



Assemblée générale

Distr.: Limitée
17 février 2005

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation des marchés)
Septième session
New York, 4-8 avril 2005

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés

Étude comparative de l'expérience pratique de l'utilisation des enchères électroniques (inversées) dans la passation des marchés publics

Note du secrétariat

*[Les chapitres I à III (sections A et B) sont publiés dans le document
A/CN.9/WG.I/WP.35]*

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
III. Réglementation et pratique de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: étude comparative	1-47	2
C. Aspects procéduraux des enchères électroniques inversées	2-47	2
1. Étape précédant l'enchère	2-21	2
2. Déroulement de l'enchère	22-37	7
3. Étape faisant suite à l'enchère	38-47	10
IV. Conclusion	48-55	12



III. Réglementation et pratique de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: étude comparative

C. Aspects procéduraux des enchères électroniques inversées

1. La mesure dans laquelle les aspects procéduraux des enchères électroniques inversées sont réglementés dépend du statut de cette pratique par rapport aux autres méthodes de passation des marchés. Si les règlements sont assez similaires pour ce qui est du déroulement de l'enchère à proprement parler, ils diffèrent, pour la phase qui la précède et pour celle qui la suit, selon que l'enchère est considérée comme une étape supplémentaire, facultative dans d'autres méthodes de passation des marchés ("étape facultative") ou comme une méthode de passation à part entière ("méthode autonome") (voir A/CN.9/WG.I/WP.35, par. 26 et 27). Dans le premier cas, la plupart des aspects procéduraux de la passation des marchés avant et après le déroulement de l'enchère, tels que l'avis d'enchère, l'identification et la sélection des soumissionnaires et l'évaluation de leurs qualifications, sont réglementés dans le contexte général de la méthode de passation qui s'applique, plutôt que dans celui, plus étroit, de l'enchère électronique inversée elle-même. Dans le second cas, bien que certaines règles générales de passation des marchés puissent encore s'appliquer, la plupart des aspects font l'objet de règles distinctes. Les sections ci-après traitent des aspects des trois étapes (étape préalable, déroulement de l'enchère et étape postérieure à l'enchère) qui sont généralement régis par des dispositions spécifiques dans les règlements existants.

1. Étape précédant l'enchère

2. Que l'enchère électronique inversée soit une étape facultative ou une méthode autonome, il faut décider de son utilisation dans la passation des marchés dès le stade du projet de marché, car il doit en être fait mention dans l'avis de marché (voir par. 7 ci-dessous). Dans certains systèmes, un outil en ligne aide les entités adjudicatrices à évaluer si un marché particulier se prête à une enchère électronique inversée¹.

3. Si l'entité adjudicatrice décide d'utiliser l'enchère électronique inversée, elle:

- a) publie un avis d'enchère et simultanément, en général, le dossier de sollicitation;
- b) identifie, sélectionne et invite les participants potentiels à l'enchère;
- c) clarifie le dossier de sollicitation et aide autrement les participants potentiels à se préparer à l'enchère;
- d) évalue les premières propositions des participants potentiels;
- e) prend d'autres mesures en vue de tenir l'enchère (par exemple elle s'assure les services d'un tiers fournisseur de services d'enchères électroniques inversées).

Fournisseurs de services d'enchères électroniques inversées

4. L'enchère électronique inversée peut être menée par l'entité adjudicatrice elle-même², à l'aide d'un logiciel breveté ou être sous-traitée à un tiers fournissant des services d'enchères électroniques inversées. Ce tiers peut être une entreprise privée sélectionnée par une procédure compétitive, comme c'est le cas par exemple en Australie et au Royaume-Uni³, ou une centrale d'achat, comme aux États-Unis, offrant des services d'enchères électroniques inversées aux administrations⁴. Un

tiers fournisseur de services d'enchères électroniques inversées demande généralement une commission pour ses prestations. La forme de cette commission varie et peut comprendre: a) un pourcentage du prix qui l'a emporté; b) un pourcentage forfaitaire convenu à l'avance; et c) une somme forfaitaire. La commission peut être versée par l'entité adjudicatrice, le dernier enchérisseur ou une combinaison des deux. Elle couvre normalement toutes les dépenses telles que les frais de publicité, d'assurance, les droits administratifs, coûts du temps de connexion et dépenses diverses.

9. En dehors de l'obligation générale faite aux prestataires externes de s'acquitter de la fonction de passation de marchés au nom d'un organisme public conformément aux procédures, processus et conditions existants, les pays étudiés ne semblent pas avoir réglementé spécifiquement la conduite des tiers fournisseurs de services d'enchères électroniques inversées. Dans un État au moins il est expressément interdit de déléguer des décisions stratégiquement importantes à un prestataire externe⁵. Les responsabilités sous-traitées concernent généralement la procédure, et consistent par exemple à mettre en place les systèmes et formalités nécessaires pour mener des enchères électroniques inversées, assurer une assistance et une formation aux prestataires, assurer la sûreté et la sécurité ainsi que l'existence d'options de secours, et tenir à jour et gérer un système d'enregistrement approprié ainsi que des dossiers électroniques⁶.

6. Au Brésil, les enchères électroniques inversées peuvent être menées uniquement par les commissaires-priseurs⁷ qui sont des employés d'une entité adjudicatrice, agréés après une formation spéciale⁸.

Avis d'enchère électronique inversée, contenu et moyens de diffusion

7. Il est généralement exigé que la décision d'organiser une enchère électronique inversée soit portée à la connaissance des participants potentiels dans l'avis de marché⁹. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative, il y a des règles générales concernant le contenu de l'avis et les moyens de le faire connaître. De plus, en vertu des nouvelles directives de l'UE, le cahier des charges doit comporter, pour ce qui est des enchères électroniques inversées, les informations suivantes: a) les éléments dont les valeurs feront l'objet de l'enchère électronique; b) les limites éventuelles des valeurs qui pourront être présentées; c) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique; d) les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique; e) les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir; et f) les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion¹⁰.

8. Dans les systèmes qui considèrent l'enchère électronique inversée comme une méthode autonome, l'avis d'enchère est généralement annoncé par l'intermédiaire de l'Internet sur le site Web du registre de l'administration centrale consacré aux possibilités de marchés et/ou sur celui de l'entité adjudicatrice, ainsi que sur le site Web de tout tiers prestataire de services d'enchères électroniques inversées¹¹. En outre, les fournisseurs inscrits sur un registre central peuvent recevoir une notification par courrier électronique¹². L'avis doit contenir toutes les informations nécessaires pour que les parties intéressées puissent décider de participer ou non à

l'enchère¹³. L'invitation à soumettre une offre contient généralement des informations de base telles que l'identité de l'entité adjudicatrice, la nature de l'objet du marché, les clauses contractuelles¹⁴, et des normes de qualité et de performance¹⁵. Lorsque la participation à l'enchère électronique inversée est soumise à un enregistrement préalable ou à une présélection, cela est indiqué et les formalités ainsi que le moyen pour les candidats de démontrer ou certifier qu'ils les ont remplies sont indiquées. La fourniture d'informations plus précises dépend de la complexité du marché. Elles comprennent au minimum: a) la date, l'heure et la modalité d'ouverture et de clôture de l'enchère; b) l'adresse du site Web où l'enchère se déroulera et à laquelle les règles d'enchère, le cahier des charges ainsi que les autres documents nécessaires seront accessibles; c) les obligations d'enregistrement et l'identification des soumissionnaires à l'ouverture de l'enchère; d) le numéro et/ou le nom qui identifient le marché; e) les exigences techniques quant au dispositif électronique à utiliser lors du déroulement de l'enchère; f) des informations sur la procédure qui sera suivie, y compris le modèle d'enchère qui sera utilisé, le déroulement de l'enchère en une seule étape ou en plusieurs étapes, et, dans ce dernier cas, le nombre d'étapes et la durée de chacune d'entre elles; g) l'écart minimum entre les offres; et h) le type d'information à communiquer aux participants pendant le déroulement de l'enchère¹⁶.

9. En général, d'autres informations, telles que le prix de départ de l'enchère¹⁷ ou des informations sur un tiers fournisseur de services d'enchère, sont également communiquées. Au Brésil, l'entité adjudicatrice est tenue d'indiquer que l'enchère se déroulera électroniquement, et doit donner les coordonnées du centre d'appels/service d'assistance pouvant être contacté ainsi que le nom et les qualifications du commissaire-priseur responsable¹⁸. En Australie, il est recommandé que l'avis indique que l'entité adjudicatrice n'est pas liée par les résultats de l'enchère électronique inversée.

Communication du dossier de sollicitation

10. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative, les règles générales de la passation de marchés traitent de la communication du dossier de sollicitation. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome, le dossier de sollicitation est communiqué au moment où l'avis d'enchère est annoncé¹⁹.

Identification et sélection des participants potentiels

11. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative, les fournisseurs s'inscrivent et sont admis à participer à la passation de la manière habituelle applicable à la méthode de passation choisie et il n'y a pas de conditions supplémentaires de qualification ou d'inscription pour participer spécifiquement à l'enchère électronique inversée. Seuls les candidats qui ont présenté des offres recevables après une première évaluation seront admis à participer²⁰. En général, la loi exige que le nombre de soumissionnaires retenus assure une concurrence réelle²¹. Dans la pratique, les candidats retenus peuvent être tenus de prendre des mesures procédurales supplémentaires avant l'enchère, par exemple obtenir des codes de sécurité pour accéder au système.

12. Les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome exigent au minimum l'inscription des futurs participants, ce qui

suppose, en particulier, qu'un code d'identification et un mot de passe leur soient attribués pour qu'ils puissent se connecter et participer à l'enchère. Dans certains systèmes, une présélection est également exigée²². D'autres systèmes donnent à l'entité adjudicatrice la possibilité d'inclure, en plus de l'inscription, une phase de présélection²³.

13. Le Brésil et la Chine imposent seulement une obligation d'inscription. Au Brésil, les enchères électroniques inversées sont ouvertes à tous les fournisseurs inscrits dans le registre centralisé des entrepreneurs/fournisseurs (SICAF)²⁴. Les soumissionnaires intéressés par une enchère particulière doivent s'y inscrire en manifestant leur intérêt au moins trois jours avant son ouverture²⁵. Les qualifications des soumissionnaires ne sont pas évaluées à ce stade²⁶, mais après l'enchère et seulement pour celui qui l'emporte²⁷. En Chine, les enchères électroniques inversées sont ouvertes aux seuls membres du système local des appels d'offres en ligne géré par des centres locaux de passation des marchés publics²⁸. L'adhésion est gratuite et possible pour tous les candidats intéressés s'ils apportent la preuve d'un ensemble minimum de qualifications qui comprennent généralement la capacité juridique et le respect de la loi, la discipline fiscale, la solvabilité et la capacité financière, l'aptitude à fournir un service après-vente de qualité, un capital social minimum et l'accès à l'Internet²⁹. Une fois membre, un soumissionnaire peut participer à toute enchère électronique inversée annoncée par l'intermédiaire de ce système sans inscription ou présélection supplémentaire.

14. En Autriche, deux types d'enchères électroniques inversées sont envisagés: avec un nombre limité et avec un nombre illimité de participants³⁰. La décision concernant le nombre de soumissionnaires est laissée à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, mais il en faut au moins 10 lorsque le nombre de participants est limité. Dans les deux types d'enchères, un nombre illimité de candidats est invité publiquement à soumettre une demande de participation. Les candidats font l'objet d'une présélection qui a un double objectif: veiller à ce qu'ils remplissent les conditions minimales pour l'exécution du contrat et, s'il y a plus de fournisseurs qualifiés que l'entité souhaite en retenir, choisir parmi eux ceux qui devraient être invités à participer³¹. S'il y a plus de demandes que prévu, l'entité adjudicatrice doit retenir les meilleurs candidats sur la base des critères de sélection (qui doivent être objectifs et non discriminatoires, publiés à l'avance, et tenir compte des exigences spéciales de l'objet de l'enchère). S'il y a moins de demandes que prévu, et que l'on ne peut s'attendre à une concurrence réelle, elle doit retirer l'enchère électronique inversée³².

Participation de soumissionnaires étrangers

15. La question de l'accès de soumissionnaires étrangers aux enchères électroniques inversées est généralement traitée dans les principes existants relatifs à la passation de marchés publics³³. Il a cependant été observé que les modalités de fonctionnement des systèmes d'enchères électroniques inversées, dans un certain nombre de pays, risquaient d'exercer une discrimination de facto à l'encontre des soumissionnaires étrangers. En particulier, les enchères s'effectuent généralement dans la langue locale, et il n'existe pas actuellement de versions en plusieurs langues (bien que certains pays envisagent la possibilité d'en proposer). Les exigences concernant l'inscription risquent également de faire obstacle à la

participation de soumissionnaires étrangers, car elles imposent souvent des conditions locales.

Invitation à l'enchère

16. Lorsqu'il y a présélection des participants à une enchère électronique inversée, l'invitation à l'enchère est envoyée aux candidats qui ont été présélectionnés³⁴. Dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative, tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités³⁵.

17. En vertu des nouvelles directives de l'UE, l'invitation contient toute information pertinente pour la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé et précise la date et l'heure du début et de la fin de l'enchère électronique, y compris le nombre de phases; le calendrier de chaque phase de l'enchère; et le délai qui sera observé à partir de la réception de la dernière présentation avant la clôture de l'enchère électronique. Lorsque l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'invitation est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète de l'offre du soumissionnaire concerné et mentionne la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs présentés. Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante³⁶.

18. En Autriche, aucune exigence n'est indiquée quant au contenu de l'invitation. La plupart des informations liées à une enchère électronique inversée sont mises à la disposition des participants dès le stade de l'annonce d'un avis d'enchère, en particulier dans les règles d'enchère³⁷.

Clarification et modification du dossier de sollicitation et retrait

19. Dans la plupart des pays, les règles générales de passation des marchés s'appliquent à toutes les méthodes, y compris aux enchères électroniques inversées. Au Brésil, les parties intéressées peuvent demander, à tout moment pendant la période d'avis, des éclaircissements en ligne ou par téléphone par l'intermédiaire de centres d'appels. Les éclaircissements communiqués à une partie sont ensuite mis à la disposition de toutes les autres parties intéressées sans que l'origine soit indiquée de la demande. Les règlements brésiliens autorisent également l'entité adjudicatrice à modifier le dossier de sollicitation pendant la période d'avis et celle-ci, selon le moment et le contenu des modifications, peut être prorogée (voir ci-dessous par. 24).

Évaluation des premières propositions

20. Il y a une exigence d'évaluation des premières propositions aussi bien dans les systèmes qui considèrent les enchères électroniques inversées comme une étape facultative que dans ceux qui les considèrent comme une méthode autonome. Au Brésil, l'évaluation des premières propositions a pour seul but de déterminer le prix de départ de l'enchère. Elle a lieu au début de l'enchère lorsque tous les soumissionnaires inscrits présentent leurs premiers prix. Le prix soumis le plus bas est annoncé comme prix de départ de l'enchère³⁸.

Autres mesures préalables à l'enchère

21. Il peut être exigé que d'autres mesures soient prises pour organiser une enchère électronique inversée et faire en sorte que tous les soumissionnaires soient capables d'y participer, par exemple organiser une formation et tenir des enchères simulées³⁹.

2. Déroulement de l'enchère

22. Au stade du déroulement de l'enchère: a) les soumissionnaires participants accèdent à un écran en se connectant à l'adresse indiquée dans l'avis d'enchère ou dans l'invitation à l'enchère, selon le cas, en utilisant leur numéro d'identification et leur mot de passe personnel leur permettant de participer; b) l'objet de l'enchère est annoncé (en général un écran indique les articles à acquérir); c) les règles de l'enchère sont annoncées (à savoir heure de début, durée, enchère minimum, méthode de clôture etc.); et d) les avis d'appel d'offres sont communiqués simultanément à tous les soumissionnaires⁴⁰.

23. Les détails du déroulement de l'enchère ne sont pas réglementés mais laissés à la discrétion de l'entité adjudicatrice ou du tiers fournisseur de services d'enchères électroniques inversées. Ils peuvent différer selon la taille et la complexité du marché. Les règlements existants fixent en général la date de l'enchère, les conditions auxquelles doivent satisfaire les offres et l'étendue de la divulgation d'informations pendant le déroulement de l'enchère.

Date

24. Un délai minimum est généralement requis entre la publication de l'avis d'enchère ou l'invitation à l'enchère, selon le cas, et l'ouverture de l'enchère⁴¹. Dans la pratique, plus le marché est compliqué, et plus ce délai, en général, est long.

25. Le plus souvent, les règlements laissent une certaine souplesse aux entités adjudicatrices pour ce qui est de la clôture de l'enchère. Par exemple, en vertu des nouvelles directives de l'UE, celle-ci peut être clôturée selon plusieurs modalités: a) à la date et à l'heure fixées au préalable et communiquées dans l'invitation à participer à l'enchère; b) lorsque les pouvoirs adjudicateurs ne reçoivent plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux; ou c) lorsque le nombre de phases d'enchères, fixé dans l'invitation à participer à l'enchère, a été réalisé⁴². La loi autrichienne y ajoute la possibilité de clôture d'une enchère par une entité adjudicatrice si des motifs sérieux le justifient objectivement ("abandon de l'enchère")⁴³. La fin de la séance d'enchère peut être fixée électroniquement ou, comme au Brésil, si cela est indiqué expressément dans l'avis d'enchère, annoncée par le commissaire-priseur⁴⁴. Le système brésilien permet aux soumissionnaires de contester la date fixée pour l'enchère et demander que cette dernière soit prolongée. Le commissaire-priseur a toutefois toute latitude pour donner suite ou non à cette demande⁴⁵.

26. Dans la pratique, plus la valeur et la complexité du marché sont importantes, plus les enchères électroniques inversées durent. Quelques rares fois, ces dernières s'achèvent à l'expiration d'un délai fixe (appelé "délai de clôture définitive"). Généralement, l'heure de clôture est automatiquement repoussée d'une durée spécifiée (par exemple 5 minutes) si une nouvelle offre plus basse ou une offre qui a modifié la tête du classement (généralement l'une des trois meilleures offres

retenues) est reçue dans les dernières minutes (par exemple dans les 2 minutes précédant le délai de clôture). Ces prolongations peuvent se succéder pendant une durée indéterminée (on parle alors de “clôture provisoire illimitée”) ou leur nombre peut être limité (par exemple à un maximum de trois prolongations de 5 minutes). Cette procédure se poursuit jusqu’à ce que plus aucune offre inférieure ne soit soumise pendant la période fixée avant la clôture. Certains textes directeurs recommandent de n’envisager des prolongations que pour les marchés d’une valeur très élevée, car on peut considérer qu’elles incitent indûment les soumissionnaires à baisser leur prix et pénalisent les soumissionnaires qui ont pu réserver une période de temps fixe pour participer à l’enchère électronique inversée.

Conditions de participation

27. Il est affirmé dans certains textes réglementaires que seules sont recevables⁴⁶ les offres soumises en ligne. Dans certains États, cela ressort de la définition de l’enchère électronique inversée⁴⁷. En revanche, une entité adjudicatrice peut autoriser la participation à une enchère électronique inversée de représentants du candidat, par exemple si des problèmes techniques empêchent certains de ces derniers de participer eux-mêmes, à condition que cette possibilité soit communiquée à l’avance et proposée à tous les participants sans discrimination⁴⁸.

28. Lorsque seul le prix fait l’objet d’une enchère électronique inversée, il est généralement exigé que la valeur de chaque offre soit inférieure à la valeur de la dernière offre enregistrée par le système. En Roumanie, il est expressément énoncé que la nouvelle offre annule la précédente⁴⁹. Au Brésil, en cas d’égalité d’offres, seule l’offre enregistrée la première sera prise en compte.

29. En Autriche et en Pologne, après chaque série d’offres, les participants qui n’ont pas soumissionné du tout ou qui n’ont pas modifié leur offre du minimum requis sont exclus⁵⁰. Une entité adjudicatrice est tenue de veiller à ce que les participants exclus soient informés de l’exclusion et de ses motifs sans retard, et à ce qu’ils ne participent plus à l’enchère⁵¹. Au Brésil, il n’existe aucune disposition concernant l’exclusion de soumissionnaires par le commissaire-priseur mais les soumissionnaires sont autorisés à retirer leur offre à tout moment et, s’ils ne souhaitent pas continuer, à se déconnecter à tout moment. L’heure de déconnexion est automatiquement enregistrée et consignée dans le procès-verbal de l’enchère.

Communication d’informations pendant les enchères

30. Une des spécificités des enchères électroniques inversées est qu’elles permettent de communiquer automatiquement et instantanément aux soumissionnaires, à mesure qu’elles se déroulent, des informations actuelles sur leur avancement. Il a été observé que lorsqu’elle n’était pas correctement réglementée, cette pratique posait des problèmes, en particulier du point de vue du droit de la concurrence⁵².

31. La plupart des réglementations font preuve de souplesse en ce qui concerne le degré de divulgation. Dans certains systèmes, il y a une obligation générale de fournir de façon continue aux soumissionnaires, des informations de base sur le déroulement de l’enchère, telles que des informations leur permettant de vérifier leur classement relatif⁵³, le nombre de participants à la procédure⁵⁴, et le temps restant pour l’enchère inversée. Pour déterminer le classement relatif, certains

systèmes exigent la communication en temps réel du prix le plus bas⁵⁵, tandis que d'autres ne divulguent que le classement, et non les prix⁵⁶. Dans d'autres systèmes encore, comme en France, les participants sont informés du niveau des offres des autres participants⁵⁷. Aux termes des nouvelles directives de l'Union européenne et de la législation autrichienne, des informations concernant les autres prix ou valeurs présentés peuvent être communiqués à condition que cela soit indiqué dans le cahier des charges ou dans les règles d'enchères, selon le cas⁵⁸. Dans la pratique, les fournisseurs reçoivent parfois des informations concernant non seulement leur classement, mais aussi la mesure dans laquelle ils doivent améliorer leur offre pour obtenir le marché (ce qui peut poser un problème compte tenu des règles de passation de marchés généralement applicables).

32. Le système brésilien d'enchères électroniques inversées se distingue par la possibilité, pour un commissaire-priseur et les soumissionnaires, de dialoguer en ligne pour clarifier les points concernant l'enchère pendant son déroulement, tels que le dossier d'appel d'offres, le cahier des charges, les suspensions, prolongations et offres anormalement basses. Chaque partie peut lancer le dialogue en ligne. Toutes les interventions sont visibles par tous les participants. Le dialogue est réservé aux échanges qu'entre le commissaire-priseur et les différents fournisseurs, pas entre les fournisseurs. Il n'existe au Brésil aucun texte réglementant l'utilisation des dialogues en ligne fonctionnant sur le modèle de COMPRASNET⁵⁹.

33. Dans la pratique il est courant, et souvent exigé par la loi, que l'identité des soumissionnaires ne soit pas divulguée aux autres participants⁶⁰. Dans certains systèmes, elle n'est pas communiquée à l'entité adjudicatrice⁶¹. Généralement, l'exigence d'anonymat s'applique jusqu'à la clôture de l'enchère électronique inversée⁶² et l'anonymat est assuré par des moyens informatiques ou automatiques. Dans certains systèmes, l'anonymat des soumissionnaires est également préservée après l'enchère⁶³.

Suspension des enchères

34. Dans la plupart des pays étudiés, aucune règle spécifique ne régit la suspension d'enchères électroniques inversées. Généralement, les dispositions de la législation relative à la passation des marchés pourront s'appliquer, et la suspension pourra par exemple être ordonnée par un tribunal ou par un organisme de contrôle. Dans de nombreux pays, les entités adjudicatrices ont une grande latitude pour ce qui est de suspendre des enchères inversées et de fixer le calendrier de suspension.

35. Un pays au moins – le Brésil – traite le sujet spécifiquement dans le contexte des enchères électroniques inversées. Les causes habituelles invoquées pour suspendre de telles enchères sont des défaillances du système ou des communications. Si le commissaire-priseur est déconnecté du système, ce dernier reste accessible aux soumissionnaires pendant une durée maximum de 10 minutes. Le commissaire-priseur réintègre la séance dès qu'il le peut, sans préjudice des offres soumises pendant qu'il était déconnecté. Mais s'il a été déconnecté plus de 10 minutes, l'enchère est suspendue et reprend à la date et à l'heure qu'il notifie aux participants sur le site Web de COMPRASNET⁶⁴. La déconnexion d'un soumissionnaire ne suspend pas nécessairement la procédure. Si elle est imputable au système de l'entité adjudicatrice ou de l'administration, le soumissionnaire peut demander la suspension ou l'annulation de la procédure ou bien des dommages-intérêts à l'administration. Si elle est causée par un tiers, y compris le propre

fournisseur d'accès à l'Internet du soumissionnaire, celui-ci peut seulement demander des dommages-intérêts. En cas de déconnexion, les fournisseurs peuvent contacter un centre d'appels ou un service d'assistance (gratuit) fonctionnant pendant tout le déroulement de l'enchère pour se tenir informés de la situation. Le commissaire-priseur peut suspendre l'enchère jusqu'à ce que la communication soit rétablie avec toutes les parties intéressées ou bien, si plus de 10 minutes se sont écoulées, repousser l'opération et fixer une nouvelle date et/ou une nouvelle heure pour la reprise de l'enchère.

36. Le système brésilien permet de suspendre des enchères pour d'autres motifs. La décision de suspendre des enchères peut être prise par les commissaires-priseurs, soit de leur propre initiative, soit à la demande de soumissionnaires. Des suspensions temporaires, par exemple, peuvent être demandées par des participants et accordées par le commissaire-priseur pour donner aux soumissionnaires le temps de réexaminer leur offre. Les suspensions et leurs motifs sont automatiquement consignés au procès-verbal de l'enchère. On notera que les plaintes déposées par des soumissionnaires pendant le déroulement de l'enchère (le système permet de les déposer en ligne au moyen du service de messagerie électronique proposé sur le site Web) ne suspendent pas celle-ci, bien que le commissaire-priseur doive les traiter avant de clore la procédure.

Conservation des documents

37. Dans la plupart des pays étudiés, les règles applicables de manière générale à la conservation des documents relatifs à la passation de marchés s'appliquent également aux enchères électroniques inversées⁶⁵. Dans d'autres systèmes, il est exigé de consigner le déroulement des enchères et tout transfert de données réalisé dans ce contexte⁶⁶. Au Brésil, le compte rendu de l'enchère est automatiquement généré par COMPRASNET, sous la forme d'un procès-verbal qui est signé électroniquement par le commissaire-priseur et ses assistants, puis publié sur le site Web de COMPRASNET à la fin de la séance. Un extrait est également généré et envoyé automatiquement au Journal officiel, qui existe sous formes papier et électronique, pour publication le lendemain. Généralement, l'entité adjudicatrice publie également un extrait des résultats sur son site Web⁶⁷.

3. Étape faisant suite à l'enchère

38. À l'issue des enchères a lieu la sélection du vainqueur et l'attribution du marché. À ce stade, une entité adjudicatrice peut également avoir à traiter les plaintes et recours de soumissionnaires lésés. Certains systèmes imposent à l'entité adjudicatrice des obligations particulières concernant le suivi des systèmes d'enchères électroniques inversées.

Sélection du vainqueur

39. Lorsque des enchères des modèles 1 et 2 sont utilisées (voir A/CN.9/WG.I/WP.35, par. 33), le soumissionnaire retenu doit être connu à la fin de l'enchère car c'est normalement celui qui a fait l'offre la plus basse. Dans les enchères de type 3, le soumissionnaire retenu n'est connu qu'après l'évaluation complète des éléments pouvant ou non faire l'objet d'enchères.

40. Même dans les enchères des modèles 1 et 2, cependant, il peut arriver que le marché ne soit pas emporté par l'offre la plus basse. Dans certains systèmes, l'avis d'enchère électronique inversée ou les conditions générales applicables aux enchères peuvent stipuler que la décision finale d'accepter l'offre revient à l'entité adjudicatrice, ce qui lui permet de vérifier si le produit répond bien aux normes requises et si le fournisseur est à même d'honorer la commande (voir plus haut, par. 9). Au Brésil, le soumissionnaire qui fait l'offre la plus basse peut être disqualifié lors de l'évaluation de ses qualifications, qui a lieu après l'enchère⁶⁸. En Chine, l'offre la plus basse peut être invalidée par l'entité adjudicatrice, par exemple si elle est supérieure au prix du marché ou anormalement basse ou en cas de comportement répréhensible du soumissionnaire retenu pendant la procédure ou l'inscription⁶⁹. En cas d'égalité des prix, notamment, le soumissionnaire qui a la plus grande crédibilité l'emportera⁷⁰. Le droit de rejeter toutes les offres à la fin d'enchères électroniques inversées est expressément prévu dans certains règlements⁷¹ applicables spécifiquement à cette méthode.

41. Les règlements existants autorisent généralement l'entité adjudicatrice à accepter la deuxième meilleure offre si, pour des raisons légitimes, elle a rejeté l'offre la plus basse, à condition que cette possibilité ait été notifiée à l'avance aux soumissionnaires⁷². Dans d'autres systèmes, cependant, si l'offre la plus basse est invalidée, l'entité adjudicatrice doit recommencer l'enchère ou adopter d'autres méthodes de passation des marchés⁷³.

42. Dans la plupart des États, les offres lient les soumissionnaires⁷⁴ et le retrait d'offres peut entraîner la perte d'une garantie éventuelle. Aux États-Unis, cependant, les soumissionnaires sont autorisés à soumettre des prix (plutôt que des offres), qui ne sont considérés comme des offres contraignantes par la législation des États-Unis tant que la commande n'est pas adressée par l'entité adjudicatrice et acceptée par le soumissionnaire.

Annonce du soumissionnaire retenu

43. Dans certains systèmes, la loi exige que le nom du soumissionnaire retenu soit communiqué dès la clôture de l'enchère à l'adresse Internet fixée par les règles d'enchères⁷⁵. Dans d'autres systèmes, les règlements n'exigent pas la publication immédiate des résultats de l'enchère. Dans une province chinoise au moins, les règlements recommandent de procéder à cette publication deux jours après la date de clôture⁷⁶.

44. Certains systèmes réglementent précisément la teneur de l'avis annonçant l'offre qui l'a emporté. Cet avis doit notamment indiquer l'identité et les coordonnées du soumissionnaire retenu, le prix de son offre⁷⁷ et le lieu de publication (par exemple le site Web spécifié dans l'avis d'enchères)⁷⁸.

Attribution du marché

45. En vertu des nouvelles directives de l'Union européenne, les marchés sont attribués après la clôture de l'enchère électronique en fonction des résultats de l'enchère⁷⁹. Les directives ne précisent pas la date exacte à laquelle l'attribution du marché doit avoir lieu. Celle-ci peut faire l'objet de dispositions régissant les mécanismes de recours et d'appel. En Autriche, le marché ne peut être attribué que trois jours ouvrables après la date de l'avis d'attribution, faute de quoi il est nul et

non avvenu⁸⁰. L'avis d'attribution, de son côté, est transmis à tous les soumissionnaires simultanément, sans retard, par messagerie électronique ou télécopie⁸¹. En Chine, le moment de l'attribution du marché doit être indiqué dans le dossier de sollicitation⁸², mais les règlements, dans certaines provinces, recommandent qu'elle ait lieu trois jours après la publication de l'avis d'enchère⁸³.

Recours

46. Dans la plupart des États, un mécanisme général de recours s'applique aux enchères électroniques inversées. L'Autriche a une réglementation détaillée régissant les recours dans le contexte de ces enchères. Peuvent être contestées les décisions suivantes de l'entité adjudicatrice: l'invitation (7 jours), l'exclusion de participation (3 jours), la sélection de participants pour des enchères comportant un nombre limité de participants (3 jours à compter de la publication de l'avis de sélection), et la décision d'attribution (3 jours à compter de la date de publication de l'avis d'attribution)⁸⁴. La loi permet aux soumissionnaires écartés de demander, immédiatement après la publication du nom de celui qui l'a emporté, des informations sur les motifs pour lesquels leur offre n'a pas été retenue ainsi que sur les caractéristiques et avantages de celle qui l'a été. Elle fait obligation à l'entité adjudicatrice d'informer le soumissionnaire écarté, dès réception de sa demande et au plus tard un jour avant l'expiration du délai d'attente, du montant du marché attribué et des caractéristiques et avantages de l'offre qui a été retenue. Une entité adjudicatrice est dispensée de cette obligation si la publication de ces informations risque de nuire à l'intérêt général, aux intérêts commerciaux légitimes d'une entreprise ou au libre jeu de la concurrence⁸⁵.

47. Un pays au moins – les États-Unis – autorise la réouverture d'une enchère après sa clôture en cas de réclamation. Dans sa décision de 2001 dans l'affaire *Royal Hawaiian Movers, Inc.*⁸⁶, par exemple, le Government Accountability Office (GAO) a estimé que l'organisme adjudicateur pouvait rouvrir une enchère clôturée pour accepter des propositions de prix révisées afin de corriger une ambiguïté de la sollicitation contre laquelle l'un des soumissionnaires avait protesté⁸⁷. Le GAO a résumé sa décision comme suit:

“Nonobstant une disposition, dans une demande de propositions, stipulant que des révisions de prix ne pouvaient avoir lieu que pendant le déroulement d'une enchère inversée, l'organisme a décidé avec raison de solliciter des propositions de prix révisées après la fin de l'enchère suite à une protestation selon laquelle la sollicitation comportait une ambiguïté sur l'heure de clôture de l'enchère, et a estimé avec raison que les soumissionnaires avaient pu être induits en erreur.”

IV. Conclusion

48. Il ressort d'études empiriques que les enchères électroniques inversées sont utilisées dans certains pays pour la passation de marchés, et que leur introduction est envisagée dans d'autres. À la lumière de l'expérience acquise et des initiatives prises aux niveaux régional et international, il semble probable que cette technique sera bientôt acceptée comme méthode de passation de marchés publics. Il semble se dégager, au niveau international, un consensus sur le fait que les enchères

électroniques inversées, correctement utilisées, permettent aux pouvoirs publics de réaliser d'importantes économies sans compromettre, et même en aidant à atteindre des objectifs tels que l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés, la transparence, le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs, l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, et la confiance du public dans ce processus.

49. Il a été observé que l'absence de réglementation – ou de réglementation appropriée – dans certains pays où les enchères électroniques inversées ont été introduites avait dissuadé certaines des entités adjudicatrices de recourir à cette méthode. Les points que cette réglementation devrait traiter, sans être toutefois excessive, sont les suivants: a) quand, et pour quels types de biens et de services, l'utilisation d'enchères électroniques inversées est-elle appropriée, et quand ne l'est-elle pas; b) comment empêcher son utilisation abusive; et c) quelles précautions faut-il prendre pour atténuer les risques liés à l'utilisation d'enchères électroniques inversées. Même si, la plupart des aspects des enchères électroniques inversées doivent être traités dans les lois et règlements sur la passation des marchés, l'introduction de cette méthode dans la passation des marchés publics peut nécessiter des ajustements dans d'autres branches pertinentes du droit, comme le droit de la concurrence et le droit général d'administration publique.

50. La Loi type ne traite pas expressément des enchères électroniques inversées, certaines dispositions les interdisant même. Elle interdit, par exemple, toute modification des offres quant au fond une fois celles-ci soumises, notamment une modification du prix, ainsi que la divulgation d'informations relatives aux offres (art. 34-1 a) et 8). La disposition qui donne le droit de soumettre une offre par écrit dans une enveloppe scellée interdit également le recours aux enchères électroniques inversées si un fournisseur refuse que cette méthode soit utilisée (art. 30-5).

51. Le Groupe de travail voudra donc peut-être décider: a) s'il faudrait incorporer les enchères électroniques inversées dans la Loi type; b) dans l'affirmative, de l'approche à adopter, à savoir considérer les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome distincte de passation des marchés ou comme une étape facultative des méthodes existantes; et c) de la teneur d'une telle réglementation.

52. Les principaux avantages potentiels de la première approche (méthode autonome) sont les suivants: a) elle évite d'introduire, dans les dispositions générales relatives aux autres méthodes applicables de passation des marchés, des modifications destinées à tenir compte de l'utilisation d'enchères électroniques inversées, ce qui risquerait de compliquer ces dispositions à l'excès; et b) elle permet aux gouvernements de restreindre les motifs de recours aux enchères électroniques inversées (dans le cas, par exemple, des appels d'offres ouverts). Les principaux arguments en faveur de la seconde approche (étape facultative) sont: a) la souplesse – une enchère électronique inversée peut être utilisée dans plusieurs méthodes de passation de marchés (appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, appel d'offres en deux étapes); et b) le fait qu'il ne faudra des règles particulières que pour les aspects de l'enchère qui diffèrent des règles et procédures normales, les aspects généraux des méthodes de passation de marchés continuant de s'appliquer.

53. Le choix de l'approche dépendra, dans une large mesure, de l'opinion du Groupe de travail quant aux types de marchés qui pourront faire l'objet d'enchères

électroniques inversées. D'autres décisions pourront être prises concernant: a) le champ d'application des enchères (quelles variables retenir: le prix seul, comme au Brésil, ou également des critères autres que le prix, comme dans l'Union européenne) et les critères d'évaluation et d'attribution; b) le modèle d'enchères (1, 2 et/ou 3); c) les paramètres empêchant l'utilisation abusive des enchères électroniques inversées; et d) dans le cas de l'adoption de la seconde approche, la méthode de passation de marchés dans laquelle une enchère électronique inversée devrait être envisagée et le point de savoir si elle devrait nécessairement être l'étape finale.

54. Indépendamment de l'approche retenue, l'introduction de dispositions spécifiques aux enchères électroniques inversées dans la Loi type devrait respecter les principes et objectifs de cette dernière et, si c'est l'approche de l'étape facultative, les règles régissant la méthode correspondante de passation de marchés (en ce qui concerne, par exemple, le degré de transparence et les conditions en matière de publicité).

55. Les réponses apportées aux questions de principe soulevées dans les paragraphes ci-dessus détermineront l'orientation des futurs travaux du Groupe de travail sur le sujet et sur la révision de la Loi type et de son guide pour l'incorporation. L'étendue de la réglementation de la plupart des aspects procéduraux dépendra de l'approche retenue. Quelle que soit cette dernière, cependant, on peut penser que les aspects de l'étape des enchères méritant d'être traités comprendront: a) le type et le degré de divulgation d'informations pendant les enchères; b) le caractère contraignant ou non des offres pour les soumissionnaires; c) les circonstances dans lesquelles des soumissionnaires seraient autorisés à retirer leur offre ou à se retirer eux-mêmes de l'enchère; d) le droit, pour une entité adjudicatrice, d'exclure des soumissionnaires de la procédure; e) l'obligation, pour une entité adjudicatrice, d'accepter l'offre la plus basse; f) les motifs valables de suspension des enchères; g) le niveau de protection des soumissionnaires lésés; et h) la nécessité d'un procès-verbal et son contenu, spécifiquement dans le domaine des enchères électroniques inversées. Le Groupe de travail devra peut-être aborder d'autres questions plus générales: a) la mesure dans laquelle les questions liées aux enchères électroniques inversées devraient être traitées dans la Loi type, ou dans les règlements d'application, ou bien encore dans le guide pour l'incorporation; et b) les garanties que la Loi type devrait instituer pour prévenir les problèmes découlant de l'utilisation d'enchères électroniques inversées, tels que les risques de collusion et les obstacles à la participation de soumissionnaires étrangers.

Notes

¹ Voir, par exemple, pour le Royaume-Uni, e-auction decision tool (à l'adresse <http://www.ogc.gov.uk/index.asp?id=1001034&syncNav=1#eAuctionDecisionTool>) of the Office of Government Commerce (OGC).

² Au stade de l'introduction de l'essai des enchères électroniques inversées, certains pays limitent la liste des entités adjudicatrices qui peuvent utiliser cette méthode dans la passation des marchés publics. Au Brésil, par exemple, le recours aux enchères sous les deux formes, traditionnelle et électronique, a d'abord été limité aux organes de l'administration publique fédérale, mais l'article 2-1 de la loi fédérale 10.520/2002 du 17 juillet 2002 (accessible à

l'adresse https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L.10520.htm), en a étendu l'usage aux États, au district fédéral et aux entités municipales.

- ³ L'OGC a lancé "Reverse Auction Framework" (RAF, disponible sur le site <http://www.ogcbuyingsolutions.gov.uk/RAF/default.asp>); c'est un accord-cadre pour les enchères électroniques inversées conclu avec cinq prestataires de services d'enchères, conçus pour fournir de tels services au secteur public.
- ⁴ L'U.S. General Services Administration a fourni de tels services, par l'intermédiaire de son Bureau régional des Montagnes rocheuses (Région 8) du Federal Technology Service. Pour une analyse des procédures utilisées pour le lancement de telles enchères, voir le site www.r8.gsa.gov/FTSWeb.nsf/0/def311033320029b87256c07004811b0?OpenDocument.
- ⁵ Voir, par exemple, The Procurement Guidelines on Reverse Auctions of the New South Wales Government of Australia (Directives sur les enchères électroniques inversées pour la passation des marchés publics du Gouvernement de la Nouvelle-Galles du Sud (Australie) de mars 2001 (Les "Directives australiennes") à l'adresse <http://www.dpws.nsw.gov.au/NR/rdonlyres/ezac4yppqkqzaj5qjgerv3aj62n4ishpa3xhofh4fdl3cqt4m714ibv3a2w67sslw5zuhmjpois43joe14ees4xe/Reverse+Auctions.pdf>.
- ⁶ Ibid.
- ⁷ "Pregoeiros" en portugais.
- ⁸ L'École nationale d'administration publique (Escola Nacional de Administração Pública) – ENAP – a conçu et administre un cours type de formation de 40 heures pour les commissaires-priseurs d'enchères électroniques inversées. Les candidats doivent avoir les qualités requises en matière d'initiative, de créativité, de souplesse, d'intégrité et d'équité.
- ⁹ Voir, par exemple, l'article 54-3 de la Directive 2004/18/CE; l'article 75 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics; et l'article 4 des règles slovènes sur le contenu, les conditions et les limites de l'utilisation des enchères électroniques dans les procédures d'attribution des marchés, publiées au Journal officiel de la République de Slovénie n° 130/2004, 3 décembre 2004 ("Règles slovènes").
- ¹⁰ Voir article 54-3 de la Directive 2004/18/CE.
- ¹¹ Cette condition est énoncée à l'article 75-1 de la loi polonaise sur les marchés publics.
- ¹² C'est une pratique qui a cours au Brésil et qui est exigée dans certaines provinces de Chine (voir, par exemple, l'article 14 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la province du Zhejiang).
- ¹³ Voir, par exemple, la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 44-1. Voir aussi l'article 14 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai.
- ¹⁴ Voir, par exemple, la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, Annexe VIII.
- ¹⁵ Article 1 de la loi brésilienne n° 10.520 du 17 juillet 2002.
- ¹⁶ Voir, par exemple, la loi polonaise sur les marchés publics, art. 75-2; et la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.2 à 4.
- ¹⁷ Voir, par exemple, l'exigence indiquée dans les "E-auctions guidelines" de l'OGC, sur le site <http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034>.
- ¹⁸ Art. 7 du décret n° 3.697.
- ¹⁹ En Autriche la loi sur l'attribution des marchés, par. 116.2 à 4 exige que les entités adjudicatrices accordent un accès illimité gratuit à tous documents ayant trait à l'enchère, y compris au dossier de sollicitation, à compter du jour de parution de l'avis. La même exigence existe au Brésil.
- ²⁰ Voir, par exemple, l'article 54-4 de la Directive 2004/18/CE de l'UE; le deuxième paragraphe de l'article 5 des règles slovènes (voir note 9 ci-dessus); et la section 3.1.1 a) des Directives

administratives du Ministère de la défense de Singapour sur les enchères inversées assistées (les “Directives de Singapour”).

- ²¹ Voir, par exemple, l’article 44 de la Directive 2004/18/CE de l’UE; ou le paragraphe 116.7 de la loi autrichienne de 2002 sur l’attribution des marchés.
- ²² Voir, par exemple, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d’offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai.
- ²³ Voir, par exemple, la loi polonaise sur les marchés publics, article 76, qui soumet la participation des soumissionnaires à une enchère électronique inversée au respect des conditions de procédures applicables pour la participation, qui peuvent prévoir une présélection.
- ²⁴ *Sistema de Cadastro de Fornecedores* (SICAF) est le système unifié d’inscription du Gouvernement fédéral.
- ²⁵ Le minimum est de trois participants, mais il n’y a pas de limite maximum.
- ²⁶ Au stade préalable à l’enchère, les soumissionnaires inscrits certifient seulement, avant l’ouverture de cette dernière, qu’ils ont les qualifications exigées (généralement en indiquant dans l’espace prévu à cet effet qu’ils ont connaissance de ces conditions et qu’ils sont pleinement qualifiés).
- ²⁷ Articles 7-20 et 21 du décret 3.697. Il existe également des manuels expliquant la procédure au commissaire-priseur et aux fournisseurs. L’évaluation des qualifications après l’enchère se limite à la vérification des renseignements juridiques, économiques et financiers de la société, du respect des obligations fiscales et des exigences supplémentaires éventuelles contenues dans l’avis d’enchère. Si des garants sont exigés, ils sont également vérifiés. Dans la pratique, la majeure partie de l’évaluation s’effectue en ligne car le commissaire-priseur peut accéder à la plupart des informations demandées par la SICAF et à d’autres bases de données essentielles (le décret 3.555 permet explicitement à l’entité adjudicatrice de ne pas demander de preuve sur papier du respect des obligations fiscales). Il existe une demande spéciale permettant une procédure en ligne à laquelle le commissaire-priseur et l’adjudicataire doivent accéder immédiatement après l’annonce de l’enchère qui l’emporte. Les autres soumissionnaires peuvent rester connectés et voir l’échange d’informations mais ne peuvent participer au processus d’évaluation. Les tenants du système font valoir que l’évaluation après l’enchère accélère considérablement le processus, car il y a peu de possibilités de poursuites judiciaires abusives et l’entité adjudicatrice n’a pas à traiter des plaintes pour disqualification avant l’enchère.
- ²⁸ Pour devenir membre, les fournisseurs complètent et soumettent le formulaire en ligne et s’inscrivent dans la base de données dans les centres de passation des marchés publics. Ils doivent ensuite soumettre à ces centres les originaux et des copies des documents suivants: a) patente et certificats de code de l’organisation; b) certificats d’enregistrement fiscal; c) rapports financiers de l’année précédente; d) attestations des qualifications; e) adresses électroniques; et f) autres documents demandés par le centre de passation des marchés. À la réception des documents, le centre examine et décide, dans le délai fixé par la loi, d’accorder ou non la qualité de membre au fournisseur (voir art. 7 à 9 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d’offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai; et l’article 11 des Mesures provisoires adoptées par le district Shunyi de Beijing).
- ²⁹ Voir l’article 8 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d’offres en ligne, adoptées par la province du Zhejiang; l’article 6 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d’offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai; et l’article 8 des Mesures provisoires pour la gestion des appels d’offres en ligne, adoptées par la ville de Xuzhou.
- ³⁰ Loi de 2002 sur l’attribution des marchés, par. 23.8 et 9.
- ³¹ Le paragraphe 23.8 de la loi de 2002 sur l’attribution des marchés, qui traite des enchères avec un nombre illimité de participants, énonce que tous les candidats qualifiés choisis parmi un nombre illimité d’entrepreneurs invités publiquement à soumettre des demandes de participation sont autorisés à participer à l’enchère, tandis que le paragraphe 23.9, qui traite des enchères avec un nombre limité de participants énonce que seuls sont autorisés à participer les candidats

- choisis parmi un nombre illimité de candidats. La preuve des qualifications doit être présentée au plus tard au moment de l'admission à l'enchère (par. 52.5.3).
- ³² Loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.5 à 9. Le résultat de l'évaluation de la sélection, y compris les motifs du choix des participants, doivent être enregistrés et les dossiers accessibles aux candidats pour inspection. L'entité adjudicatrice est tenue d'informer sans retard les candidats non retenus, notamment quant aux motifs de son refus, à moins que cette information soit contraire à l'intérêt général ou aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises, ou risquent de nuire à une concurrence libre et loyale.
- ³³ Par exemple, en Roumanie, l'Ordonnance n° 20 du Gouvernement propose, dans le contexte de la passation électronique des marchés, l'application du principe de non-discrimination, y compris en ce qui concerne la nationalité d'un soumissionnaire (art. 2 a)), sur la base toutefois de la réciprocité (art. 8).
- ³⁴ Voir, par exemple, la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.5, les candidats présélectionnés doivent en être immédiatement informés par courrier électronique.
- ³⁵ Voir, par exemple, l'article 54-4 de la Directive 2004/18/CE de l'UE. Les invitations doivent être envoyées simultanément par des moyens électroniques à tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables.
- ³⁶ Article 54-4 et 5 de la Directive 2004/18/CE de l'UE. Voir aussi les règles slovènes (voir plus haut, note 9, art. 5 et 6).
- ³⁷ Loi autrichienne sur l'attribution des marchés, par. 116.2 à 4. Les règles d'enchère doivent comprendre au moins les éléments suivants: a) les conditions d'inscription et d'identification; b) la procédure d'enchère (en particulier l'écart minimum entre les offres; c) l'heure du début et les modalités de clôture de l'enchère; d) les droits d'utilisation et d'exploitation; e) les motifs d'exclusion; f) les délais; g) le site Web publiant l'enchère la plus basse du moment ou, en cas d'attribution fondée sur l'offre économiquement et techniquement la plus avantageuse, le classement des soumissionnaires pendant l'enchère; h) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires pendant le déroulement de l'enchère et l'heure/la phase de l'enchère lorsqu'elle sera publiée; i) le site Web où ces informations sont disponibles; et j) tout dépôt s'il y a lieu.
- ³⁸ Les articles 7.4 et 7.6 du décret n° 3697, avant modification, prévoyaient l'exclusion au stade de l'évaluation des soumissionnaires dont les premiers prix présentés étaient supérieurs d'un pourcentage prédéterminé au premier prix le plus bas. Ces dispositions ont toutefois été supprimées au motif qu'elles n'encourageaient pas la concurrence.
- ³⁹ Les Directives de Singapour (voir ci-dessus, note 20), sect. 3.1.1 d) et e), exigent que les participants signent un accord de soumission/de licence et suivent un stage de formation comme condition préalable à la participation à une enchère électronique inversée. Bien qu'il n'y ait pas d'obligation de formation pour une enchère particulière au Brésil, des manuels et un simulateur en ligne ont été mis au point pour différents utilisateurs des enchères électroniques inversées, dans le cadre général de l'enseignement (voir <http://www.comprasnet.gov.br/>).
- ⁴⁰ Cela est exigé par la loi, par exemple en Autriche, loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.10-4.
- ⁴¹ Voir le paragraphe 116.2 de la loi autrichienne de 2002 sur les marchés publics, indiquant qu'une enchère électronique inversée ne peut débiter au plus tôt que deux jours ouvrables après avoir été annoncée sur Internet; la loi brésilienne 10.520 qui prévoit au moins huit jours après l'avis d'enchère; l'article 54-4 de la Directive 2004/18/CE de l'UE selon laquelle l'enchère électronique ne peut débiter au plus tôt que deux jours ouvrables à compter de la date d'envoi des invitations; et l'article 76-4 de la loi polonaise sur les marchés publics, qui mentionne une période d'attente de cinq jours entre la transmission de l'invitation et l'ouverture de l'enchère.
- ⁴² Art. 54-7 de la Directive 2004/18/CE.

- ⁴³ Loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.10-4. Immédiatement après l'abandon d'une enchère, les motifs de cet abandon sont communiqués à l'adresse Internet indiquée dans les règles d'enchère aux soumissionnaires qui ont participé en dernier à l'enchère (par. 116.11).
- ⁴⁴ Décret 3.697.
- ⁴⁵ Le pouvoir du commissaire-priseur à cet égard a été critiqué par certains analystes ainsi que par les banques multilatérales de développement, qui préfèrent des systèmes entièrement automatisés, limitant au minimum ou excluant totalement l'intervention humaine.
- ⁴⁶ Voir les Directives de Singapour (voir plus haut, note 20), sect. 3.1.2 b).
- ⁴⁷ À l'article 1-7 de la Directive 2004/18/CE, par exemple, une "enchère électronique" est définie comme étant un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs. Bien que le terme "dispositif électronique" ne soit pas défini, il implique un moyen électronique tel que défini à l'article 1-13 de la directive, à savoir un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.
- ⁴⁸ Voir Arrowsmith S., "Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects," 11 Public Procurement Law Review, n° 6, 2002, p. 299 et 330 (initialement établi pour Achilles Information Ltd.).
- ⁴⁹ Article 36-4 de l'ordonnance n° 20 du 24 janvier 2002.
- ⁵⁰ Voir la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.10-4 et l'article 79-2 de la loi polonaise sur les marchés publics.
- ⁵¹ Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.10-4.
- ⁵² Voir Kennedy-Loest C. et Kelly R., "EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 Public Procurement Law Review, n° 1, p. 28 à 30.
- ⁵³ Aux termes de l'article 54-6 de la Directive 2004/18/CE, les pouvoirs adjudicateurs communiquent instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations qui leur permettent de connaître à tout moment leur classement respectif. Les mêmes dispositions se retrouvent en Autriche (loi sur l'attribution des marchés de 2002, par. 118.3).
- ⁵⁴ Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 117.2 et 118.3; art. 54-6 de la Directive 2004/18/CE; art. 79-3 de la loi polonaise sur les marchés publics.
- ⁵⁵ Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 117.2.
- ⁵⁶ Voir, par exemple, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai. D'après les analystes de la législation européenne relative à la concurrence, il est préférable, du point de vue du droit de la concurrence, d'afficher pendant le déroulement de l'enchère un classement général plutôt que des prix. Voir Kennedy-Loest C. et Kelly R., "EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 Public Procurement Law Review, n° 1, p. 29.
- ⁵⁷ Décret n° 2001-846, art. 1.
- ⁵⁸ Loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 118.3 et art. 54-6 de la Directive 2004/18/CE.
- ⁵⁹ Les banques multilatérales de développement (BMD) voient dans le système de dialogue en ligne un risque d'activités frauduleuses (signalisation des prix, corruption). Leur position, communiquée au secrétariat, est que dans le cadre des opérations qu'elles financent, elles n'accepteront pas de tel système et exigeront des enchères entièrement automatisées sans participation d'un représentant des pouvoirs publics.
- ⁶⁰ Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.12; le décret brésilien n° 3.697; l'article 54-6 de la Directive 2004/18/CE; le décret français n° 2001-846 (art. 1); et l'ordonnance roumaine n° 20, sect. 36-2.

- ⁶¹ Au Brésil, le système ne prévoit un numéro d'identification que pour les soumissionnaires, de sorte que le commissaire-priseur peut contrôler la réception des offres émanant des différents soumissionnaires, mais ne peut les identifier physiquement. Les soumissionnaires eux-mêmes disposent d'informations qui ne leur permettent que de voir quelle offre est la plus basse et si c'est la leur ou non.
- ⁶² Voir l'article 7 des Règles slovènes (voir plus haut, note 9); et l'ordonnance n° 20, sect. 36-5 du Gouvernement roumain.
- ⁶³ Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.12.
- ⁶⁴ Art. 11 du décret 3.697.
- ⁶⁵ Par exemple, en vertu de l'article 43 de la Directive 2004/18/CE.
- ⁶⁶ Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.13.
- ⁶⁷ Les informations publiées sont les suivantes: a) le nom et autres coordonnées des soumissionnaires et de l'entité adjudicatrice; b) les articles achetés et le prix unitaire budgétisé de chacun d'entre eux; c) le prix initial proposé pour toutes les offres; d) l'heure d'ouverture et de clôture de la séance d'enchères et des suspensions; e) toutes les décisions prises par le commissaire-priseur; f) les communications échangées entre les soumissionnaires et le commissaire-priseur pendant le dialogue en ligne; g) les plaintes déposées, le cas échéant, et la suite qui leur a été donnée; h) les éclaircissements demandés et donnés; et i) les données complètes sur la procédure d'adjudication et sur toute procédure qui aurait lieu ultérieurement (essai d'échantillons, par exemple).
- ⁶⁸ Loi 10.520 et décret 3.697. Une autre spécificité du système brésilien, qui figure à l'article 4 du décret, est que le commissaire-priseur peut négocier le prix directement avec le vainqueur ou avec l'auteur de la seconde meilleure offre lorsque le premier est disqualifié, s'il n'est pas satisfait du prix le plus bas proposé lors de l'enchère électronique inversée (par. XI et XVI). La réglementation n'impose aucune limite au prix qui peut être négocié, elle indique seulement qu'aucun prix irréaliste n'est autorisé. Le soumissionnaire qui l'emporte, cependant, a le droit de refuser de baisser le prix soumis lors de l'enchère, et le commissaire-priseur n'est pas autorisé à le disqualifier pour cette raison. L'utilité de la procédure a été mise en doute par certains analystes et, dans la pratique, elle n'est pas souvent utilisée.
- ⁶⁹ Voir, par exemple, en Chine, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai, art. 22 et 27; les Mesures provisoires adoptées par la ville de Shenzhen, art. 31; les Mesures provisoires adoptées par la ville de Zhuhai, art. 29; et les Mesures provisoires adoptées par la ville de Hefei, art. 25.
- ⁷⁰ Voir, en Chine, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai, art. 19; et les Mesures provisoires adoptées par la province du Zhejiang, art. 22.
- ⁷¹ Section 3.1.2 c) des Directives de Singapour (voir plus haut, note 20).
- ⁷² Voir, par exemple, en Chine, les Règles relatives à la passation électronique des marchés publics, adoptées par la ville de Liuzhou, art. 19. Le système brésilien permet à un commissaire-priseur de prendre contact avec le soumissionnaire qui a présenté la deuxième meilleure offre si le vainqueur est disqualifié ou si l'offre est jugée irrecevable ou inadaptée. Si le soumissionnaire qui a fait la deuxième offre la plus basse n'est pas connecté au système, le commissaire-priseur le contacte par messagerie électronique pour poursuivre la procédure. En cas de disqualification ou de refus, du soumissionnaire qui a fait la deuxième offre la plus basse, de fournir les biens ou services au prix proposé par le vainqueur initial, le soumissionnaire suivant est sollicité, et ainsi de suite jusqu'à l'attribution du marché. Si aucun n'accepte, l'enchère est annulée.
- ⁷³ Voir, en Chine, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la ville de Shanghai, art. 22; les Mesures provisoires adoptées par le district du Shunyi de Beijing, art. 20; et les Règles relatives à la passation électronique des marchés publics adoptées par la ville de Liuzhou, art. 22.

- ⁷⁴ Comme cela a été dit au secrétariat lors des consultations avec les experts, le fait d'imposer des offres contraignantes peut être considéré comme un moyen efficace de lutter contre les abus potentiels lors de l'enchère électronique inversée (soumissionnaires "fantômes", membres d'un cartel maintenant les offres artificiellement élevées).
- ⁷⁵ Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 116.11.
- ⁷⁶ Voir, par exemple, la Procédure de passation électronique de marchés (équipements de bureau), art. 6, intégrée aux Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne de la province du Zhejiang.
- ⁷⁷ En vertu des Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne adoptées par la ville de Shanghai, seul le nom du soumissionnaire retenu est divulgué, non le prix de l'offre qui l'a emporté.
- ⁷⁸ Voir, par exemple, la loi polonaise sur les marchés publics (art. 80-2) et, en Chine, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne de la province du Zhejiang, art. 22.
- ⁷⁹ Voir l'article 54-8 de la Directive 2004/18/CE.
- ⁸⁰ Voir, par exemple, la loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 100.2.
- ⁸¹ Ibid., par. 100.1.
- ⁸² Voir, par exemple, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne adoptées par la ville de Shanghai, art. 17; et les Mesures provisoires adoptées par le district du Shunyi de Beijing, art. 15.
- ⁸³ Voir, par exemple, les Mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne, adoptées par la province du Zhejiang, art. 22.
- ⁸⁴ Loi autrichienne sur l'attribution des marchés de 2002, par. 20-13 a) ii).
- ⁸⁵ Ibid., par. 100.4.
- ⁸⁶ Décision du Comptroller General des États-Unis, File n° B-288653, 31 octobre 2001, disponible à l'adresse <http://archive.gao.gov/legald425p10/a02467.pdf>.
- ⁸⁷ Voir également Nash R.L. et Cibinic J., "Oversight of procurements: delayed addendum," vol. 16, n° 1, Nash & Cibinic Report 1 (West/Thomson, janvier 2002)