



**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail I (Passation de marchés)  
Douzième session  
Vienne, 3-7 septembre 2007

**Modifications à apporter à la Loi type de la CNUDCI sur la  
passation des marchés de biens, de travaux et de services –  
propositions de textes sur l'utilisation des communications  
électroniques dans la passation des marchés publics, la  
publication d'informations relatives à la passation des  
marchés et les offres anormalement basses**

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	1-3	3
II. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics. . . . .	4-25	3
A. Communications dans la passation des marchés. . . . .	4-10	3
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée. . . . .	4-7	3
Commentaire . . . . .	5-7	4
2. Texte du Guide pour l'incorporation . . . . .	8-10	5
B. Soumission électronique des offres . . . . .	11-12	11
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée. . . . .	11	11
2. Texte du Guide pour l'incorporation . . . . .	12	12
C. Publication d'informations relatives à la passation des marchés. . . . .	13-16	14
1. Révisions proposées pour l'article 5 . . . . .	13-15	14
Commentaire . . . . .	14-15	14



2.	Projet de texte proposé pour le Guide révisé .....	16	15
D.	Autres dispositions de la Loi type et du Guide .....	17-25	18
1.	Article 11 et texte du Guide accompagnant l'article .....	18-19	18
2.	Article 33-2 et texte du Guide accompagnant les dispositions pertinentes. .	20-22	18
3.	Responsabilité pour défaillance du système des entités adjudicatrices. ....	23	19
4.	Modification du texte accompagnant l'article 36 .....	24	20
5.	Remarques liminaires du Guide sur l'utilisation de la passation électronique de marchés en vertu de la Loi type en général .....	25	20
III.	Projets de dispositions sur les offres anormalement basses .....	16-28	20
1.	Projet de texte proposé pour la Loi type révisée. ....	26-27	20
2.	Commentaire .....	27	21
3.	Projet de texte proposé pour le Guide révisé .....	28	21

## 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 70 du document A/CN.9/WG.I/WP.53, dont celui-ci sera saisi à sa douzième 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 des technologies de l'information dans la passation des marchés publics.

2. La réglementation de cette utilisation, y compris dans le cadre de la soumission et de l'ouverture des offres, de la tenue de réunions, de la conservation d'informations et de la publication d'informations relatives à la passation des marchés, faisait partie des thèmes dont était saisi le Groupe de travail de ses sixième à onzième sessions. À cette dernière, il a examiné les projets de dispositions sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et a prié le secrétariat de les réviser<sup>1</sup>. On trouvera dans la présente note, élaborée en réponse à cette demande, les projets de dispositions en question qui reflètent ses délibérations à cette session, accompagnées dans certains cas de projets de commentaires pour le Guide (voir par. 4 à 25 ci-après).

3. On trouvera également dans la présente note les projets de dispositions à insérer dans la Loi type concernant les offres anormalement basses, révisés comme l'a demandé le Groupe de travail à cette même session<sup>2</sup> (voir par. 26 à 28 ci-après).

## II. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

### A. Communications dans la passation des marchés

#### 1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

4. Le projet d'article ci-après tient compte des suggestions relatives au projet d'article 5 *bis* dont le Groupe de travail était saisi à sa onzième session<sup>3</sup>:

#### **"Article [5 bis]. Communications dans la passation des marchés**

1) Les documents, notifications, décisions et autres informations générés lors de la passation d'un marché et communiqués de la manière exigée par la présente Loi, y compris en rapport avec une procédure de recours engagée conformément au chapitre VI, dans le cadre d'une réunion ou en vue de l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation conformément à l'article [11], sont présentés sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

---

<sup>1</sup> A/CN.9/623, par. 13.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid., par. 15 à 18.

2) La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [7-4 et 6, 31-2 a), 32-1 d), 34-1, 36-1, 37-3, 44 b) à f) et 47-1, à mettre à jour en fonction des modifications de la Loi type] [et de toutes autres informations générées lors de la passation d'un marché en vertu de cette Loi autres que celles visées au paragraphe 1 du présent article] peut se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.

3) L'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, spécifie [aux fins de la passation régie par la présente loi]:

a) Toute condition de forme exigée conformément au paragraphe 1 du présent article;

b) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom;

c) Les moyens à utiliser pour satisfaire à toutes les dispositions de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature; et

d) Les moyens à utiliser pour tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4) Les moyens mentionnés au paragraphe précédent doivent être facilement utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. Les moyens à utiliser pour tenir une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs doivent en outre permettre à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion.

5) Les mesures appropriées sont mises en place pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées."

## **Commentaire**

### *Paragraphe 2*

5. À sa onzième session, le Groupe de travail est convenu de supprimer la référence à l'article 12-3 de la liste des articles auxquels il est fait renvoi<sup>4</sup>. Par conséquent, les conditions de forme prescrites au paragraphe 1 de l'article seront applicables aux avis de rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix qui, en vertu de l'article 12-3, doivent être communiqués à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui en ont soumis. Toutes les autres références reprises de la version actuelle de l'article 9-2 de la Loi type ont été conservées.

6. À cette session, le Groupe de travail a pris de note de l'interdépendance des paragraphes 1 et 2 du projet d'article et de la proposition d'étendre le paragraphe 2 à la communication lors d'une passation de toute information générée d'une manière

---

<sup>4</sup> Ibid., par. 16.

autre que conformément à une exigence de la Loi type. Il n'y a pas eu d'accord final sur cette proposition<sup>5</sup>. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le nouveau texte figurant au paragraphe 2 dans la deuxième série de crochets.

### *Paragraphe 3*

7. À la onzième session du Groupe de travail, il a été proposé d'ajouter les mots placés entre crochets dans le chapeau du paragraphe afin de bien préciser que l'on ne visait pas l'application de ces dispositions au stade de l'administration des marchés. L'avis a été émis que ces termes seraient peut-être superflus, étant donné que le champ de la Loi type étant clairement défini. Il n'y a pas eu d'accord final sur le maintien ou non de ces termes<sup>6</sup>. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ce point.

## **2. Texte du Guide pour l'incorporation**

8. Le texte qui fait suite au paragraphe 10 ci-après est proposé pour insertion dans le Guide afin d'accompagner les dispositions de la Loi type sur les communications dans la passation des marchés. Il est entendu qu'il ne vise pas à examiner toutes les questions liées à la passation électronique des marchés qui devraient être abordées dans le Guide, mais seulement celles qui sont pertinentes dans le cadre de l'article; les questions générales de la passation électronique des marchés seraient abordées dans d'autres parties du Guide, par exemple dans des remarques liminaires (voir par. 25 ci-après). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner comment faire référence à d'autres conseils pratiques dont les États adoptants pourront avoir besoin.

9. Comme l'a demandé le Groupe de travail, les dispositions ont été formulées en termes technologiquement neutres pour qu'aucun moyen ou forme de communication déterminé ne soit privilégié et pour imposer des exigences pour l'essentiel identiques aussi bien dans l'environnement papier que dans l'environnement électronique<sup>7</sup>. En outre, suivant les instructions données par le Groupe de travail à sa dixième session<sup>8</sup>, le Secrétariat s'est concentré à ce stade, pour l'élaboration du commentaire qui figurera dans le Guide, sur la formulation d'orientations à l'intention des législateurs et des autorités de réglementation uniquement.

10. Un certain nombre de documents ont été utilisés lors de l'élaboration du projet de texte ci-après, dont les commentaires et les guides des textes juridiques de la CNUDCI sur le commerce électronique, les dispositions pertinentes du Document de travail des services de la Commission (SEC(2005) 959)<sup>9</sup> et les orientations sur les questions pertinentes données par les banques multilatérales de développement et les autres organisations régionales et internationales actives dans ce domaine.

“1. L'article 5 *bis* vise à éviter toute incertitude quant à la forme des informations à générer et communiquer lors de la passation d'un marché

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid., par. 17.

<sup>7</sup> Ibid., par. 14.

<sup>8</sup> A/CN.9/615, par. 14.

<sup>9</sup> Disponible au moment de la rédaction de la présente note à l'adresse suivante:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/eprocurement/sec2005-959\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/sec2005-959_en.pdf)

menée en vertu de la Loi type et quant aux moyens à utiliser pour communiquer ces informations, en vue de satisfaire à toutes exigences en matière d'écrit ou de signature et de tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs (regroupés sous le terme générique de "forme et moyens de communication").

La position de la Loi type, s'agissant de l'interaction entre l'entité adjudicatrice entre les fournisseurs et entrepreneurs et le grand public, est que l'objectif premier devrait être de chercher à favoriser et encourager la participation aux procédures de passation des marchés des fournisseurs et des entrepreneurs tout en soutenant l'évolution de la technologie et des procédés. Par conséquent, les dispositions de l'article ne dépendent pas de l'utilisation d'un type de technologie déterminé ni ne présupposent l'emploi d'une méthode spécifique. Elles établissent un régime juridique ouvert aux progrès technologiques. Bien qu'elles soient destinées à faire l'objet d'une interprétation extensive, ces dispositions, qui abordent toutes les communications lors de la procédure de passation visées par la Loi type, ne visent pas à réglementer les communications régies par d'autres branches du droit, telles que les garanties de soumission ou les communications lors de procédures judiciaires ou de recours administratifs.

2. Aux termes du paragraphe 1, les informations doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement. Le mot "accessible" dans ce paragraphe implique qu'une information doit être lisible et interprétable et qu'elle puisse être conservée. Le mot "consultée" vise non seulement la consultation par l'homme, mais également le traitement par ordinateur. Ces dispositions ont pour but, d'une part, de laisser une marge de manœuvre suffisante quant à l'utilisation des différentes formes d'informations selon l'évolution de la technologie et, d'autre part, de fournir des garanties suffisantes pour que les informations générées et communiquées, quelle qu'en soit la forme, soient utilisables, traçables et vérifiables de manière fiable. Ces conditions de fiabilité, de traçabilité et de vérification sont essentielles pour le cours normal de la procédure de passation, pour un contrôle et audit efficaces et dans le cadre d'une procédure de recours. Le libellé de l'article est compatible avec les conditions de forme figurant dans les textes de la CNUDCI régissant le commerce électronique, comme l'article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Pas plus que ces documents, la Loi type n'attribue de caractère permanent à une forme de communication déterminée ni n'interfère avec l'application des règles de droit qui peuvent exiger une forme précise. Aux fins de la Loi type, toute forme d'information peut être utilisée tant qu'elle atteste la teneur des informations et qu'elle est accessible pour être consultée ultérieurement. Pour assurer la transparence et la prévisibilité, toute condition particulière de forme acceptable par l'entité adjudicatrice doit être spécifiée par celle-ci au début de la procédure de passation, conformément au paragraphe 3 a) de l'article.

3. Le paragraphe 2 de l'article contient une exception à la condition générale de forme énoncée au paragraphe 1, puisqu'il permet que certains types d'information soient communiqués à titre préliminaire sous une forme

n'assurant pas que leur contenu soit dûment consigné, par exemple lorsque les informations sont communiquées oralement par téléphone ou lors d'une entrevue, pour éviter à l'entité adjudicatrice et aux fournisseurs et entrepreneurs d'être retardés inutilement. Ce paragraphe énumère, en renvoyant aux dispositions pertinentes de la Loi type, les cas dans lesquels cette exception peut s'appliquer. Ils concernent la communication d'informations à un seul fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation (par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice doit fournir des précisions sur des dossiers de sollicitation suite à une demande d'un fournisseur ou d'un entrepreneur ou lorsqu'elle demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre). Toutefois, cette exception est soumise à une condition: immédiatement après que l'information est communiquée, confirmation de la communication doit être donnée au destinataire sous une forme prescrite au paragraphe 1 de l'article (à savoir, une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible et peut être consultée). Cette condition est essentielle pour assurer la transparence, l'intégrité et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs dans la passation de marché. Cependant, il peut être difficile en pratique d'en vérifier et d'en imposer le respect. Aussi l'État adoptant souhaitera-t-il peut-être autoriser l'application de l'exception prévue au paragraphe 2 uniquement dans les situations où cela sera strictement nécessaire. Le recours excessif à cette exception pourrait être source d'abus, notamment de corruption et de favoritisme.

4. Le paragraphe 3 de l'article donne le droit à l'entité adjudicatrice d'insister sur l'utilisation d'une forme et de moyens de communication particuliers, ou d'une combinaison d'entre eux, au cours de la passation de marché, sans avoir à justifier son choix. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne disposent pas d'un tel droit [mais, conformément à l'article 52 de la Loi type, ils peuvent contester la décision de l'entité adjudicatrice à cet égard]. L'exercice de ce droit par l'entité adjudicatrice est soumis à un certain nombre de conditions visant à faire en sorte que les entités adjudicatrices n'aient pas recours à la technologie et à certains procédés à des fins discriminatoires ou à d'autres fins d'exclusion, par exemple pour empêcher ou entraver l'accès de certains fournisseurs et entrepreneurs.

5. Pour assurer la prévisibilité ainsi qu'un examen, un contrôle et un audit appropriés, le paragraphe 3 de l'article exige que l'entité adjudicatrice spécifie, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, toutes les conditions de forme et de moyens de communication pour une passation de marché déterminée. Elle doit indiquer clairement si une ou plusieurs formes et moyens de communication peuvent être utilisés et, le cas échéant, quelle forme et quels moyens doivent l'être pour chaque stade de la procédure de passation et pour quels types d'informations ou catégories d'informations ou actions. Par exemple, des dispositions spéciales peuvent se justifier dans le cas d'une soumission de dessins techniques complexes ou d'échantillons, ou d'une sauvegarde nécessaire lorsque les données risquent d'être perdues si elles ne sont soumises que sous une seule forme ou avec un seul moyen.

6. Pour satisfaire aux exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice en vertu du paragraphe 3 de l'article, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent avoir à utiliser leur propre système d'information, ou bien l'entité adjudicatrice peut avoir à mettre des systèmes d'information à la disposition de ceux qui sont intéressés. (L'expression "système d'information" ou "système" couvre dans ce contexte toute la gamme des moyens techniques utilisés dans les communications. Selon la situation de fait, elle pourrait désigner un réseau de communication, des applications et des normes et, dans d'autres cas, des technologies, du matériel, des boîtes aux lettres ou des outils.) Pour faire du droit d'accès à la procédure de passation d'un marché en vertu de la Loi type un droit effectif, le paragraphe 4 de l'article exige que les moyens spécifiés conformément au paragraphe 3 de l'article soient facilement utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. S'agissant des moyens à utiliser pour tenir une réunion, il exige en outre de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de participer pleinement et en direct à la réunion. L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion ont la possibilité de suivre en temps réel tout le déroulement de la réunion et de communiquer avec d'autres participants si nécessaire. La condition énumérée au paragraphe 4 de l'article, selon laquelle les moyens mentionnés au paragraphe 3 doivent être "utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs", suppose une connectivité et une interopérabilité efficaces et abordables (c'est-à-dire la capacité d'agir ensemble efficacement) de manière à assurer l'accès à la procédure sans restriction. En d'autres termes, tout fournisseur ou entrepreneur potentiel devrait pouvoir participer à la procédure de passation de marché avec un matériel simple et couramment utilisé ainsi qu'un savoir-faire technique de base. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que les systèmes d'information des entités adjudicatrices doivent être interopérables avec ceux de chaque fournisseur ou entrepreneur. Mais, si le moyen choisi par l'entité adjudicatrice implique l'utilisation de systèmes d'information qui ne sont pas généralement disponibles, faciles à installer (si nécessaire), ni assez simples à utiliser et dont le prix est excessif par rapport à l'utilisation envisagée, ils ne peuvent être considérés comme répondant à la condition d'être "couramment utilisés" dans le cadre d'une passation déterminée en vertu du paragraphe 4 de l'article.

7. Ce paragraphe ne vise pas à faciliter l'accès à la passation des marchés publics en général mais plutôt à un marché spécifique. L'entité adjudicatrice doit décider au cas par cas des moyens de communication qui pourraient être appropriés pour chaque type de passation. Par exemple, le niveau de pénétration de certaines technologies, applications et moyens de communication associés peut varier selon les secteurs d'une économie donnée. En outre, l'entité adjudicatrice doit tenir compte de facteurs tels que la couverture géographique visée, la couverture et la capacité de l'infrastructure du système d'information du pays, le nombre et le degré de complexité des formalités et procédures à accomplir pour que les communications aient lieu, les connaissances informatiques attendues des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels et le coût en temps et en argent requis. Lorsque la participation à la procédure de passation n'est pas limitée par des critères de nationalité, l'entité adjudicatrice doit également évaluer l'impact des moyens spécifiés sur l'accès

des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers au marché. Toutes les autres conditions pertinentes d'accords internationaux devraient également être prises en compte. Une approche pragmatique, axée sur l'obligation de ne pas restreindre l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels au marché en question, permettra à l'entité adjudicatrice de déterminer si les moyens choisis sont effectivement "couramment utilisés" dans le cadre d'un marché spécifique et par conséquent s'ils répondent à la condition énoncée dans le paragraphe.

8. À une époque où les progrès techniques sont rapides, de nouvelles technologies peuvent voir le jour et, pendant un certain temps, n'être pas suffisamment accessibles ou utilisables (que ce soit pour des raisons techniques, de coût ou autres). L'entité adjudicatrice doit chercher à éviter les situations où l'utilisation d'un moyen de communication déterminé dans une procédure de passation de marché pourrait conduire à une discrimination entre les fournisseurs ou entrepreneurs. Par exemple, le choix exclusif d'un seul moyen pourrait profiter à certains fournisseurs ou entrepreneurs plus habitués à en faire usage au détriment des autres. Des mesures doivent être élaborées pour empêcher tout effet discriminatoire possible (par exemple, en dispensant une formation ou en accordant des délais plus longs pour permettre aux fournisseurs de se familiariser avec les nouveaux systèmes). L'État adoptant pourra considérer que les procédés traditionnels, comme ceux basés sur des supports papier, doivent être maintenus dans un premier temps lorsque de nouveaux procédés sont introduits, et peuvent ensuite être retirés progressivement, pour permettre le passage à de nouveaux procédés.

9. Les dispositions de la Loi type ne font pas de distinction entre les systèmes d'information exclusifs ou non exclusifs pouvant être utilisés par les entités adjudicatrices. Tant qu'ils sont interopérables avec ceux couramment utilisés, leur utilisation est conforme aux conditions du paragraphe 4. Néanmoins, l'État adoptant souhaitera peut-être veiller à ce que les entités adjudicatrices examinent avec soin dans quelle mesure les systèmes exclusifs, uniquement conçus pour être utilisés par elles, pourraient comporter des solutions techniques différentes et incompatibles avec ceux d'usage courant. Ces systèmes peuvent exiger des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils adoptent ou convertissent leurs données à un format déterminé. L'accès de fournisseurs ou entrepreneurs potentiels au marché peut ainsi être bloqué ou leur participation découragée en raison de difficultés supplémentaires ou de coûts plus élevés. Concrètement, les fournisseurs ou entrepreneurs n'utilisant pas les mêmes systèmes d'information que l'entité adjudicatrice seraient exclus, ce qui ferait courir les risques de discrimination entre les fournisseurs et entrepreneurs et augmenterait le risque d'irrégularités. L'utilisation de systèmes qui auraient un effet fortement négatif sur la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la passation des marchés serait incompatible avec les objectifs de la Loi type et du paragraphe 4 de son article 5 *bis*.

10. D'un autre côté, le recours à des systèmes d'information standards facilement accessibles au public, faciles à installer, relativement simples à utiliser et offrant un choix maximal peut favoriser et encourager la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation et réduire les risques de discrimination entre eux. Ces systèmes sont également

mieux adaptés au secteur public lui-même car ils permettent aux acheteurs publics d'utiliser des systèmes d'information qui ont fait leurs preuves au quotidien sur le marché commercial, de les harmoniser avec un réseau plus large de partenaires commerciaux potentiels et d'éviter d'être captifs de prestataires tiers particuliers de systèmes d'information exclusifs, qui peuvent exiger des licences ou redevances rigides. Ils sont en outre faciles à adapter au profil de l'utilisateur, ce qui peut être important par exemple pour ajuster les systèmes aux langues locales ou pour intégrer des solutions multilingues, et échelonnables dans l'ensemble des systèmes d'information des organismes publics à un faible coût. Ce dernier point peut être essentiel dans le cadre plus large de réformes de la gouvernance publique impliquant l'intégration de systèmes d'information internes de différents organismes publics.

11. La Loi type n'aborde pas la question des droits d'accès et d'utilisation des systèmes d'information de l'entité adjudicatrice. Cet aspect est laissé à l'État adoptant qui décide de tenir compte des circonstances locales. Ces circonstances peuvent évoluer dans le temps et avoir des effets sur la politique de l'État adoptant en matière de facturation. L'État adoptant devrait évaluer avec soin les conséquences de la facturation sur l'accès au marché pour les fournisseurs et entrepreneurs, en vue de préserver les objectifs de la Loi type, comme ceux favorisant et encourageant la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation et ceux encourageant la concurrence. Les droits devraient être transparents, justifiés, raisonnables et proportionnés, et ils ne devraient pas être source de discrimination dans l'accès à la procédure de passation ni le restreindre. [Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de recommander dans le Guide que, dans l'idéal, aucun droit ne devrait être demandé pour accéder aux systèmes d'information de l'entité adjudicatrice et pour les utiliser.]

12. L'objectif du paragraphe 5 de l'article (qui exige des mesures appropriées pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations) est de renforcer la confiance des fournisseurs et entrepreneurs dans la fiabilité de la procédure de passation, notamment pour ce qui est du traitement des informations commerciales. Le niveau de confiance dépendra du sentiment qu'auront les utilisateurs d'avoir des garanties appropriées sur la sécurité du système d'information utilisé, sur la préservation de l'authenticité et de l'intégrité des informations transmises grâce à ce système et sur d'autres facteurs qui font tous l'objet de différents règlements et solutions techniques. D'autres aspects et branches du droit pertinents sont appropriés, en particulier pour ce qui est du commerce électronique, de la gestion des dossiers, de la procédure judiciaire, de la concurrence, de la protection des données et de la confidentialité, de la propriété intellectuelle et des droits d'auteur. La Loi type et les règlements en matière de passation des marchés pouvant être adoptés conformément à l'article 4 de la Loi type ne représentent par conséquent qu'une petite partie du cadre législatif pertinent. En outre, la fiabilité de la procédure de passation devrait être abordée dans le cadre général de la bonne gouvernance traitant des questions de personnel, de gestion et d'administration au sein de l'entité adjudicatrice et de l'ensemble du secteur.

13. Les solutions techniques et juridiques visant à garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité peuvent varier selon les circonstances et les

contextes. Lors de leur élaboration, il faudrait avoir à l'esprit à la fois leur efficacité et effet discriminatoire ou d'atteinte à la concurrence, y compris dans le contexte international. L'État adoptant doit s'assurer au moins que les systèmes sont mis en place de manière à laisser des traces permettant un examen et une vérification indépendants et en particulier vérifier quelles informations ont été transmises ou rendues disponibles, par qui et quand, y compris la durée de la communication, et que le système peut reconstituer la séquence des événements. Le système devrait offrir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le cours normal d'une procédure de passation des marchés publics. Il faut installer des technologies [telles que les logiciels de détection de virus] pour atténuer le risque de perturbations d'origine humaine ou non. Afin de renforcer la confiance et la transparence dans la procédure de passation, toutes les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des fournisseurs et entrepreneurs potentiels devraient être spécifiées à ces derniers dès le début de la procédure de passation ou devraient être communiquées au public. Le système doit garantir aux fournisseurs et entrepreneurs l'intégrité et la sécurité des données qu'ils soumettent à l'entité adjudicatrice, la confidentialité des informations qui devraient être traitées comme telles et assurer que les informations qu'ils soumettent ne seront pas utilisées de manière inappropriée. Une autre question liée à la confiance est celle de la propriété des systèmes et l'appui qui leur est fourni. Toute intervention de tiers doit être traitée avec soin de manière que les dispositions concernées n'ébranlent pas la confiance des fournisseurs et entrepreneurs dans la procédure de passation.

14. [Renvoi à d'autres dispositions pertinentes, comme le commentaire relatif à l'article 30-5.]”

## B. Soumission électronique des offres

### 1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

11. Le projet de texte proposé ci-après tient compte des suggestions faites à la onzième session du Groupe de travail pour le projet d'article 30-5, dont il était saisi à cette session<sup>10</sup>:

#### “Article 30. Soumission des offres

5. a) Les offres sont soumises par écrit et sont signées; et:
  - i) Si elles sont sous forme papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou
  - ii) Si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice, qui garantissent au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité, d'intégrité et de confidentialité;
- b) L'entité adjudicatrice délivre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue;

<sup>10</sup> A/CN.9/623, par. 21 à 23.

c) L'entité adjudicatrice préserve la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et veille à ce que le contenu des offres ne soit examiné qu'après leur ouverture conformément à la présente Loi."

## 2. Texte du Guide pour l'incorporation

12. Le texte ci-après est proposé pour accompagner dans le Guide l'article 30-5 révisé de la Loi type (en remplacement de l'actuel paragraphe 3 du commentaire du Guide relatif à l'article 30). En examinant le texte ci-dessous, le Groupe de travail devrait tenir compte des points soulevés dans les paragraphes 8 à 10 de la présente note, qui sont également pertinents ici:

"3. Le paragraphe 5 a) de l'article énonce des conditions spécifiques concernant la forme et le moyen de soumission de l'offre, qui complètent les conditions générales de forme et de moyens énoncées à l'article 5 *bis* (voir le commentaire relatif à l'article 5 dans les paragraphes ci-dessus [renvoi]). Il dispose que les offres doivent être soumises par écrit et signées et que leur authenticité, sécurité, intégrité et confidentialité doivent être préservées. L'exigence de l'écrit vise à assurer la conformité avec la condition de forme énoncée à l'article 5 *bis*-1 (les offres doivent être soumises sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui est accessible pour être consultée ultérieurement). L'exigence de signature vise à faire en sorte que les fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent une offre s'identifient et confirment leur approbation de la teneur de leur offre avec suffisamment de crédibilité. L'exigence d'"authenticité" vise à donner le niveau approprié d'assurance qu'une offre soumise par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice est définitive et fait autorité, qu'elle ne peut être annulée et qu'elle permet de remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a soumise. Avec les exigences de l'écrit et de la signature, elle a donc pour but de veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent les offres à être liés par les informations figurant dans les offres soumises, et à ce que ces preuves seraient préservées pour la conservation des documents, le contrôle et l'audit. Les exigences de "sécurité", d'"intégrité" et de "confidentialité" des offres visent à assurer que les informations figurant dans les offres soumises ne puissent être modifiées, que l'on ne puisse y ajouter des éléments ou les manipuler ("sécurité" et "intégrité), et que l'on ne puisse y accéder avant le moment spécifié pour l'ouverture publique et que ne puissent y accéder, par la suite, que les personnes autorisées et uniquement pour les fins prescrites et conformément aux règles ("confidentialité").

3 *bis*. Dans un environnement papier, toutes les exigences présentées dans le paragraphe précédent du présent Guide sont respectées par les fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent à l'entité adjudicatrice, dans une enveloppe scellée, des offres ou des parties de ces offres présumées signées et authentifiées en bonne et due forme (au risque d'être rejetées au moment de l'ouverture des offres si tel n'est pas le cas), ainsi que par l'entité adjudicatrice, qui garde les enveloppes scellées jusqu'au moment de leur ouverture publique. Dans un environnement sans papier, les mêmes exigences peuvent être satisfaites par différentes normes et méthodes tant qu'elles donnent au moins le même degré d'assurance que les offres sont effectivement

soumises par écrit, signées et authentifiées et que leur sécurité, intégrité et confidentialité sont préservées. Les règlements en matière de passation des marchés ou autres règlements appropriés devraient établir des règles claires pour les conditions pertinentes et, si nécessaire, élaborer des équivalents fonctionnels pour l'environnement sans papier. Il faudrait veiller à ne pas lier les obligations juridiques à un stade donné de développement technique. Le système doit au moins garantir que nul ne puisse avoir accès à la teneur des offres après qu'elles ont été reçues par l'entité adjudicatrice et avant le moment fixé pour leur ouverture officielle. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées et clairement identifiées auprès du système auront le droit d'ouvrir les offres au moment de leur ouverture officielle et auront accès à la teneur des offres aux stades ultérieurs de la procédure de passation. Le système doit également être installé de manière à permettre la traçabilité de toutes les opérations relatives aux offres soumises, notamment l'heure et la date exactes de réception des offres, la vérification de l'identité des personnes ayant eu accès aux offres et à quel moment, et la question de savoir si les offres censées être inaccessibles ont été compromises ou altérées. Des mesures appropriées devraient être mises en place pour vérifier que les offres ne seront pas supprimées, endommagées ou altérées par d'autres moyens non autorisés à leur ouverture et lors de leur utilisation ultérieure. Les normes et méthodes utilisées devraient être proportionnées au risque. Il est possible de parvenir à un niveau élevé d'authentification et de sécurité grâce, par exemple, à une infrastructure à clef publique ayant des prestataires accrédités de certification numérique, mais elle ne sera pas appropriée pour un marché de faible valeur et présentant un faible risque. [Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant les références à l'analyse coûts-avantages.]

*3 ter.* Aux termes du paragraphe 5 b), l'entité adjudicatrice doit délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue. Dans un environnement sans papier, cela devrait être fait automatiquement. [Dans les cas où le système de réception des offres empêche d'établir le moment de la réception avec précision, l'entité adjudicatrice pourrait avoir besoin de disposer d'une certaine latitude pour établir le degré de précision avec lequel le moment de la réception des offres soumises serait enregistré. Toutefois, cette marge de manœuvre devrait être strictement réglementée [par référence aux normes juridiques applicables du commerce électronique] pour éviter les abus.] Si la soumission d'une offre échoue, en particulier du fait de mesures de protection adoptées par l'entité adjudicatrice pour empêcher que le système ne soit endommagé suite à la réception d'une offre, il doit être considéré qu'aucune soumission n'a été faite. Les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres sont irrecevables par le système de l'entité adjudicatrice devraient en être immédiatement informés pour pouvoir, lorsque cela est possible, soumettre à nouveau leurs offres avant que le délai de soumission n'expire. Aucune nouvelle soumission postérieure à l'expiration du délai ne devrait être permise.

*3 quater.* Le paragraphe 5 c) soulève les questions de la sécurité, de l'intégrité et de la confidentialité des offres soumises, examinées plus haut. À la différence de l'alinéa a) ii) de ce paragraphe, il ne fait pas référence à l'exigence d'authenticité des offres, car les questions d'authenticité ne se

posent qu'au stade de la soumission des offres. On présume que, dès réception d'une offre par l'entité adjudicatrice à la date et à l'heure devant être enregistrées conformément au paragraphe 5 b) de l'article, l'exigence d'authenticité a déjà été assurée de manière satisfaisante."

## C. Publication d'informations relatives à la passation des marchés

### 1. Révisions proposées pour l'article 5

13. Le projet de texte proposé pour l'article 5 ci-après tient compte des suggestions rédactionnelles formulées à la onzième session du Groupe de travail<sup>11</sup>:

#### **“Article 5. Publicité de la réglementation des marchés et des informations sur les possibilités de marchés à venir**

1. Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et d'autres textes juridiques d'application générale relatifs à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi sont mises à la disposition du public et actualisées si nécessaire.

3. Aussi rapidement que possible après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier des informations sur les possibilités de marchés prévues pour les [l'État adoptant indique la période] suivant(e)s. Ces informations ne constituent pas une sollicitation de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché et ne sont pas contraignantes pour l'entité adjudicatrice.”

### **Commentaire**

#### *Paragraphe 3*

14. À sa onzième session, le Groupe de travail est convenu de scinder en deux phrases la disposition relative à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir figurant au paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.I/WP.50, étant entendu que le secrétariat devrait proposer, pour la deuxième phrase, un texte indiquant que la publication d'un tel avis n'obligeait pas l'entité adjudicatrice à solliciter des offres, des propositions ou des soumissions pour ces possibilités de marchés<sup>12</sup>. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le libellé proposé dans la deuxième phrase du paragraphe à cet effet.

15. En outre, il a été proposé que les dispositions relatives à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir soient placées en tant que paragraphe 3 de l'article 5 et que le secrétariat modifie le titre de l'article en

---

<sup>11</sup> Ibid., par. 26, 27, 30 et 31.

<sup>12</sup> Ibid., par. 30.

question pour refléter l'ajout de ce nouveau paragraphe<sup>13</sup>. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les modifications apportées pour tenir compte de ces propositions.

## 2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé

16. Le texte ci-après accompagnant l'article 5 révisé est proposé pour figurer dans le Guide (les deux premiers paragraphes sont empruntés au commentaire actuel relatif à l'article 5 et ont été modifiés pour prendre en compte les propositions de modification de l'article):

“1. Le paragraphe 1 du présent article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale concernant les marchés en disposant que ces textes soient promptement rendus accessibles et systématiquement mis à jour. L'inclusion de cette disposition peut être jugée particulièrement importante dans les États où cette condition n'est pas déjà énoncée dans les règles de droit administratif en vigueur. Elle peut l'être également dans les États où cette condition est déjà imposée car une disposition énoncée dans la législation des marchés elle-même contribuera à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs ou entrepreneurs sur cette exigence d'un accès du public aux textes juridiques mentionnés dans le paragraphe.

2. Dans de nombreux pays, il existe des journaux officiels dans lesquels sont habituellement publiés les textes juridiques mentionnés dans le paragraphe. Les textes visés pourraient être publiés dans ces journaux. Si tel n'est pas le cas, ils devraient être promptement rendus accessibles au public, notamment aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, de toute autre manière appropriée assurant le niveau requis de diffusion des informations pertinentes à leurs destinataires et au public. Un État adoptant souhaitera peut-être spécifier un mode de publication dans les règlements en matière de passation de marchés ou de tout autre règlement approprié traitant de la publicité des statuts, des règlements et d'autres actes publics, avec pour objectif d'assurer un accès facile et rapide du public aux textes juridiques pertinents. Cela devrait permettre au public d'établir avec certitude la source des informations pertinentes, ce qui est particulièrement important au vu de la prolifération des supports et des sources d'informations résultant de l'utilisation de moyens dématérialisés de publication d'informations. L'abondance d'informations provenant de nombreuses sources, dont l'authenticité et l'autorité sont incertaines, pourrait être un obstacle majeur à la transparence.

3. Les règlements en matière de passation de marchés ou tout autre règlement approprié devraient envisager que les informations pertinentes soient présentées de manière centralisée sur un support commun (journal officiel ou équivalent) et établir les règles définissant les relations de ce média centralisé unique avec d'autres supports possibles où ces informations peuvent figurer. Les informations qui y sont publiées devraient être authentiques et officielles et primer sur les informations qui pourraient figurer dans d'autres médias. Les règlements peuvent explicitement interdire la publication des informations dans d'autres médias avant leur publication dans un média

---

<sup>13</sup> Ibid., par. 31.

central expressément désigné, et exiger que les mêmes avis publiés dans différents médias contiennent les mêmes données. Le média centralisé unique devrait être facilement et largement accessible [gratuitement]. Les règlements devraient aussi préciser ce qu'implique l'exigence de mise à jour systématique, notamment la publication et l'actualisation en temps voulu de toutes les informations pertinentes et essentielles d'une manière simple à utiliser et à comprendre par l'utilisateur moyen.

4. Le paragraphe 2 de l'article traite d'une catégorie distincte de textes juridiques – les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent. La première phrase du paragraphe vise à indiquer clairement que les obligations de publicité figurant au paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux textes juridiques mentionnés au paragraphe 2. Étant donné la nature et les caractéristiques des textes juridiques dont il est question dans ce paragraphe, notamment la procédure de leur adoption et de leur mise à jour, il ne sera peut-être pas justifié de leur appliquer les obligations de publicité énoncées au paragraphe 1. Par exemple, il peut être impossible de se conformer à l'obligation de les rendre promptement accessibles. En outre, l'exigence de mise à jour systématique risque de ne pas leur être applicable en raison de leur nature relativement statique. C'est pourquoi le paragraphe 2 de l'article exige que ces textes doivent être mis à la disposition du public et mis à jour si nécessaire. L'objectif est d'atteindre avec suffisamment de souplesse le niveau de publicité nécessaire pour ces textes et l'exactitude des textes faisant l'objet de publicité.

5. Selon les traditions juridiques et les pratiques en matière de passation de marchés des États adoptants, les textes interprétatifs ayant une valeur juridique et importants pour les fournisseurs et les entrepreneurs peuvent déjà être régis soit par le paragraphe 1, soit par le paragraphe 2 de l'article. L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'apporter les modifications nécessaires à l'article pour faire en sorte qu'ils le soient. En outre, si l'on tient compte du fait que la publication des informations sur des supports autres que papier entraîne une réduction des coûts, du temps et des efforts de publication et de mise à jour des informations, il peut être souhaitable de publier d'autres textes juridiques pertinents, pratiques et importants pour les fournisseurs et entrepreneurs non visés par l'article 5 de la Loi type, en vue d'assurer la transparence et la prévisibilité, et de favoriser et d'encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la passation des marchés. Ces textes juridiques supplémentaires pourraient comprendre, par exemple, des directives ou manuels sur la passation des marchés et d'autres documents fournissant des informations sur les aspects importants des pratiques et procédures internes de passation des marchés et peuvent affecter les obligations et droits généraux des fournisseurs et entrepreneurs. Si elle n'aborde pas explicitement la publication de ces textes juridiques, la Loi type n'empêche pas un État adoptant d'étendre la liste des textes juridiques visés à l'article 5 en fonction du contexte national. Si l'État adoptant choisit cette option, il devrait examiner quels textes juridiques supplémentaires doivent être rendus publics et quelles conditions de publication devraient s'y appliquer. Les États adoptants peuvent à cet égard évaluer les coûts et les efforts nécessaires pour remplir ces conditions par rapport aux avantages que les destinataires potentiels devraient retirer des informations publiées. Par exemple, dans l'environnement papier, les coûts

peuvent être excessifs si l'on exige que des informations d'un intérêt marginal ou occasionnel pour les fournisseurs ou entrepreneurs soient promptement rendues accessibles au public et systématiquement tenues à jour. Dans un environnement sans support papier, bien que les coûts de publication des informations puissent devenir insignifiants, les coûts de mise à jour des informations, visant à assurer que les informations pertinentes et exactes soient facilement accessibles au public, peuvent demeurer élevés.

6. Le paragraphe 3 de l'article traite de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. Une telle publication peut ne pas être souhaitable dans tous les cas et, si elle est imposée, elle risque d'être contraignante et d'avoir une incidence sur le processus de budgétisation et la souplesse de l'entité adjudicatrice pour gérer ses besoins. La position adoptée dans la Loi type est qu'il faudrait laisser à l'entité adjudicatrice la faculté de décider au cas par cas si ces informations devraient être publiées. En conséquence, ce paragraphe n'impose pas mais permet la publication de ces informations. Il donne à l'État adoptant la possibilité de fixer une durée, qui peut être de six mois ou de un an ou une autre période, sur laquelle porte la publication. Une fois publiées, ces informations ne visent pas à lier de quelque manière que ce soit l'entité adjudicatrice, notamment en ce qui concerne de futures sollicitations. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne pourraient se prévaloir d'aucune voie de droit si le marché n'était pas conclu après avoir fait l'objet d'une publicité préalable ou s'il était conclu dans d'autres conditions que celles énoncées dans la publicité préalable. L'inclusion d'une telle disposition dans le droit des marchés peut être jugée importante par le corps législatif pour mettre en évidence les avantages de la publication de telles informations. En particulier, leur publication peut obliger les entités juridiques à planifier les marchés, réduire le nombre de marchés passés "au coup par coup" ou "dans l'urgence" et par conséquent diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles. Elle peut également renforcer la concurrence car elle permettrait à un plus grand nombre de fournisseurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s'ils sont intéressés par une participation et de la préparer alors à l'avance. La publication de ces informations peut en outre avoir une incidence positive dans un contexte plus général de gouvernance, notamment dans l'ouverture de la passation des marchés à l'examen du grand public et à la participation des communautés locales. Il est donc envisagé que l'État adoptant puisse prévoir des mesures incitant à la publication de ces informations, comme le font certains États, en donnant par exemple la possibilité de réduire le délai de soumission d'une offre pour les marchés ayant fait l'objet d'une publicité préalable. Les États adoptants, dans les règlements en matière de passation des marchés, peuvent aussi renvoyer à des cas où la publication de ces informations serait particulièrement souhaitable, comme lorsque des marchés de travaux complexes sont prévus ou lorsque la valeur du marché dépasse un certain seuil. Ils peuvent aussi faire des recommandations sur le contenu souhaitable des informations à publier ainsi que sur d'autres conditions de publication."

## D. Autres dispositions de la Loi type et du Guide

17. À ses sessions précédentes, le Groupe de travail a examiné d'autres modifications de la Loi type et du Guide qui seraient nécessaires pour tenir compte de l'utilisation de la passation électronique des marchés. Elles concernaient l'alinéa b) *bis* de l'article 11-1 (Procès-verbal de la procédure de passation des marchés ) et 33-2 (Ouverture des offres), un texte à insérer dans le Guide qui accompagnerait les articles 11 et 36 (Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché ) et des remarques liminaires dans le Guide sur l'utilisation de la passation électronique de marchés en vertu de la Loi type en général. Les sections ci-après établissent les questions soulevées par ces modifications ainsi que d'autres questions, pour examen par le Groupe de travail.

### 1. Article 11 et texte du Guide accompagnant l'article

18. À sa neuvième session, le Groupe de travail a examiné l'alinéa 1 b) *bis* ci-après à ajouter à l'article 11:

**“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) *bis* La décision de l'entité adjudicatrice quant au moyen de communication à utiliser dans la procédure de passation.”<sup>14</sup>

19. À cette session, des suggestions ont été faites pour le projet de texte à insérer dans le Guide pour accompagner cette disposition<sup>15</sup>. Étant donné la révision en cours de la Loi type et du Guide, qui aura des répercussions sur les dispositions de l'article 11 et le commentaire correspondant qui figurera dans le Guide, le Groupe de travail souhaitera peut-être remettre à plus tard l'examen des modifications de l'article 11 et des dispositions y relatives du Guide.

### 2. Article 33-2 et texte du Guide accompagnant les dispositions pertinentes

20. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les dispositions proposées pour l'article 33-2 révisé, qui sont fondées sur le texte qu'il a approuvé à sa onzième session<sup>16</sup>. Des changements ont été apportés pour tenir compte des modifications des dispositions pertinentes du projet d'article 5 *bis*-4 (voir par. 4 ci-dessus):

**“Article 33. Ouverture des offres**

2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été

---

<sup>14</sup> A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 31.

<sup>15</sup> A/CN.9/595, par. 49 à 51, A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 32 et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 7.

<sup>16</sup> A/CN.9/623, par. 25 et A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 30.

autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont pleinement informés de l'ouverture des offres en direct.”

21. Il est proposé que le texte du Guide, qui accompagnait ces dispositions et serait inséré après le paragraphe 2 du commentaire actuel du Guide relatif à l'article 33, renvoie au commentaire du Guide relatif à l'article 5 *bis* car il porte sur les moyens de tenir une réunion. Pour ce qui est de l'ouverture automatisée des offres, le Guide renvoie au principe des “quatre yeux”, suivant lequel au moins deux personnes devraient, par une action simultanée, procéder à l'ouverture des offres et avoir seules accès à ces informations. Dans ce contexte, l'expression “action simultanée” signifie que les personnes autorisées désignées devraient produire à peu près dans le même délai un registre indiquant les composants qui ont été ouverts et le moment de l'ouverture. Ce principe est régulièrement mentionné dans les instruments régionaux et internationaux abordant cette question. Le Guide attirerait également l'attention sur le fait que le système d'information utilisé devrait également permettre l'ouverture différée des fichiers séparés de l'offre, dans l'ordre requis, de la même manière que pour les enveloppes scellées (par exemple, lorsque les aspects économiques et techniques d'une offre sont soumis séparément) sans compromettre la sécurité des parties qui ne sont pas encore ouvertes. La nécessité d'assurer la traçabilité de toutes les opérations serait réaffirmée dans le contexte de l'ouverture des offres. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner ces points ainsi que d'autres points éventuels à prendre en compte dans le Guide à propos de l'article 33-2 révisé.

22. À la onzième session du Groupe de travail, il a été proposé que le Guide souligne que les dispositions de l'article 33-2 modifié étaient conformes à celles d'autres instruments internationaux à cet égard et il a été fait référence en particulier à la directive 2.45 de la Banque mondiale<sup>17</sup>. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que, bien qu'une observation générale dans ce sens puisse être appropriée dans le Guide, les références à des dispositions spécifiques d'instruments d'autres organisations internationales pour l'étayer devraient être évitées car elles risquent de devenir rapidement obsolètes.

### **3. Responsabilité pour défaillance du système des entités adjudicatrices**

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être exprimer sa position sur la responsabilité des entités adjudicatrices en cas de défaillance de leur système au cours de la procédure de passation en général (par exemple, en se référant à l'article 5 *bis*) et dans des contextes particuliers, comme celui de la soumission des offres conformément à l'article 30-5. Dans ce dernier cas, selon que le Groupe de travail estimera que l'entité adjudicatrice devrait être tenue de reporter la date limite pour la soumission des offres ou qu'elle peut le faire à son gré, la question devra être abordée aux paragraphes 2 ou 3 de l'article 30 et/ou dans le Guide. Cette question est également pertinente dans le cas de la soumission des offres dans les enchères électroniques inversées. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner si l'approche qui serait adoptée dans le contexte de l'article 30 devrait s'appliquer systématiquement dans d'autres contextes.

---

<sup>17</sup> A/CN.9/623, par. 25.

#### 4. Modification du texte du Guide accompagnant l'article 36

24. S'agissant du texte du Guide accompagnant l'article 36, le Groupe de travail a examiné à sa neuvième session le texte révisé incorporant les propositions faites à sa session précédente<sup>18</sup> et a formulé d'autres propositions rédactionnelles<sup>19</sup>. Tenant compte de ses travaux en cours, concernant en particulier la simplification et l'harmonisation de certaines dispositions de la Loi type, dont l'article 36<sup>20</sup>, le Groupe de travail souhaitera peut-être remettre à plus tard son examen du texte révisé du Guide qui accompagnerait cet article.

#### 5. Remarques liminaires du Guide sur l'utilisation de la passation électronique de marchés en vertu de la Loi type en général

25. Le Groupe de travail a examiné, pour la dernière fois à sa neuvième session, les parties traitant des avantages et des inconvénients de la passation électronique des marchés, de l'articulation entre la passation électronique des marchés et la législation sur le commerce électronique et l'approche générale suivie par la Loi type révisée pour réglementer la passation électronique des marchés<sup>21</sup>. Étant donné le caractère général de ces dispositions, il a été proposé de les incorporer dans les parties du Guide précédant les observations article par article. Ces parties introductives du Guide devront être révisées de manière importante à un stade ultérieur à la lumière de toutes les modifications apportées à la Loi type. Le texte révisé sera présenté au Groupe de travail pour examen en temps utile.

### III. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses

#### 1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

26. Le projet d'article ci-après tient compte des suggestions formulées pour le projet d'article 12 *bis* dont le Groupe de travail était saisi à sa onzième session<sup>22</sup>:

**“Article [12 *bis*]. Rejet des offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas**

1. L'entité adjudicatrice peut rejeter une offre, une proposition, un prix ou une soumission si le montant indiqué est anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir, à condition:

a) [Qu'elle ait spécifié dans le dossier de sollicitation ou dans tout autre document sollicitant des propositions, des prix ou des soumissions qu'elle se réservait ce droit;]

b) Qu'elle ait demandé par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de l'offre, de la proposition, du prix ou de la soumission qui suscitent des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché;

---

<sup>18</sup> A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 29 et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 6.

<sup>19</sup> A/CN.9/595, par. 47 et 48.

<sup>20</sup> A/CN.9/623, par. 102.

<sup>21</sup> A/CN.9/595, par. 18 à 22, A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 13 et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 2.

<sup>22</sup> A/CN.9/623, par. 33 à 41.

c) Que, après avoir pris en compte les informations éventuellement fournies, elle continue cependant, pour des motifs raisonnables, d'entretenir des craintes; et

d) Qu'elle ait consigné ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

2. [Le dossier de sollicitation ou les autres documents sollicitant des propositions, des prix ou des soumissions [peuvent] [devraient] indiquer expressément qu'une entité adjudicatrice peut réaliser des analyses des risques potentiels liés à l'exécution et aux montants indiqués.]

3. La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une offre, une proposition, un prix ou une soumission conformément au présent article et les motifs de cette décision sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.”

### **Commentaire**

27. À la onzième session du Groupe de travail, aucun accord n'a été conclu sur la question de savoir si le droit de rejeter une offre anormalement basse, en vertu de l'article 12, devrait être réservé expressément aux dossiers de sollicitation ou à des documents équivalents<sup>23</sup>. Le Groupe de travail a décidé d'examiner la question à sa prochaine session en renvoyant aux propositions rédactionnelles<sup>24</sup> placées entre crochets et présentées au nouvel alinéa a) du paragraphe 1 et au nouveau paragraphe 2 ci-dessus.

## **2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé**

28. Le Groupe de travail a examiné les dispositions correspondantes du Guide à sa onzième session. Le texte révisé incorporant les propositions faites à cette session<sup>25</sup>, ainsi que toutes les autres propositions qui peuvent être formulées, seront présentés au Groupe de travail pour examen en temps utile.

---

<sup>23</sup> Ibid., par. 33 à 39.

<sup>24</sup> Ibid., par. 39.

<sup>25</sup> Ibid., par. 42, 48 et 49.