



Assemblée générale

Distr.: Limitée
15 février 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Neuvième session
New York, 24-28 avril 2006

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics et sur les offres anormalement basses

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-5	3
II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans le cadre de la Loi type	6-66	4
A. Remarques générales	6-8	4
B. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/590, paragraphes 67 à 80, et A/CN.9/WG.I/WP.40, paragraphes 9 à 17)	9-37	4
1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article [19 <i>bis</i>]	9	4
Commentaire	10-34	5
a) Approbation du recours aux enchères électroniques inversées par des tiers	10	5
b) Concurrence effective	11	5
c) Inclusion des travaux ou des services dans la passation des marchés au moyen d'enchères électroniques inversées	12-14	5
d) Emplacement du texte	15-18	6



e)	Types de méthode de passation pouvant inclure des enchères électroniques inversées	19-25	7
f)	Prix et autres paramètres de l'enchère	26-34	8
2.	Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant le projet d'article [19 <i>bis</i>]	35	10
	Commentaire	36-37	11
C.	Procédures préalables à la phase d'enchère (article [47 <i>bis</i>]) (A/CN.9/590, paragraphes 84 à 86, et A/CN.9/WG.I/WP.40, paragraphes 18 à 25)	38-53	11
1.	Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article [47 <i>bis</i>]	39	11
	Commentaire	40-49	12
a)	Enchères électroniques inversées en tant que méthode à part entière ou étape optionnelle	40-41	12
b)	Annulation de l'enchère en cas de concurrence insuffisante	42	12
c)	Évaluation initiale des offres	43-45	12
d)	Modèles d'enchères 1 et 2	46-48	13
e)	Informations à communiquer aux fournisseurs ou aux entrepreneurs potentiels	49	14
2.	Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article [47 <i>bis</i>]	50-53	14
D.	Procédures pendant la phase d'enchère (article [47 <i>ter</i>]) (A/CN.9/590, paragraphes 88 à 93, et A/CN.9/WG.I/WP.40, paragraphes 26 à 35)	54-58	15
1.	Nouveau texte proposé pour la Loi type: article [47 <i>ter</i>]	54-55	15
	Commentaire	56-57	16
2.	Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 47 <i>ter</i>	58	16
E.	Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché: ajout proposé à l'article 11 de la Loi type (A/CN.9/590, paragraphe 94, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, paragraphe 3)	59	17
F.	Teneur du dossier de sollicitation (A/CN.9/590, paragraphe 97, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, paragraphe 7)	60-64	17
	Commentaire	61-64	18
G.	Modification et retrait des offres (article 31 de la Loi type, A/CN.9/590, paragraphe 99, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, paragraphe 12)	65-66	19

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.41, dont celui-ci sera saisi, à sa neuvième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics.

2. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics. Reconnaissant l'existence de cette pratique, il a exprimé son intention d'étudier s'il convenait de prévoir dans la Loi type des dispositions permettant d'y recourir à titre facultatif. Toutefois, afin de trancher définitivement la question, il a prié le secrétariat de préparer une étude sur l'utilisation concrète de cette méthode dans les pays qui l'ont instaurée, notamment sur les solutions adoptées pour parer au risque d'offres anormalement basses (A/CN.9/568, par. 54).

3. À sa septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail a examiné la question de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics et celle des offres anormalement basses en se fondant sur des études présentées par le secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1 (sur les enchères électroniques inversées) et A/CN.9/WG.I/WP.36 (sur les offres anormalement basses)). Il a conclu que la Loi type révisée devrait contenir des dispositions relatives aux enchères électroniques inversées ainsi que de nouvelles dispositions permettant de détecter d'éventuelles offres anormalement basses. Il a prié le secrétariat de préparer des projets de textes sur ces questions pour examen à sa huitième session (A/CN.9/575, par. 60 à 62, 66 et 67 sur les enchères électroniques inversées, et par. 76 sur les offres anormalement basses).

4. À sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005), le Groupe de travail était saisi des projets de textes sur les enchères électroniques inversées et sur les offres anormalement basses présentés par le secrétariat, comme il le lui avait demandé à sa septième session (A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1). Il l'a prié de réviser ces projets de textes pour examen à sa neuvième session (voir A/CN.9/590, par. 64 à 105).

5. La présente note est soumise au Groupe de travail pour examen à sa neuvième session comme il l'avait demandé. Elle doit être lue conjointement avec celles que le secrétariat lui a présentées sur les mêmes sujets à ses septième et huitième sessions et dont elle est inspirée (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.36 et A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1).

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans le cadre de la Loi type

A. Remarques générales

6. À sa huitième session, le Groupe de travail a noté que i) les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées devraient traiter des conditions générales du recours à ces enchères (la plus importante de ces conditions étant qu'un cahier des charges précis puisse être établi et que les paramètres de l'enchère puissent être facilement et objectivement quantifiés), ii) le texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation devrait être rédigé de manière à assurer une participation aussi large que possible¹ et iii) le projet de texte devrait permettre aux enchères électroniques inversées d'évoluer et ne devrait exclure aucune forme d'enchère en tant que telle².

7. Le Groupe de travail a également noté à sa huitième session qu'aucune réponse n'avait été apportée aux principales questions suivantes, sur lesquelles il reviendrait à sa neuvième session:

a) La Loi type révisée devrait-elle autoriser les enchères électroniques inversées comme méthode de passation à part entière ou simplement comme une étape dans d'autres méthodes de passation³?

b) Le prix seul, ou le prix et d'autres critères d'évaluation, devraient-ils faire l'objet de l'enchère électronique inversée⁴? et

c) Où devraient figurer les dispositions sur les enchères électroniques inversées dans la Loi type⁵?

8. Le Groupe de travail a noté qu'il ne pourrait pas terminer ses délibérations sur les dispositions restantes proposées tant que ces questions en suspens ne seraient pas réglées⁶.

B. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/590, paragraphes 67 à 80, et A/CN.9/WG.I/WP.40, paragraphes 9 à 17)

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article [19 bis]

9. Le Groupe de travail a demandé que le projet de texte dont il était saisi à sa huitième session soit révisé comme suit (les nouveaux passages proposés étant soulignés et les passages à supprimer barrés):

“Article [19 bis]. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut [engager une procédure de passation de marché/choisir l'offre à retenir conformément à l'article 34-4 b)] en recourant à une enchère électronique inversée conformément [à l'] [aux] article[s] 47 bis et ter], dans les circonstances suivantes:

a) L'entité adjudicatrice est en mesure de formuler des spécifications détaillées et précises ~~[et exactes]~~ pour les biens [, les travaux ou les services] ~~de sorte à assurer l'homogénéité de la procédure de passation;~~

b) Il y a un marché concurrentiel ~~d'au moins [dix] de~~ fournisseurs ou ~~d'~~ entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée; et

c) Les biens [, travaux ou services] à acquérir sont standardisés ~~[des produits standard] [des produits courants].~~

Les variantes suivantes sont proposées pour l'insertion à l'alinéa c):

Variante A

“[de sorte que/et] le prix est le seul critère pour déterminer la soumission à retenir”

Variante B

“[de sorte que/et] le prix et d'autres critères quantifiables exprimés [en chiffres ou en pourcentages du prix/en termes pécuniaires] sont les seuls critères pour déterminer la soumission à retenir”

Variante C

“et tous les critères devant être soumis et évalués lors de l'enchère peuvent faire l'objet d'une évaluation automatique”

Commentaire

a) Approbation du recours aux enchères électroniques inversées par des tiers

10. À sa huitième session, le Groupe de travail a décidé qu'il examinerait de nouveau si le texte figurant entre parenthèses dans l'alinéa a) “(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),)” devrait être conservé, en particulier si un tiers devrait avoir un tel pouvoir dans ce contexte⁷.

b) Concurrence effective

11. En ce qui concerne l'alinéa b), le Groupe de travail a décidé que le texte ne devrait pas spécifier le nombre minimum de fournisseurs⁸.

c) Inclusion des travaux ou des services dans la passation des marchés au moyen d'enchères électroniques inversées

12. La question est traitée dans les alinéas a) et c). Le Groupe de travail a décidé à titre préliminaire que ni les services ni les travaux ne devraient être exclus du projet de texte tant qu'il n'avait pas déterminé le ou les types de marché se prêtant à une enchère électronique inversée⁹.

13. Le Groupe de travail a également noté que, pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement (à savoir qu'elle permette aux soumissionnaires de fixer un prix réaliste et de présenter leur meilleure soumission), ceux-ci seront tenus

de connaître dans le détail la structure des coûts de leur soumission. Étant donné que, dans les marchés de travaux complexes, les entrepreneurs principaux ne connaîtront pas de façon détaillée les éléments sous-traités de leur soumission, ce type de marché ne se prêtera probablement pas à une enchère électronique inversée¹⁰.

14. La majorité des textes réglementant les enchères électroniques inversées excluent la plupart des marchés de travaux, le degré d'exclusion pouvant néanmoins varier. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer dans quelle mesure l'article proposé devrait être prescriptif ou indicatif, ainsi que le degré de détail des orientations à fournir sur ces questions dans le Guide pour l'incorporation (par exemple sur celles soulevées dans le paragraphe précédent).

d) Emplacement du texte

15. À sa huitième session, le Groupe de travail a noté que le projet d'article 19 *bis* traitait des conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées et que, tel que proposé, il faisait de ces enchères une méthode autonome, comme les autres méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la Loi type.

16. Le Groupe de travail a toutefois demandé que les dispositions soient rédigées à ce stade de manière à ce que les enchères électroniques inversées puissent être traitées, soit comme une méthode à part entière, soit comme une étape dans d'autres méthodes de passation. Il voudra peut-être considérer que l'inclusion du texte proposé sur les conditions d'utilisation de ces enchères au chapitre II de la Loi type ("Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes") laisse effectivement entendre qu'il s'agit d'une méthode de passation à part entière.

17. Le Groupe de travail pourrait considérer que le recours aux enchères électroniques inversées soulève des questions spécifiques et que, pour cette seule raison, le plus efficace serait peut-être de les considérer comme une méthode de passation à part entière. Néanmoins, les conditions d'utilisation pourraient traiter des types d'achat qui se prêteraient à cette méthode (on pourrait appliquer, par exemple, les conditions d'utilisation des procédures d'appel d'offres et de sollicitation de prix). On se reportera pour plus de détails à la section suivante pour une description de ces procédures. Dans ce cas, les conditions d'utilisation prévues au premier alinéa du projet de texte devraient être élargies de manière à ce que les spécifications puissent être établies durant la procédure de passation plutôt qu'au début de celle-ci.

18. Le Groupe de travail a également noté qu'on pourrait regrouper toutes les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées dans une seule section, en modifiant les articles de la Loi type régissant les procédures pertinentes ou en prévoyant des dérogations aux autres procédures et en utilisant des renvois si nécessaire¹¹. Il pourrait donc considérer qu'il faudrait en tout état de cause regrouper les dispositions, que celles-ci autorisent les enchères comme une méthode à part entière ou comme une étape dans d'autres méthodes de passation, pour en faciliter l'application par les entités adjudicatrices. Par exemple, les enchères pourraient faire l'objet d'une section III *bis* dans le chapitre III si elles sont admises comme une étape dans la procédure d'appel d'offres ou d'un chapitre V *bis* si elles sont autorisées comme une méthode à part entière ou dans une autre méthode de passation.

e) Types de méthode de passation pouvant inclure des enchères électroniques inversées

19. En rapport avec la question de l'emplacement du projet d'article, le Groupe de travail a observé que le texte à insérer dans le Guide devrait préciser que les conditions d'utilisation des appels d'offres restreints ne s'appliqueraient pas normalement à la passation de marchés se prêtant à une enchère électronique inversée (ni, par conséquent, celles des "autres" méthodes de passation) de sorte que le nombre des participants ne devrait pas, dans des circonstances normales, être limité.

20. Lorsqu'il examinera si les enchères électroniques inversées devraient être autorisées comme une méthode de passation à part entière ou comme une étape facultative dans d'autres méthodes de passation, le Groupe de travail pourrait considérer qu'il existe deux solutions pour la seconde option. La première solution (pour la deuxième, voir par. 24) serait, compte tenu des orientations énoncées dans le paragraphe précédent, d'autoriser les enchères électroniques inversées comme une étape dans les procédures d'appel d'offres seulement. À cet égard, le Groupe de travail pourrait considérer qu'une publication initiale à grande échelle serait requise, compte tenu des risques de corruption et d'abus généralement jugés plus élevés dans les procédures autres que les appels d'offres. D'un autre côté, le recours aux enchères électroniques inversées peut apporter plus de transparence et de concurrence qu'il n'y en aurait normalement pour les procédures urgentes.

21. En ce qui concerne l'appel d'offres, le Guide pour l'incorporation actuel note au paragraphe 16: "Parmi les caractéristiques essentielles de l'appel d'offres prévu dans la Loi type, il faut citer les éléments suivants: en principe, sollicitation sans restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs; description et spécification complètes, dans le dossier de sollicitation, des biens, travaux ou services à fournir, de manière que les fournisseurs et entrepreneurs aient une base commune pour préparer leurs offres; divulgation intégrale, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, des critères qui seront utilisés pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour le choix de l'offre à retenir (c'est-à-dire, prix seulement ou combinaison du prix et d'autres critères techniques ou économiques); interdiction stricte de toute négociation entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs à propos de la nature de leurs offres; ouverture publique des offres à la date limite de soumission des offres; et divulgation de toutes formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché." Le Groupe de travail pourra peut-être considérer que ces conditions devraient s'appliquer avant tout recours aux enchères électroniques inversées.

22. Au paragraphe 18, le Guide ajoute que les entités adjudicatrices peuvent utiliser d'autres méthodes de passation des marchés (l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence) lorsqu'elles ne peuvent formuler de spécifications suffisamment précises ou définitives pour organiser un appel d'offres. Cette situation peut se produire, par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas déterminé de quelle manière exactement répondre à un besoin particulier et sollicite des propositions entre diverses solutions possibles ou, lorsque, dans le cas d'un marché de biens faisant appel à des techniques de pointe, du fait de la complexité technique des biens, il serait préférable d'élaborer les spécifications après négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs quant aux capacités exactes et aux modifications possibles. Le

Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, une fois les spécifications déterminées après les négociations de consultation avec les fournisseurs, il serait approprié d'autoriser que la deuxième phase de la passation du marché se déroule au moyen d'enchères électroniques inversées dans le cas d'un appel d'offres en deux étapes et d'une négociation avec appel à la concurrence (les conditions d'utilisation de la sollicitation de propositions et de la sollicitation d'une source unique semblant exclure l'utilisation de ces enchères). De même, une autre utilisation prévue de la négociation avec appel à la concurrence, à savoir dans les procédures de passation d'urgence, pourrait gagner en transparence et en concurrence si la procédure incluait une enchère électronique inversée.

23. La Loi type propose également l'appel d'offres restreint pour les biens, les travaux ou les services techniquement complexes ou spécialisés qui ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou pour des marchés de très faible valeur. Ici aussi, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les enchères électroniques inversées conviendraient pour les passations de marché utilisant ce type d'appel d'offres. De façon similaire, pour les achats de biens ou de services standardisés de faible valeur, la Loi type propose la méthode de sollicitation de prix (également dite "consultation de fournisseurs" ou "shopping").

24. Si le Groupe de travail estime que les "autres méthodes que la procédure d'appel d'offres" devraient pouvoir inclure une enchère électronique inversée pour déterminer le fournisseur à retenir, le projet de conditions d'utilisation qui figure ci-dessus devrait être reformulé pour permettre d'arrêter les spécifications pendant le processus de passation, pour prévoir la possibilité que les articles à acquérir ne soient pas "standardisés" et pour inclure la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel sera attribué le marché "conformément à l'article 49-4" (négociation avec appel à la concurrence) ou en fonction de "l'offre au prix le plus bas conformément à l'article 50-3" (sollicitation de prix). Si l'utilisation des enchères électroniques inversées est limitée aux procédures d'appel d'offres (y compris à l'appel d'offres restreint et à l'appel d'offres en deux étapes), le projet renverra aux dispositions existantes pertinentes. L'utilisation du terme "soumission" ("bid") devrait également tenir compte des délibérations du Groupe de travail à ce sujet car ce terme peut convenir pour une méthode à part entière, alors que le terme "offre" ("tender" ou "offer") conviendrait pour les enchères électroniques inversées en tant qu'étape dans d'autres méthodes de passation.

25. Dans l'attente des décisions du Groupe de travail sur ce point, les dispositions traitant des aspects procéduraux des enchères électroniques inversées (articles 47 *bis* et *ter*) partent du principe que l'enchère est une méthode à part entière ou une phase optionnelle dans la procédure d'appel d'offres.

f) Prix et autres paramètres de l'enchère

26. En ce qui concerne les paramètres qui peuvent être pris en compte dans l'enchère (abordés dans les variantes proposées pour insertion à l'alinéa c) du projet d'article 19 *bis* ci-dessus), le Groupe de travail a noté qu'une décision doit être prise sur le projet pour savoir si le prix seul, ou le prix et d'autres critères d'évaluation, devraient faire l'objet de l'enchère électronique inversée et a reporté son examen de cette question¹².

27. Le Groupe de travail a noté que la principale question à examiner est de savoir si l'enchère électronique inversée devrait comprendre des critères autres que le prix, qui soient qualitatifs et non quantifiables¹³.
28. Deux modèles d'enchère électronique inversée peuvent être proposés pour régler cette question. Dans le premier ("Modèle 1"), tous les aspects des soumissions qui doivent être évalués lors de la sélection du fournisseur à retenir doivent être présentés à l'enchère. Ces aspects sont le prix seul, ou le prix et ses équivalents qui peuvent être exprimés en pourcentage du prix ou en chiffres.
29. Dans le deuxième modèle ("Modèle 2"), tous les éléments de la soumission initiale ou uniquement ceux ne faisant pas l'objet de l'enchère sont évalués préalablement, à la suite de quoi un classement des fournisseurs est opéré et leur est communiqué. Tous les critères d'évaluation sont ensuite incorporés dans une formule mathématique, qui permet de reclasser les soumissionnaires chaque fois qu'une nouvelle offre est soumise. En tout état de cause, tous les critères sont évalués sans exception, que ce soit avant ou pendant l'enchère électronique inversée¹⁴.
30. Si seul le Modèle 1 est retenu, le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure le texte additionnel de la variante A ou B.
31. Comme noté précédemment, le Modèle 2 prévoit des procédures plus complexes qui permettent de prendre en compte dans l'enchère des critères autres que le prix, de façon à suivre une approche équivalente à celle de l'offre la plus basse selon l'évaluation décrite à l'article 34-4 b) ii) de la Loi type actuelle. Dans les enchères du Modèle 2, une formule doit être utilisée pour quantifier les éléments autres que le prix, ou leurs équivalents, devant être présentés. L'utilisation d'une formule exige implicitement que ces éléments soient exprimés sous forme de chiffre, de pourcentage ou autre valeur numérique. Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est réaliste de supposer que des critères autres que le prix, ou leurs équivalents, puissent être exprimés ainsi de manière claire et transparente.
32. Les nouvelles directives de l'Union européenne¹⁵ prévoient la soumission à l'enchère des critères autres que le prix, mais le secrétariat n'a pu trouver qu'un nombre très limité d'exemples d'utilisation de ces types d'enchère dans la pratique afin d'examiner leur efficacité. Dans ces exemples, les critères non quantifiables étaient évalués d'après un système de points. Ainsi, dans un cas, les aspects techniques et commerciaux de l'offre (tels que la gestion du sous-traitant et la capacité à faire face à des aspects inhabituels secondaires du marché, comme les contraintes archéologiques) étaient évalués sur un score de 6 000, les points étant ensuite convertis avec un "taux de change" de 2 500 pour un point afin de pouvoir établir une équivalence entre les réductions de prix et la valeur supplémentaire apportée par les points obtenus à l'issue de cette évaluation. Dans un autre cas, la valeur du risque reporté sur l'entité adjudicatrice en raison d'éléments dans les offres s'écartant ou différant légèrement des conditions requises a été évaluée en argent (solution relativement simple si le risque peut être assuré, mais qui peut être difficile dans les autres cas).
33. Si le Modèle 2 est également retenu, le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure le texte additionnel de la variante C.

34. Le Groupe de travail pourrait, d'un autre côté, estimer que le secteur public n'est pas encore prêt pour l'utilisation des enchères du Modèle 2 (contrairement à l'utilisation des différents types d'enchères du Modèle 3)¹⁶ et qu'avec le développement et l'amélioration des techniques, la Loi type devrait être rédigée de manière à permettre leur introduction en temps utile (peut-être par voie réglementaire).

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant le projet d'article [19 bis]

35. Les paragraphes 1 à 3 inclus du texte précédent, figurant à la suite du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.I/WP.40, n'ont pas été modifiés. Le texte dont la suppression est proposée conformément aux conclusions du Groupe de travail à sa huitième session est barré.

“Article [19 bis]. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

4) Au vu de ce qui précède, les États adoptants souhaiteront peut-être soumettre par voie réglementaire l'utilisation des enchères électroniques inversées à des conditions supplémentaires. Leur utilisation pourrait, par exemple, être limitée aux biens standardisés [~~produits standard~~] [~~produits courants~~] [et à certains types simples de travaux et de services] tels que des produits courants (carburant, matériel informatique standard, fournitures de bureau et produits de construction de base), et des articles dont les coûts après acquisition sont limités voire nuls et pour lesquels aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli. Bien qu'il soit possible de recourir à des listes indicatives de biens [, travaux et services] pouvant être achetés par enchères électroniques inversées, les États adoptants devraient être conscients de la nécessité d'actualiser ces listes régulièrement à mesure qu'apparaissent de nouveaux produits courants ou d'autres articles adaptés. Il a été observé que certains marchés de travaux et services de construction (l'entretien des routes, par exemple) pouvaient tout à fait être passés par enchères électroniques inversées, mais du fait de l'obligation de fournir des spécifications détaillées précises [~~et exactes~~], la majorité des travaux et services seront exclus de cette méthode de passation.

5) En vue de réduire au minimum le risque de pratiques collusives, notamment l'utilisation des prix pour envoyer des “signaux” aux autres participants, ~~et de préserver l'anonymat des soumissionnaires durant l'enchère électronique inversée~~ et de garantir un niveau de concurrence approprié, ~~les États adoptants souhaiteront peut-être indiquer pour le marché approprié le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs~~ les dispositions exigent que le nombre de fournisseurs potentiels que l'on compte voir participer à l'enchère soit suffisant. L'article 47 bis dispose que l'enchère électronique inversée est annulée si le nombre de soumissionnaires tombe en dessous de ce niveau avant l'ouverture de l'enchère proprement dite. Toutefois, les États adoptants peuvent considérer que les fournisseurs ne devraient pas être autorisés à participer à une enchère électronique inversée par un intermédiaire ou par téléphone, car une telle participation pourrait comporter un risque d'abus et l'utilisation d'Internet assure la traçabilité de la procédure, ce que les systèmes téléphoniques ne permettent pas¹⁷”.

Commentaire

36. Les modifications apportées au projet de texte dont le Groupe de travail était saisi à sa huitième session tiennent compte de ses propositions rédactionnelles. Toutefois, des ajouts importants devront être apportés au texte, une fois réglées les questions exposées dans le contexte du projet d'article [19 *bis*] de la Loi type, notamment pour fournir des orientations sur les conditions décrites à l'alinéa c) du projet.

37. Le Groupe de travail a noté que le niveau de concurrence effective risquait d'être insuffisant si les fournisseurs pouvaient retirer leurs soumissions avant l'enchère électronique inversée elle-même. Le texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 19 *bis* pourrait donc faire référence aux articles qui obligent l'entité adjudicatrice à annuler l'enchère si une concurrence effective ne peut être garantie. Voir, pour plus de détails, le paragraphe 42 ci-dessous.

C. Procédures préalables à la phase d'enchère (article [47 *bis*]) (A/CN.9/590, paragraphes 84 à 86, et A/CN.9/WG.I/WP.40, paragraphes 18 à 25)

38. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger, pour examen, deux dispositions concernant les procédures précédant la phase d'enchère, l'une pour le Modèle 1 et l'autre pour le Modèle 2 des enchères électroniques inversées.

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article [47 *bis*]¹⁸

39. Ces procédures concernent les préparatifs d'une enchère électronique inversée et s'appliqueraient que l'enchère soit une méthode à part entière ou une étape dans d'autres méthodes de passation. Toutefois, comme il a été noté ci-dessus, elles sont basées sur la procédure d'appel d'offres dans l'attente des décisions du Groupe de travail sur les questions exposées aux paragraphes 15 à 18 ci-dessus.

“Article [47 *bis*]. Conduite de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite

1) [Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées sauf dans la mesure où il est dérogé à ces dispositions dans le présent article.]

2) Les fournisseurs ou les entrepreneurs présentent, avant l'enchère, des [offres/soumissions] initiales qui sont complètes à tous égards, mais où il n'est pas nécessaire de faire figurer les éléments qui doivent être soumis à l'enchère. [L'entité adjudicatrice peut toutefois exiger que ces éléments figurent dans les [offres/soumissions].]

3) a) L'entité adjudicatrice procède à une évaluation initiale des [offres/soumissions] pour en déterminer la conformité en application de l'article 34 et pour en évaluer, conformément aux critères d'attribution fixés, tous les éléments qui ne seront pas présentés à l'enchère;

b) Après l'évaluation visée au paragraphe 3) a), l'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère à tous les fournisseurs ou

entrepreneurs sauf à ceux dont les [offres/soumissions] ont été rejetées en application du paragraphe 3 a);

c) L'invitation à participer indique aux fournisseurs et aux entrepreneurs les modalités et les délais d'inscription pour participer à l'enchère;

d) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs [qualifiés pour participer/admis à participer/qui se sont inscrits pour participer] à l'enchère [est inférieur à [indication du nombre]] [est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective], elle [annule/peut annuler] l'enchère électronique inversée];

e) L'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient, à moins qu'elles n'aient déjà été communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, toutes les informations nécessaires pour permettre à ceux-ci de participer à l'enchère [voir, pour une description, les éléments à inclure dans le dossier de sollicitation énumérés au paragraphe 4 e) ii) à v) et vii) à xii) figurant après le paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.40].”

Commentaire

a) Enchères électroniques inversées en tant que méthode à part entière ou étape optionnelle

40. Le paragraphe 1 prévoit que les dispositions du chapitre III (“Procédure d’appel d’offres”) s’appliqueront à moins que l’article y déroge, ce qui permet de faire des enchères électroniques inversées une méthode à part entière ou une étape optionnelle de la procédure d’appel d’offres.

41. À moins que ces enchères soient autorisées uniquement comme une étape optionnelle de la procédure d’appel d’offres, il sera nécessaire de remplacer le paragraphe 1 par un paragraphe introductif renvoyant aux autres méthodes de passation ou prévoyant des procédures pour la publicité initiale de la passation et de la sollicitation de participation.

b) Annulation de l’enchère en cas de concurrence insuffisante

42. Le paragraphe 3 d) du texte proposé traite de l’exigence de concurrence effective. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s’il faudrait autoriser ou obliger l’entité adjudicatrice à annuler l’enchère en cas de concurrence insuffisante et, dans le premier, quelles orientations devraient être données.

c) Évaluation initiale des offres

43. Le paragraphe 2 traite du contenu des offres initiales. Si les dispositions devaient être incluses dans le chapitre III de la Loi type, cet élément pourrait aussi bien être omis étant donné qu’il serait inséré à l’article 27 (Teneur du dossier de sollicitation), alinéa a) (sur les instructions pour l’établissement des offres). D’un

autre côté, le Groupe de travail souhaitera peut-être que toutes les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées soient regroupées.

44. Le paragraphe 3 a) traite de l'évaluation des offres initiales. Le Groupe de travail se rappellera peut-être que tous les textes réglant les enchères électroniques inversées ne prévoient pas une telle évaluation initiale¹⁹, mais il estimera peut-être que c'est un élément important du processus²⁰.

45. Le paragraphe 3 b) exige que tous les soumissionnaires dont les offres sont conformes soient invités à participer à l'enchère. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article devrait laisser la possibilité de restreindre le nombre des fournisseurs dans des circonstances qui sortent de l'ordinaire²¹, avec des orientations appropriées dans le Guide pour l'incorporation²². S'il décide que l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à restreindre le nombre de participants à l'enchère, sous réserve de maintenir un niveau de concurrence effectif, le texte suivant devrait être ajouté à la fin du paragraphe 3 b):

“[L'entité adjudicatrice] peut envoyer une invitation à participer à l'enchère [aux concurrents les mieux classés conformément à l'alinéa précédent/à un nombre limité de soumissionnaires], sous réserve des dispositions de l'alinéa d) ci après.”

d) Modèles d'enchères 1 et 2

46. Si le Modèle 1 est uniquement retenu, seuls le prix ou ses équivalents seront soumis à l'enchère et le classement des soumissionnaires ne sera pas nécessaire (ils répondent ou non aux critères de qualification et de conformité, puis le prix détermine la soumission à retenir).

47. Si le Groupe de travail estime que le Modèle 2 devrait également être retenu, il souhaitera peut-être prévoir la pondération et le classement des soumissionnaires avant l'enchère et inclure le texte souligné suivant:

“3 a) L'entité adjudicatrice procède à une évaluation initiale des [offres/soumissions] pour en déterminer la conformité en application de l'article 34 et pour en évaluer, conformément aux critères d'attribution et à leur pondération tels que fixés, tous les éléments [qui ne seront pas présentés à l'enchère]. L'entité adjudicatrice classe les [offres/soumissions] conformément aux critères d'attribution sur la base des éléments de ces [offres/soumissions] [qui devront être évalués pour la sélection du fournisseur à retenir/qui ne seront pas présentés à l'enchère].

et

3 e) i) Si des éléments des [offres/soumissions] autres que les prix ont été utilisés lors de l'évaluation initiale, les résultats de l'évaluation initiale de l'offre du fournisseur ou de l'entrepreneur; et

ii) Si le marché doit être attribué à l'offre la plus basse selon l'évaluation, la formule à utiliser pour quantifier les éléments autres que le prix, ou leurs équivalents, devant être présentés à l'enchère. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation.”

48. Comme noté ci-dessus, le Modèle 2 des enchères électroniques inversées prévoit des procédures plus complexes qui permettent de soumettre à l'enchère des critères autres que le prix, de sorte qu'une approche équivalente à celle de l'offre la plus basse selon l'évaluation décrite à l'article 34-4 b) ii) de la Loi type actuelle soit suivie et que les soumissionnaires soient classés avant et pendant l'enchère. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'une des deux options, voire les deux, qui figurent entre crochets à la fin du paragraphe 3 a) (qui font référence aux éléments des offres qui "devront être évalués pour la sélection du fournisseur à retenir" et à ceux qui "ne seront pas présentés à l'enchère") devraient être retenues, afin que le classement comprenne soit l'ensemble des éléments de l'offre soit uniquement ceux qui seront soumis à l'enchère (les autres étant alors des critères d'admission ou de rejet).

e) Informations à communiquer aux fournisseurs ou aux entrepreneurs potentiels

49. Une liste détaillée d'informations à communiquer aux fournisseurs ou aux entrepreneurs potentiels concernant le déroulement d'une enchère électronique inversée figure au paragraphe 4 e) ii) à v) et vii) à xii) dans le texte qui suit le paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.40. L'objet est de donner à ces fournisseurs ou entrepreneurs potentiels toutes les informations nécessaires pour leur permettre de décider s'ils participeront ou non à l'enchère, si oui, d'y participer effectivement. Le Groupe de travail a indiqué, dans le contexte du dossier de sollicitation, que des informations aussi détaillées auraient plus leur place dans le Guide pour l'incorporation ou dans les dispositions des règlements en matière de passation des marchés traitant du contenu du dossier, que dans le texte de la Loi type elle-même²³. Le contenu du dossier de sollicitation lui-même est abordé aux paragraphes 60 à 64 ci-dessous.

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article [47 bis]

50. Le Groupe de travail a noté qu'il examinera le texte du Guide pour l'incorporation dont il était saisi à sa huitième session (voir le texte qui suit le paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.40) et tous projets de réglementation lorsque le projet de texte de la Loi type, tel que révisé, aura été lui-même examiné²⁴.

51. Si le Modèle 2 est inclus dans la Loi type, le Groupe de travail jugera peut-être nécessaire de donner des orientations détaillées quant à son utilisation et à l'utilisation des critères autres que le prix dans une formule au paragraphe 4 du projet de texte actuel à insérer dans le Guide pour l'incorporation²⁵.

52. Le Groupe de travail devra également examiner la question de la présélection et de la sélection.

53. Si aucun changement n'est apporté à l'article 7 actuel de la Loi type (autre que d'y ajouter un renvoi au chapitre qui traite des enchères électroniques inversées), l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle tiendra une enchère électronique inversée, ne sera pas tenue d'ouvrir une procédure de présélection (mais pourra décider de le faire). Le Groupe de travail doit encore décider si la procédure de présélection devrait être obligatoire ou facultative, si la question devrait être traitée au cours de l'étape d'évaluation initiale ou si une postsélection serait indiquée²⁶. En gros, la présélection vise à établir avec certitude l'adjudicataire à la fin de l'enchère, et il est

rappelé qu'elle permet également d'évaluer le nombre de participants à inviter à l'enchère électronique inversée de manière à garantir une concurrence effective. D'un autre côté, le coût et le temps que nécessite une telle procédure peuvent être évités si l'évaluation n'intervient qu'après la clôture de l'enchère.

**D. Procédures pendant la phase d'enchère (article [47 *ter*])
(A/CN.9/590, paragraphes 88 à 93, et A/CN.9/WG.I/WP.40,
paragraphes 26 à 35)**

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: article [47 *ter*]

54. Comme noté précédemment pour l'article 47 *bis*, ces procédures concernent le déroulement de l'enchère électronique inversée elle-même et s'appliqueraient que l'enchère soit une méthode à part entière ou une phase dans d'autres méthodes de passation. Toutefois, leur emplacement devrait être examiné lorsque le Groupe de travail aura décidé du caractère de ces enchères.

55. Le Groupe de travail a demandé que les modifications rédactionnelles suivantes soient apportées au texte dont il était saisi à sa huitième session (les paragraphes 1 a) et c), 4, 6 et 7 du texte dont il était saisi à cette session restent en l'état et ne sont pas répétés ici):

“Article [47 *ter*]. Conduite de l'enchère électronique inversée pendant la phase d'enchère proprement dite²⁷

...

1 b) Les entités adjudicatrices ~~fournissent~~ [doivent communiquer instantanément] le prix soumis le plus bas de façon continue à tous les soumissionnaires au cours de l'enchère ~~des informations suffisantes pour permettre à chacun de connaître son classement actuel~~ [pour savoir s'il est le mieux placé] ~~[pour déterminer les modifications à apporter à toute offre pour qu'elle soit la mieux placée]]~~.

2) L'enchère est close suivant la méthode et à la date et à l'heure précises spécifiées dans le dossier de sollicitation ou dans l'invitation à participer à l'enchère, ~~comme suit:~~

a) ~~Lorsque la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ou~~

b) ~~Lorsqu'un certain délai spécifié s'est écoulé [sans qu'il ait été présenté une nouvelle offre valide qui l'emporte sur l'offre la mieux classée] [lorsque l'entité adjudicatrice ne reçoit plus aucun nouveau prix ou nouvelle valeur respectant les écarts minimum fixés]²⁸;~~

3 e) L'entité adjudicatrice [peut également à tout moment annoncer le nombre de participants à l'enchère mais] ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire [pendant l'enchère] [avant la clôture de l'enchère. L'article 33-2 et 3 ne s'applique pas à une procédure comprenant une enchère électronique]²⁹.

3) 4) L'entité adjudicatrice peut suspendre l'enchère électronique inversée ou y mettre fin en cas de défaillance d'un système ou des communications³⁰.

...

5) 6) La soumission à retenir est celle dont le prix est le plus bas ~~qui est la mieux classée par le mécanisme d'évaluation automatique~~ au moment de la clôture de l'enchère."

Commentaire

56. À sa huitième session, le Groupe de travail est convenu de reporter à une session ultérieure l'examen des questions relatives aux options disponibles si le soumissionnaire retenu ne concluait pas le marché ou ne constituait pas la garantie requise³¹. Le paragraphe 6 du projet dont il était saisi à sa huitième session prévoit, dans de telles circonstances, la possibilité pour l'entité adjudicatrice de retenir une autre soumission conformément à l'article 34-7 ou à l'article 36-5, de rouvrir l'enchère électronique inversée ou de recommencer la passation du marché. Bien que les dispositions puissent autoriser l'attribution du marché au deuxième soumissionnaire mieux classé, s'il peut être identifié, ou l'ouverture de négociations avec les autres soumissionnaires, le Groupe de travail a le risque éventuel d'offres fictives si le deuxième meilleur soumissionnaire ou les autres soumissionnaires pouvaient se voir attribuer le marché³².

57. Le projet de texte dont le Groupe de travail était saisi à sa huitième session (qui figure à la suite du paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.I/WP.40) porte sur les enchères du Modèle 1. Si le Groupe de travail décide de retenir aussi les enchères du Modèle 2, les modifications suivantes devraient être apportées aux paragraphes 1 b) et 6:

"1 b) Les entités adjudicatrices doivent communiquer instantanément à tous les soumissionnaires le prix soumis le plus bas et des informations suffisantes pour permettre à chacun de connaître son classement actuel de façon continue au cours de l'enchère;

...

6) La soumission à retenir est celle qui a le prix le plus bas ou celle qui est la mieux classée d'après le mécanisme d'évaluation automatique au moment de la clôture de l'enchère."

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 47 *ter*

58. Le Groupe de travail a également décidé qu'il conviendrait d'examiner le texte du Guide pour l'incorporation (et tous projets de réglementation) une fois achevé l'examen du projet de texte de la Loi type. Il a également noté que le texte devrait être rédigé de manière à éviter, autant que possible, son obsolescence technique³³.

E. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché: ajout proposé à l'article 11 de la Loi type (A/CN.9/590, paragraphe 94, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, paragraphe 3)

59. Le Groupe de travail a demandé qu'il soit tenu compte de l'application des critères d'accessibilité en exigeant qu'une décision d'utiliser des enchères électroniques inversées soit consignée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché, mais avec le texte suivant en lieu et place du projet dont il était saisi à sa huitième session³⁴:

“Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:

...

b) *ter*³⁵ “Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées conformément à [l'article 19 *bis*], une déclaration à cet effet.”

F. Teneur du dossier de sollicitation (A/CN.9/590, paragraphe 97, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, paragraphe 7)

60. Le Groupe de travail a demandé que le niveau de détail des propositions de modification de l'article 27 dont il était saisi à sa huitième session soit reconsidéré afin que les dispositions qui n'ont pas besoin de figurer dans la Loi type soient déplacées pour être insérées dans des règlements ou dans le Guide. En conséquence, il est proposé que les éléments barrés dans le projet révisé ci-dessous soient insérés dans des règlements ou dans le Guide avec un renvoi approprié à l'article [47 *bis e*], qui exige la communication des informations nécessaires aux soumissionnaires potentiels.

“Article 27. Teneur du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants:

...

n) *bis* lorsque la procédure de passation³⁶ doit être menée au moyen d'une enchère électronique inversée conformément aux [articles 47 *bis* et *ter*], une déclaration à cet effet, et:

- [i) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère électronique inversée;
- ii) L'adresse du site Web où se tiendra l'enchère électronique inversée et où les règles de l'enchère, le dossier d'appel d'offres et les autres documents pertinents seront accessibles;
- ~~iii) Les formalités d'inscription et d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;~~

- iv) Les éléments de l'offre qui doivent être présentés à l'enchère;
 - ~~v) Les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et, s'il y a lieu, la façon dont elles seront mises à leur disposition et le moment où elles le seront;~~
 - ~~vi) Toutes les informations pertinentes concernant la procédure d'enchère proprement dite, y compris les données d'identification éventuelles pour la passation du marché, les caractéristiques techniques que doit avoir le matériel informatique à utiliser et la question de savoir si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'entre elles);~~
 - ~~vii) Les conditions dans lesquelles les soumissionnaires peuvent enchérir et, en particulier, tout écart minimum concernant les prix ou d'autres éléments qui, [est exigé pour enchérir] [qui doit être respecté par toute nouvelle enchère présentée au cours de la procédure] [et le laps de temps que l'entité adjudicatrice laisse s'écouler entre la réception de la dernière offre et la clôture de l'enchère];~~
 - ~~viii) Toutes les informations pertinentes concernant le dispositif électronique utilisé et les modalités et spécifications techniques de connexion;~~
 - ix) Toutes les autres informations nécessaires pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de décider de participer ou non à l'enchère;
- n) *ter* Les règlements en matière de passation des marchés peuvent prescrire d'autres informations devant être ainsi fournies."

Commentaire

61. Le texte est rédigé en référence au dossier de sollicitation et s'appliquerait aux enchères électroniques inversées en tant qu'étape d'une procédure d'appel d'offres. Toutefois, si le Groupe de travail estime que les enchères devraient faire l'objet d'un chapitre séparé, soit comme une méthode à part entière soit comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation, les dispositions seraient alors ajoutées à la teneur du dossier de sollicitation dans ce chapitre.

62. Le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'alinéa n) i) devraient figurer à l'alinéa q) de l'actuel article 27³⁷. En conséquence, le Groupe de travail souhaitera peut-être supprimer le premier et modifier le second de la manière suivante:

"Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 33 ou, lorsqu'une enchère électronique inversée doit se tenir conformément aux dispositions des [articles 47 *bis* et *ter*], le début de l'enchère."

63. Le traitement des variantes dans l'alinéa g) de l'actuel article 27 s'appliquerait dans le contexte des enchères électroniques inversées du Modèle 2, mais le Groupe de travail pourrait estimer que les variantes devraient être exclues des enchères du

Modèle 1. Dans ce cas, il souhaitera peut-être que le Guide pour l'incorporation donne des orientations à cet égard³⁸.

64. Si le Groupe de travail décide de retenir les enchères du Modèle 2 en plus de celles du Modèle 1, il souhaitera peut-être inclure à l'alinéa n) *bis* de l'article 27 le sous-alinéa supplémentaire suivant:

“Si le marché doit être attribué à l'offre la plus basse selon l'évaluation, la formule à utiliser pour quantifier les éléments autres que le prix devant être présentés à l'enchère. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation.”

G. Modification et retrait des offres (article 31 de la Loi type, A/CN.9/590, paragraphe 99, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, paragraphe 12)

65. Le Groupe de travail a observé que si les fournisseurs peuvent retirer leurs soumissions avant l'enchère électronique inversée, il faudrait examiner l'impact sur le degré de concurrence requis pour une enchère efficace. Il souhaitera donc peut-être inclure le texte suivant comme nouveau paragraphe 4 *bis* dans le texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 31:

“Bien que les fournisseurs et les entrepreneurs puissent retirer leurs [offres/soumissions] avant la date limite de présentation des [offres/soumissions] initiales dans le cas d'une enchère électronique inversée tenue conformément aux dispositions des [articles 47 *bis* et *ter*], ces retraits risquent de ne pas permettre d'assurer un niveau de concurrence suffisant, comme l'exige le paragraphe 4 d) de [l'article 47 *bis*]. L'entité adjudicatrice doit alors examiner s'il y aura une concurrence effective et, dans le cas contraire, [est tenue d'/peut] annuler l'enchère.”

66. Là encore, l'emplacement et le libellé de cette disposition devraient tenir compte des types de méthodes de passation dans lesquelles peuvent être utilisées des enchères électroniques inversées.

Notes

¹ A/CN.9/590, paragraphe 66.

² A/CN.9/590, paragraphe 67.

³ A/CN.9/590, paragraphe 65.

⁴ A/CN.9/590, paragraphes 76 à 78.

⁵ A/CN.9/590, paragraphes 103 à 105.

⁶ A/CN.9/590, paragraphes 81, 86, 87 et 102.

⁷ A/CN.9/590, paragraphe 68.

⁸ A/CN.9/590, paragraphe 75.

- ⁹ Notant que certaines enchères électroniques inversées sont conduites à partir de listes ou de catalogues présentant les articles pouvant être acquis par ce procédé (A/CN.9/590, paragraphes 72 et 73).
- ¹⁰ A/CN.9/590, paragraphes 70 et 78.
- ¹¹ A/CN.9/590, paragraphes 103 à 105.
- ¹² A/CN.9/590, paragraphes 76 et 77.
- ¹³ A/CN.9/590, paragraphe 86.
- ¹⁴ Le Groupe de travail a décidé qu'un troisième modèle d'enchère, décrit au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.35, dans lequel la clôture de l'enchère ne détermine pas le soumissionnaire retenu, ne devrait pas être retenu. Voir, pour plus de détails, A/CN.9/590, paragraphe 84.
- ¹⁵ 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 et directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (*Journal officiel de l'Union européenne* n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114 et 1 respectivement. Les deux textes peuvent être consultés à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm).
- ¹⁶ Voir note 14 ci-dessus. Le principal élément de ce type d'enchères est qu'au moment où l'étape des enchères électroniques inversées se termine, les fournisseurs ne savent pas quelle est la meilleure offre; celle-ci est déterminée une fois pris en compte les aspects de l'offre "non soumis" à l'enchère. Ce Modèle est également utilisé dans les directives de l'Union européenne sur la passation des marchés publics du 31 mars 2004 (voir note 15 ci-dessus), comme le montrent les études de cas sur les enchères électroniques inversées publiées sur le site <http://www.ogc.gov.uk/>.
- ¹⁷ Voir, pour plus de détails, A/CN.9/WG.I/WP.40, paragraphe 12.
- ¹⁸ Afin de faciliter la lecture des projets de dispositions et de leurs commentaires pour le Groupe de travail lors de ses délibérations, les dispositions régissant les procédures pour la conduite des enchères électroniques inversées ont été divisées entre un projet d'article 47 *bis* et un projet d'article 47 *ter*, mais le Groupe de travail pourra envisager de faire figurer l'ensemble de ces dispositions dans un article unique dans la version finale de la Loi type révisée pour faciliter leur utilisation par les États adoptants.
- ¹⁹ Comme c'est le cas dans le système brésilien.
- ²⁰ Il peut cependant arriver que l'offre initiale ne soit pas exigée (par exemple, lors d'une négociation avec appel à la concurrence où la meilleure offre définitive est sélectionnée par une enchère électronique inversée).
- ²¹ Voir le commentaire figurant au paragraphe 24 du document A/CN.9/WG.I/WP.40.
- ²² Autrement que par l'évaluation initiale décrite aux paragraphes 82 et 83 du document A/CN.9/590.
- ²³ A/CN.9/590, paragraphe 97.
- ²⁴ A/CN.9/590, paragraphe 86.
- ²⁵ Qui se trouve à la suite du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.I/WP.40.
- ²⁶ Discuté en détail aux paragraphes 21 et 22 du document A/CN.9/WG.I/WP.40.
- ²⁷ Qui figure à la suite du paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.I/WP.40.
- ²⁸ Le Groupe de travail a noté que ces questions devraient être abordées dans des règlements. Voir A/CN.9/590, paragraphe 89. Si seules les enchères du Modèle 1 sont retenues, le Groupe de travail pourrait estimer que le paragraphe 2 b) devrait être modifié de la manière suivante; "2) b) Lorsqu'un certain délai spécifié s'est écoulé [sans qu'ait été soumise de nouvelle offre

valide à un prix plus bas qui l'emporte sur l'offre la mieux classée] [lorsque l'entité adjudicatrice ne reçoit plus de nouveaux prix ou nouvelle valeur répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux]”.

²⁹ Paragraphe renuméroté, voir A/CN.9/590, paragraphe 90.

³⁰ A/CN.9/590, paragraphe 91.

³¹ A/CN.9/590, paragraphe 92.

³² Ibid.

³³ A/CN.9/590, paragraphe 93.

³⁴ A/CN.9/590, paragraphe 94.

³⁵ Initialement proposé en tant qu'alinéa i) *bis* (voir A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, paragraphe 3). Il est proposé que la disposition devienne le paragraphe 1 b) *ter* qui viendrait après le paragraphe 1 b) *bis* proposé, contenant l'obligation de consigner dans le procès-verbal la décision de l'entité adjudicatrice quant au moyen de communication à utiliser dans la procédure de passation (voir A/CN.9/WG.I/WP.42, paragraphe 31).

³⁶ L'expression “procédure d'appel d'offres” dans le projet précédent a été remplacée par “procédure de passation”, comme le Groupe de travail l'avait demandé (voir A/CN.9/590, paragraphe 96). Le même changement sera apporté à l'article 25 révisé et, au besoin, dans le reste du texte relatif aux enchères électroniques inversées.

³⁷ A/CN.9/590, paragraphe 97.

³⁸ Ibid.
