



## Assemblée générale

Distr. limitée  
20 janvier 2011  
Français  
Original: anglais

---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail I (Passation de marchés)  
Vingtième session  
New York, 14-18 mars 2011

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

#### **Note du Secrétariat**

##### **Additif**

Le présent additif contient une proposition concernant les sections et sous-sections suivantes de la première partie (Remarques générales) d'un projet de Guide révisé pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics: I. Introduction ("Historique et objet de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics" et "Objet du Guide") et II. Caractéristiques principales de la Loi type ("Objectifs", "Champ d'application" et "Approche générale").



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

## Première partie. Remarques générales

### I. INTRODUCTION

#### A. Historique et objet de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

##### 1. Historique

1. À sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la Loi type de 1994)<sup>1</sup> et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne<sup>2</sup>. La Loi type a été très utilisée et a donné de bons résultats. Elle a servi de base à la législation des marchés dans plus de trente pays et ses principes généraux ont été repris à des degrés divers dans bon nombre d'autres.

2. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission est convenue que la Loi type de 1994 gagnerait à être mise à jour pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles résultant de la dématérialisation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans son utilisation comme base de réforme législative sans s'écarter de ses principes fondamentaux.

3. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adoptée par la Commission à sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-... juillet 2011) (la Loi type révisée)<sup>3</sup>, est le fruit du travail que cette dernière a entrepris pour réformer la Loi type de 1994. Le présent Guide accompagne la Loi type révisée. Sauf indication contraire, les mots "Loi type" employés ici désignent la Loi type révisée.

##### 2. Objet

4. La décision de la CNUDCI d'élaborer une législation type sur la passation des marchés était motivée par le souhait de remédier au problème de l'inadéquation ou

---

<sup>1</sup> Le texte de la Loi type figure dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-septième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17)*). Il peut également être consulté à l'adresse [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>2</sup> La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, que la Commission avait adoptée en 1993 à sa vingt-sixième session (annexe I du rapport sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17 (A/48/17)*)), était son premier texte sur les marchés publics. Elle traitait des règles de la passation des marchés dans le domaine des biens et des travaux mais ne contenait pas de dispositions sur les services autres que ceux de construction.

<sup>3</sup> On trouvera le texte de la Loi type révisée dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*). On peut également le consulter à l'adresse [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

de l'obsolescence des lois constaté dans de nombreux pays, problème qui se traduit par un manque d'efficacité et d'efficience dans le processus de passation des marchés, donne lieu à des abus et, partant, empêche l'acheteur public d'obtenir une contrepartie adéquate en échange des fonds publics dépensés.

5. L'inadéquation des législations nationales sur les marchés entrave le commerce international (dont la promotion constitue un aspect majeur du mandat de la CNUDCI), alors qu'une proportion importante de ce même commerce découle de la passation de marchés. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux de la passation des marchés et les incertitudes qu'ils suscitent peuvent en partie empêcher les États de profiter des avantages que la passation des marchés à l'échelon international offre en termes de prix compétitifs et de qualité. Dans le même temps, les fournisseurs et entrepreneurs ne peuvent ni ne veulent vendre à d'autres États du fait que, dans de nombreux pays, la législation des marchés est inadéquate ou différente.

6. L'objet de la Loi type est donc triple: tout d'abord, servir de modèle aux États pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut; ensuite, favoriser l'harmonisation au niveau international des règles de la passation des marchés de manière à promouvoir le commerce international; et enfin, permettre aux utilisateurs de la Loi type de 1994 de modifier leur législation nationale pour tenir compte des pratiques actuelles de la passation.

### **3. Application universelle de la Loi type**

7. Conformément à son approche générale fondée sur la recherche d'un consensus intergouvernemental, la CNUDCI s'est inspirée de l'expérience de pays des quatre coins du monde en matière de réglementation des marchés publics pour élaborer la Loi type. Cette approche permet également au texte de refléter les meilleures pratiques et de conférer à ses dispositions une application universelle.

8. Après sa publication, la Loi type de 1994 a le plus souvent servi de base aux pays en transition et aux pays en développement pour introduire une législation sur la passation des marchés. Dans ce pays, une proportion importante des marchés sont passés par le secteur public et les marchés publics représentent une part importante du produit intérieur brut. Bon nombre des marchés peuvent être liés à des projets qui contribuent au processus essentiel de développement économique et social et la passation de marchés peut être destinée à favoriser ce développement et à renforcer les capacités. Dans les pays en transition, l'adoption d'une législation sur la passation des marchés s'inscrit également dans le processus de développement de l'économie de marché et constitue un moyen de régler les relations entre secteur public et secteur privé.

9. Les pays développés, qui pour beaucoup ont adopté une législation sur la passation des marchés avant la publication de la Loi type, peuvent utiliser les dispositions souples et non contraignantes de cette dernière pour évaluer et moderniser les systèmes et les lois existants afin d'améliorer les résultats de la passation des marchés publics.

10. La Loi type atteindra pleinement son objectif d'harmonisation du commerce international si elle est utilisée par tout type d'États. Le texte ne vise donc ni des groupes de pays particuliers ni un niveau de développement donné. Il n'a pas non

plus vocation à promouvoir l'expérience et l'approche d'une région particulière. Tous les pays ont besoin de bonnes lois et de bonnes pratiques en matière de marchés publics: les ressources sont limitées, certes à des degrés différents, dans toutes les régions du monde. Aussi la Loi type a-t-elle pour but de faciliter la réalisation d'un objectif, à savoir que la passation des marchés se fasse de la manière la plus avantageuse possible.

#### 4. Relation avec d'autres textes internationaux sur les marchés publics

11. Depuis la publication de la Loi type de 1994, d'autres textes et accords internationaux sur les marchés publics ont été adoptés. Les obligations qu'ils énoncent ont une incidence sur les législations nationales régissant la passation des marchés dans les États qui y sont parties. La Loi type est expressément soumise aux accords internationaux conclus par l'État adoptant (comme en dispose son article [3]) et la CNUDCI a cherché à faire en sorte qu'elle soit, dans la mesure du possible, conforme à ces textes internationaux ainsi qu'aux dispositions communes des textes régionaux, afin que les parties auxdits textes puissent l'utiliser sans modification majeure.

12. La Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)<sup>4</sup> (la Convention contre la corruption) traite de la prévention de la corruption en énonçant, dans son article 9, des règles minimums obligatoires pour la passation. Cet article exige que chaque État partie prenne "les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption". Bien que la Loi type ne soit pas un instrument de lutte contre la corruption à proprement parler, les dispositions qu'elle contient visent notamment à éviter les abus et, de ce fait, permettent aux nombreux États adoptants qui seront soumis à la Convention contre la corruption de s'acquitter des obligations que leur impose cette dernière.

13. L'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui figure dans l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay de 1986-1994 (AMP de 1994)<sup>5</sup>, est un accord plurilatéral entre [28] membres, qui a pour objet, comme le décrit l'OMC, d'ouvrir la part la plus large possible des marchés publics à la concurrence internationale, en rendant les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics plus transparents et en empêchant les États de protéger les produits ou les fournisseurs nationaux ou d'exercer une discrimination à l'encontre de produits ou de fournisseurs étrangers. [Un nouvel Accord sur les marchés publics devrait officiellement voir le jour en 2011<sup>6</sup> [le présent passage devra être actualisé

---

<sup>4</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349. La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 58/4. Conformément à son article 68-1, elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. On trouvera le texte de la Convention également à l'adresse [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027\\_F.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf) (page consultée en janvier 2011).

<sup>5</sup> Disponible à l'adresse [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/gpr-94.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf) (page consultée en janvier 2011).

<sup>6</sup> On trouvera le texte révisé provisoirement convenu de l'Accord sur les marchés publics (en date du 11 décembre 2006) à l'adresse [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/negotiations\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/negotiations_f.htm) (page consultée en janvier 2011) [note à actualiser].

et une référence générique aux deux versions de l'Accord sur les marchés publics (l'AMP) sera employée.] Il existe aussi, au niveau régional, des accords commerciaux et des directives sur la passation des marchés qui s'appliquent dans d'autres groupements économiques ou politiques d'États. La Loi type est suffisamment souple pour que les États adoptants puissent l'adapter de manière à respecter leurs obligations commerciales internationales sans compromettre l'efficacité du texte lui-même.

14. Dans les pays en développement et les pays en transition, de nombreux projets de passation peuvent être financés par des donateurs multilatéraux ou par des investissements directs étrangers. Il arrive même que des donateurs financent la réforme de la passation des marchés. La Loi type comporte des dispositions qui conviennent à tous les types de passation, y compris dans les projets importants et complexes, et peut donc être utilisée pour la passation dans le cadre de projets financés par des fonds privés ou par des donateurs. Les banques multilatérales de développement sont convenues d'harmoniser leurs régimes relatifs à la passation de marchés financés par des donateurs. La Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement et le Programme d'action d'Accra<sup>7</sup> prévoient notamment la prise en main par les pays partenaires de leurs politiques de développement ainsi que l'utilisation des systèmes nationaux pour la fourniture de l'aide (lorsqu'il ressort des évaluations que le système de passation des marchés du pays concerné répond aux normes exigées). La Loi type prenant en compte les meilleures pratiques en matière de passation, les États adoptants peuvent être certains qu'elle offre une base solide pour une politique fondée sur l'utilisation du système de passation d'un pays.

## B. Objet du Guide

15. En élaborant et en adoptant la Loi type, la Commission a conscience que celle-ci sera un outil plus efficace pour les États qui modernisent leur législation des marchés si des informations de base et des explications sont données aux décideurs et aux législateurs pour les aider à utiliser la Loi type, en particulier lorsqu'ils sont peu familiers des types de procédures de passation qu'elle prévoit. Le présent Guide examine également le champ d'application de la Loi type révisée, qui est plus étendu que celui de la Loi type de 1994, et, lorsque cela est nécessaire, explique les grandes évolutions récentes de la passation des marchés qui sont à l'origine des modifications apportées au texte de 1994.

16. Les informations contenues dans le présent Guide expliquent les objectifs de la Loi type (qui sont énoncés dans le Préambule) et la manière dont ils peuvent être réalisés grâce aux dispositions de cette dernière. Ces informations peuvent aussi aider les États à exercer les options qu'offre la Loi type ainsi qu'à examiner, le cas échéant, les dispositions qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de leur situation particulière. Par exemple, des options sont proposées sur des questions dont il y a tout lieu de penser qu'elles seront traitées différemment d'un État à l'autre, telles que la définition du terme "entité adjudicatrice", qui a des incidences

---

<sup>7</sup> Tous deux disponibles à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/53/38/34579826.pdf> (page consultée en janvier 2011).

sur le champ d'application de la Loi type, et les questions liées aux procédures de contestation et d'appel.

17. La Loi type étant une loi "cadre" qui ne prévoit que des principes et procédures essentiels (voir section [II.D] plus loin), le Guide examine la nécessité d'une réglementation visant à faciliter l'application de la législation fondée sur la Loi type, recense les principales questions à traiter dans cette réglementation et examine l'infrastructure juridique et autre qui sera nécessaire pour une application efficace du texte.

## II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE<sup>8</sup>

### A. Objectifs

18. La Loi type a six objectifs principaux, qui sont énoncés dans son préambule et peuvent être résumés comme suit:

- a) Assurer l'économie et l'efficacité (rapport qualité-prix);
- b) Assurer une large participation des fournisseurs et entrepreneurs, en ouvrant la passation des marchés à la participation internationale en tant que règle générale;
- c) Maximiser la concurrence;
- d) Garantir un traitement juste et équitable;
- e) Assurer l'intégrité, l'équité et la confiance du public; et
- f) Promouvoir la transparence.

19. Ces objectifs sont complémentaires. Les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir l'objectivité dans les procédures de passation, objectivité qui, à son tour, facilite la participation, la concurrence, un traitement équitable et la transparence. Ces notions forment les principes essentiels qui contribuent à la réalisation des deux buts suprêmes de la Loi type: obtenir le meilleur rapport qualité-prix et empêcher les abus. La Convention contre la corruption et l'AMP énoncent tous deux également des principes très similaires: la première parle de transparence, de concurrence et d'objectivité dans le processus de décision et le second de non-discrimination et de transparence.

20. L'énoncé de ces objectifs ne confère peut-être pas de droits quant au fond aux personnes qui participent ou pourraient participer au processus de passation. Les objectifs ne pourront être effectivement réalisés que grâce à des procédures cohérentes et homogènes fondées sur ces principes essentiels, 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 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

---

<sup>8</sup> Certaines dispositions de la présente section devront éventuellement être modifiées une fois que le commentaire article par article sera terminé, afin d'éviter toute répétition inutile.

environnement dans lequel les parties proposant de vendre à l'État auront la certitude d'être traitées équitablement et de ne pas subir d'abus.

## 1. Rapport qualité-prix

21. Dans la passation de marchés, le rapport qualité-prix englobe deux aspects à la fois: l'économie (fait que les coûts de l'opération ou les coûts administratifs de la passation et des systèmes de passation sont raisonnables) et l'efficacité (rapport optimal entre les coûts et d'autres facteurs, comme la qualité de l'objet du marché). Il se peut que le prix soit le seul ou le principal facteur déterminant l'offre à retenir, mais il arrive aussi que la qualité ou d'autres considérations prévalent, en fonction de la nature du marché concerné. Pour évaluer ce qui représentera le meilleur rapport qualité-prix dans un marché particulier, l'entité adjudicatrice peut souhaiter tenir compte d'une multitude d'éléments, tels que le coût complet sur le cycle de vie (qui peut comprendre le coût nécessaire pour se défaire de l'objet du marché (vente ou mise hors service)) et l'incidence des modifications convenues pendant l'administration du marché. La notion de durabilité – à savoir les coûts et avantages pour la société dans son ensemble plutôt que pour la seule entité adjudicatrice, qui peuvent tenir compte de l'impact social et environnemental du marché – peut également entrer en ligne de compte. [Ajouter un renvoi à la discussion dans le Guide consacrée à l'achat public durable.]

22. La Loi type laisse une certaine marge de manœuvre pour la définition des exigences minimales auxquelles les offres et autres soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes (article [10]) et des critères d'évaluation (article [11]), afin que les entités adjudicatrices puissent déterminer l'offre la plus avantageuse conformément aux pratiques locales en ce qui concerne les éléments constitutifs du meilleur rapport qualité-prix. (Voir également les paragraphes 33 à 35 ci-dessous sur les mesures de transparence mises au point notamment pour qu'il soit plus facile de rendre les personnes chargées de la passation comptables des décisions qu'elles prennent.)

## 2. Participation et concurrence

23. La Loi type exige que la principale méthode de passation soit l'appel d'offres ouvert – largement considéré comme la méthode la plus efficace pour promouvoir ses objectifs –, ce qui s'explique essentiellement par le fait que la passation est "ouverte" à tous les fournisseurs potentiels et que ses conditions sont déterminées et publiées à l'avance, de sorte que les fournisseurs sont incités à participer et à se faire concurrence pour vendre à l'État.

24. Une participation à la fois nationale et internationale est indispensable pour assurer la concurrence. Aussi la participation internationale est-elle la règle par défaut dans la Loi type. Les rares cas dans lesquels elle peut être (directement ou indirectement) limitée sont énoncés aux articles [8] à [11] de la Loi type, comme il est expliqué plus en détail dans la section [II.F] ci-dessous. Lorsqu'ils appliqueront ces dispositions dans leur législation nationale, les États adoptants devront tenir compte de toute obligation commerciale internationale concernant la participation internationale à la passation de leurs marchés.

25. Le commentaire relatif à la section II du chapitre II de la Loi type explique la règle de la sollicitation ouverte qui s'applique par défaut pour les méthodes de passation autres que celles qui prévoient ou permettent le recours à la sollicitation directe (passation qui n'est pas "ouverte" au sens susmentionné).

26. Enfin, certaines règles imposent un minimum de participants dans les passations où ces derniers risquent autrement d'être en nombre insuffisant, de sorte notamment que la concurrence reste un aspect important indépendamment du fait que la passation soit "ouverte" ou non (voir, par exemple, les dispositions relatives à la demande de propositions avec dialogue, article [48]).

27. Les États adoptants voudront peut-être prendre des mesures pour accroître la participation des petites, moyennes et micro-entreprises (PMME) dans la passation des marchés nationaux. [À compléter lorsque la section sur les commentaires article par article sera terminée — afin d'éviter toute répétition.]

28. Si les fournisseurs potentiels sont nombreux pour certaines passations, l'acquisition de biens et de services plus importants et plus complexes se fera normalement sur un marché de fournisseurs plus concentré. Les États adoptants voudront peut-être contrôler l'ampleur de la concurrence réelle dans la passation des marchés publics et prendre des mesures pour éviter la collusion et/ou la création d'oligopoles dans le cas des achats récurrents ou des achats à long terme sur des marchés où le nombre de fournisseurs potentiels est faible. Les risques encourus peuvent s'accroître lorsque les achats publics ont pour effet de concentrer davantage ces marchés.

### **3. Traitement juste et équitable**

29. Le concept de traitement juste et équitable des fournisseurs dans la Loi type repose sur la non-discrimination et l'objectivité lors de la prise des décisions en matière de passation qui concernent les fournisseurs. La Loi type prévoit plusieurs dispositions pour appliquer ces principes. Premièrement, à moins qu'elle n'y soit autorisée ou tenue par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État, l'entité adjudicatrice n'impose aucune "condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs" (article [8-2]). Deuxièmement, sous réserve des dispositions de l'article [8], l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable (article [9-6]). Troisièmement, l'article [10-2] concernant la description de l'objet du marché prévoit que l'entité adjudicatrice, toujours sous réserve des dispositions de l'article [8], ne peut établir une description susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, y compris des restrictions fondées sur la nationalité. Un autre aspect du traitement juste et équitable se traduit par l'exigence, posée à l'article [10], d'une description objective, claire et complète. Avec les garanties énoncées à l'article [11] sur les critères d'évaluation, cette exigence vise à garantir que les fournisseurs se font concurrence sur un pied d'égalité. (Voir également le commentaire relatif à l'article [7] sur les règles de communication, qui visent à

prévenir toute exclusion discriminatoire des fournisseurs; l'article [9] qui établit des règles sur les qualifications et prévoit en particulier que les fournisseurs ne peuvent être disqualifiés que pour des motifs prédéfinis; les articles [10 et 11] qui régissent les critères d'examen et d'évaluation et prévoient en particulier que les soumissions doivent être examinées et évaluées selon des critères publiés à l'avance; et l'article [39] concernant la présentation des offres, en particulier la non-acceptation des offres reçues après la date limite.)

30. Le principe de l'égalité de traitement qui sous-tend les accords de libre-échange signifie normalement que les fournisseurs de tous les États participants sont traités de manière égale; le principe du traitement juste et équitable dans la Loi type est plus nuancé dans la mesure où il reconnaît qu'un traitement strictement égal peut avoir des effets discriminatoires (par exemple, si les mêmes délais sont appliqués aux fournisseurs communiquant sur papier et à ceux utilisant la voie électronique). La Loi type et les régimes de libre-échange partent néanmoins du principe que l'ouverture de la passation des marchés nationaux à la concurrence internationale présente des avantages et que les obligations entre États découlant de ces accords devraient donc être réciproques.

#### **4. Intégrité**

31. 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 agit de manière éthique et juste, en évitant notamment les conflits d'intérêts.

32. Les États adoptants peuvent établir des règles de conduite générales pour les fonctionnaires dans d'autres lois et réglementations nationales. Comme la Convention contre la corruption exige que les systèmes de passation des marchés abordent la question des conflits d'intérêts des personnels chargés de la passation des marchés, l'article [25] de la Loi type souligne qu'il est nécessaire d'adopter pour ces personnels un code de conduite qui traite des conflits d'intérêts et d'autres questions pertinentes. Les États adoptants, conformément à leur législation nationale, voudront peut-être adopter des dispositions supplémentaires concernant l'intégrité et la prévention de la corruption, ou inclure des renvois à d'autres lois portant sur ces questions.

#### **5. Transparence**

33. Dans la passation de marchés, la transparence comprend cinq éléments principaux: la divulgation 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). La transparence est considérée comme un élément clef d'un système de passation conçu notamment pour limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de la passation et prévenir ainsi les abus et la corruption. Elle contribue donc dans une large mesure à l'intégrité du système de passation et à la confiance du public dans son fonctionnement et facilite la responsabilisation des personnes impliquées dans le processus de passation.

34. 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]), 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]), la publication de la date limite de présentation des soumissions (article [14]), la communication à tous les participants de toute information supplémentaire importante fournie à l'un d'eux pendant la passation (article [15]), la publication des avis d'attribution de marché (article [22]), la publication à grande échelle d'invitations à participer et des conditions de participation (articles [32 et 34]), notamment dans la langue appropriée (article [13]) et, dans les procédures d'appel d'offres, l'ouverture des offres en présence des fournisseurs ou entrepreneurs qui les soumettent (article [41]). 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 [24]). Elle contient également des règles sur les méthodes non discriminatoires de communication (article [7]), indique les conditions d'entrée en vigueur d'un marché (article [21]) et autorise, dans son chapitre VIII, les recours en cas de non-respect allégué de ces dispositions.

35. Les dispositions du texte ont toutefois été formulées de manière à laisser un certain pouvoir discrétionnaire lorsque cela est approprié et nécessaire. Compte tenu des différents stades de développement et de maturité des systèmes de passation des marchés dans les États adoptants, le présent Guide examine les caractéristiques de certaines méthodes de passation qui visent à accorder un pouvoir discrétionnaire plus ou moins grand, ainsi que les moyens et l'infrastructure nécessaires à leur bonne application, afin de permettre aux États adoptants de décider si chacune de ces méthodes est adaptée ou non à leur situation. Certaines étapes importantes du processus de passation qui visent à créer des obligations juridiques à l'égard des fournisseurs sont régies par des règles limitant ce pouvoir (notamment en ce qui concerne le choix de la méthode de passation, qui est examiné en détail dans la section [...] ci-dessous). D'autres étapes exigent un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus large, notamment la définition des critères d'évaluation, qui peuvent être élaborés de manière très souple afin de privilégier le prix par rapport à la qualité ou inversement. 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, mais l'oblige ensuite à suivre les règles et procédures prévues lorsqu'elle applique ses décisions (ainsi, les critères d'évaluation et leurs éléments constitutifs doivent être publiés préalablement et doivent ensuite être respectés). La transparence est donc un outil qui permet de contrôler et d'évaluer l'exercice du pouvoir discrétionnaire (et si nécessaire de le contester).

## **B. Champ d'application de la Loi type**

### **1. Application à tous les marchés publics**

36. La Loi type est applicable à tous les marchés publics passés dans l'État adoptant: le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de la Loi type est de lui conférer l'application la plus large possible. L'article [premier] prévoit donc qu'elle s'applique à toutes les passations de marchés publics dans l'État adoptant. Le texte propose plusieurs options pour la définition du terme "entité adjudicatrice", en fonction de l'étendue du secteur public des États (voir également le commentaire se rapportant aux dispositions pertinentes de l'article [2]).

37. La Loi type ne fixe pas, pour les mêmes raisons, de seuil général en dessous duquel ses dispositions ne s'appliquent pas. La Commission n'ignore pas que le coût de mise en œuvre de toutes les dispositions de la Loi type peut dépasser les avantages qu'offrent ces dernières dans la passation de certains marchés de faible valeur. Elle propose donc plusieurs options aux entités adjudicatrices dans ces cas. Tout d'abord, la procédure de demande de prix à l'article [45], méthode simple et rapide surtout si elle est appliquée par voie électronique, peut être utilisée lorsque la valeur du marché est inférieure au seuil fixé par l'État adoptant; les enchères et les accords-cadres, qui font l'objet des chapitres VI et VII respectivement, peuvent aussi servir à réduire le coût des opérations et sont donc utiles pour les marchés de faible valeur. Ensuite, pour les marchés dont le prix est inférieur [au même seuil], l'entité peut renoncer à appliquer le délai d'attente prévu à l'article [21-2] et à publier chaque avis d'attribution de marché comme le prévoit l'article [22-2], à condition qu'un avis concernant tous les marchés dont le prix est inférieur au seuil soit publié au moins une fois par an. Certaines règles de publicité détaillées concernant les langues et les monnaies sont facultatives pour ce type de marché (voir, par exemple, articles [13-1 et 32-4]).

### **2. Marchés de la défense et marchés sensibles**

38. Les marchés de la défense représentent un secteur important de la passation des marchés nationaux dans de nombreux États adoptants. Ils ont toujours été totalement exclus de la législation sur la passation des marchés et de ses règles d'application (ainsi que de la Loi type de 1994). Le présent texte fait entrer la défense et la sécurité nationales, lorsqu'il y a lieu, dans le champ d'application général de la Loi type, afin de promouvoir l'application de règles juridiques harmonisées à tous les secteurs dans les États adoptants et de sorte que toutes les passations de marchés tirent parti des dispositions de la Loi type. Il est cependant admis que les obligations étendues imposées par la Loi type en matière de transparence risquent de ne pas être compatibles avec toutes les passations de marchés dans le domaine de la défense: certains marchés passés dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationale exigeront des modifications appropriées pour tenir compte des informations sensibles ou confidentielles.

39. La Loi type permet de telles modifications, toutefois, non pas parce que les marchés concernent le secteur de la défense mais parce qu'ils mettent en jeu des informations classifiées si bien qu'ils méritent l'appellation de "marchés sensibles". Les États adoptants remarqueront que les modifications sont autorisées au cas par cas pour éviter toute exclusion générale qu'elle soit intentionnelle ou involontaire.

Les “informations classifiées” sont des informations désignées comme telles par un État adoptant dans la loi nationale applicable et sont définies dans de nombreux États comme des informations dont l'accès est limité par la législation ou la réglementation à certaines catégories de personnes. Ce terme, et partant la souplesse conférée en ce qui concerne les “informations classifiées”, visent non seulement la passation dans les secteurs où ces informations sont les plus fréquentes, comme la sécurité et la défense nationales, mais également la passation dans tout autre secteur où la loi peut autoriser la non-divulcation au public de certaines informations, notamment dans le secteur de la santé. Il importe de noter que les dispositions ne donnent pas à l'entité adjudicatrice la liberté d'élargir la définition du terme: une telle liberté serait source d'abus. Les questions relevant du traitement des “informations classifiées” sont généralement régies par des textes de loi et donc étroitement examinées par le législateur.

40. Les entités adjudicatrices sont autorisées à prendre des mesures spéciales et à imposer des exigences particulières pour protéger des informations classifiées, ainsi qu'à ne pas appliquer l'obligation d'information du public, uniquement dans les limites fixées par les règlements en matières de passation des marchés ou par d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant. Selon l'article [7] de la Loi type, lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, elle est tenue de préciser si des mesures et prescriptions sont nécessaires pour protéger ces informations au niveau requis et, dans ce cas, quelles sont ces mesures et prescriptions. Si elle décide d'imposer de telles mesures et prescriptions, elle doit motiver sa décision dans le procès-verbal de la procédure de passation: ces dispositions visent à assurer que les implications potentielles des exceptions sont examinées comme il se doit et que l'entité adjudicatrice (qui détermine s'il existe des motifs suffisants pour lever les obligations normales de transparence) peut expliquer et justifier ses actes.

41. En application du principe général décrit aux paragraphes 11 à 14 ci-dessus, les dispositions de la Loi type qui autorisent des exceptions aux mécanismes de transparence pour la protection des intérêts essentiels de la sécurité, par exemple dans la passation des marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou des marchés indispensables à la sécurité nationale ou destinés à la défense nationale, sont souples et permettent aux États de s'acquitter de leurs obligations internationales en la matière.

42. La passation des marchés de la défense soulève d'autres questions particulièrement importantes, comme la complexité de certains marchés et la nécessité d'assurer la sécurité des informations et de l'approvisionnement. Les dispositions de la Loi type, en particulier les chapitres V et VII, permettent de prendre en compte ces besoins (y compris la protection appropriée des informations classifiées lorsqu'elle est nécessaire).

### **[3. Obligations internationales**

43. Il importe également de noter que l'article [3] consacre le respect des obligations internationales de l'État adoptant au niveau intergouvernemental. Il prévoit que ces obligations internationales (par exemple, accords de prêt ou de subvention conclus avec des organismes d'aide multilatérale ou bilatérale et fixant des conditions de procédure précises pour les fonds qui ont été avancés; directives

de groupements régionaux d'intégration économique relatives à la passation des marchés) l'emportent sur la Loi type en cas de conflit.]

#### 4. Planification et administration des marchés

44. La Loi type indique les procédures essentielles de sélection des fournisseurs et entrepreneurs pour un marché donné, qui sont conformes aux objectifs décrits plus haut aux paragraphes 18 à 35, et prévoit un mécanisme de recours efficace en cas de non-respect des règles ou procédures. Elle ne traite pas de la phase de planification, ni de celle d'exécution des marchés. Ses dispositions n'abordent donc pas des questions comme la budgétisation, l'évaluation des besoins, les études de marché et les consultations, l'administration des marchés, le règlement des litiges liés à l'exécution ou la résiliation des marchés.

45. La Commission reconnaît néanmoins l'importance de ces étapes du processus de passation pour le bon fonctionnement du système de passation dans son ensemble. L'État adoptant devra veiller à mettre en place des lois et des structures adéquates pour gérer ces étapes, faute de quoi les buts et objectifs de la Loi type risquent de ne pas être atteints.

46. En ce qui concerne la planification des marchés, les règles internationales et régionales de la passation encouragent désormais la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et il arrive que certains États adoptants exigent dans leur droit administratif que ces informations soient publiées. D'autres systèmes abrègent les délais de publicité et de notification concernant une passation lorsque ces informations ont déjà été publiées. Cette pratique présente généralement l'avantage d'améliorer la gestion, la gouvernance et la transparence dans la passation des marchés. Plus concrètement, elle encourage la planification des marchés et renforce la discipline dans les procédures de passation et peut réduire les cas, par exemple, de recours injustifié à des méthodes de passation destinées aux situations d'urgence (si l'urgence est due à un manque de planification) et de segmentation des marchés pour éviter l'application de règles plus strictes. Cette pratique peut également être avantageuse pour les fournisseurs et entrepreneurs en leur permettant de définir les besoins, de planifier l'allocation des ressources nécessaires et d'entreprendre d'autres préparatifs en vue de participer à des marchés futurs.

47. [La Loi type n'exige pas la publication de telles informations – ses dispositions à l'article [6] ne font que l'autoriser. La souplesse s'impose sur ce point car les informations et les besoins peuvent changer en fonction des circonstances; il se peut non seulement que l'entité adjudicatrice perde du temps et de l'argent mais également que les fournisseurs ou entrepreneurs engagent des dépenses inutiles. La diffusion d'informations nombreuses, inutiles ou trompeuses, plutôt que d'informations soigneusement planifiées, utiles et pertinentes, risque d'aller à l'encontre du but recherché. De même, la publication des projets de marchés pour les mois à venir est encouragée, mais avec les mêmes réserves. Le commentaire relatif à l'article [6] explique plus en détail l'approche de la Loi type.]

48. La phase d'administration du marché, si elle est mal conduite, peut nuire à l'intégrité du processus de passation et compromettre les objectifs de la Loi type que sont le traitement équitable, la concurrence et la prévention de la corruption, par exemple si des modifications du marché augmentent considérablement le prix final,

si une qualité inférieure est acceptée, si les retards de paiement sont habituels et si des litiges interrompent l'exécution du marché. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000)<sup>9</sup> contient des propositions détaillées pour l'administration des marchés complexes comportant un financement privé: nombre des commentaires faits dans cet instrument valent également pour l'administration de tous les marchés, en particulier pour les projets complexes. Le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (1987)<sup>10</sup> traite des dispositions spécifiques à ces contrats<sup>11</sup>.

### C. Approche générale de la Loi type

49. La Loi type énonce des règles générales pour le bon fonctionnement du système de passation des marchés et prévoit des procédures pour chaque passation. Ayant vocation à s'appliquer à toutes les régions, le texte se veut souple et non prescriptif. Les États peuvent l'adapter à leur propre situation, par exemple en définissant l'étendue des marchés du secteur public, sans porter atteinte aux principes et procédures essentiels de la Loi type.

50. La Loi type prévoit des dispositions qui visent à la fois à laisser une certaine marge d'appréciation commerciale au responsable de la passation (pour lui permettre d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix) et à encadrer ou limiter l'usage de cette marge d'appréciation (grâce à la transparence et à des règles de conduite de la passation) afin d'éviter les mauvaises décisions et les décisions entachées de corruption.

51. On peut résumer comme suit les règles générales de la Loi type sur le système de passation:

- a) La loi applicable, les règlements en matière de passation des marchés et d'autres informations pertinentes doivent être publiés (article [5]);
- b) Chaque procédure de passation doit être annoncée à l'avance par voie de publication (comportant les informations pertinentes) (articles [32 à 34]) et des avis d'attribution des marchés doivent ensuite être publiés (article [22]);
- c) L'objet du marché doit être décrit suivant les modalités prévues à l'article [10] (autrement dit de manière objective et généralement sans référence à une marque particulière, afin que les soumissions puissent être établies et comparées sur une base commune et objective);
- d) Les procédures de qualification et les critères pouvant être utilisés pour déterminer quels fournisseurs seront admis à participer sont indiqués dans la loi, et les critères particuliers qui permettront de déterminer si les fournisseurs sont

---

<sup>9</sup> Disponible à l'adresse  
[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html)  
(page consultée en janvier 2011).

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Le Groupe de travail estimera peut-être qu'il faut examiner plus avant la question de la planification et de l'administration des marchés, auquel cas il pourrait fournir au Secrétariat des orientations sur les paramètres d'un tel examen.

qualifiés ou non pour une procédure de passation particulière doivent être communiqués à tous les fournisseurs potentiels (articles [9 et 17]);

e) L'appel d'offres ouvert est la méthode de passation recommandée et l'entité adjudicatrice est tenue de justifier objectivement le recours à une autre méthode (article [27]). La loi doit fixer les conditions particulières d'utilisation de chaque méthode (articles [28 à 30]);

f) Des règles standard pour la conduite de chaque procédure de passation sont prescrites par la loi (chapitres III à VII);

g) La forme et les modalités de communication avec les fournisseurs ne doivent pas empêcher l'accès à la passation (article [7]);

h) Un délai d'attente doit être respecté entre le moment où le fournisseur à retenir est identifié et celui où le marché est attribué pour que toute violation des dispositions de la Loi type puisse être traitée avant l'entrée en vigueur du marché (article [21-2]); et

i) Des procédures de contestation et d'appel doivent être prévues en cas de violation des règles ou procédures (chapitre VIII).

52. Pour chaque procédure de passation, l'entité adjudicatrice est tenue:

a) De définir et communiquer aux fournisseurs potentiels toutes les informations utiles pour la passation au début de la procédure conformément aux règles établies par la Loi type (articles [36, 38, 46, 48, 52 et 57 à 60], par exemple). Ces informations portent notamment sur les procédures pour chaque méthode de passation et les critères et procédures d'attribution du marché;

b) De recourir à des procédures ouvertes et pleinement concurrentielles sauf s'il existe des motifs d'utiliser d'autres procédures (chapitre II, sections I et II);

c) De suivre les mesures prescrites pour chaque procédure de passation (chapitres III à VII); et

d) De publier un avis d'attribution du marché (article [22]).