



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 apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	2
II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type	3-8	2
A. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 <i>bis</i>	3-4	2
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	3	2
2. Texte du Guide pour l'incorporation	4	3
B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 <i>bis</i> à <i>septies</i>	5-6	9
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	5	9
2. Texte du Guide pour l'incorporation	6	14
C. Modifications à apporter en conséquence aux dispositions de la Loi type: procès-verbal de la procédure de passation des marchés (article 11 de la Loi type)	7-8	14



I. Introduction

1. L'historique des travaux en cours du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (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 le Groupe de travail est saisi à sa treizième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des développements récents, notamment de l'utilisation des enchères électroniques inversées, dans la passation des marchés publics.

2. Ce dernier point faisait partie des thèmes abordés par le Groupe de travail de sa sixième à sa douzième session, au cours de laquelle il a prié le Secrétariat de revoir les projets de texte sur les enchères électroniques inversées qu'il avait examinés¹. La présente note a été établie conformément à cette demande.

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type

A. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 *bis*

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

3. Le projet d'article 22 *bis* ci-après se fonde sur le texte d'un projet d'article sur les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, dont le Groupe de travail était saisi à sa douzième session, et tient compte des modifications qu'il a été proposé d'y apporter²:

"Article 22 *bis*. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

1) L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à une enchère électronique inversée ou utiliser une enchère électronique inversée pour déterminer l'offre, la proposition ou le prix (regroupés sous le terme générique de "soumission" dans la présente section) à retenir dans d'autres méthodes de passation [appropriées/à spécifier] conformément aux articles [51 *bis* à 51 *septies*] dans les conditions suivantes³:

a) Lorsqu'il lui est possible de formuler des spécifications détaillées et précises pour les biens [ou les travaux ou, dans le cas des services, de définir les caractéristiques détaillées et précises qu'ils doivent posséder];

¹ A/CN.9/640, par. 14. Dans les notes qui suivent, il est fait référence au document A/CN.9/640 (rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa douzième session) pour souligner, à l'intention du Groupe de travail, les raisons des modifications apportées dans le présent document à la Loi type révisée et au texte du Guide.

² Ibid., par. 56 et 57.

³ Modifié pour incorporer les dispositions du projet d'article 51 *ter* 1 contenues dans le document A/CN.9/WG.I/WP.55.

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée; et

c) Lorsque les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes monétaires.

2) Les enchères électroniques inversées portent:

a) Sur le prix lorsque le marché doit être attribué au prix le plus bas;
ou

b) Lorsque le marché doit être attribué à la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, sur le prix et les autres critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

3) Lorsque le marché est attribué à la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, l'enchère électronique inversée est précédée d'une évaluation complète des soumissions initiales conformément aux critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir et au coefficient de pondération de ces critères, spécifiés dans l'avis de l'enchère électronique inversée. L'invitation à participer à l'enchère est accompagnée du résultat de l'évaluation complète des soumissions initiales conformément aux dispositions de l'article [51 *quater* 4]⁴.

2. Texte du Guide pour l'incorporation

4. Le texte ci-après tient compte des suggestions faites à la douzième session du Groupe de travail concernant le projet de texte du Guide accompagnant les dispositions de la Loi type sur les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées dont le Groupe de travail était saisi à cette session ainsi que de quelques modifications rédactionnelles⁵:

"1. L'article [22 *bis*] énonce les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées. Ces enchères sont définies comme un processus itératif visant à retenir une soumission, qui comporte l'utilisation par les fournisseurs de moyens électroniques pour la présentation soit de nouveaux prix inférieurs, soit d'une soumission revue à la baisse combinant le prix et les valeurs des autres critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir⁶. Chaque révision d'une soumission donne lieu à un classement ou à un reclassement des fournisseurs présentant une soumission (soumissionnaires) à l'aide de méthodes d'évaluation automatiques et d'une formule mathématique. La Loi type n'autorise que les enchères s'accompagnant d'un processus d'évaluation automatique, où l'anonymat des soumissionnaires, et la confidentialité et la traçabilité des procédures, peuvent être préservés.

⁴ D'autres modifications ont été apportées à ce projet d'article conformément au document A/CN.9/640, par. 56 et 57.

⁵ Ibid., par. 58 à 61.

⁶ A/CN.9/640, par. 58 a).

2. Les enchères électroniques inversées peuvent améliorer le rapport qualité-prix du fait d'une concurrence accrue entre les soumissionnaires dans un contexte dynamique et en temps réel. Elles peuvent également améliorer la transparence du processus de passation du fait que les informations sur les résultats successifs de l'évaluation des soumissions à tous les stades de l'enchère, ainsi que le résultat final, sont portés à la connaissance de tous les soumissionnaires instantanément et simultanément. En outre, elles se caractérisent par un processus d'évaluation entièrement automatisé ou dans lequel l'intervention humaine est limitée, ce qui peut décourager les abus et la corruption.

3. D'un autre côté, ce type d'enchères risque d'inciter à accorder une importance excessive au prix, et leur facilité d'emploi pourrait conduire à y recourir de façon excessive ou dans des situations qui ne s'y prêtent pas. Elles peuvent aussi avoir un effet anticoncurrentiel à moyen et long terme. Par exemple, elles sont plus exposées que d'autres modes de passation aux risques de collusion entre soumissionnaires, en particulier lorsque ceux-ci sont peu nombreux ou font partie d'un même groupe participant à plusieurs enchères*.

4. Il est fréquent que des tiers du secteur privé mettent en place le système d'enchères et l'administrent pour le compte des entités adjudicatrices, et qu'elles leurs proposent des stratégies d'achat. Les entités adjudicatrices devraient être conscientes des conséquences négatives que peut avoir le fait de confier la prise de décisions à des tiers privés, par exemple des fournisseurs de logiciels ou de services, lorsque des enchères électroniques inversées sont organisées. Ces tiers peuvent représenter aussi bien les entités adjudicatrices que les soumissionnaires et être en relation avec les unes et les autres, ce qui peut créer des conflits organisationnels susceptibles de gravement menacer la concurrence. Tous ces facteurs, à leur tour, risquent de saper la confiance des fournisseurs et des entrepreneurs dans les procédures de passation faisant appel aux enchères électroniques inversées. L'entité adjudicatrice peut aussi supporter des frais généraux liés à la formation et aux services dispensés aux fournisseurs et entrepreneurs afin de faciliter la soumission au moyen d'enchères électroniques inversées, ce qui risque de l'exposer à des coûts supplémentaires découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées (des coûts d'opportunité par exemple si les fournisseurs ou les entrepreneurs renoncent aux marchés publics lorsqu'ils doivent soumissionner dans le cadre d'enchères électroniques inversées) et à des prix plus élevés que ceux qu'elle aurait obtenus avec d'autres techniques de passation. En outre, dans le cadre de la mise en place d'une enchère électronique inversée, le risque d'accès non autorisé des fournisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents peut être élevé.

5. Reconnaisant à la fois les avantages potentiels des enchères électroniques inversées et les préoccupations qu'elles soulèvent, la Loi type permet le recours à cette technique sous réserve des mesures de protection

* Il peut y avoir collusion lorsque deux soumissionnaires ou plus s'entendent pour manipuler les prix d'une enchère et influencer sur ceux-ci de manière à les maintenir artificiellement élevés ou lorsqu'ils se partagent le marché par des manœuvres consistant à perdre des soumissions ou à ne pas en présenter. Pour un examen plus détaillé de la question, voir par. [...] du présent Guide.

prévues dans les conditions d'utilisation énoncées à l'article [22 *bis*] et les règles de procédure de ses articles [51 *bis* à *septies*]⁷.

6. Les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées soit comme méthode de passation à part entière, soit comme une étape d'autres procédures de passation, selon qu'il convient, préalablement à l'attribution d'un marché. Il n'est peut-être pas approprié de les utiliser comme étape dans toutes les méthodes de passation envisagées par la Loi type⁸. Cela dépendrait en premier lieu du degré de compatibilité entre les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées énoncées à l'article [22 *bis*] et les conditions d'utilisation de la méthode de passation en question. Par exemple, l'article 19 de la Loi type permet à une entité adjudicatrice d'engager une procédure de passation de marché en recourant à la sollicitation de propositions lorsqu'elle est dans l'impossibilité de formuler des spécifications détaillées. Or, cette règle est en contradiction directe avec la principale condition pour l'utilisation d'une enchère électronique inversée spécifiée à l'article [22 *bis*] 1 a) et le recours à ce type d'enchère serait donc contraire aux exigences de la Loi type dans une procédure de sollicitation de propositions. Les règles de procédure de certaines méthodes de passation peuvent aussi être incompatibles avec des caractéristiques inhérentes aux enchères électroniques inversées. Par exemple, dans une procédure d'appel d'offres, l'interdiction de négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs et de soumettre des offres après la date limite serait contraire au déroulement naturel d'une enchère électronique inversée où les fournisseurs ou entrepreneurs sont censés présenter des soumissions de plus en plus basses. En revanche, les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées à bon escient en particulier lors de la réouverture à la concurrence d'accords-cadres⁹.

7. Dans les conditions pour leur utilisation énoncées à l'article [22 *bis*], les enchères électroniques inversées sont destinées principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en biens normalisés, simples et généralement disponibles, qui surviennent de façon répétée, tels que les besoins en produits standard (fournitures de bureau, par exemple), en produits courants, en matériel informatique standard, ou encore en produits de construction de base. Dans les marchés de ce type, le facteur déterminant est le prix ou la quantité; il n'y a pas besoin de processus d'évaluation complexe; les coûts après-acquisition sont limités voire nuls; et aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli. Les marchés où interviennent des variables multiples et où les critères qualitatifs sont plus importants que les considérations de prix et de quantité ne devraient pas, normalement, faire l'objet d'enchères électroniques inversées.

⁷ Ibid., par. 58 b).

⁸ On a estimé que le Guide devait appeler l'attention des États adoptants sur le manque d'expériences concrètes s'agissant de réglementer et d'utiliser les enchères électroniques inversées de cette manière. Cependant, du fait qu'une telle disposition pourrait devenir obsolète, elle n'a pas été incluse dans le texte révisé. Le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer la question.

⁹ Les dispositions de ce paragraphe sont nouvelles.

8. L'obligation de fournir des spécifications détaillées et précises, au paragraphe 1 a), empêchera l'utilisation de cette technique de passation pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très faciles à exécuter (par exemple des travaux simples d'entretien de la voirie). Il ne serait pas approprié, par exemple, de recourir aux enchères pour la passation de marchés de travaux ou de services comportant des prestations intellectuelles, par exemple des œuvres de conception. Selon les circonstances locales, et notamment le niveau d'expérience en matière d'enchères électroniques inversées, les États adoptants pourront choisir de limiter l'utilisation de cette technique à la passation de marchés de biens en excluant les références aux travaux et services dans l'article correspondant¹⁰.

9. Certains États tiennent des listes de biens, travaux et services pouvant donner lieu à la passation de marchés par enchères électroniques inversées. Les États adoptants devraient savoir que la tenue de telles listes peut se révéler fastidieuse dans la pratique, car il faut les actualiser à mesure que de nouveaux produits ou articles apparaissent. Si l'on veut utiliser des listes, il est préférable d'établir des listes indicatives d'articles se prêtant à une acquisition par enchères électroniques inversées ou bien d'énumérer les caractéristiques génériques qui font qu'un article particulier peut ou non faire l'objet d'une passation de marché par cette technique¹¹.

10. Lorsqu'elles formulent des spécifications détaillées et précises, les entités adjudicatrices doivent veiller particulièrement à mentionner les caractéristiques techniques et qualitatives objectives des biens, travaux et services achetés, conformément à l'article 16-2 de la Loi type, de manière que les soumissionnaires disposent d'une base commune pour faire leurs offres. Il est donc souhaitable d'utiliser une terminologie commune relative aux marchés pour désigner les biens, les travaux ou les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

11. Le paragraphe 1 b) vise à réduire les risques de collusion et à garantir à l'entité adjudicatrice un résultat acceptable à l'issue des enchères. Il exige l'existence d'un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée, et a été introduit pour tenir compte du fait qu'il y a plus de risques de collusion avec les enchères qu'avec d'autres méthodes de passation, et que les enchères électroniques inversées ne sont donc pas adaptées aux marchés pour lesquels il n'existe qu'un nombre limité de fournisseurs potentiellement qualifiés et indépendants, ni aux marchés dominés par un ou deux gros acteurs, ce type de marchés étant particulièrement vulnérables aux manipulations de prix et autres pratiques anticoncurrentielles. Le paragraphe 1 b) est complété par l'article [51 *quater* 6], qui impose aux entités adjudicatrices, lorsqu'elles invitent les fournisseurs ou les entrepreneurs à participer aux enchères, de tenir compte de la nécessité d'assurer une concurrence véritable au cours de l'enchère. L'entité adjudicatrice a le droit d'annuler l'enchère conformément à l'article [51 *quinquies* 2] si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence

¹⁰ A/CN.9/640, par. 58 c).

¹¹ Ibid., par. 59.

effective pendant l'enchère. [Renvoi au passage du Guide accompagnant les articles pertinents.]¹²

12. La référence, à l'article 22 *bis* 1 b), aux fournisseurs potentiels dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée ne doit pas être interprétée comme impliquant que la passation de marchés par enchères électroniques inversées comportera nécessairement une présélection. Il est possible que, pour accélérer le processus et le rendre moins coûteux, seules soient vérifiées les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté la soumission qui a été acceptée. [Renvoi au passage du Guide présentant les solutions possibles, en particulier dans le contexte de l'article 51 *septies* 2.]

13. L'article est destiné à s'appliquer à la passation des marchés dont l'attribution est fondée soit sur le prix, soit sur le prix et d'autres critères précisés au début de la procédure de passation, en d'autres termes dans l'avis de l'enchère électronique inversée. Lorsque des critères autres que le prix sont utilisés pour déterminer la soumission à retenir, le paragraphe 1 c) (comme d'autres dispositions de la Loi type) exige qu'ils soient transparents, objectifs et quantifiables (par exemple chiffres, pourcentages) et qu'ils puissent être exprimés en termes monétaires¹³. Il convient de distinguer ces critères autres que le prix des spécifications qui déterminent si une soumission est conforme ou non (critères décisifs; voir article 34-2 de la Loi type). Cet article exige aussi que tous les critères autres que le prix soient évalués avant l'enchère dans le cadre de l'évaluation complète des soumissions initiales dont les résultats devraient être communiqués dans la mesure pertinente individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs concernés, en même temps qu'une formule mathématique qui sera utilisée au cours de l'enchère pour déterminer la soumission à retenir. Cette formule doit permettre à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné de déterminer sa position par rapport aux autres fournisseurs avant l'enchère et pendant n'importe laquelle de ses phases. Ces exigences visent à faire en sorte que tous les critères soient évalués de manière transparente et objective (grâce à la divulgation préalable des procédures d'évaluation, de la formule mathématique et des résultats de l'évaluation des soumissions initiales), et à empêcher toute manipulation ou tout élément de subjectivité (liés par exemple à un système de points) dans la détermination de la soumission à retenir¹⁴. L'entité adjudicatrice devrait traiter les soumissions initiales reçues comme s'il s'agissait d'offres ou de toutes autres soumissions en vertu de la Loi type en ce sens que la confidentialité et l'intégrité devraient être préservées¹⁵.

14. Les États adoptants et les entités adjudicatrices devraient cependant avoir conscience des dangers potentiels liés au fait d'autoriser l'utilisation de critères autres que le prix pour déterminer la soumission à retenir. Outre les

¹² Ibid., par. 58 e). Voir aussi les modifications apportées aux projets d'articles 51 *quater* et *quinquies*.

¹³ Ibid., par. 58 f).

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Selon un avis du Groupe de travail exprimé précédemment, l'actuel article 45 de la Loi type devrait s'appliquer à toutes les méthodes de passation et il faudrait donc prévoir une référence ou un renvoi approprié.

préoccupations communes à toutes les méthodes et techniques de passation (voir par. ... du présent Guide), l'État adoptant devrait avoir conscience des préoccupations que soulève le contexte spécifique des enchères électroniques inversées, comme: **[de plus amples détails seront donnés à une prochaine session]**¹⁶.

15. C'est à l'État adoptant qu'il appartient de décider si l'attribution du marché par enchères électroniques inversées doit reposer sur le seul prix ou sur d'autres critères, selon les circonstances locales, y compris le niveau d'expérience en matière d'enchères électroniques inversées et le secteur économique dans lequel ce type d'enchères est envisagé. Il est recommandé aux États adoptants n'ayant pas l'expérience de ces enchères de les introduire progressivement, à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique, c'est-à-dire de commencer par autoriser les enchères simples, dans lesquelles le prix seul détermine la soumission à retenir, et de passer ensuite, le cas échéant, à des enchères plus complexes, dans lesquelles des critères autres que le prix sont également pris en compte. Pour ce dernier type d'enchère, il faudrait que les entités adjudicatrices aient des compétences et une expérience poussées, par exemple la capacité à prendre correctement en compte des critères autres que le prix dans une formule mathématique, pour éviter d'introduire un élément de subjectivité dans le processus d'évaluation, même si les enchères électroniques inversées sont confiées à des tiers du secteur privé, pour être à même de superviser en connaissance de cause les activités de ces tiers.

16. En vue de tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées, tant les entités adjudicatrices que les fournisseurs doivent prendre conscience de leurs avantages et recevoir le soutien nécessaire pour leur donner confiance dans ce processus. Par conséquent, si un État adoptant décide d'introduire cette technique de passation, il devrait être prêt à investir suffisamment de ressources dans des programmes de sensibilisation et de formation pour montrer dans un délai aussi court que possible que le changement à venir est rentable et durable pour tous les acteurs concernés, faute de quoi un marché précédemment exploité avec succès au moyen d'autres techniques de passation risque d'être abandonné et l'investissement du gouvernement dans le système d'enchères électroniques inversées d'échouer. Les entités adjudicatrices devront acquérir de nouvelles compétences professionnelles, être formées aux enchères électroniques inversées et en comprendre tous les avantages, ainsi que les risques et problèmes potentiels. Les fournisseurs et entrepreneurs, en particulier les petites et moyennes entreprises, devront connaître et comprendre les changements qu'implique la conclusion de marchés publics au moyen d'enchères électroniques inversées ainsi que les effets de ces changements sur leurs activités. Le grand public devrait comprendre les avantages de l'introduction de cette nouvelle technique et être convaincu qu'elle aidera à atteindre les objectifs du gouvernement en matière de passation. Les programmes de sensibilisation et de formation peuvent être dispensés par divers moyens et supports, dont un bon nombre sont peut-être déjà en place: réunions d'information périodiques, lettres d'information,

¹⁶ Les dispositions des paragraphes 13 et 14 sont en grande partie nouvelles. Voir aussi A/CN.9/640, par. 58 c) et g).

études de cas, conseils réguliers, service d'assistance, guides d'utilisation et d'accès faciles, enchères simulées, cours d'initiation et d'orientation. Dans le cadre de ces programmes, il faudrait recueillir et analyser les réactions de tous les participants, ce qui devrait permettre d'apporter les changements nécessaires aux processus d'enchères électroniques inversées¹⁷.

17. Les dispositions de la Loi type ne devraient pas être interprétées comme impliquant que les enchères électroniques inversées seront appropriées et devraient toujours être utilisées dès lors que toutes les conditions de l'article [22 *bis*] sont réunies. Les États adoptants souhaiteront peut-être énoncer dans des règlements d'autres conditions pour leur utilisation, par exemple l'opportunité d'achats groupés pour amortir les coûts de mise en place d'un système d'enchères électroniques inversées, y compris les coûts des tiers fournisseurs de logiciels et de services.

18. [Renvois aux dispositions du Guide donnant des conseils pratiques sur l'utilisation des enchères électroniques inversées.]”

B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 *bis* à *septies*

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

5. La version révisée des projets d'articles ci-après est proposée pour examen par le Groupe de travail. Elle tient compte des suggestions faites par ce dernier à sa douzième session, en particulier concernant différentes solutions rédactionnelles pour les dispositions sur les procédures préalables à la phase d'enchère (ancien projet d'article 51 *bis*)¹⁸. La nouvelle approche rédactionnelle présentée ci-dessous a entraîné une modification du libellé de tous les articles liés aux aspects procéduraux des enchères électroniques inversées.

“Article 51 *bis*. Procédures pour solliciter la participation à une procédure de passation impliquant le recours aux enchères électroniques inversées¹⁹

1) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme méthode de passation, l'entité adjudicatrice fait publier un avis d'enchère électronique inversée conformément aux procédures énoncées à l'article 24 de la présente Loi.

2) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée dans une [autre] méthode de passation de marché envisagée dans la présente Loi, l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à cette procédure, leur adresse un avis d'enchère électronique inversée conformément aux dispositions pertinentes de la présente Loi.”

¹⁷ Les dispositions de ce paragraphe sont nouvelles. Voir aussi, *ibid.*, par. 58 h).

¹⁸ *Ibid.*, par. 72 et 73.

¹⁹ Ce projet d'article est nouveau. Il est inspiré des dispositions des projets d'articles 51 *bis* 1 et 51 *ter* 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.55.

“Article 51 *ter*. Teneur de l’avis d’enchère électronique inversée²⁰

1) L’avis d’enchère électronique inversée comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Les informations énoncées à l’article 25-1 a), d) et e) et à l’article 27 d), f), h) à j) et t) à y)²¹;

b) Les critères à utiliser par l’entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir, y compris tous critères autres que le prix, leur coefficient de pondération, la formule mathématique à utiliser dans la procédure d’évaluation et l’indication de tout critère ne pouvant pas être modifié pendant le déroulement de l’enchère;

c) La manière dont on pourra accéder à l’enchère électronique inversée, et les renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion;

d) Les modalités et, si ces renseignements sont déjà déterminés, les délais d’inscription pour participer à l’enchère;

e) Les critères de clôture de l’enchère et, si ces renseignements sont déjà déterminés, la date et l’heure de l’ouverture de l’enchère;

f) Si l’enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et, s’il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d’entre elles); et

g) Les règles de conduite de l’enchère électronique inversée, ainsi que les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l’enchère et les conditions dans lesquelles ils peuvent enchérir.

2) L’entité adjudicatrice peut décider d’imposer un nombre minimum et/ou maximum de fournisseurs ou entrepreneurs à inviter à l’enchère si elle a la certitude que ce faisant, elle assure une concurrence effective et un traitement équitable. Dans ce cas, l’avis de l’enchère électronique inversée indique ce nombre et, lorsque c’est le maximum qui est imposé, les critères et la procédure qui seront utilisés pour le déterminer.

3) L’entité adjudicatrice peut décider de faire précéder l’enchère électronique inversée d’une présélection. Dans ce cas, l’avis de l’enchère électronique inversée contient une invitation à présenter une demande de présélection et comporte les informations énoncées à l’article 25-2 a) à e)²².

4) L’entité adjudicatrice peut décider de faire précéder l’enchère électronique inversée d’une évaluation de la conformité. Dans ce cas, l’avis de l’enchère électronique inversée contient une invitation à présenter des soumissions initiales et comporte les renseignements énoncés aux

²⁰ Ce projet d’article est nouveau. Il est inspiré des dispositions du projet d’article 51 *bis* 2 figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.55 et A/CN.9/640, par. 79.

²¹ Le Groupe de travail pourrait envisager de reproduire intégralement les dispositions auxquelles il est renvoyé.

²² Le Groupe de travail pourrait envisager de reproduire intégralement les dispositions auxquelles il est renvoyé.

articles 25-1 f) à j) et 27 a), k) à s) et z)²³, ainsi que des informations sur les procédures utilisées pour cette évaluation.

5) Lorsqu'une évaluation complète des soumissions initiales est requise conformément aux dispositions de l'article 22 *bis* 3, l'avis de l'enchère électronique inversée contient une invitation à présenter des soumissions initiales et comporte les renseignements énoncés aux articles 25-1 f) à j) et 27 a), k) à s) et z), ainsi que des informations sur les procédures utilisées pour cette évaluation²⁴."

"Article 51 *quater*. Invitation à participer à l'enchère électronique inversée²⁵

1) Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 à 4 du présent article, l'avis de l'enchère électronique inversée constitue une invitation à participer à l'enchère et doit être complet à tous égards, y compris en ce qui concerne les renseignements énoncés au paragraphe 5 du présent article.

2) Lorsqu'une limite a été imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère conformément à l'article 51 *ter* 2, l'entité adjudicatrice envoie l'invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs choisis, en fonction du nombre fixé et conformément aux critères et à la procédure spécifiés dans l'avis de l'enchère.

3) Lorsque l'enchère a été précédée d'une présélection des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles 7 et 51 *ter* 3, l'entité adjudicatrice envoie l'invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés conformément à l'article 7 de la présente Loi.

4) Lorsque l'enchère a été précédée d'une évaluation de la conformité ou d'une évaluation complète des soumissions initiales, conformément aux articles 26, 28 à 32, 33-1, 34-1 et 2 et 51 *ter* 4 et 5, l'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont la soumission a été rejetée en application de l'article 34-3. Elle avise chaque fournisseur ou entrepreneur concerné des résultats de l'évaluation de la conformité ou de l'évaluation complète de sa soumission initiale, selon le cas.

5) L'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient les renseignements suivants, à moins qu'ils ne figurent déjà dans l'avis de l'enchère:

a) Les délais que doivent respecter les fournisseurs et entrepreneurs invités pour participer à l'enchère;

²³ Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité de reproduire intégralement dans ce paragraphe les dispositions auxquelles il fait renvoi.

²⁴ Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité de reproduire intégralement dans ce paragraphe les dispositions auxquelles il fait renvoi.

²⁵ Ce projet d'article est nouveau. Il est inspiré des projets d'articles 51 *bis* 3 à 7 et 51 *quater* 1 figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.55 et du paragraphe 80 du document A/CN.9/640.

- b) La date et l'heure d'ouverture de l'enchère;
 - c) Les formalités d'inscription et d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;
 - d) Des informations concernant la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé; et
 - e) Toute autre information concernant l'enchère électronique inversée qui peut être nécessaire pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère.
- 6) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer [dans toute la mesure possible] une concurrence effective.”

“Article 51 *quinquies*. Inscription pour participer à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère²⁶

- 1) L'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour participer à l'enchère est confirmée rapidement et individuellement.
- 2) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour participer à l'enchère est, de l'avis de l'entité adjudicatrice, insuffisant pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut annuler l'enchère électronique inversée. Cette annulation est communiquée rapidement et individuellement à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.
- 3) L'enchère ne débute pas avant l'expiration d'un délai adéquat à compter de la date de publication de l'avis de l'enchère électronique inversée ou, lorsque des invitations à participer à l'enchère sont envoyées, à compter de la date d'envoi des invitations à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Ce délai est suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère.”

“Article 51 *sexies*. Exigences pendant la phase d'enchère proprement dite²⁷

- 1) Au cours d'une enchère électronique inversée:
 - a) Tous les soumissionnaires ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de présenter leurs soumissions;
 - b) Toutes les soumissions font l'objet d'une évaluation automatique conformément aux critères et aux autres renseignements pertinents inclus dans l'avis de l'enchère électronique inversée;
 - c) Chaque soumissionnaire doit recevoir instantanément et de façon continue pendant l'enchère des informations suffisantes pour lui permettre de déterminer la position de sa soumission par rapport aux autres;

²⁶ Ce projet d'article est nouveau. Il est inspiré des projets d'article 51 *bis* 8 et 9 et 51 *quater* 2 figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.55.

²⁷ Ce projet d'article est nouveau. Il est inspiré du projet d'article 51 *quinquies* figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.55. Les modifications du paragraphe 4 sont fondées sur les paragraphes 86 et 87 du document A/CN.9/640.

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires, sauf conformément au paragraphe 1 a) et c) plus haut.

2) L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire pendant l'enchère.

3) L'enchère est close suivant les critères énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

4) L'entité adjudicatrice [peut suspendre l'enchère électronique inversée ou y mettre fin] [doit suspendre l'enchère électronique inversée ou y mettre fin] [suspend l'enchère électronique inversée ou y met fin] en cas de défaillance de son système de communication qui compromet le bon déroulement de l'enchère ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin."

"Article 51 *septies*. Attribution du marché sur la base des résultats de l'enchère électronique inversée²⁸

1) Le marché est attribué au soumissionnaire qui, au moment de la clôture de l'enchère, a présenté la soumission au prix le plus bas ou la soumission la plus basse résultant de l'évaluation, selon le cas, à moins que ladite soumission ne soit rejetée, conformément aux articles 12, 12 *bis*, 15 et [36 (...)]. En pareil cas, l'entité adjudicatrice peut:

a) Attribuer le marché au soumissionnaire qui, au moment de la clôture de l'enchère, a présenté la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation, selon le cas;

b) Rejeter toutes les soumissions restantes conformément à l'article 12-1 de la présente Loi;

c) Conduire une nouvelle enchère dans le cadre de la même procédure de passation de marché;

d) Annoncer une nouvelle procédure de passation de marché; ou

e) Annuler la passation de marché.

2) Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de présélection en application de l'article 7, l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté la soumission dont il a été déterminé qu'elle est la soumission à retenir, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article 6.

²⁸ Ce projet d'article est nouveau. Il est inspiré du projet d'article 51 *sexies* figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.55: le paragraphe 1 a été révisé, les paragraphes 2 à 4 actuels sont nouveaux (le paragraphe 2 étant fondé sur les dispositions de l'article 34-6 de la Loi type), et les paragraphes 5 et 6 reprennent les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 51 *sexies* figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.55. Toutes les modifications ont été apportées conformément au paragraphe 89 du document A/CN.9/640.

3) Lorsqu'elle n'a pas évalué la conformité des soumissions initiales avant l'enchère, l'entité adjudicatrice évalue après l'enchère la conformité de la soumission dont il a été déterminé qu'elle est la soumission à retenir.

4) L'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite dans l'article 12 *bis* si la soumission dont il a été déterminé qu'elle est la soumission à retenir suscite des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché.

5) Le soumissionnaire ayant présenté la soumission que l'entité adjudicatrice est prête à accepter est avisé promptement de cette acceptation.

6) Le nom et l'adresse du soumissionnaire avec lequel le marché est conclu et le prix du marché sont promptement communiqués aux autres soumissionnaires."

2. Texte du Guide pour l'incorporation

6. Conformément à l'avis que le Groupe de travail a exprimé à sa douzième session²⁹, le texte devant accompagner les articles 51 *bis* à *septies* lui sera proposé pour examen, dès qu'il se sera accordé sur les principales questions de principe concernant ces articles, et sur leur présentation et leur structure. Les points pertinents à examiner dans les dispositions correspondantes du Guide sont exposés dans le document A/CN.9/WG.I/WP.55. En outre, à cette même session, quelques suggestions ont été faites concernant les orientations à donner aux États adoptants sur les dispositions pertinentes de la Loi type³⁰.

C. Modifications à apporter en conséquence aux dispositions de la Loi type: procès-verbal de la procédure de passation des marchés (article 11 de la Loi type)

7. Les modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 11 tiennent compte des suggestions faites à la douzième session du Groupe de travail³¹:

"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:

...

i *bis*) Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées, des informations sur les motifs et les circonstances invoqués par l'entité pour justifier le recours à l'enchère, la date et l'heure d'ouverture et de clôture de l'enchère et [toute autre information que le Groupe de travail décide d'ajouter]."

²⁹ A/CN.9/640, par. 26.

³⁰ Ibid., par. 79, 81, 85 et 89.

³¹ Ibid., par. 90 et 91.

2) Sous réserve des dispositions de l'article 33-3, la partie du procès-verbal visée aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché.

3. Sous réserve des dispositions de l'article 33-3, la partie du procès-verbal visée aux alinéas c) à g) et m) du paragraphe 1 du présent article, est communiquée à leur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres, des propositions ou des prix ou qui ont présenté une demande de présélection après qu'une offre, une proposition ou un prix, selon le cas, a été accepté ou après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché. Un tribunal compétent peut ordonner que la divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas c) à e) et m) soit faite plus tôt.

4. Sauf injonction d'un tribunal compétent, et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice ne divulgue:

a) Aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

b) Aucune information relative à l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, des propositions ou des prix ainsi qu'au montant des offres, des propositions ou des prix, à l'exception du résumé mentionné à l'alinéa e) du paragraphe 1.

5. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de verser des dommages-intérêts aux fournisseurs ou entrepreneurs pour la simple raison qu'elle n'a pas dressé de procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément au présent article."

8. Il a été convenu que le Guide devrait souligner les risques éventuels de collusion dans des passations de marché ultérieures si les noms des soumissionnaires rejetés ou des soumissionnaires dans des passations de marché suspendues ou auxquelles il a été mis fin étaient divulgués. Il a aussi été convenu de commenter dans le Guide la signification du membre de phrase "ouverture de l'enchère" figurant dans l'article 11-1 i) *bis*³².

³² Ibid.