



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarantième session
Vienne, 25 juin-12 juillet 2007

Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dixième session

(Vienne, 25-29 septembre 2006)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-3	3
II. Organisation de la session	4-9	4
III. Délibérations et décisions	10-11	5
IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	12-81	5
A. Commentaires généraux	12-14	5
1. Calendrier prévu	12-13	5
2. Révisions du Guide pour l'incorporation	14	6
B. Utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 et A/CN.9/WG.I/WP.47)	15-36	6
1. Communications dans la passation des marchés: nouveaux articles 5 <i>bis</i> et 9/5 <i>ter</i>	15-26	6
2. Soumission électronique des offres: révision de l'article 30-5	27-30	9
3. Ouverture électronique des offres: révision du nouvel article 33-4 (A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 29)	31-32	10
4. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 30 à 37)	33-36	11



C.	Projets de dispositions permettant l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 66, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27)	37-71	12
1.	Emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées ...	37-39	12
2.	Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: nouvel article [36 <i>bis</i>] (A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 3 à 17).....	40-47	12
3.	Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite: nouvel article [47 <i>bis</i>] (A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 18 à 27).....	48-56	14
4.	Procédures pendant la phase d'enchère: nouvel article [47 <i>ter</i>] (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27, et A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 58).....	57-63	16
5.	Autres modifications à apporter au texte de la Loi type et du Guide pour l'incorporation pour permettre le recours aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 59 à 66, et A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6)	64-71	19
D.	Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 7 à 13).....	72-78	20
1.	Propositions d'ajouts à l'article 34 de la Loi type	72-75	20
2.	Propositions d'ajouts au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34 de la Loi type.....	76-78	21
E.	Accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1)	79-81	21
V.	Questions Diverses	82-86	22

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la “Commission”) a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d’élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la “Loi type”, A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l’élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d’examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à neuvième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne et du 24 au 28 avril 2006 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590 et A/CN.9/595), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés: a) à l’utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics, y compris l’échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l’ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) aux aspects de la publication d’informations relatives à la passation, y compris la possibilité d’étendre la portée actuelle de l’article 5 de la Loi type et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) aux enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d’autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux. À ses septième et huitième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres. À sa neuvième session, il est parvenu à un accord préliminaire sur les projets de modifications qu’il serait nécessaire d’apporter à la Loi type et au Guide pour tenir compte de l’utilisation des communications électroniques et des technologies de l’information (y compris des enchères électroniques inversées). Il a décidé de poursuivre à sa dixième session l’examen de ces projets de modifications ainsi que l’examen approfondi des propositions de modifications portant sur les aspects en suspens des enchères électroniques inversées et sur les offres anormalement basses et d’aborder, si le temps le permettait, la question des accords-cadres et des listes de fournisseurs (A/CN.9/595, par. 9).

3. De ses trente-huitième et trente-neuvième sessions, qui se sont tenues en 2005 et 2006, respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu’il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu’il avait entreprise, ainsi qu’à l’inclusion dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172 et A/61/17, par. 192). À sa trente-neuvième session, elle a aussi recommandé que le Groupe de

travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tiennent compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192).

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dixième session à Vienne du 25 au 29 septembre 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Italie, Kenya, Lituanie, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Thaïlande, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Bulgarie, Finlande, Indonésie, Irlande, Lettonie, Malaisie, Philippines, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie et Timor-Leste.

6. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Banque interaméricaine de développement (BID), Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), et Union asiatique de compensation (UAC);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail*: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies et Chambre de commerce internationale (CCI).

7. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Stephen R. KARANGIZI (Ouganda)

Rapporteur: M^{me} Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.46 et Corr.1);

b) Note sur les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1);

c) Étude comparative des accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1);

d) Note concernant les listes de fournisseurs (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1);

e) Note sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, contenant des propositions de textes (A/CN.9/WGI/WP.47);

f) Note sur les enchères électroniques inversées, contenant des propositions de textes (A/CN.9/WGI/WP.48); et

g) Note sur les travaux législatifs des organisations internationales concernant les marchés publics (A/CN.9/598/Add.1).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

10. À sa dixième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 8 ci-dessus (WP.43 et 44 et leur additif, 47 et 48, et le document A/CN.9/598/Add.1. Il est convenu de reporter à une prochaine session l'examen du document A/CN.9/WGI/WP.45 et Add.1.

11. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser les projets de textes en tenant compte des délibérations de la dixième session, afin qu'il puisse les examiner à sa session suivante. Il l'a également prié d'élaborer des projets de texte sur l'utilisation des accords-cadres pour la Loi type et le Guide. Il est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner lors de la révision de la Loi type et du Guide.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Commentaires généraux

1. Calendrier prévu

12. Le Groupe de travail a rappelé la liste des thèmes qu'il devait examiner lors de la révision de la Loi type, à savoir: a) publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés; b) utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés; c) conditions d'utilisation des

communications électroniques dans le processus de passation des marchés; d) enchères électroniques inversées et offres anormalement basses; e) utilisation des listes de fournisseurs; f) accords-cadres; g) passation des marchés de services; h) évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales; i) voies de droit et exécution; j) autres méthodes de passation des marchés; k) participation des usagers à la passation des marchés; l) simplification et uniformisation de la Loi type; m) authentification des pièces produites; et n) conflits d'intérêts dans le processus de passation, ce dernier thème ayant été soumis au Groupe de travail par la Commission pour qu'il veille à ce que la Loi type soit conforme aux exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption sur ce point¹ (voir par. 3 ci-dessus et par. 85 ci-après).

13. Le Groupe de travail a exprimé le souhait de conclure l'examen de ces thèmes en 2008. Il a indiqué que, pour atteindre cet objectif, il se concentrerait en priorité sur l'élaboration du texte révisé de la Loi type elle-même.

2. Révisions du Guide pour l'incorporation

14. Le Groupe de travail a noté que le Guide pour l'incorporation serait destiné non seulement aux législateurs, mais également aux autorités de réglementation et peut-être aux exploitants (responsables des marchés, tels que les agents chargés de la passation de marchés et les personnes chargées de concevoir des systèmes électroniques qui seront utilisés dans la passation). Par conséquent, il pourrait contenir des dispositions destinées à chaque groupe d'utilisateurs, y compris des principes directeurs (pour le législateur), des conseils en matière de réglementation et des conseils pratiques. Cependant, compte tenu de la date butoir fixée pour l'achèvement de ses travaux (voir par. 13 ci-dessus), le Groupe de travail a noté qu'il ne serait peut-être pas possible d'élaborer tous ces principes et conseils d'ici à 2008. Il a donc prié le secrétariat de mener des consultations avec des experts et de rédiger le Guide pour l'incorporation en suivant l'ordre de priorité ci-après: à savoir élaborer tout d'abord, après avoir finalisé les différentes parties du texte de la Loi type, des orientations pour les législateurs qui incorporeront ce texte dans le droit interne; puis des orientations pour les autorités de réglementation et, enfin, éventuellement, des orientations pour les autres utilisateurs. À sa session finale, avant que le texte révisé de la Loi type soit présenté à la Commission, le Groupe de travail examinerait ledit texte ainsi que les orientations élaborées jusque-là à l'intention des législateurs et des autorités de réglementation. Le secrétariat serait ensuite chargé de rédiger les parties restantes du Guide pour que le Groupe de travail puisse les examiner.

B. Utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 et A/CN.9/WG.I/WP.47)

1. Communications dans la passation des marchés: nouveaux articles 5 bis et 9/5 ter

15. Le Groupe de travail a examiné le libellé des projets d'articles 5 bis et 9/5 ter qui lui était proposé pour examen dans le document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2, en plus du projet de texte présenté au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.47.

16. De l'avis général, le libellé du projet d'article 5 *bis* figurant dans le document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 était meilleur que le texte précédent, car il abordait la question de l'utilisation des communications dans le processus de passation de façon neutre sur le plan technologique et traitait de l'équivalence fonctionnelle entre les différents moyens de communication. Il a été dit que certaines améliorations pourraient être envisagées pour rendre les dispositions aussi précises que possible afin d'éviter qu'elles soient interprétées différemment d'un pays à l'autre. De plus, le manque de précision pourrait involontairement engendrer un risque de recours. Il a aussi été proposé que les dispositions soient rédigées de sorte qu'elles abordent tous les aspects de la passation dans le cadre de la Loi type et non pas seulement les communications créées pendant une procédure de passation particulière. Un exemple d'aspect pouvant être normalement exclu dans certains pays serait les recours.

17. Le Groupe de travail a examiné si les dispositions des projets d'articles 5 *bis* et 9/5 *ter* devraient être fusionnées pour former un seul et même article. Selon l'avis qui l'a emporté, ces articles devraient être fusionnés car ils abordaient tous deux la question des communications dans le processus de passation.

18. Le Groupe de travail a donc examiné les projets d'articles 5 *bis* et 9/5 *ter* fusionnés comme suit en un seul et même article:

“Article 5 *bis*. Communications durant le processus de passation

- 1) Sous réserve des exigences de l'article [renvoi], l'entité adjudicatrice choisit:
 - a) Les moyens par lesquels les documents, notifications, décisions et autres informations dans la procédure de passation de marché doivent être communiqués par/ou à l'entité adjudicatrice ou toute autorité administrative participant à la passation ou un fournisseur ou entrepreneur ou encore au public; et
 - b) Les moyens de satisfaire à toute disposition de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature.
- 2) Les moyens de communiquer les informations choisis et de satisfaire à toutes exigences en matière d'écrit et de signatures doivent être facilement compatibles avec ceux d'usage courant parmi les fournisseurs ou entrepreneurs des biens, des services ou des travaux faisant l'objet de la passation. Ces moyens doivent être spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché.
- 3) Les dispositions du paragraphe 1 du présent article s'appliquent également à l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation et à la tenue de réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs.
- 4) Les règlements en matière de passation des marchés établissent des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des documents, notifications, décisions et autres communications ou informations.
- 5) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, les documents, notifications, décisions et autres informations qui doivent être communiqués

par l'entité adjudicatrice ou toute autorité administrative participant à la passation ou communiqués à celle-ci ou à un fournisseur ou un entrepreneur sont présentés sous une forme qui en atteste la teneur et sont accessibles pour être consultés ultérieurement.

6) La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [7-4 et 6, 12-3, 31-2 a), 32-1 d), 34-1, 36-1, 37-3, 44 b) à f) et 47-1, à mettre à jour en fonction des modifications de la Loi type] peut être faite par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste les informations qu'elle contient et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement."

19. Les commentaires suivants ont été faits concernant la rédaction du paragraphe 1 de l'article 5 *bis*: i) il faudrait employer le verbe "spécifier" au lieu de "choisir" dans le chapeau et dans le paragraphe 2; ii) il faudrait actualiser les renvois entre les moyens et les formes de communication suite à la fusion des dispositions en un seul et même projet d'article; iii) l'exigence d'un écrit ou d'une signature pouvant être énoncée dans d'autres lois, l'entité adjudicatrice elle-même ne serait peut-être pas en mesure de spécifier comment cette exigence doit être satisfaite. Aussi, pourrait-on soit disposer dans le texte que l'entité adjudicatrice doit indiquer les exigences dans le dossier de sollicitation, en se référant si nécessaire aux lois existantes régissant ces questions, soit insérer au début de l'alinéa b) les mots "sauf si la question est régie par une autre loi".

20. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 5 *bis*, il a été proposé d'ajouter l'adjectif "potentiels" pour qualifier les "fournisseurs ou entrepreneurs" afin de bien préciser que les dispositions s'adressaient à l'ensemble des fournisseurs. Il a été rappelé toutefois que l'article 2 de la Loi type définissait le "fournisseur ou entrepreneur" comme désignant, selon les circonstances, les fournisseurs et entrepreneurs potentiels. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'examiner si l'ajout proposé était nécessaire dans ce contexte et de voir également si le texte de la disposition pourrait être amélioré.

21. À propos du paragraphe 3 du projet d'article 5 *bis*, il a été convenu de compléter les éléments indiqués pour y inclure d'autres aspects du processus de passation qui seraient soumis aux mêmes exigences.

22. Le Groupe de travail a examiné la relation entre les dispositions facilitant l'utilisation du commerce électronique déjà adoptées (dispositions qui pourraient être analogues à celles de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique², par exemple) et les dispositions adoptées aux fins de la passation des marchés publics. Il a été noté que d'autres branches du droit, comme le droit des contrats et le droit du commerce électronique, pouvaient régir ces questions dans certains pays, mais que d'autres questions se posant dans le contexte de la passation ne seraient peut-être pas abordées ailleurs. Il a été proposé de reformuler le paragraphe dans une tournure passive, en indiquant que des mesures appropriées d'authenticité, d'intégrité et de confidentialité devraient être prévues mais que ces mesures devraient être souples de manière à respecter les circonstances particulières dans chaque État adoptant. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que ce paragraphe comporterait des dispositions applicables à la fois aux

communications sur papier et aux communications électroniques et énoncerait pour ces dernières des dispositions explicites.

23. Il a été souligné que, lors de la rédaction de l'article 5 *bis* et de dispositions éventuelles sur la confidentialité à insérer dans le Guide pour l'incorporation, il conviendrait d'établir une distinction entre les informations commerciales ou autres qui devaient rester confidentielles (comme l'exigeait l'article 45 de la Loi type, par exemple) et les informations qui devaient être rendues publiques.

24. Il a été rappelé que la référence à l'"accessibilité" avait été supprimée du paragraphe 4 du projet d'article 5 *bis*, ce paragraphe devant porter essentiellement sur les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des communications et des informations dans la passation. L'accessibilité, a-t-on dit, avait une autre finalité, à savoir la non-discrimination, et devait être abordée ailleurs ou dans une autre partie dudit paragraphe.

25. Il a été demandé si la Loi type contiendrait suffisamment de mesures de protection contre la discrimination dans le cadre des communications si le paragraphe 3 de l'article 9 de la Loi type était remplacé par le paragraphe 2 de l'article 5 *bis* proposé. Le style affirmatif du paragraphe 2 en question, a-t-on indiqué, visait à garantir la concurrence, plutôt que la non-discrimination. Cependant, le Groupe de travail a noté que les dispositions du paragraphe 3 de l'article 9 risquaient d'être incompatibles avec le fait de donner à l'entité adjudicatrice le droit de spécifier le moyen de communication dans le processus de passation. Le Groupe de travail a rappelé son examen de la question à sa neuvième session (A/CN.9/595, par. 23 à 38) et en particulier la référence au préambule de la Loi type, qui prévoyait un traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. Rappelant son souhait que le Guide pour l'incorporation approfondisse la notion de non-discrimination, il a décidé de maintenir son choix de traiter la question dans le Guide plutôt que de réinsérer le paragraphe 3 de l'article 9.

26. Il a aussi été convenu que le titre du projet d'article, lequel traiterait à la fois des moyens et de la forme des communications dans la passation, devrait être modifié comme suit: "communications dans la passation" pour faire ressortir la portée générale de l'article.

2. Soumission électronique des offres: révision de l'article 30-5

27. Le Groupe de travail a examiné les deux propositions pour l'article 30-5, présentées respectivement au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 et au paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.I/WP.47. Il a estimé qu'il faudrait poursuivre l'examen de la révision de cette disposition en se fondant sur le libellé figurant dans le document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2.

28. Les propositions suivantes concernant la rédaction du projet d'article 30-5 ont été formulées et acceptées par le Groupe de travail: i) fusionner le début de l'alinéa a) et le sous-alinéa i); ii) diviser le sous-alinéa ii) en deux parties, l'une traitant de la soumission d'offres sous forme papier et l'autre de la soumission d'offres sous une autre forme; iii) remplacer le mot "protection" au sous-alinéa ii) par les mots "intégrité et confidentialité" dans un souci de cohérence avec les articles 5 *bis*-4 et 30-5 d); iv) supprimer le mot "sécurité" de l'alinéa d); et v) remplacer les mots "dès sa soumission" par les mots "dès sa réception" ou "à

partir du moment fixé par elle qui ne peut cependant en aucun cas être postérieur à la réception de l'offre". La seconde variante l'ayant emporté, la disposition complète serait libellée comme suit: "d) l'entité adjudicatrice préserve l'intégrité et la confidentialité d'une offre à partir du moment fixé par elle, qui ne peut cependant en aucun cas être postérieur à la réception de l'offre, et veille à ce que le contenu de l'offre ne soit examiné qu'après ouverture de cette dernière conformément à la présente Loi". On a estimé que cette formulation laissait suffisamment de souplesse dans les cas où l'entité adjudicatrice assumait la responsabilité de la protection des offres avant leur réception, de sorte que, par exemple, le chiffrement et le déchiffrement des offres électroniques puissent être réalisés par elle plutôt que par les fournisseurs.

29. Des doutes ont été émis sur l'opportunité de supprimer le concept de "sécurité" de l'alinéa d) du projet d'article 30-5. Il a été fait observer que ce concept était distinct de ceux d'intégrité et de confidentialité, même s'il y était lié. On a souligné l'importance de préserver la sécurité aussi bien dans un environnement papier que dans un environnement électronique. Le Groupe de travail a estimé que des mesures suffisantes étaient déjà prévues dans la version révisée des projets d'articles 30-5 et 5 *bis* pour garantir une sécurité adéquate dans l'ensemble du processus de passation et dans la soumission des offres en particulier.

30. Il a été signalé que le Guide devrait aider les États adoptants sur ces questions. On a noté qu'il serait peut-être justifié de prévoir un traitement distinct de la soumission et de la réception des offres dans un environnement papier et dans un environnement électronique pour éviter d'imposer des exigences plus strictes, adaptées à l'environnement électronique, dans l'environnement papier, où elles n'étaient peut-être pas nécessaires. Il a été indiqué en outre qu'en imposant des exigences trop strictes, on risquait de décourager le recours à la soumission électronique des offres.

3. Ouverture électronique des offres: révision du nouvel article 33-4 (A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 29)

31. Le Groupe de travail est convenu de rendre le texte proposé pour le nouvel article 33-4 technologiquement neutre en supprimant les mots "électroniques", "par voie électronique" et "optiques" employés pour qualifier les moyens de passation et de communication. Il est aussi convenu de remplacer les mots "capables de suivre [l'ouverture des offres]" par les mots "pleinement informés de" pour rendre l'idée selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs devraient être autorisés non seulement à assister au processus d'ouverture mais aussi à faire des commentaires instantanément.

32. Le Groupe de travail a décidé de fusionner la version révisée du projet de paragraphe 4 et le paragraphe 2 de l'article 33 qui serait donc libellé comme suit:

"2) Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont pleinement informés de l'ouverture des offres en direct par les moyens de communication utilisés par l'entité adjudicatrice."

4. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 30 à 37)

Article 5

33. Le Groupe de travail est convenu de scinder l'article 5 en deux paragraphes, comme cela était proposé au paragraphe 31 du document A/CN.9/WG.I/WP.47. L'article imposerait la publication des décisions judiciaires et des directives administratives importantes en exigeant non pas que ces informations soient "systématiquement tenues à jour" mais qu'elles soient "régulièrement mises à jour si nécessaire".

Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir

34. Le Groupe de travail a noté que la tendance, aux niveaux international et régional, était d'encourager la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir par voie réglementaire, en particulier par le biais de mesures incitatives, telles que l'autorisation de fixer des délais plus courts dans le processus de passation. L'idée d'inclure dans la Loi type des dispositions sur la publication de ce type d'informations a été fermement appuyée car, a-t-on dit, cette pratique encourageait la planification des marchés, renforçait la discipline dans les procédures de passation (par exemple, en réduisant les cas de segmentation des marchés pour éviter l'application de règles plus strictes) et était bénéfique aux fournisseurs et entrepreneurs (en leur permettant de définir les besoins, de planifier l'allocation des ressources nécessaires et d'entreprendre d'autres préparatifs en vue de participer à des marchés futurs).

35. Des craintes ont cependant été exprimées, du fait que les avantages de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir n'étaient pas clairement établis et que ces informations pouvaient changer (les fournisseurs ou entrepreneurs supportant alors des dépenses inutiles après s'être fiés aux informations). La Loi type, a-t-on déclaré, devrait encourager les meilleures pratiques et reconnaître que la publication de nombreuses informations inutiles ou trompeuses (par opposition à des informations utiles et pertinentes) pourrait compromettre ses propres objectifs, y compris la transparence. D'un autre côté, il a été noté que, dans certains pays, il se pouvait que la publication de ces informations soit déjà exigée ou nécessaire dans le cadre du processus de planification.

36. Le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait comporter des dispositions, inspirées du texte proposé au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.47, rendant possible la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. Le texte "permettrait" une telle publication, en employant les mots "les entités adjudicatrices peuvent publier". Le Groupe de travail a estimé que, compte tenu de l'emploi du mot "peuvent", il faudrait envisager des mesures d'encouragement si l'on voulait que cette disposition produise ses effets. À cet égard, il a été convenu que le Guide devrait mentionner les incitations que les États adoptants pourraient prévoir pour que les entités adjudicatrices publient ce type d'informations ainsi que toute réglementation et pratiques existantes. Le Groupe de travail a noté que le Guide devrait insister sur le fait que les fournisseurs ou entrepreneurs ne pourraient se prévaloir d'aucune voie de droit si le marché était annulé après avoir fait l'objet d'une publicité préalable.

Le Guide devrait en outre bien peser les avantages et les inconvénients éventuels de cette publication.

C. Projets de dispositions permettant l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 66, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27)

1. Emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées

37. Le Groupe de travail a examiné la structure globale de la Loi type, en notant que les conditions d'utilisation et les procédures à appliquer dans des méthodes de passation particulières figuraient dans des chapitres différents de la Loi. Du fait qu'il pourrait envisager de modifier cette structure à un stade ultérieur, il est convenu provisoirement d'insérer les dispositions énonçant les conditions d'utilisation des enchères dans le chapitre II de la Loi type (qui énumérait les méthodes de passation des marchés et les conditions d'utilisation de ces méthodes). Il est convenu que les dispositions à caractère procédural seraient insérées, quant à elles, dans une autre partie de la Loi, par exemple au chapitre V (qui décrivait les procédures pour les autres méthodes de passation des marchés). De cette manière, a-t-on fait remarquer, les enchères électroniques inversées pourraient aussi être utilisées dans différentes méthodes de passation, comme l'appel d'offres ou la sollicitation de prix, ou comme une méthode à part entière.

38. Le Groupe de travail a noté toutefois qu'il trancherait définitivement la question de la structure de la Loi type après avoir examiné les nouvelles techniques de passation, comme les enchères électroniques inversées et les accords-cadres. Il a aussi été admis que la préférence actuellement exprimée dans l'article 18 de la Loi type en faveur de l'appel d'offres pourrait être réexaminée afin de tenir compte de l'évolution des techniques et des outils de passation.

39. Selon un avis, la Loi type devrait, en tout état de cause, prévoir l'obligation pour l'entité adjudicatrice de choisir la méthode de passation la plus appropriée en l'espèce. Il a aussi été souligné que les conditions d'utilisation de chaque méthode de passation devraient être davantage précisées, surtout compte tenu de la décision provisoire du Groupe de travail de ne plus exclure le choix d'une méthode de passation de la procédure de recours à l'article 52 de la Loi type (A/CN.9/568, par. 112).

2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: nouvel article [36 bis] (A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 3 à 17)

Article [36 bis]

40. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 36 bis, figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.48. Il a rappelé qu'il fallait considérer les dispositions de cet article comme formant un tout, de façon à préserver les mesures destinées à prévenir l'utilisation abusive des enchères électroniques inversées (A/CN.9/595, par. 96).

41. Les propositions rédactionnelles suivantes ont été formulées et acceptées par le Groupe de travail: i) mettre les passages et dispositions concernant les travaux ou

les services entre crochets dans l'ensemble du texte pour indiquer aux États adoptants que ces types de marchés pourraient être exclus du champ d'application de l'article; et ii) supprimer les mots "biens, travaux ou services d'usage courant" pour parler dans l'ensemble du texte de "biens, travaux ou services généralement disponibles sur le marché".

42. On s'est demandé si l'alinéa a) était nécessaire compte tenu de l'alinéa c), car le respect des conditions posées dans le second, a-t-on dit, conduisait à respecter aussi celles posées dans le premier.

43. En ce qui concerne l'alinéa d), les vues ont divergé sur le point de savoir si les deux variantes devraient être conservées dans la Loi type ou seulement une seule (le Guide pour l'incorporation mentionnant alors l'autre variante comme une solution de remplacement possible). Il a été dit qu'aucune des deux solutions ne serait souhaitable, si elle conduisait à introduire des dispositions contradictoires dans la Loi type et dans le Guide.

44. Il a été noté que la question qui se posait ici était de savoir quels critères d'attribution – prix seulement ou prix et autres critères – devraient être autorisés dans les marchés passés au moyen d'enchères électroniques inversées. Il a été estimé que, si l'on voulait que la Loi type révisée soit acceptable, ses dispositions devraient être rédigées en termes suffisamment souples afin de permettre l'application à la fois du critère "prix" et d'autres critères pour déterminer l'offre à retenir. Il a été rappelé cependant que l'idée de départ était que les enchères électroniques inversées convenaient tout à fait pour les marchés où le prix était le seul critère d'attribution et on a observé que le libellé plus souple de la seconde variante pourrait permettre l'introduction d'autres critères dans des circonstances inappropriées.

45. Après discussion, il a été décidé de conserver les deux variantes dans la Loi type et de laisser le soin à la réglementation des marchés de préciser quelle variante conviendrait dans tel ou tel cas (le début de l'alinéa d) devant être modifié en conséquence). La seconde variante serait modifiée comme suit: "Lorsque l'offre à retenir doit être déterminée sur la base du prix et d'autres critères pouvant être convertis en unités monétaires et faire l'objet d'une évaluation automatique."

46. Le Groupe de travail est convenu que le Guide expliquerait en détail quelles seraient les possibilités pour les États adoptants concernant les deux variantes en l'état actuel des choses, mais également dans quelle mesure les enchères électroniques inversées sont utilisées dans tel ou tel pays et si certains marchés de services ou de travaux pourraient être passés par voie d'enchère, en tenant compte des différents secteurs de l'économie. Le Guide devrait également attirer l'attention des États adoptants sur le fait que, dans les enchères électroniques inversées, le risque de corruption pourrait être particulièrement élevé lors des décisions d'externalisation du secteur public, par exemple, vers des fournisseurs tiers de logiciels et de services. Le Groupe de travail a noté aussi qu'il faudrait prévoir des dispositions afin que les critères appliqués pour la détermination de l'offre à retenir et pour l'évaluation soient communiqués aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le dossier de sollicitation. On a en outre souligné qu'il faudrait veiller à éviter l'introduction d'éléments subjectifs dans les enchères (par exemple, avec un système de points) et préserver la simplicité et la transparence dans le processus.

Texte du Guide pour l'incorporation

47. Il a été proposé que le Guide, non seulement contienne des commentaires détaillés sur les points énumérés au paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.I/WP.48, mais insiste également sur le fait que les entités adjudicatrices devraient avoir conscience des coûts d'opportunité découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées (notamment lorsque les fournisseurs renonçaient aux marchés publics parce qu'ils devaient soumissionner dans le cadre d'enchères électroniques inversées).

3. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite: nouvel article [47 bis] (A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 18 à 27)

48. Le Groupe de travail était saisi du texte du projet d'article 47 *bis*, figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.48. Il a examiné cet article, étant entendu que celui-ci serait ensuite fusionné avec l'article 47 *ter* (voir par. 57 à 63 ci-après).

49. Le Groupe de travail s'est accordé sur la nécessité de modifier les dispositions relatives aux procédures préalables à l'enchère proprement dite pour les aligner sur l'article 36 *bis*. Certains représentants, en particulier, ont indiqué qu'ils préféreraient que deux versions différentes d'un article sur ces procédures soient établies, qui correspondraient aux deux variantes de l'alinéa d) de l'article 36 *bis* précédemment convenues (voir par. 40 à 46 ci-dessus).

50. Le Groupe de travail est également convenu que la Loi type ne devrait pas empêcher l'utilisation appropriée d'enchères électroniques inversées pour la passation de marchés dans des méthodes autres que l'appel d'offres, par exemple la sollicitation de prix, de même que dans toutes autres techniques de passation susceptibles d'être envisagées dans sa version révisée, comme les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamique.

51. Indépendamment de la question de l'évaluation des qualifications des fournisseurs et de la conformité des offres, le Groupe de travail a noté que deux types d'enchères électroniques inversées devraient être envisagés: d'une part, une version plus simple comportant le prix ou d'autres éléments modifiables pouvant être convertis en unités monétaires comme seuls critères d'attribution; d'autre part, une version plus complexe, dans laquelle des éléments non modifiables de l'offre feraient l'objet d'une évaluation préalable. Les éléments variables qui pourraient être exprimés en unités monétaires seraient ensuite soumis à l'enchère.

52. Les propositions rédactionnelles ci-après ont été présentées et renvoyées au secrétariat pour qu'il les étudie lors de l'élaboration d'une version révisée de l'article: i) à propos du paragraphe 1, indiquer, pour les méthodes de passation dans lesquelles des enchères électroniques inversées pourraient tout à fait être utilisées, quelles conditions, parmi celles normalement appliquées à chacune de ces méthodes, régiraient les enchères devant être conduites (par exemple, il a été noté que l'article 34-4 c), décrivant les procédures d'évaluation et de comparaison des offres, n'était pas applicable aux enchères); ii) autoriser les deux types d'enchères – version plus simple et version plus complexe – évoqués plus haut; iii) reformuler l'article de façon à bien faire ressortir quelles procédures préalables s'appliqueront dans l'une et l'autre version; iv) indiquer que les règles de conduite des enchères, les critères d'évaluation des offres et toute formule ou autre mécanisme utilisé pour

réévaluer automatiquement les offres devraient être communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs au début du processus de passation; v) au paragraphe 3, remplacer le renvoi au paragraphe 3 de l'article 34 par un renvoi au paragraphe 2 de ce même article, relatif à la détermination de la conformité des offres, si les références à la procédure d'appel d'offres sont conservées; vi) dans le cadre des enchères plus complexes, indiquer que les invitations à participer à l'enchère proprement dite (après la ou les évaluations préalables) doivent être adressées "aux soumissionnaires qui ont rempli les critères impératifs" ou "aux soumissionnaires qui ont été choisis" plutôt qu'à "tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont les offres ont été rejetées" suite à ces évaluations; vii) modifier l'ordre des paragraphes pour décrire d'abord les procédures communes aux deux types d'enchères; et viii) faire obligation à l'entité adjudicatrice d'annuler les enchères si, à son avis, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est insuffisant pour assurer une concurrence effective à tout moment avant l'ouverture (plutôt que la clôture) des enchères (on a cependant fait observer que cette approche était trop stricte par rapport à l'approche plus souple adoptée dans certains pays).

53. Le Groupe de travail a examiné une autre version proposée pour l'article 47 *bis*, libellée comme suit:

“Article [47 *bis*]. Conduite de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite

- 1) [Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.]
- 2) L'entité adjudicatrice peut exiger une présélection ou, en plus, la soumission et l'évaluation d'offres initiales.
- 3) Si la présélection est exigée, l'entité adjudicatrice présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux paragraphes 5 et 6 de l'article 7.
- 4) Si la soumission d'offres initiales est exigée, l'entité adjudicatrice procède à une évaluation initiale des offres pour déterminer si elles sont conformes selon le paragraphe 2 de l'article 34.
- 5) L'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux qui n'ont pas été présélectionnés ou ceux dont les offres ont été rejetées en application du paragraphe 3 de l'article 34.
- 6) L'invitation indique aux fournisseurs et aux entrepreneurs les modalités et les délais d'inscription pour participer à l'enchère. Elle contient, à moins qu'elles n'aient déjà été communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, toutes les informations nécessaires pour leur permettre de participer à l'enchère.
- 7) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si, à tout moment avant l'ouverture de l'enchère, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est, de l'avis de l'entité

adjudicatrice, insuffisant pour assurer une concurrence effective, elle annule l'enchère électronique inversée.

8) Si l'offre à retenir est déterminée sur la base non pas du seul prix mais du prix et de critères convertis en unités monétaires conformément à l'article 36 *bis* [second alinéa d)] [alinéa e)], l'entité adjudicatrice évalue les éléments des offres qui ne seront pas présentés à l'enchère conformément à ces critères et à la formule spécifiée dans le dossier de sollicitation pour la conversion de ces éléments en unités monétaires."

54. Il a été précisé, lors de la présentation de ce projet d'article, que celui-ci ne valait que pour la phase précédant l'enchère proprement dite; pendant l'enchère elle-même, les éléments autres que le prix et les éléments mentionnés au paragraphe 8 du projet d'article qui seraient éventuellement appliqués pourraient être pris en considération pour déterminer le vainqueur. Il a aussi été souligné, au sujet du paragraphe 8 du projet d'article, que son champ d'application avait été réduit conformément à la seconde variante de l'alinéa d) du projet d'article 36 *bis*.

55. Selon un avis, les dispositions devraient être rédigées de manière à tenir compte de l'évolution inévitable des enchères électroniques inversées afin de ne pas devenir obsolètes. Aussi, toute enchère devrait-elle être permise sous certaines conditions, à savoir que l'on garantisse: i) la transparence, notamment en communiquant, au début du processus de passation, soit dans les spécifications soit dans les invitations à présenter une demande de présélection ou à participer à l'enchère, toutes les informations aux fournisseurs qui leur permettraient de déterminer comment les offres seront évaluées et comment ils se classent pendant le processus d'évaluation par rapport aux autres participants; et ii) l'objectivité, notamment en exigeant que l'enchère proprement dite soit la phase définitive pour déterminer l'offre à retenir afin d'empêcher toute évaluation postérieure.

56 Le secrétariat a été prié d'examiner soigneusement quels éléments, parmi ceux énumérés au paragraphe 60 du document A/CN.9/WG.I/WP.43, devraient peut-être figurer dans les dispositions révisées. On a aussi insisté sur le fait que le libellé des dispositions qui seraient insérées soit dans la Loi type soit dans le Guide pour l'incorporation ne devrait pas donner l'impression que, même si tous les critères d'utilisation prévus à l'article 36 *bis* étaient satisfaits, les enchères électroniques inversées étaient nécessairement une technique souhaitable voire la seule technique à utiliser. Le secrétariat a été prié de mener des consultations avec des experts ayant une expérience des enchères électroniques inversées afin de s'assurer que toutes les dispositions rédigées pour la Loi type et le Guide concernant les enchères soient applicables dans la pratique. Certaines parties du Guide qui pourraient nécessiter une évaluation spécialisée par des experts, comme celles concernant les enchères électroniques inversées, pourraient être présentées séparément.

4. Procédures pendant la phase d'enchère: nouvel article [47 *ter*] (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27, et A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 58)

57. Le Groupe de travail était saisi de la version du projet d'article 47 *ter* figurant au paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.I/WP.40, telle que modifiée au paragraphe 55 du document A/CN.9/WG.I/WP.43. Il a examiné le projet d'article en rappelant que ce dernier serait par la suite fusionné avec l'article 47 *bis* (voir par. 48 ci-dessus).

58. On a noté que l'article avait été rédigé de manière à traiter les enchères électroniques inversées dans lesquelles le fournisseur était sélectionné en fonction du prix uniquement. Compte tenu de ses décisions concernant l'article 36 *bis* (voir par. 40 à 46 ci-dessus), le Groupe de travail a estimé que le libellé devrait être étendu pour traiter à la fois des enchères simples et des enchères complexes, et que d'autres paramètres définis lors de l'examen des articles 36 *bis* et 47 *bis* (ceux par exemple visant à garantir l'objectivité et la transparence dans l'utilisation des enchères) s'appliqueraient également, *mutatis mutandis*, à l'article 47 *ter*.

59. Il a été noté que, comme le Groupe de travail était convenu que les enchères électroniques inversées pouvaient être utilisées dans différentes méthodes et techniques de passation, les dispositions dans les projets de paragraphes 3, 6 et 7 qui ne se référaient qu'aux procédures menées conformément aux dispositions du chapitre III (Procédure d'appel d'offres) seraient révisées.

60. La question de l'anonymat des soumissionnaires pendant l'enchère électronique inversée proprement dite a été examinée. Le Groupe de travail est convenu que la préservation de l'anonymat pendant la phase d'enchère était essentielle. Les vues ont toutefois divergé sur la question de savoir si l'anonymat devait aussi être préservé après la clôture de l'enchère. Selon l'avis qui a prévalu, l'identité du vainqueur ainsi que le prix de l'offre retenue devaient être révélés, comme ils le seraient dans toute autre procédure de passation en vertu de la Loi type, notamment afin de permettre les recours, si nécessaire. Le Groupe de travail examinerait toutefois à une prochaine session s'il faudrait prévoir des dispositions sur l'anonymat après la clôture de l'enchère.

61. Les commentaires suivants ont été faits concernant le projet d'article: i) à l'alinéa b) du paragraphe 1, il faudrait remplacer les mots "le prix soumis le plus bas" par les mots "le résultat de l'enchère d'après la formule indiquée préalablement"; ii) au paragraphe 2, il faudrait remplacer les mots "dates and times", dans la version anglaise, par "date and time"; iii) il faudrait supprimer du paragraphe 3 les mots "[peut également à tout moment annoncer le nombre de participants à l'enchère mais]" et "[pendant l'enchère]" et le Groupe de travail reviendrait à une prochaine session sur la question de savoir si le renvoi à l'article 33-2 et 3 devrait être remplacé par un libellé qui refléterait plus clairement l'utilisation des enchères électroniques inversées; iv) le paragraphe 3 *bis* devrait être placé entre crochets, en attendant que le Groupe de travail décide s'il serait conservé et, dans l'affirmative, comment il serait libellé pour ne viser que les cas où il serait justifié de suspendre une enchère électronique inversée ou d'y mettre fin; v) au paragraphe 5, il faudrait ajouter les mots "ou qui est la mieux classée selon la formule indiquée préalablement" après les mots "dont le prix est le plus bas"; et vi) le paragraphe 6 devrait être révisé pour indiquer que si le fournisseur à retenir n'a pas conclu de marché, l'entité adjudicatrice ne pourra pas retenir une autre offre, mais peut, à la place, tenir une nouvelle enchère électronique inversée ou adopter une autre méthode de passation.

62. Le Groupe de travail a décidé de fonder ses délibérations futures sur le texte suivant:

"Article 47 *ter*. Déroulement de l'enchère électronique inversée pendant la phase d'enchère proprement dite

- 1) Au cours d'une enchère électronique inversée:

- a) Toutes les soumissions font l'objet d'une évaluation automatique;
 - b) Les entités adjudicatrices doivent communiquer instantanément [le résultat] de l'enchère d'après la formule indiquée préalablement de façon continue à tous les soumissionnaires au cours de l'enchère;
 - c) Tous les fournisseurs et entrepreneurs participants ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de réviser leurs offres en ce qui concerne les éléments soumis au processus d'enchère.
- 2) L'enchère est close suivant la méthode et à la date et à l'heure précises spécifiées dans le dossier de sollicitation ou dans l'invitation à participer à l'enchère.
- 3) L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire [jusqu'à la clôture de l'enchère]. [L'article 33-2 et 3 ne s'applique pas à une procédure comprenant une enchère électronique inversée.]
- [3 *bis* L'entité adjudicatrice peut suspendre l'enchère électronique inversée ou y mettre fin en cas de défaillance d'un système ou d'interruption des communications.]
- 4) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au cours de l'enchère électronique inversée sauf conformément au paragraphe 1 b) et c) plus haut.
- 5) La soumission à retenir est celle dont le prix est le plus bas ou qui est la mieux classée d'après la formule indiquée préalablement au moment de la clôture de l'enchère.
- 6) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté la soumission retenue au cours d'une procédure comportant une enchère électronique inversée est invité à confirmer ses qualifications conformément à [l'article 34-6] mais ne le fait pas, s'il ne signe pas de marché écrit lorsqu'il est invité à le faire et/ou ne fournit pas la garantie de bonne exécution du marché éventuellement requise, l'entité adjudicatrice ne peut pas retenir une autre soumission mais peut conduire une nouvelle enchère électronique inversée, qui se déroulera alors conformément aux dispositions du présent article ou adopter une autre méthode de passation.
- 7) Lorsqu'il y a lieu, [le mot "offre" chaque fois qu'il apparaît dans la Loi type] le mot "offre" dans les articles [énumérer les articles pertinents] désigne également une offre initiale soumise dans le cadre d'une procédure comportant une enchère électronique inversée."
63. Compte tenu des différentes conditions et procédures qui pourraient s'appliquer selon que les enchères électroniques inversées sont simples ou complexes et que le critère prix ou d'autres critères sont utilisés, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'envisager l'élaboration d'un texte composite pour les articles 47 *bis* et *ter* afin de traiter toutes les formes d'enchère électronique inversée ou la division du texte en deux variantes consacrées respectivement aux enchères simples et complexes. Il a été noté que si le secrétariat incluait le libellé figurant au paragraphe 57 du document A/CN.9/WG.I/WP.43, concernant les critères autres que le prix, parmi les révisions à aborder à la prochaine session, il faudrait supprimer le mot "actuel" et, par ailleurs, que le Groupe de travail examinerait à cette session si

le mot “résultat” de l’enchère électronique inversée au paragraphe 1 b) du projet d’article ci-dessus devrait faire référence au “classement” des fournisseurs.

5. Autres modifications à apporter au texte de la Loi type et du Guide pour l’incorporation pour permettre le recours aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 59 à 66, et A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6)

Commentaire général

64. Le Groupe de travail s’est accordé sur le fait que les enchères électroniques inversées pouvaient être utilisées dans des méthodes de passation autres que la procédure d’appel d’offres.

*Procès-verbal de la procédure de passation des marchés (article 11)
(A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 59) et modification et retrait des offres (article 31)
(A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 65 et 66)*

65. Le Groupe de travail est convenu de revenir à une prochaine session sur les questions de savoir comment signaler dans le procès-verbal l’utilisation d’une enchère électronique inversée et quand et comment des offres pouvaient être modifiées et retirées dans le cadre d’une telle enchère.

Teneur du dossier de sollicitation (article 27) (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 60 à 64)

66. Le Groupe de travail a examiné les dispositions figurant au paragraphe 60 du document A/CN.9/WG.I/WP.43.

67. Les propositions suivantes ont été faites concernant leur rédaction: i) au début de l’alinéa n) *bis*, ajouter les mots “outre les dispositions de l’article 27”; ii) à l’alinéa n) *bis* ii), remplacer les mots “l’adresse du site Web” par “l’adresse” ou “l’adresse du site Web ou une autre adresse électronique”; iii) remplacer l’alinéa n) *bis* iii) actuel par les mots “les règles de conduite de l’enchère électronique inversée”; iv) étendre l’alinéa n) *bis* iv) en ajoutant une référence à la formule qui serait utilisée pour évaluer les critères pendant l’enchère (étant entendu que le libellé proposé au paragraphe 64 du document A/CN.9/WG.I/WP.43 serait révisé dans un souci de compatibilité avec les articles 36 *bis*, 47 *bis* et 47 *ter* et fusionné avec l’alinéa n) *bis* iv); v) rétablir les dispositions de l’alinéa n) *bis* v), les dispositions de l’alinéa n) *bis* vi) relatives aux phases de l’enchère, et les dispositions de l’alinéa n) *bis* vii) relatives aux conditions dans lesquelles les soumissionnaires enchérissent (notamment la référence aux écarts minimums) en les faisant précéder des mots “à moins que ces éléments ne soient indiqués dans les règles de conduite de l’enchère électronique inversée”; et vi) modifier l’alinéa n) *bis* ix) de sorte qu’il soit libellé comme suit “Toutes les autres informations concernant l’enchère électronique inversée nécessaires pour permettre au fournisseur ou à l’entrepreneur d’y participer”. Le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, les questions restantes évoquées à l’alinéa n) *bis* seraient abordées dans le Guide.

68. Le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait, s’agissant des éléments à inclure dans le dossier de sollicitation lorsque la procédure de passation était menée au moyen d’une enchère électronique inversée, énumérer uniquement ceux qui étaient essentiels à la bonne conduite de l’enchère et au traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. Les règles de l’enchère

électronique inversée qui figureraient dans le dossier de sollicitation énonceraient toutes exigences supplémentaires, y compris les exigences techniques pour une enchère électronique inversée donnée. (Le Guide devrait prévoir des recommandations et des instructions concernant ces exigences).

Garanties de soumission (article 32) (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 4)

69. Le Groupe de travail a noté que les garanties de soumission n'étaient pas souvent utilisées dans les enchères électroniques inversées. Les vues ont divergé sur la question de savoir si le Guide devrait décourager l'exigence d'une telle garantie dans le contexte des enchères électroniques inversées, ou si une approche plus souple serait souhaitable (l'exigence d'une garantie de soumission pouvant dissuader de retirer une offre avant l'ouverture de l'enchère).

*Examen, évaluation et comparaison des offres (article 34)
(A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 5 et 6)*

70. Le Groupe de travail a examiné les dispositions figurant au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

71. Le Groupe de travail est convenu que le libellé ci-après serait examiné lors d'une prochaine session: "Aucune modification de l'offre initiale quant au fond, notamment une modification du prix, ne sera demandée, proposée ni autorisée, sauf pendant l'enchère elle-même". Ce libellé, a-t-on dit, aurait pour effet d'autoriser la modification des offres dans le cadre d'enchères électroniques inversées uniquement durant la phase d'enchère proprement dite, sans donner l'impression que, pendant la phase d'enchère, des changements pourraient être apportés pour rendre conformes des offres non conformes.

D. Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 7 à 13)

1. Propositions d'ajouts à l'article 34 de la Loi type

72. Le Groupe de travail a examiné les dispositions figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

73. Les propositions ci-après ont été faites au sujet du texte: i) employer dans tout le texte les mots "craintes quant à la capacité du (des) soumissionnaire(s) à exécuter le marché"; et ii) modifier comme suit le paragraphe 4 a) *bis* ii): "[A]yant pris en compte les informations éventuellement fournies, elle continue cependant, pour des motifs raisonnables, à avoir ces craintes".

74. Le Groupe de travail s'est accordé sur le fait que le refus du fournisseur de communiquer des informations demandées par l'entité adjudicatrice ne devrait pas donner automatiquement à cette dernière le droit de rejeter l'offre au motif qu'elle était anormalement basse. Il est convenu de se prononcer ultérieurement sur la question de savoir si une décision prise par l'entité adjudicatrice concernant des offres anormalement basses devrait être susceptible de recours. Il a constaté que la réglementation interne sur la question pouvait varier considérablement. Il a été proposé que le Groupe de travail revienne sur ce point quand il aborderait les dispositions sur les recours.

75. Le secrétariat a été prié de proposer un emplacement approprié pour les dispositions, en tenant compte du fait que la question ne devrait pas se limiter à la procédure d'appel d'offres et que le risque d'offres anormalement basses devrait être examiné et traité par l'entité adjudicatrice à tout stade de la passation, y compris lors de la qualification des fournisseurs.

2. Propositions d'ajouts au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34 de la Loi type

76. Il a été convenu que le Guide devrait examiner les questions soulevées au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, d'autres questions envisagées par le Groupe de travail à sa huitième session (A/CN.9/590, par. 107 à 109), et les questions abordées dans la note du secrétariat publiée sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.36 (en particulier, le risque associé à la solution qui consiste à rejeter des offres en appliquant "des méthodes arithmétiques", ainsi que le rapport coût-efficacité et les incidences financières des garanties d'exécution et des garanties indépendantes pour les PME). Le Groupe de travail est convenu que le Guide devrait insister sur l'importance d'examiner soigneusement la conformité des offres et la solvabilité des fournisseurs et de définir des spécifications précises et détaillées ainsi que des critères objectifs, pour repérer et rejeter les offres anormalement basses.

77. En ce qui concerne le texte destiné au Guide figurant au paragraphe 13 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, le secrétariat a été prié: i) d'examiner l'ordre dans lequel les éléments qu'il contient devraient être présentés; ii) de reconsidérer l'emploi des mots "d'une marge bénéficiaire normale" au paragraphe 1 *bis*, ce critère risquant en effet d'être subjectif et de n'être d'aucun secours pour définir les offres anormalement basses; et iii) de donner des exemples d'offres anormalement basses plutôt que de définir le concept.

78. Pour ce qui est du paragraphe 1 *quater* proposé au paragraphe 13 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si le Guide devrait contenir des dispositions plus souples sur les informations susceptibles d'être requises par les entités adjudicatrices à propos de la structure des coûts des offres. Selon l'avis qui l'a emporté, il faudrait attirer l'attention des entités adjudicatrices sur le fait qu'il pourrait être inapproprié de demander ce type d'information aux fournisseurs mais qu'il ne serait pas interdit de le faire. Le secrétariat a été prié, lorsqu'il réviserait les dispositions du Guide, de prendre en considération les différences entre pays en matière de réglementation sur le sujet (par exemple, dans certains cas, les responsables de la passation des marchés n'étaient pas autorisés à demander des informations sur la structure des coûts, par crainte que celles-ci ne soient utilisées à mauvais escient).

E. Accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1)

79. Certains représentants et observateurs ont actualisé les informations figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1, pour rendre compte des derniers développements dans l'utilisation et la réglementation des accords-cadres dans leurs pays respectifs.

80. Le Groupe de travail a noté que deux questions importantes influeraient essentiellement sur l'élaboration de projets de textes sur le sujet: d'une part, celle de savoir si le cahier des charges pourrait être modifié pendant l'exécution des accords-cadres et, d'autre part, celle de savoir si des fournisseurs non parties à l'accord-cadre initial pourraient le devenir après la conclusion du marché-cadre. Selon un point de vue, la réponse à ces questions dépendrait de la complexité et de l'objet des arrangements-cadres. Il a été proposé que les dispositions de la Loi type soient rédigées en termes suffisamment généraux pour tenir compte de tout type d'accord-cadre.

81. Reconnaissant que l'utilisation des accords-cadres était très répandue et prenant note du bilan positif de cette utilisation dans certains pays (et de la tendance à les réglementer expressément), le Groupe de travail a chargé le secrétariat de préparer des projets de textes pour la Loi type et pour le Guide, qui énonceraient les conditions d'utilisation de ce type d'accord et prévoiraient les mesures nécessaires pour prévenir les problèmes fréquemment rencontrés dans cette utilisation, comme les risques de collusion entre fournisseurs, de corruption ou d'atteintes à la concurrence.

V. Questions Diverses

82. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat sur les travaux législatifs des organisations internationales concernant les marchés publics (A/CN.9/598/Add.1) (voir par. 8 et 10 ci-dessus). Il a pris acte de la recommandation de la Commission selon laquelle il devrait, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tenir compte de la question des conflits d'intérêts et examiner s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (voir par. 3 ci-dessus).

83. Dans ce contexte, le Groupe de travail a pris note des dispositions relatives aux conflits d'intérêts figurant, d'une part, dans les exigences et les lignes directrices des banques multilatérales de développement en matière d'utilisation des systèmes d'appels d'offres e-GP et d'enchères électroniques inversées pour les marchés financés par lesdites banques (A/CN.9/598/Add.1, par 15 et 17)³ et, d'autre part, à l'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (A/CN.9/598/Add.1, par. 43 à 45). S'agissant de cette Convention, le Groupe de travail a noté que l'article 9-1 e) prévoyait, lorsqu'il y avait lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, les procédures de sélection desdits personnels et les exigences en matière de formation, dont on ne trouvait pas d'équivalent dans la Loi type.

84. Le Groupe de travail a entendu le compte rendu du secrétariat sur sa participation à la réunion de coordination des banques multilatérales de développement (Rome, 19 et 20 septembre 2006), lors de laquelle avait notamment été évoquée l'étude actuellement entreprise par lesdites banques sur les questions de corruption et de technologie dans la passation des marchés publics; cette étude aborderait expressément les conflits d'intérêts dans le contexte de la passation électronique des marchés.

85. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide.

86. Le Groupe de travail a également entendu des informations concernant les travaux législatifs et autres activités connexes menés par des organisations et organismes régionaux et internationaux dans le domaine de la passation des marchés et confirmé que ses propres travaux dans le cadre de la révision de la Loi type devraient être entrepris en étroite coopération avec ces organisations et organismes.

Notes

¹ Résolution 58/4 de l'Assemblée générale, annexe.

² Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17)*, annexe I (également publié dans *l'Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII, 1996 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés comme publication des Nations Unies (numéro de vente: F. 99.V.4) et sont accessibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm.htm-index.htm>).

³ Section 12 des Exigences en matière d'utilisation des systèmes d'appels d'offres e-GP et section 11 des Lignes directrices pour les enchères électroniques inversées, toutes deux disponibles sur le site <http://www.mdb-egp.org>.
