



Assemblée générale

Distr. limitée
10 février 2012
Français
Original: anglais

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

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

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le chapitre V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et se compose d'une introduction et d'un commentaire sur l'appel d'offres en deux étapes (article 48) ainsi que sur des articles connexes du chapitre II (articles 30 et 33).



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

Chapitre V: Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue, la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique

A. Introduction

Résumé analytique

1. Le chapitre V de la Loi type énonce les procédures à suivre pour cinq des diverses méthodes de passation des marchés qui peuvent remplacer l'appel d'offres ouvert, à savoir l'appel d'offres en deux étapes [\[**hyperlien**\]](#), la demande de propositions avec dialogue [\[**hyperlien**\]](#), la demande de propositions avec négociations consécutives [\[**hyperlien**\]](#), les négociations avec appel à la concurrence [\[**hyperlien**\]](#) et la sollicitation d'une source unique [\[**hyperlien**\]](#). Bien qu'elles n'aient pas d'application type unique, ces méthodes ont en commun de prévoir la tenue de discussions, d'un dialogue ou de négociations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.
2. S'agissant de l'appel d'offres en deux étapes et de la demande de propositions avec dialogue, le recours à l'une ou l'autre de ces méthodes est indiqué principalement, en premier lieu, lorsque l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de déterminer et de décrire ses besoins de la manière précise et détaillée prescrite à l'article 10 de la Loi type et, en deuxième lieu, lorsqu'elle juge nécessaire des échanges avec les fournisseurs ou entrepreneurs a) pour préciser ses besoins et les présenter dans une description commune (appel d'offres en deux étapes) ou b) pour définir ses besoins et solliciter des propositions qui y répondent (demande de propositions avec dialogue). On peut aussi avoir recours à ces deux méthodes en cas d'échec de l'appel d'offres; la demande de propositions est aussi applicable dans d'autres circonstances, comme l'indique le commentaire relatif à cette méthode de passation de marché.
3. S'agissant de la demande de propositions avec négociations consécutives, le recours à cette méthode est indiqué lorsque l'entité adjudicatrice a besoin d'examiner et de négocier les aspects financiers des propositions seulement une fois achevée l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques; les négociations se font uniquement avec les fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des propositions conformes.
4. Les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique sont des méthodes de passation de marché tout à fait exceptionnelles,

auxquelles le recours n'est possible que dans des conditions restreintes qui diffèrent grandement des circonstances préconisées pour les méthodes du chapitre V citées ci-dessus. Les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique ne devraient donc pas être considérées comme pouvant se substituer aux autres méthodes susmentionnées. Elles figurent au chapitre V essentiellement parce qu'elles impliquent des échanges entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. Le recours à ces méthodes est indiqué dans diverses circonstances: elles s'appliquent essentiellement dans le cas de marchés urgents ou extrêmement urgents, lorsqu'il y a un fournisseur exclusif ou qu'il faut assurer la cohérence avec des achats précédents, et afin de répondre à des passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées ou des besoins spéciaux en matière de sécurité. Les négociations se font avec tous les participants (négociations avec appel à la concurrence, menées de façon concomitante) ou avec l'unique participant (sollicitation d'une source unique).

5. Les échanges entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs lors de l'appel d'offres en deux étapes (nommés discussions) et de la demande de propositions avec dialogue (nommés dialogue) se distinguent des négociations proprement dites qui caractérisent la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique.

Incorporation: considérations de politique générale

6. Les méthodes de passation visées au chapitre V pouvant être utilisées dans des circonstances très diverses, la majorité des questions de politique générale qu'elles soulèvent respectivement sont traitées dans le commentaire relatif à chacune de ces méthodes. On peut néanmoins recenser certaines questions qui valent de manière générale.

7. La première grande considération de politique générale est que les États adoptants devraient prévoir une méthode de passation permettant à l'entité adjudicatrice d'avoir des échanges avec les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou bien avec les acteurs du marché commercial, lorsqu'il ne lui est pas possible de fournir une description de ses besoins et des conditions de la passation du marché conformément à l'article 10 [\[**hyperlien**\]](#) et aux exigences en matière de renseignements à communiquer dans le dossier de sollicitation (notamment telles qu'elles apparaissent dans l'article 39 à l'égard de l'appel d'offres ouvert [\[**hyperlien**\]](#)). Un moyen pour l'entité adjudicatrice de connaître l'offre disponible sur le marché est de demander à un acteur du marché en question ou à un autre consultant de rédiger lui-même cette description, dans le cadre d'une procédure distincte de la passation de marché concernée (qui pourrait alors être un appel d'offres ouvert, généralement avec préqualification). Cette approche comporte plusieurs risques susceptibles de compromettre le rapport qualité-prix et l'efficacité. Tout d'abord, la conduite de deux procédures plutôt qu'une pourrait entraîner des coûts et des délais administratifs supplémentaires. Deuxièmement, en limitant ses échanges à un seul fournisseur ou consultant, l'entité court le risque de ne pas pouvoir identifier les possibilités commerciales les plus récentes. Troisièmement, les règles en matière d'avantage concurrentiel injuste visées à l'article 21 [\[**hyperlien**\]](#) interdisent au consultant de participer à la passation qui suivra: les

fournisseurs ne seront probablement pas disposés à servir de consultants à cause de ces règles et, en tout état de cause, du point de vue de l'entité adjudicatrice, un fournisseur ne peut participer à la fois à la conception et à la fourniture finale. Par conséquent, il convient d'utiliser une autre approche.

8. L'appel d'offres en deux étapes, comme l'indique le commentaire ci-dessous relatif à l'article [\[**hyperlien**\]](#) régissant cette méthode, autorise l'entité adjudicatrice à engager des discussions avec les fournisseurs potentiels au sujet des aspects techniques et qualitatifs (mais non des aspects financiers) de ses besoins, dans le cadre d'un processus transparent et structuré. Les discussions aboutissent à l'établissement d'une description unique et commune des besoins, des exigences et spécifications techniques et d'autres conditions; les fournisseurs et entrepreneurs soumettent alors des offres correspondant à cette description. À cet égard, l'entité adjudicatrice est chargée de préparer la description puis d'examiner et d'évaluer les offres au regard de celle-ci. Le succès de la méthode présuppose que les participants dévoilent effectivement les solutions techniques proposées et que l'entité adjudicatrice parvienne à les regrouper pour finaliser la description de ses besoins et d'autres conditions.

9. Ainsi que l'indique le commentaire ci-après [\[**hyperlien**\]](#), la demande de propositions avec dialogue est similaire à l'appel d'offres en deux étapes d'un point de vue procédural. Elle s'en distingue néanmoins sur plusieurs points. La méthode autorise l'entité adjudicatrice à engager avec les fournisseurs potentiels des discussions relatives aux aspects techniques, qualitatifs et financiers de ses besoins, également dans le cadre d'un processus transparent et structuré. Ce dernier aboutit à une demande de meilleures offres définitives pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, qui établit non pas, toutefois, un ensemble unique et commun de spécifications techniques mais seulement des exigences techniques minimales. Les meilleures offres définitives peuvent présenter diverses solutions techniques pour répondre aux besoins; dans ce sens, les fournisseurs et entrepreneurs sont chargés de concevoir les solutions techniques. L'entité adjudicatrice examine ces solutions pour vérifier si elles satisfont à ses besoins; une évaluation des solutions qui respecte à la fois le principe de concurrence et celui d'égalité est plus complexe dans cette méthode que dans l'appel d'offres en deux étapes.

10. Étant donné la nécessité de prévoir un mécanisme permettant à l'entité adjudicatrice de se renseigner auprès des acteurs du marché sur les moyens de répondre à ses besoins, les États adoptants sont encouragés à proposer au moins une des deux méthodes, soit l'appel d'offres en deux étapes soit la demande de propositions. L'acquisition d'articles aux caractéristiques techniques complexes, la fourniture et l'installation d'usines, la construction de routes et l'acquisition de véhicules à usage spécial sont au nombre des circonstances dans lesquelles l'appel d'offres en deux étapes s'est avéré une solution idoine (d'autres exemples sont énumérés ci-après [\[**hyperlien**\]](#)). S'agissant de ces exemples, il est possible de rédiger des spécifications détaillées dès le début de la passation de marché mais, suite à des discussions avec les fournisseurs, l'entité adjudicatrice peut préciser certains aspects techniques de l'objet du marché en fonction des renseignements obtenus (notamment en ce qui concerne des méthodes ou des matériels plus élaborés disponibles sur le marché). La méthode présuppose la capacité à expliquer les besoins de l'entité adjudicatrice et à évaluer les informations communiquées en retour par les fournisseurs, et exige des structures permettant d'éviter la sélection abusive de la solution technique d'un fournisseur privilégié.

11. Les projets d'infrastructures (par exemple la fourniture de logements faisant intervenir différents types et méthodes de construction ainsi que différents aspects commerciaux) et certains marchés de haute technologie dans un contexte où l'offre disponible est en rapide évolution sont au nombre des circonstances dans lesquelles la demande de propositions avec dialogue s'est avérée efficace. La méthode exige la capacité à engager le type de dialogue envisagé, notamment en ce qui concerne la présentation et l'explication des besoins ainsi que l'examen et l'évaluation de différentes solutions techniques, ainsi que des structures permettant d'éviter les abus potentiels consistant à communiquer des informations différentes à chacun des fournisseurs durant le dialogue, afin d'en privilégier certains. Les États adoptants devraient savoir que certaines banques multilatérales de développement peuvent éprouver des difficultés d'ordre général à autoriser l'utilisation de cette méthode dans le cadre de projets qu'elles financent.

12. Une deuxième grande considération de politique générale, qui tient au manque de transparence inhérent à la passation négociée, a trait à la mise en place d'une structure et de garanties procédurales pour l'utilisation des méthodes reposant sur des négociations proprement dites entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs. La première méthode concernée est la demande de propositions avec négociations consécutives. Les services de conseil, notamment sous forme d'études juridiques et financières, d'études de conception, d'études environnementales et de travaux d'ingénierie, ainsi que la fourniture d'espaces de bureaux à l'intention de fonctionnaires sont au nombre des circonstances dans lesquelles cette méthode s'est avérée efficace dans la pratique. La méthode exige la capacité à négocier – au sens propre du terme – avec le secteur privé sur les aspects financiers ou commerciaux des propositions. Les États adoptants devraient savoir que certaines banques multilatérales de développement n'autorisent l'utilisation de cette méthode que pour la passation de marchés de services de conseil dans le cadre de projets qu'elles financent.

13. Les autres méthodes de passation visées au chapitre V – les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique, qui revêtent un caractère tout à fait exceptionnel – ont elles aussi en commun de prévoir de telles négociations. Les circonstances dans lesquelles ces méthodes peuvent être utilisées sont variées, et le commentaire ci-après [\[**hyperlien**\]](#) présente des questions particulières que soulève leur application. Les États adoptants devraient veiller à ce que les garanties énoncées dans les procédures ne soient pas vidées de leur substance, pour éviter de compromettre les principaux objectifs de la Loi type.

14. Les méthodes de sollicitation associées aux méthodes de passation du chapitre V ne soulèvent aucune nouvelle question; les États adoptants sont renvoyés aux commentaires relatifs du chapitre II, deuxième partie, [\[**hyperlien**\]](#) et à l'introduction sur les méthodes du chapitre IV [\[**hyperlien**\]](#), traitant en particulier des questions posées par la sollicitation directe.

Questions d'application et d'utilisation

15. De toute évidence, l'entité adjudicatrice dispose d'une grande latitude pour évaluer l'applicabilité des conditions d'utilisation des méthodes du chapitre V; des règlements, règles ou orientations peuvent contribuer à renforcer l'objectivité avec laquelle elle évaluera des circonstances données. Comme elle procèdera à cette

évaluation pendant la phase de planification du marché, le système de passation devrait aussi exiger que cette étape soit entièrement documentée et consignée par écrit.

16. Une deuxième question qui se pose à l'égard de toutes ces méthodes de passation concerne la capacité à engager des discussions, un dialogue ou des négociations – à la fois pour expliquer les besoins de l'entité adjudicatrice de façon à ce qu'ils soient pleinement et également compris par tous les participants, et pour évaluer les offres, propositions et meilleures offres définitives. Cette capacité exige notamment que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'engager des négociations efficaces avec le secteur privé, afin que ses besoins soient adéquatement satisfaits. Si les compétences en la matière sont limitées ou font défaut au sein même de l'entité adjudicatrice, les règlements ou les règles et orientations de l'organisme de passation des marchés publics ou d'une autre entité devraient aborder la possibilité pour l'entité de se faire aider par des experts externes, dont l'assistance serait fournie par le biais d'un organisme central ou autre.

17. La capacité dont il est question dans la section précédente requiert plus d'explications que ne saurait en fournir une loi type. Les États adoptants devraient reconnaître que les règles et procédures apportant des garanties ne suffiront pas à elles seules. Elles doivent être appuyées par un cadre institutionnel approprié, des mesures de bonne gouvernance, des normes d'administration rigoureuses et des personnels chargés de la passation hautement qualifiés. L'expérience des banques multilatérales de développement montre que la mise en place des garanties et des cadres institutionnels préalablement requis pour utiliser les méthodes de passation de marché visées au chapitre V s'est révélée être l'une des réformes les plus difficiles à mettre en œuvre¹.

18. Les États adoptants devraient noter l'importance particulière que les dispositions de l'article 24 [\[**hyperlien**\]](#) sur la confidentialité revêtent dans toutes les méthodes de passation de marché visées au chapitre V. Les risques de divulgation, par inadvertance ou autrement, de renseignements commercialement sensibles (qui ne se limitent pas aux prix) concernant des fournisseurs ou des entrepreneurs concurrents sont inhérents aux méthodes du chapitre V, à l'exception de la sollicitation d'une source unique. La communication d'informations importantes à des fournisseurs privilégiés ou uniquement à certains fournisseurs constitue un autre risque. Les États adoptants sont encouragés à inclure des mesures de contrôle, dont l'audit, à évaluer l'utilisation des méthodes dans la pratique, et à formuler des orientations relatives à des outils de gestion favorisant l'utilisation efficace de ces méthodes². Il convient de ne pas sous-estimer l'importance de telles garanties si l'on veut préserver l'intégrité et l'équité du processus de passation ainsi que la confiance du public à son endroit et si l'on veut assurer la participation des

¹ Le Groupe de travail devrait noter que les experts consultés ont estimé que le fait de limiter le commentaire à la demande de propositions avec dialogue, comme le faisait la version initiale du commentaire, représentait une restriction inutile. Aussi le commentaire tel qu'il est rédigé maintenant s'applique-t-il à toutes les méthodes de passation du chapitre V. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte sous cet angle.

² La question se pose de savoir si le texte devrait mentionner le recours à des "agents de probité" indépendants, qui peuvent observer le déroulement des échanges. Les échanges comme terrain de la corruption constituent un aspect fondamental de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

fournisseurs et entrepreneurs aux procédures actuelles et futures faisant intervenir des échanges.

B. Commentaire des méthodes de passation de marché du chapitre V

19. Afin de faciliter la lecture, le commentaire ci-après accompagnant chacune des méthodes de passation de marché visées au chapitre V comporte les éléments suivants: une description générale de la méthode et un exposé des principales questions de politique générale qu'elle soulève, ainsi qu'un commentaire de ses conditions d'utilisation, de ses règles de sollicitation et de ses articles de procédure. Les procédures sont exposées au chapitre V mais, comme les conditions d'utilisation et les règles de sollicitation le sont au chapitre II, le commentaire renvoie aussi aux questions que soulèvent les dispositions pertinentes du chapitre II [\[**hyperlien**\]](#), en les approfondissant si nécessaire.

Appel d'offres en deux étapes

Description générale et principales questions de politique générale

20. La procédure en deux étapes utilisée dans cette méthode de passation des marchés a pour objet de combiner deux éléments. Il s'agit en premier lieu de permettre à l'entité adjudicatrice, par l'examen des aspects techniques des offres et par des discussions facultatives à leur propos, de préciser et d'arrêter les conditions de la passation qu'elle n'aurait pas été en mesure d'exprimer adéquatement – c'est-à-dire dans les détails qu'impose l'article 10 de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#) – au début de la procédure. Il s'agit en deuxième lieu de garantir que la sélection de l'offre à retenir dans le cadre des appels d'offres en deux étapes se fera avec le même niveau d'objectivité et de concurrence qu'offrent les procédures prévues pour l'appel d'offres ouvert au chapitre III [\[**hyperlien**\]](#).

21. L'appel d'offres en deux étapes existe depuis longtemps dans divers systèmes (il en est également question dans la version précédente de la Loi type et dans les directives des banques multilatérales de développement en matière de passation de marchés). Il a été utilisé avec succès par exemple dans les marchés de biens faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers, des systèmes informatiques ou de communication, des équipements techniques, et dans les marchés d'infrastructures, notamment pour des installations importantes d'une grande complexité ou des travaux d'un type particulier. Dans de telles situations, il peut paraître évident que l'entité adjudicatrice a peu de chances d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix si elle rédige, dès le début et sans examiner ce que les fournisseurs en place ont à offrir, une description complète du marché énonçant toutes les spécifications techniques, toutes les caractéristiques en matière de qualité et de performance de l'objet, toutes les compétences nécessaires des fournisseurs ou entrepreneurs et toutes les conditions de la passation.

22. Lors de la première étape, l'entité adjudicatrice fournit dans le dossier de sollicitation un ensemble complet ou partiel de spécifications techniques ainsi que des détails relatifs aux autres caractéristiques, compétences et conditions susmentionnées. Les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels sont invités à soumettre des offres initiales en réponse au dossier de sollicitation. Ces offres initiales proposent des solutions techniques correspondant aux capacités exactes et

aux variantes possibles de ce qui existe sur le marché et, éventuellement, des précisions à apporter aux spécifications techniques et/ou aux autres caractéristiques, compétences ou conditions.

23. L'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ayant soumis des offres initiales conformes de donner des éclaircissements à propos de leurs offres et engager avec eux des discussions au sujet de celles-ci en vertu respectivement des articles 16 et 48 **[**hyperliens**]**. Elle utilise les renseignements ainsi obtenus pour arrêter en connaissance de cause l'ensemble unique et définitif de spécifications techniques et la portée définitive des travaux.

24. Lors de la deuxième étape, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs offres définitives (qui comportent alors des engagements en matière de prix) correspondant à la solution technique unique définitive et à la description complète et définitive du marché, figurant dans la demande de présentation des offres définitives. L'entité adjudicatrice demeure donc chargée de concevoir la solution technique, de déterminer la portée des travaux et de fixer les conditions de la passation du marché tout au long de la procédure; il appartient ensuite au fournisseur ou à l'entrepreneur auquel le marché est attribué de livrer l'objet correspondant à la solution conçue et de répondre aux conditions énoncées. Dans ce contexte, il convient de noter que les besoins exprimés initialement dans le dossier de sollicitation porteront probablement avant tout sur les aspects fonctionnels de l'objet du marché, de sorte que la deuxième étape permet de préciser les aspects techniques pour les inclure dans la demande de présentation des offres définitives.

25. L'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à solliciter d'engagements en matière de prix auprès des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels à l'égard des solutions qu'ils ont proposées dans le cadre de la première étape de la procédure; les fournisseurs ou entrepreneurs ne prennent pas d'engagement en matière de prix lors de cette étape, et l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à demander de telles informations à un soumissionnaire pendant les discussions.

26. La référence à la tenue de "discussions" reflète la nature itérative du processus. En outre, ce terme opère une distinction entre la nature des échanges qui peuvent être menés dans le cadre de cette méthode – qui ne peuvent porter ni sur le prix de l'offre ni sur d'autres aspects financiers du marché – et la négociation à proprement parler qui peut avoir lieu dans le cadre d'autres méthodes de passation de marchés régies par les dispositions du chapitre V de la Loi type. Cette méthode diffère des autres méthodes visées au chapitre V notamment en ce qu'elle permet aux soumissionnaires d'aider l'entité à définir les spécifications techniques et la portée des travaux (et également en ce qu'elle ne permet à aucun moment de demander ou d'obtenir d'engagements en matière de prix auprès des soumissionnaires). Néanmoins, certaines exigences qualitatives peuvent avoir un impact commercial, comme l'acquisition ou le transfert de droits de propriété intellectuelle: ces aspects peuvent à juste titre figurer parmi les conditions de la passation de marché et être discutés avec les fournisseurs. Par exemple, le dossier de sollicitation exigera peut-être des solutions pour l'utilisation de la propriété intellectuelle (ces droits pourraient être pris sous licence ou acquis). Dans ce cas, ces exigences font partie des aspects techniques du marché. Dans le cas contraire, les coûts liés à l'utilisation de la propriété intellectuelle concernée feront simplement partie du prix de l'offre soumis à la deuxième étape. De telles discussions permettront à l'entité adjudicatrice d'estimer le supplément à payer pour

une amélioration particulière ainsi que les avantages qui découleraient du paiement de ce supplément, et de décider en connaissance de cause d'incorporer ou non une telle amélioration à la description révisée des spécifications techniques et de la portée des travaux.

27. La souplesse et les avantages potentiels décrits ci-dessus ne sont pas exempts de risque. En particulier, on court le risque que l'entité adjudicatrice adapte les conditions définitives de la passation à un fournisseur précis (indépendamment de la tenue ou non de discussions. Il convient toutefois de reconnaître que ce risque existe aussi dans les procédures d'appel d'offres ouvert, surtout lorsque des consultations informelles précèdent la passation). Les dispositions sur la transparence applicables à toutes les procédures d'appel d'offres devraient limiter le risque de voir la passation faussée pour favoriser un fournisseur précis.

28. Cette méthode est structurée. Les règles de l'appel d'offres ouvert régissent la procédure de sollicitation et la sélection de l'offre à retenir dans l'appel d'offres en deux étapes (voir les articles 33 et 48 de la Loi type [\[**hyperliens**\]](#) et le commentaire dans la deuxième partie du chapitre II, et les paragraphes ****** du commentaire abordant l'appel d'offres ouvert visé au chapitre III [\[**hyperliens**\]](#)).

Article 30-1. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes **[\[**hyperlien**\]](#)**

29. Le paragraphe 1 de l'article 30 prévoit les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes. L'alinéa a) traite de la passation de marchés complexes et perfectionnés sur le plan technique. La nécessité d'avoir recours à cette méthode de passation dans un tel cas peut s'imposer dès l'étape de la planification du marché, comme il est noté ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#). Après avoir examiné les offres initiales, l'entité adjudicatrice peut tenir des discussions avec les fournisseurs et entrepreneurs qui ont proposé des solutions techniques répondant à ses exigences minimales.

30. Le paragraphe 1 b) traite d'une situation différente, à savoir lorsqu'une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée, mais a échoué. (Cette condition permet aussi de recourir à la demande de propositions avec dialogue, comme en dispose le paragraphe 2 d).) Dans ce genre de situation, l'entité adjudicatrice doit analyser les raisons d'un tel échec. Si elle parvient à la conclusion que ses difficultés à formuler des conditions de passation suffisamment précises en sont la cause, elle estimera peut-être qu'une procédure en deux étapes impliquant les fournisseurs est la meilleure solution. L'entité adjudicatrice tiendra également compte des raisons de cet échec pour choisir entre l'appel d'offres en deux étapes conformément au paragraphe 1 b) et la demande de propositions avec dialogue conformément au paragraphe 2 d): s'il est possible et approprié de formuler un ensemble unique de conditions (y compris une solution technique unique) pour la passation, l'appel d'offres en deux étapes sera la méthode à appliquer. L'entité adjudicatrice pourra faire appel aux fournisseurs ou entrepreneurs pour l'aider à formuler ces conditions selon que de besoin. (Par contre, si elle estime qu'il n'est pas possible ou approprié de formuler une solution technique unique, la demande de propositions avec dialogue sera peut-être la meilleure solution – voir le commentaire sur cette méthode au [...].[\[**hyperlien**\]](#))

Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres en deux étapes
[hyperlien**]**

31. La sollicitation dans l'appel d'offres en deux étapes suit les règles de l'appel d'offres ouvert énoncées à l'article 33 **[**hyperlien**]**, car l'article 48 **[**hyperlien**]** applique à l'appel d'offres en deux étapes les dispositions du chapitre III **[**hyperlien**]** (sauf dans la mesure où il y déroge). Une des caractéristiques clefs de l'appel d'offres ouvert, à savoir la sollicitation publique et sans restriction de la participation des fournisseurs ou entrepreneurs, est donc exigée dans l'appel d'offres en deux étapes.

32. Cette exigence fait de la sollicitation publique, internationale et sans restriction la règle par défaut, telle que celle-ci est expliquée plus avant dans le commentaire de la deuxième partie du chapitre II **[**hyperlien**]**. L'obligation de recourir à la sollicitation publique et sans restriction n'admet aucune exception (sauf lorsque des procédures de préqualification précèdent l'appel d'offres ouvert, comme l'autorise l'article 18 **[**hyperlien**]**, la sollicitation n'étant alors adressée qu'aux fournisseurs préqualifiés. Dans ce cas, les procédures de préqualification exigent également une invitation ouverte à participer, de manière à préserver le principe de la sollicitation ouverte).

33. L'article 33-4 admet quelques exceptions à l'obligation de recourir à la sollicitation internationale, comme l'explique aussi le commentaire de la deuxième partie du chapitre II **[**hyperlien**]**. Ces exceptions ne sont permises que pour prendre en compte la passation de marchés nationaux ou de faible valeur. Ainsi, dans tous les autres cas, l'invitation à participer à l'appel d'offres doit être publiée à la fois dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés et au niveau international, dans une publication en garantissant l'accès effectif aux fournisseurs et entrepreneurs de l'étranger.

34. Le commentaire de la deuxième partie du chapitre II **[**hyperlien**]** fournit des orientations supplémentaires en matière de sollicitation.

Article 48. Appel d'offres en deux étapes **[**hyperlien**]**

35. L'article 48 régit les procédures de l'appel d'offres en deux étapes. Le paragraphe 1 rappelle que les règles de l'appel d'offres ouvert s'appliquent à l'appel d'offres en deux étapes, sauf lorsque les procédures propres à ce dernier exigent des modifications. Certaines règles de l'appel d'offres ouvert sont applicables sans modification, comme par exemple celles qui concernent les procédures de sollicitation des offres (article 36 **[**hyperlien**]**), la teneur de l'invitation à soumettre une offre (article 37 **[**hyperlien**]**) et la communication du dossier de sollicitation (article 38 **[**hyperlien**]**). D'autres règles du chapitre III exigent une modification en raison des particularités de l'appel d'offres en deux étapes décrites aux paragraphes 2 à 4 de l'article 48. Par exemple les dispositions de l'article 38 faisant référence au prix dans le dossier de sollicitation ne sont pas pertinentes lorsque des offres initiales sont sollicitées. Les dispositions de l'article 41 sur la période de validité, la modification et le retrait des offres doivent être lues conjointement avec le paragraphe 4 d) de l'article 48, qui permet à un fournisseur ou entrepreneur ne souhaitant pas présenter une offre définitive de se retirer de la procédure sans perdre la garantie de soumission (les raisons qui justifient la dérogation aux règles de l'appel d'offres ouvert figurent au paragraphe **[**hyperlien**]** ci-dessous **[**hyperlien**]**).

36. Certaines dispositions du chapitre III, notamment l'article 42 [\[**hyperlien**\]](#) sur l'ouverture des offres et les dispositions de l'article 43 [\[**hyperlien**\]](#) sur l'évaluation des offres, s'appliquent uniquement aux offres définitives soumises en réponse aux conditions révisées de la passation de marché. En revanche, les dispositions de l'article 40 [\[**hyperlien**\]](#) en matière de présentation des offres et de l'article 43 [\[**hyperlien**\]](#) en matière d'examen des offres s'appliquent aussi bien aux offres initiales qu'aux offres définitives. On doit interpréter les dispositions de l'article 44, qui interdisent les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs après la soumission des offres, en considérant que les échanges dans le cadre de l'appel d'offres en deux étapes sont des discussions plutôt que des négociations. De fait, les négociations proprement dites sont interdites tout au long de la procédure de l'appel d'offres en deux étapes (y compris après la soumission des offres définitives, pour le cas où l'entité adjudicatrice demanderait des éclaircissements relatifs à une soumission au titre de l'article 16, comme l'explique aussi le commentaire relatif à cet article [\[**hyperlien**\]](#)).

37. Le paragraphe 2 énonce les règles propres à la sollicitation des offres initiales. Elles modifient les règles en matière de sollicitation énoncées au chapitre III [\[**hyperlien**\]](#). À cette étape, l'entité adjudicatrice peut solliciter des propositions de solution concernant toutes les conditions du marché autres que le prix. Compte tenu des conditions d'utilisation de cette méthode de passation (voir article 30-1 [\[**hyperlien**\]](#) et l'explication qu'en donne le commentaire aux paragraphes ****** ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#)), l'entité adjudicatrice devrait en principe solliciter diverses solutions concernant d'abord les exigences techniques et qualitatives de l'objet du marché et, s'il y a lieu, concernant les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

38. L'article ne prévoit pas de règles spécifiques pour la présentation et l'examen des offres initiales. Les dispositions pertinentes du chapitre III [\[**hyperlien**\]](#) s'appliquent. En particulier, les dispositions applicables de l'article 43-3 [\[**hyperlien**\]](#) régissent les cas de rejet de l'offre initiale: à savoir lorsque le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté l'offre n'a pas les qualifications requises; lorsque l'offre présentée n'est pas conforme; lorsque l'offre inclut un prix; ou lorsqu'un fournisseur ou entrepreneur est exclu de la procédure de passation de marché pour les motifs prévus à l'article 21 [\[**hyperlien**\]](#) (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts). Les autres motifs de rejet mentionnés à l'article 43-3 [\[**hyperlien**\]](#) ne s'appliquent pas; ils concernent les situations où les prix des offres sont examinés, ce qui n'est pas le cas durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes. Tous les fournisseurs dont les offres ne sont pas rejetées sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

39. Le paragraphe 3 prévoit la possibilité de tenir des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée, au sujet de tout aspect de leur offre. Les discussions peuvent porter sur tout aspect de la passation à l'exception du prix et ne doivent pas s'apparenter à des négociations (sur ce point, voir les commentaires aux paragraphes ****** ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#)). Les discussions ne seront pas toujours nécessaires car il est possible que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'affiner et d'arrêter elle-même les conditions de la passation, sur la base des offres initiales reçues. Les dispositions du paragraphe 3 exigent, lorsque l'entité adjudicatrice décide d'engager des discussions, qu'elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés des chances égales d'y participer. Dans ce contexte, l'expression "chances égales" signifie que l'égalité de

traitement des fournisseurs ou entrepreneurs est soumise à l'obligation d'éviter la divulgation d'informations confidentielles et à la nécessité d'éviter la collusion. Les règles ou orientations établies par l'organisme de passation des marchés publics ou autre organisme similaire devraient mettre en exergue cet aspect fondamental de la procédure d'appel d'offres en deux étapes. En outre, elles devraient souligner la nécessité de consigner les détails des discussions dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché exigé à l'article 25 [**hyperlien**](#)].

40. Le paragraphe 4 indique les procédures à suivre dans les étapes suivantes de l'appel d'offres en deux étapes, dans la mesure où elles diffèrent des règles de l'appel d'offres ouvert posées au chapitre III de la Loi type. Il régleme également les questions qui découlent de la préparation et de la communication des conditions révisées finales, comme la portée des modifications que l'entité adjudicatrice est autorisée à apporter aux conditions initialement annoncées.

41. L'alinéa a) du paragraphe 4 oblige l'entité adjudicatrice à adresser l'invitation à présenter des offres définitives, une fois les conditions de la passation révisées, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape. Les offres définitives sont équivalentes aux offres soumises dans l'appel d'offres ouvert, à savoir que l'on évalue leur conformité à la sollicitation et qu'elles incluent des prix.

42. L'alinéa b) du paragraphe 4 traite la portée des modifications qui peuvent être apportées aux conditions initialement annoncées. Il est interdit de changer l'objet du marché, pour la simple raison que de tels changements altéreraient les conditions de la passation qui sont jugées si essentielles pour la procédure annoncée que leur modification devrait obliger à engager une nouvelle passation. Cette considération de politique générale est expliquée de manière plus détaillée dans les paragraphes [** du commentaire relatif à la demande de propositions avec dialogue **hyperlien**](#)].

43. En revanche, il est permis d'apporter des changements (suppressions, modifications ou ajouts) aux aspects techniques et qualitatifs de cet objet du marché et aux critères d'examen et d'évaluation des offres, dans certaines conditions qui visent à limiter la latitude de l'entité adjudicatrice à cet égard. Étant donné que l'objectif de la Loi type est d'assurer un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs, la modification des aspects techniques et qualitatifs à la suite de la première étape de la procédure ne peut pas entraîner une modification de la description de l'objet du marché annoncée initialement. S'il est nécessaire de changer la description de l'objet du marché, une nouvelle procédure de passation doit être engagée pour permettre à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs d'y participer (y compris les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales ont été rejetées ou qui auraient désormais les qualifications requises). L'article 15-3 [**hyperlien**](#)] entre en jeu dans ce contexte: il prévoit que l'entité adjudicatrice doit publier à nouveau les informations concernant la passation si, à la suite d'une clarification et d'une modification du dossier de sollicitation, les informations publiées lorsqu'elle a sollicité pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché deviennent substantiellement inexacts (pour des orientations concernant l'article 15-3, voir les paragraphes [...] du commentaire relatif au chapitre I [**hyperlien**](#)]).

44. L'alinéa b) i) du paragraphe 4 traite la portée des modifications qui peuvent être apportées à l'objet du marché. Elles concernent essentiellement les aspects

techniques et qualitatifs de ce dernier compte tenu de l'objectif principal de l'appel d'offres en deux étapes: à savoir préciser davantage les spécifications techniques et qualitatives de l'objet du marché, réduire les options possibles à celle qui répondrait le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice et, sur cette base, arrêter un ensemble unique de conditions applicables à la passation. Le type de modifications envisagées inclut les changements apportés aux caractéristiques techniques – comme par exemple la qualité des composants des matériaux de construction, des fixations en bois ou en acier, la qualité du bois de revêtements de sol et la manière d'atténuer les problèmes d'acoustique dans les installations de sport. Ce type d'amélioration correspond à ce que l'on appelle parfois "l'analyse de la valeur".

45. La modification des aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché peut exiger de modifier aussi les critères d'examen et/ou d'évaluation. L'alinéa b) ii) n'autorise donc que les modifications rendues nécessaires par les changements apportés aux aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché. Toute autre modification des critères d'examen et/ou d'évaluation lors de cette deuxième étape est interdite car, autrement, ces critères ne refléteraient alors plus les aspects techniques et qualitatifs applicables, ce qui risquerait aussi de donner lieu à des abus.

46. L'alinéa c) exige que tout changement apporté aux conditions de la passation de marché initialement annoncées soit porté à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive.

47. L'alinéa d) permet aux fournisseurs ou entrepreneurs de ne pas soumettre une offre définitive sans perdre la garantie de soumission qu'ils ont pu être tenus de fournir pour participer à la première étape. Cette dernière disposition a été intégrée pour accroître la participation des fournisseurs ou entrepreneurs; en effet, à la date limite de soumission des offres initiales, on ne peut attendre de ces derniers qu'ils sachent quelles modifications seront ensuite apportées aux conditions de la passation de marché. Compte tenu des caractéristiques de cette méthode de passation de marché, il est fort probable toutefois que des garanties de soumission soient exigées pour la présentation des offres définitives plutôt que des offres initiales.

48. L'alinéa e) soumet les procédures suivies pour l'examen et l'évaluation des offres définitives et la détermination de l'offre à retenir aux règles de l'appel d'offres ouvert du chapitre III de la Loi type [\[**hyperlien**\]](#).

49. S'agissant de la confidentialité dans cette méthode de passation de marché, le risque de révéler, par inadvertance ou d'une autre manière, des informations commercialement sensibles de fournisseurs ou d'entrepreneurs concurrents peut se poser non seulement à l'étape des discussions mais également dans la formulation des conditions révisées de la passation. Ce risque existe par exemple en cas d'utilisation d'exigences, de symboles et de termes pour décrire les aspects techniques et qualitatifs révisés de l'objet du marché, qui peuvent involontairement révéler la source d'information, et lors de la communication aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux dispositions du paragraphe 4 c), des modifications apportées aux conditions initialement annoncées. Conformément aux dispositions de l'article 24 [\[**hyperlien**\]](#), l'entité adjudicatrice doit respecter la confidentialité des propositions techniques des fournisseurs ou entrepreneurs tout au long du processus.