



Assemblée générale

Distr. générale
13 mai 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-8 juillet 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 texte du Guide qui accompagnera les articles 23 à 25 du chapitre premier (Dispositions générales) et les articles 26 et 27 du chapitre II (Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes. Sollicitation et avis de passation de marché) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



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

...

Deuxième partie. Commentaire par article

...

Article 23. Confidentialité

1. L'article 23 a pour objet de protéger les informations confidentielles concernant toutes les parties à la procédure de passation. Il impose différentes règles de confidentialité à différents groupes de personnes, en fonction du type d'informations concernées. Il est complété par l'article 68 de la Loi type, qui traite de la protection des informations confidentielles dans une procédure de contestation ou d'appel.

2. Le paragraphe 1 vise les informations que l'entité adjudicatrice n'a pas le droit de divulguer aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni au public. Il s'agit en premier lieu d'informations qui ne doivent pas être divulguées pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant. Ces intérêts pourraient toucher des marchés indispensables à la sécurité nationale ou destinés à la défense nationale et des marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, mais aussi des marchés portant sur des expériences à des fins de recherche médicale ou sur l'achat de vaccins lors de pandémies¹. Ce type d'informations seraient probablement considérées comme des informations classifiées dans la législation de l'État adoptant. Le commentaire relatif à la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", figurant à l'article 2, est par conséquent utile dans ce contexte (voir ... ci-avant).

3. Le paragraphe 1 vise aussi les informations dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, nuirait à la concurrence loyale ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs. Il faudrait interpréter la formule "nuirait à la concurrence loyale" au sens large, c'est-à-dire comme visant non seulement la procédure de passation en question, mais aussi les passations ultérieures. En raison du champ d'application large de la disposition et du risque que l'entité adjudicatrice en abuse si elle dispose d'une trop grande latitude pour l'appliquer, il est essentiel que l'État adoptant insère, si ce n'est une liste exhaustive de ces informations, du moins une liste de leurs sources juridiques, dans les règlements en matière de passation des marchés. Le paragraphe 1 prévoit également que ces informations peuvent être divulguées uniquement sur injonction du tribunal ou d'un autre organe concerné désigné par l'État adoptant (qui peut, par exemple, être l'instance indépendante visée à l'article 66 de la Loi type). L'identité de l'organe doté d'un tel pouvoir doit être précisée dans la loi. L'injonction émise par le tribunal ou par un autre organe

¹ Certains spécialistes se demandent s'il convient de faire référence à "l'achat de vaccins lors de pandémies" dans ce contexte. Le Secrétariat demande des orientations à cet égard.

désigné déterminera la mesure dans laquelle ce type d'informations peuvent être divulguées et les procédures de divulgation.

4. Le paragraphe 2 traite des informations des fournisseurs ou entrepreneurs contenues dans les demandes de préqualification ou de présélection, ou dans les soumissions. De par leur nature, ce type de documents contiennent des informations commerciales sensibles. Leur divulgation à des fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou à une personne non autorisée risquerait de nuire à la concurrence loyale et porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs. Une telle divulgation est par conséquent interdite de manière générale. Dans ce contexte, le terme "personne non autorisée" vise un tiers externe à l'entité adjudicatrice (y compris un membre d'une commission constituée pour examiner et évaluer les soumissions), à l'exception d'une instance de surveillance, de recours ou autre instance compétente autorisée à accéder aux informations en question conformément aux règles de droit applicables de l'État adoptant. Toutefois, la Loi type reconnaît qu'il est important de divulguer certaines informations contenues dans les demandes de préqualification ou de présélection et dans les soumissions – aux fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou au public en général – pour assurer la transparence et l'intégrité de la procédure de passation, ainsi que pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés d'engager une procédure de contestation ou d'appel efficace et au public d'exercer un contrôle effectif. Pour assurer la cohérence avec les dispositions de la Loi type qui traitent des divulgations autorisées à ces fins, le paragraphe 2 de l'article prévoit des exceptions à l'interdiction générale. Il renvoie aux exigences prévues dans les articles suivants: à l'article 21-2 et 10, aviser les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission des résultats de l'évaluation et de l'attribution du marché; à l'article 22, indiquer le nom du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel le marché a été attribué et le prix de ce dernier dans l'avis public d'attribution du marché; à l'article 24, divulguer certaines informations figurant dans les demandes ou les soumissions en permettant au public et aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés d'accéder à certaines parties du procès-verbal et des dossiers de la procédure de passation de marché; et à l'article 41-3 de la Loi type, annoncer certaines informations figurant dans les offres soumises lors de l'ouverture des offres.

5. Alors que les paragraphes 1 et 2 sont d'application générale, indépendamment de la méthode de passation de marché utilisée, le paragraphe 3 est limité aux procédures de passation visées aux articles 47-3 et 48 à 50, qui prévoient des discussions, un dialogue ou des négociations entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs. Contrairement aux paragraphes 1 et 2, qui imposent des obligations de confidentialité à l'entité adjudicatrice, le paragraphe 3 étend cette obligation à toutes les parties, et vise les informations liées aux discussions, aux communications, au dialogue ou aux négociations dans le contexte de ces procédures de passation. La divulgation de ces informations n'est possible que si l'autre partie y consent, si la législation l'exige, si le tribunal ou un autre organe concerné désigné par l'État adoptant l'ordonne, ou si le dossier de sollicitation l'autorise. La référence à l'ordonnance du tribunal ou d'un autre organe concerné désigné par l'État adoptant est identique à celle du paragraphe 1 de l'article. En désignant cet organe, l'État adoptant devrait par conséquent assurer la cohérence entre les deux paragraphes. La référence à l'autorisation de divulgation dans le dossier de sollicitation devrait être interprétée de manière restrictive. En effet, un

dossier de sollicitation autorisant la divulgation de tous les types d'informations sans exception violerait les dispositions de la Loi type, notamment les paragraphes 1 et 2 de l'article. Le dossier de sollicitation devrait demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de préciser, dans leurs soumissions, les informations qu'ils jugent confidentielles.

6. Le paragraphe 4 a aussi une portée limitée, puisqu'il ne s'applique qu'à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées (pour ce qui est de la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", voir l'article 2 j) et le commentaire y relatif au paragraphe ... ci-avant). Il prévoit que l'entité adjudicatrice peut prendre, outre les mesures susceptibles d'être exigées par la loi de l'État adoptant pour protéger les informations classifiées (ces mesures comprennent l'interdiction générale de toute divulgation au public visée par le paragraphe 1 de l'article), des mesures supplémentaires pour protéger ces informations dans le cadre d'une passation de marché particulière. Ces mesures supplémentaires peuvent concerner uniquement les fournisseurs ou entrepreneurs ou être étendues à leurs sous-traitants. Elles peuvent être justifiées par le caractère sensible de l'objet du marché ou par l'existence d'informations classifiées, même lorsque l'objet lui-même n'est pas sensible (par exemple, lorsqu'il est nécessaire d'assurer la confidentialité des informations concernant les délais de livraison ou le lieu de livraison), ou encore par les deux.

Article 24. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

1. Cet article a pour objet de promouvoir la transparence et l'obligation de rendre des comptes dans le cadre de la passation en exigeant que l'entité adjudicatrice tienne un procès-verbal complet de la procédure de passation de marché, auquel auront accès les personnes intéressées et autorisées. Ce procès-verbal résume les principales données de la procédure de passation. Il est essentiel que les personnes intéressées et autorisées y aient rapidement accès pour que toute procédure de contestation ou d'appel engagée par les fournisseurs ou entrepreneurs lésés soit efficace. Grâce à cette mesure d'appui, la législation sur la passation des marchés dispose de son propre mécanisme pour garantir, dans la mesure du possible, son application et le contrôle de son application. En outre, l'incorporation dans cette législation de conditions strictes relatives aux procès verbaux facilite la tâche des organes de surveillance exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rend les entités adjudicatrices davantage comptables envers le public des dépenses de fonds publics qu'elles effectuent.

2. Cet article ne prescrit ni la forme ni la manière dont le procès-verbal doit être tenu. Ces questions sont soumises à l'article 7, qui régit la forme et les moyens de communication dans la passation des marchés, et en particulier aux règles énoncées dans les paragraphes 1 et 4 de cet article (voir le commentaire relatif aux dispositions concernées de cet article au paragraphe ... ci-avant).

3. La liste des renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément au paragraphe 1 de l'article ne se veut pas exhaustive, comme l'indiquent le chapeau (qui emploie le mot "inclut") et l'alinéa w) du paragraphe 1. Ce dernier alinéa est une disposition "fourre-tout" figurant en fin de liste, qui

devrait garantir que toutes les décisions importantes prises dans le cadre d'une procédure de passation et les raisons qui les expliquent soient inscrites au procès-verbal. Certaines de ces décisions, même si elles ne sont pas mentionnées au paragraphe 1 de l'article, doivent être inscrites au procès-verbal conformément à d'autres dispositions de la Loi type. Ainsi, l'article 34-3 exige de consigner au procès-verbal la décision motivée de recourir à la sollicitation directe plutôt qu'à la sollicitation ouverte dans la procédure de demande de propositions. Les articles 52-2 et 59-7 exigent de consigner la décision motivée de limiter la participation aux enchères et aux accords-cadres ouverts, respectivement, en raison de contraintes technologiques. L'alinéa w) mentionne également les renseignements dont les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger l'inscription au procès-verbal.

4. La référence, dans le chapeau du paragraphe 1, à la "tenue" du procès-verbal devrait être interprétée comme signifiant que ce dernier doit être actualisé une fois que les renseignements ont été fournis. Les renseignements sont donc inscrits au procès-verbal dans la mesure où ils sont connus de l'entité adjudicatrice. Par exemple, dans les procédures de passation où toutes les propositions n'ont pas été complètement développées ou finalisées par leurs auteurs, en particulier lorsque certaines n'ont pas franchi les étapes finales de la procédure, l'entité adjudicatrice pourrait inclure, conformément à l'alinéa s) du paragraphe 1, un résumé des conditions de chaque soumission dont elle a connaissance au moment considéré de la procédure. La référence, dans le même alinéa, à un "mode de détermination du prix" vise à tenir compte des cas où, en particulier dans les marchés de services, les soumissions contiennent une formule permettant de déterminer le prix, mais non un prix lui-même.

5. L'incorporation des obligations de tenue d'un procès verbal suppose notamment de spécifier dans quelle mesure et à qui les informations devraient être communiquées. Pour déterminer les paramètres en la matière, il faut concilier différents facteurs tels que les suivants: le fait qu'il est généralement souhaitable, s'agissant de l'obligation pour les entités adjudicatrices de rendre des comptes, de divulguer toutes les informations; le fait qu'il est nécessaire de donner aux fournisseurs et entrepreneurs les informations dont ils ont besoin pour évaluer leur performance dans le cadre de la procédure et déterminer s'ils ont des motifs légitimes de recours; et le fait qu'il faut protéger des informations commerciales confidentielles de fournisseurs et d'entrepreneurs. Au vu de ces considérations, l'article 24 prévoit deux niveaux de communication: au paragraphe 2, il impose la communication à quiconque des renseignements visés aux alinéas a) à k) du paragraphe 1 – informations de base dans l'optique de permettre à l'entité adjudicatrice de rendre des comptes au public. Au paragraphe 3, il impose la communication d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont présenté une soumission, car ils ont besoin de ces informations pour suivre leur performance respective dans la procédure de passation et contrôler comment l'entité adjudicatrice applique les dispositions de la Loi type.

6. Le groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs visés au paragraphe 3 est limité à ceux qui ont présenté des soumissions, car les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont été disqualifiés au stade de la préqualification ou de la présélection ne devraient pas avoir accès aux informations concernant l'examen et l'évaluation des

soumissions. Les motifs de leur disqualification leur sont communiqués conformément aux articles 17-10 et 48-3 e), ce qui devrait leur donner suffisamment d'éléments pour déterminer s'ils souhaitent ou non contester leur exclusion en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

7. Le paragraphe 3 autorise la divulgation de certaines parties du procès-verbal aux fournisseurs ou entrepreneurs au moment où ils ont pris connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière (ou de l'abandon de la passation de marché) pour donner effet au droit de contestation visé à l'article 63 (chapitre VIII de la Loi type). Pour que cette disposition produise ses effets, l'entité adjudicatrice doit leur donner rapidement accès aux parties en question du procès-verbal². En retardant la divulgation jusqu'à l'entrée en vigueur du marché, par exemple, elle risque de priver les fournisseurs et entrepreneurs lésés d'un recours réel. Cette disposition vise aussi à tenir compte des deux manières dont les fournisseurs ou entrepreneurs concernés peuvent prendre connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière: soit au moment où leur est notifié le délai d'attente, conformément à l'article 21-2, soit dans d'autres circonstances possibles³, y compris en l'absence d'une telle notification.

8. La divulgation d'informations soit au public soit aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés est sans préjudice de l'alinéa a) du paragraphe 4 de l'article, qui énonce les raisons autorisant l'entité adjudicatrice à ne pas divulguer des informations, et de l'alinéa b) du même paragraphe, qui énumère les informations qui ne peuvent pas être divulguées. (Voir le commentaire relatif à l'article 22 au paragraphe ... ci-avant, qui traite de questions liées à l'alinéa a.) Pour ce qui est de l'alinéa b), comme le mentionne le commentaire relatif à l'article 22 et au présent article figurant ci-avant, l'un des objectifs nécessaires de ces dispositions est d'éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles aux fournisseurs et entrepreneurs. Cette nécessité se pose tout particulièrement pour les informations concernant l'évaluation des soumissions, car celles-ci peuvent naturellement comprendre des informations commerciales sensibles, que les fournisseurs et entrepreneurs ont un intérêt légitime à protéger. Aussi l'alinéa t) du paragraphe 1 ne mentionne-t-il qu'un résumé de l'évaluation des soumissions, alors que l'alinéa b) du paragraphe 4 restreint la divulgation d'informations plus détaillées autres que celles pouvant être communiquées dans ce résumé.

9. Le mécanisme de divulgation limitée décrit aux paragraphes 2 et 3 n'empêche pas l'application à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'État adoptant qui confèrent au public un droit général d'accès aux documents officiels. Par exemple, la divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organes de surveillance peut être imposée par la loi applicable de l'État adoptant.

² Les dispositions pertinentes de la Loi type n'exigent pas que les parties du procès-verbal soient communiquées rapidement. La Commission voudra peut-être examiner s'il faut modifier le paragraphe 3 dans ce sens.

³ Il faudrait peut-être donner des explications plus détaillées sur ces circonstances éventuelles, en particulier préciser s'il s'agit uniquement de la publication de l'avis d'attribution du marché ou de circonstances plus générales (rumeurs, informations diffusées par les médias, etc.). Le Secrétariat demande des orientations à cet égard.

10. Le paragraphe 5 de l'article s'inspire d'une disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui prévoit que "chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification" (article 9-3 de la Convention). L'obligation de conserver les documents relatifs à la procédure de passation de marché et les règles applicables à leur enregistrement et archivage, y compris la durée de conservation du procès-verbal et de tous les documents relatifs à la passation d'un marché particulier, devraient être énoncées dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Si l'État adoptant estime que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec le procès-verbal et les documents relatifs à la passation d'un marché particulier, il peut prévoir cette obligation dans les règlements en matière de passation des marchés.

Article 25. Code de conduite

1. Cet article a pour objet de souligner la nécessité, pour les États, d'adopter un code de conduite pour les administrateurs et employés des entités adjudicatrices, qui devrait traiter des conflits d'intérêts réels ou supposés, et des risques accrus d'irrégularités de la part des administrateurs ou employés des entités adjudicatrices dans ce genre de situations, ainsi que des mesures visant à réduire ces risques, notamment l'exigence d'une déclaration d'intérêts. L'adoption d'un tel code devrait être considérée comme un moyen d'appliquer certaines dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Bien que cette dernière s'applique de manière générale et ne concerne pas uniquement la passation de marchés, comme il est mentionné aux paragraphes ... de la première partie du Guide, certaines de ses dispositions, notamment les articles 8 et 9, concernent directement la passation des marchés publics et les mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés. Les États adoptants peuvent faire en sorte de combler, par le biais de ces codes de conduite, les lacunes dans la réglementation et l'adoption de mesures aux fins de la mise en œuvre effective des dispositions pertinentes de la Convention.

2. Suivant la tradition juridique des États adoptants, les codes de conduite peuvent être adoptés dans le cadre du droit administratif de l'État concerné, au niveau soit de la législation soit de la réglementation, par exemple dans les règlements en matière de passation des marchés. Ils peuvent s'appliquer de manière générale à tous les agents publics, indépendamment du secteur économique, ou s'appliquer spécifiquement aux personnels chargés de la passation des marchés, et certains peuvent faire partie de la législation et de la réglementation des marchés. Même un code de conduite général applicable aux agents publics contiendra probablement des dispositions portant spécifiquement sur la conduite des personnels chargés de la passation. Un État adoptant qui envisage d'adopter un code de conduite, ou de moderniser un code existant, destiné à ses agents publics ou plus particulièrement aux personnels chargés de la passation, voudra peut-être consulter les documents pertinents établis par des organisations internationales, notamment l'Organisation de coopération et de développement économiques.

3. Les dispositions de l'article 25 s'intéressent avant tout aux conflits d'intérêts dans la passation des marchés, car ceux-ci ont des incidences particulièrement négatives sur la transparence, l'objectivité et l'obligation de rendre des comptes dans la passation de marchés publics. Sans avoir la prétention d'être exhaustives, elles énumèrent quelques mesures visant à réglementer la conduite des personnels chargés de la passation dans les situations de conflits d'intérêts, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt, des procédures de sélection et des exigences en matière de formation. Ces mesures sont conformes à l'article 8-5 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui fait référence: "[aux] mesures et [aux] systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts". La Loi type ne prévoit que des principes généraux, car elle reconnaît qu'il serait impossible d'énoncer des règles exhaustives sur les situations de conflits d'intérêts, y compris les mesures visant à réduire le risque d'irrégularités dans ce genre de situations, chaque État ayant une façon différente de traiter la question.

4. Outre les situations de conflits d'intérêts et les mesures expressément mentionnées dans l'article pour réduire le risque d'irrégularités dans ce genre de situations, un code de conduite devrait traiter d'autres questions, notamment les préoccupations que soulève le phénomène de la "porte tournante" (agents publics demandant ou se voyant proposer un emploi dans le secteur privé auprès d'entités ou de personnes qui pourraient participer à des procédures de passation de marché). Si les dispositions ne visent pas à imposer aux États adoptants d'adopter un code de conduite régissant les relations des fournisseurs et entrepreneurs avec l'entité adjudicatrice, certaines dispositions du code de conduite, notamment celles qui traitent du phénomène de la "porte tournante", devraient indirectement fixer des limites au comportement des entités ou personnes du secteur privé dans leurs relations avec les agents publics.

5. Les dispositions de cet article qui exigent que le code de conduite soit promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour doivent être lues conjointement avec l'article 5-1 de la Loi type, qui prévoit une obligation similaire pour les textes juridiques d'application générale. Le commentaire relatif à l'article 5-1 est par conséquent utile dans le contexte des dispositions de l'article 25 (voir ... ci-avant).

Article 26. Méthodes de passation des marchés

1. L'article 26 énumère toutes les méthodes et techniques prévues dans la Loi type pour mener des procédures de passation de marchés. Cette énumération vise à tenir compte des diverses situations pouvant surgir dans la pratique. Elle doit permettre à l'entité adjudicatrice, lorsque celle-ci examine comment conduire une procédure de passation, de prendre en considération différents facteurs: les biens, travaux ou services à acquérir (l'objet du marché), la situation du marché (nombre de fournisseurs potentiels, degré de concentration et caractère plus ou moins concurrentiel du marché et degré éventuel d'urgence) et le niveau approprié de la technologie à utiliser pour la passation (notamment la question de savoir s'il convient d'utiliser des moyens électroniques de passation).

2. Le paragraphe 1 énumère les méthodes de passation possibles. La première d'entre elles est l'appel d'offres ouvert, que la Loi type considère comme la méthode à utiliser en premier lieu (méthode de passation par défaut), car les procédures s'y rattachant contribuent le plus à la réalisation des objectifs de la Loi type, en appliquant les principes de concurrence, d'objectivité et de transparence (ce point est examiné plus avant dans ...). L'entité adjudicatrice doit par conséquent recourir à cette méthode à moins que d'autres méthodes de passation (ou méthodes alternatives) ne se justifient. Ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 27, le principal moyen de justifier le recours à une méthode alternative est de satisfaire aux conditions d'utilisation imposées pour cette méthode.

3. Les méthodes de passation alternatives comprennent toutes les autres méthodes énumérées au paragraphe 1. Elles peuvent être utilisées pour divers objets de marché, allant d'articles standard à des produits très complexes, dont l'acquisition ne se prête peut-être pas à un appel d'offres ouvert. Certaines de ces méthodes se fondent sur la technique de l'appel d'offres (appel d'offres restreint, appel d'offres en deux étapes [et accords-cadres ouverts]) qui exige une description de l'objet du marché fondée sur des spécifications techniques et dans laquelle l'entité adjudicatrice garde le contrôle et la responsabilité de la solution technique. D'autres se fondent sur la technique de la demande de propositions (demande de propositions sans négociation, demande de propositions avec dialogue et demande de propositions avec négociations consécutives) par laquelle l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de proposer des solutions répondant à ses besoins, décrits sous la forme d'exigences et de normes techniques minimales, et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent faire en sorte que leurs solutions répondent effectivement aux besoins de l'entité. Certaines méthodes sont moins structurées ou plus souples (demande de prix, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique) en raison des situations particulières dans lesquelles elles peuvent être utilisées (marché de très faible valeur, diverses situations d'urgence etc.), situations qui se prêtent moins, voire ne se prêtent pas du tout, à des méthodes plus structurées et moins souples. Bien qu'elles soient mentionnées à l'alinéa i) du paragraphe 1 en tant que méthode autonome, les enchères électroniques inversées peuvent également être utilisées comme une technique (de manière similaire aux accords-cadres [fermés] mentionnés au paragraphe 2) en tant qu'étape finale précédant l'attribution du marché dans toute méthode de passation énumérée au paragraphe 1, ainsi que dans l'attribution de marchés sur la base d'un accord-cadre⁴.

4. Le paragraphe 2 mentionne la procédure d'accord-cadre [fermé]. Cette procédure n'est pas une méthode de passation en soi. Il s'agit d'une technique consistant à attribuer un accord-cadre [fermé] en recourant aux méthodes de passation énumérées au paragraphe 1 puis de passer des commandes sur la base de l'accord-cadre ainsi attribué⁵.

5. Les méthodes et techniques prévues peuvent être considérées comme autant d'outils, dont l'entité adjudicatrice devrait choisir le plus approprié pour mener la

⁴ Il faudra peut-être modifier ce paragraphe s'il est décidé de faire figurer les accords-cadres ouverts dans la liste des méthodes de passation au paragraphe 1 de l'article.

⁵ Ibid.

passation envisagée. Il est toutefois admis que les conditions d'utilisation et les fonctionnalités de certaines méthodes se chevaucheront, ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 27 ci-après. Par exemple, on peut considérer que les situations envisagées pour le recours à la demande de propositions pourront se prêter également à une procédure d'appel d'offres si l'entité formule des spécifications en termes de résultats ou de performance⁶. De même, la situation justifiant l'utilisation de l'appel d'offres restreint à l'article 28-1 a) pourra se prêter efficacement à un appel d'offres ouvert. (L'appel d'offres restreint suppose la publication d'un avis au début de la procédure et l'invitation à participer doit être adressée à tous ceux qui souhaitent prendre part à la passation; les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer sauf s'il est considéré qu'ils ne possèdent pas les qualifications requises. De ce point de vue, il est possible que les avantages procéduraux de l'appel d'offres restreint par rapport à l'appel d'offres ouvert ne soient pas énormes (et du point de vue institutionnel, des frais généraux supplémentaires devront être engagés pour veiller à ce que les règles sur la sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres restreint soient bien comprises et appliquées). De même encore, lorsque les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint énoncées à l'article 28-1 b) s'appliquent, il est probable qu'une méthode de passation prévue pour les marchés de faible valeur ou les marchés simples, telle que la demande de prix ou les enchères électroniques inversées, soit également envisageable et indiquée.)

6. On trouvera de plus amples indications sur le choix entre les différentes méthodes de passation alternatives dans le commentaire de l'article 27 plus bas, ainsi que dans le commentaire accompagnant chaque méthode de passation. Ces indications présupposent de la part de l'entité adjudicatrice un jugement et une expérience professionnels suffisants pour choisir la méthode appropriée et pour l'utiliser efficacement.

7. Comme il est indiqué dans la note de bas de page se rapportant à l'article 26, les États adoptants peuvent décider de ne pas incorporer dans leur législation nationale toutes les méthodes prévues par la Loi type. Il est cependant aussi noté que les États adoptants devraient toujours prévoir l'appel d'offres ouvert, qui comme on l'a vu plus haut est la méthode de passation par défaut.

8. Lorsqu'ils déterminent lesquelles des méthodes alternatives retenir, les États adoptants devraient prévoir suffisamment d'options pour répondre aux situations normales dans lesquelles ils passent des marchés, en se référant aux circonstances décrites plus haut ainsi qu'à d'autres pouvant se poser plus particulièrement chez eux. Les États adoptants devraient au moins prévoir (outre l'appel d'offres ouvert) une méthode pouvant être utilisée pour la passation de marchés simples et de faible valeur, une méthode pouvant être utilisée dans diverses situations d'urgence et une méthode pouvant servir pour les marchés plus spécialisés ou complexes. Lorsque l'État adoptant introduit une législation sur la passation des marchés pour la première fois, il sera peut-être bon qu'il fonde son système sur un nombre plus limité de méthodes que celui prévu dans la Loi type et que ces méthodes reposent sur l'appel d'offres pour tous les types de marchés, à l'exclusion des marchés passés dans des situations d'urgence et des marchés de très faible valeur (pour lesquels des

⁶ Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si de plus amples détails devraient être donnés sur ce point et, dans l'affirmative, quelle devrait en être la teneur.

méthodes moins structurées ou plus souples sont présentées dans la Loi type); les capacités acquises dans l'utilisation de ces procédures permettront d'introduire à un stade ultérieur d'autres méthodes, dont la demande de propositions avec négociations ou dialogue.

9. Lorsque les États adoptants considèrent qu'une plus grande faculté de choix entre les méthodes de passation serait nécessaire, les règlements en matière de passation des marchés pourront établir une hiérarchie des méthodes de passation, laquelle sera accompagnée d'indications détaillées pour déterminer la méthode appropriée. Ces règlements et indications devraient préciser en particulier comment sélectionner la méthode appropriée lorsque les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes et/ou techniques s'appliquent.

10. Étant donné que certaines méthodes peuvent être considérées comme plus exposées aux abus et à la corruption que d'autres, et du fait que certaines méthodes exigent des moyens plus importants pour bien fonctionner, les commentaires accompagnant chaque méthode dans [...] visent à aider les États adoptants à examiner quelles méthodes conviennent dans leur système juridique, à mettre en exergue les questions pouvant découler de leur utilisation et les problèmes de capacité pouvant se poser, et à servir de référence aux personnes chargées de rédiger la réglementation et les divers instruments explicatifs. Enfin, les États adoptants voudront examiner si les accords internationaux auxquels ils sont parties, ou les règles édictées par les donateurs, exigent d'adapter les conditions d'utilisation ainsi que l'utilisation des méthodes de passation prévues dans la Loi type, comme on le verra en particulier dans le commentaire relatif aux méthodes de passation fondées sur la demande de propositions.

Article 27. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

1. L'article 27 a pour objet de guider l'entité adjudicatrice dans son choix de la méthode adaptée aux circonstances d'une passation déterminée.

2. Le paragraphe 1 pose la règle fondamentale: l'appel d'offres ouvert est la méthode de passation par défaut. Son utilisation n'est soumise à aucune condition. Cette méthode peut toujours être utilisée. L'appel d'offres ouvert étant la méthode par défaut, il s'ensuit que l'utilisation de toute autre méthode de passation doit être justifiée, justification qui repose sur l'examen du respect des conditions d'utilisation prévues pour cette autre méthode. Le paragraphe 1 exige donc de manière générale que les autres méthodes ne puissent être utilisées que si les conditions d'utilisation énoncées aux articles 28 à [31] de la Loi type le permettent. En conséquence, l'entité adjudicatrice n'a pas toute latitude pour choisir à son gré une méthode autre que l'appel d'offres ouvert. Elle est en fait tenue, dans un premier temps, d'examiner si elle peut utiliser cette autre méthode dans les circonstances de la passation envisagée – en d'autres termes, de vérifier si les conditions d'utilisation de cette autre méthode sont satisfaites. Les conditions d'utilisation contiennent des garanties en particulier contre tout recours abusif à des méthodes moins structurées et plus souples de passation dans le but d'éviter une procédure d'appel d'offres ouvert ou une autre méthode de passation qui, quoique plus longue, offre plus de transparence, d'objectivité et de concurrence.

3. Ainsi qu'il est noté plus haut, les conditions d'utilisation visent à prendre en compte les circonstances différentes et fréquentes qui peuvent justifier le recours à l'une ou l'autre des méthodes alternatives de passation. Par exemple, l'une des conditions justifiant l'utilisation de l'appel d'offres restreint (article 28-1 a)) se réfère à l'acquisition de produits extrêmement complexes qui ne sont disponibles auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Lorsqu'il est impossible ou qu'il ne convient pas de formuler une description complète (contenant les spécifications techniques) de l'objet du marché au début de la procédure de passation, il se peut qu'un appel d'offres en deux étapes ou une demande de propositions avec dialogue convienne davantage. Lorsque les aspects qualitatifs sont très importants (ce qui est fréquent en cas de passation de marchés de services non quantifiables à caractère intellectuel), la demande de propositions sans négociations ou avec négociations consécutives peut être utilisée. Les négociations avec appel à la concurrence sont destinées à la passation de marchés soulevant des questions de sécurité nationale et de marchés dans des situations d'urgence, alors que la sollicitation d'une source unique ne se justifie que par les motifs objectifs énumérés (ces motifs sont, hormis les situations d'urgence, le fait qu'un seul fournisseur dans un secteur déterminé soit en mesure de satisfaire les besoins de l'entité adjudicatrice)⁷.

4. On trouvera dans [...] un commentaire, assorti dans chaque cas d'explications, sur les conditions d'utilisation de chacune des méthodes alternatives de passation prévues dans la Loi type. Ce commentaire examine également certaines des circonstances particulières justifiant l'utilisation de chaque méthode ainsi que certains aspects des procédures s'y rattachant (lesquelles peuvent influencer sur le choix de la méthode). Les conditions d'utilisation indiquent si telle ou telle méthode ou technique de passation peut être utilisée dans une procédure déterminée. Toutefois, elles ne répondent pas à elles seules à la question de savoir si la méthode convient effectivement pour la procédure en question.

5. Les conditions d'utilisation ne fournissent pas d'indications complètes sur le choix à opérer entre les différentes méthodes de passation. En effet, les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes (en plus de l'appel d'offres ouvert, auquel il est toujours possible de recourir) peuvent s'appliquer en l'espèce. L'exemple donné dans [l'Annexe [...] du présent Guide] illustre les chevauchements possibles entre les différentes conditions d'utilisation posées par la Loi type. Seul un examen de toutes les circonstances de la passation permettra de déterminer quelle est la méthode appropriée ou la plus appropriée. C'est ce qu'indique le paragraphe 2 de l'article, qui exige de l'entité adjudicatrice qu'elle choisisse une méthode alternative adaptée aux circonstances de la passation concernée. Ces circonstances varieront selon la passation et, comme l'indique le commentaire de l'article 26, l'entité adjudicatrice devra posséder une connaissance, une expérience et des compétences professionnelles suffisantes pour choisir la méthode la plus adaptée aux circonstances de la passation envisagée parmi toutes les méthodes possibles prévues dans la Loi type.

⁷ Le commentaire relatif à l'utilisation de ces méthodes de passation (négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique) indiquera que les États adoptants peuvent considérer certaines des circonstances envisagées pour une telle utilisation comme improbables dans leur système actuel et conclure de ce fait qu'il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les conditions.

6. Par exemple, pour décider si elle doit recourir à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou encore à la demande de propositions avec dialogue, l'entité adjudicatrice doit déterminer si elle souhaite garder le contrôle de la solution technique lorsque l'objet du marché est relativement complexe. Si elle souhaite conserver ce contrôle mais également préciser la description et les spécifications techniques communiquées au début de la procédure en discutant avec les fournisseurs durant le processus afin de parvenir à la meilleure solution, l'appel d'offres en deux étapes conviendra probablement mieux qu'un appel d'offres ouvert. (Une consultation peut précéder la procédure d'appel d'offres en deux étapes, pour permettre l'élaboration d'une description et de spécifications techniques initiales.) Si l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de conserver ce contrôle ou si elle considère qu'il n'est pas souhaitable de le conserver, la demande de propositions avec dialogue conviendra. On estime généralement que l'utilisation de la demande de propositions avec dialogue, laquelle suppose que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'évaluer et de vérifier différentes solutions ainsi que d'engager un dialogue sur les conditions techniques et commerciales, notamment le prix, exige davantage de moyens que la mise en œuvre de l'appel d'offres en deux étapes (en particulier lorsqu'une consultation a précédé l'appel d'offres en deux étapes pour l'élaboration de la description et des spécifications initiales).

7. Le paragraphe 2 de l'article exige en outre de l'entité adjudicatrice qu'elle "s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible" lorsqu'elle choisit la méthode de passation. Dans ce contexte, la notion de "concurrence" signifie que l'entité adjudicatrice doit, d'abord, privilégier la sollicitation ouverte afin d'accroître au maximum le nombre potentiel de fournisseurs participants et, ensuite, éviter que la procédure ne limite le nombre de participants au point que celui-ci soit inférieur au nombre nécessaire pour qu'ils se fassent effectivement concurrence (et ne se livrent pas à des pratiques collusives).

8. L'obligation d'assurer la plus grande concurrence possible déterminera quelle sera la méthode la plus appropriée parmi celles prévues dans certaines situations. Par exemple, dans les situations d'urgence qui font suite à une catastrophe naturelle ou similaire, la Loi type prévoit deux méthodes possibles: les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique. Les conditions d'utilisation de ces méthodes sont pratiquement identiques: elles exigent respectivement que l'objet du marché soit nécessaire "d'urgence" ou "d'extrême urgence" suite à la catastrophe, sous réserve cependant dans les deux cas qu'il soit impossible de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation en raison du temps que cela prendrait. Si l'on considère que les négociations avec appel à la concurrence tout comme la sollicitation d'une source unique garantissent moins de concurrence (mais également moins d'objectivité et de transparence) que les autres méthodes de passation, il est clair que la concurrence existe jusqu'à un certain point dans les négociations avec appel à la concurrence et qu'elle fait essentiellement défaut dans la sollicitation d'une source unique. C'est pourquoi il ne peut être recouru à la seconde que dans les cas d'extrême urgence: notamment pour subvenir aux besoins qui surviennent immédiatement après la catastrophe (par exemple, besoins en eau potable, en aide alimentaire d'urgence et en abris ou besoins médicaux immédiats). L'apparition d'autres besoins toujours directement liés à la catastrophe, y compris des mêmes besoins que ceux mentionnés plus haut, plusieurs semaines voire plusieurs mois après la catastrophe laisse le temps à l'entité adjudicatrice de recourir aux négociations avec appel à la concurrence en

lieu et place de la procédure de sollicitation d'une source unique (et, plus on avance dans le temps après la catastrophe, et plus la probabilité d'utiliser l'une ou l'autre de ces méthodes diminue, étant donné que l'entité disposera de temps pour recourir à d'autres méthodes). Le commentaire sur ces deux méthodes examine cette question ainsi que les autres mesures pouvant être prises pour limiter les risques qu'elles supposent; le commentaire sur les accords-cadres met également en avant l'utilisation de cette technique en prévision des situations d'urgence.

9. Le paragraphe 3 de l'article renforce la nécessité de justifier l'utilisation de méthodes alternatives de passation en exigeant de l'entité adjudicatrice qu'elle indique dans le procès-verbal de la passation de marché les raisons et circonstances motivant cette utilisation. Cette exigence est également posée à l'article 24-1 e).

Annexe [...]**Achat d'ordinateurs portables**

1. Les conditions d'utilisation de la demande de prix, de l'enchère électronique inversée, de l'appel d'offres restreint, de la sollicitation d'une source unique et de l'accord-cadre susceptibles de s'appliquer à ce type d'acquisition sont rappelées ci-dessous. L'examen qui suit de la manière dont les méthodes et techniques peuvent être utilisées et peuvent convenir pour l'acquisition d'ordinateurs portables tient compte de ces conditions. Cet examen se fonde également sur le commentaire accompagnant chacune de ces méthodes et techniques dans [...].

<i>Méthode</i>	<i>Condition d'utilisation</i>
Demande de prix	Acquisition de biens ou de services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à la description particulière de l'entité adjudicatrice 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.
Enchère électronique inversée (en tant que méthode autonome)	Lorsque l'entité adjudicatrice est en mesure de formuler une description détaillée et précise de l'objet du marché; ET Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée; ET Lorsque les critères qu'utilisera l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.
Appel d'offres restreint (article 28-1 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.
Appel d'offres restreint (article 28-1 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.
Sollicitation d'une source unique	Lorsque l'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, du matériel, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, le matériel, les technologies ou les services existants, compte tenu du fait que le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent; OU Lorsque l'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait de ce fait impossible d'utiliser une autre méthode de passation.
Enchère électronique inversée (en tant qu'étape d'une méthode de passation)	Lorsque les critères qu'utilisera l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.
Accord-cadre (combiné à une méthode de passation)	L'objet du marché devrait être nécessaire de manière indéterminée au cours d'une période donnée.

2. Si les ordinateurs portables nécessaires sont des articles standard disponibles sur le marché, sans que l'entité adjudicatrice ait besoin d'une conception particulière (par exemple d'un logiciel spécialisé) et si la valeur estimative du marché est inférieure au seuil établi par la réglementation des marchés, l'entité pourra alors utiliser la demande de prix. Si le temps et le coût nécessaires pour examiner et évaluer le nombre probable d'offres risquent d'être excessifs par rapport à la valeur du marché, que cette dernière dépasse ou non le seuil requis pour utiliser la demande de prix, l'entité adjudicatrice pourra également utiliser l'appel d'offres restreint. Par ailleurs, il sera normalement possible de formuler une description qui réponde aux conditions requises pour recourir aux enchères électroniques inversées, le marché visé sera probablement concurrentiel et les critères d'évaluation seront quantifiables, si bien que l'entité pourra également utiliser l'enchère électronique inversée en tant que méthode de passation autonome. Elle pourrait également y recourir en tant qu'étape dans la procédure de demande de prix ou d'appel d'offres restreint, car les critères d'évaluation sont quantifiables comme l'exigent les conditions d'utilisation. Il est possible que l'acquisition des ordinateurs portables ne soit pas une opération unique, auquel cas l'entité pourra recourir à un accord-cadre. Il est possible, situation moins fréquente, que l'entité adjudicatrice concernée ait besoin pour ces ordinateurs d'un logiciel très spécialisé, qu'elle ne peut se procurer sous licence qu'après d'un développeur ou d'un nombre limité de développeurs, auquel cas l'appel d'offres restreint voire la sollicitation d'une source unique seraient indiqués.

3. Si on part de l'hypothèse que les ordinateurs n'ont pas besoin d'être adaptés, l'obligation posée à l'article 27-2 d'assurer le maximum de concurrence laisse penser que l'enchère électronique inversée autonome, qui est une procédure ouverte, permettrait de satisfaire à cette obligation. Toutefois, si un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs sont invités à participer à un appel d'offres restreint, un niveau équivalent de concurrence peut être garanti; la nature du secteur visé peut être telle que même le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à une procédure de demande de prix garantira également une concurrence équivalente.

4. L'entité adjudicatrice souhaitera également examiner l'efficacité administrative de la procédure elle-même afin de déterminer quelle sera la méthode appropriée (cette question est sous-entendue dans la condition d'utilisation de l'appel d'offres restreint à l'article 28-1 b)). Il se peut, par exemple, que les frais généraux liés à la tenue d'une enchère électronique inversée (même si les systèmes d'enchères électroniques inversées sont bien établis) dépassent ceux liés à l'utilisation d'autres méthodes, en particulier la demande de prix, qui est simple d'un point de vue procédural. D'un autre côté, l'enchère électronique inversée permet d'évaluer les qualifications du seul fournisseur retenu ainsi que la conformité de son offre. Pour choisir entre l'appel d'offres restreint et la demande de prix, par exemple, l'entité adjudicatrice devra examiner notamment la question de savoir si la communication d'une "description particulière" permettrait d'affiner toute exigence ou offre de logiciel spécialisé ou d'adaptation, ainsi que la valeur estimative du marché. La méthode de passation appropriée sera donc déterminée en fonction des faits dans la situation considérée.