



Assemblée générale

Distr. limitée
4 février 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Vingtième session
New York, 14-18 mars 2011**

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

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions des chapitres II, IV et V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives à la demande de propositions sans négociation et à la demande de propositions avec négociations consécutives.

* Le présent document est soumis moins de dix semaines avant le début de la session, en raison de la nécessité de tenir des consultations informelles intersessions sur les commentaires du projet de Guide révisé.



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

Deuxième partie. Commentaire par article

[Pour plus de commodité, le présent additif regroupe les commentaires proposés pour les diverses dispositions de la Loi type qui régissent la demande de propositions sans négociation et la demande de propositions avec négociations consécutives]

...

A. Commentaire concernant la demande de propositions sans négociation qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

“Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (... demande de propositions sans négociation)

3. L'entité adjudicatrice peut, conformément à l'article 46 de la présente Loi, recourir à la demande de propositions sans négociation quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions.”

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions sans négociation, méthode de passation que l'entité adjudicatrice peut utiliser lorsqu'elle a) souhaite exprimer ses besoins de manière fonctionnelle ou en termes de résultats¹ et b) a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques. Cette méthode est indiquée si l'entité ne veut pas être

¹ Le commentaire des articles 26 et 27 (sur le choix de la méthode de passation) expliquera que la procédure de demande de propositions peut être distinguée de l'appel d'offres car, dans cette procédure, l'entité adjudicatrice définit ses besoins dans un cahier des charges qui insiste généralement sur les aspects fonctionnels de l'objet du marché. Autrement dit, les besoins sont décrits en termes de résultats attendus. Dans l'appel d'offres, par contre, la description des besoins inclut des spécifications techniques et se fonde sur une seule solution technique déterminée (autrement dit, les besoins sont décrits en termes de caractéristiques requises).

influencée par les aspects financiers des propositions quand elle examine et évalue leurs aspects qualitatifs et techniques. Le mot “besoin”, qui est employé dans les dispositions, désigne la nécessité objective et démontrable pour l’entité de procéder à l’examen et à l’évaluation des propositions dans cet ordre. Cette situation peut se présenter, par exemple, lorsque l’entité adjudicatrice souhaite examiner si une solution technique particulière fonctionnera ou évaluer la qualité du personnel clef. C’est seulement si la proposition technique répond pleinement au cahier des charges de la demande de propositions que l’entité passe à l’examen du prix de la proposition en question. La méthode convient donc pour les articles ou services relativement standard, lorsque tous les aspects des propositions peuvent être évalués sans discussion, dialogue ou négociation avec les fournisseurs.

2. La méthode de passation prévue dans ce paragraphe ne convient donc pas aux passations dans lesquelles le prix est le seul critère ou l’un des principaux critères d’attribution ou dans lesquelles une évaluation complète serait impossible sans une évaluation concomitante du prix et des critères autres que le prix². Ces situations se prêteraient à la méthode de l’appel d’offres, qui se concentre sur le prix et dans laquelle les aspects qualitatifs et techniques et les aspects financiers ne sont pas examinés et évalués tour à tour. L’entité adjudicatrice estimera peut-être que l’appel d’offres convient mieux aussi lorsqu’elle formule de nombreuses exigences techniques. La demande de propositions sans négociation n’est pas indiquée non plus lorsque l’entité a besoin de négocier l’un des aspects (qu’il soit qualitatif, technique ou financier) des propositions car, tout comme l’appel d’offres, elle n’admet pas de dialogue ou de négociation (pour les types de passation dans lesquels un dialogue ou des négociations seraient appropriés et nécessaires, voir le commentaire sur la demande de propositions avec dialogue et la demande de propositions avec négociations consécutives, au [...] ci-dessous).

3. Concrètement, les propositions techniques et qualitatives seront soumises dans une enveloppe (ou son équivalent électronique) et devront être évaluées manuellement par des personnes dûment qualifiées. Pour les propositions qui répondent au cahier des charges, une seconde enveloppe (ou son équivalent électronique) contenant les aspects financiers des propositions est ouverte. Dans le présent contexte, le terme “aspects financiers” désigne tous les aspects commerciaux des propositions qui ne peuvent être définis dans le cahier des charges (il pourrait s’agir de garanties, d’assurances, etc.) et le prix final³. Ces aspects pourraient être évalués automatiquement.

4. [Dans la procédure d’appel d’offres, l’entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs de donner des éclaircissements sur leur offre pour en faciliter l’examen et l’évaluation et peut accepter les écarts mineurs qui ne modifient pas l’offre sur le fond (voir art. 42-1 et 2). On pourrait considérer que cette possibilité est moins nécessaire dans la demande de propositions car ces dernières répondent à un cahier des charges et non à des spécifications techniques. Les États adoptants voudront

² Le Groupe de travail voudra peut-être donner des exemples de passation de ce type.

³ Durant les consultations tenues avec les experts, on a estimé que le terme “aspects financiers” employé dans le texte était probablement inexact d’après les éléments qui, selon les experts, entraient dans ces aspects et qu’un autre terme plus approprié serait “aspects liés au prix”. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner ce point.

peut-être néanmoins inclure des dispositions équivalentes à celles de l'article 42, assorties des garanties appropriées.]⁴

5. Dans la Loi type, l'utilisation de la demande de propositions sans négociation est possible, sous réserve des conditions qui la régissent, pour tous les types de passation, 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) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer le plus de concurrence possible (art. 27-2 de la Loi type; pour le commentaire correspondant, voir par. ... ci-dessus). Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement recommandent, lorsqu'il est envisagé de recourir à des méthodes de passation semblables à la demande de propositions sans négociation prévue dans la Loi type révisée, que ces méthodes soient utilisées pour la passation de marchés de services bien définis qui ne soient ni complexes ni coûteux, comme l'élaboration de programmes d'enseignement, services qui sont habituellement externalisés car les entités adjudicatrices n'ont souvent pas les capacités internes pour réaliser ce type de tâches. Il se peut que certaines banques multilatérales de développement n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode dans d'autres cas, du moins pour les projets qu'elles financent.

6. Les procédures à suivre pour utiliser la demande de propositions sans négociation, notamment la soumission des enveloppes dont il est question plus haut, sont décrites à l'article 46; elles font pendant aux mécanismes de transparence et de concurrence de l'appel d'offres ouvert, à ceci près (comme il est expliqué plus loin) que l'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation directe dans certains cas précis. Pour plus de précisions sur ces aspects procéduraux, voir par. [...] ci-dessous.

On trouvera à la section A.4 ci-dessous un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

“Article 34. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions

1. L'invitation à participer à la procédure de demande de propositions est publiée conformément à l'article 32-1 et 2, sauf lorsque:

a) L'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article 17 de la présente Loi ou une procédure de présélection conformément à l'article 48-3 de la présente Loi; ou

b) L'entité adjudicatrice engage une sollicitation directe dans les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article; ou

⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner une autre solution qui consisterait à insérer cette disposition dans l'article 46 lui-même et dans les autres méthodes de passation appropriées (ou à en faire une disposition générale, auquel cas elle pourrait aussi s'appliquer à la préqualification et à la qualification).

c) L'entité adjudicatrice décide de ne pas faire publier l'invitation conformément à l'article 32-2 de la présente Loi dans les circonstances énoncées à l'article 32-4 de la présente Loi.

2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions si:

a) L'objet du marché n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à condition de solliciter des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective; ou

c) La passation de marché met en jeu des informations classifiées, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

3. L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 24 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions.

4. L'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché conformément aux prescriptions de l'article 33-5 lorsqu'elle recourt à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions."

Commentaire proposé:

1. L'article régit la sollicitation dans la procédure de demande de propositions. La Loi type prévoit trois formes de procédure de demande de propositions: la demande de propositions sans négociation, la demande de propositions avec dialogue et la demande de propositions avec négociations consécutives. L'article s'applique à toutes trois et propose à l'entité adjudicatrice diverses possibilités de sollicitation au choix en fonction des circonstances de la passation envisagée.

2. Conformément aux objectifs de la Loi type, qui cherche à favoriser et encourager la participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés et à promouvoir la concurrence entre eux, le paragraphe 1 de l'article exige par défaut la sollicitation ouverte internationale. Il vise à faire en sorte que le plus grand nombre possible de fournisseurs et d'entrepreneurs soient informés de la procédure de passation de marché et aient la possibilité d'exprimer leur intérêt à y participer. Comme pour la procédure d'appel d'offres, il prévoit à cette fin que l'invitation à participer à la procédure de demande de propositions fasse l'objet d'une large publicité selon les modalités qu'il prescrit.

3. Lorsque la procédure de demande de propositions est précédée d'une préqualification, la sollicitation est soumise aux règles de l'article 17, dont les dispositions exigent elles aussi une sollicitation internationale suivant les mêmes modalités que celles prescrites à l'article 32. On trouvera de plus amples précisions

dans le commentaire accompagnant ces articles. Une fois la procédure de préqualification achevée, la demande de propositions doit être adressée à tous les fournisseurs préqualifiés. De même, lorsque l'entité adjudicatrice utilise une procédure de présélection dans la procédure de demande de propositions avec dialogue conformément à l'article 48-3, des règles spéciales s'appliquent: la demande de propositions est précédée d'une invitation ouverte à participer à la présélection et, une fois cette dernière terminée, la demande est adressée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Comme dans la préqualification, une large publicité internationale est assurée dans la procédure de présélection par application de l'article 17-2, sauf dans les cas prévus à l'article 32-4.

4. Comme pour l'appel d'offres, l'obligation de recourir par défaut à la sollicitation internationale admet des exceptions, qui sont énoncées au paragraphe 1 b) et c) de l'article. L'exception du paragraphe 1 c) fait pendant à celle prévue à l'article 32, qui concerne les marchés nationaux et les marchés de faible valeur décrits au paragraphe 4 dudit article. Ces dispositions étant similaires, les considérations évoquées dans le présent Guide en ce qui concerne l'article 32 devraient aussi entrer en ligne de compte lors de l'incorporation du présent paragraphe (voir par. ... ci-dessus). L'exception du paragraphe 1 b) ne figure pas à l'article 32 car elle ne vaut que pour la procédure de demande de propositions où l'entité peut choisir entre sollicitation ouverte et sollicitation directe.

5. Reconnaisant que, dans certains cas, l'exigence d'une sollicitation ouverte pourrait être injustifiée ou aller à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité, le paragraphe 2 de l'article énonce les cas où l'entité adjudicatrice peut utiliser la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (sans préqualification ou présélection). Les alinéas a) et b) reprennent généralement les circonstances qui peuvent justifier la sollicitation directe dans l'appel d'offres restreint (à l'article 28-1). Les considérations soulevées dans le Guide en ce qui concerne l'article 28-1 valent donc aussi pour le paragraphe 2 a) et b) (Pour le commentaire sur l'article 28-1, voir par. ... ci-dessus). L'alinéa c) prévoit un motif distinct pouvant justifier le recours à la sollicitation directe: la passation mettant en jeu des informations classifiées. Dans ces cas, l'entité adjudicatrice doit solliciter des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

6. Lorsqu'elle décide d'utiliser ou non la sollicitation directe, l'entité adjudicatrice devrait examiner si elle est autorisée à rejeter toutes propositions non sollicitées ou comment elle prendrait de telles propositions en considération. Les discussions sur ce point dans le commentaire du Guide concernant l'article 33 valent aussi dans le présent contexte (voir par. ... ci-dessus).

7. La sollicitation directe allant à l'encontre des objectifs de la Loi type, à savoir favoriser et encourager la libre participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés et promouvoir la concurrence entre eux, les paragraphes 3 et 4 ont été insérés pour accroître la transparence et renforcer l'obligation de rendre des comptes lorsqu'elle est utilisée. Le paragraphe 3 exige que l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions. Le paragraphe 4 exige qu'elle fasse publier un avis de passation de marché conformément aux prescriptions de l'article 33-5 (sauf si une telle publication porte

atteinte à des informations classifiées) lorsqu'elle recourt à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (pour le commentaire sur l'article 33-5, voir par. ... ci-dessus). Les deux mesures visent à faciliter la formation éventuelle par les fournisseurs ou entrepreneurs lésés de recours contre l'utilisation et contre les modalités d'utilisation de la sollicitation directe en lieu et place de la sollicitation ouverte.

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

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

“Article 46. Demande de propositions sans négociation

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en faisant publier une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociations conformément à l'article 34-1 de la présente Loi, à moins que ne s'applique une exception prévue dans cet article.
2. L'invitation comporte les renseignements suivants:
 - a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
 - b) Une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;
 - c) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;
 - d) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;
 - e) Les critères et procédures d'ouverture, d'examen et d'évaluation des propositions, conformément aux articles 10 et 11 de la présente Loi, y compris les exigences minimales concernant les caractéristiques techniques et qualitatives auxquelles elles doivent satisfaire pour être jugées conformes au sens de l'article 10 de la présente Loi, et une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;
 - f) Une déclaration faite conformément à l'article 8 de la présente Loi;
 - g) Les modalités et le lieu d'obtention de la demande de propositions;
 - h) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la demande de propositions;
 - i) Si un prix est demandé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement;

j) La ou les langues dans lesquelles les demandes de propositions sont disponibles;

k) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à une procédure de demande de propositions sans négociations a été publiée conformément aux dispositions de l'article 34-1 de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article 17 de la présente Loi;

c) En cas de sollicitation directe en vertu de l'article 34-2, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné par l'entité adjudicatrice;

et qui acquitte le prix demandé, le cas échéant, pour la demande de propositions. Ce prix ne dépassera pas le coût de la distribution de la demande aux fournisseurs ou entrepreneurs.

4. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à e) et k) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions, priant notamment les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter simultanément à l'entité adjudicatrice des propositions dans deux enveloppes: l'une contenant les caractéristiques techniques et qualitatives de la proposition et l'autre les aspects financiers;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées;

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

e) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 15 de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

f) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

g) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

h) Une mention indiquant que l'article 63 de la présente Loi autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à former un recours ou un appel contre les décisions ou mesures prises par l'entité adjudicatrice dont ils estiment qu'elles ne respectent pas les dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

i) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée l'offre à retenir, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autre autorité, ainsi qu'une estimation du temps qu'il faudra compter, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

j) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation de marché.

5. Avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects financiers des propositions, l'entité adjudicatrice en examine et évalue les caractéristiques techniques et qualitatives conformément aux critères et procédures spécifiés dans la demande de propositions.

6. Les résultats de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques techniques et qualitatives des propositions sont immédiatement consignés au procès-verbal de la procédure de passation de marché.

7. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives ne répondent pas aux exigences minimales sont considérées comme non conformes et rejetées pour ce motif. L'avis motivé de rejet, accompagné de l'enveloppe non ouverte contenant les aspects financiers de la proposition, est promptement envoyé à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

8. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales ou les dépassent sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière. Elle invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers de leur proposition.

9. Il est donné lecture de la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de chaque proposition conforme et des aspects financiers correspondants en la présence des fournisseurs ou entrepreneurs invités, conformément au paragraphe 8 du présent article, à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers des propositions.

10. L'entité adjudicatrice compare les aspects financiers des propositions conformes et, sur cette base, identifie la proposition à retenir conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions. La proposition à retenir est la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix."

Commentaire proposé:

1. L'article régit les procédures à suivre dans les passations où l'entité utilise la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1, en renvoyant à l'article 34 de la Loi type, rappelle la règle par défaut énoncée au paragraphe 1 de cet article, selon laquelle une invitation à participer doit en général faire l'objet d'une publicité aussi large que possible pour garantir une participation et une concurrence étendues. La sollicitation peut être précédée d'une préqualification. Les exceptions à la règle de la sollicitation ouverte et les indications concernant la sollicitation suite à la préqualification figurent à l'article 34 (pour le commentaire sur cet article, voir par. ... ci-dessus).

2. En cas de sollicitation ouverte sans préqualification, l'entité adjudicatrice adresse une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation, qui doit contenir les renseignements minimaux énumérés au paragraphe 2. Ces renseignements visent à aider les fournisseurs ou entrepreneurs à déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure et s'ils remplissent les conditions requises à cette fin et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les dispositions sont semblables à celles qui s'appliquent à l'invitation à soumettre une offre (art. 36) et à l'invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 48-2). Elles n'énoncent que le minimum requis, de manière à ne pas empêcher l'entité adjudicatrice d'inclure des renseignements supplémentaires si elle le juge approprié. L'entité adjudicatrice devrait tenir compte du fait que l'invitation se veut habituellement brève pour mentionner les renseignements les plus importants sur la passation, autrement dit les renseignements les plus utiles pour le début de la procédure de passation. La demande de propositions contient toutes les autres informations sur la passation et développe également les renseignements fournis dans l'invitation (voir par. 4 de l'article). Cette solution aide à éviter les répétitions, les éventuelles incohérences et la confusion dans la teneur des documents que l'entité adjudicatrice communique aux fournisseurs ou entrepreneurs. Lorsque l'entité utilise des moyens électroniques de publicité et de communication, elle peut insérer dans l'invitation un lien Web vers les conditions énoncées dans la demande de propositions. Cette solution s'avère avantageuse en termes d'efficacité et de transparence.

3. L'entité adjudicatrice peut ne pas mentionner la monnaie de paiement ni les langues exigées, dont il est question dans les alinéas i) et j), en cas de passation de marchés nationaux, si une telle mention est inutile en l'espèce. La mention de la ou des langues demeure toutefois importante dans certains pays multilingues même en

cas de passation nationale. L'alinéa e) se réfère aux exigences minimales concernant les caractéristiques techniques et qualitatives auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes. Cette disposition concerne à la fois le seuil à établir pour rejeter les propositions et l'attribution d'une note aux propositions qui atteignent voire dépassent ce seuil.

4. Le paragraphe 3 précise à quel groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs doit être adressée la demande de propositions. En fonction des circonstances de la passation considérée, il peut s'agir de tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui répondent à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées; ou, en cas de préqualification, uniquement de ceux qui sont préqualifiés; ou, en cas de sollicitation directe, seulement de ceux qui sont directement invités. Les dispositions contiennent une règle standard, également prévue par d'autres articles de la Loi type dans le même contexte, selon laquelle le prix pouvant être exigé pour la demande de propositions ne doit pas dépasser le coût de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs (voir le commentaire sur l'article [...] pour plus de précisions sur cette limitation).

5. Le paragraphe 4 contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la demande de propositions afin d'aider les fournisseurs ou les entrepreneurs à établir leurs propositions et de permettre à l'entité adjudicatrice de comparer ces dernières sur la même base. Cette liste fait largement pendant, quant au niveau de précision et au fond, aux dispositions régissant la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres (art. 38) et celle de la demande de propositions avec dialogue (art. 48-5). Les différences tiennent aux particularités procédurales de la méthode de passation, et visent à faire en sorte que les aspects financiers des propositions soient présentés, certes simultanément, mais séparément des aspects qualitatifs et techniques. Comme il est expliqué plus haut, l'entité adjudicatrice n'aura pas accès aux aspects financiers des propositions tant qu'elle n'en aura pas évalué les aspects techniques et qualitatifs. Elle peut ne pas mentionner la monnaie de paiement, dont il est question à l'alinéa c), en cas de passation de marchés nationaux, si cette mention est inutile en l'espèce.

6. Les paragraphes 5 à 10 de l'article régissent les étapes successives de l'examen et de l'évaluation des propositions dans cette méthode de passation. Ils visent à empêcher que l'entité ne soit influencée par les aspects financiers lorsqu'elle évalue les aspects qualitatifs et techniques et attribue une note aux fournisseurs ou entrepreneurs à l'issue de cette évaluation. Plusieurs dispositions de ces paragraphes ont pour but de garantir la transparence et l'intégrité dans le processus. Les paragraphes 6 à 8, par exemple, exigent que les résultats de l'évaluation des aspects techniques et qualitatifs soient rapidement consignés au procès-verbal de la procédure de passation et communiqués à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions. Des règles spéciales s'appliquent à ceux dont les propositions ont été rejetées suite à cette évaluation: ils doivent être promptement informés non seulement du rejet de leur proposition mais également des motifs de ce rejet et les enveloppes non ouvertes contenant les aspects financiers doivent leur être renvoyées. Ces dispositions sont essentielles pour assurer un rapide retour d'information aux fournisseurs et leur permettre en cas de préjudice d'engager des recours efficaces (pour un examen plus détaillé des avantages et modalités du retour d'information, voir [...]).

7. Les paragraphes 8 et 9 autorisent les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions remplissent ou dépassent des exigences minimales sur les plans technique et qualitatif à assister à l'ouverture des secondes enveloppes (celles qui contiennent les aspects financiers). Ils peuvent ainsi vérifier l'exactitude des informations qui sont annoncées par l'entité adjudicatrice au moment de l'ouverture des enveloppes et qui présentent un intérêt pour eux, par exemple les notes attribuées et les aspects financiers de leurs propositions, et peuvent observer si la proposition à retenir est déterminée conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions.

8. La Loi type prévoit des règles pour les scénarios complexes où l'entité évalue tous les aspects des propositions séparément puis combine les résultats de ces évaluations pour déterminer la proposition à retenir. Le paragraphe 10 définit donc la proposition à retenir dans cette méthode de passation comme la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix⁵. Les États adoptants devraient toutefois avoir à l'esprit que, lorsque l'objet du marché est simple, l'entité peut déterminer la proposition à retenir en fonction du seul prix. Cette solution peut convenir aux situations où l'entité n'a pas besoin d'évaluer les aspects qualitatifs et techniques des propositions et d'attribuer des notes mais fixe plutôt un seuil pour évaluer ces aspects à un niveau tel que tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions l'atteignent ou le dépassent peuvent, selon toutes probabilités, exécuter le marché avec des compétences plus ou moins équivalentes. Il ne devrait pas être nécessaire non plus dans ces cas d'évaluer les aspects financiers autres que le prix. Ces procédures sont compatibles avec la Loi type à condition que l'entité adjudicatrice mentionne celles-ci ainsi que tous les critères applicables en l'espèce dans le dossier de sollicitation et les applique en conséquence.

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

4. Points concernant la demande de propositions sans négociation qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

9. La demande de propositions sans négociation est une nouvelle méthode de passation qui tire ses caractéristiques de la procédure de sélection sans négociation (art. 42) de la Loi type de 1994. Cette dernière destinait cette procédure à la seule passation des marchés de services. Dans la Loi type révisée, la demande de propositions sans négociation n'est pas considérée comme une méthode 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) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de

⁵ Durant les consultations tenues avec les experts sur le commentaire de cet article, il a été proposé que le Groupe de travail utilise le terme "proposition la plus avantageuse" pour souci de cohérence avec la terminologie employée dans l'appel d'offres, car ce terme (contrairement à celui d'"offre la plus basse selon l'évaluation" employé précédemment) ne met plus implicitement l'accent sur le prix.

la passation concernée et d'assurer le plus de concurrence possible (art. 27-2 de la Loi type, pour le commentaire correspondant, voir par. ... ci-dessus).

[Le commentaire sur la sollicitation et les procédures sera ajouté ultérieurement.]

B. Commentaire concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

“Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (... demande de propositions avec négociations consécutives, ...)

3. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de propositions avec négociations consécutives conformément à l'article 49 de la présente Loi quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions, et estime que des négociations consécutives avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour faire en sorte que les conditions financières du marché lui soient acceptables.”

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives. Les conditions d'utilisation et les procédures applicables à cette méthode ressemblent à celles qui régissent la demande de propositions sans négociation à l'article 28-3 de la Loi type. Comme cette dernière méthode, la demande de propositions avec négociations consécutives s'est révélée avantageuse lorsque les caractéristiques qualitatives et techniques sont la principale priorité et que l'entité adjudicatrice a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques (autrement dit pour ne pas être influencée par les aspects financiers quand elle examine et évalue les aspects qualitatifs et techniques). Le mot “besoin”, qui est employé dans les dispositions, désigne la nécessité objective et démontrable pour l'entité de procéder à l'examen et évaluation dans cet ordre. Par conséquent, tout comme pour la demande de propositions sans négociation, cette méthode est indiquée uniquement quand il est possible et nécessaire d'examiner et d'évaluer les aspects qualitatifs et techniques des propositions séparément de leurs aspects financiers.

2. Cette méthode diffère de la demande de propositions sans négociation en ce que l'entité adjudicatrice a besoin de négocier les aspects financiers des propositions. Elle convient de ce fait lorsque la passation porte sur des biens ou des services adaptés à l'entité plutôt que sur un objet relativement standard. Elle est donc indiquée pour des objets plus complexes, comme les services intellectuels, dans lesquels il est indispensable de négocier les aspects commerciaux ou financiers des propositions: en effet, les variables dans ces aspects sont parfois si nombreuses

qu'elles ne peuvent toutes être prévues et spécifiées au début de la passation et doivent être précisées et définies d'un commun accord lors de négociations.

3. Toutes les étapes qui, dans cette méthode, précèdent les négociations sont identiques à celles de la demande de propositions sans négociation: l'entité adjudicatrice fixe un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques des propositions et classe ensuite les propositions qui atteignent ou dépassent ce seuil, en s'assurant que les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négociera sont capables de fournir l'objet du marché requis. Elle tient ensuite des négociations sur les aspects financiers des propositions, en commençant par le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé; si elle met fin aux négociations avec lui, elle négocie avec le fournisseur ou l'entrepreneur suivant, et ainsi de suite dans la mesure nécessaire, jusqu'à ce qu'elle conclue un marché avec l'un d'eux. Ces négociations doivent permettre à l'entité d'obtenir des propositions financières équitables et raisonnables. Le caractère consécutif, et non simultané ou concomitant, des négociations convient le mieux à cette méthode car les négociations ne portent que sur les aspects financiers ou commerciaux des propositions. S'il est nécessaire de négocier d'autres aspects, cette méthode de passation ne pourra pas être utilisée (pour le commentaire sur l'article 49 régissant les aspects procéduraux de cette méthode, voir par. ... ci-dessous).

4. La demande de propositions avec négociations consécutives n'est pas exclusivement réservée à la passation des marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation et d'assurer le plus de concurrence possible (art. 27-2 de la Loi type; pour le commentaire correspondant, voir par. ... ci-dessus). Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement recommandent l'utilisation de méthodes de passation semblables à la demande de propositions avec négociations consécutives prévue dans la Loi type pour la passation des marchés de services de consultant (en d'autres termes des services à caractère intellectuel). Cette méthode est habituellement très utilisée pour ce type de marché. Il se peut que ces banques n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode dans d'autres cas, du moins pour les projets qu'elles financent.

On trouvera à la section B.4 ci-dessous un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

[Voir commentaire concernant la demande de propositions sans négociation]

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

“Article 49. Demande de propositions avec négociations consécutives

1. Les dispositions de l'article 46-1 à 7 de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives, sauf dans la mesure où le présent article y déroge.

2. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales applicables ou les dépassent sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice classe chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions puis:

a) Communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition est conforme la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière et son classement;

b) Invite le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé suivant ces critères et cette procédure à des négociations sur les aspects financiers de sa proposition; et

c) Informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des propositions conformes qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs mieux classés n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché.

3. Si l'entité adjudicatrice constate que les négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur invité en application du paragraphe 2 b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, elle l'informe qu'elle met fin aux négociations.

4. L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la deuxième place; si les négociations avec celui-ci n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les propositions restantes aient été rejetées.

5. Pendant le déroulement des négociations, l'entité adjudicatrice ne peut modifier, alors qu'ils sont spécifiés dans la demande de propositions, ni l'objet du marché, ni les critères de qualification, d'examen ou d'évaluation, ni les exigences minimales établies, ni même les éléments de la description de l'objet du marché ou les conditions du marché, à l'exception des aspects financiers des propositions sur lesquels portent les négociations.

6. L'entité adjudicatrice ne peut rouvrir des négociations avec un fournisseur ou entrepreneur une fois qu'elle y a mis fin."

Commentaire proposé:

1. L'article régit les procédures applicables à la demande de propositions avec négociations consécutives. Toutes les étapes de cette méthode qui précèdent les négociations sont identiques à celles de la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1 renvoie donc aux dispositions applicables de l'article 46. Le commentaire relatif à ces dispositions vaut également pour le présent article (voir par. ... ci-dessus)⁶.

⁶ Voir aussi note 4 plus haut concernant l'utilisation de la procédure de clarification dans cette méthode.

2. Les paragraphes 2 à 6 régissent les diverses procédures à suivre dans cette méthode de passation. Le paragraphe 2 traite du classement et de l'invitation aux négociations consécutives. Les mots "aspects financiers de sa proposition"⁷ employés au paragraphe 2 b) excluent tout aspect qualitatif, technique ou autre ayant été pris en considération lors de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques qualitatives et techniques des propositions.

3. Les paragraphes 3 et 6 mentionnent la "fin des négociations". Cette notion signifie que la proposition financière définitive du fournisseur est rejetée et que ce dernier ne peut donc plus participer à la suite de la procédure de passation. Il en découle qu'aucun marché ne peut être attribué à un fournisseur si l'entité adjudicatrice a mis fin à ses négociations avec lui, comme le prévoient les paragraphes 3 et 4. On estimera peut-être que cette disposition est rigide et qu'elle compromet l'efficacité de la procédure. C'est seulement à la fin du processus de négociation avec tous les fournisseurs que l'entité adjudicatrice peut savoir quelle est en fait la meilleure proposition; or, il se peut que cette proposition ait été rejetée parce que l'entité adjudicatrice a mis un terme aux négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise. La procédure n'assure pas non plus nécessairement à l'entité adjudicatrice un fort pouvoir de négociation car le fournisseur le mieux classé, connaissant sa position privilégiée, risque d'être peu enclin à négocier, en particulier sur le prix. Les moyens de pression que confèrent les négociations concomitantes sont absents ici.

4. La CNUDCI a néanmoins décidé de doter la méthode de passation de cette caractéristique pour souligner la concurrence sur les aspects qualitatifs et techniques des propositions. Lorsque cette méthode est utilisée dans les cas appropriés, cette caractéristique particulière peut obliger tant les fournisseurs que les entités adjudicatrices à négocier de bonne foi. Le fournisseur le mieux classé risque de voir l'entité adjudicatrice mettre fin aux négociations à tout moment et de se trouver exclu pour toujours de la procédure de passation. Il peut également considérer que les négociations avec les fournisseurs moins bien classés ont plus de chances de réussir car ces fournisseurs seront incités à améliorer leur position pour remporter le marché et il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de conclure le marché à la fin du processus. Le fournisseur le mieux classé sera donc contraint d'une certaine manière à négocier alors que l'entité adjudicatrice, face au risque de rejeter la meilleure proposition technique, se gardera d'accorder une importance excessive aux aspects financiers des propositions au détriment des considérations qualitatives et techniques. Le fait de fixer une durée pour les négociations dans le dossier de sollicitation peut être considéré comme une autre mesure permettant d'imposer efficacement une certaine discipline aux deux parties dans les négociations.

5. La question de savoir si l'entité adjudicatrice est prête à faire des compromis sur les considérations qualitatives et techniques en mettant fin aux négociations avec le fournisseur le mieux classé et en entamant des négociations avec le fournisseur suivant dépendra dans une très large mesure des circonstances de la passation, en particulier des résultats de l'examen et de l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions. L'écart entre les diverses propositions peut varier considérablement et l'entité adjudicatrice doit adapter ses stratégies de

⁷ Voir note 3 plus haut concernant l'emploi de ce terme.

négociation en conséquence. Elle peut toujours abandonner la passation si les propositions sont inacceptables.

4. Points concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

1. La demande de propositions avec négociations consécutives est une méthode de passation qui tire ses caractéristiques de la procédure de sélection avec négociations consécutives prévue dans la Loi type de 1994 (art. 44). Contrairement à son équivalent dans le texte de 1994, la méthode dans le texte révisé n'est pas exclusivement réservée aux marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer le plus de concurrence possible (art. 27-2 de la Loi type; pour le commentaire correspondant, voir par. ... ci-dessus).

[Le commentaire sur la sollicitation et les procédures sera ajouté ultérieurement.]