



Assemblée générale

Distr.: Générale
13 septembre 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante et unième session
New York, 16 juin-11 juillet 2008

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

(Vienne, 3-7 septembre 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	12-14	6
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	15-95	6
A. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 4 à 25)	17-43	7
1. Communications dans la passation des marchés: article [5 <i>bis</i>] et texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 4 à 10)	17-27	7
2. Soumission électronique des offres: article 30 et texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 11 et 12)	28-29	9
3. Publicité de la réglementation des marchés et des informations sur les possibilités de marchés à venir: article 5 et texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 13 à 16)	30-36	10
4. Autres dispositions de la Loi type et du Guide (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 17 à 25)	37-43	11
B. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses: article 12 <i>bis</i> (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 26 à 28)	44-55	12



C.	Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.55)	56-92	14
1.	Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 <i>bis</i> et texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 3 à 9)	56-61	14
2.	Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projet d'article 51 <i>bis</i> à <i>sexies</i> (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 10 à 33)	62-89	16
3.	Modifications à apporter en conséquence aux dispositions de la Loi type: procès-verbal de la procédure de passation des marchés (art. 11 de la Loi type) (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 34 à 37)	90-92	22
D.	Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.52 et WP.56, annexe, par. 2 à 9)	93-95	23
1.	Remarques générales	93	23
2.	Projet d'article [51 <i>octies</i>]. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.52, par. 10 à 17)	94-95	23
 Annexe			
	Calendrier et ordre du jour provisoires des treizième à quinzième sessions du Groupe de travail arrêtés à sa onzième session		24

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 onzième 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, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne et du 21 au 25 mai 2007 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615 et A/CN.9/623), 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 onzième 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 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 douzième session l’examen de ces projets de modifications (A/CN.9/623, par. 13).

3. À ses septième, huitième, dixième et onzième 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 onzième session, il a examiné les dispositions révisées sur les offres anormalement basses et est convenu à titre provisoire de leur emplacement dans la Loi type, en tenant compte du fait que la question ne devrait pas uniquement être abordée dans le contexte de 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. À cette session, il a décidé que l’examen des

propositions qu'il y avait faites au sujet des dispositions révisées (A/CN.9/623, par. 33 à 41) serait poursuivi à sa douzième session.

4. À sa onzième session, le Groupe de travail a également procédé à un premier échange de vues au sujet des projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres pour la Loi type présentés par le secrétariat comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa dixième session (A/CN.9/615, par. 11) et décidé de les examiner en détail à sa session suivante (A/CN.9/623, par. 12). Il a remis l'examen des documents A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1 sur les listes de fournisseurs et A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1 sur les systèmes d'acquisition dynamiques à une session ultérieure.

5. À ses trente-huitième, trente-neuvième et quarantième sessions, qui se sont tenues en 2005, 2006 et 2007 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 la prise en compte dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192 et A/62/17 (première partie) par. 170). À sa trente-neuvième session, la Commission a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail est convenu à sa dixième session 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). À sa quarantième session, la Commission a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (première partie), par. 170).

II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa douzième session à Vienne du 3 au 7 septembre 2007. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Bolivie, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Lettonie, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Norvège, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Angola, Brésil, Indonésie, Nicaragua, Philippines, Portugal, Qatar, République arabe syrienne, République dominicaine, Roumanie, Slovénie, Suède, Tunisie et Turquie.

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;

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne;

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

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

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)¹

Rapporteuse: M^{me} 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.53);

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.54);

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.55);

d) Proposition des États-Unis d'Amérique concernant les accords-cadres, les systèmes d'acquisition dynamiques et les mesures de lutte contre la corruption (A/CN.9/WG.I/WP.56);

e) Projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation des marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1) (l'examen en détail de cette note avait été reporté à une session ultérieure à la onzième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/623, par. 12)); et

f) 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 session ultérieure lors des trois précédentes sessions du Groupe de travail (voir A/CN.9/595, par. 9, A/CN.9/615, par. 10 et A/CN.9/623, par. 12)).

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.

¹ Élu à titre personnel.

III. Délibérations et décisions

12. À sa douzième 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 aux alinéas a) à e) du paragraphe 10 ci-dessus.

13. Le Groupe de travail a entendu une introduction de la première partie de la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.56, traitant des accords-cadres, et les délégués ont eu l'occasion de poser des questions au sujet de cette proposition. Il a différé l'examen détaillé de ce document ainsi que des documents A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1.

14. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.54 et 55, en tenant compte de ses délibérations à sa douzième session, afin qu'il les examine à la prochaine session. Il a décidé d'entamer ses délibérations à sa prochaine session par l'examen des questions liées aux accords cadres en se fondant sur la note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1) et sur la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.56.

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

15. Le Groupe de travail a noté que la Commission, à la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), avait recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (première partie), par. 170). On a dit qu'il fallait envisager pour ce projet un calendrier qui tienne compte des nombreux problèmes complexes auxquels le Groupe de travail était confronté. Ce dernier, a-t-on estimé, avait réalisé jusqu'alors des progrès louables, en particulier dans le contexte des négociations intergouvernementales de textes juridiques.

16. Selon l'avis qui a prévalu, le Groupe de travail aurait besoin d'un délai se prolongeant au-delà de 2009 pour mener à bien le projet. L'idée de fonder ses travaux sur un calendrier et un ordre du jour concrets pour chaque session a été jugée utile. Le Groupe de travail a adopté le calendrier de ses treizième à quinzième sessions joint en annexe au présent rapport et il est convenu de le porter à l'attention de la Commission à sa quarante et unième session, en même temps qu'une proposition concernant l'achèvement de son programme de travail. Il a également été décidé qu'un calendrier actualisé devrait être régulièrement porté à l'attention de la Commission.

A. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 4 à 25)

1. Communications dans la passation des marchés: article [5 bis] et texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 4 à 10)

17. Il a été convenu que les exceptions aux règles générales régissant la communication dans la passation des marchés (énoncées dans le paragraphe 2 du projet d'article) devaient se limiter à celles prévues expressément par des renvois à d'autres articles de la Loi type et que, de ce fait, la description générale figurant dans la deuxième série de crochets devait être supprimée du paragraphe 2.

18. La règle énoncée à l'alinéa b) du paragraphe 3, selon laquelle un moyen de communication ne pouvait être utilisé par l'entité adjudicatrice que s'il avait été retenu dans le dossier de sollicitation ou son équivalent, a été jugée trop contraignante. Il a été expliqué que dans certaines procédures de passation à long terme, comme celles fondées sur des accords-cadres, l'entité adjudicatrice n'était pas toujours en mesure, compte tenu de l'évolution rapide des technologies, de spécifier dès le début de la procédure tous les moyens qui seraient utilisés pour communiquer des informations. Il a été suggéré d'employer une formulation plus souple de sorte qu'elle puisse changer de moyen de communication, même si le nouveau moyen n'avait pas été explicitement spécifié au début de la procédure, sans craindre de recours ou de contestations de la part des fournisseurs ou des entrepreneurs.

19. Il a été proposé à cette fin de modifier le texte figurant entre crochets dans le chapeau du paragraphe 3 du projet d'article [5 bis] en remplaçant le segment de phrase "de la passation régie par la présente loi" par les mots "des procédures régies par la présente loi"; et d'ajouter en conséquence, à la première phrase du paragraphe 5 dans le texte proposé pour le Guide, les mots "pour les procédures exigées dans" avant l'expression "une passation de marché déterminée". Une autre variante proposée a été d'insérer dans l'article après le mot "information", à l'alinéa b) du paragraphe 3, l'expression "exigées par la présente Loi". Toutes ces modifications proposées auraient pour objet d'autoriser l'utilisation de moyens autres que ceux prévus dans le dossier de sollicitation pour les communications qui n'étaient pas exigées par la Loi type.

20. Ces suggestions ont soulevé des préoccupations. Certains représentants ont estimé que la disposition figurant entre crochets dans le chapeau du paragraphe 3 devait être supprimée au motif qu'elle prêtait inutilement à confusion, le champ d'application de la Loi type étant bien défini. Il a été proposé que le Guide réaffirme si nécessaire ce champ d'application dans le contexte du paragraphe 3 de l'article [5 bis].

21. Il a également été souligné que la transparence dans le processus de passation, notamment en ce qui concerne les moyens de communication à utiliser, offrait une protection importante aux fournisseurs et entrepreneurs et encourageait leur participation. Le dossier de sollicitation devrait donc indiquer effectivement quels étaient ces moyens. Il pouvait en outre y avoir un risque de discrimination si les entités adjudicatrices changeaient de moyen de communication durant le processus de passation.

22. Il a été répondu que les mesures de protection (y compris celles visant à prévenir la discrimination) prévues au paragraphe 4 du projet d'article constitueraient des obligations continues pendant toute la durée de la procédure de passation en question, et que des dispositions de la Loi type permettaient à l'entité adjudicatrice de modifier le dossier de sollicitation (article 28-2) pour autant que tous les fournisseurs soient promptement avisés. On a également souligné qu'il était difficile de définir les marchés à long terme pour lesquels il pourrait être justifié de changer les moyens de communication comme cela a été suggéré.

23. Selon l'avis qui a prévalu, les dispositions, telles qu'elles étaient rédigées, ménageaient une marge de manœuvre suffisante à l'entité adjudicatrice et il fallait se garder d'affaiblir les règles de transparence en autorisant la modification, durant le processus, des moyens de communication retenus, à moins que l'entité adjudicatrice n'ait expressément envisagé cette possibilité dans le dossier de sollicitation.

24. Il a donc été convenu que les mots figurant entre crochets devaient être supprimés du chapeau du paragraphe 3 et que l'alinéa b) de ce paragraphe devait rester inchangé. On est aussi convenu que les questions soulevées devaient être traitées dans le Guide (voir par. 27 d) ci-dessous).

25. En ce qui concerne le paragraphe 5, on a noté que le fait de garantir la confidentialité des informations communiquées par les fournisseurs était essentiel pour promouvoir la confiance du public dans l'utilisation des communications électroniques et, par conséquent, permettre leur utilisation lorsque cela se justifie. On a estimé que la Loi type devrait énoncer des principes de base, complétés par des explications détaillées dans le Guide, autorisant les entités adjudicatrices à ne recourir aux communications électroniques que si les garanties nécessaires, y compris en matière de confidentialité, sont en place. On a fait valoir que les mécanismes de garantie proprement dits étaient des questions techniques sortant du champ de la Loi type. Le texte devrait néanmoins prévoir un mécanisme pour garantir la confidentialité de l'information.

Texte du Guide pour l'incorporation

26. On a exprimé l'opinion qu'il serait préférable que le Groupe de travail examine le texte du Guide en même temps que les dispositions de la Loi type dès qu'il se sera mis d'accord sur les grandes questions de principe.

27. S'agissant du texte proposé pour le Guide, il a été suggéré:

a) D'éliminer le risque d'incompatibilité entre la mention, au paragraphe 1 du texte du Guide, concernant les "communications lors de procédures judiciaires ou de recours administratifs", qui sont régies par leurs propres règles, et l'indication figurant au paragraphe 1 du projet d'article [5 *bis*] selon laquelle les moyens de communication choisis par l'entité adjudicatrice comprendraient ceux utilisés dans le cadre des procédures de recours engagées conformément à la Loi type;

b) De mentionner sous une forme appropriée à la quatrième phrase du paragraphe 3 du texte du Guide le principe énoncé à l'article 28-2 selon lequel toutes les informations pertinentes telles que les éclaircissements et les modifications apportés au dossier de sollicitation devraient être mises à la

disposition de tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiellement intéressés par la procédure de passation dont il s'agit;

c) De conserver, en attendant que le Groupe de travail examine l'article 52, la référence faite entre crochets au paragraphe 4 du texte du Guide à un recours introduit conformément à cet article pour contester le choix des moyens de communication par l'entité adjudicatrice;

d) De traiter dans le paragraphe 5 du texte du Guide la possibilité qu'une entité adjudicatrice puisse changer les moyens de communication indiqués dans le dossier de sollicitation, d'expliquer dans quelles circonstances et pour quels marchés de nature exceptionnelle un tel changement serait justifié (par exemple un changement technique) et de souligner que les garanties énoncées au paragraphe 4 du projet d'article 5 *bis* et au paragraphe 2 de l'article 28 concernant la communication rapide de tous les changements appropriés à tous les intéressés s'appliqueraient;

e) De recommander, à la fin du paragraphe 11 du texte du Guide, de ne faire payer en principe aucune redevance pour l'accès aux systèmes d'information et leur utilisation;

f) De supprimer la référence aux logiciels de détection de virus figurant entre crochets au paragraphe 13 du texte du Guide;

g) De mentionner également à la dernière phrase du paragraphe 13, le public parmi les parties intéressées par le renforcement de la confiance dans la procédure de passation des marchés lorsqu'il est question de l'intervention de tiers; et

h) De conserver dans le paragraphe 14 des renvois appropriés au texte du Guide se rapportant à l'article 30-5, notamment en ce qui concerne la confidentialité des soumissions.

2. Soumission électronique des offres: article 30 et texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 11 et 12)

Article 30-5

28. Le projet de texte proposé pour l'article 30-5 a été accepté sans modification.

Texte du Guide pour l'incorporation

29. S'agissant du paragraphe 3 *bis*, il a été convenu que l'exposé actuel des questions qui se posaient était suffisant et que la question de l'analyse coûts-avantages ne devrait pas être examinée plus avant. Il a également été convenu de faire mention à la fin du paragraphe des règles supplémentaires qui pourraient être nécessaires pour traiter les questions qui ont été soulevées. S'agissant du paragraphe 3 *ter*, il a été convenu de supprimer le mot "strictement" dans la quatrième phrase et d'enlever tous les crochets figurant dans le texte.

3. Publicité de la réglementation des marchés et des informations sur les possibilités de marchés à venir: article 5 et texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 13 à 16)

30. On s'est interrogé sur ce qu'il fallait entendre par "autres textes juridiques" au paragraphe 1. Diverses suggestions ont été faites afin de préciser le champ d'application de ce paragraphe (c'est-à-dire pour indiquer sans ambiguïté qu'il vise les textes législatifs et réglementaires d'application générale relatifs à la passation des marchés et non les décisions judiciaires ou administratives qui sont traitées dans le paragraphe 2). Il a été convenu qu'il était nécessaire d'indiquer clairement les éléments qui seraient visés par ce paragraphe et de fournir les explications voulues dans le Guide, en tenant compte des différentes façons dont le droit est organisé dans différents systèmes et de la nécessité de choisir des termes équivalents dans les diverses langues.

31. On s'est interrogé sur la nécessité du paragraphe 1, étant donné que la réglementation relative à la passation des marchés (comme toute réglementation) doit de toute façon être publiée. Il a été répondu que cette disposition avait pour objet de faire en sorte que les textes en question soient accessibles en bloc et qu'elle ne se limitait pas à une simple obligation de publication.

32. On s'est demandé s'il était nécessaire de prévoir des règles moins strictes pour la publication des décisions judiciaires et administratives au paragraphe 2. La démarche adoptée dans le texte actuel, selon laquelle les exigences strictes d'accessibilité et d'actualisation systématique énoncées au paragraphe 1 ne devraient pas s'appliquer aux informations visées dans le paragraphe 2 a été appuyée. Il a été fait référence à des discussions antérieures sur ce sujet et on a noté en outre que comme les décisions administratives étaient susceptibles d'être annulées à l'issue de procédures de recours judiciaires, le fait de les publier avant que toutes les voies de recours n'aient été épuisées pourrait compromettre les droits des fournisseurs et leur participation ultérieure aux procédures de passation.

33. Il a été convenu de supprimer les mots introductifs "nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article" au paragraphe 2 car aucun élément ne figurait dans les deux paragraphes.

34. Il a été convenu de remplacer le texte du paragraphe 3 par le texte suivant: "Les entités adjudicatrices peuvent publier épisodiquement des informations sur les possibilités de marchés. Cette publication ne constitue pas une sollicitation et n'oblige pas l'entité adjudicatrice à faire paraître des sollicitations pour les possibilités de marchés recensées".

Texte du Guide pour l'incorporation

35. On a exprimé la crainte que le texte proposé pour le paragraphe 3 de l'article 5 n'affaiblisse les exigences de cette disposition, ce qui n'était guère souhaitable étant donné l'importance de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir pour faciliter la planification de la passation des marchés ainsi que pour permettre aux fournisseurs potentiels de se préparer pour les possibilités futures sur les marchés régionaux. On a également relevé que l'on considérait la sollicitation d'une source unique comme la conséquence d'une mauvaise planification de la passation des marchés. On a noté que c'était pour cela que la publication des possibilités de marchés à venir était devenue obligatoire dans certains systèmes. En

dépit du fait que le texte du paragraphe 3 de l'article 5 n'était pas impératif, il a été convenu que le texte du Guide devrait appuyer et renforcer la recommandation selon laquelle cette information devrait être publiée. En outre, il a été suggéré de modifier l'ordre du paragraphe 6 du projet de guide afin de commencer par expliquer les avantages d'une telle publication puis d'exposer les raisons pour lesquelles cette disposition n'est pas impérative. Il a également été suggéré de recommander dans le Guide la durée sur laquelle pourrait porter la publication des possibilités de marchés à venir.

36. En ce qui concerne le paragraphe 3 du Guide, on a estimé que le mot "gratuitement" devait être supprimé. Rappelant ce qui avait été dit à ce sujet à propos du projet d'article [5 *bis*] (voir par. 27 e) ci-dessus) et dans le souci d'assurer une certaine cohérence dans la façon dont les questions analogues étaient traitées dans le Guide, le Groupe de travail est convenu d'y indiquer que l'on ne devrait en principe faire payer aucune redevance pour l'accès aux lois, règlements et autres textes juridiques en matière de passation. Il a toutefois été reconnu que, dans les faits, les systèmes juridiques ne prévoient pas tous un accès gratuit.

4. Autres dispositions de la Loi type et du Guide (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 17 à 25)

Article 11 et texte du Guide accompagnant l'article

37. Le Groupe de travail a indiqué qu'il aborderait les dispositions de l'article 11 et les orientations pertinentes concernant les communications électroniques lors de l'examen de la question générale du procès-verbal de la procédure de passation des marchés qu'il entreprendrait le moment venu.

Article 33-2 et texte du Guide accompagnant les dispositions pertinentes

38. Il a été convenu que la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 33 devrait être libellée comme suit: "Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres si la possibilité leur a été donnée d'être pleinement informés de l'ouverture des offres en direct."

39. On est aussi convenu que le Guide devrait préciser le sens de l'expression "en direct" dans ce contexte et, en particulier, la manière dont l'obligation d'informer pleinement les fournisseurs en direct pouvait être satisfaite au moyen d'un système informatique.

Responsabilité pour défaillance du système des entités adjudicatrices

40. Il a été convenu que la Loi type ne devrait pas traiter la question générale de la responsabilité potentielle d'une entité adjudicatrice en cas de défaillance de son système automatisé. De l'avis général, l'article 30-3 lui donnait une marge de manœuvre suffisante pour reporter la date limite de soumission des offres, notamment dans le cas d'une telle défaillance, et il n'était pas nécessaire d'apporter de modification à cet article. On est convenu qu'il n'était pas non plus nécessaire de prévoir dans la Loi type une disposition spécifique concernant les défaillances intervenant après la soumission des offres. Il a été suggéré que le Guide donne des indications supplémentaires sur cette question et notamment sur les exigences imposées à l'entité adjudicatrice et le risque de contestations de la part des fournisseurs.

41. Le Groupe de travail est convenu de préciser dans le Guide que les défaillances de systèmes automatisés étaient inévitables. Lorsqu'elles se produisaient, l'entité adjudicatrice devait déterminer s'il était possible de rétablir le système suffisamment vite pour poursuivre la passation et, dans l'affirmative, s'il était nécessaire de reporter la date limite de soumission des offres. Si elle jugeait qu'il lui était impossible de poursuivre la procédure de passation, elle pouvait l'annuler et annoncer une nouvelle procédure. Il a été proposé d'indiquer dans le Guide que les défaillances attribuables à des actes téméraires ou intentionnels de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions prises par cette dernière à la suite de la défaillance d'un système automatisé pouvaient ouvrir aux fournisseurs et aux entrepreneurs lésés un droit de recours en vertu de l'article 52 de la Loi type ou d'autres voies de droit, selon la portée des dispositions relatives aux voies de droit en question.

Modification du texte accompagnant l'article 36

42. Le Groupe de travail a indiqué qu'il examinerait les orientations devant accompagner l'article 36 lorsqu'il arrêterait les révisions à apporter à cet article le moment venu.

Remarques liminaires sur l'utilisation de la passation électronique de marchés en vertu de la Loi type en général

43. Le Groupe de travail a pris note de l'approche proposée.

**B. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses:
article 12 bis (A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 26 à 28)**

44. L'idée de supprimer les paragraphes 1 a) et 2 du projet d'article a été largement appuyée. Il a été déclaré que ces dispositions étaient inutiles étant donné que les dispositions générales du droit donnaient déjà à l'entité adjudicatrice le droit de rejeter les offres anormalement basses indépendamment de la question de savoir si elle se l'était réservé dans le dossier de sollicitation ou dans des documents équivalents et, pour des raisons de bonne gouvernance, il ne faudrait pas porter atteinte à ce droit en ajoutant des exigences supplémentaires. Il a également été dit que l'entité adjudicatrice, en ne se réservant pas intentionnellement un tel droit dans le dossier de sollicitation ou des documents équivalents, pourrait se donner la possibilité d'accepter des offres anormalement basses pour servir les intérêts de certains fournisseurs, et qu'il fallait éviter cette situation.

45. En revanche, on a souligné que la suppression de ces paragraphes pourrait faire apparaître une incohérence par rapport à l'approche suivie à l'article 12-1 de la Loi type, qui dispose que l'entité adjudicatrice ne peut rejeter toutes les offres que si elle s'est expressément réservé ce droit dans le dossier de sollicitation. Le Groupe de travail a rappelé les discussions qu'il avait eues sur cette question à sa onzième session (A/CN.9/623, par. 36). On a exprimé l'opinion que l'article 12 bis traitait de questions et de situations de fait distinctes et qu'il n'y aurait aucune incohérence pour la simple raison que ces dispositions étaient différentes. Selon un autre point de vue, en dépit du fait que les articles 12 et 12 bis n'étaient pas compatibles avec certaines réglementations locales, les paragraphes 1 a) et 2 pourraient être conservés

dans l'article 12 *bis* car il était souhaitable que les questions similaires soient traitées de façon cohérente dans la Loi type.

46. On a également exprimé la crainte que, à moins que la raison motivant le rejet d'une offre anormalement basse n'ait été spécifiée dans les critères de qualification ou d'évaluation dans le dossier de sollicitation ou dans des documents équivalents, rien ne justifierait le rejet d'une offre pour ce motif par l'entité adjudicatrice. On a renvoyé à cet égard en particulier aux dispositions pertinentes de l'article 6-3 de la Loi type.

47. Pour cette raison, on s'est déclaré favorable au maintien des paragraphes 1 a) et 2. On a également estimé qu'il était important de maintenir ces dispositions pour des raisons de transparence, en particulier dans le contexte des marchés internationaux. On a expliqué que, dans le cas contraire, la Loi type révisée donnerait la possibilité de rejeter des offres conformes faites par des fournisseurs qualifiés sans offrir de garanties suffisantes contre la prise de décisions arbitraires par les entités adjudicatrices.

48. L'opinion qui a prévalu a été que les paragraphes 1 a) et 2 devraient être supprimés tous les deux pour les raisons énoncées plus haut au paragraphe 44, mais que le Guide devrait attirer l'attention des entités adjudicatrices sur l'opportunité de spécifier dans le dossier de sollicitation ou des documents équivalents que des offres pouvaient être rejetées au motif qu'elles étaient anormalement basses.

49. On a fait observer que l'actuel article 52 excluait que la décision de l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres conformément à l'article 12 puisse faire l'objet d'un recours et on s'est également interrogé au sujet de la cohérence des articles 12 et 12 *bis* sur ce point particulier. Il a été convenu qu'une décision finale sur la question des recours devrait être prise ultérieurement, une fois que l'article 52 aurait été examiné dans son ensemble. On a toutefois fortement appuyé l'idée que les décisions prises conformément à l'article 12 *bis* puissent faire l'objet d'un recours conformément à l'article 52 car cela constituerait une protection importante contre l'exercice abusif par les autorités adjudicatrices de leur pouvoir d'appréciation lorsqu'elles examinaient la question de savoir s'il fallait rejeter une offre anormalement basse.

50. On a souligné qu'il était nécessaire de définir ce qui constituait une offre anormalement basse dans la Loi type afin d'éviter des jugements subjectifs et les risques d'abus de la part des entités adjudicatrices. On a insisté sur le fait que, si on ne le définissait pas dans la Loi type, ce concept pouvait être plus nuisible qu'utile. Par ailleurs, on a souligné les difficultés qu'il y avait à le définir. On s'est déclaré favorable à la démarche actuelle consistant à ne pas considérer qu'une offre est anormalement basse uniquement en fonction du prix mais d'une notion plus large, à savoir les risques liés à l'exécution. On a rappelé les discussions approfondies que le Groupe de travail avait eues sur cette question à ses sessions précédentes.

51. On a également demandé si le fait d'utiliser le terme "offre anormalement basse" alors que ce concept ne se rapportait pas au prix mais plutôt aux risques liés à l'exécution ne prêtait pas à confusion et s'il ne fallait pas trouver un autre terme tel que "offres non viables" ou "offres inadéquates ou irréalistes" afin de mieux exprimer le sens recherché.

52. L'opinion qui a prévalu a été qu'il suffirait d'explicitier le terme "offre anormalement basse" dans le chapeau du paragraphe 1 en mentionnant, à propos du prix, les éléments de l'offre qui pourraient susciter chez l'entité adjudicatrice des craintes concernant les risques liés à l'exécution.

53. On a également demandé s'il était suffisant, comme le faisait le texte actuel, d'établir uniquement un lien entre les offres anormalement basses et le risque lié à l'exécution du marché. On a souligné qu'il était nécessaire de tenir compte du fait que les offres anormalement basses pouvaient résulter d'une activité criminelle telle que le blanchiment d'argent. Le Groupe de travail a noté que le texte du Guide accompagnant l'article 12 *bis* (tel qu'il était proposé au paragraphe 49-5 du document A/CN.9/WG.I/WP.50) précisait qu'une autre loi pouvait imposer aux entités adjudicatrices de rejeter des offres lorsqu'elles suspectaient le blanchiment d'argent ou d'autres activités criminelles. Il a été convenu qu'il serait suffisant de traiter ces questions dans le Guide.

54. Le Groupe de travail est convenu d'apporter les modifications suivantes au projet d'article 12 *bis*:

a) Remanier le chapeau du paragraphe 1 de manière qu'il se lise comme suit: "L'entité adjudicatrice peut rejeter une offre, une proposition, un prix ou une soumission si elle a déterminé que le prix indiqué, avec les éléments de l'offre, de la proposition, du prix ou de la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, à condition..."; et

b) Supprimer les mots "qui les a présentés" à l'alinéa b) du paragraphe 1.

55. Il a également été proposé de modifier le membre de phrase "elle continue cependant, pour des motifs raisonnables, d'entretenir des craintes" à l'alinéa c) du paragraphe 1 pour garantir une plus grande objectivité des motifs justifiant ces craintes. Par contre, on a fait observer que le critère "motifs raisonnables" avait été introduit précisément parce qu'il reposait sur la notion d'objectivité et on a exprimé des doutes quant à la possibilité de rédiger une formule plus objective. Il a été convenu que, pour autant que des recours puissent être exercés contre les décisions injustifiées et déraisonnables des entités adjudicatrices, la formule "motifs raisonnables" était suffisante. Toutefois, le Guide devrait souligner l'obligation d'objectivité.

C. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.55)

1. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 *bis* et texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 3 à 9)

56. Afin de s'aligner sur une disposition analogue figurant à l'article 54-5 de la directive 2004/18/CE de l'Union européenne, il a été convenu d'ajouter les mots suivants à la fin du paragraphe 3: "L'invitation à participer à l'enchère est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète des offres initiales". On a souligné à propos de cette modification que, pour préserver l'anonymat des

soumissionnaires, les résultats de l'évaluation complète des offres initiales devraient être communiqués individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs concernés, mais uniquement dans la mesure pertinente pour chacun d'eux, afin d'éviter de porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des parties ou d'entraver par la suite le libre jeu de la concurrence.

57. Le Groupe de travail est aussi convenu de remplacer l'expression "première évaluation complète des soumissions" dans le paragraphe 3 par les mots "évaluation complète des offres initiales". Il a prié le secrétariat d'apporter d'autres modifications rédactionnelles aux paragraphes 2 b) et 3, afin de veiller à la clarté et à la cohérence des termes employés et de la présentation, notamment en ce qui concerne l'évaluation et les critères d'attribution.

Texte du Guide pour l'incorporation

58. Il a été convenu d'apporter les modifications suivantes au projet de texte à insérer dans le Guide:

- a) Remplacer dans le paragraphe 1 les mots "[en plus]" par les mots "de prix et";
- b) Supprimer les mots "mais n'impose ni n'encourage" du paragraphe 3;
- c) Supprimer le texte figurant entre crochets aux paragraphes 3, 5 et 10;
- d) Faire des renvois plus précis aux paragraphes et aux alinéas pertinents de l'article 22 *bis* dans l'ensemble du texte du Guide;
- e) Reformuler comme suit la dernière phrase du paragraphe 8: "Il permet également à l'entité adjudicatrice d'annuler l'enchère conformément à l'article 51 *quater* si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère";
- f) Dans la deuxième phrase du paragraphe 10, supprimer les mots "par conséquent", placer la référence aux "chiffres" et aux "pourcentages" après le mot "quantifiables" et ajouter les mots "peuvent être" avant les mots "exprimés en termes monétaires". Il a été souligné que ce paragraphe, qui expliquait les dispositions de l'article 22 *bis*, faisait référence aux critères quantifiables autres que le prix qui seraient évalués avant l'enchère ou soumis à cette dernière et non aux éléments décisifs des spécifications qui déterminaient si une offre était conforme ou non, ni aux systèmes de points;
- g) Supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 10 telles qu'elles étaient rédigées et aborder, dans la section générale du Guide, les problèmes d'objectivité que posait l'utilisation de critères autres que le prix et leur pondération dans l'attribution de marchés car ces problèmes concernaient toutes les méthodes de passation. Le paragraphe 10 aborderait néanmoins cette question dans le contexte spécifique des enchères électroniques inversées et renverrait à la discussion générale; et
- h) Ajouter un passage sur les mesures pratiques qu'il serait utile que les États adoptants prennent lors de l'introduction des enchères électroniques inversées, par exemple faire connaître cette technique de passation et dispenser la formation nécessaire aux soumissionnaires et aux autres parties intéressées.

59. En ce qui concerne le paragraphe 6, on a noté qu'il ne serait pas possible dans la pratique de disposer de listes exhaustives et actualisées des articles pouvant ou non faire l'objet d'enchères électroniques inversées. Des avis divergents ont été exprimés quant à la recommandation spécifique éventuelle que le Guide devrait faire concernant l'utilisation de listes positives ou négatives. D'un côté, on a exprimé une préférence pour l'utilisation de listes positives qui, a-t-on signalé, avaient donné de bons résultats dans certains pays. D'un autre côté, on a dit qu'il fallait se garder de recommander le recours à quelque liste que ce soit car le progrès technologique risquait d'en compromettre l'utilisation et la pertinence. Il a été convenu de reformuler la dernière partie du paragraphe 6 en faisant référence à des groupes non exhaustifs ou indicatifs d'articles pouvant donner lieu à la passation de marchés par enchères électroniques inversées et de conserver la référence aux caractéristiques génériques qui déterminaient si un article se prêtait ou non à cette technique.

60. Il a aussi été fait observer que dans cette section du Guide le terme "prix" désignait un élément de l'offre qui serait évalué pendant l'enchère et non le montant du marché adjugé.

61. Le Groupe de travail s'est demandé si le Guide devrait recommander uniquement les enchères électroniques inversées qui ne prenaient en considération que le prix (voir A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 7) ou également celles qui étaient fondées à la fois sur le prix et sur la qualité. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait adopter une approche souple et ne faire aucune recommandation sur la question. On a estimé qu'à cet égard, le texte actuellement proposé pour le Guide était bien équilibré.

2. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projet d'article 51 bis à sexies (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 10 à 33)

Projet d'article 51 bis et points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant cet article (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 10 à 13)

62. Un certain nombre de réserves ont été formulées en ce qui concerne les dispositions au paragraphe 2 c), qui envisagent de donner à l'entité adjudicatrice la possibilité de limiter le nombre de candidats à l'enchère. On a fait observer que cette disposition pourrait restreindre de façon injustifiée la concurrence. On a souligné d'un autre côté qu'il arrivait dans la pratique que le nombre de candidats souhaitant participer à l'enchère électronique inversée dépasse la capacité du système. L'opinion qui a prévalu a été que le fait de limiter le nombre de fournisseurs pouvait être justifié mais que cette possibilité devrait être examinée au cas par cas. Cependant, il faudrait prévoir dans la Loi type des dispositions garantissant que les limites qui pourraient être imposées le soient de façon justifiée et objective. Ainsi, par exemple, le texte de ces dispositions pourrait reprendre le raisonnement sur lequel s'appuie l'actuel article 20 b) pour autoriser la limitation du nombre de participants à l'appel d'offres restreint (à savoir que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour permettre la participation de tous seraient disproportionnés). On a également fait observer que la façon de limiter le nombre de participants devrait être objective et traitée de façon cohérente dans l'ensemble de la Loi type et que les entités adjudicatrices devraient être tenues d'assurer un maximum de concurrence et pas seulement une concurrence suffisante.

63. Un certain nombre de représentants ont déclaré que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être autorisée à limiter le nombre de candidats. On a noté que le principe général énoncé dans la Loi type était de garantir une concurrence entièrement libre et équitable, mais que d'autres méthodes de passation permettaient de limiter le nombre de participants pour des raisons d'efficacité (dans le cas de l'appel d'offres restreint, l'une de ces raisons était que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur du marché (article 20 b) de la Loi type)).

64. En ce qui concerne le principe de la limitation des participants, on a demandé pourquoi les mêmes arguments ne seraient pas valables dans le contexte des enchères électroniques inversées, eu égard en particulier aux conditions régissant leur utilisation énoncées dans le projet d'article 22 *bis*. En outre, certains représentants ont signalé des cas où des systèmes automatiques avaient été paralysés par le nombre excessif de fournisseurs, et que, de ce fait, il faudrait en limiter le nombre, mais d'autres ont estimé que le progrès technologique pourrait atténuer ce problème. En ce qui concerne la procédure d'élimination des candidats, on a exprimé la crainte qu'il serait difficile dans la pratique de fixer des critères objectifs pour éliminer les fournisseurs qualifiés qui ont soumis des offres conformes. D'un autre côté, on a fait observer que le principe "premier arrivé, premier servi" constituerait un critère objectif.

65. Selon un autre point de vue, les projets d'articles 22 *bis*-1 a) et 51 *quater* offraient des garanties suffisantes en imposant aux entités adjudicatrices l'obligation d'assurer une "concurrence effective", et celles-ci répondraient de la façon dont elles s'acquittent de cette obligation devant les organes de contrôle et les tribunaux. On a émis l'opinion qu'il pourrait être nécessaire de renforcer l'obligation d'assurer une "concurrence effective" dans les projets d'articles 51 *bis* et *quater* afin de garantir le maximum de concurrence compte tenu des circonstances. On a également déclaré que la "concurrence effective" n'était pas un concept précis, qu'elle dépendait du marché considéré et des conditions des marchés ainsi que des règles applicables et de leur interprétation dans divers ordres juridiques.

66. En ce qui concerne le paragraphe 2 e) i), il a été convenu de remplacer le renvoi à l'article 25 f) à j) par un renvoi à l'article 25-1 f) à j). En ce qui concerne le paragraphe 2 e) ii), il a été convenu de modifier le libellé de ce paragraphe afin d'indiquer clairement les raisons pour lesquelles des offres initiales pouvaient être soumises. On a appuyé le point de vue selon lequel une évaluation de la conformité avant l'enchère devrait être imposée dans toutes les enchères électroniques inversées et que la soumission d'offres initiales aux fins d'évaluation devrait être obligatoire pour toutes les enchères électroniques inversées dans le cadre desquelles des critères autres que le prix seraient utilisés pour déterminer l'offre à retenir. Selon un autre point de vue, il serait préférable de maintenir la souplesse actuellement accordée aux autorités adjudicatrices à cet égard en leur donnant la possibilité, lorsqu'il y a lieu, d'évaluer la conformité des offres après l'enchère (bien que dans ce cas, les candidats puissent produire, avant l'enchère, des informations certifiant leur capacité à fournir les articles faisant l'objet du marché).

67. Il a été suggéré de modifier le libellé de la dernière phrase du paragraphe 6 d) afin qu'elle se lise comme suit: "Lorsqu'une évaluation des offres initiales a eu lieu, l'entité adjudicatrice devrait également communiquer à chaque fournisseur ou entrepreneur des informations sur le résultat de leurs évaluations respectives dans le

cadre de l'invitation à participer à l'enchère". On s'est également interrogé sur l'étendue de l'information à communiquer aux fournisseurs ou aux entrepreneurs en application de cette règle, eu égard à la fois à l'objectif de transparence totale et à la nécessité d'éviter de révéler des informations à caractère confidentiel et névralgiques d'un point de vue commercial et de fournir des renseignements susceptibles de faciliter la collusion. On a estimé que l'information ainsi communiquée devrait leur permettre de déterminer avant l'enchère les modifications qu'ils devraient apporter à leur offre pour améliorer leur position par rapport aux autres fournisseurs invités à participer.

68. En ce qui concerne l'obligation d'assurer une concurrence effective (énoncée au projet d'article 51 *quater*), certains représentants ont indiqué qu'il serait souhaitable d'exiger que l'entité adjudicatrice spécifie dans l'avis d'enchère le nombre minimum de fournisseurs devant s'inscrire pour participer à l'enchère afin d'assurer une concurrence effective. (Cette exigence serait ensuite intégrée aux exigences pertinentes énoncées dans l'article 51 *bis*.) Cette suggestion a suscité des réserves motivées par le fait que, pour garantir une concurrence effective et prévenir la collusion, il ne suffisait pas simplement d'avoir un certain nombre de candidats (par exemple, les filiales d'une société ou des entités apparentées peuvent s'entendre pour participer à l'enchère afin de donner l'illusion d'une véritable concurrence). L'opinion qui a prévalu a été qu'un nombre minimum de candidats contribuerait à assurer une concurrence effective et qu'aucun nombre précis ne devrait être fixé dans la Loi type ou le Guide pour l'incorporation, mais les opinions divergeaient sur le point de savoir si l'entité adjudicatrice devrait être tenue d'indiquer un nombre minimum dans l'avis d'enchère.

69. Selon un point de vue, même si l'entité adjudicatrice était tenue de spécifier un nombre minimum de candidats dans l'avis d'enchère électronique inversée, elle conserverait le droit d'annuler l'enchère conformément aux projets d'articles 51 *bis* et *quater* si une concurrence effective n'était pas assurée (cependant, certains représentants ont estimé qu'elle n'aurait ce droit que si elle l'avait spécifié dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 12-1).

70. Il a été fait part de l'expérience acquise dans certains pays où on exigeait un nombre minimum de candidats. Il a été signalé aussi que la Loi type, par exemple dans son article 50, mentionnait un nombre minimum souhaitable de participants pour certaines méthodes de passation, en indiquant notamment qu'il fallait au moins trois participants si possible dans le cadre d'une procédure de sollicitation de prix.

71. L'opinion qui a prévalu a été qu'il faudrait donner à l'entité adjudicatrice la latitude de décider, pour chaque procédure de passation, s'il était justifié de fixer un nombre maximum ou minimum de candidats; cette latitude serait subordonnée aux exigences de concurrence effective et de non-discrimination dans le traitement des candidats; et toute décision de ce genre devrait être mentionnée dans l'avis d'enchère électronique inversée conformément au projet d'article 51 *bis*. Le Groupe de travail est convenu d'achever l'examen de ces questions dans le contexte de l'article 51 *quater*, dans lequel il était proposé d'ajouter un nouveau paragraphe 3 qui y serait consacré (voir par. 76 à 81 ci-dessous).

72. En ce qui concerne la structure de l'article 51 *bis*, on a noté que cet article avait été rédigé de manière à traiter la question des procédures préalables à l'enchère pour tous les types d'enchères électroniques inversées utilisées comme

méthodes de passation à part entière et qu'afin d'éviter que le texte ne soit excessivement long, on avait eu largement recours à des renvois à d'autres articles de la Loi type. Le Groupe de travail a estimé que le résultat était complexe et difficile à suivre et a donc examiné la question de savoir si le recours à d'autres solutions rédactionnelles ne pourrait pas rendre cet article et les procédures plus faciles à comprendre. Une solution qui a été proposée consistait à reproduire intégralement toutes les dispositions pertinentes dans le texte. Dans une version électronique, l'emploi d'hyperliens pourrait rendre moins difficile l'utilisation de renvois, mais les lecteurs pourraient également utiliser une version papier. Faciliter la lecture de cet article et en faire une disposition indépendante étaient des considérations qui, a-t-on dit, devaient l'emporter sur la crainte que celui-ci ne soit trop long.

73. Il a été convenu de scinder le texte en plusieurs articles et de définir les concepts qui y étaient utilisés afin de faciliter la compréhension de certaines de ses dispositions. En ce qui concerne la façon de scinder le texte, un certain nombre de suggestions ont été faites. Il a notamment été proposé qu'un article distinct soit consacré à divers éléments ou étapes de la procédure, par exemple au contenu de l'avis d'enchère électronique inversée. Il a aussi été proposé d'indiquer dans un article toutes les procédures et étapes connexes que comporteraient les enchères électroniques inversées les plus simples et de décrire dans les articles suivants les procédures qui seraient requises pour les enchères plus complexes. Il a été demandé au secrétariat d'étudier comment les dispositions contenues dans le texte pourraient être présentées afin d'en faciliter la lecture.

Projet d'article 51 ter et points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 14 à 17)

74. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si une méthode de passation quelconque telle que l'appel d'offres devait être expressément exclue du champ d'application du projet d'article. Rappelant la décision qu'il avait prise à sa onzième session (A/CN.9/623, par. 74), le Groupe a marqué son accord avec la solution rédactionnelle actuelle qui laissait la possibilité de recourir aux enchères électroniques inversées dans le cadre de diverses méthodes de passation envisagées par la Loi type, étant entendu que le Guide devrait donner des indications précises sur toutes les questions pertinentes qui se posaient.

75. Il a été proposé de modifier le libellé du paragraphe 1 du projet d'article de manière qu'il se lise comme suit: "Le marché conclu dans le cadre des méthodes de passation envisagées par la Loi type peut être attribué après qu'une enchère électronique inversée a eu lieu. L'enchère devrait être compatible avec les conditions d'utilisation de la procédure de passation considérée et les phases préalables à cette procédure". On a noté que des modifications devraient être apportées en conséquence au paragraphe 2 du projet d'article.

Projet d'article 51 quater et points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 18 à 20)

76. Il a été convenu qu'il faudrait développer le projet d'article pour assurer une concurrence effective en termes non seulement quantitatifs, mais aussi qualitatifs, et que le droit d'annuler l'enchère électronique inversée en cas de concurrence insuffisante s'appliquerait à la fois avant et pendant l'enchère.

77. Il a été proposé d'inclure, dans le projet d'article 51 *quater*, un nouveau paragraphe 3 libellé comme suit: "En fonction de la nature des biens, des services ou des travaux à adjudger et sous réserve que soit utilisée la méthode de l'enchère électronique inversée, l'entité adjudicatrice peut fixer un nombre minimum ou un nombre minimum et maximum de soumissionnaires pour assurer, dans toute la mesure possible, la concurrence effective mentionnée aux paragraphes précédents du présent article, et pour écarter toute discrimination ou exclusion arbitraire, respectant en cela les dispositions de l'article 51 *bis-4*." Il a été noté qu'il faudrait modifier en conséquence le projet d'article 51 *bis* pour faire en sorte que la décision prise par l'entité adjudicatrice quant au nombre maximum ou minimum de soumissionnaires apparaisse dans l'avis d'enchère électronique inversée.

78. Certains délégués ont posé la question de savoir si ce critère devrait dépendre de la nature du marché ou du type d'enchère électronique inversée. Il a également été observé qu'il serait indépendant de la valeur des biens puisque le principe de concurrence effective s'appliquait de manière générale. En outre, il a été noté que le coût d'enchères électroniques inversées serait marginal et que l'efficacité de l'ensemble de la procédure d'administration de la passation de marché serait le bénéfice à prendre en compte. D'autres intervenants ont considéré que ces dispositions étaient importantes dans le contexte spécifique d'enchères électroniques inversées car par ailleurs, elles n'ajouteraient rien aux principes généraux de concurrence et de traitement équitable des participants applicables à toutes les méthodes de passation de marchés. Ils ont également estimé qu'elles rendaient plus objectifs et plus clairs les critères que l'entité adjudicatrice devrait appliquer pour prendre sa décision quant à un nombre maximum de soumissionnaires.

79. L'avis qui a prévalu était qu'il fallait adopter, pour le nouveau paragraphe 3, un autre libellé: "l'entité adjudicatrice peut fixer un nombre minimum ou maximum de soumissionnaires, ou les deux, si elle est persuadée que ce faisant, elle assure une concurrence effective et un traitement équitable", mais que le fait que les circonstances factuelles de chaque passation de marché étaient un critère pertinent serait inclus dans le Guide.

80. En ce qui concerne le renforcement du critère de concurrence effective, il a été proposé que l'article 51 *quater* inclue l'obligation d'assurer "une concurrence effective dans toute la mesure possible" compte tenu, en particulier, du fait que dans certains pays, cette "concurrence effective" avait été interprétée comme celle minimale exigée par la loi et n'était pas une garantie de satisfaction. D'autres intervenants ont estimé que cette interprétation n'était pas courante.

81. Il a été souligné que la Loi type exigeait, de manière générale, une concurrence pleine et ouverte, que les raisons de limiter la participation étaient à la fois exceptionnelles et pratiques, et que le but était de limiter le nombre de participants, pas le principe de concurrence. En conséquence, une limitation du nombre de participants ne serait autorisée que dans la mesure des motifs invoqués pour l'imposer. Il a également été observé qu'il faudrait que les mêmes motifs de limitation s'appliquent à toutes les méthodes de passation de marchés dans lesquelles une concurrence pleine et ouverte pourrait être entravée. Il a été convenu que le concept de "concurrence effective" mentionné dans la Loi type devrait être expliqué dans l'une des premières sections du Guide comme renvoyant à une concurrence pleine et ouverte ou aux seules limitations autorisées par la Loi type

dans certaines circonstances et avec les garanties visées plus haut, et que cette limitation ne devrait pas créer de discrimination. Des renvois croisés seraient faits à cette discussion générale dans tous les textes qui commenteraient les articles autorisant une limitation de la participation.

82. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer un nouveau paragraphe 3 en tenant compte les propositions émises, étant entendu que la fixation d'un nombre minimum de soumissionnaires contribuerait à assurer une concurrence effective, tandis que celle d'un nombre maximum répondrait à des nécessités pratiques.

Projet d'article 51 quinquies et points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 21 à 28)

83. En ce qui concerne le projet d'article 51 *quinquies*-1 c), le Groupe de travail s'est interrogé sur les informations qui devraient être divulguées aux participants au cours de l'enchère. On a souligné la nécessité de concilier le souci de transparence avec les considérations relatives à la concurrence (par exemple pour prévenir la collusion) et les intérêts légitimes des candidats (par exemple pour prévenir la divulgation d'informations commercialement sensibles). Le Groupe de travail a rappelé les délibérations pertinentes qu'il avait tenues dans le contexte du projet d'article 51 *bis*-6) d) concernant le degré de divulgation, avant l'enchère, d'informations sur les résultats de l'évaluation préalable à l'enchère (voir par. 66 ci-dessus) et est convenu que l'approche adoptée dans les deux projets d'articles devait être cohérente.

84. Selon un avis, il ne faudrait divulguer au cours de l'enchère que des informations restreintes, par exemple sur le point de savoir si un candidat avait présenté la meilleure offre. Ainsi, le meilleur prix ne serait ainsi divulgué à aucun moment de l'enchère, car une telle divulgation inciterait à diminuer de très peu le montant des offres, ce qui empêcherait l'entité adjudicatrice d'obtenir le meilleur résultat et risquerait par ailleurs de favoriser la soumission d'offres anormalement basses. Selon un autre avis toutefois, l'expérience avait montré dans certains pays que la divulgation du meilleur prix au cours de l'enchère n'avait pas d'effets négatifs.

85. Selon l'avis qui a prévalu, compte tenu de la diversité et de l'évolution des pratiques, il faudrait conserver l'approche souple du texte actuel et exposer dans le Guide les différentes options ainsi que leurs avantages et inconvénients.

86. Il a été convenu qu'au paragraphe 4 du projet d'article: i) il faudrait préciser que la disposition visait la défaillance des systèmes ou des communications de l'entité adjudicatrice et non de ceux des fournisseurs ou entrepreneurs; ii) les mots "[qui empêchent la tenue de l'enchère]" devraient être remplacés par les mots "qui compromettent la tenue en bonne et due forme de l'enchère" ou par une formule analogue; et iii) il faudrait supprimer la deuxième série de crochets (mais pas le texte y figurant).

87. Afin d'éviter le risque de manipulation des systèmes de communication pour empêcher certains soumissionnaires de participer à une enchère électronique inversée, plusieurs délégations ont été d'avis que l'entité adjudicatrice devait suspendre l'enchère électronique inversée en cas de défaillances des systèmes de communication. Il a été suggéré que le mot "peut" devrait être remplacé par les mots "doit" ou "suspend" et "y met fin". On a estimé qu'il faudrait prévoir,

s'agissant des défaillances des systèmes, des garanties contre toute manipulation de la part de l'entité adjudicatrice, notamment en offrant des moyens de vérifier les causes, la nature et l'authenticité des défaillances ainsi que les mesures prises par l'entité adjudicatrice pour y remédier. On a estimé que cela valait non seulement pour la conduite de l'enchère électronique inversée dans son ensemble, mais aussi pour les systèmes de passation en général, et on est convenu qu'il était capital d'offrir aux fournisseurs un moyen de recours efficace aussi bien après les faits qu'avant l'attribution éventuelle du marché. On a fait observer que cela pourrait être difficile et que la question de la manipulation dans un système dynamique risquait d'être particulièrement ardue. Le Groupe de travail est convenu de traiter la question ainsi que les solutions proposées lorsqu'il examinerait les modifications pouvant être apportées aux dispositions sur le recours dans l'article 52.

88. Il a été proposé que le paragraphe 4 indique expressément que l'entité adjudicatrice était responsable du système utilisé pour mener une enchère électronique inversée, mais on a estimé que les questions pertinentes avaient été abordées dans le contexte du projet d'article 30-5 c) et du paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.54 (voir par. 39 et 40 plus haut).

Projet d'article 51 sexies et points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 29 à 33)

89. Il a été décidé de refléter dans le projet d'article le fait que quatre options éventuelles pouvaient être suivies si le soumissionnaire retenu ne concluait pas le marché: les trois options figurant dans le texte ou l'annulation de la passation de marché. Le Groupe de travail a demandé que le texte soit révisé de manière à y inclure la quatrième option et à faire en sorte que les options soient présentées clairement (éventuellement en scindant l'alinéa b) du paragraphe 1). Il a également été décidé d'indiquer dans le texte que la conformité pouvait être évaluée après l'enchère. Il a été suggéré qu'il faudrait fournir des conseils aux États adoptants au sujet des aspects de la procédure de vérification des qualifications, de la conformité et des offres électroniques inversées après l'enchère, eu égard aux spécificités des enchères électroniques inversées, notamment au fait qu'elles étaient conçues pour limiter ou exclure l'intervention humaine dans l'attribution des marchés sur la base des résultats de l'enchère.

3. Modifications à apporter en conséquence aux dispositions de la Loi type: procès-verbal de la procédure de passation des marchés (art. 11 de la Loi type) (A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 34 à 37)

90. En ce qui concerne le paragraphe 36 du document A/CN.9/WG.I/WP.55, il a été suggéré que l'article 11-2 ne devrait pas être modifié, mais que le Guide devrait souligner les risques éventuels de collusion dans des passations de marché ultérieures si les noms des soumissionnaires rejetés ou des soumissionnaires dans des passations de marché suspendues ou auxquelles il a été mis fin étaient divulgués. Le secrétariat a été prié de veiller à ce que l'entité adjudicatrice soit en mesure de bénéficier de la protection prévue par l'article 11-3 qui autorise à ne pas divulguer ce genre d'informations pour garantir le jeu de la concurrence à l'avenir et de fournir un commentaire approprié comme cela a été envisagé à la onzième session.

91. Il a été décidé d'ajouter les mots "l'ouverture et la clôture" après les mots "la date et l'heure de" et de commenter dans le Guide la signification du membre de phrase "ouverture de l'enchère".

92. Il a également été convenu que le secrétariat devrait veiller à ce que toutes les dispositions et garanties s'appliquant aux offres, propositions et autres soumissions s'appliquent aussi le cas échéant aux offres initiales soumises avant une enchère électronique inversée.

D. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.52 et WP.56, annexe, par. 2 à 9)

1. Remarques générales

93. On a appuyé l'approche rédactionnelle suivie dans le document A/CN.9/WG.I/WP.52, qui consiste à appliquer les garanties de transparence et de concurrence de la Loi type à toutes les étapes de la passation de marchés reposant sur des accords-cadres, y compris la deuxième (l'attribution du marché proprement dit), compte tenu en particulier de la difficulté à assurer une concurrence effective qui a été rencontrée dans des systèmes suivant une approche moins globale.

2. Projet d'article [51 octies]. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.52, par. 10 à 17)

94. Il a été proposé de remplacer, au paragraphe 1, l'expression "accord-cadre" par "accords-cadres", pour permettre à l'entité adjudicatrice de conclure plus d'un accord pour chaque passation de marché. Ce changement a été proposé pour permettre différents arrangements contractuels avec différents fournisseurs (notamment pour des raisons de conflit d'intérêt) ou pour des raisons de confidentialité (par exemple en matière de droits de propriété intellectuelle). Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité et aux incidences pratiques d'une telle approche. On s'est inquiété en particulier de son caractère potentiellement contraire à la concurrence et opaque, et du risque d'attribution abusive de marchés au titre d'accords-cadres distincts.

95. Un échange de vues a eu lieu sur la question de savoir si l'entité adjudicatrice devait être autorisée à effectuer des achats en dehors de l'accord-cadre. Il a été noté que certains États autorisaient les autorités adjudicatrices à le faire en menant une nouvelle procédure de passation. On s'est interrogé sur l'intérêt, pour les fournisseurs, de participer à des accords-cadres dans de telles conditions. Il a été dit que les fournisseurs parties à l'accord-cadre devaient pouvoir raisonnablement espérer se voir attribuer un marché portant au moins sur une valeur ou une quantité minimale précisée dans l'accord, faute de quoi ils pourraient estimer que les frais de participation excédaient les avantages qu'ils pouvaient en retirer. Cela dit, on a fait valoir que ces frais pouvaient être marginaux et les avantages importants.

Annexe

**Calendrier et ordre du jour provisoires des treizième à
quinzième sessions du Groupe de travail arrêtés à sa
onzième session**

<i>Session</i>	<i>Jour 1</i>	<i>Jour 2</i>	<i>Jour 3</i>	<i>Jour 4</i>	<i>Jour 5</i>
Treizième, Printemps 2008	Accords- cadres	Accords-cadres	Listes de fournisseurs	Enchères électroniques inversées	Voies de recours
Quatorzième, Automne 2008	Voies de recours	Voies de recours/ Accords-cadres	Accords-cadres/ Listes de fournisseurs	Accords-cadres/ Listes de fournisseurs	Conflits d'intérêts/ Services et biens
Quinzième, Printemps 2009	Conflits d'intérêts/ Services et biens	Examen général des modifications apportées à la Loi type et des dispositions pertinentes du Guide pour l'interprétation	Examen général des modifications apportées à la Loi type et des dispositions pertinentes du Guide pour l'interprétation	Examen général des modifications apportées à la Loi type et des dispositions pertinentes du Guide pour l'interprétation	Examen général des modifications apportées à la Loi type et des dispositions pertinentes du Guide pour l'interprétation