



Assemblée générale

Distr. limitée
22 septembre 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Dix-neuvième session
Vienne, 1^{er}-5 novembre 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) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 47 à 51.

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

* Nouveau tirage pour raisons techniques.



CHAPITRE VI. ENCHÈRES

Article 47. Procédures applicables pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchère

1) L'entité adjudicatrice sollicite des enchères en envoyant une invitation à participer à l'enchère conformément aux dispositions de l'article [29 *bis*]. L'invitation doit comporter les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Une description de l'objet du marché, conformément à l'article [10] de la présente Loi, 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] de la présente Loi;
- 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] de la présente Loi;
- f) Les critères et la procédure d'examen des enchères par rapport à la description de l'objet du marché¹;
- g) Les critères et la procédure d'évaluation des enchères, conformément à l'article [11-5] de la présente Loi, y compris toute formule mathématique à utiliser dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère²;
- h) [supprimé]³;
- i) 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;
- j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des enchères doit être formulé et exprimé⁴;

¹ Le Guide expliquera que l'examen peut se dérouler après la phase d'enchère, comme le prévoit l'article 51.

² L'expression "tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de l'enchère", qui figurait à la fin de cette disposition dans les projets précédents, a été supprimée puisqu'elle semble renvoyer à des critères d'examen ou de conformité déjà visés à l'alinéa f) du paragraphe.

³ La référence à la possibilité de soumettre des enchères ne portant que sur une ou plusieurs parties de l'objet du marché a été supprimée, puisque cela impliquerait de conduire plusieurs enchères distinctes dans la même procédure de passation de marché.

⁴ Modifié conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue.

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 effective⁵;

l) Si une limite au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire pour participer à l'enchère est imposée conformément au paragraphe 2 du présent article, le nombre maximum indiqué, ainsi que les critères et la procédure, conformément aux dispositions de la présente Loi, qui seront utilisés pour déterminer ce nombre;

m) Les modalités d'accès à l'enchère, y compris les informations permettant la connexion⁶;

n) Les délais d'inscription à l'enchère et les formalités à accomplir pour y participer;

o) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;

p) [supprimé]⁷;

q) Les critères de clôture de l'enchère;

r) D'autres règles de conduite de l'enchère, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle elles seront disponibles⁸ 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;

⁵ Comme le Groupe de travail l'a proposé, le Guide abordera les questions de l'objectivité et de l'équité dans le traitement, ainsi que les raisons pour lesquelles la Loi type ne fixe pas un nombre minimum de participants, alors qu'elle le fait par exemple pour les procédures de sollicitation de propositions.

⁶ Les mots "y compris les informations permettant la connexion", plus neutres d'un point de vue technique, ont remplacé la formule "renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion" figurant dans les projets précédents. Le Guide indiquera quels aspects techniques doivent être précisés (site Web, logiciel à utiliser, caractéristiques, capacité, matériel requis et spécifications techniques de connexion).

⁷ La disposition se lisant "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)" a été supprimée, étant entendu que des phases séparées ne seront pas nécessaires s'il n'y a pas d'exclusion d'enchérisseurs à la fin de chaque phase. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, même s'il faut maintenir la possibilité de tenir une enchère à plusieurs phases, les informations détaillées la concernant peuvent être fournies dans les règles de conduite de l'enchère visées à l'alinéa r) de ce paragraphe.

⁸ De l'avis du Secrétariat, le Guide devrait noter (par souci de cohérence avec les décisions du Groupe de travail sur les dispositions similaires concernant la langue) que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue, mais que l'indication de la ou des langues peut demeurer importante dans certains pays multilingues (voir A/CN.9/690, par. 22 b)).

t) Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur les informations concernant la procédure de passation du marché⁹;

u) 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 avant et après l'enchère¹⁰, sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) [supprimé]¹¹;

w) 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;

x) Les formalités qui devront être accomplies après l'enchère pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la vérification des qualifications ou de la conformité conformément à l'article [51] de la présente Loi et la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] de la présente Loi¹²;

y) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant la procédure de passation du marché¹³.

2) L'entité adjudicatrice ne peut imposer un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère que dans la mesure où des limites de capacité de son système de communication l'exigent¹⁴. Elle indique, dans

⁹ Les autres dispositions types apparaissant dans ce contexte dans l'ensemble de la Loi type, à savoir "et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs", ont été omises ici puisqu'elles seraient inappropriées dans le contexte d'une enchère où la préservation de l'anonymat des enchérisseurs est essentielle. Le Guide expliquera cette divergence.

¹⁰ Les mots "avant et après l'enchère" ont été ajoutés compte tenu de l'article 50-2 d) du projet actuel.

¹¹ La référence à tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché a été supprimée conformément au paragraphe 39 h) du document A/CN.9/690.

¹² Les autres dispositions types apparaissant dans ce contexte dans l'ensemble de la Loi type, à savoir "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" ont été supprimées ici compte tenu des conditions d'utilisation des enchères autonomes. Il est peu probable que l'approbation d'une autorité de tutelle ou du gouvernement soit exigée pour la passation de marchés envisagée à l'article 28-1 du projet actuel.

¹³ Pendant les consultations intersessions, il a été dit que le Guide devrait souligner que, s'il devait y avoir un droit d'entrée pour participer à l'enchère (ce qui n'était pas recommandé compte tenu des conclusions que le Groupe de travail avait formulées à ses sessions antérieures dans le contexte de l'examen des dispositions de l'article 7 et des enchères électroniques inversées), cela devait au moins être signalé dès le début de la passation.

¹⁴ Le membre de phrase "que dans la mesure où des limites de capacité de son système de communication l'exigent" a remplacé l'expression "pour des raisons d'ordre technique ou liées à des limites de capacité". De l'avis du Secrétariat, il ne devait pas y avoir d'autres limites de capacité que celles dues à des raisons techniques. Le libellé suggéré fait référence au "système

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.

3)¹⁵ L'entité adjudicatrice peut décider, à la lumière des circonstances de la passation concernée, de faire précéder la procédure d'enchère d'un examen ou d'une évaluation des enchères initiales¹⁶. Dans un tel cas, l'invitation à l'enchère comprend, outre les informations énumérées au paragraphe 1 du présent article:

a) Une invitation à présenter des enchères initiales ainsi que les instructions pour préparer ces dernières¹⁷;

b) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des enchères initiales¹⁸.

4) 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:

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

b) À envoyer promptement une invitation à s'inscrire à l'enchère à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés dont l'enchère initiale est conforme, en leur fournissant toutes les informations nécessaires pour participer à l'enchère;

c) Lorsqu'une évaluation des enchères initiales a eu lieu, chaque invitation à la procédure d'enchère est aussi accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel l'invitation est adressée¹⁹, ²⁰.

de communication", comme à l'article 50-5.

¹⁵ Le Guide expliquera que l'État adoptant peut omettre les deux paragraphes suivants s'il décide que son droit national des marchés publics ne régira que des enchères très simples, sans autre phase préalable que l'inscription. Il précisera cependant que même dans ce type d'enchères, si l'entité adjudicatrice doit limiter le nombre d'enchérisseurs en raison de limites de capacité de son système de communication (voir paragraphe 2 du présent article), elle préférera peut-être restreindre le groupe d'enchérisseurs en se fondant sur leurs qualifications et la conformité de l'enchère plutôt que sur la date d'inscription.

¹⁶ Le Guide notera que la vérification des qualifications des fournisseurs fait partie intégrante de l'examen ou de l'évaluation des enchères initiales.

¹⁷ Le membre de phrase "y compris en ce qui concerne la langue ou les langues dans lesquelles, conformément à l'article [13], les enchères initiales doivent être établies", qui figurait à la fin de la disposition dans les projets précédents, a été supprimé dans le projet actuel. De l'avis du Secrétariat, il serait suffisant que le Guide traite de ce point. En accord avec les décisions du Groupe de travail sur les dispositions similaires concernant la langue, le Guide insisterait aussi sur le fait que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas communiquer cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue, mais que l'indication de la ou des langues peut demeurer importante dans certains pays multilingues (voir A/CN.9/690, par. 22 b)).

¹⁸ Le Guide renverra au paragraphe 1 f) et g) concernant les critères d'examen et d'évaluation des enchères, qui sera aussi applicable aux enchères initiales.

¹⁹ Le Guide indiquera l'étendue des informations à communiquer sur le résultat de l'ensemble de l'évaluation.

²⁰ Les dispositions concernant l'obligation de l'entité adjudicatrice de veiller à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à s'inscrire pour participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective ont été supprimées dans le projet actuel puisque l'entité adjudicatrice n'aurait pas les moyens de s'assurer qu'il en soit ainsi: tous les enchérisseurs dont l'offre est conforme devraient être invités à concurrence d'un nombre maximum précisé dans l'invitation à l'enchère. L'entité adjudicatrice ne pourrait élargir le groupe des enchérisseurs

Article 48. Procédures applicables pour solliciter la participation à une passation comportant une enchère comme étape précédant l'attribution d'un marché²¹

1) Lorsqu'une enchère doit être utilisée comme étape précédant l'attribution d'un marché dans une méthode de passation, selon qu'il convient, ou dans 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 se tiendra et leur communique, outre les informations exigées en vertu des dispositions de la présente Loi, les éléments d'information suivants sur la procédure d'enchère:

a) La formule mathématique ²² qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation au cours de l'enchère²³;

b) La manière dont on pourra accéder à l'enchère, y compris les informations appropriées concernant la 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 l'enchère précisant:

a) Les délais que doivent respecter les fournisseurs et entrepreneurs pour s'inscrire à l'enchère et les formalités d'inscription;

b) La date et l'heure d'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des enchérisseurs à l'ouverture de l'enchère;

c) [supprimé]²⁴;

d) Les critères de clôture de l'enchère;

e) D'autres règles de conduite de l'enchère, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle elles seront disponibles²⁵ et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir.

présentant une offre conforme s'il s'avérait petit. Dans un tel cas, les dispositions de l'article 49-2 s'appliqueraient.

²¹ Titre abrégé conformément au paragraphe 42 a) du document A/CN.9/690.

²² À sa dix-huitième session, le Groupe de travail est convenu de modifier ce libellé en remplaçant la référence restrictive à une formule mathématique par une référence plus générale à une méthode d'évaluation automatique, comprenant une telle formule, en s'inspirant du libellé similaire figurant dans la version de 2006 de l'AMP (A/CN.9/690, par. 42 c)). À cette fin, la définition de l'enchère figurant à l'article 2 a été précisée, de même que l'article 50-2 b).

²³ Les mots "tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de celle-ci", qui figuraient à la fin de cette disposition dans les projets précédents, ont été supprimés. Voir ci-dessus la note correspondante accompagnant l'article 47-1 g).

²⁴ Voir ci-dessus la note pertinente concernant les phases de l'enchère.

²⁵ De l'avis du Secrétariat, le Guide devrait noter (par souci de cohérence avec les décisions du Groupe de travail sur les dispositions similaires concernant la langue) que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue, mais que l'indication de la ou des langues peut demeurer importante dans certains pays multilingues (voir A/CN.9/690, par. 22 b)).

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

- 1) La confirmation de l'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur à l'enchère lui est communiquée rapidement et individuellement.
- 2) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits à l'enchère est insuffisant pour assurer une concurrence effective²⁶, l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère. Cet abandon est communiqué rapidement à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.
- 3) Le délai entre l'envoi de l'invitation à s'inscrire 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 adjudicatrice²⁷.

Article 50. Exigences pendant la phase d'enchère

- 1) L'enchère porte:
 - 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 fournisseurs ou entrepreneurs en vertu des articles [47 et 48] de la présente Loi, selon le cas, lorsque le marché doit être attribué à l'enchère la plus avantageuse.
- 2) Au cours de l'enchère:
 - 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, à la procédure et à la formule communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs en vertu des articles [47 et 48] 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 autres²⁸;

²⁶ Disposition modifiée conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/690.

²⁷ Le Guide expliquera que ce délai doit aussi être suffisamment long pour permettre un recours efficace concernant les conditions de la sollicitation en vertu du chapitre VIII de la présente Loi. Conformément aux dispositions pertinentes de ce chapitre du projet actuel, les conditions de la sollicitation ne peuvent être contestées que jusqu'à la date limite de présentation des soumissions, c'est-à-dire, dans le cas d'une enchère simple (sans examen ou évaluation préalable des offres initiales), jusqu'à l'ouverture de l'enchère.

²⁸ Le Guide appellera l'attention sur les risques de collusion qui pourraient survenir lorsque des informations sur d'autres enchères sont fournies. Il insistera aussi sur le risque que, dans des enchères plus complexes, des fournisseurs pourraient recalculer les enchères d'autres participants en utilisant la formule mathématique fournie. Il notera les difficultés qu'il y a à empêcher ce phénomène et à assurer l'efficacité de la procédure d'appel d'offres et de l'évaluation automatique sans révéler des informations commercialement sensibles. Il soulignera aussi les difficultés à préserver l'anonymat des enchérisseurs, malgré les dispositions du présent article et de l'ensemble du chapitre, lors de la passation de marchés pour lesquels il y a un

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 fournisseurs ou entrepreneurs en vertu des articles [47 et 48] de la présente Loi, selon le cas.

5) L'entité adjudicatrice suspend l'enchère 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. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin²⁹.

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 avantageuse, selon le cas, est l'enchère à retenir.

2) Dans les passations de marché où l'enchère n'est pas précédée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales³⁰, l'entité adjudicatrice vérifie après celle-ci la conformité de l'enchère à retenir et les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur qui l'a soumise. Elle rejette cette enchère si elle la juge non conforme ou si elle juge que le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise n'est pas qualifié. Sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article [17-1] de la présente Loi, elle retient l'enchère suivante qui était la plus basse ou la plus avantageuse au moment de la clôture de l'enchère, sous réserve de s'assurer que cette enchère est conforme et que le fournisseur qui l'a soumise est qualifié.

3) Lorsque l'enchère à retenir à la clôture de l'enchère 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] de la présente Loi. Si elle rejette l'enchère au motif qu'elle est anormalement basse en vertu de l'article [18], elle retient l'enchère suivante qui, à la clôture de la procédure d'enchère, était la plus basse ou 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] de la présente Loi³¹.

groupe plus ou moins fixe de fournisseurs, même si la concurrence entre eux peut être assurée. Le Guide devrait donc donner des exemples de bonnes pratiques permettant de limiter tous ces risques.

²⁹ Le Guide notera que le fait de mettre fin à l'enchère peut avoir pour effet l'abandon de la passation de marché.

³⁰ Le Guide notera que la vérification des qualifications des fournisseurs est inhérente à l'examen ou à l'évaluation des enchères initiales.

³¹ Pendant les consultations intersessions, il a été suggéré que le Guide aborde la nature des enchères (contraignantes ou non contraignantes, et dans quelles conditions) et l'application des dispositions de la présente Loi sur le délai d'attente et le recours dans le contexte des enchères.