Nations Unies A/CN.9/WG.I/WP.35

Assemblée générale

Distr.: Limitée
16 février 2005

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Septième session
New York, 4-8 avril 2005

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

Étude comparative de l'expérience pratique de l'utilisation des enchères électroniques (inversées) dans la passation des marchés publics

Note du secrétariat

Table des matières

Chapitre		*Paragraphes*	*Page*
I.	Introduction	1-3	3
II.	Remarques générales	4-11	3
	A. Définition d'une "enchère électronique inversée"	4-5	3
	B. Étendue de l'utilisation des enchères électroniques inversées	6	4
	C. Avantages et inconvénients	7-11	4
III.	Réglementation et pratique de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: étude comparative	12-36	6
	A. Étendue de la réglementation	12-16	6
	B. Conditions d'utilisation	17-34	7
	1. Conditions générales	17-19	7

V.05-81134 (F) 140305 150305

2.	Limitation de l'objet des enchères électroniques inversées	20-25	7
3.	Modes d'utilisation des enchères électroniques inversées dans la procédure de passation	26-27	8
4.	Critères d'évaluation et d'attribution	28-32	9
5.	Modèles d'enchères électroniques inversées	33	10
6.	Conclusion	34	10

I. Introduction

1. Les travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (dénommée ci-après "la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou "la Loi type")[1] sont décrits dans les paragraphes 1 à 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.34, soumis au Groupe de travail pour examen à sa septième session.

2. À sa sixième session, le Groupe de travail a examiné entre autres l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics. Il a reconnu la réalité de ces enchères et confirmé son intention d'étudier s'il convenait de prévoir dans la Loi type des dispositions permettant de recourir à cette méthode à titre facultatif. Toutefois, avant de trancher définitivement la question, il est convenu qu'il serait utile d'avoir de plus amples informations sur l'utilisation pratique de cette méthode dans les pays qui l'avaient instaurée. Il a prié le secrétariat de lui fournir ces informations sous la forme d'une étude comparative d'expériences pratiques (A/CN.9/568, par. 54).

3. La présente note a été élaborée en réponse à cette requête. Elle compare les règles existant en matière d'enchères électroniques inversées dans les pays de différentes régions du monde retenus pour cette étude. Elle ne traite que de la législation sur les marchés publics qui régit spécifiquement ce type d'enchères et n'aborde pas d'autres branches du droit qui s'y rapportent également, telles que le droit de la concurrence ou les règles sur le commerce électronique. Pour une analyse du recours au commerce électronique dans la passation des marchés publics, on se reportera aux notes du secrétariat A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2.

II. Remarques générales

A. Définition d'une "enchère électronique inversée"

4. Une enchère électronique inversée peut se définir comme une enchère dynamique, en ligne et en temps réel entre un organisme acheteur et un certain nombre de fournisseurs qui se font concurrence pour remporter le marché en soumettant des offres de plus en plus basses au cours d'une période déterminée[2]. Cette technique est utilisée tant dans le secteur privé que dans le secteur public. La façon dont les administrations publiques passent leurs marchés a une incidence sur les modalités de l'enchère.

5. Contrairement à une vente aux enchères classique, à laquelle participent un seul vendeur et plusieurs acheteurs, ces derniers faisant des offres pour obtenir le droit d'acheter et le premier utilisant les forces du marché pour les pousser à surenchérir, une enchère inversée fait intervenir un seul acheteur et plusieurs fournisseurs: le premier indique ses besoins et les seconds baissent progressivement leur prix pour remporter le droit de vendre. L'acheteur utilise dans ce cas les forces du marché pour amener les fournisseurs à sous-enchérir. Des analyses économiques montrent que les enchères classiques et les enchères inversées conduisent aux mêmes résultats[3]. Ces deux méthodes sont utilisées à des fins publiques: par exemple, les enchères classiques en Colombie pour la vente de biens publics[4] et les

enchères inversées en Argentine[5], au Brésil[6] et au Costa Rica[7] pour l'achat de produits répondant à des besoins publics. Dans le second cas, qui correspond à la passation de marchés publics à proprement parler, seul un mécanisme d'enchères inversées peut être utilisé puisque plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs se livrent concurrence pour se voir attribuer un marché.

B. Étendue de l'utilisation des enchères électroniques inversées

6. L'étendue de l'utilisation des enchères électroniques inversées dépend dans une large mesure du degré de développement des activités de commerce électronique dans l'ensemble de l'économie. Dans les pays où le commerce électronique est devenu la norme, cette technique gagne rapidement du terrain dans la passation des marchés publics. Les premiers pays à avoir instaurer ce type d'enchères dans les marchés publics sont notamment l'Australie[8], le Brésil[9], le Canada, les États-Unis[10], la France, le Royaume-Uni[11], Singapour et la Thaïlande. Plusieurs pays d'Asie, et d'Europe centrale et orientale et quelques pays d'Amérique latine[12] s'efforcent activement d'adopter cette pratique. Cette évolution est renforcée par des initiatives prises aux niveaux international et régional, notamment par les banques multilatérales de développement (BMD)[13] et l'OMC[14]. La plupart des pays cependant n'ont pas encore introduit les enchères électroniques inversées dans leurs marchés publics, pour diverses raisons.

C. Avantages et inconvénients

7. Pour certains analystes, les enchères électroniques inversées peuvent, lorsqu'elles sont utilisées correctement, améliorer le rapport qualité-prix[15], l'efficacité de l'allocation des ressources[16] et la transparence du processus d'attribution des marchés[17]. Il a également été observé que ce type d'enchères peut rendre les systèmes administratifs plus accessibles et conviviaux, et permettre aux autorités publiques de suivre l'évolution des techniques, des pratiques commerciales et des prix appliqués dans le secteur privé, de mieux connaître le marché et d'ouvrir les marchés des appels d'offres à des fournisseurs qui n'y avaient pas accès[18] auparavant. Il a été reconnu dans les directives de l'Union européenne récemment adoptées sur les marchés publics que ce type d'enchères pouvait avoir une incidence positive sur la concurrence, notamment en démantelant les pratiques d'achat préférentiel existant dans certains États membres de l'Union[19]. Il a également été noté que le recours à cette technique diminuait le nombre de marchés attribués sans appel à la concurrence[20].

8. La plupart des analystes reconnaissent que ce type d'enchères donne de bons résultats avec des biens et des services dont les spécifications peuvent être clairement définies et pour lesquels les critères autres que les prix peuvent être quantifiés, les frais de changement (de fournisseurs par exemple) sont acceptables et un marché concurrentiel existe. En revanche, ces enchères sont généralement jugées inadaptées dans le cas de biens produits à un seul exemplaire, pour lesquels la qualité est plus importante que le prix, et de biens stratégiques, pour lesquels une relation d'alliance avec les fournisseurs est essentielle[21].

9. Pour que ce type d'enchères fonctionne bien, il faudrait disposer de techniques complexes, de capacités opérationnelles, d'une infrastructure légale et réglementaire ainsi que de systèmes qui permettent la soumission et l'ouverture d'offres par voie électronique et qui garantissent la sécurité, la fiabilité et l'accessibilité du processus. Les coûts de mise en œuvre, en particulier pour la conception de logiciels appropriés ou l'adaptation de logiciels standard à un contexte particulier, peuvent être importants et préoccupants, notamment s'ils sont disproportionnés au montant des marchés ou si le recours à ces enchères n'est pas assez fréquent pour rentabiliser le système à long terme. Un autre problème soulevé est que, dans les pays où la pénétration de l'Internet est faible et varie entre les différentes catégories de revenus, les enchères électroniques inversées risquent d'avoir un effet discriminatoire à l'égard des fournisseurs en fonction de leurs accès aux nouvelles technologies et de la qualité de leur connexion.

10. Dans certains pays qui ont adopté ces enchères, on a constaté que, au moins pour certains types de marchés, celles-ci procurent rarement des avantages comparables à ceux offerts par les procédures de sélection actuellement reconnues. Il a été fait observer par exemple qu'elles: a) ne garantissent pas l'obtention de l'offre conforme et sérieuse la plus basse[22] ni la réalisation d'économies continues lors d'enchères ultérieures[23]; b) ont des coûts cachés susceptibles de réduire à néant toute économie réalisée grâce aux enchères elles-mêmes[24]; c) peuvent inciter les enchérisseurs à l'imprudence et accroître ainsi le risque d'offres anormalement basses[25]; d) ne tiennent pas suffisamment compte de facteurs autres que le prix, comme la qualité de l'exécution et les relations acheteur-fournisseur[26]; e) créent un conflit d'intérêts chez les acteurs du marché, tels que les sociétés informatiques[27] et les "infomédiaires" ou "opérateurs de marchés électroniques"[28]; f) sont plus exposées que les procédures classiques d'appel d'offres au risque de collusion entre soumissionnaires, notamment lorsque ces derniers sont peu nombreux ou font partie d'un même groupe qui participe à plusieurs enchères[29]; et g) ont des incidences négatives sur le marché, en particulier un effet anticoncurrentiel[30], sur l'innovation technique et sur les pratiques innovantes[31]. En outre, certains analystes doutent de la légalité d'une telle méthode, du fait que ses caractéristiques intrinsèques sont contraires aux principes et pratiques traditionnels de passation des marchés, tels que les règles interdisant la divulgation d'informations sur d'autres offres[32], les négociations avant clôture ou la course au moins disant[33].

11. Il a été admis que la plupart des problèmes découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics, notamment le risque d'utilisation abusive, pourraient être atténués si des réglementations appropriées étaient mises en place. Toutefois, même dans les pays qui ont recours à cette technique depuis quelque temps déjà, le processus réglementaire est lent[34]. Hors du domaine de la passation des marchés publics, les enchères électroniques inversées posent des problèmes de concurrence et de gouvernance, qui doivent être traités dans les branches appropriées du droit.

III. Réglementation et pratique de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: étude comparative

A. Étendue de la réglementation

12. Il n'existe pas, au niveau international, de réglementation spécifique des enchères électroniques inversées. À l'heure actuelle, l'instrument international le plus universel sur la passation des marchés, à savoir l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ne traite pas de cette question[35].

13. À l'exception des nouvelles directives de l'Union européenne, en date du 31 mars 2004[36], aucun instrument régional ne réglemente l'utilisation de ce type d'enchères. Cette technique n'était pas à l'esprit des rédacteurs des directives actuelles de l'Union sur la passation des marchés publics[37]. Elle fait en revanche l'objet d'une disposition particulière[38] dans le cadre des nouvelles directives, que les États membres doivent mettre en œuvre au plus tard le 31 janvier 2006[39].

14. Au niveau national, seuls quelques pays, dont l'Autriche[40], le Brésil[41], la France[42] et certains pays d'Europe orientale[43], réglementent l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics. Dans la plupart des cas, les dispositions permettant le recours à cette méthode se trouvent dans des lois, tandis que les détails pratiques, tels que les mécanismes régissant la tenue des enchères, sont traités dans des règlements d'application. Bien que liées au commerce électronique, ces enchères ne font l'objet d'aucune disposition dans les textes de loi réglementant celui-ci. Elles sont plutôt régies par la législation et réglementation générales sur la passation des marchés publics ou, dans certains cas, par une législation spécifique[44].

15. Dans certains pays asiatiques qui réglementent les enchères électroniques inversées, cette réglementation émane principalement des gouvernements locaux ou des ministères. En Chine, une réglementation sur l'utilisation des enchères en ligne pour la passation des marchés publics a été adoptée par un certain nombre de gouvernements locaux[45], tandis qu'à Singapour, cette question est régie par des documents internes des entités adjudicatrices[46].

16. Dans certains pays, comme l'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis, les enchères électroniques inversées sont utilisées sans faire l'objet d'une réglementation contraignante. Il existe des principes directeurs réglementaires centralisés en Australie[47] et au Royaume-Uni[48] tandis qu'aux États-Unis[49], les procédures sont déterminées dans une large mesure par chaque administration et, parfois, pour chaque type de marché[50]. D'autres États se sont dotés de lois expérimentales pour pouvoir organiser des enchères électroniques inversées en situation réelle dans le cadre de projets pilotes[51].

B. Conditions d'utilisation

1. Conditions générales

17. Le recours aux enchères électroniques inversées est normalement soumis aux principes généraux de la passation des marchés publics. Les dispositions d'accords internationaux, notamment d'accords régionaux et bilatéraux, énonçant le principe de la libre circulation des biens et des services, s'appliquent également[52].

18. D'autres conditions générales imposées, par exemple par les nouvelles directives de l'Union européenne, sont que les pouvoirs adjudicateurs n'aient pas recours aux enchères électroniques inversées de façon abusive ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été mis en concurrence par la publication de l'avis de marché et défini dans le cahier des charges[53]. D'autres réglementations prévoient que les enchères ne peuvent être utilisées que lorsqu'une telle situation se justifie commercialement[54].

19. Bien que la sécurité, la sûreté et l'intégrité des données soient habituellement traitées dans le contexte plus général de l'utilisation des moyens de communication électroniques dans le processus de passation des marchés (voir A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1), certaines réglementations existantes réaffirment ces principes dans le cadre des enchères électroniques inversées et imposent des obligations particulières à cet égard tant aux prestataires de services d'enchères électroniques inversées[55] qu'aux candidats[56].

2. Limitation de l'objet des enchères électroniques inversées

20. Si certaines législations limitent leur utilisation à un montant maximum, les enchères électroniques inversées[57] sont généralement autorisées indépendamment de la valeur de l'achat[58]. Leur utilisation est plus fréquemment limitée à certains types d'achat. La pratique internationale tend généralement à restreindre l'utilisation de cette technique à des biens standardisés et à certains types de services simples. Les produits courants tels que le carburant, le matériel informatique standard, les fournitures de bureau et les produits de construction de base sont considérés comme des exemples d'articles dont l'achat se prête aux enchères électroniques inversées[59]. Les banques multilatérales de développement sont également d'avis que l'utilisation de ces enchères devrait se limiter aux produits courants.

21. En Australie, par exemple, le recours aux enchères électroniques inversées est limité aux produits ou biens courants dont la composante valeur ajoutée ou service est faible voire inexistante, les produits et biens en question présentant les caractéristiques suivantes: des spécifications très strictes et claires, assurant l'homogénéité; un marché concurrentiel, le prix étant un critère de sélection essentiel; un impact limité voire nul du coût total du cycle de vie; et pas de services ou d'avantages supplémentaires spécifiés dans le cahier des charges[60]. En France, les enchères électroniques inversées sont autorisées pour l'achat de fournitures standard[61]. Un décret d'application précise que les fournitures courantes sont "celles pour lesquelles la personne publique n'impose pas des spécifications techniques qui lui soient propres"[62]. En Pologne, le recours aux enchères est limité à l'achat de fournitures de consommation courante pour lesquelles les critères de qualité sont fixes[63].

22. Dans certains pays, comme le Brésil[64], l'utilisation des enchères électroniques inversées est également autorisée pour l'achat de services simples.

23. Il existe dans certains pays, comme le Brésil[65] et la Roumanie[66], des listes illustratives des biens et services pouvant être achetés par enchères électroniques inversées. Le Gouvernement fédéral brésilien envisage toutefois de remplacer cette liste par des critères d'admissibilité, supprimant ainsi la nécessité de mettre la liste périodiquement à jour à mesure qu'apparaissent de nouveaux biens courants[67].

24. Les marchés de travaux sont habituellement exclus des enchères électroniques inversées[68]. Dans certains pays, comme le Canada et les États-Unis, l'utilisation de ces enchères pour la passation de ce type de marchés en particulier suscite de graves inquiétudes[69]. Dans certains États des États-Unis, comme la Pennsylvanie et le Kansas, la réglementation des marchés publics interdit expressément la passation de marchés de travaux par enchères électroniques inversées[70]. Il a toutefois été observé que certains marchés de travaux et services de construction (l'entretien des routes, par exemple) peuvent tout à fait être passés par enchères électroniques inversées. Ainsi, en Autriche, cette technique peut être utilisée pour les marchés de travaux standard[71]. Les nouvelles directives européennes autorisent le recours aux enchères électroniques inversées pour tout achat si certaines conditions sont remplies. Elles n'emploient pas le qualificatif "standard", utilisé très fréquemment dans d'autres réglementations pour décrire les achats pouvant être passés par cette méthode[72]. Elles indiquent en revanche que les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées pour tous les achats (travaux, fournitures ou services) à condition que les "spécifications puissent être établies de manière précise", par exemple pour les marchés de fournitures récurrents. Les travaux ou services portant sur des prestations "intellectuelles", tels que la conception d'ouvrage, sont explicitement exclus[73].

25. Aux États-Unis, la taille et la nature du marché pouvant faire l'objet d'enchères électroniques inversées sont limitées au cas par cas. Au moins un prestataire de services d'enchères électroniques inversées[74] et une entité adjudicatrice de l'armée de terre américaine[75] ont indiqué que cette technique convient à une large gamme de marchés. Une entité de la marine américaine qui organise des enchères électroniques inversées a un avis différent, selon lequel ces dernières conviennent dans les cas ci-après plus limités: a) pour des achats en grandes quantités, clairement définis et d'un montant élevé; b) lorsque les articles à acquérir sont définis de manière exhaustive et précise; c) lorsqu'on s'attend à ce qu'au moins deux fournisseurs consentent à participer aux enchères; toutefois, un article pour lequel il n'y a que deux sources d'approvisionnement agréées risque de ne pas se prêter à une enchère électronique inversée car l'anonymat pourrait ne pas être garanti au cours de l'enchère; et d) lorsqu'on dispose de suffisamment de temps pour réaliser l'achat par enchères électroniques inversées (en particulier pour la formation des fournisseurs et la configuration de l'enchère électronique)[76].

3. Modes d'utilisation des enchères électroniques inversées dans la procédure de passation

26. Les réglementations prévoient deux façons d'utiliser les enchères électroniques inversées, soit comme méthode autonome de passation, soit comme étape facultative dans d'autres procédures de passation[77]. La seconde approche a été retenue dans les nouvelles directives de l'Union européenne[78], en Australie[79], dans

certains pays d'Europe orientale[80], en France[81], à Singapour[82] et aux États-Unis[83]. Dans la plupart de ces cas, les enchères représentent le stade final précédant l'attribution d'un marché public[84]. Ce n'est pas nécessairement le cas aux États-Unis, où une enchère électronique inversée classique aboutit à un classement des enchérisseurs en fonction du prix seulement, la sélection de la meilleure offre intervenant dans une phase postérieure où les résultats de l'enchère sont évalués sur des critères autres que le prix.

27. Dans certains pays, comme l'Autriche, le Brésil, la Chine et la Pologne, l'enchère électronique inversée est une procédure d'attribution distincte[85]. Dans ces cas, elle peut être menée dans une procédure ouverte à tous les fournisseurs, comme au Brésil, ou à un nombre limité de fournisseurs présélectionnés, comme en Autriche (voir A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, par. 13 et 14).

4. Critères d'évaluation et d'attribution

28. Suivant les critères pouvant être appliqués pour l'attribution d'un marché passé par voie d'enchères électroniques inversées, il existe deux systèmes: celui fondé uniquement sur le prix le plus bas et celui permettant la prise en compte de critères supplémentaires.

29. Dans les systèmes où le prix est le seul critère autorisé, comme c'est le cas au Brésil, en Chine et en Pologne[86], les exigences qualitatives sont limitées et définies dans le dossier d'appel d'offres comme des critères de qualification minimaux qui, s'ils sont remplis, mettent les fournisseurs sur un pied d'égalité. De plus, au Brésil, les exigences qualitatives sont établies lors de l'inscription des biens et services aux catalogues CATMET et CATSERVE[87] respectivement. En Chine, certaines exigences qualitatives, comme la capacité à assurer un service après-vente de qualité et une maintenance complète, font l'objet d'une évaluation lors du dépôt de la demande d'inscription au système de passation des marchés publics par enchères en ligne, sans laquelle toute participation à des enchères électroniques inversées est impossible[88]. Les aspects qualitatifs sont également pris en compte en cas d'égalité de prix, le fournisseur le plus crédible étant alors choisi[89].

30. La loi autrichienne en revanche autorise d'autres critères d'attribution en plus du prix. Elle distingue deux types d'enchères: les enchères électroniques inversées simples, où le prix est le seul critère d'attribution, et d'autres types d'enchères électroniques inversées où l'offre la "plus avantageuse" techniquement et financièrement est retenue après évaluation de tous les critères d'attribution fixés dans le dossier d'appel d'offres[90]. Dans le second cas, l'entité adjudicatrice détermine sur quelle partie de l'offre doivent porter les enchères électroniques inversées, celles-ci ne devant être que les parties pour lesquelles toute variation peut être exprimée par des chiffres ou des paramètres quantitatifs. Les dispositions de la loi laissent entendre que tous les critères sur lesquels ne portent pas les enchères électroniques inversées doivent être évalués avant l'enchère[91]. Dans le dossier d'appel d'offres, l'entité adjudicatrice indique tous les critères d'attribution qu'elle a l'intention d'utiliser sous la forme de formule mathématique et dans l'ordre d'importance qu'elle leur a attribué. Au cours de l'enchère électronique inversée, le rang de chaque participant est calculé en fonction des nouvelles offres à l'aide de la formule.

31. Des dispositions similaires sont prévues dans les nouvelles directives de l'Union européenne. Les enchères électroniques inversées peuvent porter soit sur les seuls prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas; soit sur les prix et/ou les valeurs des éléments des offres indiqués dans le cahier des charges lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse[92]. Comme en Autriche, les valeurs des seuls éléments qui sont quantifiables de manière à être exprimés en chiffres ou en pourcentages peuvent faire l'objet d'enchères électroniques inversées[93]. Toutefois, à l'inverse du système autrichien, dans le système européen, tous les éléments de l'offre, qu'ils puissent ou non faire l'objet d'enchères, doivent être évalués avant les enchères conformément à leur pondération[94]. Le résultat de l'évaluation complète de chaque offre est communiqué avant l'enchère dans l'invitation à participer à l'enchère. L'invitation mentionne également la formule mathématique[95] à utiliser lors des enchères pour déterminer les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs présentés (voir A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, par. 17).

32. Aux États-Unis, les critères d'attribution sont définis au cas par cas. De façon générale, les enchères électroniques inversées sont limitées au prix (voir ci-dessus par. 26).

5. Modèles d'enchères électroniques inversées

33. En fonction des critères évalués et du moment de leur évaluation, trois modèles d'enchères électroniques inversées sont utilisées dans la pratique par les entités adjudicatrices:

Le modèle 1, où tous les aspects des offres qui doivent être comparés lors du choix du fournisseur sont présentés pendant l'enchère électronique inversée elle-même. Souvent, le prix le plus bas est le seul critère d'attribution dans les mises en concurrence effectuées entièrement par enchères électroniques inversées. Les soumissionnaires connaissent leur classement tant pendant l'enchère qu'à sa clôture;

Le modèle 2, où tous les aspects des offres ou uniquement ceux qui ne feront pas l'objet de l'enchère sont évalués préalablement. Avant l'enchère, les fournisseurs reçoivent des informations sur leur classement issu du résultat d'une évaluation préalable des offres. Tous les critères d'évaluation sont intégrés dans une formule mathématique, qui permet le reclassement des soumissionnaires chaque fois qu'une nouvelle offre est soumise de sorte que les fournisseurs connaissent leur position tant au cours de l'enchère qu'à sa clôture;

Le modèle 3, ou aucun aspect de l'offre n'est préalablement évalué. Durant la phase de l'enchère, les fournisseurs n'ont d'informations que sur leur classement par rapport à leurs concurrents pour les critères faisant l'objet de l'enchère (généralement, mais pas toujours, le prix). Ainsi, à l'inverse des deux précédents modèles, lors de la clôture de l'enchère, les fournisseurs ne savent pas quelle offre est la meilleure; le classement est déterminé une fois que les aspects de l'offre "non soumise à l'enchère" ont été pris en compte.

6. Conclusion

34. Il est généralement admis que tous les types de marchés ne se prêtent pas aux enchères électroniques inversées. Le facteur principal à prendre en considération pour déterminer si un certain type de marché s'y prête est le niveau de complexité

du produit/service à acquérir et le degré de précision avec lequel le marché peut être défini, c'est-à-dire si les fournisseurs peuvent facilement comprendre les exigences ou si celles-ci ne peuvent être définies que de façon superficielle et nécessitent leur intervention préalable. D'autres facteurs à examiner sont: a) la valeur prévue du marché afin de déterminer si celui-ci attirera les fournisseurs; b) la concurrence (si elle est assez forte pour garantir la participation d'un nombre suffisant de fournisseurs à l'enchère)[96]; c) la procédure d'attribution (dans quelle mesure les critères d'attribution sont quantifiables). Ces considérations détermineront la stratégie de passation et d'enchères.

Notes

[1] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (également publié dans: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Annuaire, vol. XXV:1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I). La Loi type est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf).

[2] Voir l'étude du Center for Advanced Purchasing Studies (CAPS Research), "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003, à l'adresse http://www.capsresearch.org/publications/pdfs-public/beall2003es.pdf.

[3] Voir Soudry O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004, Journal of Public Procurement, vol. 4, n° 3, p. 345.

[4] Loi 80 de 1993 (disponible à l'adresse http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0080_93.HTM), article 24, paragraphe 3. La Colombie dispose également d'un système "de conformation dynamique" des offres qui s'apparente à un mécanisme d'enchères. Celui-ci est prévu à l'article 5 du décret présidentiel 2170 du 30 septembre 2002 (directives concernant l'application de la Loi 80, consultables sous la rubrique "Documentos" du site http://www.contratos.gov.co).

[5] *Decreto delegado* 1023/2001 du 13 août 2001 (disponible à l'adresse http://infoleg.mecon gov.ar/txtnorma/68396.htm). L'article 25 b) (Procédures de sélection) de ce décret prévoit le recours à des enchères publiques pour la passation des marchés de biens.

[6] La loi fédérale n° 8.666 du 21 juin 1993, telle que modifiée (dont le texte intégral en portugais est disponible aux adresses https://www.planalto.gov.br/ et http://www.COMPRASNET.gov.br/legislacao/leis/lei8666.pdf.), a adjoint la méthode des enchères (*pregao*) à d'autres méthodes de passation des marchés. Les décrets 3.555 et 3.693, en date respectivement du 8 août et du 20 décembre 2000, dressent la liste des biens et des services dont l'acquisition peut se faire par enchères inversées, en limitant ceux-ci aux "articles courants", c'est-à-dire aux produits standard, dont les normes de qualité sont établies par le marché et pour lesquels le prix est le seul critère de différenciation.

[7] *Decreto* n° 25038-H, *Reglamento General de Contratación Administrativa,* (règlement général sur la passation des contrats administratifs) du 6 mars 1996 (disponible à l'adresse http://www1.hacienda.go.cr/proveeduria-financiera/reg%20gral%20de%20contratacion %20adva.html). L'article 64.1 de ce décret autorise l'utilisation des enchères pour l'achat de produits génériques, définis à l'article 64.2 comme des produits élaborés conformément à des méthodes générales de fabrication et distribués par au moins quatre fournisseurs, la satisfaction des besoins étant indépendante des mécanismes contractuels, de la marque ou du fournisseur. L'article 64.6 prévoit que les offres de prix sont formulées verbalement en présence de tous les autres soumissionnaires accrédités.

[8] L'Australie dispose depuis mai 1999 d'un cadre national intégré pour l'utilisation du commerce électronique dans les marchés publics (voir "Framework for national cooperation on electronic commerce in government procurement", à l'adresse http://www.apcc.gov.au/docs/NationalECFramework.pdf.), qui énonce une série de principes directeurs visant à promouvoir la dématérialisation des marchés. Les gouvernements des États, notamment de Nouvelle-Galles du Sud (http://www.cpsc.nsw.gov.au/e-procurement/links.htm), de Victoria (http://www.ec4p.dtf.vic.gov.au/domino/web_notes/ec4p/ec4p.nsf/frameset/EC4P?Open Document) et du Queensland (http://www.qgm.qld.gov.au/prc/English/prc_intro.htm) ont également créé des centres d'affaires pour encourager l'acceptation des marchés en ligne et ont mis au point à cette fin leurs propres portails électroniques.

[9] Au Brésil, les enchères électroniques inversées ont été introduites dans les marchés publics par le décret 3.697 du 21 décembre 2000. En 2001, 3,2 % du volume total des biens et services acquis par le Gouvernement fédéral l'ont été par cette méthode, chiffre qui est passé à 12 % en 2003 et à environ 20 % en 2004. COMPRASNET (www.comprasnet.gov.br) est la plate-forme Web utilisée par le Gouvernement fédéral brésilien pour la passation électronique de ses marchés. Elle est complétée par OBRASNET (http://www.obrasnet.gov.br/) qui comprend une base de données – constituée à partir des comptes (TCU) et de la caisse Fédérale de financement du logement (CEF) –, où figurent les coûts des projets, des rapports sur l'état d'avancement des travaux, ainsi que des photographies et d'autres documents relatifs aux travaux de génie civil entrepris par le Gouvernement, des renseignements disponibles auprès de la Cour nationale.

[10] Pour des informations sur les expériences menées aux États-Unis et ailleurs en matière d'enchères électroniques inversées, voir le site http://www.egov.vic.gov.au/Research/OnlineAuctions/auctions.htm. Voir aussi le groupe de discussion sur les succès et échecs de l'utilisation de ces enchères dans les marchés publics américains, à l'adresse http://www.wifcon.com/arc/forum62.htm.

[11] Voir le site Web de l'Office of Government Commerce du Royaume-Uni (OGC) (http://www.ogc.gov.uk).

[12] En ce qui concerne l'Amérique latine, bien que les résultats de l'étude indiquent qu'à l'exception du Brésil, aucun des pays considérés ni apparemment aucun autre pays de la région n'utilise à l'heure actuelle les enchères électroniques inversées pour acquérir des biens et/ou des services destinés au secteur public, certains pays, tels que le Chili, le Costa Rica et le Mexique envisagent de recourir à cette méthode. Le rythme d'introduction des enchères électroniques inversées dans les marchés publics dépend de celui des initiatives prises en matière d'administration électronique et, en particulier, de dématérialisation des marchés, celle-ci progressant rapidement dans ces pays. La législation actuelle permet généralement – et dans certains pays fait même obligation – d'utiliser des moyens électroniques pour la passation des marchés. Toutefois, l'adoption d'une législation qui autorise et réglemente spécifiquement l'utilisation des enchères électroniques inversées est nécessaire. Les problèmes rencontrés sont de nature technique, financière et politique.

[13] Voir, en particulier, le portail sur la dématérialisation des marchés publics lancé par la Banque asiatique de développement, la Banque interaméricaine de développement et la Banque mondiale en novembre 2004 (disponible à l'adresse http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.). Celui-ci contient un certain nombre de documents élaborés par les banques multilatérales de développement et utilisés par de nombreux pays pour concevoir leurs portails de passation électronique des marchés publics. Une de ses rubriques donne un aperçu de la façon dont divers pays utilisent ce mode de passation et y sont préparés, ainsi que des fonctions et caractéristiques des différents systèmes et permet également d'effectuer des comparaisons entre pays.

[14] L'Organisation mondiale du commerce (OMC) négocie actuellement un projet de révision de l'Accord sur les marchés publics (AMP) (voir l'annexe 4 b) de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf), qui comprendra une disposition expresse sur les enchères électroniques inversées (Article XI.3 *bis* du projet de texte au 4 novembre 2003. La version officielle n'est pas publiée).

[15] En effet, un meilleur rapport qualité-prix peut être obtenu grâce à un prix de marché compétitif et des économies importantes peuvent être réalisées grâce à des échanges dynamiques en temps réel, du fait d'une concurrence accrue entre soumissionnaires et du lien direct (sans intermédiaire) entre acheteurs et vendeurs, le prix étant effectivement fixé par l'acheteur dans un processus non plus statique mais dynamique. Pour un certain nombre d'enchères électroniques inversées menées par des organismes publics, des économies de coût tangibles directement attribuables à l'utilisation de moyens en ligne ont été constatées. Voir Stein A. et Hawking P., "Reverse auction e-procurement: a suppliers viewpoint," à l'adresse http://ausweb.scu.edu.au/aw02/papers/refereed/stein/paper.html. Voir également Wyld D.C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, à l'adresse http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf et Curran E., Bernert A., Wiegand A. "Electronic procurement in the public sector: factsheet on latest developments in e-procurement in the EU and its Member States," août 2004, à l'adresse http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf. Voir aussi Office of Government Commerce, "E-procurement: cutting through the hype", à l'adresse http://www.ogc.gov.uk.

[16] Le temps nécessaire pour procéder à un achat serait considérablement inférieur avec la technique des enchères en ligne qu'avec la méthode traditionnelle de soumission des offres sur papier. Les enchères en ligne permettent aussi de réduire de nombreux problèmes et coûts administratifs liés à la procédure ouverte classique, tels que les coûts traitement et d'évaluation des offres, les frais de communication et même les sommes que les soumissionnaires potentiels consacrent à l'espionnage industriel et commercial avant de soumettre leurs offres. Se reporter à l'étude du CAPS Research, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (voir plus haut, note 2). Des délais plus courts pour l'accomplissement de certains actes dans le cadre d'enchères électroniques inversées ont déjà été fixés dans certains textes législatifs. On observe toutefois qu'une telle évolution peut avoir une incidence sur d'autres méthodes de passation, pour lesquelles la réduction des délais applicables à certains actes ne se justifie peut-être pas.

[17] Certains analystes ont noté que la technique des enchères présentait des avantages certains par rapport à la procédure d'appel d'offres traditionnelle pour ce qui est de la transparence du processus d'attribution des marchés. En effet, dans la procédure d'enchères électroniques inversées, le risque de voir l'entité adjudicatrice favoriser une entreprise particulière en lui communiquant des informations sur d'autres offres est limité: ces informations sont accessibles à tous les soumissionnaires de façon ouverte et égale; et ces derniers sont autorisés à modifier leur offre à tout moment avant la clôture de l'enchère. Le processus gagne donc en transparence à deux niveaux: 1) les informations sur les autres offres sont disponibles; et 2) tous les soumissionnaires intéressés ont accès aux différentes phases de la procédure et à leur résultat. Voir Soudry O, "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004. Journal of Public Procurement, vol. 4, n° 3, p. 354. Voir également Wyld D.C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, à l'adresse http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.

[18] Se reporter à l'étude du CAPS Research, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (voir plus haut, note 2). Voir également Wyld D.C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, à l'adresse http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.

[19] Voir Soudry O, "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", Journal of Public Procurement, vol. 4, n° 3, p. 340 à 342. (Dans la récente étude de la Commission européenne, il est indiqué qu'en Europe les marchés publics transfrontaliers directs représentent seulement 3 % du nombre total des offres soumises par les sociétés sondées, et les marchés publics transfrontaliers indirects (c'est-à-dire remportés par des entreprises étrangères par l'intermédiaire de filiales locales) pas plus de 3 %.)

[20] Comme en a été informé le secrétariat lors de consultations avec des experts.

[21] Voir, par exemple, les principes directeurs de l'Office of Government Commerce à l'adresse http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034. Se reporter également à l'étude du CAPS Research, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (voir plus haut, note 2).

[22] Il a été dit que contrairement à ce qui se passe dans la procédure traditionnelle de soumission sous pli fermé, où les concurrents ne peuvent présenter qu'une seule offre, dans les enchères électroniques inversées chaque enchérisseur sait qu'il aura la possibilité de soumettre plusieurs offres successivement: il est donc peu enclin à proposer son meilleur prix et ne le fera peut-être jamais. En conséquence, il se peut que l'offre retenue corresponde simplement à une enchère d'un palier inférieur par rapport à la deuxième offre la plus basse et non à l'offre conforme et sérieuse effectivement la plus basse. Voir le livre blanc de l'Associated General Contractors of America (AGC), "Reverse auctions over the Internet: efficiency – at what cost?", 2003, disponible à l'adresse http://www.agchouston.org/content/public/pdf/cornerstone/ Winter2003_Reverse_Auctions.pdf.

[23] Ibid.

[24] Voir Emiliani M. L. et Stec D. J., "Aerospace parts suppliers' reaction to online reverse auctions", Supply Chain Management: An International Journal, 2004. Par exemple, les fournisseurs ne sont généralement pas invités à participer à la phase de conception alors que d'importantes économies et améliorations qualitatives pourraient être réalisées pour la phase de production. Bien qu'une telle préoccupation ait été exprimée dans le contexte des transactions électroniques interentreprises, elle vaut sans doute également pour les échanges électroniques entre entreprises et administrations. Pour le résumé et les points essentiels de cet article, et d'autres articles des mêmes auteurs sur les enchères électroniques inversées, voir http://www.theclbm.com/research.html.

[25] Pour une analyse des méthodes appliquées pour gérer le risque de prix anormalement bas, notamment dans les enchères électroniques inversées, voir une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.36).

[26] Tout le monde s'accorde à reconnaître, semble-t-il, que les enchères électroniques inversées, en exerçant une pression anonyme et extrême sur les enchérisseurs pour qu'ils baissent leurs prix, ne sont pas toujours des outils optimaux pour les entités adjudicatrices qui cherchent à forger avec leurs fournisseurs des relations durables fondées sur la qualité, à l'instar des *keiretsu* au Japon, qui éviteraient de recourir à ce type d'enchères dans les chaînes d'approvisionnement qu'ils ont soigneusement mises sur pied. Voir Liker J. K. et Choi T. Y., "Building deep supplier relationships," HARVARD BUSINESS REVIEW, décembre 2004, p. 104 et 106 (également disponible à l'adresse http://www.nbbc.org/builddeep.pdf.). Voir aussi Emiliani M. L. et Stec D. J. à l'adresse http://www.theclbm.com/research.html.

[27] Aux États-Unis, par exemple, il a été noté que le lancement des enchères électroniques inversées avait suscité un intérêt soudain chez les concepteurs de logiciels vendant ce type de solutions. Voir Yukins C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat. Voir également Nash R. C. et Cibinic J., "Reverse auctions: more thoughts," NASH & CIBINIC REPORT (West Group, décembre 2000), vol. 14, n° 12, p. 67 ("Il semble que les responsables marketing des sociétés informatiques lancent actuellement une vaste offensive pour convaincre les organismes chargés de la passation des marchés publics d'acquérir les systèmes d'"enchères inversées"en ligne qu'ils ont développés pour le secteur privé".).

[28] Il s'agit d'organismes qui fournissent à un acheteur des services d'organisation et d'administration des enchères, ainsi que des conseils sur la méthode d'achat à utiliser. Ils peuvent se trouver dans une situation particulièrement délicate, car ils représentent à la fois les fournisseurs et les acheteurs sur la place de marché. L'expérience européenne a confirmé la menace grave que peuvent représenter ces conflits organisationnels potentiels. Voir Yukins C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat; et Kennedy-Loest C. et Kelly R., "EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 PUBLIC PROCUREMENT LAW REVIEW, n° 1, p. 27 à 33. Aux États-Unis, les enchères

électroniques inversées ont été adoptées sous l'impulsion, au moins en partie, des organismes fédéraux à vocation "entrepreneuriale" qui proposent des services payants d'enchères inversées à d'autres organismes (www.buyers.gov). Voir Yukins C.R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat.

[29] La collusion peut se définir comme un accord explicite ou implicite entre un groupe de soumissionnaires, en vue de limiter la concurrence (Porter & Zona, 1993). Il peut y avoir collusion dans une enchère électronique inversée lorsque deux soumissionnaires ou plus s'associent pour manipuler le montant d'une enchère ou encore lorsqu'un vendeur utilise des sociétés écran pour soumettre des offres truquées et faire monter le prix demandé. Les autorités contractantes pourraient ainsi se voir proposer des prix plus élevés, les membres du cartel enregistrant alors des profits supérieurs à ceux qui découleraient du jeu normal de la concurrence. Voir Soudry O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004, Journal of Public Procurement, vol. 4, n° 3, p. 360 à 363 et 366.

[30] Voir, plus généralement, Trepte P., "Electronic procurement marketplaces: the competition law implications," 2001, 10 PUBLIC PROCUREMENT LAW REVIEW, p. 260 à 280 (sur les craintes liées aux pratiques anticoncurrentielles dans le cadre des marchés publics dématérialisés). Voir également Kennedy-Loest C. et Kelly R., "The EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 PUBLIC PROCUREMENT LAW REVIEW, n° 1, p. 27 à 33 (sur les trois principaux sujets de préoccupations identifiés par la Commission européenne en ce qui concerne la compatibilité des places de marché électroniques (et, par analogie, des enchères électroniques inversées) avec les règles de concurrence de l'Union européenne: l'échange d'informations, notamment parce que les places de marché d'enchères constituent un forum où les concurrents échangent des informations commercialement sensibles; les questions d'accès et d'élimination (une place de marché ou une enchère ont-t-elles été mises en place pour exclure certains concurrents ou les contraindre à participer à titre exclusif?); et le groupement de la puissance d'achat (l'enchère ou la place de marché facilitent-elles la réalisation par les participants d'achats ou de ventes groupés?).

[31] Notamment en raison du niveau de détail généralement requis dans les spécifications des marchés faisant l'objet d'enchères électroniques inversées.

[32] Aux États-Unis, le débat sur les enchères électroniques inversés s'est centré, pour une large part, sur la divulgation d'informations concernant les concurrents lors du déroulement des enchères. La loi intitulée Procurement Integrity Act (loi sur l'intégrité dans les marchés responsables de la passation des marchés, tels que définis cette loi, "ne doivent pas, sauf conformément aux dispositions de la loi, divulguer sciemment des informations sur les offres ou les propositions des entrepreneurs ni sur la sélection d'un entrepreneur avant d'attribuer un marché auquel ces informations se rapportent." 41 U.S.C. (code des États-Unis) § 423(a)(1) - (2) (2000). Voir également le règlement intitulé Federal Acquisition Regulation (FAR) (règlement fédéral sur les achats) 3.104-4 a). La divulgation est autorisée dans certains cas, par exemple avec la permission du soumissionnaire (divulgation volontaire). 41 U.S.C. § 423(h)(1) - (2) (2000) et FAR 15.306(e)(3). D'après la Section du droit des marchés publics (Public Contract Law Section) de l'American Bar Association ("Comments on reverse auction notice", du 5 janvier 2001, disponible à l'adresse http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecomm_003.html), dans les enchères électroniques inversées menées jusqu'à présent, les soumissionnaires potentiels sont expressément convenus de divulguer leur prix pour pouvoir participer à la passation du marché. Il semble toutefois qu'ils n'auraient pas été admis à participer en cas de refus, ce qui permet de s'interroger sur la réalité et le caractère "volontaire" de leur consentement. Voir Yukins C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system," octobre 2004, disponible auprès du secrétariat.

[33] La possibilité offerte par les enchères électroniques inversées de proroger le délai de clôture des soumissions et de proposer de nouveaux prix peut être interprétée comme une forme de négociation avant clôture ou de course au moins-disant qui risque d'empêcher une concurrence

équitable et ouverte. Voir Boucher P., “Technology versus industry practices”, février 2003, disponible à l’adresse http://www.findarticles.com/p/articles/mi_qa4088/is_200302/ ai_n9176581.

[34] Voir Yukins C. R., “Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system,” octobre 2004, disponible auprès du secrétariat (ce document indique qu’aucune réponse législative standard, en dehors de dispositions générales autorisant cette technique, ne semble encore avoir été apportée aux questions découlant de l’utilisation des enchères et que, par ailleurs, la doctrine néglige trop souvent la question de savoir quand l’utilisation de ce type d’enchères est inappropriée ou, plus précisément, quand les responsables de la passation des marchés devraient restreindre ce qui pourrait bien être une utilisation abusive de ces enchères.

[35] Voir la note 14.

[36] 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 et 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 (*Journal officiel de l’Union européenne*, n° L 134, du 30 avril 2004, p. 114 et 1, respectivement. Ces deux directives sont disponibles à l’adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm).

[37] Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 http://europa.eu.int/eur-lex/fr/consleg/main/1992/ fr_1992L0050_index.html (Directive concernant les services), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 209, du 24 juillet 1992, p. 1, modifiée par la Directive 97/52/CE du 13 octobre 1997, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 328, du 28 novembre 1997, p.1; Directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 (Directive concernant les fournitures), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 199, du 9 août 1993, p. 1, modifiée par la Directive 97/52/CE ci-dessus; Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 (Directive concernant les travaux), *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 199, du 9 août 1993, p. 54, modifiée par la Directive 97/52/CE ci-dessus. Ces directives sont souvent appelées les “directives relatives aux secteurs classiques”. La Directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, *Journal officiel des Communautés européenne*, n° L 395, du 30 décembre 1989, p. 33, modifiée par la Directive 92/50 ci-dessus, se rapporte à l’application des procédures de recours dans ces secteurs.

[38] Voir l’article 54 de la Directive 2004/18/CE et l’article 56 de la Directive 2004/17/CE.

[39] Voir l’article 80-1 de la Directive 2004/18/CE et l’article 71-1 de la Directive 2004/17/CE.

[40] Voir la Loi fédérale autrichienne de 2002 sur l’attribution des marchés (ci-après Loi autrichienne de 2002 sur l’attribution des marchés), à l’adresse http://wko.at/rp/vergabe/ gesetzestextbvergg2002.pdf.

[41] Loi fédérale n° 10.520/2002 du 17 juillet 2002 (à l’adresse https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm), complétée par la Loi 8.666 dans la mesure où il n’y a pas conflit entre les dispositions; les décrets 1.094/94, 3.555/00, 3.693/00, 3.697/01 et 3.784/01; et les instructions internes (Portarias) SAF/PR 2.050 et MARE 5.

[42] Voir le Code des marchés publics, article 56-3, et le décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001.

[43] Voir, par exemple, l’article 25-1 a) du décret gouvernemental hongrois 167/2004 (V.25), qui envisage la pratique des enchères électroniques inversées; les articles 74 à 81 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics du 29 janvier 2004, qui autorise et réglemente expressément l’utilisation de ces enchères; l’article 36 de l’ordonnance gouvernementale roumaine n° 20 du 24 janvier 2002 qui traite d’une procédure d’appel d’offres (des informations supplémentaires sur les enchères électroniques inversées sont fournies sur le site Web: www.e-licitatie.ro); et les règles slovènes sur le contenu, les conditions et les limites de l’utilisation des enchères électroniques dans les procédures d’attribution des marchés, publiées au Journal officiel de la république de Slovénie n° 130/2004, du 3 décembre 2004 (les “règles slovènes”).

[44] Voir, par exemple, le décret brésilien n° 3.697 du 21 décembre 2000, qui a créé la procédure d'"enchère électronique".

[45] Voir les mesures provisoires pour la gestion des appels d'offres en ligne adoptées par la ville de Nanning le 18 juin 1999; par la province du Zhejiang le 1er septembre 2000; par la ville de Hefei le 13 mars 2001; par la ville de Wuxi le 1er avril 2001; par la ville de Zhuhai le 27 juin 2002; par la ville de Shenzhen le 15 octobre 2003; et par la ville de Shanghai en décembre 2004. Le texte chinois des mesures provisoires de Shanghai et sa traduction non officielle en anglais sont disponibles auprès du secrétariat.

[46] Voir, par exemple, les directives administratives du Ministère de la défense sur les enchères inversées assistées (les "directives de Singapour").

[47] En Australie, la réglementation se limite actuellement à des documents d'orientation, à des principes directeurs non législatifs sur la passation des marchés et à des dispositions législatives générales portant sur la dématérialisation des marchés. La Nouvelle-Galles du Sud est le seul État à donner instructions précises à ce sujet. Voir les directives du Gouvernement de Nouvelle-Galles du Sud de mars 2001 sur les enchères inversées (consultables à l'adresse http://www.dpws.nsw.gov.au/NR/rdonlyres/ezac4yppqkqqzaj5qdjgerv3aj62n4ishpa3xhofh4fdl3cqut4m7l4ibv3a2w67sslw5zuhmjpois43joel4ees4xe/Reverse+Auctions.pdf) (les "directives australiennes").

[48] Au Royaume-Uni, les règles régissant la passation des marchés publics se limitent principalement à celles de la législation européenne. Le Gouvernement britannique a considéré que les directives européennes actuelles permettaient de recourir aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics et a entériné leur utilisation. Afin de promouvoir cette utilisation dans les marchés publics, l'Office of Government Commerce a publié sur internet des lignes directrices consultables à l'adresse http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034.

[49] Les tentatives d'élaboration de règles contraignantes centralisées n'ont pas encore abouti, semble-t-il en raison de l'opposition des secteurs concernés et de l'absence de consensus sur les cas dans lesquels les enchères inversées devraient être utilisées. Voir, par exemple, Turley S.L., "Wielding the virtual gavel – DOD moves forward with reverse auctions", 173 MILITARY LAW REVIEW, septembre 2002, p. 1, 25 à 31 (qui examine pourquoi les secteurs concernés s'opposent aux enchères électroniques inversées); et Yukins C.R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system,"octobre 2004, disponibles au secrétariat. Pour un grand nombre de commentateurs aux États-Unis, les enchères électroniques inversées sont autorisées par l'article 15.306 e) 3) du règlement fédéral sur les achats, interprété à la lumière de l'article 1.102 d) de ce même règlement, qui autorise toute pratique de passation conforme à une appréciation commerciale raisonnable, à condition que cette pratique respecte la loi, la réglementation et la jurisprudence et ne soit pas abordée dans le règlement. Voir, par exemple, Feldman S.W., "Government contract awards: negotiation and sealed bidding"§ 16:18.10, "Revealing prices without permission", mars 2004 (disponible sur Westlaw); Whiteford, "Agencies celebrated the auction prohibition's demise, as demonstrated by their use of the reverse online auction technique"; et une notice spéciale de 2000 des conseils administratifs chargés de publier le règlement fédéral sur les achats. D'autres commentateurs, en revanche, s'inquiètent de la conformité d'une telle technique à la législation américaine. Voir, par exemple, American Bar Association, Public Contract Law Section, "Comments on reverse auction notice", 5 janvier 2001, à l'adresse http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecomm_003.html; ainsi que Antonio R., "Do reverse auctions violate FAR 15.307 (b)?", 24 juillet 2000, à l'adresse http://www.wifcon.com/anallegal.htm.

[50] Pour un organe acheteur qui a approuvé l'utilisation des enchères électroniques inversées mais n'a pas indiqué dans le détail quand ce type d'enchères convient (ou pas), voir la lettre que le Département américain des anciens combattants (Department of Veteran Affairs), a adressée en juin 2003 à ses différents organes chargés de passer des marchés, à l'adresse http://www1.va.gov/oamm/info/i103-11.pdf.

[51] Voir Curran E., Bernert A. et Wiegand A., “Electronic procurement in the public sector: factsheet on latest developments in e-procurement in the EU and its Member States”, août 2004, à l’adresse http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf.

[52] Voir, par exemple, les articles 28 et 49 du Traité instituant la Communauté économique européenne (à l’adresse http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/fr/frtoc05.htm) ainsi que les principes généraux applicables aux marchés publics dans l’accord sur les marchés publics conclu entre l’Australie et la Nouvelle-Zélande (Australia New Zealand Government Procurement Agreement (ANZGPA)) (consultable à l’adresse http://www.dfat.gov.au/geo/new_zealand/anz_cer/anzcerta_1997revised_npa.pdf.)

[53] Voir, par exemple, l’article 54-8 de la Directive 2004/18/CE.

[54] Se reporter, par exemple, aux directives australiennes (voir plus haut, note 47).

[55] Les exigences imposées sont les suivantes: a) séparation des enregistrements des différentes bases de données; b) mise en place et exploitation du système par les organismes qui n’en sont pas les utilisateurs finals, travaillent dans un environnement séparé et n’ont pas accès à l’environnement opérationnel des utilisateurs finals du système (au Brésil); c) production d’enregistrements détaillés des enchères électroniques inversées; et d) authentification des messages, y compris des enchères, par signature électronique et cryptage (voir l’article 78 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics) ou, plus fréquemment, par l’attribution d’une clef d’identification et d’un mot de passe pour accéder au système électronique (par exemple au Brésil et aux États-Unis).

[56] En France, Décret n° 2001-846, articles 4 et 7. Certains systèmes d’enchères électroniques inversées affichent un message d’avertissement standard à l’intention des candidats leur indiquant qu’ils n’ont pas le droit de manipuler artificiellement le prix d’une opération par quelque moyen que ce soit ni de faire des offres de mauvaise foi, d’utiliser des leurres ou de s’entendre secrètement dans l’intention ou le but de faire obstacle au processus de mise en concurrence. Voir, par exemple, les sollicitations d’offres sur www.FedBid.com.

[57] Voir, par exemple, le paragraphe 28 de la loi autrichienne de 2002 sur l’attribution des marchés, qui limite l’utilisation des enchères aux achats d’un montant inférieur à 40 000 euros (TVA exclue); et l’article 74-2 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics, qui limite ces achats à 60 000 euros. Toutefois, la limitation à des marchés de faible valeur est ici motivée, notamment, par le souci de ne pas dépasser les seuils d’application des directives actuelles de l’Union européenne, qui n’abordent pas les enchères électroniques inversées, considération qui n’est plus d’actualité, les nouvelles directives entérinant cette technique.

[58] Comme le secrétariat en a été informé au cours de consultations avec des experts, le fait de fixer un montant maximum ou minimum peut s’avérer contre-productif. Ainsi, en Pologne, l’imposition d’un plafond aurait contribué à la faible utilisation des enchères électroniques inversées dans ce pays, la faible valeur des marchés ne permettant pas d’amortir les coûts d’organisation des enchères (y compris la rémunération et les frais du prestataire de service). Hormis ce problème d’amortissement des coûts, dont l’urgence pourrait diminuer avec la mise au point de technologies et logiciels appropriés et le développement de la pratique, la valeur d’un marché passé au moyen d’enchères électroniques inversées doit être assez importante pour susciter une véritable concurrence sans être trop élevée pour ne pas empêcher la participation de candidats potentiels. Il sera probablement impossible de fixer un plafond monétaire qui tienne compte de ces considérations pour tous les types de marchés.

[59] Se reporter, par exemple, aux directives australiennes (voir plus haut, note 47); et à l’article 4 des mesures provisoires de Shanghai (voir plus haut, note 45).

[60] Les directives australiennes (voir plus haut, note 47).

[61] L’article 56-3 du Code des marchés publics parle de “fournitures courantes”.

[62] Décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001, art. 1.

[63] Loi polonaise sur la passation des marchés publics du 29 janvier 2004, art. 74-2.

[64] L'article premier de la loi n° 10.520 du 17 juillet 2002 dispose que les enchères ne peuvent être utilisées que pour les biens et services "courants", définis comme ceux pour lesquels les critères de qualité et de rendement peuvent être définis de façon objective et précise d'après les spécifications standard utilisées sur le marché.

[65] Pour la liste complète, voir l'annexe du décret 3.784 en date du 6 avril 2001, portant modification des listes figurant dans les décrets 3.555 et 3.693. La liste est limitée aux marchés passés par les organismes fédéraux. Les États et les municipalités peuvent promulguer leurs propres règlements sur le sujet.

[66] Voir www.e-market.e-licitatie.ro.

[67] Comme les experts l'ont indiqué au secrétariat.

[68] La réglementation brésilienne ne fait pas mention des travaux dans la liste des articles pouvant être acquis par enchères électroniques inversées. De même, les directives australiennes (voir plus haut, note 47) restreignant ce type d'enchères électroniques à l'achat de produits ou de biens courant.

[69] Bulletin spécial de l'Association canadienne de la construction de décembre 2001, disponible à l'adresse http://www.cca-acc.com/news/committee/rag/rag-ownerfr.pdf.

[70] Se reporter au livre blanc de l'AGC, "Reverse auctions over the Internet: efficiency – at what cost?", 2003 (voir plus haut, note 22).

[71] Loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 8.

[72] Il en va de même pour les règles slovènes. Se reporter aux articles 2 et 4 de ces règles (voir plus haut, note 43).

[73] Voir l'article 1-7, de la Directive 2004/18/CE, qui définit les "enchères électroniques". Il prévoit expressément que certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques. Le considérant 14 du préambule explique cette limitation comme suit: "Afin d'assurer le respect du principe de transparence, seuls les éléments susceptibles d'une évaluation automatique par des moyens électroniques, sans intervention et/ou appréciation de la part du pouvoir adjudicateur, peuvent faire l'objet d'enchères électroniques, c'est-à-dire seulement les éléments qui sont quantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages. En revanche, les aspects des offres qui impliquent l'appréciation d'éléments non quantifiables ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques. Par conséquent, certains marchés de travaux et de services portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques."

[74] http://www.fedbid.com/faq.jsp.

[75] Voir exposé présenté en PowerPoint le 14 juin 2001 par le Sous-Secrétaire adjoint de l'armée de terre chargé des marchés (DASA (P)) du siège du Département de l'armée de terre (Department of the Army), "Reverse auctions", diapositive 8, à l'adresse http://www.hq.usace.army.mil/cepr/RoundTable/ReverseAuctionBrief.ppt.

[76] U.S. Navy Supply Systems Command (site des enchères de la marine), "Getting started,"consultable à l'adresse http://www.auctions.navy.mil/about/gettingstarted.html.

[77] Bien que cela signifie que les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées dans les procédure d'appel d'offres ouvert, il a été observé que dans la pratique elles sont habituellement utilisées dans les procédures d'appel d'offres restreint. Elles ne sont susceptibles d'être utilisées que rarement dans les procédures négociées car ces dernières se justifient souvent par le fait que les spécifications et autres modalités ne peuvent être facilement déterminées à l'avance, condition généralement indispensable à la tenue d'une enchère. Voir Arrowsmith S., "Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects,"11 Public Procurement Law Review, n° 6, 2002, p. 299 à 330 (rédigé à l'origine pour Achilles Information Ltd.).

[78] L'article 54-2 de la Directive européenne 2004/18/CE dispose que: "Dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées dans le cas visé à l'article 30, paragraphe 1, point a), les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que l'attribution d'un marché public sera précédée d'une enchère électronique lorsque les spécifications du marché peuvent être établies de manière précise". L'enchère électronique peut également être utilisée lors de la remise en concurrence des parties à un accord-cadre et de la mise en concurrence des marchés à passer dans le cadre du système d'acquisition dynamique.

[79] Les directives australiennes (voir plus haut, note 47) indiquent que les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées dans le cadre de la procédure d'appel d'offres simple comme moyen d'obtenir une offre de prix de la part des fournisseurs, ainsi que comme deuxième phase d'une procédure d'appel d'offres en deux étapes où le prix reste le critère de sélection restant.

[80] Se rapporter, par exemple, à l'article 2 des règles slovènes (voir plus haut, note 43).

[81] Voir le Décret n° 2001-846.

[82] Article 1.1 des directives de Singapour (voir plus haut, note 46).

[83] Aux États-Unis, en l'absence d'interdiction expresse, les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées en association avec toute méthode de passation disponible et sont également utilisées dans les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamique. Toutefois, d'après la pratique de la marine américaine, il faudrait utiliser les procédures normales de sollicitation applicables aux négociations avec appel à la concurrence (Règlement fédéral sur les achats, partie 15) et la technique des enchères inversées ne convient pas à la soumission d'offres sous pli fermé ni aux procédures d'acquisition simplifiées (Règlement fédéral sur les achats, partie 13) à moins que, dans ce dernier cas, les économies projetées soient assez importantes pour compenser les coûts d'une passation de marché réalisée conformément aux procédures prévues dans la partie 15 du Règlement. Voir U.S. Navy Supply Systems Command, site des enchères de la marine, "Getting started,"consultable à l'adresse http://www.auctions.navy.mil/about/gettingstarted.html.

[84] Cette formule aurait également été retenue dans l'Accord sur les marchés publics révisé (voir plus haut, note 14).

[85] Voir, par exemple, la loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 23-8 et 9.

[86] Article 78-2 de la loi polonaise sur la passation des marchés publics. C'est également la formule adoptée par les banques multilatérales de développement.

[87] Pour plus de détails, voir les instructions internes (Portaria) 2.050 du 18 mai 1992, sur le site COMPRASNET (www.comprasnet.gov.br).

[88] Voir, par exemple, les mesures provisoires de Shanghai, article 6, et celles adoptées par la province du Zhejiang, article 8.

[89] Voir les mesures provisoires adoptées par Shanghai, article 19; et celles adoptées par la province du Zhejiang, article 22. Les facteurs pris en compte pour évaluer la crédibilité des fournisseurs sont notamment leur respect de la loi, leurs résultats obtenus dans le passé, leur intégrité professionnelle, leur degré élevé de solvabilité, leur dotation importante en fonds propres et leur situation financière saine.

[90] Voir, par exemple, loi autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 28, 117 et 118.

[91] Ibid., par. 118.

[92] Article 54-2 de la Directive européenne 2004/18/CE.

[93] Ibid., article 54-3.

[94] Ibid., article 54-4.

[95] Ibid., article 54-5. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges; à cette fin, les éventuelles fourchettes doivent être exprimées au préalable

par une valeur déterminée. Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante.

96 Certains systèmes prévoient expressément un nombre minimum de participants à l'enchère électronique inversée alors que, dans d'autres, les dispositions générales de la législation sur la passation des marchés s'appliquent. Les réglementations exigent généralement au moins trois participants. Voir, par exemple, l'article 22 des règles provisoires de Shanghai. Il a été constaté qu'un nombre de participants élevé prévient effectivement le risque de collusion. En Autriche, la participation d'au moins 10 participants est requise (voir la loi de 2002 sur l'attribution des marchés, par. 116.7).