



Assemblée générale

Distr.: Générale
12 avril 2005

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-huitième session
Vienne, 4-15 juillet 2005

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

(New York, 4-8 avril 2005)

Table des matières

| | <i>Paragraphes</i> | <i>Page</i> |
|---|--------------------|-------------|
| I. Introduction | 1 | 3 |
| II. Organisation de la session | 2-7 | 3 |
| III. Délibérations et décisions | 8-9 | 4 |
| 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 | 10-82 | 5 |
| A. Publication et communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés | 10-33 | 5 |
| 1. Remarques générales | 10-14 | 5 |
| 2. Notion d'«électronique» et autres termes apparentés (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 17 à 22, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, <i>article 2. Définitions</i>) | 15-23 | 7 |
| 3. Publication électronique des textes juridiques et d'autres renseignements (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 24 à 30 et 42 à 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 8 à 17, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, <i>article 5. Accès du public à la réglementation des marchés, article 14. Publication des avis d'attribution de marché, article 24. Procédures de sollicitations des offres pour des demandes de présélection, article 37. Avis de sollicitation de propositions, article 47. Appel d'offres restreint, et article 48. Sollicitation de propositions</i>) | 24-28 | 9 |
| 4. Publication des possibilités de marché à venir (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 31 à 41, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, <i>article 5 bis. Avis de possibilités de marchés</i>) | 29-31 | 10 |



| | | | |
|----|---|-------|----|
| 5. | Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 18 à 43, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, <i>article 7. Procédure de présélection, article 9 Forme des communications, article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs, article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection, article 26. Communication du dossier de sollicitation, article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation, article 30. Soumission des offres, article 37. Avis de sollicitation de propositions et article 40. Clarification et modification des sollicitations de propositions</i>) | 32-33 | 11 |
| B. | Autres aspects découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics | 34-50 | 12 |
| 1. | Conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres électroniques et écrites (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 33, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, <i>article 30. Soumission des offres</i>) | 34-42 | 12 |
| a) | Mesures de sécurité dans les communications et dans le traitement des offres | 34 | 12 |
| b) | L'ouverture des offres | 35-42 | 12 |
| 2. | Valeur juridique des documents électroniques utilisés dans la procédure de passation ou issus de la procédure (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44 à 58, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, <i>articles 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés et 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché</i>) | 43-50 | 14 |
| a) | Procès-verbal de la procédure de passation des marchés | 43-47 | 14 |
| b) | Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché | 48-50 | 15 |
| C. | Enchères électroniques (inversées) (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1) | 51-67 | 16 |
| D. | Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.36) | 68-82 | 20 |

I. Introduction

1. À sa trente-septième session en 2004, 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 charger le secrétariat de préparer des projets de textes et des études tenant compte de ses délibérations pour examen à sa prochaine session. Il a en outre décidé de continuer à cette prochaine session 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).

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa septième session à New York du 4 au 8 avril 2005. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Jordanie, Kenya, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Qatar, République de Corée, République tchèque, Serbie-et-Monténégro, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Brunéi Darussalam, Cuba, Finlande, Indonésie, Koweït, Myanmar, Philippines et République dominicaine.

4. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Fonds monétaire international (FMI), Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Programme des Nations Unies et Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne, Banque africaine de développement (BAD), Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (IDLO) et Organisation mondiale du commerce (OMC);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association européenne des étudiants en droit, Association internationale du barreau et International Studies Institute (ISI).

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:
Président: M. Stephen R. Karangizi (Ouganda)
Rapporteur: M. Phua Wee Chuan (Singapour)
6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:
 - a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.33);
 - b) Une note du secrétariat exposant les questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2);
 - c) Une note du secrétariat présentant une étude comparative de l'expérience pratique de l'utilisation des enchères électroniques (inversées) dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1); et
 - d) Une note du secrétariat présentant une étude comparative des offres anormalement basses dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.36).
7. 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

8. À sa septième 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 6 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.34 et 35 et leurs additifs, et A/CN.9/WG.I/WP.36).
9. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer pour sa huitième session des propositions de textes, tenant compte des délibérations à la session en cours sur la publication et la communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés, d'autres aspects découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, tels que les conditions de cette utilisation, les enchères électroniques inversées, et les offres anormalement basses. Il est convenu que l'examen de ces thèmes devrait être conclu à sa prochaine session. Il a décidé en outre, si le temps le permettait, d'aborder la question des accords-cadres à sa prochaine session. À cet égard, il a rappelé son examen de la question à sa sixième session, à laquelle il avait prié le secrétariat d'élaborer une note à ce sujet (A/CN.9/568, par. 78). Il lui a également été suggéré d'aborder ensuite en priorité les questions suivantes: listes de fournisseurs; voies de droit et exécution; évaluation et comparaison des offres (y compris la promotion des politiques industrielles, sociales et environnementales dans la passation de

marchés); organisation de la passation de marchés; et passation de marchés de services.

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. Publication et communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés

1. Remarques générales

10. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2). On a rappelé qu'il faudrait, pour adapter la Loi type aux évolutions récentes dans le domaine des marchés publics, en particulier dans l'utilisation des communications électroniques, se concentrer avant tout sur les modifications qui étaient nécessaires pour lever les obstacles à cette utilisation. À cet égard, le principe posé par le Groupe de travail à sa sixième session, à savoir que la Loi type devrait encourager l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics (A/CN.9/568, par. 18), a de nouveau été appuyé. La nécessité d'allier simplicité et précision dans le texte a également été soulignée. Le Groupe de travail a en outre rappelé les effets que la modification des dispositions de la Loi type aurait sur les pays qui s'en sont inspirés pour élaborer leur législation sur les marchés.

11. En ce qui concerne les principes législatifs généraux et la démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés, le Groupe de travail a décidé d'insérer, si nécessaire, des dispositions fondées sur les textes relatifs au commerce électronique élaborés par la CNUDCI (voir aussi A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 13), tout en les modifiant dans le cadre de la Loi type révisée pour tenir compte des caractéristiques particulières de la passation des marchés publics. Le Groupe de travail a également rappelé qu'il était convenu, à sa sixième session, que la Loi type devrait formuler les principes directeurs de manière appropriée mais que de plus amples indications pourraient utilement être fournies dans le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/568, par. 24).

12. Il a été convenu que le secrétariat devrait insérer, au début de la Loi type, une disposition, qui deviendrait le nouvel article 4 *bis*, énonçant les principes généraux d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique à respecter dans les diverses formalités accomplies au cours de la procédure de passation, telles que la publication d'offres et d'autres informations relatives à la passation de marchés, la communication par exemple entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs, l'ouverture des offres et la tenue de réunions préalables à la soumission des offres. Cette disposition générale, a-t-on fait observer, devrait lever les obstacles et les ambiguïtés dans la Loi type concernant l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics et encourager cette utilisation en modifiant tous les termes qui sous-entendent l'utilisation d'un support papier

uniquement, tels que “écrit”, “enveloppe scellée”, “signature” ou “procès-verbal”, sans être trop directive ni rendre la Loi type plus complexe.

13. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations à une prochaine session, prenant en considération les deux variantes suivantes d’un nouvel article 4 bis de la Loi type:

Variante A

“Article 4 bis. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d’échange ou de conservation d’informations ou de documents

Toute [disposition] [exigence] de la présente Loi prévoyant:

- a) qu’un document doit être écrit;
- b) qu’un document doit être signé;
- c) qu’un document doit être placé dans une enveloppe scellée;
- d) qu’un document doit être publié, fourni ou mis à disposition;
- e) qu’un procès-verbal doit être dressé ou conservé;
- f) qu’une réunion doit avoir lieu; et
- g) que les offres doivent être ouvertes selon certaines modalités

ou toute autre exigence qui sous-entend une présence physique ou un environnement papier

peut être satisfaite par l’utilisation de moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l’État adoptant ou l’entité adjudicatrice ait l’assurance que cette utilisation:

- a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s’appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];
- b) favorise l’économie et l’efficacité dans le processus de passation; et
- c) n’entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l’encontre de fournisseurs ou d’entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.]”

Variante B

“Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme englobant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l’État adoptant ou l’entité adjudicatrice ait l’assurance que cette utilisation:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.]”

(La liste figurant dans la variante A serait insérée dans le Guide pour l'incorporation.)

14. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de remanier ces deux variantes de sorte que les “critères d'accessibilité” s'appliquent à tout moyen de publication et de communication choisi.

2. Notion d’“électronique” et autres termes apparentés (A/CN.9/WGI/WP.34, par. 17 à 22, et A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2, article 2 Définitions)

15. Conformément au paragraphe 22 du document A/CN.9/WGI/WP.34, le Groupe de travail a examiné les projets de nouvelles définitions, dont le texte figure dans le document A/CN.9/WGI/WP.34/Add.2, qui pourraient être ajoutées à l'article 2 de la Loi type.

16. Le premier ajout possible examiné était la définition libellée comme suit: “Le terme ‘électronique’ s'applique aux technologies ayant des moyens électroniques, optiques, magnétiques ou des moyens analogues qui peuvent être utilisés pour envoyer, recevoir ou stocker des données, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie”, (inspirée de la définition du message de données à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, A/51/17, annexe I). Certaines délégations et certains observateurs se sont interrogés sur l'opportunité d'une définition de l'adjectif “électronique” seulement, se demandant si une définition du terme “communications électroniques” ne serait pas plus utile au législateur.

17. En ce qui concerne le libellé même de la définition proposée, il a été proposé, compte tenu de l'évolution constante des technologies, de remplacer l'adjectif “analogue” par “comparable” et d'en expliquer les raisons dans le Guide pour l'incorporation.

18. Le deuxième ajout possible examiné était une définition de “système d'information électronique accessible au public” (inspirée de la définition de “système d'information” à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique A/51/17, annexe I) libellée comme suit: “Le terme ‘système d'information électronique accessible au public’ désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des communications électroniques qui est généralement accessible à des personnes faisant usage de dispositifs électroniques”. Certaines délégations et certains observateurs se sont demandés si cette définition était vraiment nécessaire, surtout si la définition des termes “électronique” ou “communications électroniques” était suffisamment large et si l'on modifiait en conséquence le texte des propositions de modification des autres articles de la Loi type.

19. Pour ce qui est du libellé de la définition proposée, il a été suggéré d'insérer les mots "et des données" après "communications" et de remplacer les mots "des personnes" par "toute personne".

20. Des représentants et des observateurs ont suggéré au Groupe de travail d'insérer d'autres définitions dans la Loi type révisée, notamment des définitions des termes "écrit" et "moyen électronique" en s'inspirant peut-être de celles qui figurent dans les directives européennes du 31 mars 2004 relatives à la passation des marchés (Directive 2004/17/CE et Directive 2004/18/CE). Il a également été suggéré que le Guide pour l'incorporation encourage les États adoptants à utiliser une terminologie cohérente pour éviter tout conflit avec d'autres textes de loi.

21. L'avis a également été exprimé que les dispositions de la Loi type visant à assurer la publication et l'accessibilité des informations relatives aux marchés devaient être formulées en termes technologiquement neutres et qu'il faudrait s'abstenir d'élaborer des dispositions consacrées spécifiquement aux moyens de communication électroniques. Il a été déclaré en même temps que de telles dispositions pourraient être utiles dans certains cas et pour certains pays. Il a été suggéré que, lorsqu'il modifierait la Loi type, le Groupe de travail s'efforce d'établir un équilibre entre, d'une part, l'élaboration de dispositions libellées en termes technologiquement neutres et assurant l'équivalence fonctionnelle entre les différents moyens de communication, et d'autre part, la promotion des moyens de communication électroniques, en soulignant les problèmes pouvant découler de leur utilisation et en proposant des solutions à ces problèmes.

22. Le Groupe de travail a tenu des consultations informelles à propos des projets de textes concernant les définitions proposées pour insertion à l'article 2 de la Loi type. Il est convenu de poursuivre ses délibérations sur ces définitions à une prochaine session en prenant en considération les variantes suivantes:

Variante A

"Le terme 'moyen électronique' de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents désigne la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.

Le terme 'moyen électronique' de réunion à une fin quelconque prévue dans la présente Loi désigne toute méthode permettant aux personnes réunies de suivre les discussions et d'y participer en utilisant des moyens électroniques de communication."

Variante B

"Le terme 'moyen électronique' de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents et de réunion désigne la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de

données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.”

Variante C

Ne pas insérer de définitions du terme “moyen électronique” car celles-ci seraient superflues compte tenu de l’article 4 *bis* proposé (voir ci-dessus, par. 10 à 14).

23. Le secrétariat a été prié de prendre en compte ces propositions lorsqu’il élaborerait les documents dont serait saisi le Groupe de travail pour la suite de ses débats à une prochaine session.

3. Publication électronique des textes juridiques et d’autres renseignements (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 24 à 30 et 42 à 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 8 à 17, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, article 5. Accès du public à la réglementation des marchés, article 14. Publication des avis d’attribution de marché, article 24. Procédures de sollicitations des offres pour des demandes de présélection, article 37. Avis de sollicitation de propositions, article 47. Appel d’offres restreint, et article 48. Sollicitation de propositions)

24. Il a été convenu que le champ d’application de l’article 5 devrait être étendu à l’accès du public de tous les renseignements soumis à publication obligatoire ayant trait à la passation des marchés, y compris les textes juridiques. Le Groupe de travail a noté que le secrétariat examinait actuellement la pratique suivie dans les régimes internes de passation des marchés pour recenser les autres renseignements intéressant les fournisseurs potentiels, dont la Loi type n’exigeait pas actuellement la publication, et qui pourraient être mentionnés à l’article 5 (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 29 et 30). Le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette question lorsque les résultats de l’étude lui auront été communiqués.

25. Il a été convenu que la Loi type devrait prévoir une disposition énonçant le principe général selon lequel, en vertu de l’article 5, une entité adjudicatrice devrait avoir le droit de choisir le moyen de publication. En d’autres termes, l’entité adjudicatrice pourrait choisir une publication sur papier, sous forme électronique ou bien les deux, sans être tenue de justifier son choix, à condition que le moyen de publication retenu soit conforme à certaines “normes d’accessibilité”. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui soumettre pour examen à une session future des projets de “normes d’accessibilité” pouvant s’inspirer du projet de paragraphe 3 de l’article 24, tel qu’il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Les principes énoncés dans ce paragraphe disposeraient que la méthode de publication choisie:

- a) Ne devrait pas constituer un obstacle à l’accès au processus de passation de marchés;
- b) Serait justifiée pour promouvoir l’économie et l’efficacité du processus de passation de marchés; et
- c) N’entraînerait pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.

26. Il a été convenu que les principes généraux à inclure dans l'article 5 révisé s'appliqueraient à la publication d'autres renseignements actuellement mentionnés dans d'autres articles de la Loi type, tels que les invitations à participer à une procédure de passation particulière (articles 24, 37, 46, 47 et 48 de la Loi type, dont il est question aux paragraphes 42 à 45 du document A/CN.9/WG.I/WP.34 et aux paragraphes 8 à 17 du document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1) et la publication des avis d'attribution de marché (article 14 de la Loi type, dont il est question aux paragraphes 46 et 47 du document A/CN.9/WG.I/WP.34), ou d'autres informations dont la publication peut être envisagée dans la Loi type révisée, par exemple la publication des possibilités de marchés à venir (voir ci-après, section 4).

27. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui soumettre pour examen des propositions d'ordre rédactionnel tenant compte des considérations ci-dessus et de lui faire rapport sur les résultats de l'étude dont il avait été chargé, comme il est indiqué au paragraphe 24 ci-dessus.

28. Le Groupe de travail est convenu d'examiner, lorsqu'il poursuivrait ses débats sur le projet d'article 5 à une session future, le texte suivant:

“Article 5. Accès du public aux informations relatives à la passation des marchés

1) Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, de même que tous autres documents et informations dont la publication est exigée [ou qui sont publiés conformément à la présente Loi] sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.

[2) Toute autre information, relative par exemple aux possibilités de marchés à venir ou aux règles ou instructions internes, qu'un État adoptant ou une entité adjudicatrice choisit de publier, est promptement mise à la disposition du public et systématiquement tenue à jour.]”

4. Publication des possibilités de marché à venir (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 31 à 41, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, article 5 bis *Avis de possibilités de marchés*)

29. Bien que quelques doutes aient été émis sur le point de savoir si la publication d'information sur les possibilités à venir était la meilleure pratique que la Loi type devrait promouvoir, l'opinion majoritaire au sein du Groupe de travail, a été que la publication des possibilités de marchés à venir contribuait à la transparence du processus de passation, à l'efficacité de la planification de la passation et à l'élargissement de l'accès à la commande publique, en particulier dans l'appel à la concurrence internationale, et devrait donc être encouragée. Il a toutefois été convenu aussi qu'une telle publication devrait être facultative, et non obligatoire. Le Groupe de travail a pris note des craintes exprimées à propos de l'éventuel impact négatif d'une publication obligatoire, qui risquait par exemple de nuire à la souplesse du processus budgétaire de l'État, prérogative traditionnelle des législateurs. Le Groupe de travail a donc exprimé une préférence pour la variante B de l'article 5 *bis* proposé (*Avis de possibilités de marchés*), qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 et qui est libellé comme suit:

“Dans le délai de [l’État adoptant spécifie un délai] après le début d’un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier un avis de leurs besoins prévus en matière de passation de marchés pour les [l’État adoptant spécifie une période] suivant(e)s.”

30. Des points de vue divergents ont toutefois été exprimés sur le point de savoir s’il était nécessaire d’insérer une disposition sur la publication facultative de possibilités de marchés à venir dans la Loi type ou s’il était préférable d’exposer dans le détail les avantages d’une telle publication dans le Guide pour l’incorporation. À l’appui de l’insertion, on a indiqué que ce sujet, qui était nouveau dans la Loi type, risquait de passer inaperçu s’il était abordé uniquement dans le Guide, ce qui serait regrettable étant donné son importance et ses effets positifs sur le processus de passation.

31. Il a été suggéré que les modifications proposées indiquent plus clairement que les informations sur les possibilités à venir n’étaient pas contraignantes pour les entités adjudicatrices. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette question lorsque les résultats de l’étude mentionnée au paragraphe 12 ci-dessus auront été mis à sa disposition.

5. Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 18 à 43, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, article 7. Procédure de présélection, article 9 Forme des communications, article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs, article 25. Teneur de l’invitation à soumettre une offre et de l’invitation à présenter une demande de présélection, article 26. Communication du dossier de sollicitation, article 28. Clarification, modification du dossier de sollicitation, article 30. Soumission des offres, article 37. Avis de sollicitation de propositions et article 40. Clarification et modification des sollicitations de propositions)

32. Le Groupe de travail est convenu de réviser la Loi type pour incorporer à l’article 9 un principe général quant à la forme de communication applicable à tous les types de communications mentionnés dans la Loi type, y compris la communication, la clarification et la modification du dossier de sollicitation, et la soumission des offres. Il a été convenu que le libellé de ce principe devrait être analogue au texte proposé pour l’article 5 (voir section 3 ci-dessus), et donner la possibilité à l’entité adjudicatrice de choisir n’importe quelle forme de communication sans être tenue de justifier son choix, à condition que la forme choisie réponde aux normes d’accessibilité dont il est question au paragraphe 25 ci-dessus.

33. Le Groupe de travail est convenu qu’il ne faudrait pas donner aux fournisseurs le droit de choisir une forme de communication avec l’entité adjudicatrice et que les modifications nécessaires devraient donc être apportées aux dispositions de la Loi type et du Guide pour l’incorporation qui prévoient ou pourraient être interprétées comme impliquant un tel droit, s’agissant en particulier des articles 9.3 et 30.5 b). Il a également été convenu que, ce faisant, le secrétariat devrait faire preuve de prudence de manière à ne pas supprimer involontairement les garanties contenues dans ces dispositions contre des pratiques discriminatoires ou autres pratiques d’exclusion de la part des entités adjudicatrices. Il a été proposé de tenir dûment compte de ces préoccupations lors de la définition des normes d’accessibilité

mentionnées aux paragraphes 25 et 32 ci-dessus et de la révision du Guide pour l'incorporation. À propos des normes d'accessibilité, le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session future à quel endroit de la Loi type il faudrait insérer leur(s) définition(s).

B. Autres aspects découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

1. Conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres électroniques et écrites (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 33, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, article 30. *Soumission des offres*)

a) Mesures de sécurité dans les communications et dans le traitement des offres

34. Le Groupe de travail a examiné la question des mesures de sécurité dans les communications et dans le traitement des offres, et le texte du projet d'article 30 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Il a noté que le texte proposé abordait (notamment) les questions de l'authenticité des communications, de l'intégrité des données, de la date et de l'heure des communications électroniques et de la confidentialité de ces dernières. Conformément à la décision qu'il avait prise précédemment selon laquelle ces questions relèvent du droit du commerce électronique et non du droit des marchés en tant que tel, le Groupe a décidé qu'il ne fallait pas insérer ce texte dans la Loi type révisée. Néanmoins, il a noté qu'il faudrait fournir, dans le Guide pour l'incorporation, des orientations appropriées (y compris quant à l'intérêt, pour un État adoptant, d'introduire de telles règles).

b) L'ouverture des offres

35. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de l'ouverture des offres. Rappelant la décision qu'il avait prise précédemment selon laquelle une entité adjudicatrice devait se voir accorder la possibilité de préciser que les offres doivent être soumises par voie électronique conformément à l'article 30 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (voir section 5 ci-dessus), il a examiné les dispositions de l'article 33 de la Loi type relatives à l'ouverture des offres. Il a été rappelé que l'article 33-1 de la Loi type dispose que les offres "sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres [...], au lieu et selon les modalités spécifiées dans le dossier", et qu'aux termes de l'article 33-2, "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".

36. Le Groupe de travail a noté que si l'article 33-1 semblait suffisamment large pour englober tout système d'ouverture des offres, l'article 33-2 suggérait la présence physique des fournisseurs et entrepreneurs en un lieu et à une heure donnés. Il a noté que certains pays avaient adopté des dispositions permettant l'ouverture des offres au moyen d'un système d'information électronique qui divulguait et ouvrait automatiquement les offres à la date et à l'heure indiquées dans le dossier de sollicitation, et transmettait automatiquement les informations généralement rendues publiques à l'ouverture des offres. Il s'est interrogé sur le fait

de savoir s'il fallait que la Loi type prévoie un tel système électronique d'ouverture des offres.

37. À cet égard, le Groupe de travail a examiné le texte suivant, qu'il est proposé d'ajouter à l'article 33 de la Loi type, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, pour permettre à des entités adjudicatrices d'utiliser en remplacement, pour l'ouverture des offres en présence des fournisseurs et entrepreneurs, des moyens électroniques de communication:

“4) Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée uniquement par voie électronique conformément aux articles 9-1 *ter*, 25-1 k) et 25-2 f) ou [insérer les dispositions traitant des enchères inversées et, le cas échéant, des autres procédures entièrement automatisées], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont autorisés à suivre cette ouverture par l'intermédiaire des moyens électroniques de communication [, tels que l'échange en ligne de messages électroniques, la vidéoconférence ou une technologie similaire,] utilisés par l'entité adjudicatrice, à condition que tous ceux qui ont soumis des offres aient accès aux moyens techniques et autres nécessaires et que les moyens de communication utilisés par l'entité adjudicatrice ne constituent pas un obstacle déraisonnable à la participation à la session.”

38. Il a été noté que cette disposition ne traitait que les cas dans lesquels la procédure de passation des marchés a été menée par voie électronique et non ceux dans lesquels il a été soumis à la fois des offres papier et électroniques. En conséquence, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait supprimer, dans le texte proposé, le mot “uniquement”.

39. En outre, et compte tenu des critères généraux d'accessibilité qu'il avait décidé de faire insérer dans la Loi type et des dispositions générales qu'il avait prié le secrétariat de rédiger à cet égard (voir par. 25 et 32 ci-dessus), le Groupe de travail a décidé que la condition énoncée à la fin du texte proposé (“à condition que tous ceux qui ont soumis des offres aient accès aux moyens techniques et autres nécessaires et que les moyens de communication utilisés par l'entité adjudicatrice ne constituent pas un obstacle déraisonnable à la participation à la session”) était redondante et qu'il ne fallait pas l'insérer.

40. Le Groupe de travail a également estimé que le texte entre crochets ([“tels que l'échange en ligne de messages électroniques, la vidéoconférence ou une technologie similaire”]) risquait de devenir redondant une fois qu'il aurait achevé d'examiner la section de la Loi type consacrée aux définitions. En conséquence, il n'a pas souhaité insérer, à ce stade, ce texte dans le projet de disposition.

41. Enfin, il a été observé que le projet de disposition devrait expressément indiquer que la disposition serait réputée satisfaire aux prescriptions de l'article 33-2 (présence physique des fournisseurs).

42. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui soumettre pour examen à une prochaine session des propositions rédactionnelles prenant en compte les considérations ci-dessus.

2. Valeur juridique des documents électroniques utilisés dans la procédure de passation ou issus de la procédure (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44 à 58, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, articles 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés et 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché)

a) Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

43. Le Groupe de travail a rappelé que l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés dispose que l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, certains éléments d'information, et prévoit que ces derniers soient accessibles. Cependant, il a aussi été noté que la Loi type elle-même ne prescrit pas la forme du procès-verbal et n'empêche donc pas une entité adjudicatrice de dresser celui-ci sous forme électronique.

44. Le Groupe de travail s'est ensuite interrogé sur le fait de savoir s'il fallait modifier l'article 11 pour préciser la forme sous laquelle il fallait dresser le procès-verbal, et s'il fallait prévoir une disposition indiquant la procédure à suivre pour dresser et consulter les procès-verbaux électroniques, y compris des mesures destinées à garantir l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des informations.

45. Conformément aux décisions prises précédemment selon lesquelles les informations pouvaient être communiquées ou, dans le cas présent, stockées électroniquement (A/CN.9/568, par. 23 et 37), le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait insérer dans la Loi type un paragraphe énonçant les conditions à remplir pour pouvoir dresser un procès-verbal sous forme électronique. À cet égard, il a examiné le projet de nouvel article 11-5, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Le Groupe de travail a conclu qu'il serait préférable que ces questions soient traitées dans des dispositions générales relatives aux communications électroniques et à la diffusion des informations, et que le fait de mentionner la forme du procès-verbal dans le présent article risquait d'être contreproductif et d'affaiblir la réglementation régissant la teneur du procès-verbal. Néanmoins, le Groupe a admis que l'article 11 traitait du stockage et non de la diffusion des informations et a, par conséquent, prié le secrétariat de réfléchir à la façon d'inclure ce concept plus large dans les normes d'accessibilité qu'il l'avait prié de rédiger (voir par. 25 et 32 ci-dessus).

46. Il a été observé en outre que des mesures destinées à garantir l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des informations s'appliqueraient à toute méthode utilisée pour dresser le procès-verbal de passation des marchés, et qu'il fallait par conséquent ajouter au texte de l'article 11 le projet de paragraphe 6 figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, modifié de façon à mentionner toute méthode de stockage des informations. Le texte proposé pour le paragraphe 6 était le suivant:

“Les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir des procédures pour dresser des procès-verbaux électroniques et y accéder, y compris des mesures pour assurer l'intégrité, l'accessibilité et, le cas échéant, la confidentialité des informations”.

47. Le Groupe de travail a, par conséquent, prié le secrétariat de reformuler la disposition dans des termes qui s'appliqueraient à toutes les méthodes de stockage.

b) Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

48. S'agissant de l'acceptation des offres et de l'entrée en vigueur d'un marché, le Groupe de travail a noté que les alinéas a) et b) de l'article 36-2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés prévoient que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit "signer un marché écrit" conforme à cette offre. Il s'est donc interrogé sur le fait de savoir:

a) S'il fallait que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés autorise expressément l'exécution d'un marché par voie électronique et, le cas échéant, mentionne également la possibilité, pour l'entité adjudicatrice, de prescrire les procédures de signature ou d'authentification d'un marché conclu par voie électronique; ou

b) S'il fallait que la question soit régie par d'autres textes de loi de l'État adoptant, auquel cas le Guide pour l'incorporation pourrait brièvement exposer les problèmes qui se posent.

49. À cet égard, le Groupe de travail a examiné le texte qu'il est proposé d'ajouter à l'article 36 actuel, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, qui deviendrait un nouveau paragraphe 7 dudit article:

"7) Lorsqu'un marché écrit doit être signé en application du présent article, cette exigence est satisfaite par l'utilisation de communications ou de documents électroniques signés avec une signature électronique répondant à toutes conditions fixées par l'entité adjudicatrice".

50. Le Groupe de travail a observé que cette proposition de disposition risquait de faire double emploi avec les lois régissant le commerce électronique, voire de contredire ces dernières, et qu'elle était peut-être, au bout du compte, inutile compte tenu des normes d'accessibilité qu'il avait prié le secrétariat de rédiger (voir par. 25 et 32 ci-dessus). À cet égard, il a aussi été observé que le Groupe avait décidé de ne pas proposer de nouvelles dispositions relatives aux communications électroniques susceptibles d'être régies par d'autres lois, à moins que le contexte de passation des marchés ne l'exige absolument. En conséquence, le Groupe de travail a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'insérer le texte proposé, même s'il a noté que le Guide pour l'incorporation pourrait utilement aborder les questions soulevées, comme indiqué au paragraphe 34 ci-dessus.

C. Enchères électroniques (inversées) (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1)

51. Le Groupe de travail a fondé son examen de la question sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1). Il a été informé qu'une enchère électronique inversée pouvait être définie comme une enchère dynamique, en ligne et en temps réel entre un organisme acheteur et un certain nombre de fournisseurs qui se font concurrence pour remporter le marché en soumettant des offres de plus en plus basses au cours d'une période déterminée.

52. Le Groupe de travail a reconnu que les enchères électroniques inversées étaient de plus en plus utilisées comme méthode de passation des marchés dans les pays où le commerce électronique était devenu la norme, mais il a aussi noté que l'étendue de la réglementation qui leur était applicable ainsi que leur utilisation

différait largement d'un pays à l'autre. Il a également été dit au Groupe de travail que d'autres organisations internationales, dont l'Organisation mondiale du commerce et les banques multilatérales de développement se penchaient sur des mesures possibles en matière d'enchères électroniques inversées, et que les directives récentes de l'Union européenne sur la passation des marchés contenaient des dispositions sur cette méthode. La nécessité d'harmoniser les règlements de ces diverses organisations a été soulignée.

53. Plusieurs délégations et observateurs ont fait part de leur expérience récente de la pratique des enchères électroniques inversées et il a été dit que l'on avait constaté une amélioration du rapport qualité-prix, de l'efficacité de l'allocation des ressources et de la transparence du processus d'attribution des marchés du fait de leur utilisation. Un observateur a également mis en lumière les économies qui avaient été réalisées, par exemple au niveau des coûts des opérations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs, et des coûts internes des entités adjudicatrices (tels que les dépenses de personnel).

54. Il a cependant été noté que l'utilisation des enchères électroniques inversées avait également suscité un certain nombre de préoccupations. En particulier, ces enchères: a) ne garantissaient pas l'obtention de l'offre sérieuse et conforme la plus basse, ni la réalisation d'économies continues lors d'enchères ultérieures; b) pouvaient avoir des coûts cachés susceptibles de réduire à néant toute économie réalisée grâce aux enchères elles-mêmes, notamment des coûts de renonciation dus à la non-participation de fournisseurs potentiels, et des dépenses d'exploitation supplémentaires dans le cas de travaux et de services; c) pouvaient inciter les enchérisseurs à l'imprudence et accroître ainsi le risque d'offres anormalement basses; d) ne tenaient peut-être pas suffisamment compte de facteurs autres que les prix, comme la qualité de l'exécution et les relations acheteur-fournisseur; e) risquaient de créer un conflit d'intérêts chez les acteurs du marché, tels que les sociétés informatiques et les "infomédiaires" ou "opérateurs de marchés électroniques", et les centrales d'achat demandant une rémunération; f) étaient plus exposées que les procédures classiques d'appel d'offres aux risques de collusion entre soumissionnaires, souvent indétectables par les entités adjudicatrices, en particulier lorsque les soumissionnaires étaient peu nombreux ou faisaient partie d'un même groupe participant à plusieurs enchères; et g) pouvaient avoir des incidences négatives sur le marché, en particulier un effet anticoncurrentiel, sur l'innovation technique et sur les pratiques innovantes.

55. Il a été noté aussi que certains commentateurs avaient observé que les économies identifiées ne persistaient pas à moyen et long terme. Il a été dit en outre au Groupe de travail que l'utilisation des enchères électroniques inversées pouvait avoir pour effet de décourager ou d'exclure la participation de petites et moyennes entreprises au processus de passation, et risquait donc d'être en contradiction avec d'autres objectifs de politique économique du gouvernement et de compromettre davantage les gains d'efficacité et les économies à long terme en raison de son incidence négative sur la concurrence.

56. Il a été fait observer en outre que certains principes généraux de la passation des marchés énoncés dans la Loi type, y compris ceux qui interdisent la divulgation d'informations sur d'autres offres, les négociations avant clôture ou la course au moins-disant, pouvaient être contraires à certaines caractéristiques intrinsèques des

enchères électroniques inversées, et le Groupe de travail a été invité en conséquence à formuler sa position générale à cet égard.

57. Il a été admis que l'on pourrait répondre à certaines des préoccupations ci-dessus, même lorsqu'elles tenaient aux caractéristiques intrinsèques des enchères électroniques inversées, par une réglementation visant à promouvoir la transparence, par exemple en imposant des conditions à l'utilisation desdites enchères. Il a été souligné que le Groupe de travail devrait, dans ses délibérations, mettre l'accent sur le risque de collusion, en tenant compte des positions actuelles d'autres organisations internationales sur cette question.

58. On a fait observer que deux systèmes d'enchères électroniques inversées étaient actuellement utilisés: ceux qui considéraient ces enchères comme une méthode autonome de passation, et ceux qui y voyaient une étape facultative dans d'autres procédures de passation. En outre, il y avait deux types principaux d'enchères électroniques inversées: ceux qui étaient fondés uniquement sur le prix le plus bas et ceux qui permettaient la prise en compte de critères supplémentaires. Dans certains systèmes, les critères supplémentaires étaient quantifiés au moyen d'une formule mathématique qui permettait de classer chaque soumissionnaire avant et pendant le déroulement de l'enchère elle-même. On a fait observer que, si l'utilisation de telles formules était avantageuse et éliminait les risques d'évaluations subjectives pendant le déroulement d'une enchère, on risquait aussi d'accorder une trop grande confiance à de telles méthodes de quantification.

59. Le Groupe de travail a noté que de nombreux commentateurs avaient observé que les enchères électroniques inversées donnaient les meilleurs résultats pour les biens et les services qui pouvaient être clairement spécifiés et dont les critères autres que les prix pouvaient être quantifiés, et qu'il y avait une tendance générale dans la pratique internationale à limiter l'utilisation de ces enchères aux biens normalisés et à certains types simples de services. Les biens courants, tels que le carburant, le matériel informatique standard, les fournitures de bureau et les produits de construction de base, ont été donnés comme exemples d'articles dont l'achat se prêtait aux enchères électroniques inversées. Bien qu'il ait noté que la passation de marchés de travaux était généralement exclue des enchères électroniques inversées, le Groupe de travail n'a pas considéré que ces types de marché devraient être exclus en tant que tels, dans ce sens que les principales questions étaient de savoir si les spécifications pouvaient ou non être rédigées avec précision et les critères à prendre en compte facilement et objectivement quantifiés.

60. Le Groupe de travail a rappelé le point de vue qu'il avait exprimé précédemment selon lequel, à condition que soient en place des garanties appropriées, on pouvait, sans déroger aux principes de la Loi type, recourir à des enchères électroniques inversées, qui pouvaient être bénéfiques à la fois pour les entités adjudicatrices et pour les fournisseurs (A/CN.9/568, par. 54). Les avis ont toutefois divergé sur le point de savoir s'il fallait insérer dans la Loi type des dispositions régissant l'utilisation des enchères électroniques inversées. Certaines délégations ont jugé prématuré de prendre une décision sur ce point compte tenu des limites de l'expérience et de la réglementation constatées en la matière. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, compte tenu de l'utilisation croissante qui est faite des enchères électroniques inversées et du double objectif d'harmonisation et de promotion des meilleures pratiques, il fallait que la Loi type révisée contienne effectivement des dispositions relatives à ces enchères.

61. Il a été estimé que si la Loi type pouvait contenir une disposition générale énonçant des principes essentiels à appliquer pour recourir aux enchères électroniques inversées, le Guide pour l'incorporation devrait traiter de façon précise l'utilisation de ces enchères, en particulier leurs avantages et leurs inconvénients, les problèmes couramment rencontrés et les façons d'y faire face. Certains représentants et observateurs ont noté qu'il serait souhaitable, pour assurer la cohérence de la réglementation des différents pays à ce sujet, de disposer d'orientations de la CNUDCI. On a émis la crainte qu'en l'absence de telles orientations, il ne se développe des pratiques qui divergent et s'écartent des principes de la Loi type.

62. S'agissant de la teneur des dispositions générales autorisant le recours aux enchères électroniques inversées, il a été noté qu'un des principes essentiels serait leurs conditions (et leurs limites) d'utilisation, telles celles décrites au paragraphe 59 ci-dessus et énoncées plus en détail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.35 (par. 20 à 25). En ce qui concerne certaines de ces conditions, le Groupe de travail est convenu de limiter, dans le cadre de la Loi type, les enchères électroniques inversées à la passation de marchés de biens, de travaux et de services clairement spécifiés, dont les critères autres que le prix pourraient être quantifiés. Il a été noté que les paragraphes 8 et 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.35 pourraient servir de base pour définir le champ d'application de ces enchères.

63. Certaines délégations ont estimé que conformément au principe de neutralité technologique, qui vise à assurer l'égalité des fournisseurs (voir ci-dessus, par. 12), le Groupe de travail ne devrait pas se limiter à réglementer les enchères électroniques inversées, mais devrait aussi envisager les enchères inversées sous leur forme traditionnelle, non électronique. Il a été observé que ces enchères (ainsi que les enchères électroniques inversées) pourraient former la base d'une méthode dynamique de passation de marchés. Le Groupe de travail a reconnu que des enchères inversées revêtant cette forme étaient utilisées dans la passation de marchés publics dans certains pays d'une région donnée. De vives réserves, cependant, ont été émises quant au fait de savoir si l'utilisation d'enchères inversées traditionnelles constituait une pratique que la Loi type devrait promouvoir.

64. Il a en outre été observé que l'objectif de neutralité technologique était subordonné aux principes essentiels de la Loi type et qu'à cet égard, les enchères inversées, sous leur forme traditionnelle, risquaient de donner lieu, dans la procédure de passation de marchés, à un certain nombre d'irrégularités – collusion entre soumissionnaires, signalisation des prix, corruption et manque d'indépendance dans l'établissement des offres, les enchères inversées ne préservant pas, dans leur forme traditionnelle, l'anonymat des soumissionnaires. En outre, il a été observé que l'exigence de présence physique des soumissionnaires, imposée dans les enchères inversées traditionnelles, favorisait de fait les soumissionnaires situés à proximité du lieu où se tenaient les enchères et accroissait les risques de collusion. Bien qu'il ait été admis que la préservation de l'anonymat ne contribuait que de façon partielle à garantir l'intégrité de la procédure de passation de marchés et ne prémunissait en rien contre la collusion, il a été estimé, de manière générale, que le risque d'une telle collusion serait probablement moindre dans des enchères électroniques inversées que dans d'autres formes d'enchères inversées.

65. Il a été rappelé qu'à sa sixième session, le Groupe de travail avait pris note à la fois du contexte dans lequel la question des enchères électroniques inversées s'était posée (à savoir les progrès techniques qui avaient donné lieu à cette méthode de passation de marchés) et des objections de fond qui avaient conduit la CNUDCI à décider initialement de ne pas mentionner les enchères inversées dans la Loi type. À cette session, le Groupe de travail avait par conséquent décidé que seules les enchères électroniques inversées devaient être prises en compte dans une version révisée de la Loi type (A/CN.9/568, par. 48). Bien que des hésitations aient été exprimées quant à l'inclusion, dans la Loi type, de dispositions relatives aux enchères inversées autres qu'électroniques, le Groupe de travail est convenu de statuer sur la question lorsqu'il sera saisi de projets de dispositions régissant l'utilisation des enchères électroniques inversées.

66. S'agissant des modes d'utilisation des enchères électroniques inversées dans la procédure de passation de marchés (A/CN.9/WG.I/WP.35, par. 26 et 27), c'est-à-dire la question de savoir s'il faudrait traiter les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome de passation de marchés ou les traiter comme une étape facultative d'autres méthodes de passation de marchés, il a généralement été estimé préférable de fonder les projets de dispositions sur le fait que les enchères électroniques inversées sont une méthode autonome.

67. Le Groupe de travail a reporté son examen des paragraphes 28 à 34 du document A/CN.9/WG.I/WP.35 ainsi que du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, et a confié au secrétariat le soin de rédiger, en vue de son insertion dans la Loi type, une disposition générale autorisant le recours aux enchères électroniques inversées en tant que méthode facultative de passation de marchés. On a fait valoir que le Groupe aurait besoin d'examiner certains aspects plus précis des enchères électroniques inversées, comme leurs conditions et modalités d'utilisation, pour pouvoir achever d'étudier la disposition autorisant leur utilisation et les principes généraux correspondants. Il a aussi été estimé que pour rédiger des dispositions de la Loi type régissant les enchères électroniques inversées, il faudrait une approche inspirée de celle adoptée sur le même sujet par les parties procédant actuellement à la révision de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP), en ce qui concerne l'utilisation des enchères électroniques inversées.

D. Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.36)

68. Le Groupe de travail a examiné le sujet en s'appuyant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.36). Il a rappelé qu'en 1989, le Groupe de travail qui s'occupait alors de la passation des marchés avait été informé qu'avec un "prix anormalement bas", on estimait "peu probable qu'un soumissionnaire puisse exécuter le marché à un prix inférieur à ce prix..., sauf au détriment de la qualité de la main-d'œuvre ou des matériaux ou en travaillant à perte. Un prix anormalement bas pourrait aussi dans certains cas indiquer une collusion entre soumissionnaires" (A/CN.9/WG.V/WP.22). Le Groupe de travail, à sa session en cours, a souligné que la cause du problème était le risque lié à l'exécution, et a noté en outre que les offres anormalement basses risquaient d'aller à l'encontre des objectifs de la Loi type, y compris l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés, la

promotion de la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs, et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs.

69. À cet égard, le Groupe de travail a noté que la Loi type repose sur un système fondé sur les prix et non sur les coûts, et qu'en tout état de cause seul le système fondé sur les prix était réaliste. En conséquence, une entité adjudicatrice devrait évaluer le risque potentiel lié à l'exécution en utilisant les prix comme indication des coûts, et l'analyse aboutirait nécessairement à une estimation. Il a également été rappelé qu'un prix bas ne serait pas nécessairement, en soi, l'indice d'un risque lié à l'exécution.

70. Le Groupe de travail a noté que des offres anormalement basses pouvaient être soumises pour diverses raisons – telles que des spécifications imprécises ou ambiguës, des erreurs dans l'évaluation du dossier d'appel d'offres, l'insuffisance du temps donné aux fournisseurs pour préparer les offres, des erreurs des fournisseurs dans l'évaluation de leurs propres coûts, et la fixation involontaire de prix inférieurs aux coûts pendant le déroulement de l'enchère –, et qu'il pouvait en résulter la soumission involontaire d'offres anormalement basses. D'un autre côté, il a aussi été reconnu qu'un comportement anticoncurrentiel, comme la pratique de prix prédateurs, mentionnée au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.I/WP.36, pouvait conduire cette fois à la soumission volontaire d'offres anormalement basses (bien qu'un tel comportement soit normalement contrôlé et réglementé par le droit de la concurrence ou le droit pénal). Le Groupe de travail a également été informé que l'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté un "Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives" (A/RES/35/63 du 5 décembre 1980). Il a également été fait observer qu'il pouvait y avoir des offres anormalement basses volontaires si des fournisseurs cherchaient à emporter un marché à n'importe quel prix, par exemple s'ils essayaient d'obtenir un crédit et d'éviter l'insolvabilité.

71. Le Groupe de travail a noté également que les risques liés à l'exécution en cas d'acceptation d'une offre anormalement basse pouvaient avoir des conséquences très néfastes pendant la phase de l'exécution, et que les solutions disponibles à ce stade, qui comprenaient la résiliation du marché ou la demande de garanties supplémentaires, ne pouvaient être invoquées que dans des cas extrêmes (voir aussi A/CN.9/WG.I/WP.36, par. 15). Le Groupe de travail a donc conclu que la Loi type devrait s'attacher principalement à détecter les offres susceptibles d'être anormalement basses de façon à éviter leur soumission.

72. Le Groupe de travail a pris note des résultats de l'étude comparative des dispositions législatives actuelles des systèmes nationaux et internationaux relatives aux offres anormalement basses, présentées en détail aux paragraphes 26 à 61 du document A/CN.9/WG.I/WP.36. En résumé, il a noté que peu de législations interdisaient la soumission d'offres anormalement basses en tant que telles et que, plus souvent, diverses techniques d'analyse (axées sur les prix et les risques) étaient utilisées pour les détecter et les combattre. À cet égard, il a été souligné que l'objectif de telles analyses était de déterminer si des prix étaient "réalistes" compte tenu des conditions du marché en ce qui concerne les prix et, lorsque ces informations pouvaient être disponibles, les coûts. Il a été noté aussi que de nombreux systèmes autorisaient les entités adjudicatrices à prendre des mesures pour se renseigner sur les offres soupçonnées d'être anormalement basses et exigeaient même qu'elles le fassent avant qu'une telle offre puisse être rejetée

comme telle, cette procédure étant connue sous le nom de “procédure de justification du prix”. Par exemple, il est dit à l’article 55 de la Directive 2004/18/CE de l’Union européenne, qu’un pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter une offre susceptible d’être anormalement basse, doit demander par écrit les précisions sur la composition de l’offre qu’il juge opportunes.

73. Le Groupe de travail a également été informé que dans certains pays, les risques d’offres anormalement basses étaient aussi traités dans la législation qui prévoyait de tenir les fournisseurs responsables de leurs soumissions ou autres offres. En d’autres termes, il pouvait être demandé aux fournisseurs d’exécuter le marché au prix stipulé dans l’offre initiale, les demandes injustifiées de modification de ce montant étant rejetées. Ainsi, le fournisseur supporterait le risque de soumission d’une offre anormalement basse.

74. Le Groupe de travail a rappelé que la Loi type ne traitait pas expressément des offres anormalement basses, et par conséquent qu’une entité adjudicatrice ne pourrait rejeter une telle offre même si elle était détectée, mais pourrait disqualifier un fournisseur considéré comme n’ayant pas les qualifications requises ou rejeter une offre considérée comme non conforme en vertu des dispositions actuelles des articles 6 et 34, respectivement. À cet égard, il a été noté que l’article 6 de la Loi type indiquait que les qualifications des fournisseurs devaient être évaluées sur la base (entre autres) de leurs qualifications et compétences professionnelles, techniques et de gestion, de leurs ressources et de leur solvabilité, et que leurs administrateurs ne devaient pas faire l’objet d’enquêtes ou de poursuites pénales. Aux termes de l’article 34-3 de la Loi type, l’entité adjudicatrice n’accepte pas une offre si celle-ci n’est pas conforme ou si le fournisseur qui l’a soumise n’a pas les qualifications requises.

75. Il a été admis que ces dispositions pourraient permettre de traiter d’éventuelles offres anormalement basses, mais aussi noté qu’il n’était offert, à l’entité adjudicatrice, aucune possibilité de se renseigner sur une offre anormalement basse en recourant à une procédure de justification de prix. À cet égard, le Groupe de travail a noté que l’article 34-1 a) de la Loi type autorisait l’entité adjudicatrice à solliciter des éclaircissements sur une offre, mais qu’aux termes du Guide pour l’incorporation, cette disposition “ne [visait] pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas semblant résulter d’un malentendu ou d’autres erreurs non apparentes dans l’offre” (A/CN.9/WG.I/WP.36, par. 23, citant le document A/CN.9/375).

76. En conséquence, le Groupe de travail a décidé qu’il faudrait modifier la Loi type de façon à permettre à des entités adjudicatrices de se renseigner sur des offres anormalement basses en recourant à une procédure de justification de prix. Il a aussi estimé qu’il faudrait fournir, dans le Guide pour l’incorporation, de nouvelles orientations appropriées.

77. À cet égard, il a été déclaré que la Loi type devrait mentionner les offres anormalement basses, qu’elles soient intentionnelles ou non, mais que les offres intentionnelles étaient réglementées de façon appropriée par la concurrence et, peut-être, par le droit pénal. Le Groupe de travail s’est également entendu dire qu’il importait de ne pas introduire de subjectivité dans l’évaluation d’éventuelles offres anormalement basses et qu’il ne fallait pas, par conséquent, compromettre, lors de futures révisions, la structure objective du texte actuel de l’article 34 de la Loi type.

78. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait peut-être inutile de fournir, dans le texte de la Loi type, une définition de ce qu'est une offre anormalement basse, notant que les nouvelles directives de l'Union européenne n'en fournissaient pas.

79. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger, dans l'optique d'une future session, des projets de dispositions tenant compte d'une proposition qu'il avait faite selon laquelle on pourrait ajouter une nouvelle disposition, qui deviendrait l'article 34-3 e) ou un autre article de la Loi type, disposant que si un prix soumissionné est anormalement bas et suscite des craintes justifiées quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat, l'entité adjudicatrice est autorisée à rejeter l'offre. Il a été noté que ce rejet serait soumis à deux conditions: que le soumissionnaire ait eu la possibilité d'expliquer ses prix dans le cadre d'une procédure de justification, et que le motif du rejet figure dans le procès-verbal de passation de marché, de sorte que toute contestation puisse être examinée en regard de ce motif. Le Groupe de travail a en outre prié le secrétariat d'examiner l'article XIII-4 de l'AMP (qui reconnaît à l'entité adjudicatrice le droit de se renseigner auprès du soumissionnaire pour s'assurer qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché), ainsi que tout projet de texte révisé, afin de tenir compte de l'approche prévue par ces dispositions.

80. Le Groupe de travail a également pris note de la proposition figurant au paragraphe 80 du document A/CN.9/WG.I/WP.36, tendant à modifier l'article 34-^z b) de la Loi type afin d'y indiquer expressément que l'offre à retenir est celle qui est soumise par un fournisseur jugé pleinement qualifié pour exécuter le marché et qui est l'offre proposant le prix le plus bas. Il a jugé que cette disposition ne suffirait pas, à elle seule, à résoudre les problèmes liés aux offres anormalement basses.

81. Le Groupe de travail a également prié le secrétariat de rédiger un texte qui permettrait à l'entité adjudicatrice de recourir à une procédure de justification de prix, et de supprimer du Guide le commentaire relatif à l'article 34-1 a) de la Loi type qui empêche d'utiliser cette disposition pour solliciter une justification de prix en présence d'offres soupçonnées d'être anormalement basses. Il n'est pas parvenu à une conclusion définitive quant au fait de savoir où cette disposition devrait être située, mais est convenu de revoir la question lorsqu'il serait saisi, pour examen, des projets de dispositions révisés.

82. Le Groupe de travail est généralement convenu que les points énoncés au paragraphe 76 du document A/CN.9/WG.I/WP.36 pourraient former la base de nouvelles orientations à fournir dans le Guide pour l'incorporation, et qu'il faudrait développer, dans le Guide, les dispositions actuelles de la Loi type relatives à l'évaluation des offres et aux critères de qualification, de façon à faciliter l'identification des offres anormalement basses, l'évaluation du risque lié à l'exécution et l'adoption de mesures appropriées.