



Assemblée générale

Distr. générale
21 avril 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-8 juillet 2011

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

Note du Secrétariat

Additif

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions du chapitre III (Appel d'offres ouvert) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.



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

...

Deuxième partie. Commentaire par article

...

CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT

À quelques exceptions près, les dispositions de la Loi type relatives à l'appel d'offres ouvert s'appliquent à l'appel d'offres en deux étapes et à l'appel d'offres restreint. Les orientations fournies dans le présent chapitre s'appliquent donc, le cas échéant, à ces méthodes de passation des marchés.

Article 35. Procédures de sollicitation des offres

L'article 35 renvoie aux dispositions de l'article 32, qui régissent la sollicitation dans l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres en deux étapes et l'enchère électronique inversée utilisée comme méthode autonome de passation. Il dispose que la règle par défaut est la sollicitation ouverte internationale. Comme l'expliquent les orientations se rapportant à cet article, les exceptions mentionnées à l'article 32-4 visent à tenir compte des passations de marchés nationaux et de faible valeur.

Article 36. Teneur de l'invitation à soumettre une offre

Afin de promouvoir l'efficacité et la transparence, l'article 36 prévoit que les invitations à soumettre une offre doivent contenir tous les renseignements dont les fournisseurs ou entrepreneurs ont besoin pour déterminer si l'objet du marché est d'un type qu'ils peuvent fournir et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer à la procédure d'appel d'offres. Les informations exigées constituent le minimum requis, de sorte que l'entité adjudicatrice peut y ajouter d'autres renseignements si elle le juge approprié. Elle peut décider de ne pas préciser la monnaie de paiement ni la ou les langues du dossier de sollicitation en cas de passation d'un marché national, si elle estime qu'il n'y a pas lieu de le faire. L'indication de la ou des langues peut toutefois demeurer importante dans certains pays multilingues.

Article 37. Communication du dossier de sollicitation

1. Le dossier de sollicitation vise à fournir aux fournisseurs ou entrepreneurs les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs offres et à les informer des

règles et procédures qui régiront la procédure d'appel d'offres ouvert. L'article 37 a été inclus afin que tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant exprimé le désir de participer à la procédure et se conformant aux règles fixées par l'entité adjudicatrice reçoivent le dossier de sollicitation. Ces règles doivent être énoncées dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 36 et peuvent notamment porter sur des questions telles que les modalités et le lieu d'obtention du dossier de sollicitation, le prix demandé pour celui-ci, les modalités et la monnaie de paiement, mais aussi sur une question plus fondamentale telle que celle soulevée à l'alinéa d) de l'article 36, selon lequel la participation à la procédure de passation peut être limitée conformément à l'article 8 (la conséquence étant que les fournisseurs ou entrepreneurs non autorisés à participer à la procédure ne pourront obtenir le dossier de sollicitation).

2. La disposition concernant le prix à demander pour le dossier de sollicitation vise à permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer par exemple les frais d'impression et de distribution du dossier, tout en l'empêchant de demander un prix excessif qui dissuaderait des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés de participer à la procédure d'appel d'offres ouvert. Elle ne permet pas à l'entité adjudicatrice de recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité). Le prix demandé devrait se limiter au coût réel de la mise à disposition du dossier.

Article 38. Teneur du dossier de sollicitation

1. L'article 38 énumère les renseignements que doit contenir au minimum le dossier de sollicitation. Ces renseignements permettent aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des offres répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et d'assurer que celle-ci peut comparer les offres de manière objective et équitable. De nombreux éléments énumérés à l'article 38 sont régis ou traités par d'autres dispositions de la Loi type, notamment l'article 9 sur les qualifications, l'article 10 sur la description de l'objet du marché et les conditions du marché (ou de l'accord-cadre) et l'article 11 sur les critères d'évaluation. Il est bon que l'article énumère les renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation, y compris ceux dont l'inclusion est expressément prévue dans d'autres dispositions de la Loi type, car cela permet aux entités adjudicatrices de s'en servir comme "liste de contrôle" lors de l'établissement du dossier. L'entité adjudicatrice doit toutefois déterminer au cas par cas si tous ces renseignements sont nécessaires: certains renseignements (notamment ceux visés aux alinéas i), j) et s)) peuvent être inutiles en cas de passation d'un marché national ou, en ce qui concerne l'alinéa g), lorsque la présentation d'offres partielles n'est pas autorisée.

2. La première catégorie de renseignements énumérés à l'article 38 concerne l'objet et les conditions du marché (al. b) à f) et w)). Ces dispositions visent à fournir à tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels suffisamment de renseignements sur les exigences de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne les fournisseurs ou entrepreneurs, l'objet du marché, les conditions de livraison et d'autres conditions du marché (ou de l'accord-cadre). Ces renseignements sont essentiels pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer s'ils ont les qualifications, compétences et capacités requises pour exécuter le marché en question. Même si la quantité exacte des biens à livrer doit généralement être

précisée en vertu de l'alinéa d), lorsqu'une procédure d'appel d'offre est utilisée pour attribuer un accord-cadre, l'entité adjudicatrice ne pourra indiquer au début de la passation qu'une quantité estimative et sera autorisée à le faire conformément aux dispositions du chapitre VII de la Loi type (pour des indications supplémentaires, voir par. ... ci-après). Le "document contractuel" mentionné à l'alinéa e) est lié aux formalités visées à l'alinéa w) du présent article: alors qu'en vertu de l'alinéa w), l'entité adjudicatrice peut préciser qu'un marché doit être conclu par écrit, elle sera tenue en vertu de l'alinéa e) de préciser également, le cas échéant, si un contrat standard doit être signé (celui-ci pouvant lui-même préciser par exemple des conditions de livraison, une période de garanti et un calendrier de paiement standard).

3. La deuxième catégorie de renseignements concerne les instructions à suivre pour établir et soumettre les offres (al. a), g) à p) et u), tels que le mode, le lieu et la date limite de présentation des offres). Ces dispositions visent à réduire le risque que des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés soient désavantagés ou que leurs offres soient rejetées par manque de clarté sur la manière d'établir les offres. Comme pour les renseignements de même type visés à l'article 36, l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas préciser la monnaie de paiement ni la ou les langues du dossier de sollicitation en cas de passation d'un marché national si elle estime qu'il n'y a pas lieu de le faire. L'indication de la ou des langues peut toutefois demeurer importante dans certains pays multilingues.

4. La Loi type admet que lorsque le marché peut être scindé en deux éléments distincts ou plus (par exemple, l'acquisition de différents types de matériel de laboratoire, l'acquisition d'une centrale hydroélectrique consistant en la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur), l'entité adjudicatrice voudra peut-être autoriser les fournisseurs ou entrepreneurs à soumettre des offres pour l'ensemble du marché ou pour une ou plusieurs parties de celui-ci. Elle pourra ainsi maximiser l'économie en s'adressant soit à un fournisseur ou entrepreneur unique, soit à plusieurs, selon que l'une ou l'autre solution s'avère plus rentable. En autorisant les offres partielles, on favorise également la participation de petites et moyennes entreprises qui ne seraient pas à même de soumettre une offre d'ensemble. L'article 38 g) vise donc à permettre les offres partielles et à rendre la phase d'évaluation des offres aussi objective, transparente et efficace que possible, car l'entité adjudicatrice ne devrait pas être autorisée à diviser l'ensemble du marché en marchés distincts comme bon lui semble après la soumission des offres.

5. D'autres renseignements visés à l'article 38 (al. b), c) et q) à s)) portent en particulier sur la manière dont les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs seront évaluées et dont les offres seront examinées et évaluées, ainsi que sur les critères applicables; ces renseignements sont nécessaires pour assurer la transparence et l'équité de la procédure d'appel d'offres. Il convient toutefois d'évaluer la pertinence des renseignements visés à l'alinéa s) en cas de passation d'un marché national.

6. Les renseignements visés aux alinéas t) et v) reflètent le principe général de transparence qui sous-tend la Loi type: ils informent les fournisseurs et entrepreneurs du cadre juridique général s'appliquant à la passation de marchés publics dans l'État adoptant en général et les règles particulières qui peuvent s'appliquer à la procédure de passation en question (par exemple, si des informations classifiées sont en jeu); ils les informent également des possibilités de

former un recours ou un appel contre les décisions ou mesures prises par l'entité adjudicatrice, leur indiquant notamment si des délais particuliers (délai d'attente) seront fixés pour leur permettre de contester les décisions et mesures prises par l'entité adjudicatrice concernant l'examen et l'évaluation des offres avant l'entrée en vigueur du marché. L'endroit où les lois et règlements applicables peuvent être consultés, dont il est question à l'alinéa t), renvoie non pas à un lieu physique mais à la publication officielle ou au portail où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont rendus accessibles au public et systématiquement actualisés (voir les indications concernant l'article 5 de la Loi type, par. ... ci-dessus).

7. L'article n'énumère que les renseignements qui doivent être fournis au minimum. L'entité adjudicatrice peut décider d'en ajouter d'autres, par exemple sur la manière dont les erreurs arithmétiques visées à l'article 42-1 seraient corrigées si nécessaire¹.

8. L'ensemble des éléments énumérés à l'article 38, complétés par ceux énumérés à l'article 36 (teneur de l'invitation à soumettre une offre), constituent des conditions de la sollicitation. Tous peuvent être contestés par les fournisseurs et entrepreneurs en vertu du chapitre VIII de la Loi type avant l'expiration du délai de présentation des soumissions.

SECTION II. PRÉSENTATION DES OFFRES

Article 39. Présentation des offres

1. Le paragraphe 1 assure un traitement équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs en exigeant que le mode, le lieu et le délai de soumission des offres soient spécifiés dans le dossier de sollicitation (en vertu de l'article 2, le dossier de sollicitation tient compte des modifications qui y sont apportées). Cette exigence est précisée à l'article 14, qui définit les règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions. Des garanties particulières sont prévues dans cet article ainsi qu'à l'article 15-3 pour tenir compte des cas où des modifications sont apportées aux renseignements initialement publiés sur la procédure de passation. Si ces modifications rendent les renseignements initiaux substantiellement inexacts, les informations modifiées doivent être publiées de la même manière et au même endroit que les informations originales. Conformément à l'article 14-5, toute prolongation de délai doit également être notifiée à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation. (Pour les indications concernant les dispositions pertinentes des articles 14 et 15, voir par. ... ci-dessus.)

¹ À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a été prié d'examiner (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3, note de bas de page 49) si l'article devrait exiger que le dossier de sollicitation précise la manière dont les erreurs arithmétiques seraient corrigées. L'attention a été appelée à cet égard sur la discussion pertinente et la question soulevée à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 151). Le Groupe de travail n'a pas examiné la question. Des orientations supplémentaires sur ce point devraient peut-être être fournies ici ainsi que dans le commentaire sur les dispositions pertinentes de l'article 42.

2. Le paragraphe 2 contient des exigences précises concernant la forme et les modalités de présentation des offres qui complètent les conditions générales de forme et de moyens de communication énoncées à l'article 7 (voir les orientations sur l'article 7 aux paragraphes ... du présent Guide). L'article prévoit que les offres doivent être présentées par écrit et signées et que leur authenticité, leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité doivent être préservées. L'exigence de l'écrit vise à assurer la conformité avec la condition de forme énoncée à l'article 7-1 (les offres doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement). L'exigence de la signature vise à assurer que les fournisseurs ou entrepreneurs présentant une offre s'identifient et confirment qu'ils approuvent la teneur de leur offre avec suffisamment de crédibilité. L'exigence d'"authenticité" vise à donner le niveau approprié d'assurance qu'une offre présentée par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice est définitive et fait foi, qu'elle ne peut être annulée et qu'elle permet de remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a soumise. Avec les exigences de l'écrit et de la signature, elle vise donc à assurer qu'il y aura des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention des fournisseurs ou entrepreneurs présentant les offres d'être liés par les informations qui y figurent. En outre, ces preuves seraient conservées à des fins d'enregistrement, de contrôle et d'audit. Les exigences de "sécurité", d'"intégrité" et de "confidentialité" des offres visent à assurer que les informations figurant dans les offres présentées ne pourront être modifiées, complétées ou manipulées ("sécurité" et "intégrité"), qu'on ne pourra y accéder avant le moment prévu pour l'ouverture publique et qu'ensuite seules les personnes autorisées pourront y accéder, uniquement aux fins prescrites et conformément aux règles ("confidentialité").

3. Dans un environnement papier, toutes les exigences décrites au paragraphe précédent du présent Guide sont respectées par les fournisseurs ou entrepreneurs, qui présentent à l'entité adjudicatrice, dans une enveloppe scellée, des offres, partielles ou non, présumées dûment signées et authentifiées (sous peine d'être rejetées à l'ouverture si tel n'est pas le cas), et par l'entité adjudicatrice, qui garde les enveloppes scellées jusqu'au moment de leur ouverture publique. Dans un environnement sans papier, ces mêmes exigences peuvent être satisfaites par différentes normes et méthodes pour autant que celles-ci donnent au moins le même degré d'assurance que les offres présentées sont effectivement écrites, signées et authentifiées et que leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité sont préservées. Les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres règlements appropriés devraient établir des règles claires concernant les conditions pertinentes et, si nécessaire, des équivalents fonctionnels pour l'environnement sans papier. Il faut se garder de lier les obligations juridiques à un stade donné de développement technique. Le système doit au moins garantir que nul ne puisse avoir accès à la teneur des offres entre leur réception par l'entité adjudicatrice et le moment fixé pour leur ouverture officielle. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées, clairement identifiées auprès de lui, auront le droit d'ouvrir les offres au moment de l'ouverture officielle et auront accès à leur contenu aux stades ultérieurs de la procédure de passation. Le système doit également être configuré de manière à permettre la traçabilité de toutes les opérations concernant les offres présentées, notamment l'heure et la date exactes de leur réception, la vérification de l'identité des personnes qui y ont eu accès et du moment où elles y ont eu accès, et si les offres, censées être inaccessibles, ont été compromises ou

altérées. Des mesures appropriées devraient permettre d'assurer que les offres ne seront pas supprimées, endommagées ni altérées par d'autres moyens non autorisés lors de leur ouverture et de leur utilisation ultérieure. Les normes et méthodes utilisées devraient être à la mesure du risque. Un niveau élevé d'authentification et de sécurité peut être obtenu au moyen de divers logiciels commerciaux disponibles à tout moment mais ne convenant pas dans le cas d'un marché de faible valeur à faible risque. Le choix doit donc se faire sur la base d'une analyse coûts-avantages. Il faut en outre se garder d'imposer des mesures de sécurité plus strictes que dans un environnement papier, car celles-ci pourraient décourager les fournisseurs ou entrepreneurs de participer à la passation. Ces questions ainsi que d'autres devront être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres règlements appropriés. (Pour l'examen général des questions découlant de l'utilisation de la passation de marchés en ligne, voir la première partie du Guide, par.)

4. Aux termes du paragraphe 2 b), l'entité adjudicatrice doit délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure de réception de leur offre. Dans un environnement papier, elle le fait généralement au moyen d'une confirmation écrite que l'offre a été reçue, avec un timbre indiquant le jour, l'heure et le lieu de réception. Dans un environnement sans papier, cette opération devrait se faire automatiquement. Dans les situations où le système de réception des offres ne permet pas d'établir avec précision le moment de la réception, l'entité adjudicatrice peut avoir besoin d'une certaine latitude pour fixer le degré de précision avec lequel le moment de la réception des offres présentées serait enregistré. Toutefois, cette marge de manœuvre doit être réglementée par référence aux normes juridiques applicables au commerce électronique pour éviter les abus et assurer l'objectivité. Quelle que soit la méthode utilisée pour consigner la date et l'heure dans une passation donnée, elle doit être précisée dans le dossier de sollicitation dès le début de la procédure. Moyennant ces garanties, la certification de la réception par l'entité adjudicatrice devrait être irréfutable. Si la présentation d'une offre échoue, en particulier à cause des mesures de protection prises par l'entité adjudicatrice pour empêcher que le système ne soit endommagé par suite de la réception d'une offre, on considérera qu'aucune soumission n'a été faite, en application de la règle générale selon laquelle la présentation des offres se fait au risque des fournisseurs et entrepreneurs. Les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres ne peuvent être reçues par le système de l'entité adjudicatrice devraient en être immédiatement informés pour pouvoir, si possible, soumettre à nouveau leurs offres avant l'expiration du délai de soumission. Aucune nouvelle soumission ne devrait être permise après l'expiration du délai.

5. Le paragraphe 2 c) soulève les questions examinées plus haut concernant la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres présentées. À la différence du sous-alinéa ii) de l'alinéa a) de cet article, il ne contient pas d'exigence quant à l'authenticité des offres (la question ne se pose qu'au stade de la soumission des offres). On présume que, dès réception d'une offre par l'entité adjudicatrice à la date et à l'heure enregistrées conformément au paragraphe 2 b) de cet article, l'exigence d'authenticité a déjà été assurée de manière satisfaisante.

6. Il est admis que des défaillances inévitables des systèmes automatisés peuvent empêcher les fournisseurs ou les entrepreneurs de soumettre leur offre avant la date limite. La Loi type laisse aux règlements en matière de passation de marchés ou à

d'autres règlements appropriés le soin de traiter cette question. L'article 14-4 dispose que l'entité adjudicatrice peut à son gré, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent soumettre leur offre dans les temps. En pareil cas, elle doit notifier promptement tout report de la date limite à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel elle a adressé le dossier de sollicitation (voir art. 14-5 de la Loi type). Par conséquent, lorsqu'une défaillance se produit, l'entité adjudicatrice doit déterminer si le système peut être rétabli suffisamment vite pour que la passation se poursuive et, dans l'affirmative, s'il faut reporter la date limite de présentation des offres. Toutefois, si elle établit qu'une défaillance du système l'empêche de poursuivre la procédure de passation, elle peut l'annuler et annoncer une nouvelle procédure. Les défaillances de systèmes automatisés dues à des actes téméraires ou intentionnels de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions prises par celle-ci pour résoudre les problèmes causés par la défaillance d'un système automatisé sont susceptibles de recours de la part des fournisseurs et entrepreneurs lésés en vertu de l'article 63 de la Loi type.

7. La règle du paragraphe 3 interdisant l'examen des offres tardives vise à promouvoir l'économie et l'efficacité de la passation des marchés, l'intégrité de la procédure et la confiance des participants. En autorisant l'examen d'offres présentées après l'ouverture d'autres offres, on permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs de prendre connaissance de la teneur d'autres offres avant de soumettre la leur, ce qui pourrait entraîner une augmentation des prix et favoriser la collusion entre fournisseurs et entrepreneurs. Une telle situation serait également injuste pour les autres fournisseurs ou entrepreneurs et risquerait de nuire à l'efficacité et au bon déroulement du processus d'ouverture des offres. Les dispositions exigent donc que les offres tardives ne soient pas ouvertes et soient renvoyées en l'état aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Les États adoptants peuvent exiger que la soumission d'offres tardives soit mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché en vertu de l'article 24-1 w).

Article 40. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. L'article 40 a été inclus afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice doit préciser dans le dossier de sollicitation la période durant laquelle les offres restent valides.

2. Il importe de toute évidence que la période de validité des offres soit précisée dans le dossier de sollicitation, compte tenu des circonstances propres à chaque procédure d'appel d'offres. Il ne serait pas réaliste de fixer dans la législation des marchés une longue période de validité applicable à tous les cas, visant à répondre aux besoins de la plupart des procédures d'appel d'offres, voire de toutes. Une telle solution serait inefficace car, dans de nombreux cas, cette période serait plus longue que nécessaire. En outre, des périodes de validité trop longues risqueraient d'entraîner une augmentation du prix des offres, puisque les fournisseurs ou entrepreneurs devraient augmenter leurs prix pour tenir compte des coûts et des risques subis durant cette période (par exemple, capacité immobilisée et impossibilité de soumissionner ailleurs; risques d'une augmentation des coûts de production ou de construction).

3. Le paragraphe 2 vise à permettre à l'entité adjudicatrice de traiter les retards pris dans la procédure d'appel d'offres à la suite d'une demande de prolongation de la période de validité. Cette procédure n'oblige pas les fournisseurs ou entrepreneurs, afin de ne pas les forcer à rester liés par leurs offres pendant une période plus longue que prévu – risque qui les dissuaderait de participer ou les inciterait à relever leurs prix. Afin de prolonger également, le cas échéant, la protection qu'offre la garantie de soumission, il est prévu qu'un fournisseur ou entrepreneur n'obtenant pas de garantie couvrant la période de validité prolongée de l'offre sera considéré comme ayant refusé de prolonger la période de validité de son offre. Dans ce cas, la validité de son offre prendra fin à l'expiration de la période de validité initiale indiquée dans le dossier de sollicitation.

4. Le paragraphe 3 est un complément essentiel des dispositions de l'article 15 concernant la clarification et la modification du dossier de sollicitation. Il permet en effet aux fournisseurs et entrepreneurs de réagir à une clarification ou à une modification du dossier ou de toute autre circonstance en modifiant leur offre si nécessaire ou en la retirant s'ils en décident ainsi. Cette règle favorise la participation, tout en protégeant les intérêts de l'entité adjudicatrice, puisqu'elle prévoit l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait après la date limite de soumission des offres. Cependant, eu égard à l'approche différente qu'on trouve dans la législation et la pratique de certains États, le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice de s'écarter de la règle générale et d'imposer l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait avant la date limite de soumission des offres, mais seulement si le dossier de sollicitation le précise. (Voir aussi les commentaires concernant l'article 47 aux paragraphes ... ci-après.)

SECTION III. ÉVALUATION DES OFFRES

Article 41. Ouverture des offres

1. La règle énoncée au paragraphe 1 vise à éviter tout délai entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture de celles-ci. Un tel délai pourrait donner lieu à des comportements fautifs (par exemple, divulgation de la teneur des offres avant la date d'ouverture prévue) et priverait les fournisseurs et entrepreneurs de la possibilité de réduire au minimum ce risque en soumettant leur offre à la dernière minute, juste avant l'ouverture des offres².

2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres ou à leurs représentants d'assister à l'ouverture des offres. Les modalités fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres (lieu, manière, moment et procédures d'ouverture des offres) devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'être présents, compte tenu de facteurs tels que le décalage horaire, la nécessité de prévoir outre le lieu physique d'ouverture des offres les moyens

² Il faudrait peut-être expliquer les risques qu'il y a à s'écarter des exigences de la Loi type aux termes de laquelle les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres, et les considérations d'ordre pratique dont il faudrait tenir compte pour se conformer à ces exigences (A/CN.9/687, par. 150).

d'assurer la participation de ceux qui ne peuvent être physiquement présents ou la possibilité de choisir un lieu virtuel. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent être présents en personne ou de toute autre manière conforme aux dispositions de l'article 7 de la Loi type (pour l'examen des dispositions pertinentes, voir par. ... du présent Guide). La deuxième phrase du paragraphe 2 complète les dispositions de l'article 7-4 en précisant que, dans le contexte de l'ouverture des offres, les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils ont eu la possibilité d'être informés de l'ouverture des offres pleinement et en direct. Cette disposition est conforme aux autres instruments internationaux qui traitent de cette question³.

3. L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion doivent pouvoir prendre connaissance (oralement ou par écrit) de toutes les informations communiquées pendant l'ouverture des offres au même moment que toute personne physiquement présente, sous réserve du temps pris pour les télécharger là où elles doivent être lues. Les informations en question comprennent les annonces faites conformément à l'article 41-3.

4. Les fournisseurs doivent également pouvoir intervenir si des irrégularités se produisent, dans la mesure où ils seraient autorisés à le faire s'ils étaient physiquement présents. Le système en place doit donc pouvoir recevoir les observations des fournisseurs et y donner suite sans retard. Différentes méthodes fondées sur des systèmes informatiques peuvent satisfaire à l'obligation d'informer les fournisseurs pleinement et en direct. Quelle que soit la méthode utilisée, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent en être informés suffisamment longtemps à l'avance pour pouvoir prendre toutes les mesures nécessaires pour se connecter au système et suivre l'ouverture des offres.

5. La règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit autoriser tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres à assister à l'ouverture des offres ou à s'y faire représenter contribue à la transparence de la procédure d'appel d'offres. Elle permet aux entrepreneurs et fournisseurs de constater que la législation et la réglementation des marchés sont respectées et contribue ainsi à promouvoir la confiance en le fait que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou infondée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 dispose qu'à l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumis, sont annoncés aux personnes présentes. À ces mêmes fins, il est également prévu que ces renseignements sont communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ni représentés à l'ouverture des offres.

6. En cas d'ouverture automatisée des offres, l'État adoptant doit être conscient de la nécessité de mettre en place des garanties supplémentaires pour assurer la transparence et l'intégrité du processus d'ouverture. Le système doit garantir que seules les personnes autorisées et clairement identifiées auprès de lui auront le droit d'y fixer ou d'y modifier le moment de l'ouverture des offres conformément au paragraphe 1 de cet article, sans compromettre la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres. Seules ces personnes auront le droit d'ouvrir les offres au

³ Il convient d'examiner si la question de la présence "présumée" ou "virtuelle" des fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des offres est suffisamment traitée dans le présent projet.

moment fixé. L'État adoptant peut exiger qu'au moins deux personnes autorisées procèdent par une action simultanée à l'ouverture des offres. Dans ce contexte, l'expression "action simultanée" signifie que les personnes autorisées désignées devraient ouvrir à peu près en même temps les mêmes parties d'une offre, en enregistrant le moment de l'ouverture. Il est souhaitable qu'avant l'ouverture, le système confirme la sécurité des offres en vérifiant qu'aucun accès non autorisé n'a été détecté. Les personnes autorisées devraient être priées de vérifier l'authenticité et l'intégrité des offres et de s'assurer qu'elles ont été soumises dans les délais.

7. Des mesures devraient être en place pour empêcher que l'intégrité des offres soit compromise, qu'elles soient supprimées ou que le système soit détruit lorsqu'il les ouvre, notamment par un virus ou un logiciel malveillant. Le système doit également être configuré de manière à permettre de retracer toutes les opérations effectuées à l'ouverture des offres et notamment d'identifier la personne ayant ouvert chaque offre et ses parties, et de déterminer la date et l'heure d'ouverture de celles-ci. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées à étudier leur teneur et leurs données (par exemple les membres d'un comité d'évaluation ou des auditeurs aux stades ultérieurs de la procédure de passation) y auront accès par la suite. Ces questions et les questions techniques qui s'y rapportent devraient être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés et d'autres règlements de l'État adoptant.

Article 42. Examen et évaluation des offres

1. Les paragraphes 1 à 3 régissent l'examen des offres, qui comprend la vérification des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs ayant présenté des offres, l'évaluation de la conformité des offres des fournisseurs et entrepreneurs qualifiés et l'appréciation de l'existence d'un motif de rejeter des offres conformément au paragraphe 3 de cet article. Comme l'exigent diverses dispositions de la Loi type, notamment les articles 10 et 38, les fournisseurs et entrepreneurs doivent être informés de l'ensemble des critères et procédures d'examen dès le début de la procédure de passation.

2. Le paragraphe 1 vise à permettre à l'entité adjudicatrice de demander aux fournisseurs ou entrepreneurs des éclaircissements sur leurs offres afin d'en faciliter l'examen et l'évaluation, tout en précisant que cela ne doit entraîner aucune modification des offres quant au fond. L'alinéa 1 b), portant sur la correction d'erreurs purement arithmétiques, ne vise pas par exemple un prix soumis anormalement bas semblant résulter d'un malentendu, ni d'autres erreurs non apparentes dans l'offre. L'adoption de la disposition selon laquelle un avis doit être donné dans de tels cas est importante puisque l'alinéa 3 b) dispose qu'une offre sera impérativement rejetée si la correction n'est pas acceptée⁴.

3. Le paragraphe 2 énonce la règle à suivre pour déterminer si une offre est conforme. Il permet de considérer une offre comme conforme même si elle comporte des écarts mineurs. En autorisant l'entité adjudicatrice à examiner des offres comportant des écarts mineurs, on favorise la participation à la procédure

⁴ Il faudra peut-être préciser les règles et principes applicables à la correction des erreurs arithmétiques par l'entité adjudicatrice et le rôle du dossier de sollicitation à cet égard.

d'appel d'offres et la concurrence. Ces écarts mineurs doivent être quantifiés, de sorte que les offres puissent être comparées objectivement d'une manière qui favorise les offres entièrement conformes⁵.

4. Le paragraphe 3 énumère les motifs de rejet des offres. La liste est exhaustive et ne mentionne que les motifs expressément prévus par la Loi type. Le motif visé à l'alinéa a) – absence des qualifications requises – est à rapprocher de l'article 9, qui énonce les exigences concernant les qualifications et les motifs de disqualification. Le motif visé à l'alinéa b) – refus du fournisseur ou entrepreneur d'accepter la correction d'une erreur arithmétique et non conformité de l'offre – doit être lu conjointement avec les dispositions du paragraphe 1 b), qui permettent à l'entité adjudicatrice de corriger les erreurs purement arithmétiques et lui imposent d'en aviser le fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre concernée. Aucun autre échange entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur concernant l'erreur arithmétique corrigée ne devrait être autorisé: le fournisseur ou entrepreneur concerné peut accepter la correction ou voir son offre rejetée. Le motif visé à l'alinéa 1 c) – non conformité de l'offre – doit être interprété en tenant compte de l'article 10 et des paragraphes 1 et 2 de l'article 42, qui fixent le cadre juridique dans lequel l'entité adjudicatrice doit se prononcer sur la conformité des offres. Les motifs visés à l'alinéa d) découlent de l'article 19, qui autorise l'entité adjudicatrice à rejeter une soumission anormalement basse, et de l'article 20, qui lui impose d'exclure un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts.

5. Les paragraphes 4 à 7 régissent l'évaluation des offres, c'est-à-dire la comparaison de toutes les offres n'ayant pas été rejetées à l'issue de l'examen. Comme l'exigent diverses dispositions de la Loi type, notamment les articles 11 et 38 et le paragraphe 4 a) de cet article, les offres conformes sont évaluées selon les critères d'évaluation indiqués préalablement et conformément aux procédures d'évaluation indiquées préalablement. Comme le rappelle le paragraphe 4 b) de l'article, l'offre à retenir peut être l'offre au prix le plus bas ou l'offre jugée la plus avantageuse⁶. Conformément à l'article 11-5 a) de la Loi type, il convient de préciser au début de la passation, dans le dossier de sollicitation, si la soumission à retenir sera déterminée sur la base du prix ou sur la base du prix et d'autres critères, et ce paramètre ne peut être modifié ultérieurement.

6. La règle énoncée au paragraphe 5, concernant la conversion des prix soumis dans une seule monnaie aux fins de la comparaison et de l'évaluation des offres, vise à renforcer la justesse et l'objectivité de la décision de l'entité adjudicatrice. Cette monnaie doit être précisée dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 38 s), de même que le taux de change applicable ou la méthode qui sera utilisée pour déterminer celui-ci. Ces dispositions peuvent ne pas être pertinentes en cas de passation de marchés nationaux.

⁵ Il faudra peut-être préciser ce qu'il convient d'entendre par "écarts mineurs".

⁶ Il faudra expliquer l'évolution des pratiques relatives à la passation des marchés depuis 1994, qui justifient le remplacement de l'expression "offre la plus basse selon l'évaluation", utilisée dans ce contexte dans la Loi type de 1994, par l'expression "offre jugée la plus avantageuse". Étant donné que l'expression "la plus avantageuse" apparaît également dans d'autres dispositions de la Loi type, il faudra examiner l'emplacement où devra figurer cette explication afin d'éviter toute répétition.

7. Le paragraphe 6 permet à l'entité adjudicatrice de prier le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue de confirmer ses qualifications. Cela peut être particulièrement utile dans le cas d'une procédure de passation de longue durée, où l'entité adjudicatrice voudra peut-être s'assurer que les renseignements concernant les qualifications soumis antérieurement restent valables. Le recours à la confirmation est discrétionnaire puisque son utilité dépend des circonstances de chaque procédure de passation.

8. Pour que la procédure de confirmation soit efficace et transparente, le paragraphe 7 exige que l'offre soit rejetée si le fournisseur ou l'entrepreneur ne confirme pas ses qualifications, et énonce la procédure que l'entité adjudicatrice doit suivre pour choisir une autre offre en pareil cas. Ce paragraphe réaffirme également que l'entité adjudicatrice a le droit d'annuler la passation dans de tels cas, ce qui constitue une garantie essentielle contre les risques de collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 43. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

L'article 43 interdit clairement toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à propos d'une offre soumise par ce fournisseur ou entrepreneur. Cette règle a été incluse parce que de telles négociations pourraient aboutir à une sorte de "vente aux enchères", où une offre soumise par un fournisseur ou entrepreneur serait utilisée pour faire pression sur un autre fournisseur ou entrepreneur afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre. De nombreux fournisseurs ou entrepreneurs s'abstiennent de participer à une procédure d'appel d'offres lorsque de telles techniques sont utilisées ou, s'ils y participent, gonflent leurs prix en prévision des négociations. L'interdiction de négocier n'est pas censée porter sur les échanges que peuvent tenir l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur en vue de clarifier l'offre de celui-ci conformément à l'article 42-1 de la Loi type ou de conclure le marché.