



Assemblée générale

Distr.: Limitée
15 février 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation des 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 de marchés publics et le traitement des offres anormalement basses

Note du Secrétariat

Additif

Table des matières

[Les chapitres I et II A à G figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.43]

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type	1-6	3
...		
H Garanties de soumission dans la soumission électronique d'offres et dans les enchères électroniques inversées (article 32 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 49 et 100, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 13)	1-4	3
I. Examen, évaluation et comparaison des offres (article 34 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 101, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 14 à 17)	5-6	4
III. Offres anormalement basses (voir A/CN.9/590, par. 106 à 111, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 21 à 29)	7-13	4
A. Propositions d'ajouts à l'article 34 de la Loi type	9-12	5



Commentaire	9-12	5
B. Propositions d'ajouts au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34 de la Loi type	13	6

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

...

H. Garanties de soumission dans la soumission électronique d'offres et dans les enchères électroniques inversées (article 32 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 49 et 100, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 13)

1. À la huitième session, on a fait observer qu'il faudrait peut-être une disposition spécifique pour la question des garanties de soumission, à la lumière de l'expérience de certaines délégations et de certains observateurs, selon lesquels ces garanties restaient des documents papier et la soumission simultanée des garanties et des offres électroniques ne serait peut-être pas possible. Il a été noté que des offres avaient été rejetées pour défaut de fourniture des garanties demandées en l'espèce (dans la pratique, l'absence de garanties de soumission peut entraîner la non-acceptation automatique des offres dès le début de la procédure de passation de marchés). Le secrétariat a été prié de fournir au Groupe de travail de plus amples informations et propositions sur cette question à sa prochaine session, et d'examiner par exemple s'il existait dans la pratique une législation autorisant la soumission de garanties dans un bref délai après la soumission des offres¹.

2. Il ressort de l'étude menée par le secrétariat que la vérification des garanties de soumission fournies en espèces (virements bancaires) ne devrait pas poser problème, puisque l'entité adjudicatrice serait en mesure de vérifier si des fonds ont été virés sur un compte désigné au moment même où elle reçoit des offres électroniques. S'agissant d'autres types de garanties de soumission, le secrétariat a été informé par des spécialistes du secteur bancaire que la transmission électronique d'engagements bancaires (c'est-à-dire de lettres de crédit ou garanties bancaires) par exemple entre banques grâce au réseau SWIFT est assez courante, mais les entités adjudicatrices publiques continuent à insister pour qu'elles reçoivent ces engagements sous forme papier². La position peut toutefois changer dans la mesure où l'évolution des techniques et des pratiques de passation de marchés augmente la confiance dans les formes non matérielles de garanties de soumission.

3. S'agissant de certaines techniques électroniques de passation de marchés, comme le type d'enchères électroniques inversées où le prix est le seul critère d'attribution du marché et les systèmes dynamiques de passation de marchés, les demandes de garanties de soumission semblent être peu fréquentes, étant donné que ces techniques sont le plus souvent utilisées pour acquérir des produits "standard". Pour ce qui est de l'achat de produits plus complexes, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question dans une perspective plus large puisqu'il peut se révéler nécessaire de présenter sous une forme non électronique tant les garanties de soumission que les autres pièces du dossier de soumission. Par exemple, il peut être difficile de transmettre électroniquement des dessins complexes ou d'y accéder par des moyens électroniques sans disposer d'un logiciel approprié.

4. Cette question devrait être traitée dans le contexte des dispositions sur la forme des communications (l'actuel article 9) et la teneur du dossier de sollicitation

(l'actuel article 27). En particulier, les dossiers de sollicitation pourraient prévoir des dérogations applicables à la présentation des pièces des dossiers de soumission qui ne pourraient pas être communiquées sous la forme générale spécifiée. En fait, l'alinéa 1 de l'article 27 et l'article 32 de la Loi type prévoient déjà un traitement spécial des garanties de soumission dans les dossiers de sollicitation. Avec les "critères d'accessibilité", ces dispositions pourraient ménager une marge de manœuvre suffisante à l'entité adjudicatrice et des garanties suffisantes aux fournisseurs ou entrepreneurs dans les situations où la transmission électronique simultanée des garanties de soumission et du reste du dossier de soumission n'est pas possible.

I. Examen, évaluation et comparaison des offres (art. 34 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 101, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 14 à 17)

5. Le Groupe de travail a demandé que le texte qui figure après le paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1 soit modifié comme suit, afin d'empêcher les modifications d'offres qui pourraient par la suite rendre conforme une offre non conforme:

"Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée, sauf en ce qui concerne les éléments des offres qui doivent être présentés dans une enchère électronique inversée en vertu de [l'article 47 bis et 47 ter]."

6. Pour déterminer l'emplacement de cette disposition et son libellé exact, il faudrait par ailleurs tenir compte des types de méthode de passation de marchés pour lesquels le recours aux enquêtes électroniques inversées peut être envisagé.

III. Offres anormalement basses (voir A/CN.9/590, par. 106 à 111, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 21 à 29)

7. Le Groupe de travail a décidé à sa huitième session que des dispositions minimales pour traiter les offres anormalement basses devaient être insérées dans la Loi type, complétées par un commentaire détaillé dans le Guide. Il faut surtout définir les mesures nécessaires pour éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives, lorsque l'on traite les offres à prix apparemment anormalement bas (c'est-à-dire pour éviter le rejet d'offres au motif qu'elles sont anormalement basses, sans justification)³.

8. Le Groupe de travail a également demandé que les critères suivants soient retenus: i) il faudrait autoriser mais non obliger l'entité adjudicatrice à rejeter des offres anormalement basses; ii) il ne faudrait pas donner la possibilité d'évaluer les offres en fonction du coût et non du prix, car l'évaluation des coûts est extrêmement lourde et complexe; iii) seule l'entité adjudicatrice, et non un tiers, devrait pouvoir prendre des mesures lorsqu'elle soupçonne une offre d'être anormalement basse et l'offre en question devrait être évaluée de manière purement objective; et iv) il importait de traiter les offres susceptibles d'être anormalement basses avant la

conclusion du marché concerné, car des mesures postérieures pourraient encore accroître les prix et compromettre le marché.

A. Propositions d'ajouts à l'article 34 de la Loi type

“Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres

...

4) a) *bis* Si un prix soumissionné est anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir, et:

i) Qu'elle ait demandé par écrit, conformément à l'article 34-1 a), des précisions sur la composition de l'offre ou des offres suscitant [l'avis que le(s) prix soumissionné(s) est ou sont anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir/des craintes quant à l'aptitude du (des) soumissionnaire(s) à exécuter le contrat];

ii) Ayant pris en compte les informations fournies, continue à [être d'avis que le(s) prix soumissionné(s) est ou sont anormalement bas/avoir ses craintes]; et

iii) Qu'elle ait consigné dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché qu'elle est tenue de dresser, conformément à l'article 11, [l'avis qu'un prix soumissionné est anormalement bas/les craintes quant à l'aptitude du (des) soumissionnaire(s) à exécuter le contrat] les motifs de cet avis ou de ces craintes ainsi que toute communication entre elle et le(s) soumissionnaire(s) s'y rapportant;

elle peut, avant de déterminer l'offre à retenir conformément à l'article 34-4 b) rejeter les offres anormalement basses.”

Commentaire

9. Le projet ci-dessus a été modifié pour tenir compte des instructions données par le Groupe de travail, selon lesquelles toute confusion entre la question des qualifications et celle de l'évaluation des offres devrait être évitée⁴, et que le texte devrait indiquer que, avant de pouvoir rejeter une offre au motif que le prix est anormalement bas, l'entité adjudicatrice était tenue de procéder à une enquête sur le prix.

10. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si les offres considérées doivent être rejetées comme non conformes (auquel cas les dispositions devraient faire partie de l'article 34-3 et il y aurait obligation de rejeter une offre anormalement basse), si les offres sont acceptées dans la mesure où elles sont conformes mais rejetées par la suite au motif d'être anormalement basses (auquel cas les dispositions devraient faire partie de l'article 34-4 comme prévu ci-dessus), ou si un certain degré de souplesse est justifié (par exemple, en insérant un nouveau paragraphe, l'article 34-3 *bis*).

11. Le Groupe de travail a aussi demandé que le libellé du chapeau de projet de texte, dont il était saisi à sa huitième session, et qui présentait la procédure de justification des prix comme suit:

“Si le prix soumissionné est anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir, et suscite des craintes quant à l’aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat,”

soit modifié de manière à supprimer le second membre de phrase “et suscite des craintes quant à l’aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat”⁵.

12. Ce membre de phrase figure aussi à d’autres emplacements dans le projet de texte révisé et le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il doit être réellement maintenu⁶. En abordant cette question, le Groupe de travail se rappellera peut-être ses observations selon lesquelles “la cause du problème [est le] risque lié à l’exécution⁷,” et “un prix bas ne serait pas nécessairement en soi l’indice d’un risque lié à l’exécution⁸,” et pourrait donc examiner s’il faut déclarer expressément que le risque lié à l’exécution est une question à traiter.

B. Propositions d’ajouts au texte du Guide pour l’incorporation concernant l’article 34 de la Loi type

13. Pour ce qui est du texte proposé du Guide pour l’incorporation, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les ajouts suivants au projet dont il était saisi à sa huitième session afin de tenir compte des craintes exprimées à cette session⁹:

“1) *bis* Des éclaircissements peuvent être demandés en vertu du paragraphe [1 a)], si l’entité adjudicatrice soupçonne par exemple qu’une offre anormalement basse, pouvant résulter d’une interprétation inexacte du dossier de sollicitation ou d’autres erreurs, a été soumise. Une offre est réputée être anormalement basse si le prix soumissionné semble irréaliste, c’est-à-dire s’il est inférieur au prix de revient ou s’il risque de rendre impossible l’exécution du marché ou la réalisation d’une marge bénéficiaire normale. Du point de vue de l’entité adjudicatrice, une offre anormalement basse comporte le risque que le contrat ne puisse pas être exécuté, ou ne puisse pas l’être au prix soumissionné, ce qui peut entraîner des frais et des délais supplémentaires. L’entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter un tel risque lié à l’exécution. Il importe de noter qu’un prix soumissionné peut être bas, mais non anormalement bas, en particulier dans la passation de marchés internationaux, du fait qu’un prix anormalement bas dans un pays peut être parfaitement normal dans un autre, et que la vente à perte de vieux stocks ou la fixation de prix inférieurs au coût de revient pour occuper la main-d’œuvre peut être légitime. Par ailleurs, la soumission d’une offre anormalement basse peut masquer des actes délictueux (par exemple, le blanchiment d’argent) ou des pratiques illégales (par exemple, le non-respect des obligations de rémunération minimale ou de couverture sociale).

...

1) *quater* L’entité adjudicatrice devrait tenir compte de la réponse fournie lorsqu’elle évalue les offres. Les États adoptants [voudront peut-être/voudront] garantir la transparence et la clarté, la mise en place de procédures et garanties

appropriées pour éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives et que, pour ce qui est d'offres anormalement basses, l'objectivité absolue de l'avis de l'entité adjudicatrice. Il importe de noter que c'est le réalisme du prix qu'il faut apprécier (en utilisant des éléments comme les estimations effectuées avant la soumission des offres, les prix du marché et les marchés antérieurs, le cas échéant) et non le coût de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisé pour déterminer le prix même. La raison d'évaluer les offres en fonction du prix et non du coût est que l'évaluation des coûts est extrêmement lourde et complexe et n'est pas possible dans tous les cas."

[le reste du projet de texte figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 28 demeure inchangé]

Notes

¹ A/CN.9/590, par. 49.

² Cette information provient d'un organe judiciaire spécialisé en matière de commerce, d'opérations bancaires et de passation électronique de marchés.

³ A/CN.9/590, par. 107 et 109.

⁴ À cet égard, l'ajout à l'article 34-4 b) examiné par le Groupe de travail à sa huitième session (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 23) a été supprimé. Voir A/CN.9/590, par. 110.

⁵ A/CN.9/590, par. 110.

⁶ À sa septième session, le Groupe de travail a demandé que les dispositions concernant cette question s'inspirent des principes suivants: "si un prix soumissionné est anormalement bas et suscite des craintes justifiées quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat, l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à rejeter l'offre. Il a été noté que ce rejet serait soumis à deux conditions: que le soumissionnaire ait eu la possibilité d'expliquer ses prix dans le cadre d'une procédure de justification, et que le motif de rejet figure dans le procès-verbal de passation de marché, de sorte que toute contestation puisse être examinée en regard de ce motif." Voir A/CN.9/575, par. 79.

⁷ A/CN.9/575, par. 68.

⁸ A/CN.9/575, par. 69.

⁹ A/CN.9/590, par. 106 à 108, commentant le projet de texte de A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 28.