



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

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

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	2
II. Projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics	3-28	2
A. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées	3-17	2
1. Projet de texte proposé la Loi type révisée	3-10	2
2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation	11-17	4
B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite	18-27	6
C. Procédures pendant la phase d'enchère proprement dite et autres modifications à apporter au texte de la Loi type et du Guide pour l'incorporation pour permettre la conduite d'enchères électroniques inversées	28	8



I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 53 du document A/CN.9/WG.I/WP.46, dont celui-ci sera saisi à sa dixième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des communications électroniques et des technologies de l'information dans la passation des marchés publics.

2. Cette utilisation, y compris le recours aux enchères électroniques inversées, faisait partie des thèmes abordés par le Groupe de travail de sa sixième à sa neuvième session¹. À cette dernière session, il a examiné les projets de textes sur ce thème, puis a prié le secrétariat de les réviser². La présente note, établie conformément à cette demande, contient les projets de textes tels qu'ils ont été modifiés pour tenir compte de ses délibérations à cette session.

II. Projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics

A. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

3. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations en se fondant sur le projet d'article ci-après, destiné à être inséré dans la Loi type³:

"Article [36 bis]. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à une enchère électronique inversée conformément [à l'] [aux] article[s], dans les circonstances suivantes:

a) Lorsqu'il est possible de formuler des spécifications détaillées et précises pour les biens, les travaux ou les services;

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

c) Lorsque le marché porte sur:

i) Des biens d'usage courant [, qui sont généralement disponibles sur le marché]; ou

ii) Des travaux ou des services d'usage courant, [qui sont généralement disponibles sur le marché et] à condition qu'ils soient de nature simple; et

[d) Lorsque le prix est le seul critère à utiliser pour déterminer l'offre à retenir;

ou

d) Lorsque le prix et [uniquement d'/tous] autres critères pouvant être exprimés en chiffres ou convertis en unités monétaires et faire l'objet [d'une évaluation automatique/d'une évaluation par des procédés automatiques] doivent être utilisés pour déterminer l'offre à retenir.]"

Commentaire – objet et emplacement des dispositions

4. Les dispositions ci-dessus ont pour objet d'établir le cadre juridique essentiel au fonctionnement des enchères électroniques inversées en tenant compte à la fois des principes généraux de la passation des marchés et des principes propres au fonctionnement de ces enchères. Cependant, le Groupe de travail a aussi noté qu'en raison de la nouveauté relative de ce type d'enchères, le texte devrait être rédigé en termes aussi généraux que possible pour tenir compte de l'évolution de cette pratique⁴. Il est convenu que les dispositions de l'article 36 *bis* proposé devraient être considérées comme formant un tout, de manière à préserver l'effet de toutes les garanties qu'il prévoit⁵.

5. En ce qui concerne l'emplacement de l'article, le Groupe de travail a provisoirement décidé de l'insérer dans le chapitre III de la Loi type ("Procédure d'appel d'offres") en tant que nouvelle section IV intitulée "Enchères électroniques inversées" sans pour autant écarter la possibilité que ces enchères soient utilisées comme une méthode autonome de passation ou comme une étape dans le contexte d'accords-cadres à phases multiples⁶. Le chapitre III traitant des procédures à suivre pour l'appel d'offres, mais non des conditions d'utilisation de types particuliers d'appels d'offres (comme l'appel d'offres en deux étapes), le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si un autre emplacement pour les dispositions réglementant les enchères électroniques inversées serait plus adapté à la structure de la Loi type actuelle. Dans le cas de l'appel d'offres en deux étapes, par exemple, les conditions d'utilisation sont énoncées à l'article 19 de la Loi type (qui se trouve au chapitre II) et les procédures à suivre à l'article 46 (qui figure au chapitre V). Par ailleurs, le Groupe de travail se souviendra peut-être que le premier paragraphe de l'article 46 indique ce qui suit: "Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions". Si une formule semblable était adoptée pour les enchères électroniques inversées, l'article ci-dessus serait inséré dans le chapitre II et les dispositions procédurales examinées dans la section II-C et D du document A/CN.9/WG.I/WP.43 seraient insérées au chapitre V.

6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi considérer que cette solution pourrait faciliter le recours aux enchères électroniques inversées en tant que méthode autonome de passation (semblable à la procédure de sollicitation de prix, avec laquelle elles pourraient aussi être combinées lorsqu'une procédure pleinement ouverte n'est pas exigée) ou en tant qu'étape dans le contexte d'accords-cadres à phases multiples.

7. D'un autre côté, et eu égard au souci de cohérence dans la Loi type, le Groupe de travail peut aussi décider d'insérer, dans le chapitre III, les parties des chapitres II et V qui traitent des formes d'appel d'offres, y compris les enchères électroniques inversées.

Commentaire – le texte

8. S'agissant de l'alinéa a) du texte proposé, le Groupe de travail a noté qu'il risque d'être redondant compte tenu de l'article 27 d) de la Loi type⁷ et est convenu d'examiner plus avant la question de son inclusion. À cet égard, il pourrait considérer que l'obligation de fournir des "spécifications détaillées et précises" compte parmi les critères absolus qui déterminent si une enchère électronique inversée est une méthode de passation appropriée dans un cas donné et, de ce fait, que cet alinéa devrait être inclus dans l'article, même s'il n'est pas strictement nécessaire.

9. En ce qui concerne la deuxième variante de l'alinéa d), le Groupe de travail est convenu de réexaminer si le texte de la Loi type devrait admettre la prise en compte de critères autres que le prix dans les enchères ou si seul le Guide pour l'incorporation devrait faire référence à ces critères⁸. À cet égard, il voudra peut-être examiner si le Guide pourrait proposer des variantes pour le libellé de la Loi type au lieu de donner des indications détaillées sur l'application de ses dispositions.

10. Pour ce qui est de la formulation précise de certains éléments du texte, les questions ci-après demeurent en suspens, à savoir⁹:

a) Si les mots "généralement disponibles sur le marché" devraient être conservés à l'alinéa c);

b) S'il faudrait insérer les mots "uniquement d)" ou "tous" avant les mots "autres critères" dans la deuxième variante de l'alinéa d); et

c) Également dans la deuxième variante de l'alinéa d), s'il faudrait modifier les mots "évaluation automatique", par exemple en les remplaçant par les mots "évaluation par des procédés automatiques".

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation

11. Le Groupe de travail a noté que les considérations ci-après sont essentielles pour l'utilisation efficace des enchères électroniques inversées et devraient faire l'objet d'un commentaire détaillé dans le Guide pour l'incorporation:

a) Des spécifications claires doivent être formulées et portées à la connaissance des fournisseurs dès le début de la passation du marché¹⁰;

b) Les enchères électroniques inversées conviennent pour l'acquisition de biens et de services d'usage courant¹¹;

c) Il est important qu'un nombre suffisant de fournisseurs participent à l'enchère pour assurer la concurrence¹²;

d) L'anonymat des soumissionnaires doit être préservé (également dans le contexte plus général de la concurrence et de la loyauté commerciale)¹³;

e) Les achats groupés doivent être encouragés pour amortir les coûts¹⁴;

f) Il est absolument nécessaire que puissent être pris en compte dans l'enchère le prix et, éventuellement, quelques autres critères seulement qui remplissent les conditions de la deuxième variante de l'alinéa d) de l'article 36 *bis* proposé (tels que les délais de livraison et les considérations techniques) de façon à

éviter l'introduction d'éléments subjectifs dans la quantification de ces critères et à prévenir le risque d'abus¹⁵;

g) Le choix d'un vainqueur doit se faire après une phase unique et finale d'enchères, également de façon à prévenir tout abus¹⁶;

h) Le prix de l'offre qui l'a emporté doit figurer sur le contrat, même dans le cas d'un accord-cadre¹⁷; et

i) Le moment de l'ouverture et les critères de clôture des enchères doivent être clairement spécifiés à l'avance¹⁸.

12. En outre, le Groupe de travail a exprimé l'avis que le Guide devrait expliquer que les travaux et les services ne rempliraient pas normalement les conditions prévues pour l'utilisation des enchères électroniques inversées, sauf s'ils sont très simples¹⁹. Il est également convenu que le paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.43, notamment le passage relatif aux produits courants (carburant, matériel informatique standard, fournitures de bureau et produits de construction de base), et aux articles dont les coûts après acquisition sont limités voire nuls et pour lesquels aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli, devrait être maintenu en tant que texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 *bis* proposé.

13. Le Groupe de travail est convenu que, bien que l'article proposé envisage dans la deuxième variante de l'alinéa d) l'utilisation de critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées, le Guide devrait signaler les dangers potentiels de l'application de ces critères²⁰. À cet égard, il pourrait considérer que le Guide devrait encourager les États adoptants qui n'ont pas encore utilisé la technique des enchères électroniques inversées à l'introduire par étapes: à savoir en autorisant, dans un premier temps, la soumission aux enchères du prix uniquement et, par la suite, l'utilisation d'autres critères à mesure qu'ils accumuleront de l'expérience en la matière et que les pratiques évolueront.

14. Le Guide précisera aussi que l'adjectif "qualifiés" employé à l'alinéa b) ne signifie pas que les enchères électroniques inversées comporteront nécessairement une phase de présélection²¹.

15. Le Groupe de travail a proposé en outre que le Guide note l'utilité d'une terminologie commune relative aux marchés pour désigner les biens, les travaux ou les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché. L'établissement de listes des biens, travaux ou services ne se prêtant pas aux enchères électroniques inversées ou d'une liste des caractéristiques que les biens, travaux ou services devraient présenter pour pouvoir faire l'objet de telles enchères (plutôt qu'une liste indiquant expressément les biens, travaux ou services susceptibles d'être acquis par cette procédure qu'il serait difficile de tenir à jour) pourrait également être examiné dans le Guide²².

16. Le Groupe de travail a noté également que la fixation du prix le plus bas en dessous duquel les soumissions ne seraient pas acceptées pourrait être un moyen important de garantir la bonne gestion des enchères électroniques inversées et de se prémunir contre les offres anormalement basses²³.

17. Un projet de texte à insérer dans le Guide tenant compte de ces points et des décisions sur les questions en suspens sera soumis au Groupe de travail pour qu'il l'examine à une prochaine session.

B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite

18. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de reformuler l'article 47 *bis* proposé²⁴ pour offrir suffisamment de souplesse concernant les 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 abus²⁵. Le projet d'article révisé soumis à l'examen du Groupe de travail est libellé comme suit:

“Article [47 *bis*]. Conduite de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite

1. [Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.]

2. L'invitation à soumettre une offre indique si les fournisseurs ou les entrepreneurs sont tenus de présenter, avant l'enchère, des offres initiales qui soient complètes à tous égards.

3. Si la soumission d'offres initiales est requise, l'entité adjudicatrice procède à un examen initial des offres pour déterminer si elles sont conformes selon le paragraphe 3 de l'article 34, [des qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs] [et pour évaluer, conformément aux critères d'attribution fixés, tous les éléments des offres qui ne seront pas présentés à l'enchère].

4. L'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont les offres ont été rejetées en application du paragraphe 3.

5. L'invitation indique aux fournisseurs et aux entrepreneurs les modalités et les délais d'inscription pour participer à l'enchère.

6. L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si, à tout moment avant la clôture de l'enchère, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective, elle [peut annuler/annule] l'enchère électronique inversée.

7. L'invitation à participer à l'enchère contient, à moins qu'elles n'aient déjà été communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, toutes les informations nécessaires pour permettre à ceux-ci de participer à l'enchère.”

Commentaire

19. Le Groupe de travail a noté qu'il y a deux manières de conduire des enchères électroniques inversées: soit en menant une procédure d'appel d'offres ordinaire,

dans laquelle seraient évaluées la conformité des offres initiales et les qualifications des fournisseurs, avec toutes les garanties qu'offre le système de l'enveloppe scellée, puis en invitant tous les fournisseurs qualifiés ayant soumis une offre conforme à participer à l'enchère, qui déterminerait le vainqueur; soit en ne procédant à aucune évaluation préalable et en ne vérifiant la conformité des offres ou les qualifications des fournisseurs qu'une fois l'enchère close²⁶.

20. Le Groupe de travail a demandé que le texte soit rédigé en termes suffisamment généraux pour permettre les deux types d'enchères, à condition de prévoir des garanties suffisantes pour se prémunir contre les fraudes et les abus²⁷. Le projet de texte ci-dessus répond à cette demande. Les paragraphes du projet de texte ont été renumérotés de façon à prévoir une procédure pour l'un ou l'autre système, avec une étape supplémentaire dans le nouveau paragraphe 3 pour le cas où des offres initiales seraient exigées.

21. Le paragraphe 1 sera superflu si le texte est inséré avec le projet d'article 36 *bis* ci-dessus dans le chapitre III de la Loi type, comme il a été proposé à la neuvième session du Groupe de travail²⁸.

22. Le paragraphe 2 du projet de texte montre clairement que l'un ou l'autre système peut être utilisé pour mener des enchères électroniques inversées, avec la garantie que le système retenu sera indiqué dès le départ. L'alinéa a) de l'article 27 de la Loi type actuelle, selon lequel le dossier de sollicitation doit comporter des instructions pour l'établissement des offres, obligera donc l'entité adjudicatrice à fournir les détails nécessaires en l'espèce. Des orientations appropriées sur cet aspect seraient fournies dans le texte destiné au Guide pour l'incorporation.

23. Les mots "des qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs" peuvent être ajoutés au paragraphe 3 du projet de texte si le Groupe de travail estime qu'il faudrait insister sur le fait que les qualifications des fournisseurs devraient être examinées avant l'envoi des invitations à participer à l'enchère, si le second système est utilisé, de sorte qu'il y ait un nombre suffisant de participants qualifiés.

24. Compte tenu de l'alinéa d) de l'article 36 *bis* proposé qui n'envisage pas le cas d'enchères électroniques inversées où tous les éléments des offres ne sont pas présentés et évalués lors de l'enchère, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les mots "[et pour évaluer, conformément aux critères d'attribution fixés, tous les éléments des offres qui ne seront pas présentés à l'enchère]" devraient être conservés pour permettre le classement des offres dans des enchères plus complexes où sont pris en compte des critères autres que le prix. Une autre possibilité serait que le Guide pour l'incorporation donne des indications appropriées sur les raisons pour lesquelles ce type d'enchères ne devrait pas être envisagé.

25. Le Groupe de travail a exprimé la crainte que le fait de permettre aux fournisseurs de se retirer de l'enchère ne nuise à l'efficacité de cette technique (et ne lui fasse perdre tout intérêt économique). Le retrait des fournisseurs pourrait compromettre la concurrence. Les modifications apportées à l'ancien alinéa d) de l'article 3 de l'article 47 *bis* proposé (à présent paragraphe 6 ci-dessus) tiennent compte de la réflexion du Groupe de travail sur cette question à sa neuvième session. Ce dernier a reporté à une prochaine session son examen de la question de savoir si une entité adjudicatrice devrait être obligée ou autorisée à annuler l'enchère si la concurrence est insuffisante et celle de savoir quand et comment les

fournisseurs pourraient se retirer de la procédure avant sa clôture, point sur lequel des orientations seront fournies dans le texte destiné au Guide pour l'incorporation²⁹.

26. Le paragraphe 7 de l'article serait complété par un commentaire dans le Guide en ce qui concerne les informations requises (par exemple, celles énumérées aux sous-alinéas ii) à v) et vii) à xii) de l'alinéa e) du paragraphe 4, après le paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.40).

27. Le Groupe de travail a aussi demandé que le Guide explique que les dispositions de la Loi type visent à offrir suffisamment de souplesse pour permettre aux enchères électroniques inversées de se dérouler de l'une ou l'autre des deux manières décrites ci-dessus, en fonction de la situation dans le pays concerné, et traite en outre des garanties qui devraient être mises en place pour que chaque système puisse fonctionner conformément aux objectifs et aux procédures principales de la Loi type, y compris de toute différence entre les procédures utilisées pour les enchères électroniques inversées et ces procédures principales³⁰. Un projet de texte tenant compte de ces points et des décisions sur les questions en suspens sera soumis au Groupe de travail pour qu'il l'examine à une prochaine session.

C. Procédures pendant la phase d'enchère proprement dite et autres modifications à apporter au texte de la Loi type et du Guide pour l'incorporation pour permettre la conduite d'enchères électroniques inversées

28. Le Groupe de travail a reporté à une session ultérieure son examen des questions abordées dans la section II D à G du document A/CN.9/WG.I/WP.43 et dans le document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

Notes

¹ Voir A/CN.9/WG.I/WP.35, A/CN.9/WG.I/WP.40, A/CN.9/WG.I/WP.43 et leurs additifs. Pour d'autres sujets connexes, voir A/CN.9/WG.I/WP.47.

² A/CN.9/595, par. 87 à 111.

³ A/CN.9/595, par. 95. Des modifications mineures ont également été apportées au projet de texte dont le Groupe de travail était saisi à sa neuvième session pour assurer la cohérence avec le style de la Loi type.

⁴ A/CN.9/595, par. 89.

⁵ A/CN.9/595, par. 96.

⁶ A/CN.9/595, par. 95 et 103.

⁷ Voir également A/CN.9/595, par. 99. L'article 27 d) exige que le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants relatifs aux spécifications: "La nature, et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter, conformément à l'article 16, les biens, les travaux ou les services requis, y compris, mais non pas exclusivement, les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; tous services accessoires à exécuter; le lieu où les travaux doivent être effectués ou celui où les services doivent être fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services."

- ⁸ A/CN.9/595, par. 99.
- ⁹ A/CN.9/595, par. 98.
- ¹⁰ A/CN.9/595, par. 89.
- ¹¹ A/CN.9/595, par. 102 et 103.
- ¹² A/CN.9/595, par. 101.
- ¹³ A/CN.9/595, par. 89 et 101.
- ¹⁴ A/CN.9/595, par. 90.
- ¹⁵ A/CN.9/595, par. 101.
- ¹⁶ A/CN.9/595, par. 101.
- ¹⁷ A/CN.9/595, par. 101.
- ¹⁸ A/CN.9/595, par. 101.
- ¹⁹ A/CN.9/595, par. 100.
- ²⁰ A/CN.9/595, par. 100.
- ²¹ A/CN.9/595, par. 100.
- ²² A/CN.9/595, par. 102.
- ²³ A/CN.9/595, par. 91.
- ²⁴ Voir A/CN.9/WG.I/WP.43, texte qui suit le paragraphe 39.
- ²⁵ A/CN.9/595, par. 108.
- ²⁶ A/CN.9/595, par. 106 et 107.
- ²⁷ A/CN.9/595, par. 108.
- ²⁸ A/CN.9/595, par. 95.
- ²⁹ A/CN.9/595, par. 111.
- ³⁰ A/CN.9/595, par. 109.
-