



Assemblée générale

Distr. limitée
15 février 2012
Français
Original: anglais

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

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

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le préambule et une introduction au chapitre premier de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

* Le présent document est soumis moins de 10 semaines avant le début de la session, en raison de la nécessité de tenir des consultations informelles intersessions sur les commentaires du projet de Guide révisé.



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

Préambule de la Loi type

1. L'inclusion dans la Loi type d'un énoncé des objectifs vise à faciliter l'interprétation et l'application de cette dernière. Cet énoncé ne crée pas en soi de droits ou d'obligations quant au fond pour les entités adjudicatrices ou les fournisseurs et entrepreneurs. Dans les États où il n'est pas d'usage d'inclure des préambules, il est recommandé que l'énoncé soit incorporé dans les dispositions mêmes de la Loi.

2. Les objectifs ne pourront être effectivement réalisés que grâce à des procédures cohérentes et homogènes fondées sur les principes qui les sous-tendent, à condition que le respect de ces derniers soit évalué et, si nécessaire, imposé. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prévues dans la Loi type, un État adoptant crée un environnement dans lequel le public a davantage l'assurance que l'acheteur dépensera les fonds publics de manière responsable, avec l'obligation de rendre des comptes, et qu'il obtiendra ainsi le meilleur rapport qualité-prix. Il créera aussi, ce faisant, un environnement dans lequel les parties proposant de vendre à l'État auront la certitude qu'elles seront traitées équitablement et qu'il sera remédié aux abus.

Les six éléments du Préambule sont examinés séparément ci-dessous.

1. Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés

3. Le terme "économie" dans la passation des marchés désigne un rapport optimal entre le prix payé et d'autres facteurs, dont la qualité de l'objet du marché, et présuppose que les besoins de l'acheteur public seront effectivement satisfaits. Quant au terme "efficacité", il désigne une proportionnalité entre les fonds et le temps consacrés à la passation d'un marché et la valeur de ce marché. Il sous-entend par ailleurs que le coût du système de passation dans son ensemble doit aussi être proportionnel à la valeur de tous les marchés passés au moyen de ce système. Ces notions peuvent être désignées par des termes différents dans d'autres systèmes (pour l'"économie" on rencontre souvent les termes "rapport qualité-prix" ou "meilleur rapport qualité-prix").

4. En ce qui concerne l'économie, la Loi type offre à l'entité adjudicatrice la possibilité de déterminer le meilleur rapport qualité-prix pour chaque passation de marché et de choisir la méthode de passation appropriée pour l'obtenir. Plus précisément, l'entité adjudicatrice jouit d'une grande liberté pour décider de ce qu'elle achète et d'un certain pouvoir discrétionnaire pour déterminer quelles seront les soumissions conformes à ses besoins (article 10 [\[**hyperlien**\]](#)), qui pourra participer et à quelles conditions (articles 9, 18 et 49 [\[**hyperliens**\]](#)) et quels seront les critères appliqués pour sélectionner la soumission à retenir (article 11 [\[**hyperlien**\]](#)).

5. L'article 11 [\[**hyperlien**\]](#) autorise également l'entité adjudicatrice à inclure, parmi les critères d'évaluation utilisés pour déterminer le fournisseur à retenir, un

grand nombre d'éléments ayant trait à l'objet du marché, tels que le prix, le coût du cycle de vie et des éléments qualitatifs. Les critères liés à l'objet du marché peuvent également comprendre le coût de disposition (vente ou mise hors service). Les critères d'évaluation peuvent aussi inclure des critères socioéconomiques, qui peuvent eux-mêmes avoir trait aux incidences sociales et environnementales du marché. Voir ci-après la section ** dans les Remarques générales, et le commentaire relatif à l'article 11 [**hyperliens**](#), qui souligne que tous les critères d'évaluation doivent être communiqués préalablement dans le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice a également la liberté de décider des coefficients de pondération qui seront appliqués aux différents éléments de ses critères d'évaluation, sous réserve, une fois encore, qu'elle les indique à l'avance.

6. La Loi type prévoit en outre plusieurs méthodes de passation, conçus pour correspondre aux divers types de marchés publics. Les cas envisagés comprennent les circonstances normales sans besoins spéciaux, pour lesquelles l'appel d'offres ouvert est obligatoire (voir article 28 et chapitre III [**hyperliens**](#)); la passation de marchés simples ou de faible valeur par le biais de l'appel d'offres restreint conformément aux articles 29 et 45 [**hyperliens**](#), de la demande de prix conformément aux articles 29 et 46, et des enchères électroniques inversées conformément à l'article 31 et au chapitre VI [**hyperliens**](#); et la passation de marchés répétés ou indéterminés au titre d'accords-cadres conformément à l'article 32 et au chapitre VII [**hyperliens**](#). La Loi type prévoit également la passation de marchés complexes aux articles 29, 30, 45 et 47 à 50 [**hyperliens**](#)) et la passation de marchés dans les situations d'urgence aux articles 30, 51 et 52 [**hyperliens**](#). L'entité adjudicatrice peut choisir parmi les méthodes disponibles pour telle ou telle situation, celle qu'elle juge pouvoir maximiser l'économie et l'efficacité. Le commentaire relatif aux articles 27 et 28 [**hyperliens**](#) porte sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, insistant sur le fait que, lorsque plusieurs méthodes de passation sont possibles dans une situation, l'entité adjudicatrice doit s'efforcer, lors de son choix, de garantir le maximum de concurrence.

7. Ce pouvoir discrétionnaire est limité dans la mesure où l'entité adjudicatrice doit par la suite suivre les règles et procédures en vigueur pour appliquer les décisions prises, ceci afin d'éviter les abus et de garantir que la procédure permet, comme prévu, d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix et de prévenir les abus et la corruption, comme expliqué plus en détail dans la section ** ci-dessus [**hyperliens**](#). Un élément clef supplémentaire à cet égard est le mécanisme rigoureux de transparence prévu dans la Loi type, qui permet notamment de contrôler les décisions pertinentes. La souplesse qu'offre la Loi type et l'exercice du pouvoir discrétionnaire présupposent un certain niveau de compétence et d'expérience chez les responsables de la passation du marché concerné. Les sections du présent Guide qui traitent du choix de la méthode de passation et la sollicitation dans le chapitre II [**hyperliens**](#) aideront les personnes chargées de concevoir et d'appliquer le système de passation des marchés à décider si certains aspects du pouvoir discrétionnaire susmentionné devrait être limités par des règles et orientations plus précises (par exemple lors du renforcement des capacités).

8. En ce qui concerne l'efficacité, la Loi type prévoit des procédures souples pour garantir que le temps et les fonds investis dans la passation de chaque marché sont proportionnels à la valeur de l'objet du marché. Par exemple, et comme indiqué dans la section ** des Remarques générales [**hyperlien**](#), elle prévoit pour les

marchés simples ou de faible valeur ainsi que pour les marchés répétés ou indéterminés, la possibilité de recourir à l'appel d'offres restreint, à la demande de prix, aux enchères électroniques inversées et aux accords-cadres. Ces méthodes sont plus simples du point de vue de la procédure et peuvent être plus rapides à mettre en œuvre – en particulier s'il est fait appel à des moyens électroniques – que d'autres méthodes, notamment l'appel d'offres ouvert (qui est la méthode par défaut en vertu de la Loi type, comme expliqué dans le commentaire relatif aux articles 27 et 28 [\[**hyperliens**\]](#)). Les avantages de la passation de marchés électronique sont également examinés dans la section **** des Remarques générales [**hyperlien**]**. Toutefois, du fait que ces autres méthodes peuvent être jugées moins transparentes et moins compétitives à certains égards que l'appel d'offres ouvert, leur utilisation est limitée aux cas énoncés aux articles 29, 31 et 32 [\[**hyperliens**\]](#) (et doit être justifiée dans le procès-verbal de la procédure de passation). On trouvera des orientations sur le recours à ces méthodes dans le commentaire relatif à chacune d'entre elle [\[**hyperliens**\]](#)).

9. La Loi type impose la sollicitation ouverte en tant que règle générale (les éléments de la sollicitation ouverte et les raisons de cette règle sont expliqués dans le commentaire relatif à la deuxième partie du chapitre II [\[**hyperlien**\]](#)). La sollicitation directe, qui prévoit l'invitation d'un nombre limité de fournisseurs à participer, exige un travail administratif moins lourd et constitue un élément de plusieurs méthodes de passation (appel d'offres restreint, demande de prix, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique) en vertu de l'article 34 [\[**hyperliens**\]](#). La sollicitation directe est également possible dans le cadre d'une procédure de demande de propositions, mais seulement si une sollicitation restreinte est justifiée en plus du recours à cette méthode elle-même (voir article 35-2, et les orientations formulées sur la procédure de demande de propositions, [\[**hyperliens**\]](#)).

10. La Loi type offre également des outils visant à faciliter le contrôle de la procédure de passation, qui peuvent aussi permettre d'en évaluer l'efficacité (par exemple le rapport qualité-prix de chaque passation). Le principal outil de ce type est le procès-verbal de chaque procédure de passation exigé à l'article 25 [\[**hyperlien**\]](#). Si les procès-verbaux sont établis électroniquement, il devient également possible d'évaluer l'efficacité de l'ensemble du système de passation des marchés, comme indiqué dans la section **** des Remarques générales [**hyperlien**]**. La procédure ainsi que les résultats de tout retour d'informations et de toute contestation dans le cadre du chapitre VIII [\[**hyperliens**\]](#), qui devraient, dans le premier cas, et doivent, dans le second, figurer dans le procès-verbal, peuvent faciliter ce type d'évaluations.

2. Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international

11. Les procédures de passation de marchés étant censées appuyer et promouvoir le commerce international, la règle par défaut en vertu de la Loi type est qu'elles doivent être "ouvertes" à tous les fournisseurs potentiels indépendamment de leur nationalité. Il existe un nombre limité de circonstances dans lesquelles la participation internationale peut être restreinte (directement ou indirectement); ces circonstances sont énoncées aux articles 8 à 11 de la Loi type. Comme expliqué

dans la section ** des Remarques générales [**hyperlien**](#), ces dispositions ont pour effet d'empêcher des restrictions à la participation fondées sur la nationalité, sauf dans les circonstances limitées prévues dans la Loi type. En vertu des dispositions pertinentes, la participation à une procédure de passation de marché peut être limitée aux participants nationaux (voir article 8 [**hyperlien**](#)) et les critères de qualification, la description ou les critères d'évaluation peuvent contenir des restrictions applicables aux participants étrangers ou qui les défavorisent directement ou indirectement (articles 9 à 11 [**hyperliens**](#)). Toutes ces restrictions sont toutefois soumises aux règlements relatifs à la passation des marchés ou à d'autres lois de l'État adoptant. Comme indiqué plus haut, les États adoptants devront tenir compte de toute obligation commerciale internationale concernant la participation internationale à la passation de leurs marchés s'ils veulent incorporer ces restrictions dans leur législation nationale.

12. Une participation internationale est encouragée par la règle relative à la publicité internationale qui est applicable par défaut à toutes les passations de marché, à quelques exceptions près, afin de permettre aux fournisseurs étrangers de connaître les possibilités de marchés. La publicité internationale et les exceptions à cette règle par défaut sont examinées dans le commentaire relatif à la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**](#)].

13. Une large participation aux procédures de passation des marchés est une condition préalable à une véritable concurrence (et permet d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix). C'est pourquoi les dispositions de la Loi type partent également du principe que la procédure de passation est ouverte à tous les fournisseurs potentiels sauf s'ils n'ont pas les qualifications requises (en vertu des articles 9 et 18 [**hyperliens**](#)). Un aspect central des critères de qualification prévus dans ces articles est qu'ils doivent être appropriés et pertinents dans les circonstances de la passation de marché concernée, afin de prévenir l'exclusion illégitime de fournisseurs. Une autre exception au principe de la participation ouverte est autorisée lorsque les circonstances de la passation justifient une restriction (comme expliqué en rapport avec la sollicitation ouverte et directe au paragraphe ** ci-dessus [**hyperliens**](#)], et dans la deuxième partie du chapitre II [**hyperlien**](#)], et, s'agissant de la présélection avec mise en concurrence, dans le commentaire relatif à l'article 49).

14. Le principe d'une participation publique et sans restriction est appliqué dans la Loi type en ce sens que la sollicitation directe (sauf dans les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique) ne signifie pas que l'entité adjudicatrice peut simplement choisir les fournisseurs qu'elle favorise et les inviter à participer. La Loi type exige que tous les fournisseurs sur le marché concerné soient invités à participer aux procédures d'appel d'offres restreint conformément à l'article 34-1 a) [**hyperlien**](#)] et aux procédures de demande de propositions conformément à l'article 35-2 a) [**hyperlien**](#)). Lorsque l'entité adjudicatrice est autorisée à limiter le nombre de participants, dans les procédures d'appel d'offres restreint en vertu de l'article 34-1 b) [**hyperlien**](#)] et dans les procédures de demande de propositions en vertu de l'article 35-2 b) [**hyperlien**](#)], le nombre doit être fixé et les participants sélectionnés de manière non discriminatoire. Enfin, dans les procédures de demande de prix visées à l'article 34-2 [**hyperlien**](#)], au moins trois fournisseurs doivent être invités à participer. Ces exigences sont examinées en détail dans le commentaire relatif à l'introduction du chapitre IV

[**hyperlien**]. Pendant la procédure de passation de marché, les fournisseurs qui y participent ont le droit de présenter des soumissions, lesquelles doivent être examinées et évaluées, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire relatif aux articles 9 et 18 et aux procédures appliquées pour chaque méthode dans les chapitres III à VII [**hyperliens**]).

15. La Loi type encourage également la participation de fournisseurs en exigeant que les conditions de la passation du marché soient définies et publiées dès le début de la procédure et soient, autant que faire se peut, objectives (voir également l'examen des autres éléments du préambule, ci-dessous).

3. Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché

16. La “concurrence” dans la passation de marchés signifie que tous les fournisseurs potentiels participent à un concours rigoureux pour avoir la possibilité de vendre des biens ou services à l'État ou qu'un nombre suffisant de fournisseurs soumissionne pour garantir l'existence d'un tel concours. Ainsi, la concurrence est le contraire de la collusion (lorsque plusieurs fournisseurs conviennent de ne pas se faire concurrence).

17. La méthode de passation doit être choisie de manière à “maximiser la concurrence” dans les circonstances de la passation de marché concernée (article 28 [**hyperlien**]). Dans la pratique, cette prescription signifie, comme il est expliqué dans la section précédente, qu'une large participation doit être permise de manière à créer les conditions nécessaires à une mise en concurrence. La loi type exige aussi expressément qu'il y ait un nombre suffisant de participants pour garantir une véritable concurrence dans les enchères électroniques inversées (article 31-1 b) [**hyperlien**]), les appels d'offres restreints (article 34-1 b) [**hyperlien**]), les négociations avec appel à la concurrence (article 34-3 [**hyperlien**]) et les demandes de propositions avec dialogue (article 49-3 b) [**hyperlien**]), étant donné que dans ces méthodes l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de fournisseurs participant. Dans certaines circonstances toutefois, comme dans la passation de marchés très complexes, le meilleur moyen d'assurer la concurrence est la limitation du nombre de participants. Cette situation apparemment paradoxale survient lorsque le coût de la participation à la procédure est élevé – sauf s'ils estiment avoir des chances raisonnables de remporter le marché à la fin du processus, les fournisseurs ne voudront pas y participer. Ces questions et les moyens d'assurer une véritable concurrence sur les marchés où le nombre d'acteurs est relativement peu élevé sont expliqués de manière plus détaillée dans le commentaire relatif à l'article 47 (demande de propositions sans négociation [**hyperlien**]) et dans les méthodes de passation visées au chapitre V [**hyperlien**]).

18. Bien que le texte de la Loi type ne contienne que peu de références explicites à la notion de concurrence – la promotion de la concurrence y est implicite –, les mesures susmentionnées créent bien les conditions d'une véritable concurrence. Les fournisseurs accepteront en effet de rentrer en concurrence lorsqu'ils seront assurés qu'ils disposent de toutes les informations nécessaires pour soumettre leur meilleure offre et que leur soumission sera évaluée objectivement. Les mesures de la Loi type visant à assurer “l'intégrité, l'équité et la confiance du public dans le système” et à imposer un “traitement juste, égal et équitable” (objectivité) et “la transparence” (voir les sections suivantes) sont donc des exemples d'objectifs complémentaires.

19. Alors que les fournisseurs potentiels seront nombreux pour certaines passations, l'acquisition de biens et de services plus importants et plus complexes se fera normalement sur un marché plus limité avec un nombre plus faible d'acteurs, qui souvent se connaissent. Des oligopoles peuvent se créer dans le cas des achats récurrents ou des achats à long terme sur des marchés où le nombre de fournisseurs potentiels est faible. Sur ces marchés, le risque de collusion est plus élevé. Les mesures prévues dans la Loi type pour réduire ce risque sont notamment l'élargissement du marché par le biais de la publicité internationale, l'autorisation donnée aux fournisseurs étrangers de participer et l'échelonnement des achats publics pour éviter un resserrement ou une concentration excessive du marché: les avantages des économies d'échelle peuvent être annulés par les inconvénients des marchés à grande échelle, comme expliqué plus en détail dans l'introduction du chapitre VII [\[**hyperlien**\]](#). Même si les lois et règlements en matière de passation des marchés peuvent imposer aux entités adjudicatrices une obligation de publicité et de procédure ouverte, les incidences macroéconomiques des achats publics devront être examinées au niveau central. Les États adoptants voudront peut-être contrôler l'ampleur de la concurrence réelle dans la passation des marchés publics par l'intermédiaire tant des organismes publics chargés de la passation des marchés que de ceux chargés de la concurrence (voir également la section **** des Remarques générales sur l'appui institutionnel à la Loi type** [\[**hyperlien**\]](#)).

4. Garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs

20. La notion de traitement juste, égal et équitable des fournisseurs dans la Loi type implique la non-discrimination et l'objectivité lors de la prise des décisions en matière de passation qui les concernent. La Loi type comporte plusieurs dispositions appliquant ces principes, qui visent à garantir que tous les participants connaissent les règles régissant la passation des marchés dans le système concerné et qu'ils ont la même possibilité de les appliquer. Ces dispositions comprennent l'exigence d'une participation ouverte aux procédures, sous réserve de quelques exceptions, comme expliqué dans la section **** ci-dessus** [\[**hyperlien**\]](#). Cette exigence est complétée par d'autres à l'article 9 [\[**hyperlien**\]](#), à savoir que les critères de qualification doivent être appropriés et pertinents dans les circonstances de la passation de marché concernée, et à l'article 10 [\[**hyperlien**\]](#) à savoir que la description de l'objet du marché doit être objective, claire et complète, utiliser si possible des termes génériques et éviter la mention de marques de commerce ou de fabrique, etc. Avec les garanties prévues à de l'article 11 [\[**hyperlien**\]](#) selon lesquelles les critères d'évaluation doivent avoir un lien avec l'objet du marché, ces dispositions visent à garantir que les fournisseurs se font concurrence sur un pied d'égalité. L'article 7 [\[**hyperlien**\]](#) sur les règles de communication a pour objet d'empêcher l'exclusion de fournisseurs par l'application discriminatoire de règles relatives à la forme ou aux moyens de communication. Les procédures prévues dans la Loi type visent également à assurer l'égalité et l'équité. La Loi type contient des règles sur la clarification des informations soumises (article 16 [\[**hyperlien**\]](#)), des règles visant à assurer l'objectivité des exigences concernant les garanties de soumissions (article 17 [\[**hyperlien**\]](#)), des procédures pour détecter les offres anormalement basses, qui ne peuvent pas autrement être rejetées comme telles (article 20 [\[**hyperlien**\]](#)), ainsi que des règles établissant que les offres tardives doivent être rejetées (article 40 [\[**hyperlien**\]](#)) et que les marchés doivent être

attribués uniquement sur la base des critères préalablement communiqués (articles 11 et 22 [\[**hyperliens**\]](#), et appliqués dans les dispositions relatives aux procédures des chapitres III à VII [\[**hyperliens**\]](#)), soit à l'offre la plus basse ou à l'offre la plus avantageuse. À ce stade, le marché doit être attribué au fournisseur à retenir sauf s'il est jugé que ce dernier n'a pas les qualifications requises, a soumis une offre anormalement basse ou si la passation de marché est abandonnée (articles 19, 22 and 43 [\[**hyperlien**\]](#)). Enfin, tout fournisseur potentiel peut contester les décisions de l'entité adjudicatrice en vertu du chapitre VIII [\[**hyperlien**\]](#), y compris celle de l'exclure de la passation.

5. Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus

21. Dans la passation des marchés, l'intégrité englobe la prévention de la corruption et des abus et l'idée selon laquelle le personnel chargé de la passation applique les règles de la Loi type, et ce de manière éthique et juste, en évitant les conflits d'intérêts. Pour cela, le système de passation des marchés doit être exempt de toute discrimination institutionnalisée ou de préjugés contre un groupe quelconque, conformément aux règles relatives à la participation énoncées ci-dessus, et l'application des dispositions de la Loi type par l'entité adjudicatrice ne doit pas donner des résultats contraires à ses objectifs.

22. Les procédures de la Loi type qui visent à assurer l'objectivité et un traitement juste et égal sont aussi conçues pour promouvoir l'intégrité. Elles sont appuyées par une disposition qui exige expressément un code de conduite pour le règlement des conflits d'intérêts (article 26 [\[**hyperlien**\]](#), conformément à la disposition de la Convention contre la corruption relative à la mise en place d'un système de passation des marchés qui exige une déclaration d'intérêt des personnels qui en sont chargés [\[**hyperlien**\]](#)); des règles qui prévoient l'exclusion obligatoire d'un fournisseur qui tente de corrompre un responsable de la passation des marchés ou d'un fournisseur ayant un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts (article 21 [\[**hyperlien**\]](#)); des dispositions qui assurent la protection des informations confidentielles (article 24 [\[**hyperlien**\]](#)); l'exigence de consignation de toutes les décisions prises dans le processus de passation dans le procès-verbal de la procédure (article 25 [\[**hyperlien**\]](#)); des règles sur la divulgation d'informations figurant dans le procès-verbal aux participants et (après attribution du marché) au public (article 25 [\[**hyperlien**\]](#), sous réserve des restrictions en matière de confidentialité et comme expliqué dans la section sur la "transparence" ci-dessous), et un mécanisme de recours qui est accessible à tous les fournisseurs et qui prévoit la publication des décisions (chapitre VIII [\[**hyperlien**\]](#)).

23. En outre, les mesures institutionnelles présentées dans la section [\[**hyperlien**\]](#) des Remarques générales ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#) visent à assurer une répartition appropriée des responsabilités et une conduite adéquate des organismes et agents publics. Les dispositions applicables à d'autres branches du droit de l'État adoptant devraient être clairement expliquées aux entités adjudicatrices afin d'éviter toute évolution incohérente au sein du système.

24. Enfin, les mécanismes de contrôle du pouvoir discrétionnaire inhérent au système (comme expliqué dans la section sur l'"économie et l'efficacité" ci-dessus)

favoriseront l'intégrité, en particulier lorsqu'ils s'accompagnent de la publication des conclusions pertinentes.

25. L'intégrité peut être renforcée davantage en reliant le code de conduite susmentionné aux normes de conduite générales applicables aux agents de la fonction publique et à toutes autres dispositions sur l'intégrité et la prévention de la corruption figurant dans d'autres lois et réglementations nationales. La confiance du public sera également renforcée par une application bien visible des règles et par des sanctions appropriées en cas de transgression.

6. Assurer la transparence des procédures de passation des marchés

26. Dans la passation de marchés, la transparence comprend cinq éléments principaux: la divulgation au public des règles qui s'appliquent au processus de passation; la publication des possibilités de marchés; la définition et la publication préalables de l'objet du marché et des modalités d'examen des offres; la conduite visible de la procédure de passation conformément aux règles et procédures prévues; et l'existence d'un système permettant de contrôler l'application de ces règles (et d'obliger si nécessaire les responsables de la passation à les appliquer).

27. Comme indiqué dans la section sur l'"économie et efficacité" ci-dessus, le pouvoir discrétionnaire accordé par la Loi type suppose un équilibre qui permet à l'entité adjudicatrice d'identifier l'objet du marché et la meilleure méthode de passation. La transparence est un outil qui permet de contrôler et, si nécessaire, de contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire; elle est considérée comme un élément clef d'un système de passation conçu notamment pour limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de la passation et promouvoir la responsabilité pour les décisions et mesures prises. Elle contribue donc dans une large mesure à l'intégrité du système et à la confiance du public dans ce système et facilite son évaluation et celle des différentes procédures de passation par rapport à leurs objectifs.

28. Des mesures en faveur de la transparence se retrouvent dans l'ensemble de la Loi type. Elles prévoient notamment la publication rapide de tous les textes juridiques qui régissent la passation des marchés (article 5 [\[**hyperlien**\]](#)), des méthodes de communication non-discriminatoires (article 7 [\[**hyperlien**\]](#)), la définition des critères d'évaluation dès le début de la procédure de passation d'un marché et leur publication dans le dossier de sollicitation (article 11 [\[**hyperlien**\]](#)), la publication à grande échelle d'invitations à participer et des conditions de participation (articles 39, 45, 47, 48 et 49 par exemple [\[**hyperlien**\]](#)), dans une langue appropriée (article 13 [\[**hyperlien**\]](#)), la publication de la date limite de présentation des soumissions (article 14 [\[**hyperlien**\]](#)), la communication à tous les participants de toute information supplémentaire importante fournie à l'un d'eux pendant la passation (article 15 [\[**hyperlien**\]](#)), la publication d'un avis d'abandon de la passation de marché, les modalités d'entrée en vigueur du marché, notamment le délai d'attente (article 22 [\[**hyperlien**\]](#)), et la publication des avis d'attribution de marché (article 23 [\[**hyperlien**\]](#)). La Loi type prévoit en outre que certaines informations concernant la conduite d'une passation particulière doivent être rendues publiques après attribution du marché et que les participants ont le droit de recevoir des informations supplémentaires, et elle exige que toutes ces informations figurent dans le procès-verbal de la procédure (article 25 [\[**hyperlien**\]](#)). Ces dispositions

peuvent également favoriser la traçabilité des décisions prises par l'entité adjudicatrice, ce qui est essentiel. Par exemple, un écart par rapport aux règles peut devenir manifeste à l'examen du procès-verbal des réunions, ce qui montre bien les avantages de la conservation des données au format électronique dans la passation des marchés, comme examiné dans la section ** des Remarques générales [**hyperlien**].

29. La Loi type prévoit également des procédures obligatoires et publiques pour chaque méthode de passation (aux chapitres III à VII [**hyperliens**]) telles que, dans les procédures d'appel d'offres, l'ouverture des offres en présence des fournisseurs ou entrepreneurs qui les soumettent (article 42 [**hyperlien**]). La transparence permet également d'évaluer le respect de ces procédures, notamment par l'ouverture publique des offres, la publication des avis d'attribution des marchés (article 23 [**hyperlien**]) et, sur le plan interne, l'examen du procès-verbal obligatoire de la procédure visé à l'article 25 [**hyperlien**].

Chapitre premier. Dispositions générales

A. Introduction

Résumé analytique

30. Le commentaire relatif au chapitre premier examine la manière dont la Loi type applique les principes généraux sur lesquels elle se fonde (à ce propos, voir le commentaire relatif au préambule dans la section ** ci-dessus [**hyperlien**]).

31. Les premières parties du chapitre (articles 1 à 6) établissent le cadre du système de passation des marchés prévu dans la Loi type, en spécifiant le champ d'application de cette dernière, ses caractéristiques générales et son interaction avec les obligations internationales et toute obligation fédérale d'un État adoptant. Ce cadre exige la promulgation de règlements en matière de passation des marchés par une instance désignée par la loi (pour appuyer l'application de la Loi type dans l'État adoptant) et la publication du cadre juridique applicable (lois, règlements en matière de passation des marchés et autres textes juridiques) (articles 4 et 5). Le dernier article du chapitre (article 26) prévoit la publication d'un code de conduite pour les responsables de la passation des marchés.

32. Le reste du chapitre (articles 7 à 25) énonce les principes généraux qui s'appliquent à chaque procédure de passation des marchés menée en vertu de la Loi type. La présentation des articles suit l'ordre chronologique d'une procédure de passation habituelle, autant que faire se peut dans un texte qui prévoit divers types de procédure. Comme indiqué ci-dessus [renvoi à la dernière section des Remarques générales se rapportant au chapitre premier [**hyperlien**]], ces articles prévoient que toutes les conditions de la passation doivent être définies avant l'ouverture de la procédure et communiquées dès le début. Ces conditions comprennent une description de l'objet du marché et des participants, et une déclaration sur les moyens de communication qui seront utilisés pendant la procédure; elles régissent la communication des informations et la manière de déterminer les soumissions conformes et le fournisseur à retenir; elles régissent également l'exclusion de tout fournisseur pour des motifs de corruption, le rejet des soumissions anormalement

basses et l'abandon d'une procédure de passation; ainsi que les modalités d'entrée en vigueur du marché (articles 7 à 22). L'article 23 prévoit la publication de l'avis d'attribution du marché (sous réserve de quelques exceptions); l'article 24 porte sur la confidentialité des informations communiquées pendant le processus de passation. L'article 25 lie ce processus à l'exigence administrative d'établissement d'un procès-verbal et de dossiers de la procédure de passation de marché, ce qui permet un contrôle effectif de la procédure et du fonctionnement du système dans son ensemble. L'article 25 contient également des dispositions qui exigent la communication de nombreuses parties du procès-verbal aux participants et d'un nombre plus limité d'éléments au public, sous réserve des restrictions applicables en matière de confidentialité.

33. Ensemble, ces dispositions visent à garantir que les règles applicables à la passation des marchés en vertu d'une législation interne fondée sur la Loi type seront claires et accessibles à tous les participants et au public. Elles jouent donc un rôle central dans la transparence et aident en outre à promouvoir la confiance du public et l'intégrité du système.

Incorporation: considérations de politique générale

34. Les considérations de politique générale que soulève chacun des articles du présent chapitre sont examinées dans le commentaire qui s'y rapporte. La présente section porte sur un certain nombre de considérations de politique générale que soulève globalement le chapitre premier et sur l'interaction entre une loi relative à la passation des marchés fondée sur la Loi type et d'autres lois de l'État adoptant.

35. Étant donné que le chapitre régit le cadre juridique général du système de passation des marchés prévu dans la Loi type, comme indiqué dans la section précédente, l'objectif premier est d'assurer l'égalité des conditions de concurrence dans chaque procédure de passation en favorisant un large accès au marché et en encourageant la participation à la procédure par le biais de règles rigoureuses en matière d'objectivité et de transparence. Les procédures visées facilitent également l'application du principe de responsabilité des agents chargés de la passation des marchés grâce à une déclaration claire des principales règles régissant leurs fonctions (il convient de noter toutefois qu'une des principales décisions dans le processus de passation, à savoir le choix de la méthode de passation et des modalités de sollicitation, est traitée au chapitre II, de manière à ce que les dispositions applicables précèdent immédiatement chaque méthode de passation).

36. Du fait de la nature de ce cadre juridique général, les options offertes aux États adoptants sont plus limitées que dans les chapitres suivants de la Loi type. Pour cette raison, et pour garantir que la loi est d'une portée et d'une rigueur suffisantes, les États adoptants sont encouragés à incorporer la totalité des dispositions du chapitre dans leur droit interne, sous réserve des modifications nécessaires pour assurer un ensemble de règles cohérent et en tenant compte des règlements relatifs à la passation des marchés prévus à l'article 4 ([**hyperlien**](#)).

37. Concernant l'interaction avec d'autres lois internes, l'article 2 contient un nombre minimum de définitions qui sont recommandées par la CNUDCI pour assurer le bon fonctionnement d'une législation sur la passation des marchés. Les États adoptants voudront peut-être adapter le nombre et le style de ces définitions

pour assurer une cohérence avec l'ensemble de leurs règles internes et l'approche de l'État en matière de rédaction législative. Des orientations sur la portée des différents éléments des définitions proposées sont données dans le commentaire relatif à l'article 2 ci-après ([**hyperlien**](#)). Les États adoptants qui incluent traditionnellement un ensemble plus complet de définitions peuvent s'appuyer sur le glossaire publié par la CNUDCI ([**hyperlien**](#)).

38. La Loi type utilise également une terminologie qui est peut-être différente de celle utilisée dans des États adoptants: par exemple, les termes désignant les types d'insolvabilité à l'article 9 ([**hyperlien**](#)) ne sont peut-être pas ceux qui sont employés dans leurs lois internes sur l'insolvabilité. Pour cette question, la Loi type se fonde sur la terminologie des textes de la CNUDCI sur l'insolvabilité, tels que le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui expliquent notamment les procédures concernées ([**hyperliens**](#)). La Loi type part également du principe que la portée des informations classifiées (mentionnées par exemple aux articles [**hyperliens**](#)) est claire, comme expliqué plus précisément dans le commentaire relatif à l'article 2 ([**hyperlien**](#)).

39. Certaines dispositions du chapitre premier sont censées fonctionner en conjonction avec d'autres lois de l'État adoptant. La Loi type présuppose donc que les lois concernées sont en vigueur ou seront promulguées en même temps que la loi sur la passation des marchés. Si cela n'est pas possible, la loi sur la passation des marchés devrait traiter les questions concernées. Outre le principe selon lequel l'État a le pouvoir général d'agir en tant que partie contractante, les principales lois mentionnées dans le chapitre premier sont présentées brièvement dans les paragraphes suivants.

40. Premièrement, les dispositions de l'article 7 qui autorisent tous les moyens de communication, y compris électroniques, dans le processus de passation des marchés partent du principe que l'État adoptant a une législation en vigueur sur le commerce électronique. Comme l'explique le commentaire sur la passation des marchés en ligne dans la section [**hyperlien**](#) ci-dessus ([**hyperlien**](#)) et celui sur l'article 7 ci-dessous ([**hyperlien**](#)), les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique offrent la reconnaissance juridique nécessaire des communications électroniques et sont des outils aisément accessibles pour faciliter la passation des marchés en ligne, ce qui, comme indiqué dans le commentaire susmentionné, peut grandement favoriser et améliorer la réalisation des objectifs de la Loi type.

41. Deuxièmement, les dispositions des articles 8 à 11 qui permettent à l'État adoptant de tirer parti de son système de passation des marchés pour réaliser des objectifs socioéconomiques, comme expliqué dans la section [**hyperlien**](#) du commentaire général ci-dessus ([**hyperlien**](#)) et dans le commentaire relatif à ces articles ([**hyperliens**](#)), prévoient le recours à la passation de marché seulement pour poursuivre les objectifs socioéconomiques énoncés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres lois. L'article 11 renvoie également à la possibilité d'appliquer une marge de préférence lors de l'évaluation des soumissions ([**hyperlien**](#)), ce qui doit également être autorisé dans les règlements relatifs à la passation des marchés ou dans d'autres lois.

42. Troisièmement, l'article 17 sur les garanties de soumission fait référence à toute loi pouvant prévoir le rejet d'une garantie émise en dehors de l'État adoptant.

Plus généralement, la forme et les modalités d'émission des garanties de soumission peuvent également être soumises à d'autres lois de l'État adoptant.

43. Quatrièmement, dans certains États, les normes applicables aux fonctionnaires exigent que l'entité adjudicatrice étaye les décisions prises dans le processus de passation en renvoyant aux raisons et circonstances ainsi qu'aux motifs juridiques. L'article 25 sur le procès-verbal de la procédure de passation de marché [\[**hyperlien**\]](#) énonce les décisions concernées (en renvoyant aux articles qui exigent ces décisions) et peut servir de liste de contrôle pour garantir que les dispositions nécessaires sont prévues dans les lois internes pertinentes.

44. Concernant les incidences internes des accords et obligations internationales d'un État adoptant, l'article 3 est conçu pour que la loi sur la passation de marchés puisse tenir dûment compte de ces accords et obligations, comme explique le commentaire de la section **** ci-dessus** ([\[**hyperlien**\]](#)) et dans le commentaire ci-dessous relatif à l'article 3 ([\[**hyperlien**\]](#)).

Questions d'application et d'utilisation

45. Les principales conditions d'une application et utilisation efficaces de la Loi type sont, outre la promulgation de lois complémentaires mentionnée dans la section précédente, l'adoption d'une réglementation complétant le cadre juridique et la fourniture d'un appui administratif et institutionnel, comme expliqué dans les sections **** du commentaire général ci-dessus** ([\[**hyperliens**\]](#)).

46. La question de la réglementation est examinée en détail dans le commentaire relatif à l'article 4 ci-dessous [\[**hyperlien**\]](#), dans la section **** du commentaire général ci-dessus** [\[**hyperlien**\]](#) et dans l'annexe ****** [\[**hyperlien**\]](#), qui insiste (entre autres) sur les principales questions qui pourraient faire l'objet d'une réglementation.

47. L'appui administratif prévu dans la Loi type est examiné dans la section **** ci-dessus**. Il englobe notamment la communication d'informations et d'autres types de coordination entre l'organisme de passation des marchés ou une autre instance mentionnée dans la section **** ci-dessus** [\[**hyperlien**\]](#)) et d'autres organes chargés de la concurrence, de la lutte contre la corruption et des sanctions en cas de non-respect des lois et procédures. Des règles ou une base légale peuvent être nécessaires pour autoriser cette communication d'informations entre organismes. Les dispositions du chapitre premier qui traitent de la coordination et de la communication d'informations sont notamment celles de l'article 21 sur l'exclusion au motif d'incitations, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts, de l'article 24 sur la confidentialité et de l'article 25 sur l'exigence d'un procès-verbal de la procédure de passation et la publication de certaines de ses parties [\[**hyperliens**\]](#)). Une coordination avec d'autres organes peut également s'imposer, par exemple pour veiller à ce que le code de conduite visé à l'article 26 [\[**hyperlien**\]](#) soit dûment associé aux règles générales régissant la conduite des fonctionnaires de l'État adoptant.

48. Il est indiqué, à propos de l'appui institutionnel en faveur de la Loi type, traité dans la section **** du commentaire général ci-dessus** [\[**hyperlien**\]](#), que des règles et orientations destinées aux utilisateurs de ladite Loi doivent être adoptées

par l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou tout autre instance centrale (et une formation dispensée pour les promouvoir).

49. Plus généralement, et comme indiqué dans la section précédente, les définitions figurant à l'article 2 ne visent pas à fournir une liste exhaustive des termes liés à la passation des marchés. Pour cette raison, la CNUDCI a publié un glossaire sur son site Web [\[**hyperlien**\]](#). Il sera peut-être demandé à l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou toute autre instance compétente d'adapter ce glossaire aux circonstances locales et assurer sa diffusion à grande échelle.

50. Comme indiqué dans la section [** du commentaire général ci-dessus](#), la Loi type est censée s'appliquer d'une manière générale à toutes les passations de marchés publics dans l'État adoptant. Par conséquent, aucun seuil général n'a été fixé pour son application. Néanmoins, le chapitre premier mentionne bien des seuils en dessous desquels certaines prescriptions de la Loi type sont assouplies. Ainsi, en vertu de l'article 22-3 b), les marchés de faible valeur ne sont pas soumis à l'application obligatoire d'un délai d'attente [\[**hyperlien**\]](#) et en vertu de l'article 23-2, ils ne sont pas soumis non plus à l'obligation de publication d'un avis d'attribution du marché [\[**hyperlien**\]](#). (Le chapitre II fixe également un seuil maximum pour le recours à la demande de prix à l'article 29-2 [\[**hyperlien**\]](#).)

51. La Loi type ne peut pas fixer, pour la passation des marchés de faible valeur, de seuil unique qui soit approprié pour tous les États adoptants, et les seuils pertinents dans chaque État peuvent varier en fonction de l'inflation et de l'évolution d'autres facteurs économiques. Les seuils mentionnés ci-dessus doivent donc être fixés dans les règlements en matière de passation des marchés.

52. L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou toute autre instance qui promulgue les règlements en la matière, ainsi que d'autres règles ou orientations applicables, devraient avoir notamment pour tâche d'examiner la ou les valeurs appropriées pour tous ces seuils. La notion de marché de faible valeur dans la Loi type est imprécise: elle englobe les seuils susmentionnés, mais aussi d'autres références aux marchés de faible valeur sous mention de seuils explicites, notamment l'exemption pour ces marchés de l'obligation de publication internationale de l'invitation à participer à la procédure de préqualification visée à l'article 18-2 et à la procédure d'appel d'offres visée à l'article 33-4 (qui s'appuie sur l'évaluation par l'entité adjudicatrice de l'éventuel intérêt international pour la passation du marché, comme expliqué dans le commentaire relatif à ces articles [\[**hyperliens**\]](#)). (En outre, une des raisons du recours à la sollicitation directe et à un type d'appel d'offres restreint est que le temps nécessaire et les frais engagés pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, mais sans mention de seuil précis.) L'organisme chargé de la passation des marchés publics ou tout autre instance compétente devrait s'efforcer d'assurer une interprétation cohérente de la notion de marché "de faible valeur": faudrait-il fixer une seule valeur pour les seuils requis dans un "marché de faible valeur" (y compris un plafond pour le recours à la demande de prix), cette valeur devrait-elle être appliquée à d'autres types de "marchés de faible valeur", ou quelles sont les circonstances qui exigeraient la fixation de seuils différents?

La nature d'un chapitre qui énonce les principes généraux régissant un système de passation des marchés est telle que chacun des principes suscite de nombreuses questions concernant l'application et l'utilisation de ce système. Les autorités de réglementation et celles chargées de fournir des orientations sur l'appui administratif et institutionnel en faveur de la Loi type voudront peut-être examiner les questions ci-dessus en tenant compte du commentaire relatif aux articles régissant les principales étapes de la procédure de passation (articles 7 à 25 **[**hyperliens**]**).
