

**Assemblée générale**

Distr. limitée
29 octobre 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Dix-septième session
Vienne, 7-11 décembre 2009**

**Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la
CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux
et de services – texte révisé de la Loi type**

Note du Secrétariat

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 8 à 90 du document A/CN.9/WG.I/WP.70, dont celui-ci est saisi à sa dix-septième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics.
2. À sa seizième session, le Groupe de travail a examiné des propositions concernant une nouvelle méthode de passation, qu'il était proposé de baptiser "sollicitation de propositions avec dialogue compétitif". Il est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d'une grande partie du texte, et a prié le Secrétariat de revoir les dispositions pour les aligner sur le reste de la Loi type. Il l'a aussi prié d'apporter des modifications dans l'ensemble du projet de loi type révisée, en particulier dans les dispositions du chapitre premier concernant le procès-verbal de la procédure de passation de marché, la confidentialité, les critères d'évaluation, la publication des avis d'attribution de marché, la clarification et la modification du dossier de sollicitation, les demandes de manifestation d'intérêt et l'abandon de la passation, pour examen à une date ultérieure (A/CN.9/672, par. 13).
3. À sa quarante-deuxième session, la Commission a examiné le projet de loi type révisée élaboré à l'issue de la seizième session du Groupe de travail, et a noté que la Loi type révisée n'était pas encore prête à être adoptée à cette session.



S'agissant du chapitre premier, elle a noté que, si la plupart des questions avaient été réglées, certaines restaient en suspens. La Commission n'a pas eu suffisamment de temps pour examiner les autres chapitres du projet de loi type révisée. Elle a prié le Secrétariat d'élaborer des propositions de textes concernant les questions en suspens pour que le Groupe de travail les examine. Afin de faciliter l'élaboration de ces propositions, elle a également appuyé l'organisation de consultations informelles intersessions, en insistant sur le fait qu'il importait d'y assurer une représentation géographique et une participation aussi larges que possible (A/64/17, par. 281 et 283).

4. À cette fin, le Secrétariat a sollicité des avis écrits auprès du plus grand nombre possible de personnes, et a tenu une série de réunions avec des experts dans diverses régions.

5. La présente note est soumise conformément aux demandes formulées par la Commission et le Groupe de travail à leurs dernières sessions. Elle résume les conclusions des consultations informelles intersessions et contient une version du projet de Loi type révisée qui reflète les délibérations de la Commission et du Groupe de travail et qui, lorsque les personnes consultées sont parvenues à un consensus, intègre les conclusions des consultations, afin que le Groupe de travail puisse les examiner.

6. Conformément à la décision adoptée lors de la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 280), les documents de sa dix-septième session sont affichés sur le site Web de la CNUDCI, à mesure qu'ils sont disponibles dans les différentes versions linguistiques.

II. Conclusions des consultations intersessions

7. Les consultations intersessions ont porté sur un certain nombre de questions ou de sections du projet de loi type révisée, à savoir: chapitre I (principes généraux) du texte dont la Commission était saisie à sa quarante-deuxième session (version de juillet 2009); utilisation de méthodes de passation autres que l'appel d'offres, et proposition d'une nouvelle méthode reposant sur des négociations ou sur un dialogue (voir par. 2 ci-dessus); utilisation de facteurs socioéconomiques comme critères d'évaluation ou de qualification et limitation de la passation aux fournisseurs nationaux pour des raisons de politique générale; et chapitres V à VII de la version de juillet 2009 (relatifs aux enchères électroniques inversées, aux accords-cadres et aux recours respectivement). Les consultations ont également brièvement porté sur les questions découlant de la décision de principe de faire entrer les marchés de la défense dans le champ d'application de la Loi type révisée. Les conclusions de ces consultations sont présentées au Groupe de travail pour examen.

A. Chapitre I

8. Pour ce qui est du chapitre premier, les personnes consultées ont examiné le mandat, défini par la Commission, visant dans la mesure du possible à la simplification et à l'uniformisation de la Loi type, tâches qui pourraient avoir des incidences importantes sur les États ayant adopté une législation fondée sur le texte

de 1994. Il a été généralement convenu que la restructuration destinée à rendre la Loi type plus facile d'utilisation et à promouvoir les meilleures pratiques aiderait considérablement les utilisateurs du texte, mais qu'elle devrait se limiter au nécessaire. Par exemple, le chapitre premier devrait traiter des principes de nature générale; en revanche, il était normalement préférable d'énoncer les principes s'appliquant à une seule méthode dans les dispositions qui régissaient ladite méthode. En outre, il a été noté qu'il importerait de régler les questions terminologiques pour que le texte révisé soit compris et puisse être appliqué et utilisé comme prévu, et qu'il serait extrêmement utile, à ceux qui appliqueraient la version révisée, de présenter les changements apportés au texte de 1994 dans un tableau ou sous une forme similaire.

9. À cet égard, toutes les personnes consultées sont convenues que les dispositions de l'article 7 dans la version de juillet 2009 (relatives au choix de la méthode de passation) n'occupaient pas une place suffisamment importante dans le texte, et que la structure du texte de 1994, où le chapitre II était entièrement consacré à ce sujet, était peut-être plus facile à comprendre. Il a été tenu compte de cette observation dans le texte révisé qui est présenté au Groupe de travail à la session en cours (projet de chapitre II, voir document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2).

10. D'autres suggestions reflétant le consensus dégagé parmi les personnes consultées ont été faites aux articles 2, 6, 8, 10 à 12, 16, 17 et 20 à 23 (les principaux changements sont signalés dans les notes de bas de page correspondantes).

B. Chapitre II

11. Pour ce qui est de l'utilisation de méthodes de passation autres que l'appel d'offres, le texte devrait, selon le consensus qui s'est dégagé, être rédigé de manière à offrir une "boîte à outils" comme en est convenu le Groupe de travail, et ce en conservant, dans le projet de chapitre II, l'approche du texte de 1994 qui consiste à exiger que l'utilisation de méthodes autres que l'appel d'offres soit justifiée. Il faudrait, a-t-on insisté, se garder de formuler des conseils et des procédures trop prescriptifs, de sorte que les entités adjudicatrices puissent exercer un pouvoir d'appréciation approprié pour choisir les méthodes de passation. Il a également été convenu que le choix devrait être lié à la réalisation des objectifs du système de passation, tels qu'ils étaient prévus dans le préambule de la Loi type. Ces observations ont été prises en compte dans le chapitre II, proposé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2. Il a été souligné qu'il fallait veiller à l'existence de capacités adéquates pour l'utilisation des diverses méthodes de passation (question qui serait examinée dans le Guide).

12. Il a aussi été proposé que, pour la présentation des dispositions de la Loi type, on parte des différentes méthodes de passation, mais que le Guide pour l'incorporation (dont les commentaires seraient essentiels pour promouvoir l'approche "boîte à outils") traite la question du choix en partant de situations communes (marché normal, complexe, simple ou de faible valeur, et situation normale ou situation d'urgence résultant ou non d'un événement catastrophique).

13. On a insisté sur la transparence du processus décisionnel et il a été suggéré que la décision concernant le choix de la méthode utilisée soit consignée

dans l'avis de marché. Une disposition formulée dans ce sens contribuerait également à ce que toute contestation de la décision concernée soit formée dès le début de la procédure, de sorte qu'elle perturberait le moins possible cette dernière. Cette proposition a été faite vers la fin du processus de consultation et n'a par conséquent pas été examinée par une majorité des personnes consultées. Elle n'a donc pas été intégrée au projet de texte dont est saisi le Groupe de travail, mais lui est présentée pour examen.

14. Le nombre de méthodes de passation figurant dans la Loi type a été examiné, et on a estimé qu'il y aurait des chevauchements entre les méthodes disponibles et que certaines d'entre elles pourraient être considérées comme optionnelles. Le Guide devrait par conséquent orienter les États adoptants lorsqu'ils élaboreront leur législation nationale pour ce qui est des considérations de principe s'appliquant au choix des méthodes de passation, compte tenu des conditions d'utilisation de ces dernières. Il pourrait également les aider à rédiger des directives internes pour l'utilisation des différentes méthodes. D'un autre côté, les méthodes superflues devraient être éliminées.

C. Chapitre IV

15. Les consultations ont également fait apparaître de nombreux avis concernant l'utilisation de l'appel d'offres restreint (pour lequel trois options ont été présentées au Groupe de travail à sa seizième session et à la Commission à sa quarante-deuxième session (voir l'article 34 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3, qui prévoyait deux variantes d'appel d'offres restreint et une procédure d'appel d'offres avec présélection)). Les personnes consultées ont estimé que la présélection ne devrait constituer une étape obligatoire dans aucune méthode de passation, mais également que le recours à la présélection dans une procédure d'appel d'offres ouvert serait incompatible avec le caractère ouvert de cette procédure, telle qu'envisagée dans la Loi type. C'est pourquoi la méthode devrait être conçue comme une alternative à l'appel d'offres ouvert, à savoir l'appel d'offres restreint. Cette approche a été suivie dans le projet de chapitre IV du texte révisé (présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4).

16. La question de la publication d'un avis avant le lancement d'un appel d'offres restreint a été longuement discutée, en relation avec les conditions d'utilisation énoncées dans le texte de 1994 et du point de vue de l'utilité des avis mêmes¹. Il a été convenu que les conséquences de la publication d'un avis devraient être claires. Si l'avis n'avait pas de conséquence juridique claire, par exemple parce que la décision concernée ne pouvait en fait être contestée, il n'aurait probablement guère d'utilité non plus. Certains ont estimé que la publication d'avis dépourvus de conséquences juridiques constituerait une obligation lourde pour les entités adjudicatrices qui n'avaient pas recours à la passation électronique de marchés. D'autres au contraire étaient d'avis que le maintien de cette obligation permettrait

¹ Ces conditions sont les suivantes: soit que l'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, soit que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

de contrôler soigneusement la procédure, de contester effectivement l'utilisation de la procédure d'appel d'offres restreint pour le deuxième motif, éventuellement de revoir les mauvaises pratiques au sein d'une entité adjudicatrice dans le cadre d'une contestation au niveau politique avant l'attribution d'un marché, et de constituer une trace papier aux fins d'audit.

17. D'autres encore ont estimé que le problème ne tenait en réalité pas à la publication d'avis, mais au fait que le deuxième motif d'utilisation de la procédure d'appel d'offres restreint devrait être supprimé du texte.

18. Le projet de loi type révisée dont est saisi le Groupe de travail suit donc la formulation de 1994, et exige qu'un avis soit publié avant le début de la procédure d'appel d'offres restreint, en attendant que le Groupe de travail se prononce sur le sujet.

19. Il a en outre été fait remarquer que l'utilité des avis avait suscité des questions similaires en ce qui concerne la deuxième étape de la procédure d'accord-cadre comportant une remise en concurrence et d'autres méthodes de passation. Certaines des personnes consultées ont estimé qu'il suffirait peut-être, aux fins du contrôle de la procédure, de publier des avis d'attribution de marché, dans les cas où les avis publiés au début d'une procédure n'auraient pas de conséquences juridiques réelles, alors que pour d'autres, les avis postérieurs à l'attribution intervenaient trop tard. Les personnes consultées sont convenues qu'une approche cohérente serait appropriée, de sorte que le projet de texte révisé prévoie la publication d'un avis avant toute passation, sauf si des considérations particulières telles que la protection d'informations classifiées ou les situations d'urgence en déterminaient autrement. Il a été tenu compte de cette position dans le projet de texte révisé, sauf en ce qui concerne la procédure de demande de prix. S'agissant de cette dernière, aucun consensus n'a pu être trouvé concernant la publication d'un avis.

20. Toutes les personnes consultées sont convenues que la proposition figurant dans la version de juillet 2009 concernant une méthode d'appel d'offres "à deux enveloppes" (article 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3) devrait être supprimée. Bien qu'il ait été noté que la méthode se fondait sur l'article 42 de la Loi type de 1994 (et que le contenu de l'article avait été conservé), il a été estimé que les dispositions relatives à d'autres méthodes de passation (telles que la demande de propositions) permettraient l'évaluation séparée des aspects techniques et financiers envisagée dans cette méthode. Cette opinion a été prise en compte dans le projet de texte révisé.

D. Chapitre V

21. Pour ce qui de la passation de marchés reposant sur des négociations ou un dialogue, les consultations ont débouché sur de nombreuses propositions rédactionnelles, qui ont été prises en compte dans le chapitre V du projet de texte révisé, contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5. L'attention du Groupe de travail est appelée, en particulier, sur les commentaires figurant dans l'introduction au chapitre, qui mettent en exergue les questions en suspens et la question de la cohérence pour ce qui est de réglementer: i) certains aspects procéduraux dans toutes les procédures de demande de propositions (demande de propositions avec dialogue, avec négociations consécutives et sans négociations);

ii) la mesure dans laquelle les critères d'évaluation et les descriptions (y compris les spécifications) pourraient être modifiés dans l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec ou sans dialogue et négociations; et iii) les procédures de présélection dans les procédures de demande de propositions et d'appel d'offres restreint. **Le point de savoir dans quelle mesure les critères d'évaluation et les descriptions (y compris les spécifications) pourraient être modifiés dans diverses méthodes de passation est un domaine dans lequel les consultations ont révélé des divergences d'opinion importantes.**

22. Une autre question sur laquelle il y a eu des divergences d'opinion est celle de la relation entre les méthodes fondées sur le dialogue et la planification des marchés. Certains ont estimé que ces méthodes ne devraient pas se substituer à une planification efficace, notamment à la réalisation d'études de marché et de faisabilité; d'autres étaient d'avis que l'interaction avec le marché pourrait s'inscrire dans un "processus consultatif à plusieurs étapes", qui avait pour objet d'encourager les fournisseurs à participer à la communication des renseignements qui faciliteraient la rédaction d'une description générique du marché envisagé. Il a été dit que ces avis reflétaient les différentes manières dont les praticiens pourraient utiliser la méthode, et que les avantages et inconvénients devraient être traités dans le Guide pour l'incorporation.

23. Les consultations ont par ailleurs débouché sur les conclusions suivantes: le Guide devrait souligner que l'efficacité de ces méthodes dépendrait avant tout de l'existence de capacités suffisantes pour les mettre en œuvre; les liens avec les dispositions relatives aux conflits d'intérêt devraient être traités; les États adoptants devraient examiner avec soin quelles méthodes, parmi celles prévues aux chapitres IV et V du projet de texte révisé, devraient être adoptées en fonction des circonstances locales, compte tenu du fait en particulier que leurs conditions d'utilisation se recoupaient; les incidences d'une procédure de présélection, qui pourrait entraîner l'exclusion d'entreprises novatrices, mais de petite taille, devraient être indiquées.

E. Objectifs socioéconomiques

24. Pour ce qui est des liens entre les objectifs socioéconomiques et la passation de marchés, on a reconnu qu'il s'agissait d'une question sensible et rappelé les conclusions de la Commission à ce sujet (A/64/17, par. 45, 48, 106 à 166 et 267 b)). Il a été estimé qu'il faudrait accorder aux États adoptants une certaine souplesse, prévue dans le texte de 1994, pour appliquer des facteurs socioéconomiques (sous réserve de restrictions régionales ou internationales à leur application), et que des objectifs individuels pourraient être invoqués comme motifs pour limiter la passation d'un marché aux fournisseurs nationaux, comme critères de qualification, comme critères de conformité ou comme critères d'évaluation. Il a été convenu que l'approche de la Loi type devrait être d'exiger la transparence, tout en accordant cette souplesse, pour que d'éventuels participants au processus puissent comprendre la manière dont les facteurs socioéconomiques seraient appliqués. Cette proposition n'était pas nouvelle: elle ne faisait que traduire les objectifs généraux de la Loi type (cette approche serait également exigée par la Convention des Nations Unies contre la corruption – le Groupe de travail étant convenu que la Loi type devrait être conforme aux obligations de la Convention). Ces propositions, qui ont fait

l'unanimité parmi les personnes consultées, ont été prises en compte dans les articles 8 à 11 et 16 du texte révisé (contenu dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 et Add.2).

25. Il a également été convenu que le Guide pour l'incorporation soulignerait les effets de l'utilisation de tels facteurs sur le rapport qualité-prix dans la passation de marchés, et la nécessité de traiter en détail ces facteurs dans les règlements ou dans d'autres règles de droit. Il faudrait également examiner les éléments qui motivent l'utilisation de ces facteurs, comme le souhait d'éviter que le développement industriel repose uniquement sur des monopoles et le fait que les procédures de passation de marchés importants dans les pays en développement ont tendance à favoriser des fournisseurs étrangers de pays développés, ainsi que l'utilisation même de ces facteurs et la réalisation d'un objectif socioéconomique tel que le développement ou le renforcement des capacités. Davantage d'orientations devraient être fournies sur l'application de ces facteurs, y compris les conséquences liées au fait de considérer un critère d'évaluation comme un critère socioéconomique, l'utilisation de marchés réservés, d'experts locaux et de partenaires de coentreprise, le fractionnement des marchés, les règles de sous-traitance, etc.

F. Chapitre VIII

26. S'agissant des modifications qu'il est proposé d'apporter au système de recours, plusieurs suggestions ont été faites, qui ont été prises en compte dans le projet de texte révisé (chapitre VIII, contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.8). On s'est demandé si la portée des recours, limitée au non-respect des dispositions de la Loi type, était suffisante, et si le fait de ne pas donner de possibilité équitable d'entrer en compétition devrait constituer un motif de réclamation. Il faudrait faire la distinction entre la demande faite à une entité adjudicatrice de revoir une décision et le retour d'information. Par ailleurs, la différence entre la période de suspension initiale de 7 jours (pour déterminer si une réclamation doit être examinée plus avant ou si elle est futile) et le temps nécessaire pour connaître de la réclamation devrait être clarifiée. Les dispositions devraient préciser qui serait chargé de déterminer si une réclamation est futile, et le projet d'article 66 devrait renvoyer à l'article 65, pour assurer qu'un tribunal ne soit pas lié par la déclaration d'une entité adjudicatrice/d'un organe de recours administratif selon laquelle des considérations urgentes d'intérêt général exigeraient la poursuite de la passation. **Ces commentaires n'ayant pas été examinés par une majorité des personnes consultées, faute de temps, seul le commentaire final a été pris en compte dans le projet de texte dont est saisi le Groupe de travail. Les commentaires restants lui sont présentés pour examen sous la forme de notes relatives aux projets de dispositions.**

27. Le Guide devrait expliquer que les dispositions de l'article 65 traitent des suspensions, et non des délais d'attente. Il faudrait en outre prévoir une disposition exigeant que l'entité adjudicatrice fournisse rapidement une réponse aux demandes d'information pendant le délai d'attente. Le Guide devrait également examiner les avantages et les problèmes liés aux systèmes de recours administratif et judiciaire, compte tenu en particulier de l'urgence des recours formés dans le contexte de la

passation de marchés, et souligner l'importance d'un personnel spécialisé disposant d'une expérience appropriée.

G. Retour d'information

28. Il a été estimé que le retour d'information faisait partie d'un système de recours efficace, et proposé que le Groupe de travail examine s'il convenait d'inclure des dispositions à ce sujet dans la Loi type. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait évoqué l'importance de faciliter un retour d'information efficace (dans le contexte de la préqualification, voir par. 107 du document A/CN.9/668), mais ne s'était pas prononcé sur la question de manière générale.

H. Enchères électroniques inversées et accords-cadres

29. Certaines consultations ont porté sur les projets de dispositions relatives aux enchères électroniques inversées et aux accords-cadres. Il a été demandé qu'une législation autorisant ces méthodes, accompagnée d'orientations, soit diffusée dès que possible, à l'intention surtout des pays en développement. On a toutefois aussi estimé que les dispositions proposées étaient longues et complexes. Il a été suggéré d'insérer certaines d'entre elles dans des règlements de sorte que le texte mette davantage l'accent sur les principes, et de simplifier celui-ci en incluant plus de précisions dans le Guide.

I. Marchés de la défense

30. Pour ce qui est des marchés de la défense, la question n'a pas pu être traitée en détail par manque de temps. Il a été noté que le projet de texte révisé suivrait les instructions de la Commission (à savoir inclure ces marchés dans le champ d'application de la Loi type révisée, permettre le recours à la sollicitation directe et à d'autres méthodes de passation que l'appel d'offres, élaborer des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées et prendre en considération ces mesures dans les dispositions régissant le contenu du procès-verbal obligatoire de la procédure de passation et l'accès à ce dernier, et éviter les répétitions dans le projet de texte autant que possible (A/64/17, par. 265)). Il a également été proposé d'indiquer dans le Guide que la Loi type a vocation à s'appliquer à tous les marchés de la défense, que la passation de ce type de marchés met souvent en jeu des informations classifiées, que la Loi type envisage en conséquence des exceptions à l'obligation d'information du public lorsque la passation de marchés fait intervenir ce genre d'informations, ce qui est souvent, mais pas exclusivement, le cas dans le secteur de la défense. Il a également été proposé que ces exceptions soient traitées plus en détail dans les règlements en matière de passation des marchés, qui doivent être adoptés conformément à l'article 4 de la Loi type. Certains experts ont toutefois estimé que les exceptions devraient toujours être soigneusement examinées par le législateur et non pas être autorisées par voie de règlements.

31. Il a également été proposé que l'on rédige, dans le cadre de travaux futurs, un chapitre séparé sur les marchés de la défense, en tenant compte d'autres questions y relatives, notamment la sécurité de l'approvisionnement, le maintien de l'industrie

et des capacités de défense dans les États adoptants et d'autres questions qui seraient identifiées au cours de consultations avec des experts en marchés intéressant la défense. Une autre proposition examinée, qui avait été présentée à la Commission, consistait à inclure les marchés non sensibles intéressant la défense dans les dispositions normales de la Loi type, mais d'exclure entièrement les marchés sensibles, ou d'en faire un chapitre séparé. Aucune conclusion n'a été trouvée pendant le temps alloué aux consultations avant l'élaboration de la présente note. Toutefois, il a été convenu que la prudence était de rigueur pour éviter que les dispositions spéciales relatives aux marchés de la défense fassent l'objet d'abus qui consisteraient à considérer un marché normal comme un marché de la défense pour tirer parti de ces dispositions.

J. Autres points

32. Les points suivants ont également été soulevés au cours des consultations:

a) **Inclusion, dans le préambule, d'un nouvel objectif qui serait "la promotion du développement durable"**, avec peut-être des dispositions sur "l'achat responsable" dans le texte de la Loi type. Les avis étaient partagés sur cette question, notamment s'agissant de savoir si ces objectifs étaient appropriés dans le cadre d'un système de passation;

b) **Inclusion, dans le texte de la Loi type, de dispositions sur la planification des marchés, le contenu des codes de conduite et le professionnalisme dans la passation de marchés.** Ces questions étaient abordées dans le Guide accompagnant le texte de 1994. Le Groupe de travail a prévu, à l'article 4-2 du projet de texte révisé, que les règlements en matière de passation des marchés doivent contenir un code de conduite². Certains ont estimé que l'absence de dispositions dans le texte ferait obstacle à une passation de marchés efficace; d'autres qu'une loi sur la passation n'était pas l'endroit approprié pour ce genre de questions³. Selon un autre avis, la CNUDCI pourrait examiner ces questions dans le cadre d'éventuels travaux futurs sur la passation de marchés;

² Le code de conduite serait soumis à publication obligatoire selon l'article 5-1. Voir également les discussions à ce sujet qui ont suivi les délibérations du Groupe de travail sur les conflits d'intérêt, notamment aux paragraphes 17 et 116 du document A/CN.9/664, et au paragraphe 22 du document A/CN.9/668.

³ Le Groupe de travail n'a pas considéré le professionnalisme comme une question à part, même s'il a noté que le Guide traite de la formation du personnel chargé de la passation et de questions connexes (voir Guide pour l'incorporation, *Structure administrative requise pour l'application de la Loi type*, par. 37). S'agissant de la planification des marchés, le Groupe de travail a examiné la question en s'interrogeant sur la mesure dans laquelle les marchés futurs devraient être soumis aux exigences en matière de publication prévues à l'article 5 du projet de texte révisé (à ses septième, huitième, neuvième, dixième, douzième et quinzième sessions) et a résumé sa position comme suit: "S'agissant spécifiquement de la planification des marchés, il a été indiqué que le Groupe de travail avait déjà abordé une des questions liées à cette étape, à savoir la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. On s'est déclaré favorable à ce que le Guide incite à la publication de ces informations dans les États adoptants comme moyen favorable à la bonne gestion de la passation des marchés, à la bonne gouvernance et à la transparence. Il a été dit qu'il fallait veiller à ne pas inclure dans la Loi type plus que les principes généraux devant régir la planification des marchés, faute de quoi la souplesse nécessaire à cette étape serait supprimée. Il a été indiqué que le Guide ou d'autres outils qui

c) **Examen de la question de savoir si les procédures de sélection prévues dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé⁴ devraient être alignées sur celles prévues dans la Loi type.** Là encore, toutefois, il a été suggéré que la CNUDCI examine ces questions dans le cadre d'éventuels travaux futurs sur la passation de marchés;

d) **Inclusion de définitions relatives à la corruption (acte de fraude, acte de corruption, acte de coercition et collusion) inspirées des définitions élaborées par les banques multilatérales de développement⁵.** Certains ont estimé que ces définitions seraient utiles pour traiter les situations dans lesquelles les soumissions devaient être rejetées. D'autres en revanche ont estimé que, comme il n'existait pas de définition universellement acceptée de la corruption et de ses diverses formes, comme en témoignait l'absence de définition de la corruption dans la Convention des Nations Unies contre la corruption, la Loi type ne devrait pas introduire ce genre de définitions;

e) **Réexamen des formules employées pour décrire la soumission à retenir, à savoir: offre proposant le prix le plus bas, offre la plus basse selon l'évaluation, proposition offrant le prix le plus bas, proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix et du prix, prix proposé le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, proposition répondant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, et meilleure offre définitive.** La question est restée en suspens à l'issue des délibérations de la quarante-deuxième session de la Commission. Une question connexe est celle de la définition de la soumission à retenir à l'article 2 ou, selon une autre proposition, de "l'offre la plus avantageuse ou autre soumission à retenir"⁶;

f) **Inclusion d'une ou de plusieurs autres méthodes de passation réservées aux marchés de services consultatifs, ou limitation d'une ou de plusieurs des méthodes proposées à ces marchés.**

Il a été dit qu'il était nécessaire de prévoir une méthode de passation spécialisée car les marchés de services consultatifs ne se traduisaient pas par un produit physique mesurable et car il était à la fois souhaitable et inévitable que

pourraient être mis au point pour aider les États à adopter et appliquer la Loi type seraient un endroit approprié pour examiner dans le détail la planification des marchés et encourager certaines bonnes pratiques." (A/CN.9/595, par. 83).

⁴ Le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000) et les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003).

⁵ Voir, par exemple, le commentaire sur les définitions harmonisées de la Banque asiatique de développement à l'adresse <http://www.adb.org/Documents/Policies/Anticorruption/definitions-update.pdf>.

⁶ Cette question a fait l'objet de délibérations aux sessions du Groupe de travail: voir A/CN.9/668, par. 180 c), 181 et 220, et historique de la rédaction des dispositions de 1994 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II.B (par. 17 à 38). Pour un résumé des délibérations de la Commission à ce sujet, voir A/64/17, par. 169 à 173. Les avis étaient partagés quant à la question de savoir s'il fallait maintenir le terme "offre la plus basse selon l'évaluation" dans la Loi type révisée, certains y étant favorables, alors que d'autres craignaient que le terme ne sous-entende que le fournisseur recevant la note la plus basse à l'issue du processus d'évaluation serait celui à retenir. On a proposé d'autres termes, comme "soumission la plus avantageuse" utilisés dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, "offre la plus économique" ou "meilleure offre selon l'évaluation".

l'entité adjudicatrice jouisse d'une grande liberté d'appréciation au moment de déterminer la soumission à retenir. Les critères d'évaluation qualitatifs étaient par conséquent plus importants que le prix (de fait, le prix n'était pas nécessairement un facteur décisif). Ces critères dépendaient de la manière dont l'entité adjudicatrice estimait que ses besoins pourraient être satisfaits au mieux, et tenaient compte d'éléments tels que l'expérience dans le type de service recherché, la qualité de la méthodologie proposée, les qualifications du personnel pour la mission concernée et le transfert de connaissances.

Les personnes consultées sont convenues que les règles de procédure relatives à une méthode de passation spécialisée suivraient celles énoncées pour la demande de propositions avec dialogue et négociations consécutives, aux articles 43 et 44 du chapitre V (voir document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5) ou à l'article 41 du chapitre IV (voir document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4). Une autre solution pourrait consister à prévoir une procédure de demande de propositions avec négociations simultanées (fondée sur l'article 43 ou l'article 48 de la Loi type de 1994), où les négociations seraient plus souples.

Certains ont estimé que la souplesse requise pour la passation de marchés de services consultatifs existait dans les méthodes prévues aux chapitres IV et V, mentionnées plus haut, notamment à l'article 43 du projet de texte révisé qui, dans l'esprit de ceux qui l'ont proposé, était destiné à remplacer l'article 48 de la Loi type de 1994. Il a été noté que cette méthode n'était pas réservée à une catégorie de marché particulière, et que les spécificités de la passation des marchés de services consultatifs pourraient être traitées dans des règlements (qui aborderaient les questions de sélection fondée sur la qualité et le coût et des budgets fixes, le cas échéant). D'autres étaient d'avis que de nombreux États ayant adopté une législation fondée sur le texte de 1994 avaient prévu une méthode de passation spéciale (inspirée des Directives: Sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale) et qu'il serait utile, pour des motifs d'harmonisation, de suivre cette approche dans la Loi type.

33. Lorsqu'il décidera, parmi les proposition d'experts, celle qu'il souhaite retenir dans le projet de Loi type révisée, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler les commentaires faits à la quarante-deuxième session de la Commission. On avait souligné à cette session qu'il "importait d'achever le texte de la loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire. On a fait valoir que la loi type révisée aurait une très forte incidence sur la réforme du droit des marchés actuellement en cours à l'échelle locale et régionale. Les orientations de la CNUDCI dans le domaine de la passation des marchés étaient recherchées en particulier en ce qui concernait des questions telles que les enchères électroniques inversées, les accords-cadres, les approvisionnements en ligne en général, le dialogue compétitif et la passation de marchés dans le secteur de la défense" (A/64/17, par. 285).