



Assemblée générale

Distr. limitée
28 octobre 2009
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies pour
le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Dix-septième session
Vienne, 7-11 décembre 2009

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type*

Note du Secrétariat

Additif

La présente note contient une proposition concernant le préambule et les articles premier à 13 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

* Le présent document est soumis moins de 10 semaines avant le début de la session en raison des consultations informelles intersessions tenues à la demande de la Commission sur l'intégralité du texte (A/64/17, par. 281).



LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Préambule

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir les objectifs suivants:

- a) Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés;
- b) Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés, en particulier, le cas échéant, leur participation sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;
- c) Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché;
- d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;
- e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus;
- f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés;

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application¹

La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices.

Article 2. Définitions²

Aux fins de la présente Loi:

- a) Le terme "délai d'attente" désigne le délai précédant l'entrée en vigueur du marché, qui doit être spécifié dans le dossier de sollicitation, pendant lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs dont la soumission a été examinée peuvent

¹ Le Guide précisera, pour cet article, que les États confrontés à une crise économique et financière pourraient exclure l'application de la Loi type au moyen de mesures législatives (qui seraient elles-mêmes examinées de près par le législateur) (A/CN.9/668, par. 63).

² Comme l'a suggéré la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 52), les définitions ont été classées par ordre alphabétique. Le présent article sera complété, dans le Guide pour l'incorporation révisé, par un glossaire plus complet des termes utilisés dans la Loi type.

introduire un recours contre l'intention de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir³;

b) Le terme "dossier de sollicitation" désigne l'ensemble des documents sollicitant des soumissions;

c) [Le terme "enchère électronique inversée" désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel que l'entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des enchères de plus en plus basses au cours d'une période déterminée⁴];

d) Le terme "entité adjudicatrice" désigne:

i) *Option I*

Tout département, organisme, organe ou autre service public du présent État, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

Option II

Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement" ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'État adoptant), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf ...; (et)

ii) (L'État adoptant peut ajouter au présent sous-alinéa et, si nécessaire, dans de nouveaux sous-alinéas, d'autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, à inclure dans la définition de l'"entité adjudicatrice");

e) [Le terme "facteurs socioéconomiques"⁵ désigne les considérations environnementales, sociales, économiques et autres dont les règlements en matière de passation des marchés autorisent l'entité adjudicatrice à tenir compte lors de la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de l'évaluation de la conformité des soumissions ou de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, ou lors de plusieurs de ces étapes à la fois, afin d'appliquer les

³ Comme il a été demandé à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 74), le Secrétariat propose d'ajouter cette nouvelle définition, étant donné que ce terme apparaît fréquemment dans la Loi type. Elle se fonde sur le libellé dont il avait été convenu pour le projet d'article 19-2 c) dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2.

⁴ Définition ajoutée conformément à la proposition formulée à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 72 et 73).

⁵ Le Secrétariat propose d'ajouter cette nouvelle définition pour tenir compte de la fréquence de ce terme dans la Loi type, ainsi que des résultats des consultations qu'il a tenues avec les experts.

politiques socioéconomiques du présent État. [... (l'État adoptant peut développer le présent alinéa en fournissant une liste illustrative de ces considérations)];⁶

f) Le terme “fournisseur ou entrepreneur” désigne, selon le contexte, toute personne qui est susceptible de participer à une procédure de passation de marché avec l'entité adjudicatrice ou la personne qui y participe effectivement;

g) Le terme “garantie de soumission”⁷ désigne une garantie que l'entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs et qui lui est donnée pour assurer l'exécution de toute obligation visée à l'article [15-1 f)]. Il englobe des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change. Pour écarter tout doute, il ne désigne pas une garantie de bonne exécution du marché;

h) Le terme “marché” désigne un contrat [ou des contrats]⁸ conclu[s] entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d'une procédure de passation de marché;

⁶ La Loi type de 1994 (art. 34-4 c) iii)) mentionne dans ce contexte “l'état de la balance des paiements et les réserves en devises [du présent État], les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens, travaux ou services proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles”. À la quarante-deuxième session de la Commission, il a été proposé d'actualiser la liste pour qu'elle mentionne des facteurs tels que: “le développement d'un secteur industriel particulier, le développement des petites et moyennes entreprises, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, des personnes handicapées, le développement régional et local, l'amélioration de l'environnement, l'amélioration des droits des femmes, des jeunes et des personnes âgées, des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels, ainsi que des facteurs économiques tels que l'état de la balance des paiements et les réserves en devises” (A/64/17, par. 164). L'autre solution consistant à ne fournir qu'une liste illustrative dans le Guide a également été examinée (A/64/17, par. 161). La définition vise à tenir compte de toutes les propositions qui ont été faites. En ce qui concerne cette définition, le Guide décrirait les coûts que l'application de tels facteurs pourrait entraîner pour la passation, et préciserait que ces facteurs ne sont généralement jugés appropriés que dans le but d'aider au développement, par exemple pour renforcer les capacités.

⁷ Bien qu'il ait été proposé, à la quarante-deuxième session de la Commission, de remplacer le terme “submission security” (garantie de soumission) par le terme “tender security” (garantie d'offre ou garantie de soumission) ou par “tender or other [submission] security” (garantie d'offre ou autre [de soumission]) (A/64/17, par. 55 et 56), le premier terme a été conservé par souci de cohérence et par commodité. Le Guide précisera que cette définition ne doit pas être comprise comme signifiant que plusieurs garanties de soumission peuvent être exigées par l'entité adjudicatrice dans une procédure de passation unique où des enchères, offres ou propositions révisées sont présentées (A/64/17, par. 57).

⁸ À la quarante-deuxième session de la Commission, lors de l'examen de l'article concernant le procès-verbal de la procédure de passation de marché, il a été proposé de réviser certaines dispositions de cet article pour prévoir la possibilité que plusieurs marchés soient conclus à l'issue de la procédure (A/64/17, par. 267 a)). Afin d'éviter la répétition, d'un bout à l'autre de la Loi type, de la formule “un marché ou des marchés”, qui serait plus lourde, on propose ici une formule plus courte.

i) [Le terme “modification substantielle” désigne une modification des conditions de la passation, telles que définies par l’entité adjudicatrice lorsqu’elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d’entrepreneurs à la procédure, qui rendrait non conformes des soumissions précédemment conformes, et conformes des soumissions précédemment non conformes, et qui modifierait la situation des fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leur qualification. Pour écarter tout doute, une modification substantielle inclut une modification de la description de l’objet du marché, des critères et des procédures d’examen, d’évaluation et de comparaison des soumissions et de détermination de la soumission à retenir et du coefficient de pondération des critères d’évaluation⁹;

j) Le terme “monnaie” englobe les unités de compte monétaires;

k) Le terme “passation de marché” désigne l’acquisition, par un moyen quelconque, de biens, de travaux ou de services (l’“objet du marché”)¹⁰;

l) [Le terme “passation de marché national” désigne une passation qui est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l’article 8 ou pour laquelle l’entité adjudicatrice juge que, en raison de la faible valeur de l’objet du marché (le seuil correspondant doit être défini dans les règlements en matière de passation des marchés), seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter présenter des soumissions¹¹;

m) [Le terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées¹²” désigne une passation pour laquelle les règlements en matière de passation des marchés peuvent autoriser l’entité adjudicatrice à prendre des mesures et imposer des prescriptions spéciales pour protéger ces informations, y compris à

⁹ A/64/17, par. 67 à 71. Définition fondée sur le projet d’article qui figurait dans le chapitre régissant les procédures d’accords-cadres de la version antérieure.

¹⁰ En ce qui concerne cette définition, le Guide reprendra les définitions des termes “biens”, “travaux” et “services” du texte de 1994 (article 2 c) à e)). Il expliquera que les mots “par un moyen quelconque” ne devraient pas être interprétés comme faisant référence à des actes illicites, mais comme signifiant que la passation de marché se fait non seulement par voie d’achat, mais également par d’autres moyens comme la location (l’article I.2 de l’Accord sur les marchés publics de l’OMC (AMP, 1994) et le texte adopté à titre provisoire de l’article II.2 b) de l’AMP révisé emploient une terminologie équivalente, à savoir “l’achat, le crédit-bail et la location ou location vente, avec ou sans option d’achat”) (A/CN.9/668, par. 273).

¹¹ Comme l’a demandé la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 74), le Secrétariat propose d’ajouter cette nouvelle définition, étant donné que ce terme apparaît fréquemment dans la Loi type. Elle se fonde sur les articles 17 et 23 de la Loi type de 1994.

¹² Pour cette disposition, le Guide préciserait que le terme “informations classifiées” vise les informations désignées comme telles par un État adoptant, conformément au droit national applicable, et qu’il n’est pas question dans la disposition de laisser à l’entité adjudicatrice la liberté d’élargir cette définition.

déterminer quelles dispositions de la présente Loi exigeant l'information du public ne s'appliqueront pas¹³;

[n) Le terme "procédure d'accord-cadre" désigne une passation qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, et une deuxième pour l'attribution d'un marché au titre de l'accord-cadre à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord;

i) Le terme "accord-cadre" désigne un accord ou des accords conclus entre l'entité adjudicatrice et le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) une fois la première étape de la procédure d'accord-cadre achevée;

ii) Le terme "accord-cadre fermé" désigne un accord-cadre auquel aucun fournisseur ou entrepreneur qui n'y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement;

iii) Le terme "accord-cadre ouvert" désigne un accord-cadre auquel, en plus des parties initiales, un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) peu(ven)t ultérieurement devenir partie(s);

iv) Le terme "procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape" désigne une procédure d'accord-cadre ouvert ou fermé dans laquelle certaines conditions de la passation de marché qui ne peuvent être définies de façon suffisamment précise lors de la conclusion de l'accord doivent être définies ou précisées par une mise en concurrence lors de la deuxième étape;

v) Le terme "procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape" désigne une procédure d'accord-cadre fermé dans laquelle toutes les conditions de la passation de marché sont définies lors de la conclusion de l'accord¹⁴.]

o) [Le terme "règlements en matière de passation des marchés" désigne les règlements qui doivent être adoptés conformément à l'article 4 de la présente Loi¹⁵;

¹³ Ainsi que l'a demandé la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 74), le Secrétariat propose d'ajouter cette nouvelle définition, étant donné que ce terme apparaît fréquemment dans la Loi type. Elle se fonde sur le libellé proposé à cette même session de la Commission (A/64/17, par. 118 et 137). Cette définition est complétée par la disposition énoncée à l'article 23 (relatif au procès-verbal de la procédure de passation de marché) exigeant que soient consignées au procès-verbal les raisons et circonstances invoquées par l'entité adjudicatrice pour justifier les mesures et prescriptions imposées lors de la procédure afin de protéger les informations classifiées, comme les exceptions aux obligations d'information du public.

¹⁴ Le Groupe de travail devra examiner si toutes ces définitions devraient être conservées dans l'article 2 ou déplacées au chapitre VII (procédures d'accords-cadres) (A/64/17, par. 64 à 66). Le Guide expliquera pour cet article que l'accord-cadre lui-même devrait préciser comment des éléments tels que les délais de livraison et tout autre élément variable seraient déterminés.

¹⁵ Ainsi que l'a demandé la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 74), le Secrétariat propose d'ajouter cette nouvelle définition, étant donné que ce terme apparaît fréquemment dans la Loi type.

- p) Le terme “sollicitation” désigne la demande aux fournisseurs ou aux entrepreneurs de présenter des soumissions:
- i) Le terme “sollicitation ouverte” désigne la sollicitation d’un nombre illimité de fournisseurs ou d’entrepreneurs par voie de publication dans ... (l’État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée) et [, à moins que l’entité adjudicatrice n’en décide autrement en cas de passation d’un marché national]¹⁶, dans une langue d’usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale¹⁷;
 - ii) Le terme “sollicitation directe” désigne la sollicitation [exceptionnelle]¹⁸ d’un nombre limité de fournisseurs ou d’entrepreneurs dans les conditions spécifiées par la présente Loi;
 - q) Le terme “soumission”¹⁹ désigne de façon collective ou générique une (des) offre(s), une (des) proposition(s), un (des) prix et une (des) enchère(s);
 - r) Le terme “soumission à retenir” désigne ...²⁰;

¹⁶ Ce passage correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l’article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le projet actuel de Loi type révisée. Les experts consultés par le Secrétariat ont estimé qu’il serait peut-être souhaitable de revoir certaines des exceptions autorisées aux termes de l’article 23 de la Loi type de 1994 dans le cas de la passation de marchés nationaux.

¹⁷ Le Guide précisera que la publicité internationale augmente pour promouvoir le commerce régional et faciliter les contestations à l’échelle internationale.

¹⁸ Bien qu’il ait été proposé, à la quarante-deuxième session de la Commission, de mettre en exergue la nature exceptionnelle de la sollicitation directe dans la définition (A/64/17, par. 63), le Groupe de travail voudra peut-être considérer que celle-ci est exceptionnelle lorsque l’entité adjudicatrice a le choix entre une sollicitation ouverte et une sollicitation directe, ce qui, dans le projet actuel de Loi type révisée, vaut uniquement pour les procédures de demande de propositions. La sollicitation directe est inhérente à d’autres méthodes de passation, telles que l’appel d’offres retreint, la demande de prix, les négociations avec appel à la concurrence ou la sollicitation d’une source unique et ne peut pas, par conséquent, être considérée comme exceptionnelle dans ces cas.

¹⁹ A/64/17, par. 58 à 60. Le terme “soumission” a été retenu plutôt que l’expression proposée “offre ou autre soumission”, car cette dernière faussait le sens d’un certain nombre de dispositions dans la Loi type et rendait la lecture difficile. Le Guide préciserait que les États adoptants peuvent retenir un autre terme concis reflétant la terminologie couramment utilisée dans leur système de passation.

²⁰ Cette définition sera complétée une fois que les chapitres III à VII auront été finalisés.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]²¹

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État née ou découlant de

a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel le présent État est partie avec un ou plusieurs autres États,

b) Tout accord conclu par le présent État avec une institution internationale intergouvernementale de financement, ou

[c) Tout accord entre le Gouvernement fédéral de [nom de l'État fédéral] et une ou plusieurs subdivisions de [nom de l'État fédéral], ou entre deux desdites subdivisions ou plus,]

les dispositions du traité ou de l'accord prévalent. Toutefois, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

1. Le ... (l'État adoptant spécifie l'organe ou l'autorité habilité à établir les règlements en matière de passation des marchés) est autorisé à établir des règlements en matière de passation des marchés à l'effet d'atteindre les objectifs et d'assurer l'application des dispositions de la présente Loi.

2. Les règlements en matière de passation des marchés contiennent un code de conduite pour les administrateurs ou employés des entités adjudicatrices qui traite, entre autres, de la prévention des conflits d'intérêts dans la passation des marchés. Ils prévoient également, s'il y a lieu, des mesures pour régler les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation²².

3. Les règlements en matière de passation des marchés mentionnent également toute considération environnementale, sociale, économique et autre dont l'entité adjudicatrice peut tenir compte, lors de la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de l'évaluation de la conformité des soumissions, ou de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, ou de plusieurs de ces étapes à la fois, aux fins de l'application des politiques socioéconomiques du présent État²³.

²¹ Le Guide précisera pour cet article que les passages entre crochets s'adressent aux États fédéraux. Il signalera également aux États adoptants qu'ils devront peut-être adapter les dispositions de cet article à leurs règles constitutionnelles, voire ne pas les incorporer si elles entrent en conflit avec leur droit constitutionnel (A/64/17, par. 75 à 78).

²² Le Groupe de travail voudra peut-être revoir s'il convient de placer les dispositions du paragraphe 2 dans le présent article car, dans de nombreux États, ces questions sont traitées au niveau du droit législatif, et non des règlements.

²³ Ajout proposé pour tenir compte de la nouvelle définition des "facteurs socioéconomiques" à l'article 2.

Article 5. Publication des textes juridiques

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, le texte de la présente Loi, les règlements en matière de passation des marchés et les autres textes juridiques d'application générale relatifs à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications dont ils font l'objet, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.
2. Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi sont mises à la disposition du public et actualisées si nécessaire.

[Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Les entités adjudicatrices peuvent publier des informations concernant les projets de marchés prévus pour les mois ou les années à venir²⁴.
2. Les entités adjudicatrices peuvent également publier un préavis concernant la possibilité d'un marché futur²⁵.
3. La publication conformément au présent article ne constitue pas une sollicitation, n'oblige pas l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation et ne confère pas de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs²⁶.]

Article 7. Communications dans la passation des marchés

1. Les documents, notifications, décisions et autres informations qui sont générés durant une passation de marché et communiqués comme l'exige la présente Loi, y compris en rapport avec un recours visé au chapitre [VIII] ou pendant une réunion, ou qui font partie du procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément à l'article [23], sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.
2. La sollicitation directe²⁷ et la communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [15-1 d)]²⁸,

²⁴ En ce qui concerne ce paragraphe, le Guide soulignerait la nécessité d'une bonne planification de la passation des marchés.

²⁵ Le Guide expliquerait que ce paragraphe emploie les mots "préavis concernant la possibilité d'un marché futur" pour permettre aux entités adjudicatrices d'évaluer le marché en cas de passation complexe, et s'abstient d'utiliser des termes qui pourraient prêter à confusion avec l'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt, généralement publié lors de la procédure de demande de propositions.

²⁶ A/64/17, par. 80 à 87. Le Guide expliquera que les dispositions du présent article peuvent être appliquées indépendamment de la méthode de passation et soulignera aussi qu'elles sont importantes eu égard à la Convention des Nations Unies contre la corruption, car elles assurent la transparence tout au long du processus et privent de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité.

²⁷ Correspond aux renvois, dans l'article 9 de la Loi type de 1994, aux articles 37-3 et 47-1 de ce texte.

²⁸ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 32-1 d) du texte de 1994.

16-6 et 16-9²⁹, 35 2 a)³⁰, 37-1³¹ et 44 (...) ^{32]}³³ peuvent se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement³⁴.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice spécifie:

a) Toute condition de forme;

[b) Dans les passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées, si elle le juge nécessaire, les mesures et prescriptions nécessaires pour garantir la protection de ces informations au niveau requis³⁵;

c) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom³⁶;

d) Les moyens à utiliser pour satisfaire à toutes les dispositions de la présente Loi qui exigent la forme écrite pour la présentation d'informations ou une signature; et

e) Les moyens à utiliser pour tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4. L'entité adjudicatrice a recours à des moyens de communication qui sont couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte de la passation de marché considérée. Elle utilise en outre, pour toute réunion avec les fournisseurs ou entrepreneurs, des moyens qui leur permettent de participer pleinement et en direct à cette réunion³⁷.

5. L'entité adjudicatrice met en place des mesures appropriées pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées³⁸.

²⁹ Id., en ce qui concerne le renvoi aux articles 7-4 et 7-6 du texte de 1994.

³⁰ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 31-2 a) du texte de 1994.

³¹ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 34-1 du texte de 1994.

³² Le renvoi manquant devrait correspondre à l'article 44 b) à f) du texte de 1994 (procédures de sélection avec négociations consécutives). Il sera actualisé en fonction des modifications du chapitre V.

³³ Il a été décidé que les autres renvois dans le texte de 1994 (aux articles 36-1 (avis d'acceptation de l'offre) et 12-3 (avis de rejet de toutes les soumissions)) seraient supprimés (A/64/17, par. 122).

³⁴ A/64/17, par. 121 et 122.

³⁵ A/64/17, par. 123 à 137.

³⁶ A/64/17, par. 138 et 139.

³⁷ A/64/17, par. 140 et 141.

³⁸ A/64/17, par. 142 et 143.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf lorsque l'entité adjudicatrice décide de limiter cette participation sur la base de la nationalité pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés [, y compris pour appliquer une ou plusieurs des politiques socioéconomiques du présent État,]³⁹ ou conformément à d'autres dispositions de la législation.
- [2. À moins qu'elle n'y soit tenue pour appliquer une ou plusieurs des politiques socioéconomiques du présent État énoncées dans les règlements en matière de passation des marchés, l'entité adjudicatrice n'impose aucune autre condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs⁴⁰.]
3. Si elle décide de limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché conformément au présent article, l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances motivant cette limitation.
4. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice déclare que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent y participer sans distinction de nationalité, cette déclaration ne pouvant être modifiée par la suite.
5. Si elle décide de limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché conformément au présent article, l'entité adjudicatrice l'indique dans le dossier de sollicitation.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marché.
2. Les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés pour ladite procédure:
 - i) Posséder les qualifications et les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens

³⁹ Proposition d'ajout à la suite des consultations avec les experts, pour permettre à l'entité adjudicatrice de limiter la participation aux procédures de passation sur la base de la nationalité pour des motifs socioéconomiques.

⁴⁰ Suite aux consultations tenues avec les experts, il est proposé de mentionner la limitation en raison de facteurs socioéconomiques pour prendre en compte par exemple les programmes réservés aux minorités, aux petites et moyennes entreprises ou aux groupes autochtones.

matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience, les normes éthiques, [les références]⁴¹ et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

ii) Avoir la capacité de contracter;

iii) Ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

iv) S'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans le présent État;

v) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution d'un marché, durant une période de... ans (l'État adoptant spécifie cette période) précédant l'ouverture de la procédure de passation de marché, ou n'avoir été de nulle autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion.

3. L'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marché, sous réserve de leur droit de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer qu'ils sont qualifiés conformément aux critères énoncés au paragraphe 2.

4. Toute condition requise conformément au présent article est énoncée dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation et s'applique également à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui ne soit pas prévu dans la présente Loi.

5. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation.

6. Sous réserve des dispositions de l'article 8, l'entité adjudicatrice n'impose pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable.

7. Nonobstant le paragraphe 6 du présent article, l'entité adjudicatrice peut exiger l'authentification des pièces que le fournisseur ou l'entrepreneur présentant la soumission à retenir a produites pour justifier de ses qualifications dans le cadre de la procédure de passation de marché. Ce faisant, elle n'impose pas, pour cette

⁴¹ À la quarante-deuxième session de la Commission, il a été convenu, lors de l'examen des critères d'évaluation, de remplacer le terme "réputation" par le mot "références" (jugé plus objectif) (A/64/17, par. 160 c)). La même modification est apportée ici.

authentification, de condition autre que celles prévues dans la législation du présent État concernant l'authentification des pièces de cette nature.

8. a) L'entité adjudicatrice disqualifie un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses;

b) L'entité adjudicatrice peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions substantielles;

c) À moins que ne s'applique l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non substantielles. Elle peut cependant le disqualifier s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions alors qu'elle le lui demande.

d) L'entité adjudicatrice peut demander à un fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article 16 de la présente Loi qu'il justifie à nouveau de ses qualifications suivant les mêmes critères que ceux utilisés pour sa préqualification. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne donne pas suite à cette demande. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de justifier à nouveau de ses qualifications si elle juge ou non satisfaites les justifications qu'il a produites.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre⁴²

1. L'entité adjudicatrice fait figurer dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions. Lorsqu'elle fixe des exigences minimales pour identifier les soumissions conformes, elle les fait également figurer dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation, en précisant la manière dont elles seront appliquées⁴³.

2. Sous réserve des dispositions de l'article 8, ni la documentation de préqualification, le cas échéant, ni le dossier de sollicitation ne doivent contenir ou utiliser de description de l'objet du marché qui crée des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché.

3. La description de l'objet du marché peut comprendre des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage ou aux certificats de conformité, ainsi que des symboles et de la terminologie.

⁴² Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le projet d'article 10 révisé devrait se référer plus explicitement à l'évaluation de la conformité, plutôt qu'à la description de l'objet du marché (ceci permettrait également de l'aligner sur les dispositions relatives à l'évaluation proposées dans le projet d'article 11 révisé).

⁴³ A/64/17, par. 144 à 148.

4. Dans la mesure où cela est faisable, toute description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique, et énonce les caractéristiques techniques et qualitatives ou les caractéristiques de performance pertinentes de cet objet. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" soient employés.

5. a) Pour la formulation de toute description de l'objet du marché, la documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et qualitatives dudit objet;

b) Il est dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions de la passation de marché et du contrat qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de préqualification, le cas échéant, et du dossier de sollicitation.

[Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation⁴⁴

1. a) Sauf pour ce qui concerne les facteurs socioéconomiques visés au paragraphe 2 ci-après, les critères d'évaluation ont un lien avec l'objet du marché.

b) Les critères d'évaluation comprennent [uniquement]⁴⁵:

i) Le prix, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2 du présent article;

ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du marché, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2 du présent article⁴⁶;

iii) Lorsque cela est pertinent pour un marché passé conformément à [passation avec demande de propositions, ajouter les renvois appropriés], l'expérience, les références⁴⁷, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel de celui-ci devant participer à la fourniture de l'objet du marché, sous réserve de

⁴⁴ A/64/17, par. 149 à 174.

⁴⁵ A/64/17, par. 160 a).

⁴⁶ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait conserver ici la mention des marges de préférence.

⁴⁷ A/64/17, par. 160 c).

toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2 du présent article⁴⁸;

iv) [Les performances en matière de protection de l'environnement⁴⁹].

2. Si les règlements en matière de passation des marchés l'autorisent (et sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant désigne un organe habilité à donner ladite approbation)), les critères d'évaluation peuvent en outre comprendre:

a) Des facteurs socioéconomiques⁵⁰;

b) Une marge de préférence accordée aux soumissions de travaux présentées par des entrepreneurs nationaux, aux soumissions de biens produits localement ou de services de fournisseurs locaux. La marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché⁵¹;

c) [Des considérations de défense et de sécurité nationales⁵².]

3. Sous réserve des dispositions de [l'article 43], tous les critères d'évaluation sont affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation. Tout critère d'évaluation autre que le prix est, dans la mesure où cela est faisable, objectif, quantifiable et exprimé en termes pécuniaires⁵³.

⁴⁸ A/64/17, par. 159 et 160. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait conserver ici la mention des marges de préférence.

⁴⁹ Comme proposé à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 160 e)). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait conserver ici la mention des performances en matière de protection de l'environnement, ou s'il suffit de traiter les aspects environnementaux dans le cadre des facteurs socioéconomiques au paragraphe 2 a) du présent article (la définition des "facteurs socioéconomiques" à l'article 2 mentionne les considérations environnementales; le fait de ne pas mentionner ces considérations dans la définition des "facteurs socioéconomiques" à l'article 2 aurait des incidences sur leur prise en compte aux articles 8 (en relation par exemple avec les projets réservés à certains groupes/qualifications) et 10 (en relation avec l'évaluation de la conformité des soumissions). Si la mention des considérations environnementales est maintenue dans le présent paragraphe, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si celles-ci auront toujours un lien avec l'objet du marché (voir par. 1 du présent article), ou si elles devraient être exclues du champ du paragraphe 1, à l'instar des facteurs socioéconomiques. Si les considérations environnementales sont uniquement traitées au paragraphe 2 (dans le cadre des facteurs socioéconomiques), elles ne pourront être prises en compte dans l'évaluation des soumissions que si les conditions du chapeau du paragraphe 2 sont remplies (c'est-à-dire être autorisées par les règlements en matière de passation des marchés et appliquées sous réserve d'approbation par un organe désigné).

⁵⁰ Les facteurs sont désormais décrits dans la section consacrée aux définitions, car ils peuvent s'appliquer tant à la qualification et à la conformité qu'à l'évaluation des soumissions.

⁵¹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les marges de préférence s'appliquent à la fois au prix et aux critères d'évaluation autres que le prix et à toutes les méthodes de passation. Voir les questions relatives aux sous-alinéas ii) et iii) de l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article.

⁵² Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette disposition reste pertinente. Une autre possibilité consisterait à permettre l'application de ces considérations en ajoutant une référence aux aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale dans le paragraphe 1.

⁵³ A/64/17, par. 157 et 158.

4. L'entité adjudicatrice mentionne dans le dossier de sollicitation⁵⁴:
 - a) La base sur laquelle elle se fondera pour déterminer la soumission à retenir⁵⁵;
 - b) Tous les critères [d'évaluation] établis conformément au présent article, y compris toute marge de préférence; et
 - c) Lorsque des critères autres que le prix doivent être utilisés dans la procédure d'évaluation, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères [d'évaluation] (y compris le prix), ou leur ordre d'importance lorsque la passation de marché est menée en conformité avec l'article 43, et les modalités d'application des critères dans la procédure d'évaluation.
5. [Sous réserve des articles 14, 42 et 43 de la présente Loi,]⁵⁶ pour évaluer et comparer les soumissions et déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation, et les applique de la manière prévue dans ce dossier. Aucun critère ou procédure qui n'a pas été énoncé en conformité avec la présente disposition ne sera utilisé⁵⁷.]

[Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché

1. Une entité adjudicatrice ne fractionne pas un marché en contrats distincts, ni n'utilise une méthode d'évaluation particulière pour estimer la valeur d'un marché dans l'intention de limiter la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs.
2. Lorsqu'elle estime la valeur d'un marché, elle inclut la valeur totale maximale estimée du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un ou à plusieurs fournisseurs, en tenant compte de toutes les formes de rémunération⁵⁸.]

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. La documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation sont établis en ... (l'État adoptant spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international [à moins que

⁵⁴ Le paragraphe est fondé sur les dispositions de l'article 27 e), qui sont répétées dans l'article 38 m), du texte de 1994. Le Groupe de travail pourra envisager de faire figurer cette disposition plutôt dans l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation).

⁵⁵ Le Guide expliquerait, pour cet article, que le dossier de sollicitation doit indiquer clairement si la sélection se fera en fonction de la soumission au prix le plus bas, de la soumission la plus basse selon l'évaluation, de la proposition qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, ou autre, selon le cas.

⁵⁶ Les articles auxquels il est renvoyé permettent de modifier des aspects initialement prévus dans le dossier de sollicitation.

⁵⁷ A/64/17, par. 152 à 156.

⁵⁸ Il est proposé d'ajouter ces nouvelles dispositions compte tenu des propositions des experts. Elles se fondent sur les dispositions équivalentes de l'AMP de l'OMC (article II.2 et 3 de la version de 1994 et article II.6 de la version de 2006). Ces dispositions sont utiles dans le contexte des seuils envisagés dans la Loi type pour la passation de marchés de faible valeur en vue de recourir à la passation de marchés nationaux, à l'appel d'offres restreint ou à la demande de prix.

l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national.]⁵⁹).

2. Les demandes de préqualification, le cas échéant, et les soumissions peuvent être formulées et présentées dans toute langue dans laquelle la documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation ont été publiés ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation, respectivement.

⁵⁹ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le projet actuel de Loi type révisée. Les experts consultés par le Secrétariat ont estimé qu'il serait peut-être souhaitable de revoir certaines des exceptions autorisées aux termes de l'article 23 de la Loi type de 1994 dans le cas de la passation de marchés nationaux.