



Assemblée générale

Distr. limitée
20 septembre 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Dix-neuvième session
Vienne, 1^{er}-5 novembre 2010**

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

Additif

La présente note contient une proposition concernant le chapitre V (Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique), qui comprend les articles 42 à 46, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.



CHAPITRE V. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NÉGOCIATIONS CONSÉCUTIVES, NÉGOCIATIONS AVEC APPEL À LA CONCURRENCE ET SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE¹

Article 42. Appel d'offres en deux étapes²

- 1) Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.
- 2) Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de présenter, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, une offre initiale contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.
- 3) L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée en application des dispositions de la présente Loi³, des discussions au sujet de tout aspect de leur offre. Lorsque l'entité adjudicatrice engage des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur, elle offre des chances égales de participer aux discussions à tous les fournisseurs ou entrepreneurs.
- 4) a) Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape à présenter une offre définitive accompagnée d'un prix correspondant à une description unique de l'objet du marché;
b) Lorsqu'elle formule cette description⁴, elle peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché, tel

¹ Le titre du chapitre a été révisé conformément au paragraphe 149 du document A/CN.9/690.

² Le Guide examinera les variantes de l'appel d'offres en deux étapes utilisées dans la pratique, expliquera que le présent article couvre les caractéristiques essentielles de cette méthode et exposera les risques de collusion qu'elle présente.

³ Le Guide renverra aux dispositions pertinentes, en soulignant que cette procédure implique une évaluation de la conformité. Le Groupe de travail estimera peut-être, comme il a été proposé lors des consultations intersessions, que la disposition elle-même devrait renvoyer expressément aux dispositions de l'article 37-3 a) à c) et de l'article 19 du présent projet (l'article 37-3 d) n'est pas mentionné, car il fait également référence à l'article 18 (rejet de la soumission au motif qu'elle est anormalement basse) qui n'est pas applicable en l'espèce, puisqu'aucun prix soumissionné n'est connu de l'entité adjudicatrice à cette étape de l'examen).

⁴ Des propositions ont été faites lors des consultations intersessions visant à mentionner, dans ces dispositions, l'article [22] de la présente Loi. Étant donné que l'article 22, dans sa partie

qu'énoncé dans le dossier de sollicitation, et ajouter toute nouvelle caractéristique conforme aux dispositions de la présente Loi;

c) Elle peut supprimer ou modifier tout critère pour l'examen ou l'évaluation des offres énoncé dans le dossier de sollicitation et ajouter tout nouveau critère conforme aux dispositions de la présente Loi, dans la mesure uniquement où la suppression ou la modification est rendue nécessaire par les modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché⁵;

d) Toute suppression, toute modification ou tout ajout effectué en application des alinéas b) ou c) du présent paragraphe est porté à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive qui leur est adressée;

e) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne souhaite pas présenter une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir⁶;

f) Les offres définitives sont évaluées⁷ en vue de déterminer l'offre à retenir telle que celle-ci est définie à l'article [37-4 b)] de la présente Loi.

pertinente, s'applique non seulement au présent alinéa, mais aussi aux alinéas c) et d), ainsi qu'au paragraphe 3 ci-dessus, le Secrétariat est d'avis qu'effectuer un renvoi à l'article 22 uniquement dans la présente disposition prêterait à confusion. Étant donné que l'article 22 est d'application générale, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il peut suffire d'y renvoyer, en cas de besoin, dans le Guide uniquement. En ce qui concerne plus particulièrement le présent article, le Guide expliquerait quelles sont les dispositions de l'article 22 qui sont pertinentes pour le paragraphe 3, et celles qui le sont pour les alinéas b), c) et d) du paragraphe 4. L'objectif général est d'insister sur le fait que l'entité adjudicatrice doit respecter la confidentialité des propositions techniques des fournisseurs ou entrepreneurs utilisées lors de la première étape, non seulement durant les discussions, mais aussi lors de la révision des dossiers de sollicitation et lors de la communication des révisions aux fournisseurs ou entrepreneurs, respectant en cela les exigences de l'article 22 de la présente Loi. Le Guide insistera sur l'importance de cette garantie pour assurer la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à ce type d'appel d'offres en deux étapes.

⁵ Le Guide expliquera que les modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives entraîneront peut-être nécessairement des modifications des critères d'examen et/ou d'évaluation, car autrement ces critères, lors de la deuxième étape, ne correspondraient plus aux caractéristiques techniques et qualitatives applicables.

⁶ Le Guide précisera comment s'applique l'article relatif aux garanties de soumission dans le contexte des procédures en deux étapes, en indiquant notamment à quelle étape d'une procédure de telles garanties peuvent être requises.

⁷ Modifié conformément au paragraphe 18 du document A/CN.9/690.

Article 43. Demande de propositions avec dialogue⁸

- 1) L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en émettant une invitation à participer à la demande de propositions avec dialogue conformément à l'article [29 *quater*] de la présente Loi, sauf disposition contraire de cet article.
- 2) L'invitation comporte les renseignements suivants:
 - a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
 - b) Pour autant qu'elle soit connue, une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;
 - c) Les conditions du marché, pour autant qu'elles soient déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;
 - d) Les étapes prévues de la procédure;
 - e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article [9] de la présente Loi;
 - f) Les exigences minimales auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes selon l'article [10] de la présente Loi, et une mention indiquant que les propositions ne satisfaisant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;
 - g) Une déclaration faite conformément à l'article [8] de la présente Loi;
 - h) Les moyens d'obtenir la demande de propositions et le lieu où elle peut être obtenue;
 - i) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la demande de propositions;
 - j) Si un prix est demandé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement de cette demande⁹;

⁸ Le Guide expliquera que cette méthode est possible pour tous les types de marchés, y compris les marchés de services consultatifs non quantifiables. Il expliquera également que, pour ces derniers, les règlements pourraient prévoir des étapes ou dispositions supplémentaires. Par exemple, il n'est pas nécessaire que les propositions contiennent des éléments financiers ou mentionnent le prix lorsque le coût n'est pas un critère d'évaluation, ou n'est pas un critère d'évaluation important. S'agissant des critères d'évaluation dans ce type de marchés, le Guide pourrait expliquer que, pour les services consultatifs non quantifiables, ils incluent généralement: i) l'expérience du prestataire de services pour la mission concernée, ii) la qualité de la compréhension de la mission envisagée et de la méthodologie proposée, iii) les qualifications du personnel clef proposé, iv) le transfert de connaissances, si un tel transfert est un élément important de la passation du marché ou fait partie intégrante de la description de la mission et v), le cas échéant, l'étendue de la participation de nationaux, parmi le personnel clef, à la prestation des services.

⁹ Modifié conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure de référence à la monnaie de paiement en

k) La ou les langues dans lesquelles la demande de propositions est disponible¹⁰;

l) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions¹¹.

3) Pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demande des propositions, l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection. Les dispositions de l'article [16] de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à cette procédure, sauf dans la mesure où le présent paragraphe déroge auxdites dispositions:

a) L'entité adjudicatrice précise dans le dossier de présélection qu'elle ne demandera des propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés qui répondent le mieux aux critères de qualification spécifiés dans le dossier de présélection;

b) Le dossier de présélection indique le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés auxquels des propositions seront demandées et la manière dont ils seront sélectionnés. Pour déterminer ce nombre, l'entité adjudicatrice tient compte de la nécessité d'assurer une concurrence véritable;

c) L'entité adjudicatrice note les fournisseurs ou entrepreneurs qui satisfont aux critères de qualification spécifiés dans le dossier de présélection en appliquant le mode de notation qui est prévu dans l'invitation à participer à la procédure de présélection et le dossier de présélection;

d) L'entité adjudicatrice présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu la meilleure note; elle n'en retient pas plus que le nombre maximum indiqué dans le dossier de présélection, et pas moins de trois si possible;

e) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a ou non été présélectionné et communique aux fournisseurs ou entrepreneurs non présélectionnés qui en font la demande les raisons de leur non-présélection. Elle communique à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

4) L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à la demande de propositions avec dialogue a été émise conformément aux dispositions de l'article [29 *quater*] de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article [16] de la présente Loi;

cas de passation d'un marché national, si cela est inutile en l'espèce.

¹⁰ Modifié conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si cela est inutile en l'espèce, et ajoutera qu'il peut rester important d'indiquer la ou les langues dans certains pays multilingues.

¹¹ Des modifications ont été apportées à l'énumération pour l'aligner sur celle de l'article 41 du présent projet.

c) Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, à chaque fournisseur ou entrepreneur présélectionné conformément aux procédures et conditions spécifiées dans le dossier de présélection;

d) En cas de sollicitation directe, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné qui paye le prix demandé, le cas échéant, pour la demande de propositions. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la demande de propositions ne doit refléter que le coût de la distribution de la demande aux fournisseurs ou entrepreneurs¹².

5) Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à f) et l) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées;

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée¹³;

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

e) Les modalités selon lesquelles, conformément à l'article [14] de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

f) Tout élément de la description de l'objet du marché ou toute condition du marché qui ne fera pas l'objet d'un dialogue pendant la procédure;

g) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle invitera à participer au dialogue, le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois, si possible, et, le cas échéant, leur nombre maximum ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés conformément aux dispositions de la présente Loi, pour déterminer ce nombre;

h) Les critères et la procédure d'évaluation des propositions conformément à l'article [11] de la présente Loi¹⁴;

¹² Modifié pour être aligné sur le libellé figurant dans d'autres parties du présent projet.

¹³ Fondé sur les alinéas j) et n) de l'article 38 de la Loi type de 1994. Modifié conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure de référence à la monnaie de paiement en cas de passation d'un marché national, si cela est inutile en l'espèce.

¹⁴ Le Guide traitera de la question des sous-critères et fournira les orientations nécessaires pour

i) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

j) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

k) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

l) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

m) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation du marché^{15, 16}.

6) a) L'entité adjudicatrice examine toutes les propositions reçues sur la base des exigences minimales établies et rejette chaque proposition qui n'y répond pas comme étant non conforme;

b) Lorsque le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être invités à participer au dialogue a été déterminé et que le nombre de propositions conformes est supérieur à celui-ci, l'entité adjudicatrice sélectionne le nombre maximum de propositions conformes selon les critères et la procédure spécifiés dans la demande de propositions;

c) L'avis de rejet et les raisons du rejet sont promptement expédiés à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

7) L'entité adjudicatrice invite à participer au dialogue chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition conforme, dans la limite du nombre maximum applicable. Elle veille à ce que le nombre de fournisseurs invités soit suffisant pour assurer une concurrence véritable, et soit au moins de trois, si possible.

veiller à donner une description fidèle des critères d'évaluation. Le degré de souplesse devrait peut être varier à cet égard selon les types de passation de marchés.

¹⁵ Modifié conformément au paragraphe 22 c) du document A/CN.9/690. Le Guide analysera en détail l'avantage d'inclure des informations concernant le calendrier envisagé pour la procédure.

¹⁶ Quelques modifications ont été apportées à l'énumération pour l'aligner sur celle de l'article 41 du présent projet.

- 8) Le dialogue est mené par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice de façon concomitante.
- 9) Pendant le déroulement du dialogue, l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, ni aucun critère de qualification ou d'évaluation, ni aucune exigence minimale établie conformément au paragraphe 2 f) du présent article, ni aucun élément de la description de l'objet du marché ou condition du marché¹⁷ qui ne fait pas l'objet du dialogue, tels que notifiés dans la demande de propositions¹⁸.
- 10) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information générés durant le dialogue qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également, en même temps, à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur, ou qu'une telle communication ne viole les dispositions relatives à la confidentialité figurant à l'article [22] de la présente Loi¹⁹.
- 11) À l'issue du dialogue, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de présenter leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions. La demande est écrite et précise le mode, le lieu et la date limite de présentation des meilleures offres définitives.
- 12) Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive²⁰.
- 13) L'offre à retenir est celle qui, d'après les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions, répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

¹⁷ Modifié pour être aligné sur les paragraphes 2 f) et 5 f) du présent article.

¹⁸ Le Guide expliquera pourquoi d'autres modifications doivent pouvoir être apportées dans cette méthode de passation, et que les critères d'évaluation devraient être suffisamment détaillés pour éviter l'arbitraire. Il expliquera également que les dispositions visent à empêcher l'entité adjudicatrice de procéder aux modifications décrites (mais n'empêcheraient pas les fournisseurs de modifier leurs propositions à l'issue du dialogue) (A/CN.9/690, par. 22 d)).

¹⁹ Le Guide renverra à l'article 22 qui porte sur le consentement à la divulgation d'informations confidentielles parmi les fournisseurs.

²⁰ Ajouté pour apaiser une des craintes exprimées par des banques multilatérales de développement à propos de cette méthode de passation de marchés.

Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives²¹

1) Les dispositions de l'article [41-1 à 7]²² de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à une passation de marché reposant sur une demande de

²¹ Le Groupe de travail a décidé que cette méthode de passation de marchés ne devrait pas être limitée aux services consultatifs, mais que le Guide en examinerait l'historique et l'utilisation, en particulier dans le cadre des projets financés par des banques multilatérales de développement, pour permettre aux États adoptants de déterminer s'ils souhaitent la restreindre ou non lors de l'élaboration de textes législatifs fondés sur la Loi type (A/CN.9/690, par. 26). Selon les propositions faites durant les consultations intersessions, le Guide devrait également examiner le désavantage non négligeable que comportent les négociations consécutives, du fait en particulier de la perte du pouvoir de négociation que permettent les négociations concomitantes (l'entité adjudicatrice est désavantagée, car le fournisseur le mieux classé n'est guère incité à négocier). Comme il a été proposé, le Guide signalera que ce désavantage pourrait être en partie atténué si le dossier de sollicitation fixe une durée pour les négociations et si le fournisseur le mieux classé court le risque que l'entité adjudicatrice mette fin aux négociations à tout moment et que celles-ci aboutissent avec d'autres fournisseurs participants, ces derniers étant incités à améliorer leur offre pour remporter le marché. Le Guide indiquera néanmoins que l'entité adjudicatrice pourrait, ce faisant, avoir à supporter des coûts et courir le risque de se trouver dans l'embarras si elle doit mettre fin aux négociations avec le fournisseur le mieux classé (l'entité adjudicatrice sera inévitablement critiquée pour avoir réalisé des économies au détriment de considérations d'ordre qualitatif et technique). Le Guide devrait donc expliquer que le bien-fondé de cette méthode dépend des circonstances (par exemple lorsque l'entité adjudicatrice peut effectivement se permettre de faire des compromis sur la qualité; si tel n'est pas le cas, la méthode décrite à l'article 41 semble être la seule autre option). Dépendra aussi des circonstances la décision de l'entité adjudicatrice de se tourner vers le deuxième, troisième, quatrième, etc. meilleur fournisseur (s'il existe de très grandes différences de qualité entre eux, l'entité adjudicatrice peut toujours abandonner la passation). En dépit de tous ces inconvénients, le Guide expliquera que, pour le type de marché visé par cette méthode, il n'est pas approprié d'envisager, comme alternative aux négociations consécutives, des négociations simultanées en raison des risques de corruption. En outre, le Guide devra expliquer les raisons pour lesquelles le Groupe de travail a décidé d'abandonner l'idée de permettre à l'entité adjudicatrice de sélectionner la meilleure offre au terme des négociations consécutives avec tous les fournisseurs ayant soumis des offres conformes, et a préféré décider que l'entité ne devrait pas pouvoir attribuer le marché à un fournisseur si elle avait mis fin aux négociations avec lui (A/CN.9/690, par. 30). À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'adéquation de l'explication figurant dans la note de bas de page pertinente ci-dessous.

²² Bien que les précédents projets aient renvoyé aux dispositions de l'article 43, compte tenu des modifications apportées aux conditions d'utilisation de cette méthode de passation à l'article 27-3 du présent projet, le secrétariat croit comprendre que cette méthode devrait être considérée comme une variante de la méthode décrite à l'article 41 plutôt que de celle décrite à l'article 43 (ce qui serait également cohérent avec l'approche suivie par la Loi type de 1994 (voir article 44)). Le paragraphe a été reformulé en conséquence dans le présent projet. Bien que, à sa dix-huitième session, le Groupe de travail soit convenu que la présélection devrait être envisagée dans cette méthode de passation (A/CN.9/690, par. 31), le secrétariat croit comprendre que la présélection ne serait appropriée ni pour la méthode décrite à l'article 41 ni pour celle décrite à l'article 44. Le Groupe de travail est convenu d'inclure des dispositions relatives à la présélection dans l'article 43 au motif que la tenue de négociations simultanées avec un grand nombre de fournisseurs qualifiés serait longue et coûteuse, plus particulièrement au vu du type de marché visé dans cet article (vaste et complexe, à l'instar de ceux visés par les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé qui prévoient également une présélection). La situation est différente pour les méthodes décrites aux articles 41 et 44 qui visent des types de marché plus simples, où plus la liste d'enchérisseurs

propositions avec négociations consécutives, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2) Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales applicables, ou les dépassent, sont considérées comme conformes²³. L'entité adjudicatrice note²⁴ chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions et:

a) Elle communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition conforme la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière et son classement²⁵;

b) Elle invite le fournisseur ou l'entrepreneur ayant obtenu la meilleure note en application de ces critères et de cette procédure à des négociations sur les aspects financiers de sa proposition²⁶; et

c) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des propositions conformes qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché.

3) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur invité en application du paragraphe 2 b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, l'entité adjudicatrice informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations²⁷.

dont les offres sont conformes est longue, plus les chances de sélectionner la soumission satisfaisant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice sont grandes. Ces deux méthodes prévoient une procédure simple pour la sélection de la soumission à retenir, les considérations de temps et de coût n'étant ainsi pas pertinentes.

²³ La première phrase a été ajoutée pour aligner le libellé du paragraphe sur les dispositions correspondantes de l'article 41-8 du présent projet.

²⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les termes "classement" et "classer" devraient se substituer aux termes "note" et "noter" tout au long du présent article, comparativement à l'article 41.

²⁵ Le présent alinéa a été ajouté pour aligner le libellé du paragraphe sur les dispositions correspondantes de l'article 41-8 du présent projet.

²⁶ Modifié conformément au paragraphe 29 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera, en renvoyant au paragraphe 5 du présent article, qu'aucun des aspects de la proposition qui avaient été examinés pour déterminer la conformité des propositions et évaluer leurs caractéristiques techniques et qualitatives ne devrait ensuite pouvoir faire l'objet de négociations.

²⁷ Le commentaire du Guide relatif à la présente disposition et à d'autres dispositions du présent article où apparaît la notion de "mettre fin" aux négociations expliquera que ces mots signifient que cette notion englobe le rejet du prix final proposé par un fournisseur et donc l'exclusion de ce dernier de toute participation à la suite de la procédure de passation. Ainsi, si l'entité adjudicatrice met fin aux négociations avec un ou plusieurs fournisseurs conformément à l'article 44-3 et 4 elle ne peut pas leur attribuer le marché. Le Guide signalera également que la CNUDCI a soigneusement examiné les avis selon lesquels cette approche pourrait être perçue comme trop stricte, l'entité adjudicatrice ne sachant quelle est en fait la meilleure offre qu'à l'issue de la procédure, et d'autres avis selon lesquels, s'il ne devrait pas être permis à l'entité adjudicatrice de rouvrir les négociations afin d'éviter qu'elles ne durent indéfiniment et puissent conduire à des abus et des retards, elle devrait néanmoins être autorisée à accepter la meilleure offre (et à attribuer le marché au fournisseur qui l'a proposée). Cependant, la CNUDCI a choisi d'imposer l'interdiction au paragraphe 6 de l'article 44, afin de ne pas trop mettre l'accent sur la

4) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la deuxième note; si les négociations avec ce fournisseur ou cet entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions restantes aient été rejetées.

5) Pendant le déroulement des négociations, l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, ni aucun critère de qualification, d'examen ou d'évaluation, y compris les exigences minimales établies, ni aucun élément de la description de l'objet du marché ou condition du marché autre que les aspects financiers des propositions qui font l'objet des négociations, tels que notifiés dans la demande de propositions²⁸.

6) L'entité adjudicatrice ne peut pas rouvrir des négociations avec des fournisseurs ou entrepreneurs, une fois qu'elle y a mis fin²⁹.

Article 45. Négociations avec appel à la concurrence³⁰

1) Les dispositions de l'article [29 *ter*] de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant les négociations³¹.

2) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur avant ou pendant les négociations sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur, ou qu'une telle communication ne viole les dispositions relatives à la confidentialité de l'article [22] de la présente Loi.

concurrence sur les aspects financiers dans les types de marché pour lesquels cette méthode de passation est essentiellement conçue (comme les marchés de services d'architecture et d'ingénierie), et où les considérations de qualité technique sont particulièrement importantes (A/CN.9/690, par. 30, et partie pertinente du Guide pour l'incorporation de 1994).

²⁸ Modifié conformément au paragraphe 29 du document A/CN.9/690 et compte tenu de la suppression de la définition de "modification substantielle". La disposition s'inspire de l'article 43-9 du présent projet.

²⁹ Modifié conformément au paragraphe 30 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera ce que signifie "mettre fin" aux négociations. Voir la note de bas de page pertinente ci-dessus.

³⁰ Le Guide expliquera que cette méthode est une alternative à la sollicitation d'une source unique plutôt qu'aux autres méthodes décrites au chapitre V de la Loi type, et qu'elle a pour objectif premier de faire face à des situations d'urgence. Le Guide expliquera que, au moment de faire un choix entre des négociations avec appel à la concurrence et une sollicitation d'une source unique en fonction des circonstances, l'entité adjudicatrice devra tenir compte de l'obligation, énoncée à l'article 25-2 de la présente Loi, d'assurer une concurrence maximale et de la nécessité d'évaluer le degré d'urgence (A/CN.9/690, par. 33 et 34).

³¹ Modifié conformément au nouvel article 29 *ter* qui incorpore ce qui était la première phrase du présent paragraphe.

3) Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de présenter, à une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions³².

4) L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 46. Sollicitation d'une source unique

Les dispositions de l'article [29 *ter*] de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant la sollicitation d'une proposition ou d'un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique. L'entité adjudicatrice engage des négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur duquel une proposition ou un prix est sollicité, à moins que de telles négociations ne soient pas possibles dans les circonstances de la passation en question³³.

³² Il a été proposé, lors des consultations intersessions, de supprimer le présent paragraphe, étant donné qu'aucune sollicitation des meilleures offres définitives ne suivra ce type de négociations. Le Secrétariat attire l'attention du Groupe de travail sur le fait que les dispositions se fondent sur l'article 49-4 de la Loi type de 1994 que le Groupe de travail n'a pas encore décidé de modifier. Ce dernier estimera peut-être que la suppression du présent paragraphe éliminerait la seule garantie contre les abus dans cette méthode de passation de marchés. Plus particulièrement, l'étape à laquelle il est fait référence place tous les fournisseurs participants sur un pied d'égalité quant à la réception d'informations sur le fait qu'il a été mis fin aux négociations. Elle laisse également des traces pour l'audit concernant les offres effectivement présentées à l'entité adjudicatrice et que cette dernière aurait dû examiner lors de la sélection conformément au paragraphe 4 du présent article. Si cette étape est supprimée, une grande liberté sera laissée à l'entité adjudicatrice pour décider du fournisseur ou de l'entrepreneur avec qui le contrat sera conclu, sans aucune transparence et traces vérifiables permettant d'engager efficacement un recours.

³³ Modifié conformément aux paragraphes 36 et 37 du document A/CN.9/690 et au nouvel article 29 *ter* qui incorpore ce qui était la première phrase du présent article. La première phrase du présent article a été révisée en conséquence dans le présent projet. Le Guide analysera en détail l'utilité pour l'entité adjudicatrice de négocier et de demander, lorsque cela est possible et nécessaire, des données sur la situation du marché ou des précisions sur les coûts, pour éviter des prix excessifs. Il soulignera également que la sollicitation d'une source unique est la méthode à utiliser en dernier recours, une fois toutes les autres possibilités épuisées, et encouragera l'utilisation des accords-cadres pour anticiper les situations d'urgence (A/CN.9/690, par. 36).