. Le paragraphe s'inspire des articles 34-4 b) et 36-1 de la Loi type. Les renvois actuellement entre crochets concerneront des dispositions de la Loi type qui autorisent l'entité adjudicatrice à rejeter des offres, des propositions, des prix ou des soumissions (voir par exemple les articles 12 et 15). La référence à l'article 12 *bis* vise le projet d'article sur le rejet des offres, des propositions, des prix ou des soumissions au motif qu'ils sont anormalement bas, qui est proposé pour examen par le Groupe de travail à sa onzième session¹⁷.

Paragraphe 4

23. Le paragraphe 4 devrait être lu conjointement avec le paragraphe 2 g) du projet d'article ci-dessus. Ce paragraphe s'inspire de l'approche adoptée dans l'article 13-2 de la Loi type s'agissant du mode d'entrée en vigueur des marchés dans les méthodes de passation autres que la procédure d'appel d'offres. Alors que pour cette dernière la question est régie par l'article 36 (qui exige également l'"acceptation" préalable de l'offre à retenir), dans d'autres méthodes de passation, conformément à l'article 13, le mode d'entrée en vigueur des marchés est notifié aux fournisseurs ou entrepreneurs au début de la procédure de passation. Le Groupe de travail pourrait se demander ultérieurement s'il faudrait mettre en conformité les dispositions relatives à l'acceptation de l'offre à retenir ou d'autres soumissions et celles concernant l'entrée en vigueur du marché.

Article [51 *decies*] Attribution des marchés au titre de l'accord-cadre

- 1) L'entité adjudicatrice peut attribuer un ou plusieurs marchés au titre de l'accord-cadre conformément aux clauses et conditions de ce dernier, sous réserve des dispositions du présent article.
- 2) Aucun marché attribué au titre de l'accord-cadre ne peut l'être à des fournisseurs ou des entrepreneurs qui n'étaient pas initialement parties à l'accord-cadre.

¹⁷ Ibid., par. 43 à 49.

- 3) Au cours du processus d'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre, les parties à cet accord ne peuvent modifier ou changer de manière substantielle une clause ou condition quelconque de l'accord-cadre.
- 4) Si l'accord-cadre est conclu avec un fournisseur ou entrepreneur, l'entité adjudicatrice peut attribuer un marché, sur la base des clauses et conditions énoncées dans l'accord-cadre, au fournisseur ou à l'entrepreneur partie à cet accord en passant une commande [par écrit] à ce fournisseur ou entrepreneur. Le marché, soumis aux clauses et conditions de l'accord-cadre, entre en vigueur lorsque la commande est envoyée.
- 5) Si l'accord-cadre conclu avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur fixe toutes les clauses et conditions nécessaires pour que la passation ait lieu [, et ne prévoit pas de procédure concurrentielle pour l'attribution des marchés], l'entité adjudicatrice peut attribuer un marché en passant une commande [par écrit] au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) les mieux classés en mesure d'honorer le contrat. Le marché, soumis aux clauses et conditions de l'accord-cadre, entre en vigueur lorsque la commande est envoyée. L'entité adjudicatrice avise [par écrit] tous les autres fournisseurs et entrepreneurs parties à l'accord-cadre du nom et de l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) à qui la commande a été envoyée.
- 6) Si l'accord-cadre conclu avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur [ne fixe pas toutes les clauses et conditions nécessaires pour effectuer la procédure de passation] [prévoit une procédure concurrentielle pour l'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre], l'entité adjudicatrice peut attribuer un marché au titre de l'accord-cadre conformément aux procédures suivantes:
- a) L'entité adjudicatrice invite [par écrit] tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre à présenter leurs soumissions pour la fourniture des articles à acquérir;
 - b) L'invitation rappelle les clauses et conditions de l'accord-cadre et énonce les clauses et conditions du marché qui n'ont pas été spécifiées dans celles de l'accord-cadre ainsi que les instructions pour l'établissement des soumissions;
 - c) L'entité adjudicatrice fixe le lieu de présentation des soumissions, ainsi qu'une date et une heure précises qui constituent la date limite pour la présentation des soumissions. Le délai sera suffisamment long pour donner aux fournisseurs et aux entrepreneurs le temps d'élaborer et de présenter leurs soumissions;
 - d) La soumission à retenir est déterminée conformément aux critères énoncés dans l'accord-cadre;
 - e) Lorsqu'une enchère électronique inversée est organisée, l'entité adjudicatrice se conforme aux règles régissant l'enchère énoncées à l'article [renvoi aux dispositions pertinentes];
 - f) Sans préjudice des dispositions de l'article [renvoi adéquat aux dispositions sur l'attribution des marchés par enchère électronique inversée] et sous réserve des articles [12, 12 bis et d'autres références appropriées] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte la (les)

soumission(s) à retenir et avise promptement [par écrit] le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché qu'elle accepte sa (leurs) soumission(s). L'entité adjudicatrice communique également [par écrit] à tous les autres fournisseurs et entrepreneurs parties à l'accord-cadre le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) dont la (les) soumission(s) a ou ont été acceptée(s) et le prix du marché;

g) Le(s) marché(s), soumis aux conditions de(s) la soumission(s) retenue(s), entre(nt) en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est envoyé au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché.

7) Lorsque le prix à payer conformément à un marché conclu en vertu des dispositions de la présente section dépasse [l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant dans les règlements en matière de passation des marchés], l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché en accord avec les modalités qui ont été spécifiées pour la publication des avis d'attribution des marchés dans l'article 14 de la présente Loi. L'entité adjudicatrice publie également, de la même manière, des avis [trimestriels] de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre.

Commentaire et questions à examiner dans le Guide pour l'incorporation

Paragraphe 1

24. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si l'entité adjudicatrice doit effectuer tous les achats des articles visés dans l'accord-cadre par le biais de cet accord. En pratique, l'entité adjudicatrice n'est généralement pas soumise à une telle obligation, même en vertu d'un accord-cadre du modèle 1, et ce pour lui permettre d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix si, par exemple, les circonstances du marché évoluent et que de meilleures offres existent en dehors de l'accord-cadre¹⁸. Dans sa formulation actuelle, le paragraphe 1 offre la souplesse voulue à l'entité adjudicatrice.

25. D'autre part, la possibilité que les fournisseurs fassent une remise sur leurs prix pour accorder aux entités adjudicatrices le meilleur avantage commercial peut souvent dépendre du point de savoir si lesdits fournisseurs comptent recevoir un nombre de commandes suffisant au titre de l'accord-cadre pour justifier ces remises, au moins dans la limite des quantités estimatives (minimales et maximales) qui y sont indiquées¹⁹. Si les entités adjudicatrices sont libres d'acheter les articles concernés en dehors de l'accord-cadre, et le font de manière régulière, la confiance des fournisseurs risque d'être érodée.

26. En conséquence, le fait d'autoriser ou non les entités adjudicatrices à acheter en dehors de l'accord-cadre peut engendrer des coûts et des avantages réels et

¹⁸ Une autre possibilité est d'autoriser des dispositions prévoyant une mise à jour technologique, mais ces dispositions risquent de ne pas être compatibles avec les exigences de spécifications précisées dans les accords-cadres classiques. Lorsque des spécifications générales sont utilisées, par exemple dans certains types de listes de qualification permanentes, de telles dispositions sont envisageables.

¹⁹ Voir A/CN.9/WG.I/WP.44, par. 11 à 15, pour un examen des avantages potentiels des accords-cadres, y compris l'efficacité et la sécurité de l'approvisionnement.

potentiels. Le Groupe de travail pourrait formuler sa position sur cette question en tenant compte des coûts et avantages éventuels et du type de marché en cause.

Paragraphe 3

27. Ce paragraphe et ceux qui suivent ont été rédigés dans l'idée qu'aucune modification substantielle des clauses et conditions de l'accord-cadre énoncées au début de la procédure de passation de marché ne pourra être apportée à un stade ultérieur. Cette approche restrictive correspond à un système d'accord-cadre fermé. Permettre la modification des critères d'évaluation ou des spécifications lors de l'attribution des marchés au titre d'un accord-cadre pourrait entraîner des abus comme le favoritisme si l'entité adjudicatrice venait à adapter les critères aux besoins d'une certaine partie à l'accord-cadre et accentuer encore plus les éventuels effets anticoncurrentiels de ce dernier²⁰.

Paragraphes 4, 5 et 6

[par écrit]

28. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions pertinentes devraient exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle exécute les mesures considérées, telles que la passation de commandes ou l'envoi des invitations ou des notifications aux fournisseurs et entrepreneurs, par écrit (à savoir, sur papier ou électroniquement) et non par téléphone ou de toute autre manière verbale. Une telle exigence explicite apparaît, par exemple, dans la Directive européenne sur la passation. La question pourrait être examinée en rapport avec l'article 5 *bis* sur les communications dans la passation des marchés, qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.50 (à la suite du paragraphe 4) (dont le Groupe de travail sera également saisi à sa onzième session).

Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

29. Le Groupe de travail pourra noter que les dispositions en question reflètent les dispositions équivalentes pour la procédure d'appel d'offres et non l'approche plus souple adoptée pour d'autres méthodes de passation de marché à l'article 13. Le paragraphe 6 g) suit la formulation de l'article 36-4, qui traite de l'entrée en vigueur d'un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée. La question de savoir s'il s'agit en l'occurrence d'une présentation exacte de la source des clauses et conditions du marché pourrait également être abordée par le Groupe de travail lorsqu'il étudiera ultérieurement l'article 36 et les dispositions équivalentes pour d'autres méthodes de passation. (voir également le paragraphe 23 ci-dessus concernant l'éventuelle nécessité de mettre en conformité les dispositions sur l'acceptation de l'offre à retenir ou d'une autre soumission et celles concernant l'entrée en vigueur du marché dans l'ensemble de la Loi type).

²⁰ On peut estimer que ces risques sont sensiblement plus élevés dans des accords-cadres fermés que dans des systèmes d'acquisition dynamique ouverts où un nombre illimité de fournisseurs potentiels sont autorisés à entrer en concurrence pour l'attribution d'un marché particulier. Voir A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1.

Paragraphes 5 et 6

Obligation de décider d'emblée si l'accord-cadre à fournisseurs multiples sera un accord-cadre du modèle 1 ou du modèle 2

30. Ces paragraphes sont formulés de telle manière que l'entité adjudicatrice ne peut pas procéder à une nouvelle mise en concurrence lors de la deuxième étape de la passation à moins que les clauses et conditions de l'accord-cadre énoncées dans un avis de sollicitation conformément au projet d'article 51 *novies*-2 f) ci-dessus ne préconisent une telle procédure d'attribution, et, inversement, que l'entité adjudicatrice ne peut attribuer un marché sans mise en concurrence si les clauses et conditions de l'accord-cadre en prévoient une lors de la deuxième étape. Une autre formulation possible serait d'autoriser l'entité adjudicatrice à décider après la première étape d'organiser ou non une mise en concurrence lors de la deuxième étape (à condition qu'une telle possibilité ait été retenue dès le début de la procédure de passation selon les clauses et conditions de l'accord-cadre figurant dans l'avis de sollicitation). Le Groupe de travail pourrait examiner si d'éventuels risques d'abus pourraient l'emporter sur les avantages offerts par une plus grande souplesse.

Possibilité de concurrence dans les mêmes conditions

31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander i) si la première phrase du paragraphe 5 du projet d'article devrait contenir le texte entre crochets et ii) lequel des textes entre crochets, voire les deux (avec la conjonction appropriée), devrait demeurer dans le chapeau du paragraphe 6. La décision dépendra de la position adoptée par le Groupe de travail concernant la possibilité d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape, même si toutes les conditions ont été énoncées dans l'accord-cadre à fournisseurs multiples, sous réserve qu'une telle possibilité ait été retenue dès le début de la procédure de passation (voir par. 30 ci-dessus). À cet égard, l'attention du Groupe de travail est appelée sur les dispositions de la Directive européenne sur la passation qui prévoient une telle possibilité (voir art. 32-4, deuxième tiret).

Paragraphe 6

32. Le paragraphe 6 énonce les procédures qui devront être suivies lors de la deuxième étape de la mise en concurrence. Cette dernière procédure ressemble à la procédure d'appel d'offres, à l'exception du fait qu'aucune sollicitation ouverte n'est organisée; seuls les fournisseurs parties à l'accord-cadre sont avisés des attributions à venir. Si une enchère électronique inversée a lieu, des dispositions additionnelles sur ces enchères seront applicables et c'est pourquoi des renvois à ces dispositions ont été insérés.

33. L'approche adoptée dans la formulation des dispositions pertinentes, qui ne permet pas lors de l'étape ultérieure de modifier sensiblement les clauses et conditions de l'accord-cadre énoncées au début de la procédure de passation (voir par. 27 ci-dessus), empêchera l'entité adjudicatrice d'organiser lors de la deuxième étape de la mise en concurrence des procédures similaires à l'appel d'offres en deux étapes (art. 46-4) ou au processus de négociation avec appel à la concurrence (art. 49) qui permettent toutes deux que des modifications substantielles soient apportées aux spécifications et aux critères d'évaluation.

34. Il ressort implicitement des dispositions du paragraphe 6, qui exigent que tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre soient invités à présenter des soumissions lors de la deuxième étape, que tous les fournisseurs admis à l'accord devraient être en mesure d'exécuter la totalité du marché concerné afin que la portée de l'accord soit effectivement limitée à un type ou à un groupe d'article(s) que tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre sont capables de fournir. Dans certains pays, on conclut des accords-cadres de plus vaste portée afin de prévoir une liste d'articles que les fournisseurs ou entrepreneurs ne seront pas tous en mesure de fournir ou s'il apparaît à l'évidence qu'un seul fournisseur ne pourra pas satisfaire à toutes les exigences de l'entité adjudicatrice. C'est pourquoi il pourrait être avantageux pour l'entité adjudicatrice de pouvoir choisir le ou les article(s) requis et d'inviter uniquement les fournisseurs qui peuvent fournir ces articles ou une combinaison d'articles à entrer en concurrence. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la Loi type devrait prévoir des accords-cadres de vaste portée ou de portée limitée, compte tenu de la nécessité d'assurer une concurrence véritable et du fait que l'un des principaux objectifs et intérêts des accords-cadres est de garantir les approvisionnements. Si le Groupe de travail estime que seuls les accords-cadres de portée limitée devraient être autorisés, il pourrait examiner si l'article 27 h) (qui prévoit un appel d'offres partiel) devrait être exclu dans le cas des accords-cadres et si des garanties de soumission pourraient être exigées. S'il souhaite prévoir des accords-cadres de plus large portée, il voudra peut-être envisager comment l'entité adjudicatrice pourrait limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à entrer en concurrence lors de la deuxième étape.

Paragraphe 7

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quels cas la publication d'un avis d'attribution de marché au titre de l'accord-cadre devrait être exigée, eu égard en particulier au montant payable au titre du marché en question.

36. Le Groupe de travail pourrait peut-être aussi se demander si le fait d'exiger en outre la publication d'avis publics préalables sur les marchés prévus pourrait renforcer les contrôles et examens nécessaires et permettre d'obtenir des marchés d'un meilleur rapport qualité-prix (par exemple, en permettant aux entités adjudicatrices d'avoir connaissance de meilleures possibilités et d'acheter en dehors de l'accord-cadre. (Voir cependant les paragraphes 24 à 26 ci-dessus pour les questions relatives aux achats en dehors de l'accord-cadre.)

E. Autre approche rédactionnelle possible

37. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager une autre approche rédactionnelle possible, par exemple en réglementant séparément les marchés-cadres du modèle 1 et les accords-cadres du modèle 2 afin de mettre en évidence la plus grande simplicité de ces derniers. Alors que les marchés-cadres à fournisseur unique du modèle 1 sont suffisamment couverts par les dispositions existantes de la Loi type, le fait de réglementer séparément les accords-cadres à fournisseurs multiples du modèle 1 obligerait à modifier un certain nombre de dispositions de la Loi type.

38. Tout d'abord, l'article 2 g) de la Loi type, qui définit un marché, devrait être modifié pour prévoir la possibilité de conclure des marchés avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur. Les dispositions pourraient être libellées comme suit:

“Le mot ‘*marché*’ désigne un contrat conclu entre une ou plusieurs entités adjudicatrices et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs à la suite d'une procédure de passation de marché²¹.”

39. En outre, et en rapport avec ce qui vient d'être dit, pour permettre aux entités adjudicatrices d'accepter plus d'une offre ou son équivalent, les références faites dans l'ensemble de la Loi type à l'offre ou à la proposition à retenir ou acceptée, à la meilleure offre définitive et à l'offre au prix le plus bas, ou au fournisseur ou entrepreneur qui les soumet devraient être mises au pluriel dans un certain nombre d'articles, comme les articles 11, 27 e), 34-4 b), 36, 38 à 44 et 46 à 50, en fonction du contexte.

40. Deuxièmement, des modifications devraient être apportées dans l'ensemble du texte actuel de la Loi type pour prévoir des procédures adéquates de transparence, de contrôle et d'examen. Des garanties appropriées devraient être intégrées dans la Loi type pour faire en sorte: premièrement, que les procédures d'attribution des commandes au titre des marchés-cadres à fournisseurs multiples soient communiquées aux fournisseurs au début de la procédure de passation des marchés; et deuxièmement, que les fournisseurs parties à l'accord-cadre aient les moyens de vérifier que ces procédures ont été vraiment respectées (en exigeant, par exemple, qu'une fois les commandes passées, les fournisseurs parties à l'accord-cadre soient avisés des commandes passées et auprès de qui elles l'ont été). Si le fait d'inclure dans la Loi type l'obligation d'indiquer dès le début de la procédure de passation les procédures d'attribution des commandes au titre du marché-cadre ne posait pas de problèmes (moyennant des ajouts à l'article 27 et aux articles équivalents réglementant d'autres méthodes de passation), il pourrait être plus difficile de prévoir un contrôle et un examen efficaces étant donné que les dispositions correspondantes seraient ensuite appliquées à l'étape d'administration du marché²². En outre, la question se poserait de savoir pourquoi d'autres marchés à long terme ou importants ne seraient pas soumis à des dispositions similaires lors de l'étape de l'administration des marchés. Le Groupe de travail n'a pas encore décidé si la Loi type devrait réglementer cette étape de la passation²³.

²¹ Cette définition modifiée permettrait de conclure un marché avec plus d'un fournisseur même dans d'autres situations que les marchés-cadres. Si le Groupe de travail estime que les entités adjudicatrices ne devraient pas avoir la possibilité d'accepter plus d'une offre et de conclure d'une manière générale des marchés-cadres à parties multiples autrement que dans le contexte des accords-cadres, l'expression “dans le cas d'accords-cadres” pourrait être insérée dans la définition à l'endroit approprié.

²² Voir note 5, *supra*.

²³ Ibid.