



Assemblée générale

Distr. limitée
10 février 2012
Français
Original: anglais

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

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

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition de commentaire du Guide qui accompagnera les articles 60 à 63 du chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



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 procédures d'accords-cadres (*suite*)

Article 60. Établissement d'un accord-cadre ouvert¹

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, **[**hyperliens**]**, la procédure d'accord-cadre ouvert est autonome, le présent article prévoyant les modalités qui la régissent. L'accord-cadre ouvert est décrit aux paragraphes ****** du commentaire figurant dans l'introduction du présent chapitre **[**hyperlien**]**, et 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 33 **[**hyperlien**]** par renvoi; 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 33-4 **[**hyperlien**]** et l'article 8 **[**hyperlien**]**, par renvoi, ne s'appliquent (on trouvera le commentaire y relatif

¹ Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les accords-cadres ouverts se prêtent à l'utilisation de catalogues électroniques et comment ils pourraient fonctionner comme base pour les demandes de prix. Bien que les catalogues électroniques soient de plus en plus utilisés comme méthode de passation, la Loi type ne contient aucune disposition en autorisant expressément l'utilisation dans le cas d'un accord-cadre. S'il est jugé souhaitable d'inclure un commentaire sur ces questions, le Secrétariat aurait besoin d'orientations adéquates sur son contenu.

au ** plus haut [**hyperlien**]). Il est recommandé que l'invitation soit également disponible en permanence sur le site Web qui sera utilisé pour gérer l'accord-cadre (voir aussi le commentaire de l'article 61-2 [**hyperlien**] 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) et 3 e) (l'alinéa b) vise à montrer clairement qu'il s'agit d'une procédure d'accord-cadre ouvert) 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 d) i), 3 f) et 3 g). 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-cadre². 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 régissant la 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 moyennant une procédure administrative importante, telle que la novation. La disposition devrait être lue conjointement avec la définition du terme "entité adjudicatrice", à l'article 2-1, 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).

6. L'alinéa c) 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

² Ce commentaire illustre les observations formulées lorsque le Groupe de travail examinait les dispositions de la Loi type. Le Secrétariat demande des orientations sur la façon dont cette souplesse pourrait fonctionner en pratique.

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 le commentaire sur la passation électronique des marchés dans la section ** du commentaire général ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#)). 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 [\[**hyperlien**\]](#) des indications sur la façon d'assurer un accès effectif à la passation.

7. L'alinéa d) 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. [\[**hyperlien**\]](#). Le sous-alinéa ii) est une disposition facultative (qui de ce fait figure entre crochets) 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 non discriminatoire et les critères appliqués pour sélectionner ce nombre maximum. Afin de sélectionner les participants de façon objective, l'entité adjudicatrice peut recourir à plusieurs techniques, comme expliqué plus avant dans le commentaire figurant dans l'introduction du chapitre IV, telles que la sélection aléatoire, le tirage aléatoire ou l'approche du premier arrivé, premier servi [\[**hyperlien**\]](#), ou bien elle peut appliquer d'autres critères permettant de différencier les enchérisseurs, à condition qu'ils ne soient pas discriminatoires³. Cette approche relativement informelle traduit le fait que, lorsqu'il y a un nombre suffisant de participants, le marché sera suffisamment homogène pour que les meilleures offres du marché puissent être soumises.

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 39 [\[**hyperlien**\]](#) 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 paragraphes 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 43 [\[**hyperlien**\]](#)), ce qui n'est pas le cas des

³ Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les dispositions de cet article confèrent une plus grande souplesse que celles du chapitre IV sur les méthodes de passation, comme l'indique ce commentaire.

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 paragraphe 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 [\[**hyperlien**\]](#). 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 61 [\[**hyperlien**\]](#)) 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 61 [\[**hyperlien**\]](#) 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 aux paragraphes ** du commentaire dans l'introduction du 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 d) 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 d) ii). Tous deux figurent entre crochets, 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 le commentaire de l'article 53-1 k) et 2 au ** ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#)), 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. Voir également le commentaire concernant l'objectivité aux paragraphes ** ci-dessus, et le commentaire dans l'introduction du chapitre IV [[**hyperlien**](#)]. Les règlements en matière de passation des marchés, ou les autres règles applicables, devraient fournir aux entités adjudicatrices des orientations sur ces questions (en indiquant notamment le risque, fût-il limité, d'une contestation en vertu du chapitre VIII [[**hyperlien**](#)]).

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 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 62 [[**hyperlien**](#)] ci-dessus, 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 l'exécution 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 22 ci-dessus [[**hyperlien**](#)]). Dans le cas des accords-cadres ouverts, tout fournisseur ou entrepreneur lésé dont la soumission a été rejetée comme étant non conforme ou qui n'a pas été admis pour cause de disqualification pourra être admis

à l'accord-cadre pour de futures commandes si sa contestation est reconnue valide; 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 61. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

17. Cet article, qui fait pendant à l'article 59 [\[**hyperlien**\]](#) 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.

18. 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 59 [\[**hyperlien**\]](#), dont on trouvera le commentaire aux paragraphes [** ci-dessus \[**hyperlien**\]](#). Les différences tiennent à la nature de l'objet du marché acquis au moyen d'un accord-cadre ouvert (articles simples et normalisés, comme expliqué au [** ci-dessus \[**hyperlien**\]](#)).

19. 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 \[**hyperlien**\]](#). 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.

20. 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 60 [\[**hyperlien**\]](#) auront été indiquées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert). Cette disposition est semblable à celle de l'article 59-1 b) [\[**hyperlien**\]](#) 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. 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 63 [\[**hyperlien**\]](#). 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.

21. 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 fait uniquement en ligne, y compris lors de la première étape visée à l'article 33⁴, ce qui permet 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 fonctionne en ligne, ces informations doivent être disponibles sur le site Web indiqué dans l'invitation. Doivent également y être mentionnés les noms de tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties et, comme noté ci-dessus, toutes les entités adjudicatrices qui peuvent utiliser l'accord-cadre. Les mises en concurrence lors de la deuxième étape doivent également être annoncées sur le site Web comme expliqué aux paragraphes ... ci-dessous.

Article 62. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

22. 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.

23. 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

⁴ Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si cette interprétation est correcte ou si, une fois l'accord-cadre ouvert établi, on peut aussi exiger que l'avis de passation soit publié sur un support papier, si un tel support est encore généralement utilisé à cet effet dans l'État adoptant concerné.

procédures d'attribution. Une transparence totale est donc exigée tant pour les critères d'attribution que pour les procédures elles-mêmes.

24. 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.

25. 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.

26. Le paragraphe 3 indique que l'article 22 sur l'attribution des marchés s'applique aux accords-cadres fermés sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, sauf en ce qui concerne le délai d'attente prévu au paragraphe 2 de cet article⁵.

27. 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). Le recours à des avis électroniques réduit les coûts au minimum, et les progrès faits au fil du temps dans les méthodes de communication peuvent offrir des possibilités d'annoncer plus largement la mise en concurrence de la deuxième étape sans coûts supplémentaires.

⁵ Il est demandé au Groupe de travail d'expliquer cette décision, explication qui devra également être insérée dans le commentaire de l'article 22-3 a).

28. 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. 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 aux exclus de contester la décision. S'il est vrai que cette publication n'est pas obligatoire selon la Loi type, elle devrait contribuer à éviter des contestations tardives; de la même façon, les règles ou orientations destinées aux organismes publics de passation de marché ou aux instances similaires devraient indiquer que l'entité adjudicatrice peut éviter de nombreuses contestations concernant son évaluation de la capacité des fournisseurs ou entrepreneurs de fournir l'objet du marché, si l'accord-cadre énonce clairement les procédures et critères qui détermineront précisément quels fournisseurs ou entrepreneurs seront jugés capables de répondre à ses besoins. Ces garanties et ces orientations 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 (article 22-2 [\[**hyperlien**\]](#)) 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 à toutes les parties à l'accord).

29. 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 39 [\[**hyperlien**\]](#) sur la teneur du dossier de sollicitation, dont le commentaire se trouve ci-dessus dans la section [** \[**hyperlien**\]](#). 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 [\[**hyperlien**\]](#), 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 y relatives au paragraphe [** ci-dessus.](#))

30. 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 en vertu des articles 28 [\[**hyperlien**\]](#) et 58-1 [\[**hyperlien**\]](#) est de recourir à l'appel d'offres ouvert et qu'il vaut mieux ne pas imposer trop de mesures procédurales qui mettraient en péril l'efficacité du processus. Cette présomption peut toutefois être réfutée lorsque d'autres méthodes de passation impliquant une sollicitation directe sont utilisées pour l'attribution de l'accord-cadre. Un préavis de commande adressé à toutes les parties à l'accord-cadre devrait être considéré comme une garantie essentielle contre les abus; ce préavis permettrait d'aligner les garanties dans le contexte des accords-cadres sur celles applicables par exemple aux procédures d'appel d'offres restreint (dans lesquelles un préavis de passation doit être publié conformément à l'article 34-5 de la Loi type), et sur celles applicables à d'autres méthodes impliquant une sollicitation directe [\[**hyperlien**\]](#). Comme indiqué plus haut, ce préavis permet aux fournisseurs ou entrepreneurs de contester leur exclusion de la procédure de passation, par exemple lorsque l'entité adjudicatrice est partie du principe que le fournisseur ou l'entrepreneur, auteur de la contestation, ne faisait pas partie du nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché en question lors de la deuxième étape. Les États adoptants sont donc encouragés à envisager de prévoir dans leurs règlements en matière de passation des marchés une exigence de préavis, ou à recommander un tel préavis dans d'autres règles ou orientations.

31. 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 59-1 d) i) [\[**hyperlien**\]](#) et 61-1 c) [\[**hyperlien**\]](#), 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 63 [\[**hyperlien**\]](#), 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. 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 [**hyperlien**](#)) 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. 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 cet aspect de l'utilisation des accords-cadres.

32. 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 59-1 d) iii) [**hyperlien**](#) et 61-1 f) [**hyperlien**](#), 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 59 ci-dessus (voir paragraphe [**hyperlien**](#)).

33. 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.

34. L'alinéa d) du paragraphe 4 rappelle les prescriptions de l'article 22 [**hyperlien**](#) 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 une contestation 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).

Article 63. Modifications pendant la durée d'application d'un accord-cadre

35. 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 [\[**hyperlien**\]](#), 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.)

36. 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 du présent chapitre [\[**hyperliens**\]](#). C'est la nature du marché qui déterminera si cette approche est appropriée, comme expliqué aux paragraphes ****** du commentaire dans l'introduction du présent chapitre [\[**hyperlien**\]](#) et dans le commentaire de l'article 59 ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#). Un risque d'abus existe aussi bien lorsqu'on autorise des spécifications génériques et peu détaillées que lorsqu'on permet que des modifications soient apportées; l'accord-cadre peut être utilisé par commodité administrative en dehors des limites prévues, permettant ainsi des attributions de marchés non transparentes et sans concurrence. En outre, ce manque de transparence et de concurrence risque de compromettre grandement le rapport qualité-prix des marchés. Les règlements, ou règles et autres orientations devront par conséquent traiter de façon assez détaillée ces risques et les mesures appropriées pour les atténuer.