Nations Unies A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.6

Assemblée générale

Distr. limitée
22 février 2010
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Dix-huitième session
New York, 12-16 avril 2010

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type*

Note du Secrétariat

Additif

La présente note contient des propositions concernant le chapitre VI (Enchères électroniques inversées) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 47 à 51.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

* Le présent document est soumis moins de 10 semaines avant le début de la session en raison des consultations informelles intersessions tenues à la demande de la Commission sur l'intégralité du texte (A/64/17, par. 281).

V.10-51261 (F) 230310 240310

Merci de recycler

CHAPITRE VI. ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES[1]

Article 47. Procédures applicables pour solliciter la participation à des enchères électroniques inversées comme méthode autonome de passation de marchés

1) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme méthode autonome de passation, l'entité adjudicatrice sollicite des enchères en envoyant une invitation à participer à la procédure de passation conformément aux dispositions de l'article [29 *ter*].

2) L'invitation à participer à la procédure de passation doit comporter les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) Une déclaration faite conformément à l'article [8];

e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article [9];

f) Les renseignements requis à l'article [11-5], la formule mathématique à utiliser dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère et l'indication de tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de l'enchère;

g) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des enchères ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des enchères peuvent être soumises;

h) La manière dont le prix des enchères doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

i) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des enchères doit être formulé et exprimé [sauf si, en cas de passation de marché national, l'entité adjudicatrice décide qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la monnaie][2];

---

[1] L'ensemble de ce chapitre a été révisé à la lumière des changements qu'il a jusqu'à présent été convenu d'apporter à la Loi type.

[2] Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que la teneur du libellé placé entre crochets aurait davantage sa place dans le Guide.

j) Une mention indiquant si l'invitation à participer à la procédure de passation sert d'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère, ou si une autre invitation sera émise à cette fin;

k) Le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire pour participer à l'enchère afin que celle-ci puisse se tenir, nombre qui doit être suffisant pour assurer une concurrence effective[3];

l) Le cas échéant, le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à s'inscrire pour participer à l'enchère, ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés pour déterminer ce nombre;

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

n) Une invitation à présenter des enchères initiales, lorsque la procédure d'enchère doit être précédée d'un examen ou d'une évaluation des enchères initiales conformément au paragraphe 5 du présent article, de même que les renseignements suivants:

[i) Des instructions pour préparer les enchères initiales, y compris en ce qui concerne la langue ou les langues dans lesquelles, conformément à l'article [13], les enchères initiales doivent être établies [sauf si, en cas de passation de marché national, l'entité adjudicatrice décide que ce renseignement n'est pas nécessaire][4];

ii) Des informations relatives aux critères et à la procédure d'examen et, le cas échéant, d'évaluation des enchères initiales;

iii) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des enchères initiales][5];

o) 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[6];

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

q) Le fait de savoir si l'enchère ne comportera qu'une phase ou en comportera plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'elles);

---

[3] Comme le Groupe de travail l'a proposé, le commentaire devant figurer dans le Guide abordera la question de l'équité dans le traitement.

[4] Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que la teneur du libellé placé entre crochets aurait davantage sa place dans le Guide. Il estimera peut-être aussi que, dans certains pays multilingues, il pourrait être important d'indiquer la langue ou les langues même en cas de passation de marché national.

[5] Le Groupe de travail estimera peut-être que les renseignements placés entre crochets dans les alinéas i) à iii) auraient davantage leur place dans le commentaire devant figurer dans le Guide que dans la Loi type, car ils peuvent paraître inutilement détaillés.

[6] Le Groupe de travail estimera peut-être que ce paragraphe pourrait être abrégé en renvoyant d'une manière générale aux informations concernant les aspects techniques de l'enchère. Les détails relatifs aux aspects techniques pourraient être précisés dans le commentaire devant figurer dans le Guide.

r) D'autres règles de conduite de l'enchère électronique inversée, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle celle-ci se déroulera et les conditions dans lesquelles les enchérisseurs pourront enchérir;

s) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, ainsi que l'indication de l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

t) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

u) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché;

v) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de ladite Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente applicable et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

w) Les formalités qui devront être accomplies, une fois que l'enchère à retenir aura été acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

x) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des enchères et d'autres aspects de la procédure de passation du marché;

3) L'invitation à participer à la procédure de passation du marché sert d'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère et précise qu'il en est ainsi, à moins que:

a) Un nombre maximum d'enchérisseurs n'ait été imposé; ou

b) La procédure d'enchère ne soit précédée d'un examen ou d'une évaluation[7] des enchères initiales.

4) a) L'entité adjudicatrice peut imposer un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à s'inscrire à l'enchère pour des raisons d'ordre technique ou liées à des limites de capacité.

b) [L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier l'imposition de ce maximum.][8]

---

[7] De l'avis du Secrétariat, le terme "évaluation" englobe nécessairement le terme "examen".

c) Lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs répondant à l'invitation à participer à la procédure de passation dépasse le nombre maximum, l'entité adjudicatrice envoie à tous les fournisseurs ou entrepreneurs l'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère conformément à l'article [49] de la présente Loi, à concurrence du maximum fixé conformément aux critères et à la procédure spécifiés dans l'invitation à participer à la procédure de passation.

5) a) La procédure d'enchère doit toujours être précédée d'un examen [et] [ou][9] d'une évaluation[10] des enchères initiales lorsque le marché doit être attribué à [l'enchère la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure enchère selon l'évaluation] [l'enchère la plus avantageuse][11].

b) Lorsque le marché doit être attribué au prix le plus bas, la procédure d'enchère peut être précédée de l'examen ou de l'évaluation des enchères initiales si l'entité adjudicatrice en décide ainsi à la lumière des circonstances du marché donné.

c) Lorsque la procédure d'enchère a été précédée de l'examen ou de l'évaluation des enchères initiales, l'entité adjudicatrice veille à l'issue de l'examen ou de l'évaluation:

i) À expédier promptement l'avis de rejet et les raisons du rejet[12] à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'enchère initiale a été rejetée;

ii) À envoyer promptement une invitation à s'inscrire pour participer à la procédure d'enchère, conformément à l'article [49] de la présente Loi, à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'enchère initiale est conforme.

---

[8] À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé que cette disposition et des dispositions analogues figurant dans l'ensemble de la Loi type soient supprimées et énoncées uniquement dans l'article concernant le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marchés. Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur cette proposition (A/CN.9/687, par. 91).

[9] Le Groupe de travail estimera peut-être que dans certaines procédures d'enchère simples, où le marché est attribué à l'enchère la plus avantageuse, il n'est peut-être pas nécessaire de procéder à une évaluation. La vérification de la conformité des enchères initiales, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une notation ou à un classement, serait suffisante.

[10] Si le Groupe de travail décide de laisser le choix entre l'examen et l'évaluation, il faudra expliquer dans le commentaire devant figurer dans le Guide que ce choix n'est pas discrétionnaire mais qu'il est dicté par les circonstances du marché considéré.

[11] À la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré de remplacer les mots "l'offre la plus basse résultant de l'évaluation" par les mots "la meilleure offre selon l'évaluation" puisque, dans la pratique, l'offre qui était acceptée était la plus élevée ou la meilleure, et non la plus basse, selon l'évaluation. Le Groupe de travail a décidé d'examiner la question à un stade ultérieur (A/CN.9/668, par. 220 et 222). Le comité de rédaction informel, composé, en juillet 2009, de l'Allemagne, de l'Angola, de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Maroc, du Nigéria, de la République tchèque, du Royaume-Uni, du Sénégal et de la Turquie, s'est prononcé en faveur de l'utilisation du terme "meilleure" au lieu de "la plus basse" sous réserve que le Guide pour l'incorporation explique précisément la signification du terme "meilleure" dans le contexte spécifique des enchères inversées. Le Groupe de travail se rappellera peut-être à cet égard qu'à sa dix-septième session il est convenu dans le contexte de l'appel d'offres de remplacer les mots "offre la plus basse selon l'évaluation" par les mots "offre la plus avantageuse". Il voudra peut-être utiliser le terme "enchère la plus avantageuse" dans le contexte des enchères électroniques inversées.

[12] A/CN.9/687, par. 178.

Lorsqu'une évaluation des enchères initiales a eu lieu, chaque invitation à s'inscrire pour participer à la procédure d'enchère est accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel l'invitation est adressée[13].

6) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à s'inscrire pour participer à l'enchère conformément aux paragraphes 4) et 5) du présent article soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

Article 48. Exigences particulières régissant la sollicitation de participation à une procédure de passation comportant une enchère électronique inversée comme étape précédant l'attribution d'un marché

1) Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme étape précédant l'attribution d'un marché dans [d'autres procédures, selon le cas] [un appel d'offres restreint, un appel d'offres en deux étapes, ...] ou une procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à cette procédure, les avise qu'une enchère électronique inversée se tiendra et leur communique, au minimum, les éléments d'information suivants sur la procédure d'enchère:

a) La formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation au cours de l'enchère et tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de celle ci;

b) La manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée, ainsi que le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion.

2) Avant que l'enchère n'ait lieu, l'entité adjudicatrice envoie à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition une invitation à s'inscrire à l'enchère conformément à l'article [49] de la présente Loi.

Article 49. Inscription pour participer à l'enchère et délai pour tenir l'enchère

1) Outre toutes les autres informations exigées en vertu des dispositions de la présente Loi, l'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère contient les renseignements suivants[14]:

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

---

[13] Le Guide indiquera l'étendue des informations à communiquer sur le résultat de l'ensemble de l'évaluation.

[14] Le commentaire devant figurer dans le Guide renverra aux dispositions de l'article 47-5 qui dispose que, le cas échéant, le résultat de l'évaluation des enchères initiales doit être communiqué dans l'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère.

b) La date et l'heure d'ouverture et les critères de clôture de l'enchère;

c) Les formalités d'inscription et d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère;

b) 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;

e) Le fait de savoir si l'enchère ne comportera qu'une phase ou en comportera plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'elles); et

f) D'autres règles de conduite de l'enchère électronique inversée, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir.

2) L'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour participer à l'enchère est confirmée rapidement et individuellement.

3) 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 abandonner l'enchère électronique inversée. Cet abandon est communiqué rapidement à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.

4) Le délai entre l'envoi de l'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère et le début de celle-ci est suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

Article 50. Exigences pendant la phase d'enchère

1) Les enchères électroniques inversées portent:

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

b) Sur le prix et les autres critères spécifiés aux enchérisseurs en vertu des articles [11] et [47 à 49] de la présente Loi, selon le cas, lorsque le marché doit être attribué à [l'enchère la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure enchère selon l'évaluation] [l'enchère la plus avantageuse].

2) Au cours d'une enchère électronique inversée:

a) Tous les enchérisseurs ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de présenter leurs enchères;

b) Toutes les enchères font l'objet d'une évaluation automatique conformément aux critères et aux autres renseignements pertinents spécifiés aux enchérisseurs en vertu des articles [47 à 49] de la présente Loi, selon le cas:

c) Chaque enchérisseur doit recevoir instantanément et de façon continue pendant l'enchère des informations suffisantes pour lui permettre de déterminer la position de son enchère par rapport aux autres[15];

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs ou entre les enchérisseurs, sauf conformément aux alinéas a) et c) du présent paragraphe.

3) L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur pendant l'enchère.

4) L'enchère est close suivant les critères spécifiés aux enchérisseurs en vertu des articles [47 à 49] de la présente Loi, selon le cas.

5) L'entité adjudicatrice suspend l'enchère électronique inversée ou y met fin en cas de défaillance de son système de communication compromettant 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 enchérisseur lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin.

Article 51. Exigences après la phase d'enchère

1) L'enchère qui, à la clôture de la procédure d'enchère, est la plus basse ou [la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure selon l'évaluation] [la plus avantageuse], selon le cas, est l'enchère à retenir.

2) Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de préqualification en application de l'article [16], l'entité adjudicatrice peut exiger de l'enchérisseur ayant présenté l'enchère dont il a été déterminé, à la clôture de la procédure d'enchère, qu'elle est l'enchère à retenir, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [9]. S'il ne le fait pas, l'entité adjudicatrice disqualifie ce fournisseur ou cet entrepreneur et, sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article [17-1], [retient] [peut retenir] l'enchère suivante qui, à la clôture de la procédure d'enchère, était la plus basse ou [la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure selon l'évaluation] [la plus avantageuse], sous réserve que l'enchérisseur qui l'a présentée puisse justifier de ses qualifications s'il est tenu de le faire.

3) Lorsqu'elle n'a pas examiné les enchères initiales avant la procédure d'enchère, l'entité adjudicatrice évalue après celle-ci la conformité de l'enchère dont il a été déterminé, à la clôture de la procédure d'enchère, qu'elle est l'enchère à retenir. Elle rejette l'enchère si elle la juge non conforme et, sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article [17-1], [retient] [peut retenir] l'enchère suivante qui, à la clôture de la procédure d'enchère, était la plus basse ou [la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure selon l'évaluation] [la plus avantageuse], sous réserve qu'elle soit jugée conforme.

---

[15] Le commentaire devant figurer dans le Guide appellera l'attention sur les risques de collusion qui pourraient survenir lorsque des informations sur d'autres enchères sont fournies, et donnera des exemples de bonnes pratiques pour les limiter.

4) Lorsque l'enchère, dont il a été déterminé à la clôture de la procédure d'enchère qu'elle est l'enchère à retenir, paraît anormalement basse à l'entité adjudicatrice et suscite des craintes quant à l'aptitude de l'enchérisseur qui l'a présentée à exécuter le marché, l'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite à l'article [18]. Si elle rejette l'enchère au motif qu'elle est anormalement basse en vertu de l'article [18], elle [retient] [peut retenir] l'enchère suivante qui, à la clôture de la procédure d'enchère, était la plus basse ou [la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure selon l'évaluation] [la plus avantageuse]. Cette disposition est sans préjudice du droit qu'a l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation en application de l'article [17-1].