

# Echangeur Bordeaux Aquitaine

## Veille et aspects juridiques des marchés publics en ligne : trouver des appels d'offres dématérialisés et y répondre

28 septembre 2010

Eric VIDAL

*Avocat à la Cour, FIDAL*



## Introduction

- Définition de la dématérialisation : gérer au format électronique des données ou des documents
- Dématérialisation des marchés publics = transmission des documents par voie électronique, les supports physiques électroniques étant assimilés à des supports papier
- Le CMP (article 56) envisage l'emploi de l'électronique dans la procédure de passation des marchés et pose des échéances (2010 et 2012)

## **Plan de l'étude**

- **Rappels succincts des principes fondamentaux applicables aux marchés publics**
- **Cadre juridique de la dématérialisation des marchés publics**
- **Mise en œuvre de la dématérialisation des marchés publics**
- **Impact de la dématérialisation des marchés publics pour l'entreprise**

## **Droit des marchés publics – principes fondamentaux**

- **Définition des marchés publics**
  - Contrats administratifs
  - Conclues à titre onéreux
  - Par des personnes morales soumises au Code (acheteur public) avec des personnes publiques ou privées (opérateur économique)
  - Pour répondre aux besoins de l'acheteur public
  - En matière de travaux, fournitures et services

## Droit des marchés publics - principes fondamentaux

### ■ Principes fondamentaux de la commande publique :

- Liberté d'accès à la commande publique
- Égalité de traitement des candidats
- Transparence des procédures

**Impliquent procédures de publicité et de mise en concurrence = efficacité de la commande publique**

## Droit des marchés publics - principes fondamentaux

### ■ Procédures de passation des marchés publics

- Distinction en fonction du montant du marché entre les procédures formalisées, les procédures adaptées et la procédure de gré à gré
  - **les procédures formalisées (art. 26 CMP)** : appel d'offres ouvert ou restreint, procédure négociée, dialogue compétitif, concours, accords cadres..)
  - **la procédure adaptée (art. 28 du CMP)**  
marchés de travaux, de fournitures ou de services inférieurs à 125 000 € HT pour l'Etat et **193 000 € HT** pour les collectivités territoriales.
  - **marché de gré à gré (4.000 €)**

## Droit des marchés publics – principes fondamentaux

### ■ Procédures – seuils marchés de fournitures et de services

Procédures	Seuils	Publicités
<b>Procédure libre</b>	< 4 000 € HT	ni publicité ni mise en concurrence (devis)
<b>Procédure adaptée</b> Modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par l'acheteur.	> 4 000 € HT et < 193.000 € HT (Coll. Terr.) < 125.000 € HT (Etat)	< 90 000 € HT : adaptée au montant et à la nature du marché
		> 90 000 € HT : publication d'un avis d'appel public à la concurrence (BOAMP ou JAL – presse spécialisée)
<b>Procédures formalisées</b>  Appel d'offres – ou selon hypothèses : procédure négociée, dialogue compétitif	> 193.000 € HT (Coll. Terr.) > 125.000 € HT (Etat)	Publicité au BOAMP et au JOUE

## Droit des marchés publics – principes fondamentaux

### ■ Seuils applicables aux marchés de travaux

Procédures	Seuils	Publicités
<b>Procédure libre</b>	< 4 000 € HT	Ni publicité ni mise en concurrence (devis)
<b>Procédure adaptée</b>	> 4 000 € HT	< 90 000 € HT : adaptée au montant et à la nature du marché
	< 4.845 000 € HT	> 90 000 € HT : publication d'un avis d'appel public à la concurrence (BOAMP ou JAL – presse spécialisée si utile)
<b>Procédures européennes</b> appel d'offres	> 4.845 000 € HT	Publicité au BOAMP et au JOUE

## Cadre juridique de la dématérialisation des marchés publics

### ■ Règles de droit public

- Article 56 du Code des marchés publics - 3 séries de dispositions
  - Transmission aux entreprises, par voie électronique, des informations relatives au marché (règlement de la consultation et DCE)
  - Transmission par les entreprises des candidatures et des offres par voie électronique
  - Faculté de remplacer tous les écrits par un support ou un échange électronique - principe de substitution générale.

## Les échéances de 2010 et 2012

- **Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010 :**
  - Le pouvoir adjudicateur **peut imposer** la transmission électronique des candidatures et des offres
  - Pour les marchés de fournitures et services **électroniques** > 90.000 € les documents des candidats doivent être transmis par voie électronique
  - Le pouvoir adjudicateur doit publier l'AAPC et le DCE sur le profil acheteur (plateforme) des marchés > 90.000 €
  - Rappel : en procédure formalisée l'acheteur **est obligé** de recevoir les candidatures et les offres dématérialisées depuis 2005

## Les échéances de 2010 et 2012

- À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012 pour tous les marchés > 90.000 euros le pouvoir adjudicateur ne peut refuser de recevoir les documents des candidats transmis par voie électronique

## Le profil d'acheteur

- Le profil d'acheteur est le site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur a recours pour ses achats
- Obligatoire pour les marchés d'un montant supérieur à 90 000 €
- Portail + application logicielle de gestion des procédures (salle des marchés virtuelle)
  - Mise ligne des avis et DCE
  - Réception candidatures et offres sécurisées et confidentielles

## Cadre juridique de la dématérialisation des marchés publics

### ■ Principales règles de droit public :

- Intégration des nouvelles technologies

Dir. 2004/18/CE: coordination des procédures de passation des MP travaux, fournitures et services (directive classique)

- Procédure de passation opérée par des moyens électroniques

mise à disposition des documents par un moyen électronique → **réduction de 5 jours du délai de réception des offres** (Dir. 2004/18/CE art. 38)

## Cadre juridique de la dématérialisation des marchés publics

### ■ Règles de droit privé : l'écrit électronique a désormais la même valeur juridique que l'écrit papier

- Dir. 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre juridique communautaire pour les signatures électroniques: la signature électronique simple et la signature électronique « avancée »
- Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : **articles 1316 et suivants du Code civil**
- Les décrets d'application (n°2001-272 du 30 mars 2001, n°2002-535 du 18 avril 2002)

## Cadre juridique de la dématérialisation des marchés publics

- **Règles de droit privé : un cadre juridique en constante évolution**
  - Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
  - Loi de simplification du droit autorisant le gouvernement à déterminer, par voie d'ordonnance, les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des informations échangées entre les usagers et les autorités administratives

## Cadre juridique de la dématérialisation des marchés publics

- **Différentes signatures électroniques (SE)**
  - La SE « simple » (art.4 loi 13 mars 2000)  
Pas de présomption de fiabilité mais peut être utilisée à titre de preuve.
  - La SE « avancée » ou « présumée fiable » :  
renversement de la charge de la preuve.
- **Différents niveaux de SE : 1,2,3**
- **Des SE et Certificats niveau 3 sont requis pour le dépôt des candidatures et offres**

## Cadre juridique de la dématérialisation des marchés publics

### ■ Obligations de l'acheteur public

- Dématérialisation et respect des principes fondamentaux de la commande publique
- Obligation de garantir la sécurité des transactions et la confidentialité des informations transmises
- Obligations qui doivent être remplies sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire

## Cadre juridique de la dématérialisation des marchés publics

### ■ Obligations du candidat

- Choix (+ ou - selon RC nature et montant du marché) du support de leur réponse quelle que soit la forme du dossier retiré (électronique ou papier):
- Transmission des candidatures et des offres par **voie électronique**, sur **support papier** ou sur un **support physique électronique** (CD-Rom, disquette)
- Si choix du support électronique :
  - Le candidat doit organiser sa structure en vue d'une passation électronique conforme aux textes :  
identification, désignation d'une personne habilité à représenter l'entreprise, fournir une adresse électronique, procédure d'accusé de réception électronique
  - Sécuriser leur système
  - Assumer les frais d'accès au réseau

## Mise en œuvre de la dématérialisation

## Mise en œuvre de la dématérialisation pour les personnes publiques

- Deux principales options sont possibles pour les personnes publiques :
  1. l'intégration d'une solution en interne
  2. ou le recours à une plate-forme de dématérialisation

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ■ Publicité

- support des avis de publicité : publication dans la presse officielle (BOAMP, JOUE, JAL, journal spécialisé)
- Publicité dématérialisée : complément - **marchés conclus selon la procédure adaptée**

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ■ Contenu de la publicité : informations relatives à la dématérialisation

- Établi conformément aux modèles fixés par arrêtés du Ministre chargé de l'Economie  
informations relatives à la dématérialisation : rubrique renseignements complémentaires (format des documents, niveau de signature électronique exigé...)
- Indique les modalités d'accès au réseau informatique : adresse Internet permettant aux candidats de télécharger le DCE

## Mise en œuvre de la dématérialisation

- Indiquer les modalités de transmission par voie électronique des candidatures et des offres
  
- AO restreint : lettre de consultation transmise par voie électronique

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ▪ Dématérialisation du RC et du DCE

- Mise en ligne
  - **RC** : quelle que soit la procédure / toutes «personnes intéressées» (candidat potentiel ou non) doivent pouvoir le consulter ou l'archiver.
  
  - **Autres pièces du DCE**

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ■ Dématérialisation du RC et du DCE

- Téléchargement par le candidat
  - Doivent pouvoir **consulter et archiver** sur leur ordinateur le RC et le DCE
  - **Téléchargement du DCE subordonné à la communication à la personne publique d'un certain nombre de renseignements :**
    - Nom de l'organisme
    - Nom de la personne physique téléchargeant les documents
    - Adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ■ Réception des candidatures et des offres

- Présentation et contenu des candidatures et des offres
  - AOO : documents classés et répertoriés selon les indications contenues dans le RC
- Signature électronique par les candidats
  - Conditions permettant « *d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du code civil* » -  
Utilisation d'un certificat électronique délivré par une autorité de certification
  - Personne habilitée à signer et à transmettre la candidature et l'offre désignée par le candidat → signature électronique utilisée délivrée à une personne pouvant valablement engager l'entreprise (délégations de pouvoirs)

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ■ Délais de réception des candidatures et des offres

- Délai et modalités de réception : déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et garantir la confidentialité
  - date certaine de réception et accusé de réception électronique
  - Mécanisme d'horodatage (l'acheteur public devra indiquer les références horaires utilisées) et mécanisme d'accusé de réception.
- Réception des documents volumineux
- Candidature et offre contenant un virus informatique      archivage de sécurité sans lecture du document / information du candidat
- Offres reçues hors délais : **irrecevabilité**

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ■ Sécurité des transactions et confidentialité des offres

- Obligations pour la personne publique :
  - Mécanisme garantissant le secret du contenu du dossier → chiffrement ou cryptage des offres
  - Offres doivent pouvoir être stockées en attendant la réunion de la CAO → emploi de coffre fort électronique
  - dossiers des candidats transmis par tout moyen permettant de garantir la confidentialité.

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ■ Examen des candidatures et des offres

- Simultanément quel que soit le support (papier/électronique)
- Ouverture des plis relatifs aux candidatures et aux offres
  - disposer des habilitations et codes informatiques nécessaires pour accéder au dossier de candidature
  - Vérifier le contenu
  - effectuer le contrôle afin de s'assurer de la validité de la signature
  - informer le candidat du rejet de sa candidature (dématérialisation)

## Mise en œuvre de la dématérialisation

- **Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse**
- **Production certificats et attestations par le candidat retenu (par ex. ISO)**
  - Fourniture des certificats dématérialisés dépend de la capacité des organismes certificateurs à les produire
  - Numérisation des certificats possible (copie) ou par la voie postale
- **Information du rejet des offres**

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ■ Conclusion du marché

- Signature du marché par → signature électronique
- Notification du marché → transmission électronique. Système d'horodatage pour établir la date de réception par le titulaire.

### ■ Re-matérialisation du marché : Une solution temporaire

- Lorsque la personne publique ne peut transmettre l'offre dématérialisée à une personne publique aux fins de traitement
- Pour que le titulaire du marché puisse céder ou nantir sa créance

## Mise en œuvre de la dématérialisation

### ▪ Archivage des documents électroniques

- Absence de cadre juridique
- Normes techniques de référence

### ▪ Fiabilité et pérennité des documents archivés?

- Acteurs de l'archivage électronique

## **Impact de la dématérialisation des marchés publics pour l'entreprise**

- **Avantages de la dématérialisation**
  - Gain de temps
  - Gestion et traitement des données facilités
  - Accès facilité aux documents
  - Publicité élargie des procédures engagées
  
- **Nouveaux risques juridiques à maîtriser**
  - Gestion des outils de signature électronique
  - Adaptation des délégations de signature/de pouvoir
  - Nécessaire mise en place d'une charte informatique
  - Archivage des documents électroniques
  
- **Respect de la loi Informatique et libertés**