



# Assemblée générale

Distr.: Limitée  
22 février 2006

Français  
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail I (Passation de marchés)  
Neuvième session  
New York, 24-28 avril 2006

## **Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – l'utilisation des accords-cadres dans la passation des marchés publics**

### **Note du secrétariat**

#### **Additif**

### Table des matières

[Les chapitres I<sup>er</sup> à IV sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.44]

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
V. Fonctionnement des accords-cadres . . . . .	1-46	3
A. Procédure de conclusion d'accords-cadres . . . . .	1-7	3
B. Accords à fournisseur unique . . . . .	8-14	4
1. Première phase du processus d'attribution . . . . .	8-9	4
2. Deuxième phase du processus d'attribution . . . . .	10-11	4
3. Questions découlant de l'utilisation des accords-cadres à fournisseur unique . . . . .	12-14	4
C. Accords à fournisseurs multiples . . . . .	15-43	5
1. Introduction . . . . .	15-16	5



2.	Première phase du processus d'attribution . . . . .	17-20	5
3.	Deuxième phase du processus d'attribution . . . . .	21-35	6
a)	Remarques générales . . . . .	21	6
b)	Attribution de commandes sans remise en concurrence dans la deuxième phase . . . . .	22-24	6
c)	Attribution de commandes avec remise en concurrence dans la deuxième phase – systèmes n'autorisant pas la révision permanente des offres ni la modification du cahier des charges . . . . .	25-30	7
d)	Attribution de commandes avec remise en concurrence dans la deuxième phase – systèmes autorisant la révision permanente des offres et la modification du cahier des charges . . . . .	31-35	8
4.	Questions découlant de l'utilisation des accords-cadres à fournisseurs multiples . . . . .	36-43	10
D.	Accords-cadres gérés par des centrales d'achat . . . . .	44-46	11
VI.	Dispositions sur les accords-cadres dans la Loi type . . . . .	47-63	12
A.	Types d'accords-cadres que la Loi type pourrait prévoir . . . . .	51-52	12
B.	Conditions générales d'utilisation . . . . .	53	13
C.	Première phase du processus d'attribution . . . . .	54	14
D.	Deuxième phase du processus d'attribution . . . . .	55-63	15
1.	Accords à fournisseur unique et à fournisseurs multiples sans remise en concurrence dans la deuxième phase . . . . .	55	15
2.	Accords à fournisseur unique et à fournisseurs multiples avec remise en concurrence dans la deuxième phase . . . . .	56-63	16

## V. Fonctionnement des accords-cadres

### A. Procédure de conclusion d'accords-cadres

1. Les questions découlant des conditions d'utilisation des accords-cadres sont examinées plus avant ci-après. Des recherches indiquent toutefois que ces sujets sont souvent traités par des règlements ou d'autres législations spécifiques qui, dans de nombreux cas, ne sont pas accessibles au public. Cette étude porte donc sur les systèmes dont l'essentiel des dispositions et des commentaires sont publics.
2. Si un accord-cadre est conclu en vertu de la législation générale sur les marchés publics, le mode de sélection des fournisseurs admis à y participer est déterminé selon les règles normales régissant l'attribution de marchés. Un système de passation peut aussi prévoir le recours aux accords-cadres en tant que méthode de passation distincte comme c'est le cas, par exemple, aux États-Unis d'Amérique<sup>1</sup>.
3. Il est toutefois probable que les types d'achats répétitifs faisant couramment l'objet d'accords-cadres exigent le recours à une méthode de passation ouverte et concurrentielle (à savoir, dans le cadre de la Loi type, à une procédure d'appel d'offres ou à la principale méthode de passation de marchés de services). Les conditions de la procédure d'appel d'offres restreint pourraient parfois être applicables, mais celles des autres méthodes de passation prévues par la Loi type (l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions, la négociation avec appel à la concurrence, ou leurs équivalents respectifs sous d'autres régimes) sont moins susceptibles de l'être car elles sont conçues pour des situations où l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de fixer un cahier des charges avec le degré de précision ou le caractère définitif nécessaires à une procédure d'appel d'offres.
4. Une fois la procédure de passation achevée, l'entité adjudicatrice conclut un accord-cadre avec un ou plusieurs fournisseurs. Cet accord peut prendre la forme d'un marché divisé en lots. L'entité adjudicatrice peut conclure soit un contrat unique avec tous les fournisseurs soit un accord distinct avec chacun d'entre eux (auquel cas les conditions, telles que le prix, peuvent être différentes selon le fournisseur).
5. Bien que la plupart des systèmes prévoient une mise en concurrence pour l'admission à un accord-cadre, l'étendue de cette concurrence (au sens quantitatif) varie d'un système à l'autre.
6. De même, dans la phase ultérieure où les commandes sont passées, on peut aller de l'absence de concurrence à l'équivalent d'une procédure d'appel d'offres. Les accords-cadres relèvent de deux grandes catégories: celle où la sélection des fournisseurs est concurrentielle dans la première phase d'attribution mais pas dans la deuxième, et celle où la sélection comporte un certain degré de concurrence dans les deux phases.
7. Les divers régimes existants se distinguent aussi par la mesure dans laquelle elles autorisent: a) la modification des termes, des conditions et du cahier des charges fixés dans l'invitation à soumettre une offre, et b) l'admission d'autres fournisseurs à l'accord-cadre pendant sa durée de validité.

## **B. Accords à fournisseur unique**

### **1. Première phase du processus d'attribution**

8. Sous sa forme la plus simple, l'accord-cadre est conclu avec un seul fournisseur à la suite d'une procédure d'appel d'offres, après quoi des commandes sont passées conformément à ses termes et conditions. Il ressemble donc à un marché normal, excepté dans la mesure où il y aura un laps de temps entre l'attribution de l'accord-cadre lui-même et la commande des biens, des travaux et des services fondés sur celui-ci. La définition de ce type d'accord est proche de celle du "contrat à prestations et à quantités indéterminées".

9. La sélection du fournisseur se fait donc selon les critères normaux de la procédure de passation pertinente. Cette exigence est prévue dans de nombreux pays d'Afrique, d'Asie et des Amériques mentionnés dans la section III du document A/CN.9/WG.I/WP.44 ainsi que par la Directive européenne 2004/18/CE qui dispose au paragraphe 2 de l'article 32 que, dans la première phase du processus d'attribution de marchés fondés sur un accord-cadre, le choix des parties se fait par application des critères d'attribution établis conformément à l'article 53.

### **2. Deuxième phase du processus d'attribution**

10. L'article 32 de la Directive dispose ensuite au paragraphe 3 que, dans la deuxième phase, l'attribution devrait se faire "dans les limites des termes fixés dans l'accord-cadre", sans remise en concurrence, mais que l'entité adjudicatrice "peut consulter par écrit" le fournisseur, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre, durant cette deuxième phase. Cette disposition vise à permettre que des conditions plus précises soient fixées pour un marché donné – par exemple la date limite d'exécution d'un projet de consultation ou la méthodologie à suivre<sup>2</sup>. Ce type de contrat peut englober les accords-cadres qui prévoient que la révision des prix des offres se fasse selon un mécanisme ou une formule préétablis, par exemple en fonction du taux d'inflation ou d'une autre référence externe, mais ne soit pas laissée à la discrétion du fournisseur.

11. La Directive ajoute expressément que, notamment pour ce type d'accord, "[l]ors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre". Toute modification doit donc être fondée sur le cahier des charges initial (qui, dans les exemples ci-dessus, pourrait exiger que la tâche soit exécutée dans un délai raisonnable ou que l'entité adjudicatrice approuve la méthodologie proposée par le fournisseur)<sup>3</sup>. Dans d'autres systèmes (dont celui du Burkina Faso, par exemple), pour des commandes fondées sur un accord-cadre, le cahier des charges peut être affiné en cas de besoin.

### **3. Questions découlant de l'utilisation des accords-cadres à fournisseur unique**

12. En ce qui concerne les accords à fournisseur unique, on s'est notamment inquiété de ce qu'ils aient un effet potentiellement anticoncurrentiel, les marchés concernés étant exclus de toute autre concurrence pendant la durée du contrat, et de ce que la sécurité de l'approvisionnement ne soit pas assurée.

13. Par ailleurs, la flexibilité accordée pour la modification du cahier des charges dans la deuxième phase du processus d'attribution pourrait aussi présenter un risque d'abus.

14. Ces questions, qui se posent aussi dans le contexte des accords à fournisseurs multiples, sont examinées aux paragraphes 36 à 43 ci-dessous.

## **C. Accords à fournisseurs multiples**

### **1. Introduction**

15. Les accords à fournisseurs multiples peuvent être fermés (lorsque aucun nouveau fournisseur ne peut y être admis après la première phase du processus d'attribution, comme le prévoit l'Union européenne) ou ouverts (lorsque de nouveaux fournisseurs peuvent être admis après la première phase du processus d'attribution, comme le prévoient les États-Unis d'Amérique). Dans le cas des accords-cadres fermés, la deuxième phase peut ou non comporter une mise en concurrence.

16. La première invitation à soumettre une offre dans le cadre de ces accords peut comprendre une sollicitation de propositions concrètes pour des commandes prévues, dont il sera tenu compte dans l'évaluation des offres ou des réponses concernées.

### **2. Première phase du processus d'attribution**

17. Les régimes de passation qui prévoient des dispositions sur les accords-cadres à fournisseurs multiples varient considérablement sur la question de la sélection des fournisseurs dans la première phase du processus d'attribution, principalement sur le point de savoir si tous les fournisseurs qualifiés ou seulement certains d'entre eux doivent ou peuvent être admis à l'accord-cadre.

18. Dans l'UE, par exemple, aux termes du paragraphe 2 de l'article 32 de la Directive 2004/18/CE, les entités adjudicatrices "suivent les règles de procédure visées par la présente directive dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des critères d'attribution établis conformément à l'article 53."

19. Il s'ensuit que l'entité adjudicatrice ne peut admettre tous les fournisseurs qualifiés à l'accord-cadre, quel que soit leur nombre, mais doit faire un choix fondé sur les critères d'attribution. Le paragraphe 4 de l'article 32 dispose ensuite qu'au moins trois fournisseurs doivent être admis à l'accord-cadre dans la mesure où il y a un nombre suffisant de fournisseurs satisfaisant aux critères de sélection et/ou d'"offres recevables répondant aux critères d'attribution". Des dispositions semblables sont également prévues dans d'autres systèmes (comme au Malawi). Ce type d'accord-cadre est fermé dès sa conclusion.

20. Aux États-Unis d'Amérique, en revanche, les textes législatifs privilégient les accords-cadres à fournisseurs multiples attribués à la suite d'une mise en concurrence conforme au Règlement sur les marchés fédéraux (FAR) ou au système général de passation des marchés fédéraux. Les offres sont évaluées en fonction du prix, de la qualité et de la qualification des soumissionnaires au moment de

l'attribution de l'accord-cadre, mais le régime législatif cherche à accroître au maximum la concurrence pour chaque commande de services ou de fournitures (appelée "task order" et "delivery order") fondée sur un "contrat à prestations et à quantités indéterminées"<sup>4</sup>.

### **3. Deuxième phase du processus d'attribution**

#### **a) Remarques générales**

21. Il est courant dans le cas d'accords-cadres plus complexes comportant plusieurs éléments ou plusieurs variables que l'identité du fournisseur qui proposera le prix le plus bas ou l'offre la plus basse selon l'évaluation lors d'une commande ne soit pas connue au moment de la conclusion de l'accord-cadre. Par exemple, lorsque l'accord-cadre porte sur plusieurs produits (comme une série de produits informatiques), tous les fournisseurs ne sont pas en mesure d'offrir tous les produits, et le meilleur prix pour chaque produit peut être proposé par un fournisseur différent. En outre, pour les prestations de dernière minute, comme les services de voyage, la rapidité de la fourniture peut être capitale. Pour des raisons pratiques, il peut également être souhaitable de permettre aux fournisseurs de modifier leurs prix ou d'autres conditions de leurs offres et à l'entité adjudicatrice d'affiner le cahier des charges pour fournir des précisions (telle que la date d'exécution d'un projet de consultation) qui étaient inconnues au moment de la conclusion de l'accord-cadre ou de tenir compte de l'évolution des besoins. En pareil cas, il y a une nouvelle évaluation des éléments des offres ou une remise en concurrence dans la deuxième phase pour identifier le meilleur fournisseur au moment de la commande.

#### **b) Attribution de commandes sans remise en concurrence dans la deuxième phase**

22. La Directive européenne 2004/18/CE prévoit au paragraphe 4 de l'article 32 deux procédures d'attribution de marchés fondés sur un accord à fournisseurs multiples. Dans le premier cas, l'attribution se fait "par application des termes fixés dans l'accord-cadre, sans remise en concurrence"<sup>5</sup>. (Le deuxième cas, qui appelle une remise en concurrence dans la deuxième phase, est traité dans la section suivante.) Comme pour l'accord à fournisseur unique décrit plus haut, l'entité adjudicatrice peut permettre au fournisseur de compléter son offre par écrit.

23. Aux États-Unis d'Amérique, dans le système des marchés-cadres à fournisseurs multiples (MAS), la sélection des fournisseurs parmi ceux qui ont été admis à un accord-cadre se fait soit par des approches concurrentielles (décrites aux paragraphes 29 et 30 ci-dessous) soit par l'une de deux principales approches non concurrentielles concernant des achats inférieurs à un certain seuil<sup>6</sup>:

a) Pour les très petits achats – d'un montant inférieur à 2 500 dollars des États-Unis – des "micro-commandes" peuvent être passées auprès de tout fournisseur admis à l'accord-cadre<sup>7</sup>. Bien que le règlement appelle les entités adjudicatrices à choisir parmi les fournisseurs inscrits lorsqu'elles effectuent des achats d'un montant inférieur à 2 500 dollars, elles peuvent en principe retenir n'importe quel fournisseur, admis ou non à l'accord-cadre, les "micro-commandes" n'entrant généralement pas dans le champ d'application d'une réglementation quelconque<sup>8</sup>;

b) Pour des commandes d'un montant supérieur à ce seuil, l'entité adjudicatrice doit retenir le fournisseur admis à l'accord-cadre offrant le meilleur

rapport qualité-prix selon une très large série de critères d'évaluation<sup>9</sup>. Pour des achats fondés sur un marché-cadre à fournisseurs multiples "MAS", elle doit généralement évaluer les prix d'au moins trois fournisseurs inscrits – qu'elle a sélectionnés – ou elle peut consulter le catalogue électronique de la *General Services Administration* (voir aussi le paragraphe 34 ci-dessous).

24. La sélection des fournisseurs sans remise en concurrence dans la deuxième phase peut aussi se faire par un système de roulement des fournisseurs ou être discrétionnaire. Il existe en outre un système de cascade, par exemple au Brésil, où les achats doivent être effectués auprès du fournisseur initialement retenu à moins que ce dernier ne puisse satisfaire la demande<sup>10</sup>. Ces systèmes peuvent présenter un risque pour la concurrence et la transparence, en particulier si le mode de sélection dans la deuxième phase ne doit pas nécessairement être spécifié dans le dossier de sollicitation.

**c) Attribution de commandes avec remise en concurrence dans la deuxième phase – systèmes n'autorisant pas la révision permanente des offres ni la modification du cahier des charges**

25. La Directive européenne 2004/18/CE prévoit au paragraphe 4 de l'article 32 une remise en concurrence dans la deuxième phase "lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre"<sup>11</sup>. Il a été noté que ces termes pourraient même comprendre le prix puisque dans la Directive, ce dernier ne doit pas nécessairement être établi dans l'accord-cadre lui-même<sup>12</sup>.

26. Les parties admises à un accord-cadre sont invitées à se faire concurrence pour une commande donnée "sur la base [des termes fixés dans l'accord-cadre], si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre"<sup>13</sup>. Bien que tous les fournisseurs participant à l'accord-cadre "qui sont capables de réaliser l'objet du marché" doivent être consultés par écrit (article 32-4 a)), les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'inclure tous ceux qui ont été admis à l'accord-cadre – par exemple, dans le cas où certains fournisseurs ne seraient pas en mesure d'offrir les produits en question ou de respecter les délais prévus. (Les offres soumises en réponse par les fournisseurs doivent aussi être sous forme écrite à moins que l'entité adjudicatrice ne décide de procéder à la mise en concurrence dans la deuxième phase par enchère électronique inversée, conformément au paragraphe 4 de l'article 54.)

27. Quelle que soit la méthode retenue pour la deuxième phase du processus d'attribution, en vertu de la Directive, les termes essentiels de l'accord-cadre ne peuvent être renégociés et le cahier des charges ne peut être substantiellement modifié. Cela dit, il est permis de compléter ou d'affiner les termes essentiels ou le cahier des charges en vue d'une commande précise<sup>14</sup>. Il importe de noter que les entités adjudicatrices doivent attribuer "chaque marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre" (c'est l'auteur qui souligne), et non sur la base du cahier des charges révisé (article 32-4 d)). Il n'est pas précisé comment les critères d'attribution sont appliqués au cahier des charges affiné<sup>15</sup>.

28. En France, les accords-cadres à fournisseurs multiples avec remise en concurrence dans la deuxième phase sont utilisés lorsque la volatilité des prix des produits, l'obsolescence rapide des produits, une situation d'urgence ou des cas

impliquant une mission de recherche le rendent nécessaire<sup>16</sup>. En général, ils ont été utilisés conformément aux règles ordinaires du Code des marchés publics (puis des directives européennes alors en vigueur). Il a été précisé que les entités pouvaient limiter le nombre de fournisseurs sélectionnés dans la première phase. Pour des commandes n'atteignant pas le seuil pertinent fixé par l'UE (en application des règles de cumul ou dans le cadre d'arrangements destinés à des achats occasionnels ou de faible valeur), les entités adjudicatrices pourraient choisir parmi les fournisseurs sans les remettre en concurrence dans la deuxième phase. Il n'est pas clair si ces dispositions seront maintenues lorsque la France adoptera les nouvelles directives européennes.

29. Aux États-Unis d'Amérique, lorsque des organismes du département de la défense achètent des services pour un montant supérieur à 100 000 dollars, fondés sur des "contrats à prestations et à quantités indéterminées", ils doivent respecter des règles concurrentielles plus complexes. En ce qui concerne les marchés-cadres à fournisseurs multiples de la *General Services Administration* (GSA) – par exemple, ils doivent recueillir au moins trois offres de prix avant de sélectionner un fournisseur et ne peuvent se contenter de consulter les listes de prix de trois concurrents<sup>17</sup>.

30. L'entité adjudicatrice aux États-Unis a aussi la possibilité de lancer un "mini-appel d'offres" destiné aux titulaires d'un contrat-cadre (aussi bien de marchés-cadres à fournisseurs multiples que de "contrats à prestations et à quantités indéterminées"), auquel cas il faut accorder aux fournisseurs admis à l'accord-cadre des chances équitables d'entrer en concurrence<sup>18</sup>. Autrement, l'entité adjudicatrice peut simplement demander des réductions plus importantes ou d'autres concessions au fournisseur susceptible d'être retenu. Pour des commandes dépassant un certain seuil (qui varie selon le contrat), les entités adjudicatrices doivent généralement demander des offres et des réductions plus importantes à d'autres fournisseurs et ensuite négocier avec celui qui semble, à l'issue du "mini-appel d'offres", proposer le meilleur rapport qualité-prix<sup>19</sup>. Ne prévoyant pas de disposition équivalente à l'interdiction dans l'Union européenne d'apporter des modifications substantielles aux termes, aux conditions ou au cahier des charges pour ce qui est de l'offre initiale, ce système s'apparente aussi à celui qui est décrit dans la section suivante.

**d) Attribution de commandes avec remise en concurrence dans la deuxième phase – systèmes autorisant la révision permanente des offres et la modification du cahier des charges**

31. Dans ce type d'accord-cadre, qui est pour l'essentiel une version affinée du type exposé dans la section précédente, les fournisseurs peuvent revoir leur offre à tout moment (sans nouvelle phase d'appel d'offres) et l'entité adjudicatrice choisit la meilleure offre au moment d'une commande donnée, tout en affinant éventuellement le cahier des charges<sup>20</sup>. Des observateurs ont noté que ce système présentait des avantages, notamment en termes de rentabilité, le coût d'une nouvelle procédure intégrale pouvant être disproportionné dans ces circonstances. Par ailleurs, ce type de système est fréquemment ouvert, de sorte que de nouveaux fournisseurs peuvent être admis à l'accord-cadre à tout moment, comme dans le régime des marchés-cadres à fournisseurs multiples (MAS) aux États-Unis d'Amérique.

32. Ce type de mécanisme peut prendre la forme d'un catalogue électronique ou d'un système d'achat électronique, où les entités adjudicatrices peuvent consulter les prix en vigueur des fournisseurs. Il permet la modification régulière des prix, et son utilisation croissante (qui contribue aussi à réduire le coût des opérations impliqué par le changement de fournisseur) a favorisé le recours aux accords-cadres en général. Les catalogues électroniques permettent donc aux entités adjudicatrices de sélectionner rapidement des biens et des services tout en faisant jouer la concurrence<sup>21</sup>.

33. Ces systèmes peuvent aussi servir pour la passation de marchés de produits courants dont le prix est fonction de la demande, tels que l'électricité ou les produits informatiques, qui évoluent sans cesse et font fréquemment l'objet de perfectionnement. Dans ces circonstances, on peut obtenir le meilleur rapport qualité-prix en évaluant à intervalles réguliers les prix en vigueur de divers fournisseurs, sans subir le coût d'une véritable mise en concurrence pour chaque commande. De même, ces systèmes peuvent servir pour des commandes urgentes, de préférence à la négociation avec appel à la concurrence ou à la sollicitation d'une source unique, et peuvent assurer la sécurité de l'approvisionnement (par exemple en prévoyant des fournisseurs "de réserve" pour les besoins urgents).

34. Un catalogue électronique en ligne appelé *GSA advantage* est utilisé aux États-Unis notamment pour certains marchés-cadres à fournisseurs multiples (MAS)<sup>22</sup>. Des fournisseurs sont admis à tout moment dans le système sur la base de spécifications génériques et les entités adjudicatrices peuvent ensuite comparer les caractéristiques, les prix et les modalités de livraison des articles à acquérir, configurer des produits et y ajouter des accessoires. Les fournisseurs sont tenus de transmettre au système leur listes de prix pour un marché donné ainsi que les réductions qu'ils proposent pour les achats de la GSA et peuvent baisser leurs prix contractuels à tout moment.

35. La Directive européenne 2004/18/CE prévoit aussi un mécanisme appelé "système d'acquisition dynamique"<sup>23</sup> qui doit être utilisé par voie électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur<sup>24</sup>. Il se distingue de l'accord-cadre classique prévu par les directives sa continuité (sur une durée de quatre années dans des circonstances normales) et par le fait qu'il est ouvert à tous fournisseurs qualifiés ainsi qu'à de nouveaux fournisseurs (c'est-à-dire qu'il ne crée pas de liens contraignants entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs initiaux). Les règles prévoient que les offres peuvent être modifiées à tout moment et que chaque marché spécifique doit faire l'objet d'une mise en concurrence dans la deuxième phase. En outre, dans ce système, à la différence de l'accord-cadre, avant d'émettre l'invitation à soumettre une offre, l'entité adjudicatrice doit publier un avis de marché simplifié invitant tous les fournisseurs intéressés à présenter une offre indicative et ne peut procéder à la mise en concurrence qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives introduites dans un délai fixé. Ce n'est qu'à ce moment qu'il peut inviter tous les soumissionnaires admis dans le système à présenter une offre. Le système d'acquisition dynamique ayant été introduit récemment et étant en cours d'adoption, son fonctionnement dans la pratique n'a pas encore été mis à l'épreuve. Cependant, selon de premières observations, les obligations procédurales dans la deuxième phase du processus d'attribution, qui

présentent des avantages en termes de transparence, risquent de dissuader le recours à ce système<sup>25</sup>.

#### 4. Questions découlant de l'utilisation des accords-cadres à fournisseurs multiples

36. En ce qui concerne les accords-cadres sans remise en concurrence dans la deuxième phase, des observateurs ont estimé que, malgré leur efficacité, les termes de l'accord-cadre étant appliqués dans la deuxième phase sans nouvel appel à la concurrence (et sans autres formalités tels que la publicité imposée par de nombreux régimes), ils présentaient un certain risque pour la concurrence. Plus précisément, la concurrence et le nombre de fournisseurs sont artificiellement limités, ce qui entraîne le risque que les prix soient maintenus artificiellement élevés et inflexibles et que la transparence soit entravée comme on l'a vu plus haut<sup>26</sup>.

37. En ce qui concerne les accords-cadres avec une remise en concurrence dans la deuxième phase, ni les directives européennes ni le système des États-Unis ne prévoient de réglementation sur les modalités de la concurrence. Si les directives ne contiennent pas de dispositions détaillées sur la procédure d'attribution d'une commande donnée, elles prévoient une obligation générale pour l'entité adjudicatrice de traiter les fournisseurs de manière équitable et non discriminatoire<sup>27</sup>. Aux États-Unis, le règlement indique simplement que, dans la deuxième phase, il faut donner aux fournisseurs des chances équitables d'entrer en concurrence<sup>28</sup>.

38. Les directives européennes ne fixent pas de délai minimum pour solliciter des offres auprès des fournisseurs admis à un accord-cadre, mais exigent un "délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres" (art. 32-4- b)).

39. En Arménie, par exemple, les aspects procéduraux de la deuxième phase sont réglementés: un nombre de jours est fixé pour chaque étape, au cours de laquelle l'entité adjudicatrice passe des commandes sous forme électronique ou par des moyens de communication traditionnels et le fournisseur répond par une confirmation de la commande qui est alors exécutée<sup>29</sup>.

40. Par ailleurs, il peut être difficile de déterminer l'offre au prix le plus bas ou l'offre la plus basse selon l'évaluation. Les directives européennes prévoient une certaine flexibilité, l'attribution étant faite sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre. Les lignes directrices de l'UE sur l'interprétation de cette disposition indiquent que "ces critères d'attribution ne sont pas forcément les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion des accords-cadres eux-mêmes"<sup>30</sup>.

41. Des observateurs ont donc estimé que les avantages théoriques d'une mise en concurrence dans la deuxième phase ne se vérifiaient pas toujours dans la pratique et qu'une telle procédure pourrait en effet être inadéquate. Par exemple, une enquête menée aux États-Unis d'Amérique en 1999 a révélé que 53 % des commandes avaient été attribuées sans mise en concurrence et que cela n'était justifié que dans 12 % des cas<sup>31</sup>. Selon un autre rapport, parmi six organisations étudiées, les efforts visant à donner des chances équitables aux fournisseurs d'entrer en concurrence dans la deuxième phase du processus d'attribution, comme l'exige le système,

variaient considérablement (dans un cas, presque deux tiers des commandes avaient été attribuées à une source unique en fonction du volume et un cinquième en fonction de la valeur, et dans d'autres cas, on avait désigné un fournisseur recommandé ou proposé qui était donc seul à présenter une offre. Des observateurs ont donné diverses raisons justifiant l'attribution sans remise en concurrence dans la deuxième phase, notamment le maintien de relations continues avec un fournisseur (l'attribution de marchés de faible valeur étant suivie d'autres d'une valeur supérieure), des considérations pratiques, telles que la date et l'absence d'un avis adéquat qui privilégient les entrepreneurs participants, la collusion, la partialité des spécifications techniques et l'évaluation inadéquate des prix soumissionnés<sup>32</sup>.

42. En outre, lorsqu'un faible nombre de fournisseurs participe à la deuxième phase du processus d'attribution, on a observé un risque de collusion entre eux, c'est-à-dire qu'ils entreraient en concurrence "à tour de rôle".

43. Des observateurs ont également noté que la possibilité de modifier le cahier des charges augmentait le risque d'irrégularités. Ils ont évoqué le cas d'achats effectués en dehors du champ des accords-cadres lorsque le cahier des charges était modifié et ont indiqué que le fait de préciser les termes généraux pouvait en fait résulter en la modification substantielle des termes initiaux. En tout état de cause, le Groupe de travail estimera peut-être qu'une nouvelle procédure de passation devrait être menée dans des conditions de pleine concurrence, bien que les systèmes qui autorisent actuellement la modification du cahier des charges ne prévoient aucune disposition énonçant les circonstances qui exigeraient une nouvelle procédure. Il est souvent estimé que ces problèmes sont aggravés par le fait que la deuxième phase du processus d'attribution n'est pas soumise aux exigences de publicité ni aux mécanismes de recours.

#### **D. Accords-cadres gérés par des centrales d'achat**

44. Des commentateurs ont noté que les accords-cadres permettaient aussi à une entité adjudicatrice centralisée ou à un organisme d'achat extérieur d'effectuer la passation de marchés au nom, ou pour le compte, de plusieurs entités. Un tel regroupement des commandes peut donner lieu à des réductions pour achats en gros, ce qui améliore le rapport qualité-prix conformément aux objectifs de la Loi type, et donne une certaine liberté de choix au consommateur final lorsque des contrats sont conclus avec plusieurs fournisseurs proposant des produits différents.

45. Cependant, certains commentateurs ont exprimé des craintes concernant de tels arrangements: il pourrait être dans l'intérêt d'un organisme extérieur de conserver un revenu important en maintenant des prix élevés, en imposant des spécifications excessives, en effectuant des achats dans les limites du budget sans évaluer rigoureusement les besoins, en passant de façon générale des commandes excessives par rapport aux besoins ou en privilégiant certains fournisseurs pour satisfaire les consommateurs finaux. Il a aussi été observé que la séparation entre le consommateur final et l'entité adjudicatrice augmente ce risque en raison d'un contrôle inadéquat de l'évaluation des besoins et de l'application de procédures souples.

46. Un organisme d'achat centralisé ou externe peut s'adapter aux besoins des entités adjudicatrices en réduisant la concurrence, ce qui à son tour peut impliquer

le recours à des techniques concurrentielles, à des exigences techniques ou à des exigences de présélection<sup>33</sup> qui privilégient une certaine entreprise, limitent abusivement la concurrence et mettent certains fournisseurs en position de monopole effectif<sup>34</sup>.

## **VI. Dispositions sur les accords-cadres dans la Loi type**

47. Si le Groupe de travail estime que les avantages potentiels des accords-cadres sont tels qu'il faudrait prévoir dans la Loi type des dispositions qui permettent d'y recourir, il souhaitera peut-être examiner le type de système(s) et le degré de réglementation appropriés.

48. En résumé, plus les critères qualitatifs de sélection des fournisseurs et d'évaluation des soumissions et des offres sont nombreux et importants, plus le degré de jugement professionnel nécessaire à l'interprétation et à la gestion des spécifications techniques et des mandats est élevé, plus la procédure de passation est complexe et plus elle présente des risques d'abus. Dans la mesure où les accords-cadres ne fixent pas nécessairement le prix ou d'autres termes et conditions importants dans la première phase du processus d'attribution, il a été fait remarquer que la deuxième phase pouvait être complexe, opaque et susceptible d'abus et que le Groupe de travail pourrait donc juger approprié de fournir des orientations détaillées sur l'utilisation de ces accords.

49. Il a toutefois été observé que les avantages temporels et financiers des accords-cadres risquaient de se perdre si la réglementation elle-même était excessive (par exemple, si la première phase faisait l'objet d'une procédure d'appel d'offres et que la deuxième imposait également la publication, de longs délais de réponse et des conditions de pleine concurrence).

50. En conséquence, le Groupe de travail estimera peut-être que la Loi type devrait prévoir des dispositions sur les conditions d'utilisation des accords-cadres, le déroulement de la première phase, les procédures applicables et la discrétion éventuelle dans la sélection des fournisseurs au cours de la deuxième phase, les exigences de publication et de publicité, et les questions de recours, mais que les procédures détaillées visant à garantir la transparence et le contrôle effectifs devraient être traitées dans d'autres textes.

### **A. Types d'accords-cadres que la Loi type pourrait prévoir**

51. Le Groupe de travail estimera peut-être que la Loi type pourrait prévoir expressément certains ou l'ensemble des types d'accords-cadres ci-après:

a) Accords à fournisseur unique où tous les termes et conditions sont fixés dans la première phase (où la mise en concurrence se fait intégralement dans cette première phase et qui produit les mêmes effets qu'un contrat en lots). Le Groupe de travail pourrait estimer que ces arrangements peuvent être conclus en vertu de l'actuelle Loi type en tant que contrats divisés en lots (comme il est envisagé à l'alinéa h) de l'article 27 de la Loi type), bien que ces lots soient attribués à différents moments. Cependant, il pourrait être utile de prévoir une disposition expresse pour clarifier toute ambiguïté sur la question de savoir si des estimations

des quantités d'articles à acquérir peuvent être fournies au lieu des données précises.

b) Accords à fournisseurs multiples, où tous les termes et conditions sont fixés dans la première phase (où la mise en concurrence se fait intégralement dans cette première phase). (Bien que ces arrangements puissent sembler envisageables dans le cadre de la Loi type actuelle, sous la forme de contrats en lots, le Groupe de travail pourrait considérer que l'exigence de déterminer "l'offre à retenir", ou son équivalent selon d'autres méthodes de passation, suppose que ce type d'accord n'est pas autorisé par la Loi type.) Les termes de l'accord-cadre seraient alors appliqués dans la deuxième phase. Un moyen de procéder à l'attribution de marchés dans la deuxième phase serait de prévoir qu'une commande donnée soit d'abord passée auprès du fournisseur le mieux classé puis auprès d'autres, seulement si le premier ne peut exécuter la commande; autrement, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'autres moyens, comme ceux décrits au paragraphe 24 ci-dessus; et

c) Les accords à fournisseurs multiples où toutes les conditions ne sont pas fixées dans la première phase, et où le prix ainsi que d'autres termes et conditions varient dans une certaine mesure dans la deuxième phase qui est concurrentielle. Le Groupe de travail pourrait estimer que ces arrangements ne sont pas possibles dans le cadre de la procédure d'appel d'offres prévue par la Loi type qui n'envisage qu'une série d'offres (ils pourraient éventuellement être utilisés dans le cadre de la méthode principale pour la passation des marchés de services en vertu des articles 43 ou 44, bien que ces dispositions n'aient évidemment pas été conçues pour viser les accords-cadres). Ils ne sont pas non plus envisageables si l'entité adjudicatrice ne peut pas fixer précisément le cahier des charges dès le départ et souhaite demander des propositions techniques aux fournisseurs pour chaque nouvelle tâche (la Loi type ne prévoyant pas la modification permanente des offres ou des propositions). (Une variante de ce type d'accord serait un système dynamique reposant sur des moyens électroniques ou sur un mécanisme tout aussi économique et transparent pouvant servir pour certains produits comme ceux mentionnés au paragraphe 6 de l'article premier de la Directive européenne 2004/18/CE ("achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur"), mais qui seraient peut-être moins adaptés là où la sécurité de l'approvisionnement est un facteur important. Le Groupe de travail estimera peut-être aussi que ce type de système devrait être "ouvert" de sorte que de nouveaux fournisseurs puissent y être admis.)

52. Les questions soulevées par les types d'accord susmentionnés, que le Groupe de travail souhaitera peut-être faire figurer dans la Loi type, dans des règlements types ou dans le Guide pour l'incorporation, sont abordées dans les sections ci-après qui exposent aussi des solutions réglementaires possibles et les inconvénients que ces dernières peuvent elles-mêmes présenter.

## **B. Conditions générales d'utilisation**

53. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner:

a) Si les accords-cadres devraient être autorisés pour tous les marchés ou si un seuil minimum basé sur la valeur totale estimée devrait être fixé de manière à

assurer la rentabilité, et s'ils devraient être autorisés uniquement pour des achats répétitifs pour lesquels des commandes seront émises sur une certaine durée. Par ailleurs, le Groupe de travail estimera peut-être que de très petits achats répétitifs ainsi que des achats urgents pourraient se faire efficacement au moyen d'accords-cadres;

b) S'il faudrait restreindre les types d'articles pouvant faire l'objet d'un accord-cadre, de manière, par exemple, à exclure certains services et travaux pour lesquels le cahier des charges risque d'être de courte durée. À titre d'exemple, le Groupe de travail pourrait considérer que des "prestations intellectuelles" ou des marchés de travaux complexes se prêteraient moins aux accords-cadres que des services quantifiables comme le gardiennage ou les contrats de maintenance;

c) Comment les achats fondés sur des accords-cadres pourraient être regroupés de manière à garantir leur réglementation;

d) Si la durée des accords-cadres devrait être limitée;

e) Comment traiter les exigences de publication et de publicité, notamment dans la deuxième phase du processus d'attribution. Le volume de commandes passées périodiquement avec chaque fournisseur pourrait par exemple être soumis à publication. En outre, le Groupe de travail pourrait se demander si l'entité adjudicatrice devrait être tenue d'aviser les autres fournisseurs potentiels lorsqu'une commande va être passée et de publier toute modification apportée au cahier des charges pendant la durée d'un accord-cadre;

f) Si les deux phases de la passation des marchés devraient être soumises au recours (même si ce n'est que rétroactivement);

g) Si les accords-cadres ne devraient être autorisés que dans des cas où le cahier des charges est rédigé de façon précise dès le départ, ainsi que la question de savoir à quel point il peut être modifié. Il conviendrait alors de déterminer dans quelle mesure une modification du cahier des charges exigerait une nouvelle procédure de passation et si un cahier des charges générique pourrait être envisagé, des orientations étant fournies sur l'étendue des modifications et affinements autorisés;

h) Si les aspects relatifs au marché (comme la fixation d'une quantité ou d'un volume minimal ou maximal, ou l'exigence d'un seul accord prévoyant des termes identiques pour tous les fournisseurs) devraient être traités sous une forme quelconque<sup>35</sup>.

### **C. Première phase du processus d'attribution**

54. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner:

a) Si une procédure d'appel d'offres devrait être imposée dans la première phase pour tous les accords-cadres, ou si d'autres méthodes de passation devraient être permises (l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions ou la négociation avec appel à la concurrence pourraient être utilisés, par exemple, si l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure de fixer un cahier des charges avec le degré de précision et le caractère définitif nécessaires à une procédure d'appel d'offres, ou pour des marchés urgents). Le Groupe de travail se demandera peut-être

si les avantages sur le plan de la concurrence et de la transparence d'un système dynamique qui reste "ouvert" à de nouveaux fournisseurs se prêteraient à ce type de passation, bien que ce système soit incompatible avec les autres méthodes de passation prévues par la Loi type actuelle;

b) Si le nombre de fournisseurs admis à l'accord-cadre pourrait être limité dans la première phase. Dans l'affirmative, il faudrait peut-être prévoir des dispositions régissant les modalités de classement et la question de savoir si les critères doivent être révélés; et

c) Le point de savoir que même si un accord-cadre n'est pas un contrat contraignant, la procédure dans la première phase du processus d'attribution devrait être soumise aux exigences procédurales normales, notamment de publicité et de recours.

## **D. Deuxième phase du processus d'attribution**

### **1. Accords à fournisseur unique et à fournisseurs multiples sans remise en concurrence dans la deuxième phase**

55. Le Groupe de travail pourrait examiner les moyens possibles ci-après d'assurer l'actualité des prix dans ce type d'accord-cadre, en se demandant:

a) si la durée de l'accord-cadre devrait être limitée de manière à permettre un renouvellement périodique de la concurrence;

b) si l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à effectuer des achats en dehors de l'accord-cadre, même pour des articles identiques à ceux prévus dans l'accord. À cet égard, les entités adjudicatrices pourraient être tenues de mener une étude de marché et d'entrer en contact avec le ou les fournisseurs pour leur permettre de baisser leurs prix périodiquement ou au moment d'une commande. Les Directives de la Banque mondiale mentionnées au paragraphe 44 du document A/CN.9/WG.I/WP.44 prévoient couramment un mécanisme d'ajustement des prix dans le contrat pertinent pour faire en sorte que le prix reste compétitif. Cependant, si les entités adjudicatrices peuvent, dans certains systèmes, faire des achats en dehors de l'accord-cadre, l'expérience montre que, dans de nombreux cas, elles n'évaluent pas suffisamment les prix et la qualité lorsqu'elles passent une commande, étant donné qu'il est plus facile d'appliquer simplement l'accord-cadre existant que de solliciter des offres ou de relancer une procédure d'appel d'offres pour la commande en question;

c) S'il faudrait fixer des seuils de prix dans l'accord-cadre pour permettre des ristournes dans la deuxième phase (en Arménie, par exemple, l'accord-cadre conclu avec les fournisseurs fixe un prix maximum – mais pas minimum). Les avantages d'une telle mesure seraient la clarté concernant le prix, et la transparence de ses attributs: unité, temps, et tout indice ou formule appliqué. Autrement, ou en supplément, on pourrait envisager la possibilité que le prix des offres dans la première phase corresponde à un pourcentage de réduction par rapport aux prix commerciaux. Cependant, il a été observé que la possibilité de baisser progressivement les prix risquait de nuire à la rigueur fondamentale de l'appel d'offres et présenter le risque que le meilleur prix ne soit jamais atteint<sup>36</sup>.

**2. Accords à fournisseur unique et à fournisseurs multiples avec remise en concurrence dans la deuxième phase**

56. La question principale concerne le manque apparent de concurrence véritable dans la deuxième phase, dû soit aux accords-cadres fermés soit à la difficulté pratique de faire en sorte que de nouveaux fournisseurs puissent participer à des accords ouverts en temps utile.

57. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager les moyens ci-après susceptibles d'améliorer la concurrence dans la deuxième phase:

a) Établir des procédures de réglementation de la concurrence dans la deuxième phase (par exemple en adaptant les procédures de négociation avec appel à la concurrence ou de sollicitation de propositions, et en imposant des exigences minimales relatives au nombre de fournisseurs invités ainsi que des délais);

b) Faire en sorte que la deuxième phase du processus d'attribution soit soumise aux procédures de publicité et de recours appropriées, même si ce n'est que rétroactivement;

c) Réduire le risque de collusion en exigeant des fournisseurs admis qu'ils exécutent toute commande passée en vertu de l'accord-cadre. Cela peut toutefois entraîner des dépenses supplémentaires, du fait par exemple de prix plus élevés et de la nécessité de verser une avance sur honoraires;

d) Prévoir des incitations visant à améliorer la participation, telles qu'un engagement facultatif à l'achat d'un montant minimum afin de donner aux fournisseurs une certaine sécurité par rapport aux commandes futures. Les fournisseurs pourraient aussi être engagés à fournir un pourcentage seulement de la valeur totale du contrat prévu pour montrer qu'ils sont réellement en mesure d'exécuter les commandes.

58. Bien que des conditions de pleine concurrence dans la deuxième phase risquent d'éliminer l'avantage des accords-cadres sur le plan de la concurrence, elles pourraient être nécessaires pour des articles dont le prix ou le cahier des charges est susceptible de changer (tels que les produits qui évoluent sur le plan technologique). Par conséquent, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si la modification du cahier des charges ou l'utilisation de cahiers des charges génériques pouvant être complétés devait être permise uniquement dans le cadre d'un système dynamique qui autorise l'admission de nouveaux fournisseurs à tout moment, de sorte que les risques d'abus décrits plus haut soient évités.

59. Le Groupe de travail se demandera peut-être aussi si le cahier des charges pourrait être modifié dans tous les types d'accords-cadres si l'on prévoyait à la fois des règles sur l'étendue de cette possibilité et des mécanismes de publicité et de recours rigoureux. À un niveau plus général, des dispositions pourraient par exemple indiquer que les entités adjudicatrices ne peuvent recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence<sup>37</sup>. Des dispositions ou des règlements plus détaillés pourraient traiter du degré de précision nécessaire concernant le prix dans la première phase du processus d'attribution et limiter les modifications pouvant être apportées au cahier des charges dans la deuxième phase à celles qui sont conformes au cahier des charges initial (de sorte qu'elles visent à préciser et non à étendre les types d'articles à acquérir).

60. En outre, les accords-cadres pourraient comporter certains éléments fondamentaux et d'autres variables de sorte que les principaux termes et conditions puissent être fixés dans la première phase et que certains puissent être affinés dans la deuxième. À cet égard, le Groupe de travail pourrait considérer que les fournisseurs ne devraient pouvoir modifier le prix ou d'autres termes et conditions que si l'entité adjudicatrice en tire un avantage et seulement, comme c'est le cas par exemple en France, en réponse à une demande.

61. Une autre question pratique découle du fait que si le cahier des charges n'est pas suffisamment précis et que les prix sont variables, il peut être difficile de comparer les fournisseurs dans la première phase du processus d'attribution et, ainsi, de sélectionner ceux qu'il faut admettre à l'accord-cadre. En pareil cas, comme dans le système des marchés-cadres à fournisseurs multiples (MAS) aux États-Unis d'Amérique, par exemple, l'accord-cadre risque en définitive de s'apparenter davantage à une liste de fournisseurs ce qui exigerait des conditions de pleine concurrence dans la deuxième phase<sup>38</sup>.

62. Une solution envisageable à ces questions pourrait être de permettre l'admission à tout moment de nouveaux fournisseurs à l'accord-cadre et la révision permanente des offres, que le cahier des charges ait ou non été modifié, tout en prévoyant que le délai d'exécution dans la deuxième phase du processus d'attribution soit adapté aux fournisseurs initiaux et non aux nouveaux venus.

63. S'agissant de l'admission de fournisseurs à l'accord-cadre à l'issue de la première phase du processus d'attribution, une réglementation sera peut-être nécessaire pour faire en sorte que les fournisseurs initiaux ne soient pas désavantagés par rapport aux nouveaux venus et que ces derniers soient soumis à des critères de qualification identiques, de telle manière que tous les fournisseurs aient des chances de participation égales et pour éviter de les dissuader à long terme d'entrer sur le marché.

### Notes

<sup>1</sup> En vertu du *Federal Acquisition Regulation (FAR)* (Règlement sur les marchés fédéraux), sous-partie 8.4, consultable à l'adresse [www.arnet.gov/far](http://www.arnet.gov/far).

<sup>2</sup> Une disposition équivalente est également prévue à l'article 71 du Code français des marchés publics.

<sup>3</sup> Dans des procédures sans accords-cadres, le besoin ne se fait généralement pas sentir de compléter ainsi des offres entre les phases de sélection de l'adjudicataire et de conclusion du contrat.

<sup>4</sup> U.S.C (Code des États-Unis) § 253h; FAR 16.504 c), 48 C.F.R. (Recueil des règlements fédéraux) 16.504 (c); *Winstar Communications, Inc. v. United States*, 41 Fed. Cl. 748, 750-751 (1998).

<sup>5</sup> Selon l'avis d'observateurs, on peut penser que si le fournisseur présentant la meilleure offre conformément aux critères d'attribution ne peut pas ou ne souhaite pas exécuter la commande, l'entité adjudicatrice pourra retenir la deuxième meilleure offre, mais les directives ne prévoient pas de disposition à cet effet.

<sup>6</sup> Les techniques d'achat pouvant varier considérablement selon le contrat à prestations et à quantités indéterminées, la présente étude est axée sur la procédure des marchés à fournisseurs multiples (MAS) de la *General Services Administration*, qui sont davantage réglementés.

- <sup>7</sup> FAR 8.404 b) 1).
- <sup>8</sup> FAR sous-partie 13.2.
- <sup>9</sup> FAR 8.404 b).
- <sup>10</sup> En Suède, jusqu'en 2003 environ, l'entité adjudicatrice pouvait retenir le fournisseur de son choix lorsqu'elle passait une commande fondée sur un accord-cadre. Par la suite, la jurisprudence a établi qu'une commande fondée sur un accord-cadre à fournisseurs multiples devait être passée auprès du fournisseur le mieux classé et, uniquement si ce-dernier ne pouvait exécuter la commande, auprès d'un fournisseur de rang inférieur. Cette règle jurisprudentielle est contestée et n'est pas appliquée universellement.
- <sup>11</sup> Certains observateurs ont émis l'avis qu'il fallait interpréter cette disposition comme prévoyant une remise en concurrence dans la deuxième phase uniquement lorsqu'il n'était pas possible d'appliquer simplement les termes de l'accord-cadre.
- <sup>12</sup> Si le paragraphe 1 de l'article 5 de la Directive, aux termes duquel "[un] 'accord-cadre' est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées, peut sembler supposer que le prix doit être fixé dans l'accord-cadre, il ne doit pas nécessairement l'être sous forme d'un montant précis mais éventuellement par référence à un indice de prix ou à un autre point de repère.
- <sup>13</sup> En pareil cas, l'entité adjudicatrice fixe "un délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres" (article 32-4 b)).
- <sup>14</sup> L'*Office of Government Commerce* du Royaume-Uni donne les exemples suivants: délais de livraison particuliers, modalités de facturation ou de paiement particuliers; besoins de sécurité supplémentaires; frais supplémentaires; services associés particuliers (installation, maintenance et formation); rapport particulier entre le système qualité et les prix; rapport qualité/prix particulier; mécanisme de fixation des prix prévu dans les termes; conditions spéciales (spécifiques par exemple à des produits ou services à fournir particuliers pour qu'ils remplissent une condition de l'accord-cadre). (Voir la note d'information de l'*Office of Government Commerce*, de février 2003, consultable à l'adresse [http://www.ogc.gov.uk/embedded\\_object.asp?docid=1000330](http://www.ogc.gov.uk/embedded_object.asp?docid=1000330)).
- <sup>15</sup> Cependant, dans un document du Gouvernement du Royaume-Uni, il est noté que selon l'interprétation de la CE, l'attribution d'un marché (en vertu d'un accord-cadre) ne peut se faire que sur la base des termes et conditions (y compris le mécanisme de fixation de prix) établis dans l'accord-cadre lui-même. Le prix ou le mécanisme déjà fixés dans l'accord-cadre ne peuvent être négociés au moment de la commande (y compris pour ce qui est des catalogues électroniques de biens et de services S-CAT et G-CAT ainsi que d'autres accords cadres à la disposition des entités gouvernementales). Lorsqu'il y a plusieurs fournisseurs parties à un arrangement-cadre ou à un contrat-cadre et qu'on vise à mettre deux ou plus d'entre eux en concurrence, le prix ou le mécanisme de fixation des prix déjà établis dans l'arrangement-cadre ou le contrat-cadre ne peuvent être négociés au moment de ce mini appel d'offres. Les critères d'attribution devraient alors porter sur des considérations à la fois i) de qualité/méthodologie et ii) de ressources/coûts. À cette occasion, les fournisseurs ont la possibilité d'indiquer le type de ressources qu'ils fourniraient, ainsi que le tarif par jour ou le prix établi qu'ils appliqueraient s'ils exécutaient la tâche proposée. Le prix proposé doit refléter les tarifs fixés dans l'accord-cadre pertinent mais peut tenir compte de tout mécanisme (par exemple de réduction) établi dans celui-ci. Au-delà de ces paramètres, la négociation des prix n'est pas permise, même si des fournisseurs le proposent". Pour plus de détail, voir à l'adresse <http://www.dti.gov.uk/about/procurement/procue8-8.htm>. En revanche, en Suède, par exemple, il a toujours été interdit de lancer une deuxième série d'offres ou un mini-appel d'offres en vertu de la Loi sur la passation des marchés (SFS 1992:1528) telle que modifiée, consultable en anglais à l'adresse <http://www.nou.se/pdf/louenglish.pdf>.

- <sup>16</sup> En vertu de l'actuel Code des marchés publics.
- <sup>17</sup> Volume 67 du *Federal Register* p. 65 505 (25 octobre 2002) (règle finale portant complément aux règles concurrentielles imposées par la Section 803 du *National Defence Authorization Act* pour l'année fiscale 2002 (Loi publique n° 107-107).
- <sup>18</sup> FAR 16.505 b) (exigence de chances équitables dans les contrats à prestations et à quantités indéterminées); *Digital Systems Group, Inc., Comp. Gen.* (contrôleur général des finances) n B-286931, B-286931.2, 2001 CPD 50 (2001) (si la mise en concurrence pour un marché-cadre à fournisseurs multiples (MAS) prend la forme d'une passation de marchés négociée, chaque soumissionnaire doit bénéficier de chances équitables).
- <sup>19</sup> FAR 8.404.
- <sup>20</sup> En Suède, par exemple, une entité adjudicatrice peut accepter la proposition d'un fournisseur de baisser les prix qu'il a soumis précédemment mais elle ne peut demander ou exiger la révision des prix pendant la durée de l'accord-cadre.
- <sup>21</sup> Voir U.S Office of Management & Budget, Office of Federal Procurement policy "*Best Practices for Multiple Task and Delivery Contracting 7*" (Washington, D.C.: juillet 1997), consultable à l'adresse [www.acqnet.gov/Library/OFPP/BestPractices/BestPMAT.html](http://www.acqnet.gov/Library/OFPP/BestPractices/BestPMAT.html).
- <sup>22</sup> Voir le catalogue à l'adresse [www.gsaadvantage.gov](http://www.gsaadvantage.gov).
- <sup>23</sup> Voir l'article 1-6 (définitions) et l'article 33 de la Directive 2004/18/CE. Des dispositions semblables sont prévues à l'article 1-5 (définitions) et à l'article 15 de la Directive 2004/17/CE.
- <sup>24</sup> Comme pour les accords-cadres, le recours à cette méthode n'est pas limité à des biens ou à des services spécifiques.
- <sup>25</sup> Certains commentateurs ont émis l'avis que les exigences de publicité et la phase de mini-appel d'offres pourrait dissuader de recourir à ce système mais, du fait de sa nouveauté, il n'existe pas de preuves pour étayer ou infirmer cette opinion.
- <sup>26</sup> Au Canada, on a constaté que si l'on comparait les prix fixés dans un accord permanent à ceux proposés par d'autres sources pour des articles identiques ou très semblables, les premiers n'étaient pas toujours les plus rentables et que, dans la plupart des cas, des économies considérables auraient pu être réalisées si les achats avaient été faits auprès de sources autres que celles admises à l'accord. (Voir Gouvernement de la Colombie britannique (Canada), Ministère des finances, Bureau du Contrôleur général, Core Policy And Procedures Manual, consultable à l'adresse [http://www.fin.gov.bc.ca/ocg/fmb/manuals/CPM/06\\_Procurement.htm#1](http://www.fin.gov.bc.ca/ocg/fmb/manuals/CPM/06_Procurement.htm#1)).
- <sup>27</sup> L'attribution de marchés en général est toutefois soumise aux obligations conventionnelles globales et à l'article 2 de la Directive aux termes duquel, selon les principes de passation des marchés, "les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence". La méthode "cascade", où les fournisseurs sont sélectionnés en fonction de leur rang et de leur disponibilité, serait conforme à ces obligations.
- <sup>28</sup> FAR 16.505 b) 1. Voir aussi le paragraphe 30.
- <sup>29</sup> Procédure de fonctionnement de l'administration chargée des marchés publics (décret portant adoption de la Loi arménienne sur les marchés publics, juin 2000).
- <sup>30</sup> Article 32-4 d) de la Directive 2004/18/CE, explications de la Direction générale Marché intérieur et services, Politique des marchés publics de la Commission européenne, dans le document CC/2005/03\_rev1 FR du 14 juillet 2005.
- <sup>31</sup> Une enquête ultérieure en 2001 a révélé que le taux d'attributions sans remise en concurrence avait atteint 72 %.
- <sup>32</sup> U.S. General Accounting Office, "Contract Management: Not Following Procedures Undermines Best Pricing Under GSA's Schedule" Rapport n° GAO-01-125 (28 novembre 2000); Benjamin, "Multiple Award Task and Delivery Order Contracts: Expanding Protest Grounds and Other Heresies", 31 Pub. Cont. L. J. 429 (2002).

- <sup>33</sup> Voir l'article VIII de l'AMP (limitation des exigences de présélection restrictives).
- <sup>34</sup> Il convient de noter que certains systèmes, tels que celui prévu par la Directive européenne 2004/18/CE n'autorisent pas la conclusion de contrats entre entités autres que celles originaires parties à l'accord-cadre (article 32-2) et, de ce fait, ne permettent pas les achats centralisés ad hoc. En revanche, aux États-Unis par exemple, de nombreuses agences gouvernementales permettent à d'autres organisations de passer des commandes fondées sur leurs marchés à fournisseurs multiples.
- <sup>35</sup> Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter à cet égard que la Loi type ne traite pas actuellement des termes du marché lui-même.
- <sup>36</sup> Le Groupe de travail pourrait noter que cette question se pose aussi dans le contexte des enchères électroniques inversées qui sont traitées dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.36, A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1, et A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1.
- <sup>37</sup> Une disposition à cet effet est prévue à l'article 32-2 de la Directive européenne 2004/18/CE ainsi que dans la législation malawienne.
- <sup>38</sup> En effet, un tel arrangement pourrait être une condition impérative de présélection dans le cadre de l'article 7 de la Loi type.
-