

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée
30 janvier 2008
Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Treizième session
New York, 7-11 avril 2008

**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	1-2	3
II. Projets de dispositions portant sur la publication d'informations relatives à la passation des marchés	3-4	3
A. Modifications proposées pour l'article 5	3	3
B. Texte du Guide pour l'incorporation	4	4
III. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics	5-10	7
A. Communications dans la passation des marchés	5-6	7
1. Projet d'article 5 <i>bis</i>	5	7
2. Texte du Guide pour l'incorporation	6	8



B. Soumission électronique des offres	7-8	14
1. Modifications proposées pour l'article 30-5	7	14
2. Texte du Guide pour l'incorporation	8	14
C. Ouverture des offres	9-10	17
1. Révisions proposées pour l'article 33-2	9	17
2. Texte du Guide pour l'incorporation	10	17
IV. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses	11-12	20
A. Projet d'article 12 <i>bis</i>	11	20
B. Texte du Guide pour l'incorporation	12	20

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 76 du document A/CN.9/WG.I/WP.57, dont celui-ci sera saisi à sa treizième 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 présente note a été établie en réponse à la demande adressée par le Groupe de travail à sa douzième session au Secrétariat pour qu'il révisé les projets de dispositions sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et ceux portant sur la publication d'informations relatives à la passation des marchés, ainsi que sur les offres anormalement basses, en tenant compte des délibérations du Groupe de travail à cette session¹.

II. Projets de dispositions portant sur la publication d'informations relatives à la passation des marchés

A. Modifications proposées pour l'article 5

3. Le projet d'article ci-après tient compte des suggestions rédactionnelles formulées à la douzième session du Groupe de travail concernant le projet d'article 5 dont le Groupe était saisi à cette session²:

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

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article³, 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) 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) Les entités adjudicatrices peuvent publier épisodiquement des informations sur les possibilités de marchés. Cette publication ne constitue pas

¹ A/CN.9/640, par. 14. Le texte révisé renvoie aux paragraphes de ce rapport dans les notes qui suivent, de manière à bien mettre en lumière, à l'intention du Comité, les raisons des modifications apportées au texte.

² Ibid., par. 30 à 34.

³ Ibid., par. 30.

une sollicitation et n'oblige pas l'entité adjudicatrice à faire paraître des sollicitations pour les possibilités de marchés recensées.”⁴

B. Texte du Guide pour l'incorporation

4. Le projet de texte ci-après proposé pour le Guide tient compte des suggestions formulées à la douzième session du Groupe de travail pour le projet de texte à insérer dans le Guide pour accompagner l'article 5 dont le Groupe de travail était saisi à cette session⁵:

“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

⁴ Ibid., par. 33.

⁵ Ibid., par. 35 et 36.

médias. Les règlements peuvent explicitement interdire la publication des informations dans d'autres médias avant leur publication dans un média 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 accessible⁶. L'on ne devrait en principe faire payer aucune redevance pour l'accès aux lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale en matière de passation visés par la présente Loi et à toutes les modifications qui leur ont été apportées⁷. 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 1 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

⁶ Ibid., par.36.

⁷ A/CN.9/640, par. 36.

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 permet la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. 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 locales⁸.

7. Les États adoptants, dans les règlements en matière de passation des marchés, pourraient 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, par exemple une durée, qui peut être de six mois ou de un an ou une autre période, sur laquelle porte la publication. Les États adoptants et les entités adjudicatrices devraient cependant être conscients qu'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

⁸ Ibid., par. 35. Le paragraphe 6 du texte précédent (qui fait suite au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.I/WP.54) a donc été scindé en deux paragraphes et les modifications rédactionnelles rendues nécessaires ont été faites.

ses besoins. La position adoptée dans la Loi type, et qui est reflétée dans la paragraphe 3, est qu'il faudrait laisser à l'entité adjudicatrice la faculté de décider au cas par cas si ces informations devraient être publiées. 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."

III. 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 d'article 5 *bis*

5. À sa douzième session, le Groupe de travail a adopté à titre préliminaire le libellé suivant pour le projet d'article 5 *bis*⁹:

"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.

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] 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:

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;

⁹ Ibid., par. 17 à 25, 27 a).

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."

2. Texte du Guide pour l'incorporation

6. À sa douzième session, le Groupe de travail a adopté à titre préliminaire le texte ci-après à insérer dans le Guide pour l'interprétation pour accompagner les dispositions de l'article 5 *bis*¹⁰:

"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 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 et 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 soumission¹¹.

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,

¹⁰ Ibid., par. 27.

¹¹ Note 9 ci-dessus.

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)¹². 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

¹² Ibid., par. 27 b).

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 égard¹³. 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. L'entité adjudicatrice peut, dès le début de la passation du marché, envisager qu'elle pourra changer les conditions de forme et/ou les moyens de communication pendant une passation de marché donnée. Cette option pourrait se justifier, par exemple, dans les passations de marchés à long terme, comme ceux qui reposent sur des accords-cadres en vertu de l'article [...] de la présente Loi. En pareil cas, l'entité adjudicatrice, outre qu'elle se réservera cette possibilité lorsqu'elle sollicitera pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation du marché, devra veiller à ce que les garanties énoncées à l'article [5 bis 4]) soient respectées lors du choix de toute nouvelle condition et/ou tout nouveau moyen de communication et que tous les intéressés soient promptement avisés du changement¹⁴.

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

¹³ Ibid., par. 27 c).

¹⁴ Ibid., par. 27 d).

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 engendrerait des 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 standard 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. Dans l'idéal, aucune redevance ne devrait être demandée pour l'accès aux systèmes d'information de l'entité adjudicatrice et leur utilisation¹⁵.

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 pour atténuer le risque de perturbations d'origine humaine ou non¹⁶. Afin de

¹⁵ Ibid., par. 27 e).

¹⁶ Ibid., par. 27 f).

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 passation¹⁷.

14. D'autres aspects relatifs aux dispositions de l'article 5 *bis* sont examinés dans le commentaire de [des] l'article[s] [30-5 et...], dans les paragraphes [...] du présent Guide."¹⁸

B. Soumission électronique des offres

1. Modifications proposées pour l'article 30-5

7. À sa douzième session, le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire du libellé suivant pour le projet d'article 30-5¹⁹:

“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;
- 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

8. À sa douzième session, le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire du texte ci-après à insérer dans le Guide pour l'incorporation pour accompagner les dispositions de l'article 30-5²⁰:

¹⁷ Ibid., par 27 g).

¹⁸ Ibid., par. 27 h).

¹⁹ Ibid., par. 28.

²⁰ Ibid., par. 29.

“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 risque²¹. Ces points et d'autres questions devront être abordés dans les règles en matière de passation de marchés ou d'autres règles appropriées²².

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 abus²³. 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.

²¹ Ibid., par. 27 c).

²² Ibid., par. 29.

²³ Ibid., par. 29.

3 *quinquies*. Il est admis que des défaillances des systèmes automatisés, susceptibles d'empêcher les fournisseurs ou les entrepreneurs de soumettre leur offre avant la date limite, peuvent inévitablement se produire. La Loi type laisse le soin aux règlements en matière de passation de marchés ou à d'autres règlements appropriés de traiter cette question. En vertu des dispositions de l'article 30-3, l'entité adjudicatrice peut, à son gré, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de soumettre leur offre d'ici là. En pareil cas, tout report de la date limite doit être promptement notifié à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation (voir art. 30-4 de la Loi type). Par conséquent, lorsqu'une défaillance se produit, l'entité adjudicatrice doit déterminer s'il est possible de rétablir le système suffisamment vite pour poursuivre la passation et, dans l'affirmative, s'il est nécessaire de reporter la date limite de soumission des offres. Si elle juge, toutefois, qu'une défaillance du système l'empêche de poursuivre la procédure de passation, elle peut l'annuler et annoncer une nouvelle procédure. Les défaillances des systèmes automatisés attribuables à des actes téméraires ou intentionnels de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions prises par cette dernière à la suite de la défaillance d'un système automatisé peuvent ouvrir aux fournisseurs et aux entrepreneurs lésés un droit de recours en vertu de l'article 52 de la Loi type²⁴."

C. Ouverture des offres

1. Révisions proposées pour l'article 33-2

9. À sa douzième session, le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire du libellé ci-après pour le projet d'article 33-2²⁵:

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

2. Texte du Guide pour l'incorporation

10. Le texte ci-après est proposé pour insertion dans le Guide pour accompagner les dispositions révisées de l'article 33-2 de la Loi type. Il a été rédigé de manière à refléter les suggestions formulées à cet égard lors des sessions précédentes du Groupe de travail²⁶. Il est proposé d'insérer le texte dans le paragraphe 2 du commentaire actuel du Guide relatif à l'article 33. Ce paragraphe serait ainsi scindé en plusieurs paragraphes, comme suit:

²⁴ Ibid., par. 40 et 41.

²⁵ Ibid., par. 38.

²⁶ Ibid., par. 39 et A/CN.9/623, par. 25.

“2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l’entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou à leurs représentants d’assister à l’ouverture des offres. Ils peuvent y assister en personne ou se faire représenter par des moyens qui sont conformes aux conditions énoncées à l’article 5 *bis* de la Loi type (pour l’examen des dispositions pertinentes, voir par. [...] du présent Guide). En particulier, l’article [5 *bis*-3 d] exige que 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 les moyens à utiliser pour tenir une réunion de fournisseurs ou d’entrepreneurs. Conformément à l’article [5 *bis*-4], ces moyens doivent être facilement utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte pertinent et ils doivent garantir que les fournisseurs ou les entrepreneurs puissent participer pleinement et en direct à la réunion. La deuxième phrase du paragraphe 2 de l’article 33 complète les dispositions de l’article [5 *bis*-4] en précisant que, dans le contexte de l’ouverture des offres, les fournisseurs et les entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l’ouverture des offres s’ils ont eu la possibilité d’être pleinement informés de l’ouverture des offres en direct. Cette disposition de l’article 33-2 a été jugée conforme à celles des autres instruments internationaux abordant cette question. 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 l’ouverture des offres, notamment en recevant (oralement ou par écrit) en bonne et due forme, instantanément et simultanément toutes les informations communiquées à tous pendant l’ouverture, telles que les annonces faites conformément à l’article 33-3. [Ils devraient également être en mesure d’intervenir lorsque des irrégularités se produisent. Le système en place doit être capable de recevoir les observations des fournisseurs et d’y donner suite sans retard]. Il peut exister différentes méthodes pour satisfaire à l’obligation d’informer pleinement les fournisseurs en direct au moyen d’un système informatique. Quelles que soient les méthodes utilisées, des informations suffisantes les concernant doivent être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs longtemps à l’avance pour leur permettre de prendre toutes les mesures nécessaires pour se connecter au système de manière à suivre l’ouverture des offres²⁷.

3. La règle selon laquelle l’entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou à leurs représentants d’assister à l’ouverture des offres contribue à la transparence de la procédure d’appel d’offres. Les fournisseurs et entrepreneurs pourront constater que la législation et la réglementation des marchés sont appliquées et ils pourront compter que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou inappropriée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 dispose que, lors de

²⁷ Texte qu’il est proposé d’ajouter à celui de l’actuel paragraphe 2 du Guide relatif à l’article 33. On pourrait y faire figurer d’autres observations, telles que le point de savoir si les fournisseurs devraient être habilités à intervenir dans la procédure, par exemple en invoquant le non-respect des procédures ou une violation de droits et en insistant, et pouvant insister, pour que leurs préoccupations soient reflétées dans le procès-verbal de l’ouverture en vue d’un audit ultérieur. En outre, on pourrait aussi y faire figurer des conseils sur l’établissement du calendrier de la passation de marchés internationaux compte tenu des décalages horaires.

l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes. À ces mêmes fins, il est également prévu que ces renseignements sont communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ou représentés à l'ouverture des offres²⁸.

4. En cas d'ouverture automatisée des offres, l'État adoptant devrait être conscient du fait que des garanties supplémentaires doivent être mises en place pour assurer la transparence et l'intégrité de la procédure d'appel d'offres. Le système doit garantir que seules les personnes autorisées et clairement identifiées auprès du système auront le droit de fixer ou de modifier dans le système le moment de l'ouverture des offres conformément à l'article 33-1, sans compromettre la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres. Seules ces personnes auront le droit d'ouvrir les offres au moment fixé. L'État adoptant peut envisager d'appliquer le principe des "quatre yeux", énoncé dans de nombreux instruments internationaux pertinents abordant cette question. En vertu de ce principe, le système garantit qu'au moins deux personnes autorisées devraient, par une action simultanée, procéder à l'ouverture des offres. 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. Il est souhaitable qu'avant l'ouverture des offres, le système confirme la sécurité des offres en vérifiant qu'aucun accès non autorisé n'a été détecté. Les personnes autorisées devraient être tenues de vérifier l'authenticité et l'intégrité des offres et si elles sont soumises dans les délais. Lorsque les offres doivent être soumises sous forme de parties séparées (par exemple, lorsque les aspects économiques et techniques d'une offre sont soumis séparément), le système d'information utilisé devrait permettre l'ouverture différée des fichiers séparés de l'offre, dans l'ordre requis, de la même manière que pour les enveloppes scellées, sans compromettre la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des parties qui ne sont pas encore ouvertes. Des mesures appropriées devraient être mises en place pour éviter [réduire les risques] que le système compromette l'intégrité des offres (par exemple en les supprimant) au moment de leur ouverture et que les offres ouvertes détruisent le système de passation de marchés. Le système doit également être installé de manière à permettre la traçabilité de toutes les opérations relatives aux offres soumises, notamment, la vérification de l'identité des personnes qui les ont ouvertes, à quelles offres ou parties d'offres elles ont eu accès et l'heure et la date exactes. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées à les étudier auront accès par la suite à la teneur des offres (par exemple les membres d'un comité d'évaluation ou des auditeurs aux stades ultérieurs de la procédure de passation). Ces questions et d'autres doivent être abordées dans les règlements en matière de passation des marchés et autres règlements devant être adoptés par l'État adoptant."

²⁸ Voir l'actuel paragraphe du texte du Guide relatif à l'article 33.

IV. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses

A. Projet d'article 12 *bis*

11. À sa douzième session, le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire du libellé ci-après pour le projet d'article 12 *bis*²⁹:

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

1) L'entité adjudicatrice peut rejeter une offre, une proposition, un prix ou une soumission si elle a déterminé que le prix indiqué, avec les éléments de l'offre, de la proposition, du prix ou de la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, à condition³⁰:

a) 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 marché³¹; et

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

c) 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) 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.”

B. Texte du Guide pour l'incorporation

12. 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 et à sa douzième session³², ainsi que toutes les autres propositions qui peuvent être formulées, seront présentés au Groupe de travail pour examen en temps utile.

²⁹ A/CN.9/640, par. 44 et 45.

³⁰ Ibid., par. 54 a).

³¹ Ibid., par. 54 b).

³² Ibid., par. 48, 53 et 55 et A/CN.9/623, par. 42, 48 et 49.