



## Assemblée générale

Distr. générale  
17 mai 2011  
Français  
Original: anglais

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarante-quatrième session  
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

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

**Note du Secrétariat**

#### **Additif**

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les articles 58 à 62 du chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Il expose également les points concernant les procédures d'accords-cadres qu'il est proposé d'examiner dans une section du Guide traitant des modifications apportées par rapport au texte de 1994 de la Loi type.



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

...

### **B. Dispositions sur les accords-cadres à insérer dans le commentaire par article (*suite*)**

#### **Article 58. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés**

1. Cet article énonce les conditions régissant l'accord-cadre fermé et l'attribution de marchés sur le fondement de cet accord. Étant donné que certaines conditions de la passation de marché ne sont pas fixées au début de la procédure d'accord-cadre (contrairement à la passation de marché "traditionnelle"), on a jugé bon d'exiger qu'elles figurent dans l'accord-cadre lui-même, afin qu'elles soient connues et cohérentes tout au long de la procédure. L'accord-cadre contiendra en particulier les conditions qui s'appliqueront à la deuxième étape de la procédure et indiquera notamment comment seront fixées les conditions qui n'ont pas été établies à la première étape. Ces informations étant importantes pour favoriser la participation et la transparence, elles doivent aussi être divulguées dans le dossier de sollicitation visé à l'article 57.
2. La loi de l'État adoptant traitera les questions telles que le caractère obligatoire de l'accord en droit des contrats. Ces questions ne sont donc pas visées par la Loi type.
3. Les dispositions du chapeau du paragraphe 1 exigent que l'accord-cadre soit sous forme écrite de sorte que les conditions soient clairement énoncées pour toutes les parties. Elles sont complétées par le paragraphe 2 qui autorise, dans certaines conditions, l'entité adjudicatrice à conclure un accord séparé avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie (voir également le paragraphe ... ci-dessous).
4. L'alinéa a) du paragraphe 1 limite la durée de tous les accords-cadres fermés; on considère que l'effet potentiellement anticoncurrentiel de ces accords augmente proportionnellement à leur durée. En outre, l'établissement d'une durée maximale aide à prévenir les tentatives de justification d'accords-cadres excessivement longs. Cependant, des durées plus longues peuvent accroître 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 dans chaque État. L'État adoptant est donc invité à fixer la limite appropriée dans ses règlements en matière de passation des marchés. Il importe de noter que la limite est la durée maximale, et non pas la durée moyenne ou appropriée. Cette dernière peut varier à mesure que la situation sur le marché change et devrait, en tout cas, tenir compte de la nature de la passation concernée, des questions financières telles que les crédits budgétaires, et des différences régionales ou de développement au sein des États ou entre eux. Étant donné que les accords-cadres devront être financièrement intéressants et qu'une pleine concurrence devra être assurée périodiquement, et sur la base de la pratique examinée par la CNUDCI, la fourchette appropriée pour la durée maximale pourrait

être de 3 à 5 ans. 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 des changements importants, cette durée peut se mesurer en mois. Les règlements peuvent prévoir des durées plus courtes, dans le cadre du maximum légal indiqué à l'article 58; dans ce cas, des orientations claires doivent être données aux entités adjudicatrices pour s'assurer qu'elles consultent la bonne source<sup>1</sup>. Ces orientations devraient également porter sur les limites de la durée des accords-cadres liées à des facteurs externes (telles que les exigences relatives au budget de l'État).

5. La Loi type ne prévoit pas la possibilité de prolonger des accords-cadres conclus ni de déroger à la durée maximale prescrite, car une telle possibilité irait à l'encontre de l'objectif du régime envisagé par ses dispositions. Si les États adoptants souhaitent autoriser des prolongations dans des circonstances exceptionnelles, des règlements ou des orientations clairs seront nécessaires pour limiter leur durée et leur portée. Par exemple, de nouvelles passations ne sont pas forcément justifiées en cas de catastrophe naturelle ou de sources d'approvisionnement restreintes, lorsque le public pourrait bénéficier des conditions de l'accord-cadre existant. Les orientations devraient également traiter le problème de la passation, peu de temps avant l'expiration de l'accord-cadre, d'une commande ou d'un marché sur une durée ou un volume important, non seulement pour éviter les abus, mais aussi pour empêcher que les entités adjudicatrices n'achètent des articles obsolètes ou excessivement chers. Si les fournisseurs ou entrepreneurs considèrent que les entités adjudicatrices utilisent des accords-cadres en dehors des limites prévues, leur participation future pourrait aussi être compromise. L'efficacité de cette technique à long terme dépendra de la viabilité commerciale des conditions pour les deux parties à l'accord.

6. L'alinéa b) du paragraphe 1 exige que les conditions de la passation de marché soient consignées dans l'accord-cadre (elles devront l'être également dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 57). Ces conditions comprennent la description de l'objet du marché, qui doit satisfaire aux exigences de l'article 10, et les critères d'évaluation. Lorsque l'objet du marché est très technique, une approche excessivement étroite de la rédaction de la description et le recours à des spécifications techniques détaillées peuvent limiter l'utilisation de l'accord-cadre. En revanche, une description fonctionnelle peut accroître l'efficacité de la procédure en permettant de développer et de modifier les solutions techniques de manière à répondre au besoin précis de l'entité au moment de la passation du marché. L'entité adjudicatrice doit veiller à ce que la description soit aussi exacte que possible à la fois à des fins de transparence et pour encourager la participation à la procédure, et les États adoptants souhaiteront peut-être fournir des orientations pour faciliter ce processus. S'agissant des orientations sur les critères d'évaluation dans les procédures d'accords-cadres, voir les paragraphes ... ci-dessous.

7. L'alinéa c) du paragraphe 1 exige que l'accord-cadre comporte des estimations des conditions qui ne peuvent pas être établies de façon suffisamment précise au début de la procédure. Il s'agit généralement de conditions qui doivent être précisées ou établies lors de la mise en concurrence de la deuxième étape, telles que

<sup>1</sup> Le Secrétariat demande des orientations de manière à avoir plus d'informations sur ce point pour les insérer dans le Guide, si nécessaire.

le moment, la fréquence et les quantités des achats prévus, ainsi que le prix du marché. Ces estimations doivent être mentionnées dans la mesure où elles sont connues (voir par ... ci-dessus). Le fait de fournir les meilleures estimations disponibles, lorsque des engagements fermes ne sont pas possibles, encouragera également la participation. Il convient naturellement de consigner aussi les limites des estimations, ou d'indiquer qu'il n'est pas possible de fournir des estimations exactes (dans le cas de marchés à conclure dans les situations d'urgence, par exemple).

8. Il est possible que la valeur globale maximum ou minimum de l'accord-cadre soit connue, auquel cas elle devrait être divulguée dans l'accord lui-même, faute de quoi une estimation devrait être établie. Une autre possibilité, lorsque l'accord-cadre doit être utilisé par plusieurs entités adjudicatrices, consiste à autoriser chaque entité à fixer des valeurs maximales différentes en fonction de la nature et de l'obsolescence éventuelle des articles faisant l'objet du marché; il conviendra alors d'inclure les valeurs pertinentes pour chaque entité. Les valeurs maximales ou les valeurs annuelles peuvent être limitées par les procédures budgétaires propres à chaque État; si tel est le cas, le commentaire relatif à ces dispositions devrait indiquer d'autres sources de réglementation en détail.

9. Le prix du marché peut être établi ou non lors de la première étape. Lorsque l'objet du marché est soumis à des fluctuations de prix ou des fluctuations monétaires, ou lorsque la combinaison de prestataires de services peut varier, il peut être contreproductif d'essayer de fixer le prix du marché au début de la procédure. Une critique courante de ce type d'accords-cadres est que les prix des marchés ont tendance à être fixés en fonction de taux horaires, qui sont généralement assez élevés. Il conviendrait donc d'encourager la fixation du prix par tâche ou par projet, le cas échéant.

10. L'accord prévoit généralement que les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent pas augmenter leurs prix ou réduire la qualité de leurs soumissions lors de la deuxième étape de la procédure, en raison des inconvénients commerciaux évidents et du manque de sécurité de l'approvisionnement qui en résulteraient; toutefois, sur certains marchés, où les fluctuations de prix sont la norme, l'accord-cadre peut à juste titre prévoir un mécanisme d'ajustement des prix pour suivre l'évolution du marché.

11. L'alinéa d) du paragraphe 1 exige que l'accord-cadre indique s'il comportera, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution des marchés, auquel cas il doit stipuler les conditions de cette mise en concurrence. Les sous-alinéas i) et ii) de cet alinéa exigent que l'accord-cadre fixe les règles de fond et les procédures de toute mise en concurrence lors de la deuxième étape. Les règles et procédures sont destinées à garantir une concurrence effective lors de cette étape: par exemple, tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ont, en principe, le droit de participer à la deuxième étape, comme il est expliqué dans le commentaire de l'article 61 ci-dessous. L'accord doit également mentionner la fréquence prévue de la mise en concurrence et les dates limites envisagées pour la présentation des soumissions lors de la deuxième étape – cette information ne lie pas l'entité adjudicatrice, le but étant à la fois d'accroître la participation en fournissant aux entrepreneurs ou fournisseurs les meilleures informations disponibles et de favoriser une planification efficace de la passation des marchés.

12. L'effectivité de la concurrence lors de la deuxième étape dépendra surtout de la façon dont les critères d'évaluation seront définis et appliqués. Il faut trouver un équilibre entre des critères si rigides qu'un seul fournisseur ou entrepreneur risquerait en fait d'être présent lors de la deuxième étape, ce qui aura des conséquences négatives pour le rapport qualité-prix et l'efficacité administrative, et des critères si généraux ou si vagues que leurs coefficients de pondération et le processus pourront être manipulés au profit de certains fournisseurs ou entrepreneurs. Les dispositions du sous-alinéa iii) de l'alinéa d) du paragraphe 1 prévoient donc que le coefficient de pondération à attribuer aux critères d'évaluation durant la mise en concurrence de la deuxième étape devrait être divulgué lors de la première étape. Toutefois, elles prévoient également une possibilité limitée de faire varier ou de préciser davantage les critères d'évaluation lors de la deuxième étape, compte tenu du fait que plusieurs acheteurs sont susceptibles d'utiliser un accord-cadre, avec des coefficients de pondération différents selon leurs propres critères d'évaluation, et que certains accords-cadres sont de longue durée. Cette souplesse est également utile pour les centrales d'achat et permet d'éviter l'impact négatif sur le rapport qualité-prix qu'aurait l'application d'une seule norme commune à tous les utilisateurs d'un accord-cadre.

13. Le mécanisme du sous-alinéa iii) prévoit donc la possibilité de faire varier les coefficients de pondération des critères d'évaluation lors de la deuxième étape dans une fourchette ou grille préétablie dans l'accord-cadre et dans le dossier de sollicitation. Cette souplesse est soumise aux conditions de l'article 62, selon lesquelles cette variation doit être autorisée par l'accord-cadre mais ne peut en aucun cas entraîner une modification de la description de l'objet du marché. Ainsi, même si elle se situait dans les limites permises par l'accord-cadre, une variation ne serait pas acceptable si elle conduisait en fait à modifier la description de l'objet du marché (par exemple, si les exigences de qualité minimales étaient supprimées ou modifiées)<sup>2</sup>.

14. La souplesse présidant à l'application des critères d'évaluation devrait être contrôlée de sorte qu'elle ne remplace pas une planification adéquate de la passation des marchés, n'incite pas les entités adjudicatrices à rechercher la facilité administrative dans leurs décisions en matière d'achats, n'encourage pas l'utilisation de critères généraux qui ne soient pas fondés sur une définition précise des besoins, et ne favorise pas l'attribution abusive des marchés à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés. Ces derniers points peuvent s'avérer d'autant plus importants lorsque la passation des marchés est sous-traitée à une centrale d'achat rémunérée, qui peut utiliser les accords-cadres pour générer des revenus (voir l'examen de la sous-traitance au ...). Les processus de contrôle peuvent contribuer à empêcher l'utilisation de critères d'évaluation relativement souples dans les accords-cadres pour masquer des critères inappropriés fondés sur des accords ou des liens entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs ou entrepreneurs, et à détecter les abus consistant à prédéterminer les résultats de la deuxième étape de manière à anéantir toute concurrence lors de la première étape. Ces risques sont élevés en cas d'achats récurrents. Une utilisation transparente de la souplesse et l'application d'une fourchette prédéterminée et préalablement communiquée facilitent les contrôles et permettent de respecter les exigences de la Convention des

<sup>2</sup> Le Secrétariat demande des orientations s'agissant d'autres exemples pertinents qui illustrent le fait que la souplesse devrait être l'exception plutôt que la règle.

Nations Unies contre la corruption, à savoir l'établissement à l'avance des critères d'évaluation et leur publication (alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention). Les États adoptants voudront peut-être prévoir, dans leur système de contrôle, l'examen de l'utilisation de divers critères d'évaluation, pour empêcher que la fourchette fixée dans l'accord-cadre ne soit tellement large qu'elle anéantit toutes les mesures de protection dans la pratique.

15. L'alinéa e) du paragraphe 1 dispose que l'accord-cadre doit également indiquer si l'attribution du ou des marchés sur le fondement de l'accord se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse<sup>3</sup> (pour un examen de ces termes, voir ...). Le critère d'attribution sera normalement mais pas nécessairement le même que pour la première étape; par exemple, l'entité adjudicatrice peut décider de retenir, parmi les soumissions des fournisseurs ou entrepreneurs les mieux classés à l'issue de la première étape (sélectionnés selon la soumission la plus avantageuse), la soumission conforme la plus basse qui répond aux conditions précises de l'invitation à participer à la deuxième étape.

16. Le paragraphe 2 prévoit la possibilité limitée pour l'entité adjudicatrice de conclure un accord séparé avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Conformément aux principes généraux de transparence et de traitement juste et équitable, chaque fournisseur ou entrepreneur devrait être soumis aux mêmes conditions. Les exceptions sont donc limitées à des variations minimales, portant uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés; ces justifications doivent être consignées au procès-verbal de la procédure de passation. On peut citer, à titre d'exemples, le cas où des accords séparés doivent être conclus pour protéger des droits de propriété incorporelle ou intellectuelle et pour tenir compte des conditions différentes en ce qui concerne l'octroi de licences, ou le cas où les fournisseurs ou entrepreneurs ont présenté des soumissions pour une partie du marché seulement<sup>4</sup>. Les obligations contractuelles ne devraient toutefois pas différer selon les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre.

17. Le paragraphe 3 exige que l'accord-cadre contienne, outre les renseignements mentionnés précédemment, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement et permettant d'assurer la transparence et la prévisibilité du processus. Ces informations peuvent concerner, par exemple, des aspects techniques tels que les spécifications de connexion, un site Web si l'accord fonctionne électroniquement, un logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité; ces informations d'accès devaient être formulées en termes technologiquement neutres lorsque cela est possible et approprié. Ces exigences peuvent être complétées par des règlements détaillés pour éviter que la technologie utilisée par l'entité adjudicatrice n'entrave l'accès à la partie concernée de la passation de marché, conformément aux principes énoncés à l'article 7 (voir le commentaire de cet article au ...).

<sup>3</sup> Le Secrétariat demande des orientations sur le mécanisme d'attribution des marchés au titre d'un accord-cadre fermé à fournisseurs multiples sans mise en concurrence lors de la deuxième étape. Des systèmes de rotation, qui seraient mentionnés dans l'accord-cadre, ont été cités comme exemple au sein du Groupe de travail. Ils doivent être envisagés compte tenu des autres dispositions de la Loi type et du risque de création d'oligopoles.

<sup>4</sup> Le Secrétariat demande des orientations sur la question de savoir si tous les États seront autorisés par leur droit administratif à tirer parti de cette disposition.

18. Dans les accords-cadres à fournisseurs multiples, chaque fournisseur ou entrepreneur partie voudra connaître l'étendue de son engagement à la fois dès le début et périodiquement pendant la durée de l'accord-cadre (par exemple après qu'un achat a été effectué au titre de l'accord). Les États adoptants souhaiteront donc peut-être encourager les entités adjudicatrices à informer les fournisseurs ou entrepreneurs de la portée de leur engagement [ajouter un commentaire sur l'étendue/la durée de l'engagement et des renvois aux dispositions sur l'avis envoyé pour la deuxième étape].

#### **Article 59. Établissement d'un accord-cadre ouvert<sup>5</sup>**

1. L'article définit les modalités de la première étape de la procédure d'accord-cadre ouvert. Alors que les accords-cadres fermés sont conclus à l'aide d'une méthode de passation prévue au chapitre III, IV ou V de la Loi type, la procédure d'accord-cadre ouvert est autonome<sup>6</sup>, le présent article prévoyant les modalités qui la régissent. L'accord-cadre ouvert est décrit aux paragraphes ... ci-dessus. Le commentaire se rapportant au présent article et à l'article suivant de la Loi type renvoie à cette description lorsque cela est nécessaire.

2. Le paragraphe 1 exige que l'accord-cadre soit établi et géré en ligne. Cette disposition constitue une rare exception au principe de neutralité technologique qui sous-tend les dispositions de la Loi type. Elle se justifie par le fait que toute tentative de gérer un accord-cadre ouvert sur support papier traditionnel compromettrait l'efficacité administrative qui se trouve au cœur de la procédure d'accord-cadre ouvert, car celle-ci repose sur l'utilisation de moyens électroniques de communication par Internet. La procédure suppose une possibilité de passation ouverte en permanence sur le Web, que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent consulter à tout moment pour déterminer s'ils souhaitent participer aux marchés envisagés, sans imposer nécessairement un lourd travail administratif pour la communication d'informations particulières à ces fournisseurs ou entrepreneurs, qui par voie de conséquence allongerait les délais de réponse, comme il est expliqué plus loin aux paragraphes ... L'objectif est que les réponses aux possibilités et aux demandes de participation soient adressées dans des délais que seule une passation en ligne permet d'envisager.

3. Le paragraphe 2 prévoit le mécanisme à utiliser pour solliciter la participation à la procédure d'accord-cadre ouvert. Il applique les dispositions de l'article 32 par renvoi<sup>7</sup>; il va de soi que la sollicitation tendant à inviter les fournisseurs et entrepreneurs à devenir parties à un accord-cadre ouvert doit elle-même être ouverte. Elle doit également être internationale, à moins que les exceptions mentionnées à l'article 32-4 et l'article 8, par renvoi, ne s'appliquent (on trouvera le commentaire y relatif au ... plus haut). Il est recommandé que l'invitation soit

<sup>5</sup> Le Secrétariat demande des orientations pour savoir s'il faudrait comparer ces accords-cadres avec les catalogues électroniques et la demande de prix.

<sup>6</sup> Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si cette technique devrait être considérée comme une méthode de passation distincte et, partant, figurer à l'article 26-1. La même question est posée dans le commentaire relatif à l'article 26.

<sup>7</sup> Le Secrétariat demande des orientations concernant la nécessité de modifier l'actuel libellé du paragraphe 2 de l'article 59 en remplaçant les mots "conformément à l'article 32" par "comme l'exige l'article 32" afin de montrer plus clairement que cet article s'applique bien en l'espèce.

également disponible en permanence sur le site Web qui sera utilisé pour gérer l'accord-cadre (voir aussi le commentaire de l'article 60-2 ci-dessous, concernant la publicité permanente et les mécanismes de transparence, notamment la republication régulière de l'invitation initiale).

4. Le paragraphe 3 énumère les informations devant figurer dans l'invitation à participer à la procédure. Il reprend les exigences formulées pour la teneur de l'invitation à soumettre des offres dans la procédure d'appel d'offres ouvert, avec toutefois quelques modifications nécessaires pour s'adapter au contexte de l'accord-cadre ouvert. Les dispositions reprennent également, dans la mesure du possible, celles qui s'appliquent aux accords-cadres fermés. On consultera donc le commentaire sur la sollicitation dans les accords-cadres fermés qui concerne les dispositions équivalentes à celles du paragraphe 3 b), c) et f) (les alinéas b) et c) visent à montrer clairement qu'il s'agit d'une procédure d'accord-cadre ouvert)<sup>8</sup> ainsi que le commentaire sur la sollicitation dans la procédure d'appel d'offres ouvert qui concerne les dispositions équivalentes à celles du paragraphe 3 e) i), g) et h). Les paragraphes qui suivent contiennent des commentaires sur les questions spécifiques aux procédures d'accords-cadres ouverts.

5. L'alinéa a) du paragraphe 3 exige que l'invitation mentionne le nom et l'adresse des entités adjudicatrices qui seront parties à l'accord-cadre ouvert ou qui seront autorisées à passer des commandes (autrement dit, à attribuer des marchés) sur le fondement de l'accord-cadre<sup>9</sup>. La disposition est donc souple en ce qu'elle permet aux entités adjudicatrices de se regrouper pour accroître leur pouvoir d'achat et qu'elle autorise également le recours à des centrales d'achat. Toutefois, l'accord-cadre n'est pas ouvert à de nouveaux acheteurs. Cette souplesse et cette restriction se justifient toutes deux par le souci d'assurer une transparence suffisante et de favoriser un bon rapport qualité-prix: les fournisseurs ou entrepreneurs ont besoin de savoir qui sont les entités adjudicatrices autorisées à passer des marchés, si l'on veut les encourager à participer et à présenter des soumissions répondant aux besoins des entités et si l'on veut garantir l'efficacité de la procédure. Par ailleurs, les règles de formation des contrats varieront d'un État à l'autre; il se peut que certains États n'autorisent les entités adjudicatrices à se joindre à l'accord-cadre que si elles se soumettent à d'importantes formalités administratives, telles que la novation. Il faudrait lire la disposition conjointement avec la définition du terme "entité adjudicatrice", à l'article 2 l), d'après laquelle plusieurs acheteurs dans une passation déterminée peuvent être l'"entité adjudicatrice" pour cette passation. Dans le contexte des accords-cadres, l'entité qui attribue un marché est par définition l'entité adjudicatrice pour la passation considérée; l'accord-cadre lui-même envisage plusieurs acheteurs potentiels lors de la deuxième étape. Cependant, une seule entité sera chargée d'établir et de gérer l'accord-cadre et elle aura qualité d'"entité adjudicatrice" à cette fin, comme le prévoit le paragraphe 3 a).

<sup>8</sup> La Commission considérera peut-être que l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 59 est redondant et qu'il pourrait être supprimé, compte tenu des dispositions de l'alinéa b) du même paragraphe.

<sup>9</sup> Le Secrétariat demande des orientations sur la manière dont cette souplesse s'appliquera dans la pratique.



6. L'alinéa d) du paragraphe 3 exige que les langues de l'accord-cadre soient indiquées dans l'invitation et prévoit d'autres mesures destinées à promouvoir la transparence et donc à améliorer l'accès à l'accord-cadre, une fois que celui-ci a été conclu. Il faudrait que le site Web utilisé pour gérer l'accord-cadre ouvert soit facile à localiser. Il s'agit là d'un exemple de considérations générales concernant la transparence effective dans le contexte de la passation électronique des marchés (voir commentaire au ... plus haut). L'invitation doit également préciser toutes modalités particulières d'accès à l'accord-cadre; on trouvera dans le commentaire de l'article 7 ci-dessus des indications sur la façon d'assurer aux fournisseurs et entrepreneurs un accès effectif à la passation.

7. L'alinéa e) du paragraphe 3 contient plusieurs dispositions d'application générale ainsi que des dispositions concernant uniquement les procédures d'accords-cadres. Elles forment ensemble les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre. Le sous-alinéa i) exige que l'invitation contienne la déclaration standard indiquant si la participation sera restreinte sur la base de la nationalité dans les cas limités prévus à l'article 8. Le sous-alinéa ii) est une disposition facultative (qui de ce fait figure entre parenthèses) autorisant la fixation d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre. La note de bas de page qui accompagne cette disposition précise que les États n'ont pas besoin d'adopter cette dernière si les contraintes techniques locales ne l'exigent pas. La disposition devrait en tout état de cause être lue conjointement avec le paragraphe 7 de l'article, qui en limite l'application (comme l'explique le commentaire de ce paragraphe plus loin), ce qui permet d'offrir des garanties essentielles contre tout abus et toutes conséquences indésirables. Le sous-alinéa exige que soient divulgués la procédure et les critères appliqués pour sélectionner ce nombre maximum, comme le font d'autres dispositions équivalentes prévues dans la Loi type (on trouvera des indications sur les questions générales dans le commentaire relatif à [l'appel d'offres restreint], au ... ci-dessus). [Un renvoi aux considérations similaires se posant dans le contexte des enchères électroniques inversées sera ajouté ici.]

8. Le sous-alinéa iii) traite de la manière dont doivent être présentées et évaluées les demandes d'admission à l'accord-cadre. Il exige les mêmes éléments d'information que ceux requis à l'article 38 pour la procédure d'appel d'offres. La disposition parle de "soumissions indicatives" pour montrer que l'accord-cadre ouvert comportera toujours une mise en concurrence lors de la deuxième étape, de sorte que les soumissions initiales sont simplement indicatives, comme le laisse entendre leur nom. En outre, alors que les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs sont évaluées et que leurs soumissions sont examinées par rapport à la description fournie pour en déterminer la conformité (voir par. 5 et 6 de l'article), les soumissions indicatives ne sont nullement évaluées (en d'autres termes, elles ne font pas l'objet d'une comparaison entre elles, telle que celle prévue à l'article 42), ce qui n'est pas le cas des soumissions initiales dans les accords-cadres fermés. De même, contrairement aux accords-cadres fermés et comme l'explique plus bas le commentaire se rapportant au paragraphe 6 de l'article, tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions conformes sont admissibles à l'accord-cadre, à condition qu'ils aient les qualifications requises.

9. Le sous-alinéa iv) exige de préciser dans l'invitation que tous nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs peuvent se joindre à l'accord-cadre à tout moment pendant toute sa durée (voir par. 4 de l'article pour les conditions de fond auxquelles ils doivent satisfaire), à moins que le nombre maximum indiqué de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre ne soit dépassé et sauf si les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels sont exclus du fait des limites imposées à la participation en vertu de l'article 8 de la Loi type. L'invitation devrait également mentionner les limites imposées aux nouveaux participants (qui pourraient découler de limites de capacité, ainsi qu'il est décrit plus haut, ou résulter de l'application de l'article 8 de la Loi type), ainsi que toutes autres exigences concernant, par exemple, les qualifications des parties à l'accord et la conformité de leurs soumissions indicatives.

10. L'alinéa f) du paragraphe 3 exige que toutes les conditions de l'accord-cadre (qui sont elles-mêmes régies par l'article 60) soient énoncées dans l'invitation. Elles comprennent notamment la description de l'objet du marché et les critères d'évaluation. Elles sont examinées dans le commentaire se rapportant à l'article 60 plus bas.

11. Le paragraphe 4 énonce une exigence fondamentale selon laquelle l'accord-cadre est ouvert à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de sa durée d'application. [Comme indiqué dans le commentaire général sur le présent chapitre,] cette disposition est l'une des principales caractéristiques des accords-cadres ouverts.

12. Le paragraphe 5 prévoit que les soumissions indicatives reçues après l'établissement de l'accord-cadre doivent être examinées rapidement, afin que l'accord-cadre reste effectivement ouvert à de nouvelles parties; cette caractéristique est essentielle dans le contexte d'un accord-cadre ouvert en ligne, qui peut être destiné à des achats réguliers portant sur de faibles quantités. Conformément au paragraphe 6, toutes les soumissions conformes présentées par des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés doivent être acceptées et ces fournisseurs ou entrepreneurs admis à l'accord-cadre, sous réserve des limites de capacité justifiant leur rejet qui peuvent être imposées conformément aux paragraphes 3 e) ii) et 7 et qui seraient spécifiées dans l'invitation à devenir partie à l'accord, ou d'autres restrictions (en cas de passation de marchés nationaux, par exemple; voir le commentaire pertinent ci-dessus).

13. Le paragraphe 7 est lié au paragraphe 3 e) ii). Tous deux figurent entre parenthèses, car il s'agit de dispositions facultatives que les États adoptants peuvent envisager d'incorporer dans la loi. Ils permettent d'imposer un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être parties à un accord-cadre en raison de contraintes techniques. Outre les considérations liées aux dispositions similaires applicables dans le contexte des enchères électroniques inversées (voir commentaire de l'article 52-1 k) et 2 au ... ci-dessus), les États adoptants devraient tenir compte d'autres considérations lorsqu'ils envisagent d'adopter ces dispositions. La principale différence entre les accords-cadres fermés et les accords-cadres ouverts étant que ces derniers restent ouverts à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de leur durée d'application, toute limitation du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties peut en fait les convertir en accords-cadres fermés. Cette situation peut être aggravée du fait que les avantages d'un ensemble fluctuant de fournisseurs ou d'entrepreneurs risquent d'être anéantis si les fournisseurs ou

entrepreneurs qui ne participent plus à la mise en concurrence de la deuxième étape restent, d'un point de vue technique, parties à l'accord-cadre et empêchent l'admission de nouvelles parties. Le paragraphe 7 n'autorise donc la limitation du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que si les capacités techniques limitent l'accès aux systèmes concernés (par exemple, le logiciel utilisé pour l'accord-cadre n'accepte qu'un nombre limité de participants). Toutefois, les États adoptants devraient savoir que ces problèmes de limites de capacité diminuent rapidement et que cette disposition risque sous peu de devenir obsolète.

14. Même si le nombre maximum, éventuellement nécessaire, de fournisseurs ou d'entrepreneurs sera probablement raisonnable, l'entité adjudicatrice doit rester objective dans la manière de les sélectionner. Par exemple, elle peut recourir à une sélection aléatoire ou de type "premier arrivé, premier servi" (voir par ... ci-dessus), comme dans l'appel d'offres restreint utilisé pour le motif indiqué à l'article 28-1 b) (voir commentaire sur cet article au ... ci-dessus). La décision de sélection pouvant être contestée conformément aux dispositions du chapitre VIII<sup>10</sup>, les États adoptants devraient s'assurer que les règlements en matière de passation des marchés ou toute autre règle applicable donnent des orientations suffisantes aux entités adjudicatrices.

15. Les États adoptants remarqueront que le présent article ne prévoit aucune évaluation des soumissions indicatives. En raison de la nature des accords-cadres ouverts, ces soumissions sont, comme leur nom l'indique, seulement indicatives et, ainsi que l'explique le paragraphe ... ci-dessus, toutes les soumissions conformes reçues de fournisseurs ou d'entrepreneurs qualifiés sont acceptées. Comme l'explique aussi le commentaire de l'article 61 ci-après, la concurrence sur les prix fait largement défaut lors de la première étape, si bien qu'il est essentiel d'assurer une concurrence effective lors de la deuxième étape.

16. Les dispositions du paragraphe 8 visent à assurer la transparence de la prise de décision et à permettre à un fournisseur ou entrepreneur, s'il le souhaite, de contester la décision de l'entité adjudicatrice de ne pas l'admettre à la procédure d'accord-cadre. L'inclusion de ces dispositions dans le contexte des accords-cadres ouverts est justifiée car les garanties fournies par la notification relative au délai d'attente ne s'appliqueraient pas aux soumissions indicatives mais seulement aux soumissions présentées en réponse à des commandes particulières passées au titre de l'accord (soumissions présentées lors de la deuxième étape). Il est donc essentiel pour le fournisseur ou l'entrepreneur de savoir s'il est partie à l'accord sans quoi il ne pourrait pas être informé des commandes passées au titre de l'accord et présenter des soumissions lors de la deuxième étape. Toutefois, en cas de contestation de la décision de l'entité adjudicatrice, les considérations de principe s'agissant de retarder la signature d'un marché pour permettre un recours efficace ou d'en autoriser la conclusion sont différentes dans le contexte des accords-cadres ouverts (les considérations de principe générales sont énoncées dans le commentaire de l'article 21 ci-dessus). Dans le cas des accords-cadres ouverts, tout fournisseur ou entrepreneur lésé dont la soumission a été rejetée comme étant non conforme ou qui

<sup>10</sup> Le Secrétariat demande des orientations sur les moyens d'assurer la non-discrimination étant donné que la Loi type est muette sur ce point. Il n'est peut-être pas suffisant de traiter cette question uniquement dans les règlements si la Loi type elle-même n'énonce pas d'obligation d'objectivité.

n'a pas été admis pour cause de disqualification pourra être admis à l'accord-cadre pour de futures commandes si le recours est tranché en sa faveur; il a été estimé que le préjudice causé au fournisseur ou à l'entrepreneur du fait que sa participation était retardée ne l'emportait probablement pas sur l'intérêt qu'il y avait à autoriser la conclusion d'un nombre – de fait – limité de marchés au titre de l'accord-cadre ouvert.

#### **Article 60. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts**

1. Cet article, qui fait pendant à l'article 58 sur les accords-cadres fermés, régit les conditions des accords-cadres ouverts et de l'attribution des marchés sur le fondement de ces accords. Comme pour les accords-cadres fermés, la loi de l'État adoptant traitera de questions telles que la force obligatoire de l'accord en droit des contrats; c'est pourquoi elles ne sont pas traitées dans la Loi type. Les fournisseurs ou entrepreneurs qui deviennent parties à l'accord-cadre après que ce dernier a été initialement conclu devront être liés par les conditions énoncées dans celui-ci; ils peuvent être liés automatiquement lorsqu'ils deviennent parties à l'accord, mais les États adoptants devraient s'assurer que la loi prévoit des dispositions appropriées à cet égard.

2. Le paragraphe 1 exige une mise en concurrence lors de la deuxième étape de la procédure pour l'attribution des marchés sur le fondement de l'accord-cadre ouvert. Les alinéas c) à f) énoncent les conditions et modalités de cette mise en concurrence. Elles sont similaires aux dispositions du paragraphe 1 d) de l'article 58, dont on trouvera le commentaire aux paragraphes ... ci-dessus. Les différences tiennent à la nature de l'objet du marché envisagé dans l'accord-cadre ouvert (articles simples et normalisés, comme expliqué au ... ci-dessus).

3. L'alinéa a) du paragraphe 1 prévoit que la durée de l'accord-cadre doit être mentionnée dans l'accord même. À la différence des dispositions qui régissent les accords-cadres fermés, il ne contient pas de référence à une durée maximale imposée par les règlements en matière de passation des marchés: le fait que l'accord est ouvert à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de sa durée d'application réduit les risques que la concurrence soit étouffée comme décrit dans le contexte des accords-cadres fermés au paragraphe ... ci-dessus. Toutefois, pour tenir compte des nouvelles technologies et solutions, et pour éviter toute obsolescence, la durée de l'accord-cadre ouvert ne devrait pas être excessive et devrait être évaluée en fonction de l'objet du marché envisagé. (Voir également les indications générales fournies au paragraphe ... ci-dessus concernant l'importance d'examiner périodiquement si l'accord-cadre continue de tenir compte de ce qui est actuellement disponible sur le marché visé.) En outre, les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient hésiter à participer à un accord d'une durée illimitée.

4. L'alinéa b) du paragraphe 1 dispose que l'accord-cadre ouvert doit mentionner les conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord (qui, en vertu de l'article 59, auront été indiquées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert). Cette disposition est semblable à celle de l'article 58-1 b) sur les accords-cadres fermés mais, comme indiqué ci-dessus, certaines différences se justifient par la nature de l'objet du marché envisagé dans l'accord-cadre ouvert. La nature de l'objet du marché n'exigerait pas en effet que les conditions de la passation soient établies lors de la deuxième étape mais seulement que les conditions déjà établies soient précisées, par exemple en ce qui

concerne la quantité, le lieu et le délai de livraison de l'objet du marché. Même si, en raison de la nature des accords-cadres ouverts, on peut penser que la description de la passation sera formulée en des termes fonctionnels et généraux de sorte que l'énoncé des besoins de l'entité adjudicatrice puisse être précisé lors de la deuxième étape, il importe que cette description ne soit pas générale au point que l'accord-cadre ouvert devienne une simple liste de fournisseurs. Dans ce cas, la ou les entités adjudicatrices qui utilisent l'accord-cadre seraient tenues de réaliser ou de répéter certains actes de la procédure de passation lors de la deuxième étape (réexamen complet des qualifications et de la conformité et évaluation des soumissions présentées lors de la deuxième étape), ce qui compromettrait l'efficacité de la procédure. En outre, les changements pouvant être apportés lors de la deuxième étape aux conditions initiales de la sollicitation sont soumis aux limitations de l'article 62. Néanmoins, une souplesse suffisante est nécessaire pour tenir compte des changements apportés au cadre réglementaire, notamment en ce qui concerne les exigences environnementales ou de durabilité.

5. Le paragraphe 2 prévoit que l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert doit être republiée régulièrement. Elle doit être publiée au moins une fois par an au même endroit que l'invitation initiale. Néanmoins, les États adoptants peuvent estimer qu'une publication plus fréquente encouragera une plus grande participation et une plus grande concurrence. La gestion électronique de l'accord-cadre ouvert suppose que la publication se fera uniquement en ligne, y compris lors de la première étape visée à l'article 32<sup>11</sup>, ce qui permettra de maintenir les coûts de publication à un niveau raisonnable. L'invitation doit comporter toutes les informations nécessaires au fonctionnement de l'accord-cadre (notamment le site Web et tous renseignements techniques utiles). Le paragraphe prévoit également que l'entité adjudicatrice doit garantir l'accès libre, direct et complet aux conditions de l'accord; comme l'accord-cadre fonctionnera en ligne, ces informations doivent être disponibles sur le site Web indiqué dans l'invitation. Y devront également être mentionnés les noms de tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties<sup>12</sup> et, comme noté ci-dessus, toutes les entités adjudicatrices qui peuvent utiliser l'accord-cadre. Les mises en concurrence lors de la deuxième étape devraient également être publiées sur le site Web comme expliqué aux paragraphes ... ci-dessous.

#### **Article 61. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre**

1. Cet article régit la mise en concurrence lors de la deuxième étape tant des accords-cadres fermés que des accords-cadres ouverts. Certaines dispositions, notamment celles du paragraphe 3, visent à tenir compte des différences dans l'attribution des marchés sur le fondement d'accords-cadres fermés ne comportant pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape et sur le fondement d'accords-cadres fermés comportant une telle mise en concurrence.

<sup>11</sup> Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si cette interprétation est correcte ou si, lors de l'établissement de l'accord-cadre ouvert, on pourrait aussi exiger que l'avis soit également publié sur un support papier.

<sup>12</sup> Il faudra peut-être réexaminer la nécessité de révéler l'identité de tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre en vertu de l'article 22 compte tenu des risques élevés de collusion.

2. Comme noté au paragraphe 1, l'accord-cadre énonce les critères fondamentaux et certaines procédures régissant l'attribution des marchés sur le fondement de l'accord. Les dispositions de cet article définissent les autres éléments des procédures d'attribution. Une transparence totale est donc exigée tant pour les critères d'attribution que pour les procédures elles-mêmes.
3. Les procédures ont pour objet de garantir une concurrence effective lors de la deuxième étape, tout en évitant des prescriptions excessives et longues à mettre en œuvre qui compromettraient l'efficacité de la procédure d'accord-cadre. Ces considérations sont particulièrement importantes dans le contexte des accords-cadres ouverts, dans lesquels des soumissions indicatives et non initiales sont présentées lors de la première étape mais ne font pas l'objet d'une évaluation.
4. Le paragraphe 2 prévoit qu'un marché ne peut être attribué qu'à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Cette disposition peut paraître évidente pour les accords-cadres fermés, mais dans le contexte des accords-cadres ouverts, elle souligne l'importance d'un examen rapide des demandes de participation à l'accord-cadre et l'utilité de mises en concurrence relativement fréquentes et avec un nombre de participants raisonnable lors de la deuxième étape afin de tirer parti d'un marché compétitif et dynamique. Dans la pratique, une mise en concurrence lors de la deuxième étape sera probablement annoncée sur le site Web de l'accord-cadre, avec un délai relativement court pour la présentation des soumissions finales. Les nouveaux participants voudront peut-être présenter leurs soumissions indicatives à temps pour être pris en considération en vue de la deuxième étape, mais ne pourront peut-être que participer aux mises en concurrence ultérieures. L'interaction entre les délais de présentation des soumissions finales, le temps nécessaire pour évaluer les soumissions indicatives et la fréquence et l'ampleur des mises en concurrence lors de la deuxième étape devraient être soigneusement étudiés lors de la gestion de l'accord-cadre.
5. Le paragraphe 3 indique que l'article 21 sur l'attribution des marchés s'applique aux accords-cadres fermés qui ne comportent pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape, sauf en ce qui concerne le délai d'attente prévu au paragraphe 2 de cet article. Les dispositions concernant le délai d'attente ne s'appliquent pas aux accords-cadres fermés sans mise en concurrence lors de la deuxième étape au motif que [à compléter; voir la question correspondante dans le commentaire de l'article 21-3 a)].
6. Le paragraphe 4 énonce les procédures de mise en concurrence lors de la deuxième étape. L'alinéa a) prévoit qu'une invitation à concourir doit être adressée à chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre, ou seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice concernant l'objet du marché. Cette invitation est adressée conformément aux conditions de l'accord-cadre, qui peuvent par exemple prévoir l'envoi automatisé d'invitations pour des raisons d'efficacité. La meilleure pratique est également de publier une copie de l'invitation sur le site Web de l'accord-cadre, ce qui peut en outre encourager de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs à participer, dans la mesure du possible, à la procédure (à savoir dans les accords-cadres ouverts).

7. Les dispositions de l'alinéa a) exigent que soient invités tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ou, lorsqu'il convient, seuls ceux qui sont "capables" de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Cette dernière disposition devrait être interprétée dans un sens très étroit, à la lumière des conditions de l'accord-cadre et des conditions des soumissions initiales ou indicatives, pour ne pas laisser une trop grande latitude à l'entité adjudicatrice quant au groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter, dans la mesure où cette latitude peut donner lieu à des abus comme le favoritisme. Par exemple, l'accord-cadre peut permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de fournir jusqu'à certaines quantités (dans chaque mise en concurrence ou de manière générale); les soumissions initiales ou indicatives peuvent montrer que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent pas proposer certaines combinaisons requises ou répondre à certaines exigences qualitatives. L'évaluation des fournisseurs ou entrepreneurs qui sont "capables" de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est donc objective; tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont parties à l'accord doivent être présumés capables sauf si l'accord-cadre ou leurs soumissions initiales ou indicatives indiquent le contraire<sup>13</sup>. Cette disposition a deux objectifs: premièrement, éviter les abus dans l'attribution des marchés pour empêcher que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne soient favorisés et, deuxièmement, limiter les soumissions à celles des fournisseurs ou entrepreneurs qui sont capables de répondre aux besoins pour en améliorer l'efficacité. L'entité adjudicatrice devrait expliquer dans le procès-verbal de la procédure pourquoi des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord n'ont pas été invités à participer à la mise en concurrence lors de la deuxième étape; la publication de l'invitation sur le site Web permettra à ceux exclus de contester la décision<sup>14</sup>. Ces garanties sont jugées essentielles pour assurer une concurrence effective lors de la deuxième étape, car l'expérience de l'utilisation des accords-cadres montre que cette étape de la procédure est vulnérable en ce qui concerne la participation et la concurrence. La vulnérabilité est d'autant plus grande que les dispositions relatives au délai d'attente (art. 21-2) ne s'appliqueront dans le contexte des accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lors de la deuxième étape (mais non pas à toutes les parties à l'accord).

8. L'alinéa b) du paragraphe 4 régit le contenu de l'invitation à participer à la deuxième étape. Les sous-alinéas iii) à xi) reprennent les dispositions de l'article 38 sur la teneur du dossier de sollicitation, dont le commentaire figure au ... ci-dessus.

<sup>13</sup> Le commentaire se fonde sur le libellé actuel de l'article 61-4 a). Toutefois, il a été suggéré au sein du Groupe de travail de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs la possibilité d'améliorer leurs soumissions initiales, par exemple d'augmenter les quantités dans les soumissions qu'ils présentent à la deuxième étape. Ils n'auraient pas cette possibilité s'ils sont jugés non capables sur la base des conditions de leurs soumissions initiales/indicatives et ne pourraient donc pas participer à la mise en concurrence lors de la deuxième étape. Par conséquent, le Secrétariat demande des orientations sur la manière dont l'entité adjudicatrice sera en mesure de déterminer objectivement quels fournisseurs ou entrepreneurs seront capables d'exécuter une commande et ceux qui ne le seront pas, sans connaître le contenu des soumissions présentées lors de la deuxième étape par tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre.

<sup>14</sup> Aucune disposition de la Loi type n'exige toutefois que l'invitation à participer à la mise en concurrence lors de la deuxième étape soit publiée. Voir la note de bas de page suivante pour plus de précisions.

Dans le contexte des accords-cadres, il est important de fixer un délai approprié pour la présentation des soumissions: s'agissant des accords-cadres ouverts, par exemple, le délai peut être de plusieurs heures ou d'une journée environ. Autrement, l'efficacité administrative de la procédure sera compromise et les entités adjudicatrices n'auront pas recours à cette technique. Pour déterminer le délai de présentation des soumissions lors de la deuxième étape à compter de l'invitation, il faudrait examiner quelle serait la durée suffisante pour préparer les soumissions en l'espèce (plus l'objet du marché est simple, plus le délai sera court). D'autres éléments à prendre en considération sont, notamment, la question de savoir comment fixer un délai minimum qui permette de contester les conditions de la sollicitation. En tout état de cause, le délai tiendra compte des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice, comme le prévoit expressément l'article 14-2 de la Loi type, qui peuvent dans des conditions limitées prévaloir sur les autres considérations, par exemple en cas d'urgence extrême suite à une catastrophe. (Voir aussi les considérations pertinentes au paragraphe ... ci-dessus.)

9. Les États adoptants remarqueront toutefois que la publication d'un avis général de mise en concurrence lors de la deuxième étape n'est pas exigée, car il est présumé qu'une invitation ouverte aura été publiée pendant la première étape de la procédure d'accord-cadre, étant donné que la règle par défaut aux termes des articles 27 et 57-1 est de recourir à l'appel d'offres ouvert. Or, cette présomption n'est pas valable lorsqu'un accord-cadre est attribué par une autre méthode de passation reposant sur la sollicitation directe<sup>15</sup>.

10. Le sous-alinéa i) prévoit que les informations définissant le champ de la mise en concurrence lors de la deuxième étape doivent figurer dans l'invitation. Il s'agit là d'une exigence vitale pour la transparence. Lorsque l'invitation est adressée par voie électronique (ce qui doit être le cas, par exemple, dans le contexte des accords-cadres ouverts), les entités adjudicatrices voudront peut-être y inclure le rappel exigé des conditions existantes de l'accord-cadre au moyen d'un hyperlien (renvoi), sous réserve de tenir le lien dûment à jour. L'invitation doit également comporter les conditions de la passation qui feront l'objet de la mise en concurrence et donner des précisions supplémentaires sur ces conditions si nécessaire. Cette disposition devrait être lue conjointement avec les articles 58-1 d) i) et 60-1 c), qui prévoient que l'accord-cadre doit énoncer les conditions qui peuvent être établies ou précisées lors de la mise en concurrence. La possibilité de préciser ainsi les conditions est limitée par application de l'article 62, qui dispose qu'aucune modification de la description de l'objet du marché régie par l'article 10 n'est permise et que toute autre modification ne peut être apportée que dans la mesure autorisée par l'accord-cadre.

<sup>15</sup> Il faut toutefois examiner la nécessité d'exiger dans la Loi type qu'un préavis de commande soit adressé à toutes les parties à l'accord-cadre. Cette exigence devrait être considérée comme une garantie essentielle contre les abus. Elle permettrait d'aligner les garanties dans le contexte des accords-cadres sur celles applicables aux procédures d'appel d'offres restreint, dans lesquelles un préavis de passation doit être publié conformément à l'article 33-5 du projet de Loi type. Ce préavis permet aux fournisseurs ou entrepreneurs de contester leur exclusion de la procédure de passation en cas de recours à l'appel d'offres restreint en particulier pour le motif énoncé à l'article 28-1 a) (à savoir lorsque l'entité adjudicatrice part du principe que seul un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs sont en mesure de fournir l'objet du marché, ce qui s'apparenterait au jugement que l'entité adjudicatrice porterait en vertu de l'article 61-4 a) sur la capacité des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre de fournir l'objet du marché).



Lorsque des modifications doivent être apportées aux produits ou que des alternatives techniques sont nécessaires, elles devraient être annoncées dans l'accord-cadre lui-même, qui devrait également exprimer les besoins de manière suffisamment souple et fonctionnelle (dans les limites de l'article 10) pour permettre ces modifications. Les autres conditions pouvant être précisées sont notamment les combinaisons de composants (dans le cadre de la description générale), les garanties et les délais de livraison. [Dans la pratique, il est possible que la marge dont dispose l'entité pour préciser les conditions soit moindre dans les accords-cadres fermés que dans les accords-cadres ouverts.]<sup>16</sup> Le souci de trouver un équilibre entre la nécessité de laisser une souplesse suffisante pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix et celle d'assurer une transparence et des limites suffisantes pour empêcher les abus devrait guider les entités adjudicatrices dans leur utilisation des accords-cadres.

11. Le sous-alinéa ii) exige un rappel des procédures et des critères d'évaluation des soumissions, tels qu'initialement énoncés dans l'accord-cadre. Là encore, cette disposition vise à améliorer la transparence et devrait être lue conjointement avec les articles 58-1 d) iii) et 60-1 f), qui permettent de faire varier les coefficients de pondération des critères d'évaluation (y compris des sous-critères) dans une certaine fourchette fixée dans l'accord-cadre lui-même. Il est essentiel de prévoir des procédures et des critères d'évaluation appropriés pour cette deuxième étape si l'on veut assurer une concurrence effective et garantir l'objectivité et la transparence. Leur importance et leur application sont expliquées dans le commentaire de l'article 58 ci-dessus (voir par. ...).

12. L'alinéa c) du paragraphe 4 découle des règles générales énoncées à l'article 11-6, qui exigent objectivité et transparence dans l'évaluation des soumissions en interdisant l'application, durant l'évaluation, de critères ou de procédures qui n'auraient pas été préalablement communiqués.

13. L'alinéa d) du paragraphe 4 rappelle les prescriptions de l'article 21 concernant les avis et les formalités connexes faisant suite à l'acceptation de la soumission à retenir (pour le commentaire sur ces dispositions, voir ... ci-dessus). Les dispositions sur les avis exigeraient que le prix de chaque commande soit communiqué aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lors de la deuxième étape, afin de faciliter l'introduction d'un recours par les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'a pas été retenue. Il est de bonne pratique d'aviser les parties à l'accord-cadre dont la soumission n'a pas été retenue, par exemple en adressant un avis à chacune dans les systèmes électroniques mais également, dans les accords-cadres fermés gérés dans un environnement papier et comptant un faible nombre de participants, par voie de publication générale. Dans le contexte des accords-cadres, ce moyen de notification non seulement est efficace, mais peut aussi être utile lorsque des achats récurrents peuvent tirer parti de soumissions améliorées, en particulier lorsque les avis s'accompagnent d'explications sur les raisons du rejet des soumissions ou d'un retour d'information. Les prescriptions de l'article 22, exigeant la publication des avis d'attribution, s'appliquent également (il est possible de regrouper les marchés de faible valeur à des fins de publicité, comme prévu dans cet article et examiné dans le commentaire qui l'accompagne).

<sup>16</sup> Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si cette affirmation est exacte.

**Article 62. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'application d'un accord-cadre<sup>17</sup>**

1. Cet article vise à assurer l'objectivité et la transparence pendant la durée d'application de l'accord-cadre. Il prévoit tout d'abord qu'aucune modification ne peut être apportée à la description de l'objet du marché, car autrement l'invitation initiale à participer ne serait plus exacte et une nouvelle passation serait nécessaire. La nécessité de ménager une certaine souplesse dans la gestion de l'accord-cadre, pour pouvoir notamment préciser certaines conditions du marché pendant la mise en concurrence de la deuxième étape, suppose qu'il faut pouvoir modifier ces conditions (notamment les critères d'évaluation). L'article autorise donc de telles modifications, mais seulement pour autant qu'elles ne changent pas la description de l'objet du marché et uniquement – cette condition étant destinée à garantir la transparence – dans la mesure permise par l'accord-cadre. (Cet objectif – assurer l'objectivité et la transparence du processus de passation – sous-tend également les dispositions de l'article 15-3, qui exige la republication des informations et une prorogation du délai de soumission lorsque le dossier de sollicitation est modifié au point que les informations initialement publiées deviennent substantiellement inexacts.) Par conséquent, la description de l'objet du marché sera généralement formulée de manière fonctionnelle ou en termes de résultats et comprendra des exigences techniques minimales pour permettre les modifications de produits ou l'utilisation de solutions techniques de remplacement, comme le décrit le commentaire sur les précédents articles de ce chapitre.

**C. Points concernant les procédures d'accords-cadres qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994**

La Loi type de 1994 ne prévoyait pas le recours aux accords-cadres. Leur utilisation a considérablement augmenté depuis son adoption et, dans les systèmes où ils existent, une partie importante des passations peut désormais être réalisée par cette méthode. Il est vrai que certains types d'accords-cadres pourraient fonctionner en l'absence de dispositions sur la question dans la Loi type. La CNUDCI estime que le recours aux accords-cadres pourrait améliorer l'efficacité des passations et en outre renforcer la transparence et la concurrence dans la passation des marchés de faible valeur qui, dans de nombreux pays, sortent du champ d'application de nombreuses dispositions d'un système de passation. En effet, le regroupement des marchés de faible valeur peut en faciliter le contrôle. La CNUDCI a donc prévu des dispositions particulières à leur égard pour en promouvoir une utilisation appropriée et faire en sorte que les questions particulières soulevées par ces accords fassent l'objet d'un traitement adéquat.

---

<sup>17</sup> Il faudrait examiner la nécessité de modifier l'intitulé de cet article pour mieux refléter son contenu.