



Assemblée générale

Distr. limitée
10 février 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Vingt et unième session
New York, 16-20 avril 2012

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

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le chapitre VI de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatif aux enchères électroniques inversées et se compose d'une introduction, d'un commentaire sur les dispositions connexes du chapitre II (article 31) et d'un commentaire sur l'article 53.



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

Deuxième partie. Commentaire par article

Chapitre VI: Enchères électroniques inversées

A. Introduction

1. Résumé analytique

1. Le terme “enchère électronique inversée” (ou “enchère”), tel que défini dans l'article 2 de la Loi type, désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel qu'une entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir. Les fournisseurs ou entrepreneurs (“enchérisseurs”) présentent au cours d'une période déterminée des offres successives faisant l'objet d'une évaluation automatique au moyen de systèmes informatiques et télématiques, jusqu'à ce que l'adjudicataire soit trouvé. Dans la définition, la formule “offres de plus en plus basses” renvoie aux réductions successives du prix ou aux améliorations successives des offres générales soumises à l'entité adjudicatrice. Il s'agit donc d'une exception à la règle générale de la Loi type en vertu de laquelle un fournisseur ou un entrepreneur dispose d'une seule occasion de soumettre son prix en réponse à une invitation à soumissionner.

2. Il a été observé que les enchères électroniques inversées comportent de nombreux avantages potentiels. Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité-prix grâce à une mise en concurrence successive des enchérisseurs dans un processus dynamique se déroulant en temps réel. L'utilisation d'Internet pour conduire l'enchère peut aussi favoriser une plus large participation et, par là même, renforcer la concurrence. Deuxièmement, les enchères peuvent réduire le temps passé et les frais administratifs engagés dans la passation de marchés ayant pour objets des biens simples et disponibles dans le commerce et des services normalisés. Troisièmement, les enchères peuvent améliorer la traçabilité interne du processus de passation, car les informations sur les résultats successifs de l'évaluation des offres à chaque étape, ainsi que le résultat final, sont consignées; toutes ces informations sont en outre instantanément portées à la connaissance de l'entité adjudicatrice. Par ailleurs, les enchères peuvent renforcer la transparence puisque chaque enchérisseur est mis au courant instantanément de sa place relative; l'évolution et le résultat de l'enchère sont portés à la connaissance de tous les enchérisseurs instantanément et simultanément. Quatrièmement, la transparence accrue et le processus d'évaluation entièrement automatisé qui limite l'intervention humaine peuvent aider à prévenir les abus et la corruption.

3. Reconnaisant ces avantages potentiels, la Loi type permet les enchères électroniques inversées dans les conditions énoncées à l'article 31 [\[**hyperlien**\]](#), afin que leur utilisation soit autorisée dans des règles, et sous réserve des règles de procédure visées aux articles 53 à 57 [\[**hyperlien**\]](#). Conformément à l'approche qu'elle adopte pour toutes les méthodes de passation de marchés visées par la Loi type, la CNUDCI prévoit des enchères pour tous les marchés – que ce soit de biens, de travaux ou de services. Même si c'est dans l'acquisition de biens, tels que des

fournitures de bureau, que cette méthode trouve son application la plus courante, elle s'utilise aussi dans la pratique pour des services simples, comme des prestations horaires de techniciens agréés dans un domaine donné.

4. L'utilisation des enchères électroniques inversées a augmenté ces dernières années et s'est trouvée facilitée par le fait que les moyens électroniques réduisent considérablement le coût des opérations et permettent de préserver l'anonymat des enchérisseurs du fait que les enchères se font virtuellement et non en personne. C'est pourquoi la Loi type n'autorise que les enchères en ligne comportant un processus d'évaluation automatique qui permet de protéger l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer la confidentialité et la traçabilité des procédures. Les enchères de ce type peuvent néanmoins présenter un risque de collusion, en particulier lorsqu'elles constituent seulement une étape de la procédure de passation ou sont précédées par un examen ou une évaluation hors ligne des offres initiales. Ces procédures sont examinées de manière plus détaillée dans le commentaire relatif aux articles du chapitre VI.

5. La mise en place d'un système d'enchères électroniques inversées représente un investissement important et se fait généralement dans le cadre de l'adoption d'un système de passation de marchés en ligne. Il convient de considérer l'examen de la passation de marchés en ligne dans la section ** du commentaire général ci-dessus [**hyperlien**] comme un complément du commentaire relatif au chapitre VI.

2. Incorporation: considérations de politique générale

6. L'approche de la CNUDCI consiste à prévoir des dispositions pour les enchères électroniques inversées utilisées pour sélectionner l'adjudicataire. Bien qu'il existe d'autres modèles, qui font intervenir un examen et/ou une évaluation supplémentaire après l'enchère, la Loi type exige que l'enchère électronique inversée constitue en elle-même la phase finale de la procédure de passation de marché dans le cadre de laquelle l'adjudicataire est sélectionné, et que les conditions qui l'ont emporté figurent dans le contrat. Cette approche est considérée comme la plus transparente et la moins risquée en termes d'abus et tient compte de l'interdiction générale, prévue d'un bout à l'autre de la Loi type, de négocier après l'attribution du marché.

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

8. De par leur nature, les enchères électroniques inversées incitent à une focalisation sur le prix; ainsi, pour les services et les produits normalisés disponibles dans le commerce, l'entité adjudicatrice a tout à gagner d'une forte concurrence sur les prix. Selon des données empiriques il apparaît toutefois que, lorsque les aspects qualitatifs jouent un rôle important, ou lorsque les articles ou

services à acquérir ne sont pas normalisés, le risque de compromettre l'efficacité de la passation de marché est plus grand, car les baisses de prix peuvent se traduire par la réduction d'éléments qualitatifs variables (tels que les matériaux utilisés dans la fabrication). Une des inquiétudes que suscitent les enchères électroniques inversées est qu'elles sont relativement simples à mettre en œuvre d'un point de vue administratif une fois établis les systèmes qui les autorisent, si bien qu'elles peuvent être utilisées de manière excessive ou à mauvais escient. Ces utilisations excessives ou inappropriées peuvent être motivées par l'intention de réduire la concurrence, mais au risque d'entraîner une concentration des passations de marchés et de collusion dans le cas d'achats récurrents, ainsi qu'il est expliqué dans les sections ** et ** des remarques générales ci-dessus [**hyperliens**]. Comme l'indiquent les paragraphes ** ci-dessous [**hyperlien**], les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées et les procédures à suivre ont été conçues pour atténuer ce risque, sans limiter indûment le recours à cette méthode et son potentiel d'évolution à moyen ou long terme.

9. Les enchères électroniques inversées peuvent aussi avoir un effet anticoncurrentiel à moyen et long terme, car elles peuvent être plus vulnérables que d'autres modes de passation aux actes de collusion. En effet, lorsque les fournisseurs qui y participent en viennent à se connaître, il y a risque d'envoi de signaux sur les prix ou d'autres types de collusion, du fait des soumissions successives d'offres dans une enchère individuelle et aussi de l'acquisition régulière ou périodique d'un même objet au moyen de cette procédure¹. Par comparaison, dans les procédures d'appel d'offres et d'autres procédures traditionnelles, l'identité des fournisseurs n'est pas révélée lors de la soumission des offres.

10. Il est donc essentiel de maintenir l'anonymat pour atténuer les risques de collusion dans les enchères électroniques inversées, afin qu'ils n'y soient pas plus élevés que dans d'autres méthodes de passation de marchés. De manière générale, ces enchères sont plus vulnérables aux manipulations de prix, aux envois de signaux sur les prix ou à d'autres pratiques anticoncurrentielles sur les marchés où les fournisseurs ou entrepreneurs potentiellement qualifiés et indépendants sont peu nombreux et se connaissent ou sur les marchés dominés par un ou deux intervenants principaux, ainsi que dans les cas d'enchères répétées avec les mêmes participants car, dans la pratique, il est plus difficile d'y maintenir l'anonymat. Les procédures de la Loi type ont aussi été conçues pour atténuer ce risque, par exemple en encourageant la combinaison d'enchères électroniques inversées et d'accords-cadres ouverts conformément au chapitre VII [**hyperlien** pour des achats répétés], comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire relatif à ce chapitre [**hyperlien**].

11. Les dispositions relatives aux conditions d'utilisation des enchères et aux procédures à suivre pour atténuer les risques d'entrave à la concurrence, décrites dans la section suivante, traitent séparément les deux types d'enchères prévues dans la Loi type: dans le cas des enchères envisagées comme une étape dans la passation d'un marché, la prise en compte du risque de collusion et d'autres pratiques

¹ Dans le Glossaire, la collusion sera expliquée comme suit: Il y a collusion lorsque deux enchérisseurs ou plus s'entendent pour manipuler les prix et influencer sur ceux-ci de manière à les maintenir artificiellement élevés ou lorsqu'ils se partagent le marché par des manœuvres consistant à gonfler artificiellement le prix des offres ou à ne pas présenter d'offre du tout, ou lorsqu'ils faussent le processus d'une autre manière.

anticoncurrentielles exige une évaluation plus approfondie du marché considéré, comme l'explique le commentaire [\[**hyperlien**\]](#). Pour cette raison, les points concernant la mise en œuvre et l'utilisation décrits dans la section ci-après peuvent également éclairer les décisions concernant l'incorporation dans le droit interne.

12. Les États adoptants voudront examiner s'il convient ou non d'autoriser des garanties de soumission dans les enchères électroniques inversées. Dans les enchères simples, qui incluront la plupart des enchères autonomes, il est peu probable que ces garanties se justifient d'un point de vue financier. Pour des enchères plus complexes, elles pourraient être appropriées. Les règlements ou règles et autres orientations devraient alors préciser quelles en sont les modalités d'utilisation dans la pratique et notamment dans quelles circonstances l'entité adjudicatrice peut les faire jouer. On pourrait par exemple considérer que le défaut d'inscription à une enchère visé à l'article 54 peut empêcher l'entité adjudicatrice de tenir l'enchère du fait du nombre insuffisant d'enchérisseurs pour assurer une concurrence effective. En pratique, toutefois, les enchérisseurs ne peuvent pas être obligés à changer des aspects de leurs offres et peuvent simplement s'abstenir d'enchérir, de sorte que la garantie de soumission est en fait inutile ou, au mieux, d'un mauvais rapport coût/efficacité. Il faudrait aussi examiner les incidences sur la participation future².

3. Questions d'application et d'utilisation

13. Les considérations de politique générale examinées ci-dessous sont jugées particulièrement importantes pour une introduction et une utilisation efficaces des enchères électroniques inversées, et susceptibles d'inspirer les règlements, règles et orientations qui seront émis à l'appui de la Loi type:

a) Utilisation appropriée des enchères:

i) Les enchères autonomes conviennent tout particulièrement en cas d'acquisition de biens et services d'usage courant et disponibles sur un marché large et très concurrentiel, lorsque l'entité adjudicatrice est à même de donner une description détaillée ou faisant référence à des normes sectorielles, et lorsque les offres des enchérisseurs présentent les mêmes caractéristiques qualitatives et techniques, par exemple pour des fournitures de bureau, des produits courants, du matériel informatique standard, des produits de construction de base et des services simples. On peut se passer d'un 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. Dans les passations de ce type, le système compare des objets semblables et le prix peut donc être le critère d'évaluation déterminant ou du moins l'un des critères déterminants. Lorsqu'il existe un marché sur Internet, comme pour les fournitures de bureau, les résultats peuvent être optimaux [x réf. catalogues en ligne];

ii) Il est probable que ce type de passation ait lieu sur un marché où les participants sont nombreux, ce qui constitue une garantie d'anonymat et favorise la concurrence. Cependant, si les enchères se répètent, qu'elles fassent

² Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité de faire une recommandation plus forte à ce sujet.

ou non partie d'accords-cadres, les règles ou orientations devraient indiquer comment veiller à ce que le même petit groupe d'enchérisseurs n'y prenne pas toujours part; les entités adjudicatrices devraient contrôler leurs procédures et faire le nécessaire pour les modifier s'il y a une quelconque preuve de manipulation (pour de plus amples renseignements, voir le commentaire sur l'article ** ci-dessous [[**hyperlien**](#)]);

iii) Les enchères sont moins appropriées pour les marchés où les considérations de prix et de quantité cèdent le pas à des facteurs non quantifiables, notamment pour les marchés de travaux ou de services comportant des prestations intellectuelles qui ne peuvent être quantifiées sur des bases objectives, par exemple des œuvres de conception, ou d'autres marchés basés sur la qualité. Les règles ou orientations devraient donc insister sur le fait qu'il serait inapproprié d'utiliser des enchères dans ces circonstances;

iv) En outre, pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement, suscitant des prix bas mais réalistes, il importe que les enchérisseurs connaissent bien leur structure de coûts;

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

vi) Dans certaines enchères utilisées comme étape, les conditions énoncées aux alinéas i) et ii) peuvent s'appliquer: par exemple, lorsqu'une enchère fait partie d'un accord-cadre, d'une procédure de demandes de prix, et d'autres méthodes caractérisées par la participation de nombreux fournisseurs. Dans d'autres enchères qui présentent certaines ou bien la totalité des caractéristiques décrites aux alinéas iii) à v), les conditions d'utilisation qui s'appliquent sont celles de l'article 31-2, mais ce type d'enchères est probablement inapproprié, à la fois parce qu'il sera plus difficile d'assurer une concurrence effective et parce que le risque de collusion sera vraisemblablement plus élevé qu'il ne le serait dans l'enchère comme étape. Cependant, lorsque des mesures plus précises sont nécessaires au début de la procédure (telles que l'évaluation des qualifications et de la conformité, et éventuellement un classement sur la base de facteurs qualitatifs évalués avant l'enchère), qui font que l'enchère elle-même conserve de plus nombreuses caractéristiques du marché concurrentiel précité, ladite enchère peut réduire le nombre de points qui restent à évaluer et donc se révéler appropriée. Il convient néanmoins de garder à l'esprit que l'on risque ainsi d'ajouter encore à la complexité d'une procédure de passation de marché;

vii) Les règlements ou règles et autres orientations devraient donc guider une entité adjudicatrice qui étudie le marché concerné avant le début d'une procédure de passation de marchés pour recenser les avantages et

inconvénients relatifs d'une enchère. Il faudrait, allant en cela dans le sens des commentaires sur la sollicitation figurant dans l'introduction de la deuxième partie du chapitre II, effectuer une évaluation visant à établir si le risque que la collusion l'emporte sur la concurrence serait plus élevé dans une enchère électronique inversée que dans n'importe quelle autre méthode de passation de marchés, avant de déterminer quelles méthode et technique utiliser. Il est possible que les autorités de l'État adoptant chargées de la concurrence soient à même de fournir des informations utiles sur ces risques relatifs, ainsi que sur d'autres, tels que le risque de dumping sur le marché concerné.

b) Mise en place progressive des enchères: il est recommandé aux États adoptants n'ayant pas l'expérience des enchères électroniques inversées de les introduire progressivement, à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique, c'est-à-dire de commencer par autoriser les enchères fondées uniquement sur le prix, dans lesquelles le prix seul détermine l'offre à retenir, et de passer ensuite, le cas échéant, à des enchères plus complexes, dans lesquelles des critères autres que le prix sont également pris en compte;

c) Renforcement des capacités: en vue de tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées, tant les entités adjudicatrices que les fournisseurs et entrepreneurs doivent avoir confiance dans ce processus et dans ses résultats de sorte à encourager la participation, et doivent être en mesure de les utiliser efficacement. À cette fin, les États devraient être prêts à investir suffisamment de ressources dans des programmes de sensibilisation et de formation à un stade précoce et à prévoir des frais généraux pour former les fournisseurs ou entrepreneurs aux modalités de la participation aux enchères électroniques inversées. Pour l'entité adjudicatrice, la formation devrait porter à la fois sur des questions techniques, comme la manière de quantifier objectivement des critères autres que les prix et de les exprimer de façon à ce qu'ils puissent être intégrés dans l'algorithme ou la formule mathématique automatisés, et sur les informations à donner aux fournisseurs et entrepreneurs, particulièrement lorsqu'il s'agit de PME. Pour les fournisseurs et entrepreneurs, la formation devrait porter sur le système et son fonctionnement, sur les changements qu'entraîne la conclusion de marchés publics au moyen d'enchères électroniques inversées, et sur les répercussions que ces changements auront sur les opportunités commerciales s'offrant à eux. Faute d'une telle formation, un marché où les achats publics étaient précédemment réalisés avec succès risque d'être abandonné, les prix risquent d'être plus élevés qu'avant l'introduction des enchères et l'investissement des pouvoirs publics dans le système risque de ne porter aucun fruit. Du fait de ce renforcement des capacités, chaque passation entraîne également des frais généraux plus élevés qu'avec les méthodes traditionnelles, tout au moins dans les débuts de l'utilisation des enchères électroniques inversées;

d) Transparence des procédures et de la planification: une description claire de l'objet du marché et des autres conditions de la passation doit être rédigée et portée à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la passation du marché, en même temps que la formule qui permettra de sélectionner l'adjudicataire et toutes les informations concernant la manière dont l'enchère sera conduite, en particulier le moment de l'ouverture et les critères régissant la clôture de l'enchère. Ceci pourrait nécessiter une planification plus détaillée que pour les

autres méthodes de passation de marchés, et il faudrait en faire prendre conscience aux entités adjudicatrices;

e) Rédaction des critères d'évaluation: en théorie, les dispositions permettent l'application dans l'enchère de tout critère d'évaluation, sous réserve qu'il puisse être intégré dans un algorithme ou une formule mathématique qui évalue et réévalue automatiquement les offres durant l'enchère elle-même, et qui identifie l'offre la mieux classée à chaque étape successive de l'enchère. Pendant l'enchère, chaque offre révisée donne lieu à un classement ou à un reclassement des offres à l'aide de ces techniques automatisées. Vu que l'exigence d'une évaluation automatique impose que les critères d'évaluation puissent être exprimés en termes monétaires, plus ces critères s'éloignent de ceux de prix et d'autres critères similaires (tels que les délais de livraison et les garanties exprimées en pourcentage du prix), moins leur expression en termes monétaires sera objective. Les enchérisseurs peuvent dès lors se sentir moins enclins à participer et le résultat risque d'être moins concluant. Les critères non apparentés au prix peuvent être simples (par exemple, les conditions de livraison et de garantie) ou plus complexes (par exemple, les niveaux d'émission des automobiles); on trouvera dans le commentaire de l'article 11 ci-dessus [**hyperlien**](#) des indications supplémentaires sur les éléments constitutifs des critères de prix et des autres critères, et sur leur expression en pourcentage du prix total.

14. Les questions techniques telles que l'existence d'une infrastructure adéquate, l'accès aux sites Internet pertinents avec une bande passante suffisante, et les mesures de sécurité propres à éviter le risque accru d'accès non autorisé d'enchérisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents, devraient être traitées dans les règlements, règles ou autres orientations. Les questions d'authenticité, d'intégrité des données et de sécurité et autres sujets généralement liés à l'utilisation de la passation de marchés en ligne sont traités plus haut à la section du commentaire général sur la passation de marchés en ligne [**hyperlien**](#).

15. Compte tenu du commentaire ci-dessus concernant la nécessité de garantir la bonne utilisation et la mise en place progressive des enchères électroniques inversées, les États adoptants voudront peut-être limiter – le cas échéant, à titre temporaire – l'utilisation des enchères aux marchés notoirement concurrentiels (par exemple, ceux où les enchérisseurs sont suffisamment nombreux pour assurer la concurrence et conserver l'anonymat) ou au moyen de restrictions qualitatives, par exemple en limitant leur utilisation à l'acquisition de biens, là où les structures de coûts peuvent être plus faciles à déterminer. Longtemps, certains pays se sont servis de listes de biens, travaux ou services se prêtant à la passation de marchés par enchères électroniques inversées ou au contraire ne pouvant être acquis de cette manière. Il s'avère que cette démarche est compliquée dans la pratique car il faut actualiser les listes à mesure que de nouveaux produits ou articles apparaissent. Il pourrait donc être préférable d'établir des listes indicatives d'articles se prêtant à une acquisition par enchères électroniques inversées ou d'énumérer les caractéristiques génériques qui font qu'un article particulier peut ou non faire l'objet d'une passation de marché par cette technique.

16. Les États adoptants souhaiteront peut-être prévoir, par exemple dans les règlements en matière de passation de marchés et autres règles et orientations, des conditions supplémentaires pour l'utilisation des enchères électroniques inversées,

par exemple le regroupement d'achats pour amortir les coûts de mise en place du système de tenue des enchères, y compris ceux des tiers fournisseurs de logiciels et de services, et donner des indications sur le concept de critères de "prix" en se fondant sur les dispositions pertinentes de l'article 11 et son commentaire [\[**hyperliens**\]](#).

17. Il est recommandé que l'organisme de passation des marchés publics ou autre entité et les autorités chargées du droit de la concurrence dans l'État adoptant contrôlent la concurrence sur les marchés où des techniques telles que les enchères électroniques inversées sont utilisées. Le système de passation des marchés publics devrait exiger que l'entité adjudicatrice soit bien renseignée sur les opérations similaires antérieures, le marché concerné et la structure de celui-ci.

18. Enfin, il est fréquent que des organismes tiers mettent en place et administrent des enchères pour le compte des entités adjudicatrices, ce qui peut accroître plus encore leur relative facilité d'utilisation et augmenter ainsi les risques d'utilisation excessive ou abusive mentionnés plus haut. Les entités adjudicatrices devraient également être conscientes d'autres problèmes pouvant découler de l'externalisation des décisions du secteur public, par exemple vers des fournisseurs tiers de logiciels et de services; elles peuvent avoir des conflits d'intérêts organisationnels risquant de nuire gravement à la concurrence parce que ces tiers chercheront à maximiser leurs bénéfices en promouvant les enchères électroniques inversées, sans nécessairement se demander si elles constituent une technique appropriée. Ce n'est que dans cette mesure que ces organismes tiers peuvent effectivement émettre un avis concernant les stratégies de passation de marchés. Ces questions, qui se posent également dans le cas d'autres techniques de passation, telles que les accords-cadres et, de manière générale, lorsqu'il est question d'externalisation, sont examinées plus haut à la section [** du commentaire général \[**hyperlien**\]](#). La Loi type décourage la facturation de l'utilisation des systèmes de passation de marchés, y compris les enchères, car celle-ci a sur la participation un effet dissuasif qui va à l'encontre des principes et objectifs de la Loi type; la manière de rémunérer un prestataire de services tiers devrait être examinée en tenant compte de ces questions. Enfin, même si l'organisme de passation des marchés publics ou autre entité ou une entité adjudicatrice confie la tenue d'une enchère ou d'enchères à des prestataires de services tiers, l'organisme compétent ou entité adjudicatrice doit conserver suffisamment de compétence et d'expertise pour superviser les activités de ces prestataires.

B. Dispositions concernant les enchères électroniques inversées

Article 31. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées [\[**hyperlien**\]](#)

19. L'article 31 définit les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, soit comme méthode autonome soit comme étape d'une procédure de passation (auquel cas elles s'ajoutent aux autres conditions d'utilisation de la méthode de passation concernée). Ces conditions visent à atténuer les risques d'utilisation inappropriée ou excessive des enchères électroniques inversées, décrits aux paragraphes [** de l'introduction du présent chapitre \[**hyperlien**\]](#).

20. Les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées comme méthode autonome, énoncées au paragraphe 1, reposent sur l'idée que les enchères autonomes visent principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en articles normalisés, simples et généralement disponibles, conformément à la description plus détaillée figurant plus haut dans l'introduction du présent chapitre [\[**hyperlien**\]](#).

21. L'obligation de fournir une description précise de l'objet du marché énoncée au paragraphe 1 a), assortie de l'obligation de fournir une description détaillée énoncée à l'article 10 [\[**hyperlien**\]](#), empêchera l'utilisation de cette technique de passation pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très simples et véritablement quantifiables (par exemple, des travaux d'entretien simples).

22. En formulant ces conditions du marché et d'autres, les entités adjudicatrices devront mentionner clairement les caractéristiques techniques et qualitatives précises de l'objet du marché, comme l'exige l'article 10 de la Loi type, de manière à ce que les enchérisseurs fassent leurs offres sur une base commune. À cet égard, la comparaison automatique des offres signifie qu'il est généralement plus efficace de fournir des spécifications techniques plutôt que fonctionnelles. Il est donc souhaitable d'utiliser un vocabulaire commun pour les marchés publics pour désigner les biens, travaux ou services au moyen de codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

23. Le paragraphe 1 b) vise à atténuer les risques de collusion et à garantir une concurrence rigoureuse lors des enchères autonomes (voir l'examen de ces questions aux paragraphes [**](#) de l'introduction du présent chapitre [\[**hyperlien**\]](#)). 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, mais n'impose pas de minimum en tant que tel. Il est cependant complété par l'article 55-2 [\[**hyperlien**\]](#), en vertu duquel l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner l'enchère si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère (voir aux paragraphes ... du présent Guide les indications concernant les dispositions pertinentes de l'article 55-2 [\[**hyperlien**\]](#)).

24. Il ne faut pas déduire de la référence du paragraphe 1 b) à des fournisseurs ou entrepreneurs "dont on pense qu'ils sont qualifiés" pour participer à l'enchère électronique inversée qu'une passation de marché par enchères électroniques inversées nécessite une préqualification. Il peut se produire que, pour gagner du temps et de l'argent, les qualifications de l'enchérisseur retenu ne soient évaluées qu'après l'enchère. Voir aux paragraphes ... du présent Guide les indications concernant les dispositions pertinentes de l'article 57 [\[**hyperlien**\]](#).

25. L'attribution de marchés par enchères électroniques inversées peut se fonder sur le prix seulement ou sur le prix et d'autres critères précisés au début de la procédure de passation. Lorsque des critères autres que le prix sont utilisés pour déterminer quelle est la soumission à retenir, le paragraphe 1 c) exige qu'ils soient quantifiables et puissent être exprimés en termes pécuniaires (par exemple, en chiffres ou en pourcentages): cette disposition l'emporte sur la réserve exprimée à l'article 11 selon laquelle l'expression en termes pécuniaires doit se faire "dans la

mesure où cela est faisable” [\[**hyperlien**\]](#). Bien que tous les critères puissent en théorie être exprimés en de tels termes, comme on l’a noté plus haut [\[**hyperlien**\]](#), on obtiendra un résultat optimal si les critères d’évaluation peuvent de manière objective et démontrable être exprimés en ces termes.

26. Le paragraphe 2 porte sur l’utilisation des enchères électroniques inversées en tant qu’étape. Elles peuvent être utilisées pour la mise en concurrence lors de la deuxième étape d’un accord-cadre, où le nombre de variables à prendre en compte dans l’enchère est limité. Il y aura des risques de collusion, les enchérisseurs se connaissant, mais ces risques sont inhérents à l’utilisation d’accords-cadres fermés, et la question de savoir si des enchères électroniques inversées telles que décrites ci-dessus sont indiquées ou non, doit donc être réglée en même temps que les modalités de l’accord-cadre. Même si, en vertu de leurs conditions souples d’utilisation en tant qu’étape dans toutes les méthodes de passation de marchés visées par la Loi type, elles peuvent être utilisées, elles ne sont pas toujours appropriées, comme il est indiqué plus haut aux paragraphes ** du commentaire général [\[**hyperlien**\]](#), surtout si une grande importance est accordée à la qualité et si l’évaluation de celle-ci ne se limite pas à l’examen de critères de conformité. Dans de tels cas, il peut souvent être impossible ou peu indiqué d’évaluer les aspects qualitatifs de manière automatique dans le cadre de l’enchère. Puisque la Loi type exige que l’enchère soit la phase finale avant l’attribution d’un marché, les enchères ne peuvent non plus être utilisées si les aspects qualitatifs doivent être évalués ensuite (sur ces questions, voir plus haut les paragraphes ** du commentaire sur l’introduction de ce chapitre [\[**hyperlien**\]](#)).

Article 53: Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marchés autonome

La sollicitation dans le cas des enchères électroniques inversées

27. L’article 53 énonce en premier lieu les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché au moyen d’une enchère autonome, et incorpore par référence les dispositions de l’article 33 (qui régissent également l’appel d’offres ouvert) [\[**hyperlien**\]](#). Bien que des procédures de base s’appliquent à toutes les enchères autonomes, les procédures de chaque passation de marché dépendront de la complexité de l’enchère concernée. Certaines enchères peuvent être très simples, ne requérant même pas la vérification des qualifications des enchérisseurs ni de la conformité de leurs offres avant l’enchère, alors que d’autres peuvent être plus complexes et nécessiter l’examen et l’évaluation des offres initiales. La préqualification est peu probable dans le type de passation de marchés concerné mais est possible en théorie. La complexité des procédures sera fonction de l’objet du marché, des critères d’examen et d’évaluation à utiliser et du moment de la vérification des qualifications (avant l’enchère ou, comme l’autorise de l’article 57-2 après l’enchère et seulement pour l’enchérisseur retenu).

28. Par exemple, dans la passation de marchés de produits standard, il n’y a pratiquement aucun risque que les offres s’avèrent non conformes et peu de risques que les enchérisseurs n’aient pas les qualifications requises. Le besoin de procéder à des vérifications avant l’enchère est donc corrélativement bas. Dans de tels cas, une simple déclaration des fournisseurs ou entrepreneurs avant l’enchère peut suffire (disant par exemple qu’ils possèdent les qualifications requises, comprennent la nature de l’objet du marché et peuvent le fournir). Dans d’autres cas, il peut être

nécessaire de vérifier la conformité avant l'enchère (par exemple, si seuls les fournisseurs ou entrepreneurs pouvant livrer des voitures avec un niveau d'émissions maximum préalablement fixé doivent être admis à l'enchère), et des offres initiales telles que celles décrites au paragraphe suivant seront donc nécessaires. Dans certains de ces cas, l'entité adjudicatrice voudra peut-être classer les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres initiales conformes avant l'enchère (dans l'exemple donné, les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales respectent le seuil fixé seront classés sur la base des niveaux d'émissions), de manière à indiquer leur position relative et l'ampleur de l'amélioration qu'ils devront peut-être apporter à leurs offres pendant l'enchère pour augmenter leurs chances de l'emporter. Dans de tels cas, l'enchère doit être précédée d'une évaluation des offres initiales. L'article a été rédigé de manière à tenir compte de toutes ces différentes options.

29. L'article 53-1 régit la sollicitation des offres dans les enchères autonomes. En renvoyant aux dispositions de l'article 33 [\[**hyperlien**\]](#), il exige une sollicitation ouverte, exprimant ainsi l'une des conditions d'utilisation des enchères électroniques autonomes inversées comme méthode autonome de passation de marchés: l'existence d'un marché concurrentiel (voir article 31-1 b) [\[**hyperlien**\]](#)). En exigeant également une sollicitation internationale – règle par défaut prévue dans la Loi type – les dispositions visent à assurer la plus large participation possible à une enchère électronique inversée. Les exceptions limitées à la sollicitation internationale sont celles qui s'appliquent à d'autres méthodes de passation exigeant une sollicitation ouverte et sont énumérées à l'article 33-4 (passation de marché national conformément à l'article 8 et marchés de faible valeur. Voir à la section/aux paragraphes ... ci-dessus [\[**hyperliens**\]](#) le commentaire sur l'article 33-4). Si l'enchère est précédée d'une préqualification, les dispositions de l'article 18 s'appliqueront à la procédure de préqualification et à la sollicitation d'offres auprès de ceux qui ont été préqualifiés (il convient de relever que ces dispositions ont aussi été rédigées de manière à ce que la sollicitation internationale publique et sans restriction soit la règle par défaut).

30. Les dispositions sur la sollicitation ont été conçues pour remplir une des conditions essentielles de l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant que méthode autonome, à savoir une concurrence effective pendant l'enchère (article 31-1 b) [\[**hyperlien**\]](#)). L'importance qu'il y a à remplir cette condition est soulignée dans d'autres dispositions de ce chapitre: par exemple à l'article 53 [\[**hyperlien**\]](#) qui exige que le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère soit précisé dans l'invitation à l'enchère (paragraphe 1 j) [\[**hyperlien**\]](#)) et impose l'abandon de l'enchère si ce nombre minimum d'inscrits n'est pas atteint. En outre, conformément à l'article 55-2 [\[**hyperlien**\]](#), l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère même si le minimum exigé est atteint, si elle considère que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits est insuffisant pour garantir une concurrence effective.

31. Le paragraphe 1 donne en outre la liste de toutes les informations que doit comporter l'invitation à l'enchère. Puisque, dans les enchères simples, l'invitation est suivie par l'enchère même et qu'aucune information complémentaire ne peut être fournie, cette liste énumère de manière exhaustive toutes les informations qui doivent être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère. Le

but est de leur permettre de déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure de passation et s'ils remplissent les conditions requises et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les exigences concernant ces informations sont semblables à celles qui s'appliquent à l'invitation à soumettre une offre (article 37 [\[**hyperlien**\]](#)) et à la teneur du dossier de sollicitation dans les procédures d'appel d'offres ouvert (article 38 [\[**hyperlien**\]](#)). Comme il est indiqué plus haut aux paragraphes ** de l'introduction du présent chapitre [\[**hyperlien**\]](#), la Loi type décourage la facturation de l'utilisation des systèmes de passation de marchés. Si malgré cela un droit de participation à l'enchère est perçu, conformément à la position adoptée pour toutes les méthodes de passation de marchés, cela doit au moins être signalé dans l'invitation.

32. D'autres informations (que celles de la liste pour l'appel d'offres ouvert) ont été ajoutées à la liste compte tenu des particularités procédurales de cette méthode de passation de marché et notamment du fait qu'elle se déroule en ligne et que les offres sont évaluées de manière automatique pendant l'enchère. L'alinéa g) précise qu'il faut communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels non seulement les critères et les procédures d'évaluation mais aussi la formule mathématique utilisée lors de la procédure d'évaluation pendant l'enchère. L'évaluation automatique des offres au moyen d'une formule mathématique est une des particularités des enchères électroniques inversées et n'est possible que si les critères d'évaluation sont quantifiables et exprimés en termes pécuniaires (comme l'exige l'article 31-1 c) [\[**hyperlien**\]](#)). La communication de la formule mathématique dès le début de la passation de marché garantit que les offres seront évaluées de façon transparente et égale. Ces informations et l'obligation énoncée au paragraphe 4 c) de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres initiales les résultats de toute évaluation préalable à l'enchère, ainsi que l'exigence formulée à l'article 56-2 [\[**hyperlien**\]](#) de tenir les enchérisseurs informés de l'avancement de l'enchère, permettent à ceux-ci de déterminer leur position pendant l'enchère de façon transparente et indépendamment de l'entité adjudicatrice et du système. Ils peuvent ainsi s'assurer de l'intégrité du processus d'évaluation.

33. Les informations visées aux alinéas j) à p) sont également spécifiques aux enchères électroniques inversées. L'alinéa j) exige que soit indiqué le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu. L'importance de cette information pour garantir une concurrence effective durant l'enchère est soulignée au paragraphe ** ci-dessus [\[**hyperlien**\]](#). Un minimum unique ne peut être fixé dans le texte de la Loi type (alors que c'est le cas pour d'autres méthodes de passation de marché, telles que la demande de prix, où un minimum de trois prix est fixé). Cela s'explique par le fait qu'un minimum de trois enchérisseurs peut suffire à remplir la condition de concurrence effective, à garantir l'anonymat des enchérisseurs et à éviter la collusion dans certaines enchères mais pas dans d'autres. Les circonstances de chaque marché guideront l'entité adjudicatrice pour ce qui est de fixer le minimum adéquat. Pour éviter la collusion, elle devrait fixer ce minimum au niveau le plus élevé possible, sachant toutefois qu'elle devra abandonner l'enchère si ce minimum n'est pas atteint (alors que l'article 55-2 [\[**hyperlien**\]](#) l'autorise à abandonner l'enchère même si le minimum a été atteint, par exemple si elle soupçonne une collusion entre les fournisseurs ou entrepreneurs inscrits ou si une véritable concurrence ne peut être assurée même avec le minimum fixé (voir le commentaire pertinent sur l'article 55-2 au paragraphe ... ci-dessous) [\[**hyperlien**\]](#)).

L'objectivité et l'équité dans le traitement des fournisseurs ou entrepreneurs ne devraient pas être négligées dans ce contexte.

34. L'alinéa k) est une disposition facultative (figurant donc entre crochets) qui permet de fixer un nombre maximum d'enchérisseurs et indique la procédure et les critères à suivre pour sélectionner ce maximum. Comme l'explique la note de bas de page correspondante, les États ne devraient pas l'incorporer si techniquement leur situation ne l'exige pas mais s'ils l'incorporent, ils doivent y adjoindre le paragraphe 2 de cet article pour apporter des garanties essentielles contre les abus. La CNUDCI a autorisé cette mesure dans les enchères électroniques inversées pour tenir compte des limites de capacité technique qui restreignent l'accès aux systèmes concernés (par exemple, si le logiciel acquis pour la tenue des enchères électroniques inversées ne peut admettre qu'un certain nombre maximum d'enchérisseurs). Cependant, les États adoptants devraient savoir que ces limites de capacité disparaissent rapidement et que la disposition devrait devenir obsolète d'ici peu.

35. La fixation d'un maximum contredit le principe général de la Loi type selon lequel la concurrence doit être pleine et ouverte; elle n'est donc autorisée que dans les circonstances exceptionnelles indiquées. L'idée est de limiter le nombre de participants pour des raisons pratiques mais non le principe de concurrence, et cette limitation n'est autorisée que dans la mesure où des limites de capacité technique le justifient effectivement. La sélection des participants dans ce minimum fixé doit se faire uniquement selon des critères et procédures préalablement communiqués et non discriminatoires. Pour sélectionner les participants sur une base objective, l'entité adjudicatrice peut utiliser diverses techniques comme il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'introduction du chapitre IV, notamment la sélection aléatoire, le tirage au sort ou une solution de type "premier arrivé, premier servi" [\[**hyperlien**\]](#), ou encore l'application d'autres critères permettant de faire le tri parmi les enchérisseurs, pour autant qu'ils ne soient pas discriminatoires³. Cette approche relativement informelle reflète le fait que s'il y a un nombre suffisant de participants, le marché sera suffisamment homogène pour que les meilleures offres du marché puissent être soumises. Comme il est indiqué dans le commentaire de l'introduction du chapitre IV [\[**hyperlien**\]](#), ni la préqualification ni l'examen des offres initiales, qui consistent en l'application de critères d'admission ou de rejet, ne permettent de sélectionner un nombre prédéterminé de fournisseurs ou d'entrepreneurs répondant le mieux aux critères de qualification ou d'offres les mieux classées. (Voir aux paragraphes [** ci-dessous \[**hyperlien**\]](#) une description des offres initiales.)

36. Les alinéas l) à p) énumèrent les informations à fournir sur les aspects techniques de l'enchère compte tenu du fait qu'elle se déroule en ligne et afin d'assurer la transparence et la prévisibilité du processus (spécifications de connexion, matériel utilisé, site Web, tout logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité). La Loi type n'énumère que les exigences fonctionnelles minimales essentielles à la bonne conduite des enchères électroniques inversées et les exprime dans des termes technologiquement neutres. Ces exigences

³ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ces dispositions apportent véritablement une plus grande souplesse que celles des méthodes de passation de marchés visées au chapitre IV, comme l'indique le présent commentaire.

devraient être complétées par des règlements et d'autres règles ou orientations, afin de fournir des précisions: par exemple, la réglementation doit préciser quels sont les critères de clôture de l'enchère dont il est question à l'alinéa o), tels que: i) lorsque la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ii) lorsque l'entité adjudicatrice, dans une période déterminée, ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs valables constituant une amélioration par rapport à l'offre la mieux classée; ou iii) lorsque toutes les étapes de l'enchère annoncées dans l'avis d'enchère électronique inversée sont terminées. Les règlements ou autres règles devraient aussi préciser que chacun de ces critères peut nécessiter la communication préalable d'informations spécifiques complémentaires; les orientations devraient s'étendre davantage sur les types d'informations concernées. Par exemple, le point ii) ci-dessus nécessiterait d'indiquer le temps qui devra s'écouler entre la réception de la dernière offre et la clôture de l'enchère. Le point iii) ci-dessus nécessiterait de préciser au préalable si l'enchère comportera une phase ou plusieurs (dans le second cas, les informations communiquées devraient mentionner le nombre de phases et la durée de chacune d'elles et ce qui se passe à la fin de chaque phase, par exemple si l'exclusion d'enchérisseurs à la fin de chaque phase est envisagée).

37. En ce qui concerne l'alinéa p), la réglementation devrait aussi exiger que soient indiqués: i) les procédures à suivre en cas de défaillance, dysfonctionnement ou panne du système utilisé au cours de l'enchère, ii) quand et comment les informations seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère (au minimum, et afin d'assurer l'égalité de traitement, la même information devrait être communiquée simultanément à tous les enchérisseurs); et iii) s'agissant des conditions auxquelles les participants pourront enchérir, l'amélioration minimale, en prix ou autre valeur de toute nouvelle offre faite durant l'enchère ou les limites à une telle amélioration. Dans ce dernier cas, les informations doivent expliquer ces limites (qui peuvent découler des caractéristiques techniques des objets à acquérir). Connaissant l'ensemble de ces éléments, des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent décider de ne pas participer à une procédure de passation se faisant par enchères électroniques inversées, par exemple en raison d'un manque de capacité technique, de connaissances informatiques ou de confiance dans le processus.

38. Ces informations détaillées peuvent être communiquées dans l'avis d'enchère électronique inversée ou, par référence, dans les règles de conduite de l'enchère, à condition que tous les fournisseurs ou entrepreneurs aient connaissance de l'ensemble des informations pertinentes suffisamment longtemps avant l'enchère, de sorte qu'ils puissent préparer convenablement leur participation. Il convient de noter qu'il ne sera peut-être pas toujours possible de communiquer toutes les informations pertinentes dans l'invitation. Par exemple, dans une enchère complexe nécessitant un examen ou une évaluation des offres initiales (voir par. ** 16 à 21 ** ci-dessous), le délai d'inscription à l'enchère (alinéa m)) et la date et l'heure de son ouverture (alinéa n)) ne seront peut-être pas connus avec certitude avant la fin de l'examen ou de l'évaluation. Il faudra peut-être déterminer les critères de clôture de l'enchère lorsque seront connus le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits à l'enchère et d'autres éléments influant sur la structure de l'enchère (par exemple si elle se tient en un ou plusieurs tours). S'il n'est pas possible de communiquer avec précision toutes les informations pertinentes, l'invitation doit au moins énoncer les critères généraux, les critères spécifiques pouvant être définis à un stade ultérieur du processus mais en aucun cas après le début de l'enchère.

39. Certaines des informations énumérées au paragraphe 1 doivent être interprétées par référence à d'autres dispositions du chapitre. Par exemple, l'alinéa f), qui renvoie aux critères et à la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché, devrait se lire conjointement avec les dispositions de l'article 57-2 [\[**hyperlien**\]](#), qui permet qu'en cas d'enchères très simples, l'examen de l'offre retenue se fasse après l'enchère. L'alinéa f) englobe aussi les critères qui ne peuvent être modifiés pendant l'enchère (tels que les exigences techniques minimales). L'alinéa s), qui précise que doivent être mentionnés le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'une ou plusieurs personnes chargées au sein de l'entité adjudicatrice de communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs "concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère", doit être lu conjointement avec les dispositions de l'article 56-2 d) [\[**hyperlien**\]](#), qui interdit toute communication entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs pendant l'enchère.

40. Certaines informations devant être fournies dans d'autres méthodes de passation de marché ne sont pas indiquées dans le contexte des enchères électroniques inversées et ne sont donc pas mentionnées au paragraphe 1. Par exemple, les offres ne portant que sur une ou plusieurs parties de l'objet du marché ne sont pas permises (il faudrait alors tenir des enchères distinctes dans la même procédure de passation de marché). Aucune disposition n'autorise de réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, afin de préserver l'anonymat des enchérisseurs. L'alinéa x), qui concerne les formalités d'après l'enchère, ne comporte aucune référence à l'approbation d'une autorité extérieure, afin de tenir compte à la fois des conditions d'utilisation des enchères autonomes et du type d'objet dont l'acquisition est envisagée par voie d'enchère conformément à l'article 31-1 [\[**hyperlien**\]](#) de la Loi type. La signature d'un marché écrit en application de l'article 22 [\[**hyperlien**\]](#) de la Loi type n'est cependant pas exclue et des formalités spécifiques au contexte des enchères électroniques inversées, telles que la possibilité d'évaluer les qualifications ou la conformité après l'enchère, ont été ajoutées.

41. Le paragraphe 2, qui traite de l'imposition d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère, a été examiné dans le commentaire sur le paragraphe 1 k) de l'article (voir paragraphe ** ci-dessus). Il convient de noter que l'entité adjudicatrice ne peut imposer un tel maximum que dans la mesure où l'exigent les limites de la capacité technique de son système de communication. Comme dans le cas des accords-cadres ouverts, les États adoptants devraient savoir que les progrès techniques rendront probablement cette disposition obsolète à court ou moyen terme.

42. Les paragraphes 3 et 4 énoncent des prescriptions additionnelles pour le contenu de l'invitation à l'enchère et pour les autres étapes précédant l'enchère en tant que méthode autonome comportant des offres initiales. Bien qu'une enchère fondée uniquement sur le prix n'exige normalement pas d'offres initiales ni d'autres procédures préalables, les dispositions sont suffisamment souples pour permettre cette éventualité (si par exemple l'entité adjudicatrice juge essentiel d'imposer des exigences techniques minimales). L'État adoptant peut omettre ces deux paragraphes s'il décide de ne prévoir dans sa législation nationale sur les marchés publics que des enchères très simples ne comportant pas de phase préalable à l'exception de l'invitation et de l'inscription à l'enchère.

43. Dans les enchères plus complexes, si l'entité adjudicatrice veut examiner les qualifications des enchérisseurs et la conformité des offres avant l'enchère et demande donc des offres initiales, elle doit inclure dans l'invitation à l'enchère les informations visées au paragraphe 3, qui viennent donc s'ajouter à celles énumérées au paragraphe 1. Dans de tels cas, l'entité adjudicatrice doit à la fois demander des offres initiales et donner des instructions suffisamment détaillées pour leur préparation, en indiquant notamment la portée de ces offres, la langue dans laquelle elles doivent être établies et les modalités, le lieu et la date limite de présentation. Les alinéas f) et g) du paragraphe 1 concernant les critères d'examen et d'évaluation des offres seront aussi applicables aux offres initiales, et les informations à fournir conformément à ces alinéas devront donc concerner ces étapes avant et pendant l'enchère. Puisqu'il y aura chevauchement entre les informations à fournir concernant les offres initiales et concernant les offres soumises au cours de l'enchère, l'entité adjudicatrice doit bien indiquer quelle information se rapporte à quelle étape, afin d'éviter toute confusion (notamment en ce qui concerne d'une part les modalités, le lieu et la date limite de présentation des offres initiales, d'autre part les modalités d'accès à l'enchère, les modalités et le délai d'inscription à l'enchère, et les différents critères et procédures d'évaluation). Les informations fournies concernant la préparation, l'examen ou l'évaluation des offres initiales doivent être soigneusement rédigées pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de préparer leurs offres initiales et leur garantir qu'elles seront examinées ou évaluées en toute égalité.

44. Le paragraphe 4 régleme les autres étapes préalables à l'enchère requises pour l'examen ou l'évaluation des offres initiales. Afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de former une contestation efficace, un avis motivé de rejet doit être adressé sans délai au fournisseur ou à l'entrepreneur dont l'offre initiale a été rejetée. Les dispositions du paragraphe 4 ne régissent pas les motifs de rejet mais les dispositions du chapitre premier de la Loi type s'appliqueront, notamment l'article 9 [\[**hyperlien**\]](#) qui énonce les motifs de disqualification, l'article 10 [\[**hyperlien**\]](#) qui énumère les critères de conformité, l'article 20 [\[**hyperlien**\]](#) sur le rejet des soumissions anormalement basses et l'article 21 [\[**hyperlien**\]](#) sur l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur au motif d'incitations, d'un conflit d'intérêts ou d'un avantage concurrentiel injuste. Pour plus de commodité, l'État adoptant voudra peut-être envisager d'énumérer tous les motifs de rejet des offres initiales dans les règlements en matière de passation des marchés ou autres règles ou orientations.

45. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent des offres initiales conformes doivent être invités à l'enchère sauf si les dispositions des paragraphes 1 k) et 2 ont été adoptées et si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant être invités a été limité par l'entité adjudicatrice conformément à ces dispositions. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice peut rejeter des offres conformément aux critères et à la procédure de sélection du nombre maximum précisés dans l'invitation à l'enchère. Si le nombre des fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres initiales conformes s'avère inférieur au minimum fixé conformément au paragraphe 1 j), l'entité adjudicatrice doit abandonner l'enchère; si ce nombre est supérieur au minimum mais reste insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère, l'entité adjudicatrice peut décider d'abandonner l'enchère conformément à l'article 55-2 [\[**hyperlien**\]](#) (voir le commentaire pertinent de l'article 54-2 [\[**hyperlien**\]](#)).

46. Comme mentionné au paragraphe 2 ci-dessus, certaines enchères complexes peuvent comporter un examen et toutes les offres initiales atteignant le seuil minimum sont admises à l'enchère. Dans d'autres cas, les offres initiales font également l'objet d'une évaluation et peuvent être classées. Le classement des fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre conforme et d'autres informations sur le résultat de l'évaluation doivent alors leur être communiqués, conformément au paragraphe 4 c), avant que l'enchère ne puisse commencer. Dans les enchères complexes, l'entité adjudicatrice peut recevoir des offres initiales dépassant de beaucoup les exigences minimales, en particulier si les fournisseurs sont autorisés à proposer des articles présentant des avantages techniques différents et donc un niveau de prix différent, et le classement peut avoir d'importantes répercussions sur la participation à l'enchère elle-même, contraignant l'entité adjudicatrice à déterminer s'il y a bien une concurrence effective.

47. Les informations à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs concernant les résultats de l'évaluation et un éventuel classement peuvent varier d'une enchère à l'autre; dans tous les cas, elles doivent être suffisantes pour leur permettre de déterminer avant l'enchère leur position par rapport à leurs concurrents, de sorte qu'ils puissent enchérir de façon efficace et conforme pendant celle-ci. Avec la formule mathématique qui sera utilisée pendant l'enchère, précisée dans l'invitation à l'enchère conformément au paragraphe 1 g), ces informations devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'évaluer eux-mêmes leurs chances de réussite et de déterminer quels aspects de leurs offres ils devraient et pourraient changer, et de combien, pour améliorer leur classement. Le risque de conflit entre la transparence complète et la nécessité de faciliter la collusion en transmettant ces informations aux enchérisseurs est examiné plus haut au paragraphe 3 du commentaire sur l'article 56 [\[**hyperlien**\]](#), qui prévoit des possibilités à envisager à cet égard.

48. Les dispositions du paragraphe 4 visent à préserver l'anonymat des enchérisseurs et la confidentialité des informations concernant leurs offres initiales et le résultat de tout examen ou évaluation. Seules les informations concernant l'offre initiale sont fournies à chaque enchérissement. Pour garantir un traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, les informations doivent être envoyées rapidement et simultanément à tous.