



## Assemblée générale

Distr. limitée  
4 février 2011  
Français  
Original: anglais

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international  
Groupe de travail I (Passation de marchés)  
Vingtième session  
New York, 14-18 mars 2011**

### **Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics\***

#### **Note du Secrétariat**

##### **Additif**

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions des chapitres II et V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives aux négociations avec appel à la concurrence et à la sollicitation d'une source unique.

---

\* Le présent document est soumis moins de dix semaines avant le début de la session en raison de la nécessité de tenir des consultations informelles intersessions sur les commentaires du projet de Guide révisé.



# GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

## Deuxième partie. Commentaire par article

[Pour plus de commodité, le présent additif regroupe les commentaires proposés pour les diverses dispositions de la Loi type qui régissent les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique]

...

### A. Commentaire concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

#### 1. Conditions d'utilisation

*Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:*

**“Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (... négociations avec appel à la concurrence...)**

4. L'entité adjudicatrice peut recourir aux négociations avec appel à la concurrence, conformément aux dispositions de l'article 50 de la présente Loi, dans les circonstances suivantes:

a) Lorsque l'objet du marché est nécessaire d'urgence et que de ce fait il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait, à condition qu'elle n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsque en raison d'un événement catastrophique l'objet du marché est nécessaire d'urgence et que de ce fait il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation de marché à cause du temps que cela prendrait; et

c) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à une autre méthode de passation avec mise en concurrence ne convient pas à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État.”

*Commentaire proposé:*

1. Le paragraphe 4 de cet article énonce les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence, méthode de passation des marchés qui ne peut être utilisée que dans les circonstances exceptionnelles visées aux alinéas a) à c): situation d'urgence, événement catastrophique et protection des intérêts de sécurité de l'État adoptant. Ces limitations sont nécessaires dans la mesure où les procédures de cette méthode de passation, très souples, ne garantissent pas les mêmes niveaux de transparence, d'intégrité et d'objectivité que les autres méthodes

de passation avec mise en concurrence, et cette méthode présente donc plus de risques de fraude et de corruption.

2. L'alinéa a) traite des situations d'urgence qui ne sont dues ni au comportement de l'entité adjudicatrice ni à des circonstances prévisibles. L'alinéa b) renvoie à une situation d'urgence due à des événements catastrophiques. Les deux alinéas renvoient à des situations où il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait. Les situations d'urgence envisagées dans les deux alinéas sont supposées être véritablement exceptionnelles et ne doivent pas être une simple solution de facilité: il peut s'agir d'un besoin urgent de matériel médical ou autre après une catastrophe naturelle ou de remplacer du matériel régulièrement utilisé lorsqu'il est défaillant. Cette méthode de passation ne peut être utilisée si l'urgence est due à une absence de planification des marchés ou à une autre mesure prise par l'entité adjudicatrice, et l'ampleur du marché attribué par cette méthode doit découler directement de l'urgence même. En d'autres termes, s'il y a un besoin urgent d'un article et qu'il est prévu que plusieurs de ces articles seront nécessaires, les négociations avec appel à la concurrence ne peuvent porter que sur l'exemplaire immédiatement nécessaire.

3. L'alinéa c) traite de la passation de marchés visant la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État [renvoi aux passages traitant du champ d'application de ce sujet] lorsque l'entité adjudicatrice estime que le recours à une autre méthode de passation avec mise en concurrence ne convient pas.

4. Les dispositions des alinéas a) à c) sont sans préjudice du principe général énoncé à l'article 27-2, conformément auquel lorsque l'entité adjudicatrice choisit une méthode de passation, elle doit s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible et tenir compte des circonstances de la passation. Il est donc entendu que lorsqu'une méthode de passation autre que la négociation avec appel à la concurrence est disponible, telle que l'appel d'offres restreint ou la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir la méthode permettant d'assurer la plus grande concurrence tout en tenant compte des autres circonstances de la passation, telles que l'urgence de l'objet du marché.

5. Conformément au même principe, l'alinéa b), qui traite des situations d'urgence dues à un événement catastrophique, et l'alinéa c), qui traite des passations visant à protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État, ne permettent pas à l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation d'une source unique lorsqu'elle peut recourir aux négociations avec appel à la concurrence. Dans les situations visées par ces deux alinéas, l'entité adjudicatrice doit tout d'abord envisager de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation avec mise en concurrence. Si elle conclut que le recours à une autre méthode de passation n'est pas réaliste, elle doit recourir à des négociations avec appel à la concurrence et non à la sollicitation d'une source unique, sauf si elle estime qu'il y a extrême urgence ou qu'une autre raison particulière justifie le recours à la sollicitation d'une source unique en vertu du paragraphe 5 de l'article 29 (telle que l'absence de concurrence ou l'existence de droits exclusifs). La raison en est que les négociations avec appel à la concurrence assurent par définition une plus grande concurrence que la sollicitation d'une source unique et que des garanties plus rigoureuses sont prévues dans les dispositions de la Loi type régissant les procédures des négociations avec appel à la concurrence, ce qui les rend plus

structurées et plus transparentes que la sollicitation d'une source unique. Il convient donc de privilégier cette méthode par rapport à la sollicitation d'une source unique dans les situations d'urgence et lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État.

6. Il s'ensuit que les négociations avec appel à la concurrence ne devraient pas être envisagées en remplacement d'une autre méthode de passation de marchés prévue dans la Loi type, si ce n'est la sollicitation d'une source unique, dans les situations limitées énoncées au paragraphe précédent. Pour la passation de marchés portant par exemple sur des services consultatifs ou des objets techniques complexes pouvant exiger une interaction avec les fournisseurs, on peut recourir à l'appel d'offres en deux étapes et à la demande de propositions avec dialogue ou avec négociations consécutives.

7. Le caractère non structuré des procédures de négociations avec appel à la concurrence, décrites à l'article 50 et expliquées aux paragraphes [...] ci-après, signifie qu'il sera essentiel de gérer le recours à cette méthode pour assurer son succès dans les circonstances appropriées. Les questions examinées en ce qui concerne les techniques de gestion dans le cadre des procédures de demande de propositions avec dialogue (voir aux paragraphes [...] les indications concernant cette méthode de passation) concernent également les négociations avec appel à la concurrence, d'autant que cette méthode présente des risques plus élevés en matière d'intégrité<sup>1</sup>.

*On trouvera à la section A.4 ci-après un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.*

## 2. Sollicitation

*Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:*

**“Article 33. Sollicitation dans le cas ... des négociations avec appel à la concurrence ... Exigence d'un avis préalable de passation de marché**

3. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à des négociations avec appel à la concurrence conformément à l'article 29-4 de la présente Loi, elle engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

...

5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle l'avis doit être publié). L'avis comporte au minimum les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

---

<sup>1</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait de donner d'autres indications, notamment sur les moyens de s'assurer que l'entité adjudicatrice dispose des compétences et des capacités nécessaires pour mener efficacement des négociations, sur l'utilisation des systèmes centralisés de contrôle et sur l'appui d'autres institutions aux fins de négociations avec appel à la concurrence.

- b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;
  - c) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi; et
  - d) La méthode de passation utilisée.
6. Les dispositions du paragraphe 5 ne s'appliquent pas dans les situations d'urgence mentionnées aux articles 29-4 b) et 29-5 b).”

*Commentaire proposé:*

8. Le paragraphe 3 régissant la sollicitation dans le cas des négociations avec appel à la concurrence est assorti de l'exigence du paragraphe 5 concernant l'avis préalable de passation de marché. Cet avis doit préciser en particulier qu'il sera recouru aux négociations avec appel à la concurrence et également fournir un résumé des principales conditions du marché envisagé. Il constitue une mesure essentielle pour permettre le contrôle du public. Sur la base des renseignements publiés, tout fournisseur ou entrepreneur lésé peut contester le recours aux négociations avec appel à la concurrence s'il existe une méthode de passation plus transparente et mieux réglementée. Cette garantie est particulièrement importante dans le contexte de cette méthode de passation et de la sollicitation d'une source unique, toutes deux considérées comme exceptionnelles et ne se justifiant que dans les cas très limités visés à l'article 29 de la Loi type.

9. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier cet avis – mais peut néanmoins décider de le faire – lorsqu'elle recourt aux négociations avec appel à la concurrence dans des situations d'urgence dues à des événements catastrophiques (art. 29-4 b)). Cette dérogation est énoncée au paragraphe 6 de cet article. Dans les autres situations d'urgence mentionnées à l'article 29-4 a), l'avis préalable de passation de marché est la règle par défaut, tout comme lorsque le recours aux négociations avec appel à la concurrence se fait dans le cadre d'une passation visant à protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État en vertu de l'article 29-4 c). Cette règle par défaut est soumise aux dérogations fondées sur la confidentialité pouvant s'appliquer en vertu des dispositions de la législation de l'État adoptant. Par exemple, la passation de marchés mettant en jeu la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État peut également mettre en jeu des informations classifiées; dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut être autorisée (par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant) à ne pas publier d'avis concernant la passation de marché (on trouvera au paragraphe ... ci-dessus des indications concernant les dispositions pertinentes de la Loi type sur la confidentialité et la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées).

10. On trouvera dans les indications concernant l'appel d'offre restreint d'autres orientations sur l'utilisation des avis préalables en vertu des paragraphes 5 et 6 de l'article 33 et sur l'identification objective des fournisseurs qui participeront à la procédure. Les questions qui y sont soulevées sont également pertinentes dans le contexte des négociations avec appel à la concurrence.

*On trouvera à la section A.4 ci-après un examen des modifications de la sollicitation par rapport au texte de 1994.*

### 3. Procédures

*Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:*

#### **“Article 50. Négociations avec appel à la concurrence**

1. Les paragraphes 3, 5 et 6 de l’article 33 de la présente Loi s’appliquent à la procédure précédant les négociations.
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 de 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 de l’article 23 de la présente Loi relatives à la confidentialité.
3. À l’issue des négociations, l’entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de présenter, avant une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions.
4. Aucune négociation n’a lieu entre l’entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive.
5. L’offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l’entité adjudicatrice.”

*Commentaire proposé:*

11. L’article 50 régit les procédures des négociations avec appel à la concurrence. Des garanties ont été incluses afin d’assurer la transparence et le traitement égal des participants aux passations de marchés effectuées au moyen de cette méthode.
12. La relative brièveté de l’article s’explique par le caractère souple de la méthode elle-même. Toutefois, on ne saurait dire que les procédures de cette méthode de passation ne sont pour la plupart pas réglementées dans la Loi type. Cette méthode de passation est comme toute autre soumise aux dispositions et règles générales énoncées aux chapitres I et II de la Loi type, aux règlements en matière de passation des marchés et à tout autre instrument de la législation applicable. Par exemple, en vertu de la Loi type, l’entité adjudicatrice sera tenue d’établir un procès-verbal détaillé de la procédure de passation de marché, comprenant des informations sur les négociations avec chaque fournisseur ou entrepreneur participant, et de faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs puissent y avoir accès, comme le prévoit l’article 24. Cette disposition est essentielle dans cette méthode de passation pour assurer un contrôle effectif et permettre aux fournisseurs lésés d’exercer leur droit de recours.
13. Dans la mesure où l’entité adjudicatrice respecte tous les règlements applicables et où les négociations sont menées de façon concomitante et de manière

à assurer un traitement égal des fournisseurs, elle peut organiser et mener les négociations comme elle l'entend. Les règles énoncées dans le présent article visent à lui donner cette liberté tout en s'attachant à promouvoir la concurrence et l'objectivité dans le processus de sélection et d'évaluation.

14. Le paragraphe 1 renvoie aux dispositions pertinentes de l'article 33 sur la sollicitation dans le cas des négociations avec appel à la concurrence, dont une exige la publication d'un avis préalable de passation de marché, sauf dans les situations d'urgence (voir aux paragraphes ... ci-dessus les indications concernant les dispositions pertinentes de l'article 33).

15. Le paragraphe 2, qui régit la communication d'informations pendant les négociations, est soumis aux règles sur la confidentialité énoncées à l'article 23 de la Loi type. Les dispositions sont similaires à celles sur la demande de propositions avec dialogue contenues à l'article 48-10. Les indications concernant l'article 48-10 sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe (voir paragraphes ... ci-dessus).

16. Le paragraphe 3 prévoit qu'une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs meilleures offres définitives<sup>2</sup>, sur la base desquelles elle sélectionnera l'offre à retenir. Les meilleures offres définitives concernent tous les aspects de leurs propositions (par conséquent, comme dans les procédures de demande de propositions avec dialogue (concernant lesquelles les indications se trouvent [...]), il n'est pas publié d'ensemble unique de conditions de la passation selon lesquelles les offres définitives seront évaluées). Les meilleures offres définitives doivent être soumises avant la date fixée par l'entité adjudicatrice dans sa sollicitation. Pour que tous les fournisseurs participants soient sur un pied d'égalité quant à la réception d'informations sur le fait qu'il a été mis fin aux négociations et au temps dont ils disposent pour préparer leurs meilleures offres définitives, il est de bonne pratique d'adresser la demande par écrit simultanément à tous les fournisseurs participants. Les dispositions sont similaires à celles de l'article 48-11. Les indications sur l'article 48-11 (voir paragraphes ... ci-dessus) sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe.

17. La CNUDCI estime que l'étape de la sollicitation des meilleures offres définitives est essentielle parce qu'elle permet l'égalité de traitement de tous les fournisseurs. Elle met fin aux négociations et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles offertes par les fournisseurs et entrepreneurs. En outre, l'exigence selon laquelle la sollicitation des meilleures offres définitives doit être adressée à tous les fournisseurs restant en négociations donne la possibilité de vérifier l'ensemble des offres soumises à l'entité adjudicatrice, que celle-ci devrait avoir examinées en procédant à la sélection conformément au paragraphe 5 de cet article. Sans cette étape, l'entité adjudicatrice aurait une trop grande latitude pour décider avec quel fournisseur ou entrepreneur conclure le marché, en l'absence de transparence et de traces vérifiables permettant un recours efficace.

---

<sup>2</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être noter que ce terme sera expliqué dans le glossaire qui figurera dans le Guide et qu'il sera notamment précisé que les meilleures offres définitives ne peuvent être sollicitées et soumises qu'une seule fois.

18. Le paragraphe 4 interdit toute négociation après la sollicitation des meilleures offres définitives, de manière à aligner cette phase de la procédure de négociations avec appel à la concurrence sur la phase correspondante des autres méthodes de passation et à assurer l'égalité de traitement des fournisseurs. Il s'inspire des dispositions similaires du paragraphe 12 de l'article 48. Les indications concernant ce dernier (voir par. ... ci-dessus) sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe. La CNUDCI considère comme une pratique optimale de ne pas autoriser l'entité adjudicatrice à poursuivre les négociations après la présentation des meilleures offres définitives et d'empêcher la sollicitation multiple de meilleures offres définitives. Cette position se retrouve dans l'ensemble des passages de la Loi type où une étape de sollicitation des meilleures offres définitives est envisagée.

19. L'État adoptant peut prévoir dans les règlements en matière de passation des exigences supplémentaires concernant cette méthode de passation, en imposant notamment à l'entité adjudicatrice de prendre les mesures suivantes: énoncer des règles et procédures de base relatives à l'organisation des négociations, afin que celles-ci soient menées de manière efficace; établir divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment les documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis, ou la nature des services requis, et les conditions contractuelles désirées; et prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négocie de ventiler leurs prix afin de l'aider à comparer ce qu'offrent les différents fournisseurs ou entrepreneurs durant les négociations (on trouvera des indications plus détaillées sur ces comparaisons, notamment la réduction des risques, dans la partie consacrée à l'évaluation dans la demande de propositions avec dialogue).

*On trouvera à la section A.4 ci-après un examen des modifications concernant les procédures par rapport au texte de 1994.*

#### **4. Points concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994**

##### *Conditions d'utilisation*

20. Les négociations avec appel à la concurrence sont une méthode de passation tirant ses principales caractéristiques de la méthode qui porte le même nom dans la Loi type de 1994. Les conditions d'utilisation ont été largement revues par rapport au texte de 1994 (art. 19). Les négociations avec appel à la concurrence ne peuvent à présent être utilisées que dans les circonstances exceptionnelles visées aux alinéas a) à c): situation d'urgence, événement catastrophique et protection d'intérêts essentiels de la sécurité nationale de l'État adoptant. On trouvera davantage d'indications sur l'utilisation de cette méthode de passation dans ces circonstances et d'autres considérations concernant cette méthode aux paragraphes [...] du commentaire s'y rapportant.

21. Contrairement au texte de 1994, la Loi type révisée n'exige pas l'approbation d'un organe désigné pour recourir aux négociations avec appel à la concurrence. Cette approche fait suite à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale dans la Loi type que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une

autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur ce point).

#### *Sollicitation*

22. Le paragraphe 3 de l'article 33 régit la sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence. Il se fonde sur les dispositions du paragraphe 1 de l'article 49 du texte de 1994 [des précisions concernant les différences seront ajoutées ultérieurement].

#### *Procédures*

23. L'article 50 porte sur les procédures des négociations avec appel à la concurrence et s'inspire largement de l'article 49 du texte de 1994. La principale différence est l'interdiction expresse de mener des négociations après la soumission des meilleures offres définitives au paragraphe 4 [des précisions concernant les autres différences seront ajoutées ultérieurement].

## **B. Commentaire concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée**

### **1. Conditions d'utilisation**

*Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:*

**“Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (... sollicitation d'une source unique)**

5. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation d'une source unique conformément aux dispositions de l'article 51 de la présente Loi dans les circonstances exceptionnelles suivantes:

a) Lorsque l'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait de ce fait impossible d'utiliser une autre méthode de passation;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'extrême urgence et qu'il ne serait pas réaliste de recourir à une autre méthode de passation de marché à cause du temps que cela prendrait;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, du matériel, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, le matériel, les technologies ou les services existants, compte tenu du fait que le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial,

du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent;

d) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à toute autre méthode de passation ne convient pas à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État; ou

e) Sous réserve d'approbation par [nom de l'organe habilité par l'État adoptant à donner l'approbation], et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour appliquer une politique socioéconomique dudit État, à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.”

*Commentaire proposé:*

1. Le paragraphe 5 énonce les conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique. La première de ces conditions, énoncée à l'alinéa a), est une raison objective de sollicitation d'une source unique: l'existence d'un seul fournisseur ou entrepreneur capable de fournir l'objet du marché, parce qu'il a des droits exclusifs sur celui-ci ou pour d'autres raisons. Les règles sur la description de l'objet du marché figurant à l'article 10 de la Loi type interdisent à l'entité adjudicatrice de formuler la description de l'objet du marché d'une manière qui restreindrait artificiellement le marché à une source unique. S'il existe un risque ou des pratiques de descriptions ainsi restrictives, il convient d'encourager l'utilisation de descriptions fonctionnelles (spécifications concernant les performances ou les résultats)<sup>3</sup>. L'État adoptant doit en outre assurer par l'intermédiaire d'autorités appropriées un contrôle suivi de la pratique de ses entités adjudicatrices pour ce qui est de fonder la sollicitation d'une source unique sur la condition énoncée à l'alinéa a), l'utilisation abusive de cette méthode pouvant encourager, volontairement ou non, les monopoles et la corruption. Il convient de considérer l'exigence d'un avis préalable de sollicitation d'une source unique (figurant à l'article 33-5 de la Loi type) comme une garantie essentielle contre les incidences néfastes que le recours à la condition énoncée à l'alinéa a) pourrait avoir sur la transparence des pratiques de passation et la responsabilité en la matière.

2. Les conditions énoncées à l'alinéa b) – extrême urgence résultant d'un événement catastrophique – recourent dans une certaine mesure la condition d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence en cas d'urgence due à un événement catastrophique (paragraphe 4 b) du présent article). La différence réside dans le niveau d'urgence: le recours à la sollicitation d'une source unique se justifie lorsque l'urgence est telle qu'il serait irréaliste de tenir des négociations avec plus d'un fournisseur. Par exemple, après un événement catastrophique, il peut y avoir un besoin urgent d'eau potable et de fournitures médicales et un autre, normalement moins urgent, d'abris semi-permanents. Comme dans le cas des négociations avec

<sup>3</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans quelle mesure ce point est d'application générale et comment il s'articule avec les principales caractéristiques de la soumission d'offres par rapport aux méthodes fondées sur la demande de propositions, énoncées dans les indications concernant les articles 26 et 27.

appel à la concurrence, le montant des achats pouvant être faits avec cette méthode sera limité par la nécessité de lier l'ampleur de la passation à l'extrême urgence.

3. L'alinéa c) mentionne les impératifs de normalisation ou de compatibilité par rapport à des produits, équipements, technologies ou services existants comme justification du recours à la sollicitation d'une source unique. La sollicitation d'une source unique dans de telles situations doit être exceptionnelle, faute de quoi les besoins invoqués pourraient en réalité être dus à une planification défectueuse de l'entité adjudicatrice. Dans de telles situations, la passation de marchés doit donc être limitée en taille et en temps.

4. L'alinéa d) justifie le recours à la sollicitation d'une source unique aux fins de protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État. Cette disposition vise en particulier la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées lorsque l'entité adjudicatrice estime que les informations en question ne seraient pas suffisamment protégées si elle recourait à toute autre méthode de passation, y compris une autre méthode exceptionnelle telle que les négociations avec appel à la concurrence.

5. L'alinéa e) vise à permettre le recours à la sollicitation d'une source unique lorsque cette méthode permettrait d'éviter un préjudice sérieux en cas d'urgence économique grave, par exemple lorsqu'une entreprise employant la plus grande partie de la main d'œuvre d'une région ou d'une ville est menacée de fermeture à moins qu'elle n'obtienne un marché. Cet alinéa est assorti de conditions afin que le recours à la sollicitation d'une source unique reste très exceptionnel. Il convient de l'interpréter de manière très restrictive afin de ne pas permettre son utilisation en raison de considérations extrinsèques telles que le transfert de technologies, les prix comptables ou les échanges compensés<sup>4</sup>.

6. La décision de recourir à la sollicitation d'une source unique dans une situation d'urgence économique telle que celle décrite dans les présentes dispositions devrait normalement être prise aux plus hauts niveaux du Gouvernement. Cet alinéa dispose donc que l'entité adjudicatrice doit recevoir l'approbation préalable d'un organe désigné par l'État adoptant pour pouvoir recourir à la sollicitation d'une source unique dans de telles situations. Il exige en outre d'annoncer publiquement que la passation se fera avec sollicitation d'une source unique en raison de l'urgence économique et de donner aux intéressés l'occasion de formuler des observations. Bien que cette étape ne soit pas réglementée en détail dans la Loi type, cette possibilité de formuler des observations ne prendra tout son sens que si l'entité adjudicatrice laisse suffisamment de temps entre l'annonce en question et le début de la procédure de passation. L'entité adjudicatrice peut recevoir des observations de tout membre du public et devrait pouvoir être amenée à fournir des explications. Les États adoptants voudront peut-être réglementer d'autres aspects de ces dispositions dans les règlements en matière de passation des marchés, notamment les personnes auxquelles il convient de demander de formuler des observations (par exemple, les populations locales) et le but ou l'incidence des observations reçues, en particulier si elles sont négatives.

---

<sup>4</sup> Le texte de ce paragraphe est issu du texte de 1994. Le Groupe de travail est invité à le réexaminer, compte tenu en particulier de l'article 11 du projet de la Loi type révisée.

7. À part dans les situations visées à l'alinéa e), la Loi type révisée n'exige pas l'approbation d'un organe désigné pour le recours à la sollicitation d'une source unique. Cette approche est conforme à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale dans la Loi type que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur ce point). Cette position s'applique également à la décision de l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation d'une source unique. La CNUDCI a toutefois reconnu que certains États adoptants pouvaient exiger que les entités adjudicatrices obtiennent l'approbation d'une autorité supérieure avant de recourir à une mesure exceptionnelle telle que la sollicitation d'une source unique. La CNUDCI ne décourage pas ces pratiques dans le contexte de cette méthode de passation afin de prévenir la corruption et les décisions arbitraires de la part des entités adjudicatrices mais considère qu'une telle garantie peut être illusoire: il peut y avoir un risque élevé de corruption de la chaîne d'approbation lorsque l'autorisation de recourir à la sollicitation d'une source unique est demandée dans des circonstances irrégulières. D'un autre côté, il peut y avoir une perte injustifiable de temps et d'argent lorsqu'elle est demandée dans des circonstances parfaitement appropriées.

8. La sollicitation d'une source unique ne comportant pas de mise en concurrence, elle est considérée dans la Loi type comme la méthode à utiliser en dernier recours, lorsque toutes les autres possibilités ont été épuisées. Les dispositions du paragraphe 5 doivent donc être appliquées sans préjudice du principe général énoncé à l'article 27-2, aux termes duquel l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible lorsqu'elle choisit une méthode de passation de marché. Il est donc entendu que lorsqu'une méthode de passation autre que la sollicitation d'une source unique convient, qu'il s'agisse de la négociation avec appel à la concurrence, de l'appel d'offres restreint ou de la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode assurant la plus grande concurrence dans les circonstances de la passation considérée sans toutefois compromettre d'autres considérations non moins importantes telles que l'urgence de la livraison de l'objet du marché. On considère que dans les situations visées au paragraphe 5, mis à part celles des alinéas a), d) et e), l'entité adjudicatrice peut éviter de recourir à la sollicitation d'une source unique en utilisant d'autres méthodes ou instruments ou en planifiant correctement les marchés. Par exemple, dans des situations d'extrême urgence dues à un événement catastrophique, lorsqu'il serait irréaliste de négocier avec plus d'un fournisseur (al. b)), l'entité adjudicatrice peut envisager de recourir à des méthodes de passation sans négociations, telles que la demande de prix pour l'achat d'articles disponibles dans le commerce. Un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape peut également permettre de faire face à des situations d'extrême urgence si il a été conclu à l'avance dans le contexte d'un besoin déterminé risquant de survenir périodiquement ou dans un délai déterminé. Avec une meilleure planification des marchés, les accords-cadres peuvent également constituer une solution de remplacement à la sollicitation d'une source unique dans les situations visées à l'alinéa c) (besoin de fournitures supplémentaires provenant de la même source pour des raisons de normalisation et de compatibilité).

*On trouvera à la section B.4 ci-après un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.*

## 2. Sollicitation

*Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:*

**“Article 33. ... sollicitation d’une source unique. Exigence d’un avis préalable de passation de marché**

4. Lorsque l’entité adjudicatrice recourt à l’appel d’offres restreint pour les raisons spécifiées à l’article 29-5 de la présente Loi, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l’objet du marché peut être obtenu;

5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l’entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans ... (l’État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle l’avis doit être publié). L’avis comporte au minimum les renseignements suivants:

- a) Le nom et l’adresse de l’entité adjudicatrice;
- b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l’accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l’emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l’achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;
- c) La déclaration visée à l’article 8 de la présente Loi; et
- d) La méthode de passation utilisée.

6. Les dispositions du paragraphe 5 ne s’appliquent pas dans les situations d’urgence mentionnées aux articles 29-4 b) et 29-5 b).”

*Commentaire proposé:*

9. Le paragraphe 4 régissant la sollicitation d’une source unique est assorti de l’exigence, formulée au paragraphe 5, d’un avis préalable de passation de marché. Cet avis doit préciser en particulier qu’il est recouru à la sollicitation d’une source unique et fournir également un résumé des principales conditions du marché envisagé. Il constitue une mesure essentielle pour permettre le contrôle du public. Sur la base des renseignements publiés, un fournisseur ou entrepreneur lésé peut contester le recours à la sollicitation d’une source unique s’il existe une méthode avec mise en concurrence convenant aux circonstances de la passation. Cette garantie est particulièrement importante dans le contexte de cette méthode de passation, considérée comme exceptionnelle et ne se justifiant que dans les cas très limités visés à l’article 29-5 de la Loi type.

10. L’entité adjudicatrice n’est pas tenue de publier cet avis – mais peut néanmoins décider de le faire – lorsqu’elle recourt à la sollicitation d’une source unique dans des situations d’extrême urgence dues à un événement catastrophique (art. 29-5 b)). Cette dérogation est énoncée au paragraphe 6 de cet article. Dans les autres cas justifiant le recours à la sollicitation d’une source unique, l’avis préalable de passation de marché est la règle par défaut, sous réserve de dérogations fondées sur la confidentialité pouvant s’appliquer en vertu des dispositions de la loi de l’État

adoptant. Par exemple, la passation de marchés mettant en jeu la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État peut également mettre en jeu des informations classifiées; dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut être autorisée (par les règlements en matière de passation des marchés ou par d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant) à ne pas publier d'avis concernant la passation de marché. Cette situation peut se produire en particulier lorsque le recours à la sollicitation d'une source unique se fait dans le cadre de la passation d'un marché aux fins de la protection d'intérêts essentiels de la sécurité d'un État en vertu de l'article 29-5 d) (on trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées).

11. On trouvera dans la partie du Guide consacrée à l'appel d'offres restreint d'autres indications sur la publication d'un avis préalable dans les circonstances visées aux paragraphes 5 et 6 de l'article 33 et sur l'identification objective des fournisseurs qui participeront au processus. Les questions qui y sont soulevées sont également pertinentes dans le contexte de la sollicitation d'une source unique.

*On trouvera à la section B.4 ci-après un examen des modifications concernant la sollicitation par rapport au texte de 1994.*

### 3. Procédures

*Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:*

#### **“Article 51. Sollicitation d'une source unique**

Les paragraphes 4 à 6 de l'article 33 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 question.”

*Commentaire proposé:*

12. Cet article énonce les procédures relativement simples de sollicitation d'une source unique. Cette simplicité reflète le caractère très souple de la sollicitation d'une source unique, qui ne concerne qu'un seul fournisseur ou entrepreneur, la procédure devenant alors essentiellement une négociation de contrat (sortant donc du champ d'application général de la Loi type). Les questions de concurrence et de traitement égal des fournisseurs ou entrepreneurs dans la procédure de passation de marché sont importantes au stade de la décision de recourir à cette méthode de passation mais ne se posent pas durant la procédure elle-même.

13. Ces dispositions renvoient à l'exigence d'un avis préalable de passation de marché et à la dérogation à cette obligation, visées à l'article 33. Elles contiennent également l'obligation d'engager des négociations à moins que celles-ci ne soient pas possibles. Elles ont été introduites au vu de 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.

14. Les dispositions du chapitre I s'appliquent généralement à la sollicitation d'une source unique, y compris l'obligation d'abandonner la passation dans les situations décrites à l'article 20 (par exemple, si le seul fournisseur doit être exclu de la procédure de passation de marché pour incitation, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts). En outre, plusieurs dispositions de la Loi type visant à la transparence de la procédure de passation s'appliqueront, telles que l'article 22 sur la publication de l'avis d'attribution du marché, l'article 24 sur la tenue du procès-verbal complet de la procédure de passation, comprenant les justifications du recours à la sollicitation d'une source unique, et l'article 33 sur l'avis préalable de passation de marché. On ne saurait déduire de la brièveté de l'article 51 que les procédures de sollicitation d'une source unique sont peu réglementées dans la Loi type. Il convient de les appliquer en tenant compte de toutes les dispositions applicables de la Loi type et de tous les règlements en matière de passation des marchés et autres dispositions légales applicables de l'État adoptant.

*On trouvera à la section B.4 ci-dessous un examen des modifications de la procédure par rapport au texte de 1994.*

#### **4. Points concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994**

##### *Conditions d'utilisation*

15. L'article 29 énonce les conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique. Il se fonde sur les dispositions de l'article 22 de la Loi type de 1994, si ce n'est que certaines justifications du recours à la sollicitation d'une source unique ont été supprimées du texte de 1994 [Précisions à insérer ultérieurement]. On trouvera aux paragraphes [...] des indications et des considérations complémentaires sur l'utilisation de cette méthode dans les circonstances visées à l'article 29.

16. En dehors des situations visées à l'article 29-5 e) (voir par. [...] ci-dessus), la Loi type révisée, à l'inverse du texte de 1994, n'exige pas l'approbation d'un organe désigné pour le recours à la sollicitation d'une source unique. Cette approche est conforme à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale dans la Loi type que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur ce point). Cette position s'applique aussi à la décision de l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation d'une source unique, compte tenu des modifications apportées aux conditions d'utilisation de cette méthode de passation, beaucoup plus restrictives que dans le texte de 1994.

##### *Sollicitation*

17. Le paragraphe 4 de l'article 33 régit la sollicitation d'une source unique. Il se fonde sur les dispositions de l'article 51 du texte de 1994 [les précisions concernant les différences seront ajoutées ultérieurement].

*Procédures*

18. L'article 51 porte sur les procédures de sollicitation d'une source unique. Le texte de 1994 ne comportait pas de disposition équivalente. L'article 51 de la Loi type de 1994 portait seulement sur les modalités de sollicitation qui, dans la Loi type révisée, figurent à l'article 33-4. Les dispositions de la Loi type révisée imposent également à l'entité adjudicatrice d'engager des négociations, à moins que celles-ci ne soient pas possibles (voir les indications concernant l'article 51 ci-dessus).

---