

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée
19 juin 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Dixième session
Vienne, 25-29 septembre 2006

Ordre du jour provisoire annoté de la dixième session du Groupe de travail I (Passation de marchés)

I. Ordre du jour provisoire

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

II. Composition du Groupe de travail

1. Le Groupe de travail se compose des États suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Bénin, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Fidji, France, Gabon, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Liban, Lituanie, Madagascar, Maroc, Mexique, Mongolie, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Serbie-et-Monténégro, Sierra Leone, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Uruguay, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.



2. En outre, les États qui ne sont pas membres de la Commission, ainsi que les organisations intergouvernementales et les organisations internationales non gouvernementales intéressées peuvent être invités à assister à la session en qualité d'observateurs, auquel cas, conformément à la pratique établie à la CNUDCI, leurs délégations sont autorisées à participer activement aux délibérations débouchant sur des décisions, qui sont prises par consensus.

III. Annotations relatives aux points de l'ordre du jour

Point 1. Ouverture de la session

3. Le Groupe de travail tiendra sa dixième session au Centre international de Vienne, du 25 au 29 septembre 2006. Les séances auront lieu de 9 h 30 à 12 h 30 et de 14 heures à 17 heures, sauf le lundi 25 septembre 2006, où la session sera ouverte à 10 heures.

Point 2. Élection du Bureau

4. Le Groupe de travail pourrait, comme à ses précédentes sessions, élire un président et un rapporteur.

Point 4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

1. Débats antérieurs

5. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission a examiné une note du secrétariat relative aux travaux futurs envisageables dans le domaine des marchés publics (A/CN.9/539 et Add.1). Il a été fait observer que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la "Loi type")¹ prévoyait des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité dans le processus de passation des marchés et était devenue une référence importante, au plan international, dans la réforme du droit des marchés. On a toutefois aussi fait remarquer que, malgré l'utilité largement reconnue de la Loi type, de nouvelles questions et pratiques avaient vu le jour depuis son adoption, qui pourraient justifier un effort d'adaptation de son texte. À cette même session, l'idée d'inclure le droit des marchés dans le programme de travail de la Commission a été fortement appuyée et cette dernière a prié le secrétariat de préparer, pour examen ultérieur, des études détaillées sur les questions identifiées dans sa note et de formuler des propositions sur la manière de les aborder (A/58/17, par. 225 à 230).

6. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/553) présentée en réponse à cette demande. Elle a décidé que la Loi type gagnerait à être mise à jour pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles résultant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l'expérience tirée de son utilisation comme base de réforme de la législation. Il a été toutefois souligné qu'en actualisant la Loi type, il faudrait veiller à ne pas s'écarter des principes fondamentaux de celle-ci et à ne pas modifier les dispositions dont l'utilité avait été prouvée. La Commission a décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des

propositions de révision de la Loi type. Une certaine marge d'appréciation a été laissée au Groupe de travail pour identifier les questions à traiter lors de ses délibérations, et le secrétariat a été prié de lui présenter des notes approfondissant les questions abordées dans le document A/CN.9/553 afin de faciliter ses débats (A/59/17, par. 80 à 82).

7. Le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions de révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) en se fondant pour ses débats sur les notes du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32). Il a décidé à cette session de charger le secrétariat de préparer des projets de textes et des études tenant compte de ses délibérations pour examen à ses prochaines sessions. Il a en outre décidé de continuer à ces prochaines sessions d'étudier en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10, pour la liste des thèmes voir par. 9 ci-dessous).

8. À sa trente-huitième session, en 2005, la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) et septième (New York, 4-8 avril 2005) sessions (A/CN.9/568 et A/CN.9/575, respectivement). Elle l'a félicité pour les progrès accomplis dans ses travaux, et a réaffirmé qu'elle était favorable à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette Loi de nouvelles pratiques de passation des marchés (A/60/17, par. 170 à 172).

a) Résumé de l'examen par le Groupe de travail à sa sixième session de son projet de programme de travail

9. À sa sixième session, le Groupe de travail a examiné les thèmes suivants: a) publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés; b) utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés; c) conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés; d) enchères électroniques inversées; e) utilisation des listes de fournisseurs; f) accords-cadres; g) passation des marchés de services; h) évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales; i) voies de droit et exécution; j) autres méthodes de passation des marchés; k) participation des usagers à la passation des marchés; l) simplification et uniformisation de la Loi type; et m) authentification des pièces produites.

10. S'agissant de la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, le Groupe de travail a été d'avis que la Loi type devrait encourager la publication par voie électronique des informations qu'elle faisait actuellement obligation aux États de publier. Il a en outre jugé qu'il serait peut-être souhaitable de fournir dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'utilité de la publication électronique (A/CN.9/568, par. 21). Il a estimé que l'utilisation de cette forme de publication devrait demeurer facultative dans le cadre de la Loi type (A/CN.9/568, par. 27). Il a noté qu'il devrait examiner plus avant si des informations supplémentaires intéressant des fournisseurs potentiels, dont la Loi type n'exigeait pas actuellement la publication, pourraient faire l'objet d'une nouvelle disposition ou orientation (A/CN.9/568, par. 28).

11. En ce qui concerne l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, il a été généralement convenu qu'il serait utile de formuler des dispositions qui autoriseraient expressément et, dans des circonstances appropriées, encourageraient l'utilisation de telles communications, sous réserve éventuellement d'une exigence générale selon laquelle les moyens de communication imposés par l'entité adjudicatrice ne devraient pas restreindre déraisonnablement l'accès aux marchés (A/CN.9/568, par. 39).

12. Concernant les conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation, le Groupe de travail a reconnu que, pour être efficaces et fiables, les systèmes de passation électronique des marchés devraient satisfaire à des conditions appropriées de sécurité, de confidentialité et d'authenticité des soumissions, ainsi que d'intégrité des données, pour lesquelles il faudrait peut-être formuler des règles et des normes spéciales (A/CN.9/568, par. 41).

13. Pour ce qui est des enchères électroniques inversées, le Groupe de travail a reconnu la réalité de cette pratique et a confirmé son intention d'étudier s'il convenait de prévoir dans la Loi type des dispositions permettant d'y recourir 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 concrète de cette méthode dans les pays qui l'avaient instaurée, notamment les solutions adoptées pour parer au risque de prix anormalement bas (A/CN.9/568, par. 54).

14. En ce qui concerne les listes de fournisseurs, reconnaissant que celles-ci, qu'elles soient ou non considérées comme conformes aux buts et objectifs de la Loi type, étaient utilisées dans divers États, le Groupe de travail est convenu qu'il serait bon de prendre acte de leur existence et de leur utilisation (A/CN.9/568, par. 61). Il a examiné la manière dont ces listes pouvaient être réglementées en vue de renforcer la transparence et de prévenir toute discrimination dans leur utilisation (A/CN.9/568, par. 62). Il s'est dit très favorable à l'utilisation de listes facultatives plutôt qu'obligatoires (A/CN.9/568, par. 63).

15. S'agissant des accords-cadres, il a été généralement convenu que la Commission devrait reconnaître que ces accords, même s'ils n'étaient pas mentionnés actuellement dans la Loi type, étaient utilisés dans la pratique. Les vues ont toutefois divergé sur la façon de les aborder (A/CN.9/568, par. 74). Afin de faciliter ses délibérations à venir sur l'approche générale à adopter pour les accords-cadres et déterminer en particulier avec quel degré de détail et de quelle façon les traiter (à savoir par des dispositions types, des orientations législatives ou les deux), le Groupe de travail est convenu d'examiner d'abord si et dans quelle mesure la Loi type, dans sa rédaction actuelle, faisait obstacle à l'utilisation de ces accords (A/CN.9/568, par. 78).

16. Concernant les marchés de services, le Groupe de travail est convenu que les diverses méthodes de passation actuellement prévues devaient être conservées dans la Loi type et qu'il n'était donc pas nécessaire de réviser cette dernière sur ce point. Cependant, il est aussi convenu de la nécessité de formuler dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'utilisation de chaque méthode, en fonction du type de services en question et des circonstances de l'espèce (A/CN.9/568, par. 93).

17. S'agissant de l'évaluation et de la comparaison des offres ainsi que de l'utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales, le Groupe de travail a reconnu que les dispositions

existantes de la Loi type établissaient un équilibre suffisant entre la nécessité d'économie et d'efficacité et la possibilité pour un État adoptant de réaliser d'autres objectifs de politique générale grâce à la passation de marchés. Cependant, certains de ces autres objectifs énumérés dans la Loi type semblaient dépassés et le Groupe de travail pourrait examiner à un stade ultérieur s'il était souhaitable ou non de les maintenir. Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait envisager de formuler des orientations supplémentaires sur les moyens d'accroître la transparence et l'objectivité dans l'utilisation de ces autres objectifs comme critères d'évaluation (A/CN.9/568, par. 101).

18. Pour ce qui est des voies de droit et de l'exécution, le Groupe de travail est convenu de ce qui suit: a) il serait utile de donner des orientations plus détaillées sur les dispositions relatives aux recours qui pourraient être insérées dans les législations nationales; b) reconnaissant l'existence de différents systèmes, dont certains privilégiaient les recours judiciaires et d'autres les recours devant un organe administratif indépendant, le Groupe de travail devrait laisser aux États plusieurs possibilités; c) le soin d'élaborer des dispositions relatives aux recours judiciaires devrait être laissé aux États adoptants; et d) la liste d'exceptions figurant à l'article 52-2 devrait être supprimée. Le Guide pour l'incorporation devrait cependant indiquer que les États adoptants auraient la possibilité, s'ils le souhaitaient, d'exclure certaines questions de la procédure de recours (A/CN.9/568, par. 112).

19. Pour ce qui est des "autres" méthodes de passation des marchés, le Groupe de travail est généralement convenu qu'il devrait en temps utile déterminer s'il était nécessaire et souhaitable de circonscrire plus clairement les conditions d'utilisation de ces "autres" méthodes, en vue de réduire les risques d'abus dans ce domaine. Il est aussi convenu qu'il pourrait en outre envisager ultérieurement de supprimer certaines de ces méthodes et de les présenter d'une manière qui fasse bien ressortir qu'elles constituaient une exception plutôt qu'une alternative dans le régime de la Loi type (A/CN.9/568, par. 116).

20. S'agissant de la participation des usagers à la passation des marchés, on a estimé que la plupart des questions que soulevait cette participation avaient surtout trait à la planification et à l'exécution d'un projet plutôt qu'à la phase de passation elle-même. Conscient toutefois de son importance croissante et de l'éventuelle nécessité de prévoir une législation l'autorisant dans de nombreux pays, le Groupe de travail est convenu de revoir les dispositions de la Loi type afin de veiller à ce qu'elles ne fassent pas obstacle à l'imposition de cette participation dans une passation de marché pour un projet. Le Guide pour l'incorporation, a-t-il en outre été convenu, pourrait fournir des orientations supplémentaires sur la question (A/CN.9/568, par. 122).

21. Concernant la simplification et l'uniformisation de la Loi type, le Groupe de travail est convenu qu'il était possible d'améliorer l'économie de la Loi type et d'en simplifier le contenu, en réorganisant ses dispositions ou encore en supprimant celles qui étaient inutilement détaillées ou en les déplaçant dans le Guide pour l'incorporation. De l'avis général, l'objectif visé devrait être une loi type plus facile à utiliser où tous les éléments essentiels seraient préservés tout en étant mieux structurés et présentés plus simplement (A/CN.9/568, par. 126).

22. En ce qui concerne l'authentification des pièces produites, le Groupe de travail est généralement convenu qu'il serait souhaitable de limiter le pouvoir des entités adjudicatrices de sorte que seul le fournisseur ayant remporté le marché soit tenu d'authentifier les pièces produites. Ce faisant, il a convenu qu'il pourrait déterminer, en temps voulu, si l'article 10 pouvait être fusionné avec l'article 6-5 (A/CN.9/568, par. 128).

b) Résumé des conclusions du Groupe de travail à sa septième session

23. À sa septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type en se fondant pour ses délibérations sur les notes du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.34 et 35 et leurs additifs, et A/CN.9/WG.I/WP.36 et Corr. 1). Il a prié le secrétariat de préparer, pour sa huitième session, des propositions de textes, tenant compte des délibérations de sa septième session, sur i) la publication et la communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés, ii) d'autres aspects de l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés, tels que les conditions de cette utilisation, iii) les enchères électroniques inversées, et iv) les offres anormalement basses. Il a décidé en outre d'aborder, s'il en avait le temps, la question des accords-cadres à sa huitième session (A/CN.9/575, par. 9). À cet égard, il a rappelé son examen de la question à sa sixième session, à laquelle il avait prié le secrétariat d'élaborer une note à ce sujet (A/CN.9/568, par. 78, voir également par. 15 ci-dessus).

i) Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

24. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre l'examen des nouvelles dispositions à insérer dans la Loi type comme nouvel article 4 *bis*. Cet article énoncerait les principes généraux d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique à respecter dans les communications échangées pendant le processus de passation, sans préciser les conditions d'équivalence fonctionnelle entre les offres électroniques et les offres écrites. Le Groupe de travail a réaffirmé la décision qu'il avait prise précédemment, à savoir que, ces conditions relevaient du droit général du commerce électronique et non du droit des marchés et ne seraient par conséquent pas traitées dans la Loi type et que des dispositions relatives aux communications électroniques seraient insérées dans la Loi type si le contexte de la passation des marchés l'exigeait absolument (voir également par. 12 ci-dessus). Néanmoins, il a été convenu que le Guide pour l'incorporation donnerait des orientations aux États adoptants sur les exigences en la matière (A/CN.9/575, par. 12 et 34).

25. Le Groupe de travail a également décidé de poursuivre à une prochaine session ses délibérations sur les définitions des termes "écrit" et "moyen électronique [de communication]" en s'inspirant peut-être de celles qui figurent dans les directives européennes du 31 mars 2004 relatives à la passation des marchés (Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE) et sur la question de leur insertion dans la Loi type (A/CN.9/575, par. 23).

26. Concernant la forme des communications, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait donner la possibilité à l'entité adjudicatrice de choisir n'importe quelle forme de communication sans être tenue de justifier son choix, à condition

que la forme choisie réponde à certains critères d'accessibilité, de manière qu'elle: i) ne constitue pas un obstacle à l'accès au processus de passation; ii) soit justifiée pour promouvoir l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et iii) n'entraîne pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou ne limite pas autrement de façon importante la concurrence. Le Groupe de travail est également convenu qu'il ne faudrait pas donner aux fournisseurs le droit de choisir la méthode de communication à utiliser et que les principes concernant l'utilisation des communications devraient s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la forme de leurs communications, mentionnées à l'article 9 de la Loi type (A/CN.9/575, par. 32 et 33).

ii) *Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés*

27. Le Groupe de travail est convenu que le champ d'application de l'article 5 devrait être étendu à toutes les informations ayant trait à la passation des marchés, dont la Loi type exigeait la publication, y compris les textes juridiques. Il est convenu également d'examiner si d'autres informations sur la passation des marchés dont la Loi type n'exigeait pas actuellement la publication, devraient entrer dans le champ d'application de cet article. Il a décidé de poursuivre ses délibérations sur cette question en tenant compte des résultats d'une étude devant lui être présentée à sa huitième session, sur les pratiques de publication suivies dans les systèmes nationaux et internationaux. S'agissant des méthodes de publication, il est convenu que le principe essentiel serait que n'importe quelle méthode pouvait être choisie, à condition qu'elle respecte les "critères d'accessibilité" et que ce principe serait applicable à toutes les informations relatives à la passation des marchés dont la Loi type exigeait ou permettait la publication en vertu de l'article 5 étendu (A/CN.9/575, par. 25 à 27).

iii) *Ouverture et acceptation des offres, des propositions et des prix par voie électronique*

28. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui soumettre, pour examen, des propositions rédactionnelles pour l'article 33 de manière qu'il englobe tout système d'ouverture des offres, par voie électronique ou selon la méthode classique (A/CN.9/575, par. 42).

29. S'agissant de l'acceptation des offres et de l'entrée en vigueur d'un marché, le Groupe de travail a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'insérer dans la Loi type de disposition spécifique pour que les deux questions puissent être traitées par voie électronique. Le Guide pour l'incorporation fournirait toutefois aux États adoptants des orientations sur les règles à appliquer en la matière (A/CN.9/575, par. 50).

iv) *Procès-verbal de la procédure de passation des marchés*

30. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre l'examen d'un article 11 étendu à insérer dans la Loi type, fondé sur les concepts plus larges de diffusion des informations et de critères d'accessibilité, et de prévoir également dans la Loi type une disposition indiquant que les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir des procédures pour dresser des procès-verbaux électroniques et y accéder, y compris des mesures pour assurer l'intégrité, l'accessibilité et, au besoin, la confidentialité des informations (A/CN.9/575, par. 45 à 47).

v) *Enchères électroniques inversées*

31. Le Groupe de travail, tenant compte de l'utilisation croissante des enchères électroniques inversées et du double objectif d'harmonisation et de promotion des meilleures pratiques, a conclu que la Loi type révisée devrait contenir des dispositions relatives à ces enchères, qui pourraient prendre la forme d'une disposition générale énonçant les principes essentiels à appliquer pour y recourir, notamment leurs conditions et leurs limites d'utilisation (voir aussi A/CN.9/WG.I/WP.35, par. 20 à 25). Le Groupe de travail est également convenu de limiter, dans le cadre de la Loi type, l'utilisation des enchères électroniques inversées à la passation des marchés de biens, de travaux et de services qui faisaient l'objet d'un cahier des charges clair et pour lesquels les critères autres que le prix pourraient être quantifiés, et a décidé que le Guide pour l'incorporation traiterait de façon détaillée l'utilisation de ces enchères. Il est convenu de poursuivre l'examen de nouvelles dispositions à insérer dans la Loi type, premièrement, en tenant compte du fait que les spécifications des biens, services ou travaux à acquérir au moyen d'enchères électroniques inversées devraient pouvoir être clairement définies, qu'il pourrait être nécessaire de limiter les types d'achat et qu'il faudrait un marché concurrentiel (A/CN.9/WG.I/WP.35, par. 8 et 20); deuxièmement, en considérant que les dispositions devraient permettre l'utilisation des enchères électroniques inversées comme méthode autonome de passation des marchés plutôt que comme une étape facultative d'autres méthodes de passation; et troisièmement, en tenant compte de l'approche adoptée sur le même sujet par les parties procédant actuellement à la révision de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce, en ce qui concerne l'utilisation de ces enchères (A/CN.9/575, par. 60 à 62, 66 et 67).

32. Le Groupe de travail est convenu de se prononcer définitivement sur la question de l'inclusion, dans la Loi type, de dispositions relatives aux enchères inversées autres qu'électroniques lorsqu'il serait saisi de projets de dispositions régissant l'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/575, par. 65).

vi) *Offres anormalement basses*

33. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre son examen de nouvelles dispositions à incorporer dans la Loi type qui permettraient de détecter d'éventuelles offres anormalement basses. En particulier, il est convenu de permettre aux entités adjudicatrices d'étudier de plus près des offres qui pourraient être anormalement basses en recourant à une procédure de justification de prix (A/CN.9/575, par. 76). Le Groupe de travail a conclu qu'il faudrait fournir, dans le Guide pour l'incorporation, des orientations plus détaillées en tenant compte de l'analyse qui figure dans une étude du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.36 et Corr.1).

c) **Résumé des conclusions du Groupe de travail à sa huitième session**

34. À sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005), le Groupe de travail a été saisi de projets de textes (A/CN.9/WG.I/WP.38, 39 et 40 et leurs additifs) en réponse à la demande qu'il avait formulée à sa septième session. Il a prié le secrétariat de réviser ces projets pour nouvel examen à sa neuvième session et de lui fournir de plus amples informations sur la présélection, la sélection et le classement des soumissionnaires dans le contexte des enchères électroniques inversées du Modèle 2 et sur l'utilisation des garanties de soumission dans le cadre des

passations électroniques de marchés, en particulier des enchères électroniques inversées (A/CN.9/590, par. 10, 49, 85 et 100).

i) *Portée et contenu des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation*

35. Le Groupe de travail a décidé d'examiner plus en détail, à un stade ultérieur, si la Loi type devrait être étendue aux étapes de la planification et de l'administration des marchés (A/CN.9/590, par. 13). Il a repoussé l'examen du contenu du Guide pour l'incorporation, en particulier de la question de savoir si ce dernier devrait apporter davantage de précisions sur les questions à traiter dans la réglementation, voire proposer des projets de réglementation (A/CN.9/590, par. 14 et 15).

ii) *Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés (principe de l'“équivalence fonctionnelle”, “critères d'accessibilité”, forme des communications, valeur juridique des documents électroniques, soumission et ouverture électroniques des offres)*

36. Le Groupe de travail a été saisi de propositions de textes sur cette question pour la Loi type et le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add.1). Ses délibérations ont porté sur le principe de l'“équivalence fonctionnelle” entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents (nouvel article 4 *bis*) et sur les “critères d'accessibilité”. En ce qui concerne la première question, le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations sur la base de la variante B du projet d'article 4 *bis*, telle que le secrétariat la réviserait compte tenu des propositions rédactionnelles faites à cette session, en particulier en supprimant la référence aux critères d'accessibilité dans cet article (A/CN.9/590, par. 26). Pour ce qui est de la formulation des “critères d'accessibilité”, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'en établir une version révisée, en se fondant sur la variante proposée à cette session (A/CN.9/590, par. 33).

37. Le Groupe de travail a également: i) prié le secrétariat de réviser les propositions de textes pour l'article 9 de la Loi type (Forme des communications) compte tenu de la relation étroite entre ces dispositions et celles sur l'“équivalence fonctionnelle” et sur les “critères d'accessibilité” (A/CN.9/590, par. 42); ii) conclu que le texte de la Loi type ne devrait pas comporter de définition du terme “électronique” ni des termes apparentés, qui devraient plutôt être expliqués dans le Guide (A/CN.9/590, par. 43); iii) accepté le texte proposé sur la valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/590, par. 44); et iv) fait des propositions pour la révision des projets de dispositions sur l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/590, par. 45), la soumission (A/CN.9/590, par. 47) et l'ouverture électroniques des offres (A/CN.9/590, par. 50).

38. Le Groupe de travail a fait des suggestions de révision du texte proposé pour le Guide (A/CN.9/590, par. 17, 18, 33, 40 à 43 et 45) et décidé de ne pas examiner les parties restantes du Guide avant d'avoir étudié les propositions de textes révisées pour la Loi type (A/CN.9/590, par. 48 et 51).

iii) Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

39. Le Groupe de travail a été saisi d'une étude des pratiques nationales, régionales et internationales en matière de publication d'informations relatives à la passation des marchés non visées par la Loi type, présentée en réponse à la demande qu'il avait formulée à sa septième session (voir par. 27 ci-dessus) (A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1), et a examiné les articles révisés 5 (Accès du public aux informations relatives à la passation des marchés) et 5 *bis* (Publication d'informations sur les possibilités de marché à venir). Il a proposé des modifications à ces articles (A/CN.9/590, par. 57 à 59 et 62). Il a renvoyé l'examen des autres questions découlant de la publication d'informations relatives à la passation des marchés par des moyens électroniques à une session ultérieure (A/CN.9/590, par. 63).

iv) Enchères électroniques inversées

40. Le Groupe de travail a été saisi de propositions de textes sur cette question pour la Loi type et le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1, par. 1 à 20), présentées en réponse à la demande qu'il avait formulée à sa septième session (voir par. 31 ci-dessus). Il a donné des orientations générales pour réviser les dispositions de la Loi type (A/CN.9/590, par. 67, 81 et 102) et fait des propositions rédactionnelles préliminaires pour les nouveaux articles proposés 19 *bis* (Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées) (A/CN.9/590, par. 74, 75 et 79), 47 *bis* (Déroulement de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite) (A/CN.9/590, par. 86) et 47 *ter* (Déroulement de l'enchère électronique inversée pendant la phase d'enchère proprement dite) (A/CN.9/590, par. 88 à 91), ainsi que pour les révisions proposées aux articles 11, 25, 27, 31 et 34 de la Loi type (A/CN.9/590, par. 94, 96, 97, 99 et 101).

41. Le Groupe de travail a décidé qu'il examinerait, entre autres, les questions suivantes à sa neuvième session: i) l'autorisation des enchères électroniques inversées dans la Loi type révisée comme méthode de passation ou comme étape dans d'autres méthodes de passation (A/CN.9/590, par. 65); ii) l'opportunité de faire approuver le recours aux enchères électroniques inversées par une tierce partie (art. 19 *bis* 1) (A/CN.9/590, par. 68); iii) les types de marchés qui se prêtent aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/590, par. 73); iv) les critères d'évaluation adaptés aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/590, par. 78); v) les options à la disposition des entités adjudicatrices si le soumissionnaire retenu ne conclut pas le marché (A/CN.9/590, par. 92); et vi) l'emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées dans la Loi type (A/CN.9/590, par. 103 à 105). Le Groupe de travail a noté qu'il ne pourrait pas terminer ses délibérations sur les dispositions restantes proposées tant que ces questions ne seraient pas résolues (A/CN.9/590, par. 81, 86, 87 et 102).

42. Des propositions rédactionnelles ont été faites pour réviser certaines parties du texte proposé pour le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/590, par. 66, 78, 83, 89, 91, 93, 97 et 100). L'examen des autres parties du texte a été repoussé (A/CN.9/590, par. 86 et 93).

v) *Offres anormalement basses*

43. Le Groupe de travail a été saisi de propositions de textes sur cette question pour la Loi type et le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 21 à 29), présentées en réponse à la demande qu'il avait formulée à sa septième session (voir par. 33 ci-dessus). Il a décidé de partir du principe que des dispositions minimales seraient insérées dans la Loi type, complétées par un commentaire détaillé dans le Guide, concernant en particulier les mesures de protection nécessaires pour éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives (A/CN.9/590, par. 109). Il a donné au secrétariat un certain nombre d'orientations générales pour préparer les dispositions révisées (A/CN.9/590, par. 109) et lui a fait des propositions rédactionnelles précises pour réviser les propositions de modification de l'article 34 (A/CN.9/590, par. 110) et le commentaire sur cet article devant figurer dans le Guide (A/CN.9/590, par. 107, 109 et 111).

d) **Résumé des conclusions du Groupe de travail à sa neuvième session**

44. À sa neuvième session (New York, 24-28 avril 2006), le Groupe de travail a poursuivi l'examen i) de l'utilisation des moyens de communication électroniques dans le processus de passation des marchés, notamment la valeur juridique des marchés conclus électroniquement, l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation, la soumission et l'ouverture électroniques des offres, des propositions et des prix, ii) de la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, et iii) de certains aspects des enchères électroniques inversées. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1, et la partie pertinente du document A/CN.9/WG.I/WP.43). Il a reporté, à sa dixième session, l'examen du reste du document A/CN.9/WG.I/WP.43 et du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, sur les autres aspects des enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses, du document A/CN.9/WG.I/WP.44 sur les accords-cadres et du document A/CN.9/WG.I/WP.45 sur les listes de fournisseurs, ainsi que de leurs additifs.

i) *Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés*

45. Le Groupe de travail a confirmé que, selon lui (voir par. 26 ci-dessus), le choix des moyens de communication et de la forme des communications, que ce soit sur support papier ou électronique, ou les deux, devait être laissé à l'entité adjudicatrice. Il a décidé que le texte de la Loi type devrait expressément autoriser l'entité à choisir plusieurs moyens de communication (A/CN.9/595, par. 59 et 60). Il a approuvé, à titre provisoire, le libellé du projet d'article 5 *bis* énonçant un principe fondamental relatif à l'utilisation des communications dans le processus de passation des marchés et celui de l'article 9 révisé sur la forme des communications, qui serviront de base à ses délibérations à sa dixième session (A/CN.9/595, par. 36, 37, 39, 40 et 44). Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites pour les commentaires du Guide relatif à ces articles (A/CN.9/595, par. 11, 12, 14, 18 à 22, 30, 34, 38, 43 et 61).

46. Le Groupe de travail a approuvé, à titre provisoire, le libellé de l'article 30-5 a), sur la soumission des offres, dont il poursuivra l'examen à sa dixième session (A/CN.9/595, par. 63). Un certain nombre de propositions

réactionnelles ont été faites pour la modification du commentaire sur cette disposition devant figurer dans le Guide (A/CN.9/595, par. 53, 57, 58 et 61).

47. Le Groupe de travail a approuvé, à titre provisoire, les modifications apportées à la dernière partie de l'article 33-4 proposé relatif à l'ouverture électronique des offres (A/CN.9/595, par. 65). Des propositions rédactionnelles ont été faites pour la révision des projets de textes devant être insérés dans le Guide sur la valeur juridique des marchés conclus électroniquement et l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/595, par. 47 à 51).

ii) Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

48. Selon l'avis dominant, l'article 5 devrait conserver sa portée actuelle et tous les ajouts proposés (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 38) devraient apparaître uniquement dans le Guide. Le Groupe de travail a examiné la possibilité de scinder l'article en deux paragraphes: le premier sur les textes juridiques devant être publiés (législation, règlements en matière de passation des marchés et directives d'application générale), dans lequel l'obligation de "tenir systématiquement à jour" ces textes serait conservée; et le second sur les décisions judiciaires et les décisions administratives importantes, dans lequel l'obligation de "tenir systématiquement à jour" ces décisions serait remplacée par celle de les "mettre à jour régulièrement si nécessaire". Toutefois, aucune décision définitive n'a été prise (A/CN.9/595, par. 67, 71, 72 et 74).

49. Il est prévu que le Groupe de travail continue, à sa dixième session, d'examiner s'il est souhaitable d'inclure dans la Loi type des dispositions sur la publication d'informations relatives aux possibilités de marchés à venir, compte tenu de ses délibérations à sa neuvième session. En attendant qu'il prenne une décision sur cette question, il a convenu que le secrétariat modifierait les projets de dispositions en question qui avaient été présentés à sa neuvième session en y incorporant les propositions rédactionnelles faites à cette même session, afin qu'il les examine à sa dixième session (A/CN.9/595, par. 76).

50. Des propositions rédactionnelles ont également été faites pour le projet de texte à insérer dans le Guide relatif à l'article 5 et à la publication des possibilités de marchés à venir (A/CN.9/595, par. 79).

iii) Enchères électroniques inversées

51. Le Groupe de travail a approuvé, à titre provisoire, le libellé du projet d'article 36 *bis* destiné à être inséré à la fin du chapitre III ("Procédure d'appel d'offres") en tant que nouvelle section IV intitulée "Enchères électroniques inversées" (A/CN.9/595, par. 95). Il est convenu que les enchères électroniques inversées constitueraient, pour l'essentiel, un élément de la procédure d'appel d'offres, mais il n'a pas écarté la possibilité qu'elles soient utilisées comme méthode autonome de passation ou comme étape dans le contexte d'accords-cadres à phases multiples. Il est également convenu que le recours aux enchères électroniques inversées ne serait pas subordonné à l'approbation d'un tiers (A/CN.9/595, par. 103). Des propositions rédactionnelles ont été faites pour le libellé du projet d'article 36 *bis* et du commentaire sur cet article devant être inséré dans le Guide (A/CN.9/595, par. 98, 100 à 102 et 104).

52. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de reformuler le projet d'article 47 *bis* qui contient les procédures préalables à la phase d'enchère afin d'y prévoir différents types d'enchères électroniques inversées et la possibilité pour les fournisseurs de se retirer de l'enchère avant sa clôture, à condition de prévoir des garanties suffisantes pour se prémunir contre les fraudes et les abus (A/CN.9/595, par. 108). Il est convenu d'inclure l'exigence d'une concurrence effective à titre de garantie et a proposé un libellé pour cette exigence (A/CN.9/595, par. 110) en demandant que le Guide soit modifié en conséquence (A/CN.9/595, par. 109). Il est convenu d'examiner à sa prochaine session si l'entité adjudicatrice devrait avoir la possibilité, ou l'obligation, d'annuler l'enchère lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est, à tout moment avant la clôture de l'enchère, insuffisant pour permettre, de l'avis de l'entité, une concurrence effective, selon que les fournisseurs devraient ou non être autorisés à se retirer de l'enchère. Il a estimé que le texte du Guide pour l'incorporation devait aborder la question de savoir quand et comment les fournisseurs pourraient se retirer de la procédure d'enchère avant sa clôture (A/CN.9/595, par. 111).

iv) *Portée et contenu des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation*

53. Le Groupe de travail est convenu de continuer à examiner à une session ultérieure la nature du Guide pour l'incorporation ainsi que la portée et le contenu des modifications à apporter à la Loi type et au Guide, en prenant en considération les propositions faites à sa neuvième session, y compris celles sur la question de savoir si la Loi type et/ou le Guide devraient traiter des étapes de la planification et de l'administration des marchés. En ce qui concerne la nature du Guide, il a été convenu qu'il ne serait pas possible de rédiger des projets de réglementation à insérer dans un guide plus général destiné à un public plus vaste que les législateurs car il faudrait pour ce faire être encore plus précis que dans la Loi type et tenir compte de systèmes divergents. On a dit qu'il serait préférable d'employer dans le Guide pour l'incorporation un verbe exprimant la possibilité ("may") plutôt que l'obligation ("will") pour parler des questions législatives générales à aborder par les États adoptants (A/CN.9/595, par. 85 et 86).

2. Documentation de la dixième session

54. Le Groupe de travail sera saisi des notes du secrétariat suivantes, qui pourront lui servir de base pour ses délibérations (il a reporté à sa dixième session son examen de certaines parties des notes mentionnées au point a) et de celles mentionnées aux points b) et c), ci-dessous):

- a) Note sur les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1);
- b) Étude comparative des accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1);
- c) Note concernant les listes de fournisseurs (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1);
- d) Note sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, contenant des propositions de textes (A/CN.9/WG.I/WP.47); et

e) Note sur les enchères électroniques inversées, contenant des propositions de textes (A/CN.9/WG.I/WP.48).

55. En vue de préparer la participation de leurs représentants, les États et les organisations intéressées souhaitent peut-être noter que les documents énumérés aux points a) et b) du paragraphe précédent se fondent sur, et doivent être lus conjointement avec, les documents suivants, dont un nombre limité d'exemplaires sera mis à leur disposition lors de la session:

a) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne (1994);

b) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996);

c) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001);

d) Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (A/CN.9/568);

e) Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa septième session (A/CN.9/575);

f) Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa huitième session (A/CN.9/590);

g) Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa neuvième session (A/CN.9/595);

h) Faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l'utilisation accrue des communications électroniques dans la passation des marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.31);

i) Faits nouveaux dans le domaine de la passation des marchés publics – questions découlant de l'expérience récente en matière d'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.32);

j) 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: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2);

k) 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 (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1);

l) 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 des offres anormalement basses: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.36 et Corr.1);

m) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes

sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add.1);

n) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés: étude des pratiques nationales, régionales et internationales en matière de publication d'informations relatives à la passation des marchés non visées par la Loi type: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1);

o) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics et sur les offres anormalement basses: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1); et

p) Note sur l'utilisation des communications et de la publication électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1).

56. Le Groupe de travail sera également saisi d'une note du secrétariat sur les travaux législatifs des organisations internationales concernant les marchés publics (A/CN.9/598/Add.1).

57. Les documents de la CNUDCI sont affichés sur le site Web de cette dernière (<http://www.uncitral.org>) dès leur parution dans toutes les langues officielles de l'ONU. Les représentants peuvent vérifier si les documents sont disponibles en consultant la page du Groupe de travail à la rubrique "Documents de la Commission et des groupes de travail" du site Web de la CNUDCI.

Point 6. Adoption du rapport

58. Le Groupe de travail souhaitera peut-être adopter, à la fin de sa session, le vendredi 29 septembre 2006, un rapport qu'il présentera à la Commission à sa quarantième session (prévue à New York du 18 juin au 13 juillet 2007). À la 10^e séance, le Président donnera brièvement lecture des principales conclusions auxquelles le Groupe de travail sera parvenu à sa 9^e séance (vendredi matin, 29 septembre) afin qu'il en soit pris note; ces conclusions seront ensuite incorporées dans le rapport.

IV. Déroulement de la session

59. La dixième session du Groupe de travail durera cinq jours ouvrables. Ce dernier disposera de 10 séances d'une demi-journée chacune pour examiner les points de son ordre du jour. Il souhaitera peut-être noter que, conformément aux décisions prises par la Commission à sa trente-quatrième session², il devrait tenir des débats de fond pendant les neuf premières séances (c'est-à-dire du lundi au vendredi matin), le secrétariat établissant un projet de rapport sur toute la période pour adoption à la 10^e et dernière séance (vendredi après-midi).

60. Le Groupe de travail voudra peut-être consacrer ses huit premières séances (du lundi au jeudi) à ses délibérations sur le point 4 de l'ordre du jour et réserver l'avant-dernière (le vendredi matin) à un échange de vues sur d'autres questions

relatives à la passation de marchés qui mériteraient éventuellement d'être examinées par lui en temps voulu (point 5 de l'ordre du jour).

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/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html).

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 381. Ce rapport est disponible sur le site Web de la CNUDCI sous la rubrique de gauche "Documents de la Commission et des groupes de travail", puis "Sessions de la Commission" et enfin "trente-quatrième session, 25 juin-13 juillet 2001, Vienne".