



Assemblée générale

Distr.: Limitée
24 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 publics

Étude comparative des offres anormalement basses

Note du secrétariat

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-3	3
II. Le phénomène des offres à prix irréaliste ou anormalement basses	4-24	3
A. Définition du terme “offre à prix irréaliste ou anormalement basse”	4-5	3
B. L’impact des offres anormalement basses	6-10	4
C. Causes possibles de la soumission d’offres anormalement basses	11-16	5
D. Dispositions traitant des offres anormalement basses dans la Loi type	17-24	6
III. Étude comparative – les offres anormalement basses dans la législation existante ...	25-73	8
A. Interdiction de soumettre des offres anormalement basses dans la passation de marchés publics	26	8
B. Mesures législatives utilisées pour détecter les offres susceptibles d’être anormalement basses et mesures prises pour les combattre	27-61	9
1. Détection des offres anormalement basses	30	9



a) Analyse statistique	31-33	9
b) Analyse des prix	34-39	10
c) Analyse du risque et évaluation des offres	40-49	11
i) Évaluation des offres dans une législation multilatérale	41-44	12
ii) Évaluation d'offres dans la législation nationale	45-49	12
2. Mesures pouvant être prises pour combattre une offre anormalement basse une fois celle-ci détectée	50-61	13
a) Possibilité ou obligation de demander une justification de prix en cas de suspicion d'offre anormalement basse	50-56	13
i) Justification du prix dans une législation multilatérale	51-52	14
ii) Justification du prix dans une législation nationale	53-56	14
b) Évaluation des explications fournies suite à une procédure de justification du prix	57-58	15
c) Possibilité de rejet d'une offre anormalement basse	59-61	15
C. Autres questions concernant les offres anormalement basses	62-73	16
1. Recours aux garanties de soumission ou aux garanties autonomes	62-67	16
2. Enchères électroniques inversées et offres anormalement basses	68-70	17
3. Droit de la concurrence	71-73	17
IV. Conclusions	74-83	18

I. Introduction

1. Le point de départ des travaux actuels du Groupe de travail I (Passation des marchés) sur la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (“Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés” ou “Loi type”)¹ est indiqué aux paragraphes 1 à 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.34, présenté pour examen au Groupe de travail à sa septième session.
2. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a examiné (entre autres) la question des offres à prix irréaliste ou anormalement basses dans la passation de marchés. Il a été informé que l’un des risques des marchés sous-évalués était que le fournisseur retenu ne puisse être en mesure de s’acquitter de ses obligations au titre du contrat. Il a noté que le risque avait également été observé dans le contexte des enchères électroniques inversées (cette méthode de passation des marchés est examinée en détail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35).
3. Le Groupe de travail a donc prié le Secrétariat de réaliser une étude comparative de la façon dont les entités adjudicatrices traitaient les offres à prix irréaliste ou anormalement basses, tant dans le contexte des enchères électroniques inversées que de façon générale, et d’examiner également la relation entre la pratique des prix anormalement bas et le droit de la concurrence (A/CN.9/568, par. 54). La présente note donne les résultats de cette étude.

II. Le phénomène des offres à prix irréaliste ou anormalement basses

A. Définition d’une “offre à prix irréaliste ou anormalement basse”

4. Le phénomène des marchés à prix sous-évalué, que l’on rencontre dans tous les types de passation de marchés (procédure d’appel d’offres en bonne et due forme ou non), répond à des appellations diverses. Le Secrétariat, pour sa part, parlera d’“offres anormalement basses”. De même, et par souci de cohérence, il utilisera les termes de la passation des marchés qui sont employés dans la Loi type, même lorsqu’il examinera d’autres systèmes².
5. Le Secrétariat appliquera la définition de travail suivante d’offre anormalement basse:

“Une offre est réputée être anormalement basse si le prix soumissionné semble irréaliste, c’est-à-dire qu’il ne permet pas de dégager une marge bénéficiaire normale ou est inférieur au prix de revient, ce qui risque de rendre impossible l’exécution du marché à ce prix; et si le fournisseur ne peut justifier son prix par l’économie de la solution choisie, ou par les conditions exceptionnellement favorables dont il a bénéficié, ou encore par l’originalité des travaux proposés.”³

B. L'impact des offres anormalement basses

6. La soumission d'une offre anormalement basse comporte un risque lié à l'exécution. En 1989, le Groupe de travail, alors dénommé Groupe de travail sur la passation des marchés, soulignait qu'avec un prix anormalement bas, on estimait "peu probable qu'un soumissionnaire puisse exécuter le marché à un prix inférieur à ce prix ..., sauf au détriment de la qualité de la main-d'œuvre ou des matériaux ou en travaillant à perte. Un prix anormalement bas pourrait aussi dans certains cas indiquer une collusion entre soumissionnaires"⁴.

7. Pour le fournisseur, l'exécution d'un marché à perte peut le pousser de manière excessive à faire des économies de coûts, entraîner une baisse des liquidités et même le conduire à la faillite. L'entité adjudicatrice, quant à elle, en recherchant d'autres sources d'approvisionnement, en essayant de faire exécuter le marché à des conditions satisfaisantes, et en abaissant la qualité des biens ou des services demandés, risque de s'exposer à des hausses de coûts. Elle peut aussi être amenée, sous pression, à payer plus sans véritable justification (ce qui accroît aussi le risque de corruption) et peut devoir consacrer des ressources internes à des fonctions de surveillance plus importantes que dans une situation normale. Si la qualité – inférieure – des biens ou des services fournis rend un travail de maintenance et un remplacement nécessaires plus tôt que cela n'aurait été le cas si elle avait eu le niveau stipulé dans les spécifications, les coûts globaux du marché peuvent augmenter. Les sous-traitants, à leur tour, peuvent se trouver contraints de soumettre des offres anormalement basses, de sorte que l'exécution des contrats qui leur sont confiés et la chaîne d'approvisionnement se trouvent eux aussi compromis.

8. Du point de vue macroéconomique, les offres anormalement basses peuvent aller à l'encontre des dispositions en matière d'environnement, de santé et de sécurité (dont le respect occasionne des dépenses, et les fournisseurs qui ont des problèmes de coûts cherchent à réduire ces derniers dans tous les domaines), entraîner une diminution des activités de recherche-développement et des investissements, exercer une pression à la baisse sur les conditions d'emploi et accroître le risque de fraude en matière d'impôt et de cotisations sociales. À plus long terme, elles peuvent aussi avoir un impact anticoncurrentiel sur les économies nationales et réduire la compétitivité internationale, en cas de diminution du nombre d'acteurs sur le marché (du fait des faillites), entraîner la baisse des fonds de roulement, le recul de l'investissement et de la formation, et la détérioration des pratiques de travail. Autrement dit, les offres anormalement basses peuvent entraîner pour les gouvernements des coûts supplémentaires en dehors du marché concerné.

9. Ces effets peuvent être fortuits, si les offres anormalement basses ont été soumises involontairement, ou bien être la conséquence directe de celles qui ont été faites intentionnellement pour évincer la concurrence. Les petites et moyennes entreprises (PME) ont le plus souvent des ressources financières limitées, et les problèmes de liquidité que l'on constate généralement lorsqu'il y a des marchés à prix sous-évalué (comme il est indiqué au paragraphe 6 ci-dessus) sont proportionnellement plus graves pour elles.

10. Pour résumer, on peut considérer que les offres anormalement basses vont à l'encontre de plusieurs des objectifs de la Loi type, y compris l'économie et

l'efficacité dans la passation des marchés, la promotion de la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs, et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs.

C. Causes possibles de la soumission d'offres anormalement basses

11. Les données empiriques indiquent que l'on observe surtout des offres anormalement basses lorsque la demande économique diminue et lorsque la concurrence est particulièrement acharnée⁵.

12. L'étude du Secrétariat a identifié diverses causes de la soumission d'offres anormalement basses, notamment:

a) Offres anormalement basses involontaires:

i) Dossier du projet et de l'appel d'offres imprécis et ambigu, et erreurs dans l'évaluation des spécifications et de l'appel d'offres, d'où un risque accru pour un fournisseur de mal interpréter les conditions;

ii) Temps insuffisant pour préparer les offres, ce qui empêche les fournisseurs d'effectuer une évaluation des coûts et une analyse des risques satisfaisantes;

iii) Erreurs dans l'estimation des coûts de production internes. Les estimations s'effectuent sur la base de données historiques, et les études ont montré que des erreurs d'estimation tendaient à être des erreurs par défaut⁶; et

iv) Fixation de prix inférieurs au coût de revient pendant le déroulement de l'enchère⁷.

b) Offres anormalement basses volontaires:

i) Questions liées à un comportement anticoncurrentiel. Les fournisseurs peuvent sciemment faire des offres à perte, en vue d'acquérir une part de marché, et pratiquer des prix prédateurs⁸, pour évincer leurs concurrents et réaliser ce faisant des superbénéfices. De tels comportements sont normalement contrôlés et réglementés par le droit de la concurrence, bien que certains régimes de passation des marchés interdisent les prix manifestement trop bas⁹. Une grande entreprise peut également maintenir en activité des filiales, mêmes exploitées à perte, du fait qu'elles servent sa stratégie d'ensemble et peuvent soumettre des offres anormalement basses dans la mesure où elles n'ont pas à couvrir leurs propres coûts¹⁰;

ii) Questions liées au risque de faillite. Un fournisseur peut chercher à emporter un marché à n'importe quel prix, même s'il doit l'exécuter à perte, car son seul objectif du moment est de rester en activité, ou d'obtenir un crédit et d'éviter la faillite. Sa motivation peut donc être de couvrir ses frais fixes, tels que les salaires, et une offre anormalement basse peut correspondre à ces seuls coûts. Il arrive aussi que certains fournisseurs ne remplissent pas leurs obligations fiscales, sociales ou environnementales, auquel cas ils peuvent déduire de tels coûts dans leurs offres¹¹.

13. Il a été noté aussi que le risque d'offres anormalement basses était plus élevé lorsque l'entité adjudicatrice était autorisée à engager des négociations avant ou

après l'appel d'offres¹². Des négociations peuvent avoir pour seul but de faire baisser les prix ou d'imposer des conditions contractuelles coûteuses. Sous la pression de l'entité adjudicatrice, les fournisseurs peuvent être contraints de proposer des prix inférieurs aux coûts de revient ou perdre le marché.

14. Les raisons les plus courantes pour lesquelles les entités adjudicatrices peuvent accepter des offres anormalement basses sont la méconnaissance des risques et la détection insuffisante de telles offres, le manque de ressources pour rédiger les spécifications et évaluer les offres ainsi que les qualifications des fournisseurs, et les pressions qui s'exercent pour attribuer un marché au fournisseur le moins-disant, indépendamment de la qualité. En outre, lorsque les entités adjudicatrices sont tenues de publier et de justifier l'attribution des marchés, et afin de susciter le moins de critiques possible, l'offre la moins-disante peut être retenue comme critère d'attribution décisif.

15. Un autre risque est que les critères d'évaluation ne soient pas adéquats pour détecter les risques liés à l'exécution du marché, et que les entités adjudicatrices ne tiennent pas compte de certains aspects d'une offre anormalement basse qui peuvent majorer le prix global d'un marché, tels que:

- a) Des modifications excessives du marché du fait que les fournisseurs cherchent à compenser leurs pertes, d'où la multiplication des litiges contractuels;
- b) La mauvaise exécution des travaux;
- c) La qualité insuffisante des matériaux et des systèmes, d'où des coûts d'utilisation, de maintenance et de remplacement plus élevés;
- d) L'augmentation des coûts de suivi et de surveillance; et
- e) La faillite des fournisseurs pendant la phase d'exécution du marché.

16. Les méthodes modernes de passation des marchés mettent fortement l'accent sur le prix, ce qui contraint parfois l'entité adjudicatrice à accepter le prix soumissionné le plus bas ou l'offre évaluée la plus basse, et à négliger les aspects qualitatifs. Certains commentateurs ont indiqué que l'on observait ce phénomène dans les enchères électroniques inversées¹³, qui accordent une très grande importance au prix¹⁴, et peut-être dans les méthodes de passation des marchés qui visent à tirer parti d'économies d'échelle¹⁵.

D. Dispositions traitant des offres anormalement basses dans la Loi type

17. Les offres anormalement basses ont fait l'objet d'une discussion préliminaire lors de l'élaboration de la Loi type de 1993, sur le point de savoir si les offres anormalement basses pourraient indiquer une collusion entre soumissionnaires. Le Groupe de travail s'est également demandé à ce moment-là s'il serait approprié d'autoriser les entités adjudicatrices à fixer un prix minimal ou maximal¹⁶, et bien qu'il ait reconnu que cela comportait des avantages pour la transparence, il ne l'a pas recommandé et n'a pas non plus traité explicitement des offres anormalement basses.

18. Par conséquent, les seules dispositions de la Loi type qui peuvent être utilisées pour aborder la question des offres anormalement basses sont celles qui traitent des qualifications des fournisseurs et de l'évaluation des offres.

19. L'article 6 de Loi type réglemente la procédure de qualification des fournisseurs et indique que ces derniers doivent satisfaire aux critères de l'entité adjudicatrice concernant (entre autres) les qualifications et les compétences professionnelles et techniques, les compétences de gestion, les ressources financières, la capacité de contracter, les conditions de solvabilité, et qu'ils doivent s'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales, que leurs administrateurs ou leurs dirigeants ne doivent pas faire l'objet d'enquêtes criminelles ou de poursuites, et toutes autres conditions énoncées dans le dossier de sollicitation. Le Guide pour l'incorporation énonce que l'évaluation des qualifications devrait donner à l'entité adjudicatrice "assez de latitude pour déterminer dans quelle mesure exactement il y a lieu d'examiner les qualifications dans une procédure donnée de passation des marchés"¹⁷.

20. En ce qui concerne l'évaluation des offres, l'entité adjudicatrice, aux termes de l'article 34-4 a) de la Loi type:

"Évalue et compare les offres qui ont été acceptées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé."¹⁸

21. Lors de la modification de la Loi type pour y incorporer des dispositions relatives aux services, l'article 41 *quater* a été proposé, de manière à établir comme un des critères d'évaluation¹⁹, la mesure dans laquelle la proposition soumise permet de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, à côté des qualifications, de l'expérience, etc. du fournisseur et de son personnel²⁰. L'entité adjudicatrice aurait alors la possibilité d'éliminer une proposition dont les aspects techniques et qualitatifs ont été forcés par rapport au prix proposé pour les articles concernés. (Ces dispositions figurent maintenant à l'article 39.2 de l'actuel Guide pour l'incorporation.)

22. La Loi type ne fournit cependant pas d'indications détaillées sur l'évaluation à effectuer, mais dispose que "l'entité adjudicatrice ne peut considérer une offre comme étant conforme que si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation" (art. 34-2 a)), sous réserve de la correction d'erreurs matérielles et similaires. En vertu de l'article 34-4 b) l'offre à retenir est l'offre proposant le prix le plus bas (ou, si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée sur la base de critères spécifiés dans le dossier de sollicitation). En ce qui concerne les coûts d'exécution d'un marché, une entité adjudicatrice ne peut tenir compte que "[du] coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, [du] délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, [des] caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, [des] conditions de paiement et [des] conditions de garantie des biens, des travaux ou des services". (art. 34-4 c) ii)) et seulement dans le cas de l'offre la plus basse selon l'évaluation. Les majorations de coûts auxquelles pourrait donner lieu une offre anormalement basse, comme celles qui sont indiquées au paragraphe 15 ci-dessus, peuvent donc ne

pas être prises en compte dans une évaluation réalisée en application de ces dispositions.

23. Aux termes de l'article 34-1 a) l'entité adjudicatrice peut demander des éclaircissements sur une offre, mais aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix n'est autorisée, et en vertu de l'article 31 elle peut fixer une période de validité des offres suffisamment longue pour permettre une procédure de clarification et la proroger si nécessaire. Lorsqu'il a rédigé ces dispositions, le Groupe de travail a cependant exprimé la crainte d'un risque d'abus²¹, et noté que la proposition "ne [vise] pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas semblant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre²². Par conséquent, la Loi type ne donne pas à l'entité adjudicatrice le moyen de clarifier des offres anormalement basses éventuelles en tant que telles avec les fournisseurs.

24. La Loi type ne permet pas à une entité adjudicatrice de rejeter une offre anormalement basse en tant que telle, bien que son article 12 autorise cette entité à rejeter toutes les soumissions, propositions ou offres, ou tous les prix. Il est indiqué dans le Guide pour l'incorporation, que l'objet de l'article 12 est de permettre à l'entité adjudicatrice de rejeter toutes les offres pour des motifs d'intérêt général (par exemple lorsqu'il semble que la concurrence a été insuffisante), à condition que cette possibilité ait été prévue dans le dossier de sollicitation.

III. Étude comparative – les offres anormalement basses dans la législation existante

25. La présente section examinera trois aspects de la législation actuelle: premièrement, les moyens utilisés pour détecter les offres susceptibles d'être anormalement basses; deuxièmement, les mesures que l'on peut prendre pour établir s'il existe effectivement une offre anormalement basse; et troisièmement, les mesures que l'on peut prendre pour combattre une offre anormalement basse une fois celle-ci détectée. La législation des marchés aborde généralement ces trois aspects et la présente section examinera brièvement, en outre, les aspects correspondants de la législation et de la politique en matière de concurrence.

A. Interdiction de soumettre des offres anormalement basses dans la passation de marchés publics

26. Le secrétariat a constaté que peu de législations interdisent explicitement la soumission d'offres anormalement basses. Parmi elles figurent la loi chinoise sur les appels et les soumissions d'offres, selon laquelle "un soumissionnaire ne peut enchérir à un prix inférieur au coût, ni enchérir au nom d'une autre personne ou recourir à d'autres moyens frauduleux et mensongers pour emporter le marché en trichant"²³, et la Federal Acquisition Regulation 3.501 des États-Unis, qui interdit de pratiquer tout prix abusivement bas²⁴. En Thaïlande, la réglementation prévoit une peine d'emprisonnement ou une amende lorsque la soumission d'une offre anormalement basse se solde par l'attribution d'un marché qu'il n'est pas possible d'honorer, et prévoit l'obligation d'indemniser l'entité adjudicatrice des frais supplémentaires qu'elle a engagés²⁵. Aux Philippines, il existe une interdiction

générale des activités frauduleuses de la part des soumissionnaires, assortie de sanctions pénales²⁶.

B. Mesures législatives utilisées pour détecter les offres susceptibles d’être anormalement basses et mesures prises pour les combattre

27. Le secrétariat constate qu’il y avait plus de lois sur les passations de marchés qui visaient à prévenir les offres anormalement basses, généralement dans le cadre des procédures d’évaluation globale et de sélection des fournisseurs. Les mesures législatives cherchent à éviter les risques liés à l’exécution, prévoient des procédures de détection des offres anormalement basses et des mesures pour les combattre.

28. Les systèmes étudiés font apparaître diverses méthodes, y compris la détection des offres susceptibles d’être anormalement basses par l’évaluation des offres, l’analyse des risques et l’analyse des prix. Une analyse des risques ou des prix vise à déterminer si une offre par ailleurs conforme exposerait l’entité adjudicatrice à un risque au stade de l’exécution du fait que, par exemple, le prix du marché ne permettrait pas de dégager une marge bénéficiaire normale ou suffisante pour le fournisseur (et au risque connexe d’insolvabilité). D’autres systèmes autorisent (ou obligent) les entités adjudicatrices à rechercher, avant de pouvoir rejeter des offres, les offres anormalement basses potentielles en demandant au(x) fournisseur(s) concerné(s) de justifier ses (leurs) prix.

29. La réglementation de l’évaluation des offres, la sélection des fournisseurs et la façon dont ces procédures permettent de détecter et de traiter les offres anormalement basses et les risques liés à l’exécution sont, par conséquent, examinés ensemble dans la présente section.

1. Détection des offres anormalement basses

30. La première chose à faire, pour lever les risques que présentent les offres susceptibles d’être anormalement basses, est de les détecter. Les principales méthodes utilisées à cette fin sont des techniques arithmétiques ou statistiques qui permettent de repérer les offres qui sortent de la fourchette normale de prix (“analyse statistique”) en utilisant les informations sur le marché pour déterminer des prix de référence à des fins de comparaison et en analysant la structure du prix des fournisseurs (“analyse des prix”), et en se demandant si une offre particulière semble présenter un risque au stade de l’exécution (“analyse du risque”). La présente section examinera tour à tour chacune de ces techniques, même si une évaluation des offres et des fournisseurs ne les inclura pas nécessairement toutes les deux et ne traitera pas non plus nécessairement chacune comme une étape distincte de l’évaluation.

a) Analyse statistique

31. Plusieurs systèmes sont utilisés pour détecter les offres susceptibles d’être anormalement basses au moyen de méthodes arithmétiques ou statistiques (parfois appliquées dans le cadre de l’analyse des prix), notamment:

a) Des systèmes arithmétiques qui mesurent l'écart (généralement de 10 à 15 %) entre un prix soumissionné particulier et la moyenne de tous les prix soumissionnés; ces systèmes sont utilisés, par exemple, en Belgique, en Italie, en Lituanie, au Portugal, en Espagne et en Grèce²⁷;

b) Des systèmes permettant de déterminer si les prix et les coûts procurent à l'entrepreneur une marge bénéficiaire inférieure à une marge "normale"; et

c) Des systèmes permettant de déterminer si le prix proposé semble exceptionnellement bas (soit de manière générale, comme le prévoient les nouvelles directives de la Commission européenne relatives à la passation des marchés²⁸, soit, par exemple, en fixant un seuil en dessous duquel une offre est jugée anormalement basse).

32. Par exemple, la loi espagnole relative à la passation des marchés publics²⁹ considère que des offres sont anormalement basses ("téméraires") s'il n'y a qu'un fournisseur et que son prix est inférieur de 25 % au prix de référence, s'il n'y a que deux fournisseurs et que le prix de l'un d'entre eux est inférieur de plus de 20 % à celui de l'autre, et ainsi de suite avec un pourcentage dégressif lorsqu'il y a plus de deux fournisseurs³⁰.

33. Des commentateurs ont noté que des pourcentages fixes ou d'autres "méthodes arithmétiques" peuvent être arbitraires et mettent en doute leur efficacité, en particulier dans la mesure où ces méthodes peuvent être faussées par des offres dont le prix est élevé par rapport à la moyenne³¹. Au Bangladesh, la pratique qui consistait à rejeter les offres inférieures de plus de 5 % au prix estimatif de l'entité adjudicatrice a été abandonnée dans la nouvelle réglementation des marchés publics de 2003, qui dispose, à l'article 31-8, qu'"il n'existe aucune exclusion automatique d'offres supérieures ou inférieures à un pourcentage prédéterminé des estimations officielles", changement que des commentateurs ont lié à l'arbitraire des méthodes arithmétiques³².

b) Analyse des prix

34. Une entité adjudicatrice peut ne pas disposer, pour certains produits ou services qu'elle souhaite acquérir, de prix de référence ou de prix du marché. Des articles sur mesure, nouveaux ou non habituellement achetés dans les quantités dont a besoin l'entité adjudicatrice n'auront pas de prix de référence ou de prix du marché, et pour les articles qui ne sont pas des produits courants, il sera difficile d'assurer l'exactitude de prix de référence ou de prix du marché. L'entité adjudicatrice, qui plus est, ne disposera pas toujours des ressources ou des données qui seraient nécessaires pour estimer les prix de référence ou les prix du marché.

35. Dans certains pays d'Amérique latine, notamment au Brésil et en Argentine, il peut être fixé, dans les annonces des possibilités de marché, des prix de référence (ou prix maxima) auxquels les prix soumissionnés peuvent être comparés à des fins d'analyse³³. Au Brésil, le système électronique de passation des marchés publics, COMPRASNET³⁴, fournit des prix de référence historiques récents et la loi exige que chaque acquisition s'accompagne d'un budget prévisionnel correspondant. La législation exige aussi des entités adjudicatrices qu'elles évaluent les propositions en analysant les coûts et prix locaux³⁵.

36. En Indonésie, l'entité adjudicatrice est tenue de déterminer un "prix auto-estimé" qui servira à évaluer le caractère raisonnable du prix soumissionné et de ses éléments constitutifs. Ce prix auto-estimé peut aussi servir à déterminer la valeur d'une garantie indépendante requise en cas d'offre anormalement basse³⁶, mais ne peut servir de base pour faire baisser le prix soumissionné lui-même³⁷.

37. La Federal Acquisition Regulation (FAR) des États-Unis oblige à effectuer une analyse des prix pour évaluer et examiner "un prix proposé sans évaluer ses différents éléments de coût et le bénéfice proposé"; c'est ce que l'on appelle une analyse du "réalisme des prix". La FAR comprend une liste non exhaustive de techniques et de procédures qui peuvent être utilisées à cette fin, y compris la comparaison des prix soumissionnés entre eux et avec ceux proposés précédemment, avec les prix de marchés précédents, avec des estimations de coûts indépendantes réalisées par les pouvoirs publics, avec des prix et indices publiés compétitifs, et avec des prix obtenus par des études de marché. Elle suggère également d'utiliser des estimations statistiques et autres pour mettre en évidence d'importantes disparités justifiant des recherches supplémentaires, et d'analyser les informations communiquées par le fournisseur pour ce qui est de la fixation de ses prix. Curieusement, on ne peut demander de renseignements sur les coûts (alors qu'on peut le faire pour les prix)³⁸.

38. Au Mexique, en revanche, la réglementation dispose que l'évaluation des offres doit démontrer que tant les coûts que les prix correspondent aux conditions existantes sur le marché régional ou autre où les travaux seront réalisés, exige que les budgets soient cohérents, et oblige à analyser les composantes des prix et des coûts, y compris en les comparant aux normes, marges bénéficiaires et autres dépenses pratiquées³⁹. De même, à Buffalo City (Afrique du Sud), les entités adjudicatrices déterminent des prix (appelés prix virtuels) en prenant en considération (notamment) les obligations statutaires, les devis quantitatifs, l'ampleur des travaux, les conditions locales, les rythmes de production, les taux de salaire obligatoires, les obligations et prescriptions contractuelles, les niveaux de rémunération du personnel, le bénéfice, les frais généraux ainsi que l'achat et le remplacement des outils⁴⁰.

39. Pour autant, la fixation de prix maxima ou minima⁴¹ n'est généralement pas jugée appropriée. Aux Philippines, la réglementation dispose qu'"il n'existe aucune limite inférieure ou plancher à la valeur du marché"⁴². Des commentateurs ont noté, en particulier, que la passation de marché risque de tourner à la loterie si l'on fixe un prix minimum, les fournisseurs soumissionnant alors tous à ce prix⁴³.

c) Analyse du risque et évaluation des offres

40. Les divers systèmes multinationaux et nationaux étudiés par le secrétariat contiennent tous des indications sur l'évaluation à effectuer, mais le niveau de détail de cette évaluation varie considérablement. (Les dispositions pertinentes de la Loi type figurent aux paragraphes 20 à 24 ci-dessus.) Les deux principaux critères d'attribution sont l'offre proposant le prix le plus bas et l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée⁴⁴, ce dernier critère offrant davantage de souplesse pour évaluer la qualité d'une offre particulière. Certains systèmes, cependant, lient explicitement les critères d'attribution à la qualification du fournisseur, comme on le verra dans les paragraphes ci-après.

i) Évaluation des offres dans une législation multilatérale

41. L'article 44 de la deuxième nouvelle directive de l'Union européenne traite de la vérification de l'aptitude et du choix des participants ainsi que de l'attribution des marchés, et outre les procédures prévues lorsqu'on suspecte une offre anormalement basse (art. 55, voir par. 52 ci-après)⁴⁵, l'entité adjudicatrice est tenue de vérifier "l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46 ... conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visées aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3 [de l'article 44]". L'entité adjudicatrice est par conséquent tenue de prendre en considération à la fois la conformité de l'offre et l'aptitude du fournisseur.

42. L'article 53 de la deuxième nouvelle directive de l'Union européenne énonce les critères d'attribution des marchés eux-mêmes, notant que ses dispositions ne portent pas atteinte aux "dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services", et que lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'entité adjudicatrice doit indiquer, dans son dossier de sollicitation, ou dans tout document équivalent, le coefficient de pondération relative qu'elle confère à chacun des critères retenus pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (par exemple la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution)⁴⁶.

43. Aux termes de l'Accord sur les marchés publics (APM), les entités adjudicatrices sont tenues d'adjuger le marché au soumissionnaire qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission sera soit la soumission la plus basse, soit celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés⁴⁷. L'APM énonce également, pour ce qui est de l'évaluation de l'aptitude d'un fournisseur, des principes généraux fondés sur la non-discrimination, mais note que "la capacité financière, commerciale et technique d'un fournisseur sera jugée à la fois d'après son activité commerciale globale et d'après son activité sur le territoire de l'entité contractante, compte dûment tenu des liens juridiques existant entre les organismes fournisseurs"⁴⁸.

44. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) autorise une entité adjudicatrice à se renseigner, dans le cadre de l'évaluation des soumissions, sur une offre suspectée d'être anormalement basse, et note que l'offre qui l'emportera sera celle qui est la plus basse ou celle qui aura été jugée la plus avantageuse et pour laquelle le fournisseur "aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché". Le texte dispose également que si une entité "a reçu une soumission anormalement inférieure aux autres soumissions présentées, elle pourra se renseigner auprès du fournisseur pour s'assurer qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est ou sera apte à satisfaire aux modalités du marché"⁴⁹.

ii) Évaluation d'offres dans la législation nationale

45. Au Chili, la législation oblige à effectuer une analyse économique et technique des avantages et des coûts actuels et futurs des biens et services mentionnés dans

chaque offre, et stipule que les critères d'évaluation doivent comprendre le prix, l'expérience du fournisseur, la qualité, l'assistance technique, le soutien technique, le service après-vente, les délais de livraison, les coûts de transports et d'autres points jugés pertinents⁵⁰.

46. À Singapour (qui est signataire de l'APM), la passation de marchés est largement décentralisée vers les ministères, mais il existe deux autorités centrales d'enregistrement⁵¹, qui assurent des services d'achat centralisés pour les articles courants. Ces autorités sont tenues d'évaluer les références et la capacité financière des fournisseurs potentiels et ceux qui sont jugés aptes reçoivent un certificat qui peut être présenté lors de soumissions ultérieures⁵². L'enregistrement auprès d'une autorité centrale peut être spécifié dans le dossier de sollicitation comme étant indispensable, facultatif ou non exigé pour un marché particulier⁵³; s'il n'est pas exigé, cependant, les entités adjudicatrices doivent effectuer une évaluation équivalente.

47. Dans la RAS de Hong Kong, qui est également signataire de l'APM, les fournisseurs potentiels peuvent être tenus, d'après les conditions des appels d'offres, d'apporter aux pouvoirs publics la preuve de leur capacité financière⁵⁴.

48. À Buffalo City (Afrique du Sud), les entités adjudicatrices sont tenues d'effectuer une analyse du risque (en sus de l'analyse des prix décrite au paragraphe 38 ci-dessus) pour s'assurer que l'offre n'exposera pas le conseil municipal ou l'entité adjudicatrice à un risque excessif si elle est acceptée. La réglementation oblige à prendre en considération les éléments suivants et note que les fournisseurs peuvent, à cette fin, être interrogés: premièrement, le prix de l'offre et ses éléments constitutifs, en particulier tout déséquilibre des prix et l'application de taux indûment élevés ou faibles; deuxièmement, l'aptitude du fournisseur à obtenir, au besoin, une garantie indépendante, son expérience, ses ressources financières et humaines, ses antécédents, son aptitude à superviser et à contrôler la main-d'œuvre et, au besoin, à fournir du matériel, des installations et des moyens de transport, ainsi que sa compréhension de l'ampleur des travaux requis. Des offres pourront être écartées si "la composition du prix de certaines parties du travail à accomplir diffèrent sensiblement du prix estimé et si le [fournisseur] n'est pas en mesure d'expliquer ces écarts"⁵⁵.

49. Au Royaume-Uni, les entités adjudicatrices sont autorisées, pour déterminer si un fournisseur satisfait aux "critères minima de capacité économique et financière", à demander à ses banques des déclarations en sus de ses états financiers publiés⁵⁶.

2. Mesures pouvant être prises pour combattre une offre anormalement basse une fois celle-ci détectée

a) Possibilité ou obligation de demander une justification de prix en cas de suspicion d'offre anormalement basse

50. La plupart des systèmes autorisent ou obligent, en termes largement similaires, les entités adjudicatrices à donner aux fournisseurs la possibilité d'expliquer des prix qui semblent indiquer la possibilité d'une offre anormalement basse, et à tenir compte des explications reçues pour estimer si des offres sont conformes.

i) Justification du prix dans une législation multilatérale

51. L'article XIII-4 de l'AMP autorise (sans l'exiger) une étape de justification ou d'explication avant rejet d'une offre, le but étant de s'assurer que le fournisseur est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché.

52. L'article 55 de la deuxième nouvelle directive de l'Union européenne traite, notamment, des offres anormalement basses, de leur identification et des mesures à prendre, et stipule ce qui suit:

“1. Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.

Ces précisions peuvent concerner notamment:

a) L'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

b) Les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

c) L'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

d) Le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

e) L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

2. Le pouvoir adjudicateur vérifie, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

3. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.”⁵⁷

ii) Justification du prix dans une législation nationale

53. La France applique une approche identique à celle de l'Union européenne exposée ci-dessus, prévoyant que si une offre apparaît anormalement basse, elle peut être rejetée (avec justification écrite) après qu'une clarification écrite de sa composition a été demandée, et après qu'ont été prises en compte les explications reçues⁵⁸. On trouve des dispositions similaires en Autriche⁵⁹, en Suède⁶⁰ et au Royaume-Uni⁶¹. Aux États-Unis, la FAR prévoit également une étape de justification du prix, comme énoncé au paragraphe 37 ci-dessus, mais on notera qu'à la différence d'autres systèmes, il ne peut être demandé des renseignements que sur le prix (et non sur les coûts).

54. L'approche de l'Union européenne a également été suivie par la plupart des pays d'Europe centrale et orientale (comme la République slovaque)⁶².

55. En Chine, si l'on suspecte une offre anormalement basse, le comité d'évaluation demande des explications au fournisseur concerné. Si les explications ne sont pas satisfaisantes, le comité peut décider de ne pas attribuer le marché à ce fournisseur⁶³.

56. Une entité adjudicatrice peut être autorisée à demander la prolongation de la période de validité des offres de façon à achever l'évaluation pendant que les offres sont encore valables, comme au Tamil Nadu (Inde)⁶⁴.

b) Évaluation des explications fournies suite à une procédure de justification du prix

57. Les lois de divers États sur la passation de marchés et les nouvelles directives de l'Union européenne indiquent quelques-uns ou la totalité des facteurs que l'entité adjudicatrice peut pondérer lorsqu'elle examine les explications données par des fournisseurs en cas de prix apparaissant anormalement bas, notamment les conditions favorables dont dispose le soumissionnaire.

58. Les facteurs énoncés dans les nouvelles directives de l'Union européenne sont:

a) L'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

b) Les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

c) L'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

d) Le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

e) L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire⁶⁵.

c) Possibilité de rejet d'une offre anormalement basse

59. En vertu de l'article 55 de la deuxième nouvelle directive de l'Union européenne, une entité adjudicatrice doit, lorsqu'elle prévoit de rejeter une offre, demander au fournisseur des explications justifiant le prix, comme énoncé ci-dessus, mais est autrement libre d'accepter ou de rejeter une offre de la manière normale.

60. Le secrétariat n'a connaissance d'aucun système qui autorise le rejet d'une offre susceptible d'être anormalement basse sans évaluation (en d'autres termes, le recours à des méthodes arithmétiques ou statistiques pour écarter ce type d'offre n'est pas permis). Ce principe a été réaffirmé par les décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes, laquelle a statué que les offres ne peuvent être automatiquement exclues au motif qu'elles s'écartent de la moyenne des autres offres soumises de plus d'un pourcentage déterminé⁶⁶. Les lois allant dans ce sens sont nombreuses et les systèmes qui autorisent le rejet des offres anormalement basses en tant que telles (voir, par exemple, les nouvelles directives européennes en

cas d'aide illégale d'un État, au paragraphe 52 ci-dessus, les règles de la municipalité de Buffalo City, voir au paragraphe 48, et la législation chinoise, au paragraphe 55) exigent une procédure préalable de consultation ou de justification. Ainsi, les offres basses sont rejetées généralement pour non-conformité (par exemple, l'entité adjudicatrice peut estimer que le fournisseur n'est pas en mesure d'exécuter le marché dans les délais ou conformément aux exigences de qualité stipulées). Les maintiens d'un lien entre exclusion d'une offre et respect de spécifications semble indispensable si l'on veut prévenir le risque de rejet abusif.

61. Les dispositions régissant le traitement des offres anormalement basses exigent en outre que tout rejet soit rapidement notifié au soumissionnaire concerné⁶⁷.

C. Autres questions concernant les offres anormalement basses

1. Recours aux garanties de soumission ou aux garanties autonomes

62. Une garantie de soumission engage un fournisseur à conclure le marché si son offre est retenue et à fournir des cautions de bonne fin et de paiement pour l'exécution de ce marché, si celles-ci sont exigées dans le dossier de sollicitation. Une garantie autonome, quant à elle, garantit l'exécution du marché selon les conditions requises, au prix convenu et dans les délais impartis. La caution de paiement protège certains prestataires de services, fournisseurs de matériaux et sous-traitants en cas de défaut de paiement de l'entrepreneur principal⁶⁸. Les garanties de soumission et cautions sont des mécanismes très courants en Europe, en Amérique du Nord, mais aussi dans des régimes comme les Règles uniformes de la CCI pour les "Contract Bonds"⁶⁹ et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)⁷⁰.

63. En ce qui concerne les garanties autonomes, la législation chilienne, par exemple, prévoit que "lorsque le prix d'une offre est inférieur à 50 % de celui de l'offre suivante et que l'entité adjudicatrice constate qu'il est sans fondement économique, elle peut, dans une décision motivée, retenir l'offre la plus basse, en demandant que la garantie de bonne exécution soit augmentée jusqu'à concurrence du montant de la différence entre les deux prix". (Une nouvelle réglementation ramènera ce chiffre à 20 %.)⁷¹

64. En Indonésie, la réglementation dispose que le fournisseur ayant présenté une offre susceptible d'être anormalement basse peut être tenu d'offrir une garantie autonome supplémentaire pouvant atteindre 80 % du prix estimé par l'entité adjudicatrice et qu'en cas de refus de sa part il perdra sa garantie de soumission, sera disqualifié et sera inscrit sur une liste noire⁷².

65. Lorsqu'il y a une garantie autonome, on peut penser que le garant a examiné les capacités et la solvabilité du fournisseur. C'est pourquoi on a pu dire qu'un système de garantie autonome réduisait sensiblement la probabilité de défaillance de l'entreprise exécutant le marché et, partant, les risques inhérents à la soumission d'offres anormalement basses.

66. Mais on a dit aussi que les garanties de soumission (par opposition aux garanties autonomes) ne protégeaient pas contre les offres normalement basses⁷³ et que le coût de constitution d'une caution quelconque était un sérieux obstacle à la

participation des petites et moyennes entreprises (PME). Ce à quoi il a été répondu que l'obligation de bonne fin imposée aux fournisseurs et l'impact négatif du non-respect de cette obligation sur leurs activités futures étaient des éléments suffisamment incitatifs pour ne pas soumettre d'offre anormalement basse. D'autre part, il a été noté que les PME pouvaient pâtir du fait qu'elles étaient perçues comme risquant de ne pas être fiables en raison de leur taille et qu'un système de garantie autonome pourrait améliorer cette image.

67. Il a également été soutenu que le coût des garanties autonomes était exorbitant pour les PME et ne faisait que s'ajouter aux autres coûts dans la passation de marchés. Le recours à ce type de garantie pour décourager les offres anormalement basses n'est donc pas universellement accepté, selon certains commentateurs, une évaluation appropriée (comme pour les garanties de soumission) est une solution plus efficace et moins coûteuse⁷⁴.

2. Enchères électroniques inversées et offres anormalement basses

68. Comme il est indiqué au paragraphe 16, le phénomène des offres anormalement basses est observé aussi dans les enchères électroniques inversées, dont l'utilisation dans différents systèmes est décrite dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35. Des commentateurs ont noté que l'âpreté de la concurrence et la polarisation sur le prix, dans ce type d'enchère, augmentaient le risque d'offres anormalement basses⁷⁵.

69. Au Brésil, les participants à une enchère électronique inversée peuvent, pendant son déroulement, dialoguer en ligne avec le commissaire-priseur sous le couvert de l'anonymat. Si ce dernier juge qu'une offre est anormalement basse, il peut utiliser cet outil de communication pour le signaler et inviter l'enchérisseur à retirer son offre. Bien que conçu pour parer au risque d'offres anormalement basses, un tel outil peut, selon certains commentateurs, être source de fraudes⁷⁶. Certaines institutions multilatérales de prêt ont décidé de ne pas financer les enchères comportant un dispositif de dialogue en ligne (et, d'ailleurs, ne financent que les enchères entièrement automatisées).

70. Il est indiqué dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35 que, dans certains systèmes, les enchères électroniques inversées sont principalement ou exclusivement destinées à l'achat de biens standardisés ou produits courants⁷⁷ et l'exécution de ces marchés de fournitures ne comporte guère de risque en dehors de l'insolvabilité du fournisseur. Pour schématiser, ces enchères consistent à réunir virtuellement des soumissionnaires qui vont sous-enchérir les uns contre les autres. À supposer que chacun connaisse son prix de base, un fournisseur rationnel ne fera pas une offre qui reviendrait à exécuter le marché à perte. Les commentateurs estiment donc que le phénomène des offres anormalement basses dans les enchères électroniques inversées ne devrait pas durer et que plus les fournisseurs disposeront d'informations (par exemple, sur les offres des autres candidats) durant l'enchère elle-même, plus faible sera le risque d'offres anormalement basses⁷⁸.

3. Droit de la concurrence

71. Le secrétariat a examiné, dans le cadre de son étude, les éléments du droit de la concurrence qui régissent les pratiques anticoncurrentielles, tels que la législation antidumping (qui vise à prévenir l'exportation d'un produit à un prix inférieur à

celui qui est pratiqué sur le marché intérieur) et les mesures interdisant la fixation de prix inférieurs au coût de revient dans l'intention de conquérir ou de conserver des parts de marché et d'évincer des concurrents⁷⁹. Au Canada, par exemple, la législation interdit aux entreprises de se livrer à des agissements anticoncurrentiels, définis notamment comme le fait de vendre des articles à un prix inférieur à leur coût d'acquisition dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent⁸⁰. D'autres dispositions interdisant les ventes à perte sont évoquées plus haut⁸¹.

72. L'article 86 du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE)⁸², que les États membres de l'Union européenne sont tenus d'appliquer dans leur droit interne, interdit aux entreprises d'exploiter de façon abusive une "position dominante" sur un marché commun⁸³. Le Traité CE et la Commission européenne donnent des exemples de pratiques abusives, parmi lesquelles le fait de fixer des prix très faibles visant à éliminer un concurrent⁸⁴. De nombreux États membres de l'Union européenne ont prévu, dans leur législation, que les entreprises abusant de leur position dominante (par exemple en soumettant systématiquement des offres anormalement basses) sont passibles d'amendes pouvant atteindre 10 % de leur chiffre d'affaires annuel⁸⁵.

73. Les mesures recensées par le secrétariat se fondent sur la notion de fixation intentionnelle de prix inférieurs au coût de revient ou de prix anormalement bas. Elles peuvent donc être invoquées lorsqu'il est établi qu'un soumissionnaire a sciemment présenté une offre anormalement basse, mais non lorsqu'une telle offre a été présentée involontairement pour les motifs exposés au paragraphe 12 ci-dessus. Le facteur temps peut également être un problème dans l'application du droit de la concurrence à une procédure de passation particulière, dans ce sens que le temps nécessaire pour établir une violation de la législation de la concurrence peut être bien supérieur au temps imparti pour l'attribution d'un marché.

IV. Conclusions

74. En résumé, l'étude réalisée par le secrétariat a montré que le phénomène des offres anormalement basses est traité dans les systèmes de passation tant multinationaux qu'internes. En revanche, il n'est pas expressément abordé dans la Loi type. Les mesures existantes pour prévenir ce type d'offres se trouvent principalement dans les règles sur l'évaluation des offres et la qualification des fournisseurs, qui exigent des entités adjudicatrices qu'elles vérifient si le prix proposé est objectivement raisonnable (et si la qualité est suffisante) et si le fournisseur semble capable d'exécuter le marché selon les modalités prévues. Les mesures visant à prévenir les pratiques anticoncurrentielles, telles que la soumission d'offres anormalement basses dans l'intention d'évincer des concurrents, sont généralement prévues dans le droit de la concurrence et non dans le droit de la passation des marchés.

75. Le Groupe de travail considérera peut-être que les offres anormalement basses présentées involontairement devraient être traitées dans la réglementation de la passation des marchés, à l'aide de critères d'évaluation et de qualification, ainsi que dans les dispositions régissant la justification des prix, mais que les offres présentées intentionnellement pourraient être traitées plus efficacement par les lois et politiques en matière de concurrence (en effet, l'entité adjudicatrice ne verra

peut-être aucune raison de rejeter une offre anormalement basse sauf si l'exécution du marché comporte des risques⁸⁶. Le Groupe de travail pourrait néanmoins envisager d'insérer dans la Loi type, dans la réglementation, ou dans le Guide pour l'incorporation, des dispositions sur la nécessité d'une coordination entre ces deux domaines du droit et d'une coopération entre les organes chargés de la concurrence et les entités adjudicatrices.

76. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi prendre en considération les mesures ci-après lorsqu'il examinera comment prévenir la soumission d'offres anormalement basses dans le cadre des règles générales sur les procédures de passation:

a) Sensibiliser les intéressés aux effets préjudiciables des offres anormalement basses et former les personnes chargées de la passation des marchés;

b) Traiter de l'administration des contrats dans le droit de la passation des marchés, par exemple en limitant la possibilité de modifier le marché attribué, en assumant le strict respect des spécifications, en abordant les relations entre entrepreneur et sous-traitant et en prévoyant des mesures adéquates de règlement des litiges dans le cas où il serait nécessaire de résilier le marché ou de révoquer l'entrepreneur;

c) Veiller à ce qu'une importance appropriée soit accordée tant au critère de prix qu'aux autres critères dans la procédure de passation;

d) Respecter l'interdiction générale de négocier après la soumission des offres et limiter de manière appropriée les négociations⁸⁷;

e) Imposer une obligation stricte de communication et d'établissement de procès-verbaux, en exigeant par exemple qu'un organe central de surveillance de la passation des marchés soit informé du rejet d'une offre anormalement basse;

f) Examiner si l'utilisation des garanties de soumission et des garanties autonomes est efficace.

77. En ce qui concerne la conduite de la procédure de passation elle-même, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les mesures suivantes:

Avant la passation:

a) Faire en sorte que l'entité adjudicatrice dispose de ressources et d'informations suffisantes, notamment de prix de référence lorsque c'est possible;

b) Veiller à ce que les spécifications soient rédigées aussi clairement que possible et déterminer si les fournisseurs potentiels devraient être consultés lors de la phase de rédaction⁸⁸;

c) Déterminer si les coûts de maintenance et de remplacement devraient être pris en compte dans l'analyse du prix;

d) Prévoir suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure; et

e) Appliquer des critères de qualification efficaces et autoriser éventuellement la compilation d'informations exactes et détaillées sur les qualifications et les antécédents d'un soumissionnaire.

Pendant la procédure:

- a) Indiquer dans le dossier de sollicitation que l'entité adjudicatrice n'est pas obligée d'accepter l'offre la plus basse ni du reste aucune offre;
- b) Indiquer dans le dossier de sollicitation qu'une entité adjudicatrice peut, en plus éventuellement des critères de qualification analyser le risque et le prix;
- c) Assurer une évaluation complète des qualifications et des offres des soumissionnaires, y compris une analyse du risque et du prix;
- d) Exiger une justification du prix en cas de suspicion d'offre anormalement basse;
- e) Indiquer les facteurs dont les entités adjudicatrices pourraient tenir compte lorsqu'elles évaluent les réponses des fournisseurs priés de justifier leur prix; et
- f) Exiger que toutes les mesures prises pour traiter une offre susceptible d'être anormalement basse soient dûment consignées dans le procès-verbal de la procédure⁸⁹.

78. Le Groupe de travail pourrait donc dans un premier temps examiner si les mesures énumérées au paragraphe précédent, relatives à des phases de la procédure qui ne sont pas actuellement réglementées par la Loi type, à savoir la phase préalable à la passation ou phase de planification et la phase d'administration du marché, devraient l'être.

79. Le Groupe de travail pourrait, dans un deuxième temps, examiner si les dispositions actuelles de la Loi type relatives à l'évaluation des offres et aux critères de qualification pourraient être utilement développées dans le Guide pour l'incorporation afin de faciliter la détection des offres anormalement basses, l'évaluation des risques liés à l'exécution et le traitement de ces questions.

80. Le Groupe de travail pourrait, dans un troisième temps, étudier la possibilité de modifier, éventuellement comme suit l'article 34-4 b) de la Loi type afin d'y indiquer expressément que l'offre proposant le prix le plus bas ou l'offre la plus basse selon l'évaluation effectuée est celle soumise par un fournisseur pleinement qualifié:

“b) L'offre à retenir est celle qui est soumise par un fournisseur jugé pleinement qualifié pour exécuter le marché et qui est:

- i) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d) du présent paragraphe; ou ...”

81. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner s'il est nécessaire d'insérer des explications et renvois supplémentaires dans le Guide pour l'incorporation en ce qui concerne les articles 6 (Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs) et 34-4 b).

82. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article 34-4 b) ou le Guide pour l'incorporation devraient énumérer les paramètres susceptibles d'être pris en considération dans l'analyse du prix (pour une description de cette analyse, voir les paragraphes 34 à 39 ci-dessus), qui pourrait consister à comparer entre eux

les prix (totaux) soumis par les fournisseurs, d'une part, et, d'autre part, les prix soumissionnés, les prix proposés précédemment pour des articles similaires, les paramètres de marché et les estimations de coût disponibles et l'analyse équivalente de la composition de chaque offre. Le Groupe de travail pourrait également envisager d'inclure un commentaire sur les risques inhérents à l'utilisation des méthodes statistiques dans l'analyse du prix (ces risques sont décrits aux paragraphes 31 à 33 ci-dessus). Il souhaitera peut-être aussi insérer des développements sur les modalités d'analyse lorsqu'il n'existe pas de prix de marché ou prix de référence.

83. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faut modifier le commentaire du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34-1 a) de la Loi type de sorte que cette disposition puisse être appliquée pour demander une justification du prix en cas de suspicion d'une offre anormalement basse.

Notes

- ¹ Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (également publié dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXV:1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm>).
- ² Les citations sont reproduites telles quelles. En outre, dans la présente Note, le secrétariat fait référence à la procédure d'appel d'offres en tant que modèle de la passation de marchés, mais la Note s'applique également à d'autres méthodes de passation des marchés.
- ³ Voir Commission européenne, Direction générale III, Rapport du Groupe de travail, 19 mai 1999, "Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry", à l'adresse <http://www.ceetb.org/docs/Reports/DG3ALT-final.pdf>.
- ⁴ Passation des marchés: Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.22), Annuaire de la CNUDCI, 1989, p. 125.
- ⁵ Voir Engel E./Wambach A., "Risk Management in procurement Auctions", 2004, document de travail, Université d'Erlangen-Nuremberg, sur le site http://www.acquistinretepa.it/pls/portal30/docs/FOLDER/CONSIP/DOCUMENTI/DOCS_HOME3/Paper.pdf, p. 18.
- ⁶ Voir Groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, note 3 ci-dessus.
- ⁷ Voir the American Bar Association, Public Contract Law Section, Comments on Reverse Auction Notice (5 janvier 2001), sur le site http://www.abanet.org/contract/federal/regscmm/ecomm_003.html (citing Wald D., "The Auction Model: How the Public Sector Can Leverage the Power of E-Commerce Through Dynamic Pricing", p. 18 (The PricewaterhouseCoopers Endowment for The Business of Government (octobre 2000)), sur le site <http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf>.
- ⁸ La pratique des prix prédateurs consiste à abaisser les coûts au-dessous des coûts marginaux de production pour évincer une nouvelle entreprise (ou pour dissuader l'entrée future sur le marché de nouvelles entreprises), les prix pouvant alors être relevés (voir, par exemple, Areeda P. et Turner D. F., (1975) "Predatory Pricing and Related Issues Under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, 88, p. 697 à 733).
- ⁹ Voir plus loin par. 26 et note 24 ci-après.

- ¹⁰ De même, des offres anormalement basses peuvent être soumises par des entités publiques qui n'ont pas les dépenses en capital du secteur privé. Une source moins courante d'offres anormalement basses est l'utilisation imposée par l'État de listes de prix officielles.
- ¹¹ Cette observation a été portée à l'attention du secrétariat lors des consultations tenues pour l'établissement de la présente Note. Voir plus loin Rapport du groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, note 3 ci-dessus.
- ¹² Voir, par exemple, Rapport du groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, note 3 ci-dessus, et Roselle J., "The abuse of Reverse Auctions In The Utility Industry", p. 2, à l'adresse <http://www.mccallan.com/abuseofreverseauctions.pdf>.
- ¹³ Cette méthode de passation des marchés est analysée en détail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35.
- ¹⁴ Soudry O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004, *Journal of Public procurement*, vol. 4, n° 3, p. 365, bien que d'autres commentateurs aient noté que la répartition des attributions (plusieurs sources) dans les grands marchés pouvait compenser ce risque. Voir par exemple, Gilbert R. et Klemperer P., 2000, "An equilibrium theory of rationing", *RAND Journal of Economics*, vol. 31-1), p. 20 et 21.
- ¹⁵ Par exemple les accords-cadres, dont il est question dans le Rapport du groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) A/CN.9/568, par. 68 à 78.
- ¹⁶ Passation de marchés, Rapport du Secrétaire général (1989), par. 170, voir note 4 ci-dessus.
- ¹⁷ Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et Guide pour l'incorporation dans le droit interne (1994) (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17)*, annexe I, Annuaire 1994 de CNUDCI troisième partie, chap. I), par. 23.
- ¹⁸ Cette analyse n'aborde pas les questions socioéconomiques, telles que les marges de préférence et la balance des paiements.
- ¹⁹ Projet d'amendements au Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens et de travaux: Note du secrétariat (A/CN.9/394), par. 21.
- ²⁰ Voir discussions de l'article 39-2 dans le Guide pour l'incorporation.
- ²¹ Rapport du Groupe de travail sur le nouvel ordre économique international sur les travaux de sa onzième session (New York, 5-16 février 1990) (A/CN.9/331), par. 144.
- ²² Projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, note du secrétariat (A/CN.9/375), Annuaire de la CNUDCI, 1993, p. 122.
- ²³ Article 33 de la loi chinoise sur les appels et les soumissions d'offres.
- ²⁴ La France interdit la vente à perte, mais seulement lorsqu'il s'agit de vente à des consommateurs privés, non à des entités publiques. Voir l'article L.420-5 du Code de commerce.
- ²⁵ Loi sur les infractions relatives à la soumission d'offres, sect. 8.
- ²⁶ Article XXI b) 4) de la loi de modernisation, de normalisation et de réglementation des activités publiques de passation de marchés (loi n° 9184 du 22 juillet 2002).
- ²⁷ Voir le Groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, voir note 3 ci-dessus.
- ²⁸ Les références aux directives de l'Union européenne renvoient aux nouvelles directives régissant la passation de marchés publics (Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L134 du 30 avril 2004, p. 1 et 114, respectivement. Consultables toutes deux à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/

publicprocurement/legislation_fr.htm) (première et deuxième nouvelles Directives de l'Union européenne, respectivement. Les précédentes Directives de l'Union européenne relatives à la passation de marchés publics contenaient des dispositions largement similaires (Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 (Fournitures), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L.199 du 9 août 1993, p. 1, modifiée par la Directive 97/52/CE du 13 octobre 1997, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L.328 du 28 novembre 1997, p. 1; Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 (Travaux), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L.199 du 9 août 1993, p. 54, modifiée par la Directive 97/52/CE ci-dessus).

- ²⁹ *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000.*
- ³⁰ Exceptionnellement, l'entité adjudicatrice peut réduire le pourcentage d'un tiers, si le dossier de sollicitation a prévu cette possibilité, et peut prendre en considération le rapport existant entre la solvabilité du fournisseur et l'offre présentée. Voir, en outre, l'article 85 de la réglementation applicable en vertu de la *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000)*, le *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1.098/2001.*
- ³¹ Le système français, par exemple, a rejeté une telle méthode, car elle ne permet pas une véritable comparaison (Avis du Conseil de la concurrence, 96-A-08, 2 juillet 1996 et Avis 97-A-11, 5 mars 1997).
- ³² Cette observation a été portée à l'attention du secrétariat lors de consultations tenues aux fins de l'élaboration de la présente note.
- ³³ Voir la loi générale brésilienne 8.666 relative à la passation de marchés, art. 40, et la réglementation argentine des marchés, Décret 436/2000, art. 41, consultable à l'adresse <http://inforeg.mecon.gov.ar/normas/textactdo436%2D2000.htm>.
- ³⁴ Consultable à l'adresse www.comprasnet.gov.br.
- ³⁵ La loi générale brésilienne 8.666 relative à la passation des marchés exige que chaque acquisition s'accompagne d'un budget prévisionnel correspondant.
- ³⁶ Voir, en outre, le paragraphe 64 ci-dessous.
- ³⁷ *Keppres* 80/2003.
- ³⁸ FAR 15.404-1 b), consultable à l'adresse www.arnet.gov, et comme porté à l'attention du secrétariat par des experts lors de consultations tenues aux fins de l'élaboration de la présente note.
- ³⁹ Article 37 de la loi sur les travaux publics et les services apparentés (*Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados*), consultable à l'adresse <http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopsp/dgaop/loptl1cu.htm>.
- ⁴⁰ Voir http://www.buffalocity.gov.za/municipality/internalaudit_tenders.stm (art. 3.9 de la politique relative à la passation de marchés).
- ⁴¹ Voir, par exemple, Parlane S., "Procurement contracts under limited liability," *Economic and Social Review*, 34, 1-21, p.13.
- ⁴² Sect. 31 du règlement d'application, partie A (IRR-A) de la loi relative à la réforme des marchés publics.
- ⁴³ Cette observation a été portée à l'attention du secrétariat lors de consultations tenues aux fins de l'élaboration de la présente note.
- ⁴⁴ Voir par. 20 à 22 ci-dessus.
- ⁴⁵ En laissant de côté la possibilité de "variantes" autorisées prévue à l'article 24.
- ⁴⁶ La pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette comportant un écart maximal et, s'il est impossible de le pondérer, les documents doivent indiquer l'ordre décroissant d'importance de ces critères.

- ⁴⁷ Article XIII:4. Pour une description générale des dispositions de l'APM, voir http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/over_f.htm. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) négocie actuellement des projets de révisions de l'Accord sur les marchés publics (APM) (voir l'Annexe 4 b) de l'Acte final, qui présente les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, consultables à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94_f.pdf.
- ⁴⁸ Article VIII:b.
- ⁴⁹ Article 1015.
- ⁵⁰ Loi 19886, art. 37 et 38.
- ⁵¹ Le Service des politiques de dépense et d'achat et l'Autorité chargée du bâtiment et de la construction, respectivement. Pour une description de la réglementation singapourienne des marchés, voir http://www.gebiz.gov.sg/scripts/itt_gitis/biz_oppG_itt_procure_regime.jsp.
- ⁵² Appendice B22 des Procédures de passation de marchés et d'achat, consultables à l'adresse www.gebiz.gov.sg/.
- ⁵³ Article 264 des Procédures de passation de marchés et d'achat, consultables à l'adresse www.gebiz.gov.sg/.
- ⁵⁴ Voir <http://www.fstb.gov.hk/tb/eng/procurement/tender04.html>.
- ⁵⁵ Voir http://www.buffalocity.gov.za/municipality/internalaudit_tenders.stm (art. 3.8 de la politique relative à la passation de marchés).
- ⁵⁶ Public Supply Contracts Regulations 1995 (S.I. 1995 n° 201), dont le texte sera modifié lorsque les nouvelles directives de l'Union européenne entreront en vigueur.
- ⁵⁷ Voir note 28 ci-dessus. Une disposition équivalente figure à l'article 57 de la première directive de l'Union européenne et, comme porté à l'attention du secrétariat lors de consultations tenues aux fins de l'élaboration de la présente note, l'entité adjudicatrice dispose, dans les nouvelles directives de l'Union européenne, d'une plus grande souplesse pour la prise en compte des explications acceptables d'apparentes offres anormalement basses.
- ⁵⁸ Article 55 du Code de commerce.
- ⁵⁹ Loi de 2002 sur les marchés publics, sect. 93 à 99, consultable à l'adresse http://www.ris.bka.gv.at/erv/erv_2002_1_99.pdf.
- ⁶⁰ Loi (SFS 1992:1528) sur les marchés publics, sect. 23, consultable à l'adresse <http://www.nou.se/loueng.html>.
- ⁶¹ Utilities Contracts Regulations 1996 (S.I. 1996 no. 2911).
- ⁶² Loi n° 523/2003 (24 octobre 2003) sur la passation de marchés publics, Sect. 43-5.
- ⁶³ Loi chinoise sur les appels et les soumissions d'offres, art. 33. Voir par. 26 ci-dessus.
- ⁶⁴ Section 26 de la réglementation de la transparence des offres, 2000.
- ⁶⁵ Article 57 de la première et art. 55 de la deuxième nouvelle Directive de l'Union européenne. Voir note 28 ci-dessus.
- ⁶⁶ Voir Arrêt du 18 juin 1991 dans l'affaire C-295/89 ("Alfonso"); Arrêt du 26 octobre 1995 dans l'affaire C-143/94 ("Furlanis"); et Arrêt du 16 octobre 1997 dans l'affaire C-304/96 ("Genova").
- ⁶⁷ Voir, par exemple, l'article 21-3 de la loi lettone sur la passation de marchés pour les besoins de l'administration centrale ou locale.
- ⁶⁸ Voir Groupe de travail de la Direction générale III de la Commission européenne, note 3, ci-dessus.
- ⁶⁹ Règles uniformes de la CCI pour les "Contract Bonds", publication de la CCI n° 524F.
- ⁷⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)*, annexe I (Annuaire 1995, première partie, sect. D, annexe).

- ⁷¹ Règlement de l'application de la loi 19886, art. 42.
- ⁷² *Keppres* 80/2003, chapitre II de l'annexe.
- ⁷³ Certains commentateurs pensent qu'un système de caution pourrait empêcher la soumission répétée d'offres anormalement basses.
- ⁷⁴ Pour un examen plus détaillé des garanties de soumission et des offres anormalement basses, voir le rapport du Construction Task Group 1 de la Commission européenne (YP, ICIA 08/2001), à l'adresse <http://europa.eu.int/comm/enterprise/construction/alo/bonds/bondsfin.htm>.
- ⁷⁵ Voir Soudry O., p. 356 et 357, note 14 ci-dessus. Information confirmée au secrétariat lors des consultations tenues pour l'élaboration de la présente note.
- ⁷⁶ Comme en a été informé le secrétariat pendant les consultations tenues pour l'élaboration de la présente note.
- ⁷⁷ Voir par. 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.35.
- ⁷⁸ Voir Soudry O., p. 356 et 357, note 14 ci-dessus. Information confirmée au secrétariat lors des consultations tenues pour l'élaboration de la présente note.
- ⁷⁹ Pour une définition de cette pratique, appelée pratique des "prix d'éviction", voir note 8 ci-dessus.
- ⁸⁰ "Cut-throat competition or abuse of dominant position? Challenges to the conduct of firms in a new technological era," WS 13 National Report for CANADA, de A. Neil Campbell et Jeffrey P. Roode, disponible à l'adresse http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/Cutthroat%20Competition%20Report%20with%20Appendices_Aug%202001.pdf.
- ⁸¹ Voir, par exemple, par. 26 et notes 8 et 24 ci-dessus.
- ⁸² Dont le texte est disponible à l'adresse <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/fr/frtoc05.htm>.
- ⁸³ La Cour de Justice des Communautés européennes a défini la notion de "position dominante" dans l'affaire 27/76 *United Brands* (arrêt du 14 février 1978) comme "une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs." Le principal indice d'une position dominante est la possession d'une part de marché importante. Entrent également en considération la faiblesse économique des concurrents, l'absence de concurrence latente et la maîtrise de l'accès aux ressources et à la technologie.
- ⁸⁴ Pour d'autres exemples, voir http://www.europarl.eu.int/facts/3_3_2_fr.htm.
- ⁸⁵ Par exemple au Royaume-Uni, voir <http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/0620258B-3006-4B1C-ADC6-5CC69E6EF4F1/0/OFT402.pdf>.
- ⁸⁶ Ces lois pourraient également traiter le cas, inhabituel, où un tel risque est inexistant, par exemple lors d'appels d'offres organisés par des entités publiques qui ne font pas appel à du capital-risque privé. Par exemple, la loi slovène sur les marchés publics (art. 53-4) exige que le Bureau de la protection de la concurrence donne son avis dans le cas d'une offre anormalement basse du fait d'une aide de l'État.
- ⁸⁷ Les dispositions actuelles traitant ces questions figurent à l'article 35 de la Loi type ("Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs"). Au Brésil, le commissaire-priseur dans une enchère électronique inversée est autorisé à négocier avec le soumissionnaire retenu.
- ⁸⁸ Les dispositions actuelles traitant ces questions se trouvent aux articles 25 ("Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection"), 27 ("Teneur du dossier de sollicitation"), 28 ("Clarification et modification du dossier de

sollicitation”) de la Loi type en ce qui concerne l’appel d’offres ouvert. Des dispositions équivalentes sont prévues pour les autres méthodes de passation.

⁸⁹ Les règles relatives au procès-verbal de la procédure sont énoncées à l’article 11 de la Loi type.
