



Assemblée générale

Distr. générale
27 avril 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant une section du Guide qui examinerait les questions générales découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées ainsi qu'une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera l'article 30 sur les conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée et les articles 52 et 53 du chapitre VI (Enchères électroniques inversées) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

A. Dispositions sur les enchères électroniques inversées à insérer dans la première partie du Guide, avant le commentaire par article, ou dans le commentaire par article en tant qu'introduction au chapitre VI

1. Le terme “enchère électronique inversée” (ou “enchère”), tel que défini dans l'article 2 de la Loi type, désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel qu'une entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir. Les fournisseurs ou entrepreneurs (“enchérisseurs”) présentent au cours d'une période déterminée des offres de plus en plus basses faisant l'objet d'une évaluation automatique.

2. Il a été observé que les enchères électroniques inversées comportent de nombreux avantages potentiels. Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité-prix grâce à une mise en concurrence successive des enchérisseurs dans un processus dynamique se déroulant en temps réel. L'utilisation d'Internet pour conduire l'enchère peut aussi favoriser une plus large participation et, par là même, renforcer la concurrence. Deuxièmement, les enchères peuvent réduire le temps nécessaire à la passation de chaque marché [(, et assurer une meilleure allocation des ressources et réduire les coûts administratifs par rapport à la procédure d'appel d'offres ouvert traditionnel)]¹. Troisièmement, elles peuvent améliorer la transparence du processus de passation car les informations sur les résultats successifs de l'évaluation des offres à chaque étape de l'enchère, ainsi que le résultat final de l'enchère, sont portés à la connaissance de tous les enchérisseurs instantanément et simultanément; dans le contexte d'une enchère, les participants ont accès à des informations sur les autres offres et peuvent voir le résultat de la procédure. Quatrièmement, la transparence accrue et le processus d'évaluation entièrement automatisé qui limite l'intervention humaine aident à prévenir les abus et la corruption.

3. D'un autre côté, les enchères électroniques inversées incitent à se focaliser sur le prix plutôt que sur les aspects qualitatifs, focalisation dont le bien-fondé dépendra de l'objet du marché. Elles peuvent aussi avoir un effet anticoncurrentiel à moyen et long terme, car elles risquent d'être plus exposées que d'autres modes de passation aux actes de collusion entre enchérisseurs en raison de la possibilité de présenter des offres successives. Il y a collusion lorsque deux enchérisseurs ou plus s'entendent pour manipuler les prix d'une enchère et influencer sur ceux-ci de manière à les maintenir artificiellement élevés ou lorsqu'ils se partagent le marché par des manœuvres consistant à gonfler artificiellement le prix des offres ou à ne pas présenter d'offre du tout. Le risque de collusion est plus important notamment lorsque les enchérisseurs sont peu nombreux ou font partie d'un même groupe

¹ Le libellé entre crochets reprend des points soulevés lors des sessions du Groupe de travail. Il devra être revu à la lumière du contenu du paragraphe 5 de la présente section ci-dessous afin d'assurer la cohérence de l'ensemble du Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

participant à plusieurs enchères, ou encore lorsque l'anonymat des enchérisseurs est compromis. Des problèmes de dumping peuvent également se poser: on a signalé que cette pratique était courante dans les pays où l'entité adjudicatrice était tenue par la loi d'attribuer le marché à l'enchérisseur retenu². (Pour un examen plus approfondi de ces questions, voir les paragraphes ... du présent Guide.)

4. Il est fréquent que des organismes tiers mettent en place et administrent des enchères pour le compte des entités adjudicatrices. De ce fait, la relative facilité d'utilisation des enchères, pour ces dernières, peut conduire à y recourir de façon excessive ou dans des situations qui ne s'y prêtent pas. Les entités adjudicatrices devraient également être conscientes des problèmes qui peuvent découler de l'externalisation des décisions³ du secteur public, par exemple, vers des fournisseurs tiers de logiciels et de services⁴. Elles devraient aussi avoir conscience des problèmes qui se posent lorsque des tiers leur conseillent des stratégies d'achat. Ces tiers peuvent représenter aussi bien les entités adjudicatrices que les enchérisseurs et être en relation avec les unes et les autres. Les conflits d'intérêts organisationnels risquent de gravement menacer la concurrence dans la mesure où les tiers chercheront à maximiser leurs bénéfices en promouvant les enchères électroniques inversées sans nécessairement vérifier si cette technique convient⁵. Ces questions se posent également dans le cas d'autres techniques de passation, telles que les accords-cadres, et, de manière générale, lorsqu'il y a une externalisation. En outre, dans le contexte d'une enchère électronique inversée, le risque d'accès non autorisé des enchérisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents peut être élevé⁶.

5. Les facteurs susmentionnés risquent de saper la confiance des fournisseurs ou des entrepreneurs dans les procédures de passation faisant appel aux enchères électroniques inversées, auquel cas ils seront moins disposés à y participer. Les entités adjudicatrices devront donc éventuellement prévoir, dans leur budget, des frais généraux pour former les fournisseurs ou entrepreneurs et les aider à participer aux enchères électroniques inversées. À défaut, elles risquent de devoir supporter

² Il convient d'examiner si les risques de collusion ne devraient être soulignés que dans le contexte des enchères électroniques inversées ou si le commentaire devrait partir du principe que, dans la Loi type, ces enchères ne présentent pas plus de risque de collusion que d'autres méthodes. Il ne peut y avoir collusion que si l'anonymat des enchérisseurs n'a pas été préservé. Il faudra donc examiner si le Guide devrait préciser comment l'anonymat peut être compromis et comment cela peut être évité. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

³ Il convient d'examiner si les préoccupations face à l'externalisation des fonctions du secteur public devraient être soulignées seulement dans le contexte des enchères électroniques inversées ou dans le contexte de la passation des marchés publics en général, dans la première partie du Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

⁴ Ce libellé est le résultat de consultations d'experts. Toutefois, les préoccupations soulevées dans cette phrase peuvent nécessiter une explication complémentaire dans le Guide, en particulier compte tenu des processus d'évaluation automatisés durant l'enchère. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

⁵ Ce libellé est le résultat de consultations d'experts. Toutefois, les préoccupations relatives aux conflits d'intérêts organisationnels peuvent nécessiter davantage de précisions dans le Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

⁶ Ce libellé est le résultat de consultations d'experts. Toutefois, les préoccupations relatives au risque élevé d'accès non autorisé à des informations commercialement sensibles de concurrents dans le cadre des enchères peuvent nécessiter davantage de précisions dans le Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

des coûts d'opportunité si les fournisseurs ou les entrepreneurs renoncent à participer aux marchés publics lorsqu'ils sont passés par voie d'enchères électroniques inversées; elles risquent aussi de devoir payer des prix plus élevés que ceux qu'elles auraient obtenus avec d'autres techniques de passation.

6. Reconnaissant à la fois les avantages potentiels des enchères électroniques inversées et les préoccupations qu'elles soulèvent, la Loi type permet d'y recourir sous réserve des dispositions de l'article 30 sur les conditions d'utilisation et des articles 52 à 56, qui énoncent les règles de procédure. Les considérations de principe examinées ci-dessous sont considérées comme particulièrement importantes pour une introduction et une utilisation efficaces des enchères électroniques inversées. On trouvera des indications supplémentaires sur celles-ci et sur les divers aspects des dispositions de la Loi type dans le commentaire par article ci-après:

a) Type d'enchère: les enchères sont utilisées pour sélectionner le fournisseur ou l'entrepreneur à retenir. Bien que d'autres modèles soient utilisés, la Loi type prévoit que les enchères électroniques inversées constituent la phase finale de la procédure de passation de marché dans le cadre de laquelle le fournisseur ou l'entrepreneur à retenir est sélectionné et que les conditions qui l'ont emporté doivent figurer dans le contrat. Cette approche est considérée comme la plus transparente et la moins risquée en termes d'abus et tient compte de l'interdiction générale, prévue d'un bout à l'autre de la Loi type, de négocier après la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur;

b) Transparence: une description claire de l'objet du marché et les autres conditions du marché doivent être formulées et portées à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la passation du marché, en même temps que toutes les informations concernant la manière dont l'enchère sera conduite, en particulier le moment de l'ouverture et les critères de clôture de l'enchère;

c) Marché concurrentiel: un nombre suffisant d'enchérisseurs est important non seulement pour assurer la concurrence mais également pour préserver l'anonymat des enchérisseurs et pour éviter la collusion, le dumping et d'autres comportements incorrects;

d) Anonymat: le maintien de l'anonymat est essentiel pour que les risques de collusion ne soient pas plus importants dans les enchères électroniques inversées que dans d'autres méthodes de passation. Ces enchères ne sont donc pas adaptées aux marchés sur lesquels il n'existe qu'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiellement qualifiés et indépendants, ni aux marchés dominés par un ou deux gros acteurs, ce type de marchés étant particulièrement vulnérable aux manipulations de prix et autres pratiques anticoncurrentielles; un recours répété à des enchères avec les mêmes participants peut aussi compromettre l'anonymat;

e) Utilisation appropriée des enchères:

i) Les enchères électroniques inversées conviennent à l'acquisition de biens et services d'usage courant pour lesquels il existe un marché concurrentiel sur lequel le prix est le critère d'évaluation déterminant ou un critère d'évaluation déterminant important. Elles ne conviennent pas pour les marchés où les facteurs non quantifiables sont plus importants que les considérations de prix

et de quantité. Il ne serait pas approprié, par conséquent, de recourir aux enchères pour la passation de marchés de travaux ou de services comportant des prestations intellectuelles, par exemple des œuvres de conception, ou d'autres marchés basés sur la qualité. En outre, pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement en suscitant des prix bas mais réalistes, il importe que les enchérisseurs connaissent bien leur structure de coûts. Cette connaissance est improbable lorsqu'il y a plusieurs strates de sous-traitants, ce qui est courant dans les marchés complexes, tels que les marchés de travaux;

ii) Plus le nombre de critères à prendre en compte lors de l'enchère est élevé, plus il est difficile pour l'entité adjudicatrice et pour les fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre comment la modification d'un élément influera sur le classement d'ensemble. Les enchères seront donc moins appropriées dans les cas où interviennent de nombreuses variables. Il n'y aura pas non plus de réelle concurrence lorsque l'enchère cesse effectivement d'être fondée sur une description commune de l'objet du marché. Ce risque est plus élevé lorsque de nombreuses variables liées aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché sont utilisées;

iii) Les critères autres que le prix utilisés pour l'évaluation doivent être quantifiables et pouvoir être exprimés en termes pécuniaires (il pourrait s'agir par exemple des délais de livraison et des délais de garantie) de façon à être intégrés dans la formule mathématique automatisée qui désignera l'offre retenue à chaque étape successive de l'enchère. Pendant l'enchère, chaque offre révisée donne lieu à un classement ou à un reclassement des enchérisseurs à l'aide de ces techniques automatisées;

f) Indications appropriées concernant l'utilisation des enchères: en fonction de sa situation, et notamment de son niveau d'expérience en matière d'enchères électroniques inversées, un État adoptant pourra choisir de limiter l'utilisation de cette technique à la passation des marchés de biens. Certains États tiennent des listes de biens, de travaux ou de services pouvant être acquis par voie d'enchères électroniques inversées. Les États adoptants devraient savoir que la tenue de telles listes peut se révéler compliquée dans la pratique, car il faut les actualiser à mesure que de nouveaux produits ou articles apparaissent. Si l'on veut utiliser des listes, il est préférable d'établir des listes indicatives d'articles se prêtant à une acquisition par enchères électroniques inversées ou bien d'énumérer les caractéristiques génériques qui font qu'un article particulier peut ou non faire l'objet d'une passation de marché par cette technique;

g) Mise en place progressive des enchères: il est recommandé aux États adoptants n'ayant pas l'expérience des enchères électroniques inversées de les introduire progressivement, à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique, c'est-à-dire de commencer par autoriser les enchères fondées uniquement sur le prix, dans lesquelles le prix seul détermine l'offre à retenir, et de passer ensuite, le cas échéant, à des enchères plus complexes, dans lesquelles des critères autres que le prix sont également pris en compte. Pour ce dernier type d'enchère, il faudrait que les entités adjudicatrices aient des compétences et une expérience poussées, par exemple, la capacité à prendre correctement en compte des critères autres que le prix dans une formule mathématique, même si les enchères électroniques inversées

sont confiées à des tiers prestataires de services, pour être à même de superviser les activités de ces tiers;

h) Comme indiqué dans les paragraphes ... ci-dessus, la Loi type décourage la facturation de l'utilisation des systèmes de passation. S'il devait y avoir un droit d'entrée pour participer à l'enchère, conformément aux principes et aux objectifs de la Loi type, il doit au moins être signalé dès le début de la passation;

i) Renforcement des capacités: en vue de tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées, tant les entités adjudicatrices que les fournisseurs et entrepreneurs doivent avoir confiance dans ce processus et dans ses résultats en termes de réalisation des objectifs des pouvoirs publics dans le cadre de la passation, et doivent être en mesure de les utiliser efficacement. À cette fin, les États devraient être prêts à investir suffisamment de ressources dans des programmes de sensibilisation et de formation à un stade précoce:

i) Les entités adjudicatrices devront acquérir de nouvelles compétences et être initiées aux enchères électroniques inversées afin de comprendre les avantages et les inconvénients potentiels, les conditions d'utilisation, les circonstances dans lesquelles elles sont appropriées, ainsi que les risques liés à leur utilisation, même dans les situations appropriées;

ii) Les fournisseurs et entrepreneurs, en particulier les petites et moyennes entreprises, devront connaître et comprendre les changements qu'implique la conclusion de marchés publics au moyen d'enchères électroniques inversées ainsi que l'effet de ces changements sur leurs activités, faute de quoi un marché sur lequel les achats publics étaient précédemment réalisés avec succès au moyen d'autres techniques de passation risque d'être abandonné et l'investissement des pouvoirs publics dans le système d'enchères électroniques inversées d'échouer;

iii) Le grand public devrait comprendre les avantages de l'introduction de cette nouvelle technique et être convaincu qu'elle aidera les pouvoirs publics à atteindre leurs objectifs en matière de passation.

Un programme de sensibilisation et de formation peut être dispensé par divers moyens et supports, dont un bon nombre sont peut-être déjà en place: réunions d'information périodiques, lettres d'information, études de cas, conseils réguliers, service d'assistance, guides faciles d'utilisation et d'accès, enchères simulées, cours d'initiation et d'orientation. Dans le cadre de ce programme, il faudrait recueillir et analyser les réactions de tous les participants, ce qui devrait permettre d'apporter les changements nécessaires aux processus d'enchères électroniques inversées.

7. Les enchères électroniques inversées prévues dans la Loi type peuvent être utilisées soit comme une méthode de passation autonome ("enchères autonomes"), soit comme l'étape finale précédant l'attribution d'un marché dans d'autres procédures de passation (ou dans les accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, "enchères en tant qu'étape") selon le cas. Ces deux types d'enchères nécessitent, dans une certaine mesure, des dispositions différentes; les États adoptants peuvent choisir de prévoir les deux types d'enchères ou un seul.

8. Les enchères autonomes sont appropriées lorsque les besoins de l'entité adjudicatrice sont relativement simples, par exemple quand il s'agit de produits courants ou d'articles normalisés disponibles dans le commerce. Lorsque ces achats

sont susceptibles de se répéter, les entités adjudicatrices pourront les combiner avec des accords-cadres ouverts (les paragraphes ... ci-dessous donnent des indications sur l'utilisation de ces derniers). Les enchères en tant qu'étape conviennent lorsque la présentation d'offres successives fait suite à des étapes initiales plus détaillées dans la procédure (telles que l'évaluation des qualifications et de la conformité, et éventuellement le classement) et sont normalement davantage appropriées pour les passations moins simples. Lorsque les enchères sont utilisées dans des passations plus complexes, il existe un risque de concentration du marché. La technique pourra néanmoins être utilisée efficacement, s'il est estimé que la concurrence sera agressive malgré le nombre relativement peu élevé d'acteurs⁷. Les dispositions du chapitre VI sont rédigées de manière à permettre l'exercice des deux options sans qu'il soit nécessaire d'apporter des modifications importantes aux dispositions de la Loi type.

B. Dispositions sur les enchères électroniques inversées à insérer dans le commentaire par article

Article 30. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée

1. L'article a pour objet de définir les conditions d'utilisation exhaustives des enchères électroniques inversées, soit comme méthode autonome, soit comme étape. Ces conditions sont nécessaires pour limiter les risques d'utilisation abusive ou excessive.
2. Le paragraphe 1 énonce les conditions d'utilisation des enchères autonomes. L'idée est que ces enchères sont destinées principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en biens normalisés, simples et généralement disponibles, qui surviennent de façon répétée, tels que des produits standard (par exemple, fournitures de bureau, produits courants, matériel informatique standard, ou encore produits de construction de base). Dans les marchés de ce type, le facteur déterminant est le prix⁸ ou la quantité; il n'y a pas besoin de processus d'évaluation complexe; les coûts après-acquisition sont limités voire nuls; et aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli.
3. L'obligation, faite à l'alinéa a) du paragraphe 1, de fournir une description détaillée et précise de l'objet du marché empêchera l'utilisation de cette technique de passation pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très simples et sont véritablement quantifiables (par exemple, des travaux simples d'entretien de la voirie).
4. En formulant une description détaillée et précise de l'objet du marché et les autres conditions du marché, les entités adjudicatrices devront mentionner clairement les caractéristiques techniques et qualitatives objectives des biens, travaux et services achetés, conformément à l'article 10 de la Loi type, de manière

⁷ Le Guide devra peut-être expliquer d'autres aspects à prendre en considération lorsqu'il s'agit de choisir entre des enchères autonomes et des enchères en tant qu'étape. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

⁸ On trouvera, dans le commentaire de l'article 11, des indications sur ce qui constitue le prix par rapport aux autres critères, y compris les critères étroitement liés au prix (tels que le délai de garantie) exprimés en pourcentage du prix total.

que les enchérisseurs disposent d'une base commune pour faire leurs offres. Il est donc souhaitable d'utiliser une terminologie commune relative aux marchés pour désigner les biens, les travaux ou les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

5. L'alinéa b) du paragraphe 1 vise à réduire les risques de collusion et à garantir un résultat optimal de l'enchère grâce à une concurrence rigoureuse. Il exige l'existence d'un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée. (Pour les préoccupations relatives à l'anonymat et à la collusion, voir les paragraphes ... ci-dessus). Cet alinéa b) est complété par le paragraphe 2 de l'article 54, en vertu duquel l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner l'enchère si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère (pour le commentaire des dispositions du paragraphe 2 de l'article 54, voir les paragraphes ... du présent Guide).

6. L'alinéa b) du paragraphe 1 parle de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée. Il ne faut pas en déduire pour autant que la passation de marché par enchères électroniques inversées comportera nécessairement une préqualification. Il est possible que, pour accélérer le processus et le rendre moins coûteux, les qualifications de l'enchérisseur retenu soient évaluées après l'enchère seulement. Pour le commentaire des dispositions de l'article 56, voir les paragraphes ... du présent Guide.

7. L'article s'applique à la passation de marché dont l'attribution est fondée soit sur le prix, soit sur le prix et d'autres critères précisés au début de la procédure. Le principe d'une enchère veut que le prix soit un critère d'attribution déterminant (voire le seul critère): comme indiqué dans le paragraphe ... ci-dessus, les enchères électroniques inversées ne conviennent pas pour les marchés complexes, dans lesquels des jugements de valeur interviennent sur l'importance relative des critères d'évaluation et où ces critères peuvent être nombreux. Lorsque des critères autres que le prix sont utilisés pour déterminer la soumission à retenir, l'alinéa c) du paragraphe 1 exige qu'ils soient quantifiables et qu'ils puissent être exprimés en termes pécuniaires (par exemple, chiffres, pourcentages). Si tous les critères peuvent, en théorie, être exprimés en termes pécuniaires, on obtiendra un résultat optimal lorsqu'il est logique, dans la pratique, de les exprimer ainsi.

8. C'est à l'État adoptant qu'il appartient de décider si l'attribution du marché par enchères électroniques inversées doit reposer sur le seul prix ou sur le prix et d'autres critères, selon les circonstances locales, notamment le niveau d'expérience de ses entités adjudicatrices et des fournisseurs et entrepreneurs en matière d'enchères électroniques inversées et le secteur économique dans lequel ce type d'enchères est envisagé. Pour les considérations générales relatives à l'utilisation de critères d'attribution autres que le prix, voir les paragraphes ... ci-dessus.

9. Les dispositions de la Loi type ne devraient pas être interprétées comme laissant entendre que les enchères électroniques inversées seront appropriées et devraient toujours être utilisées dès lors que toutes les conditions du paragraphe 1 sont réunies. Les États adoptants souhaiteront peut-être prévoir, par exemple dans les règlements en matière de passation des marchés et les guides qui les

accompagneront, d'autres conditions d'utilisation, par exemple le regroupement d'achats pour amortir les coûts de mise en place du système de tenue des enchères, y compris ceux des tiers fournisseurs de logiciels et de services, et donner des indications sur le concept de critères de "prix" en se fondant sur les dispositions pertinentes de l'article 11 et le commentaire l'accompagnant.

10. Le paragraphe 2 porte sur l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant qu'étape. Ces enchères peuvent être particulièrement adaptées pour la mise en concurrence lors de la deuxième étape d'un accord-cadre, où le nombre de variables à prendre en compte dans l'enchère est limité⁹. En revanche, il ne sera peut-être pas toujours approprié d'utiliser ces enchères comme étape dans toutes les méthodes de passation envisagées par la Loi type. Étant donné qu'une enchère électronique inversée présuppose des processus entièrement automatisés, dont une évaluation automatique à l'aide d'une formule mathématique, l'entité adjudicatrice doit veiller à ce que les critères appliqués pour déterminer la soumission à retenir soient quantifiables et puissent être exprimés en termes pécuniaires (alinéa c) du paragraphe 1 et paragraphe 2) s'il convient de recourir à une enchère électronique inversée comme étape dans d'autres méthodes de passation. Certaines méthodes de passation se focalisent sur la qualité et supposent une évaluation plus complexe des aspects qualitatifs qui ne se limite pas à la simple définition de critères d'admission ou de rejet pour vérifier la conformité des soumissions. Dans de tels cas, il peut souvent s'avérer impossible ou inapproprié d'évaluer les aspects qualitatifs dans le cadre de l'enchère. Étant donné que la Loi type exige que l'enchère soit la phase finale avant l'attribution d'un marché, les enchères ne peuvent pas être utilisées lorsque les aspects qualitatifs doivent être évalués après leur tenue (pour toutes ces questions, voir les paragraphes ... ci-dessus)¹⁰.

⁹ Le libellé prend en compte les points soulevés au sein du Groupe de travail et dans le cadre des consultations d'experts. Le Guide devra peut-être donner davantage de précisions sur les difficultés de préserver l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer une véritable concurrence entre eux dans le cas d'enchères électroniques inversées utilisées comme étape, en particulier dans les accords-cadres fermés. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

¹⁰ Les suggestions ci-après ont été faites à la onzième session du Groupe de travail (A/CN.9/623, par. 57 et 74 à 76): i) reconnaître dans le commentaire les difficultés posées par l'introduction et la réglementation des enchères électroniques inversées comme étape dans certaines méthodes de passation; ii) alerter les États adoptants sur le manque d'expérience de la réglementation et de l'utilisation de ce type d'enchères électroniques inversées; et iii) expliquer si et, dans l'affirmative, comment les enchères électroniques inversées pourraient être intégrées dans différentes méthodes de passation envisagées par la Loi type, et quelles modifications il faudrait apporter aux caractéristiques traditionnelles des méthodes dans lesquelles les enchères pourraient être intégrées. Le Guide pourrait indiquer, avec des renvois appropriés, que l'utilisation de ce type d'enchères dans la procédure d'appel d'offres serait inopportune en raison des caractéristiques particulières de cette méthode (par exemple l'interdiction de modifier quant au fond les offres une fois qu'elles ont été soumises), et si, dans d'autres méthodes de passation, les dispositions de la Loi type devraient être modifiées de manière à permettre un processus itératif pour la soumission d'offres ou de prix afin de tenir compte de l'utilisation des enchères électroniques inversées. Il faudra insérer des indications pour les suggestions considérées comme toujours actuelles. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

Article 52. Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchère électronique inversée

1. L'article énonce les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchères autonomes, c'est-à-dire lorsque celles-ci sont utilisées comme une méthode autonome de passation de marché et non comme une étape finale avant l'attribution d'un marché dans d'autres méthodes de passation ou en application d'accords-cadres. Bien que toutes les enchères autonomes soient soumises à des procédures de base, les procédures applicables à chaque passation dépendront de la complexité de l'enchère concernée. Certaines enchères peuvent être très simples, puisqu'elles ne requièrent même pas la vérification des qualifications des enchérisseurs ni de la conformité des offres avant l'enchère, alors que d'autres peuvent être plus complexes et nécessiter une préqualification, ainsi qu'un examen et une évaluation des offres initiales. La complexité des procédures sera déterminée par l'objet du marché, les critères d'examen et d'évaluation à utiliser et la question de savoir si les qualifications seront vérifiées avant l'enchère (ou, comme l'autorise le paragraphe 2 de l'article 56, si seulement celles de l'enchérisseur retenu seront vérifiées après l'enchère).

2. Par exemple, dans la passation de marchés de produits "standard", il n'y a pratiquement aucun risque que les offres s'avèrent non conformes ou que les enchérisseurs n'aient pas les qualifications, le besoin de procéder à des vérifications avant l'enchère étant donc corrélativement bas. Une simple déclaration des fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère peut être suffisante dans ce cas (ils déclarent, par exemple, qu'ils possèdent les qualifications requises, qu'ils comprennent la nature de l'objet du marché et qu'ils peuvent le fournir). Dans d'autres cas, il peut être nécessaire de vérifier la conformité avant l'enchère (par exemple, lorsque seuls les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont en mesure de livrer des voitures avec un niveau d'émissions maximum préalablement fixé sont admissibles à l'enchère), si bien que des offres initiales seront requises. Dans certains de ces cas, l'entité adjudicatrice peut souhaiter classer les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres initiales conformes avant l'enchère (dans l'exemple donné, les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales atteignent le seuil fixé seront classés sur la base des niveaux d'émissions), de manière à indiquer leur position relative et l'étendue des améliorations qu'ils devront peut-être apporter à leurs offres pendant l'enchère afin d'augmenter leurs chances de la remporter. L'enchère doit donc être précédée par une évaluation des offres initiales. L'article a été rédigé dans le but de s'adapter à toutes ces différentes options.

3. Le paragraphe 1 régit la sollicitation des offres dans les enchères autonomes. En renvoyant aux dispositions de l'article 32, il exige une sollicitation ouverte, répondant ainsi à l'une des conditions du recours aux enchères autonomes, à savoir l'existence d'un marché concurrentiel (voir art. 30-1 b)). En exigeant également une sollicitation internationale – règle par défaut prévue dans la Loi type –, les dispositions ont pour but d'assurer la plus large participation possible à une enchère électronique inversée. Les quelques exceptions à la sollicitation internationale concernent d'autres méthodes de passation exigeant une sollicitation ouverte et sont énumérées au paragraphe 4 de l'article 32 (passation de marché national conformément à l'article 8 et marchés de faible valeur. Voir le commentaire sur l'article 32-4 aux paragraphes ... ci-dessus). Lorsque l'enchère est précédée

d'une préqualification, les dispositions de l'article 17 s'appliqueront à la procédure de préqualification et à la sollicitation d'offres auprès de ceux qui ont été préqualifiés (il convient de relever que ces dispositions ont aussi été rédigées de manière à ce que la sollicitation ouverte internationale soit la règle par défaut).

4. Les dispositions sur la sollicitation ont été élaborées de façon à remplir l'une des conditions essentielles du recours aux enchères autonomes, à savoir la concurrence effective pendant l'enchère (art. 30-1 b)). Une concurrence effective n'est possible qu'en l'absence de collusion, ce qui par voie de conséquence exige l'anonymat des enchérisseurs. D'autres dispositions du chapitre rappellent qu'il est important de remplir cette condition: par exemple, en exigeant à l'article 52 que le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère soit précisé dans l'invitation à l'enchère (par. 1 j)) et en imposant l'abandon de l'enchère si ce nombre minimum d'inscrits n'est pas atteint. En outre, conformément au paragraphe 2 de l'article 54, l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère si, alors que le nombre minimum a été atteint, elle considère que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits est insuffisant pour garantir une concurrence effective.

5. Le paragraphe 1 énumère en outre toutes les informations que doit comporter l'invitation à l'enchère. Puisque, dans les enchères simples, aucune information complémentaire ne peut être transmise, l'invitation étant suivie par l'enchère même, la liste énumère de manière exhaustive toutes les informations qui doivent être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère. Le but est de leur permettre de déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure de passation et s'ils remplissent les conditions requises à cette fin et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les exigences en matière de renseignements sont semblables à celles qui s'appliquent à l'invitation à soumettre une offre (art. 36) et à la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres ouvert (art. 38). Comme dans ces cas, l'entité adjudicatrice peut ne pas mentionner la monnaie de paiement ni la langue exigées (alinéas i) et p)) en cas de passation de marchés nationaux, si une telle mention est inutile en l'espèce; la mention de la ou des langues demeure toutefois importante dans certains pays multilingues même en cas de passation nationale.

6. D'autres informations ont été ajoutées à la liste (en comparaison avec la liste pour l'appel d'offres ouvert) pour tenir compte des particularités procédurales de cette méthode de passation de marché et du fait, notamment, qu'elle se déroule en ligne et implique une évaluation automatique des offres pendant l'enchère. L'alinéa g) souligne précisément qu'il est nécessaire de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, non seulement les critères et les procédures d'évaluation, mais également la formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère. L'évaluation automatique des offres au moyen d'une formule mathématique est une des particularités des enchères électroniques inversées et n'est possible que lorsque les critères d'évaluation sont quantifiables et exprimés en termes pécuniaires (comme l'exige l'article 30-1 c)). La communication de la formule mathématique dès le début de la passation garantit que les offres seront évaluées de façon transparente et égale. Ces informations, ainsi que l'obligation faite au paragraphe 4 c) de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres initiales les résultats de toute évaluation préalable à l'enchère et l'exigence à l'article 55-2 de tenir les enchérisseurs

informés de l'avancement de l'enchère, permettent à ceux-ci de déterminer leur position pendant l'enchère de façon transparente et indépendamment de l'entité adjudicatrice et du système. Ils peuvent ainsi vérifier l'intégrité de la procédure d'évaluation.

7. Les informations à fournir selon les alinéas j) à p) sont aussi spécifiques aux enchères électroniques inversées. L'alinéa j) exige que soit indiqué le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu. L'importance de cette information pour garantir une concurrence effective durant l'enchère est soulignée au paragraphe 4 ci-dessus. Le texte de la Loi type ne peut lui-même indiquer de minimum unique (contrairement à ce qu'il fait pour d'autres méthodes de passation de marché, telles que la demande de prix, où il mentionne un minimum de trois prix). Ceci s'explique par le fait qu'un minimum de trois enchérisseurs peut suffire à remplir la condition de concurrence effective, à garantir l'anonymat des enchérisseurs et à éviter la collusion dans certaines enchères mais pas dans d'autres. Les circonstances de chaque marché aideront l'entité adjudicatrice à préciser le nombre minimum adéquat. Afin d'éviter la collusion, l'entité devrait fixer le minimum au niveau le plus élevé possible, en sachant toutefois qu'elle sera obligée d'abandonner l'enchère si ce minimum n'est pas atteint (alors que l'article 54-2 l'autorise à abandonner l'enchère même si le minimum a été atteint, par exemple, si elle soupçonne une collusion entre les fournisseurs ou entrepreneurs inscrits ou si une véritable concurrence ne peut être assurée même avec le minimum requis (voir le commentaire de l'article 54-2 au paragraphe ... ci-dessous)). Les questions de l'objectivité et de l'équité dans le traitement des fournisseurs ou entrepreneurs ne devraient pas être négligées dans ce contexte.

8. L'alinéa k) est une disposition facultative (par conséquent mise entre parenthèses) qui permet de fixer un nombre maximum d'enchérisseurs et qui indique la procédure et les critères qui seront appliqués pour sélectionner ce maximum. Comme l'explique la note de bas de page correspondante, la disposition ne devrait pas être incorporée par les États dont la situation sur le plan technique ne l'exige pas et, dans tous les cas, devrait être complétée par le paragraphe 2 de cet article, pour apporter des garanties essentielles contre les abus. La CNUDCI a autorisé cette mesure dans les enchères électroniques inversées pour tenir compte des limites de capacité technique entravant l'accès aux systèmes concernés (par exemple, le logiciel acheté pour tenir des enchères électroniques inversées ne peut admettre qu'un certain nombre maximum d'enchérisseurs). Cependant, les États adoptants devraient savoir que ces limites de capacité disparaissent rapidement et que la disposition devrait devenir obsolète d'ici peu.

9. La fixation d'un maximum contredit le principe général de la Loi type d'une concurrence pleine et ouverte; elle n'est donc autorisée que dans les circonstances exceptionnelles indiquées. L'idée est de limiter le nombre de participants pour des raisons pratiques mais non le principe de concurrence et la limitation n'est autorisée que dans la mesure où elle est justifiée par les limites de capacité technique existantes. La sélection des participants doit se faire uniquement selon les critères et les procédures préalablement communiqués, ceux-ci devant être conformes aux dispositions de la Loi type. L'entité adjudicatrice peut recourir à une sélection aléatoire ou de type "premier arrivé, premier servi", comme dans l'appel d'offres restreint utilisé pour le motif indiqué à l'article 28-1 b) (voir par. ... ci-dessus), afin

de limiter le nombre de façon objective (étant donné que, lorsqu'il y a un nombre suffisant de participants, le marché sera suffisamment homogène pour que les meilleures offres du marché puissent être soumises). Elle peut aussi recourir à une présélection, comme dans la demande de propositions avec dialogue (voir par. ... ci-dessus)¹¹. Comme expliqué aux paragraphes ... ci-dessus, ni la préqualification ni l'examen des offres initiales (qui permettent simplement d'appliquer des critères d'admission ou de rejet) ne permettent de sélectionner un nombre prédéterminé de fournisseurs ou d'entrepreneurs répondant le mieux aux critères de qualification ou d'offres les mieux classées.

10. Les alinéas l) à p) énumèrent les informations sur les aspects techniques de l'enchère qui doivent être fournies afin de tenir compte de son déroulement en ligne et d'assurer la transparence et la prévisibilité du processus (comme, par exemple, les spécifications de connexion, le matériel utilisé, le site Web, tout logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité). La Loi type énumère uniquement les exigences fonctionnelles minimales essentielles à la bonne conduite de l'enchère et elle les formule dans des termes technologiquement neutres. Ces exigences devraient être complétées par une réglementation détaillée. Par exemple, la réglementation doit énoncer les critères de clôture de l'enchère dont il est question à l'alinéa o), tels que: i) lorsque la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ii) lorsque l'entité adjudicatrice, dans un délai déterminé, ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs valables qui constituent une amélioration par rapport à l'offre la mieux classée; ou iii) lorsque le nombre d'étapes fixé pour l'enchère dans l'avis d'enchère électronique inversée a été accompli. La réglementation devrait aussi préciser que chacun de ces critères peut nécessiter la communication préalable d'informations complémentaires spécifiques. Par exemple, le deuxième critère (énoncé au point ii) ci-dessus) nécessiterait d'indiquer le laps de temps qui devra s'écouler après réception de la dernière offre pour clore l'enchère. Le troisième critère (énoncé au point iii) ci-dessus) nécessiterait la communication préalable d'informations sur le fait de savoir si l'enchère ne comportera qu'une phase ou en comportera plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, les informations communiquées devraient mentionner leur nombre et la durée de chacune d'elles et indiquer par quoi s'achèvera chaque phase, par exemple si l'exclusion d'enchérisseurs à la fin de chaque phase est envisagée).

11. En ce qui concerne l'alinéa p), la réglementation devrait aussi exiger que soient communiqués: i) les procédures à suivre en cas de défaillance, dysfonctionnement ou panne du système qui sera utilisé au cours de l'enchère, ii) le moment où et la manière dont les informations seront mises à disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère (au minimum, et afin d'assurer l'égalité de traitement, la même information devrait être communiquée simultanément à tous les enchérisseurs); et iii) s'agissant des conditions dans lesquelles ils pourront enchérir, les améliorations minimales, en termes de prix ou d'autre valeur, que toute nouvelle offre pourra comporter pendant l'enchère ou les limites à de telles améliorations. Dans ce dernier cas, les informations doivent expliquer les limites (qui peuvent être inhérentes aux caractéristiques techniques de l'objet à acquérir).

¹¹ Il faudrait examiner si la référence à la présélection et si les méthodes de sélection dans les procédures d'appel d'offres restreint sont appropriées dans le contexte des enchères électroniques inversées. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

12. Ces informations détaillées peuvent être communiquées dans l'avis d'enchère électronique inversée ou, par référence, dans les règles de conduite de l'enchère, à condition que toutes les informations pertinentes soient portées à la connaissance de tous les fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment longtemps avant l'enchère, afin de leur permettre de préparer convenablement leur participation. Il convient de reconnaître qu'il ne sera pas toujours possible de communiquer toutes les informations pertinentes dans l'invitation. Par exemple, dans une enchère complexe qui implique un examen ou une évaluation des offres initiales (voir par. 16 à 21 ci-dessous), le délai d'inscription à l'enchère (alinéa m)) et la date et l'heure de son ouverture (alinéa n)) ne seront peut-être pas connus avec certitude avant la fin de l'examen ou de l'évaluation. Il faudra peut-être déterminer les critères de clôture de l'enchère lorsque seront connus le nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs inscrits à l'enchère et d'autres éléments influant sur la structure de l'enchère (par exemple le nombre de tours). Lorsqu'il n'est pas possible de communiquer toutes les informations pertinentes dans des termes précis, l'invitation doit fixer au minimum les critères généraux, les critères spécifiques pouvant être définis à un stade ultérieur du processus mais en aucun cas après le début de l'enchère.

13. Il faut interpréter certaines informations énumérées au paragraphe 1 en se rapportant à d'autres dispositions du chapitre. Par exemple, l'alinéa f), qui renvoie aux critères et à la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché, devrait être lu conjointement avec les dispositions de l'article 56-2, qui permet qu'en cas d'enchères très simples, l'examen de l'offre retenue soit réalisé après l'enchère. L'alinéa f) englobe aussi les critères qui ne peuvent pas être modifiés pendant le déroulement de l'enchère (tels que les exigences techniques minimales). L'alinéa s), qui mentionne le nom, le titre fonctionnel et l'adresse de la ou des personnes chargées au sein de l'entité adjudicatrice de communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs "concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère", doit être lu conjointement avec les dispositions de l'article 55-2 d), qui interdit toute communication entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs au cours de l'enchère.

14. Certaines informations devant être fournies dans d'autres méthodes de passation de marché ne sont pas appropriées pour les enchères électroniques inversées et ne sont, par conséquent, pas mentionnées au paragraphe 1. Par exemple, les offres ne portant que sur une ou plusieurs parties de l'objet du marché ne sont pas permises (autrement, des enchères distinctes dans la même procédure de passation de marché seraient nécessaires). Aucune disposition n'autorise de réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs afin de préserver l'anonymat des enchérisseurs. L'alinéa u), sur les formalités à accomplir après l'enchère, ne comporte aucune référence à l'approbation d'une entité extérieure, dans le but de tenir compte à la fois des conditions d'utilisation des enchères autonomes et du type d'objet dont l'acquisition est envisagée par voie d'enchère conformément à l'article 30-1 de la Loi type. La signature d'un marché écrit en application de l'article 21 de la Loi est en revanche mentionnée et des formalités spécifiques au contexte des enchères

électroniques inversées, telles que la possibilité d'évaluer les qualifications ou la conformité après l'enchère, ont été ajoutées¹².

15. Le paragraphe 2, qui traite de l'imposition d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère, a été examiné dans le commentaire sur le paragraphe 1 k) de l'article (voir par. 8 ci-dessus). En particulier, l'entité adjudicatrice ne peut imposer ce nombre que dans la mesure où des limites de capacité technique de son système de communication l'exigent. Comme pour les accords-cadres ouverts, les États adoptants devraient savoir que cette disposition risque, en raison des progrès techniques, de devenir obsolète à court ou moyen terme.

16. Les paragraphes 3 et 4 énoncent des prescriptions additionnelles pour le contenu de l'invitation à l'enchère et pour les autres étapes précédant l'enchère en tant que méthode autonome impliquant des offres initiales. Bien qu'une enchère reposant uniquement sur le prix n'exige normalement pas la soumission d'offres initiales ni d'autres procédures préalables, les dispositions sont suffisamment flexibles pour permettre cette éventualité (lorsque, par exemple, l'entité adjudicatrice considère que des exigences techniques minimales sont essentielles). L'État adoptant peut omettre ces deux paragraphes, s'il décide que sa législation nationale des marchés publics ne prévoira que des enchères très simples, qui ne comporteront aucune phase préalable, à l'exception de l'invitation et de l'inscription à l'enchère.

17. Dans les enchères plus complexes impliquant des offres initiales, l'entité adjudicatrice doit inclure dans l'invitation les informations spécifiées au paragraphe 3, qui viennent donc s'ajouter à celles énumérées au paragraphe 1. Dans ces cas, l'entité adjudicatrice doit à la fois demander des offres initiales et donner des instructions suffisamment détaillées pour leur préparation, en indiquant notamment la portée des offres initiales, la langue dans laquelle elles doivent être établies et les modalités, le lieu et la date limite de présentation. Les alinéas f) et g) du paragraphe 1 sur les critères d'examen et d'évaluation des offres, seront aussi applicables aux offres initiales et les informations à fournir conformément à ces alinéas devront par conséquent concerner l'examen ou l'évaluation des offres avant et pendant l'enchère. Puisqu'il y aura des chevauchements entre les informations à fournir pour les offres initiales et celles à fournir pour les offres soumises au cours de l'enchère, l'entité adjudicatrice doit correctement indiquer quelle information se rapporte à quelle étape, afin d'éviter toute confusion (en particulier s'agissant des modalités, du lieu et de la date limite de présentation des offres initiales, par rapport aux modalités d'accès à l'enchère, aux modalités et au délai d'inscription à l'enchère, aux différents critères et procédures d'évaluation, etc.). Les informations fournies concernant l'établissement, l'examen ou l'évaluation des offres initiales doivent être soigneusement rédigées afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de préparer leurs offres initiales et leur garantir qu'elles seront examinées ou évaluées sur la même base.

18. Le paragraphe 4 réglemente les étapes supplémentaires préalables à l'enchère qui sont requises pour l'examen ou l'évaluation des offres initiales. Afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés d'engager des recours efficaces,

¹² On pourrait examiner s'il faudrait inclure davantage de détails sur les considérations de principes. Dans l'affirmative, le Secrétariat demande des orientations sur ces considérations.

un avis motivé de rejet doit être adressé sans délai au fournisseur ou à l'entrepreneur dont l'offre initiale a été rejetée. Les dispositions du paragraphe 4 ne régissent pas les motifs de rejet mais les dispositions du chapitre premier de la Loi type s'appliqueront, comme l'article 9 qui énonce les motifs de disqualification, l'article 10 qui énumère les critères de conformité, l'article 19 sur le rejet des soumissions anormalement basses et l'article 20 sur l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur au motif d'incitations, d'un conflit d'intérêts ou d'un avantage concurrentiel injuste. Pour plus de commodité, l'État adoptant voudra peut-être envisager d'énumérer tous les motifs de rejet des offres initiales dans sa réglementation relative à la passation des marchés.

19. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent des offres initiales conformes doivent être invités à l'enchère sauf si les dispositions des paragraphes 1 k) et 2 ont été adoptées et si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant être invités a été limité par l'entité adjudicatrice conformément à ces dispositions. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice peut rejeter des offres conformément aux critères et à la procédure précisés dans l'invitation à l'enchère pour la sélection du nombre maximum. Si le nombre total des fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent des offres initiales conformes s'avère inférieur au minimum établi conformément au paragraphe 1 j), l'entité adjudicatrice doit abandonner l'enchère; si ce nombre est supérieur au minimum mais est toujours insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère, l'entité adjudicatrice peut décider d'abandonner l'enchère conformément à l'article 54-2 (voir le commentaire de l'article 54-2).

20. Comme mentionné au paragraphe 2 ci-dessus, dans certaines enchères complexes, les offres initiales peuvent faire l'objet d'un examen, et toutes les offres initiales qui atteignent le seuil minimum sont admises à l'enchère. Dans d'autres enchères complexes, les offres initiales font en outre l'objet d'une évaluation et peuvent être classées. Dans cette dernière hypothèse, le classement des fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres conformes et d'autres informations sur le résultat de l'évaluation doivent leur être communiqués, conformément au paragraphe 4 c), avant que l'enchère puisse commencer. Les informations à communiquer peuvent varier d'une enchère à l'autre; dans tous les cas, elles devraient être suffisantes pour permettre à ces fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer leur position par rapport à leurs concurrents avant l'enchère afin qu'ils puissent enchérir de façon efficace et responsable pendant celle-ci. Avec la formule mathématique à utiliser pendant l'enchère, telle que précisée dans l'invitation à l'enchère conformément au paragraphe 1 g), ces informations devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'évaluer eux-mêmes leurs chances de réussite et d'identifier quels aspects de leurs offres ils devraient et pourraient changer, et dans quelle proportion, afin d'améliorer leur classement¹³.

21. Les dispositions du paragraphe 4 ont été rédigées dans le but de préserver l'anonymat des enchérisseurs et la confidentialité des informations sur leurs offres

¹³ Le Guide devrait peut-être fournir des orientations supplémentaires s'agissant de l'étendue des informations sur le résultat de l'ensemble de l'évaluation, qui sont à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneur soumettant des offres initiales. Voir le paragraphe 3 du commentaire de l'article 55 pour des considérations similaires. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

initiales et le résultat de tout examen ou toute évaluation. Chaque fournisseur ou entrepreneur reçoit des informations uniquement sur sa propre offre initiale. Afin de garantir un traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, les informations doivent être envoyées rapidement et simultanément à chacun d'entre eux¹⁴.

Article 53. Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation dans laquelle une enchère électronique inversée précède l'attribution du marché

1. L'article régit les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation dont l'enchère électronique inversée constitue une étape. Les conditions d'utilisation de ces enchères électroniques inversées sont examinées dans le commentaire de l'article 30, aux paragraphes ... ci-dessus.
2. Le paragraphe 1 fait référence aux informations minimales à fournir lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une telle passation. Outre toutes les autres informations qui doivent être données aux fournisseurs ou entrepreneurs, les dispositions du paragraphe 1 imposent à l'entité adjudicatrice de préciser qu'une enchère électronique inversée sera tenue, de donner la formule mathématique qui sera utilisée pendant l'enchère et de communiquer toutes les autres informations nécessaires pour participer à l'enchère. La communication de ces informations minimales dès les débuts de la procédure de passation de marché est primordiale afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer non seulement s'ils souhaitent mais aussi s'ils peuvent participer à la procédure. Des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent renoncer à participer à une procédure de passation impliquant des enchères électroniques inversées, par exemple par manque de capacité

¹⁴ Il faudra examiner l'emplacement du texte suivant que le Groupe de travail a suggéré d'insérer dans le Guide: "Dans les enchères complexes, l'entité adjudicatrice peut recevoir des offres initiales qui dépassent de beaucoup les exigences minimales, en particulier lorsque les fournisseurs seraient autorisés à proposer des articles ayant différentes valeurs techniques et donc différents niveaux de prix". Un autre point à examiner concerne les garanties de soumission et la question de savoir si on peut y avoir recours en matière d'enchères autonomes. Pour les enchères simples, la réponse est a priori négative (qu'elles soient autonomes ou qu'elles constituent une étape dans une autre méthode de passation); pour les enchères complexes, la situation peut être différente et les garanties de soumission pourraient être appropriées. Si elles sont exigées, comment cette exigence s'appliquera-t-elle dans la pratique? Quel événement pourrait conduire à la perte de la garantie de soumission? Le défaut d'inscription à l'enchère conformément à l'article 54 entraîne-t-il la perte de la garantie au motif que la participation à l'enchère est considérée comme une condition de la procédure de passation? Dans ce cas, le but est d'éviter les situations où l'entité adjudicatrice ne peut tenir l'enchère car un ou deux fournisseurs ne s'y sont pas inscrits. En pratique, toutefois, les enchérisseurs ne peuvent pas être obligés à changer des aspects de leurs offres et peuvent simplement s'abstenir d'enchérir, de sorte que la garantie de soumission est en fait inutile. Il convient de rappeler que le Groupe de travail a décidé de ne pas prévoir de disposition exigeant que des offres soient soumises pendant l'enchère et excluant de l'enchère les enchérisseurs passifs, car de telles dispositions seraient inutiles, surtout étant donné que les fournisseurs ou entrepreneurs ont tendance à enchérir activement à la dernière minute. Les commentaires sur les garanties de soumission dans le contexte du présent chapitre devraient être alignés sur celui de l'article 16 relatif aux garanties de soumission lorsque des questions similaires se posent.

technique, de connaissances informatiques ou de confiance dans le processus (au sujet de ce dernier point et des mesures de confiance, voir paragraphes ... ci-dessus)

3. Une fois annoncée, l'enchère électronique inversée sera la méthode de sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur à retenir, à moins que le nombre de participants soit insuffisant pour assurer une concurrence effective. Dans ce cas et conformément à l'article 54-2, l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner l'enchère. Elle a aussi un droit distinct, conféré par l'article 18, d'abandonner la passation de marché. Ce droit peut être exercé en particulier si elle apprend que l'anonymat des enchérisseurs a été compromis au cours des premières phases de la procédure et si un risque de collusion existe.

4. Le paragraphe 2 mentionne la phase qui précède immédiatement la tenue de l'enchère, une fois que toutes les autres étapes obligatoires de la procédure en question ont été achevées (telles que la préqualification, l'examen ou l'évaluation des offres initiales) et que la seule étape restante consiste à déterminer l'offre à retenir par voie d'enchère. L'entité adjudicatrice doit communiquer aux participants restants des informations détaillées sur l'enchère: le délai pour s'inscrire, la date et l'heure de l'ouverture de l'enchère, les conditions d'identification et toutes les règles applicables à la conduite de l'enchère. Les dispositions des articles 52 et 53 ont été rédigées de sorte que des informations équivalentes soient données aux participants à des enchères autonomes et à des enchères en tant qu'étape. Les informations requises font l'objet d'un examen plus poussé dans le commentaire de l'article 52 (voir par. ... ci-dessus).
