



**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarantième-session  
Vienne, 25 juin-12 juillet 2007

**Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur  
les travaux de sa onzième session**

(New York, 21-25 mai 2007)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	1-5	3
II. Organisation de la session . . . . .	6-11	4
III. Délibérations et décisions . . . . .	12-13	5
IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services . . . . .	14-102	6
A. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 4 à 42) . . . . .	14-32	6
1. Communications dans la passation des marchés: article [5 bis] (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 4 à 21) . . . . .	14-20	6
2. Soumission électronique des offres: article 30-5 (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 22 à 29) . . . . .	21-24	7
3. Présence à l'ouverture des offres: article 33-2 (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 30 à 32) . . . . .	25	8
4. Publication d'informations relatives à la passation des marchés: article 5 et la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 33 à 42) . . . . .	26-32	8



---

B.	Projets de dispositions sur les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 43 à 49) .....	33-49	9
C.	Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics dans le cadre de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.51) .....	50-100	12
1.	Commentaires généraux (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 3 à 5) .....	50-51	12
2.	Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 <i>bis</i> (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 6 à 13) .....	52-56	12
3.	Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 <i>bis</i> à <i>septies</i> (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 14 à 59) .....	57-96	14
4.	Modifications corrélatives devant être apportées à d'autres dispositions de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 60 à 69) .....	97-100	23
D.	Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.52) .....	101	24
	Commentaires généraux .....	101	24
E.	Simplification et uniformisation de la Loi type .....	102	25

## I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la “Commission”) a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d’élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la “Loi type”, A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l’élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d’examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à dixième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York et du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595 et A/CN.9/615), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés à l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l’utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, y compris l’échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l’ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) les aspects de la publication d’informations relatives à la passation, y compris la possibilité d’étendre la portée actuelle de l’article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d’autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux. À sa dixième session, le Groupe de travail est parvenu à un accord préliminaire sur les projets de modifications qu’il serait nécessaire d’apporter à la Loi type et au Guide pour son incorporation dans le droit interne (le “Guide”) afin de tenir compte de l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique (y compris des enchères électroniques inversées). À cette session, il a décidé de poursuivre à sa onzième session l’examen de ces projets de modifications (A/CN.9/615, par. 11).

3. À ses septième, huitième et dixième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres. À sa dixième session, il a prié le secrétariat de proposer un emplacement approprié pour les dispositions sur les offres anormalement basses, en tenant compte du fait que la question ne devrait pas se limiter à la procédure d’appel d’offres et que le risque d’offres anormalement basses devrait être examiné et traité par l’entité adjudicatrice à tout stade de la passation, y compris lors de la qualification des fournisseurs (A/CN.9/615, par. 75).

4. À sa dixième session, le Groupe de travail a également abordé la question des accords-cadres et a prié le secrétariat d’élaborer des projets de textes sur

l'utilisation des accords-cadres pour la Loi type (A/CN.9/615, par. 11). À cette même session, il a examiné la recommandation formulée par la Commission à sa trente-neuvième session selon laquelle, en mettant à jour la Loi type et le Guide, le Groupe de travail devrait tenir compte de la question des conflits d'intérêts et examiner s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). Le Groupe de travail est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide (A/CN.9/615, par. 11).

5. À ses trente-huitième et trente-neuvième sessions, qui se sont tenues en 2005 et 2006 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172 et A/61/17, par. 191).

## II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa onzième session à New York du 21 au 25 mai 2007. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Allemagne, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Kenya, Lituanie, Mexique, Nigéria, Pakistan, Pologne, République de Corée, République tchèque, Singapour, Suède, Thaïlande, Turquie, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Honduras, Indonésie, République démocratique du Congo, République démocratique populaire lao et Saint-Siège.

8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques de l'ONU;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Commission européenne, Organisation internationale de droit du développement (IDLO), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique et Organisation mondiale du commerce (OMC);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail*: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau et International Law Institute.

9. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

*Président*: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)

*Rapporteuse*: M<sup>me</sup> Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:
- a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.49);
  - b) Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.50);
  - c) Projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.51);
  - d) Projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1); et
  - e) Questions liées à l'utilisation de listes de fournisseurs et projets de textes: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1) (l'examen de la note en question avait été reporté à une prochaine session lors des deux précédentes sessions du Groupe de travail (voir A/CN.9/595, par. 9, et A/CN.9/615, par. 10)).
11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:
1. Ouverture de la session.
  2. Élection du Bureau.
  3. Adoption de l'ordre du jour.
  4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
  5. Questions diverses.
  6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

### III. Délibérations et décisions

12. À sa onzième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 10 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.50 et WP.51). Il a tenu un premier échange de vues sur le document A/CN.9/WG.I/WP.52 et décidé de l'examiner en détail à sa prochaine session. Il a également décidé de remettre l'examen des documents A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1 à une prochaine session.

13. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.50 et WP.51, en tenant compte de ses délibérations à sa onzième session, afin qu'il les examine à la prochaine session. Il a noté que tout délai fixé pour l'achèvement du projet devrait tenir compte du temps nécessaire pour examiner et régler les questions de conflits d'intérêts dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide. Il a été dit que ces questions étaient importantes dans le contexte des marchés publics et il a été rappelé qu'à sa dixième

session le Groupe de travail était convenu de les examiner lors de sa révision de la Loi type et du Guide (A/CN.9/615, par. 11 et 82 à 85).

#### **IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services**

##### **A. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 4 à 42)**

###### **1. Communications dans la passation des marchés: article [5 bis] (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 4 à 21)**

14. Le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, les révisions de la Loi type et du Guide devraient être formulées en termes technologiquement neutres et ne pas, par exemple, spécifier ou encourager de méthode d'authentification particulière. Elles devraient aussi imposer des exigences pour l'essentiel identiques aussi bien dans l'environnement papier que dans l'environnement électronique. À ce propos, il a été fait référence à certaines dispositions du Guide, comme le paragraphe 3 du commentaire de l'article 30 (sur la soumission des offres), qui précisait que, lors de l'utilisation de méthodes et de formes de soumission non traditionnelles, il fallait assurer au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité.

15. S'agissant du paragraphe 1 de ce projet d'article, le Groupe de travail a décidé de remplacer les mots "décrite dans la présente Loi" par les mots "exigée par la présente Loi" de manière à limiter l'étendue de la disposition. Il est aussi convenu de conserver dans ce paragraphe la référence générale au chapitre VI de la Loi type (sur le recours), tout en expliquant dans le Guide que l'article ne visait que les informations générées et communiquées lors de la passation d'un marché. Cette disposition excluait donc les communications générées lors d'une procédure judiciaire ou lors des procédures administratives qui n'entreraient pas dans le champ d'application de la Loi type.

16. S'agissant du paragraphe 2, il a été convenu que la référence à l'article 12-3 devrait être supprimée de sorte qu'un avis de rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix, devrait être communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés sous une forme spécifiée dans le paragraphe 1. Compte tenu de l'interdépendance des paragraphes 1 et 2, il a été proposé aussi d'étendre le paragraphe 2 à la communication lors d'une passation de toute information générée d'une manière autre que conformément à une exigence de la Loi type. Il a aussi été fait observer que toutes les versions linguistiques du texte devraient faire référence à l'obligation qui incombait à l'entité adjudicatrice de spécifier les moyens par lesquels toutes exigences de forme écrite ou de signature ou des deux devraient être satisfaites.

17. En ce qui concerne le paragraphe 3, le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots "aux fins de la passation régie par la présente Loi" après le mot "spécifie" pour éviter que l'article ne soit appliqué par erreur à l'administration des marchés. On a toutefois estimé qu'un tel ajout était peut-être superflu, le champ de la Loi

type étant clairement défini comme excluant la phase d'exécution du marché. À ce propos, on a fait observer que le Groupe de travail réexaminerait le texte en temps utile pour veiller à ce que le mot "procurement" (passation de marchés) soit dépourvu d'ambiguïté.

18. S'agissant du paragraphe 4, il a été convenu de remplacer les mots "d'usage courant parmi" par les mots "couramment utilisés par".

19. En ce qui concerne le paragraphe 5, le Groupe de travail, tout en convenant de conserver le libellé proposé, a prié le secrétariat de préciser, lorsqu'il élaborerait le commentaire devant figurer dans le Guide, que l'exigence de confidentialité ne s'appliquerait pas aux informations destinées à être rendues publiques en vertu de la Loi type.

20. En ce qui concerne le paragraphe 17 du document de travail, on a dit que la proposition d'utiliser une définition plutôt qu'une énumération était une bonne idée. Toutefois, on a jugé que tout changement était prématuré étant donné que le texte n'avait pas été définitivement arrêté.

## **2. Soumission électronique des offres: article 30-5 (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 22 à 29)**

21. S'agissant de l'alinéa a) ii), il a été convenu que les exigences devraient porter non seulement sur l'"intégrité" et la "confidentialité" mais aussi sur l'"authenticité" et la "sécurité", le sens de chacun de ces termes dans le contexte de cet alinéa devant être précisé dans le Guide.

22. En ce qui concerne l'alinéa b), en réponse à la proposition de supprimer les mots "sur demande", on s'est inquiété de ce que l'entité adjudicatrice ne soit peut-être pas toujours en mesure de délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles l'offre avait été reçue (par exemple dans les cas où les fournisseurs déposaient leur offre dans une boîte désignée à cet effet sans que l'entité adjudicatrice en ait connaissance). Selon l'avis qui a prévalu, étant donné que les révisions de la Loi type et du Guide avaient pour objet de promouvoir la meilleure pratique, les entités adjudicatrices devraient être tenues de délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles l'offre avait été reçue, en particulier compte tenu de l'importance de ces informations dans une procédure de recours. Le Groupe de travail est donc convenu de supprimer les mots "sur demande".

23. En ce qui concerne l'alinéa c), il a été convenu que le texte devrait, outre l'"intégrité" et la "confidentialité", prévoir l'obligation de préserver la "sécurité" des offres, avec une explication dans le Guide sur la signification de chaque terme dans le contexte de cet alinéa. Du fait que l'entité adjudicatrice ne pourrait pas, d'une manière générale, préserver la sécurité, l'intégrité ou la confidentialité avant la réception des offres, il a été convenu aussi de supprimer le passage "à partir du moment qu'elle détermine, celui-ci ne pouvant cependant en aucun cas être postérieur au moment de leur réception". On s'est inquiété de ce que le mot "authenticité" figurait à l'alinéa a) ii) mais non à l'alinéa c). Il a été répondu que seul le fournisseur pouvait garantir l'"authenticité" et que ce mot ne devait par conséquent figurer qu'à l'alinéa a) ii).

24. Le Groupe de travail a été informé que, dans la pratique, le moment précis de la réception des offres sur support papier n'était pas toujours enregistré et, rappelant qu'il ne faudrait pas imposer à la soumission électronique des obligations plus lourdes, il a examiné la manière dont le moment de la réception devrait être déterminé et enregistré. Il a noté que le Groupe de travail IV de la CNUDCI (Commerce électronique), lorsqu'il avait travaillé sur le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, avait rencontré des difficultés pour définir le moment de la réception des communications électroniques. Du fait qu'il était difficile, en raison des caractéristiques de l'environnement électronique, de déterminer avec précision le moment de la réception, la solution adoptée dans la Convention des Nations Unies sur le sujet<sup>1</sup> était que le moment de la réception d'une communication électronique serait celui où elle pourrait être relevée, celle-ci étant présumée relevée lorsqu'elle parvenait à l'adresse électronique du destinataire<sup>2</sup>. Il a donc été convenu qu'une certaine latitude pourrait être laissée à l'entité adjudicatrice pour établir le degré de précision avec lequel le moment de la réception des offres soumises par voie électronique serait enregistré, et que le Guide devrait traiter ce point de manière approfondie.

**3. Présence à l'ouverture des offres: article 33-2 (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 30 à 32)**

25. Le Groupe de travail a accepté la disposition proposée au paragraphe 30 du document de travail. Il a aussi été suggéré d'indiquer dans le Guide, à titre d'exemple, des efforts déployés pour harmoniser les textes sur la passation de marchés, que le texte proposé était conforme aux dispositions similaires d'autres instruments internationaux (comme la directive 2.45 de la Banque mondiale sur la passation des marchés<sup>3</sup>).

**4. Publication d'informations relatives à la passation des marchés: article 5 et la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 33 à 42)**

*Article 5*

26. En ce qui concerne le paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot "directives" par "autres textes juridiques".

27. Pour ce qui est du paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu de commencer le paragraphe par "nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article" pour préciser qu'aucune catégorie de texte n'avait vocation à être incluse dans les deux paragraphes à la fois, et de remplacer le libellé proposé par le texte suivant: "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".

---

<sup>1</sup> Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

<sup>2</sup> Ibid., article 10-2.

<sup>3</sup> Voir les "Directives Passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'AID" mai 2004, version révisée du 1<sup>er</sup> octobre 2006, accessibles à la date du présent rapport à l'adresse <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/ProcGuid-10-06-fv1.doc>.

28. Le Groupe de travail a indiqué que toutes les versions linguistiques des dispositions proposées devraient être alignées afin que la distinction entre les termes anglais “accessible” (paragraphe 1) et “available” (paragraphe 2) soit claire.

29. Il a été convenu que le Guide devrait expliquer que, en fonction des traditions juridiques des États adoptants, les textes interprétatifs importants pour les fournisseurs ou les entrepreneurs pourraient être régis soit par le paragraphe 1, soit par le paragraphe 2 de l’article 5, et le secrétariat a été prié d’examiner à cet égard si l’expression “les décisions judiciaires et les décisions administratives” serait suffisamment large pour englober toutes les décisions visées.

*Publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir*

30. En ce qui concerne les dispositions proposées pour la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir, qui figuraient au paragraphe 37 du document de travail, le Groupe de travail est convenu: i) de conserver les termes “aussi rapidement” en supprimant les crochets; et ii) de scinder la disposition en deux phrases, étant entendu que le secrétariat devrait proposer, pour la deuxième phrase, un texte indiquant que la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir n’obligeait pas l’entité adjudicatrice à solliciter des offres, des propositions, des prix ou des soumissions en rapport avec lesdites possibilités.

31. En ce qui concerne l’emplacement des dispositions, il a été proposé qu’elles soient placées au début de la Loi type en tant que paragraphe 3 de l’article 5 et que le secrétariat modifie le titre de l’article en question pour refléter l’ajout de ce nouveau paragraphe.

32. Il a été convenu que le Guide devrait indiquer que la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir était facultative et que les États adoptants pourraient donc prévoir de les publier pour les marchés dépassant un certain montant.

**B. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses  
(A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 43 à 49)**

*Article 12 bis*

33. Il a été suggéré que la dernière phrase du projet de paragraphe 13 du commentaire à insérer dans le Guide (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 49) soit supprimée du texte du Guide et que son contenu soit repris dans le projet d’article 12 *bis*. Il a été proposé qu’une partie modifiée de cette phrase, libellée comme suit: “le dossier de sollicitation ou les autres documents sollicitant des propositions, des prix ou des soumissions doivent indiquer expressément qu’une entité adjudicatrice peut réaliser des analyses des risques potentiels liés à l’exécution et aux montants indiqués”, constitue un nouveau paragraphe 1 a) de ce projet d’article. Il a également été proposé que, pour l’aligner sur les dispositions du paragraphe 1 de l’article 12 de la Loi type, le paragraphe 1 du projet d’article 12 *bis* soit complété par un nouvel alinéa a) libellé comme suit: “[à condition qu’]elle ait spécifié dans le dossier de sollicitation ou dans tout autre document sollicitant des propositions ou des prix qu’elle se réservait ce droit.”

34. Il a été expliqué que cette proposition ne visait pas à affecter le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter une offre en vertu d'autres articles de la Loi type ou de disqualifier un fournisseur ou un entrepreneur, aux termes des articles 6 et 7. Elle avait pour objectif d'exiger que l'entité indique expressément dans le dossier de sollicitation ou des documents équivalents qu'elle se réservait le droit de rejeter une offre anormalement basse en vertu de l'article 12 *bis*.

35. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de cette proposition car, dans de nombreux pays et en vertu du droit général des contrats, le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter une offre, que ce soit parce que le prix suggéré était anormalement bas ou pour toute autre raison, était inconditionnel et le restait jusqu'au moment où l'offre était acceptée par elle et devenait par conséquent irrévocable.

36. Il a également été suggéré que le paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi type, dans lequel la même condition préalable était imposée pour le rejet de toutes les offres, soit revu. L'article pouvait, par exemple, prévoir que, s'il ne fallait pas obliger l'entité adjudicatrice à indiquer qu'elle se réservait le droit de rejeter toutes les offres dans le dossier de sollicitation ou dans des documents équivalents, elle devait être tenue de justifier les motifs du rejet des offres si elle n'avait pas fourni cette indication. On s'est opposé à ce que le Groupe de travail envisage de réviser ainsi l'article 12 de la Loi type, car son contenu établissait un équilibre délicat – fruit de négociations antérieures – entre les principaux systèmes juridiques et ne devait pas être modifié.

37. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen du paragraphe 1 de l'article 12 à une date ultérieure et de se concentrer sur les dispositions du projet d'article 12 *bis*.

38. On a modifié ensuite la première suggestion mentionnée au paragraphe 33 ci-dessus, en remplaçant le mot "doivent" par "peuvent" ou "devraient", de manière à ce que la mention dans le dossier de sollicitation du droit de rejeter une offre anormalement basse ne soit pas obligatoire. Il a également été proposé de faire du libellé ainsi modifié un nouveau paragraphe 2 du projet d'article 12 *bis*. Toutefois, on s'est demandé s'il était souhaitable qu'une disposition aussi souple soit incluse dans la Loi type.

39. Le Groupe de travail a décidé d'examiner tant la proposition initiale (voir le paragraphe 33 ci-dessus) que la proposition modifiée (voir le paragraphe précédent), à sa prochaine session.

40. Il a également été suggéré d'ajouter, au début du paragraphe 1 du projet d'article, des mots semblables à ceux qui figuraient au paragraphe 1 de l'article 12 "(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type désigne l'organe habilité à donner ladite approbation))". Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, un tel libellé ne devait pas être inclus, compte tenu surtout de la décision antérieure du Groupe de travail sur cette question, prise à sa huitième session, et des motifs de cette décision (A/CN.9/590, par. 109 iii).

41. Le Groupe de travail est convenu que l'alinéa a) devait être modifié pour qu'il apparaisse clairement que les demandes visées dans cet alinéa étaient adressées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

*Guide pour l'incorporation*

42. Le Groupe de travail est convenu d'apporter les modifications suivantes au projet de texte à insérer dans le Guide figurant à la suite du paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.I/WP.50:

a) Ajouter les mots "et elle doit justifier sa décision si elle décide de rejeter une offre" à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 4 afin de s'assurer que l'entité adjudicatrice consigne par écrit ses craintes et les raisons de ces craintes;

b) Supprimer, au paragraphe 8, le texte entre parenthèses qui explique le terme "réaliste" car, tel qu'il était actuellement rédigé, il n'en reflétait pas le sens (qu'il y ait ou non un risque important lié à l'exécution). Toutefois, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait inclure une explication du terme "réaliste" en se référant aux éléments de l'offre faisant l'objet d'une évaluation, comme il était indiqué au paragraphe 7;

c) Supprimer la dernière phrase du paragraphe 9.

43. À propos également du paragraphe 9, il a été noté que, si un fournisseur ou un entrepreneur ne fournissait pas les précisions demandées, les craintes de l'entité adjudicatrice concernant un risque potentiel lié à l'exécution persisteraient inévitablement et lui donneraient un motif pour rejeter une offre anormalement basse en vertu de l'alinéa b). Il a toutefois été noté que l'entité adjudicatrice serait dans tous les cas tenue de considérer d'autres informations, même de caractère accessoire. Le Groupe de travail n'a pas jugé nécessaire de modifier davantage le texte pour qu'il reflète ce point de vue.

44. En ce qui concerne le paragraphe 11, on a fait observer que le projet de texte à la fin du paragraphe prévoyait la possibilité de donner des indications sur le fonctionnement de la procédure de recours en cas de rejet d'une offre anormalement basse, mais aucun texte n'avait été inséré pour le moment, le Groupe de travail ne s'étant pas encore prononcé sur le point de savoir si une décision de rejet d'une offre anormalement basse serait susceptible de recours.

45. Le Groupe de travail s'est donc demandé si une telle décision devrait effectivement être susceptible de recours. Il a rappelé qu'à sa sixième session il avait provisoirement décidé que la liste des décisions ou omissions ne pouvant faire l'objet d'un recours, qui figurait dans l'article 52 de la Loi type actuelle, devrait être supprimée (ce qui aurait notamment pour conséquence qu'un recours pourrait être formé à l'encontre d'une décision de rejet de la totalité des offres, conformément à l'article 12). On a également souligné l'importance d'une approche cohérente concernant les décisions prises lors de la passation qui devraient faire l'objet d'un recours, et il a donc été fait observer qu'il devrait y avoir une présomption selon laquelle toutes les étapes de la passation, y compris une décision de rejeter une offre anormalement basse, devraient être susceptibles de recours.

46. Il a été dit au Groupe de travail que, dans de nombreux pays, toute décision de rejet d'une offre anormalement basse était susceptible de recours, et que, dans certains systèmes, une demande en recours pouvait entraîner la suspension de la passation jusqu'à l'issue du recours. Il a été noté que, contrairement au rejet de toutes les offres en vertu de l'article 12, le rejet d'une offre anormalement basse, en soi, n'interromprait pas la passation et on a craint qu'une telle suspension la perturbe inutilement. On a fait observer aussi qu'il fallait veiller à éviter qu'un

recours prenne la forme d'un nouvel examen du caractère anormalement bas ou non de l'offre.

47. Observant que ces questions se poseraient lors de l'examen de l'article 52 et de la procédure de recours dans son ensemble, le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations le moment venu dans le cadre de son examen de l'article 52. Ces délibérations s'appuieraient sur le fait que le principe selon lequel une décision de rejeter une offre anormalement basse devrait être susceptible de recours était largement soutenu.

48. En ce qui concerne le paragraphe 12, le Groupe de travail a pris note de la visée éducative des dispositions qu'il contenait. Le secrétariat a été prié de réexaminer le paragraphe compte tenu des différentes questions dont il traitait, comme l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs et l'évaluation des offres. Il a été suggéré d'insérer des renvois appropriés aux dispositions pertinentes de la Loi type et aux sections du Guide.

49. S'agissant du paragraphe 13, il a été convenu de supprimer sa dernière phrase compte tenu des modifications correspondantes qu'il était proposé d'apporter au projet d'article 12 *bis* (voir par. 33 à 39 ci-dessus).

## **C. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics dans le cadre de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.51)**

### **1. Commentaires généraux**

50. On a souligné l'importance des travaux du Groupe de travail sur les enchères électroniques inversées. Il a été dit qu'en l'absence de réglementation détaillée sur le sujet au niveau national, régional ou international, la CNUDCI devrait poser le standard régissant l'utilisation de cette technique, qui pourrait ensuite être utilisé au niveau international. On a noté qu'une réglementation détaillée sur le sujet au niveau international serait bénéfique tant pour les États habitués à utiliser cette technique que pour ceux qui envisageaient de l'introduire.

51. Le Groupe de travail a pris note des dispositions générales sur le sujet introduites dans l'Accord révisé sur les Marchés Publics de l'Organisation mondiale du commerce (version de décembre 2006)<sup>4</sup>. On a fait observer que, puisque ces dispositions étaient libellées sous forme de principes généraux, les orientations détaillées que pourrait apporter la CNUDCI les complèteraient utilement.

### **2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 6 à 13)**

52. Selon un avis, compte tenu du caractère nouveau des enchères électroniques inversées et des réglementations dans ce domaine, un article sur les conditions d'utilisation de ce type d'enchères devrait fixer les exigences minimales essentielles, ce qui permettrait aux États qui ne connaissaient pas très bien cette

---

<sup>4</sup> Voir les articles I e) et XIV du texte révisé. Le texte révisé a été distribué à tous les membres de l'OMC sous la cote GPA/W/297, accessible à la date du présent rapport à l'adresse [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gp\\_gpa\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm).

technique de la mettre en place et de l'utiliser correctement, et n'empêcherait pas ceux qui l'utilisaient déjà de poursuivre et d'améliorer cette utilisation.

53. Le Groupe de travail est convenu: i) de remplacer, dans le chapeau du projet d'article, le mot "circonstances" par le mot "conditions"; ii) de conserver les alinéas a) et b) dans le texte de la Loi type, mais de déplacer l'alinéa c) pour l'insérer dans le Guide avec une explication du sens de l'expression "travaux ou services de nature simple"; iii) de souligner dans le Guide (éventuellement en renvoyant à l'article 16-2) la nécessité pour l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle formulerait des spécifications détaillées et précises pour les biens [, travaux ou services], d'utiliser les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens [, des travaux et des services] requis; et iv) de modifier l'alinéa d), qui serait alors libellé ainsi: "Lorsque le prix est le seul critère à utiliser pour déterminer la soumission à retenir. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent fixer les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées pour la passation des marchés lorsque d'autres critères pouvant être exprimés en termes monétaires peuvent être utilisés pour déterminer la soumission à retenir." (Pour d'autres propositions de textes faites sur le projet d'article 22 *bis*, voir par. 62 b) et 69 à 72 ci-après).

54. Dans l'esprit du Groupe de travail, l'alinéa d) modifié avait pour but de permettre deux types d'enchères électroniques inversées: celles dans lesquelles le prix était le seul critère utilisé par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir (variante A du paragraphe 18 du document de travail) et celles dans lesquelles des critères autres que le prix étaient évalués avant la phase d'enchère proprement dite (variante C du même paragraphe). L'attention du Groupe de travail a été attirée sur un exemple de réglementation dans un État qui suivait cette formulation. Aucun consensus ne s'est dégagé sur la question de savoir si la variante B devrait figurer telle quelle dans la Loi type ou dans le Guide. On s'est inquiété de ce qu'elle prévoyait des mécanismes intrinsèquement opaques pour l'expression de critères autres que le prix en termes monétaires (aux fins de leur évaluation automatique ultérieure au cours de la phase d'enchère). Certains représentants toutefois ont exprimé l'avis que, afin de préserver la souplesse et compte tenu des différentes conséquences procédurales des deux variantes, il faudrait conserver certains éléments de la variante B dans la variante C (pour l'examen des dispositions pertinentes, voir par. 63 à 72 ci-dessous).

55. On a exprimé des doutes quant à l'opportunité de mentionner les travaux et les services dans le texte du projet d'article. Selon l'avis qui l'a emporté cependant, comme il en avait été convenu à la session précédente (A/CN.9/615, par. 41), ces mentions devraient être laissées dans le texte entre crochets, et le Guide expliquerait plus en détail les avantages et les inconvénients que pouvait présenter le recours aux enchères électroniques inversées pour la passation de marchés de travaux et de services.

56. On a également fait observer que le fait d'exiger une réelle concurrence uniquement dans le cadre des enchères électroniques inversées (alinéa b)) pourrait donner à penser que ce type de considérations ne valait pas pour les autres méthodes ou techniques de passation. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur la question ultérieurement.

**3. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 bis à septies (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 14 à 59)**

*Projet d'article 51 bis. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 14 à 18)*

57. Il a été estimé que ce projet d'article devrait être modifié pour prévoir l'utilisation des enchères électroniques inversées uniquement comme méthode autonome de passation et que le Guide devrait expliquer que celles-ci pourraient être utilisées conjointement avec d'autres méthodes de passation. On a fait observer que l'utilisation de ce type d'enchères dans certaines méthodes visées par le projet d'article ainsi que dans les procédures d'appel d'offres serait inopportune en raison des caractéristiques particulières de ces méthodes (par exemple l'interdiction dans les procédures d'appel d'offres de modifier quant au fond les offres une fois qu'elles avaient été soumises). Il a été dit également que le manque d'expérience pratique de la réglementation et de l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant que phase d'autres méthodes de passation rendait difficile la réglementation de cette utilisation, et que le Guide devrait en avertir les États adoptants. Il a été noté qu'il conviendrait davantage d'envisager une telle utilisation dans les accords-cadres.

58. On a exprimé la crainte que les enchères électroniques inversées soient utilisées dans toutes les méthodes de passation visées par le projet d'article. À cela, il a été répondu que, selon l'accord intervenu à la session précédente (A/CN.9/615, par. 50), ce type d'enchères pourrait être utilisé non seulement comme méthode autonome de passation, mais encore avec les méthodes de passation existantes, selon qu'il conviendrait. On a souligné qu'il importait de conserver une certaine souplesse dans ce domaine. Pour apaiser les préoccupations relatives au manque d'expérience de la réglementation et de l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant que phase d'autres méthodes de passation, il a été dit que la CNUDCI, dans le cadre de son mandat consistant à harmoniser et à moderniser le droit commercial international, devait non seulement codifier les pratiques existantes, mais encore contribuer à leur développement.

59. La proposition de supprimer le projet d'article au motif qu'il n'apportait rien aux dispositions des articles 51 *ter* et *quater* lui faisant immédiatement suite a recueilli un certain soutien. Il a été suggéré par ailleurs qu'au lieu de préciser dans quelles méthodes de passation on pourrait avoir recours aux enchères électroniques inversées, le projet d'article indique que ce type d'enchères pourrait être utilisé dans d'autres méthodes de passation prévues dans la Loi type, selon qu'il conviendrait compte tenu des conditions d'utilisation desdites méthodes et enchères. Une autre possibilité serait que les dispositions renvoient aux articles définissant ces méthodes.

60. Le Groupe de travail a pris note de l'expérience de certains États dans la réglementation des enchères électroniques inversées et de leurs diverses utilisations pratiques, notamment en tant que phase d'autres méthodes de passation. À cet égard, il a été fait référence en particulier à la note du secrétariat contenant une étude sur le sujet (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1).

61. Le Groupe de travail a décidé de reporter son examen du projet d'article à un stade ultérieur (pour la suite de la discussion, voir par. 77 ci-dessous).

*Projet d'article 51 ter. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite dans les enchères électroniques inversées utilisées comme méthode de passation à part entière (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 19 à 34)*

62. Les propositions rédactionnelles suivantes ont été faites:

a) Dans le paragraphe 1, introduire un renvoi à l'article 24 de la Loi type;

b) Dans l'alinéa b) du paragraphe 2, ne conserver que les éléments d'information relatifs au processus d'évaluation qui étaient essentiels pour en assurer la transparence et la prévisibilité. Il a été convenu que l'alinéa prévoirait que l'avis d'enchère électronique inversée devrait énoncer les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir, comme le prix et d'autres critères, ou uniquement le prix, et le coefficient de pondération dont seraient affectés ces critères. L'avis indiquerait aussi explicitement lequel des critères autres que le prix, éventuellement retenus, serait évalué avant l'enchère proprement dite et ne serait pas modifié pendant le déroulement même de l'enchère, ainsi que la formule mathématique qui serait utilisée dans la procédure d'évaluation. Il a aussi été convenu que les éléments qui n'étaient pas essentiels devraient être mentionnés dans une autre disposition, comme le projet d'article 22 *bis* pour compléter l'alinéa d) (voir aussi par. 69 à 72 ci-dessous);

c) Supprimer l'alinéa c) du paragraphe 2. À cet égard, il a été fait référence à l'alinéa j) sur les règles de conduite de l'enchère électronique inversée (qui devraient contenir les informations mentionnées à l'alinéa c)). Selon l'avis qui a prévalu cependant, l'alinéa c) devrait être conservé étant donné que les règles de conduite de l'enchère ne contiendraient pas nécessairement ces informations, qui étaient considérées comme importantes pour permettre au processus de se dérouler dans des conditions de concurrence et de transparence adéquates;

d) Dans l'alinéa f) du paragraphe 2, remplacer l'expression "l'adresse [du site Web ou une autre adresse électronique]" par "le lieu" et mentionner, dans le Guide, le site Web ou une autre adresse électronique comme des exemples de lieux où l'enchère électronique inversée pourrait se tenir. Différentes variantes ont été proposées pour le début de cet alinéa, comme le "site électronique" et "l'endroit où se tiendra l'enchère électronique inversée". Selon l'avis qui l'a emporté, l'alinéa devrait commencer par "la manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée";

e) Remplacer le mot "connus" dans les alinéas g), h) et i) du paragraphe 2 par "déterminés". Cette proposition a été acceptée. On a toutefois fait observer que certaines informations mentionnées dans ces alinéas devraient être déterminées et communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs par l'entité adjudicatrice au début de la procédure de passation (dans l'avis d'enchère électronique inversée) et que, par conséquent, l'expression "si ces renseignements sont déjà déterminés" pour ce type d'informations risquait de ne pas convenir. Le secrétariat a été prié de reformuler ces alinéas afin que les informations devant être déterminées au début de la procédure de passation soient incluses de manière expresse et sans réserve;

f) Fusionner les alinéas j), k) et l) du paragraphe 2 de la manière suivante: "Les règles de conduite de l'enchère électronique inversée, ainsi que les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de

l'enchère et les conditions dans lesquelles ils peuvent enchérir". La proposition a été acceptée; et

g) Supprimer le paragraphe 9. Selon l'avis qui a prévalu toutefois, le paragraphe devrait être conservé car il était important pour assurer la prévisibilité, l'objectivité et la transparence du processus et protégeait les fournisseurs ou les entrepreneurs face à d'éventuelles irrégularités commises par les entités adjudicatrices (comme la manipulation de la date et de l'heure de l'ouverture de l'enchère pour favoriser certains fournisseurs).

63. Dans le cadre de l'examen du paragraphe 2 b), différentes propositions ont été faites, à savoir prévoir l'utilisation: d'enchères électroniques inversées fondées uniquement sur le prix dans la Loi type (l'utilisation éventuelle d'enchères plus complexes n'étant abordée que dans le Guide) (variante A); du prix et d'autres critères non fondés sur le prix qui seraient évalués uniquement pendant l'enchère (variante B); et d'enchères fondées sur le prix et d'autres critères, ces derniers pouvant cependant être évalués avant ou pendant l'enchère (variante C). On a fait savoir au Groupe de travail qu'il n'y avait aucun exemple connu de la variante B dans les systèmes qui avaient été examinés jusqu'à présent.

64. Le Groupe de travail a rappelé que l'un des objectifs des projets de dispositions figurant dans le document de travail était de permettre aux États adoptants de choisir l'une des trois variantes. Les avantages et inconvénients éventuels de chaque variante étaient examinés, l'accent étant mis sur la nécessité d'assurer des conditions de concurrence et de transparence adéquates dans le fonctionnement des enchères électroniques inversées, d'éviter les risques d'abus et de refléter et de prévoir les meilleures pratiques compte tenu de l'expérience limitée en la matière.

65. Des craintes ont été réitérées quant au fait de permettre l'utilisation de critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées. Le Groupe de travail a noté que la Banque mondiale avait adopté une approche prudente s'agissant de ces enchères, en particulier de la possibilité d'utiliser des critères autres que le prix et du recours à ces enchères pour des types de marchés autres que ceux de simples biens standardisés. On a fait valoir qu'il faudrait souligner ces craintes et leurs motifs dans un texte – à insérer dans le Guide – sur les dispositions de la Loi type relatives aux enchères électroniques inversées.

66. Selon l'avis qui a prévalu, la Loi type pourrait prévoir l'utilisation aussi bien du prix que des critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées, de sorte que les États adoptants pourraient choisir l'une ou l'autre variante, ou les deux. (Il a été noté que le Guide présenterait les avantages et les inconvénients de chaque option ou recommanderait l'utilisation des enchères électroniques inversées ayant le prix comme seul critère d'attribution, ou encore les deux. Aucun consensus ne s'étant dégagé sur ce point à la session en cours, le Groupe de travail est convenu de revenir sur la question à sa prochaine session.) On a également observé qu'il ne serait pas nécessaire de faire de distinction entre les variantes, et qu'il serait préférable de prévoir au même endroit les conditions d'utilisation des enchères fondées uniquement sur le prix ou sur le prix et d'autres critères.

67. Il a été souligné que le Guide devrait fournir des orientations détaillées et fondées sur la pratique pour aider les États adoptants à choisir la variante appropriée. Il devrait expliquer les conséquences de chaque type d'enchère

(avantages, inconvénients, difficultés et niveau requis de compétences et d'expérience pour, par exemple, prendre en compte de manière adéquate tout critère autre que le prix dans une formule mathématique) et les risques liés à l'introduction d'éléments subjectifs dans le processus. On a fait valoir que des enchères électroniques inversées plus complexes exigeraient que l'État adoptant et ses entités adjudicatrices aient un niveau de compétences et d'expérience plus élevé. Même les entités adjudicatrices surveillant les activités de tiers fournisseurs de services qui s'occupaient des enchères pour le compte d'entités adjudicatrices auraient besoin de ce type de compétences et d'expérience.

68. S'agissant de l'utilisation d'enchères électroniques inversées comportant des critères autres que le prix, il a été convenu qu'il était essentiel de veiller, dans les dispositions de la Loi type, à ce que les critères soient transparents et objectifs, et appliqués de manière transparente et objective, et, par conséquent, qu'ils soient quantifiables et exprimés en termes monétaires. De plus, il a été souligné que ces dispositions devraient noter que, dans les enchères comportant des critères autres que le prix, ce dernier resterait toujours l'un des critères déterminants, si bien que les enchères ne pourraient jamais être fondées uniquement sur d'autres critères et que le prix resterait toujours l'objet de l'enchère. Selon un avis, on pourrait introduire la définition d'une enchère électronique inversée (par exemple à partir de celle de l'AMP) pour tenir compte de ce point. Rappelant le consensus qui s'était dégagé à sa session précédente, à savoir qu'une telle définition ne devrait pas figurer dans la Loi type, le Groupe de travail a décidé d'examiner à un stade ultérieur la question de savoir si une référence expresse dans les dispositions régissant le déroulement de la phase d'enchère proprement dite (projet d'article 51 *sexies*) serait suffisante.

69. En conséquence, il a été convenu que les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées dans le projet d'alinéa d) de l'article 22 *bis* devraient être modifiées pour indiquer que l'on pourrait utiliser comme critère d'évaluation soit le prix seul, soit le prix et d'autres critères. Il faudrait – a-t-on noté – déterminer à l'avance (et l'annoncer dans l'avis de l'enchère qui serait publié) si l'enchère serait fondée sur le prix ou sur le prix et d'autres critères, et si la totalité, certains ou aucun de ces critères autres que le prix seraient par la suite évalués pendant la phase d'enchère proprement dite. Ce faisant, il faudrait identifier aussi tous les critères autres que le prix concernés, ainsi que leur coefficient de pondération (y compris les critères utilisés pour déterminer la pondération, qui devraient être exprimés de manière objective et en termes monétaires).

70. Il a été demandé si les conditions d'utilisation devraient exiger la soumission d'offres initiales pour toutes les enchères électroniques inversées dans lesquelles l'offre à retenir était déterminée à la fois par le prix et par d'autres critères. Cette question a donné lieu à une longue discussion, qui a porté sur les deux manières dont les critères autres que le prix pourraient entrer dans la détermination de l'offre à retenir, à savoir comme critères qui pourraient être évalués pendant l'enchère ou comme critères qui seraient évalués avant l'enchère. Il a été convenu que des soumissions initiales seraient naturellement requises dans le deuxième cas, et que l'évaluation antérieure à l'enchère pourrait entraîner un classement des soumissions.

71. Les avis ont toutefois été partagés quant à l'avantage réel d'une évaluation préalable à l'enchère, si tous les critères étaient évalués ensuite pendant l'enchère. D'un côté, on a dit qu'une telle évaluation contribuerait de façon importante à

assurer la transparence de l'application des critères et des coefficients de pondération, car ses résultats seraient notifiés à chaque soumissionnaire (lui indiquant s'il était qualifié pour l'enchère, si la soumission initiale était conforme et, le cas échéant, le classement ou la notation de la soumission). Cette procédure permettrait de contester ou de revoir les critères ou leur application avant le début de l'enchère. D'un autre côté, certaines délégations ont estimé que l'intérêt réel d'une telle évaluation était limité si les fournisseurs pouvaient modifier tous les éléments de leurs soumissions au cours de l'enchère proprement dite.

72. Notant également que les directives de l'Union européenne de 2004 sur les marchés publics exigeaient la soumission d'offres initiales, leur évaluation et la communication aux soumissionnaires du résultat de cette évaluation<sup>5</sup>, l'avis qui a prévalu a été que l'utilisation de toute enchère électronique inversée comportant à la fois le critère du prix et d'autres critères devrait obéir à la condition que les offres initiales soient soumises et évaluées, et les résultats communiqués à tout fournisseur ou entrepreneur concerné. Le Groupe de travail a décidé en conséquence que les conditions énoncées au projet d'alinéa d) de l'article 22 *bis* devraient également inclure cette obligation. Il a été rappelé aussi qu'un moyen essentiel, dans les enchères électroniques inversées, de prévenir les abus, était de préserver l'anonymat des soumissionnaires tout au long du processus. En conséquence, les résultats de l'évaluation de chaque soumission seraient communiqués au seul soumissionnaire concerné.

73. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "ou partielle" figurant après le mot "complète" dans le paragraphe 2 e) ii) et après le mot "intégrale" dans le paragraphe 6 c). Il est aussi convenu de remplacer la référence à deux jours ouvrables, dans le paragraphe 9, par une référence à un "délai adéquat qui soit suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère", comme il était suggéré à la fin du paragraphe 34 du document de travail.

*Projet d'article 51 quater. Procédures préalables à l'enchère proprement dite dans la passation de marchés par appel d'offres restreint, négociation avec appel à la concurrence ou sollicitation de prix (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 35 à 37)*

74. De l'avis général, le projet d'article ne devrait faire référence à aucune méthode de passation particulière prévue dans la Loi type dans laquelle les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées pour déterminer la soumission à retenir. On a préféré que l'article dispose de façon générale que, tant que les objectifs de la Loi type étaient préservés et que les conditions et les règles de procédure pour l'utilisation des enchères électroniques inversées ainsi que des méthodes de passation prévues dans la Loi type étaient compatibles, ces enchères pourraient être utilisées dans ces méthodes de passation.

---

<sup>5</sup> Voir l'article 56 de la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et l'article 54 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, toutes deux accessibles à la date du présent rapport à l'adresse [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/legislation\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm).

75. On a de nouveau fait valoir qu'à défaut d'une expérience suffisante de la réglementation des enchères électroniques inversées et de leur utilisation en tant que phase dans certaines méthodes de passation, il conviendrait d'adopter une approche souple et de prévoir des règles générales. Des règles inutilement strictes ou trop détaillées, a-t-on indiqué, risquaient de se révéler inapplicables dans la pratique. Il a également été indiqué que toute exclusion expresse de l'utilisation des enchères électroniques inversées pour une méthode de passation donnée ou l'omission d'une référence à une méthode de passation dans laquelle ces enchères pourraient être utilisées risquait d'entraîner une incompatibilité entre les dispositions de la Loi type révisée et du Guide et d'autres instruments régionaux ou internationaux qui envisageaient le recours aux enchères électroniques inversées dans ces méthodes de passation (par exemple, les directives de l'Union européenne de 2004 relatives à la passation de marchés qui autorisaient l'utilisation des enchères électroniques inversées dans les procédures ouvertes, restreintes et négociées<sup>6</sup>).

76. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre la discussion sur cette base. Il a aussi été convenu que, lors de la révision de ce projet d'article, le secrétariat devrait maintenir la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice devait signaler, au stade de la sollicitation, que des enchères électroniques inversées seraient utilisées pour déterminer la soumission à retenir dans la procédure de passation. Compte tenu des difficultés posées par l'introduction des enchères électroniques inversées en tant que phase dans certaines méthodes de passation, le commentaire à insérer dans le Guide sur les dispositions pertinentes indiquerait comment ces enchères pourraient être intégrées dans différentes méthodes de passation et quelles modifications des caractéristiques traditionnelles de ces méthodes seraient nécessaires (la Loi type actuelle n'envisageait pas par exemple de processus itératif pour la soumission d'offres ou de prix, ce qu'il faudrait revoir pour tenir compte de l'utilisation des enchères électroniques inversées).

77. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le projet d'article 51 *bis* compte tenu des modifications du projet d'article 51 *quater*.

*Projet d'article 51 quinquies. Exigence de concurrence effective*  
(A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 38 à 41)

78. Constatant que le projet d'article ne traitait que de certains moyens d'assurer une concurrence effective dans les enchères électroniques inversées, le Groupe de travail est convenu de modifier le titre du projet d'article de la manière suivante: "Exigence d'un nombre suffisant de soumissionnaires pour assurer une concurrence effective".

79. Des doutes ont été émis sur la nécessité du projet d'article, étant donné que l'exigence de concurrence effective était déjà incluse dans l'alinéa b) de l'article 22 *bis* proposé. En réponse, il a été noté que cet alinéa imposait l'existence d'un marché concurrentiel comme condition préalable à l'utilisation des enchères électroniques inversées, mais n'abordait pas la manière d'assurer une concurrence effective pendant la conduite de la passation à l'aide de l'enchère elle-même. Selon l'avis qui a prévalu, le projet d'article était important et devrait être conservé.

---

<sup>6</sup> Ibid.

80. En réponse à la crainte que l'exigence du paragraphe 1 soit trop lourde étant donné que l'entité adjudicatrice n'aurait pas les moyens d'assurer une concurrence effective à toutes les étapes de l'enchère, il a été observé que le paragraphe traitait de l'étape de la passation où l'entité envoyait les invitations aux soumissionnaires potentiels et qu'elle serait donc en mesure de faire en sorte que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

81. Il a été décidé que le paragraphe 1 devrait être conservé avec certaines modifications pour tenir compte des révisions qui seraient apportées à l'article 51 *quater* (voir par. 74 à 76 ci-dessus).

82. En ce qui concerne le paragraphe 2, il a été convenu de remplacer, dans la version anglaise, le mot "withdraw" par "cancel" (annuler) étant donné que le premier était utilisé dans la Loi type dans un contexte différent (à savoir, pour le retrait des offres dans l'article 31). Il a aussi été convenu que les mots "doit annuler" placés entre crochets devraient être remplacés par "peut annuler" pour laisser une certaine marge de manœuvre à l'entité adjudicatrice au cas où le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui s'étaient inscrits pour participer à l'enchère était insuffisant pour assurer une concurrence effective (par exemple, il était possible que, dans une telle situation, l'entité envisage de prolonger le délai d'inscription).

83. On s'est dit préoccupé par le fait que le projet d'article n'indique pas la manière dont une entité adjudicatrice devrait procéder si l'enchère électronique inversée était annulée en raison d'un nombre insuffisant de soumissionnaires inscrits pour assurer une concurrence effective. Il a été suggéré que la Loi type prévoit des options, par exemple la possibilité pour l'entité d'engager des négociations avec les fournisseurs potentiels. Constatant que les directives européennes de 2004 sur les marchés publics<sup>7</sup> n'apportaient pas non plus de solution sur ce point, et notant que cette question faisait intervenir des considérations pratiques, il a été fait observer que l'entité adjudicatrice devrait disposer d'une certaine marge de manœuvre à cet égard et qu'elle ne devrait pas être obligée de poursuivre la passation dans ces circonstances. Il a été indiqué que l'entité adjudicatrice pourrait agir de différentes manières, qui ne pouvaient pas toutes être envisagées et régies dans la Loi type, et que le Guide pourrait donc donner des exemples d'options et indiquer que le dossier de sollicitation ou des documents équivalents pourraient préciser les mesures que l'entité avait l'intention de prendre si la situation devait se présenter.

*Projet d'article 51 sexies. Exigences pendant la phase d'enchère proprement dite (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 42 à 49)*

84. En ce qui concerne l'alinéa c) du paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu de ne pas parler du classement des soumissionnaires et de ne mentionner que les résultats successifs de l'enchère, à savoir soit le prix, lorsque ce dernier était l'unique critère d'évaluation, soit le résultat, chiffré, de l'application des critères d'évaluation préalablement indiqués (y compris la formule mathématique). Il a été

---

<sup>7</sup> Ibid.

convenu de remplacer les mots “[d’après la formule indiquée préalablement]” par “d’après les critères d’évaluation indiqués préalablement”.

85. Pour ce qui est du paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu de supprimer la phrase entre crochets faisant référence à l’article 33-2 et 3 de la Loi type, qui concernait la procédure d’appel d’offres et ne serait plus pertinent. S’agissant de la question de savoir, toujours dans le même paragraphe, si l’anonymat des soumissionnaires devrait être maintenu après l’enchère, il a été estimé, et cet avis a prévalu, que le paragraphe devrait être modifié pour tenir compte de ce dont le Groupe de travail était convenu, à savoir: i) que l’anonymat des soumissionnaires devait être préservé pendant l’enchère et lorsque l’entité suspendait l’enchère ou y mettait fin; et ii) que, lorsque l’enchère aboutissait et que le gagnant était connu, son nom et son adresse, ainsi que des informations sur le prix de sa soumission, devraient être communiqués aux autres soumissionnaires, comme le prévoyait le paragraphe 3 du projet d’article 51 *septies*.

86. Les vues ont divergé sur le point de savoir s’il était utile dans la pratique de révéler le nom des autres soumissionnaires après la clôture de l’enchère. À cet égard, on a mentionné l’article 11-1 et 2 de la Loi type, lequel prévoyait que ce type d’information devait être consigné dans le procès-verbal de la procédure de passation et être communiqué à toute personne qui le demandait. On a fait valoir que la communication de ces informations était utile à des fins générales de transparence dans le processus de passation, et en particulier pour vérifier que l’entité adjudicatrice avait respecté l’obligation d’assurer une concurrence effective, comme le préoyaient les projets d’articles 22 *bis* et 51 *quinquies*.

87. Selon l’avis qui a prévalu, le nom de tous les soumissionnaires pourrait être divulgué uniquement si cette divulgation ne conduisait pas à révéler des informations commerciales, concernant tel ou tel soumissionnaire, de nature à influencer sur les prix. Cette condition était jugée essentielle pour prévenir toute collusion, protéger les intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires et, partant, préserver la compétitivité sur le marché et garantir le succès des enchères futures. Il a été noté également que les enchères électroniques inversées ne pourraient être introduites avec succès en tant que nouvel outil de passation que si les soumissionnaires potentiels avaient suffisamment confiance dans le processus et avaient la certitude, en particulier, que les informations commerciales en question resteraient confidentielles tout au long de l’enchère; dans le cas contraire, a-t-on dit, ils hésiteraient à participer à une procédure de passation utilisant ces enchères. Ces considérations, a-t-on souligné, devaient l’emporter sur celles concernant la transparence.

88. Il a été proposé que le Guide donne à l’État adoptant et à ses entités adjudicatrices des indications à propos des situations et des motifs qui justifieraient la confidentialité des informations relatives aux soumissions. On a mentionné, à cet égard, l’article 11-3 de la Loi type, qui prévoyait des exceptions à la divulgation de certaines parties du procès-verbal de la procédure de passation concernant des informations détaillées sur l’examen, l’évaluation et la comparaison des candidatures, de même qu’à la divulgation du procès-verbal, si celle-ci notamment entravait le libre jeu de la concurrence ou portait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des parties. Il a été noté que le risque d’atteinte à la concurrence était particulièrement élevé lorsqu’un petit nombre de soumissionnaires prenait part à l’enchère électronique inversée.

89. En ce qui concerne le paragraphe 4, le Groupe de travail a examiné si les dispositions devraient permettre à l'entité adjudicatrice de suspendre l'enchère ou d'y mettre fin dans des cas autres qu'une défaillance d'un système ou une interruption des communications. Selon les avis exprimés, compte tenu de l'expérience pratique, une suspension pourrait être souhaitable lorsque l'entité soupçonnait des offres anormalement basses. Dans une telle situation, a-t-on dit, l'entité devrait disposer de moyens pour intervenir instantanément dans le processus afin d'empêcher que l'offre anormalement basse ne perturbe l'enchère (une telle offre risquerait par exemple d'empêcher d'autres soumissionnaires de continuer à participer). Le Groupe de travail a noté aussi, en rapport avec le paragraphe 49 du document de travail, que les soumissionnaires pourraient présenter des réclamations au sujet d'irrégularités pendant le processus, ce qui pourrait également justifier la suspension de l'enchère. Le secrétariat a été prié de reformuler le paragraphe en tenant compte de ces différents arguments. Il a été dit que les dispositions devraient être reformulées aussi de manière à indiquer clairement que l'entité adjudicatrice n'était pas responsable des défaillances dans les systèmes de communication des soumissionnaires et que ces défaillances ne justifieraient pas la suspension de l'enchère.

*Projet d'article 51 septies. Attribution du marché sur la base des résultats de l'enchère électronique inversée (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 50 à 57)*

90. Il a été noté que le projet d'article avait été établi à partir de dispositions présentées antérieurement au Groupe de travail, et qu'elles étaient censées être équivalentes à celles qui régissaient l'attribution du marché, et les exceptions pertinentes, dans la procédure d'appel d'offres.

91. À cet égard, il a été demandé si la totalité du texte du paragraphe 1 du projet d'article était nécessaire ou si, plus simplement et de manière plus concise, on pourrait faire référence à l'article 36 et aux autres articles pertinents. On a répondu en faisant observer que l'article 36 s'appliquait uniquement à la procédure d'appel d'offres, et qu'un article distinct sur l'attribution des marchés dans le contexte spécifique des enchères électroniques inversées était nécessaire. Il a été décidé de conserver le paragraphe 1 et de l'abréger autant que possible, par exemple en faisant davantage usage de renvois au lieu de répéter un texte qui figurait ailleurs dans la Loi type.

92. On a indiqué qu'il faudrait apporter au texte les changements ci-après: i) dans le chapeau du paragraphe 1, remplacer les termes "est le mieux classé" par "l'offre la plus basse résultant de l'évaluation", afin de tenir compte des modifications proposées pour le projet d'article 51 *sexies* 1 c) (voir par. 84 ci-dessus); et ii) au paragraphe 1 b), supprimer les crochets entourant "12 *bis*".

93. Il a été noté que le paragraphe 2 traitait des options dont disposait l'entité adjudicatrice au cas où le soumissionnaire dont l'offre avait été retenue ne conclurait pas un marché pour les motifs énoncés au paragraphe 1, et offrait une approche plus souple que celle que le Groupe de travail avait examinée précédemment. Souscrivant à l'approche souple, ce dernier a indiqué toutefois qu'il faudrait remplacer, au paragraphe 2 c), les mots "la deuxième offre la plus basse" et "qui est classé deuxième" par les mots "l'offre suivante la plus basse" et "l'offre suivante la plus basse résultant de l'évaluation", respectivement.

94. Il a été convenu que les implications pratiques de chaque option devraient être précisées dans le Guide. Le Groupe de travail a considéré que ce dernier, avant de traiter des options disponibles, devrait insister sur la nécessité d'agir rapidement lorsqu'il y avait une qualification après enchère du soumissionnaire retenu ou réexamen d'une éventuelle offre anormalement basse, de manière que la position finale soit déterminée dès que raisonnablement possible.

95. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été convenu de supprimer les crochets qui y figuraient et de remplacer la référence à "l'offre qui a été acceptée" par le membre de phrase "l'offre que l'entité adjudicatrice est prête à accepter".

96. Le Groupe de travail est convenu de finaliser le libellé du projet d'article après avoir examiné les modifications à apporter à l'article 36 de l'actuelle Loi type en temps utile.

#### **4. Modifications corrélatives devant être apportées à d'autres dispositions de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 60 à 69)**

97. Lors de l'examen des paragraphes 60 à 67 du document de travail, le Groupe de travail est convenu que les questions concernant la teneur du dossier de sollicitation, la période de validité des offres, la modification et le retrait des offres, les garanties de soumission ainsi que l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, devraient être traitées dans le cadre des dispositions sur les enchères électroniques inversées lorsque cela était nécessaire au moyen de renvois aux articles pertinents de la Loi type.

98. En ce qui concerne la question du retrait des soumissionnaires avant la clôture des enchères électroniques inversées, le Groupe de travail a noté qu'il n'existait sans doute pas de solution facile à ce problème. L'idée d'inscrire ces fournisseurs sur une liste noire n'a pas été jugée viable, car il était souvent impossible de déterminer les motifs d'un tel retrait, lequel pouvait être justifié. Reconnaissant qu'un tel retrait pouvait empêcher une concurrence effective, le Groupe de travail a examiné si l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à suspendre l'enchère ou à y mettre fin lorsque le nombre de soumissionnaires participant à celle-ci était insuffisant. Il a été fait référence à cet égard au paragraphe 4 du projet d'article 51 *sexies*, qui pouvait être complété pour mentionner des motifs autres que la défaillance d'un système ou l'interruption des communications susceptibles de justifier que l'enchère soit suspendue ou qu'il y soit mis fin. Étant donné que la suspension ou la fin de l'enchère pour des raisons autres que la défaillance d'un système ou l'interruption des communications risquait de donner lieu à des contestations de la part des soumissionnaires affectés et d'être contre-productive en empêchant la concurrence de dernière minute (caractéristique courante des enchères électroniques inversées), il a été estimé et cet avis l'a emporté que les projets d'articles 51 *quinquies* et *septies* étaient suffisants pour traiter la question.

99. Pour ce qui est de la question des garanties de soumission, notant que certains pays exigeaient de telles garanties dans le cadre des enchères électroniques inversées, notamment pour réduire le risque de soumissions frauduleuses, et notant également que diverses circonstances pourraient justifier une telle exigence, le Groupe de travail est convenu que le Guide ne devrait pas décourager le recours aux garanties de soumission.

100. S'agissant du paragraphe 68 du document de travail, le Groupe de travail est convenu que le texte proposé pour la Loi type devrait être complété pour mentionner toutes les informations devant figurer dans le procès-verbal de la procédure dans le cadre des enchères, qui n'étaient pas expressément mentionnées à l'article 11-1 de la Loi type. Il a été proposé en particulier que le procès-verbal contienne des informations sur les motifs et les circonstances invoqués par l'entité pour justifier le recours aux enchères électroniques inversées ainsi que la date et l'heure des enchères. Il a aussi été considéré qu'il était justifié de prévoir des exceptions à la divulgation de certains types d'informations énumérées à l'article 11 compte tenu des spécificités des enchères électroniques inversées.

#### **D. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.52)**

##### **Commentaires généraux**

101. Le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions visant à permettre, dans la Loi type, l'utilisation des accords-cadres pour la passation des marchés publics, présentés dans le document A/CN.9/WG.I/WP.52, en notant en particulier leur champ d'application et l'approche rédactionnelle. Il est convenu de poursuivre ses délibérations sur la question à sa prochaine session, y compris sur les points suivant jugés importants pour le débat:

a) Comment trouver une nomenclature appropriée pour cette technique de passation, compte tenu surtout des différents termes employés d'un pays ou d'un système à l'autre;

b) Si la Loi type devrait considérer qu'un accord-cadre et/ou une commande dans un accord-cadre devrait constituer le contrat de marché proprement dit. À cet égard, il a été fait observer que la question de savoir si un accord-cadre constituerait un contrat ayant force obligatoire relèverait de la loi locale d'un État, qu'il serait vital de s'entendre sur une solution optimale et que les conditions d'un tel accord devraient en tout état de cause être claires et transparentes. Il a été noté aussi que le Guide devrait examiner la question en détail;

c) Si une entité adjudicatrice devrait ou non pouvoir passer des marchés en dehors de l'accord-cadre. Cette question – a-t-on noté – présentait plusieurs aspects et il faudrait examiner les différentes expériences d'un pays à l'autre;

d) Si un accord-cadre à fournisseurs multiples devrait prendre la forme d'un contrat unique pour tous les fournisseurs parties à l'accord ou si chacun d'entre eux devrait conclure un contrat séparé avec l'entité adjudicatrice;

e) S'il devrait être possible d'ajouter d'autres fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre pendant sa durée de validité; et

f) S'il faudrait prévoir la possibilité de conclure un accord du modèle 2<sup>8</sup> (normalement envisagé comme un accord à fournisseurs multiples) avec un fournisseur unique, par exemple en cas d'urgence ou de catastrophe.

---

<sup>8</sup> Voir la description des modèles d'accord-cadre au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.I/WP.52.

## **E. Simplification et uniformisation de la Loi type**

102. Le Groupe de travail a examiné également la question de la simplification et de l'uniformisation de la Loi type en se référant à l'exemple de l'article 36 de la Loi type (notant que cet article traitait de l'entrée en vigueur du marché dans la procédure d'appel d'offres). Il a été observé que les dispositions régissant l'acceptation des candidatures retenues et l'entrée en vigueur du marché (énoncées à l'article 13 de la Loi type) étaient légèrement différentes selon les méthodes de passation. Il a été admis que ces questions devaient être harmonisées, en particulier si les enchères électroniques inversées étaient adoptées en tant que technique possible dans plusieurs méthodes de passation et en tant que méthode à part entière. Il a aussi été dit que ces questions, et peut-être d'autres étapes décrites dans le processus d'appel d'offres, pouvaient être considérées comme des questions à traiter du point de vue des règles générales applicables à toutes les méthodes de passation. Le Groupe de travail est donc convenu d'examiner ultérieurement ces étapes, y compris celles prévues à l'article 36, en adoptant ce point.

---