

ESPACE

INFOS



MAI 2004

n° 131

Dans ce numéro :

1 Dossier du mois :

La dématérialisation de la  
commande publique

2 Le Forum / En bref

3 Jurisprudences

4 Questions /  
Réponses

5 Textes Officiels

## La Dématérialisation de la commande publique

L'

article 56 du Code des  
Marchés Publics a pour am-  
bition de faire entrer la commande  
publique, domaine de prédilection  
du "tout-papier", dans l'ère des  
nouvelles technologies.

Parée, à tort ou à raison, de toutes  
les vertus (modernité, rapidité,  
transparence, réduction des coûts de  
gestion) la dématérialisation des  
marchés publics n'en demeure pas  
moins une source d'inquiétude pour  
les acheteurs publics.

Il semble cependant que leur réti-  
cences proviennent en grande par-  
tie d'une méconnaissance de ce que  
recouvre la dématérialisation.

C'est pourquoi nous allons tenter de  
les lever en revenant sur les aspects  
juridiques, et accessoirement prati-  
ques, de la mise en ligne de la com-  
mande publique.



### LA DÉMATÉRIALISATION DES PROCÉDU- RES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

L'article 56 du code des marchés publics,  
complété par un décret du 30 avril 2002,  
offre aux personnes publiques la possibi-  
lité de mettre les documents de la con-  
sultation de leurs marchés à la disposi-  
tion des entreprises par voie électroni-  
que.

Il leur permet également, et leur impo-  
sera bientôt, de recevoir les candidatu-  
res et les offres par ce même moyen.



---

## DOSSIER DU MOIS

---

### LA DÉMATÉRIALISATION DES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION

L'alinéa 1er de l'article 56 du code des marchés publics donne aux acheteurs publics la faculté de mettre en ligne les documents de la consultation.

Il s'agit du règlement de la consultation, le cas échéant de la lettre de consultation, du cahier des charges et des documents et renseignements complémentaires. Lorsque la collectivité opte pour la dématérialisation de ces documents, les modalités d'accès au réseau informatique sur lequel ils sont consultables doivent être précisées dans l'avis d'appel public à la concurrence (article 2 alinéa 1er du décret du 30 avril 2002).

Toutefois, cette dématérialisation n'est pas totale. En effet, l'acheteur public sera tenu de fournir les documents en version papier par voie postale aux candidats qui lui en feront la demande. L'on voit déjà que l'on est là bien loin de l'objectif affiché de simplification de la commande publique dès lors que cette double gestion, papier et électronique, risque de s'avérer lourde et délicate. Quant aux personnes intéressées et aux candidats qui souhaitent consulter et archiver les documents mis en ligne, ils ont pour obligation de s'identifier en fournissant au préalable le nom de l'organisme et celui de la personne physique téléchargeant les documents ainsi qu'une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'un accusé de réception (article 2 alinéa 2nd du décret du 30 avril 2002). Pour ce faire, les candidats n'ont pas, à ce stade, à faire usage d'un procédé de signature électronique. Il est à noter que les candidats qui auront ainsi pris connaissance par voie électronique des documents de la consultation ne seront pas pour autant tenus de déposer leur candidature et leur offre de la même manière mais pourront choisir de les remettre sur support papier (article 2 in fine du décret du 30 avril 2002).

### LA RÉCEPTION DES CANDIDATURES ET DES OFFRES PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

Dans le cadre de la dématérialisation, les acheteurs publics peuvent permettre aux candidats de transmettre leurs candidatures et leurs offres par voie électronique (article 56 alinéa 2nd du code des marchés publics).

Il ne s'agit encore que d'une faculté et la collectivité qui passe commande peut exclure ce mode de remise des candidatures et des offres en l'indiquant expressément dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Cependant, aucun avis ne pourra comporter cette interdiction à compter du 1er janvier 2005.

En d'autres termes, à partir de cette date, les acheteurs publics ne pourront plus refuser de recevoir des candidatures et des offres dématérialisées.

Quelles sont donc, en la matière, les obligations respectives de la personne publique et des candidats ?

#### Les obligations de la personne publique

La première impose que soient précisées les modalités de la transmission dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, le cas échéant, dans la lettre de consultation (article 3 alinéa 1er du décret du 30 avril 2002).

De façon plus générale, la personne publique est garante de la sécurité des échanges sur le réseau informatique (article 7 du décret du 30 avril 2002).

Elle s'assure également que ce réseau est accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire (même disposition). A ce titre, il faut souligner que l'absence pour l'heure de standard européen de certification empêche la réception par voie électronique des candidatures et des offres d'entreprises dont le siège se situe dans un autre pays membre de l'Union Européenne.

La personne publique a encore l'obligation de garantir la confidentialité des informations portant sur les candidatures et les offres (article 8 du décret du 30 avril 2002).

En la matière, elle peut se décharger, au moins en partie, de sa responsabilité sur le candidat à qui la personne responsable du marché peut demander d'assortir ses fichiers d'un système de sécurité tel que les candidatures et les offres ne puissent être ouvertes qu'avec leur concours (même disposition).

Au vu des obligations qui incombent à l'acheteur public, l'on ne peut qu'insister sur l'importance que revêtira le choix de la société tiers de confiance à laquelle il fera appel pour la dématérialisation de ses marchés.

En quelques mots, le tiers de confiance est le prestataire extérieur qui va apporter aux collectivités des solutions informatiques "clé en mains" leur permettant de mener à bien une procédure de marché dématérialisée,

Il a un rôle d'intermédiaire entre l'acheteur et les candidats.

C'est notamment lui qui certifiera l'horodatage, c'est à dire qui donnera date certaine aux documents échangés, et délivrera les accusés de réception comme l'exige l'article 3 dernier alinéa du décret du 30 avril 2002.

Il vous faudra donc prendre garde de choisir un tiers de confiance doté des compétences requises, tant techniques que juridiques, proposant un produit complet, c'est à dire permettant de réaliser une dématérialisation de la procédure de passation de bout en bout, opérationnel et évolutif, et enfin offrant un support et de préférence, des services de formation.

A cette fin, il est recommandé de s'adresser à une société affiliée à la Fédération nationale des tiers de confiance.



---

## DOSSIER DU MOIS

---

### Les obligations des candidats

Pour leur part, les candidats auront pour principale obligation de transmettre leurs candidatures et leurs offres dans des conditions qui permettent d'authentifier leur signature selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du code civil.

Ces dispositions, issues de la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve électronique aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, posent le principe selon lequel l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier à la condition, d'une part, qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à garantir son intégrité et, d'autre part, que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane. A cette fin, l'écrit électronique doit être revêtu d'une signature électronique, définie par l'article 1316-4 du code civil comme "un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel il s'attache".

Concrètement, une signature électronique se compose de trois éléments : une clé privée qui permet à l'expéditeur de signer le document, une clé publique qui permet au destinataire de lire le document et enfin un certificat nominatif permettant d'authentifier la signature.

Il appartiendra donc aux candidats aux marchés publics d'acquiescer un certificat auprès d'un tiers certificateur. A ce jour, dix huit autorités de certification ont été référencées par le ministère de l'Economie et des Finances. Outre cette obligation, il est entendu que les frais d'accès au réseau et de recours à la signature électronique sont à la charge des candidats (article 7 du décret du 30 avril 2002).

Par ailleurs, il est à noter que les candidats devront faire un choix entre la transmission électronique de leurs candidatures et de leurs offres et leur envoi sur support papier (article 5 du décret du 30 avril 2002).

En conséquence, dans le cas où un candidat cumulerait les deux envois, il semblerait que la personne publique doive les rejeter tous deux.

Enfin, si un document électronique envoyé par un candidat est infecté par un virus, la personne publique archivera ce document sans le lire et l'informerait de ce que ce document sera réputé n'avoir jamais été reçu (article 10 du décret du 30 avril 2002).

### L'ORGANISATION D'ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES POUR LES FOURNITURES COURANTES

Outre la dématérialisation des procédures de passation des marchés, l'article 56 du code des marchés publics permet aux acheteurs publics d'organiser des enchères électroniques pour commander leurs fournitures courantes.

Le décret du 18 septembre 2001 pris pour l'application de cette disposition définit les enchères électroniques comme "le procédé par lequel les candidats à un marché public admis à présenter une offre s'engagent sur une offre de prix transmise par voie électronique dans une période de temps préalablement déterminée par l'acheteur public et portée à la connaissance de l'ensemble des candidats" (article 1er alinéa 2nd du décret).

Il s'agit d'enchères inversées. Cela signifie que, contrairement aux enchères telles qu'on les entend traditionnellement, les candidats font varier leurs offres de prix à la baisse.

Pendant la période d'enchères fixée par la personne publique, les candidats sont tenus informés du niveau des offres de prix faites par leurs concurrents, dont l'identité doit demeurer secrète (article 1er alinéa 3 du décret du 18 septembre 2001).

A l'issue de cette période, les offres deviennent intangibles et engagent leurs auteurs pendant la durée de validité des offres (article alinéa 4 du décret du 18 septembre 2001).

Au final, l'acheteur conclura généralement le marché avec le candidat dont l'offre est la plus basse. Cependant, le système des enchères électroniques n'exclut pas que la personne publique sélectionne les offres sur d'autres critères que le seul prix (article 1er dernier alinéa du décret du 18 septembre 2001).

Il est à noter que ce système d'enchères publiques ne peut être mis en oeuvre que pour l'achat de fournitures courantes, soit "celles pour lesquelles la personne publique n'impose pas de spécifications techniques qui lui sont propres" (article 1er alinéa 1er du décret du 18 septembre 2001). Par ailleurs, l'organisation d'enchères électroniques ne dispense pas l'acheteur public de respecter les procédures prévues par le code des marchés publics en fonction du montant des fournitures commandées (article 2 du décret du 18 septembre 2001).

Enfin, la personne publique est tenue, comme en matière de dématérialisation des procédures, d'assurer la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire et de garantir la confidentialité des informations portant sur les candidatures et les offres (articles 4 et 5 du décret du 18 septembre 2001).

En pratique, les collectivités devront là encore s'attacher les services d'un prestataire extérieur proposant des applications informatiques permettant l'organisation, dans le respect du cadre réglementaire, d'enchères électroniques.

En conclusion, on insistera encore une fois sur l'échéance du 1er janvier 2005 à compter de laquelle aucune collectivité, quelle que soit sa taille, ne pourra refuser de recevoir, dans le cadre des procédures formalisées régies par le code des marchés publics, les candidatures et les offres par voie électronique.