

**Assemblée générale**

Distr. générale
14 mai 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-cinquième session
New York, 25 juin-6 juillet 2012

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

Note du Secrétariat*

La présente note contient une proposition d'un chapitre du projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui explique les changements apportés à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994. Il couvre le préambule et les dispositions des chapitres I et II de la Loi type de 1994.

* Le présent document est soumis moins de 10 semaines avant le début de la session, en raison de la nécessité d'achever les consultations.



Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Troisième partie. Changements apportés à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994

I. Résumé analytique

1. Cette partie du Guide contient un commentaire sur les modifications qui ont été apportées à la Loi type de 1994 lors de la rédaction de la Loi type de 2011. Elle vise à permettre aux utilisateurs du texte de 1994 qui n'ont pas l'intention d'appliquer la Loi type de 2011 dans son intégralité d'examiner leur droit interne pour déterminer comment l'actualiser au mieux. Par conséquent, les modifications rédactionnelles (stylistiques, corrélatives, structurelles et autres modifications mineures qui ne modifient pas le fond des dispositions) ne sont pas traitées ici, pas plus que ne le sont l'ensemble des dispositions des deux Lois types.

2. Dans ce même objectif, cette partie du Guide relie, dans la mesure du possible, les dispositions de 1994 et de 2011. Un tableau de correspondance entre les articles de la Loi type de 2011 et les dispositions correspondantes du texte de 1994, et un autre entre les articles de la Loi type de 1994 et les dispositions correspondantes du texte de 2011 (à l'exclusion des nouvelles dispositions) sont reproduits dans les annexes à la présente partie du Guide. Les références à des paragraphes ou à des articles figurant dans cette partie renvoient aux articles du texte de 1994, voire aux deux textes lorsqu'ils n'ont pas été modifiés, sauf indication contraire.

3. Le commentaire figurant dans cette partie du Guide vise à compléter, et non à remplacer, le commentaire figurant dans les première (Remarques générales) et deuxième (Commentaire par article) parties. Les questions de politique générale abordées dans ces parties antérieures du Guide ne sont par conséquent pas reprises ici. Toutefois, il y est fait référence lorsque des éléments de politique générale justifient les modifications apportées.

II. Observations sur les modifications apportées

Préambule

4. La suppression, dans l'ensemble de la Loi type, y compris dans le préambule (voir chapeau et alinéa c)), des références aux "biens, travaux et services" reflète l'approche suivie dans la Loi type de 2011 en ce qui concerne la base de la sélection d'une méthode de passation – à savoir le degré de complexité de l'objet du marché plutôt que la question de savoir si ce sont des biens, des travaux ou des services qui doivent être acquis (voir précisions au paragraphe 57 ci-dessous [[**hyperlien**](#)]).

5. L'alinéa b) a été modifié pour indiquer que la Loi type avait pour objectif, en règle générale, de favoriser et d'encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de

nationalité. Pour ce faire, on a supprimé la précision (“et en particulier, le cas échéant”) qui figurait dans le texte de 1994.

6. Enfin, on a ajouté, à l’alinéa d), l’adjectif “égal” aux adjectifs “juste et équitable” qualifiant le traitement des fournisseurs et entrepreneurs, pour harmoniser la Loi type avec d’autres instruments internationaux et régionaux régissant la passation des marchés publics, où l’on peut rencontrer ces trois concepts, combinés de différentes manières.

Chapitre premier. Dispositions générales

A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre

7. Le chapitre premier, qui énonce les principes régissant la passation de marchés en vertu de la Loi type, a été sensiblement étoffé par rapport au texte de 1994 (le chapitre premier de ce dernier contient 17 articles, contre 26 articles pour le texte de 2011). De nombreux principes que l’on trouvait, dans le texte de 1994, soit parmi les règles relatives à l’appel d’offres, soit ailleurs parmi les articles de procédure, ont été placés dans le chapitre premier du texte de 2011. On mentionnera notamment la clarification et la modification du dossier de sollicitation, la langue des offres, les garanties de soumission, l’acceptation de la soumission retenue et l’entrée en vigueur du marché. Les articles du texte de 2011 ne sont pas vraiment nouveaux, mais on leur a conféré une application plus générale.

8. Le regroupement de certaines dispositions tirées de divers articles de la Loi type de 1994 a entraîné la création des nouveaux articles suivants: article 11 (Règles concernant les critères et procédures d’évaluation), article 14 (Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions), article 16 (Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions) et article 24 (Confidentialité). Certaines dispositions sont entièrement nouvelles, puisqu’elles ne figurent pas dans le texte de 1994: article 6 (Informations sur les possibilités de marchés à venir), article 12 (Règles concernant l’estimation de la valeur d’un marché), article 20 (Rejet des soumissions anormalement basses) et article 26 (Code de conduite).

9. Le chapitre a été réorganisé de manière à présenter les dispositions, dans la mesure du possible, dans l’ordre chronologique des étapes qui sont généralement suivies dans la plupart des procédures de passation.

B. Commentaire par article

Champ d’application (article premier)

10. Les paragraphes 2 et 3 ont été supprimés, et le paragraphe 1 modifié en conséquence, pour traduire le fait que la Loi type s’applique à toutes les passations de marchés publics, y compris dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationale. Le texte de 1994 excluait les marchés intéressant la défense (même si l’article premier autorisait l’entité adjudicatrice à choisir d’appliquer la Loi type à une passation donnée). La CNUDCI a estimé que, compte tenu de la grande

diversité des procédures prévues dans la Loi type de 2011, il n'était pas nécessaire d'exclure un secteur économique particulier d'un État adoptant. Un certain nombre d'articles, tout au long de la Loi type de 2011, contiennent des dispositions qui visent à autoriser la passation de marchés soulevant des questions liées à la défense et à la sécurité nationale (désignés par le terme "marchés liés à la sécurité" dans le présent Guide, pour plus de commodité), notamment les dispositions applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, pour lesquels il peut être nécessaire d'assouplir les mécanismes de transparence, et les dispositions régissant certaines méthodes de passation "alternatives". Toute décision tendant à ne pas appliquer la Loi type de 2011 dans son intégralité à une passation donnée doit être motivée dans le procès-verbal de la procédure, conformément à l'article 25. Il n'existe pas d'exclusion générale des procédures prévues dans la Loi type de 2011. Voir également à ce sujet les paragraphes ... du Guide [[**hyperlien**](#)].

Définitions (article 2)

11. Cet article a été fortement remanié. Un certain nombre de nouvelles définitions ont été ajoutées, tandis que certaines définitions du texte de 1994 ont été supprimées ou modifiées, pour tenir compte de l'introduction de nouvelles techniques de passation, de nouveaux concepts et des autres modifications apportées dans l'ensemble de la Loi type. Dans la version anglaise, les définitions sont par ailleurs désormais classées par ordre alphabétique.

12. Les nouvelles définitions concernent les termes suivants: "sollicitation directe", "passation d'un marché national", "enchère électronique inversée", "procédure d'accord-cadre", "préqualification", "dossier de préqualification", "présélection", "dossier de présélection", "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", "règlements en matière de passation des marchés", "politiques socioéconomiques", "sollicitation", "dossier de sollicitation", "délai d'attente" et "soumission (ou soumissions)".

13. Les définitions des termes suivants ont été modifiées: "passation de marché", "marché", "entité adjudicatrice", "fournisseur ou entrepreneur" et "garantie de soumission":

a) Dans la définition du terme "passation de marché", on a ajouté, à la fin, les mots "par une entité adjudicatrice" pour souligner que la Loi type ne couvrait pas la passation de marché par des parties qui n'entraient pas dans la définition du terme "entité adjudicatrice";

b) On a modifié la définition du terme "marché" pour tenir compte en particulier de l'introduction des procédures d'accord-cadre et englober les marchés conclus selon une telle procédure. À cet effet, on a ajouté la formule "un ou plusieurs" avant les mots "fournisseur ou entrepreneur" et mis ces derniers au pluriel. Par ailleurs, la formule "à la suite d'une procédure de passation de marché" a été remplacée par la formule "à l'issue de la procédure de passation de marché";

c) On a modifié la définition du terme "entité adjudicatrice" pour refléter le fait qu'une passation de marché pouvait être menée par un groupement d'entités publiques, et pas seulement par une entité publique unique, et que ces entités publiques pouvaient être situées dans différents États (achats communs entre des entités publiques de deux ou plusieurs pays);

d) On a modifié la définition du terme “fournisseur ou entrepreneur”, à l’instar de celle du terme “marché”, pour tenir compte principalement de l’introduction des procédures d’accord-cadre dans la Loi type de 2011. À cet effet, on a remplacé la formule “tout cocontractant potentiel ou le cocontractant de l’entité adjudicatrice” par “toute personne susceptible de participer à une procédure de passation de marché avec l’entité adjudicatrice ou y participant effectivement”;

e) Telle qu’elle a été modifiée, la définition du terme “garantie de soumission” reflète le fait qu’une garantie de soumission est fournie à l’entité adjudicatrice, à sa demande. C’est pourquoi elle commence par la formule “une garantie que l’entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs”. À la fin de la définition, on a ajouté une phrase pour préciser que ce terme ne désignait pas une garantie de bonne exécution du marché.

14. Pour les raisons mentionnées au paragraphe 4 ci-avant, les définitions des termes “biens”, “travaux” et “services” ont été supprimées. Ces termes ont été remplacés dans la Loi type de 2011 par le terme “objet du marché”, concept qui n’a pas besoin d’être expliqué.

Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein [du présent État]] (article 3)

15. Cet article n’a pas été modifié quant au fond. Les seules modifications sont l’ajout de crochets dans le titre et dans le texte de l’article et d’une note de bas de page précisant que les passages entre crochets s’adressent aux États fédéraux.

L’article 4 (Règlements en matière de passation des marchés) n’a pas été modifié quant au fond.

Accès du public à la réglementation des marchés (article 5 du texte de 1994) – Publication des textes juridiques (article 5 du texte de 2011)

16. Le titre de cet article a été élargi pour refléter les modifications de fond apportées dans cet article, qui est désormais divisé en deux paragraphes: le premier traite des textes juridiques d’application générale qui doivent être promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour, et le second des décisions judiciaires et décisions administratives ayant valeur de précédent qui doivent être mises à la disposition du public.

Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs (article 6 du texte de 1994; article 9 du texte de 2011)

17. Les mots “Pour être admis à participer à une procédure de passation de marché” qui figuraient à l’alinéa b) du paragraphe 1 ont été supprimés, car ils pouvaient être interprétés comme signifiant qu’une procédure de préqualification était requise dans tous les cas. Comme la règle générale prévoit que les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs peuvent être vérifiées par l’entité adjudicatrice à tous les stades de la procédure de passation, on a évité d’associer, dans l’article 9-1 de la Loi type de 2011, la vérification des qualifications à une étape précise de la procédure.

18. La liste des critères énoncés à l’alinéa b) du paragraphe 1 a aussi été étoffée pour inclure les qualifications environnementales et l’exigence selon laquelle les

fournisseurs et entrepreneurs doivent respecter les normes éthiques et autres applicables dans l'État concerné. Par contre, la mention de la réputation qui figurait dans le texte de 1994 a été supprimée pour éliminer l'élément de subjectivité qu'elle introduisait dans le processus de vérification, par l'entité adjudicatrice, des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs.

19. Le paragraphe 2 de la Loi type de 2011 fait référence à des critères de qualification non seulement "appropriés", comme le faisait le texte de 1994, mais aussi "pertinents dans les circonstances de la passation de marché concernée", de manière à limiter la latitude de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la sélection de ces critères.

20. De nouvelles dispositions ont été insérées dans cet article et elles constituent désormais le paragraphe 7 du texte de 2011. Elles reprennent quant au fond les dispositions de l'article 10 du texte de 1994, qui a été supprimé, avec une modification de fond. En effet, elles limitent toute exigence d'authentification des pièces au fournisseur ou à l'entrepreneur qui présente la soumission à retenir (alors que le texte de 1994 autorisait l'entité adjudicatrice à exiger l'authentification des pièces produites par tout fournisseur ou entrepreneur).

21. Le paragraphe 6 a) du texte de 1994 (devenu le paragraphe 8 a) du texte de 2011) a été modifié et exige désormais que l'entité adjudicatrice disqualifie un fournisseur en cas de présentation d'informations fausses ou fallacieuses (voir précisions sur le terme "fallacieuses" dans le commentaire relatif à l'article 8 du texte de 2011 [[**hyperlien**](#)]). Un nouvel alinéa d) a été ajouté au paragraphe 8 du texte de 2011, qui reprend les dispositions de l'article 7-8 du texte de 1994, autorisant une nouvelle vérification des qualifications dans les procédures de passation avec préqualification.

Procédure de préqualification (article 7 du texte de 1994; article 18 du texte de 2011)

22. Au paragraphe 1, le passage "avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre des procédures de passation de marché menées conformément aux chapitres III, IV ou V" a été remplacé par les mots "avant la sollicitation". Les dispositions de 2011 traduisent ainsi mieux le moment où les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs sont vérifiées, et où les fournisseurs et entrepreneurs qualifiés sont identifiés, dans la procédure de préqualification.

23. La référence à l'"impression" au paragraphe 2 a été supprimée pour refléter la neutralité technologique de la Loi type de 2011. Voir à ce sujet les paragraphes ... de la première partie (Remarques générales) [[**hyperlien**](#)]. La disposition de fond figurant au sous-alinéa iv) de l'alinéa a) du paragraphe 3 du texte de 1994 (qui exige que l'entité adjudicatrice fixe le délai de soumission des demandes de présélection sous la forme d'une "date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice") a servi de base pour l'élaboration d'exigences équivalentes qui ont été insérées dans un nouvel article du chapitre premier de la Loi type de 2011 relatif aux règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions (article 14). Par conséquent, ces exigences s'appliquent, dans le texte de 2011, aux délais de présentation non seulement des

demandes de préqualification, mais aussi des demandes de présélection ou des soumissions.

24. Deux nouveaux paragraphes ont été introduits dans l'article 18 du texte de 2011, à savoir les paragraphes 3 et 4, qui portent sur la publication et le contenu de l'invitation à participer à la procédure de préqualification. Dans la Loi type de 1994, ces dispositions figuraient au chapitre III relatif à la procédure d'appel d'offres (articles 24 et 25). On a modifié ainsi cet article pour en faire un article autonome et applicable à toutes les méthodes de passation, qui regroupe toutes les dispositions relatives à la préqualification. La liste des renseignements à fournir dans l'invitation à participer à la préqualification et dans le dossier de préqualification a été modifiée: tout ce qui peut être d'un intérêt immédiat pour permettre à un fournisseur ou entrepreneur potentiel de décider de participer ou non à la procédure doit être dévoilé dès le début de la procédure de passation (c'est-à-dire dans l'invitation à participer à la préqualification), tandis que les détails de la procédure doivent être indiqués dans le dossier de préqualification.

25. Le paragraphe 5, devenu le paragraphe 7 dans la Loi type de 2011, a été modifié pour qu'il apparaisse clairement que l'entité adjudicatrice, pour prendre une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur, ne peut appliquer que les critères et les procédures énoncés dans l'invitation à participer à la préqualification et dans le dossier de préqualification. Un nouveau paragraphe 8 a été ajouté au texte de 2011, qui reproduit la dernière phrase du paragraphe 6 du texte de 1994 (on fait ainsi davantage ressortir la règle prévoyant que seuls les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés peuvent participer à la suite de la procédure de passation de marché).

26. Le paragraphe 7, devenu le paragraphe 10 dans la Loi type de 2011, a été sensiblement renforcé. La formule "sur leur demande" et la dernière partie du paragraphe ont été supprimées. Ainsi, la Loi type de 2011 prévoit simplement que l'entité adjudicatrice est tenue de communiquer promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur non préqualifié les motifs de cette décision.

27. Comme il a été noté au paragraphe 21 ci-dessus, le paragraphe 8 du texte de 1994 a été transféré dans l'article relatif aux qualifications.

Participation des fournisseurs ou entrepreneurs (article 8)

28. Cet article a été sensiblement modifié. Deux nouveaux paragraphes ont été introduits dans le texte de 2011, à savoir les paragraphes 2 et 5. Le paragraphe 2 interdit à l'entité adjudicatrice d'imposer des conditions visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à moins qu'elle n'y soit autorisée ou tenue par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Il faut examiner cette disposition conjointement avec le paragraphe 1 de cet article, qui évoque la possibilité de limiter la participation sur la base de la nationalité: le nouveau paragraphe traite de la possibilité de la limiter pour d'autres motifs permis par la législation, par exemple pour appliquer des sanctions imposées par le Conseil de sécurité de l'ONU. Le paragraphe 5 du texte de 2011 prévoit que l'entité adjudicatrice communique à toute personne qui en fait la demande les motifs pour

lesquels elle limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché. Cette disposition est conforme à l'un des objectifs généraux qui ont guidé la CNUDCI dans la révision de la Loi type de 1994, à savoir renforcer les dispositions sur la transparence pour permettre, entre autres, le contrôle du public sur les décisions de l'entité adjudicatrice, le cas échéant.

29. L'autre modification de fond apportée à cet article concerne les dispositions du paragraphe 3. On a éliminé, dans le texte de 2011, l'exigence d'une déclaration spécifique prévue dans le texte de 1994, par laquelle l'entité adjudicatrice devait informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils pouvaient participer à cette procédure sans distinction de nationalité. Le texte de 1994 ne régissait pas les conséquences de l'absence d'une telle déclaration de la part de l'entité adjudicatrice, et l'article 52-2 prévoyait expressément que les décisions relatives à la limitation de la participation ne pouvaient faire l'objet d'un recours. Dans la Loi type de 2011, la règle supplétive, qui est reflétée dans les modifications apportées au Préambule (voir par. 5 ci-avant), veut que tous les fournisseurs ou entrepreneurs soient autorisés à participer aux procédures de passation de marché, indépendamment de leur nationalité ou d'autres critères. Aucune déclaration de l'entité adjudicatrice précisant que la participation est illimitée n'est par conséquent nécessaire. Il ressort clairement du texte de 2011, comme il est expliqué au paragraphe précédent, que les raisons d'une exclusion doivent se trouver dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant et ne sont pas laissées à l'appréciation de l'entité adjudicatrice. Lorsque de telles raisons existent, le texte de 2011 exige que l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, déclare si cette participation est limitée et indique les raisons et circonstances motivant cette limitation (voir par. 3 et 4 du texte de 2011). Afin de garantir le traitement juste, égal et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 3 prévoit en outre qu'une telle déclaration ne peut être modifiée par la suite.

Forme des communications (article 9 du texte de 1994) – Communications dans la passation des marchés (article 7 du texte de 2011)

30. Le titre de l'article a été modifié pour montrer que son champ d'application avait été élargi: il traite désormais non seulement de la forme, mais aussi des moyens de communication.

31. Le fond des paragraphes 1 et 2 qui, pour l'essentiel, prévoient l'équivalence fonctionnelle entre la forme et les moyens de communication fondés ou non sur support papier, a été conservé dans le texte de 2011 à quelques exceptions près. Premièrement, le principe de l'équivalence fonctionnelle n'est plus assorti de conditions, c'est-à-dire que les réserves qui introduisaient le paragraphe 1 du texte de 1994 ont été supprimées). Deuxièmement, le paragraphe 1 du texte de 2011 introduit une exigence supplémentaire pour ce qui est de la forme de la communication, qui ne figurait pas dans le texte de 1994: celle-ci doit être accessible pour être consultée ultérieurement. Cette exigence supplémentaire permet d'aligner ces dispositions sur les dispositions correspondantes des instruments de la CNUDCI relatifs au commerce électronique. Enfin, la souplesse ménagée au paragraphe 2 pour ce qui est de la forme et des moyens de communication ne s'applique plus a) aux avis d'abandon de la passation (dans le texte de 1994, il

s'agissait d'avis de rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix, voir article 12-3); ni b) aux avis d'acceptation de la soumission à retenir (dans le texte de 1994, il s'agissait d'un avis d'acceptation de l'offre, voir article 36-1). En effet, de nouveaux régimes relatifs à ces avis ont été établis dans la Loi type de 2011: l'obligation de publier un avis d'abandon a été introduite (voir article 19-2 de la Loi type de 2011), et une procédure rigoureuse d'acceptation de la soumission retenue comprenant en général un avis du délai d'attente doit être suivie (voir art. 22 de la Loi type de 2011). Voir également sur ces sujets les paragraphes 38 à 42 et ... ci-après.

32. Le paragraphe 3 du texte de 1994, qui prévoit la non-discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent des informations, a été remplacé par des dispositions qui traduisent la nouvelle approche suivie en ce qui concerne le choix de la forme et des moyens de communication conformément à la Loi type de 2011. Contrairement au texte de 1994 qui prévoit le droit absolu d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de soumettre une offre sous une forme ou par un moyen particulier (voir article 30-5 du texte de 1994), la Loi type de 2011 autorise l'entité adjudicatrice à choisir la forme et le moyen de communication sans avoir à justifier son choix, sous réserve de certaines garanties. Voir également à ce sujet les paragraphes ... du présent Guide **[**hyperlien**]**.

Règles régissant les pièces fournies par les entrepreneurs ou fournisseurs (article 10)

33. Cet article a été supprimé et ses dispositions, y compris une modification de fond, ont été intégrées dans l'article relatif aux qualifications des fournisseurs et entrepreneurs (voir par. 20 ci-avant).

Procès-verbal de la procédure de passation des marchés (article 11 du texte de 1994) – Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché (article 25 du texte de 2011)

34. Cet article a été sensiblement remanié. Le titre a été modifié pour souligner que toutes les étapes de la procédure devaient être consignées. La liste des renseignements devant figurer dans le procès-verbal a été étoffée et elle est désormais plus indicative qu'exhaustive. Des informations supplémentaires ont été ajoutées à la liste en raison de l'introduction de nouvelles techniques de passation et de nouveaux régimes réglementaires (par exemple les enchères électroniques inversées, les accords-cadres, le choix des moyens de communication, le délai d'attente, les informations classifiées, les politiques socioéconomiques et les soumissions anormalement basses). D'autres informations supplémentaires ont été ajoutées à la liste pour renforcer la transparence et permettre un contrôle efficace, que ce soit par le public, par des fournisseurs ou entrepreneurs intéressés, ou par les autorités compétentes.

35. Le paragraphe 2 du texte de 2011 étend la portée des informations qui doivent être mises à la disposition du public, pour examen. Le paragraphe 3 fait de même pour les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une soumission. Contrairement à la Loi type de 1994, le texte de 2011 limite le groupe de fournisseurs ou entrepreneurs qui est autorisé à accéder aux renseignements visés au paragraphe 3 à ceux d'entre eux qui ont présenté une soumission et exclut ceux qui

ont demandé à participer à la procédure de préqualification (étant donné que les renseignements en question ne les concernent pas). Les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une soumission peuvent demander d'accéder au procès-verbal de la procédure à tout moment après qu'ils ont pris connaissance de l'acceptation de la soumission retenue. Contrairement au texte de 1994, le texte de 2011 ne couvre pas le cas de l'abandon de la passation de marché. En effet, il est entendu que, dans ce genre de cas, l'accès au procès-verbal peut être limité dans l'intérêt général, et les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés doivent obtenir une décision des autorités compétentes pour y accéder.

36. Les exceptions à la divulgation des informations mentionnées au paragraphe 3 du texte de 1994 ont désormais une portée plus générale, c'est-à-dire qu'on a supprimé la référence à une partie donnée du procès-verbal ou à un groupe particulier de personnes souhaitant obtenir l'accès au procès-verbal. L'exception de l'intérêt général prévue dans le texte de 1994 a été remplacée par une exception visant à protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État. On a estimé que cette dernière, plus précise, était plus susceptible d'être réglementée par la législation. L'exception de 1994 visant les intérêts commerciaux légitimes des parties a été remplacée par une référence aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs.

37. Le paragraphe 4 du texte de 1994, aux termes duquel l'entité adjudicatrice n'était pas tenue de verser des dommages-intérêts aux fournisseurs ou entrepreneurs pour la simple raison qu'elle n'avait pas dressé de procès-verbal de la procédure de passation de marché, a été supprimé. Le texte de 2011 prévoit que l'entité adjudicatrice doit enregistrer, archiver et conserver tous les documents relatifs à la procédure de passation de marché conformément à la législation applicable (voir article 25-5 du texte de 2011 [\[**hyperlien**\]](#)).

Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix (article 12 du texte de 1994) – Abandon de la passation de marché (article 19 du texte de 2011)

38. Cet article a été sensiblement remanié. Le nouveau titre (repris dans l'ensemble de la Loi type de 2011) fait référence à l'abandon de la passation de marché plutôt qu'au rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix, pour traduire le fait qu'un tel abandon peut intervenir à tout moment, et pas uniquement après que toutes les soumissions ont été reçues.

39. Le paragraphe 1 du texte de 2011 donne à l'entité adjudicatrice le droit absolu d'abandonner la passation de marché à tout moment avant l'acceptation de la soumission à retenir. Il est plus souple que la disposition correspondante du texte de 1994, qui prévoyait l'approbation préalable d'une telle décision par une autorité désignée de l'État. La suppression de cette condition s'inscrit dans le cadre de la suppression générale des mécanismes de contrôle ex ante effectuée dans l'ensemble de la Loi type de 2011 (à deux exceptions près, traitées au paragraphe 59 ci-après; voir les indications générales relatives à l'approche suivie en matière de mécanismes de contrôle aux paragraphes ... ci-avant de la première partie (Remarques générales) du présent Guide [\[**hyperlien**\]](#)). Une deuxième condition énoncée dans le texte de 1994, qui exigeait que la possibilité de rejeter toutes les soumissions soit expressément prévue dans le dossier de sollicitation, a été supprimée, car cette règle s'est révélée d'un intérêt pratique limité.

40. Le paragraphe 1 du texte de 2011 envisage par ailleurs la possibilité d'abandonner la passation de marché une fois la soumission acceptée, si le fournisseur dont la soumission a été retenue ne signe pas de contrat écrit, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché (voir article 22-8 du texte de 2011 [\[**hyperlien**\]](#)). Par ailleurs, il prévoit expressément qu'une fois qu'elle a pris la décision d'abandonner la passation de marché, l'entité adjudicatrice n'ouvre plus aucune offre ni aucune proposition et les renvoie en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui les a présentées.

41. L'obligation de notification en cas d'abandon de la passation a été sensiblement renforcée. Conformément au paragraphe 2 du texte de 2011, l'entité adjudicatrice doit non seulement informer promptement tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission, mais aussi leur communiquer les raisons de cette décision. Ce paragraphe exige aussi expressément que la décision et les raisons la justifiant soient versées au procès-verbal de la procédure et qu'un avis d'abandon soit publié de la même manière et au même endroit qu'ont été publiées les informations originales concernant la procédure.

42. Enfin, le paragraphe 3 du texte de 2011 limite la clause de non-responsabilité figurant dans le paragraphe 2 de la Loi type de 1994 aux situations qui ne sont pas la conséquence de manœuvres irresponsables ou dilatoires de la part de l'entité adjudicatrice.

Entrée en vigueur du marché (article 13)

43. Cet article a été supprimé. Le double régime prévu pour l'entrée en vigueur du marché selon la Loi type de 1994 – l'un applicable aux procédures d'appel d'offres, l'autre aux autres méthodes de passation – a été remplacé par un régime unique décrit à l'article 22 du texte de 2011. Voir également à ce sujet les paragraphes ... ci-après, qui examinent les modifications apportées à l'article 36 de la Loi type de 1994 et le commentaire ci-avant relatif à l'article 22 de la Loi type de 2011 [\[**hyperlien**\]](#).

Publication des avis d'attribution de marché (article 14 du texte de 1994) – Publication de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre (article 23 du texte de 2011)

44. Cet article a été modifié par l'ajout d'obligations qui visent à renforcer la transparence. Le paragraphe 1 du texte de 2011 prévoit le contenu minimum de l'avis qui doit être publié, à savoir le nom du ou des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels le marché ou l'accord-cadre a été attribué et, s'agissant du marché, le prix de ce dernier. Il précise aussi que les dispositions s'appliquent à la publication d'avis dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion d'un accord-cadre. Une telle précision était nécessaire pour éviter les confusions possibles avec d'autres types d'avis, tels que l'avis du délai d'attente visé à l'article 22-2 du texte de 2011 [\[**hyperlien**\]](#).

45. Le paragraphe 2 du texte de 1994 a été renforcé et est devenu le paragraphe 3 du texte de 2011. Il prévoit que les règlements en matière de passation des marchés prescrivent les modalités de publication des avis d'attribution de marché visés dans cet article, pour éliminer toute incertitude à cet égard. En vertu du paragraphe 2 du texte de 2011, les marchés de faible valeur ne sont pas soumis à l'obligation de

publication prévue au paragraphe 1. Toutefois, l'entité adjudicatrice doit publier périodiquement, au moins une fois par an, un avis concernant l'ensemble de ces marchés de faible valeur. Ce paragraphe conserve ainsi l'exception prévue au paragraphe 3 du texte de 1994, mais en y ajoutant une condition destinée à garantir la transparence.

46. Dans le texte de 1994, le seuil justifiant une dérogation à l'obligation de publier un avis visée au paragraphe 1 doit être précisé dans la législation. Le texte de 2011 prévoit que ce montant doit être indiqué dans la réglementation relative à la passation des marchés, ce qui confère une plus grande souplesse, comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire ci-avant relatif à l'article 23 de la Loi type de 2011 [****hyperlien****].

Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs (article 15 du texte de 1994) – Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts (article 21 du texte de 2011)

47. Le champ d'application de l'article a été élargi, comme le montre le titre de l'article dans le texte de 2011, afin de tenir compte des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹. Le paragraphe 1 du texte de 2011 indique également expressément qu'un fournisseur ou entrepreneur peut être exclu s'il propose, fournit ou convient de fournir un avantage financier, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice liés à la procédure de passation de marché.

48. Le titre de l'article et les dispositions ont également été modifiées pour indiquer plus clairement qu'une exclusion est possible et ce à tout moment de la procédure de passation. Le texte de 1994 (qui mentionnait le rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix) laissait entendre qu'une offre, une proposition ou un prix ne pouvait être rejetée qu'après avoir été soumis.

49. Enfin, l'exigence selon laquelle la décision de l'entité adjudicatrice d'exclure un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché devait être approuvée par une autorité désignée de l'État adoptant, qui figurait entre parenthèses dans le texte de 1994, a été supprimée.

Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services (article 16 du texte de 1994) – Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre (article 10 du texte de 2011)

50. Le titre a été modifié pour définir clairement le champ d'application de l'article qui porte tant sur la description de l'objet du marché que sur les conditions du marché.

51. L'article a également été sensiblement modifié. Le paragraphe 1 dans le texte de 2011 contient une nouvelle disposition selon laquelle le dossier de sollicitation et, le cas échéant, de préqualification ou de présélection doit contenir une description de l'objet du marché. Une protection importante contre les abus lors de l'évaluation de la conformité des soumissions, qui n'existait pas dans le texte 1994, est prévue au paragraphe 1 b) du texte de 2011 qui précise que les exigences

¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées doivent être énoncées clairement dans le dossier de sollicitation.

52. Le paragraphe 1 du texte de 1994, qui interdisait les obstacles à la participation et qui est devenu le paragraphe 2 dans le texte de 2011, a été sensiblement renforcé. Le texte de 2011 interdit toute description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, y compris des restrictions fondées sur la nationalité. Le paragraphe renvoie également à l'article 8 de la Loi type de 2011, qui énonce une règle générale concernant la participation sans restriction des fournisseurs ou entrepreneurs aux procédures de passation des marchés (sous réserve des quelques exceptions décrites dans cet article [**hyperlien**](#)).

53. Le paragraphe 2 du texte de 1994, qui est devenu le paragraphe 3 dans le texte de 2011, a également été renforcé. La première phrase du paragraphe 2 du texte de 1994 a été rationalisée dans la Loi type de 2011. Les dispositions pertinentes de ce paragraphe dans le texte de 2011 énoncent deux règles distinctes: premièrement, dans la mesure où cela est possible, la description de l'objet du marché doit être objective, fonctionnelle et générique; et deuxièmement la description doit énoncer les caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou les caractéristiques de performance de cet objet. Contrairement au texte de 1994, celui de 2011 encourage la formulation de spécifications techniques.

54. Les dispositions du paragraphe 3 b) du texte de 1994 ont été étoffées dans le paragraphe 5 b) du texte de 2011, en ajoutant une référence aux "termes commerciaux normalisés et [aux] conditions normalisées" ainsi qu'aux "conditions du marché". Les dispositions correspondantes dans le texte de 1994 renvoyaient à cet égard uniquement aux "termes commerciaux normalisés" et aux "conditions du marché".

Langue (article 17 du texte de 1994) – Règles concernant la langue des documents (article 13 du texte de 2011)

55. Le titre de l'article dans le texte de 2011 rend compte du champ d'application élargi de cet article: il a été fusionné avec les dispositions de l'article 29 du texte de 1994 qui énonçaient des règles concernant la langue des offres. Le nouvel article ne s'applique pas seulement aux offres mais à toutes les soumissions ainsi qu'aux demandes de préqualification ou de présélection.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES (1994) – Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes; sollicitation et avis de passation de marché (2011)

A. Résumé des modifications apportées à ce chapitre

56. Le titre du chapitre a été modifié pour tenir compte de l'ajout d'une nouvelle section sur la sollicitation et les avis de passation des marchés. Le titre du chapitre dans le texte de 2011 est le suivant: "Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes. Sollicitation et avis de passation de marché". Il contient ainsi deux sections: la première renferme des dispositions sur les méthodes de passation des marchés et leurs conditions d'utilisation et la deuxième des dispositions sur la sollicitation et les avis de passation des marchés.

1. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

57. Les dispositions sur les méthodes de passation des marchés et les conditions d'utilisation de ces méthodes ont été largement modifiées en raison de l'ajout de nouvelles méthodes et techniques de passation des marchés et pour tenir compte de la nouvelle approche adoptée en ce qui concerne l'élaboration de la Loi type révisée, comme expliqué au paragraphe 4 ci-avant: le choix de la méthode de passation est fonction de la complexité de l'objet du marché et non de l'objet du marché (biens, travaux ou services). Cette décision se fonde sur plusieurs raisons. Premièrement, les méthodes de passation de marchés de services ou autres sont similaires du point de vue de la procédure, voire identiques: la principale différence est la mesure dans laquelle les qualifications et l'expérience de ceux qui fournissent l'objet du marché peuvent être prises en compte. La CNUDCI a estimé que ces questions étaient importantes non seulement pour la passation de marchés de services, mais aussi pour les contrats mixtes et les contrats de biens et de travaux (c'est pourquoi, en vertu de l'article 11 de la Loi type de 2011, ces éléments peuvent être inclus dans les critères d'évaluation de toute passation). Deuxièmement, de nombreux contrats classiques de biens prennent maintenant la forme de services, comme les contrats portant sur les technologies de l'information dans lesquels le matériel est loué et non acheté, et il ne serait guère logique de permettre que des considérations concernant le choix de la méthode offrant la plus grande souplesse puissent influencer des décisions prises dans le cadre de la passation. En outre, la CNUDCI a expressément indiqué que la Loi type devrait tenir compte du fait que les politiques et les pratiques évoluent avec le temps, et 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. Ainsi, sous réserve des conditions de leur utilisation, toutes les méthodes de passation sont disponibles pour tous les types de passation.

58. La section consacrée aux méthodes de passation des marchés et à leurs conditions d'utilisation commence par un nouvel article 27 qui énumère toutes les méthodes et techniques de passation disponibles en vertu de la Loi type de 2011. Certaines d'entre elles ont conservé le même nom que celui qu'elles avaient dans le

texte de 1994 (appel d'offres restreint, demande de prix, appel d'offres en deux étapes, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique). D'autres méthodes ont un nom différent de celui qu'elles avaient dans le texte de 1994 même si leurs caractéristiques s'inspirent de méthodes de passation ou de procédures de sélection énoncées dans la Loi type de 1994: l'appel d'offres ouvert est l'équivalent de la procédure d'appel d'offres au chapitre III de la loi type de 1994; la demande de propositions sans négociation s'inspire des caractéristiques de la procédure de sélection décrite à l'article 42 du texte de 1994; la demande de propositions avec dialogue associe les caractéristiques des articles 43 (procédures de sélection avec négociations simultanées pour la passation des marchés de services) et 48 (sollicitation de propositions) de la Loi type de 1994²; et la demande de proposition avec négociations consécutives tire ses caractéristiques de la procédure de sélection décrite à l'article 44 de la Loi type de 1994. L'article mentionne les nouvelles techniques de passation – enchères électroniques inversées et accords-cadres – et le chapitre énonce les conditions d'utilisation de ces techniques (art. 31 et 32 de la Loi type de 2011):

a) Le recours aux enchères électroniques inversées a progressé depuis l'adoption par la CNUDCI de la Loi type de 1994. Le texte de 1994 ne traitait pas des enchères traditionnelles (où les enchérisseurs sont physiquement présents), dans une large mesure en raison des pratiques collusoires constatées. Les moyens électroniques, en réduisant considérablement le coût des opérations et en permettant de préserver l'anonymat des enchérisseurs du fait que les enchères se font virtuellement et non en personne, ont facilité l'utilisation des enchères inversées. C'est pourquoi la Loi type de 2011 n'autorise que les enchères en ligne comportant un processus d'évaluation automatique qui permet de protéger l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer la confidentialité et la traçabilité des procédures. Les enchères de ce type peuvent néanmoins présenter un risque de collusion, en particulier lorsqu'elles constituent seulement une étape de la procédure de passation ou sont précédées par un examen ou une évaluation hors ligne des offres initiales (voir la discussion sur ce point dans le commentaire sur les articles du chapitre VI de la Loi type de 2011 [[**hyperlien**](#)]);

b) La Loi type de 1994 ne prévoyait pas le recours aux accords-cadres. Leur utilisation a considérablement progressé depuis son adoption et, dans les systèmes où ils existent, une partie importante des passations peut désormais être réalisée par cette méthode. Il est vrai que certains types d'accords-cadres pourraient fonctionner en l'absence de dispositions sur la question dans la Loi type. La CNUDCI estime que le recours aux accords-cadres pourrait améliorer l'efficacité des passations et en outre renforcer la transparence et la concurrence dans la passation des marchés de faible valeur qui, dans de nombreux pays, sortent du champ d'application de nombreuses dispositions d'un système de passation. En

² Ces deux méthodes de passation qui étaient prévues dans le texte de 1994 présentent de nombreuses similitudes et peuvent être utilisées pour la passation des marchés de services. La demande de propositions avec dialogue reprend la principale caractéristique de ces méthodes dans le texte de 1994 – l'interaction avec les fournisseurs ou entrepreneurs, qui se déroule de manière concomitante avec un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs (contrairement aux négociations consécutives qui est une caractéristique distincte d'une autre forme de procédure de demande de propositions). Pour éviter toute confusion dans la terminologie et le choix des méthodes de passation dans les États qui ont fondé leur législation sur la Loi type de 1994, la Loi type révisée emploie un terme différent pour désigner cette nouvelle méthode.

effet, le regroupement des marchés de faible valeur peut en faciliter le contrôle. La CNUDCI a donc prévu des dispositions particulières à leur égard pour en promouvoir une utilisation appropriée et faire en sorte que les questions particulières soulevées par ces accords fassent l'objet d'un traitement adéquat (voir la discussion sur ce point dans le commentaire sur les articles du chapitre VII de la Loi type de 2011 [[hyperlien](#)]).

59. L'article 27 du texte de 2011 est accompagné d'une note de bas de page, dont la première partie reprend la note de bas de page de l'article 18 du texte de 1994. Cette note a été étoffée, et il est désormais demandé aux États, lors de l'incorporation de la Loi type, de prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert. Elle stipule également que "Les États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation extérieure d'une autorité désignée". Cet ajout remplace les mécanismes d'approbation préalable, auxquels les États pouvaient faire appel dans la Loi type de 1994 pour recourir à une autre méthode de passation. Ces mécanismes ont été supprimés de la Loi type à deux exceptions près: un mécanisme est prévu à titre facultatif pour recourir, d'une part, à la demande de propositions avec dialogue (une note de bas de page relative à l'article 30-2 indique que les États voudront peut-être envisager de prévoir une mesure de contrôle ex ante pour le recours à cette méthode de passation [[hyperlien](#)]) et, d'autre part, à la sollicitation d'une source unique pour promouvoir des politiques socioéconomiques conformément à l'article 30 du texte de 2011 [[hyperlien](#)].

2. Dispositions sur la sollicitation et l'avis de passation de marché

60. La nouvelle section de ce chapitre regroupe les dispositions sur la sollicitation et les avis de passation des marchés applicables à diverses méthodes de passation figurant dans le texte de la Loi type de 1994, notamment aux articles 24, 37, 47-1 et 2, 48-1 et 2, 49-1, 50-1 et 51. Les modifications apportées à ces articles de la Loi type de 1994 sont examinées ci-après, par article.

61. De nouvelles dispositions ont été incorporées dans cette section, en particulier l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de publier un préavis de passation en cas de sollicitation directe, autre que la demande de prix, et lorsque cette méthode de passation est utilisée dans des situations d'urgence. La Loi type spécifie également les renseignements minimaux devant figurer dans les préavis de passation.

B. Commentaire par article

Méthodes de passation (article 18 du texte de 1994) – Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché (article 28 du texte de 2011)

62. Les règles applicables au choix de la méthode de passation des marchés contenues dans le texte de 1994 ont été profondément modifiées. La méthode de passation par défaut reste l'appel d'offres ouvert (le terme a été modifié d'appel d'offre en appel d'offres ouvert afin d'aligner la Loi type sur d'autres instruments internationaux régissant la passation de marchés publics). L'utilisation de toute autre méthode de passation doit être justifiée, justification qui repose sur l'examen du respect des conditions d'utilisation prévues aux articles 29 à 31 du texte de 2011; un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est

fondée pour justifier le recours à cette autre méthode doit toujours être versé au procès-verbal de la procédure de passation de marché. La possibilité de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimée.

63. Les règles sur les méthodes de passation disponibles pour la passation de marchés de services énoncées au paragraphe 3 du texte de 1994 ont été supprimées. Cette modification tient compte de la nouvelle approche adoptée en ce qui concerne l'élaboration de la Loi type de 2011, comme expliqué aux paragraphes 4 et 57 ci-avant.

64. Un changement important par rapport au texte de 1994 est la démarche utilisée pour choisir une autre méthode de passation. Comme indiqué dans le Guide de 1994, il y avait chevauchement dans la Loi type de 1994 entre les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence et aucune règle ne permettait d'établir une hiérarchie entre ces méthodes de passation. Le Guide de 1994 invitait les États adoptants à examiner s'il était souhaitable d'inclure ces trois méthodes de passation dans leur législation des marchés. La Loi type de 2011 adopte une démarche différente: elle définit des conditions d'utilisation largement distinctes pour chaque méthode de passation et ajoute également deux exigences qui visent à aider l'entité adjudicatrice à déterminer la méthode de passation la mieux adaptée parmi celles pouvant être utilisées dans certaines situations. Ces exigences consistent à "choisir la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée" et de "s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible". (Voir l'explication de ces exigences aux par. ... du commentaire relatif aux articles 27 et 28 de la Loi type de 2011 [****hyperliens****]).

65. Ces exigences sont particulièrement utiles lorsque les conditions d'utilisation de certaines méthodes de passation se recoupent; par exemple la demande de propositions avec dialogue et les négociations avec appel à la concurrence sont des méthodes jugées adaptées pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État. Les exigences consistant à "choisir la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée" et à "s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible" détermineront le choix de l'entité adjudicatrice entre ces deux méthodes de passation.

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence (article 19 du texte de 1994) – Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la demande de propositions avec dialogue et des négociations avec appel à la concurrence (paragraphes 1, 2 et 4 de l'article 30 du texte de 2011)

66. Les dispositions de l'article 19 du texte de 1994 ont servi de point de départ pour formuler les conditions d'utilisation de trois méthodes de passation de la Loi type de 2011, à savoir l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue et les négociations avec appel à la concurrence. Les principales caractéristiques de l'appel d'offres en deux étapes et des négociations avec appel à la concurrence s'inspirent des méthodes correspondantes de la Loi type de 1994. La demande de proposition avec dialogue est à de nombreux égards une nouvelle méthode de passation et une des trois formes de procédures de demande de propositions prévues dans la Loi type de 2011.

67. Comme il a été noté dans le paragraphe 64 ci-avant, les chevauchements entre les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions et de la négociation avec appel à la concurrence existant dans le texte de 1994 ont été en grande partie supprimés dans le texte de 2011. Dans ce dernier, il existe seulement deux conditions dans lesquelles l'appel d'offre en deux étapes peut être utilisé (elles s'inspirent des dispositions des alinéas a) et b) du paragraphe 1 du texte de 1994), trois conditions dans lesquelles les négociations avec appel à la concurrence peuvent être utilisées (elles s'appuient sur les dispositions des paragraphes 1 c) et 2 du texte de 1994) et chacune des procédures de demande de propositions peut être utilisée dans des conditions distinctes, comme il est expliqué ci-après. La possibilité de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimée.

68. L'alinéa a) l'article 19-1 de la Loi type de 1994 a été repris avec des modifications dans l'alinéa a) de l'article 30-1 de la Loi type de 2011 pour définir de manière plus précise la principale condition d'utilisation de la procédure d'appel d'offre en deux étapes et la distinguer des conditions d'utilisation des autres méthodes de passation. Par exemple, le mot "négociations" dans le texte de 1994 a été remplacé par le mot "discussions" avec les fournisseurs ou entrepreneurs, afin d'expliquer plus clairement que cette méthode de passation ne prévoyait pas de négociations au sens de marchandage; au contraire, les discussions ont pour seul objectif d'améliorer des aspects de la description de l'objet du marché afin de les formuler avec le niveau de détail requis (voir par. ** et ** de l'introduction du commentaire sur le chapitre V relatif aux méthodes de passation et l'article 30-1 ci-avant [[**hyperliens**](#)]).

69. La deuxième condition d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, en cas d'échec de l'appel d'offres ouvert (alinéa d) de l'article 19-1 du texte de 1994), a été modifiée dans l'alinéa b) de l'article 30-1 du texte de 2011 par l'ajout d'une exigence supplémentaire, selon laquelle l'entité adjudicatrice doit juger qu'il est improbable non seulement qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert mais aussi que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la Loi type de 2011 (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociations) aboutisse à la conclusion d'un marché. Cette exigence a été ajoutée pour tenir compte d'un des principes généraux sur lesquels s'est appuyée la révision du texte de 1994 — à savoir réduire au maximum toute interaction humaine inutile entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui a été jugé important pour prévenir la corruption.

70. Les conditions d'utilisation de la sollicitation de propositions énoncées dans l'article 19-1 du texte de 1994 ont été conservées inchangées comme conditions d'utilisation de la demande de propositions avec dialogue dans l'article 30-2 du texte de 2011, à l'exception de l'alinéa c) qui renvoie à présent à la "protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État" (cette modification a été apportée pour aligner la Loi type sur d'autres instruments juridiques) et de l'alinéa d) qui énonce l'exigence supplémentaire mentionnée au paragraphe précédent.

71. La Loi type de 2011 prévoit également des conditions d'utilisation pour deux autres procédures de demande de propositions (inexistantes dans la Loi type de 1994): la demande de propositions sans négociation et la demande de propositions avec négociations consécutives (voir articles 29-3 et 30-3 du texte de 2011). Ces deux méthodes ne pouvaient être utilisées dans la Loi type 1994 que pour la

passation de marchés de services. Dans la Loi type de 2011, elles ne sont pas considérées comme des méthodes convenant uniquement aux marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode de passation sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) (voir par. 57 ci-avant). (Voir l'examen des conditions d'utilisation de ces méthodes dans le commentaire relatif aux articles 29-3 et 30-3 ci-avant [****hyperliens****].)

72. Dans la Loi type de 2011, les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence ont été limitées aux situations visées à l'alinéa c) de l'article 19-1 (qui a également été reformulé pour tenir compte de la protection des intérêts essentiels de l'État, voir par. 70 ci-avant) et à l'article 19-2 (situations d'urgence et événements catastrophiques) de la Loi type de 1994. Ce dernier a été modifié. En vertu de l'alinéa b) de l'article 19-2 du texte de 1994, dans une situation d'urgence due à un événement catastrophique, l'entité adjudicatrice, avant d'utiliser les négociations avec appel à la concurrence, devait établir qu'il n'était pas réaliste de recourir à d'autres méthodes de passation. En cas d'urgence simple, avant d'utiliser les négociations avec appel à la concurrence, elle devait établir qu'il n'était pas réaliste de recourir à la procédure d'appel d'offres (alinéa a) de l'article 19-2 du texte de 1994). La Loi type de 2011 impose la même obligation dans les deux cas – dans les situations d'urgence simple et dans les situations d'urgence dues à un événement catastrophique où, avant de recourir aux négociations avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice doit établir qu'il ne serait pas réaliste d'utiliser une autre méthode de passation avec mise en concurrence. En renvoyant aux “méthodes de passation de marché avec mise en concurrence”, les dispositions indiquent clairement qu'elles ne visent pas à prendre en compte la sollicitation d'une source unique (le texte de 1994 renvoyait aux “autres méthodes de passation”, ce qui était ambigu dans ce contexte).

Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint (article 20 du texte de 1994; article 29-1 du texte de 2011)

73. La mention des “raisons d'économie et d'efficacité”, qui figurait dans le texte de 1994, a été supprimée dans le texte révisé, compte tenu de la décision de la CNUDCI de ne mentionner dans les articles du texte de la Loi type aucun des objectifs énoncés dans le Préambule. L'entité adjudicatrice devra en tout état de cause tenir compte de l'objectif d’“aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés” et de tous les autres objectifs de la Loi type lorsqu'elle choisit une méthode de passation, ainsi qu'à toutes les autres étapes de la procédure, selon qu'il convient. En outre, on a estimé que les considérations “d'économie et d'efficacité”, pertinentes dans le contexte de la seconde condition d'utilisation de cette méthode de passation (éviter des coûts et délais disproportionnés), ne l'étaient plus lorsque le nombre de fournisseurs était limité. La possibilité de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimée.

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix (article 21 du texte de 1994; article 29-2 du texte de 2011)

74. Le libellé de l'article a été modifié pour permettre le recours à la demande de prix pour tous les types de passation de marchés normalisés ou courants qui ne sont pas spécialement formulés en fonction de spécifications ou de conditions techniques particulières. Le paragraphe 2 du texte de 1994 a été supprimé de l'article 29-2 du

texte de 2011, étant donné que l'article 21 du texte de 2011 contient des règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché applicables à toutes les méthodes de passation et non seulement aux demandes de prix. La possibilité de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimée.

Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique (article 22 du texte de 1994; article 30-5 du texte de 2011)

75. Les conditions d'utilisations énoncées à l'alinéa c) de l'article 22 ont été limitées dans le texte de 2011 aux situations d'urgence extrême; la justification exigée pour recourir à la sollicitation d'une source unique prévue à l'alinéa e) de l'article 22 du texte de 1994 a été supprimée, et la condition d'utilisation visée l'alinéa f) de l'article 22 du texte de 1994 a été reformulée, pour les raisons exposées au paragraphe 70 ci-avant, afin de tenir compte de la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État.

76. La possibilité de recourir à un mécanisme d'approbation préalable a été supprimée, sauf en cas de sollicitation d'une source unique pour promouvoir des politiques socioéconomiques conformément à l'article 30 du texte de 2011 (dans la Loi type de 1994, le recours à un mécanisme d'approbation préalable dans ces circonstances n'était pas présenté comme une option, mais plutôt comme une règle par défaut).
