



## Assemblée générale

Distr. limitée  
10 février 2012  
Français  
Original: anglais

---

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

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

#### **Note du Secrétariat**

##### **Additif**

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le chapitre II. La première partie, qui traite des méthodes de passation de marchés et des conditions d'utilisation de ces méthodes, comprend une introduction et un commentaire sur les articles 27 et 28. La deuxième partie, qui traite de la sollicitation et des avis de passation de marché, comprend une introduction et un commentaire sur les articles 33 à 35.



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

...

## CHAPITRE II, première partie – Méthodes de passation des marchés

### A. Résumé analytique

1. Les méthodes et techniques présentées dans la première partie du chapitre II visent à tenir compte des diverses situations de passation de marchés pouvant se présenter dans la pratique. Elles sont censées permettre à l'entité adjudicatrice examinant la manière de conduire une procédure de passation de tenir compte des biens, travaux ou services à acquérir (l'objet du marché), de la situation du marché (le nombre de fournisseurs potentiels, le degré de concentration du marché, son caractère plus ou moins concurrentiel), d'un éventuel degré d'urgence et du niveau de technologie approprié (notamment s'il convient d'utiliser des moyens électroniques de passation).

### B. Incorporation: questions de politique générale

2. Compte tenu des différents stades de développement des systèmes de passation des marchés dans les États adoptants, la présente section du Guide traite des caractéristiques de certaines méthodes de passation qui visent à permettre un pouvoir discrétionnaire plus ou moins grand, ainsi que des moyens et de l'infrastructure nécessaires à leur bonne application. L'objectif est de permettre aux États adoptants de décider si chacune de ces méthodes est adaptée ou non à leur situation, en renvoyant également aux questions soulevées dans le commentaire sur l'application et l'utilisation à la section suivante **[\*\*hyperlien\*\*]**.

3. La Loi type exige que l'appel d'offres ouvert soit prévu dans la législation, comme l'explique le commentaire de l'article 27 **[\*\*hyperlien\*\*]**. Lorsqu'ils décident quelles autres méthodes retenir, les États adoptants devraient prévoir suffisamment de possibilités en tenant compte des situations normales dans lesquelles ils passent des marchés. Ils 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 en cas de catastrophe et dans d'autres situations d'urgence et une méthode pouvant servir pour les marchés plus spécialisés ou complexes.

4. Ces autres méthodes de passation sont censées permettre l'acquisition de divers articles et services, allant d'articles standard à des produits très complexes, pour lesquels l'appel d'offres ouvert peut ne pas convenir. Certaines sont des méthodes avec appel d'offres (appel d'offres restreint, appel d'offres en deux étapes et accords-cadres ouverts dans le contexte d'autres méthodes de passation) exigeant une description de l'objet du marché fondée sur des spécifications techniques et dans lesquelles l'entité adjudicatrice conserve le contrôle et la responsabilité de la

solution technique. D'autres sont des méthodes avec demande de propositions (demande de propositions sans négociation, demande de propositions avec dialogue et demande de propositions avec négociations consécutives) par lesquelles l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de proposer des solutions répondant à ses besoins, décrits comme des exigences et normes techniques minimales. Dans ces méthodes, il appartient aux fournisseurs ou entrepreneurs de s'assurer que leurs solutions répondent effectivement aux besoins de l'entité adjudicatrice. D'autres méthodes encore 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, catastrophe, situation d'urgence etc.), qui ne se prêtent guère à des méthodes plus structurées et plus réglementées.

5. L'ensemble des méthodes et techniques disponibles peuvent être considérées comme une panoplie où l'entité adjudicatrice doit choisir l'outil convenant le mieux à la 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 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). Par exemple, lorsque les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint visé à l'article 28-1 b) s'appliquent en raison de la faible valeur ou de la simplicité de l'objet du marché, 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, peut également être envisageable et indiquée [\[\\*\\*hyperliens\\*\\*\]](#). Les États adoptants sont invités à examiner dans quelle mesure il convient d'adopter des méthodes de passation pouvant faire double emploi compte tenu de leur situation car plus ils prévoient de méthodes, plus le processus décisionnel est complexe.

6. Pour cette raison, si l'État adoptant introduit pour la première fois une législation sur la passation des marchés, il serait peut-être judicieux que son système comporte moins de méthodes que l'éventail complet prévu dans la Loi type. On peut également considérer que les méthodes adoptées doivent comprendre des méthodes fondées sur l'appel d'offres pour tous les types de marchés autre que ceux concernant des situations d'urgence et des articles de très faible valeur (pour lesquels des méthodes moins structurées ou moins réglementées sont présentées dans la Loi type); les capacités acquises dans l'utilisation de ces procédures permettront d'introduire ultérieurement d'autres méthodes, notamment des procédures de demande de propositions avec négociations ou avec dialogue.

7. Étant donné que certaines méthodes peuvent être considérées comme plus exposées que d'autres aux abus et à la corruption ou nécessitent des moyens plus importants pour bien fonctionner, les commentaires ci-après concernant chaque méthode [\[\\*\\*hyperliens\\*\\*\]](#) visent à aider les États adoptants à déterminer quelles méthodes conviennent à leur système juridique, à souligner les questions pouvant découler de leur utilisation et les problèmes de capacité pouvant se poser, et à servir de référence à ceux qui rédigent la réglementation et les orientations.

8. Dans le passé, les règlements de certaines banques multilatérales de développement ne prévoyaient pas de méthodes de passation de marchés telles que la demande de propositions avec dialogue ou avec négociations consécutives envisagées dans la Loi type. Ces banques n'ont inclus des méthodes de passation semblables à la demande de propositions sans négociation ou avec négociations

consécutives envisagées dans la Loi type, que pour la passation de marchés à caractère consultatif, tels que les services de conseil, les services juridiques et de conception. La situation pouvant évoluer, les entités qui pourraient emprunter auprès de ces banques devraient vérifier en temps opportun quelles sont leurs politiques en matière de passation des marchés publics.

9. Toutefois, la Commission a décidé de ne pas fonder le choix de la méthode de passation sur la nature de l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais bien sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer la plus grande concurrence possible (voir art. 27-2 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)) (pour le commentaire correspondant, voir par. **\*\*** ci-dessous). Notant que la Loi type devrait tenir compte du fait que les politiques et les pratiques évoluent avec le temps, elle a rédigé ses dispositions de manière souple, en conciliant les besoins des emprunteurs, l'évolution constante des méthodes de passation de marchés et le développement des capacités.

10. Enfin, les États adoptants voudront examiner si les accords internationaux auxquels ils sont parties ou les conditions fixées 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.

### **C. Questions d'application et d'utilisation**

11. Lorsqu'ils déterminent quelles méthodes de passation des marchés incorporer dans leur droit interne, les États adoptants devraient examiner en particulier si l'entité adjudicatrice possède le jugement et l'expérience nécessaires pour choisir celle qui convient parmi les différentes méthodes possibles et l'utiliser efficacement. On trouvera de plus amples indications sur le choix entre les différentes méthodes de passation, soulignant pour chacune les questions de capacité, dans le commentaire sur l'article 27 plus bas et dans le commentaire accompagnant chaque méthode de passation ci-après [\\*\\*hyperliens\\*\\*](#).

12. Si les États adoptants considèrent qu'il leur serait utile de renforcer leurs capacités afin d'améliorer la qualité de leurs décisions sur ces questions, les règlements et indications devraient préciser en particulier comment sélectionner la méthode appropriée lorsque les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes ou techniques s'appliquent. Les États adoptants envisageront donc peut-être d'établir une classification des méthodes de passation accompagnée d'indications sur le choix de la méthode appropriée selon les circonstances.

13. La note de bas de page accompagnant l'article 27 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#) prévoit également que "Les États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation extérieure d'une autorité désignée". Les

questions liées à l'inclusion d'un tel mécanisme ex ante est examinée à la section \*\* des remarques générales [**hyperliens**]<sup>1</sup>.

## D. Commentaires par article

### Article 27. Méthodes de passation des marchés [**hyperlien**]

14. L'article 27 [**hyperlien**] énumère toutes les méthodes et techniques prévues dans la Loi type pour mener des procédures de passation de marchés. Ces méthodes sont énumérées au paragraphe 1.

15. L'Article 27 [**hyperlien**] contient une note de bas de page indiquant aux États adoptants qu'ils "pourront choisir de ne pas incorporer dans leur législation toutes les méthodes de passation de marchés énumérées dans le présent article," et qu'"il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert". En d'autres termes, les États adoptants devraient toujours prévoir l'appel d'offres ouvert, que la Loi type considère comme la méthode de premier recours (ou méthode par défaut), parce que 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 donc utiliser cette méthode à moins que d'autres méthodes de passation (que l'appel d'offres ouvert) ne se justifient. Ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 28 [**hyperlien**], le principal moyen de justifier le recours à d'autre méthodes est de satisfaire aux conditions d'utilisation de celles-ci.

16. Bien qu'elles apparaissent au paragraphe 1 i) en tant que méthode autonome, les enchères électroniques inversées peuvent également être utilisées comme une technique (comme les accords-cadres 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 pour l'attribution de marchés au titre d'un accord-cadre.

17. Le paragraphe 2 mentionne la procédure d'accord-cadre. Celle-ci n'est pas une méthode de passation en soi mais une technique de passation des marchés consistant à attribuer un accord-cadre en recourant aux méthodes de passation énumérées au paragraphe 1, ou en concluant un accord-cadre ouvert, puis à passer des commandes sur la base de l'accord-cadre ainsi attribué.

<sup>1</sup> Note au Groupe de travail: le chapitre du Guide qui traite des modifications par rapport à la Loi type de 1994 expliquera que la première partie de la note de bas de page figurait également dans la Loi type de 1994 et que les dispositions de celle-ci sur les conditions d'utilisation incluaient pour chaque méthode de passation autre que l'appel d'offres le libellé suivant, que les États pouvaient envisager d'adopter: "Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)". Dans le chapitre traitant des modifications par rapport à la Loi type de 1994, il sera noté que la Commission a décidé de retirer ce libellé facultatif des dispositions individuelles relatives aux conditions d'utilisation des différentes méthodes dans la Loi type de 2011 et de traiter la question de manière plus générale dans la note accompagnant l'article 26. Toutefois, un renvoi sera fait au commentaire général sur le mécanisme d'approbation ex ante, qui pourrait être inclus ici comme une garantie supplémentaire.

**Article 28. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)]**

18. L'article 28 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#) a pour objet de guider l'entité adjudicatrice dans son choix de la méthode adaptée aux circonstances d'une passation de marché déterminée.

19. Le paragraphe 1 pose la règle fondamentale selon laquelle l'appel d'offres ouvert est la méthode de passation par défaut. Son utilisation n'est soumise à aucune condition, elle peut toujours être utilisée. L'appel d'offres ouvert étant la méthode par défaut, l'utilisation de toute autre méthode de passation doit être justifiée, ce qui suppose un examen du respect des conditions d'utilisation de cette autre méthode. Le paragraphe 1 énonce donc la règle générale selon laquelle que les autres méthodes ne peuvent être utilisées que si les conditions d'utilisation visées aux articles 29 à 31 de la Loi type [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#) le permettent. L'entité adjudicatrice n'a donc pas toute latitude pour choisir à son gré une méthode autre que l'appel d'offres ouvert. Elle est tenue, dans un premier temps, d'examiner si cette autre méthode peut être utilisée dans les circonstances de la passation envisagée. Les conditions d'utilisation contiennent des garanties en particulier contre toute utilisation abusive de méthodes de passation moins structurées et moins réglementées dans le but d'éviter l'appel d'offres ouvert ou d'autres méthodes de passation qui supposent certes des procédures plus longues mais offrent plus de transparence, d'objectivité et de concurrence.

20. Ainsi qu'il est noté plus haut, les conditions d'utilisation visent à prendre en compte les circonstances différentes fréquemment rencontrées pouvant justifier le recours à l'une ou l'autre des autres méthodes de passation. Par exemple, une des conditions justifiant l'utilisation de l'appel d'offres restreint (article 29-1 a) [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#) porte sur l'acquisition de produits extrêmement complexes disponibles auprès d'un nombre limité de fournisseurs. Lorsqu'il est impossible ou malaisé de formuler une description complète (contenant les spécifications techniques) de l'objet du marché au début de la procédure de passation, un appel d'offres en deux étapes ou une demande de propositions avec dialogue peut être plus indiquée. Lorsque les aspects qualitatifs sont très importants (ce qui est fréquent dans le cas 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 faisant intervenir des questions de sécurité nationale ou caractérisés par une situation d'urgence, alors que la sollicitation d'une source unique ne peut se justifier que par les motifs objectifs énumérés (hormis les situations d'urgence, il s'agit notamment des cas où dans un secteur déterminé, un seul fournisseur est en mesure de satisfaire les besoins de l'entité adjudicatrice).

21. On trouvera [au/dans ... ] un commentaire, assorti dans chaque cas d'explications, sur les conditions d'utilisation de chacune des méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ouvert prévues dans la Loi type. On trouvera également dans ce commentaire un examen de certaines des circonstances particulières dans lesquelles chaque méthode peut être utilisée et des précisions sur les 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 pour une procédure déterminée mais ne répondent pas à

elles seules à la question de savoir si la méthode convient effectivement pour la procédure en question.

22. La principale raison pour laquelle les conditions d'utilisation ne fournissent pas d'indications complètes sur le choix de la méthode de passation à utiliser est que les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes peuvent s'appliquer à une situation donnée (en plus de l'appel d'offres ouvert, auquel il est toujours possible de recourir). Seul un examen de l'ensemble des circonstances de la passation permet de déterminer quelle est la méthode appropriée ou la plus appropriée. C'est ce qui ressort du paragraphe 2 de l'article, qui exige que l'autre méthode choisie par l'entité adjudicatrice soit adaptée aux circonstances de la passation concernée. Ces circonstances varieront selon la passation et, comme il est indiqué plus haut dans le commentaire de l'article 27 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), 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.

23. Par exemple, pour décider si elle doit recourir à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou 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 un tel contrôle mais également préciser la description et les spécifications techniques communiquées au début de la procédure pour obtenir la meilleure solution en discutant avec les fournisseurs, l'appel d'offres en deux étapes conviendra probablement mieux qu'un appel d'offres ouvert. (La procédure d'appel d'offres en deux étapes peut également être précédée d'une consultation permettant l'élaboration d'une description et de spécifications techniques initiales.) Si l'entité adjudicatrice ne peut conserver un tel contrôle ou considère qu'il n'est pas souhaitable de le faire, la demande de propositions avec dialogue conviendra. On considère généralement que la mise en œuvre de la demande de propositions avec dialogue, pour laquelle l'entité adjudicatrice doit pouvoir évaluer et vérifier différentes solutions et engager un dialogue sur les conditions techniques et commerciales, notamment le prix, exige davantage de moyens que celle de l'appel d'offres en deux étapes.

24. 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 concurrence signifie que l'entité adjudicatrice doit premièrement privilégier la sollicitation ouverte afin d'avoir le plus grand nombre possible de fournisseurs participants et deuxièmement éviter que la procédure ne limite le nombre de participants au point où ils ne sont plus suffisamment nombreux pour se faire effectivement concurrence (et ne pas se livrer à des pratiques collusives).

25. L'obligation d'assurer la plus grande concurrence possible déterminera quelle est la méthode la plus appropriée parmi celles pouvant être utilisées dans certaines situations. Par exemple, dans les situations d'urgence suivant une catastrophe naturelle ou autre, la Loi type prévoit deux méthodes: 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" en raison d'une catastrophe, sous réserve, dans les deux cas qu'il ne soit pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation en raison

du temps que cela prendrait. On considère certes que par rapport aux autres méthodes de passation, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique réduisent la concurrence (ainsi que l'objectivité et la transparence) mais 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 le recours à la sollicitation d'une source unique ne se justifie que dans les cas d'extrême urgence, notamment pour faire face aux besoins apparaissant immédiatement après la catastrophe (par exemple, eau potable, aide alimentaire d'urgence, abris de fortune ou besoins médicaux immédiats). D'autres besoins toujours directement liés à la catastrophe peuvent laisser suffisamment de temps pour recourir aux négociations avec appel à la concurrence plutôt qu'à la sollicitation d'une source unique (et plus on avance dans le temps, moins il est probable que l'une de ces deux méthodes soit utilisée, puisqu'on aura suffisamment de temps pour envisager d'autres méthodes). Le commentaire sur ces deux méthodes traite de cette question ainsi que d'autres mesures pouvant être prises pour limiter les risques qu'elles présentent; le commentaire sur les accords-cadres décrit également l'utilisation de cette technique comme moyen de préparation aux situations d'urgence.

26. Le paragraphe 3 de l'article insiste sur la nécessité de justifier l'utilisation de méthodes de passation de marchés autres que l'appel d'offres ouvert en exigeant que l'exposé des raisons et circonstances de ce choix soit versé au procès-verbal de la passation de marché. Cette exigence figure également à l'article 25-1 e) [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). La tenue de ce procès-verbal est d'une importance capitale car elle permet de conserver une trace des décisions concernées et, le cas échéant, de procéder à leur contrôle.

#### **Articles 29 à 32: Conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés**

27. Le commentaire sur les conditions d'utilisation de chaque méthode de passation de marchés figure dans le commentaire relatif aux procédures de chacune d'entre elles. Il se présente donc comme suit:

- a) Appel d'offres ouvert [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- b) Appel d'offres restreint [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- c) Demande de prix [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- d) Demande de propositions sans négociation [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- e) Appel d'offres en deux étapes [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- f) Demande de propositions avec dialogue [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- g) Demande de propositions avec négociations consécutives [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- h) Négociations avec appel à la concurrence [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- i) Enchère électronique inversée [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#);
- j) Sollicitation d'une source unique [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#); et
- k) Accords-cadres [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#).



## **CHAPITRE II, deuxième partie – Sollicitation et avis de passation de marché**

### **Résumé analytique**

28. La section II du chapitre II, qui comprend les articles 33 à 35 de la Loi type, établit les règles qui régissent la sollicitation pour chacune des méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type. Celle-ci dispose que la sollicitation publique et sans restriction constitue la règle générale. Cette sollicitation est requise dans l'appel d'offres ouvert (chapitre III), l'appel d'offres en deux étapes (article 48), l'enchère électronique inversée (chapitre VI) et l'accord-cadre ouvert (chapitre VII). Elle est également la règle par défaut dans les méthodes de passation avec demande de propositions (articles 47, 49 et 50). Dans d'autres méthodes de passation de marchés, à savoir l'appel d'offres restreint (article 45), la demande de prix (article 46), les négociations avec appel à la concurrence (article 51) et la sollicitation d'une source unique (article 52), la sollicitation directe, qui pose la question de l'envoi d'une invitation à participer à des fournisseurs et entrepreneurs identifiés par l'entité adjudicatrice, est une caractéristique intrinsèque. Le commentaire relatif à chacune de ces méthodes prévoit cependant des garanties visant à assurer une participation et une concurrence effectives dans de telles passations.

### **Considérations de politique générale liées à l'incorporation et questions touchant l'application et l'utilisation des dispositions sur la sollicitation**

29. Les questions touchant l'application et l'utilisation des dispositions sur la sollicitation sont étroitement liées aux questions de politique générale concernées, puisque la principale condition d'une application et d'une utilisation efficace est une explication claire et détaillée des questions de politique générale et de la manière dont celles-ci délimitent le pouvoir discrétionnaire intervenant dans la prise de décisions concernant la sollicitation. Pour cette raison, ces questions sont examinées ensemble dans la présente section.

30. La règle par défaut dans la Loi type est la sollicitation publique et sans restriction, qui suppose la publication d'une invitation à participer à la passation de marché, l'envoi du dossier de sollicitation à tous ceux qui répondent à l'avis et l'examen complet des qualifications et soumissions des fournisseurs et entrepreneurs présentant des offres ou autres propositions.

31. Aux fins de la promotion de la transparence et de la concurrence, la première caractéristique de la sollicitation publique et sans restriction (voir, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 33 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#)) est l'énoncé des procédures minimales de publicité à appliquer pour solliciter des offres ou d'autres soumissions d'un public suffisamment large et assurer ainsi une concurrence effective. Ces procédures exigent que l'invitation à soumettre une offre ou à présenter d'autres soumissions paraisse dans une publication désignée dans les règlements en matière de passation de marchés. La publication doit être désignée par les règlements et non par la Loi type d'une part pour permettre une certaine souplesse si les procédures d'un État

adoptant viennent à changer et d'autre part pour assurer la neutralité technologique en évitant toute référence à un média particulier, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire concernant l'article 18 sur la préqualification et l'article 33 susmentionné [\[\\*\\*hyperliens\\*\\*\]](#). L'inclusion de ces procédures dans la législation sur la passation des marchés permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés de savoir à la simple lecture de cette législation quelles publications ils peuvent suivre pour s'informer des possibilités de marchés dans l'État adoptant. La Loi type ne régit ni les moyens de publication ni le choix des médias, laissés à la décision de l'État adoptant. La publication peut se faire sur papier, par voie électronique ou des deux manières, comme indiqué dans le commentaire relatif à l'article 5 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#).

32. Étant donné que l'objectif de la Loi type est de favoriser et d'encourager la participation internationale aux procédures de passation, la deuxième caractéristique de la sollicitation publique et sans restriction est que l'invitation est également publiée dans des médias diffusés internationalement. Ces procédures visent à garantir que l'invitation soit publiée de telle manière qu'elle sera reçue et comprise par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs. À cet égard, rien n'exige que l'invitation soit publiée dans une langue en particulier, mais les dispositions prévoient implicitement qu'elle doit être publiée dans une langue la rendant accessible à l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels dans le contexte de la passation de marché en question. Toutefois, comme il est indiqué dans le commentaire relatif à l'article 13 [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), certaines banques multilatérales de développement exigent que l'invitation soit publiée dans une langue d'usage courant dans le commerce international, ce qui peut en pratique supposer l'usage de l'anglais. Les États adoptants voudront peut-être examiner dans quelle mesure il convient de respecter les conditions de ces banques lorsqu'ils adoptent les dispositions sur la sollicitation. Par ailleurs, on a estimé que des dispositions similaires sur la langue de publication des informations liées à la passation de marché dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics constituaient une garantie importante s'agissant d'assurer la transparence et la concurrence.

33. Cette règle générale comporte néanmoins des exceptions. La première concerne les cas où l'entité adjudicatrice passe un marché national et la seconde les marchés de faible valeur dont l'entité adjudicatrice estime qu'ils ne susciteront probablement pas l'intérêt de fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation internationale mais n'y est pas tenue. Toutefois, si des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers souhaitent participer (par exemple, s'ils ont vu une annonce sur Internet), ils doivent y être autorisés.

34. La première exception – passation d'un marché national – n'est possible, aux termes de l'article 8 de la Loi type [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), que 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 également le commentaire sur cet article [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#)). La seconde exception – passation de marchés de faible valeur – repose en grande partie sur le jugement de l'entité adjudicatrice. Voir également le commentaire concernant l'article 18 sur la préqualification et l'article 33 susmentionné [\[\\*\\*hyperliens\\*\\*\]](#).

35. Les règles de publication énoncées par la Loi type sont des règles minimales. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger en outre que les

entités adjudicatrices 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 par exemple de publier l'invitation sur des panneaux d'affichage officiels, de l'insérer dans un bulletin des marchés ou de l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères présentes dans le pays et aux missions commerciales de celui-ci à l'étranger. Si l'entité adjudicatrice utilise des moyens de publication et de communication électroniques, elle peut inclure dans l'invitation un lien Web vers le dossier de sollicitation, approche qui s'avère avantageuse en termes tant d'efficacité que de transparence.

36. L'exigence d'une sollicitation publique et sans restriction ne s'applique pas à la préqualification mais ce n'est qu'un détail technique, puisque l'article 18 sur la préqualification reproduit cette exigence au plus près (voir plus bas le commentaire sur l'article 18 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)). Toutefois, lorsqu'il y a eu une procédure de préqualification, la sollicitation se déroule de manière différente: l'invitation à soumettre une offre ou à présenter des soumissions suit cette procédure et n'est communiquée qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés, conformément aux dispositions de l'article 18 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#). On assure donc une large diffusion internationale auprès des fournisseurs et entrepreneurs potentiellement intéressés également en cas de procédure de préqualification, comme en cas de sollicitation publique et sans restriction.

37. La Loi type prévoit également une sollicitation directe dans plusieurs méthodes de passation de marchés: lorsque l'objet du marché, de par sa nature hautement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs (appel d'offres restreint et demande de propositions, en vertu des articles 34-1 a) et 35-2 a) respectivement [\\*\\*hyperliens\\*\\*](#)); lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres ou d'autres soumissions seraient disproportionnés par rapport à la valeur du marché (appel d'offres restreint et demande de propositions, articles 34-1 a) et 35-2 b) respectivement [\\*\\*hyperliens\\*\\*](#)); dans une procédure de demande de propositions mettant en jeu des informations classifiées (article 34-2 c) [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)); dans une demande de prix (article 34-2 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)); dans le cas de négociations avec appel à la concurrence (article 34-3 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)) et dans le cas de la sollicitation d'une source unique (article 34-4 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)). Dans tous les cas sauf la demande de prix, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique en situation d'urgence, la sollicitation directe doit être précédée d'un avis préalable de passation de marché, comme expliqué dans la section qui suit, afin d'apporter de la transparence au processus.

38. La sollicitation directe allant à l'encontre des objectifs de la Loi type – favoriser et encourager la libre participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés et promouvoir la concurrence entre eux –, celle-ci exige que l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (voir, par exemple, l'article 35-3 [\\*\\*hyperlien\\*\\*](#)). Avec l'exigence de l'avis préalable de passation de marché, examinée dans la section ci-après, cette disposition vise à accroître la transparence et la responsabilité lorsque

la sollicitation directe est utilisée<sup>2</sup>. Lorsque la passation concerne un marché concentré ou qu'elle est répétitive, il convient d'évaluer la probabilité de collusion et d'en prendre note avant de décider de recourir à la sollicitation directe (c'est-à-dire en début de procédure), en gardant néanmoins à l'esprit que la concurrence peut être acharnée même sur des marchés très concentrés lorsque les participants se connaissent.

#### Avis préalable de passation de marché

39. Les articles 34-5 et 35-4 [\[\\*\\*hyperliens\\*\\*\]](#) visent à promouvoir la transparence et la responsabilité en ce qui concerne la décision de recourir aux méthodes de passation de marchés visées au paragraphe [10] ci-dessus en exigeant qu'un avis de passation de marché soit publié dans un média que l'État spécifie dans sa législation sur la passation de marchés. Est également pertinente à cet égard la règle énoncée à l'article 28-3 (qui est d'application générale) [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), lue conjointement avec les dispositions de l'article 25-1 e) [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#), qui impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal de la procédure de passation de marché un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation concernée.

40. Ces dispositions prescrivent la publication d'un avis avant la sollicitation directe. Cet avis diffère donc de l'avis d'attribution de marché ou d'accord-cadre qui doit être publié en vertu de l'article 23 de la Loi type [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). En incluant dans la législation sur la passation de marchés les procédures décrites dans ces articles, on permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés d'identifier à la seule lecture de cette loi les publications qu'ils doivent suivre pour se tenir informés des possibilités de marchés dans l'État adoptant et des modalités de la passation. La Loi type ne régit ni les moyens de publication ni le choix des médias, laissés à la décision de l'État adoptant. La publication peut se faire sur papier, par voie électronique ou des deux manières. Dans ce contexte, les considérations émises [\[\\*\\*dans la section/aux paragraphes\\*\\*\]](#) [\[\\*\\*\]](#) ci-dessus dans les orientations concernant l'article 5 sont pertinentes.

41. Les informations à publier constituent le minimum requis pour permettre au public d'exercer un contrôle effectif et aux fournisseurs ou entrepreneurs de former un éventuel recours en application du chapitre VIII de la Loi type [\[\\*\\*hyperlien\\*\\*\]](#). En particulier, le choix de la méthode de passation de marché peut être contesté par tout fournisseur ou entrepreneur lésé si, par exemple, la sollicitation d'une source unique ou l'appel d'offres restreint ont été retenus au motif qu'un fournisseur ou un petit groupe de fournisseurs pouvaient fournir l'objet du marché. Tout autre fournisseur ou entrepreneur pouvant fournir l'objet du marché peut contester le choix de la méthode de passation en se fondant sur les informations figurant dans l'avis de passation de marché. En vertu du chapitre VIII, il pourra le faire avant la date limite de soumission des offres et la procédure de passation de marché pourrait alors être suspendue. Comme il est indiqué dans le commentaire du chapitre VIII, afin d'éviter les recours abusifs pouvant être extrêmement néfastes lorsqu'ils sont introduits en dernière minute, le fournisseur ou entrepreneur doit démontrer que ses

---

<sup>2</sup> Note à l'intention du Groupe de travail et de la Commission: ce paragraphe figurait précédemment dans le commentaire sur la sollicitation dans les méthodes de demande de propositions.

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

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

43. L'exigence de la publication d'un avis préalable de passation de marché ne s'applique pas à la procédure de demande de prix, étant donné que les conditions d'utilisation de cette méthode, très restrictives, limiteront toute utilisation excessive ou abusive. Elle ne s'applique pas non plus aux négociations avec appel à la concurrence ni à la sollicitation d'une source unique lorsque ces méthodes sont utilisées dans des situations d'urgence ou d'extrême urgence dues à des événements catastrophiques (par exemple, dans les conditions d'utilisation de ces méthodes de passation visées aux articles 30-4 b) et 30-5 b)). Dans une situation normale où l'avis préalable est en principe exigé, une exemption peut toutefois s'appliquer en vertu de l'article 24 (confidentialité), en particulier dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées. (Pour des indications sur les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, voir [la section/les paragraphes](#) [du commentaire général ci-dessus](#) [hyperlien](#); pour les questions touchant la conformité et les sanctions, voir [les sections/les paragraphes](#) [ci-dessus](#) [hyperlien](#).)

### **Articles 33 à 35: Sollicitation dans chaque méthode de passation de marchés**

44. Le commentaire sur les questions particulières qui se posent concernant la sollicitation dans chaque méthode de passation figure dans le commentaire introductif de chaque chapitre et le commentaire sur la procédure de chaque méthode de passation.

45. Le commentaire se présente comme suit:

- a) Appel d'offres ouvert [hyperlien](#);
- b) Appel d'offres restreint [hyperlien](#);
- c) Demande de prix [hyperlien](#);
- d) Demande de propositions sans négociation [hyperlien](#);
- e) Appel d'offres en deux étapes [hyperlien](#);
- f) Demande de propositions avec dialogue [hyperlien](#);
- g) Demande de propositions avec négociations consécutives [hyperlien](#);
- h) Négociations avec appel à la concurrence [hyperlien](#);

- i) Enchère électronique inversée **[\*\*hyperlien\*\*]**;
  - j) Sollicitation d'une source unique **[\*\*hyperlien\*\*]**; et
  - k) Accords-cadres **[\*\*hyperlien\*\*]**.
-