



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 V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives à l'appel d'offres en deux étapes.

* 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 en deux étapes]

...

Commentaire concernant l'appel d'offres en deux étapes 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 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 47 de la présente Loi lorsque:

a) Elle estime que des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour améliorer des points de la description de l'objet du marché et les formuler avec la précision requise à l'article 10 de la présente Loi¹ et afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins; ou

¹ Le Groupe de travail voudra peut-être rectifier une inexactitude qui a été relevée dans cette condition d'utilisation lors des consultations d'experts relatives au projet de commentaire sur cette méthode de passation. Il ressort clairement des procédures prévues à l'article 47 que les discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont optionnelles et non nécessaires, contrairement à ce qu'indique l'article 29-1. Ce qui est nécessaire, en fait, c'est d'améliorer certains aspects techniques de la description, étape qui peut se passer de discussions si les offres initiales traitent les aspects dont l'entité adjudicatrice n'est pas certaine au début de la procédure. Le texte pourrait par conséquent être modifié comme suit: “a) Elle estime qu'une étape est nécessaire dans la procédure pour améliorer les aspects techniques et qualitatifs de l'objet du marché (étape qui peut comprendre des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs) de manière à les formuler avec la précision requise à l'article 10 de la présente Loi et à trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins.” Il faudra par conséquent modifier l'article 10 en remplaçant les mots “caractéristiques techniques et qualitatifs” par la formule “aspects techniques et qualitatifs” de l'objet du marché, afin d'exprimer de manière suffisamment claire le degré de précision requis pour faire la distinction entre les méthodes reposant sur l'appel d'offres et celles reposant sur la demande de propositions. La différence entre ces types de passation sera examinée en détail dans les commentaires qui accompagneront

b) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché en application de l'article 18-1 de la présente Loi et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi aboutisse à la conclusion d'un marché."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 1 de cet article prévoit les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes. Le déroulement de la procédure en deux étapes vise deux objectifs à la fois: premièrement, permettre à l'entité adjudicatrice, grâce à l'examen des aspects techniques des offres et, si elle le souhaite, à la tenue de discussions à leur sujet, de préciser et d'arrêter les conditions de la passation de marché qu'elle n'aura peut-être pas été en mesure de formuler adéquatement au début de la procédure; et deuxièmement, tirer parti du haut niveau d'objectivité et de concurrence garanti par les procédures régissant l'appel d'offres ouvert au chapitre III, qui s'appliqueront à la sélection de l'offre à retenir dans le cadre de l'appel d'offres en deux étapes.

2. La CNUDCI reconnaît que cette méthode a fait ses preuves et qu'elle est utilisée avec succès pour l'achat, par exemple, d'articles faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers, des systèmes informatiques ou de communication, des équipements techniques et d'autres infrastructures (par exemple marchés clefs en main, grandes installations complexes ou travaux spécialisés). Dans ce type de marché, il n'est pas toujours souhaitable ou possible d'établir dès le début une description complète détaillant tous les aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché (y compris les spécifications techniques). À cette étape, il se peut que l'entité adjudicatrice soit en mesure de formuler un projet de spécifications techniques à un certain niveau de détail, ou d'exprimer ses besoins en termes de résultats ou de performance. La procédure doit permettre à l'entité adjudicatrice, à partir des offres initiales qui répondent à la description du dossier de sollicitation, d'améliorer la description des aspects techniques et qualitatifs de façon à ce que, à la deuxième étape, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leur offre définitive par rapport à une solution technique unique. Cette dernière est alors présentée dans la description améliorée des aspects techniques et qualitatifs figurant dans la demande de présentation des offres définitives. Ainsi, l'entité adjudicatrice reste responsable de l'élaboration de la solution technique tout au long de la procédure².

les articles 26 et 27 relatifs au choix de la méthode de passation.

² Les commentaires relatifs aux articles 26 et 27 expliqueront que, dans la procédure de demande de propositions, les fournisseurs font des propositions sur la manière de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Dans ce cas, ce sont eux qui sont responsables de la solution technique. Les commentaires passeront aussi en revue les options disponibles pour la passation de marchés complexes, telles que la conclusion d'un contrat de consultant pour la conception, suivie d'un appel d'offres ouvert ou en deux étapes, et l'utilisation de la procédure de demande de propositions avec dialogue. Le Groupe de travail voudra peut-être renvoyer ici à ces commentaires plutôt que de les répéter. Le présent commentaire se limite donc à souligner les caractéristiques qui distinguent l'appel d'offres en deux étapes des autres méthodes de passation prévues au chapitre V.

3. Compte tenu des objectifs de la procédure, les discussions qui peuvent être tenues avec les fournisseurs ou entrepreneurs dans le cadre de cette méthode de passation ne porteront pas sur le prix des offres. Elles peuvent porter sur d'autres aspects financiers de ces dernières, mais uniquement dans la mesure où ces aspects sont mentionnés dans la description des besoins de l'entité adjudicatrice figurant dans le dossier de sollicitation. Le prix et tous les éléments liés au prix qui ne font pas l'objet de discussions sont ensuite soumis dans l'offre définitive. Cette caractéristique (de même que l'absence de négociations tout au long de la procédure) distingue elle aussi cette méthode des autres méthodes visées au chapitre V³.

4. La souplesse et les avantages potentiels décrits ci-dessus ne sont pas exempts de risque. En particulier, l'entité adjudicatrice pourrait adapter les conditions définitives de la passation à un fournisseur précis (indépendamment de la tenue ou non de discussions. Il convient toutefois de reconnaître que ce risque existe aussi dans les procédures d'appel d'offres ouvert, surtout lorsque des consultations informelles précèdent la passation). Les dispositions sur la transparence applicables à toutes les procédures d'appel d'offres devraient limiter le risque de voir la passation faussée pour favoriser un fournisseur précis. Le système de passation devrait aussi exiger que l'étape de la planification du marché soit documentée et consignée par écrit.

5. Cette méthode est structurée. Les règles de l'appel d'offres ouvert régissent la procédure de sollicitation et la sélection de l'offre à retenir dans l'appel d'offres en deux étapes (voir les articles 32 et 47 de la Loi type et le commentaire y relatif aux paragraphes [...] ci-après).

6. L'alinéa a) traite de la passation de marchés pour des articles complexes et perfectionnés sur le plan technique. La nécessité d'avoir recours à cette méthode de passation pour ce type d'article peut s'imposer dès l'étape de la planification du marché, autrement dit lorsqu'il apparaît que, si l'entité adjudicatrice énonce les conditions de la passation sans avoir examiné les offres initiales, elle aura peu de chances d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix. Ces offres initiales proposeront des solutions techniques correspondant aux capacités exactes et aux variantes possibles de ce qui existe sur le marché. Après les avoir examinées, l'entité adjudicatrice peut décider que ces solutions ne sont pas suffisantes en elles-mêmes et qu'il est nécessaire de tenir des discussions avec les fournisseurs et entrepreneurs qui ont proposé des solutions techniques répondant à ses exigences minimales.

7. L'alinéa b) traite d'une situation différente, à savoir lorsqu'une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée, mais a échoué. Cette condition est identique à l'une des conditions du recours à la demande de propositions avec dialogue visée au paragraphe 2 d) de l'article. Dans ce genre de situation, l'entité adjudicatrice doit analyser les raisons d'un tel échec. Si elle arrive à la conclusion que ses difficultés à formuler des conditions de passation suffisamment précises en sont la cause, elle

³ Le Groupe de travail a décidé qu'un commentaire détaillé sur les questions se posant lors du choix entre les méthodes prévues au chapitre V serait nécessaire dans le Guide, du point de vue tant des législateurs que des entités adjudicatrices, et que celui-ci devrait aborder les éléments de ce choix qui ne peuvent pas faire l'objet d'un texte législatif et devrait s'inspirer d'exemples tirés de la pratique. Si le Groupe de travail juge le commentaire ci-dessus insuffisant, il est invité à fournir des indications supplémentaires au Secrétariat pour l'aider à le développer.

estimera peut-être qu'une procédure en deux étapes impliquant les fournisseurs est la meilleure solution. L'entité adjudicatrice tiendra également compte des raisons de cet échec pour choisir entre l'appel d'offres en deux étapes conformément au paragraphe 1 b) de l'article et la demande de propositions avec dialogue conformément au paragraphe 2 d) du même article: s'il est possible et approprié de formuler un ensemble unique de conditions (y compris une solution technique unique) pour la passation, l'appel d'offres en deux étapes sera la méthode appropriée. L'entité adjudicatrice pourra faire appel aux fournisseurs ou entrepreneurs pour l'aider à formuler ces conditions si cela est nécessaire. (Par contre, si elle estime qu'il n'est pas possible ou approprié de formuler une solution technique unique, la demande de propositions avec dialogue sera peut-être la meilleure solution – voir les indications sur cette méthode à [...].)

8. Les dispositions font référence à la nécessité de tenir des “discussions”, et non des “négociations” ou un “dialogue”. Ce terme, qui reflète la nature itérative du processus, permet de distinguer les entretiens qui peuvent être menés dans le cadre de cette méthode – lesquels ne portent pas sur le prix de l'offre, ni sur d'autres aspects financiers de la passation – des négociations qui peuvent avoir lieu dans d'autres méthodes de passation régies par le chapitre V de la Loi type.

On trouvera à la section 4 ci-dessous 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 32. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché par voie d'enchère électronique inversée

1. L'invitation à participer à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou à l'enchère électronique inversée visée à l'article 52 de la présente Loi est publiée dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée).

2. L'invitation est également publiée dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale, une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque l'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article 17 de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de faire publier l'invitation visée au paragraphe 2 du présent article lorsqu'il s'agit d'un marché national ou d'une procédure de passation pour laquelle elle conclut que, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement présenter des soumissions.”

Commentaire proposé:

9. Cet article énonce l'une des caractéristiques principales de l'appel d'offres ouvert, à savoir la sollicitation sans restriction de la participation des fournisseurs ou des entrepreneurs. Cette caractéristique est aussi présente dans l'appel d'offres en deux étapes et les enchères électroniques inversées. Elle est la règle par défaut dans les méthodes de passation avec demande de propositions.

10. Afin de promouvoir la transparence et la concurrence, le paragraphe 1 expose les procédures minimales de publicité que l'entité adjudicatrice doit appliquer pour solliciter des offres auprès d'un public suffisamment large et assurer ainsi une concurrence effective. L'inclusion de ces procédures dans la législation des marchés permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés de déterminer, simplement en lisant ladite législation, quelles publications ils devront peut-être suivre pour se tenir informés des possibilités de marchés dans l'État adoptant. La Loi type ne régit pas les moyens et supports de publication, qui sont laissés à la libre appréciation de l'État adoptant. Il peut s'agir de publications sur papier ou électroniques, ou d'une combinaison des deux. Dans ce contexte, les considérations soulevées dans le commentaire relatif à l'article 5 aux paragraphes [...] ci-dessus valent également ici.

11. Étant donné que la Loi type a pour objectif de favoriser et d'encourager la participation internationale aux procédures de passation, le paragraphe 2 exige que les invitations soient également publiées dans des médias diffusés internationalement, dans une langue d'usage courant dans le commerce international. Ces procédures visent à assurer la diffusion des invitations à l'appel d'offres ou à l'enchère électronique inversée auprès d'un public international de fournisseurs et d'entrepreneurs tout en permettant à ce dernier de les comprendre.

12. Le paragraphe 4 prévoit des exceptions à cette règle: il s'agit des marchés nationaux et des marchés de faible valeur dont l'entité adjudicatrice estime qu'ils ont peu de chances d'intéresser des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Dans ces cas, elle peut tout de même recourir à la sollicitation internationale, mais n'y est pas tenue. Toutefois, si des fournisseurs ou entrepreneurs souhaitent participer (par exemple, s'ils ont vu une annonce sur Internet), ils doivent y être autorisés (voir également le paragraphe [...] ci-dessous).

13. La première exception – passation d'un marché national – est uniquement possible, selon l'article 8 de la Loi type, pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant (voir le commentaire relatif à cet article aux paragraphes [...] ci-dessus). La seconde – passation de marchés de faible valeur – repose en grande partie sur le jugement de l'entité adjudicatrice. La Loi type reconnaît que, dans ce cas, l'entité adjudicatrice n'aurait aucun intérêt juridique ou économique à exclure les fournisseurs et entrepreneurs étrangers puisqu'une exclusion globale de la participation étrangère aux marchés de ce type risquerait de la priver inutilement de la possibilité d'obtenir un meilleur prix. Il convient de souligner que la décision doit être consignée au procès-verbal de la procédure de passation et peut être contestée conformément au chapitre VIII. L'entité adjudicatrice voudra tenir compte des coûts et des avantages potentiels de cette approche.

14. Afin de promouvoir la transparence et d'empêcher toute invocation arbitraire et excessive de la seconde exception, l'État adoptant voudra peut-être définir, dans

les règlements en matière de passation des marchés, un seuil au-dessous duquel les entités adjudicatrices ne sont pas contraintes, conformément au paragraphe 4 de l'article, de recourir à la sollicitation internationale. Ce seuil pourra être identique ou non aux seuils que l'État adoptant fixera lorsqu'il incorporera les articles 21-3 b) et 22-2 de la Loi type, et pourra varier d'un type de passation à l'autre. À défaut de fixer un seuil spécifique dans les règlements en matière de passation des marchés aux fins de l'application du paragraphe 4, l'État adoptant souhaitera peut-être donner des orientations aux entités adjudicatrices quant à la manière appropriée de décrire les marchés de faible valeur dans l'État, description qui peut tenir compte des seuils fixés en relation avec les articles 21-3 b) et 22-2 de la Loi type⁴ ⁵.

15. Indépendamment de l'approche retenue, il faudrait réussir à trouver une définition commune, dans l'État adoptant, de la notion de marché de faible valeur, pour éviter que la plus grande partie des marchés n'échappe à l'obligation de publication internationale. La faible valeur du marché devrait être prise en compte en même temps que l'absence prévisible d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers pour la passation en question (c'est-à-dire que, même si l'entité adjudicatrice publiait l'invitation dans une publication de diffusion internationale dans une langue d'usage courant dans le commerce international, il n'y aurait pas de participation internationale, faute d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers). Une telle publication entraînerait par conséquent des coûts supplémentaires (notamment de traduction, le cas échéant), sans procurer d'avantage. Il est important que l'ensemble des entités adjudicatrices de l'État adoptant suivent des pratiques cohérentes dans ce domaine pour éviter toute confusion, incertitude ou inquiétude quant à l'accessibilité du système de passation des marchés de l'État.

16. Lorsque l'entité adjudicatrice se prévaut d'une exception prévue au paragraphe 4, elle peut invoquer les autres exceptions applicables aux marchés nationaux, comme la dérogation à l'obligation de fournir, dans le dossier de sollicitation, des informations sur la monnaie et les langues, qui ne seront peut-être pas utiles dans le contexte de la passation d'un marché national (pour plus d'indications à ce sujet, voir paragraphes [...] ci-après).

⁴ Afin de finaliser les commentaires relatifs aux dispositions de l'article 32-4, le Groupe de travail est prié de confirmer l'interprétation du Secrétariat, à savoir qu'en invoquant l'exception à la règle de la sollicitation internationale prévue à l'article 32-4, l'entité adjudicatrice est liée par le seuil établi dans la Loi et les règlements en matière de passation des marchés pour les marchés de faible valeur. Si le seuil défini dans ces règlements diffère de celui qui est prévu aux articles 21-3 b) et 22-2 de la Loi, c'est celui qui est défini dans la Loi type qui l'emporte. Si le seuil défini à l'article 21-3 b) diffère de celui de l'article 22-2, c'est ce dernier qui l'emporte, car il est plus pertinent aux fins de l'article 32-4.

⁵ 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 dans les dispositions de la Loi type, il ne valait pas mieux renvoyer systématiquement la question 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 ce point. Pendant les consultations tenues avec des experts concernant les indications à fournir au sujet de cette méthode de passation, on a toutefois suggéré que le Groupe de travail et la Commission réexaminent la question afin que le choix de l'emplacement desdits seuils soit cohérent. Étant donné que l'évolution de la situation économique exige des ajustements périodiques, il sera peut-être préférable de fixer les seuils dans les règlements (par comparaison avec l'article 22-2).

17. Les conditions énoncées par la Loi type en matière de publicité ne sont que des conditions minimums. La réglementation des marchés peut exiger des entités adjudicatrices qu'elles publient l'invitation à soumettre une offre par des moyens supplémentaires permettant au plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation du marché. Il peut s'agir pour l'entité, par exemple, d'afficher l'invitation sur des panneaux officiels, de l'insérer dans un bulletin des marchés ou de l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères dans son pays et aux missions commerciales de son pays à l'étranger⁶. Si l'entité adjudicatrice utilise des moyens de publicité et de communication électroniques, elle peut inclure dans l'invitation un lien Web vers le dossier de sollicitation, approche qui semble avantageuse en termes tant d'efficacité que de transparence.

18. Comme l'indique son paragraphe 3, l'article ne s'applique pas en cas de procédure de préqualification, ce qui ne signifie pas qu'une large sollicitation internationale n'est pas nécessaire en l'espèce; au contraire, une participation ouverte est obligatoire dans cette procédure. Toutefois, la sollicitation se déroule de manière différente: l'invitation à soumettre une offre ou à participer à l'enchère est précédée d'une invitation à participer à la préqualification. Cette dernière doit être publiée conformément aux dispositions de l'article 17-2, qui s'alignent sur celles de l'article 32. On assure ainsi une large diffusion internationale auprès des fournisseurs et entrepreneurs potentiellement intéressés également en cas de procédure de préqualification, sauf dans les situations visées à l'article 32-4. [Renvoi aux commentaires appropriés relatifs aux principes de la préqualification ouverte.]

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

“Article 47. Appel d’offres en deux étapes

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article y déroge.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de présenter, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, une offre initiale contenant leurs propositions⁷ sans indication de prix. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

⁶ Cette phrase se fonde sur le commentaire de 1994 relatif à l'article 24 de la Loi type de 1994. Elle aborde un point général qu'il serait peut-être plus approprié de mentionner dans les commentaires généraux relatifs à la sollicitation, par exemple dans l'introduction de la section II du chapitre II, auquel cas il suffira d'y renvoyer ici. Le passage qui suit sur la publication électronique pourrait également être inséré dans lesdits commentaires.

⁷ Le Groupe de travail souhaiterait peut-être recommander de remplacer le terme “propositions” par “solutions proposées” pour éviter toute confusion avec la procédure de demande de propositions.

3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée en application des dispositions de la présente Loi, des discussions au sujet de tout aspect de leur offre. Lorsqu'elle engage des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur, elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs des chances égales de participer aux discussions.

4. a) Durant la deuxième étape, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape à présenter une offre définitive, accompagnée d'un prix, sur la base des conditions révisées de la passation de marché;

b) Lorsqu'elle révisé les conditions applicables à la passation de marché, elle peut:

i) Supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché énoncées initialement, et ajouter toute nouvelle caractéristique qui soit conforme aux exigences de la présente Loi;

ii) Supprimer ou modifier tout critère d'examen ou d'évaluation des offres énoncé initialement et ajouter tout nouveau critère qui soit conforme aux exigences de la présente Loi, dans la mesure uniquement où cette suppression ou modification est rendue nécessaire par la modification des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché;

c) Les suppressions, modifications ou ajouts effectués en application de l'alinéa b) du présent paragraphe sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive;

d) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne souhaite pas présenter une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir;

e) Les offres définitives sont évaluées en vue de déterminer l'offre à retenir telle que celle-ci est définie à l'article 42-4 b) de la présente Loi."

Commentaire proposé:

19. Le présent article régit les procédures à suivre dans l'appel d'offres en deux étapes. Le paragraphe 1 rappelle que les règles de l'appel d'offres ouvert s'appliquent à l'appel d'offres en deux étapes, sauf lorsque les procédures propres à ce dernier exigent des modifications. Certaines règles de l'appel d'offres ouvert sont applicables telles quelles, notamment celles qui concernent les procédures de sollicitation des offres (art. 35), la teneur de l'invitation à soumettre une offre (art. 36) et la communication du dossier de sollicitation (art. 37). D'autres règles du chapitre III exigeront une modification en raison des particularités de l'appel d'offres en deux étapes décrites aux paragraphes 2 à 4 de l'article 47. Par exemple, les dispositions de l'article 38 sur la teneur du dossier de sollicitation qui font référence au prix des offres ne sont pas pertinentes lorsque des offres initiales sont sollicitées. Les dispositions de l'article 40 sur la période de validité, la modification et le retrait des offres doivent être lues conjointement avec le paragraphe 4 d) de l'article 47, qui permet à un fournisseur ou entrepreneur ne souhaitant pas présenter

une offre définitive de se retirer de la procédure sans perdre la garantie de soumission (les raisons qui justifient la dérogation aux règles de l'appel d'offres ouvert figurent au paragraphe [30] ci-dessous).

20. Certaines dispositions du chapitre III, telles que l'article 41 sur l'ouverture des offres et les dispositions de l'article 42 sur l'évaluation des offres, ne seront applicables qu'aux offres définitives soumises en réponse aux conditions révisées de la passation de marché. Les dispositions de l'article 39 relatives à la présentation des offres et celles de l'article 42 relatives à l'examen des offres seront, en revanche, applicables tant aux offres initiales qu'aux offres définitives. Les dispositions de l'article 43, qui interdisent les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs une fois les offres soumises, doivent être interprétées, dans le contexte de l'appel d'offres en deux étapes, comme n'excluant pas la possibilité de discussions, pour autant qu'il ne s'agisse pas de négociations, entre l'entité adjudicatrice et tout fournisseur ou entrepreneur au sujet de son offre initiale. L'interdiction de tenir des négociations s'applique tout au long de la procédure d'appel d'offres en deux étapes (y compris la période consécutive à la soumission des offres définitives).

21. Le paragraphe 2 contient des règles spécifiques pour la sollicitation des offres initiales, qui modifient les règles de sollicitation du chapitre III. Durant cette étape, l'entité adjudicatrice peut solliciter des propositions de solutions concernant toute condition de la passation de marché autre que le prix des offres. Compte tenu des conditions d'utilisation de cette méthode de passation (voir art. 29-1; pour le commentaire sur cet article, voir les paragraphes [...] ci-dessus), elle devrait solliciter diverses solutions liées, en premier lieu, aux exigences techniques et qualitatives que doit remplir l'objet du marché et, le cas échéant, à la compétence et aux qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs. Certaines exigences qualitatives peuvent avoir un impact commercial, comme l'acquisition ou le transfert de droits de propriété intellectuelle: ces aspects peuvent à juste titre figurer parmi les conditions de la passation de marché et être discutés avec les fournisseurs. Par exemple, le dossier de sollicitation exigera peut-être des solutions pour l'utilisation de la propriété intellectuelle (ces droits pourraient être pris sous licence ou acquis). Dans ce cas, ces exigences font partie des aspects techniques du marché. Dans le cas contraire, les coûts liés à l'utilisation de la propriété intellectuelle concernée feront simplement partie du prix de l'offre soumis à la deuxième étape.

22. L'article ne prévoit pas de règles spécifiques pour la présentation et l'examen des offres initiales. Les dispositions pertinentes du chapitre III s'appliquent. En particulier, les dispositions applicables de l'article 42-3 régissent les cas où le rejet de l'offre initiale sera possible: à savoir lorsque le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté l'offre n'a pas les qualifications requises; que l'offre présentée n'est pas conforme; ou qu'un fournisseur ou entrepreneur est exclu de la procédure de passation de marché pour les motifs prévus à l'article 20 (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts). Les autres motifs de rejet mentionnés à l'article 42-3 ne s'appliquent pas; ils concernent les situations où les prix des offres sont examinés, ce qui n'est pas le cas durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes. Tous les fournisseurs dont les offres ne sont pas rejetées sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

23. Le paragraphe 3 prévoit la possibilité de tenir des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée, au sujet de tout aspect

de leur offre. Les discussions peuvent porter sur tout aspect de la passation à l'exception du prix et ne doivent pas s'apparenter à des négociations (sur ce point, voir les commentaires aux paragraphes [...] ci-dessus). Les discussions ne seront pas toujours nécessaires car il est possible que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'affiner et d'arrêter elle-même les conditions de la passation, sur la base des offres initiales reçues. Les dispositions du paragraphe 3 exigent que, lorsque l'entité adjudicatrice décide d'engager des discussions, elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés des chances égales d'y participer.

24. Le paragraphe 4 régit les procédures à suivre dans les étapes suivantes de l'appel d'offres en deux étapes, dans la mesure où elles diffèrent des règles de l'appel d'offres ouvert indiquées au chapitre III de la Loi type. Il régit également les questions qui découlent de la préparation et de la communication des conditions révisées finales, comme les modifications que l'entité adjudicatrice est autorisée à apporter aux conditions initialement annoncées.

25. L'alinéa a) oblige l'entité adjudicatrice à inviter tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape à présenter une offre définitive, en réponse aux conditions révisées de la passation de marché. L'offre définitive est équivalente à l'offre soumise lors d'un appel d'offres ouvert en ce que sa conformité à la sollicitation sera évaluée et qu'elle inclura le prix.

26. L'alinéa b) porte sur les changements pouvant être apportés aux conditions de la passation de marché annoncées initialement. Il est permis d'apporter des changements (suppressions, modifications ou ajouts) aux aspects techniques et qualitatifs de l'objet du marché et aux critères d'examen et d'évaluation des offres, dans certaines conditions qui visent à limiter la latitude de l'entité adjudicatrice à cet égard. Étant donné que l'objectif de la Loi type est d'assurer un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs, la modification des aspects techniques et qualitatifs à la suite de la première étape de la procédure ne peut pas entraîner une modification de la description de l'objet du marché annoncée initialement. Si la description de l'objet du marché est modifiée, une nouvelle procédure de passation doit être engagée pour permettre à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs d'y participer (y compris les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales ont été rejetées ou qui auraient désormais les qualifications requises). L'article 15-3 entre en jeu dans ce contexte: il prévoit que l'entité adjudicatrice doit publier à nouveau les informations concernant la passation si, à la suite d'une clarification et d'une modification du dossier de sollicitation, les informations publiées lorsqu'elle a sollicité pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché deviennent substantiellement inexacts (pour les commentaires sur l'article 15-3, voir les paragraphes [...] ci-dessus).

27. L'alinéa b) i) porte sur les modifications pouvant être apportées à la description de l'objet du marché. Elles concernent essentiellement les aspects techniques et qualitatifs de ce dernier compte tenu de l'objectif principal de l'appel d'offres en deux étapes: à savoir préciser davantage les spécifications techniques et qualitatives de l'objet du marché, réduire les options possibles à celle qui répondrait le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice et, sur cette base, arrêter un ensemble unique de conditions applicables à la passation.

28. La modification des aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché peut exiger de modifier aussi les critères d'examen et/ou d'évaluation; autrement, ces critères, lors de la deuxième étape, ne correspondraient plus aux aspects techniques et qualitatifs applicables. L'alinéa b) ii) n'autorise donc que les modifications rendues strictement nécessaires par les changements apportés aux aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché.

29. L'alinéa c) exige que toute modification des conditions de la passation de marché telles qu'annoncées initialement soit portée à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs, dans l'invitation à présenter une offre définitive.

30. L'alinéa d) autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à ne pas soumettre une offre définitive sans perdre la garantie de soumission qu'ils ont pu être tenus de fournir pour participer à la première étape. Cette dernière disposition vise à renforcer la participation des fournisseurs ou entrepreneurs étant donné que, à la date limite de soumission des offres initiales, ils ne sont pas censés savoir quels changements seront apportés par la suite aux conditions de la passation. Compte tenu des caractéristiques de cette méthode de passation, toutefois, la garantie de soumission sera très probablement exigée pour la présentation des offres définitives et non pour celle des offres initiales.

31. L'alinéa e) soumet les procédures suivies pour l'examen et l'évaluation des offres définitives et la détermination de l'offre à retenir aux règles de l'appel d'offres ouvert du chapitre III de la Loi type.

32. Les États adoptants devraient noter l'importance particulière des dispositions de l'article 23 sur la confidentialité dans le contexte de cette méthode de passation de marché (comme dans toute autre méthode de passation prévue au chapitre V). Le risque de révéler, par inadvertance ou d'une autre manière, des informations commercialement sensibles de fournisseurs ou d'entrepreneurs concurrents peut se poser non seulement à l'étape des discussions mais également dans la formulation des conditions révisées de la passation (par exemple, dans l'utilisation d'exigences, de symboles et de termes pour décrire les aspects techniques et qualitatifs révisés de l'objet du marché, qui peuvent involontairement révéler la source d'information) et lors de la communication aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux dispositions du paragraphe 4 c), des modifications apportées aux conditions initialement annoncées. Selon les dispositions de l'article 23, l'entité adjudicatrice doit respecter la confidentialité des propositions techniques des fournisseurs ou entrepreneurs tout au long du processus. L'importance de cette garantie ne devrait pas être sous-estimée si l'on veut préserver l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus, et garantir la participation des fournisseurs ou entrepreneurs aux procédures actuelles ou futures de passation des marchés en deux étapes.

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

4. Points concernant la procédure d'appel d'offres en deux étapes qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

33. Les dispositions relatives à la procédure d'appel d'offres en deux étapes qui figurent dans la Loi type révisée se fondent sur les dispositions de la Loi type de 1994 qui régissent la même méthode de passation de marché (art. 19-1). Des modifications ont été apportées aux dispositions de 1994 pour préciser davantage la principale condition d'utilisation de cette méthode (telle qu'indiquée à l'alinéa a) de l'article 29-1) et pour la distinguer des conditions d'utilisation des autres méthodes de passation du chapitre V (dans le texte de 1994, les mêmes conditions d'utilisation s'appliquaient à trois méthodes de passation: appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions et négociation avec appel à la concurrence). En outre, la formulation des conditions d'utilisation à l'alinéa a) a été amendée pour indiquer clairement que les discussions avec des fournisseurs ou entrepreneurs sont une caractéristique facultative de la méthode.

34. La référence à l'approbation d'un organe externe pour pouvoir utiliser cette méthode de passation, qui figurait dans le texte de 1994, a été supprimée conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger de manière générale dans la Loi type révisée que l'entité adjudicatrice sollicite l'approbation d'un autre organe pour prendre telle ou telle mesure (pour plus d'indications sur ce point, voir les paragraphes [...] ci-dessus).

Procédures

35. Les procédures à suivre pour l'appel d'offres en deux étapes se basent sur l'article 46 de la Loi type de 1994. Les paragraphes 3 et 4 de l'article ont été révisés sur le fond pour préciser davantage les dispositions et pour renforcer les garanties contre les abus dans le cadre de cette méthode de passation [ce point sera développé ultérieurement].