



Assemblée générale

Distr. limitée
4 février 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 le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions des chapitres II et IV de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives à l'appel d'offres restreint et à la demande de prix.

* 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

Deuxième partie. Commentaire par article

[Pour plus de commodité, le présent additif regroupe les commentaires proposés pour les diverses dispositions de la Loi type qui régissent l'appel d'offres restreint et la demande de prix]

...

A. Commentaire concernant l'appel d'offres restreint qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

“Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint...)”

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres restreint conformément à l'article 44 de la présente Loi lorsque:

a) L'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.”

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 1 de cet article énonce les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint. Il vise à permettre à l'entité adjudicatrice, dans des cas exceptionnels, de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Ces cas exceptionnels sont ceux où l'objet du marché, de par sa nature techniquement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple, du matériel pour centrales nucléaires) et ceux où le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à l'objet du marché (par exemple, des services de nettoyage ordinaires). Exiger un appel d'offres ouvert dans de tels cas serait déplacé.

2. Bien que le recours à l'appel d'offres restreint soit soumis à des garanties de transparence, un avis préalable de passation de marché étant exigé en vertu des dispositions de [l'article 33-5], et que certaines procédures applicables à l'appel

d'offres ouvert s'appliquent également à l'appel d'offres restreint en vertu de l'article 44, des conditions d'utilisation strictes et précises ont été prévues en ce qui concerne l'appel d'offres restreint. Se fondant sur l'idée qu'une utilisation inappropriée compromettrait fondamentalement les objectifs de la Loi type, ces conditions strictes cherchent à éviter d'encourager l'utilisation de cette méthode. Dans les conditions visées au paragraphe 1 a) en particulier, l'appel d'offre ouvert avec préqualification permettra d'atteindre avec une plus grande transparence les mêmes objectifs que l'appel d'offres restreint. L'utilisation de l'appel d'offres restreint pour les motifs indiqués au paragraphe 1 b) devrait diminuer avec l'utilisation de la passation de marchés en ligne: de nombreuses étapes du processus peuvent être automatisées dans une large mesure, ce qui permet de gagner du temps et de diminuer les coûts.

3. Les deux conditions d'utilisation de cette méthode énoncées au paragraphe 1 confèrent à l'entité adjudicatrice une grande latitude pour ce qui est de la sollicitation: dans le premier cas, en ce qui concerne l'existence d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs pouvant fournir l'objet du marché, sous réserve toutefois que d'autres fournisseurs pourraient vouloir participer après la publication d'un avis, point examiné plus en détail ci-après. Dans le second cas, l'entité adjudicatrice a le pouvoir de déterminer le nombre maximum d'offres évaluées afin que le coût et la durée de l'évaluation soient proportionnels à la valeur du marché. Cette méthode comporte donc nécessairement une certaine subjectivité et donc un risque d'abus.

4. Lorsqu'elle se fonde sur le motif énoncé au paragraphe 1 a), l'entité adjudicatrice doit tenir compte des dispositions de l'article 33-5, qui exige un avis préalable de passation de marché précisant notamment les principales conditions du marché et la méthode de passation choisie. La justification de l'utilisation de l'appel d'offres restreint doit figurer dans le procès verbal, comme l'exige la Loi type (voir par. [9] ci-après) et être suffisamment détaillée pour que la décision puisse être supervisée ou contestée le cas échéant. Elle ne doit cependant pas figurer dans l'avis (on évitera ainsi les résumés imprécis et les avis trop longs). (Voir aussi les indications concernant l'article 24, qui expliquent comment le fournisseur souhaitant contester le choix de la méthode de passation peut prendre connaissance de la justification dans le procès-verbal.)

5. Si dans les conditions visées au paragraphe 1 a) des fournisseurs ou entrepreneurs demandent à l'entité adjudicatrice l'autorisation de soumettre une offre en réponse à cet avis, cette possibilité doit leur être accordée à moins qu'ils soient disqualifiés (s'il y a eu préqualification) ou ne respectent pas les conditions de l'avis de passation (par exemple, la déclaration visée à l'article 8 de la Loi). Cette exigence est conforme à l'article 33-1 a), selon lequel des offres doivent être sollicitées de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu.

6. L'entité adjudicatrice jouit d'une plus grande latitude si elle recourt à l'appel d'offres restreint pour le motif visé au paragraphe 1 b), c'est-à-dire dans le cas où le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché. Dès lors qu'elle a déjà choisi de manière objective suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective, elle peut alors ne pas examiner les demandes d'autorisation à soumettre

une offre reçues d'autres fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'avis publié conformément à l'article 33-5. Dans la pratique, l'objectivité du choix peut être assurée par diverses méthodes, notamment par tirage au sort ou tirage aléatoire, comme le précisent les indications concernant l'article [33-1], mais il convient de mettre en place des mesures de contrôle pour garantir l'objectivité de la sélection, surtout si des procédures répétées sont envisagées.

7. Les modalités de la sélection des fournisseurs, le choix de la méthode de passation et les conditions de la sollicitation, entre autres, peuvent être contestés en vertu du chapitre VIII de la Loi type. Lorsqu'elle se fonde sur les motifs visés au paragraphe 1 b), l'entité adjudicatrice doit donc examiner avec soin la question de savoir si le but recherché – économiser du temps et de l'argent – sera atteint en ce qui concerne la passation concernée. Il importe de noter que la contestation ne peut porter que sur le caractère discriminatoire allégué des modalités de sélection: le fournisseur ne peut contester l'exclusion en tant que telle. S'il s'agit de procédures répétées et qu'un même groupe restreint est choisi à plusieurs reprises, il sera peut-être plus facile de démontrer un manque d'objectivité. En cas d'achats répétés, l'entité adjudicatrice doit prendre particulièrement garde à se montrer objective dans le choix des fournisseurs invités à participer (ou peut-être envisager de recourir à un instrument tel que l'accord-cadre).

8. Il convient également de lire les dispositions du paragraphe 1 b) conjointement avec l'article 12 de la Loi type contenant les règles sur l'estimation de la valeur d'un marché. Cet article comporte des garanties essentielles contre le fractionnement artificiel de l'objet du marché aux fins, par exemple, de justifier le recours à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés au paragraphe 1 b), c'est à dire que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

9. L'article 27-3, lu conjointement avec les dispositions de l'article 24-1 e), impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier de recourir à l'appel d'offres restreint plutôt qu'à l'appel d'offres ouvert.

On trouvera à la section A.5 ci-après un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

“Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint...

1. a) Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons spécifiées à l'article 28-1 a) de la présente Loi, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons indiquées à l'article 28-1 b) de la présente Loi, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et retient un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.”

Commentaire proposé:

10. Le paragraphe 1 énonce les conditions minimales de la sollicitation pour ce qui est de l'appel d'offre restreint. Celles-ci visent à réaliser l'objectif de l'article 28-1, à savoir limiter l'utilisation de l'appel d'offres restreint à des cas véritablement exceptionnels tout en maintenant un degré de concurrence approprié. Elles renvoient spécifiquement aux deux cas exceptionnels décrits dans les conditions d'utilisation à l'article 28-1. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés à l'article 28-1 a), c'est-à-dire dans le cas où l'objet du marché, de par sa nature techniquement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché qui fera l'objet de la passation doivent être invités à participer. Lorsque le motif invoqué est celui visé à l'article 28-1 b), à savoir que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, les fournisseurs et entrepreneurs doivent être invités de manière non discriminatoire et en nombre suffisant pour assurer une concurrence effective. Cette exigence de sélection non discriminatoire suppose que le public ait été informé préalablement, conformément au paragraphe 5 du présent article, non seulement de la décision de l'entité adjudicatrice de recourir à l'appel d'offres restreint mais aussi du nombre maximum de participants qui seront retenus et des modalités de sélection (par exemple, par tirage au sort ou tirage aléatoire, ou selon l'ordre de présentation des offres jusqu'au maximum annoncé – voir aussi les paragraphes [5 à 7] ci-dessus).

3. Avis préalable de passation de marché

Disposition pertinente de la Loi type révisée:

“Article 33. ... Exigence d'un avis préalable de passation de marché

...

5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle l'avis doit être publié). L'avis comporte au minimum les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;
- c) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi; et
- d) La méthode de passation utilisée.

6. Les dispositions du paragraphe 5 ne s'appliquent pas dans les situations d'urgence mentionnées aux articles 29-4 b) et 29-5 b).”

Commentaire proposé en ce qui concerne l'appel d'offres restreint¹:

11. Le paragraphe 5 vise à promouvoir la transparence et la responsabilité en ce qui concerne la décision de recourir à [l'appel d'offres restreint] en exigeant qu'un avis de passation de marché soit publié dans un média que l'État spécifie dans sa législation sur la passation de marchés. Est également pertinente à cet égard la règle énoncée à l'article 27-3 (qui est d'application générale), lue conjointement avec les dispositions de l'article 24-1 e), selon laquelle l'entité adjudicatrice doit verser au procès-verbal de la procédure de passation de marché un exposé des raisons et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation concernée.

12. Ce paragraphe dispose que la publication de l'avis doit se faire avant la sollicitation directe. Elle diffère donc de la publication des avis d'attribution de marché ou d'accord-cadre visée à l'article 22 de la Loi type. En incluant dans la loi sur la passation de marchés les procédures décrites dans cet article, on permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés d'identifier à la seule lecture de cette loi les publications qu'ils doivent surveiller pour se tenir au courant des possibilités de marchés dans l'État adoptant et des modalités de la passation. (L'entité adjudicatrice doit également être consciente des implications de cette disposition concernant l'avis pour ce qui est de l'appel d'offres restreint, comme on l'a dit aux paragraphes [4 à 7] ci-dessus). La Loi type ne régit pas les moyens de publication et le choix des médias, laissés à la décision de l'État adoptant. La publication peut se faire sur papier, par voie électronique ou des deux manières. Dans ce contexte, les considérations émises aux paragraphes ... ci-dessus dans les orientations concernant l'article 5 sont pertinentes.

13. Les informations à publier constituent le minimum requis pour permettre au public d'exercer un contrôle effectif et aux fournisseurs ou entrepreneurs de former un éventuel recours en application du chapitre VIII de la Loi type. En particulier, le choix de la méthode de passation peut être contesté par tout fournisseur ou entrepreneur lésé si par exemple la sollicitation d'une source unique ou l'appel d'offres restreint ont été retenus au motif qu'un fournisseur ou un petit groupe de fournisseurs pouvaient fournir l'objet du marché. Tout autre fournisseur ou entrepreneur pouvant fournir l'objet du marché qui fera l'objet de la passation pourrait contester le choix de la méthode de passation en se fondant sur les informations figurant dans l'avis de passation de marché. En vertu du chapitre VIII, il pourrait le faire avant la date limite de soumission des offres et bénéficier des dispositions sur la suspension obligatoire de la procédure de passation s'il dépose une demande en révision auprès de l'instance de recours indépendante. Comme il est indiqué dans le commentaire du chapitre VIII, afin d'éviter les recours abusifs pouvant être extrêmement néfastes lorsqu'ils sont introduits en dernière minute, le fournisseur doit démontrer que ses intérêts ont été affectés ou ont pu l'être au

¹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si un examen général de la sollicitation dans l'appel d'offres restreint, la demande de prix et les négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique, qui accompagnerait l'article 33 ou son paragraphe 5 et renverrait aux indications concernant chacune de ces méthodes de passation, ne serait pas préférable à un examen de la sollicitation pour chacune de ces méthodes. Bien que l'examen de certaines dispositions des paragraphes ci-dessous vise spécifiquement l'appel d'offres restreint, d'autres dispositions de ces paragraphes s'appliquent de manière générale aux méthodes de passation visées à l'article 33.

moment considéré: il peut par exemple être amené à démontrer qu'il avait réellement l'intention de participer dans les circonstances décrites ci-dessus (par exemple, en soumettant un projet d'offre).

14. L'exigence de l'avis préalable de passation de marché dans le cas d'un appel d'offres restreint, de négociations avec appel à la concurrence et de sollicitation d'une source unique est essentielle pour ce qui est de lutter contre la corruption et d'atteindre la transparence. Avec les dispositions du chapitre VIII, elle permet aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de demander réparation dès le début de la procédure de passation plutôt qu'à la fin, lorsqu'une réparation peut ne plus être possible ou s'avérer coûteuse pour le public, les recours disponibles étant donc alors limités.

15. L'exigence de la publication d'un avis préalable de passation de marché ne s'applique pas à la demande de prix, étant donné que les conditions d'utilisation de cette méthode, très restrictives, limiteront toute utilisation excessive ou abusive. Elle ne s'applique pas non plus aux négociations avec appel à la concurrence ni à la sollicitation d'une source unique lorsque ces méthodes sont utilisées dans des situations d'urgence ou d'extrême urgence dues à des événements catastrophiques (par exemples, dans les conditions d'utilisation de ces méthodes de passation visées aux articles 29-4 b) et 29-5 b)). Dans une situation normale où l'avis préalable est en principe exigé, une exemption peut toutefois s'appliquer en vertu de l'article 23 (confidentialité), en particulier dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées. (On trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées).

On trouvera à la section A.5 ci-après un examen des modifications concernant les exigences liées à la sollicitation et à la publication d'un avis par rapport au texte de 1994.

4. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

“Article 44. Appel d'offres restreint

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 5 de l'article 33 de la présente Loi.
2. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi, à l'exception des articles 35 à 37, s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint.”

Commentaire proposé:

16. Cet article régit les procédures d'appel d'offres restreint. Les dispositions sont très brèves puisque les dispositions pertinentes d'autres chapitres de la Loi type, auxquelles renvoie le présent article, régissent les étapes de la procédure requise pour cette méthode de passation.

17. Comme il est noté dans les commentaires relatifs à l'article 33-1, les conditions de la sollicitation, dans le cas de cette méthode de passation, visent à assurer qu'en cas de recours à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés à

l'article 28-1 a), tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché sont invités à soumettre une offre et, en cas de recours à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés à l'article 28-1 b), un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable. L'incorporation de ces conditions de sollicitation, combinée à l'obligation de publier un avis préalable de passation de marché conformément à l'article 33-5, constitue une garantie importante que le recours à l'appel d'offres restreint ne compromet pas l'objectif de la Loi type consistant à promouvoir la concurrence, qu'il peut être justifié dans chaque cas en référence aux critères transparents et qu'il peut être contesté conformément au chapitre VIII.

18. Il ressort clairement du paragraphe 2 de cet article que les procédures à appliquer dans le cas de l'appel d'offres restreint sont celles qui s'appliquent normalement à la procédure d'appel d'offres, à l'exception de la sollicitation ouverte et des conditions applicables dans ce cas. C'est pourquoi le paragraphe 2 dispose que les articles 35 à 37 ne s'appliquent pas à l'appel d'offres restreint. L'article 35 régit les procédures de sollicitation des offres dans l'appel d'offres ouvert et ne s'applique donc pas à l'appel d'offres restreint. L'article 36 régit la teneur de l'invitation à soumettre une offre qui doit être publiée dans le cas d'appel d'offres ouvert. Dans le cas de l'appel d'offres restreint, une telle invitation n'est pas nécessairement publiée mais si c'est le cas, elle n'inclut pas nécessairement tous les renseignements énumérés à l'article 36. S'agissant de l'article 37, dans le cas de l'appel d'offres restreint, le dossier de sollicitation sera distribué à tous les fournisseurs qui ont été directement invités et ont exprimé leur intérêt à participer. Certaines dispositions de l'article 37 ne s'appliqueront donc pas à l'appel d'offres restreint. Si l'entité adjudicatrice décide de faire payer le dossier de sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, elle sera liée par la disposition de la dernière phrase de l'article 37 ("Ce prix ne dépasse pas le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs."), même si ce dernier ne s'applique pas à l'appel d'offres restreint. Cette disposition figurant dans d'autres articles de la Loi type dans un contexte similaire peut être considérée comme énonçant une bonne pratique destinée à empêcher l'entité adjudicatrice de demander un prix excessif pour le dossier de sollicitation. Il convient d'examiner avec soin les incidences négatives que peuvent avoir de tels coûts sur la participation des fournisseurs ou d'entrepreneurs, en particulier des micro, petites et moyennes entreprises, et sur les prix que les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure proposeraient finalement dans leurs offres, propositions ou enchères².

On trouvera à la section A.5 ci-après un examen des modifications apportées aux procédures par rapport au texte de 1994.

5. Points concernant la procédure d'appel d'offres restreint qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide pour l'incorporation qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

19. Les dispositions de la Loi type révisée concernant l'appel d'offres restreint se fondent sur l'article 20 de la Loi type de 1994, auquel deux modifications

² Pour ce qui est de la dernière phrase, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il suffit de renvoyer par exemple au commentaire de l'article 37, qui examine ce point plus en détail.

principales ont été apportées. Premièrement, on a supprimé dans le texte révisé l'idée d'approbation par un organe habilité, compte tenu de la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale dans la Loi type révisée que l'entité adjudicatrice demande l'approbation d'une autre instance avant d'agir (on trouvera des indications sur ce point aux paragraphes ... ci-avant).

20. Deuxièmement, on a supprimé dans le texte révisé la mention des "raisons d'économie et d'efficacité", qui figurait dans le texte de 1994, compte tenu de la décision de la CNUDCI de ne mentionner dans les articles du texte de la Loi type aucun des objectifs énoncés dans le Préambule (on trouvera des indications supplémentaires sur ce point aux paragraphes ... ci-avant). L'entité adjudicatrice devra en tout état de cause tenir compte de l'objectif d'"aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés" et de tous les autres objectifs de la Loi type lorsqu'elle choisit une méthode de passation, ainsi qu'à toutes les autres étapes de la procédure, selon qu'il convient. En outre, on a estimé que les considérations "d'économie et d'efficacité", pertinentes dans le contexte de la seconde condition d'utilisation de cette méthode de passation (éviter des coûts et délais disproportionnés), ne l'étaient plus lorsque le nombre de fournisseurs était limité.

Sollicitation

21. Les dispositions des paragraphes 1 et 5 de l'article 33 se fondent respectivement sur les paragraphes 1 et 2 de l'article 47 de la Loi type de 1994, modifiés par souci d'harmonisation du style et afin de préciser les renseignements qui doivent figurer au minimum dans l'avis préalable de passation de marché. Les dispositions de la Loi type révisée précisent également que ce dernier doit être publié avant qu'il ne soit recouru à la sollicitation directe.

Procédures

22. Les dispositions de l'article 44 se fondent sur l'article 47-3 de la Loi type de 1994, à l'exclusion de certains articles du chapitre III régissant l'appel d'offres ouvert qui ne s'appliquent pas à l'appel d'offres restreint, comme il est expliqué au paragraphe [18] ci-dessus.

B. Commentaire concernant la demande de prix qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

"Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (... demande de prix...)

2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de prix conformément à l'article 45 de la présente Loi pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 2 de cet article énonce les conditions d'utilisation de la demande de prix. Cette méthode de passation constitue une procédure adaptée aux achats d'articles standard de faible valeur (habituellement disponibles dans le commerce), pour lesquels il n'est peut-être pas justifié de recourir à une procédure d'appel d'offres pouvant être longue et onéreuse. L'article 28-2 limite strictement l'utilisation de cette méthode aux marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans les règlements en matière de passation des marchés. Ce seuil peut être identique ou non à celui qui doit être fixé en application des dispositions de la Loi type qui suppriment l'obligation de respecter un délai d'attente (article 21-3 b)) ou de publier l'avis d'attribution de marché (article 22-2) dans le cas d'un marché de faible valeur. Il est toutefois recommandé d'harmoniser le seuil fixé dans les règlements aux fins du paragraphe 2 du présent article avec ceux fixés aux fins des articles 21-3 b) et 22-2 de la Loi type, afin de faciliter l'application de ces dispositions connexes.

2. [Contrairement aux autres seuils, qui doivent être fixés dans la Loi même, celui visé au paragraphe 2 du présent article doit être fixé dans les règlements en matière de passation des marchés.³] Les États adoptants voudront peut-être donner aux entités adjudicatrices des indications sur la notion de marché de faible valeur en se référant notamment aux seuils, de manière à assurer une approche cohérente. (Voir également aux paragraphes ... ci-dessous les indications relatives à l'article 32-4 traitant de la dérogation à l'obligation de sollicitation internationale pour ce qui est des marchés de faible valeur).

3. Lors de l'incorporation de l'article 28, il convient de préciser que le recours à la demande de prix n'est pas obligatoire pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé. L'article 27, qui dispose que l'entité adjudicatrice doit assurer la plus grande concurrence possible et tenir compte des circonstances de la passation lorsqu'elle en choisit la méthode, et énonce les conditions d'utilisation d'autres méthodes pouvant convenir, aidera l'entité adjudicatrice à envisager d'autres méthodes que la demande de prix (voir aux paragraphes ... ci-dessus le commentaire de l'article 27).

4. En particulier, cette méthode n'est pas destinée à être utilisée pour les achats répétés, en raison du risque de restriction du marché et du risque d'abus qu'elle comporte (tels qu'une sélection abusive des fournisseurs participants ou le fait de justifier des achats répétés par exemple en fractionnant le marché pour ne pas dépasser le seuil visé à l'article 12 (voir également ci-après)). Pour les achats répétés, il est préférable d'établir un accord-cadre ouvert ou, s'il s'agit d'acheter des articles plus complexes, de conclure un accord-cadre fermé à l'issue de la procédure

³ À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a été prié d'examiner la question de savoir si, plutôt que de fixer des seuils, la Loi type ne devrait pas plutôt renvoyer systématiquement aux règlements en matière de passation des marchés, compte tenu en particulier de la valeur fluctuante des monnaies (inflation, etc.) (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.2, notes 31 et 38). Le Groupe de travail n'a pas examiné cette proposition. Toutefois, lors de consultations avec des experts à propos des indications à fournir concernant cette méthode de passation, il a été suggéré que le Groupe de travail et la Commission réexaminent la question pour assurer une approche cohérente quant à l'endroit où sont fixés ces seuils. Étant donné que ceux-ci doivent être ajustés périodiquement en fonction de l'évolution des circonstances économiques, il peut être préférable de les fixer dans les règlements (cf. article 22-2).

d'appel d'offres. L'utilisation de catalogues électroniques peut contribuer à accroître la transparence lorsque la procédure est périodique plutôt que répétée.

5. Lorsqu'il s'agit d'acheter des articles plus complexes et qu'il ne suffit donc pas d'évaluer les prix, il convient de recourir à l'appel d'offres, qui présente de meilleures garanties de transparence, même si la valeur du marché est inférieure au seuil d'utilisation de la demande de prix⁴. Un appel d'offres restreint fondé sur les motifs énoncés à l'article 28-1 b) peut convenir particulièrement dans de tels cas. L'utilisation d'autres méthodes de passation aboutissant en particulier à la conclusion d'un accord-cadre est recommandée lorsqu'un marché initial de faible valeur aurait pour conséquence à long terme de faire adopter à l'entité adjudicatrice un système technologique donné. Pour les marchés de produits courants, de services simples et d'articles similaires, on peut également recourir à l'enchère électronique inversée. (On trouvera aux paragraphes ... ci-dessus les indications concernant l'article 28-1 b), aux paragraphes ... ci-après les indications concernant les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées et aux paragraphes ... ci-après les indications sur les dispositions relatives aux accords-cadres).

6. Il convient de lire les dispositions du paragraphe 2 en parallèle avec l'article 12 de la Loi type, qui contient les règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché. Cet article renforce le caractère limité du champ d'application de la demande de prix en interdisant à l'entité adjudicatrice de fractionner artificiellement l'objet du marché pour contourner les seuils et éviter ainsi de recourir aux méthodes de passation générant une plus grande concurrence, une interdiction essentielle pour la réalisation des objectifs de la Loi type.

On trouvera à la section B.4 ci-après un examen des modifications apportées aux conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

“Article 33. Sollicitation dans le cas... de la demande de prix...”

2. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à la demande de prix conformément à l'article 28-2 de la présente Loi, elle demande des prix à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois.”

Commentaire proposé:

7. Le paragraphe 2 énonce les règles de sollicitation applicables à la demande de prix. Les objectifs de la Loi type consistant à favoriser et à encourager la participation et à promouvoir la concurrence s'appliquent à toute passation, quelle que soit la valeur du marché. L'entité adjudicatrice est donc tenue de demander des prix à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois, sans exception. Cette exigence minimale tient compte du type d'objet pour lequel l'entité adjudicatrice est censée recourir à la demande de prix, à savoir des biens ou

⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'examiner la question du recours à l'appel d'offres même lorsque l'objet du marché n'est pas produit pour répondre à la description particulière de l'entité adjudicatrice et celle du recours à des spécifications de performance ou de fonctionnement renvoyant à des normes sectorielles.

services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché (article 28-2). Pour ce type de passation, il devrait toujours être possible de demander des prix à au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché. L'utilisation des systèmes électroniques permet aussi à l'entité adjudicatrice de toucher un public plus large et de faire à coup sûr suffisamment de demandes de prix.

8. Les États adoptants voudront peut-être donner des indications pour que la sélection des participants aux procédures de demande de prix ne se fasse pas d'une manière qui restreigne l'accès au marché ou permette une utilisation abusive de ces procédures (par exemple en sélectionnant deux fournisseurs notoirement onéreux ou géographiquement éloignés pour attribuer le marché à un troisième, le fournisseur choisi). Les considérations concernant les modalités de sélection des fournisseurs participants dans le contexte du recours à l'appel d'offres restreint pour le motif énoncé à l'article 28-1 b) sont pertinentes à cet égard (voir paragraphes ... ci-dessus). Sont également utiles les procédures qui imposent de comparer des offres anciennes et d'assurer un roulement entre les fournisseurs en cas d'achat occasionnel des mêmes articles. Les procédures de contrôle devraient identifier les fournisseurs retenus avec cette méthode de manière à permettre l'évaluation des attributions à répétition.

9. Les méthodes électroniques de demande de prix peuvent être particulièrement économiques pour les marchés de faible valeur et pour assurer une sélection plus transparente. En particulier, on peut considérer que l'utilisation de catalogues électroniques comme source de prix présente davantage de possibilités de transparence dans la sélection des fournisseurs auxquels demander un prix, cette sélection pouvant être évaluée en fonction des fournisseurs proposant dans leurs catalogues les articles recherchés (voir aussi les indications sur les accords-cadres relevant du chapitre VII pour ce qui est de l'achat répété d'articles bon marché)⁵. Il est essentiel d'assurer une transparence adéquate car avec cette méthode, la passation ne doit pas obligatoirement être précédée d'un avis de passation de marché (voir également le paragraphe ... ci-dessus).

10. L'obligation de demander des prix à trois fournisseurs ou entrepreneurs au moins ne peut toutefois être considérée comme clause d'invalidation de la procédure dans les cas où, en réponse à une demande de prix adressée à trois fournisseurs ou plus, une ou deux réponses seulement ont été reçues.

On trouvera à la section B.4 ci-après un examen des modifications concernant la sollicitation par rapport au texte de 1994.

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

“Article 45. Demande de prix

1. L'entité adjudicatrice demande des prix conformément aux dispositions de l'article 33-2 de la présente Loi. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une demande de prix est avisé lorsque des éléments autres que le

⁵ A/CN.9/668, par. 208.

coût de l'objet du marché, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur est autorisé à donner un seul prix, qu'il n'est pas autorisé à modifier. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par celui-ci.

3. Le prix à retenir est le prix proposé le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, tels que mentionnés dans la demande de prix."

Commentaire proposé:

11. Cet article énonce les procédures relatives à la demande de prix. Compte tenu de la nature et de la faible valeur des objets pour lesquels on utilise cette méthode, seules des conditions de procédure minimales sont prévues, qui visent à garantir un traitement juste et équitable aux fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure. La surveillance du recours à cette méthode, effectuée autant que possible au moyen d'outils électroniques pour en amortir le coût en ce qui concerne les marchés de faible valeur, peut favoriser la transparence et la mise en place de garanties contre les abus dans la pratique.

12. Pour ce qui est de l'obligation prévue au paragraphe 1 selon laquelle les fournisseurs auxquels est adressée une demande de prix doivent être informés des frais qui doivent être inclus dans le prix, l'entité adjudicatrice voudra peut-être envisager d'utiliser les termes commerciaux reconnus, en particulier les INCOTERMS.

On trouvera à la section B.4 ci-dessous un examen des modifications apportées aux procédures par rapport au texte de 1994.

4. Points concernant la procédure de demande de prix qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide pour l'incorporation qui traite des modifications apportées par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

13. La méthode de demande de prix figurant dans le texte révisé se fonde sur l'article 21 de la Loi type de 1994, dont le libellé a été modifié pour permettre le recours à la demande de prix pour tous les types de passation de marchés normalisés ou courants qui ne sont pas spécialement formulés en fonction de spécifications ou de conditions techniques particulières. Dans le texte révisé, le recours à cette méthode ne nécessite pas d'approbation externe, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas y exiger en règle générale que l'entité adjudicatrice demande l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera des indications sur ce point aux paragraphes ... ci-dessus). Le paragraphe 2 du texte de 1994 a été supprimé, compte tenu du nouvel article 12, qui contient des règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché applicables à toutes les méthodes de passation et non seulement aux demandes de prix.

Sollicitation

14. Les dispositions de la Loi type révisée (article 33-2) se fondent sur la première phrase de l'article 50 du texte de 1994. Les mots "si possible" accompagnant la

référence au nombre minimum de trois fournisseurs ou entrepreneurs auxquels il faut demander un prix ont été supprimés dans le texte révisé car on a estimé qu'ils augmentaient le risque d'abus et de subjectivité dans la sélection des fournisseurs. Comme il est expliqué au paragraphe [7] ci-dessus, compte tenu du type d'objet censé être acheté par cette méthode – des articles disponibles dans le commerce – il devrait toujours être possible de demander des prix à au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché.

Procédures

15. L'article 45 se fonde sur les dispositions restantes de l'article 50 de la Loi type de 1994. Les mots "tels que mentionnés dans la demande de prix" ont été ajoutés à la fin du paragraphe 3 afin d'assurer un traitement égal à tous les fournisseurs en exigeant que les informations relatives aux besoins de l'entité adjudicatrice communiquées au début de la procédure aux fournisseurs participants restent valables tout au long de celle-ci et constituent la base de la sélection du prix à retenir.
