

ANALYSE CONTEXTUELLE DU PAYS

Objectifs et portée

L'*Analyse contextuelle du pays* vise à garantir que l'évaluation de la MAPS est basée sur une meilleure compréhension du contexte dans lequel les institutions de passation des marchés publics et autres parties prenantes opèrent dans un pays donné. Durant l'évaluation et dans le cadre de l'élaboration de réponses aux conclusions, l'environnement politique et institutionnel peut être pris en considération pour assurer que les réformes sont véritablement ancrées dans les besoins des pays.

Afin de garantir l'efficacité, cette macroanalyse doit être brève. Elle doit reposer sur des informations facilement accessibles et des données existantes et porter sur un nombre restreint de facteurs potentiellement importants pour la réforme de la passation des marchés. Ces facteurs sont : 1) la situation politique, économique, et géostratégique du pays ; 2) les liens entre le système de passation des marchés publics et les systèmes de gestion des finances publiques de gouvernance publique, 3) les objectifs politiques nationaux influant sur la passation des marchés publics, et 4) le contexte de la réforme de la passation des marchés publics.

L'analyse du contexte doit inclure un inventaire approfondi des principales parties prenantes qui sont officiellement ou non liées aux structures de passation des marchés publics. Ceci aidera à impliquer les parties prenantes dans le cadre de l'évaluation et dans le cadre des processus de réforme à venir. La participation des parties prenantes aide en général à comprendre comment les intérêts, mesures incitatives, valeurs et idées dépendent de règles formelles et informelles et soutiennent finalement l'élaboration et le choix d'actions prioritaires qui sont réalisables et dont la mise en œuvre est réaliste.

Les informations d'ordre contextuel recueillies à ce stade peuvent également être utilisées afin de garantir une application ciblée de l'outil MAPS. Par exemple, l'identification des objectifs politiques nationaux et des principaux défis aide à définir l'étendue de l'évaluation de la MAPS, en particulier pour ce qui concerne l'utilisation possible de modules complémentaires.

Structure

L'analyse contextuelle du pays doit être organisée comme suit⁸ :

⁸ Des informations supplémentaires sur la manière d'effectuer des analyses de contexte / d'économie politique figurent dans : PNUD (2012), Analyse institutionnelle et de contexte – Note d'orientation, http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/oslo_governance_centre/Institutional_and_Context_Analysis_Guidance_Note/; Overseas Development Institute (ODI) (2005), Cadre analytique pour effectuer des analyses d'économie politique dans les [différents] secteurs (*Analytical Framework for Conducting Political Economy Analysis in Sectors*), <http://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/3898.pdf>.

Analyse contextuelle du pays

1. Situation politique, économique et géostratégique du pays
 - 1.1 Structures économiques (ex. population, niveau du revenu national, ressources à la disposition du gouvernement c. dette, situation géographique, situation géopolitique, principaux défis pour la croissance et le développement)
Structures politiques, nature du système de gouvernance politique (ex. type de gouvernement, historique / formes de gouvernement héritées, fédéralisme c. centralisation / rôles des gouvernements national et des gouvernements régionaux, particularités dans l'attribution du pouvoir politique, groupes marginalisés, importance de la criminalité et du secteur informel, éléments de fragilité ou de conflit, niveau de perception de la corruption, etc.)⁹
 - 1.2 Obligations internationales (ex. traités internationaux / régionaux et adhésions y compris les informations sur des adhésions potentielles / en instance)
2. Système de passation des marchés publics et ses liens avec les systèmes de gestion des finances publiques et de gouvernance publique
 - 2.1 Nature et étendue de la passation de marchés publics (ex. passation de marchés en proportion du PIB / des dépenses publiques)
 - 2.2 Principales institutions (formelles et informelles) et leurs rôles dans l'utilisation du système de passation des marchés, y compris les contrôles
 - 2.3 Inventaire des principales parties prenantes externes liées officiellement ou non aux structures de passation des marchés publics, leurs intérêts et potentiels de participation
3. Objectifs politiques nationaux et objectifs de développement durable
 - 3.1 Initiatives de réforme générale avec l'accent mis sur les questions qui influent sur la passation des marchés publics
 - 3.2 Objectifs politiques secondaires
4. Réforme de la passation des marchés publics
 - 4.1 Réforme de la passation des marchés publics par le passé (bref historique / legs historique ; enseignements tirés)
 - 4.2 Priorités, politiques, stratégies, et buts / objectifs de la passation des marchés publics et leurs liens avec le secteur public / la gouvernance / les autres réformes liées
 - 4.3 Mesures incitatives susceptibles d'entraîner des réformes ; défis qui peuvent avoir une incidence sur le succès des réformes

⁹ La fragilité peut aller au-delà de la classification des « États fragiles ». L'OCDE a défini les cinq aspects suivants : 1) violence (sociétés pacifiques) ; 2) accès à la justice pour tous (y compris lutte contre la corruption) ; 3) institutions efficaces, responsables et inclusives ; 4) assises économiques ; et 5) capacité d'adaptation aux chocs et catastrophes sociaux, économiques et environnementaux. (OCDE (2015), États de fragilité 2015 : Réaliser les ambitions de l'après-2015, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264227699-en>)

Sources d'informations

La liste des sources à consulter est la suivante :

- statistiques nationales (ex. Ministère des finances, etc.)
- plans de développement nationaux
- indices, ex. projet "Doing Business" (Banque mondiale), Panorama des administrations publiques (OCDE), classifications des pays (Banque mondiale et autres), taux de croissance du PIB, indice de perception de la corruption, Rapport sur la compétitivité mondiale (Forum économique mondial), indice de développement humain (ONU), etc.
- bases de données sur les adhésions et traités internationaux (ex. Agéfac (*GATT*) /AMP (*GPA*); OCDE ; organisations régionales et accords commerciaux ; signataires de la Convention des Nations Unies contre la corruption, etc.)
- études / évaluations antérieures
- entretiens avec les experts ou sources pertinents ; critiques dans les médias

SECTION III – EVALUATION DES SYSTEMES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Pilier I. Cadre législatif, réglementaire, et politique

Le Pilier I évalue le cadre législatif, réglementaire, et politique de la passation des marchés. Il recense les règlements et procédures officiels qui régissent la passation des marchés publics et évaluent comment ils se situent par rapport aux normes internationales. La mise en œuvre et l'application pratiques de ce cadre fait l'objet des Piliers II et III. Les indicateurs faisant partie du Pilier I couvrent les récentes évolutions et innovations auxquelles il a été de plus en plus recouru pour améliorer l'efficacité de la passation des marchés publics. Le Pilier I tient également compte des obligations internationales et des objectifs politiques nationaux afin de garantir que la passation des marchés publics soit à la hauteur de son rôle stratégique important et contribue à la durabilité.

Le Pilier I fait référence à quatre éléments du cadre législatif, réglementaire, et politique :

1. l'instrument juridique suprême régissant la passation des marchés publics (lois, actes juridiques, décrets)
2. réglementations et autres instruments de nature plus administrative
3. dispositions relatives à la passation des marchés dans d'autres législations nationales (ex. lois régissant les partenariats public – privé et les concessions, le commerce et la concurrence, l'accès aux informations, la lutte contre la corruption, les modes alternatifs de règlement des litiges, les entreprises détenues par l'Etat, etc.)
4. obligations résultant d'accords internationaux pour garantir l'uniformité et la cohérence des politiques.

Indicateur 1. Le cadre juridique de la passation des marchés publics est conforme aux principes convenus et respecte les obligations en vigueur.

L'indicateur porte sur différents instruments législatifs et réglementaires élaborés à différents niveaux, de l'échelon le plus élevé (loi nationale, acte juridique, réglementation, décret, etc.) jusqu'aux réglementations détaillées, procédures et dossiers d'appel d'offres officiellement utilisés. Cet indicateur se décompose en douze indicateurs subsidiaires (a – l) qui sont évalués individuellement.

Indicateur subsidiaire 1(a) – Champ d'application et portée du cadre législatif et réglementaire

L'objectif de cet indicateur subsidiaire est de déterminer : 1) la structure du cadre réglementaire qui régit la passation des marchés publics ; 2) son champ d'application ; et 3) l'accès public aux lois et réglementations.

L'évaluateur doit évaluer l'adéquation de la structure du cadre juridique, sa clarté et l'ordre de

préséance entre les différents instruments. Il est important que le cadre juridique opère une différenciation entre les lois, les réglementations et les procédures et qu'un ordre de préséance soit rigoureusement défini afin de réduire au minimum les incohérences au niveau de l'application. Les instruments de niveau supérieur doivent normalement avoir un caractère moins détaillé et plus stable. Leur modification exige des niveaux d'autorité supérieurs. Pour cette raison, plus une disposition se situe à un niveau supérieur dans la hiérarchie du cadre juridique, plus elle est stable. Cela signifie que les instruments de niveau inférieur doivent être choisis pour réglementer les procédures de mise en œuvre plus détaillées qui demandent une certaine souplesse (ex. seuils).

L'évaluateur doit évaluer dans quelle mesure le cadre juridique s'applique à tous les marchés passés sur des fonds publics (biens, travaux, et services, y compris les services de consultants). En outre, l'évaluateur doit évaluer dans quelle mesure la législation nationale s'applique à toutes les structures publiques et aux gouvernements et entités régionaux lorsque les fonds utilisés proviennent directement ou indirectement du budget national.

L'un des aspects à évaluer en particulier consiste à déterminer si les lois ou réglementations excluent des organismes particuliers ou certaines parties des dépenses publiques du champ d'application des dispositions de la loi (c.-à-d. les dépenses affectées à l'armée, à la défense ou autres dépenses similaires, les entreprises autonomes ou spécialisées détenues par l'Etat, ainsi que les entreprises de services publics jouissant de droits spéciaux ou exclusifs). Cela implique également d'évaluer si ces exclusions sont établies par la loi ou peuvent être opérées de manière administrative en échappant à la surveillance publique. L'évaluateur doit aussi apprécier si la législation relative à la passation des marchés publics ou d'autres législations nationales soutiennent et réglementent les marchés portant sur d'autres formes de prestations de service public qui sont étroitement liées à la passation des marchés publics telles que les Partenariats public – privé (PPP) y compris les concessions. (Les caractéristiques spécifiques sont évaluées selon l'indicateur subsidiaire 1(1)).

Le caractère uniforme et universel du champ d'application est un facteur de prévisibilité et permet des économies dans l'application du système de passation des marchés. L'accès aux règles et réglementations contribue à la transparence, ce qui se traduit par des passations de marchés plus économiques.

L'accessibilité aux lois et politiques peut être assurée en les tenant à disposition dans des lieux faciles d'accès pour le public. De préférence, les informations doivent être publiées sur Internet par l'intermédiaire d'un portail électronique unique, librement accessible (voir l'indicateur subsidiaire 7(a)). Si les informations sont principalement publiées sur Internet, l'évaluateur doit vérifier si les informations sont accessibles au public et régulièrement actualisées.

Indicateur subsidiaire 1(a) : Critères d'évaluation

L'ensemble de normes législatives et réglementaires satisfait les conditions suivantes :
--

- | |
|--|
| (a) Est bien codifié et organisé de façon hiérarchisée (lois, décrets, réglementations, procédures) et l'ordre de préséance est clairement défini. |
| (b) Il prend en compte les biens, travaux, et services (y compris les services de consultants) pour tous les marchés passés sur des fonds publics. |
| (c) Les Partenariats public – privé (PPP), y compris les concessions, sont réglementés. |
| (d) Les législations, réglementations et politiques en vigueur sont publiées et facilement accessibles au public sans frais. |

Indicateur subsidiaire 1(b) – Méthodes d’acquisition

Cet indicateur subsidiaire évalue si le cadre juridique comprend : 1) une définition claire des méthodes d’acquisition autorisées ; et 2) les circonstances dans lesquelles chaque méthode est justifiée.

Le cadre juridique doit proposer un éventail approprié de méthodes d’acquisition comprenant des procédures concurrentielles et moins concurrentielles, le cas échéant¹⁰.

La loi et les réglementations doivent définir les situations dans lesquelles il est possible de recourir aux appels d’offres ouverts ou à d’autres méthodes d’acquisition, et garantir qu’une justification et des niveaux d’approbation acceptables sont clairement prévus. L’utilisation des méthodes et processus d’acquisition doit être proportionnée à la valeur et aux risques des activités liées au projet sous-jacent. Cela signifie que dans les projets d’acquisition de faible valeur ou comportant des risques moindres, des méthodes plus légères – telles qu’appel d’offres restreint, demande de prix, etc. – peuvent être utilisées, lorsque les avantages de certaines méthodes à « processus plus lourd » ne sont pas évidents ou nécessaires. Bien que l’appel d’offres ouvert (concurrentiel) constitue la méthode d’acquisition normale, le choix de la méthode doit également dépendre du temps requis pour suivre la procédure jusqu’au bout et répondre à la nécessité de s’efforcer d’éviter les retards.

Le recours aux attributions directes (sollicitation d’une source unique) doit être analysé et ses justifications comprises. Il est également important de comprendre comment les justifications pour éviter les procédures plus concurrentielles sont utilisées en règle générale. Par exemple, l’urgence est souvent invoquée pour ne pas utiliser d’appel d’offres ouvert, mais justifier la sollicitation d’une source unique par l’urgence ne doit être autorisé que dans des circonstances exceptionnelles où, en raison d’un événement catastrophique, il y a un besoin extrêmement important et recourir à toute autre méthode d’acquisition serait impossible en raison du temps que nécessite l’utilisation de ces méthodes. Elle ne doit pas être utilisée en raison d’une mauvaise planification.

Le fractionnement des marchés destiné à éviter une concurrence ouverte est interdit, lorsqu’il a pour but de contourner les règles sur la concurrence.

Le cadre juridique doit restreindre le pouvoir discrétionnaire des différents organismes ou responsables des acquisitions. Cela doit permettre de réduire au minimum le recours à ces méthodes d’acquisition qui limitent la concurrence.

Indicateur subsidiaire 1(b) : Critères d’évaluation
Le cadre juridique satisfait les conditions suivantes :
(a) Les méthodes d’acquisition sont définies sans ambiguïté à un échelon hiérarchique approprié, de même que les conditions associées dans lesquelles il est possible de recourir à chacune des méthodes.
(b) Les méthodes d’acquisition prévues comprennent des procédures d’acquisition concurrentielles et moins concurrentielles et offrent un éventail approprié de possibilités afin de garantir le rapport qualité/prix, l’équité, la transparence, la proportionnalité, et l’intégrité.
(c) Le fractionnement des marchés destiné à restreindre la concurrence est interdit.
(d) Les normes appropriées pour les procédures concurrentielles sont précisées.

¹⁰ La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011), par exemple, contient des termes, définitions et procédures types pour différentes options (voir les chapitres II – VII). Lorsque des méthodes d’acquisition particulières sont mentionnées dans ce document, les termes définis par la CNUDCI sont utilisés.

Indicateur subsidiaire 1(c) – Règles relatives à la publicité et délais

Cet indicateur subsidiaire évalue si : a) le cadre juridique comprend des dispositions exigeant la publication des possibilités de marchés par souci de l'intérêt général et pour promouvoir la transparence ; b) les opportunités d'affaires font l'objet d'une publication large et facilement accessible ; et c) un délai suffisant est accordé entre la publication des avis d'appel d'offres et la date de remise des soumissions, cohérent avec la méthode et la complexité de l'acquisition, pour préparer et soumettre les offres.

Le délai entre la publication de l'appel à candidatures pour la présélection, ou de l'avis d'appel d'offres ouvert et la soumission des offres est lié à la complexité du marché et au niveau de concurrence attendu. S'il est prévu que des soumissionnaires étrangers participent à la compétition, ce facteur doit être pris en compte. La loi et les réglementations doivent définir les critères de fixation du délai minimum entre l'annonce et la soumission des offres. Les délais peuvent être raccourcis en cas de transmission électronique des avis de marchés et des documents de soumission.

Indicateur subsidiaire 1(c) : Critères d'évaluation
<p>Le cadre juridique satisfait les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none">(a) Fait obligation d'annoncer publiquement les possibilités de marchés sauf si la limitation des possibilités de marchés est expressément justifiée (voir l'indicateur 1(b)).(b) La publication des avis d'appel d'offres laisse un délai suffisant, cohérent avec la méthode, la nature et la complexité de l'acquisition, aux soumissionnaires potentiels pour se procurer les documents et répondre à l'annonce. Les délais minimum pour la soumission des offres / propositions sont fixés pour chaque méthode d'acquisition et ces délais sont prolongés lorsqu'il est fait appel à la concurrence internationale.(c) La publication des appels d'offres ouverts est imposée dans au moins un journal de large diffusion au niveau national ou sur un site Internet officiel unique, où sont publiés tous les avis de passation de marchés publics, qui est facilement accessible sans frais et sans autres obstacles, tels que des obstacles technologiques.(d) Le contenu de la publication fournit suffisamment d'informations pour permettre aux soumissionnaires potentiels de déterminer leur aptitude et leur intérêt à soumettre une offre.

Indicateur subsidiaire 1(d) – Règles concernant la participation

Cet indicateur subsidiaire évalue les politiques régissant la participation et la sélection pour assurer qu'elles ne sont pas discriminatoires. En général, les entreprises, y compris les entreprises étrangères qualifiées, ne doivent pas être exclues de la participation à un processus d'appel d'offres pour des motifs autres que le manque de qualifications et conformément à des règles clairement définies relatives à l'éligibilité et aux exclusions.

Il peut y avoir des cas où le cadre juridique autorise des restrictions qui imposent d'acheter auprès d'entreprises nationales ou de s'associer avec des entreprises nationales, ou rendent obligatoire d'inclure dans l'offre une quantité minimale de produits de fabrication locale. Nombre de pays autorisent également des prix préférentiels en faveur des entreprises nationales. De telles exigences concernant les produits locaux ou les préférences accordées aux entreprises nationales doivent être conformes aux obligations internationales du pays (AMP – OMC, Accords d'association, Accords de libre-échange ratifiés par le pays). Des prix préférentiels excessifs ou d'autres concessions accordés à certains groupes de soumissionnaires peuvent dissuader une véritable concurrence et réduire l'efficacité. L'évaluateur doit apprécier si les dispositions sont adaptées et justifiées, de façon à ne pas affaiblir le caractère économique et efficace du système. Le cadre réglementaire ne doit pas

imposer, comme condition de soumission, l'obligation pour les entreprises étrangères de s'associer avec des entreprises locales ou d'implanter des filiales dans le pays. Ces conditions peuvent favoriser le maintien de situations d'oligopole ou de monopole au lieu de promouvoir le développement de l'industrie locale et peuvent constituer une entrave de fait à la concurrence.

L'enregistrement ne doit pas être un obstacle à la participation à un processus d'appel d'offres.

La législation doit prévoir des exclusions pour les activités criminelles ou de corruption, l'interdiction subordonnée à une procédure régulière et pour l'interdiction d'avoir des relations commerciales en cas d'activité criminelle. En particulier, les entreprises ou personnes physiques qui ont fait l'objet d'une condamnation par jugement définitif pour l'une des raisons suivantes doivent être exclues de la participation: participation à une organisation criminelle ; corruption telle que définie dans la législation nationale de l'autorité contractante ou de l'entreprise / la personne physique ; fraude ; infractions terroristes ou infractions liées à des activités terroristes ou provocation à ou aide ou incitation à ou tentative de commettre une telle infraction ; blanchiment d'argent ou financement d'activités terroristes ; travail des enfants ; toutes formes de traite des êtres humains.

Le processus pour obtenir des décisions relatives à une interdiction administrative (ex. non-exécution de contrats antérieurs, etc.) doit être clairement défini, y compris les voies de recours éventuelles. D'autres exclusions légitimes (ex. interdiction de relations commerciales en vertu de la loi ou par respect de sanctions infligées par le Conseil de sécurité de l'ONU) doivent être prévues. En outre, il se peut que des accords internationaux limitent la participation aux seules parties aux accords.

La participation des entreprises détenues par l'Etat doit être régie par des règles qui instaurent l'égalité des chances pour tous les concurrents et ne doit faire l'objet d'aucun traitement de faveur par l'octroi de subventions ou d'exonérations fiscales, etc.

Le cadre juridique doit préciser les procédures qui peuvent être utilisées pour évaluer l'éligibilité d'un soumissionnaire et son aptitude à exécuter un contrat particulier. Cette évaluation peut se combiner aux documents d'appel d'offres dans le cadre de la passation de marché considéré ou elle peut faire l'objet d'un exercice distinct réalisé avant la sollicitation de soumissions complètes.

Dans les marchés très complexes, le recours à la présélection comme processus distinct peut renforcer l'efficacité de l'opération en garantissant que seuls les participants éligibles et qualifiés sont retenus. Cela peut également permettre de faire des économies en limitant le nombre de participants qui supportent les frais qu'entraîne l'élaboration d'une offre complète. La présélection doit être régie par des procédures afin d'assurer qu'elle ne donne pas lieu à des abus ou n'est pas utilisée comme un moyen de restreindre la concurrence en exagérant les critères de sélection.

Indicateur subsidiaire 1(d) : Critères d'évaluation

Le cadre juridique satisfait les conditions suivantes :

- (a) Établit que la participation des parties intéressées est équitable et fondée sur la qualification et conforme aux règles relatives à l'éligibilité et aux exclusions. Dans ce cadre, le terme « fournisseur » englobe tous les fournisseurs de services y compris les entrepreneurs, les cabinets de conseil, etc.
- (b) Garantit qu'il n'existe aucun obstacle à la participation au marché des acquisitions publiques.
- (c) Précise les critères d'éligibilité et prévoit des exclusions pour les activités criminelles ou de corruption, l'interdiction administrative conformément à la loi subordonnée à une procédure régulière ou l'interdiction des relations commerciales.
- (d) Établit des règles pour la participation des entreprises détenues par l'Etat qui promeuvent la concurrence équitable.
- (e) Précise les procédures qui peuvent être utilisées pour déterminer l'éligibilité d'un soumissionnaire et son aptitude à exécuter un contrat particulier.

Indicateur subsidiaire 1(e) – Dossiers d'appel d'offres et spécifications techniques

L'indicateur subsidiaire évalue dans quelle mesure le cadre juridique décrit précisément le contenu des dossiers d'appel d'offres pour permettre aux fournisseurs de comprendre clairement ce qui leur est demandé et la manière dont sera conduit le processus d'appel d'offres.

Les dossiers d'appel d'offres doivent contenir suffisamment d'informations pour permettre la présentation d'offres / soumissions / propositions recevables et pour définir les bases d'un processus d'évaluation et d'adjudication transparent. Les détails des exigences figurant dans le dossier d'appel d'offres doivent être neutres et faire référence aux spécifications de la norme internationale, dans la mesure du possible, ou à d'autres normes officiellement reconnues qui sont essentiellement équivalentes à celles indiquées. Le cadre juridique doit permettre et encourager l'utilisation de spécifications basées sur les résultats (fonctionnelles) afin de promouvoir l'innovation, le cas échéant.

Il est important que les exigences relatives au contenu des dossiers d'appel d'offres soient pertinentes pour permettre de prendre la décision d'attribution. Les informations qui ne sont pas nécessaires pour le processus ne doivent pas être exigées dans le dossier de soumission. Les demandes d'information et de documents excessives sont considérées comme coûteuses et sont susceptibles de réduire la concurrence ou d'entraîner la disqualification de soumissionnaires potentiels sur la base de conditions inutiles.

Indicateur subsidiaire 1(e) : Critères d'évaluation

Le cadre juridique satisfait les conditions suivantes :

- (a) Définit le contenu minimal des dossiers d'appel d'offres et exige que le contenu soit pertinent et suffisamment détaillé pour que les fournisseurs soient en mesure de répondre à la condition.
- (b) Exige le recours à des spécifications neutres citant des normes internationales quand cela est possible et prévoit l'utilisation de spécifications fonctionnelles, le cas échéant.
- (c) Exige la reconnaissance de normes équivalentes en l'absence de spécifications neutres.

Indicateur subsidiaire 1(f) – Critères d'évaluation et d'adjudication

Cet indicateur subsidiaire évalue : 1) si les dispositions du cadre juridique sont de bonne qualité et suffisantes pour garantir l'objectivité et la transparence du processus d'évaluation ; et, 2) le degré de confidentialité maintenu durant le processus afin de minimiser le risque d'influences ou d'abus illégitimes.

Des critères révélés à l'avance et objectifs sont essentiels pour l'efficacité, l'équité et la transparence dans l'évaluation des offres et propositions. L'objectivité suppose que peu de place soit laissée à l'interprétation subjective des critères par l'évaluateur. Les critères vagues (ex. l'attribution du marché à la soumission / la proposition la plus conforme à l'intérêt de l'Etat) ne sont pas acceptables.

Évaluer et considérer le prix uniquement ne garantit pas un bon rapport qualité/prix dans tous les cas. Le principe d'un bon rapport qualité/prix nécessite d'apprécier les coûts et avantages pertinents, parallèlement à une évaluation des risques, et les caractéristiques non fondées sur le prix et / ou les coûts liés au cycle de vie, le cas échéant. Le cadre juridique doit donc permettre l'utilisation de caractéristiques liées au prix et de caractéristiques non liées au prix et / ou la considération des coûts liés au cycle de vie et des propriétés environnementales / sociales, s'il y a lieu dans le marché considéré, afin de garantir des décisions assurant un bon rapport qualité/prix.

L'entité adjudicatrice doit identifier les soumissionnaires qui remplissent les critères de qualification énoncés dans le dossier d'appel d'offres conformément aux règles applicables en matière d'éligibilité et d'exclusions. La soumission / proposition présentée doit être recevable pour l'essentiel. Le contrat doit être attribué au soumissionnaire dont la soumission / proposition a été jugée comme offrant le prix / coût le plus bas selon l'évaluation (si le critère du prix / coût est le seul) ou dont la soumission / proposition a été jugée comme étant la meilleure soumission / proposition selon l'évaluation sur la base des critères d'attribution définis dans le dossier d'appel d'offres¹¹.

La qualification et la qualité techniques sont généralement un critère clé de sélection d'un grand nombre de processus d'appel d'offres, y compris pour les marchés complexes, les infrastructures, les accords-cadres, ou les services de consultants. Si les qualifications techniques peuvent être évaluées grâce à des critères éliminatoires, dans certains cas une évaluation notée de la qualification technique par rapport aux critères définis est jugée nécessaire afin de sélectionner la proposition la plus avantageuse. La loi doit préciser comment cet aspect doit être pris en compte. La loi doit également énoncer les conditions dans lesquelles la sélection de services de consultants peut reposer exclusivement sur la qualification technique et quand la considération du prix et de la qualité se justifie.

Dans les cas où une combinaison du prix / coût et de la qualification technique ou autres exigences est autorisée par la loi, la loi ou les réglementations doivent exiger que le dossier d'appel d'offres énonce : a) les pondérations relatives à affecter aux critères ; et b) la manière dont ces critères sont combinés. Lorsque le coût du cycle de vie est utilisé, la méthode qui sera employée par l'entité adjudicatrice pour déterminer les coûts du cycle de vie (ex. la considération de la valeur actuelle nette) et les données que les soumissionnaires doivent fournir pour effectuer cette détermination doivent être précisées. Le cadre réglementaire doit interdire l'utilisation de critères d'évaluation et d'adjudication différents de ceux prévus dans les dossiers d'appel d'offres.

Le respect de la confidentialité et des échanges contrôlés de correspondances avec les soumissionnaires pendant la période précédant l'appel d'offres, celle de l'appel d'offres, et celle de l'évaluation sont nécessaires afin d'éviter les abus et les interférences illégitimes dans

¹¹ Certains cadres juridiques utilisent le terme d'« offre économiquement la plus avantageuse » (*“most economical advantageous tender” (MEAT)*).

le processus. La période précédant l'appel d'offres et celle de l'appel d'offres comprend les éclaircissements correspondants et la période d'évaluation s'étend de la fin du dépouillement des offres au moment où est décidée et annoncée l'adjudication du marché.

Les informations relatives au processus d'évaluation et aux résultats peuvent être divulguées aux parties concernées après la fin de l'évaluation. Il convient de prévoir des règles de divulgation qui protègent les informations fournies par les soumissionnaires ayant un caractère exclusif, commercialement ou financièrement sensibles.

Indicateur subsidiaire 1(f) : Critères d'évaluation

Le cadre juridique impose que :

- (a) Les critères d'évaluation soient objectifs, en rapport avec l'objet du contrat, et soigneusement définis à l'avance dans les dossiers d'appel d'offres de sorte que la décision d'attribution soit prise uniquement sur la base des critères énoncés dans les documents d'appel d'offres,
- (b) L'utilisation de caractéristiques liées au prix et de caractéristiques non liées au prix et / ou la considération du coût du cycle de vie soient autorisées le cas échéant afin de garantir des décisions objectives et rentables.
- (c) L'évaluation des propositions relatives aux services de consultants accorde l'importance voulue à la qualité et que des procédures et méthodes claires d'évaluation de la qualification technique soient définies.
- (d) La manière dont les critères d'évaluation sont combinés et les pondérations relatives attribuées soit clairement définie dans les dossiers d'appel d'offres.
- (e) Pendant la période d'évaluation, les informations relatives à l'examen, la clarification et l'évaluation des soumissions / propositions ne soient pas divulguées aux participants ou à d'autres parties qui ne participent pas officiellement au processus d'évaluation.

Indicateur subsidiaire 1(g) – Soumission, réception, et ouverture des offres

Cet indicateur subsidiaire évalue la manière dont le cadre juridique régit le processus de réception et d'ouverture des offres¹². L'ouverture publique des offres est un moyen d'accroître la transparence dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouvert. Dans les cas où la loi prescrit l'ouverture publique des offres, les soumissionnaires ou leurs représentants doivent être autorisés à être présents, ainsi que d'autres parties ayant un intérêt légitime (ex. les représentants d'organisations de la société civile). L'ouverture immédiatement après l'écoulement du délai de remise des offres réduit la possibilité de perte ou d'altération des propositions ou des soumissions.

L'exception possible à cette règle est l'ouverture des candidatures de présélection y compris les manifestations d'intérêt ou l'ouverture d'offres techniques relatives aux services de consultants (qui ne comportent pas de prix) auxquels cas elles peuvent être ouvertes en privé après quoi la liste des soumissions est simplement notifiée à tous les participants.

La loi ou les réglementations doivent établir les informations qui doivent être lues et enregistrées pour les appels d'offres ouverts :

- noms et adresses des soumissionnaires
- date et état dans lequel l'offre a été reçue (afin de vérifier le respect des exigences de forme)
- prix de l'offre
- tout retrait ou modification des offres dûment soumis
- toute offre alternative sollicitée ou autorisée (nom du soumissionnaire, prix de l'offre).

¹² Dans ce contexte, le terme « offre » est utilisé de façon interchangeable avec « soumissions » ou « propositions ».

Les registres doivent être conservés et être disponibles aux fins d'examen et d'audit.

La définition claire du mode de soumission des offres est essentielle pour réduire au minimum les rejets de propositions par ailleurs conformes. La loi et les réglementations doivent prévoir des dispositions claires à cet égard. À titre d'exemple, des indications précises doivent être fournies concernant le nombre d'exemplaires, la fermeture et le marquage des enveloppes et, en cas de soumission par voie électronique, les exigences de sécurité et de confidentialité.

Les soumissions doivent être conservées en lieu sûr et rester confidentielles préalablement à l'ouverture des offres et jusqu'après l'adjudication du contrat. Nonobstant les exigences de publication (voir l'indicateur subsidiaire 7(a)), le système doit en tout temps tenir compte de la nécessité légitime de protéger les secrets commerciaux et informations exclusives et des autres préoccupations relatives à la confidentialité, ainsi que de la nécessité d'éviter la divulgation d'informations qui peuvent être utilisées par les parties intéressées pour fausser la concurrence dans le cadre du processus de passation des marchés. Le cadre juridique doit contenir les définitions et dispositions propres à identifier sans ambiguïté et protéger les informations sensibles spécifiques.

Indicateur subsidiaire 1(g) : Critères d'évaluation

Le cadre juridique prévoit les dispositions suivantes :

- (a) Ouverture des offres selon une procédure définie et réglementée immédiatement après la date limite pour la soumission des offres.
- (b) Des registres des séances d'ouverture des offres sont conservés et peuvent être consultés.
- (c) La sécurité et la confidentialité des offres sont maintenues avant l'ouverture des offres et jusqu'après l'adjudication du contrat.
- (d) La divulgation d'informations sensibles spécifiques est interdite.
- (e) Le mode de soumission et de réception des offres par le gouvernement est bien défini afin d'éviter le rejet inutile des offres.

Indicateur subsidiaire 1(h) – Droit de contester et de former un recours

Cet indicateur a pour objet d'évaluer si le cadre juridique établit : 1) le droit de contester¹³ les décisions et actions et de former un recours ; 2) les questions qui peuvent faire l'objet d'une révision ; 3) le délai pour ces révisions ; et 4) les différentes phases du processus de révision.

La confiance dans un système de passation des marchés est un puissant stimulant pour la concurrence. Un aspect fondamental de l'instauration de cette confiance réside dans l'établissement du droit de contester les décisions ou actions en entreprenant une révision des décisions de passation des marchés et de former un recours dans le cadre d'une procédure efficace et fonctionnellement indépendante. Bien que la première révision soit normalement effectuée par l'entité adjudicatrice, un organe de révision administratif / judiciaire indépendant de cette entité doit être prévu. Cela signifie que cet organe n'a aucun intérêt direct dans le processus de passation des marchés et n'est pas placé sous la tutelle de ladite entité et est de préférence une institution ou une entité distincte.

Le cadre juridique doit prévoir le droit pour un participant à une procédure de passation de marché de contester les décisions ou actions d'une entité adjudicatrice. Cela peut se faire en

¹³ Les termes utilisés dans le présent document (« contestation / révision » et « mécanisme de recours ») sont interchangeables avec les termes utilisés dans d'autres instruments d'achat internationaux tels que plaintes ou réclamations et mécanismes de révision ou recours, respectivement.

demandant une révision si le participant estime qu'il / elle a le droit de faire valoir qu'il / elle a subi un préjudice ou pourrait subir un préjudice ou un dommage en raison du non-respect allégué des dispositions de la loi par une décision ou action.

Les demandes de révision (contestation) doivent être soumises à l'institution responsable¹⁴ dans les délais déterminés. Si les contestations portent sur les modalités de la demande de soumission, la pré-qualification ou la présélection, elles doivent être soumises avant la date limite pour présenter les soumissions. Les contestations concernant d'autres décisions ou actions doivent être soumises avant l'entrée en vigueur du contrat de marché ou pendant la période de moratoire qui suit la notification de l'adjudication, le cas échéant.

L'institution responsable de la révision doit être tenue de prendre les mesures nécessaires dans un délai déterminé (ex. décider si la demande est jugée recevable ou rejetée et si les procédures de passation des marchés doivent être suspendues ; informer le demandeur et les autres participants aux procédures de passation des marchés ; prendre et rendre sa décision).

Le cadre juridique doit prévoir le droit de former un recours contre une décision après une première révision devant un organe indépendant (organe d'appel) dans les délais prescrits. Ce droit doit être étendu aux situations dans lesquelles l'institution responsable de la révision a omis de rendre une décision. L'organe d'appel doit avoir le pouvoir d'ordonner la suspension des procédures de passation des marchés, rejeter une demande lorsqu'il décide qu'elle n'est pas fondée ou n'a pas été présentée dans les délais fixés, et prendre et rendre les décisions adaptées aux circonstances. Cela doit comprendre le pouvoir de confirmer, infirmer, ou réviser une décision prise par l'entité adjudicatrice ou d'interdire à l'entité adjudicatrice de suivre une procédure qui n'est pas conforme aux dispositions de la loi en respectant des délais déterminés. Le cadre juridique doit préciser les différentes mesures de réparation disponibles conformément aux bonnes pratiques internationales¹⁵.

Les décisions doivent être publiques conformément à la loi et affichées en des lieux facilement accessibles de préférence sur une plateforme électronique centrale dans les délais spécifiés. La publication des décisions permet aux parties intéressées d'être mieux informées de la cohérence et de l'équité du processus. Les publications doivent respecter la législation protégeant les informations sensibles.

Cet indicateur subsidiaire est étroitement lié à l'Indicateur 13 (Efficacité du mécanisme d'appel).

¹⁴ Dans de nombreux pays, il incombe à l'entité adjudicatrice de répondre à une demande de première révision (contestation). Dans certains pays, les plaintes peuvent être adressées directement à l'organe d'appel indépendant.

¹⁵ Par exemple, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011), Chapitre VIII. Procédures de contestation, Article 9, décrivant un éventail d'actions qui doit être à la disposition d'un organe d'appel.

Indicateur subsidiaire 1(h) : Critères d'évaluation

Le cadre juridique prévoit ce qui suit :

- (a) Les participants aux procédures de passation des marchés ont le droit de contester les décisions ou actions prises par l'entité adjudicatrice.
- (b) Des dispositions pour répondre à une contestation avec une révision administrative par un autre organe indépendant de l'entité adjudicatrice qui a le pouvoir de suspendre la décision d'adjudication, d'accorder des réparations et qui comprennent le droit à une révision judiciaire.
- (c) Des règles qui établissent les questions qui peuvent faire l'objet d'une révision.
- (d) Des règles qui fixent les délais pour soumettre les contestations et recours et pour que l'institution chargée de la révision et l'organe d'appel indépendant rendent leurs décisions.
- (e) Publication des recours et décisions en des lieux facilement accessibles et dans les délais précisés conformément à la législation protégeant les informations sensibles.

Indicateur subsidiaire 1(i) – Gestion des contrats

L'objet de cet indicateur subsidiaire est d'évaluer si le cadre juridique établit ce qui suit : 1) fonctions et responsabilités pour gérer les contrats ; 2) méthodes pour examiner, émettre, et publier les avenants aux contrats en temps utile 3) exigences de paiement dans les délais ; et 4) procédures de règlement des litiges qui prévoient un processus efficace et équitable de résolution des différends durant l'exécution du contrat.

Afin de garantir l'exécution complète et en temps utile du contrat, les fonctions et responsabilités suivantes, pour gérer les contrats, doivent être définies dans le cadre législatif et réglementaire :

- contrôler la fourniture en temps utile des marchandises, travaux, et services, y compris des services de consultants (« produits ») ;
- inspection, contrôle de qualité, supervision des travaux de génie civil, et réception définitive des produits ;
- contrôle des conditions d'exécution du marché destinées à garantir le respect des normes sociales et environnementales, ex. conformité avec les conventions fondamentales de l'OIT, application de mesures de gestion environnementale particulières pour les travaux de construction, etc. ;
- examen, émission, et publications d'avenants au contrat ;
- vérification des factures et traitement des paiements en temps utile y compris l'administration des garanties ; et
- gestion des litiges / de la résiliation des contrats *comment*

Le cadre juridique doit déterminer les conditions des avenants et prolongations du contrat afin de garantir la maîtrise des dépenses, et éviter la limitation arbitraire de la concurrence. Le cadre juridique doit également définir les droits des fournisseurs en cas de paiement tardif.

Les différends pendant l'exécution d'un contrat sont fréquents. Normalement, les litiges peuvent être résolus par des procédures judiciaires. Dans certains pays, les actions en justice peuvent toutefois prendre énormément de temps, parfois des années, et les coûts peuvent être dissuasifs. Afin d'éviter les longs retards dans le règlement des litiges, le pays doit avoir pour politique d'accepter les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC). Les MARC désignent tous moyens extérieurs à la salle d'audience de règlement des litiges. L'arbitrage et

la médiation sont deux formes principales de MARC.

Un cadre doit être instauré qui prévoit le règlement équitable et rapide des litiges, y compris les procédures pour faire respecter la décision finale issue d'un processus de règlement des conflits. Par exemple, il doit y avoir dans le pays une Loi sur l'arbitrage et la loi doit être compatible avec les pratiques généralement acceptées sur la neutralité des arbitres, l'application régulière de la loi, la rapidité et le caractère exécutoire de la décision. Le pays pourrait accepter automatiquement l'arbitrage international comme satisfaisant. Ci-après sont proposés quelques exemples permettant l'exécution de la décision définitive issue d'un processus d'arbitrage : a) le pays est membre de la Convention de New-York sur l'exécution des sentences arbitrales internationales ; et b) le pays dispose de procédures permettant au gagnant d'un contentieux de demander l'exécution de la décision en allant devant les tribunaux.

Indicateur subsidiaire 1(i) : Critères d'évaluation
--

Le cadre juridique prévoit ce qui suit :
--

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">(a) Les fonctions pour prendre en charge la gestion du contrat sont définies et les responsabilités sont clairement attribuées,(b) Les conditions des avenants au contrat sont définies, garantissent la maîtrise des dépenses et ne limitent pas arbitrairement la concurrence.(c) Il existe des processus efficaces et équitables pour résoudre les litiges rapidement pendant l'exécution du contrat.(d) La décision finale issue d'un processus de règlement des conflits est exécutoire |
|---|

Indicateur subsidiaire 1(j) – Passation des marchés par voie électronique (acquisition électronique)

Cet indicateur subsidiaire évalue dans quelle mesure le cadre juridique envisage, autorise, et / ou impose l'utilisation de méthodes et instruments électroniques pour la passation des marchés publics. Plus l'utilisation de technologies électroniques est sophistiquée, plus des normes précises sont nécessaires afin de garantir l'application uniforme de la technologie, permettre l'accès libre et complet au système, et assurer la confidentialité et la sécurité des données et l'authentification. L'utilisation de méthodes électroniques suppose des formats standardisés, du matériel technique et des dispositifs de connexion, et des procédures pour donner un accès libre et complet au système d'acquisition électronique.

Un aspect important de l'utilisation de méthodes électroniques pour la passation de marchés réside dans la nécessité pour les gouvernements d'indiquer aux soumissionnaires potentiels quelles phases des processus seront gérées électroniquement (ex. mise à disposition des dossiers d'appel d'offres, communications, soumission d'offre, adjudications de contrats, facturation et règlements, etc.). Le cadre juridique doit également préciser si la passation des marchés classique sur support papier est toujours autorisée, que ce soit parallèlement ou comme alternative aux procédures électroniques.