

**Assemblée générale**Distr.: Limitée
7 juin 2004Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Sixième session
Vienne 30 août-3 septembre 2004

**Faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés
publics – questions découlant de l'utilisation accrue des
communications électroniques dans la passation des
marchés publics**

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Faits nouveaux dans la passation des marchés publics – utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés	3
1. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés	5
A. Contexte	5
B. Possibilités de marchés	6
C. Publication des lois et règlements régissant les marchés publics	9
D. Publication des avis d'attribution de marchés	11
2. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	12
3. Enchères électroniques (inversées)	18
III. Recommandations	21



I. Introduction

1. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la “Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés” ou la “Loi type”) et le Guide pour son incorporation dans le droit interne qui l’accompagne, ont pour objet de servir de modèle aux États pour l’élaboration d’une législation sur la passation des marchés et de promouvoir des procédures visant à garantir la concurrence, la transparence, l’équité, l’économie et l’efficacité du processus de passation des marchés. Des législations fondées sur cette Loi type ou largement inspirées par elle ont été adoptées ou ont subi son influence dans de nombreux pays, et l’utilisation de cette loi a entraîné une harmonisation considérable des règles et procédures relatives aux marchés publics.

2. Dans son Rapport sur les travaux de sa trente-sixième session, la Commission s’est déclarée très favorable à l’inclusion du droit des marchés publics dans son programme de travail, afin notamment de pouvoir examiner les nouvelles questions et pratiques qui sont nées depuis l’adoption en 1994 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (*Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (document A/58/17), par. 229). Elle a en outre indiqué que le Groupe de travail devrait axer ses travaux sur deux grands domaines dans lesquels la Loi type gagnerait peut-être à être revue: premièrement, les questions que soulève la passation des marchés par voie électronique, et deuxièmement, les questions qui se sont posées lors de l’application de la Loi type elle-même.

3. Dans la présente note, qui est le premier de deux documents qu’il a élaborés en prévision des travaux futurs de la Commission sur la passation des marchés publics, le secrétariat examine les questions découlant de l’utilisation croissante des communications électroniques et de l’informatique dans la passation des marchés publics, notamment les méthodes reposant sur Internet. Le second document est intitulé “Faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l’expérience récente en matière d’application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services” (document A/CN.9/WG.I/WP.32). Afin de faciliter la lecture, l’expression “passation électronique des marchés” est employée dans la présente note pour désigner l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique dans la passation des marchés publics.

4. La présente note expose également diverses options que le Groupe de travail voudra peut-être examiner afin de traiter les questions que pose le recours à la passation électronique des marchés dans le cadre de la Loi type. Le Groupe de travail estimera peut-être que certaines de ces questions peuvent être réglées dans le cadre des dispositions existantes de la Loi type (ou par l’interprétation des lois et règles existantes, notamment comme cela est fait dans le Guide pour l’incorporation). Dans certains cas cependant, il faudra peut-être insérer une nouvelle disposition dans la Loi type. Le secrétariat s’étant concentré sur des questions de principe plutôt que sur la façon dont des dispositions pertinentes pourraient être rédigées à ce stade, la présente note ne cherche pas à formuler de propositions d’ordre rédactionnel.

5. Les travaux du secrétariat ont été menés en étroite coopération avec des organisations ayant de l'expérience et de l'expertise dans ce domaine, comme la Banque mondiale, et ont tiré parti de consultations avec des spécialistes.

II. Faits nouveaux dans la passation des marchés publics – utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés

6. Ces dix dernières années, deux avancées technologiques majeures ont changé les modalités de la passation des marchés: premièrement, l'utilisation des moyens de communication électroniques, qui a pris une ampleur considérable, et deuxièmement le fait que des États effectuent désormais certaines de leurs opérations de passation de marchés par voie électronique (les appels d'offres ou autres modes d'attribution de marchés se font en ligne, en général par Internet). Cette utilisation se développe rapidement et est envisagée par diverses législations nationales ainsi que par des organismes et accords internationaux comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, l'Organisation des États américains (OEA), l'Union européenne (UE) et le projet d'accord de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA).

Avantages potentiels et difficultés possibles de l'utilisation de la passation électronique des marchés

7. Parmi les nombreux avantages potentiels de l'utilisation du commerce électronique, on citera une rentabilité accrue résultant d'une concurrence renforcée sur un marché de fournisseurs plus large, une meilleure information des fournisseurs et des techniques plus compétitives, des économies de temps et d'argent, une meilleure administration des marchés attribués, et, grâce à la possibilité d'un suivi plus efficace et d'un contact moins direct entre fournisseurs et entités adjudicatrices, une meilleure application des règles et politiques et un recul de la corruption et des abus. En outre, la passation électronique des marchés offre d'excellentes occasions de renforcer la confiance du public et la transparence du processus.

8. Il est clair aussi que la voie électronique peut être utilisée tout au long du cycle de passation des marchés, et que ses avantages potentiels peuvent s'étendre au-delà de ce seul domaine, dans la mesure où elle peut créer de précieuses synergies avec d'autres politiques nationales. Par exemple, la passation électronique des marchés peut stimuler une plus grande concurrence des fournisseurs locaux en accélérant l'adoption par le secteur privé des pratiques modernes de passation des marchés publics et en promouvant la normalisation. Pour une discussion générale sur ce thème, voir le document du Centre du commerce international intitulé "*Public Procurement Training System*", Module 5, *E-procurement*, paragraphe 3.2, Talero, *Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences*, Document de synthèse de la Banque mondiale (sept. 2001), section B et Office of Government Commerce du Royaume-Uni, *A Guide to eProcurement for the Public Sector* (consultable sur le site <http://www.ogc.gov.uk>), chapitre 2.

9. Cela étant, les avantages potentiels exposés ci-dessus peuvent aller à l'encontre d'autres objectifs socioéconomiques des États adoptants: par exemple, l'amélioration de l'efficacité résultant de l'utilisation de contrats plus importants et d'accords-cadres peut avoir tendance à favoriser les grandes, plutôt que les petites et moyennes entreprises, dont la promotion comme moteur de la croissance économique est un élément de nombreuses politiques nationales.

10. En outre, la relative nouveauté des communications électroniques et les craintes concernant la confidentialité et l'authenticité risquent de dissuader des fournisseurs de participer à des opérations pour lesquelles les communications électroniques sont obligatoires.

Objectifs possibles de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services en ce qui concerne la passation électronique des marchés

11. Les avantages potentiels de la passation électronique des marchés résumés ci-dessus sont dans la ligne des principaux buts et objectifs de la Loi type, énoncés dans son préambule, mais il a été dit qu'il fallait peut-être revoir cette loi pour que les États adoptants puissent tirer pleinement parti de ces avantages.

12. La mesure dans laquelle ils pourront le faire dépendra de l'existence d'une infrastructure appropriée et d'autres ressources, de l'adéquation de la loi sur le commerce électronique applicable et de l'étendue de la normalisation dans l'État concerné. Le cadre juridique général d'un État (par opposition aux mesures concernant spécifiquement la passation des marchés publics) peut ou non offrir un appui adéquat pour la passation électronique des marchés. Par exemple, les lois régissant l'utilisation des communications écrites, les signatures électroniques, ce qui doit être considéré comme un document original et la recevabilité des moyens de preuve peuvent faire obstacle à l'utilisation de la passation électronique des marchés. Ces questions sont traitées par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001). Le Groupe de travail estimera donc peut-être que ces questions devraient être traitées par des mesures autres que des lois sur la passation des marchés dans les États adoptants. Par exemple, les Lois types mentionnées ci-dessus posent le principe de l'équivalence fonctionnelle des messages électroniques et des messages sur papier. Cependant, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le Guide pour l'incorporation devrait recommander que les États adoptants promulguent des lois appropriées pour traiter ces questions.

13. Dans le même ordre d'idées, en raison de la rapidité du progrès technologique et du niveau variable de sophistication technique des États Membres, le Groupe de travail jugera peut-être que toute disposition supplémentaire ajoutée à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés devrait être neutre sur le plan technique, c'est-à-dire que toute disposition régissant le recours à la passation électronique des marchés devrait porter sur les principes et non sur les mécanismes des communications et technologies en question. En conséquence, la présente note n'examine les technologies en jeu que dans la mesure où elles ont une incidence sur les considérations générales.

14. Les principales questions de fond recensées à ce jour en ce qui concerne la passation des marchés par voie électronique se posent dans les deux domaines suivants:

a) La publication d'informations relatives à la passation des marchés, notamment la publication des lois et règlements régissant les marchés, du dossier de sollicitation et des renseignements connexes, et des avis d'attribution de marché; et

b) L'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, notamment l'utilisation d'enchères électroniques (inversées).

15. Chacune de ces questions sera traitée comme suit: résumé des avantages potentiels et des difficultés possibles, résumé de l'étendue de l'utilisation actuelle, examen rapide des dispositions pertinentes d'autres régimes internationaux (lorsqu'ils existent) et de certains systèmes nationaux, renvoi aux dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI telle qu'elle est actuellement rédigée et, enfin, exposé de quelques options que le Groupe de travail pourra souhaiter examiner. Seront pris en considération: les dispositions de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique et de l'OMC; les accords commerciaux de l'Union européenne (UE) et de la Zone de libre-échange des Amériques ainsi que l'Accord sur les Marchés Publics et l'ALENA; et les principales dispositions internes du Brésil, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Royaume-Uni et de Singapour, et (dans une moindre mesure), du Canada et de Hong Kong, choisis en raison de leurs traditions différentes en matière de réglementation et de leur expérience importante de la pratique ou de la réglementation de la passation électronique des marchés.

1. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

A. Contexte

16. L'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés énonce le principe général selon lequel le texte de ladite loi et de "toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi ...", doit être promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour". Lorsqu'il examinera les questions de la publication d'informations relatives à la passation des marchés dans leur ensemble, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il serait approprié d'étendre ce principe à toutes les informations relatives à la passation des marchés publiées sur tous supports.

Avantages potentiels et difficultés possibles

17. L'utilisation de la voie électronique, pour la publication d'informations relatives à la passation des marchés peut assurer à ces dernières une diffusion plus large que les méthodes traditionnelles sur support papier, en les rendant plus accessibles à un plus grand nombre de fournisseurs. Les entités adjudicatrices peuvent fournir des informations plus nombreuses et de meilleure qualité en utilisant Internet qu'en utilisant le support papier, et peuvent aussi, par ce moyen, atteindre un plus grand nombre de fournisseurs. Cependant, ces avantages potentiels supposent l'existence d'outils de recherche efficaces sur Internet et/ou l'envoi d'une notification appropriée lorsque de nouvelles informations sont ajoutées. La notification exigerait quant à elle que les fournisseurs soient inscrits sous une forme

ou une autre. (Les questions liées entre elles de l'inscription et des listes de fournisseurs, et des catalogues électroniques, sont traitées dans le document A/CN.9/WP.32, à la section II A intitulée "Utilisation de listes de fournisseurs").

18. La publication et les annonces électroniques sont souvent moins coûteuses que les formulaires traditionnels sur papier, mais les coûts engendrés par l'obligation de passer une annonce sur support papier, et facultativement par voie électronique, peuvent jouer contre cette dernière. En effet, à partir du moment où une augmentation des coûts, en particulier au cours des phases initiales de l'application des systèmes électroniques peut réduire à néant les avantages de la publication électronique, et où il faut mettre sous forme électronique des informations qui ne l'étaient pas jusqu'alors, on risque de se heurter à des réticences.

19. Selon un avis répandu, c'est lorsqu'elles ont un caractère obligatoire que les publications électroniques sont les plus efficaces (c'est-à-dire lorsque l'on n'autorise pas de publications sur support papier en complément). Toutefois, les avantages peuvent être appréciables même lorsque les moyens électroniques sont facultatifs et l'obligation de publication électronique peut ne pas convenir dans tous les cas.

20. Par exemple, cette obligation peut limiter l'accès aux informations sur les marchés si l'infrastructure est inadéquate, s'il est techniquement difficile d'y accéder, si la publicité électronique se substitue à des moyens plus accessibles sur support papier et s'il faut payer un droit d'accès. Bien que ces problèmes puissent être considérés comme un phénomène temporaire et géographiquement limité, le Groupe de travail estimera peut-être qu'ils représentent actuellement un important sujet de préoccupation. Dans le même ordre d'idées, il devient plus difficile de garantir l'équivalence des informations disponibles par voie électronique et des supports papier existants si les premières peuvent être mises à jour plus ou moins instantanément, alors que les seconds supposent que des documents soient envoyés aux fournisseurs (ce qui peut aussi coûter cher et prendre du temps).

B. Possibilités de marchés

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions pertinentes de régimes internationaux et nationaux

21. Les États qui ont recours à la publication électronique informent souvent à l'avance des projets à venir ou fournissent des informations générales sur les possibilités de marchés avec des entités particulières.

22. Ces informations peuvent figurer sur les sites Web des entités adjudicatrices ou dans des systèmes électroniques centralisés couvrant de nombreuses entités, ou bien les deux. Dans les États où ces procédures de passation des marchés sont réglementées, les entités adjudicatrices sont normalement tenues d'utiliser un système électronique centralisé pour publier les informations qui doivent être publiées en vertu de la loi applicable (telles que les invitations à participer). Cependant, le secrétariat n'a pas constaté que l'obligation de publier les possibilités de marchés était une caractéristique habituelle des systèmes nationaux.

23. La publication électronique des marchés à venir, en revanche, a été constatée dans la quasi-totalité des systèmes nationaux examinés. Les régimes de passation

des marchés prévoient différentes modalités de publication: un organisme régional, par exemple, publie des informations sur les possibilités uniquement sous forme électronique, tandis que d'autres autorisent tout support satisfaisant aux exigences d'accessibilité.

24. Le régime de l'Union européenne comporte un système centralisé de publication et de traduction pour tous les États Membres qui doit être utilisé pour tous les marchés réglementés, dont les avis sont publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*, disponible sous forme électronique uniquement (sur Internet et sur CD-ROM). Cependant, des entités peuvent publier des avis supplémentaires dans d'autres publications et elles le font généralement (souvent sur support papier et/ou d'autres supports électroniques). Le régime de l'Union européenne exige des entités qu'elles publient des avis généraux de possibilités de marchés lorsque leurs achats de certains biens ou services dépassent un montant spécifié, et des préavis des principaux projets de travaux, bien que les nouvelles directives de l'UE prévoient que cette publication sera optionnelle. (Les entités qui publient de telles informations peuvent raccourcir les délais pour certaines procédures d'appel d'offres. Selon les nouvelles directives de l'UE, elles ne devront publier ces préavis que si elles souhaitent bénéficier de ces délais plus courts, et elles pourront aussi les publier sur leur propre page Web au lieu de passer par le Journal officiel.) Un autre instrument international, l'Accord sur les Marchés Publics (AMP), ne prévoit aucune obligation de fournir d'autres informations, que ce soit sous forme électronique ou sous une autre forme (bien que, dans la pratique, de nombreuses parties à l'Accord le fassent).

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

25. L'article 24 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés comporte deux paragraphes, qui portent sur la publication des invitations à participer à un marché prochain. Le premier paragraphe énonce que ces invitations doivent être publiées. Il n'est pas précisé où cette publication doit être faite, mais il est suggéré entre parenthèses que ce soit dans une publication officielle spécifiée par l'État adoptant au moment où celui-ci applique la Loi type (par exemple dans un journal officiel).

26. Le second paragraphe traite de la passation de marchés internationaux, et peut être considéré comme complémentaire du premier. Il dispose qu'une invitation à participer doit être publiée dans un "journal de grande diffusion internationale" ou dans "une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle" de grande diffusion internationale.

27. Ces dispositions supposent dans les deux cas une publication sur support papier.

28. Par ailleurs, l'article 27 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés porte sur les renseignements à inclure dans le dossier de sollicitation. Il ne fait pas expressément référence aux informations relatives à l'utilisation de moyens électroniques, mais aux termes de son alinéa z), l'entité adjudicatrice peut inclure toutes autres règles arrêtées par elle en matière de procédure de passation des marchés, disposition qui peut-être interprétée comme prévoyant l'insertion d'informations sur l'utilisation de moyens électroniques de communication et

l'appel d'offres. Il est dit dans le Guide pour l'incorporation que les États peuvent souhaiter édicter d'autres règlements sur ces questions.

Options possibles

29. Le Groupe de travail estimera peut-être qu'une disposition spécifique dans la Loi type portant sur la question de l'utilisation obligatoire ou facultative de la publication électronique en ce qui concerne les possibilités de marchés peut être appropriée, l'objectif étant de parvenir à une diffusion plus large à un moindre coût.

30. Il estimera peut-être cependant que le fait d'exiger la publication électronique risque de porter atteinte au principe général de l'accessibilité tant que certains États ne disposent pas d'une infrastructure adéquate. Une disposition pourrait alors traiter la question de la publication uniquement en termes d'accessibilité, sans préciser les moyens techniques à utiliser, comme c'est le cas dans l'exemple décrit ci-dessus, et des indications appropriées pourraient être données dans des règlements et le Guide pour l'incorporation. Une telle approche a pour avantage d'être neutre sur le plan technique, de sorte que l'évolution future des techniques ne nécessitera pas de nouvelle révision des dispositions, et de préserver le principe de la souplesse en ce qui concerne le support de publication. Elle a cependant un inconvénient, à savoir que l'exigence d'accessibilité peut être difficile à faire respecter dans de nombreux systèmes, ce qui risque de compromettre la transparence et la confiance du public. Cet inconvénient pourrait être pallié dans une certaine mesure par des conseils et des éclaircissements dans le Guide pour l'incorporation.

31. Néanmoins, comme le texte actuel de la Loi type suppose la publication sur support papier uniquement, il se peut que l'énoncé, dans le Guide pour l'incorporation, des avantages, de l'opportunité et des méthodes possibles de publication électronique, sans disposition à cette fin dans la Loi type elle-même, ne suffise pas pour promouvoir l'utilisation de la passation électronique des marchés. S'il est de cet avis, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'insérer une disposition appropriée dans le texte de la Loi type.

32. Si le Groupe de travail estime qu'une telle disposition expresse est justifiée:

a) En ce qui concerne le premier paragraphe, il pourra décider de redéfinir le terme "publication" de manière à inclure la publication électronique (facultative) ou la publication à effectuer (obligatoirement) par voie électronique sur des supports électroniques accessibles. Une autre solution, consistant à indiquer entre parenthèses dans le texte que les États adoptants devraient, lorsque c'est possible, insérer une référence à un moyen électronique (spécifié), peut aussi être envisagée;

b) Si le Groupe de travail préfère le principe d'une publication électronique facultative, mais souhaite promouvoir la publication électronique obligatoire à terme, la publication électronique pourrait être *exigée* si elle est ou devient possible dans l'État concerné, ou si un seuil d'utilisation des communications électroniques a été atteint. Un tel seuil peut être fixé par des règlements (plus faciles à modifier, dans une période de changement, que la loi de base) ou débattu dans le Guide pour l'incorporation. Une autre solution, si le Groupe de travail estime possible de parvenir à un consensus sur un seuil, et afin de préserver la transparence, pourrait être d'insérer ce seuil dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés elle-même;

c) S'agissant du second paragraphe, le Groupe de travail voudra peut-être de la même façon redéfinir les termes "journal" ou "une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle" pour qu'ils signifient "publication électronique" ou pour y inclure celle-ci, ou adopter une approche équivalente à la deuxième solution proposée à l'alinéa b) ci-dessus. Il convient de noter que l'utilisation d'Internet pour la publication électronique internationale suppose une accessibilité quasi-universelle des informations en question, mais (comme il est indiqué au paragraphe 17 ci-dessus) les entités, en particulier celles qui se trouvent à l'étranger, peuvent ignorer où trouver ces informations faute de moteurs de recherche efficaces, et ne pas être informées de leur mise à jour.

33. En ce qui concerne l'étendue des informations à fournir, une plus grande quantité d'informations peut être exigée dans les cas de publication électronique. Cependant, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il serait trop onéreux d'exiger que soient publiées, en sus de l'avis annonçant un marché futur, des informations substantielles sur les marchés à venir si ces informations n'ont jusque là existé que sur support papier. En conséquence, et étant donné que les autres informations à publier différeront selon les cas et les États, il jugera peut-être qu'il faudrait fournir des orientations à ce sujet dans le Guide pour l'incorporation et dans des recommandations concernant les règlements des États adoptants plutôt que dans la Loi type elle-même.

34. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la nécessité de donner, soit dans la Loi type ou dans le Guide pour son incorporation, des orientations détaillées portant (entre autres) sur des questions comme la souplesse en ce qui concerne l'utilisation d'un support de publication, qui doit décider du support de publication, la justification du recours aux seuls moyens électroniques ou de la non-utilisation de ces moyens, le fondement des décisions en la matière, la possibilité ou non de réexaminer ces décisions (voir également la section II E du document A/CN.9/WG.I/WP.32) et les responsabilités en cas d'omission. Enfin, il faudrait examiner la question de la garantie de l'équivalence entre la publication électronique et la publication sur support papier.

35. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander si la portée actuelle des dispositions de l'article 27 z) est suffisamment large ou s'il faudrait réviser la Loi type pour qu'elle fasse expressément référence à l'utilisation des communications électroniques dans de telles circonstances.

C. Publication des lois et règlements régissant les marchés publics

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions d'autres régimes internationaux

36. De nombreux États fournissent sous forme électronique des informations détaillées sur les règles juridiques régissant les marchés, les décisions interprétant ces règles et sur les politiques et procédures relatives aux marchés d'entités adjudicatrices particulières – dans certains cas sur des sites Web centralisés, dans d'autres sur les sites Web de ces entités.

37. L'article XIX de l'AMP dispose que certaines mesures relatives aux marchés publics doivent être publiées, sans toutefois spécifier sur quel support. (À l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les marchés publics sont largement

exclus des principales obligations de non-discrimination des accords multilatéraux, mais non des obligations de transparence prévues à l'article X.I de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et à l'article III.1 de l'Accord général sur le commerce des services. Néanmoins, le secrétariat de l'OMC s'est efforcé de diffuser certaines informations essentielles sur les systèmes nationaux par l'intermédiaire de ses propres pages d'accueil. L'article 10 du projet d'Accord de la ZLEA dispose que ces informations doivent être publiées sous une forme imprimée ou électronique, sur un support "à grande diffusion et facilement accessible au public, tel que le prévoit l'annexe XX" dudit accord. Il prévoit en outre que les États "s'efforceront de mettre en place un système d'information électronique" qui donne accès à ces informations. Les Principes non contraignants sur les marchés publics de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (par. 5 des Principes non contraignants sur les marchés publics du Groupe d'experts des marchés publics de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, disponible sur le site http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement) suggèrent que les informations mentionnées ci-dessus devraient être diffusées sur un support d'information accessible, et l'Association de coopération économique Asie-Pacifique s'efforce de promouvoir un accès facile à ces informations par voie électronique via son propre site Web.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

38. Aux termes de l'article 5 de la Loi type, le texte des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés, "est promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenu à jour".

Options possibles

39. L'article 5 semble être d'une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou sur support papier, et traite la question du point de vue de l'accessibilité.

40. Cependant, le Groupe de travail voudra peut-être insérer des dispositions plus détaillées sur ce thème, par exemple une disposition autorisant ou exigeant expressément la publication électronique de toutes les informations que les États sont actuellement tenus de publier conformément à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Les mêmes considérations que celles qui sont exposées aux paragraphes 29 à 31 ci-dessus s'appliqueraient en ce qui concerne les questions du caractère facultatif ou obligatoire de la publication, de l'accessibilité et des seuils.

41. Il peut aussi être souhaitable de fournir dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'intérêt de la publication électronique, et d'insister sur la relative facilité de la maintenance et de la mise à jour des informations par voie électronique.

42. En outre, des informations pertinentes utiles pour les fournisseurs potentiels (politiques ou orientations internes, par exemple), dont la Loi type n'exige pas actuellement la publication, peuvent faire l'objet de toute nouvelle disposition ou orientation donnée.

D. Publication des avis d'attribution de marchés

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions d'autres régimes internationaux

43. De nombreux États utilisent des moyens électroniques pour publier des informations détaillées sur les procédures d'attribution de marchés qui sont en cours ou qui ont eu lieu. Ainsi, Singapour donne des informations sur toutes les offres soumises après l'ouverture des plis (consultables sur <http://www.gebiz.gov.sg> sous les rubriques Business Opportunity-> More opportunities -> Tender Schedules) et au Brésil, un avant-projet de loi actuel prévoit que les entités seront tenues de publier sur Internet des informations portant à la fois sur les marchés en cours et sur les marchés attribués, y compris les fournisseurs adjudicataires et leurs ultimes entités de contrôle (texte du Sénat remplaçant l'avant-projet de loi n° 75 de la Chambre basse, de 2000).

44. La plupart des régimes internationaux exigent des entités adjudicatrices qu'elles publient des avis d'attribution de marchés donnant certaines informations de base sur l'attribution de marchés, sous réserve des dispositions relatives à la confidentialité. L'article XVIII de l'AMP, l'article 1015.7 de l'ALENA et le projet d'article 24.3 du chapitre XVIII du projet d'accord de la ZLEA disposent que les entités doivent faire paraître des avis d'attribution de marchés, sans préciser un support particulier (bien que le projet d'article 24.3 laisse entendre que la seule diffusion sous forme électronique peut être acceptable). Les directives de l'Union européenne prévoient que les entités adjudicatrices publient des avis d'attribution de marchés sous forme électronique uniquement.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

45. L'article 14 de la Loi type exige que l'entité adjudicatrice publie les avis d'attribution des marchés d'une valeur dépassant un seuil spécifié par l'État adoptant. Il prévoit en outre que les règlements peuvent indiquer les modalités de publication. Une fois encore, l'article est d'une portée suffisamment large pour englober toute forme de publication – électronique ou autre.

Options possibles

46. Les problèmes qui se posent sont analogues à ceux concernant la publication des lois et règlements régissant les marchés.

47. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner la question de savoir si la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés devrait comporter une disposition relative à la publication sous forme électronique des informations que les États ont actuellement à publier et de celles qu'ils n'ont pas à publier, ou faire référence à l'intérêt de cette publication dans le Guide pour l'incorporation. (Comme il est noté plus haut, les États n'ont pas à publier les politiques ou orientations internes des entités, qui ne constituent pas des "directives" au sens de la Loi type.)

2. Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

Généralités

48. Outre les questions juridiques exposées au paragraphe 12 ci-dessus, les États adoptants peuvent souhaiter faire en sorte que les marchés conclus électroniquement dans leurs systèmes internes soient pleinement exécutoires, et protéger les intérêts correspondants de leurs fournisseurs. Dans la mesure où elles se prêtent à une réglementation, ces dernières questions relèvent plus, dans ces systèmes, de dispositions spécifiques de la loi sur la passation des marchés publics que d'une autre législation.

49. De ce point de vue, quatre grandes questions se posent en ce qui concerne la réglementation:

a) Les règles juridiques relatives aux marchés publics devraient-elles autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à utiliser les communications électroniques en accord avec les fournisseurs?

b) Devraient-elles autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à exiger des fournisseurs qu'ils utilisent les communications électroniques?

c) Devraient-elles disposer que les fournisseurs peuvent exiger des entités adjudicatrices qu'elles utilisent les communications électroniques? et

d) Devraient-elles attacher des conditions à l'utilisation des moyens électroniques pour sauvegarder les objectifs de la loi sur la passation des marchés, afin d'empêcher les moyens électroniques choisis de constituer un obstacle à l'accès, garantir la confidentialité, assurer l'authenticité et la sécurité des opérations, ainsi que l'intégrité des données.

50. Ces questions sont examinées tour à tour dans les sections qui suivent.

51. Une autre question concerne le traitement de l'obligation de faire les offres "par écrit". Il est noté que des mesures visant à définir "écrit" ou communication "écrite" pour y inclure des moyens électroniques ont fait leur apparition (parfois comme dans la Loi type sur le commerce électronique) dans la législation générale ou dans la loi sur les marchés publics. Le Groupe de travail souhaitera peut-être recommander, par exemple dans le Guide pour l'incorporation, que les États adoptants traitent ces questions dans leur système interne.

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions d'autres régimes internationaux

52. De nombreux régimes internationaux comportent ou proposent des dispositions reconnaissant la réalité de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés, y compris leur utilisation obligatoire.

53. Des propositions visent à modifier le cas échéant les régimes de l'UE et de l'AMP, qui comportent actuellement des dispositions limitées concernant l'utilisation des communications électroniques, pour permettre une telle utilisation par accord, pour autoriser les entités adjudicatrices à insister sur ces communications, et pour introduire des contrôles tels que les moyens électroniques

utilisés soient accessibles, et pour assurer l'authenticité, la confidentialité et l'intégrité.

54. L'article 1015-1 de l'ALENA dit que tout mode de transmission électronique est autorisé, mais ne mentionne pas l'utilisation obligatoire des communications électroniques. L'avant-projet d'accord de la ZLEA part du principe que les entités adjudicatrices peuvent utiliser des moyens électroniques et semble aussi envisager qu'elles puissent obliger les fournisseurs à traiter électroniquement. Les principes non contraignants sur les marchés publics du Groupe d'experts des marchés publics ne traitent pas expressément des communications électroniques dans la passation des marchés, si ce n'est pour mentionner l'intérêt d'Internet comme moyen transparent et non discriminatoire de fournir des informations et de faire connaître les règles de passation des marchés. La promotion des systèmes de passation électronique des marchés auprès de ses membres a toutefois été l'un des objectifs récents du Groupe.

55. En France, les entités adjudicatrices peuvent utiliser la voie électronique pour transmettre divers documents, sans l'accord des fournisseurs, mais l'inverse ne sera vrai qu'à partir de janvier 2005. Les contrôles portent sur la certitude de la date de réception, l'authenticité et la confidentialité. À Hong Kong, les appels d'offres par voie électronique sont également utilisés maintenant, mais les fournisseurs ont la possibilité de soumettre une copie papier. À Singapour, il est largement fait usage de la voie électronique, qui est parfois obligatoire, y compris pour la soumission des offres. Au Brésil également, les entités adjudicatrices exigent dans la pratique que les fournisseurs utilisent la voie électronique. Au Royaume-Uni, le recours obligatoire à la voie électronique (à la discrétion des entités adjudicatrices elles-mêmes) est courant. Les contrôles portent sur les normes d'authentification et de confidentialité, dans les activités du secteur public en général. De même, aux États-Unis, au niveau fédéral, les moyens de communication avec les fournisseurs sont à la discrétion des entités adjudicatrices, dont certaines ont imposé aux soumissionnaires de traiter par voie électronique.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

a) Utilisation de la passation électronique par consentement

56. L'article 9 de la Loi type traite de la forme requise des communications dans la procédure de passation des marchés. Il dispose que les communications doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur (par. 1) ou bien, comme alternative pour la plupart des communications, que confirmation soit donnée sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation (par. 2), disposition qui pourrait inclure les moyens électroniques de communication. Autrement dit, l'utilisation par accord de moyens électroniques de communication est autorisée.

b) Utilisation obligatoire des moyens de communication électroniques

57. Aux termes de l'article 9-1, la règle générale sur la forme des communications est "sous réserve ... de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice" lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation. Bien que l'on puisse interpréter cet article comme autorisant à imposer le recours aux moyens électroniques, les documents de base des sessions du Groupe de travail au cours desquelles a été examiné ce qui était alors le projet de Loi type de la CNUDCI sur la

passation des marchés indiquent que l'intention était à ce moment-là d'autoriser l'utilisation des communications électroniques par accord uniquement. (Voir, par exemple, les vues des délégations australienne et canadienne sur l'article 9 du projet de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, reproduites dans l'Annuaire de 1993 de la CNUDCI, vol. XXIV (qui peut être consulté à l'adresse <http://www.uncitral.org/>, sous "CNUDCI Annuaire, Volume XXIV, Point I, D. Loi type sur la passation des marchés: compilation des observations des gouvernements" (documents A/CN.9/376 et Add.1 et 2), et paragraphes 82 à 90 du "Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa quinzième session (New York, 22 juin-2 juillet 1992)" (document A/CN.9/371), sur le même site).

58. Aux termes de l'article 9-3, "l'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs" ... "en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les communications", et il est clair que l'on pourrait considérer que l'obligation de recourir aux moyens électroniques enfreint cet article. Par exemple, même si les délais prévus pour soumettre des demandes de présélection ou des offres sont les mêmes pour tous les fournisseurs, il est à première vue discriminatoire, en vertu de l'article 9-3, que ces délais soient fixés en fonction du temps qui suffit à ceux qui communiquent par les moyens électroniques uniquement. D'un autre côté, un traitement différent dans la forme peut en fait assurer l'égalité de traitement dans la pratique.

59. Outre les questions liées au traitement équitable et non discriminatoire des fournisseurs, il faut examiner l'utilisation obligatoire des communications électroniques du point de vue des exigences de forme de la Loi type de la CNUDCI. Un écrit est imposé uniquement dans le cas des offres qui, aux termes de l'article 30-5, "sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée", ou "peuvent également être soumises sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation", sous réserve de certaines conditions. Ainsi, la soumission électronique des offres est autorisée quand les deux parties l'acceptent, mais il n'est pas dit expressément si l'"autre forme", à l'alinéa b) de l'article 30-5 peut comprendre une soumission obligatoire par voie électronique. L'alinéa b) énonce spécifiquement le droit pour un fournisseur de soumettre une offre par la méthode "usuelle" visée à l'alinéa a), à savoir par écrit, signée et placée dans une enveloppe scellée. D'après le Guide pour l'incorporation, c'est une "garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI [Échange de données informatisées] ne sont pas à la disposition de tous". En conséquence, il semble que l'on ne puisse exiger des fournisseurs qu'ils soumettent une offre par voie électronique en vertu de la Loi telle qu'elle est actuellement rédigée.

c) Contrôle de l'utilisation des moyens électroniques

60. En dehors des règles concernant l'exigence d'un enregistrement, à l'article 9-1, et des dispositions relatives à la transparence, la Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas de contrôles explicites sur l'utilisation de moyens électroniques, autres que le cas de la soumission électronique des offres.

Options possibles

61. Le Groupe de travail jugera peut-être souhaitable d'appliquer les mêmes normes et principes dans les procédures électroniques que dans les procédures sur papier – par exemple, faire en sorte que les offres restent confidentielles pendant la procédure d'appel d'offres – et également de prendre des mesures pour que les fournisseurs et le public aient le même degré de confiance dans les deux types de procédures. Les dispositions spécifiques qui seront incluses à ce sujet dans la loi d'un État sur la passation des marchés dépendront dans une certaine mesure de la loi de base pertinente, tels le traitement et le cadre juridique des signatures électroniques dans un pays particulier.

62. Les domaines spécifiques que le Groupe de travail souhaitera peut-être aborder sont les suivants:

a) *Possibilité pour l'entité adjudicatrice d'exiger des fournisseurs qu'ils utilisent des moyens de communication électroniques*

63. Cette question comporte deux aspects: il s'agit de savoir si les entités adjudicatrices devraient être en mesure d'exiger, d'une part, l'utilisation des moyens de communication électroniques en général, et d'autre part, la soumission électronique des offres. En rappelant que les conditions du marché ont changé depuis que l'interdiction de rendre les appels d'offres électroniques obligatoires a été adoptée et que les systèmes d'EDI exclusifs ont été remplacés par Internet, on pourrait faire valoir que pour certains États, dans certaines circonstances, l'obligation d'utiliser la voie électronique pour les appels d'offres et d'autres communications est une exigence commerciale raisonnable qui promeut également les objectifs de la Loi type de la CNUDCI. Le Groupe de travail estimera peut-être aussi qu'il est important que la Loi type ne constitue pas ou ne soit pas considérée comme un obstacle à l'utilisation la plus efficace des communications électroniques, et qu'elle ne soit pas non plus en retard sur l'évolution des choses dans son approche de l'utilisation obligatoire des communications électroniques.

64. Le Groupe de travail voudra peut-être toutefois reconnaître aussi que les circonstances actuelles, dans certains États, sont telles qu'il ne serait pas souhaitable de rendre obligatoire l'utilisation des communications électroniques.

65. Le Groupe de travail voudra donc peut-être reconnaître qu'il peut y avoir des approches différentes selon les pays et les circonstances, que les circonstances peuvent continuer à changer, et envisager d'autoriser des options appropriées concernant le recours obligatoire aux communications électroniques dans la Loi type.

66. Une option pourrait être d'indiquer qu'il ne peut être fait obligation de manière générale d'utiliser les communications électroniques, sauf dans la mesure autorisée dans les règlements relatifs à la passation des marchés. Le Guide pour l'incorporation pourrait alors traiter les questions à examiner lors de la rédaction des règlements pertinents, par exemple la question du moment (c'est-à-dire quand ou dans quelles circonstances l'interdiction devrait être levée, encore qu'il puisse être opportun d'encourager les communications électroniques dans l'intérim en précisant qu'elles sont autorisées et peuvent être exigées dans certaines circonstances (spécifiées)). Un autre avantage de cette approche est que les règlements pourraient être adaptés pour que les questions soient traitées de la manière qui conviendrait le

mieux à chaque État, en ayant à l'esprit ce qui a été dit dans les paragraphes qui précèdent. Par exemple, il pourrait être indiqué quelles entités adjudicatrices pourraient exiger la soumission électronique des offres, dans quelles circonstances et dans quelles conditions, sous réserve éventuellement qu'une justification et/ou une approbation soit requise.

67. D'autres possibilités sont envisageables, par exemple autoriser l'utilisation obligatoire des communications électroniques dans la Loi type elle-même, sous réserve de conditions appropriées (telles qu'une exigence de justification), l'autoriser à la discrétion des entités adjudicatrices (avec ou sans exigence de justification), ou l'autoriser seulement dans des cas définis et limités – par exemple pour des types ou des modes particuliers de passation des marchés.

68. Le Groupe de travail sera peut-être d'avis que le fait de définir et limiter les cas d'utilisation obligatoire des communications électroniques, en particulier dans la Loi type elle-même, risque d'être considéré comme une option rigide et difficile à adapter à l'évolution du marché. Il estimera peut-être alors que la Loi type devrait continuer de laisser aux États qui souhaitent toujours donner aux fournisseurs le droit de communiquer sous forme non électronique la possibilité de le faire, mais autoriser que cette attitude puisse être modifiée par un règlement. De plus, il souhaitera peut-être autoriser les États à exiger des fournisseurs l'utilisation des communications électroniques dans les appels d'offres formels, la décision de le faire ou non pouvant peut-être être abordée dans des règlements, ou être prise par l'entité adjudicatrice pour chaque marché.

69. Dans tous les cas, le Guide pour l'incorporation pourra utilement donner des orientations détaillées sur le sujet.

b) Possibilité pour les fournisseurs d'exiger que l'entité adjudicatrice utilise des moyens électroniques

70. Le Groupe de travail sera peut-être d'avis que le fait d'autoriser les fournisseurs à exiger l'utilisation de moyens électroniques a les avantages potentiels de l'efficacité, mais risque aussi de comporter les difficultés indiquées au paragraphe 20 ci-dessus.

71. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'indiquer que le fait d'autoriser les fournisseurs à rendre obligatoire le recours à la voie électronique n'a pas d'incidence sur le droit des entités adjudicatrices d'insister sur l'utilisation de moyens de communication particuliers. L'objet d'une telle disposition serait de préserver la primauté de la position de l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi traiter dans le Guide pour l'incorporation de l'intention probable des États de donner aux fournisseurs le droit d'utiliser les communications électroniques dans certains cas, à énoncer peut-être dans des règlements sur ce sujet.

72. En outre, le Groupe de travail considérera peut-être que les différences d'utilisation des communications électroniques selon les États signifient qu'il faudrait limiter tout droit de cette nature aux cas dans lesquels l'entité adjudicatrice a un accès raisonnable aux moyens électroniques choisis. Comme pour les entités adjudicatrices, une formule appropriée pourrait être de prévoir plusieurs options dans la Loi type.

73. Le Groupe de travail pourra aussi envisager, comme autre possibilité, d'inclure ou non une disposition générale selon laquelle les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne devraient pas limiter déraisonnablement l'accès à la passation des marchés, et d'énoncer dans le Guide pour l'incorporation des règles plus détaillées sur différents moyens pouvant être utilisés et les contrôles devant exister.

c) Discrimination

74. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi, pour les raisons exposées au paragraphe 58 ci-dessus, donner des éclaircissements sur les dispositions de l'article 9-3.

d) Contrôle de l'utilisation des moyens électroniques

75. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait souhaitable de mettre en place des contrôles concernant la sécurité, la confidentialité et l'authenticité des soumissions, ainsi que l'intégrité des données. Dans son commentaire sur l'article 30, le Guide indique que lorsque la possibilité d'utiliser la soumission électronique des offres existe, des "règles et techniques" supplémentaires peuvent être nécessaires pour certaines de ces questions, ainsi que pour traiter d'autres questions telles que la forme que prendra la garantie de soumission.

76. Le Groupe de travail souhaitera peut-être toutefois examiner si les principes généraux applicables à tous les moyens de communication devraient être énoncés dans la Loi type.

77. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les considérations ci-après constitueraient des principes directeurs appropriés:

a) Les moyens de communication imposés ne devraient pas constituer un obstacle déraisonnable à la participation à la procédure de passation des marchés (principe qui permettrait d'exiger soit des communications sur papier, soit des communications électroniques dans des circonstances appropriées);

b) Il devrait être possible d'établir l'origine des communications (authenticité);

c) Les moyens et mécanismes utilisés devraient être tels que l'intégrité des données soit préservée;

d) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir la date de réception des documents lorsque cette date est importante pour appliquer les règles de la procédure de passation des marchés (par exemple pour la soumission des demandes de participer et les offres/propositions);

e) Les moyens et mécanismes utilisés garantissent que l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes n'auront pas accès aux offres et autres documents importants avant une certaine date limite, de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés, et que les concurrents ne puissent accéder eux-mêmes à ces informations (sécurité);

f) La confidentialité des informations transmises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs est préservée.

78. Le Groupe de travail souhaitera peut-être adopter une formulation qui englobe tous les moyens de communication, en utilisant peut-être la notion d'équivalence fonctionnelle des communications électroniques (de manière à satisfaire, par exemple, à l'exigence selon laquelle les offres sur support papier doivent être signées et scellées) et examiner les questions du stockage et de la manipulation des données électroniques. Une telle formulation pourrait trouver sa place dans la Loi type, ou bien dans le Guide pour son incorporation, où elle indiquerait les règles appropriées à publier conformément à ladite Loi.

3. Enchères électroniques (inversées)

Généralités

79. L'enchère électronique inversée, dont il existe plusieurs variantes, est une procédure d'appel d'offres de plus en plus prisée, dans laquelle les soumissionnaires disposent d'informations sur les autres offres et peuvent en permanence modifier les leurs en conséquence, en principe sans connaître l'identité des autres fournisseurs. Ils font ensuite leurs offres par voie électronique sur un site spécialisé, généralement par Internet (dont l'utilisation a largement supplanté les systèmes exclusifs), en utilisant les informations dont ils disposent sur les classements ou les montants nécessaires pour l'emporter sur les autres candidats. Ils peuvent suivre par voie électronique l'évolution des offres à mesure que les enchères progressent et modifier les leurs en conséquence. L'enchère peut se dérouler sur une période déterminée, ou bien jusqu'à ce qu'un certain temps s'écoule sans qu'intervienne une nouvelle offre.

80. Les enchères inversées sont surtout utilisées pour des produits et services standardisés pour lesquels le prix est l'unique – ou du moins le principal – critère d'attribution puisque c'est le seul généralement mentionné pendant la procédure. D'autres critères peuvent cependant être retenus et intégrés dans la phase d'enchères, ou évalués dans le cadre d'une phase distincte de la procédure.

Avantages potentiels et difficultés possibles

81. Les enchères électroniques incitent les fournisseurs à proposer leur meilleur prix possible et l'entité adjudicatrice à spécifier des critères d'attribution autres que le prix avec précision. Elles sont transparentes (les informations sur les autres offres sont disponibles et l'issue de la procédure est visible pour tous les participants, ce qui décourage également les abus et la corruption), elles peuvent accélérer le processus de soumission et réduire les coûts liés aux opérations. Les technologies électroniques, en réduisant considérablement ces coûts, ont facilité leur utilisation.

82. Mais, il peut aussi y avoir des difficultés, la plus souvent mentionnée étant que cette formule encourage à privilégier exagérément le prix. En outre, les enchères électroniques sont si rapides qu'elles peuvent donner lieu à une "fièvre des enchères", certains pouvant être tentés de proposer un prix qui n'est pas réaliste. Il peut en résulter des problèmes importants pendant la phase d'administration si c'est un tel fournisseur qui emporte le marché. Une solution possible à ce problème pourrait être de choisir avec soin les types de marchés qui se prêtent à cette méthode.

Étendue de l'utilisation actuelle et dispositions dans d'autres régimes internationaux

83. Certains États et organismes internationaux ont commencé à édicter des règles ou des directives concernant les enchères électroniques inversées. Ces directives portent à la fois sur le mécanisme de l'organisation de telles enchères et sur des questions juridiques telles que la faculté de modifier les offres quant au fond – y compris en matière de prix – une fois la soumission effectuée.

84. Au niveau international, il n'est actuellement fait mention des enchères électroniques inversées ni dans l'AMP, ni dans les directives de l'UE, ni dans l'ALENA, ni dans le projet d'Accord de la ZLEA ou du Groupe d'experts des marchés publics (ce qui ne devrait pas surprendre, puisque ce dernier régime énonce des principes généraux et non des règles détaillées). Une disposition expresse sur les enchères électroniques inversées est toutefois prévue dans le projet de révision actuel de l'AMP (art. XI.3 *bis* du projet de texte à la date du 4 novembre 2003) selon laquelle cette méthode de passation des marchés peut être utilisée et elle régit son fonctionnement. Les nouvelles directives de l'UE sur la passation de marchés comportent une disposition spécifique pour les enchères électroniques, qui vise à supprimer l'incertitude juridique antérieure et à appliquer les contrôles nécessaires (voir en particulier la nouvelle directive concernant le secteur public, art. 54, et la nouvelle directive concernant les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, art. 56).

85. Au niveau national, le Brésil et la France, par exemple, ont promulgué des dispositions légalement contraignantes (au Brésil: loi fédérale n° 10.520/2002 du 17 juillet 2002, art. 2-1, autorisant la conduite d'enchères électroniques conformément à des règles à spécifier et décret n° 3697 du 21 décembre 2000, énonçant des règles précises; en France, art. 56-3 du Code des marchés publics et décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001). Aux États-Unis, en revanche, les organismes de réglementation n'ont pas adopté de règles juridiques spécifiques ni de directives générales. Au Royaume-Uni, les règles relatives à la passation des marchés publics se limitent pour l'essentiel à celles du droit communautaire, celui-ci ne régit pas, actuellement, les enchères électroniques inversées, mais le Gouvernement britannique considère lorsqu'il en laisse la possibilité, et il a approuvé leur utilisation et publié des directives ("eAuctions" à l'adresse: <http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034>). Les données empiriques donnent à penser que l'absence de réglementation, au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique, dissuade certaines entités adjudicatrices de recourir à de telles enchères.

Position de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés

86. La Loi type de la CNUDCI ne traite pas des enchères. La méthode de l'appel d'offres pour les marchés de biens et de travaux ne prévoit qu'une seule étape et interdit toute modification quant au fond – notamment une modification du prix – après la soumission (art. 34-1 a)). Elle interdit également aux entités adjudicatrices de révéler des informations relatives aux offres (art. 34-8), ce qui empêche les enchères par accord entre l'entité et les fournisseurs. La disposition donnant le droit de soumettre une offre par écrit dans une enveloppe scellée empêche également une enchère en l'absence de l'accord des fournisseurs (art. 30-5 a) et b)). La même règle s'applique à l'appel d'offres restreint (art. 47-3).

87. Les raisons de recourir à d'autres procédures que l'appel d'offres pour la passation de marchés de biens et de travaux seront rarement valables pour les marchés pour lesquels une enchère est appropriée, même s'il est techniquement possible d'intégrer une phase d'enchères dans les paramètres juridiques de certaines de ces procédures. Les mêmes observations peuvent être faites à propos de la Loi type pour ce qui est des services ne pouvant être considérés essentiellement comme une marchandise, et que l'on appelle parfois services intellectuels, dont les critères autres que les prix sont proportionnellement importants et généralement considérés comme difficiles à quantifier.

Options possibles

88. Comme il a été noté au paragraphe 82 ci-dessus, les enchères électroniques inversées ne sont pas considérées universellement comme un procédé applicable à tous les types de marchés. Néanmoins, et comme elles sont de plus en plus fréquentes, le Groupe de travail jugera peut-être souhaitable de les traiter dans la Loi type. Peut-être souhaitera-t-il aussi examiner dans quelle mesure d'autres types d'enchères, non régis actuellement par la Loi type, devraient également être soumis à ses dispositions.

89. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être traiter, dans un premier temps, des types de marchés qui peuvent se prêter à une procédure d'enchères électroniques inversées et de ceux qui ne le peuvent pas. Par exemple, il souhaitera peut-être reconnaître qu'une telle procédure n'est susceptible d'être avantageuse que dans la mesure où une spécification initiale commune par rapport à laquelle les offres sont soumises peut être formulée et pour les marchés pour lesquels d'autres critères que les prix peuvent être effectivement quantifiés. Il souhaitera donc peut-être envisager de donner des indications quant aux types de services qui se prêteraient à des procédures d'enchères dans le Guide pour l'incorporation, en même temps peut-être que des dispositions facultatives dans la Loi type elle-même.

90. Si le Groupe de travail estime qu'il faudrait des dispositions pour les enchères électroniques inversées dans la Loi type elle-même, il faudra se demander si celles-ci devraient être présentées comme une variante des méthodes traditionnelles de passation des marchés ou comme une méthode distincte. On a fait observer que la première option obligerait à introduire des règles supplémentaires pour prendre en compte les caractéristiques particulières des enchères, à savoir la publication des prix pendant le processus de soumission (autrement interdit) et l'évaluation des offres en deux étapes. En réponse à cet argument, on peut faire valoir qu'il est peut-être plus approprié d'adopter cette approche que de traiter des enchères électroniques comme une méthode d'appel d'offres distincte exigeant de nouvelles dispositions spécifiques.

91. Si cette option est retenue, le Groupe de travail souhaitera peut-être veiller à la cohérence, sur le plan de la procédure et sur le fond, entre la méthode des enchères et les autres modes de passation des marchés prévus par la Loi type, tel l'appel d'offres, qui est la méthode générale de passation des marchés de biens et de travaux. Le Groupe de travail souhaitera peut-être alors disposer, par exemple, qu'une procédure d'enchères devrait s'inspirer des méthodes de l'appel d'offres "ouvert" ou de l'appel d'offres "restreint", mais être adaptée pour inclure une phase d'enchères (dans les cas appropriés, celle-ci pourrait également s'inspirer des caractéristiques d'une procédure d'appel d'offres en deux étapes).

92. Le Groupe de travail souhaitera peut-être ensuite inclure dans la Loi type des dispositions relatives à la conduite de la phase des enchères, ou bien donner des indications dans le Guide pour l'incorporation quant au contenu des règlements à publier conformément à la Loi type. Il souhaitera peut-être examiner aussi la question dans le contexte de la "neutralité technique" de la Loi, comme cela est expliqué dans la discussion portant sur la publication électronique au paragraphe 13 ci-dessus.

III. Recommandations

93. Cette première note sur la passation électronique des marchés, soumise au Groupe de travail à sa sixième session, expose les principales questions identifiées jusqu'ici dans ce domaine. Il est recommandé au Groupe de travail d'indiquer celles qu'il souhaite traiter et de donner des orientations quant aux objectifs qui devaient figurer dans des projets de dispositions qu'il pourrait demander au secrétariat d'élaborer et qu'il examinerait ultérieurement.
