



Assemblée générale

Distr.: Limitée
3 juillet 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Douzième session
Vienne, 3-7 septembre 2007

Modifications apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	3
II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type	3-37	3
A. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 <i>bis</i>	3-9	3
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée.	3	3
Commentaire	4-6	4
2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé	7-9	4
B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 <i>bis</i> à <i>sexies</i>	10-33	10
1. Projet d'article 51 <i>bis</i>	10-13	10
a) Projet de texte proposé pour la Loi type révisée.	10	10
Commentaire	11-12	12
b) Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions	13	13
2. Projet d'article 51 <i>ter</i>	14-17	14



a)	Projet de texte proposé pour la Loi type révisée.	14	14
	Commentaire	15	14
b)	Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions	16-17	14
3.	Projet d'article 51 <i>quater</i>	18-20	15
a)	Projet de texte proposé pour la Loi type révisée.	18	15
	Commentaire	19	16
b)	Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions	20	16
4.	Projet d'article 51 <i>quinquies</i>	21-28	16
a)	Projet de texte proposé pour la Loi type révisée.	21	16
	Commentaire	22-24	17
b)	Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions	25-28	17
5.	Projet d'article 51 <i>sexies</i>	29-33	19
a)	Projet de texte proposé pour la Loi type révisée.	29	19
	Commentaire	30-31	19
b)	Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions	32-33	20
C.	Modifications à apporter en conséquence aux dispositions de la Loi type: procès-verbal de la procédure de passation des marchés (art. 11).	34-37	20

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 70 du document A/CN.9/WG.I/WP.53, dont le Groupe de travail est saisi à sa douzième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des enchères électroniques inversées, dans la passation des marchés publics.

2. Cette utilisation faisait partie des thèmes abordés par le Groupe de travail de sa sixième à sa onzième session. À cette dernière session, il a examiné les projets de textes sur les enchères électroniques inversées, puis a prié le secrétariat de les réviser¹. La présente note a été établie conformément à cette demande.

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type

A. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 *bis*

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

3. Le projet d'article 22 *bis* ci-après se fonde sur le texte d'un projet d'article sur les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, dont le Groupe de travail était saisi à sa onzième session, et tient compte des modifications qu'il a été proposé d'y apporter²:

"Article 22 *bis*. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

1) L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à une enchère électronique inversée conformément aux articles [51 *bis* à 51 *sexies*] dans les conditions suivantes:

a) Lorsqu'il lui est possible de formuler des spécifications détaillées et précises pour les biens [ou les travaux ou, dans le cas des services, de définir les caractéristiques détaillées et précises qu'ils doivent posséder]; et

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée.

2) Les enchères électroniques inversées portent:

a) sur les prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas; ou

¹ A/CN.9/623, par. 13.

² Ibid., par. 53, 62 b) et 69.

b) lorsque le marché est attribué à l'offre la plus basse résultant de l'évaluation, sur les prix et autres critères d'évaluation énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée, à condition que ces autres critères soient quantifiables et puissent être exprimés en termes monétaires.

3) Lorsque le marché est attribué à l'offre la plus basse résultant de l'évaluation, l'enchère électronique inversée est précédée d'une première évaluation complète des soumissions conformément aux critères d'attribution et au coefficient de pondération de ces critères spécifiés dans l'avis de l'enchère électronique inversée."

Commentaire

4. À la onzième session du Groupe de travail, l'avis qui a prévalu a été que la Loi type pourrait prévoir l'utilisation aussi bien du prix que de critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées, de sorte que les États adoptants pourraient choisir l'une ou l'autre variante, ou les deux. On a également observé qu'il serait préférable de ne pas faire de distinction entre les variantes et de prévoir au même endroit les conditions d'utilisation des enchères fondées uniquement sur le prix ou sur le prix et d'autres critères³. Le Groupe de travail est donc convenu à cette session que les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées énoncées dans le projet d'alinéa d) de l'article 22 *bis* devraient être modifiées pour indiquer que l'on pourrait utiliser comme critère d'évaluation soit le prix seul, soit le prix et d'autres critères⁴.

5. À cette même session, l'opinion dominante a été que l'utilisation de toute enchère électronique inversée comportant à la fois le critère du prix et d'autres critères devrait obéir à la condition que les offres initiales soient soumises et évaluées, et les résultats communiqués à tout fournisseur ou entrepreneur concerné. Le Groupe de travail a décidé en conséquence que les conditions énoncées au projet d'alinéa d) de l'article 22 *bis* devraient également inclure cette obligation⁵.

6. L'ancien alinéa d) a donc été révisé pour tenir compte de ces suggestions. Il a été présenté comme nouveaux paragraphes 2 et 3 du projet d'article.

2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé

7. À sa onzième session, le Groupe de travail n'a pu s'entendre sur la question de savoir si le Guide devrait recommander exclusivement l'utilisation des enchères électroniques inversées ayant le prix comme seul critère d'attribution. Aucun consensus ne s'étant alors dégagé sur ce point, il est convenu de revenir sur la question à sa session suivante⁶. Le Groupe de travail souhaitera donc exprimer sa position sur ce point afin que le commentaire des dispositions correspondantes de l'article 22 *bis* puisse être achevé.

8. À la onzième session du Groupe de travail, il a été souligné que, dans les enchères comportant des critères autres que le prix, ce dernier resterait toujours l'un des critères déterminants, si bien que les enchères ne pourraient jamais être fondées

³ Ibid., par. 66.

⁴ Ibid., par. 69.

⁵ Ibid., par. 72.

⁶ Ibid., par. 66.

uniquement sur d'autres critères et que le prix resterait toujours l'objet de l'enchère⁷. L'attention du Groupe de travail est attirée sur une approche différente de la question adoptée dans la version révisée de décembre 2006 d'un accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce ("l'AMP révisé")⁸ et les directives de l'Union européenne sur les marchés publics⁹. Pour en faciliter la consultation, les extraits pertinents de ces instruments sont reproduits ci-dessous:

AMP révisé (art. I, al. e))	“L'expression ‘ enchère électronique ’ s'entend d'un processus itératif comportant l'utilisation de moyens électroniques pour la présentation par les fournisseurs soit de nouveaux prix, soit de nouvelles valeurs pour les éléments quantifiables de la soumission autres que le prix ayant trait aux critères d'évaluation, ou les deux, qui donne lieu à un classement ou à un reclassement des soumissions.”
Directives de l'Union européenne sur la passation de marchés (art. 1, par. 6 de la directive 2004/17/CE et art. 1, par. 7 de la directive 2004/18/CE) (disposition commune aux deux directives)	“Une ‘enchère électronique’ est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique.”

9. En attendant que le Groupe de travail ait fini d'examiner ces questions, le texte ci-après est proposé pour insertion dans le Guide en accompagnement des dispositions de la Loi type relatives aux conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées. Il tient compte des propositions faites à ce sujet lors des sessions précédentes du Groupe de travail ainsi que des dispositions pertinentes du document de travail (SEC(2005) 959)¹⁰ de la Commission européenne et des orientations apportées sur ces questions par les banques multilatérales de développement et d'autres organisations régionales et internationales actives dans ce domaine¹¹. Il peut sembler prématuré de donner des orientations détaillées sur certains points compte tenu des discussions qui ont lieu actuellement à ce sujet au

⁷ Ibid., par. 68.

⁸ Document GPA/W/297, accessible à la date de la présente note à l'adresse: http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm

⁹ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, toutes deux accessibles à la date de la présente note à l'adresse: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm

¹⁰ Accessible en anglais à la date de la présente note à l'adresse:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/sec2005-959_en.pdf

¹¹ Ces documents ont également été utilisés pour la préparation des points à faire figurer dans un passage du Guide accompagnant d'autres dispositions de la Loi type sur les enchères électroniques inversées. Voir les paragraphes correspondants de la présente note.

sein du Groupe de travail et, étant donné les limites imposées à la longueur des documents du secrétariat, il n'a pas été possible de fournir des indications complètes sur tous les points pour lesquels elles auraient été nécessaires. Le secrétariat s'est donc concentré sur les principales questions qui ont été réglées à ce jour. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner de nouveaux points qu'il serait souhaitable de faire figurer dans le Guide au sujet des dispositions de l'article 22 *bis*, par exemple la position à adopter en matière d'enchères non électroniques (voir par. 3 du Guide, ci-après).

“1) L'article [22 *bis*] énonce les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, définies comme un processus itératif comportant l'utilisation de moyens électroniques pour la présentation par les soumissionnaires soit de nouveaux prix, revus à la baisse, soit [en plus]¹² de nouvelles valeurs pour les éléments quantifiables autres que le prix ayant trait aux critères d'évaluation, qui donne lieu à un classement ou à un reclassement des soumissionnaires à l'aide de méthodes d'évaluation automatiques et d'une formule mathématique¹³. Ce processus d'achat électronique a été introduit dans la Loi type pour permettre aux entités adjudicatrices des États adoptants de tirer parti des avantages qu'il présente tout en prévoyant des garanties pour qu'il en soit fait usage convenablement. Les enchères électroniques inversées peuvent améliorer le rapport qualité-prix du fait d'une concurrence accrue entre les soumissionnaires dans un contexte dynamique et en temps réel. Elles peuvent également améliorer la transparence du processus de passation du fait que les informations sur les résultats successifs de l'évaluation des soumissions à tous les stades de l'enchère, ainsi que le résultat final, sont portés à la connaissance de tous les soumissionnaires instantanément et simultanément. En outre, elles se caractérisent par un processus d'évaluation entièrement automatisé ou dans lequel l'intervention humaine est limitée, ce qui peut décourager les abus et la corruption.

2) D'un autre côté, ce type d'enchères risque d'inciter à accorder une importance excessive au prix, et leur facilité d'emploi pourrait conduire à y recourir de façon excessive ou dans des situations qui ne s'y prêtent pas. Elles peuvent aussi avoir un effet anticoncurrentiel à moyen et long terme. Par exemple, elles sont plus exposées que d'autres modes de passation aux risques de collusion entre soumissionnaires, en particulier lorsque ceux-ci sont peu nombreux ou font partie d'un même groupe participant à plusieurs enchères¹⁴. En outre, dans un contexte d'enchères, le risque que les soumissionnaires aient accès à des informations touchant au secret des affaires de leurs concurrents est potentiellement plus élevé. Les entités adjudicatrices devraient également

¹² Ces mots ont été mis entre crochets dans l'attente de l'issue de l'examen par le Groupe de travail du point mentionné au paragraphe 8 de la présente note.

¹³ À la onzième session du Groupe de travail, la question de la définition de l'enchère électronique inversée a été soulevée. Le Groupe de travail a alors rappelé le consensus qui s'était dégagé à sa session précédente, à savoir qu'une telle définition ne devrait pas figurer dans la Loi type (A/CN.9/623, par. 68). Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de définir les enchères électroniques inversées dans le Guide.

¹⁴ Il peut y avoir collusion lorsque deux soumissionnaires 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 perdre des soumissions ou à ne pas en présenter. Ce point devrait être développé dans une introduction révisée du Guide.

être conscientes des conséquences négatives que peut avoir le fait de confier la prise de décisions à des tiers privés, par exemple des fournisseurs de logiciels ou de services, auxquels on fait généralement appel lorsque des enchères électroniques inversées sont organisées (il est fréquent que des tiers du secteur privé mettent en place le système d'enchères et l'administrent pour le compte des entités adjudicatrices, et qu'elles leurs proposent des stratégies d'achat). Ces tiers peuvent représenter aussi bien les entités adjudicatrices que les soumissionnaires et être en relation avec les unes et les autres. Ces conflits organisationnels potentiels peuvent gravement menacer la concurrence. Tous ces facteurs, à leur tour, risquent de saper la confiance des fournisseurs et des entrepreneurs dans les procédures de passation faisant appel aux enchères électroniques inversées, et de confronter l'entité adjudicatrice à des coûts d'opportunité découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées (par exemple si les fournisseurs ou les entrepreneurs renoncent aux marchés publics lorsqu'ils doivent soumissionner dans le cadre d'enchères électroniques inversées) et à des prix plus élevés que ceux qu'elle aurait obtenus avec d'autres méthodes de passation.

3) Reconnaissant les avantages potentiels des enchères électroniques inversées ainsi que les préoccupations qu'elles soulèvent, la Loi type permet, mais n'impose ni n'encourage, le recours à cette technique, dans les conditions de l'article [22 *bis*] et selon les règles de procédure de ses articles [51 *bis* à *sexies*]. Les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées soit comme méthode de passation à part entière, soit comme une étape d'autres procédures de passation, selon qu'il convient, préalablement à l'attribution d'un marché. La Loi type n'autorise les enchères que si le processus d'évaluation est automatique, lorsque l'anonymat des soumissionnaires et la confidentialité et la traçabilité des procédures peuvent être préservés. [Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait faire mention ici des enchères traditionnelles.]¹⁵

4) Dans les conditions pour leur utilisation énoncées à l'article [22 *bis*], les enchères électroniques inversées sont destinées principalement à satisfaire les besoins répétés d'une entité adjudicatrice en biens normalisés, simples et généralement disponibles, tels que produits standard (fournitures de bureau, par exemple), produits courants, matériel informatique standard, ou encore produits de construction de base. Dans les marchés de ce type, le facteur déterminant est le prix 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. Les marchés où interviennent des variables multiples et où les critères qualitatifs sont plus importants que les considérations de prix et de quantité ne devraient pas, normalement, faire l'objet d'enchères électroniques inversées.

5) L'obligation de fournir des spécifications détaillées et précises, au paragraphe 1 a), empêchera l'utilisation de cette technique d'achat pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très faciles à exécuter (par exemple des travaux simples d'entretien de la voirie). Il ne serait

¹⁵ Voir, par exemple, les points soulevés dans le document A/CN.9/575, par. 63 à 65.

pas approprié, par exemple, de recourir aux enchères pour la passation de marchés de travaux ou de services comportant des prestations intellectuelles, par exemple des œuvres de conception. [Les préoccupations relatives à l'utilisation des enchères électroniques inversées pour des marchés autres que ceux de simples biens standardisés seront développées ultérieurement.] Selon les circonstances locales, et notamment le niveau d'expérience en matière d'enchères électroniques inversées, les États adoptants pourront choisir de limiter l'utilisation de cette technique à la passation de marchés de biens en excluant les références aux travaux et services dans l'article correspondant.

6) Certains États tiennent des listes de biens, travaux et services pouvant donner lieu à la passation de marchés par enchères électroniques inversées. Les États adoptants devraient savoir que la tenue de telles listes peut se révéler fastidieuse 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 d'articles ne se prêtant pas à une acquisition par enchères électroniques inversées ou bien d'énumérer les caractéristiques génériques qui font qu'un article particulier peut faire l'objet d'une passation de marché par cette technique.

7) Lorsqu'elles formulent des spécifications détaillées et précises, les entités adjudicatrices doivent veiller particulièrement à mentionner les caractéristiques techniques et qualitatives objectives des biens, travaux et services achetés, conformément à l'article 16-2 de la Loi type, de manière que les soumissionnaires 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.

8) Le paragraphe 1 b) vise à réduire les risques de collusion et à garantir à l'entité adjudicatrice un résultat acceptable à l'issue des enchères. 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, et a été introduit pour tenir compte du fait qu'il y a plus de risques de collusion avec les enchères qu'avec d'autres méthodes de passation, et que les enchères électroniques inversées ne sont donc pas adaptées aux marchés pour lesquels il n'existe qu'un nombre limité de soumissionnaires potentiellement qualifiés et indépendants, ni aux marchés dominés par un ou deux gros acteurs, ce type de marchés étant particulièrement vulnérables aux manipulations de prix et autres pratiques anticoncurrentielles. Le paragraphe 1 b) est complété par l'article [51 *quater*], qui impose aux entités adjudicatrices, lorsqu'elles invitent les fournisseurs ou les entrepreneurs à participer aux enchères, de tenir compte de la nécessité d'assurer une concurrence véritable au cours de l'enchère. Il permet également à l'entité adjudicatrice d'annuler l'enchère si elle estime que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère. [Renvoi au passage du Guide accompagnant l'article 51 *quater*.]

9) La référence, à l'alinéa b), aux fournisseurs potentiels dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée ne doit pas être interprétée comme impliquant que la passation de marchés par

enchères électroniques inversées comportera nécessairement une présélection. Il est possible que, pour accélérer le processus et le rendre moins coûteux, seules soient vérifiées les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant fait l'offre qui a été acceptée. [Renvoi au passage du Guide présentant les solutions possibles]

10) L'article est destiné à s'appliquer à la passation des marchés dont l'attribution est fondée soit sur le prix, soit sur le prix et d'autres critères devant être précisés au début de la procédure de passation. Lorsque des critères d'attribution autres que le prix interviennent, la Loi type exige qu'ils soient transparents et objectifs, et, par conséquent, quantifiables et exprimés en termes monétaires (chiffres, pourcentages ...). Ils doivent aussi être appliqués de manière transparente et objective (au moyen de procédures et de formules mathématiques communiquées à l'avance). [À développer, y compris en ce qui concerne l'évaluation préalable à l'enchère et ses résultats.] Les États adoptants et les entités adjudicatrices doivent cependant avoir conscience des dangers qu'il y a à autoriser l'utilisation de ces autres critères dans les enchères électroniques inversées. Il existe en particulier un risque inévitable, dans la quantification de ces critères, d'introduction d'une certaine subjectivité (notamment par un système de points), et la simplicité et la transparence du processus peuvent en pâtir. L'évaluation des critères autres que le prix peut également donner lieu à des manipulations et à des évaluations biaisées. [À développer.]¹⁶

11) 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 d'autres critères, selon les circonstances locales, y compris le niveau d'expérience en matière d'enchères électroniques inversées et le secteur économique dans lequel ce type d'enchères est envisagé. Il est recommandé aux États adoptants n'ayant pas l'expérience de ces enchères de les introduire progressivement, à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique, c'est-à-dire de commencer par autoriser les enchères simples, 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, pour éviter d'introduire un élément de subjectivité dans le processus d'évaluation, même si les enchères électroniques inversées sont confiées à des tiers du secteur privé, pour être à même de superviser en connaissance de cause les activités de ces tiers.

12) Les dispositions de la Loi type ne devraient pas être interprétées comme impliquant que les enchères électroniques inversées seront appropriées et devraient toujours être utilisées dès lors que toutes les conditions de l'article [22 *bis*] sont réunies. Les États adoptants souhaiteront peut-être énoncer dans des règlements d'autres conditions pour leur utilisation, par

¹⁶ Voir, en particulier, les points soulevés dans le document A/CN.9/623, par. 67.

exemple l'opportunité d'achats groupés pour amortir les coûts de mise en place d'un système d'enchères électroniques inversées, y compris les coûts des tiers de logiciels et de services.

13) [Renvois aux dispositions du Guide donnant des conseils pratiques sur l'utilisation des enchères électroniques inversées.]”

B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 bis à sexies

1. Projet d'article 51 bis

a) Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

10. Le texte suivant est proposé pour examen par le Groupe de travail:

“Article 51 bis. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite dans les enchères électroniques inversées utilisées comme méthode de passation à part entière

1) L'entité adjudicatrice fait publier un avis d'enchère électronique inversée conformément aux procédures énoncées à l'article 24 de la présente Loi.

2) L'avis comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Les informations énoncées à l'article 25-1 a), d) et e) et à l'article 27 d), f), h) à j) et t) à y);

b) Les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir, y compris tous critères autres que le prix, leur coefficient de pondération, la formule mathématique à utiliser dans la procédure d'évaluation et l'indication de tout critère ne pouvant pas être modifié pendant le déroulement de l'enchère;

c) Si une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère et, le cas échéant, ce nombre ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés pour le déterminer;

d) Si la présélection est exigée et, le cas échéant, les renseignements énoncés à l'article 25-2) a) à e);

e) Si la soumission d'offres initiales est exigée et, le cas échéant:

i) Les renseignements énoncés à l'article 25 f) à j);

ii) Si les offres initiales doivent être soumises afin d'évaluer leur conformité aux conditions énoncées dans l'avis de l'enchère, ou en complément aux fins de leur évaluation; et

iii) En cas d'évaluation des offres initiales, les procédures utilisées à cette fin;

f) La manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée, et les renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion;

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

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

i) Si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'entre elles); et

j) Les règles de conduite de l'enchère électronique inversée, ainsi que les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et les conditions dans lesquelles ils peuvent enchérir.

3) Sous réserve des dispositions des paragraphes 4 à 6 du présent article, l'avis de l'enchère électronique inversée constitue une invitation à participer à l'enchère et doit être complet à tous égards, y compris en ce qui concerne les renseignements énoncés au paragraphe 7 du présent article.

4) Lorsqu'une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère, l'entité adjudicatrice:

a) Choisit les fournisseurs ou entrepreneurs en fonction du nombre fixé, conformément aux critères et à la procédure spécifiés dans l'avis de l'enchère électronique inversée; et

b) Envoie une invitation à présenter une demande de présélection, à soumettre une offre initiale ou à participer à l'enchère, selon le cas, individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs préalablement choisis.

5) Lorsque la présélection est exigée, l'entité adjudicatrice:

a) Présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux dispositions de l'article 7; et

b) Envoie une invitation à soumettre une offre initiale ou à participer à l'enchère, selon le cas, individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

6) Lorsque la soumission d'offres initiales est exigée, l'entité adjudicatrice:

a) Mentionne dans le dossier de sollicitation les renseignements énoncés à l'article 27 a), k) à s) et z) de la présente Loi;

b) Sollicite et examine les offres initiales conformément aux articles 26, 28 à 32, 33-1 et 34-1 de la présente Loi;

c) Comme spécifié dans l'avis de l'enchère électronique inversée, évalue la conformité des offres initiales à l'ensemble des conditions énoncées dans l'avis en application de l'article 34-2 ou procède en outre à une évaluation des offres initiales conformément aux procédures et critères énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée; et

d) Envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont l'offre a été rejetée en application de l'article 34-3. Lorsque l'évaluation des

offres initiales a eu lieu, l'invitation est accompagnée de renseignements sur les résultats de cette évaluation.

7) L'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient les renseignements suivants, à moins qu'ils ne figurent déjà dans l'avis de l'enchère:

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

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

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

d) Des informations concernant la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé; et

e) Toute autre information concernant l'enchère électronique inversée qui peut être nécessaire pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère.

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

9) L'enchère ne débute pas avant l'expiration d'un délai adéquat à compter de la date de publication de l'avis de l'enchère électronique inversée ou, lorsque des invitations à participer à l'enchère sont envoyées, à compter de la date d'envoi des invitations à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Ce délai est suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère."

Commentaire

11. Le projet d'article 51 *bis* ci-dessus se fonde sur le texte du projet d'article 51 *ter* dont le Groupe de travail était saisi à sa onzième session, et tient compte des modifications qu'il a été proposé d'y apporter¹⁷ et des changements résultant de modifications d'autres projets d'articles sur les enchères électroniques inversées.

12. À la onzième session du Groupe de travail, il a été rappelé qu'un moyen essentiel, dans les enchères électroniques inversées, de prévenir les abus, était de préserver l'anonymat des soumissionnaires tout au long du processus. En conséquence, les résultats de l'évaluation de chaque soumission seraient communiqués au seul soumissionnaire concerné¹⁸. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'exigence posée à l'alinéa d) du paragraphe 6 du projet d'article apporte des garanties suffisantes à cet égard.

¹⁷ Ibid., par. 62 et 73.

¹⁸ Ibid., par. 72.

b) Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions

13. Le texte du Guide destiné à accompagner les dispositions correspondantes de la Loi type sera soumis au Groupe de travail ultérieurement. Lors des précédentes sessions du Groupe¹⁹, il a été proposé d'y faire figurer les points suivants:

a) S'agissant du paragraphe 1 de l'article, souligner les avantages qu'il y a à assurer une participation aussi large que possible à une enchère électronique inversée, compte tenu en particulier des exigences de concurrence effective énoncées aux articles 22 *bis* et 51 *quater*;

b) S'agissant du paragraphe 2, souligner que la Loi type ne pose, en ce qui concerne la teneur de l'avis d'enchère électronique inversée, que les conditions générales minimales qui sont essentielles à la bonne conduite de l'enchère et au traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. Ces exigences générales doivent être complétées par des règlements détaillés, qui devront indiquer par exemple les critères de clôture de l'enchère visés à l'alinéa h) de ce paragraphe. Les critères peuvent préciser: i) quand la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ii) quand l'entité adjudicatrice, avant l'expiration d'un délai spécifié, ne reçoit plus aucun nouveau prix ou nouvelle valeur qui l'emportent sur l'offre la mieux classée sous réserve de tout écart minimum concernant les prix ou d'autres valeurs; ou iii) quand le nombre de phases de l'enchère précisé dans l'avis d'enchère électronique inversée a été atteint. Les règlements devraient également préciser que chacun de ces critères peut entraîner la divulgation préalable d'informations supplémentaires particulières (par exemple, le critère énoncé au point ii), exige que soit précisé le délai qui pourra s'écouler entre la réception de la dernière offre et la clôture de l'enchère). Les règlements devraient également imposer la divulgation: i) des procédures à suivre en cas de défaillance, dysfonctionnement ou panne du système utilisé pendant l'enchère; ii) du moment et des modalités de mise à la disposition des informations aux soumissionnaires au cours de l'enchère (l'exigence minimale devant être d'assurer l'égalité de traitement en fournissant les mêmes informations simultanément à tous les soumissionnaires); et iii) s'agissant des conditions dans lesquelles les soumissionnaires peuvent enchérir, de tout écart minimum concernant les prix ou d'autres valeurs qui doit être respecté par toute nouvelle enchère présentée au cours de la procédure, et de l'existence éventuelle de limites pour les nouvelles valeurs soumises au cours de l'enchère et, s'il y a de telles limites, de leur nature (les limites sont inhérentes aux caractéristiques techniques des biens, des travaux et des services faisant l'objet du marché). Les détails de cet ordre peuvent être précisés dans l'avis d'enchère électronique inversée ou dans les règles de conduite de l'enchère du moment que toutes les informations nécessaires sont portées à la connaissance de tous les fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment longtemps avant l'enchère pour permettre à ceux d'entre eux qui sont intéressés de bien s'y préparer et pour assurer la transparence et la prévisibilité du processus;

c) S'agissant de l'alinéa b) du paragraphe 2, noter l'importance de divulguer aux soumissionnaires potentiels au début de la procédure de passation toutes les informations relatives aux critères, procédés et formules d'évaluation qui leur permettraient en toute transparence de voir où ils en sont à tous les stades de la procédure de passation. Un lien serait établi avec les dispositions complémentaires

¹⁹ A/CN.9/590, par. 66, et A/CN.9/595, par. 101, A/CN.9/615, par. 46 et 68.

du paragraphe 6 d) de l'article qui imposent à l'entité adjudicatrice de communiquer le résultat de l'évaluation préalable à l'enchère, lorsqu'il y en a une, individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs invités à y participer et avec celles de l'article 51 *quinquies* 1 c), qui imposent de tenir régulièrement les soumissionnaires informés des résultats successifs de l'enchère pendant son déroulement.

2. Projet d'article 51 *ter*

a) Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

14. Le texte suivant est proposé pour examen par le Groupe de travail:

“Article 51 *ter*. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite dans les enchères utilisées comme phase préalable à l'attribution d'un marché dans le cadre d'une procédure de passation en vertu de la présente Loi

1) L'attribution d'un marché dans le cadre d'une procédure de passation de marché en vertu de la présente Loi peut être précédée d'une enchère électronique inversée [, pour autant que les conditions d'utilisation de la procédure de passation et des enchères électroniques inversées soient réunies et que les deux procédures soient compatibles].

2) L'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, doit signaler que l'attribution du marché sera précédée d'une enchère électronique inversée et communiquer les informations énoncées à l'article 51 *bis*, paragraphe 2, alinéas b) et f) à j).

3) Avant de procéder à l'enchère, l'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs et entrepreneurs admis à participer à l'enchère et se conforme aux dispositions de l'article 51 *bis*, paragraphes 7 à 9.”

Commentaire

15. Le projet d'article 51 *ter* ci-dessus se fonde sur le texte d'un projet d'article 51 *quater* dont le Groupe de travail était saisi à sa onzième session, et tient compte des modifications qu'il a été proposé d'y apporter²⁰. Il conserve les renvois aux dispositions applicables du projet d'article 51 *bis* qui contiennent des garanties essentielles, propres aux enchères électroniques inversées. Il a également été jugé important de mentionner expressément, à l'article 51 *ter*, l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'envoyer l'invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs et entrepreneurs admis à participer à l'enchère. Cette exigence se retrouve dans plusieurs dispositions de l'article 51 *bis* (par. 4 b), 5 b) et 6 d)).

b) Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions

16. Le texte du Guide destiné à accompagner les dispositions pertinentes de la Loi type sera soumis au Groupe de travail ultérieurement. Comme cela a été suggéré à la

²⁰ A/CN.9/623, par. 74 à 76.

onzième session du Groupe de travail²¹, le texte devrait reconnaître les difficultés posées par l'introduction et la réglementation des enchères électroniques inversées en tant que phase de certaines méthodes de passation et en avertir les États adoptants n'ayant pas d'expérience pratique en la matière. Il expliquerait quand et comment ces enchères pourraient être intégrées dans différentes méthodes de passation envisagées dans la Loi type, et quelles modifications des caractéristiques traditionnelles des méthodes auxquelles les enchères électroniques inversées pourraient être intégrées seraient nécessaires. Le Guide indiquerait, avec les renvois nécessaires, que les enchères électroniques inversées pourraient notamment être utilisées à bon escient lors de la réouverture à la concurrence d'accords-cadres. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le texte devrait indiquer que l'utilisation des enchères électroniques inversées dans les procédures d'appel d'offres serait inopportune en raison des caractéristiques particulières de ces dernières (telles que l'interdiction de modifier quant au fond les offres une fois qu'elles ont été soumises) et si, pour d'autres méthodes de passation, les dispositions de la Loi type actuelle devraient être modifiées pour permettre la soumission répétée d'offres ou de prix afin de pouvoir utiliser les enchères électroniques inversées.

17. Le texte du Guide soulignerait aussi que les entités adjudicatrices doivent annoncer, lorsqu'elles sollicitent la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, leur intention d'organiser une enchère électronique inversée, et fournir, outre les informations habituellement requises pour la méthode de passation utilisée, toutes les informations propres à ladite enchère. Une fois l'enchère électronique inversée annoncée, il est obligatoire de la tenir, à moins que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs participant à la procédure de passation ne soit pas suffisant pour assurer une concurrence effective. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice aurait le droit, conformément à l'article 51 *quater*, d'annuler l'enchère. Le Guide expliquerait également l'importance de respecter les règles de procédure énoncées au paragraphe 3 de l'article. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aborder d'autres points dans le Guide à propos des dispositions de l'article 51 *ter*, notamment en ce qui concerne l'anonymat des soumissionnaires dans les enchères électroniques inversées utilisées en tant que phase dans certaines méthodes de passation et dans les accords-cadres (voir art. 51 *quinquies* et par. 24 ci-après).

3. Projet d'article 51 *quater*

a) Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

18. Le texte suivant est proposé pour examen par le Groupe de travail:

“Article 51 *quater*. Exigence d'un nombre suffisant de soumissionnaires pour assurer une concurrence effective

1) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère, conformément aux articles 51 *bis*-4 à 6 et 51 *ter*-3 soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

2) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour participer à l'enchère est, de l'avis de l'entité adjudicatrice, insuffisant

²¹ Ibid., par. 57 et 76.

pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut annuler l'enchère électronique inversée.”

Commentaire

19. Le projet d'article 51 *quater* ci-dessus se fonde sur le texte d'un projet d'article 51 *quinquies* sur l'exigence de concurrence effective dont le Groupe de travail était saisi à sa onzième session, et tient compte des modifications qu'il a été proposé d'y apporter²².

b) Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions

20. Le texte du Guide destiné à accompagner les dispositions pertinentes de la Loi type sera soumis au Groupe de travail ultérieurement. Comme convenu par le Groupe de travail à sa neuvième session²³, le texte insisterait sur l'importance de la participation d'un nombre suffisant de soumissionnaires pour assurer la concurrence. Comme cela a été suggéré à la onzième session du Groupe de travail²⁴, le Guide illustrerait certaines options sur la manière dont une entité adjudicatrice devrait procéder si l'enchère électronique inversée était annulée en raison d'un nombre insuffisant de soumissionnaires inscrits pour assurer une concurrence effective. Il devrait également indiquer que le dossier de sollicitation ou des documents équivalents pourraient préciser les mesures que l'entité avait l'intention de prendre si la situation se présentait.

4. Projet d'article 51 *quinquies*

a) Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

21. Le texte suivant est proposé pour examen par le Groupe de travail:

“Article 51 *quinquies*. Exigences pendant la phase d'enchère proprement dite

- 1) Au cours d'une enchère électronique inversée:
 - a) Tous les soumissionnaires ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de soumettre leurs offres;
 - b) Toutes les soumissions font l'objet d'une évaluation automatique;
 - c) Les résultats successifs de l'enchère établis selon les critères d'évaluation énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée doivent être communiqués instantanément de façon continue à tous les soumissionnaires;
 - d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires, sauf conformément au paragraphe 1 a) et c) plus haut.
- 2) L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire pendant l'enchère.

²² Ibid., par. 78, 81 et 82.

²³ A/CN.9/595, par. 101.

²⁴ A/CN.9/623, par. 83.

3) L'enchère est close suivant les critères énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

4) L'entité adjudicatrice peut suspendre l'enchère électronique inversée ou y mettre fin en cas de défaillance d'un système ou d'interruption des communications [qui empêchent la tenue de l'enchère] [ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée]. Les dispositions du paragraphe 2 du présent article s'appliquent lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin."

Commentaire

22. Le projet d'article 51 *quinquies* ci-dessus se fonde sur le texte d'un projet d'article 51 *sexies* sur les exigences pendant la phase d'enchère proprement dite dont le Groupe de travail était saisi à sa onzième session, et tient compte des modifications qu'il a été proposé d'y apporter²⁵.

23. À sa onzième session, le Groupe de travail a demandé au secrétariat de modifier le paragraphe 4 pour tenir compte des observations pratiques selon lesquelles une suspension pourrait être souhaitable lorsque l'entité soupçonnerait des offres anormalement basses. On a fait observer qu'une telle suspension permettrait à l'entité adjudicatrice d'intervenir instantanément dans le processus afin d'empêcher que l'offre anormalement basse ne perturbe l'enchère (une telle offre risquerait par exemple d'empêcher d'autres soumissionnaires de continuer à participer). Le Groupe de travail a également noté que les soumissionnaires pourraient présenter des réclamations au sujet d'irrégularités pendant le processus, ce qui pourrait également justifier la suspension de l'enchère. On a également estimé que les dispositions devraient indiquer clairement que la suspension de l'enchère électronique inversée ne se justifierait pas en cas de défaillance du système ou d'interruption des communications d'un seul soumissionnaire²⁶. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les membres de phrase entre crochets, au paragraphe 4, tiennent suffisamment compte de ces suggestions.

24. La dernière phrase du paragraphe 4 a été ajoutée pour tenir compte du fait que le Groupe de travail était convenu que l'anonymat des soumissionnaires devait être préservé pendant l'enchère et lorsque l'entité suspendait l'enchère ou y mettait fin²⁷. Cependant, cet anonymat peut être déjà compromis avant l'enchère, en particulier dans le cas des enchères électroniques inversées utilisées en tant que phase dans d'autres méthodes de passation ou dans des accords-cadres. Le Groupe de travail voudra peut-être, dès lors, se demander quelles garanties devraient être introduites pour réduire ces risques.

b) Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions

25. Le texte du Guide destiné à accompagner les dispositions pertinentes de la Loi type sera soumis au Groupe de travail ultérieurement. S'agissant du paragraphe 1 b) de l'article, il insisterait sur le fait que l'enchère doit être fondée sur des critères d'attribution divulgués à l'avance (et leur coefficient de pondération le cas échéant),

²⁵ Ibid., par. 84, 85 et 89.

²⁶ Ibid., par. 89.

²⁷ Ibid., par. 85.

qui ne peuvent être modifiés pendant l'enchère, à la différence des prix et des éléments modifiables. À chacun de ces éléments modifiables est attribuée une valeur, exprimée en chiffres ou en pourcentages, dans une formule mathématique communiquée à l'avance. S'agissant du paragraphe 1 c), le Guide soulignerait que le but de ces dispositions est de veiller à ce que tous les soumissionnaires puissent déterminer leur position par rapport aux autres soumissionnaires à tout moment de l'enchère. S'agissant du paragraphe 1 d), le Guide devrait souligner l'importance d'éviter toute intervention humaine pendant le déroulement de l'enchère. Le dispositif d'enchères recueille électroniquement des soumissions anonymes qui seront évaluées automatiquement selon les critères et les procédés divulgués dans l'avis d'enchère électronique inversée. Il devrait aussi y avoir un dispositif en ligne de rejet automatique des soumissions non valables, avec notification immédiate et explication des motifs du rejet. Un point de contact pour les communications urgentes concernant d'éventuels problèmes techniques peut être proposé aux soumissionnaires. Il doit être externe au mécanisme d'enchères et à la procédure de passation en question.

26. S'agissant des paragraphes 2 et 4, le Guide soulignerait qu'en aucune circonstance l'identité des soumissionnaires ne sera divulguée ou accessible aux autres soumissionnaires au cours de l'enchère, même si celle-ci est suspendue ou s'il y est mis fin (voir cependant la préoccupation soulevée au paragraphe 24 ci-dessus). S'agissant du paragraphe 3, il y aurait un renvoi à l'article 51 *bis*-2 h) et à l'analyse correspondante dans le Guide. On soulignerait également qu'en aucune circonstance l'enchère ne peut être close avant la date fixée. Comme convenu à la neuvième session du Groupe de travail²⁸, le Guide expliquerait comment les fournisseurs pourraient se retirer de la procédure d'enchère avant sa clôture et quels seraient les effets de ce retrait.

27. S'agissant du paragraphe 4, sous réserve de la décision finale du Groupe de travail sur les questions pertinentes (voir par. 23 ci-dessus), le Guide analyserait tous les cas qui justifieraient de mettre fin à l'enchère électronique inversée ou de la suspendre ainsi que les garanties procédurales qui devraient être mises en place pour protéger les intérêts des soumissionnaires (telles que la notification immédiate et simultanée à tous les soumissionnaires de la suspension, du moment de la réouverture de l'enchère et des nouvelles dates limites). Le Guide soulignerait également l'importance de suivre attentivement la procédure d'enchère pour détecter une éventuelle manipulation du marché et, à cet égard, la nécessité pour l'entité adjudicatrice de disposer de bons renseignements sur les transactions semblables conclues par le passé, le marché concerné et sa structure²⁹. Il attirerait l'attention des États adoptants sur le fait que même s'il est possible de mettre en place des mécanismes destinés à contrarier et à prévenir des collusions éventuelles, il peut être difficile en pratique de distinguer les comportements justifiables de la véritable collusion, et que toute marge d'appréciation laissée dans ce domaine aux entités adjudicatrices devrait donc être soigneusement encadrée pour empêcher les abus et les interruptions injustifiables.

²⁸ A/CN.9/595, par. 111.

²⁹ Ces questions devraient être examinées plus en détail dans une introduction révisée du Guide. En conséquence, un renvoi aux dispositions correspondantes sera peut-être introduit.

28. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aborder d'autres points dans le Guide à propos des dispositions de l'article 51 *quinquies*, notamment en ce qui concerne la possibilité au cours de l'enchère i) de repousser la date limite de soumission des offres dans d'autres cas que ceux visés au paragraphe 4 de l'article, et ii) de modifier les règles de l'enchère³⁰.

5. Projet d'article 51 *sexies*

a) Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

29. Le texte suivant est proposé pour examen par le Groupe de travail:

“Article 51 *sexies*. Attribution du marché sur la base des résultats de l'enchère électronique inversée

1) Le marché est attribué au soumissionnaire qui, au moment de la clôture de l'enchère, a fait l'offre au prix le plus bas ou l'offre la plus basse résultant de l'évaluation, selon le cas, à moins que ladite offre ne soit rejetée, conformément aux articles 12, 12 *bis*, 15 et [36 (...)]. En pareil cas, l'entité adjudicatrice peut:

a) Attribuer le marché au soumissionnaire qui, au moment de la clôture de l'enchère, a fait l'offre suivante la plus basse ou l'offre suivante la plus basse résultant de l'évaluation, selon le cas; ou

b) Rejeter toutes les offres restantes conformément à l'article 12-1 de la présente Loi, et conduire une nouvelle enchère dans le cadre de la même procédure de passation de marché ou annoncer une nouvelle procédure de passation de marché.

2) Le soumissionnaire ayant fait l'offre que l'entité adjudicatrice est prête à accepter est avisé promptement de cette acceptation.

3) Le nom et l'adresse du soumissionnaire avec lequel le marché est conclu et le prix du marché sont promptement communiqués aux autres soumissionnaires.”

Commentaire

30. Le projet d'article 51 *sexies* ci-dessus se fonde sur le texte du projet d'article 51 *septies* dont le Groupe de travail était saisi à sa onzième session, et tient compte des modifications qu'il a été proposé d'y apporter³¹.

31. Les paragraphes 1 et 2 ont été fusionnés et harmonisés au moyen de renvois, comme cela avait été suggéré à la onzième session du Groupe de travail. Les renvois seront rédigés dans leur forme définitive lorsque le Groupe de travail aura approuvé

³⁰ Ces deux possibilités (changement des dates limites et des règles des enchères pendant leur déroulement) sont envisagées à la section 5.4 du document de travail de la Commission européenne SEC(2005) 959, accessible en anglais à la date de la présente note à l'adresse: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/sec2005-959_en.pdf.

La possibilité de modifier une date limite pendant l'enchère est également envisagée au paragraphe 4.5 des Lignes directrices pour les enchères électroniques inversées pour les marchés financés par les banques multilatérales de développement (décembre 2005), accessibles en anglais à la date de la présente note à l'adresse: <http://www.mdb-egp.org/>

³¹ A/CN.9/623, par. 91 à 93 et 95.

la teneur et l'emplacement de l'actuel article 36 de la Loi type³². L'ancien paragraphe 3 a été scindé en deux: le premier (le paragraphe 2) porte sur la notification au soumissionnaire avec lequel le marché est conclu, et le deuxième (le paragraphe 3) sur la notification aux autres soumissionnaires du soumissionnaire ayant remporté le marché et du prix du marché. Le libellé de ce dernier paragraphe a été aligné sur celui de l'article 11-1 b) de la Loi type.

b) Points à faire figurer dans le texte du Guide accompagnant ces dispositions

32. Le texte du Guide destiné à accompagner les dispositions pertinentes de la Loi type sera soumis au Groupe de travail ultérieurement. Comme cela a été suggéré à la neuvième session du Groupe de travail³³, le Guide soulignerait que les résultats de l'enchère doivent être les résultats définitifs de la procédure de passation et que le prix de l'offre retenue figurerait dans le contrat, y compris dans le cas d'accords-cadres. Les exceptions à cette règle (c'est-à-dire tous les renvois du paragraphe 1) seraient expliquées. Aucune nouvelle évaluation ne devrait être autorisée après la tenue de l'enchère, afin d'éviter les irrégularités, par exemple la corruption et le favoritisme.

33. Comme convenu à la onzième session du Groupe de travail³⁴, le Guide insisterait sur la nécessité d'agir rapidement après l'enchère, qu'il s'agisse de vérifier après l'enchère des qualifications du soumissionnaire retenu ou de réexaminer une éventuelle offre anormalement basse, de manière que la position finale soit déterminée dès que raisonnablement possible. Il a été convenu également que le Guide devrait préciser les implications pratiques de chacune des options présentées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1.

C. Modifications à apporter en conséquence aux dispositions de la Loi type: procès-verbal de la procédure de passation des marchés (art. 11)

34. L'ajout qu'il est proposé de faire à l'article 11-1 de la Loi type ci-après remplace le libellé dont était saisi le Groupe de travail à ses précédentes sessions³⁵. Il reflète l'accord intervenu à la onzième session du Groupe de travail, selon lequel le libellé devrait être complété pour mentionner toutes les informations devant figurer dans le procès-verbal de la procédure dans le cadre des enchères qui n'étaient pas expressément mentionnées à l'article 11-1 de la Loi type³⁶. Il a été proposé en particulier que le procès-verbal contienne des informations sur les motifs et les circonstances invoqués par l'entité pour justifier le recours aux enchères électroniques inversées ainsi que la date et l'heure des enchères.

³² Ibid., par. 102.

³³ A/CN.9/595, par. 101.

³⁴ A/CN.9/623, par. 94.

³⁵ A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 3, A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 59, et A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 68.

³⁶ A/CN.9/623, par. 100.

“Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1) L’entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d’information suivants:

...

i) *bis* “Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées, des informations sur les motifs et les circonstances invoqués par l’entité pour justifier le recours à l’enchère, la date et l’heure de l’enchère et [toute autre information que le Groupe de travail décide d’ajouter].”

35. En outre, à la onzième session du Groupe de travail, il a été considéré comme justifié de prévoir des exceptions à la divulgation de certains types d’informations énumérées à l’article 11 compte tenu des spécificités des enchères électroniques inversées³⁷. Il a été estimé en particulier que le nom de tous les soumissionnaires pourrait être divulgué uniquement si la procédure de passation aboutissait et si cette divulgation ne conduisait pas à révéler des informations commerciales, concernant tel ou tel soumissionnaire, de nature à influencer sur les prix³⁸.

36. Selon l’article 11-2 de la Loi type, la partie du procès-verbal où figurent les noms et adresses de tous les soumissionnaires est communiquée à toute personne qui le demande après que l’offre a été acceptée ou après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d’un marché. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l’article 11-2 devrait être modifié pour exclure expressément la possibilité de divulguer l’identité des soumissionnaires au public si la procédure a pris fin sans aboutir à la conclusion d’un marché. Il pourrait être expliqué dans le Guide que la divulgation de l’identité des soumissionnaires, en particulier quand ceux-ci ont été peu nombreux à participer à l’enchère, pourrait donner lieu à une collusion des soumissionnaires dans des enchères successives portant sur des produits identiques ou du même type, et compromettre ainsi la compétitivité sur le marché et le succès des enchères futures.

37. Selon l’article 11-3, le prix ou le mode de détermination du prix et une récapitulation des autres principales conditions de chaque soumission ainsi que de l’évaluation et de la comparaison des soumissions, sont communiqués aux soumissionnaires qui en font la demande. En règle générale, les entités adjudicatrices ne pourraient, en vertu des alinéas a) et b) de l’article 11-3, divulguer d’informations détaillées relatives à l’examen, l’évaluation et la comparaison des soumissions ni d’informations dont la divulgation, notamment, porterait atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entraverait le libre jeu de la concurrence. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il faudrait modifier d’une manière ou d’une autre les dispositions sur la divulgation de l’article 11 compte tenu des spécificités des enchères électroniques inversées ou si les dispositions des alinéas a) et b) de l’article 11-3, étayées par un commentaire approprié dans le Guide, comme cela a été suggéré à la onzième session du Groupe de travail³⁹, seraient suffisantes.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., par. 85 et 87.

³⁹ Ibid., par. 87 et 88.