



LES ENJEUX JURIDIQUES ET TECHNIQUES DE LA DÉMATÉRIALISATION DES MARCHÉS PUBLICS

MARCHÉS PUBLICS

INTRODUCTION

La dématérialisation des procédures de marchés publics est une technique permettant une gestion électronique des marchés publics à laquelle est reconnue une valeur juridique afin de respecter les principes de la commande publique notamment édictés par l'article 1^{er} du Code des Marchés Publics.

Textes nationaux et communautaires encadrant la dématérialisation :

- Décret n°2006-975 du 1^{er} août 2006 portant Code des Marchés Publics 2006.
- Arrêté du 28 août 2006 pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du Code des Marchés Publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés.
- Décret du 30 mars 2001 pris pour application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique.
- Articles 1316 à 1316-4 du Code civil.
- Arrêté du 26 juillet 2004 prévoyant les modalités de la reconnaissance de la qualification des prestataires de services de certification électronique.
- Loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.
- Vade-mecum juridique sur la dématérialisation des marchés publics.
- Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.
- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.
- Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Le Code des Marchés dans sa version 2006 prévoit des dispositions tendant à favoriser la dématérialisation :

- les possibilités de recours à la dématérialisation sont étendues pour une plus grande efficacité des procédures, notamment du fait de la réduction des délais de réception des candidatures et des offres lorsque les avis sont envoyés à la publication par voie électronique ou lorsque l'accès aux documents de la consultation est possible par voie électronique.
- l'envoi d'une copie de sauvegarde est autorisé lors de la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

LES ENJEUX JURIDIQUES DE LA DEMATERIALISATION DES MARCHES PUBLICS : LE NOUVEAU ROLE DU REDACTEUR.

1) Le champ d'application de la dématérialisation : quelles procédures et quels marchés sont concernés ?

Les procédures et marchés concernés :

- Tous les marchés qui sont passés au travers d'une procédure dite « formalisée » (appel d'offres, marchés négociés, ...).

Les procédures et marchés non concernés :

- Tous les marchés relevant de l'article 28 sur les procédures adaptées.
- Tous les marchés en vertu de l'article 30 du Code des Marchés Publics.

2) Une organisation juridique spécifique liée à la rédaction du DCE : nouvelles clauses juridiques à insérer dans les avis, le règlement de la consultation et l'acte d'engagement.

Afin de prévenir tout risque de contentieux avec un soumissionnaire, le rédacteur aura une nouvelle tâche dans sa rédaction des marchés : à côté des règles classiques de la gestion du papier, il devra insérer les règles et les informations spécifiques liées à la dématérialisation des marchés publics.

La Fédération proposera une série de clauses spécifiques à la dématérialisation sur la partie adhérente de son site.

3) La mise à disposition électronique de tous les documents (y compris le DCE).

Tous les articles cités sont relatifs à l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du Code des Marchés Publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés.

Le pouvoir adjudicateur :

- met les documents de la consultation et tous autres documents relatifs aux procédures formalisées sur un support informatique (art 1),
- en précise les modalités d'accès et de téléchargement dans l'AAPC ou dans la lettre d'invitation à présenter une offre pour les procédures restreintes (art 1 et 2),
- peut décider que certains éléments sont confidentiels ou sensibles et seront transmis par support papier (art 3),
- peut décider que des documents trop volumineux à télécharger seront transmis par support papier ou support physique électronique : CD, DVD, Clé USB, disquette.... L'avis d'appel public devra préciser le service auprès duquel la demande devra être effectuée (art 3).
- choisit des formats de fichiers largement disponibles pour la transmission des documents et les précise dans l'avis d'appel (art 4 al 3).

L'opérateur économique (soumissionnaire) :

- s'identifie au téléchargement des documents autres que le règlement de la consultation en indiquant le nom de la personne chargée du téléchargement ainsi qu'une adresse mail permettant d'établir de façon certaine une correspondance électronique (art 1 al 2),
- peut demander, malgré leur mise en ligne, que les documents lui soient envoyés sur support papier ou support physique électronique (art 4).

4) La signature électronique des candidatures et des offres.

- **Le pouvoir adjudicateur doit se procurer une signature électronique** afin de pouvoir signer les documents et en particulier l'acte d'engagement. Ce certificat pourra éventuellement être utilisé pour toute autre tâche administrative en dehors des marchés publics.

- **Le soumissionnaire signe au moyen d'un certificat de signature électronique** les candidatures et les actes d'engagement transmis par voie électronique ou envoyés par support physique électronique.

- **Selon les exigences de l'article 1316-4 du Code civil**, une signature électronique consiste en l'usage d'un procédé d'identification fiable garantissant son lien avec le document à laquelle elle se rattache. Ce procédé doit consister en l'identification certaine du signataire et l'intégrité de l'acte garantie.

- **En vertu du Décret du 30 mars 2001** pris pour application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, une signature électronique sécurisée doit répondre à un certain nombre d'exigence :

- elle doit être propre au signataire : elle est personnelle tout comme une signature manuelle. Elle ne peut être utilisée que par son propriétaire ;
- elle doit être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;
- elle doit garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable.

- **Les certificats de signature doivent être référencés** sur une liste établie par le ministre chargé de la réforme de l'Etat. Cette liste est disponible sur l'adresse Internet suivante :

<http://www.entreprises.minefi.gouv.fr/certificats/>

Les pouvoirs adjudicateurs doivent accepter comme certifiant valablement leurs échanges toutes les catégories de certificats de signature électronique figurant sur cette liste (art 6 et 7).

- **Les certificats de signatures électroniques sont classés**, en terme de sécurité, en 3 classes :

- **Classe 3** : c'est la plus sécurisée. L'obtention des certificats de signature électronique relevant de cette classe donne lieu à une vérification physique de l'identité du propriétaire du certificat. La personne physique demanderesse d'un certificat de signature de classe 3 doit se présenter personnellement à l'autorité de certification qui procède à une vérification visuelle de son identité au vu des originaux de ses papiers d'identité.
- **Classe 2** : l'obtention des certificats de signature électronique relevant de cette classe donne lieu à une vérification de l'identité du détenteur du certificat sur pièce : un envoi de la photocopie des pièces d'identité de ce détenteur est demandé.
- **Classe 1** : c'est la moins sécurisée. Aucun contrôle n'est effectué sur l'identité du détenteur du certificat de signature électronique. N'importe qui peut en abuser à l'aide d'une fausse identité.

5) La transmission électronique des candidatures et des offres par le soumissionnaire.

Le pouvoir adjudicateur :

- doit indiquer dans son avis d'appel public à la concurrence ou dans la lettre de consultation pour les marchés négociés sans publicité, le mode de transmission des candidatures et des offres (art 56 du Code des Marchés Publics) ;
- pour les procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres des soumissionnaires qui n'auraient pas respecté son choix. Néanmoins, dès le 1^{er} janvier 2010, la transmission des candidatures et des offres par voie électronique pourra être exigée (art 56 du Code des Marchés Publics) ;
- accuse réception des candidatures et des offres transmises par voie électronique ou sur support physique électronique en mentionnant la date et l'heure de réception (art 8).

L'opérateur économique (soumissionnaire) :

- présente un dossier de candidature et d'offre de manière séparée (art 8) :
 - dans le cas d'un envoi par voie électronique, il est présenté dans des fichiers distincts,
 - dans le cas d'un envoi d'un support physique électronique, il est présenté sur des supports distincts.

6) La transmission d'une copie de sauvegarde (art 9).

L'opérateur économique (soumissionnaire) :

- peut **accompagner sa transmission électronique d'une copie de sauvegarde** sur support physique électronique ou support papier ;
- **place la copie de sauvegarde dans un pli scellé** avec la mention lisible « copie de sauvegarde » ;
- **fait parvenir la copie de sauvegarde dans les délais impartis** par la personne publique pour la remise des candidatures et des offres.

Le pouvoir adjudicateur :

- **n'ouvre la copie de sauvegarde que dans un des cas suivants :**
 - l'offre transmise par voie électronique n'est pas parvenue dans le délai imparti de dépôts des candidatures ou des offres ;
 - l'offre transmise par voie électronique n'a pas pu être ouverte ;
 - le fichier électronique contenant la candidature ou l'offre est vérolé
- **doit détruire le pli** contenant la copie de sauvegarde, si celle-ci n'est pas ouverte.

7) Le traitement des fichiers vérolés : quelles règles appliquées ? (art 10, 11, 12).

a. Candidatures et offres électroniques non accompagnées d'une copie de sauvegarde.

- **Si le pouvoir adjudicateur détecte un virus** dans un des fichiers ou les deux, **il peut tenter d'effectuer des réparations** et conserve la trace à la fois de la malveillance et des réparations faites.
- **Le document électronique contenant une candidature** qui n'a pas été réparé ou dont la réparation a échoué est réputé n'avoir jamais été reçu.

Le candidat en est informé dans les conditions de l'article 80 du Code des Marchés Publics.

- Cependant, le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire de renvoyer les documents.
- **Le document électronique contenant une offre** qui n'a pas été réparé ou dont la réparation a échoué est réputé n'avoir jamais été reçu. Le candidat en est informé dans les conditions de l'article 80 du Code des marchés publics.

b. Candidatures et offres électroniques accompagnées d'une copie de sauvegarde.

- **Le pouvoir adjudicateur procède à l'ouverture de la copie de sauvegarde** dans le cas où les fichiers électroniques contiennent un programme malveillant.
- Le pouvoir adjudicateur **conserve la trace de la malveillance** du programme.
- Le pouvoir adjudicateur **peut réparer la copie de sauvegarde** si celle-ci contient un virus.
- La personne publique **garde la trace de ce virus ainsi que des opérations de réparations.**
- **La copie de sauvegarde contenant une candidature** qui n'a pas été réparée ou dont la réparation a échoué est réputée n'avoir jamais été reçue. Le candidat en est informé dans les conditions de l'article 80 du Code des Marchés Publics.
- Cependant, le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire de renvoyer les documents.
- **La copie de sauvegarde contenant une offre** qui n'a pas été réparée ou dont la réparation a échoué est réputée n'avoir jamais été reçue. Le candidat en est informé dans les conditions de l'article 80 du Code des marchés publics.

8) La question de la rematérialisation des offres électroniques.

- Pour au moins deux raisons, **la question de la rematérialisation des offres doit se poser :**

- le contrôle du marché par le contrôleur financier, le comptable public ou encore le contrôle de légalité, **le processus de dématérialisation n'étant pas encore abouti ;**
- **la cession ou le nantissement de créance** si l'on veut respecter la lettre de l'article 106 du Code des Marchés Publics.

- Aujourd'hui, l'absence d'équipement des autorités de contrôle, par exemple, est un blocage au tout dématérialisé et devient un objectif à pallier.

- Pour que le contrôle puisse s'effectuer, **cela nécessite la rematérialisation des offres électroniques et leur transmission papier après signature des mêmes personnes** qui ont signé électroniquement les documents constituant l'offre attributaire.

- Cela nécessite de nouveau l'utilisation du papier **et surtout l'insertion d'une clause de rematérialisation dans l'Acte d'engagement** afin de bien sceller l'engagement du titulaire de ne procéder à aucune modification entre les documents électroniques et les documents papiers.

RECOMMANDATIONS TECHNIQUES ET PRATIQUES

- Outre le côté juridique de la dématérialisation des marchés publics, cette nouvelle technique pose **un certain nombre de questions informatiques**.

- Que ce soit du côté candidat ou du côté de la personne publique, **le débit réseau Internet doit être conséquent** : au minimum du haut débit ADSL de 512 k ou 1024 k si possible (voir au-delà).

A titre d'exemple, la mise en ligne d'un DCE avec plans (comme un marché de travaux) d'environ 55 Mo nécessite une dizaine de minutes et la remise d'une offre dématérialisée de 60 Mo nécessite environ 30 minutes.

Du côté candidat, il ne semble guère y avoir d'autres solutions que **d'attirer leur attention sur ces risques de lenteur et de limiter le poids (en Mo) des documents demandés** aux candidats ou des documents constitutifs du DCE.

- **La disposition d'un PC ou d'un ordinateur portable relativement puissant** (processeur et mémoire vive) est nécessaire car la dématérialisation implique souvent **le fonctionnement simultané de plusieurs fichiers informatiques et de plusieurs logiciels** comme WORD, INTERNET EXPLORER, OUTLOOK ou ACROBAT READER...

- **La nécessaire visualisation des fichiers constitutifs de la réponse nécessitera que le PC ou l'ordinateur portable puisse être utilisé en CAO.**

De même, les agents qui analyseront les réponses doivent être équipé des logiciels permettant de lire les documents remis à titre de réponse et dont les formats sont acceptés par la personne publique.

Un audit des logiciels et formats de fichiers nécessaires doit d'ailleurs être fait pour chaque procédure de marché public.

- Enfin, **une arborescence informatique s'impose par procédure de marché public aussi bien du côté du disque dur de la personne publique que du côté du disque dur des candidats.**

Il semble indispensable que non seulement ces arborescences informatiques comportent les parties « Publicité », « Mise en ligne du DAC et/ou du DCE », « Gestion des plis dématérialisés » et « Echanges avec les candidats », mais aussi qu'elles regroupent les documents (registre de dépôt de l'ensemble des offres dématérialisées et papier, PV de commission d'appel d'offres, décision de la PRM...) élaborés pour la procédure de marché public dans son ensemble. **L'objectif est d'en faciliter la conservation et l'archivage.**