



# Assemblée générale

Distr.: Limitée  
12 mars 2007

Français  
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail I (Passation de marchés)  
Onzième session  
New York, 21-25 mai 2007

## **Modifications 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, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses**

### **Note du secrétariat**

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1-3	3
II. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics.....	4-42	3
A. Communications dans la passation des marchés .....	4-21	3
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée .....	4-18	3
Commentaire		
2. Texte du Guide pour l'incorporation.....	19-21	9
B. Soumission électronique des offres .....	22-29	9
1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée .....	22-27	9
Commentaire		
2. Texte du Guide pour l'incorporation.....	28-29	10
C. Présence à l'ouverture des offres .....	30-32	11



D.	Publication d'informations relatives à la passation des marchés .....	33-42	11
1.	Révisions proposées pour l'article 5 .....	33-36	11
	Commentaire .....		
2.	Projet de texte proposé pour la Loi type révisée concernant la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir .....	37-42	12
	Commentaire .....		
III.	Projets de dispositions sur les offres anormalement basses .....	43-49	14
1.	Projet de texte proposé pour la Loi type révisée .....	43-47	14
	Commentaire .....		
2.	Projet de texte proposé pour le Guide révisé .....	48-49	15

## 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 65 du document A/CN.9/WG.I/WP.49, dont celui-ci sera saisi à sa onzième 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. La réglementation de cette utilisation, y compris dans le cadre de la soumission et de l'ouverture des offres, de la tenue de réunions, de la conservation d'informations et de la publication d'informations relatives à la passation des marchés, faisait partie des thèmes dont était saisi le Groupe de travail de ses sixième à dixième sessions. À cette dernière, il a examiné les projets de dispositions sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et a prié le secrétariat de les réviser<sup>1</sup>. On trouvera dans la présente note, élaborée en réponse à cette demande, les projets de dispositions en question qui reflètent ses délibérations à cette session (voir les paragraphes 4 à 42 ci-après).

3. On trouvera également dans la présente note les projets de dispositions à insérer dans la Loi type et dans le Guide concernant les offres anormalement basses, révisés comme l'a demandé le Groupe de travail à cette même session (voir les paragraphes 43 à 49 ci-après).

## II. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

### A. Communications dans la passation des marchés

#### 1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

4. Le projet d'article ci-après reprend le texte consolidé du projet d'article 5 *bis* dont le Groupe de travail était saisi à sa dixième session<sup>2</sup> en tenant compte des suggestions faites lors de cette session<sup>3</sup>:

#### **"Article [5 bis]. Communications dans la passation des marchés**

1. Les documents, notifications, décisions et autres informations générés lors de la passation d'un marché et communiqués de la manière décrite dans la présente Loi, y compris en rapport avec une procédure de recours engagée conformément [au chapitre VI] [à l'article 53], dans le cadre d'une réunion ou en vue de l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation conformément à l'article [11], sont présentés sous une forme qui atteste la

<sup>1</sup> A/CN.9/615, par. 11.

<sup>2</sup> Ibid., par. 18.

<sup>3</sup> Ibid., par. 19 à 26.

teneur des informations et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

2. La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [7-4 et 6, 12-3, 31-2 a), 32-1 d), 34-1, 36-1, 37-3, 44 b) à f) et 47-1, à mettre à jour en fonction des modifications de la Loi type] peut se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.

3. L'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, spécifie:

- a) Toute condition de forme exigée conformément au paragraphe 1 du présent article;
- b) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom;
- c) Les moyens à utiliser pour satisfaire à toutes les dispositions de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature; et
- d) Les moyens à utiliser pour tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4. Les moyens mentionnés au paragraphe précédent doivent être facilement utilisables avec ceux d'usage courant parmi les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. Les moyens à utiliser pour tenir une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs doivent en outre permettre à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion.

5. Les mesures appropriées sont mises en place pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées."

## **Commentaire**

### *Paragraphe 1*

5. Le paragraphe 1 pose les prescriptions essentielles concernant la forme des communications dans la passation. Il n'est possible d'y déroger que dans les limites du paragraphe 2 du projet d'article.

6. Aux termes du paragraphe 3 a) du projet d'article, l'entité adjudicatrice doit énoncer toute condition de forme particulière au moment où elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation. Ces conditions particulières doivent être conformes aux conditions générales énoncées au paragraphe 1.

7. Les références, dans le paragraphe 1, au chapitre VI et à l'article 53 sont mises entre crochets pour montrer qu'il ne convient peut-être pas de renvoyer à l'ensemble du chapitre VI sur les recours, qui comprend des dispositions relatives aux recours

administratifs et judiciaires. Les recours administratifs et les procédures devant les tribunaux auront vraisemblablement leurs propres règles en matière de communications. Par conséquent, il vaudrait peut-être mieux ne renvoyer qu'à l'article 53, qui traite des recours portés devant l'entité adjudicatrice.

### *Paragraphe 2*

8. Le paragraphe 2 pose des exceptions à la règle énoncée au paragraphe 1, selon laquelle la forme des informations doit attester leur teneur. La liste des articles visés dans ce paragraphe est tirée de l'actuel paragraphe 2 de l'article 9 de la Loi type.

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait de conserver des renvois à tous les articles énumérés. Pour en faciliter la consultation, le texte de ces articles est reproduit dans le tableau ci-dessous:

<i>Article</i>	<i>Libellé</i>
7 (Procédure de présélection)	4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection.
12-3 (Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix)	6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché.
31-2 a) (Période de validité des offres; modification et retrait des offres)	Un avis de rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou propositions, ou des prix.
32-1 d) (Garanties de soumission)	Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée;
	Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie de soumission aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant une offre:

<i>Article</i>	<i>Libellé</i>
	d) Avant de soumettre une offre, tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission ou, le cas échéant, le confirmateur proposé, remplit bien les conditions requises; l'entité adjudicatrice répond promptement à une telle demande
34-1 (Examen, évaluation et comparaison des offres)	a) L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;  b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a soumis l'offre.
36-1 (Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché)	Sous réserve des articles 12 et 34-7, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 34-4 b) est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.
37-3 (CHAPITRE IV. MÉTHODE PRINCIPALE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES, Avis de sollicitation de propositions).	(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type précise quel est l'organe habilité à donner ladite approbation),) si la sollicitation directe est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article lorsque:  a) Les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, à condition qu'elle sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou  b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence; ou  c) La sollicitation directe est le seul moyen d'assurer la confidentialité ou est nécessaire pour des raisons d'intérêt national, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence.
44-b) à f) (Procédures de sélection avec négociations consécutives)	Lorsqu'en application de l'article 41-1, l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au présent article, elle engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs en procédant comme suit:

<i>Article</i>	<i>Libellé</i>
47-1 (Appel d'offres restreint)	<p>b) Elle invite le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la meilleure note en application de l'article 42-1 à des négociations sur le prix de sa proposition;</p> <p>c) Elle informe les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché;</p> <p>d) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;</p> <p>e) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité à négocier en application de l'alinéa b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, elle informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations;</p> <p>f) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la deuxième note; si les négociations avec ce fournisseur ou entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées.</p> <p>a) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa a) de l'article 20, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les biens, travaux ou services requis peuvent être obtenus;</p> <p>b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa b) de l'article 20, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.</p>

10. Comme on le voit dans le tableau ci-dessus, la plupart des exceptions concernent des situations où une entité adjudicatrice communique avec un fournisseur ou entrepreneur donné participant à la procédure de passation. Cependant, certaines exceptions concernent des communications plus générales adressées à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure.

11. Dans un environnement où l'on utilise exclusivement le papier, ces exceptions permettent d'accélérer l'échange d'informations entre une entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Dans un environnement électronique, on peut obtenir le même résultat par des moyens plus efficaces et plus transparents, par exemple en ayant recours au courrier électronique.

12. Au moins en ce qui concerne les informations devant être communiquées à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à une procédure déterminée, il vaudra peut-être mieux encourager dans la Loi type l'utilisation des moyens électroniques, plutôt que du téléphone, des rencontres en personne ou d'autres

moyens de communication n'attestant pas la teneur des informations qu'ils permettent de communiquer. Bien que la Loi type impose, lorsque ce dernier type de moyens est utilisé, de donner immédiatement confirmation de la communication au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations, il peut être difficile en pratique de vérifier le respect de cette exigence et de la faire appliquer. Ainsi, ces exceptions peuvent être source d'abus, notamment de corruption et de favoritisme, et le Groupe de travail estimera peut-être qu'elles devraient être limitées aux seuls cas où elles sont strictement nécessaires.

13. Conformément à son intention d'encourager, dans les cas appropriés, l'utilisation des moyens électroniques de communication et de garantir une plus grande transparence dans la passation des marchés publics, le Groupe de travail voudra peut-être examiner quelles exceptions il est justifié de conserver dans le paragraphe 2, et lesquelles pourraient être supprimées compte tenu de l'usage répandu des courriers électroniques et d'autres moyens modernes de communication.

#### *Paragraphe 3*

14. Ce paragraphe énumère les éléments relatifs aux communications échangés dans le cadre de la passation que l'entité adjudicatrice doit spécifier au début de la procédure.

#### *Paragraphe 4*

15. Ce paragraphe pose des critères à respecter s'agissant des moyens par lesquels les informations sont communiquées, les exigences de "forme écrite" et de "signature" satisfaites et les réunions tenues. D'autres critères s'appliquent aux moyens à utiliser pour tenir les réunions. Ils reposent sur le libellé des révisions de l'article 33-2 dont est convenu le Groupe à sa dixième session (voir le paragraphe 30 ci-après).

#### *Paragraphe 5*

16. Le paragraphe 5 est formulé au passif, conformément à ce qui a été proposé à la dixième session du Groupe de travail, afin de couvrir les situations dans lesquelles d'autres branches du droit pourraient ou devraient régir les questions de l'authenticité, de l'intégrité et de la confidentialité des informations communiquées notamment dans le cadre de la passation de marchés publics<sup>4</sup>.

#### *Expressions employées*

17. Le texte proposé parle de "documents, notifications, décisions et autres informations" au paragraphe 1, mais uniquement d'"informations" aux paragraphes suivants. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager soit d'utiliser la liste complète dans tout le texte dans un souci de cohérence soit, de ne conserver que le mot "informations" dans un souci de concision, après que l'objet de l'article a été expliqué au paragraphe 1. Il est possible de donner dans le Guide des exemples d'autres types d'information que les documents, notifications et décisions mentionnés dans l'article.

---

<sup>4</sup> Ibid., par. 22.

*Emplacement des dispositions*

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être remettre à une date ultérieure sa décision quant à l'emplacement définitif de ces dispositions.

**2. Texte du Guide pour l'incorporation**

19. Les projets de textes à insérer dans le Guide pour accompagner les dispositions de la Loi type relatives i) à l'utilisation des moyens électroniques de communication en général, ii) à l'équivalence fonctionnelle, iii) au choix des moyens de communication et iv) aux exigences portant sur la forme des communications, ont été présentés au Groupe de travail à ses huitième et neuvième sessions (documents A/CN.9/WG.I/WP.38 (texte faisant suite au paragraphe 23), A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 4), A/CN.9/WG.I/WP.42 (texte faisant suite aux paragraphes 13, 19 et 26) et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1 (texte faisant suite aux paragraphes 2 et 5).

20. L'ensemble des dispositions sur ces questions ayant été réunies en un seul article sur les communications dans la passation des marchés, un nouveau texte consolidé pour le Guide est en cours d'élaboration. Il sera présenté au Groupe de travail pour examen lors d'une prochaine session. Ce texte révisé tiendra compte des suggestions formulées sur ces questions lors des sessions du Groupe de travail.

21. En outre, toujours aux huitième et neuvième sessions, le secrétariat a proposé des ajouts au texte du Guide accompagnant certaines des dispositions existantes de la Loi type, par exemple l'article 36 sur l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché (documents A/CN.9/WG.I/WP.42 (texte faisant suite au paragraphe 29) et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 6), modifiant le texte du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 faisant suite au paragraphe 14). Ceux-ci seront également modifiés pour tenir compte des délibérations tenues à ce sujet lors des sessions ultérieures du Groupe de travail.

**B. Soumission électronique des offres****1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée**

22. Le projet de texte proposé pour l'article 30-5 ci-après tient compte des suggestions rédactionnelles formulées à la dixième session du Groupe de travail<sup>5</sup>:

**“Article 30. Soumission des offres**

5. a) Les offres sont soumises par écrit et sont signées; et:
  - i) si elles sont sous forme papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou
  - ii) si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice, qui garantissent au moins un degré similaire [d'authenticité], [de sécurité,] d'intégrité et de confidentialité;

<sup>5</sup> Ibid., par. 27 et 28.

b) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue;

c) L'entité adjudicatrice préserve l'intégrité et la confidentialité des offres à partir du moment qu'elle détermine, celui-ci ne pouvant cependant en aucun cas être postérieur au moment de leur réception, et veille à ce que le contenu des offres ne soit examiné qu'après leur ouverture conformément à la présente Loi."

### **Commentaire**

#### *Paragraphe 5 a) ii)*

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'alinéa a) ii) du paragraphe 5 devrait faire référence à l'"authenticité" et à la "sécurité" des offres. Dans la version actuelle de l'article 30-5 b) de la Loi type, dans le même contexte, il est fait référence, non seulement à l'exigence de confidentialité, mais aussi aux exigences d'authenticité et de sécurité des offres.

24. À la dixième session, la question de la sécurité n'a été abordée qu'à l'égard du paragraphe 5 c) ci-avant, et il a été suggéré de ne pas poser d'exigence de sécurité dans ce paragraphe, les exigences d'intégrité et de confidentialité étant suffisantes (bien que certains doutes aient été exprimés quant à cette suggestion)<sup>6</sup>. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il en va de même pour le paragraphe 5 a) ii)<sup>7</sup>.

25. S'agissant de la question de l'authenticité, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'exigence de signature posée au début du paragraphe 5 a) garantira toujours l'authenticité des offres (par exemple lorsqu'un fournisseur envoie plusieurs offres signées depuis des adresses différentes, la question de l'authenticité se posant alors au moment de déterminer laquelle de ces offres est définitive et irrévocable).

#### *Paragraphe 5 b)*

26. Ce paragraphe reprend mot pour mot les dispositions de l'article 30-5 c) de la Loi type.

#### *Paragraphe 5 c)*

27. Ce paragraphe est nouveau et repose sur les projets de dispositions dont est convenu le Groupe de travail à sa dixième session<sup>8</sup>.

## **2. Texte du Guide pour l'incorporation**

28. À la dixième session du Groupe de travail, il a été fait observer que le Guide devrait donner aux États adoptants des orientations sur le traitement distinct de la

---

<sup>6</sup> Ibid., par. 29.

<sup>7</sup> À la dixième session, on a proposé de remplacer, au paragraphe 5 a) ii), le mot "protection" par les mots "intégrité et confidentialité". Aucun problème de sécurité ou d'authenticité des offres n'a été soulevé (A/CN.9/615, par. 28 iii)).

<sup>8</sup> A/CN.9/615, par. 28.

soumission et de la réception des offres dans un environnement papier et dans un environnement électronique, pour ne pas imposer des exigences trop strictes dans les procédures traditionnelles d'appel d'offres, et sur la nécessité de ne pas assortir la soumission électronique des offres d'exigences excessives (qui risqueraient de décourager le recours à cette forme de soumission)<sup>9</sup>.

29. Le projet de texte devant figurer dans le Guide pour accompagner une version révisée de l'article 30-5 a été présenté au Groupe de travail à sa huitième session, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 26). Depuis lors, un certain nombre de suggestions ont été faites à son sujet. La version révisée qui remplacera l'intégralité du texte proposé précédemment est en cours d'élaboration et sera présentée au Groupe de travail pour examen lors d'une prochaine session.

### C. Présence à l'ouverture des offres

30. À sa dixième session, le Groupe de travail a décidé de fonder son examen futur de la version révisée de l'article 33-2 sur le texte suivant<sup>10</sup>:

**“Article 33. Ouverture des offres**

2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont pleinement informés de l'ouverture des offres en direct par les moyens de communication qu'utilise l'entité adjudicatrice.”

31. Une version révisée du projet d'article 5 *bis* ci-avant incorpore les exigences relatives à la tenue des réunions, lesquelles s'appliqueront également à l'ouverture des offres (voir l'article 5 *bis*-4 au paragraphe 4 ci-dessus). Afin d'éviter une répétition, le Groupe de travail souhaitera peut-être raccourcir la deuxième phrase du texte du paragraphe précédent, qui serait alors libellée ainsi:

“Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'il est satisfait aux conditions de l'article [5 *bis*-3 d) et 4].”

32. Le projet de texte à insérer dans le Guide pour accompagner la version révisée de l'article 33-2 sera élaboré et présenté au Groupe de travail pour examen lors d'une prochaine session. Il tiendra compte des suggestions formulées à la session du Groupe de travail.

### D. Publication d'informations relatives à la passation des marchés

#### 1. Révisions proposées pour l'article 5

33. À sa dixième session, le Groupe de travail est convenu de scinder le texte actuel de l'article 5 de la Loi type en deux paragraphes: le premier sur les textes

<sup>9</sup> Ibid., par. 30.

<sup>10</sup> Ibid., para. 32.

juridiques (législation, règlements en matière de passation des marchés et directives d'application générale) devant être rendus accessibles au public, dans lequel l'obligation de "tenir systématiquement à jour" ces textes serait conservée; et le second sur les décisions judiciaires et les décisions administratives d'application générale ayant valeur de précédent, dans lequel l'obligation de "tenir systématiquement à jour" ces décisions serait remplacée par celle de les "mettre à jour régulièrement si nécessaire"<sup>11</sup>. Il souhaitera donc peut-être examiner le texte suivant:

**"Article 5. Publicité de la réglementation des marchés**

1. Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les directives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.
2. Les décisions judiciaires et les décisions administratives d'application générale ayant valeur de précédent relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications auxdites décisions, sont mises à la disposition du public et régulièrement mises à jour si nécessaire."

**Commentaire**

34. Les modifications apportées à cet article reflètent les délibérations du Groupe de travail sur l'article 5 à ses neuvième et dixième sessions, notamment les préoccupations relatives au fait que les exigences posées dans la version actuelle de cet article en ce qui concerne l'accès du public à la réglementation des marchés et sa mise à jour systématique paraissaient trop lourdes pour certains types de textes juridiques. Il a été suggéré de réexaminer l'application de ces exigences aux textes juridiques tels que les décisions judiciaires et les décisions administratives<sup>12</sup>.

35. Compte tenu des changements apportés à l'article, en particulier avec l'insertion du paragraphe 2, qui emploie en anglais le mot "available" et non "accessible", il est proposé de remplacer le titre actuel "Public accessibility of legal texts" ("Accès du public à la réglementation des marchés") par "Publicity of legal texts" ("Publicité de la réglementation des marchés").

36. Le projet de texte à insérer dans le Guide pour accompagner la version révisée de l'article 5 a été soumis au Groupe de travail pour examen à sa neuvième session dans le document A/CN.9/WG.I/WP.42 (texte faisant suite au paragraphe 45 a)). Il sera revu pour tenir compte de ses discussions sur le sujet.

**2. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée concernant la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir**

37. À sa dixième session, le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait comporter des dispositions, inspirées du libellé proposé au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.47, rendant possible la publication d'informations sur

---

<sup>11</sup> Ibid., par. 33. Voir également A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 31.

<sup>12</sup> A/CN.9/595, par. 68 à 72, et A/CN.9/615, par. 33.

les possibilités de marchés à venir<sup>13</sup>. Il souhaitera donc peut-être examiner le texte suivant:

“[Aussi rapidement] que possible après le début d’un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier des informations sur les possibilités de marchés prévues pour les [l’État adoptant indique la période] suivant(e)s, ces informations ne constituant pas une sollicitation de la participation de fournisseurs ou d’entrepreneurs à la procédure de passation de marché.”

### Commentaire

38. Le Groupe de travail estimera peut-être que l’expression “aussi rapidement que possible” dans le texte ci-dessus devrait être remplacée par une formule moins directive, du type “aussi tôt que possible”, en raison de la nature de ces dispositions, qui permettent mais n’imposent pas la publication des informations.

39. Les mots “une sollicitation de la participation de fournisseurs ou d’entrepreneurs à la procédure de passation de marché” à la fin de la disposition remplacent les mots “dossier de sollicitation ni des parties de ce dossier” qui figuraient dans la version précédente. Le nouveau libellé proposé est plus large et recouvre toutes les méthodes de passation prévues dans la Loi type (alors que la référence au “dossier de sollicitation” dans la Loi type ne vaut que pour les procédures d’appel d’offres). Cette formulation plus large est utilisée par exemple dans les articles 8-3 et 9-1 de la Loi type, ainsi que dans l’article 5 *bis*-3 révisé ci-dessus.

40. Le Groupe de travail n’a pas encore décidé de l’emplacement de ces dispositions dans la Loi type. Lors d’une précédente session, il avait été proposé de faire figurer les dispositions relatives à la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir dans l’article 5<sup>14</sup>. Cependant, étant donné que l’article 5 actuel porte sur la publication de textes juridiques réglementaires, l’insertion de ces dispositions dans cet article risque de donner lieu à des méprises quant à la nature voulue des informations (qui sont d’ordre informatif et non réglementaires et contraignantes). Il vaudrait peut-être mieux, dès lors, faire figurer ces dispositions dans un article distinct.

41. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se prononcer sur l’emplacement de ces dispositions à une date ultérieure, compte tenu de ses décisions sur l’emplacement d’autres articles, notamment l’article 5 *bis* qui énoncerait des règles relatives aux communications dans la passation, lesquelles seraient susceptibles de s’appliquer également à la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir.

42. Le projet de texte à insérer dans le Guide pour accompagner les dispositions relatives à la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir a été soumis au Groupe de travail pour examen à sa neuvième session dans le document A/CN.9/WG.I/WP.42 (texte faisant suite au paragraphe 45 b)). Il sera révisé pour tenir compte de ses discussions à ce sujet.

<sup>13</sup> A/CN.9/615, par. 36.

<sup>14</sup> A/CN.9/595, par. 76.

### III. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses

#### 1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

43. À sa dixième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat de proposer un emplacement approprié pour les dispositions relatives aux offres anormalement basses, en tenant compte du fait que le risque d'offres de cette nature devrait être traité par l'entité adjudicatrice non seulement lors de l'examen, de l'évaluation et de la comparaison des offres dans les procédures d'appel d'offres, comme le laissait entendre à l'origine l'insertion des dispositions dans l'article 34 de la Loi type, mais également à tout autre stade de la passation, y compris lors de la qualification des fournisseurs, et dans les procédures de passation autres que l'appel d'offres<sup>15</sup>.

44. À la même session, des propositions rédactionnelles ont été faites pour le texte des dispositions relatives aux offres anormalement basses présenté au Groupe de travail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 8)<sup>16</sup>.

45. Le texte ci-après reprend ces propositions pour former un nouvel article 12 *bis*. Lorsqu'il révisera la structure de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de rassembler, en les mettant les-uns à la suite des autres, tous les articles relatifs au rejet des offres, tels que les articles 12 et 15 et l'article 12 *bis*, proposé.

#### **“Article [12 *bis*]. Rejet des offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas**

1. L'entité adjudicatrice peut rejeter une offre, une proposition, un prix ou une soumission si le montant indiqué est anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit des précisions sur les éléments de l'offre, de la proposition, du prix ou de la soumission qui suscitent des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché;

b) Que, après avoir pris en compte les informations éventuellement fournies, elle continue cependant, pour des motifs raisonnables, d'entretenir des craintes; et

c) Qu'elle ait consigné ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

2. La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une offre, une proposition, un prix ou une soumission conformément au présent article et les motifs de cette décision sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.”

<sup>15</sup> A/CN.9/615, par. 75.

<sup>16</sup> Ibid., par. 73.

## Commentaire

46. Outre les “offres, propositions et prix”, les dispositions ci-dessus mentionnent les “soumissions”, en raison des projets de dispositions sur les enchères électroniques inversées soumis à l’examen du Groupe de travail à sa onzième session dans le document A/CN.9/WG.I/WP.51. Il faudra peut-être ajouter d’autres éléments compte tenu des dispositions sur les accords-cadres (voir le document A/CN.9/WG.I/WP.52).

47. Le Groupe de travail est convenu de se prononcer ultérieurement sur la question de savoir si une mesure prise par l’entité adjudicatrice concernant des offres anormalement basses devrait être susceptible de recours. Il a constaté que la réglementation interne sur la question pouvait varier considérablement. Il a été proposé que le Groupe de travail revienne sur ce point quand il aborderait les dispositions sur les recours<sup>17</sup>.

## 2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé

48. À sa dixième session, le Groupe de travail a examiné le texte à insérer dans le Guide pour accompagner les dispositions de la Loi type sur les offres anormalement basses. Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites pour ce texte<sup>18</sup>.

49. Le texte révisé ci-après tient compte de ces propositions, et remplace l’intégralité des libellés précédemment proposés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 13) et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1 (texte faisant suite aux paragraphes 27 et 28).

### **“Article [12 bis]. Rejet des offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas**

1. L’article a pour objet de permettre à l’entité adjudicatrice, mais non de lui imposer, de rejeter les offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas (ci-après dénommés “offres anormalement basses”) qui suscitent chez elle des craintes quant à l’aptitude du fournisseur ou de l’entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché.

2. L’article n’exige l’approbation d’aucune autorité administrative supérieure pour que l’entité adjudicatrice prenne les mesures qui y sont mentionnées. Il s’applique à toute procédure de passation de marché prévue dans la Loi type, y compris une procédure reposant sur des enchères électroniques inversées, qui peuvent comporter des risques particulièrement élevés d’offres anormalement basses.

3. L’article prévoit les garanties nécessaires à la protection des intérêts légitimes des uns et des autres, à savoir tant ceux des entités adjudicatrices que ceux des fournisseurs et des entrepreneurs. D’une part, il permet à l’entité adjudicatrice de traiter les offres susceptibles d’être anormalement basses avant la conclusion du marché. Du point de vue de cette dernière, une offre anormalement basse comporte le risque que le marché ne puisse être exécuté,

<sup>17</sup> Ibid., par. 74.

<sup>18</sup> Ibid., par. 76 à 78.

ou ne puisse l'être au prix présenté, ce qui peut renchérir et retarder le projet et, partant, accroître les prix et désorganiser le marché concerné. L'entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter de courir un tel risque.

4. D'autre part, l'article protège les fournisseurs et les entrepreneurs contre la possibilité de décisions arbitraires et de pratiques abusives de la part des entités adjudicatrices. Celles-ci ne peuvent pas automatiquement rejeter une offre sur le seul fondement que le montant indiqué semble anormalement bas. En octroyant un tel droit aux entités adjudicatrices, on introduirait une possibilité d'abus, car les offres pourraient être rejetées au motif qu'elles sont anormalement basses sans justification, ou en vertu d'un critère purement subjectif. Ce risque est particulièrement important dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre. De plus, certains prix peuvent sembler anormalement bas s'ils sont inférieurs au coût de revient; mais la vente à perte de vieux stocks ou la fixation de prix inférieurs au coût de revient pour occuper la main-d'œuvre pourraient, sous réserve des réglementations applicables en matière de concurrence, être légitimes.

5. Pour ces raisons, la Loi type ne permet de rejeter une offre anormalement basse que lorsque l'entité adjudicatrice entretient des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, sans préjudice toutefois de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter les offres anormalement basses, par exemple en cas d'infractions (comme le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (comme le non-respect des obligations relatives au salaire minimal ou à la sécurité sociale). En tout état de cause, des procédures appropriées devraient être mises en place pour garantir la régularité de la procédure et éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives.

6. Les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article énoncent les mesures que l'entité adjudicatrice doit prendre avant de pouvoir rejeter l'offre anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.

7. En premier lieu, elle doit demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de l'offre dont elle estime qu'ils doivent être pris en compte pour justifier le prix indiqué. Il peut s'agir des méthodes et de l'économie du procédé de fabrication des biens ou du procédé de construction ou de la prestation des services; des solutions techniques adoptées et/ou des conditions exceptionnellement favorables dont dispose le fournisseur ou l'entrepreneur pour exécuter les travaux ou pour fournir les biens ou les services; ou de l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le fournisseur ou l'entrepreneur.

8. L'État adoptant peut choisir de prévoir dans sa réglementation le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander qu'on lui communique pour justifier le montant indiqué. À cet égard, il convient de noter que l'entité adjudicatrice évalue si le prix est "réaliste" (autrement dit s'il reflète les conditions du marché et non une stratégie de prix d'appel ou autre stratégie de tarification reposant sur une forte réduction des prix pour s'assurer un

avantage concurrentiel), en utilisant des éléments comme les estimations effectuées avant la présentation des offres, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il ne conviendrait peut-être pas de demander des informations sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour déterminer le prix même. L'évaluation des coûts pouvant être lourde et complexe et n'étant pas possible dans tous les cas, la capacité des entités adjudicatrices à évaluer les prix par rapport aux coûts risque d'être limitée. Dans certains États, la loi peut interdire aux entités adjudicatrices d'exiger des informations relatives à la structure des coûts, en raison du risque qu'il en soit fait une utilisation abusive.

9. L'entité adjudicatrice devrait tenir compte de la réponse du fournisseur ou de l'entrepreneur pour l'évaluation du prix. Le refus du fournisseur de communiquer les informations demandées par l'entité adjudicatrice ne devrait pas conférer automatiquement à celle-ci le droit de rejeter l'offre anormalement basse. Elle doit en tout état de cause procéder à l'évaluation du prix et ce en fonction de critères purement objectifs. Il peut s'avérer, au cours de l'évaluation, que l'offre anormalement basse ait été soumise en raison d'un malentendu ou d'une autre erreur.

10. Si, après la justification du prix, l'entité adjudicatrice conserve des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, elle doit consigner ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché conformément au paragraphe 1) c) de l'article. Cette disposition a été introduite pour que, avant de décider de rejeter l'offre anormalement basse, l'entité adjudicatrice consigne dûment toutes les informations concernant cette décision, de sorte qu'elle puisse répondre de ses choix et assurer la transparence et l'objectivité de la procédure.

11. Ce n'est qu'après avoir rempli les conditions décrites aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice peut rejeter l'offre anormalement basse. La décision de rejet doit figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et être promptement communiquée au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, en vertu du paragraphe 2 de l'article. [Si le Groupe de travail décide qu'il devrait être possible de faire appel de la décision de rejet, les références et les commentaires seraient insérés ici.]

12. Les États adoptants devraient savoir que, hormis les mesures mentionnées dans cet article, d'autres mesures peuvent prévenir efficacement les risques liés à l'exécution découlant d'offres anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications, offres, propositions, prix ou soumissions des fournisseurs peut jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte, et ce à condition que les exigences en matière de qualifications soient bien formulées et les spécifications précisément rédigées. Les entités adjudicatrices devraient recevoir des instructions appropriées à cette fin, et être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, y compris sur leurs résultats antérieurs, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des offres, propositions, prix ou soumissions, et non pas seulement au prix (par exemple les frais d'entretien et de remplacement, le cas échéant).

13. Il est possible également: i) de faire prendre conscience aux responsables de la passation des effets préjudiciables des offres anormalement basses; ii) de leur offrir des formations, ainsi que des ressources et des informations suffisantes, y compris des prix de référence ou des prix du marché; et iii) de leur accorder suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure de passation. Le dossier de sollicitation ou les autres documents sollicitant des propositions, des prix ou des soumissions peuvent indiquer expressément que l'entité adjudicatrice n'est obligée d'accepter aucune offre, et qu'elle peut réaliser des analyses des risques potentiels liés à l'exécution et aux montants indiqués."

---