



Assemblée générale

Distr. limitée
10 février 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Vingt et unième session
New-York, 16-20 avril 2012

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 la section du Guide qui accompagnera le chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, comprenant une introduction et un commentaire sur les dispositions afférentes du chapitre II (article 32).



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

Partie II. Commentaire par article

Chapitre VII: Procédures régissant l'utilisation d'accords-cadres

A. Introduction

1. Résumé analytique

1. Les procédures d'accords-cadres peuvent être décrites comme des méthodes de passation de marchés en deux étapes se déroulant sur une certaine période et comportant:

- a) La sollicitation de soumissions dans des conditions prédéterminées;
- b) L'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et l'examen de leurs soumissions au regard des conditions susmentionnées et, généralement (voir **ci-dessous), l'évaluation de ces soumissions;
- c) La conclusion d'un accord-cadre entre le ou les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés et l'entité adjudicatrice sur la base des soumissions. L'accord-cadre énonce les conditions des futurs achats et est conclu pour une durée déterminée (les points a) à c) constituent la "première étape" de la passation); et
- d) L'attribution ultérieure ou périodique de marchés à ces fournisseurs ou entrepreneurs aux conditions de l'accord-cadre, lorsque surviennent des besoins particuliers (ce qui peut impliquer de passer commande à un fournisseur ou entrepreneur donné ou une remise en concurrence. Ce point constitue la "deuxième étape" de la passation).

2. Les procédures d'accords-cadres sont souvent utilisées pour l'achat d'objets dont l'entité adjudicatrice a besoin durant une certaine période ou aura besoin ultérieurement lorsqu'elle ignore la quantité exacte, la nature précise ou le moment de ces besoins. Pour l'essentiel, l'accord-cadre définit les conditions dans lesquelles se feront les achats (ou établit les conditions principales et le mécanisme qui servira à définir les autres conditions ou préciser les conditions initialement définies: elles peuvent porter notamment sur les quantités à livrer à une date précise, le moment des livraisons, la quantité totale du marché et le prix). Il peut s'agir par exemple d'achats de produits de base – fournitures de bureau, pièces détachées, fournitures informatiques ou services de maintenance informatique – normalement réguliers ou récurrents, dans des quantités variables, sur un marché pouvant être très concurrentiel. Les procédures d'accords-cadres peuvent également convenir pour les achats auprès de sources multiples, par exemple d'électricité, et pour les achats d'articles dont le besoin risque de survenir de manière urgente, comme les médicaments (lorsqu'un objectif majeur est d'éviter d'acheter des articles de mauvaise qualité à un prix excessivement élevé, ce qui peut arriver lorsqu'une source unique est sollicitée en cas d'urgence). Ces types de marchés peuvent

nécessiter une sécurité d'approvisionnement, tout comme les articles spécialisés exigeant une ligne de production spéciale, pour lesquels les accords-cadres seront aussi indiqués.

3. Dans la pratique, on utilise pour le type de procédure décrit ci-dessus diverses expressions telles que arrangements en matière d'approvisionnement (supply arrangements), contrats à prestations ou quantités indéterminées (indefinite-delivery/indefinite-quantity contracts) ou marché de services à bon de commande (task-order contracts), contrats catalogue (catalogue contracts) ou contrats-cadres (umbrella contracts). Certaines de ces procédures sont très proches de celles de la CNUDCI; d'autres présentent des différences considérables. La mesure dans laquelle la première étape de la passation englobe tous les points énoncés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 ci-dessus varie également; s'il n'y a pas de vérification des qualifications des fournisseurs ni de la conformité des soumissions, l'arrangement correspond mieux à l'expression "liste des fournisseurs". La Loi type ne traite pas des listes de fournisseurs car la CNUDCI considère que les dispositions très souples sur les accords-cadres énoncées au chapitre VII de la Loi type offrent les mêmes avantages que les listes de fournisseurs sans faire peser sur la transparence et sur la concurrence les risques élevés auxquels on associe ces listes.

2. Incorporation: considérations de politique générale

4. L'objectif principal recherché en prévoyant les procédures d'accords-cadres est de permettre de tirer parti des avantages potentiels qu'elles recèlent, qui peuvent être résumés comme suit:

a) Efficacité administrative: lorsque cette procédure est utilisée pour des marchés récurrents, l'accord-cadre peut être efficace d'un point de vue administratif car il permet de regrouper efficacement une série de procédures de passation de marché. De nombreuses tâches normalement effectuées pour chacune de ces procédures ne sont faites qu'une fois: rédiger les conditions, assurer la publicité, évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, examiner les soumissions et, pour certains types d'accords-cadres, les évaluer. Les achats peuvent ainsi être effectués à plus faible coût et avec des délais de livraison plus courts que si chaque achat faisait l'objet d'une procédure distincte;

b) Réduction de la nécessité de recourir à des procédures d'urgence: la diminution de la durée des procédures de passation une fois effectuées les tâches initiales décrites plus haut permet de réduire la nécessité de recourir à des procédures d'urgence, qui sont souvent menées sans transparence et sans concurrence effective;

c) Meilleurs résultats pour les marchés de faible montant: on considère que la passation de ces marchés risque de donner lieu à des abus ou de ne pas aboutir à un bon rapport qualité-prix parce qu'elle se fait souvent au moyen de procédures peu transparentes et peu concurrentielles;

d) Meilleure transparence pour les marchés de faible montant: la procédure d'accord-cadre permet d'amortir les frais de publicité et les autres dépenses puisque les achats sont regroupés à cet effet, de sorte qu'ils ne se situent plus sous le seuil les exonérant des mesures de transparence, par exemple comme il est expliqué dans le commentaire des articles 23 et 29 **[**hyperliens**]**; le regroupement peut aussi

faciliter le contrôle par les organismes de contrôle ou par les fournisseurs ou entrepreneurs eux-mêmes;

e) Participation accrue des petites et moyennes entreprises: passer de plus petites commandes au titre de l'accord-cadre peut permettre à de plus petits fournisseurs ou entrepreneurs de participer;

f) Sécurité d'approvisionnement: le fournisseur ou l'entrepreneur est tenu d'assurer les approvisionnements futurs;

g) Réduction accrue des coûts: la centralisation des achats (un service central d'une entité adjudicatrice ou une entité indépendante spécialisée achète pour plusieurs services, ou une entité ou un consortium achète au nom de plusieurs entités) permet de réaliser des économies d'échelle;

h) Meilleure gestion de la chaîne d'approvisionnement: le coût de l'achat en une fois d'une grande quantité peut être réduit (caractéristique de certaines passations centralisées), de même que les frais de stockage;

i) Efficacité du processus: la centralisation des achats peut également favoriser l'amélioration de la qualité des offres et autres documents ainsi que, l'uniformisation et la normalisation au sein des institutions publiques, et une meilleure compréhension par les fournisseurs des besoins des entités adjudicatrices peut améliorer la qualité des soumissions. Comme il est expliqué plus haut dans la Section ** du commentaire général [[**hyperlien**](#)], des centrales d'achat peuvent conduire la passation de marchés au nom des entités adjudicatrices, et leur rôle de coordination peut améliorer encore les avantages de la centralisation des achats.

5. Il ressort clairement de la liste ci-dessus que de nombreux avantages découlent de l'application d'accords-cadres aux achats récurrents. C'est là leur utilisation la plus courante et celle à laquelle ils sont le plus adaptés, mais ce n'est pas la seule, comme on l'expliquera ci-après. Comme toutes les méthodes prévues dans la Loi type, l'accord-cadre se prête à toutes les passations de marchés, qu'il s'agisse de biens, de travaux, de services ou d'une combinaison de ces éléments.

6. Les États adoptants devraient être conscients des préoccupations que suscite l'utilisation des procédures d'accords-cadres, certaines inhérentes à la technique elle-même et d'autres à son utilisation inappropriée. Premièrement, l'efficacité administrative découlant de l'utilisation de cette technique peut compromettre d'autres objectifs de la passation de marché, tels qu'obtenir le meilleur rapport qualité-prix, si l'entité adjudicatrice utilise un accord-cadre simplement par souci d'efficacité administrative alors qu'il ne constitue pas l'instrument indiqué pour le marché considéré. Il peut s'en suivre que l'objet acquis ne répond pas véritablement aux besoins de l'entité adjudicatrice, ou que la qualité laisse à désirer ou que le prix payé est excessif. Deuxièmement, il a été observé dans la pratique que des accords-cadres entraînaient une diminution de la concurrence et de la transparence, des agissements collusoires, et des attributions de marchés fondées sur des relations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs et non sur les procédures de mise en concurrence visées dans la Loi type, au détriment du rapport qualité-prix. Troisièmement, en particulier à long terme, l'ampleur des accords-cadres peut entraîner une diminution de la participation générale et de la concurrence, les fournisseurs non parties à l'accord-cadre quittant le marché. Les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre connaîtront chacun l'identité

des autres et il peut donc être difficile dans la pratique d'assurer la concurrence une fois l'accord-cadre en place. Les fournisseurs ou les entrepreneurs non parties à l'accord-cadre ne pouvant participer à l'attribution des marchés, la concurrence est en fait limitée lors de la deuxième étape. Les conséquences préjudiciables d'une concurrence amoindrie seront aggravées si l'accord-cadre a pour effet de créer un marché monopolistique ou oligopolistique. Ces questions doivent être examinées avant qu'il ne soit décidé de recourir à une procédure d'accord-cadre, puisqu'il sera probablement vain de vouloir les régler une fois l'accord en place.

7. C'est pourquoi les dispositions de la Loi type prévoyant l'utilisation des procédures d'accords-cadres sont conçues pour faciliter l'utilisation appropriée et bénéfique de cette technique pour des achats récurrents ou dans les autres circonstances mentionnées plus haut (tels qu'anticiper un besoin urgent ou assurer la sécurité d'approvisionnement), pour en décourager l'utilisation inappropriée et pour atténuer ou réduire les risques décrits au paragraphe précédent. Elles comportent donc un contrôle de l'utilisation des procédures d'accords-cadres, sous la forme des conditions d'utilisation énoncées à l'article 32 [\[**hyperlien**\]](#), et des procédures obligatoires énoncées aux articles 58 à 63 [\[**hyperlien**\]](#), exprimées en des termes très généraux et exigeant le recours à l'appel d'offres ouvert ou à une procédure équivalente à moins qu'une autre méthode de passation se justifie.

8. Conformément à la Loi type (voir article 2 e) [\[**hyperlien**\]](#)) la procédure d'accord-cadre peut être de l'un des trois types suivants [vérifier la cohérence]:

a) Une procédure d'accord-cadre "fermé" sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe toutes les conditions du marché. La soumission de la première étape est définitive et les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas remis en concurrence lors de la deuxième étape de la passation. La seule différence entre ce type de procédure d'accord-cadre et les procédures de passation classiques est que l'article ou les articles sont achetés ultérieurement, souvent par lots pendant une période donnée. Ces accords-cadres sont dits "fermés" en ce sens qu'aucun nouveau fournisseur ou entrepreneur ne peut devenir partie à l'accord après qu'il a été conclu;

b) Une procédure d'accord-cadre "fermé" avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe certaines des principales conditions du marché. La soumission de la première étape est dite "initiale", parce que même si chaque soumission est évaluée, une remise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre est nécessaire lors de la deuxième étape. Ils présentent alors une soumission définitive et le marché est attribué à la soumission la plus avantageuse ou à la soumission au prix le plus bas, ou celle qui en tient lieu, telle qu'elle est identifiée à ce stade. Ces accords-cadres sont dits "fermés" au sens expliqué ci-dessus mais ne peuvent être conclus qu'avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur;

c) Une procédure d'accord-cadre "ouvert", dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe également certaines des principales conditions du marché. La soumission de la première étape est dite "indicative", parce qu'elle ne sera pas évaluée mais servira à en évaluer la conformité, et une remise en concurrence des fournisseurs ou

entrepreneurs est nécessaire lors de la deuxième étape. En ce sens, une soumission “indicative” n’est pas contraignante. Lors de la deuxième étape, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent une soumission finale et le marché est alors attribué à la soumission la plus avantageuse ou à la soumission au prix le plus bas, ou celle qui en tient lieu, telle qu’elle est identifiée à ce stade, comme dans les accords-cadres fermés avec mise en concurrence lors de la deuxième étape. Ces accords-cadres restent “ouverts” à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui signifie que tout fournisseur ou entrepreneur peut en devenir partie à tout moment de la durée de l’accord s’il est qualifié et si sa soumission indicative est conforme. Ces accords doivent fonctionner par voie électronique, comme il est expliqué ci-après dans le commentaire sur l’article 60 [\[**hyperlien**\]](#).

9. Ces différents types d’accords-cadres visent des circonstances différentes, en ce sens que la décision de recourir à un accord-cadre peut être relativement complexe: il faut déterminer quelle méthode de passation de marché et quel type d’accord-cadre conviennent. Par exemple, les accords-cadres ouverts sont censés être utilisés pour des biens standard d’usage courant ou des services simples et récurrents acquis normalement sur la base du prix le plus bas. On trouvera dans le commentaire ci-après une explication du lien entre les circonstances de la passation de marché et le type d’accord-cadre approprié, et d’autres points pouvant inspirer les règlements, règles et orientations pour ce qui est de faciliter l’application et l’utilisation d’accords-cadres. À cet égard, il convient de noter que les deux étapes des procédures d’accord-cadre sont susceptibles de contestation et d’appel suivant les mécanismes prévus au chapitre VIII de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#).

10. La Loi type ne prévoit pas un autre type d’accord-cadre, rencontré parfois dans la pratique, dans lequel un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs peuvent améliorer leurs offres unilatéralement. La raison de cette exclusion est qu’aucun mécanisme n’empêcherait l’entité adjudicatrice de communiquer des informations à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés pour les aider à améliorer leur position relative ou pour contrôler les offres améliorées. De tels accords-cadres seraient donc incompatibles avec les objectifs généraux de la Loi type.

3. Questions d’application et d’utilisation.

11. Ce qui importe le plus en ce qui concerne l’application et l’utilisation des accords-cadres est de promouvoir leur utilisation à bon escient, ce qui fait intervenir des questions bien plus complexes que la simple évaluation du respect des conditions d’utilisation, comme il est expliqué ci-après. La technique est relativement nouvelle et il conviendra donc peut-être d’actualiser les questions traitées à mesure que grandit l’expérience de leur utilisation. Les États adoptants voudront peut-être aussi suivre les publications des banques multilatérales de développement et d’autres organisations et organismes sur l’utilisation d’accords-cadres de type semblable à ceux prévus dans la Loi type¹.

12. Bien que cette technique ne puisse être utilisée que si les conditions d’utilisation sont remplies, comme il est expliqué en détail [\[à/au/dans **\]](#) [\[**hyperlien**\]](#), ces conditions d’utilisations, comme toutes les conditions

¹ Note à l’intention du Groupe de travail: il sera ajouté un renvoi à tout document publié au moment de la publication du Guide, tels que les documents types d’appel d’offres de la Banque mondiale ou des publications similaires.

d'utilisation des méthodes de passation prévues dans la Loi type, expliquent quand elles peuvent être utilisées (et donc quand elles ne le peuvent pas). Les conditions d'utilisation des accords-cadres visées à l'article 32 [\[**hyperlien**\]](#) sont beaucoup plus souples que les autres conditions d'utilisation, comme il est indiqué dans le commentaire ci-dessous. Les règlements, règles et orientations devront être très précis afin de guider l'entité adjudicatrice dans son choix de la meilleure décision, d'autant que sa décision motivée doit être versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché (voir article [** \[**hyperlien**\]](#)). Les règlements, règles ou autres orientations devraient expliquer le lien entre les principales circonstances dans lesquelles la Loi type encourage l'utilisation des accords-cadres et leurs conditions d'utilisation; à cet égard, les États adoptants doivent savoir que la capacité nécessaire au bon fonctionnement d'un accord-cadre peut être plus grande que dans le cas d'autres méthodes de passations, et des formations et d'autres mesures de renforcement des capacités seront essentielles pour une mise en œuvre réussie.

13. La première de ces circonstances est celle où l'entité adjudicatrice "devrait" avoir besoin de l'objet du marché "de manière indéterminée ou répétée" (article 32-1 a) [\[**hyperlien**\]](#)². Les règlements, règles ou orientations devraient expliquer que ces conditions ne doivent pas être cumulatives, même si dans la pratique elles se chevauchent fréquemment. À cet égard, la référence à un besoin indéterminé, signifiant qu'on ignore le moment, la quantité ou l'existence même de la passation de marché, peut rendre possible le recours à l'accord-cadre pour assurer la sécurité d'approvisionnement et en prévision d'achats récurrents. Les règles ou orientations devraient également s'étendre sur le sens du mot "devrait" expliquer comment évaluer objectivement la probabilité qu'un besoin survienne de manière répétée. Les coûts administratifs de la procédure en deux étapes seront amortis grâce à un plus grand nombre d'achats, c'est-à-dire plus que l'accord-cadre est utilisé à des procédures répétées. Pour les achats dont le besoin est indéterminé, ces coûts doivent être mis en balance avec la probabilité de la survenance du besoin et la sécurité qu'offre l'accord-cadre (notamment pour ce qui est de fixer à l'avance les prix et d'autres conditions).

14. La deuxième circonstance est celle où l'objet du marché "peut être nécessaire de façon urgente". Les considérations qui précèdent concernant les achats dont le besoin est indéterminé, valent également ici.

15. Les passations de marchés complexes dont les conditions (notamment les spécifications) varient d'achat en achat, tels que les grands contrats d'investissement ou les passations de marchés portant sur des articles très techniques ou très spécialisés ou des services plus complexes, ne se prêteraient donc aux accords-cadres: de tels projets ne correspondront généralement à aucune des conditions d'utilisation décrites ci-dessus.

16. Le lien entre le type d'accord-cadre à utiliser et les circonstances de la passation de marché devrait également être expliqué dans les règles ou orientations. La première question est comment choisir entre les trois types d'accords-cadres décrits ci-dessus, étant donné que la concurrence fonctionne différemment selon le type. Les accords-cadres fermés, où intervient l'évaluation des soumissions initiales,

² Note à l'intention du Groupe de travail: ces expressions peuvent être traitées dans le Glossaire.

supposent une grande concurrence lors de la première étape (avec ou sans concurrence lors de la deuxième étape). Les accords-cadres ouverts, eux, ne comportent pas d'évaluation des soumissions indicatives lors de la première étape – seules les qualifications et la conformité sont vérifiées – et la concurrence ne s'exerce donc que lors de la deuxième étape.

17. La précision avec laquelle le besoin peut et doit être défini lors de la première étape déterminera la mesure de la concurrence possible et appropriée pendant cette étape. Si l'objet du marché peut être défini avec précision et n'est pas censé varier pendant la durée de l'accord-cadre, un accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans lequel un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont sélectionnés lors de la première étape pour l'ensemble des articles ou certains d'entre eux, assurera une concurrence maximale lors de cette étape et devrait aboutir aux meilleures offres. Cependant, cette approche n'est pas souple et nécessite une planification précise: une normalisation stricte peut s'avérer difficile ou inadéquate, surtout dans le contexte d'achats centralisés où les besoins de chaque entité adjudicatrice peuvent varier et où il peut être utile de clarifier les exigences, de sorte que les besoins soient exprimés avec moins de précision [lors de la première étape], et dans le contexte de marchés incertains (tels que les achats futurs destinés à répondre à des besoins urgents). Si les besoins de l'entité adjudicatrice ne peuvent varier mais que le marché est dynamique et volatile, la mise en concurrence lors de la deuxième étape sera appropriée à moins qu'il ne soit tenu compte de cette volatilité dans l'accord-cadre (par exemple au moyen d'un mécanisme d'ajustement des prix). Plus la mise en concurrence lors de la deuxième étape est importante, plus cette étape sera administrativement longue et complexe, et moins les offres formulées lors de la première étape seront indicatives du résultat final, ce qui peut rendre plus difficile l'établissement d'un budget précis. Si la mise en concurrence lors de la deuxième étape est longue, il peut être peu avantageux d'avoir une concurrence rigoureuse lors de la première étape; une évaluation des qualifications et de la conformité peut suffire. L'organisme de passation des marchés publics ou organisme similaire devrait donc fournir des orientations concernant la planification efficace des deux étapes, l'évaluation des avantages de la normalisation et la prise en compte de besoins différents pour une passation de marché donnée et dans différents secteurs des marchés publics.

18. Une deuxième question est la portée de l'accord-cadre. Le regroupement de plusieurs besoins en un seul accord-cadre donnera à l'entité adjudicatrice de la souplesse pour finaliser ou préciser ses besoins lorsque ceux-ci surviendront. La description des besoins faite par l'entité adjudicatrice ou les entités adjudicatrices dans la sollicitation initiale sera donc moins précise ou sera diverse comme expliqué au paragraphe précédent, et supposera donc généralement une mise en concurrence lors de la deuxième étape (lorsque les éléments pertinents de l'ensemble sont connus pour la passation de marché en question), si bien que les approches suggérées au paragraphe précédent seront également pertinentes. Toutefois, plus généralement, un tel regroupement risque de restreindre l'accès au marché, notamment des petites et moyennes entreprises, qui peuvent ne pas être à même de fournir l'ensemble des articles – probablement plus important – visés par l'accord-cadre. Les règlements, règles ou orientations devraient donc tenir compte du risque général de voir certains fournisseurs disparaître du marché, situation qui nécessite d'être surveillée, comme il est expliqué ci-après aux paragraphes **[**hyperlien**](#)], mais aussi encourager les entités adjudicatrices à envisager la

possibilité d'autoriser dans le dossier de sollicitation les soumissions partielles, comme il est envisagé plus haut dans le commentaire de l'article ****hyperlien****, surtout lorsque la promotion des petites et moyennes entreprises est une politique économique et sociale de l'État concerné (on trouvera plus haut, à la section ****** du commentaire général ****hyperlien****) un examen de la question des politiques économiques et sociales).

19. Une troisième question à examiner est le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs devant être partie à l'accord-cadre. Un accord-cadre à fournisseur unique permet d'obtenir de meilleures reprises sur des achats groupés, étant donnée l'ampleur des affaires qu'un fournisseur ou un entrepreneur pourrait réaliser, surtout si les besoins de l'entité adjudicatrice représentent une part significative de l'ensemble du marché, pour autant qu'il y ait une certitude suffisante quant au volume des achats futurs (sous la forme d'engagements contraignants de la part de l'entité adjudicatrice par exemple). Ce type d'accord peut aussi améliorer la sécurité d'approvisionnement dans la mesure où le fournisseur concerné est probablement à même de répondre à la totalité des besoins. Les accords-cadres à fournisseurs multiples, plus courants, conviennent lorsqu'on ignore au départ qui sera le meilleur fournisseur lors de la deuxième étape, surtout lorsqu'on s'attend à ce que les besoins changent ou soient redéfinis lors de la deuxième étape pendant la période de validité de l'accord-cadre. Ils conviennent également aux marchés dynamiques et volatiles, pour les raisons exposées ci-dessus. Ils permettent en outre la centralisation des achats et peuvent améliorer la sécurité d'approvisionnement lorsqu'il existe des doutes quant à la capacité d'un seul fournisseur à répondre à tous les besoins.

20. Quatrièmement, les orientations de l'organisme des marchés publics ou organisme similaire devraient traiter du recours aux centrales d'achats. Comme on l'a vu plus haut dans le commentaire de l'introduction du chapitre VI sur les enchères électroniques inversées ****hyperlien****, l'externalisation de toute composante du marché peut provoquer des conflits d'intérêts organisationnels et des problèmes connexes: les centrales d'achat peuvent avoir intérêt à augmenter leur rémunération en maintenant des prix élevés et en encourageant des achats allant au-delà des besoins de l'entité adjudicatrice. En outre, dans le contexte des accords-cadres, l'organisme des marchés publics peut planifier les marchés futurs. La qualité des informations fournies par les entités adjudicatrices sera alors essentielle, en particulier pour ce qui est de faire face aux besoins prévus selon les points de vues examinés plus haut: les besoins des différents ministères ou institutions peuvent ne pas être les mêmes, de sorte que certains obtiendront un meilleur rapport qualité-prix que d'autres si ces besoins sont normalisés sans étude suffisante. Une interaction avec les utilisateurs probables d'un accord-cadre avant le début de la procédure permet une meilleure décision concernant la mesure de normalisation appropriée et d'adaptation à des besoins variables.

21. Si les États adoptants considèrent que ces questions peuvent nécessiter des capacités devant être développées, ils voudront peut-être introduire les accords-cadres de façon progressive. Par exemple, ces accords peuvent être à l'origine limités aux marchés récurrents. En outre, les règlements, règles ou orientations destinés à en faciliter l'application devraient souligner qu'une bonne planification des marchés est primordiale pour établir un accord-cadre efficace: les accords-cadres ne sauraient remplacer la planification des marchés.

22. Les États adoptants sont également encouragés à mettre en place un mécanisme de contrôle de l'établissement et l'utilisation des accords-cadres, pour s'assurer d'une part que les règles pertinentes sont appliquées et d'autre part que les avantages escomptés en termes d'efficacité administrative et de rapport qualité-prix se concrétisent dans les faits. Ce mécanisme de contrôle peut également indiquer où il convient de donner des orientations et de renforcer les capacités. En ce qui concerne l'établissement d'un accord-cadre, ses conditions peuvent limiter la souplesse commerciale si l'une d'elles fixe des quantités minimales garanties ou s'il fonctionne comme un contrat exclusif d'achat. Cette souplesse devrait toutefois être mise en balance avec l'offre de meilleurs prix par les fournisseurs ou entrepreneurs. Cette question peut être réglée a) en recourant dans le dossier de sollicitation à des quantités estimatives (non contraignantes) de sorte que l'accord-cadre puisse faciliter la présentation d'offres réalistes fondées sur une bonne connaissance de l'ampleur des besoins de l'entité adjudicatrice, et que l'entité adjudicatrice puisse acheter en dehors de l'accord-cadre si les conditions du marché évoluent et b) en recourant à des quantités contraignantes pouvant être exprimées sous la forme de minima ou de maxima. Il peut y avoir des marchés où une solution semble meilleure que l'autre; le mécanisme de contrôle peut inspirer des orientations appropriées ou fournir des exemples issus de la pratique, dans lesquels le choix doit être fait par l'entité adjudicatrice.

23. La centrale d'achat ou l'organisme des marchés publics ou organisme similaire devrait également contrôler la manière dont chaque entité adjudicatrice utilise l'accord-cadre et les prix qu'il permet d'obtenir par rapport aux prix du marché sur des passations isolées, en cas d'augmentation des prix ou d'une autre diminution de la qualité des offres pouvant aussi résulter d'une mauvaise utilisation de l'accord-cadre par une ou deux entités adjudicatrices.

24. Une fois l'accord-cadre établi, la réalisation de ses avantages potentiels dépendra de la mesure dans laquelle il sera effectivement utilisé pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'objet du marché et non pour conclure de nouveaux marchés pour celui-ci; la crédibilité de l'entité adjudicatrice à cet égard sera également importante pour les marchés futurs. Un autre aspect de la pratique optimale est que l'entité adjudicatrice doit évaluer régulièrement si un accord-cadre continue d'assurer le meilleur rapport qualité-prix et l'accès à ce que le marché peut offrir de mieux, et examiner la totalité des achats prévus au titre de cet accord pour déterminer si les avantages l'emportent sur le coût. Dans un tel cas d'utilisation optimale, les fournisseurs et entrepreneurs devraient être davantage convaincus qu'ils recevront des commandes de l'entité adjudicatrice et donc proposer leurs meilleurs prix et leur meilleure qualité. On peut évaluer si la solution technique ou le produit proposés restent les meilleurs du marché notamment en procédant à des études de marché ou en publiant des informations sur l'étendue de l'accord-cadre. Si l'accord-cadre n'offre plus de bonnes conditions commerciales à l'entité adjudicatrice, une nouvelle procédure de passation de marché (procédure classique ou nouvelle procédure d'accord-cadre) devient alors nécessaire.

25. Un deuxième point important à régler pour ce qui est de l'utilisation des accords-cadres est d'assurer la transparence, la concurrence et l'objectivité du processus. À cette fin, la Loi type impose les conditions d'utilisation décrites plus haut aux paragraphes ** mais elle exige aussi que l'entité adjudicatrice souhaitant recourir à un accord-cadre fermé suive une des méthodes de passation de marchés

de la Loi type pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs qui y seront parties (c'est-à-dire lors de la première étape). Ainsi, toutes les garanties de la méthode de passation choisie, y compris les conditions de son utilisation et les méthodes de sollicitation, s'appliqueront. La garantie équivalente pour un accord-cadre ouvert est qu'il doit être établi conformément à des procédures ouvertes spécialement conçues reproduisant dans une large mesure celles de l'appel d'offres ouvert. Les règles et orientations à l'intention des entités adjudicatrices devraient insister sur ces garanties et sur les questions examinées aux paragraphes suivants.

26. Les dispositions régissant l'attribution de marchés en vertu d'accords-cadres ont été définies de manière à assurer une transparence et une concurrence suffisantes lorsqu'une mise en concurrence lors de la deuxième étape est envisagée sur la base des règles régissant l'appel d'offres ouvert, comme il est expliqué ci-dessous dans le commentaire de l'article [** \[**hyperlien**\]](#). Les dispositions de l'article 22 [** \[**hyperlien**\]](#) régissant l'attribution du marché, y compris le délai d'attente en cas de mise en concurrence lors de la deuxième étape, garantissent la transparence de la prise de décision lors de cette étape. Toutefois, de manière plus générale, compte tenu des risques d'atteinte à la concurrence à plus long terme, examinés plus haut au paragraphe [**](#), l'organisme des marchés publics ou organisme similaire devrait contrôler l'impact de l'accord-cadre sur la concurrence du marché concerné, surtout si celui-ci risque de devenir monopolistique ou oligopolistique. Comme on l'a noté en ce qui concerne les autres méthodes de passation de marchés et plus haut à la section [**](#) du commentaire général, il peut être utile que ce contrôle se fasse conjointement avec les autorités chargées de la protection de la concurrence dans l'État adoptant concerné [** \[**hyperliens**\]](#).

27. La Loi type prévoit qu'un accord-cadre ouvert doit fonctionner par voie électronique mais laisse sur ce point une marge de manœuvre à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'accord-cadre fermé. Les États adoptants voudront peut-être souligner les avantages d'une procédure en ligne en termes d'efficacité et de transparence (par exemple, les conditions peuvent être rendues accessibles au public au moyen d'un hyperlien; une invitation papier à la mise en concurrence lors de la deuxième étape risque d'être une solution peu pratique pour les utilisateurs. Voir également, plus haut, la section [**](#) du commentaire général [** \[**hyperlien**\]](#). Si l'État adoptant exige que tous les accords-cadres fonctionnent par voie électronique ou encourage cette pratique (ou a l'intention de le faire), les règlements ou autres règles peuvent exiger que tous ces accords soient centralisés, ce qui renforcera encore la transparence et l'efficacité de leur fonctionnement.

28. Une troisième grande mesure de contrôle prévue dans la Loi type vise à limiter l'effet potentiellement anticoncurrentiel que des accords-cadres pourraient avoir sur la procédure de passation ou sur l'ensemble du marché si les fournisseurs se décourageaient, comme il est expliqué plus haut aux paragraphes [** \[**hyperlien**\]](#). Au niveau d'une passation donnée, puisqu'aucun fournisseur ou entrepreneur ne peut se voir attribuer de marché au titre d'un accord-cadre sans être partie à celui-ci, les accords-cadres peuvent avoir un effet anticoncurrentiel.

29. Pour ce qui est des accords-cadres fermés, on estime généralement qu'assurer une pleine concurrence pour les achats envisagés périodiquement, en limitant leur durée et en exigeant que les achats suivants soient de nouveau ouverts à la concurrence, contribue à réduire ce risque anticoncurrentiel. On considère également que la limitation de la durée maximale contribue à prévenir les tentatives

de justifier des accords-cadres excessivement longs. D'un autre côté, réduire une durée trop courte peut nuire à l'efficacité administrative des accords-cadres. La CNUDCI considère qu'il n'y a pas une seule durée maximale appropriée, compte tenu du fait que les circonstances administratives et commerciales diffèrent d'un cas à l'autre, et l'État adoptant est donc invité à fixer la limite appropriée dans ses règlements en matière de passation des marchés.

30. Pour cette raison, l'article 59-1 a) [\[**hyperlien**\]](#) de la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice doit fixer la durée maximale de l'accord-cadre fermé, qui ne peut dépasser la durée maximale fixée par l'État adoptant dans les règlements en matière de passation des marchés (c'est-à-dire que la Loi type ne fixe pas elle-même de limite déterminée). Les règlements ou les règles ou orientations qui les accompagnent devraient indiquer que le maximum comprend toutes les prorogations possibles de la durée initiale fixée pour l'accord-cadre concerné. Cet aspect est primordial pour ce qui est d'éviter les prorogations et dérogations abusives. L'expérience des pays utilisant des accords-cadres fermés montre que les avantages potentiels de cette technique sont généralement susceptibles de se concrétiser lorsque ces accords durent suffisamment longtemps pour permettre la conclusion de plusieurs marchés, par exemple trois à cinq ans. Au-delà de cette durée, le risque d'effet anticoncurrentiel peut s'accroître, et il se peut que les conditions de l'accord-cadre fermé ne reflètent plus les conditions du marché à ce moment. Étant donné que certains marchés peuvent changer plus rapidement, surtout si des évolutions techniques sont probables, par exemple dans les passations de marchés dans le secteur des technologies de l'information et des télécommunications ou si les besoins de l'entité adjudicatrice sont susceptibles d'évoluer dans le temps, la durée appropriée de chaque marché peut être sensiblement plus courte que la durée maximum. Les règlements, règles ou orientations devraient également traiter des contrôles internes de l'attribution des marchés à la fin d'une période budgétaire ou à l'approche de la fin de la durée de l'accord-cadre, encore une fois pour éviter les abus constatés dans ces attributions.

31. Les États adoptants peuvent aussi considérer que des durées différentes pourraient convenir pour différents types de passations de marchés et que pour certains articles susceptibles de connaître une évolution importante, cette durée peut se mesurer en mois. Les règlements peuvent prévoir des durées plus courtes dans les limites du maximum légal indiqué à l'article 59 [\[**hyperlien**\]](#), auquel cas des orientations claires doivent être données aux entités adjudicatrices pour assurer qu'elles consultent la bonne source. Ces orientations devraient également traiter des limites de la durée des accords-cadres liées à des facteurs externes (telles que les exigences de la budgétisation publique). Elles devraient également encourager les entités adjudicatrices à évaluer elles-mêmes périodiquement pendant la durée d'un accord-cadre fermé si ses prix et conditions sont toujours d'actualité et compétitifs, parce qu'ils tendent à rester fixes et non à suivre l'évolution du marché. À cet égard, il y a un risque que les entités adjudicatrices décident de passer un marché au moyen d'un accord-cadre existant même si les conditions de celui-ci ne correspondent pas tout à fait à ses besoins ou ne reflètent pas vraiment la situation du marché à ce moment, afin d'éviter de devoir engager une nouvelle procédure de passation (et de nouveau définir les conditions, publier un avis de passation de marché, vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, procéder à l'examen et à l'évaluation des soumissions initiales, etc.). De ce fait, les entités adjudicatrices n'évaluent parfois pas suffisamment le prix ni la qualité lorsqu'elles

passent une commande donnée. L'expérience montre aussi qu'elles auront tendance à privilégier les spécifications par rapport au prix; les orientations devraient donc traiter de la nécessité d'assurer un juste équilibre. [supprimer la répétition]

32. S'agissant des accords-cadres ouverts, le risque d'atteinte à la concurrence est moindre parce que l'accord-cadre reste ouvert à de nouvelles parties. La durée de l'accord-cadre ouvert n'est donc pas soumise à un maximum légal; elle est laissée à l'appréciation de l'entité adjudicatrice (voir article 61-1 a [**hyperlien**](#)). Les garanties appliquées sont l'obligation de rendre publique l'existence de l'accord-cadre et celle de procéder à un examen rapide des demandes de participation à l'accord (voir articles 60-1, 61-2, et 60-4 et 5 [**hyperliens**](#)).

33. L'accord-cadre lui-même contient les conditions du marché envisagé (autres que celles devant être définies lors de la mise en concurrence de la deuxième étape). Les règlements ou règles et orientations devraient souligner que l'accord lui-même devrait décrire exhaustivement toutes les conditions, l'objet du marché (y compris ses spécifications) et les critères d'évaluation, afin de favoriser la participation et la transparence, et en raison des restrictions imposées à la modification des conditions pendant la durée d'application de l'accord-cadre (voir également ci-après le commentaire des articles 58 à 63 [**hyperlien**](#)).

34. En résumé, l'utilisation efficace des procédures d'accords-cadres exigera de l'entité adjudicatrice ou autre opérateur qu'il détermine quel type d'accord convient en fonction de la complexité de l'objet du marché ou de son homogénéité ou de toute autre manière, et comment la concurrence peut être assurée. L'État adoptant voudra peut-être s'assurer de l'existence de mécanismes appropriés de renforcement des capacités afin de permettre une prise de décision optimale.

B. Dispositions concernant les procédures d'accords-cadres

Article 32. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre

35. Cet article énonce les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre (paragraphe 1) et l'obligation de justifier le recours à cette procédure et d'indiquer dans le procès-verbal les raisons invoquées (paragraphe 2). Tout en tenant compte de la nécessité d'assurer une utilisation appropriée des accords-cadres, la CNUDCI a veillé à éviter d'en limiter l'utilité par des conditions excessivement restrictives.

36. Le paragraphe 1 énumère les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre, que la procédure donne lieu à un accord-cadre fermé ou ouvert. Les conditions se fondent sur l'idée selon laquelle la procédure d'accord-cadre peut présenter des avantages dans une passation de marché, notamment en termes d'efficacité administrative, si l'entité adjudicatrice a des besoins susceptibles de se manifester à court ou moyen terme mais que toutes les conditions ne peuvent être définies au début de la passation (voir plus haut aux paragraphes [** une description des avantages](#)). Le paragraphe 1 autorise l'utilisation d'une procédure d'accord-cadre dans deux situations où ces circonstances peuvent se présenter: premièrement, lorsqu'on prévoit que l'objet du marché sera nécessaire de manière "indéterminée", ce qui signifie qu'on ignore l'étendue, le moment ou la quantité de ce besoin ou qu'on prévoit qu'il sera récurrent et deuxièmement, lorsque l'objet du marché peut être nécessaire de façon urgente. Le premier cas peut concerner des achats répétés

d'articles ou de services relativement courants (fournitures de bureau, services simples tels que gardiennage, contrats de maintenance, etc.). Le deuxième cas peut se présenter lorsqu'un organisme public doit réagir à une catastrophe naturelle, à une pandémie ou à d'autres risques connus, cette condition pouvant normalement mais ne devant pas s'ajouter à la première. La sécurité d'approvisionnement est habituellement source de préoccupation dans ce second cas, mais elle peut aussi le devenir dans le premier cas si un besoin indéterminé d'achats récurrents d'articles exigeant une production spécialisée se présente (voir plus haut, aux paragraphes ** de l'introduction de ce chapitre, l'examen général des types de passation pouvant se prêter à des accords-cadres [[**hyperlien**](#)]). Si la procédure donne lieu à un accord-cadre fermé, les conditions d'utilisation applicables à la méthode de passation qu'il est prévu d'utiliser pour attribuer l'accord doivent également être satisfaites. La raison en est que, conformément à l'article 58-1 de la Loi type [[**hyperlien**](#)], un accord-cadre fermé doit être attribué en recourant à une procédure d'appel d'offres ouvert, à moins que le recours à une autre méthode de passation ne se justifie.

37. Les conditions d'utilisation des procédures d'accords-cadres sont beaucoup plus souples que celles des méthodes de passation énumérées à l'article 27-1 [[**hyperlien**](#)]: l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'indiquer une fois pour toutes que les besoins se manifesteront de façon indéterminée ou urgente, mais simplement qu'ils sont susceptibles de se manifester. La subjectivité inhérente à ces conditions d'utilisation fait qu'il est plus difficile de les faire respecter que de faire respecter celles des méthodes de passation énumérées à l'article 27-1. Les paragraphes ** de l'introduction du chapitre VII énoncent des mesures qui renforceront l'objectivité de telles décisions et permettront ainsi de vérifier plus facilement si les décisions prises dans les circonstances d'un accord-cadre donné sont raisonnables. De cette manière, ces conditions, accompagnées de règlements, règles et orientations appropriés, favoriseront la responsabilité et encourageront les pratiques optimales.

38. Comme noté plus haut (paragraphes **), le coût de la mise en place et de l'application d'une procédure d'accord-cadre, qui comporte deux étapes, sera normalement plus élevé que celui d'une procédure de passation de marché en une seule étape. Pour savoir si une procédure d'accord-cadre convient dans une situation donnée, il faudra donc déterminer si les avantages potentiels compensent ce surcoût. Lorsqu'on s'attend à ce que le besoin soit récurrent, les dépenses administratives liées à la mise en place et à l'exécution de l'accord-cadre peuvent être amorties sur une série d'achats; lorsqu'on prévoit qu'il sera urgent ou indéterminé, il faut mettre en balance les dépenses administratives et les avantages économiques que les conditions de passation précédemment fixées peuvent apporter par rapport aux autres procédures utilisables. L'entité adjudicatrice doit donc procéder à une analyse coûts-avantages fondée sur des probabilités avant d'engager une procédure d'accord-cadre. Les paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre aideront les États adoptants à décider quelles orientations il convient de fournir et quelle formation il convient de dispenser pour que l'entité adjudicatrice dispose des moyens nécessaires à cette fin. Ces considérations s'appliquent en particulier dans le contexte des accords-cadres fermés.

39. En outre, il convient de noter que l'accord-cadre ne saurait remplacer une planification efficace des marchés. Dans le contexte d'un accord-cadre fermé en

particulier, à moins que des estimations réalistes du marché final ne puissent être établies et communiquées au début de la procédure, les fournisseurs potentiels ne seront pas encouragés à soumettre leur meilleur prix lors de la première étape, ce qui signifie qu'un accord-cadre fermé pourrait ne pas apporter les avantages escomptés ou que des considérations de prix ou de qualité compromettant le rapport qualité-prix risquent de l'emporter sur l'efficacité administrative.

40. Les conditions d'utilisation se justifient également par la nécessité de tenir compte de l'éventuelle restriction de la concurrence que suppose l'emploi de cette technique, en particulier l'accord-cadre fermé (voir paragraphes ** ci-dessus). Dans ce contexte, il convient également de mentionner la durée limitée des accords-cadres fermés prévue à l'article 59-1 a) [\[**hyperlien**\]](#) et la durée définie prescrite à l'article 61-1 a) [\[**hyperlien**\]](#), qui impliquent que l'objet du marché soit de nouveau ouvert à la pleine concurrence à l'expiration de l'accord.

41. Les conditions d'utilisation doivent se lire conjointement avec la définition de l'expression "entité adjudicatrice", qui permet à plusieurs acheteurs d'utiliser l'accord-cadre. Si l'État adoptant souhaite que des centrales d'achat puissent jouer le rôle d'intermédiaire pour une ou plusieurs entités adjudicatrices de manière à réaliser les économies d'échelle qu'un achat centralisé peut offrir, il voudra peut-être adopter une réglementation ou publier des instructions afin que de tels arrangements puissent être appliqués avec transparence et efficacité.

42. Le paragraphe 2 dispose que l'entité adjudicatrice doit verser au procès-verbal de la passation de marché les raisons pour lesquelles elle recourt à la procédure d'accord-cadre. L'idée est qu'elle y inclue l'analyse coûts-avantages visée aux paragraphes précédents. Dans le cas de l'attribution d'un accord-cadre fermé, ce paragraphe est complété par l'article 28-3 de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#), selon lequel l'entité adjudicatrice est tenue d'indiquer dans le procès-verbal les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation autre que l'appel d'offres ouvert pour attribuer l'accord. Compte tenu des risques constatés de recours excessif aux accords-cadres en raison de leur efficacité administrative supposée (voir plus haut, aux paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [\[**hyperlien**\]](#)), et du caractère général de leurs conditions d'utilisation, il importera d'effectuer en temps voulu un contrôle approprié de la justification versée au procès-verbal (cela également pour faciliter toute contestation de l'utilisation d'une procédure d'accord cadre de la part de fournisseurs ou entrepreneurs). Pour que le contrôle soit efficace, il faudra examiner de près la quantité des achats réalisés au titre de l'accord-cadre pour déceler les cas d'utilisation excessive ou de sous-utilisation décrits précédemment (voir plus haut, aux paragraphes ** de l'introduction au présent chapitre [\[**hyperlien**\]](#)).