



Assemblée générale

Distr. limitée
25 juin 2008
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Quatorzième session
Vienne, 8-12 septembre 2008

**Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la
CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux
et de services – projets de textes sur l'utilisation des
communications électroniques dans la passation des
marchés publics, la publication d'informations relatives à la
passation des marchés, les enchères électroniques inversées
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 (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 3 et 4)	3-7	3
III. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 5 et 6)	8-14	5
A. Texte du Guide pour l'incorporation traitant de l'article [5 <i>bis</i>]: Communications dans la passation des marchés	8-12	5
B. Ouverture des offres (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 9 et 10)	13-14	7
IV. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses: texte du Guide pour l'incorporation accompagnant le projet d'article 12 <i>bis</i>	15	8
V. Projet de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type	16-18	11



A.	Texte du Guide pour l'incorporation accompagnant le projet d'article 22 <i>bis</i> , Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 3)	16	11
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> (A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5).	17-18	19

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 12 à 85 du document A/CN.9/WG.I/WP.60, dont celui-ci sera saisi à sa quatorzième 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 pour rendre compte de l'examen par le Groupe de travail des projets de dispositions, ainsi que du texte du Guide pour l'incorporation qui les accompagne, sur la publication d'informations relatives à la passation des marchés, l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, les enchères électroniques inversées et l'annulation des offres anormalement basses. À la treizième session, des modifications rédactionnelles ont été proposées et sont présentées ci-après pour faciliter l'examen ultérieur de ces dispositions par le Groupe de travail à une prochaine session¹.

II. Projets de dispositions portant sur la publication d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 3 et 4)²

3. À sa treizième session, le Groupe de travail a examiné le projet d'article proposé intitulé "Article 5. Publicité de la réglementation des marchés et des informations sur les possibilités de marchés à venir", dont le paragraphe 3 est libellé comme suit:

"3) Les entités adjudicatrices peuvent publier épisodiquement des informations sur les possibilités de marchés. Cette publication ne constitue pas une sollicitation et n'oblige pas l'entité adjudicatrice à faire paraître des sollicitations pour les possibilités de marchés recensées" (non souligné dans le texte).

4. La question examinée par le Groupe de travail était de savoir quelle était censée être l'étendue des "possibilités de marché" décrites. Il a été noté que cette expression n'était pas définie dans le texte ni dans le Guide pour l'incorporation.

¹ A/CN.9/648, par.15. Le Groupe de travail a examiné les documents A/CN.9/WG.I/WP.58 et A/CN.9/WG.I/WP.59. Les détails de ses commentaires n'ayant pas, faute de place, été consignés dans son rapport, ils sont reproduits dans la présente note pour aider le Groupe de travail lorsqu'il réexaminera les propositions de textes. Les références sont donc indiquées dans les titres des sections du présent document pour permettre au Groupe de travail de localiser les projets de textes concernés. Lorsqu'il n'y a pas eu de commentaires relatifs aux projets de textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.58 et A/CN.9/WG.I/WP.59, les sections correspondantes sont omises mais le Groupe de travail souhaitera peut-être les revoir quand il reviendra à ces notes le moment venu.

² Le Groupe de travail a observé à sa treizième session que les suggestions faites étaient préliminaires et que d'autres seraient probablement formulées à une prochaine session.

5. Il a également été rappelé que cette disposition visait à faciliter la concurrence en informant les fournisseurs qu'une passation de marchés pourrait avoir lieu à court ou moyen terme et en contribuant à imposer une discipline en matière de planification aux entités adjudicatrices (ces objectifs ont fait l'objet d'explications dans le reste du texte du Guide pour l'incorporation traitant de l'article 5 proposé, figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.58).

6. Il a été suggéré d'appuyer ces objectifs en ajoutant une référence aux plans de passation pour compléter les "informations sur les possibilités de marché à venir" et de mentionner cette référence dans le Guide pour l'incorporation plutôt que dans le texte de la Loi type. Les orientations insistaient actuellement sur le caractère facultatif et non contraignant de cette publication, qui serait donc encouragée et non exigée par les dispositions et ne constituerait donc aucune forme de sollicitation, et notaient également qu'il n'y aurait pas de voie de recours pour le fournisseur si les informations se révélaient inexactes ou si elles changeaient. Ainsi, les entités adjudicatrices ne courraient pas de risques en publiant des plans de passation, ce qui contribuerait de façon importante à encourager un tel partage des informations, ce qui était l'un des objectifs de la disposition.

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la partie révisée suivante du paragraphe 6 du texte proposé pour le Guide pour l'incorporation, qui a pour but de préciser les objectifs de la disposition décrite ci-dessus:

"6. Le paragraphe 3 de l'article permet la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et les plans de passation. Le corps législatif pourra considérer qu'il est approprié de mettre en évidence les avantages de la publication de telles informations et que les entités adjudicatrices ne s'engagent pas en le faisant. Par exemple, leur publication peut obliger les entités adjudicatrices à planifier les marchés, réduire le nombre de marchés passés "au coup par coup" ou "dans l'urgence" et par conséquent diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles. Elle peut également renforcer la concurrence car elle permettrait à un plus grand nombre de fournisseurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s'ils sont intéressés par une participation et de la préparer alors à l'avance. La publication de ces informations peut en outre avoir une incidence positive dans un contexte plus général de gouvernance, notamment dans l'ouverture de la passation des marchés à l'examen du grand public et à la participation des communautés locales. ..."

III. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 5 et 6)³

A. Texte du Guide pour l'incorporation traitant de l'article [5 *bis*]: Communications dans la passation des marchés

8. À sa treizième session, pendant son examen du projet d'article 5 *bis*, Communications dans la passation des marchés, le Groupe de travail a souligné qu'il était important d'autoriser l'utilisation de plusieurs moyens de communication dans la passation de marchés.

9. Toutefois, il a été demandé si une flexibilité totale à cet égard pouvait signifier que les informations contenues dans le dossier de sollicitation étaient effectivement sans importance. Par exemple, le dossier de sollicitation pourrait autoriser tous les moyens de communication possibles à n'importe quel stade du processus pour prévenir des difficultés en cas de changement de moyen pendant la passation. En outre, il a été observé que rien ne laissait entendre que l'efficacité dicterait l'utilisation d'un seul moyen de communication, ou d'aussi peu de moyens que possible, et que le texte pouvait l'indiquer.

10. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner les propositions suivantes pour le paragraphe 5 du projet de Guide pour l'incorporation relatif à l'article 5 *bis*:

“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

³ Le Groupe de travail a observé à sa treizième session que les suggestions étaient préliminaires et que d'autres seraient probablement faites à une prochaine session.

toute nouvelle condition et/ou tout nouveau moyen de communication et que tous les intéressés soient promptement avisés du changement. Toutefois, l'utilisation de plusieurs moyens de communication, ou l'indication que les moyens peuvent changer pendant la passation, auront des incidences à la fois sur l'efficacité de la procédure de passation et la validité des informations concernant les moyens de communication, de sorte que les entités adjudicatrices devraient ainsi envisager uniquement les moyens de communication, et leurs changements, qui sont justifiables et dont on peut prévoir qu'ils seront appropriés pour la passation concernée."

11. Enfin, étant donné que le texte du Guide pour l'incorporation relatif aux communications dans la passation de marchés ne vise pas à encourager l'utilisation des communications électroniques, en grande partie parce qu'il faut examiner s'il serait approprié d'autoriser l'autorité adjudicatrice à insister sur des moyens particuliers dans chaque État adoptant, il a été suggéré que des observations sur les avantages des communications électroniques dans la passation de marchés et les garanties à appliquer seraient utiles dans une introduction générale à la passation électronique de marchés dans la Loi type.

12. À cet égard, le Groupe de travail se rappellera peut-être qu'il était convenu d'insérer une telle introduction générale dans la partie du Guide précédant les observations article par article pour examiner les avantages et les inconvénients de la passation électronique (y compris l'utilisation des communications électroniques dans la passation), l'articulation entre la passation électronique des marchés et la législation sur le commerce électronique et l'approche générale suivie par la Loi type révisée pour réglementer la passation électronique des marchés⁴. Le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure les points suivants dans les orientations concernées, de manière à introduire des concepts qui seront examinés en détail dans les observations article par article (au besoin avec des renvois):

a) Un examen de "l'approche de l'équivalent fonctionnel", qui permet d'utiliser les communications électroniques pour tout écrit, signature, document ou réunion;

b) Un examen des implications de la reconnaissance juridique que l'on trouve dans les lois sur le commerce électronique et non dans la Loi type elle-même;

c) Un examen des garanties nécessaires lorsque l'on prévoit des communications électroniques, notamment que le choix du moyen de communication par l'entité adjudicatrice est soumis à des dispositions non discriminatoires, que le choix doit être indiqué dans le dossier de sollicitation et que des mesures assurant l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité sont requises;

d) Un examen des moyens d'obtenir les avantages de la passation électronique de marchés, y compris à la fois l'efficacité administrative pendant la passation et l'amélioration de la transparence et du contrôle. À cet égard, les orientations du Guide pourraient montrer que l'on parvient le mieux à obtenir cette dernière lorsque les systèmes de passation, de responsabilité et de contrôle sont

⁴ A/CN.9/595, par. 18 à 22, A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 13, A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 2. et A/CN.9/WG.I/WP.54, par. 25.

intégrés et lorsque tous les stades de la passation, de la planification à l'administration du marché, sont inclus;

e) Le fait que les avantages de l'efficacité administrative ne peuvent peut-être pas être obtenus dans toutes les passations de manière égale: on considère généralement qu'ils sont applicables en particulier aux passations simples et ont moins d'impact dans les passations de marchés complexes.

B. Ouverture des offres (A/CN.9/WG.I/WP.58, par. 9 et 10)

13. À sa treizième session, le Groupe de travail a examiné le texte proposé pour insertion dans le Guide pour accompagner le projet d'article 33-2, Ouverture des offres, en insistant sur l'obligation pour les participants à une ouverture virtuelle des offres de pouvoir suivre la procédure "pleinement et en direct", qui était expliquée au paragraphe 2 du projet. Il a été dit que le texte sous sa forme actuelle était trop long, et qu'il tirerait profit d'une discussion distincte sur les termes "entièrement et en direct", et sur la manière de traiter les irrégularités qui se produisaient pendant une enchère. En conséquence, le paragraphe proposé a donc été scindé en trois et modifié comme suit:

"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)⁵. 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 est conforme à celles des autres instruments internationaux.

L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion ont la possibilité de suivre (oralement ou par écrit) toutes les informations communiquées pendant l'ouverture. Cette possibilité doit être donnée au même moment où toute personne physiquement présente à l'ouverture des offres suivrait ou entendrait les informations en question, sous réserve du temps pris pour les télécharger là où elles doivent être lues. Les informations en question comprennent les annonces faites conformément à l'article 33-3.

⁵ 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 toute 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 considéré et doivent permettre à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si un renvoi à ces dispositions serait suffisant, ou si elles devraient être insérées dans cette section du Guide, soit dans le paragraphe soit dans une note de bas de page.

Les fournisseurs doivent également être en mesure d'intervenir lorsque des irrégularités se produisent, dans la mesure où ils seraient autorisés à le faire s'ils étaient physiquement présents. Le système en place doit donc 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 offres."

14. Pour ce qui est des risques concernant l'intégrité des offres en cas d'ouverture automatisée de ces dernières, on a fait observer à la treizième session que la dernière partie du paragraphe 4 du texte du Guide pour l'incorporation accompagnant l'article 33-2 devrait être modifiée. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet révisé ci-après:

"4. ... Des mesures appropriées devraient être mises en place pour éviter que l'intégrité des offres soit compromise, éviter leur suppression ou éviter la destruction du système lorsque celui-ci les ouvre. Le système doit également être installé de manière à permettre la traçabilité de toutes les opérations relatives aux offres soumises, notamment, l'identification de la personne qui a ouvert chaque offre et ses parties, et la date et l'heure auxquelles chacune a été ouverte. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées à étudier leur teneur et leurs données (par exemple les membres d'un comité d'évaluation ou des auditeurs aux stades ultérieurs de la procédure de passation) y auront accès par la suite. Ces questions et des questions techniques connexes devraient être abordées dans les règlements en matière de passation des marchés et autres règlements devant être adoptés par l'État adoptant."

IV. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses: texte du Guide pour l'incorporation accompagnant le projet d'article 12 *bis*

15. Le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions du Guide appuyant l'article 12 *bis* proposé, Rejet des offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas, à ses onzième et douzième sessions⁶. Le texte révisé, incorporant les suggestions faites, est le suivant:

"1) L'article a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice, mais non de lui imposer, de rejeter les offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas (ci-après dénommés "offres anormalement basses") qui suscitent chez elle des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché. Il s'applique à toute

⁶ A/CN.9/623, par. 48, 53 et 55 et A/CN.9/640, par. 42, 48 et 49. Le Groupe de travail a observé à ces sessions que les suggestions étaient préliminaires et que d'autres seraient probablement faites à une session ultérieure.

procédure de passation de marché prévue dans la Loi type, y compris une procédure reposant sur des enchères électroniques inversées, dans lesquelles on peut considérer que les risques d'offres anormalement basses sont plus grands que dans d'autres méthodes de passation, en particulier lorsque la technique est nouvelle pour le système concerné.

2) L'article n'exige l'approbation d'aucune autorité administrative supérieure pour que l'entité adjudicatrice prenne les mesures qui y sont mentionnées, et n'oblige pas non plus l'entité adjudicatrice à rejeter une offre anormalement basse.

3) L'article prévoit des garanties visant à protéger les intérêts légitimes des deux parties (entités adjudicatrices et fournisseurs et entrepreneurs). D'une part, il permet à l'entité adjudicatrice de traiter les offres susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché. Du point de vue de cette dernière, une offre anormalement basse comporte le risque que le marché ne puisse être exécuté, ou ne puisse l'être au prix présenté, ce qui peut renchérir et retarder le projet et, partant, accroître les prix et désorganiser le marché concerné. L'entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter de courir un tel risque.

4) D'autre part, l'entité adjudicatrice ne peut pas automatiquement rejeter une offre sur le seul fondement que le montant indiqué semble anormalement bas. En octroyant un tel droit aux entités adjudicatrices, on introduirait une possibilité d'abus, car les offres pourraient être rejetées au motif qu'elles sont anormalement basses sans justification, ou en vertu d'un critère purement subjectif. Ce risque serait particulièrement important dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre. De plus, certains prix peuvent sembler anormalement bas s'ils sont inférieurs au coût de revient; mais la vente à perte de vieux stocks ou la fixation de prix inférieurs au coût de revient pour occuper la main-d'œuvre pourraient, sous réserve des réglementations applicables en matière de concurrence, être légitimes.

5) Pour ces raisons, l'article protège les fournisseurs et les entrepreneurs contre la possibilité de décisions arbitraires et de pratiques abusives de la part des entités adjudicatrices, en permettant de ne rejeter une offre anormalement basse que lorsque l'entité adjudicatrice entretient des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, et en exigeant que le bien-fondé de ces craintes soit démontré, sans préjudice toutefois de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter les offres anormalement basses, par exemple, en cas d'infractions (comme le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (comme le non-respect des obligations relatives au salaire minimal ou à la sécurité sociale). En tout état de cause, des procédures appropriées devraient être mises en place pour garantir la régularité de la procédure et éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives.

6) En conséquence, les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article énoncent les mesures que l'entité adjudicatrice doit prendre avant de pouvoir rejeter l'offre anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.

7) Premièrement, elle doit demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de l'offre dont elle estime qu'ils doivent être pris en compte pour justifier le prix indiqué. Il peut s'agir des méthodes et de l'économie du procédé de fabrication des biens ou du procédé de construction ou de la prestation des services; des solutions techniques adoptées et/ou des conditions exceptionnellement favorables dont dispose le fournisseur ou l'entrepreneur pour exécuter les travaux ou pour fournir les biens ou les services; ou de l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le fournisseur ou l'entrepreneur.

8) L'État adoptant peut choisir de prévoir dans sa réglementation le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander pour cette procédure de justification du prix. À cet égard, il convient de noter que l'entité adjudicatrice évalue si le prix est "réaliste (par référence aux éléments constitutifs de l'offre, comme ceux qui sont examinés dans le paragraphe précédent), et utilise des éléments comme les estimations effectuées avant la présentation des offres, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il ne conviendrait peut-être pas de demander des informations sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour déterminer le prix même. L'évaluation des coûts pouvant être lourde et complexe et n'étant pas possible dans tous les cas, la capacité des entités adjudicatrices à évaluer les prix par rapport aux coûts risque d'être limitée. Dans certains États, la loi peut interdire aux entités adjudicatrices d'exiger des informations relatives à la structure des coûts, en raison du risque qu'il en soit fait une utilisation abusive.

9) Deuxièmement, l'entité adjudicatrice devrait tenir compte de la réponse du fournisseur ou de l'entrepreneur pour l'évaluation du prix. Si un fournisseur refuse de communiquer les informations demandées par l'entité adjudicatrice, ce refus ne confèrera pas automatiquement à celle-ci le droit de rejeter l'offre anormalement basse.

10) Troisièmement, et si, après la justification du prix, l'entité adjudicatrice conserve des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, elle doit consigner ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché conformément au paragraphe 1) c) de l'article. Cette disposition a été introduite pour garantir que toute décision de rejeter l'offre anormalement basse est prise sur une base objective, et qu'auparavant, l'entité adjudicatrice consigne dûment toutes les informations concernant cette décision, de sorte qu'elle puisse répondre de ses choix et assurer la transparence et l'objectivité de la procédure.

11) Ce n'est qu'après avoir rempli les conditions décrites aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice peut rejeter l'offre anormalement basse. La décision de rejet doit figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et être promptement communiquée au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, en vertu du paragraphe 2 de l'article. [Si le Groupe de travail décide qu'il devrait être possible de faire appel de la décision de rejet, ce dont il décidera lorsqu'il examinera le Chapitre VI de la Loi type, les références et les commentaires seraient insérés ici.]

12) Les États adoptants devraient savoir que, hormis les mesures mentionnées dans cet article, d'autres mesures peuvent prévenir efficacement les risques liés à l'exécution découlant d'offres anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications des fournisseurs (conformément aux articles 6 et 7 de la Loi type), et l'évaluation de leurs offres, propositions, prix ou soumissions (conformément à l'article 34 et à son équivalent pour les méthodes de passation autres que l'appel d'offres) peuvent jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte. Ces mesures, à leur tour, supposent que les exigences en matière de qualifications soient bien formulées et les spécifications précisément rédigées. Les entités adjudicatrices devraient recevoir des instructions appropriées à cette fin, et être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, y compris sur leurs résultats antérieurs, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des offres, propositions, prix ou soumissions, et non pas seulement au prix (par exemple les frais d'entretien et de remplacement, le cas échéant). Ces mesures peuvent identifier efficacement les risques liés à l'exécution. Pour dissuader la soumission d'offres anormalement basses et promouvoir un appel d'offres responsable de la part des fournisseurs et entrepreneurs, il peut être souhaitable que les entités adjudicatrice spécifient dans le dossier de sollicitations ou d'autres documents équivalents que les soumissions peuvent être rejetés si elles sont anormalement basses et suscitent des préoccupations chez l'entité adjudicatrice quant à la capacité du fournisseur ou entrepreneur à exécuter le marché.

13) Il est possible également: i) de faire prendre conscience aux responsables de la passation des effets préjudiciables des offres anormalement basses; ii) de leur offrir des formations, ainsi que des ressources et des informations suffisantes, y compris des prix de référence ou des prix du marché; et iii) de leur accorder suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure de passation. Pour dissuader la soumission d'offres anormalement basses et promouvoir un appel d'offres responsable de la part des fournisseurs et entrepreneurs, il peut être souhaitable que les entités adjudicatrice spécifient dans le dossier de sollicitations ou d'autres documents équivalents que les soumissions peuvent être rejetés si elles sont anormalement basses et suscitent des préoccupations chez l'entité adjudicatrice quant à la capacité du fournisseur ou entrepreneur à exécuter le marché."

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

A. Texte du Guide pour l'incorporation accompagnant le projet d'article 22 *bis*, Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 3)

16. À sa treizième session, lorsqu'il a examiné le projet d'article 22 *bis*, Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, le Groupe de travail a

fait quelques suggestions préliminaires concernant le texte du Guide pour l'incorporation accompagnant cet article. Selon un commentaire supplémentaire fait au Secrétariat, il devrait y avoir une introduction générale sur l'utilisation des enchères électroniques inversées avant les remarques article par article. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner le texte révisé ci-après pour les commentaires introductifs et les remarques relatives à l'article 22 *bis*, et se demander s'ils devraient être conservés ensemble ou si le premier devrait être présenté ailleurs dans le Guide.

“Article 22 *bis*: Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

1) Une enchère électronique inversée peut se définir comme une enchère dynamique, en ligne et en temps réel entre un organisme acheteur et un certain nombre de fournisseurs qui se font concurrence pour remporter le marché en soumettant des offres de plus en plus basses ou de mieux en mieux classées au cours d'une période déterminée. C'est donc 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 retenir.

2) Le recours à ces enchères a augmenté depuis l'adoption du texte initial de la Loi type en 1994 (qui ne les prévoyait pas). Les moyens électroniques, en réduisant considérablement le coût des opérations et en permettant de préserver l'anonymat des fournisseurs présentant une soumission (“soumissionnaires”), du fait que les enchères se font virtuellement et non en personne, ont facilité l'utilisation des enchères inversées.

3) Il a été observé que les enchères électroniques inversées comportaient de nombreux avantages potentiels. Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité-prix (car elles permettent d'obtenir un prix de marché compétitif en raison d'une concurrence accrue entre soumissionnaires), et d'importantes économies peuvent être réalisées du fait du caractère dynamique des transactions effectuées en temps réel. Deuxièmement, elles peuvent assurer une meilleure allocation des ressources (en réduisant le temps nécessaire à la passation de chaque marché ainsi que les coûts administratifs par rapport à la procédure d'appel d'offres ouverte traditionnelle).

4) Troisièmement, elles peuvent améliorer la transparence du processus de passation et aider à prévenir les abus et la corruption du fait que les informations sur d'autres offres sont accessibles et que le résultat de la procédure est visible pour tous les participants. 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. Chaque révision d'une soumission donne lieu à un classement ou à un reclassement⁷ des fournisseurs présentant une soumission (soumissionnaires) à l'aide de méthodes d'évaluation automatiques et d'une formule mathématique. La Loi type

⁷ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce terme devrait être remplacé par un synonyme.

n'autorise que les enchères s'accompagnant d'un processus d'évaluation automatique, où l'anonymat de soumissionnaires, et la confidentialité et la traçabilité des procédures, peuvent être préservés au moyen de méthodes d'évaluation automatique et d'une formule mathématique. Elles se caractérisent donc par un processus d'évaluation entièrement automatisé ou dans lequel l'intervention humaine est limitée, ce qui peut aussi décourager les abus et la corruption.

5) 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*.

6) 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 leur 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.

7) Reconnaissant 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 prévues dans les conditions d'utilisation énoncées à l'article [22 *bis*] et les règles de procédure de ses articles [51 *bis* à *septies*]. Les critères ci-après sont considérés particulièrement importants pour l'utilisation réussie des enchères

* 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.

électroniques inversées, et d'autres orientations sur ces critères et les divers aspects des dispositions de la Loi type sont énoncés dans les commentaires article par article ci-après.

a) Des conditions et des spécifications claires doivent être formulées et portées à la connaissance des fournisseurs dès le début de la passation du marché, en même temps que toutes les informations concernant la manière dont l'enchère électronique inversée sera conduite;

b) Les enchères électroniques inversées conviennent pour des biens et services d'usage courant, pour lesquels il y a un marché concurrentiel, mais les États adoptants devraient veiller à ce que les entités adjudicatrices connaissent à la fois les conditions pertinentes pour l'utilisation et les circonstances dans lesquelles elles sont appropriées;

c) Les enchères électroniques inversées conviennent pour les marchés sur lesquels le prix est le facteur déterminant ou un facteur déterminant important;

d) Il est important qu'un nombre suffisant de fournisseurs participent à l'enchère pour assurer la concurrence;

e) Il est important de préserver l'anonymat des soumissionnaires;

f) Il est absolument nécessaire que puisse être pris en compte dans l'enchère le prix et d'autres critères que le prix objectivement quantifiables (tels que les délais de livraison et les considérations techniques), et d'éviter d'introduire des éléments subjectifs dans la quantification de ce critère de manière à prévenir le risque d'abus;

g) Le choix d'un vainqueur doit se faire après une phase unique et finale d'enchères, également de façon à prévenir tout abus;

h) Le prix de l'offre qui l'a emporté doit figurer dans le contrat; et

i) Le moment de l'ouverture et les critères de clôture des enchères électroniques inversées doivent être clairement spécifiés à l'avance.

8) Les enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type peuvent être utilisées soit comme méthode de passation à part entière, soit comme l'étape précédant l'attribution d'un marché dans d'autres procédures, selon le cas. Il n'est peut-être pas approprié de les utiliser comme étape dans toutes les méthodes de passation envisagées par la Loi type. Cela dépendrait en premier lieu du degré de compatibilité entre les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées énoncées à l'article [22 *bis*] de la Loi type 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 basses⁸.

9) Les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées à bon escient en particulier lors de la réouverture à la concurrence d'accords-cadres. [Renvoi aux dispositions sur les accords-cadres.]

10) L'article [22 *bis*] énonce les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, qui sont l'une des principales méthodes permettant de faire en sorte que les critères essentiels indiqués ci-dessus s'appliquent dans la pratique. Elles reposent sur l'idée que 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.

11) 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). En outre, et pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement en suscitant des prix bas mais réalistes, il importe que les soumissionnaires connaissent bien leur structure de coûts, ce qui est improbable lorsqu'il y a des strates de sous-traitants, ce qui est courant dans les marchés de travaux plus complexes. 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

⁸ Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la crainte que la soumission d'offres révisées soit incompatible avec le principe général de la procédure d'appel d'offres s'applique également au moins dans une certaine mesure à toutes les passations de marché en vertu de la Loi type autres que la passation de marchés négociée. Une modification de l'article 35 de la Loi type pourrait répondre à cette occupation concernant la procédure d'appel d'offres, comme celle qui a été convenue par le Groupe de travail pour l'article 34-1 a) (voir A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 14 à 17, A/CN.9/590, par. 101, et A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 3). Ainsi, l'article 35 pourrait être modifié comme suit: "Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre soumise par ledit fournisseur ou le soumissionnaire. Cette interdiction n'englobe pas la soumission d'enchères révisées pendant une enchère électronique inversée menée en vertu des articles [22 *bis* et 51 *bis et seq*] de la présente Loi. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi s'il faudrait inclure une disposition pour permettre des soumissions révisées dans toute méthode de passation utilisant cette formulation ou une formulation similaire.

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 correspondant.

12) 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 technique.

13) 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.

14) 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 par conséquent le maintien de l'anonymat est essentiel. 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 également 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 effective pendant l'enchère. [Renvoi au passage du Guide accompagnant les articles pertinents.]

15) 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

examinant les solutions possibles, en particulier dans le contexte de l'article 51 *septies*-2.]

16) 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. Le principe d'une enchère est que la concurrence sur les prix est un facteur déterminant important (sinon le seul): les enchères électroniques inversées ne conviennent pas pour les marchés complexes, dans lesquels les jugements de valeur sont importants. 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 monétaires. 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 retenir. 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 préservées⁹.

17) 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 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, et aborderont des questions telles que des modifications des soumissions en qualité d'une importance telle que l'enchère cesse effectivement d'être fondée sur des spécifications communes, plus le nombre de critères variables est élevé, plus il est difficile pour l'entité adjudicatrice et pour les fournisseurs de comprendre comment la**

⁹ 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.

modification d'un élément influera sur le classement d'ensemble, comment traiter les critères de qualité qui sont des critères d'évaluation (c'est-à-dire non des critères déterminant si une offre est conforme ou non) évalués avant l'enchère, et la nécessité d'éviter les enchères dans lesquels le prix est pris en compte séparément des aspects qualitatifs, dont on a constaté qu'ils donnaient lieu à des abus dans la pratique].

18) 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.

19) 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, 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 inversées.

20) 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."

B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 *bis* à *septies* (A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 5)

Projet de texte proposé pour la Loi type révisée¹⁰

17. À sa treizième session, lorsqu'il a examiné les projets d'articles 51 *bis* à *septies*, Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère, le Groupe de travail a fait les suggestions ci-après concernant le texte proposé pour la Loi type:

a) Remplacer le paragraphe 2 du projet d'article 51 *bis* par le texte suivant:

"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, inclut un avis annonçant qu'une enchère électronique inversée se tiendra conformément aux dispositions pertinentes de la présente Loi;"

b) Remplacer la première phrase du paragraphe 2) du projet d'article 51 *ter* par le texte suivant:

"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 qu'une concurrence effective et un traitement équitable seront maintenus¹¹;"

c) Remplacer la première phrase du paragraphe 4) du projet d'article 51 *ter* par le texte suivant:

¹⁰ Le Groupe de travail est convenu que ces suggestions étaient préliminaires et que d'autres seraient faites la prochaine fois qu'il examinerait le texte.

¹¹ Le Groupe de travail est également convenu d'examiner si cette notion devrait être une obligation générale s'appliquant à toutes les passations en vertu de la Loi type à une session future, et si elle devrait être annoncée dans le texte de la Loi type, ou examinée dans le Guide pour l'incorporation, pour toutes les passations de ce type (y compris la passation utilisant des enchères électroniques inversées).

“L’entité adjudicatrice peut décider de faire précéder l’enchère électronique inversée d’une évaluation pour déterminer si les soumissions sont ou non conformes;”

d) Supprimer les mots “dans toute la mesure possible” du paragraphe 6 du projet d’article 51 *quater*;

e) Remplacer le paragraphe 1 d) du projet d’article 51 *sexies* par le texte suivant:

“Aucune communication n’est échangée entre l’entité adjudicatrice et les soumissionnaires ou entre les soumissionnaires, sauf conformément au paragraphe 1 a) et c) plus haut;”

f) Supprimer les termes qui figurent entre les deux premières séries de crochets ainsi que les crochets entourant “suspend l’enchère électronique inversée ou y met fin” du paragraphe 4 du projet d’article 51 *sexies*; et

g) Dans la version anglaise, remplacer “submission” (au singulier) par “submissions” (au pluriel) au paragraphe 1 b) du projet d’article 51 *septies*.

Texte proposé pour le guide pour l’incorporation

18. Le Groupe de travail a rappelé à ses douzième et treizième sessions qu’il examinerait le texte du Guide pour l’incorporation devant accompagner les projets d’articles 51 *bis* à 51 *septies* à une session future. Il a également observé à sa treizième session que si une enchère électronique inversée était annulée pour les raisons énoncées au paragraphe 1 du projet d’article 51 *septies*, l’anonymat de l’enchère risquait d’être compromis, et que le Guide devrait inclure un commentaire pour encourager les entités adjudicatrice à essayer d’éviter de tenir une deuxième enchère lors de la même procédure de passation si l’on considérait que l’anonymat risquait d’être compromis.