



Assemblée générale

Distr. limitée
13 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 le commentaire du Guide qui accompagnera le chapitre V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, portant sur la demande de propositions avec négociations consécutives (article 50), les négociations avec appel à la concurrence (article 51), la sollicitation d'une source unique (article 52) et les articles connexes du chapitre II (articles 30, 34 et 35).



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

Chapitre V: Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue, la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique (*suite*)

B. Méthodes de passation de marchés (*suite*)

3. Demande de propositions avec négociations consécutives

Description générale et considérations de politique générale

1. Les conditions d'utilisation et les procédures de cette méthode de passation de marchés ressemblent à celles de la demande de propositions sans négociation visée à l'article 29-3 de la Loi type. La différence réside dans la nécessité de négocier les aspects financiers des propositions. Cette méthode convient donc lorsque la passation porte sur des articles ou des services conçus pour l'entité adjudicatrice plutôt que sur des articles ou services relativement standard. La demande de propositions avec négociations consécutives est donc indiquée pour l'acquisition d'objets plus complexes s'il est indispensable de négocier les aspects commerciaux ou financiers des propositions: il peut y avoir tellement de variables dans ces aspects des propositions que toutes ne peuvent être prévues et spécifiées au début de la passation de marché et doivent être précisées et définies d'un commun accord lors de négociations. En pratique, cette méthode est utilisée par exemple pour des services consultatifs juridiques, financiers ou de conception, des études environnementales, des ouvrages de génie civil ou la fourniture de bureaux destinés à des fonctionnaires.

2. Toutes les phases de cette méthode précédant celle des négociations sont les mêmes que celles de la demande de propositions sans négociation: l'entité adjudicatrice fixe un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques des propositions et classe ensuite les propositions qui atteignent ou dépassent ce seuil, en s'assurant que les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négociera sont capables de fournir l'objet du marché requis. Elle tient ensuite des négociations sur les aspects financiers des propositions en commençant par le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé; si elle met fin aux négociations avec lui, elle négocie avec le fournisseur ou l'entrepreneur suivant, et ainsi de suite dans la mesure nécessaire, jusqu'à ce qu'elle conclue un marché avec l'un d'eux. Ces négociations doivent permettre à l'entité d'obtenir des propositions financières équitables et raisonnables. Des négociations consécutives – et non simultanées ou concomitantes – conviennent le mieux à cette méthode, étant donné qu'elles ne portent que sur les aspects

financiers ou commerciaux des propositions. S'il faut négocier d'autres aspects, cette méthode de passation ne peut être utilisée.

3. La demande de propositions avec négociations consécutives n'est pas exclusivement réservée à la passation des marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode sur la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation de marché et d'assurer le plus de concurrence possible (article 28-2) [\[**hyperlien**\]](#) (pour le commentaire correspondant, voir plus haut la section ****** du commentaire sur la première partie du chapitre II [\[**hyperlien**\]](#)). Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement recommandent l'utilisation de méthodes de passation semblables à la demande de propositions avec négociations consécutives prévue dans la Loi type pour la passation des marchés de services de consultant (en d'autres termes, des services à caractère intellectuel). Cette méthode est habituellement très utilisée pour ce type de marché. Il se peut que ces banques n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode dans d'autres cas, du moins pour les projets qu'elles financent.

Article 30-3. Conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives [\[hyperlien**\]](#)**

4. L'article 30-3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives. Comme la demande de propositions sans négociation, cette méthode s'est révélée avantageuse lorsque les caractéristiques qualitatives et techniques sont la principale priorité et que l'entité adjudicatrice a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques, pour ne pas être influencée par les aspects financiers lorsqu'elle examine et évalue les aspects qualitatifs et techniques. Le mot "besoin" employé dans les dispositions vise à rendre compte de la nécessité objective et démontrable que l'entité adjudicatrice procède à l'examen et à l'évaluation dans cet ordre. Comme la demande de propositions sans négociation, cette méthode n'est donc indiquée que lorsqu'il est possible et nécessaire d'examiner et d'évaluer les aspects qualitatifs et techniques des propositions séparément de leurs aspects financiers.

Article 35. La sollicitation dans les méthodes de passation de marchés fondées sur la demande de propositions et son application à la demande de propositions avec négociations consécutives [\[hyperlien**\]](#)**

5. L'article 35 régit la sollicitation dans les méthodes de passation de marchés fondées sur la demande de propositions; son application à la demande de propositions avec négociations consécutives soulève des questions identiques à celles examinées dans le commentaire sur la demande de propositions avec dialogue, à la section ****** ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#).

Article 50. Demande de propositions avec négociations consécutives

6. L'article 50 régit les procédures de demande de propositions avec négociations consécutives. Toutes les phases de cette méthode précédant celle des négociations sont les mêmes que celles de la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1 renvoie donc aux dispositions applicables de l'article 47

[**hyperlien**]. Le commentaire sur ces dispositions vaut également pour le présent article (voir le commentaire sur cette méthode de passation à ** ci-dessus) [**hyperlien**].

7. Les paragraphes 2 à 6 régissent les procédures propres à cette méthode de passation. Le paragraphe 2 traite du classement et de l'invitation aux négociations consécutives. Le classement se fonde sur les notes attribuées aux aspects qualitatifs et techniques des propositions.

8. Comme il est indiqué plus haut dans le commentaire sur la demande de propositions sans négociations [**hyperlien**], il importe de définir clairement ce qu'on entend par les expressions "aspects techniques et qualitatifs" et "aspects financiers" des propositions. Dans ce contexte, l'expression "aspects financiers" utilisée au paragraphe 2 b) comprend tous les aspects commerciaux des propositions qui ne peuvent être stipulés dans le cahier des charges, ainsi que le prix final, à l'exclusion de tout aspect qualitatif, technique ou autre ayant été pris en considération lors de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques qualitatives et techniques des propositions. On trouvera également dans le commentaire sur la demande de propositions sans négociations des exemples pratiques d'éléments de propositions pouvant relever de l'une ou l'autre catégorie.

9. On trouve aux paragraphes 3 et 6 la notion de "fin des négociations". Elle signifie que la proposition financière définitive du fournisseur est rejetée et que ce dernier ne peut donc plus participer à la suite de la procédure de passation. Un marché ne peut donc être attribué à un fournisseur si l'entité adjudicatrice a mis fin à ses négociations avec lui, comme le prévoient les paragraphes 3 et 4.

10. La CNUDCI a décidé d'inclure cette caractéristique de cette méthode de passation de marchés pour mettre l'accent sur la concurrence concernant les aspects qualitatifs et techniques des propositions. Lorsque cette méthode est utilisée dans les circonstances appropriées, cette caractéristique distincte peut obliger tant les fournisseurs que les entités adjudicatrices à négocier de bonne foi. Le fournisseur le mieux classé risque de voir l'entité adjudicatrice mettre fin aux négociations à tout moment et de se trouver exclu pour toujours de la procédure de passation. Il peut également considérer que les négociations avec les fournisseurs moins bien classés ont plus de chances de réussir puisque ceux-ci seront incités à améliorer leur position pour remporter le marché, et qu'il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de conclure le marché à la fin du processus. Il se sentira donc quelque peu contraint de négocier alors que l'entité adjudicatrice, face au risque de rejeter la meilleure proposition technique, se gardera d'accorder une importance excessive aux aspects financiers des propositions au détriment des considérations qualitatives et techniques. Fixer dans le dossier de sollicitation la durée des négociations peut être considéré comme un autre moyen efficace d'imposer une certaine discipline aux deux parties lors des négociations.

11. Cette caractéristique peut cependant être considérée comme rigide. Ce n'est qu'à l'issue d'un processus de négociation avec l'ensemble des fournisseurs que l'entité adjudicatrice peut savoir quelle est en fait la meilleure proposition; or, il se peut qu'elle l'ait rejetée parce qu'elle a mis fin aux négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise. De plus, cette procédure ne met pas nécessairement l'entité adjudicatrice en bonne position pour négocier puisque le fournisseur le mieux classé, connaissant sa position privilégiée, risque d'être peu

enclin à négocier, en particulier sur le prix, si bien que la pression qu'elle pourrait peut-être exercer lors de négociations concomitantes est absente. Cependant, cette méthode se limite aux négociations consécutives afin d'éviter le risque d'abus qui pourrait exister s'il y avait des négociations concomitantes, ces dernières n'étant prévues que dans les circonstances limitées où les négociations avec appel à la concurrence sont autorisées en vertu de l'article 51 [\[**hyperlien**\]](#) (voir en outre le commentaire sur cet article) [\[**hyperlien**\]](#).

12. La question de savoir si l'entité adjudicatrice est prête à faire des compromis sur les considérations qualitatives et techniques en mettant fin aux négociations avec le fournisseur le mieux classé et en entamant des négociations avec le fournisseur suivant dépendra dans une très large mesure des circonstances de la passation et en particulier des résultats de l'examen et de l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions. L'écart entre les diverses propositions peut varier considérablement et l'entité adjudicatrice doit adapter ses stratégies de négociation en conséquence. Elle peut toujours abandonner la passation si les propositions sont inacceptables.

4. Négociations avec appel à la concurrence

Description générale et considérations de politique générale

13. Les négociations avec appel à la concurrence sont une méthode de passation des marchés qui ne peut être utilisée que dans les circonstances exceptionnelles visées aux alinéas a) à c): situations d'urgence, événements catastrophiques et protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant. Comme il est indiqué dans l'introduction sur les méthodes de passation de marchés visées au chapitre V ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#), elles ne doivent pas être envisagées en remplacement d'une autre méthode prévue dans la Loi type, même si les circonstances peuvent suggérer l'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes ou d'une demande de propositions, sauf dans un cas. Ainsi qu'il est expliqué plus en détail aux paragraphes ** ci-dessous, la participation de plus d'un fournisseur signifie qu'on considère que les négociations avec appel à la concurrence permettent davantage de concurrence que la sollicitation d'une source unique; conformément à l'article 28-2 [\[**hyperlien**\]](#), elles devraient donc être préférées à la sollicitation d'une source unique à chaque fois que c'est possible.

14. Les limitations imposées à l'utilisation de cette méthode sont nécessaires dans la mesure où ses procédures, extrêmement souples, ne garantissent pas les mêmes niveaux de transparence, d'intégrité et d'objectivité que les méthodes de passation avec mise en concurrence, et elle présente donc plus de risques de fraude et de corruption.

15. Le caractère non structuré de la procédure de négociations avec appel à la concurrence, décrite à l'article 51 et expliquée 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 visées au chapitre V (voir le commentaire dans l'introduction du chapitre V et les sections ** de [\[**méthodes de passation**\]](#) [\[**hyperliens**\]](#)) s'appliqueront aux négociations avec appel à la concurrence, compte tenu des risques accrus que cette méthode fait peser sur l'intégrité. Les questions de capacité, en particulier, devraient être traitées

d'un point de vue général, d'autant que cette méthode de passation est le plus souvent utilisée en situation d'urgence.

Article 30-4. Conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence [hyperlien**](#)**

16. L'article 30-4 énonce les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. 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) traite des situations d'urgence dues à des événements catastrophiques. Dans les deux cas, 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. Dans les deux cas, la situation d'urgence est censée être véritablement exceptionnelle et ne pas être invoquée simplement par facilité: il peut s'agir de faire face à un besoin urgent de matériel médical ou d'autres fournitures après une catastrophe naturelle ou de remplacer du matériel régulièrement utilisé tombé en panne. Cette méthode de passation ne peut être utilisée si l'urgence est due à une mauvaise planification de l'entité adjudicatrice, à une autre mesure qu'elle aurait prise ou à une omission de sa part, et l'ampleur du marché attribué au moyen de cette méthode doit découler directement de l'urgence même. En d'autres termes, si un article est nécessaire d'urgence et qu'il est prévu que plusieurs articles du même type seront nécessaires, les négociations avec appel à la concurrence ne peuvent porter que sur l'exemplaire immédiatement nécessaire.

17. L'alinéa c) traite de la passation de marchés visant la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État, ces intérêts étant décrits ci-dessus dans la section ****** du commentaire général [**hyperlien**](#), lorsque l'entité adjudicatrice estime que le recours à une autre méthode de passation ne convient pas.

18. Les dispositions des alinéas a) à c) sont sans préjudice du principe général énoncé à l'article 28-2 [**hyperlien**](#), selon lequel lorsque l'entité adjudicatrice choisit et utilise une méthode de passation de marchés, 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'il est possible d'utiliser une méthode de passation autre que la négociation avec appel à la concurrence, comme l'appel d'offres restreint ou la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode afin d'assurer la plus grande concurrence possible compte tenu des autres circonstances de la passation de marché (telles que le besoin urgent de l'objet du marché).

19. 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 de marchés ayant trait à la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État, ne permettent pas à l'entité adjudicatrice d'utiliser 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 aux négociations avec appel à la concurrence et non à la sollicitation d'une source unique, sauf si elle estime qu'une extrême urgence ou une autre raison particulière justifie le recours à la sollicitation d'une source unique en vertu du paragraphe 5 de cet article (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. Cette méthode peut donc être jugée préférable 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.

20. Il se peut que des États adoptants considèrent que certaines des circonstances envisagées pour l'utilisation des négociations avec appel à la concurrence ne se présenteront pas dans leur système actuel et en concluent qu'il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les conditions dans leur droit interne.

21. Les États adoptants peuvent aussi souhaiter imposer des exigences supplémentaires pour l'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. S'ils le font, les règlements, règles ou autres orientations sur la passation de marchés émis par l'organisme chargé des marchés publics ou autre entité similaire peuvent imposer à l'entité adjudicatrice de prendre notamment les mesures suivantes: énoncer des règles et procédures de base concernant l'organisation des négociations afin que celles-ci se déroulent de manière efficace; établir divers documents pouvant servir de base aux négociations, notamment des documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis ou la nature des services requis, et les conditions contractuelles souhaitées; et prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négocie de détailler leurs prix afin de l'aider à comparer ce que proposent les différents fournisseurs ou entrepreneurs durant les négociations. (On trouvera des indications plus détaillées sur ces comparaisons, notamment sur l'atténuation des risques, dans l'examen de l'évaluation dans les procédures de demande de propositions avec dialogue [\[*hyperlien*\]](#).)

Article 34-3, 5 et 6. La sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence [\[*hyperlien*\]](#)

22. L'article 34-3 [\[*hyperlien*\]](#) régissant la sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence est assorti de l'exigence de l'article 34-5 concernant l'avis préalable de passation de marchés. (On trouvera dans le commentaire concernant la deuxième partie du chapitre II [\[*hyperlien*\]](#) des considérations générales sur le caractère exceptionnel de la sollicitation directe dans la Loi type (et une explication du terme "sollicitation ouverte").) L'avis préalable doit préciser en particulier qu'il sera recouru aux négociations avec appel à la concurrence et contenir 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 est possible d'utiliser 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.

23. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier un tel avis – mais peut néanmoins décider de le faire – si elle recourt aux négociations avec appel à la concurrence dans une situation d'urgence due à un événement catastrophique (alinéa b) de l'article 30-4 [\[**hyperlien**\]](#)). Cette dérogation est énoncée à l'article 34-6. Dans les autres situations d'urgence visées à l'article 30-4 a) [\[**hyperlien**\]](#), l'avis préalable de passation de marché est la règle par défaut, tout comme lorsque des négociations avec appel à la concurrence sont utilisées dans le cadre d'une passation de marché visant à protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État en vertu de l'article 30-4 c) [\[**hyperlien**\]](#). 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 faire intervenir 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 ci-dessus à la section ****** du commentaire général des indications concernant les dispositions pertinentes de la Loi type sur la confidentialité et la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées [\[**hyperlien**\]](#)).

24. On trouvera dans l'introduction du chapitre IV [\[**hyperlien**\]](#) d'autres orientations sur l'utilisation des avis préalables en vertu des paragraphes 5 et 6 de l'article 34 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.

Article 51. Négociations avec appel à la concurrence [\[hyperlien**\]](#)**

25. L'article 51 [\[**hyperlien**\]](#) régit les procédures des négociations avec appel à la concurrence. Des garanties ont été incluses afin d'assurer la transparence et l'égalité de traitement des participants aux passations de marchés effectuées au moyen de cette méthode.

26. La relative brièveté de l'article s'explique par le caractère souple de la méthode elle-même. Toutefois, on ne saurait en déduire que les procédures de cette méthode de passation sont peu 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 devra tenir un procès-verbal détaillé de la procédure de passation de marché, comprenant des informations sur les négociations avec chaque fournisseur ou entrepreneur participant, et faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs puissent y avoir accès, comme le prévoit l'article 25 [\[**hyperlien**\]](#). Cette disposition est essentielle dans le cas de cette méthode de passation pour assurer un contrôle effectif et permettre aux fournisseurs lésés d'exercer leur droit de recours.

27. 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. En particulier, puisqu'en pratique les négociations avec appel à la concurrence seront utilisées principalement dans des situations d'urgence, les procédures devraient permettre des négociations de très courte durée. Pour ce qui est de la distinction entre les négociations envisagées dans ce type de passation de marchés et les discussions et le dialogue tenus dans le cas des autres méthodes de passation visées au chapitre V, voir le commentaire dans l'introduction du chapitre V [\[**hyperlien**\]](#).

28. Le paragraphe 1 renvoie aux dispositions pertinentes de l'article 34 sur la sollicitation dans les 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. (On trouvera plus haut, dans le commentaire sur la deuxième partie du chapitre II ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#), des indications sur les avis préalables.)

29. Le paragraphe 2, qui régit la communication d'informations pendant les négociations, est soumis aux règles sur la confidentialité énoncées à l'article 24 de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#). Les dispositions sont similaires à celles sur la demande de propositions avec dialogue contenues à l'article 49-10. Les indications concernant l'article 49-10 sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe (voir plus haut les paragraphes ... du commentaire relatif à cette méthode de passation [\[**hyperlien**\]](#)).

30. Le paragraphe 3 dispose qu'à l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs meilleures offres définitives, sur la base desquelles elle sélectionnera l'offre à retenir. Les meilleures offres définitives concernent tous les aspects des propositions de chaque fournisseur. Par conséquent, dans le cadre de cette méthode de passation, il n'est pas publié d'ensemble unique de conditions de la passation de marché selon lesquelles les soumissions définitives seront évaluées. Les meilleures offres définitives doivent être soumises au plus tard à une date fixée par l'entité adjudicatrice dans sa sollicitation. Pour que tous les fournisseurs participants soient sur un pied d'égalité pour ce qui est de la réception d'informations sur la fin des négociations et le 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 49-11 [\[**hyperlien**\]](#). Les indications sur cette disposition [\[**hyperlien**\]](#) sont donc pertinentes dans le contexte de cette méthode.

31. 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 à toute possibilité pour l'entité adjudicatrice de modifier ses exigences et les conditions de la passation; les conditions offertes par les fournisseurs et entrepreneurs sont alors également définies. En outre, l'exigence selon laquelle la sollicitation des meilleures offres définitives doit être adressée à tous les fournisseurs restant en négociations permet 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.

32. Le paragraphe 4 interdit toute négociation après la soumission 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 les paragraphes ... 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.

5. Sollicitation d'une source unique

Description générale et considérations de politique générale

33. 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. Le recours à la sollicitation d'une source unique est donc soumis au principe général énoncé à l'article 28-2 [\[**hyperlien**\]](#), aux termes duquel l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible lorsqu'elle choisit une méthode de passation de marchés. 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. Ce point est particulièrement important dans les situations d'urgence: l'urgence de la nécessité de l'objet du marché déterminera s'il est envisageable de recourir à des négociations avec appel à la concurrence, préférables à la sollicitation d'une source unique car elles suscitent davantage de concurrence.

34. On considère que, sauf dans les situations d'urgence ou de catastrophe ou lorsque la sollicitation d'une source unique vise à promouvoir une politique socioéconomique (à cet égard, voir également le paragraphe ** ci-après), 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 (deuxième condition d'utilisation), 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 s'il a été conclu à l'avance dans le contexte d'un besoin déterminé risquant de survenir périodiquement ou dans un délai déterminé (voir également le commentaire sur les accords-cadres à la section ** ci-dessous [\[**hyperlien**\]](#)). 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).

Article 30-5. Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique
[hyperlien**]**

35. L'article 30-5 énonce les conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique. La première de ces conditions, énoncée à l'alinéa a), fait référence aux raisons objectives 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 confirmant l'exclusivité. Les règles sur la description de l'objet du marché figurant à l'article 10 de la Loi type **[**hyperlien**]** 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). 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 cette condition, étant donné que son utilisation abusive pourrait encourager, volontairement ou non, les monopoles et la corruption.

36. Dans ces circonstances, il convient de considérer l'exigence d'un avis préalable de sollicitation d'une source unique (figurant à l'article 34-5 de la Loi type **[**hyperlien**]**) comme une garantie essentielle: elle met à l'épreuve l'hypothèse de l'entité adjudicatrice selon laquelle il existe un seul fournisseur et renforce ainsi la transparence et la responsabilité pour cet aspect des pratiques de passation des marchés. La sollicitation d'une source unique ne se justifie plus si d'autres fournisseurs se manifestent, pour autant qu'ils soient qualifiés, et il faut alors recourir à une autre méthode de passation de marchés. Une autre pratique optimale, que les règles ou orientations établies par l'organisme chargé des marchés publics ou autre entité similaire devrait souligner, est d'encourager les entités adjudicatrices à planifier les passations de marchés futures et à obtenir les licences appropriées, de sorte à permettre le jeu de la concurrence dans ces passations et à éviter tout recours inutile à la sollicitation d'une source unique. C'est le cas en particulier de l'achat de produits protégés par un droit de propriété intellectuelle, tels que les pièces de rechange, traditionnellement fournies par sollicitation d'une source unique.

37. La deuxième condition, énoncée à l'alinéa b) – extrême urgence résultant d'un événement catastrophique – recoupe 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: l'utilisation de 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 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: le montant des achats pouvant être faits à l'aide des procédures

d'urgence devrait être strictement limité aux besoins découlant de la situation d'urgence.

38. L'alinéa c) mentionne les impératifs de normalisation ou de compatibilité par rapport à des produits, équipements, technologies ou services existants comme justification de l'utilisation de la sollicitation d'une source unique. Cette utilisation doit être véritablement exceptionnelle, faute de quoi les besoins invoqués pourraient en réalité être dus à une mauvaise planification de la part de l'entité adjudicatrice (à cet égard, voir également le commentaire au paragraphe 1 ci-dessus). Dans de telles situations, la passation de marchés devrait donc aussi être limitée en taille et en temps.

39. L'alinéa d) justifie l'utilisation de 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 utilisait toute autre méthode de passation, y compris une autre méthode exceptionnelle telle que les négociations avec appel à la concurrence.

40. L'alinéa e) vise à permettre l'utilisation de la sollicitation d'une source unique pour appliquer une politique socioéconomique gouvernementale dans l'État adoptant concerné. La définition du terme "politique socioéconomique" à l'article 2** [**hyperlien**](#) souligne qu'il s'agit d'un objectif déclaré du gouvernement, énoncé dans d'autres lois ou dans les règlements en matière de passation des marchés, et non d'une politique qu'une entité adjudicatrice donnée pourrait souhaiter appliquer. Il est expliqué dans les articles 8 à 11 [**hyperliens**](#) que de telles politiques peuvent être appliquées au moyen de la passation d'un marché national (article 8 [**hyperlien**](#)); de critères de qualification (article 9 [**hyperlien**](#)); de descriptions et de spécifications (article 10 [**hyperlien**](#)); et de critères d'évaluation (article 11 [**hyperlien**](#)).

41. Cet alinéa est rédigé de manière à fournir des garanties afin que la sollicitation d'une source unique ne soit utilisée qu'à titre très exceptionnel: elle ne peut être utilisée que si aucun autre fournisseur ou entrepreneur n'est en mesure d'appliquer la politique en question. Il convient de l'interpréter de manière très restrictive afin de ne permettre son utilisation pour aucune autre raison. L'exigence d'un avis public préalable de passation de marché (expliquée au paragraphe 1 ci-dessus) et l'exigence de donner la possibilité de formuler des observations permettront de vérifier l'affirmation de l'entité adjudicatrice selon laquelle des circonstances justifient l'utilisation de la sollicitation d'une source unique. Bien que cette étape ne soit pas réglementée en détail dans la Loi type, il faudra, pour que cette possibilité de formuler des observations prenne tout son sens, que l'entité adjudicatrice accorde un délai suffisant entre la publication de l'avis 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 règlements en matière de passation de marchés ou d'autres règles et orientations émanant de l'organisme chargé des marchés publics ou d'une entité similaire devraient régir d'autres aspects de ces dispositions, notamment à qui il convient de demander de formuler des observations (par exemple, les populations locales) et quels en seront le but ou l'incidence, en particulier si elles sont négatives. Des orientations supplémentaires devraient être fournies concernant d'autres manières

moins restrictives de mettre en œuvre les politiques socioéconomiques, ainsi qu'il est expliqué dans le commentaire mentionné plus haut dans le présent paragraphe.

42. En règle générale, la Loi type 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 également, que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera plus haut, à la section ** du commentaire général [[**hyperlien**](#)], de plus amples indications sur ce point). Cependant, à titre exceptionnel et pour souligner le caractère très exceptionnel du recours à la sollicitation d'une source unique dans les conditions visées à l'alinéa e), les États adoptants voudront peut-être prévoir un mécanisme d'approbation préalable. La CNUDCI considère qu'une telle garantie peut être illusoire: il peut y avoir des risques élevés de corruption de la chaîne d'approbation si 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.

43. Tout comme dans les négociations avec appel à la concurrence, les États adoptants peuvent estimer que certaines des circonstances envisagées pour la sollicitation d'une source unique ne se présenteront probablement pas dans leur système actuel et en conclure qu'il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les conditions dans leur droit national. De même, certains États adoptants voudront peut-être imposer des restrictions supplémentaires à la sollicitation d'une source unique, telles que celles examinées plus haut dans le contexte des négociations avec appel à la concurrence [[**hyperlien**](#)].

Article 34-4, 5 et 6. La sollicitation dans le cas d'une source unique [**hyperlien**](#)

44. L'article 34-4 régissant la sollicitation d'une source unique est assorti de l'exigence, formulée à l'article 34-5, d'un avis préalable de passation de marché. (On trouvera dans le commentaire concernant la deuxième partie du chapitre II [[**hyperlien**](#)] des considérations générales sur le caractère exceptionnel de la sollicitation directe dans la Loi type (et une explication du terme "sollicitation ouverte").) L'avis doit préciser en particulier qu'il est recouru à la sollicitation d'une source unique et contenir 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 30-5 [[**hyperlien**](#)].

45. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier cet avis – mais peut néanmoins décider de le faire – si elle recourt à la sollicitation d'une source unique dans des situations d'extrême urgence dues à un événement catastrophique (article 30-5 b) [[**hyperlien**](#)]). 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 30-5 d). (On trouvera plus haut, à la section ** du commentaire général [**hyperlien**](#), des indications sur les dispositions de la Loi type en matière de confidentialité et de passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées.)

46. On trouvera dans l'introduction du chapitre IV [**hyperlien**](#) des indications supplémentaires sur l'utilisation des avis préalables conformément aux articles 34-5 et 34-6 et sur l'identification objective des fournisseurs qui participeront à la procédure. Les questions qui y sont soulevées sont également pertinentes dans le contexte de la sollicitation d'une source unique.

Article 52. Sollicitation d'une source unique [hyperlien**](#)**

47. L'article 52 énonce les procédures relativement simples de la sollicitation d'une source unique. Cette simplicité reflète le caractère extrêmement 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 d'égalité de traitement des fournisseurs ou entrepreneurs dans la procédure de passation de marché, bien qu'importantes au moment où la décision est prise de recourir à cette méthode de passation, ne se posent pas durant la procédure elle-même.

48. 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 34 [**hyperlien**](#), exception faite des cas d'urgence décrits dans le commentaire sur la sollicitation, à la section précédente. Elles contiennent également une obligation d'engager des négociations à moins que ce ne soit pas réaliste compte tenu de la gravité de l'urgence. Cette obligation vise à permettre à 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.

49. 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 21 [**hyperlien**](#). Les questions examinées dans le commentaire sur cet article sont également pertinentes dans le contexte de la sollicitation d'une source unique (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 23 [**hyperlien**](#) sur la publication de l'avis d'attribution du marché, l'article 25 [**hyperlien**](#) sur la tenue d'un procès-verbal complet de la procédure de passation, exposant les justifications de l'utilisation de la sollicitation d'une source unique, en plus de l'exigence générale d'un avis préalable de passation de marché.

On ne saurait déduire de la brièveté de l'article 52 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.
