

VADE-MECUM JURIDIQUE
sur la dématérialisation des marchés publics

Sommaire

Introduction.....	3
1.Définition de la dématérialisation.....	4
1.1.La dématérialisation est avant tout une technique.....	4
1.2....à laquelle il est reconnu une valeur juridique.....	4
1.3....pour la mise en œuvre des règles de l'achat public.....	4
2.Bases juridiques.....	5
2.1.Au niveau communautaire.....	5
2.2.Au plan national.....	6
3.Le champ d'application de la dématérialisation.....	9
3.1.Quels sont les opérations et les documents relatifs aux marchés publics qui peuvent être dématérialisés?.....	9
3.2.Quels sont les marchés concernés par la dématérialisation?.....	10
4.Les moyens fonctionnels de la dématérialisation.....	13
5.Le suivi de la procédure : le « journal des événements ».....	13
6.La publicité dématérialisée des marchés.....	15
6.1.La forme de la publicité.....	15
6.2.Le contenu de la publicité.....	15
6.3.La date de la publicité.....	16
6.4.Les informations relatives à la dématérialisation dans l'AAPC.....	16
6.5.Les informations relatives à la dématérialisation dans le règlement de consultation.....	17
7.La mise en ligne des dossiers de consultation des entreprises.....	18
7.1.Quels sont les documents à mettre en ligne?.....	18
7.2.Quand peut-on mettre en ligne ces documents?.....	19
7.3.Ces documents doivent-ils être signés par l'acheteur?.....	19
8.La consultation et le chargement du règlement de consultation et du DCE.....	20
8.1.La liberté des entreprises de choisir le mode de transmission des documents.....	20
8.2.L'accès de ces documents par la voie électronique.....	20
9.La réception dématérialisée des candidatures et des offres.....	23
9.1.Les entreprises restent toujours libres du mode de transmission de leurs candidatures et de leurs offres quelle que soit la forme du dossier retiré.....	23
9.2.Le choix irréversible et global du mode de transmission par l'entreprise.....	23
9.3.La signature des entreprises pour une transmission électronique.....	24
9.4.La sécurité des transactions et la confidentialité des informations transmises.....	27
9.5.La présentation et le contenu des candidatures et des offres.....	30
9.6.La réception de documents volumineux.....	31
9.7.Les modalités de réception des candidatures et des offres dématérialisées.....	32

10.L'examen des candidatures et des offres jusqu'à l'attribution du marché.....	32
10.1.Le cadre juridique.....	34
10.2.Le respect de la confidentialité des candidatures et des offres.....	35
10.3.Les candidatures et les offres remises hors délai.....	35
10.4.Les candidatures et les offres contenant des virus.....	36
10.5.L'ouverture et l'examen des candidatures.....	37
10.6.L'ouverture et l'examen des offres.....	38
10.7.Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, la production des certificats par le candidat retenu, leur vérification par la PRM.....	38
11.La conclusion et la notification du marché dématérialisé.....	39
11.1.Un marché public peut être un document électronique.....	40
11.2.La pratique peut demander qu'une offre dématérialisée ou un marché public dématérialisé soit re- matérialisé.....	40
11.3.La signature du marché par la personne publique.....	42
11.4.L'information des candidats dont l'offre n'est pas retenue et les marchés sans suite.....	42
11.5.La notification du marché.....	42
11.6.La publication annuelle des marchés et des prestataires retenus.....	43
12.Le contrôle et l'exécution des marchés dématérialisés.....	43
12.1.Marchés dématérialisés et contrôle de légalité.....	43
12.2.Marchés dématérialisés et comptable public.....	45
12.3.Marchés dématérialisés et contrôle juridictionnel.....	46
13.L'archivage des marchés dématérialisés.....	47
13.1.Les délais de conservation des dossiers de marchés.....	47
13.2.L'archivage des dossiers de marchés publics dématérialisés.....	48
14.La mise en œuvre de la dématérialisation.....	51
Liste des abréviations.....	52
Annexe n°1 : Propositions sur la classification et le format des pièces d'un marché public (Direction des archives de France).....	53
Annexe n°2 : Recommandations relatives à l'archivage des données issues des plates-formes sécurisées d'échange (Direction des archives de France).....	56
Annexe n°3 : Les textes.....	60

Introduction

La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics introduite par le code des marchés publics (CMP) adopté en 2001, s'inscrit naturellement dans le plan Administration ELectronique 2004-2007/ADELE présenté en 2004 par l'Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE). Leurs objectifs qui sont de favoriser la circulation de l'information par voie électronique et de mettre en œuvre des services interactifs tout en assurant une meilleure gestion et un renforcement de l'efficacité des services au profit des citoyens sont communs.

Dans le domaine de l'achat public, l'utilisation de moyens électroniques doit en particulier concourir - dans le respect des principes qui régissent le droit des marchés publics : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures - au renforcement de l'efficacité de la commande publique, à la bonne utilisation des deniers publics et à la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse. Si ces objectifs ne sont pas nouveaux, la réalisation de certaines opérations du processus d'achat par le développement des échanges numériques permettra notamment aux acheteurs de rationaliser leurs moyens consacrés à l'achat, d'opérer une meilleure qualification de leurs besoins et de développer l'analyse des offres.

Acheteurs publics et entreprises ont également intérêt à entrer dans ce processus de modernisation. Les premiers parce qu'après une rationalisation de leurs organisations d'achat et de leurs procédures, ils renforceront leurs performances en termes d'efficacité économique, les seconds car ils bénéficieront d'une publicité élargie des procédures engagées, d'un accès facilité aux documents de ces consultations et de la possibilité de présenter leurs candidatures et leurs offres grâce à des outils sécurisés et plus rapides.

Le présent vade-mecum s'adresse aux acheteurs publics, aux entreprises et aux prestataires de services informatiques qui œuvrent dans le domaine de l'achat public. Rédigé suite aux réunions d'un groupe de travail inter-ministériel instauré sous l'égide de l'ADAE et de la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, il a pour objet de répondre aux interrogations juridiques soulevées par la mise en œuvre de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics dans la perspective pour les acheteurs de recevoir des candidatures et des offres par la voie dématérialisée à compter du 1^{er} janvier 2005, à l'exclusion des questions relatives aux enchères électroniques qui ne sont pas concernées par cette échéance. Les travaux du groupe se sont également inspirés des réflexions menées au sein de la Mission pour l'Economie Numérique (MEN) et plus particulièrement du groupe 7 consacré à la « *dématérialisation de l'achat public et de l'exécution de la dépense publique* ». Les quelques points techniques qui sont abordés ici le sont au seul motif qu'ils apportent un éclairage indispensable à la compréhension des questions juridiques qui y sont traitées.

Toutefois, la dématérialisation des procédures de passation devrait à terme naturellement aboutir à la conclusion de marchés dématérialisés. En conséquence, ont été envisagés le contrôle et l'exécution desdits marchés, les questions relatives à leur archivage ainsi que certaines questions connexes.

Enfin, il convient de souligner que les interprétations et solutions préconisées ont été émises sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond et dans un contexte juridique et technique donné. Ce document sera donc amené à évoluer compte tenu notamment de la transposition des directives communautaires du 31 mars 2004 (*cf* point 2-1) et des progrès de la technologie.

1. Définition de la dématérialisation

1.1. La dématérialisation est avant tout une technique...

D'un point de vue pratique, la dématérialisation consiste à mettre en œuvre des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations sans support papier. *A priori*, elle n'a aucun effet sur le contenu de ces informations qui restent ce qu'elles sont indépendamment de la forme que prend leur support.

1.2. ...à laquelle il est reconnu une valeur juridique...

Jusqu'à récemment et d'une manière générale, le fonctionnement de notre système juridique était fondé uniquement sur la reconnaissance d'une valeur donnée aux faits et aux droits par l'intermédiaire d'un système probatoire qui donnait la suprématie à l'écriture manuscrite, qu'elle soit manuelle ou mécanique, sur un support papier. L'inscription ou la transcription d'informations sur un support électronique et toutes les manipulations qui peuvent en être faites ne pouvaient pas alors être prises en considération directement dans les relations juridiques puisqu'elles nécessitaient préalablement de décrire ce qui n'étaient que de simples faits pour permettre de procéder ensuite à leur qualification juridique.

La volonté de donner directement une valeur juridique aux informations et aux opérations dématérialisées oblige d'adopter une nouvelle approche qui consiste à fixer préalablement par des textes les caractéristiques qu'elles doivent présenter pour en tirer directement des conséquences juridiques. En général, deux conditions au moins sont requises : la garantie de l'identification de leur auteur et l'intégrité (qui garantit qu'elles n'ont subi aucune altération). Ceci se traduit ensuite par la mise en place de moyens techniques et organisationnels dont il est reconnu qu'ils y répondent.

Les dispositions insérées dans le Code civil relatives à la signature électronique sont un exemple de la prise en compte de cette nouvelle situation. Ainsi, sous réserve qu'une signature électronique remplisse les conditions posées par le Code civil, il est reconnu à cette signature une valeur juridique exactement équivalente à celle qui est reconnue par le Code civil à une signature manuscrite.

1.3. ...pour la mise en œuvre des règles de l'achat public.

Les textes communautaires et nationaux en matière de marchés publics sont essentiellement consacrés à la procédure de passation de ces contrats et à leur exécution. Le volume des textes relatifs à la dématérialisation des procédures reste très modeste et rien ne semble nécessiter que cela change.

En effet, la dématérialisation n'implique aucunement que les règles de fond et de procédure qui régissent les marchés publics soient modifiées hormis les cas où la voie électronique peut provoquer la naissance de nouveaux faits ayant une portée juridique que la règle ne pouvait prendre en considération jusqu'alors.

Toutefois, la dématérialisation permettra de mettre en œuvre de nouvelles procédures d'achats, ne pouvant être envisagées que par voie électronique, et de bénéficier d'aménagement des procédures existantes¹ avec la transposition au plus tard le 31 janvier 2006 des directives 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 et 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

¹ Comme la possibilité de réduire le délai de dépôt des candidatures et des offres pour les marchés dont les avis de publicité auront été envoyés à la publication par le voie électronique (art 38-5. de la directive 2004/18/CE).

Il importe néanmoins de souligner que la très grande majorité des questions soulevées par la dématérialisation sont de nature technique et que le choix des solutions adoptées par les acheteurs se doit de respecter l'ensemble des prescriptions posées en matière de marché public. Par exemple, le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires suppose que les formats des documents électroniques acceptés par le système mis en place par l'acheteur pour un marché donné soient largement disponibles en particulier parmi les professionnels susceptibles de se porter candidat à ce marché. En outre, ce choix doit également prendre en compte le besoin d'assurer la lisibilité à moyen voire à long terme de ces formats.

La dématérialisation implique donc une analyse préalable des règles de la commande publique pour apprécier leur portée afin de choisir la solution technique la plus adaptée. Il conviendra en particulier dans cet exercice d'identifier l'objectif poursuivi par ces normes afin d'estimer si la solution technique retenue répond au niveau de sécurité juridique nécessaire. Si la solution va au-delà, il peut en résulter un coût disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi.

2. Bases juridiques

2.1. Au niveau communautaire

Le droit européen de la commande publique n'intégrait pas jusqu'alors les nouvelles technologies de l'information. Le dispositif adopté en 2004 qui doit être transposé au plus tard le 31 janvier 2006, leur reconnaît un rôle moteur pour l'élargissement de la concurrence et l'amélioration de l'efficacité de la commande publique.

La 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 (JOCE-L 134 du 30 avril 2004) et la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JOCE-L 134 du 30 avril 2004), soulignent leur intérêt dans l'acte d'achat. Ainsi est-il mentionné dans le point 12 du considérant de la première que « *ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et d'économies que l'utilisation de telles techniques comportent. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des techniques d'achat électroniques, pour autant que leur utilisation soit faite dans le respect des règles établies par la présente directive et des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence* » ; cette formulation est reprise quasiment à l'identique dans le point 20 du considérant de la seconde.

La directive 2004/18/CE ouvre trois voies : la faculté d'utiliser des moyens de communication électronique pour toutes les procédures d'achat ; les enchères électroniques inversées ; le système d'acquisition dynamique. L'objet du vade-mecum ne concerne que la première qui est traitée essentiellement à l'article 42 de la directive².

Il faut en retenir que :

- tous les échanges d'informations qu'induit la procédure de passation d'un marché peuvent être opérés par des moyens électroniques ;
- ces moyens doivent présenter certaines qualités pour permettre d'assurer l'intégrité des informations transmises ainsi que la confidentialité des offres et candidatures³
- ces moyens ne doivent pas être discriminatoires mais être généralement disponibles et inter-opérables ;

² Cette voie figure à l'article 48 de la directive 2004/17/CE.

³ Les exigences minimales auxquelles doivent répondre les dispositifs de réception des offres et des demandes de participation figurent en annexe X de la directive.

- les Etats membres peuvent demander que les offres électroniques soient assorties d'une « *signature électronique avancée* » au sens de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JOCE-L 13/12 du 19 janvier 2000).

L'article 38 de la directive 2004/18/CE prévoit aussi que la mise à disposition des entreprises des documents du marché par un moyen électronique permettra une réduction du délai de réception des candidatures et des offres⁴. Cette réduction de délai n'est pas accessible avant la transposition de la directive en droit français.

Les directives indiquent aussi que doit s'appliquer aux transmissions d'informations par la voie électronique la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite « directive sur le commerce électronique » (JOCE-L 178/1 du 17 février 2000). On soulignera seulement ici qu'en vertu de ce texte « *les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridique de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique* ».

2.2. Au plan national

2-2-1/ Le code des marchés publics et ses textes d'application

C'est l'article 56 du code des marchés publics (CMP) annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics (JO du 8 mars 2001), aujourd'hui abrogé, qui a introduit la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics. Son contenu, repris intégralement sous réserve d'une simple modification de présentation de ses alinéas, figure aujourd'hui dans l'article 56 du CMP annexé au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant CMP (JO du 8 janvier 2004).

Il pose les quatre règles suivantes :

- l'acheteur public peut mettre à disposition des entreprises par voie électronique les documents nécessaires pour leur permettre de présenter leurs candidatures et leurs offres ;
- sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées par voie électronique, aucun avis ne pouvant plus comporter d'interdiction à compter du 1^{er} janvier 2005 ;
- la possibilité pour l'acheteur public d'organiser des enchères électroniques pour l'achat de fournitures courantes ;
- la faculté de remplacer tous les écrits mentionnés dans le CMP par des documents sur un support ou un échange électronique.

Les deux premières font l'objet du décret n° 2002-692 du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du CMP et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics (JO du 3 mai 2002) dont les dispositions sont rappelées et commentées ci-après.

La troisième fait l'objet du décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques (JO du 19 septembre 2001).

⁴ Une disposition identique figure dans l'article 45 de la directive 2004/17/CE.

2-2-2/ Les textes relatifs à la signature électronique

2-2-2-1/ Le dispositif en vigueur...

Le décret du 30 avril 2002 précité fait référence à la signature électronique. Ainsi sa mise en œuvre oblige à se référer aux articles 1316 à 1316-4 du Code civil issus de la 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 (JO du 14 mars 2000) qui transpose dans le droit français la directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 précitée, et au décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique (JO du 31 mars 2001). Le dispositif réglementaire relatif à la signature électronique a été complété par le décret n° 2002-535 du 18 avril 2002, qui met en place les conditions d'évaluation et de certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information. Un arrêté du 26 juillet 2004 pour l'application du décret du 30 mars 2001 précité prévoit les modalités de la reconnaissance de la qualification des prestataires de services de certification électronique et de l'accréditation des organismes qui procèdent à leur évaluation (JO du 7 août 2004).

Ce cadre juridique ne permet cependant pas de garantir la sécurité des échanges entre les usagers et les autorités administratives. Des services de sécurité intervenant dans le cadre des téléservices tels que l'identification, la signature électronique "simple", la confidentialité, l'horodatage et l'archivage, ne sont pas couverts par les textes décrits. En outre, le niveau de sécurité de la signature électronique présumée fiable ne correspond pas toujours aux exigences de sécurité des téléservices disponibles et mis en œuvre.

2-2-2-2/ ... sera complété par des textes en cours d'élaboration.

C'est pourquoi le Gouvernement a demandé au Parlement une habilitation dans le projet de loi de simplification du droit (dit « PLH2 »), afin de prendre par ordonnance les mesures nécessaires « *pour assurer la sécurité des informations échangées entre les usagers et les autorités administratives* ».

L'ordonnance prise en application de cet article aura quatre objectifs principaux :

- la constitution d'un référentiel général de sécurité, appelé à ce stade « politique de référencement intersectoriel de sécurité » (PRIS) définissant les exigences de sécurité relatives aux services et produits de sécurité. Il s'agit d'un référentiel documentaire identifiant plusieurs niveaux croissants de sécurité (niveaux 1, 2, 3) s'appliquant à différents services de sécurité tels que l'identification, la signature électronique, la confidentialité, l'archivage et l'horodatage et aux produits de sécurité utilisés dans le cadre de ces services. La procédure de constitution, de mise à jour, d'approbation et de publication de ce référentiel sera définie par l'ordonnance et ses textes d'application ;
- l'obligation pour les autorités administratives qui offrent des téléservices d'indiquer, pour chacun d'eux, le niveau de sécurité exigé, sur la base de la PRIS. Cette obligation permettra d'éviter un morcellement du marché qui se produirait si chaque autorité administrative définissait isolément les niveaux de sécurité qu'elle exige ;
- l'obligation pour les prestataires de services de sécurité et les fournisseurs de produits de sécurité de respecter les exigences de la PRIS correspondant au niveau de sécurité choisi, afin que les services et produits puissent être acceptés par les administrations. La conformité à ces exigences sera garantie par une qualification de la sécurité des services et produits utilisés, obtenu selon des procédures définies par l'ordonnance ou ses textes d'application et s'appuyant notamment sur le schéma français d'évaluation et de certification des produits de sécurité mis en place par le décret du 18 avril 2002 précité. Cependant, le fait qu'un produit ou un service soit au niveau de sécurité requis ne suffit pas pour qu'il soit automatiquement acceptable par une administration : des questions juridiques (possibilité d'audits du prestataire, gestion des responsabilités, etc.) ou techniques (modalités de mise à disposition des listes de révocation, impacts éventuels sur

l'application, etc.) doivent être précisées. Il est de ce fait nécessaire de mettre en place un processus permettant de déterminer si les produits et services de sécurité qualifiés peuvent être utilisés par les usagers dans leurs relations avec l'administration. Les modalités de l'acceptabilité par les autorités administratives seront définies par l'ordonnance et ses textes d'application, et seront communes à toutes les autorités administratives, afin d'éviter la multiplication de référencements distincts ; cela permettra notamment de déterminer des listes de produits et services de signature auxquels se référeront les autorités administratives ;

- l'utilisateur, particulier ou entreprise, qui utilise un produit et/ou un service de sécurité acceptable par l'administration pour effectuer une démarche administrative par voie électronique ne pourra pas voir sa demande refusée au seul motif que l'autorité administrative ne reconnaît pas le prestataire de service ou le produit utilisé.

Comme indiqué précédemment, ce dispositif juridique est en cours de préparation et n'a donc pas aujourd'hui de force juridique contraignante.

2-2-2-3/ Toutefois des préconisations existent.

Il existe déjà un ensemble documentaire ayant valeur de préconisation dont la conception et le contenu anticipent certains aspects de la PRIS décrite ci-dessus. Cet ensemble documentaire qui est dénommé PRI est accessible sur le site de l'Agence pour le Développement de l'Administration Electronique (ADAE) : http://www.adae.gouv.fr/article.php3?id_article=220.

Ainsi, cette PRI première version⁵, dite PRIv1, a vocation à intégrer le dispositif créé par l'ordonnance et ses textes d'application lorsqu'ils seront adoptés, ce qui lui donnera alors force obligatoire.

En ce qui concerne plus particulièrement la signature électronique, l'analyse juridique et l'analyse de risque effectuées conduisent à considérer que le niveau 2 de la PRIv1 correspond au besoin de sécurité nécessaire à la signature d'un soumissionnaire pour les marchés qui entrent dans le champ d'application de l'obligation de recevoir à compter du 1^{er} janvier 2005 des candidatures et des offres par la voie dématérialisée (cf points 3-2-2 et 9-3-1).

2-2-3/ Les autres dispositions

La mise en œuvre de la dématérialisation implique pour certaines opérations le traitement d'informations nominatives. Il y aura donc lieu d'en tirer les conséquences au regard des dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel qui transpose la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JOCE-L 281 du 23 novembre 1995).

Il convient naturellement de tenir compte des dispositions réglementaires d'application de l'ensemble des textes précités ainsi que des dispositions relatives à certaines questions telles que la cryptographie, la diffusion des données publiques ou la sécurité des systèmes d'information, et dont un recensement le plus exhaustif possible figure en annexe.

Enfin, il convient d'apprécier les conséquences de la dématérialisation au regard des dispositions du code du patrimoine relatives aux archives.

⁵ La PRIS élaborée sur la base des technologies de sécurité disponibles à un moment donné est appelée à évoluer pour tenir compte des évolutions techniques constatées. Elle devrait donc connaître des versions successives qui donneront lieu à une mise à jour périodique.

3. Le champ d'application de la dématérialisation

L'article 56 du CMP dispose :

« Le règlement de la consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et les renseignements complémentaires peuvent être mis à disposition des entreprises par voie électronique dans des conditions fixées par décret. Néanmoins, au cas où ces dernières le demandent, ces documents leur sont transmis par voie postale.

Sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique, dans des conditions définies par décret. Aucun avis ne pourra comporter d'interdiction à compter du 1^{er} janvier 2005.

Un décret précise les conditions dans lesquelles des enchères électroniques peuvent être organisées pour l'achat de fournitures courantes.

Les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique. »

A la lecture de ces dispositions, plusieurs questions se posent :

3.1. Quels sont les opérations et les documents relatifs aux marchés publics qui peuvent être dématérialisés ?

Le dernier alinéa de l'article 56 du CMP en prévoyant que les écrits mentionnés dans le CMP peuvent prendre la forme d'un support ou d'un échange électronique, laisse implicitement penser que toute règle du code dont la mise en œuvre suppose la rédaction d'un écrit ou un échange d'informations, même si le code n'en prévoit pas la forme matérielle, peut être réalisée par un moyen électronique.

On peut donc imaginer que les informations relatives à la procédure de passation d'un marché, celles relatives à son exécution et à son contrôle ne donnent pas lieu à la création d'un document papier, ce qui en définitive permet l'archivage de supports électroniques. Une réserve doit toutefois être faite pour certaines formes de publicité mentionnées aux III et IV de l'article 40 du CMP⁶.

Il faut aussi souligner qu'aucun des textes relatifs à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics n'impose à l'acheteur public de mettre à disposition par la voie électronique ou sous la forme d'un support électronique les documents précités, même si cette phase, antérieure à la réception des candidatures et des offres, semble en être le préalable logique. Ainsi, la dématérialisation prévue par le 1^{er} alinéa de l'article 56 du CMP reste au choix de l'acheteur public.

En fait, la possibilité de mettre en ligne les documents d'une consultation présente des avantages déjà prouvés par l'expérience des plates-formes de dématérialisation en fonction. Ces avantages sont une baisse significative des coûts de reprographie des dossiers papiers et les nombreux retraits de dossiers par la voie électronique qui manifestent un élargissement de la concurrence.

Toutefois, la mise en œuvre d'une dématérialisation totale de l'achat public rencontre aujourd'hui certains obstacles. Par exemple, il n'existe pas d'obligation pour les entreprises de dématérialiser leurs candidatures et leurs offres ce qui implique que l'acheteur public doit conserver la capacité de gérer des documents papiers et électroniques pour une même consultation. Ou encore l'équipement technique nécessaire peut faire défaut pour conduire certaines opérations. Ces limitations sont examinées ci-après dans chacune des phases de la vie d'un marché.

⁶ Il s'agit des publicités dont le support est le Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP), journaux d'annonces légales et journaux spécialisés correspondant au secteur économique concerné.

3.2. Quels sont les marchés concernés par la dématérialisation ?

A priori la dématérialisation des documents et des échanges d'informations est possible pour l'ensemble des marchés qui entrent dans le champ d'application du CMP. Toutefois, il conviendra de préciser quels sont les marchés publics qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du CMP.

Cet article ne pose qu'une obligation : aucun avis ne pourra à compter du 1^{er} janvier 2005 interdire aux soumissionnaires de transmettre leurs candidatures et leurs offres par voie électronique, ce qui imposera en conséquence aux acheteurs d'être en mesure de les recevoir. De fait, seront donc concernés les marchés dont la date d'envoi à la publication de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) est postérieure au 31 décembre 2004 (*cf* point 6).

Mais, il convient préalablement de définir la « *voie électronique* ».

3-2-1/ La transmission par voie électronique repose sur l'utilisation d'un réseau de communications électroniques.

L'article 56 du CMP utilise les termes « *les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique* ». Le dernier alinéa de l'article 2 du décret du 30 avril 2002 dispose « *les candidats qui choisissent de prendre connaissance par voie électronique des documents mentionnés au premier alinéa [règlement de consultation, cahier des charges, documents et renseignements complémentaires] conservent la possibilité, au moment du dépôt de leur candidature ou de leur offre, de choisir entre la transmission par voie électronique et la transmission sur un support papier ou, si le règlement de la consultation le permet, la transmission sur un support physique électronique* ».

Sont donc reconnues trois modalités pour transmettre des candidatures et des offres : la voie électronique, le support papier et le support physique électronique.

Le support papier bien connu des fournisseurs n'appelle pas de commentaire.

La voie électronique suppose l'existence d'un réseau de communication entre les différents utilisateurs. La seule activation de ce réseau opère la transmission des documents électroniques et aucun échange matériel n'a lieu entre les utilisateurs.

Le support physique électronique consiste en l'utilisation de CD-ROM, disquettes et tout autre support matériel sur lequel peut être enregistré un document électronique. L'important ici est qu'il n'est pas connecté à un réseau et qu'il est indépendant de l'équipement bureautique ou informatique des utilisateurs qui l'échangent entre eux de manière manuelle.

Si l'article 2 du décret du 30 avril 2002 considère comme équivalents la voie électronique et le support papier, le support physique électronique n'est pas considéré comme une transmission électronique mais s'apparente au support papier. D'une part, ce dernier n'est ouvert aux soumissionnaires que si l'acheteur public l'autorise et d'autre part, sa transmission se fait selon les mêmes modalités que celles applicables au support papier.

Au regard de ces éléments, on doit donc considérer que l'obligation qui pèse sur les acheteurs publics à compter du 1^{er} janvier 2005 est de pouvoir réceptionner par la voie d'un réseau électronique ouvert au public les candidatures et les offres relatives aux marchés qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du CMP.

3-2-2/ L'obligation de réception des candidatures et des offres par la voie électronique ne s'imposera pas à compter du 1^{er} janvier 2005 aux marchés passés selon la procédure adaptée (MPA) et aux marchés de l'article 30 du CMP.

Sont donc soumis à la seule obligation de réception des candidatures et des offres par voie électronique les marchés passés selon les procédures formalisées du CMP quel que soit leur montant.

Pour les marchés dont le montant est inférieur à 150 000 € ou 230 000 € voire 400 000 €⁷, l'acheteur public qui déciderait de viser expressément les articles du CMP relatifs à une procédure formalisée, sera en conséquence soumis à l'obligation de réception des candidatures et des offres par la voie électronique.

3-2-2-1/ L'obligation de recevoir à compter du 1^{er} janvier 2005 des candidatures et des offres électroniques ne concerne pas les MPA.

Le I de l'article 28 du CMP dispose « *les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques.*

Ces marchés sont soumis aux seules règles prévues par le titre I, le titre II à l'exception du chapitre 5, le II de l'article 40 et l'article 79 du présent titre ainsi que les titres IV à VI. Ils constituent les « marchés passés sans formalités préalables » mentionnés aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ».

Pour mémoire, le second alinéa de l'article 56 du CMP dispose « *sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique, dans des conditions définies par décret. Aucun avis ne pourra comporter d'interdiction à compter du 1^{er} janvier 2005* ».

Au regard de l'article 28 du CMP, dans le titre III – Passation des marchés du CMP, ne s'appliquent aux marchés passés selon la procédure adaptée que le II de l'article 40 et l'article 79. L'article 56 qui prévoit l'obligation de recevoir par voie dématérialisée des candidatures et des offres figure dans ce titre III et ne s'applique donc pas à ces marchés.

3-2-2-2/ Toutefois, rien n'empêche une personne publique de recevoir par voie électronique les candidatures et les offres relatives à des MPA.

Le 2^{ème} alinéa du I de l'article 1^{er} du CMP dispose « *quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ... ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code* ».

Dans la mesure où l'article 56 ne concerne pas les MPA, les dispositions du décret n°2002-692 du 30 avril 2002 pris pour son application ne réglementent pas la dématérialisation des procédures de passation de ces marchés.

Dans le respect des obligations précitées posées par l'article 1^{er} du CMP et des dispositions de l'article 28 précité, il appartient donc à la personne publique de déterminer la procédure la plus appropriée pour répondre à ses besoins. Si elle le souhaite, la PRM peut notamment s'inspirer des dispositions du décret n°2002-692 du 30 avril 2002.

⁷ L'article 28 du CMP dispose notamment « *II.- Pour les marchés de fournitures et de services, les seuils en dessous desquels la procédure adaptée est possible sont de 150 000 € HT pour l'Etat et de 230 000 € HT pour les collectivités territoriales.*

III.- Pour les marchés de travaux, le seuil en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 230 000 € HT...

IV.- Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux des opérateurs de réseaux définis à l'article 82 du présent code, le seuil en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 400 000 € HT. ».

Elle peut donc choisir de mettre en ligne les documents qu'elle estime nécessaires pour formaliser le marché. La liste des documents à mettre en ligne énoncée au premier alinéa de l'article 56 du CMP (règlement de consultation, lettre de consultation, cahier des charges, documents et renseignements complémentaires) est donc pour la PRM seulement indicative.

Elle peut aussi proposer que les candidats lui envoient leurs offres par voie dématérialisée. A titre d'exemple, il pourrait être conseillé aux PRM qui choisissent de consulter plusieurs entreprises, de les informer par écrit ou par voie électronique des conditions d'accès électronique au dossier de la consultation, et de préciser si la transmission des offres pourra ou non se faire par voie dématérialisée et dans quelles conditions.

3-2-2-3/ L'obligation de recevoir à compter du 1^{er} janvier 2005 des candidatures et des offres électroniques ne concerne pas non plus les marchés de services de l'article 30 du CMP.

L'article 30 du CMP dispose « *quel que soit leur montant, les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de services ne figurant pas à l'article 29 sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230 000 € HT.*

Ces marchés sont soumis aux règles prévues par le titre Ier, les chapitres Ier et 2 du titre II, le présent article et les titres IV à VI.

Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige sont soumis aux dispositions du titre Ier, des chapitres Ier et 2 du titre II et du présent article ».

Les dispositions du CMP auxquelles sont soumis les marchés de l'article 30 ne comprennent donc pas l'article 56.

3-2-2-4/ Toutefois, rien n'empêche une personne publique de recevoir par voie électronique les candidatures et des offres relatives à des marchés de l'article 30 du CMP.

En effet, si les marchés de l'article 30 sont soumis pour leur passation « *aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230 000 € HT* », il n'est pas interdit à l'acheteur public de recourir à une procédure dématérialisée pour solliciter et recevoir des candidatures et des offres pour de tels marchés. Ici aussi, la PRM qui s'engagerait dans cette voie ne sera pas tenue par les règles du décret du 30 avril 2002.

3-2-3/ Enfin, la faculté de dématérialiser toutes les étapes de la vie de son marché par l'acheteur public est totale.

Comme l'indique le dernier alinéa de l'article 56, « *Les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique.* », l'acheteur public peut donc aller au delà de la dématérialisation de la réception des candidatures et des offres par la voie électronique.

Ainsi, dans la mesure des moyens techniques dont sont dotées l'ensemble des entités qui interviennent dans un marché, la dématérialisation peut recouvrir l'ensemble de la vie du marché et son archivage ou ne toucher que certaines de ses phases. Par exemple, la messagerie électronique peut s'avérer un moyen approprié pour dématérialiser certaines de ces phases.

Il appartiendra à la personne publique d'apprécier jusqu'où elle souhaite aller tout en sachant qu'à terme, au regard de l'expérience acquise et des avancées technologiques, le processus engagé devrait conduire à une dématérialisation de la totalité des candidatures et des offres puis de l'ensemble des opérations de la vie des marchés.

4. Les moyens fonctionnels de la dématérialisation

Comme il a été dit précédemment, la réglementation de la dématérialisation des marchés publics reste d'un volume limité. De plus, elle ne concerne pas les moyens matériels requis pour sa mise en œuvre. Ainsi la personne publique dans la mesure où elle respecte les règles de l'achat public, peut choisir librement les matériels informatiques et les logiciels qu'elle lui dédie.

En revanche, il est possible d'envisager les fonctionnalités auxquelles l'équipement choisi pourrait répondre sans qu'une telle énumération soit exhaustive. Ainsi, le système pourrait assurer la publicité des marchés dans le respect des dispositions de l'article 40 du CMP, la mise à disposition des entreprises des dossiers de consultation, le téléchargement par les entreprises de ces dossiers, la réception des candidatures et des offres, la gestion de l'examen des candidatures et des offres, la conclusion et la notification des marchés ainsi que des dispositifs permettant l'archivage futur de ces documents.

Si chacune de ces fonctions ne s'impose pas obligatoirement à l'acheteur public suivant le type de marché qu'il souhaite conclure, elles peuvent être réunies sur une plate-forme ou dans un site Web, c'est-à-dire sur des matériels informatiques supportant des logiciels applicatifs, accessible au public par l'intermédiaire du réseau Internet⁸. Il est aussi possible d'utiliser aux mêmes fins des mécanismes de correspondance électronique sous réserve qu'ils offrent les services et les garanties nécessaires pour respecter les règles de l'achat public.

Le respect du principe de transparence des procédures mentionné dans l'article 1^{er} du CMP devrait conduire l'acheteur public à faire figurer sur son site consacré à l'achat différents types d'informations. Pour exemple : la référence voire le contenu de la réglementation des marchés publics, les modalités relatives à l'utilisation et au fonctionnement du site (notamment les références et modalités d'horodatage utilisées, les formats acceptés, la liste des certificats de signature référencés par l'acheteur ou encore la technique de chiffrement...).

La mise en œuvre de la dématérialisation suppose que le site de la personne publique soit le lieu de réception et de traitement de fichiers qui contiennent des données à caractère personnel. Si l'on s'en tient uniquement à ce qui est requis par les textes relatifs à la dématérialisation, l'article 2 du décret du 30 avril 2002 prévoit que les personnes qui souhaitent consulter ou archiver certains documents du marché doivent fournir « *le nom de l'organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusée de réception* ». Ces informations dont certaines sont des données à caractère personnel donneront lieu à la constitution de fichiers et à des traitements auxquels s'applique la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[Cette partie fera l'objet d'un complément prenant en compte les nouvelles dispositions de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés]

5. Le suivi de la procédure : le « journal des événements ».

La vie d'un marché public commence par une procédure de passation qui donne naissance à un contrat. Celui-ci est exécuté, fait l'objet de contrôles et éventuellement de contentieux. Ces différentes phases se concrétisent par l'élaboration de divers documents ayant chacun une valeur particulière pour assurer la sécurité juridique de l'ensemble du processus.

⁸ Par commodité, on désignera cet ensemble dans les développements qui suivent par les mots « site de l'acheteur » ou simplement « site ». Il convient de noter que le site peut être fourni par un prestataire de services qui tout en s'intercalant entre les acheteurs publics et les fournisseurs reste transparent pour ces derniers.

Certains documents sont identifiés par le CMP ou dans les documents du marché. Par exemple : l'AAPC, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres, les différents documents du marché, les bons de commandes, les actes de réception du marché, le décompte final, etc.

Certaines opérations sont aussi décrites dans le CMP ou dans d'autres documents sans que leur forme soit précisée. Il s'agit notamment de la réception des candidatures et des offres, la notification du marché, l'information des candidats non retenus, etc.

Pour repérer chronologiquement ces différents documents dans une procédure papier, les services de la personne responsable du marché (PRM) tiennent généralement des registres ou des dossiers conçus à cet effet. Ce sont ces outils que recouvre la notion de journal des événements. La collecte de ces informations se justifie au regard du besoin de sécurité juridique qu'impose toute procédure longue et complexe.

Dans une procédure électronique, ce journal pourra prendre la forme d'un document électronique généré par le système informatique et/ou complété par l'acheteur. Compte tenu des choix opérés par la personne publique de dématérialiser certaines étapes de la vie du marché, il décrira toutes les opérations relatives à ces étapes dont l'initiative revient à la personne publique comme, notamment :

- la mention de la mise en ligne de l'AAPC, du règlement de consultation et du dossier de consultation des entreprises (DCE), et des modifications qui peuvent y être apportées,
- la liste des personnes ayant téléchargé ces documents,
- la mention de tous les échanges d'information intervenus avec ces personnes,
- les références des candidatures et des offres reçues qu'elles soient sous forme électronique ou sous forme papier,
- la description des opérations d'ouverture des candidatures et des offres menées aussi bien par la PRM que par la CAO et des documents qui en découlent,
- la trace de la notification du marché et de l'information des offres non retenues, ou encore de la décision de déclarer sans suite la procédure,
- les références des documents papiers attachés aux procédures de consultation ;
- etc.

Ce document de synthèse de la vie du marché devra intégrer des données générées par le système relatives à la date des événements décrits et à l'habilitation des personnes compétentes pour intervenir sur son contenu.

Dans la mesure où il n'est pas exclu que des candidatures et des offres sur un support papier soient remises parallèlement à des candidatures et des offres transmises par voie électronique, la possibilité d'intégrer des informations relatives aux premières dans le journal des événements électronique pourrait être envisagée.

Il faut souligner ici aussi, que la conception d'un tel outil doit s'adapter au degré de sécurité strictement nécessaire à la plus ou moins grande rigueur des obligations juridiques qui s'imposent à l'acheteur public, notamment au regard de la procédure de passation du marché et des différentes phases de cette procédure. Ainsi, le journal des événements d'un MPA et celui d'un marché passé selon la procédure du dialogue compétitif, devraient être sensiblement différents tant en terme de contenu que des outils nécessaires à leur sécurisation.

Il va de soi que le journal des événements ainsi conçu devient une pièce essentielle dans la documentation juridique relative au marché et doit, comme ses autres pièces, être archivé.

6. La publicité dématérialisée des marchés

L'article 1^{er} du CMP dispose « ...*Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures...* » en précisant que ceci exige notamment « ...*le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence...* »

6.1. La forme de la publicité.

Ne sont pas soumis à l'obligation de publicité certains marchés publics de services prévus à l'article 30 du CMP et les marchés négociés prévus au II et au III de l'article 35.

Tous les autres marchés publics doivent obligatoirement être précédés « *d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective* ».

Suivant l'article 40 du CMP, l'obligation de publicité peut prendre trois formes :

1. la personne publique choisit librement les modalités de publicité pour les marchés d'un montant inférieur à 90 000 € ;
2. la personne publique est tenue de publier un AAPC soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Elle peut ajouter une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ;
3. la personne publique est tenue de publier un AAPC dans le BOAMP et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), la publication de l'AAPC dans le BOAMP ne pouvant intervenir avant son envoi au JOUE.

Hormis les cas où la publication dans la presse officielle ou non d'un AAPC est prévue, aucune autre forme de publicité n'est proposée par le CMP ni d'ailleurs exclue. Il peut donc être admis qu'une publicité opérée par la voie électronique sur le site de la personne publique est toujours possible.

Toutefois, il convient de souligner que le recours exclusif à une publicité électronique doit s'apprécier en tenant compte des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Autrement dit, le site doit bénéficier d'une notoriété et d'une audience suffisantes auprès des entreprises éventuellement intéressées par le marché concerné. Dès lors, dans un premier temps, le recours à une publicité électronique pourrait venir en complément d'une autre publicité.

6.2. Le contenu de la publicité.

Dans le cas où un marché doit faire l'objet d'une publication au BOAMP et au JOUE, l'article 40-V du CMP indique que l'AAPC publié au BOAMP ne doit pas contenir d'autres informations que celui qui sera publié au JOUE. L'article 40-VI du CMP dispose que les AAPC « *sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie* ».

Au regard de ces dispositions, il doit être déduit que l'AAPC d'un marché doit fournir quel que soit son support les mêmes informations. Ceci est conforme aux principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Aucun motif ne semble pouvoir justifier que la publication dématérialisée d'un AAPC en plus d'une publicité déjà prévue par l'article 40 du CMP, ne respecte pas cette règle.

Dans le cas où la personne publique choisit librement les modalités de publicité d'un marché dont le montant est inférieur à 90 000 €, le recours à Internet comme moyen de publicité complémentaire n'exclut pas que la publicité par voie de presse soit succincte et renvoie pour les détails à l'annonce mise en ligne.

6.3. La date de la publicité.

L'article 40-V du CMP dispose notamment « *la publication des avis dans le BOAMP ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne* ».

D'autres dispositions du CMP prévoient que le délai de réception des candidatures et/ou des offres ne peut être inférieur à une certaine durée comptée en jours à compter de la date d'envoi de l'AAPC ou de l'avis de consultation à la publication (article 57 pour l'appel d'offres ouvert, article 60 pour l'appel d'offres restreint, article 65 pour les marchés négociés précédés d'un AAPC, article 67 pour la procédure de dialogue compétitif).

Par analogie, il semble que la publicité par voie électronique des marchés passés selon les procédures précitées doive se conformer à ces règles afin de respecter l'égalité des candidats que ceux-ci prennent connaissance du marché par la voie électronique ou par un support papier. En conséquence, une publicité électronique ne devrait pas anticiper la date d'envoi de l'AAPC ou de l'avis de consultation à la publication sur un support papier.

Même si dans les faits, on constate que la publication des avis de publicité sur d'autres supports de presse que le BOAMP, le JOUE ou les journaux d'annonces légales peut précéder de beaucoup celle faite par ces supports officiels sans qu'à ce jour cela n'ait été sanctionné par le juge administratif, il convient de retenir que seul l'envoi à une publication officielle, sanctionné par un accusé de réception, donne une date certaine du début du délai de publicité à laquelle se référera le juge pour décompter le délai de réception des candidatures et des offres.

Pour les marchés inférieurs à 90 000 €, lorsqu'une publicité par voie électronique est reconnue comme un moyen adéquat, la question du respect des dispositions précitées ne s'impose pas. Il appartiendra alors à la PRM d'apprécier à quel moment doit être mise en ligne cette publicité sachant qu'elle doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité des candidats et de transparence des procédures. En revanche, si la PRM décide d'utiliser des supports publicitaires de natures différentes, il semble que ces publications devraient être simultanées ou organisées dans un laps de temps suffisamment court pour assurer le respect des principes précités.

6.4. Les informations relatives à la dématérialisation dans l'AAPC.

Pour les marchés qui entrent dans le champ d'application de l'article 56, plusieurs dispositions issues de cet article ou du décret n° 2002-692 du 30 avril 2002 précisent les mentions qui doivent figurer dans l'AAPC. Il s'agit :

- de la décision d'acceptation ou de refus de la personne publique de la transmission des candidatures et des offres par voie électronique (jusqu'au 31 décembre 2004)⁹ (2^{ème} alinéa de l'article 56 et alinéa 1^{er} de l'article 3 du décret du 30 avril 2002) ;
- des modalités d'accès au réseau informatique, ce qui suppose de préciser clairement l'adresse Internet où télécharger le DCE permettant aux personnes intéressées et aux candidats de consulter

⁹ A compter du 1^{er} janvier 2005, la personne publique ne pourra plus interdire la transmission des candidatures et des offres par voie électronique pour les marchés qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du CMP.

et de télécharger les différents documents (RC, cahier des charges, documents et renseignements complémentaires) (1^{er} alinéa de l'article 2 du décret du 30 avril 2002) ;

- des modalités de transmission par voie électronique des candidatures et des offres à la personne publique (alinéa 1^{er} de l'article 3 du décret du 30 avril 2002)¹⁰ ;
- de la mention, le cas échéant, que la lettre de consultation (AO restreint, dialogue compétitif et procédure négociée, procédure adaptée) est transmise par voie électronique (3^{ème} alinéa de l'article 2 du décret du 30 avril 2002) ;
- de la mention de l'autorisation de transmettre une offre sous la forme d'un double envoi électronique pour la transmission de documents volumineux ; cette mention précise le délai supplémentaire accordé aux candidats s'écoulant entre la réception de la signature électronique sécurisée (impérativement avant la limite fixée dans l'AAPC) et la réception de l'offre. Ce délai ne peut pas excéder vingt-quatre heures (article 4 du décret du 30 avril 2002).

Ces mentions enrichiront en tant que de besoin la rubrique « 17-4/ Renseignements complémentaires » qui figure dans le modèle d'AAPC annexé à l'arrêté du 30 janvier 2004 pris en application des articles 40 et 80 du CMP et fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution de marchés publics (JO du 5 février 2004).

De même, ces renseignements devront figurer dans les rubriques *ad hoc* des avis de marché dont les modèles de formulaires sont annexés à l'arrêté du 4 décembre 2002 fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation de marchés publics au Journal officiel des Communautés Européennes (JO du 30 janvier 2003).

Dans le souci de donner aux fournisseurs une information efficace, ces mentions devraient être aussi détaillées et pratiques que possible de manière à leur faciliter l'accès aux documents et aux procédures dématérialisées.

Il convient de rappeler que ces mentions ne sont pas requises pour les actes de publicité des marchés hors du champ d'application de l'article 56. Pour ces marchés, si la PRM donne aux éventuels candidats la possibilité de conduire leur passation par l'intermédiaire d'échanges électroniques, elle a toutefois intérêt à veiller, dans la publicité des consultations relatives à ces marchés, à ce que ces candidats disposent de renseignements analogues en s'inspirant notamment des mentions listées ci-dessus.

L'article 40.VI prévoit que les avis destinés au BOAMP sont envoyés par téléprocédure. Ainsi, la saisie en ligne ou l'envoi d'un avis au format XML est possible sur <http://boamp.journal-officiel.gouv.fr/> avec confidentialité des données garanties puisque gérées dans un compte personnel protégé par mot de passe. Pour le JOUE, l'ensemble des formulaires européens ayant trait aux marchés publics est téléchargeable à l'adresse : <http://simap.eu.int/FR/pub/src/formsOJS.htm>. Pour les marchés dépassant le seuil européen, la personne publique aura à terme la possibilité de ne saisir qu'une fois son annonce sur le site du BOAMP. Le même avis sera alors envoyé à sa demande au JOUE.

Le BOAMP propose une rédaction directe dématérialisée sur son site. Ceci a pour avantage de mettre à la disposition du rédacteur un support modélisé et d'optimiser les délais de transmission puisque cette dernière est de fait immédiate.

6.5. Les informations relatives à la dématérialisation dans le règlement de consultation.

L'article 42 du CMP dispose notamment « *les marchés passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de consultation. Les mentions figurant dans ce règlement sont précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie* ».

¹⁰ En conséquence, le DCE devrait être disponible dès la parution de l'AAPC.

Conformément au dernier alinéa de l'article 2 du décret du 30 avril 2002, c'est dans le règlement de consultation que devra figurer, le cas échéant, la mention par l'acheteur qu'il accepte que les candidatures et les offres lui soient transmises sur un support physique électronique.

On observera aussi que l'arrêté du 10 juin 2004 pris en application de l'article 12 du CMP et fixant la liste des mentions devant figurer dans le règlement de la consultation (JO du 25 juin 2004), prévoit dans le point 6 de son article 2 une rubrique intitulée « Renseignements complémentaires ». En plus de la mention indiquée au paragraphe précédent, l'acheteur a ainsi la faculté d'enrichir le règlement de consultation des informations relatives à la dématérialisation de la procédure de passation qui ne figureront pas dans l'AAPC et dont il estime qu'elles doivent être portées à la connaissance des éventuels candidats.

Parmi ces informations pourrait figurer les formats électroniques dans lesquels pourront être transmis les dossiers des candidats, le niveau de sécurité de la signature électronique exigée pour la transmission des candidatures et offres, et certaines précisions quant à la présentation et à l'organisation desdits dossiers (par exemple : nommage, classification...). Ces dernières précisions permettront notamment, sur la plate-forme de l'acheteur puis sur une plate-forme d'archivage, de ranger les documents suivant une classification homogène, de pouvoir y accéder rapidement et de les gérer durant tout leur cycle de vie (cf. Annexe n 1 : propositions sur la classification et le format des pièces d'un marché public).

7. La mise en ligne des dossiers de consultation des entreprises.

Par mise en ligne, il faut entendre le procédé qui consiste pour l'acheteur public lorsqu'il l'a décidé, à mettre sur son site le dossier de consultation des entreprises (DCE)¹¹. C'est donc une opération essentiellement technique qui suscite néanmoins des questions sur le plan juridique. Il ne s'agit pas ici de l'examen des modalités d'accès à ces documents qui permettent aux entreprises intéressées d'en prendre connaissance et qui seront décrites dans la partie suivante.

7.1. Quels sont les documents à mettre en ligne ?

L'alinéa 1^{er} de l'article 56 dispose « *le règlement de la consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et les renseignements complémentaires peuvent être mis à la disposition des entreprises par voie électronique dans des conditions fixées par décret ...* ».

Le 1^{er} alinéa de l'article 2 du décret du 30 avril 2002 reprend cette liste, à l'exception de la lettre de consultation¹², en précisant que la mise à disposition se fait sur un réseau informatique.

Il faut d'abord noter que cette disposition ne s'impose que pour les marchés qui entrent dans le champ d'application de l'article 56. Pour les autres, il appartiendra à la personne publique de choisir les documents qu'elle estime suffisants pour conduire à la conclusion d'un marché tout en respectant les principes auxquels doit obéir la passation d'un marché.

De ces documents, une liste exhaustive ne peut être dressée. Si le règlement de consultation et le cahier des charges d'un marché sont des pièces habituellement remises aux candidats, les documents

¹¹ Le DCE étant défini comme l'ensemble des documents élaborés par l'acheteur public destiné aux entreprises intéressées par le marché et dans lesquels elles doivent trouver les éléments pertinents pour l'élaboration de leurs candidatures et leurs offres. Il convient de préciser que le règlement de consultation n'est pas un document du DCE. Il est plutôt un document qui complète l'AAPC car comme l'indique l'article 42 du CMP « *ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence* ». La lettre de consultation occupe aussi une place particulière dans la mesure où seuls les candidats sélectionnés dans le cadre d'une procédure restreinte ou négociée pour présenter une offre, en sont destinataires ou y ont accès.

¹² Le 3^{ème} alinéa de l'article 2 du décret du 30 avril 2002, prévoit un dispositif particulier pour la lettre de consultation, qui ne concernant que les procédures restreintes ou négociées, est envoyée ou accessible aux candidats selon des modalités particulières.

et renseignements complémentaires sont aussi divers qu'il y a de marchés. Pour exemple, doivent y figurer un projet d'acte d'engagement à compléter, et selon les cas le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) rédigés par l'acheteur, et tout autre document dont il considère qu'il présente un intérêt en l'espèce.

Sur leur contenu informatif, il y a lieu de penser qu'il devrait être exactement identique à celui des pièces qui seront remises aux personnes qui demandent une transmission sur un support papier ou éventuellement sur un support physique électronique, en application du principe d'égalité de traitement des candidats.

En ce qui concerne le format électronique de ces documents, le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, implique que l'acheteur en choisisse un ou plusieurs qui soient largement disponibles parmi les professionnels susceptibles d'être intéressés par le marché pour que ces derniers puissent le lire et le télécharger.

Pour les marchés dont l'acheteur estime que les documents contiennent des informations dont une large diffusion peut être préjudiciable pour des motifs de sécurité, il est rappelé que la mise en ligne de ces documents est une faculté. En outre, le choix d'une procédure restreinte pourrait également répondre à cette préoccupation. En effet, si la sélection des candidats admis à présenter une offre s'effectue notamment au regard de qualités permettant d'assurer le respect de la confidentialité des informations qu'ils auront à connaître, la diffusion desdites informations sera naturellement réduite aux candidats sélectionnés.

7.2. Quand peut-on mettre en ligne ces documents ?

La question est de savoir si la mise en ligne peut intervenir avant une mesure de publicité du marché.

Pour les marchés soumis à l'article 40 du CMP, il semble logique de s'aligner sur la position énoncée précédemment sur la publicité par la voie électronique des marchés qui font l'objet d'un AAPC, soit la date d'envoi de celui-ci à la publication.

Pour les marchés qui feraient l'objet d'une publicité complémentaire par la voie dématérialisée, la solution logique semble être la date de la publicité faite par voie de presse, ce qui aboutit à une solution identique à la précédente mais qui repose sur le seul fondement du principe d'égalité de traitement des candidats.

7.3. Ces documents doivent-ils être signés par l'acheteur ?

Pour mémoire, dans une procédure papier, il n'existe aucune obligation à la charge de l'acheteur public de signer les documents du DCE. Ces documents ne doivent pas en principe évoluer au cours de la consultation. Si l'acheteur envisage une modification dont l'effet est de modifier l'objet et les conditions de la consultation, la procédure en cours doit être interrompue. Il en va de même si une erreur figure dans certains de ces documents. Dans ces deux cas, une nouvelle procédure devra être engagée.

A priori, une approche identique doit s'appliquer pour le dossier de consultation mis à disposition des entreprises sur le site de la personne publique.

Sans s'étendre sur la notion de signature électronique qui sera développée plus loin, il convient seulement de mentionner à ce stade que cette signature engage juridiquement le signataire sur le contenu et l'intégrité de l'acte. Ici la signature électronique du dossier de consultation des entreprises aurait pour effet d'apporter la preuve que ces documents ont bien été mis en ligne par l'acheteur public et qu'ils sont bien ceux qu'il y a mis.

Il semble toutefois que la signature électronique du DCE ne soit pas nécessaire pour deux raisons. D'une part, on imagine mal que l'acheteur public qui disposerait d'un site sur lequel seront mis en ligne les DCE ou le prestataire qui héberge ce site en son nom, n'aient pas prévu un dispositif qui permette de contrôler et de valider la mise en ligne des documents qui y figurent. D'autre part, à ce jour sont largement disponibles plusieurs formats électroniques qui permettent de figer ces documents dans un état donné ainsi que des protocoles de transmission sécurisée qui assurent leur intégrité.

Ceci n'exclut pas par ailleurs qu'ils soient aussi disponibles dans un autre format qui permette aux soumissionnaires de travailler sur ces derniers, seule leur version conservée par l'acheteur dans un format protégé en écriture faisant foi.

8. La consultation et le chargement du règlement de consultation et du DCE

Pour mémoire, les dispositions réglementaires relatives à la consultation et au chargement des documents citées ci-après ne s'appliquent qu'aux marchés qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du CMP. L'acheteur public pourra toutefois s'en inspirer s'il le souhaite pour ses MPA ou ses marchés de l'article 30 du CMP mais la mise en œuvre d'un système plus souple peut être envisagée à partir du moment où il respecte les grands principes qui régissent la passation des marchés publics.

8.1. La liberté des entreprises de choisir le mode de transmission des documents.

Le 1^{er} alinéa de l'article 56 du CMP précise que les entreprises intéressées par les documents d'un marché ont toujours la possibilité lorsqu'elles le demandent de les recevoir par voie postale. Le 4^{ème} alinéa de l'article 2 du décret du 30 avril 2002 complète ce dispositif en précisant « *Les personnes intéressées et les candidats peuvent demander que les documents mentionnés au premier alinéa [règlement de consultation et documents du DCE] leur soient envoyés par voie postale, sous forme d'un support physique électronique ou sous forme d'un support papier* ».

Il n'existe donc aucune obligation pour les entreprises intéressées de prendre connaissance du règlement de consultation et du DCE par la voie électronique. Elles peuvent toujours demander une transmission par la voie postale ainsi que la forme des documents qu'elles souhaitent recevoir : soit un support papier, soit un support physique électronique. Ceci suppose donc que la personne publique qui choisit de mettre les documents de la consultation en ligne doit pouvoir fournir ces documents sur un support papier ou un support physique électronique. L'identité du contenu des documents sur leurs différents supports impose à l'acheteur d'exercer un contrôle préalable à leur communication aux entreprises, une discordance pouvant s'analyser comme une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats.

8.2. L'accès de ces documents par la voie électronique.

Les règles relatives aux modalités d'accès au règlement de consultation et aux documents du DCE par la voie électronique figurent dans les 2^{ème} et 3^{ème} alinéas de l'article 2 du décret du 30 avril 2002 qui disposent :

« quelle que soit la procédure, les personnes intéressées doivent pouvoir consulter et archiver sur leur ordinateur le règlement de la consultation. Les personnes intéressées, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, et les candidats invités à présenter une offre, dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, doivent pouvoir également consulter et archiver sur leur ordinateur le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires. A cet effet, ils fournissent le nom de l'organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception.

Dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, la personne responsable du marché peut également envoyer par voie électronique la lettre de consultation aux candidats invités à présenter une offre. Ceux-ci sont alors avisés qu'ils sont habilités à télécharger le dossier de la consultation. Hormis le cas des marchés négociés sans publicité préalable, mention doit avoir été faite de cette possibilité dans l'avis d'appel public à la concurrence. »

Il convient d'abord de noter, d'une part, que la procédure de mise en concurrence simplifiée n'existe plus depuis la parution le 8 janvier 2004 du nouveau CMP et, d'autre part, que les dispositions du décret du 30 avril 2002 doivent être lues et interprétées pour l'ensemble des procédures qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du CMP (appel d'offres ouvert ou restreint ; négocié ; dialogue compétitif ; procédure de conception-réalisation ; concours ouvert ou restreint), soit sept procédures.

Les documents concernés doivent pouvoir selon les cas être consultés, archivés et téléchargés. Dans le contexte de la dématérialisation, il faut entendre par consulter le fait pour la personne qui va sur le site de l'acheteur de pouvoir lire le document, et par archiver et télécharger celui pour cette personne d'enregistrer sur son PC une copie électronique du document.

L'objectif de ces dispositions est d'assurer la publicité la plus large et la mise à disposition la plus rapide possible des documents qui doivent permettre aux entreprises d'apprécier leur intérêt pour soumissionner aux marchés concernés et de préparer leurs candidatures et leurs offres.

Trois types de documents mis en ligne doivent être distingués quant à leurs modalités d'accès.

8-2-1/ Le règlement de consultation

Le règlement de consultation doit pouvoir être consulté et archivé par toute personne intéressée. Ceci suppose donc qu'il soit totalement libre d'accès à toute personne qui le souhaite. Aucune discrimination ni aucune formalité préalable ne doivent en restreindre sa publicité. La personne qui consulte et/ou archive peut ne pas avoir comme objectif de présenter ultérieurement une candidature pour le marché concerné.

8-2-2/ Le cahier des charges et les documents et renseignements complémentaires

Ceux-ci peuvent être consultés ou archivés sous réserve de respecter une formalité préalable en distinguant deux types de demandeurs suivant la procédure de passation du marché.

La formalité préalable consiste pour le demandeur à fournir préalablement à l'acheteur les trois informations suivantes : « *le nom de l'organisme* » au nom duquel consultation et archivage des documents sont présumés être demandés, « *le nom de la personne physique téléchargeant les documents* » soit le nom de la personne supposée agir pour le compte de l'organisme précité, et « *une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception* » c'est-à-dire une adresse électronique qui lorsque la personne publique y envoie un message avec demande d'accusé de réception, peut de manière certaine lui accuser réception de ce message¹³.

L'intérêt de ces informations pour l'acheteur est de pouvoir informer les demandeurs de ces documents de tout renseignement complémentaire qui peut être communiqué au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des offres (article 57 du CMP)

Il faut souligner que la fourniture de ces informations est laissée à l'entière responsabilité du demandeur et que rien dans l'article 2 précité ne laisse supposer que l'acheteur soit tenu de vérifier

¹³ Il ne s'agit pas ici de recourir à une demande d'accusé de réception automatique, techniquement difficile à obtenir de façon certaine entre plusieurs systèmes de messagerie distincts, mais d'une demande explicite d'accusé de réception auquel le destinataire doit également répondre de façon explicite.

leur exactitude. Ainsi le demandeur qui aurait fourni une information erronée ne saurait tirer du fait que l'administration ne l'a pas vérifiée et donc n'a pu lui transmettre une nouvelle version des documents un motif pour lui reprocher d'avoir porté atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

Ici sont différenciés comme demandeurs « *les personnes intéressées* » et les « *candidats invités à présenter une offre* ».

Les premières se définissent comme précédemment indiqué au sujet de l'accès au règlement de consultation, soit toute personne qui le souhaite. Les seconds selon la terminologie utilisée dans le CMP sont les seules personnes qui ont déjà fait l'objet d'une présélection par laquelle elles ont été retenues selon le cas pour présenter une offre ou pour négocier.

C'est donc le caractère ouvert ou restreint de la consultation qui permet de déduire ceux qui auront accès au cahier des charges et aux documents et renseignements complémentaires.

Comme on l'a vu précédemment, sept procédures relèvent du champ d'application de l'article 56 mais toutes ne sont pas visées dans l'article 2 du décret du 30 avril 2002. Suivant la démarche mentionnée dans le paragraphe précédent, il peut être déduit que les demandeurs du cahier des charges et des documents et renseignements complémentaires sont, d'une part, des personnes intéressées dans le cadre d'un appel d'offres ouvert et d'une procédure de concours ouvert et, d'autre part, des candidats invités à présenter une offre ou à négocier dans le cadre d'un appel d'offres restreint, d'une procédure négociée, d'une procédure de dialogue compétitif, d'une procédure de conception-réalisation et d'une procédure de concours restreint.

Il faut remarquer que si pour les personnes intéressées, il suffira de donner les informations requises par le texte pour accéder aux documents, pour les candidats invités à présenter une offre ou à négocier qui devront aussi donner les informations précitées, l'acheteur aura dû préalablement les informer de la sélection de leur candidature et prévoir sur son site un accès aux documents discriminé en leur faveur.

8-2-3/ La lettre de consultation

La lettre de consultation est prévue explicitement dans le CMP dans le cadre de deux procédures : l'appel d'offres restreint et la procédure négociée. Elle a pour objet après une présélection des candidats par l'acheteur de les informer qu'ils sont invités à présenter une offre. Bien qu'elle ne soit pas prévue dans le cadre des autres procédures dites restreintes, une invitation à présenter une offre y paraît aussi nécessaire même si elle n'est pas explicitement qualifiée de lettre de consultation. A la lettre de consultation sont généralement jointes d'autres informations relatives à la suite de la procédure en cours et à l'objet du marché.

L'acheteur étant l'auteur de la lettre de consultation, l'article 2 prévoit qu'il peut l'envoyer par la voie électronique aux candidats retenus en les invitant à retirer le dossier de la consultation sous la forme d'un document électronique sur son site. Cette possibilité doit être mentionnée dans l'AAPC.

Dans la mesure où un candidat ayant présenté une candidature sur un support papier doit présenter son offre sous la même forme (*cf* point 9-2), le dispositif de l'article 2 est réservé aux candidats ayant transmis leur candidature par la voie électronique. La personne publique adressera alors aux candidats sélectionnés qui ont transmis leur dossier de candidature par voie électronique un message leur précisant le mode d'identification qui leur permettra de retirer la lettre de consultation, son accès étant réservé aux seuls candidats sélectionnés.

9. La réception dématérialisée des candidatures et des offres

Pour mémoire, le 2^{ème} alinéa de l'article 56 du CMP dispose :

« Sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique, dans des conditions définies par décret. Aucun avis ne pourra comporter d'interdiction à compter du 1^{er} janvier 2005 ».

C'est ici la seule obligation qui incombera aux acheteurs publics à compter du 1^{er} janvier 2005 pour leurs marchés qui entrent dans le champ d'application de cette disposition (cf points 3-2-2 à 3-2-5).

Il convient d'abord de préciser la portée de cette obligation pour les fournisseurs et pour les acheteurs avant d'examiner sa signification en terme de présentation et de contenu des candidatures et des offres et, pour finir, de présenter les règles relatives aux modalités de réception de ces candidatures et offres dématérialisées.

9.1. Les entreprises restent toujours libres du mode de transmission de leurs candidatures et de leurs offres quelle que soit la forme du dossier retiré.

Le dernier alinéa de l'article 2 du décret du 30 avril 2002 dispose : *« les candidats qui choisissent de prendre connaissance par voie électronique des documents mentionnés au premier alinéa [règlement de la consultation, cahier des charges, documents et renseignements complémentaires] conservent la possibilité, au moment du dépôt de leur candidature ou de leur offre, de choisir entre la transmission par voie électronique et la transmission sur un support papier ou, si le règlement de la consultation la permet, la transmission sur un support physique électronique ».*

Ainsi est-il reconnu que la forme du dossier de consultation retiré par l'entreprise est sans aucune influence sur le mode de transmission de sa candidature et de son offre qui relève totalement de son choix sous réserve qu'elle ne pourra utiliser la transmission sur un support physique électronique que si l'acheteur l'a prévu dans le règlement de la consultation.

9.2. Le choix irréversible et global du mode de transmission par l'entreprise

L'article 5 du décret du 30 avril 2002 dispose *« les candidats doivent choisir entre, d'une part, la transmission électronique de leurs candidatures et de leurs offres et, d'autre part, leur envoi sur un support papier ou le cas échéant, sur un support physique électronique »*

Il est offert à l'entreprise un choix entre la transmission électronique, l'envoi sur un support papier et, si le règlement de la consultation le permet, l'envoi sur un support physique électronique.

Cet article a aussi pour effet que le choix offert ne permet pas un mode de transmission différencié entre la candidature et l'offre qui sont envisagées comme un tout.

Il permet ainsi d'éviter le double envoi par une entreprise d'un pli par courrier et par voie électronique. Si tel est le cas, l'acheteur doit rejeter la candidature et l'offre de chacune des deux versions, notamment en application de l'article 48 du CMP qui précise que l'acte d'engagement est *« établi en un seul original par les candidats aux marchés ».*

Par ailleurs, il facilite la gestion par l'acheteur des dossiers de candidatures et d'offres reçus des entreprises, les uns sous forme électronique, les autres sur un support papier.

Ainsi, une offre transmise par voie dématérialisée ne peut pas succéder à une candidature envoyée sur un support papier ou une offre envoyée sur un support papier ne peut pas succéder à une candidature transmise par voie dématérialisée.

Le pragmatisme oblige toutefois à admettre le cas dans lequel il n'existe pas de choix pour l'entreprise. En effet, que l'entreprise choisisse la transmission électronique ou l'envoi postal, ces voies ne sont pas valides pour les éléments demandés par l'acheteur qui ne peuvent pas être dématérialisés ou mis sous pli. Est donc exclu de la présente problématique le cas des échantillons dont les modalités de transmission devront être précisées dans le règlement de la consultation.

9.3. La signature des entreprises pour une transmission électronique

9-3-1/ L'obligation et le niveau de la signature électronique

Le 2nd alinéa de l'article 3 du décret du 30 avril 2002 dispose notamment « *les candidatures et les offres transmises par voie électronique doivent être envoyées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du code civil* ».

9-3-1-1/ Principe et fonction de la signature électronique

La signature électronique consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. C'est donc la combinaison d'un dispositif technique et d'un dispositif organisationnel qui permet d'assurer la validité de la signature d'un message, d'un document ou d'une transaction. Ce dispositif doit être en place chez les candidats qui souhaitent envoyer leurs candidatures et leurs offres par voie électronique.

La capacité à signer électroniquement repose sur l'utilisation d'un certificat, d'un dispositif de création de signature (par exemple, une carte à puce) et de logiciels spécifiques à l'objet informatique que l'on souhaite signer.

Un certificat est délivré par une autorité de certification qui assure le lien entre le signataire et le certificat, par exemple par l'examen de pièces d'identité et une rencontre en face-à-face. Sa durée de validité qui doit être précisée, est habituellement de 2 ou 3 ans.

La signature électronique est un procédé ayant une triple fonction : servir à identifier le signataire, manifester sa volonté d'adhésion à l'acte signé, garantir l'intégrité de l'acte auquel elle s'applique.

9-3-1-2/ Valeur probante de la signature électronique

L'article 1^{er} du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 définit deux types de signature : la signature électronique "simple" et la signature électronique sécurisée.

La signature électronique est sécurisée dès lors qu'elle satisfait aux exigences prévues au 2 de l'article 1^{er} du décret précité, c'est -à- dire :

- être propre au signataire ;
- être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;
- garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable.

La présomption de fiabilité d'un procédé de signature électronique prévue par l'article 2 du décret du 30 mars 2001, nécessite que ce procédé mette en œuvre « *une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* ». Ces caractéristiques ont été reprises intégralement pour la signature électronique du niveau 3 de la PRI.

Cette présomption de fiabilité suppose que la charge de la preuve incombe à l'organisme qui conteste la signature, alors que, dans le cas de la signature "simple" ou d'une signature sécurisée qui ne répond pas à toutes les exigences de l'article 2 rappelées ci-dessus, la charge de la preuve de la fiabilité du procédé revient au signataire.

9-3-1-3/ Détermination du niveau exigible du soumissionnaire

Pour déterminer le niveau de signature exigible du soumissionnaire dans le cadre d'un marché dématérialisé, deux questions doivent être posées : la présomption de fiabilité est-elle exigée par les textes ? Si elle ne l'est pas, quel niveau de sécurité, en fonction du risque, convient-il de préconiser pour la signature du soumissionnaire ?

Des dispositions de l'article 3 du décret du 30 avril 2002, il résulte que les candidatures et les offres transmises et reçues par la personne publique dans le cadre de l'obligation de réception prévue par l'article 56 du CMP doivent être revêtues d'une signature électronique telle que prévue par l'article 1316-4 du code civil qui la définit comme « *l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

Par ailleurs, l'article 4 du décret du 30 avril 2002 prévoit explicitement que la signature électronique à utiliser est une signature électronique sécurisée.

De ces textes, il ne résulte pas l'obligation pour le soumissionnaire de disposer d'une signature électronique sécurisée bénéficiant d'une présomption de fiabilité, c'est-à-dire établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et dont la vérification repose sur un certificat qualifié, tels que prévus par le décret du 30 mars 2001.

En outre, il ne semble pas qu'existe un intérêt pratique à l'exigence d'une signature présumée fiable qui d'ailleurs ne semble rien apporter à la force de l'engagement du soumissionnaire.

Au regard de ces éléments, l'emploi par le soumissionnaire d'un procédé de signature électronique présumé fiable qui caractérise le niveau 3 de la PRI, ne paraît pas nécessaire.

Suite à l'examen des caractéristiques du niveau 2 de la PRI exposé ci-après, il apparaît que ce niveau est suffisant pour la signature des candidatures et des offres relatives aux marchés qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du CMP.

Pour les autres marchés, le choix du niveau de sécurité de la signature résultera de l'analyse des risques effectuée par l'acheteur public.

9-3-1-4/ Caractéristiques techniques de la signature au niveau 2 de la PRI.

Enfin, comme on l'a dit, la qualité de la signature est, au niveau 2 de la PRI¹⁴, garantie par des caractéristiques techniques à respecter. Ce référentiel, dont l'application est aujourd'hui préconisée, aura force obligatoire dès que le corpus législatif et réglementaire en cours d'élaboration sera complet. Pour une description exhaustive de ses caractéristiques techniques, on se référera au référentiel en ligne sur le site de l'ADAE : http://www.adae.gouv.fr/article.php?id_article=220. Les plus pertinentes d'entre elles, relatives à la signature électronique de niveau 2 du référentiel en sa première version, peuvent être ainsi résumées :

¹⁴ La PRIv2 est en cours de rédaction ; sa publication est prévue pour décembre 2004.

• Enregistrement de l'identité du signataire lors de la demande de certificat :

- l'enregistrement se fait toujours en face à face avec l'utilisateur final avec récupération de pièces justificatives et contrôle d'identité ;
- on distingue toutefois 2 cas. Dans le cas d'une première demande faite par un 'mandataire de certification ou d'une demande faite par un personnel d'une entreprise n'ayant pas de mandataire de certification, le face à face est réalisé avec l'autorité d'enregistrement (AE) de l'autorité de certification (AC). Dans les cas où une entreprise dispose d'un mandataire de certification, c'est-à-dire un personnel de l'entreprise, mandaté par l'AC, dont le rôle est d'assurer la fonction d'AE au sein de l'entreprise, le face à face est réalisé avec le mandataire de certification.

• Disponibilité du processus de publication des listes de certificats :

- la disponibilité de la liste de révocation des certificats doit être de vingt-quatre heures sur vingt-quatre et de sept jours sur sept. L'AC doit prendre des mesures pour assurer la continuité de disponibilité de cette liste pour des cas allant de l'accident (incendie...) à la cessation d'activité.
- Concernant la mise à jour de la publication, il faut distinguer :
 - la révocation : à compter de l'évènement déclencheur de la révocation, l'AC a moins de vingt-quatre heures (la PRIS v1 donne comme souhaitable que ce délai se réduise à douze heures) pour publier la révocation. Le service est ouvert vingt-quatre heures sur vingt quatre et sept jours sur sept ;
 - le renouvellement : l'AC a vingt-quatre heures pour mettre à jour sa publication.
- Support de la clé de signature électronique : il est recommandé d'utiliser pour la génération du bi-clé du porteur et la création de la signature, un produit certifié au sens du décret 2002-535, selon une cible de sécurité dont le niveau d'assurance sera au minimum EAL 2. L'usage d'un support matériel (carte ou clé USB) est souhaitable pour ce niveau, mais pas obligatoire dans la v1 de la PRI.

Le niveau 2 ayant été défini sur la base du référentiel du MINEFI, il est prévu qu'une démarche volontaire de la part des prestataires de services de certification (PSC) permette que les familles de certificats de signature électronique préalablement référencées par le MINEFI au titre de la politique de certification type v3.1 (TéléTVA) soient automatiquement référencées au niveau 2 de la PRI. L'administration se réserve néanmoins le droit d'effectuer des contrôles de conformité sur ces certificats.

En conclusion, la présomption de fiabilité n'étant pas un élément obligatoire, la sécurité requise est amplement satisfaite par les conditions organisationnelles mises en œuvre pour un niveau 2.

9-3-2/ La personne habilitée à signer et à transmettre la candidature et l'offre

Le 3^{ème} alinéa de l'article 3 du décret du 30 avril 2002 dispose notamment ; « *Dans les documents ou informations fournis à l'appui de leur candidature, qui pourront être également transmis par voie électronique, les candidats doivent désigner la personne habilitée à les représenter. Ils mettent en place des procédures permettant à la personne responsable du marché de s'assurer que les candidatures et les offres sont signées et transmises par la personne habilitée* ».

Dans la section du CMP relative à la présentation des candidatures, l'article 45 dispose pour sa part « à l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que : 1° Des renseignements ... et des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager [le candidat]... ».

Si le décret du 30 avril 2002 utilise les termes de « personne habilitée à la représenter » et l'article 45 ceux de « personne habilitée à l'engager », il semble que ces expressions visent une seule et même personne : celle que l'entreprise candidate habilite pour signer valablement l'offre.

La seconde phrase de l'alinéa précité de l'article 3 ne fait que compléter ce dispositif dans le contexte particulier de la signature électronique et de la transmission par la voie électronique.

S'agissant des procédures qui permettent à la PRM de s'assurer que candidatures et offres sont signées par la personne habilitée, ceci fait référence simplement au fait que l'entreprise doit conserver et doit pouvoir produire les éléments propres à établir que la signature électronique utilisée a été délivrée à une personne qui pouvait valablement engager l'entreprise et dans des conditions conformes à celles qu'indique le code civil pour en garantir l'authenticité. Il s'agira notamment des documents internes à l'entreprise relatifs aux pouvoirs qui sont conférés à la personne habilitée, des documents relatifs à la délivrance de la signature électronique et aux caractéristiques de son certificat.

Pour ce qui concerne l'assurance que les candidatures et les offres sont transmises par la personne habilitée, l'entreprise doit pouvoir produire des éléments propres à établir que c'est bien la personne habilitée qui a envoyé électroniquement ou validé l'envoi électronique des candidatures et offres.

9-3-3/ La signature des candidatures et des offres des groupements d'entreprises

Le IV de l'article 51 du CMP dispose notamment : « *Les candidatures et les offres sont signées soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises au stade de la passation du marché* ».

L'article 9 du décret du 30 avril 2002 dispose : « *Dans le cas de candidatures groupées, le mandataire assure la sécurité et l'authenticité des informations transmises au nom des membres du groupement* ».

Cette disposition a pour seul effet de prévoir un mode de représentation spécifique des membres d'un groupement d'entreprises lorsqu'elles décident de présenter une candidature et une offre par la voie dématérialisée. Elle ne concerne en aucun cas la forme du groupement, conjoint ou solidaire, et les conséquences qui en résultent en termes de responsabilité quant à l'exécution des prestations du marché.

On déduit des dispositions précitées que, dans le cadre de la dématérialisation, le mandataire justifiant des habilitations nécessaires signe seul la candidature et les offres au nom du groupement. Ceci a pour objet de faciliter le dépôt de candidatures et d'offres par des groupements en évitant l'apposition de plusieurs signatures électroniques sur un même document, ce qui est techniquement possible mais requiert des dispositifs appropriés que les pouvoirs publics n'ont pas souhaité imposer aux entreprises.

9.4. La sécurité des transactions et la confidentialité des informations transmises

L'article 7 du décret du 30 avril 2002 dispose : « *La personne publique assure la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire. Les frais d'accès au réseau et de recours à la signature électronique sont à la charge de chaque candidat* ».

L'article 8 du même décret dispose : « *la personne publique prend les mesures propres à garantir la sécurité des informations portant sur les candidatures et les offres. Elle s'assure que ces informations demeurent confidentielles.*

A cet effet, la personne responsable des marchés peut demander aux candidats d'assortir leurs fichiers d'un système de sécurité tel que les candidatures et les offres ne puissent être ouvertes qu'avec leur concours ».

On observera qu'en matière de sécurité et de confidentialité, la responsabilité repose principalement sur la personne publique. Comme il a déjà été indiqué, compte tenu de la terminologie employée, il faut noter que l'acheteur assume des obligations dites de moyen ce qui signifie qu'il doit mettre en œuvre les dispositifs de sécurité utiles et disponibles pour assurer leur respect. Ceci n'implique pas que l'acheteur supporte un régime de responsabilité différent de celui de la responsabilité administrative pour faute qui impose au requérant de rapporter la preuve d'une faute à la charge de la personne publique ou de son prestataire.

Il convient d'abord de rappeler la portée des principes de sécurité et de confidentialité pour des dossiers sur un support papier. Pour la sécurité, il incombe à la personne publique de prendre les mesures nécessaires pour conserver les documents reçus en l'état. La confidentialité suppose pour sa part que les informations contenues dans ces documents doivent rester inaccessibles à tous à partir du moment où la personne publique les reçoit jusqu'au moment où les règles du CMP autorisent la PRM et les membres de la CAO à en prendre connaissance. A compter de ce moment, ces informations doivent rester confidentielles à l'égard des candidats et des tiers jusqu'à la signature du marché et au delà, sous réserve des dispositions relatives à la liberté d'accès aux documents administratifs de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal modifiée.

Dans le contexte de la dématérialisation, les dispositions précitées énoncent les quatre règles suivantes :

- pour la transmission des candidatures et des offres, la personne publique doit assurer leur sécurité sur un réseau accessible à tous les candidats ;
- restent à la charge des candidats les frais d'accès au réseau et le recours à la signature électronique ;
- dès réception des candidatures et des offres, la personne publique prend les mesures nécessaires pour assurer leur sécurité et leur confidentialité ;
- les candidats peuvent à la demande de la PRM assortir leurs dossiers d'un système de sécurité de manière à ce que leur ouverture requière leur concours.

A propos de la deuxième règle, il convient d'entendre que les frais d'accès au réseau qui restent à la charge des candidats sont le coût de l'achat du matériel informatique du candidat, le coût de son branchement au réseau Internet et celui des communications. Pour le recours à la signature électronique, demeurent à la charge du candidat tous les frais qui accompagnent la demande d'une telle signature et du certificat qui l'accompagne.

Les trois autres règles concernent spécifiquement les questions de la sécurité des moyens électroniques utilisés en particulier pour assurer la conservation et la confidentialité des dossiers transmis. Il ne convient pas ici de s'étendre sur leurs caractéristiques techniques. Il suffira à ce stade de dire que la sécurité des transactions sera principalement obtenue par l'utilisation d'un réseau sécurisé étant entendu que son accès n'est pas discriminé (respect du principe de liberté d'accès à la commande publique). La confidentialité des dossiers de candidature et d'offre sera assurée par leur chiffrement ou leur cryptage¹⁵ ainsi que par l'emploi de coffres-forts électroniques¹⁶.

¹⁵ Chiffrement et cryptage sont identiques, il s'agit par l'application d'une clé et d'un algorithme de chiffrement à un document électronique de rendre celui-ci illisible par un tiers, seuls ceux qui détiennent la clé pouvant le déchiffrer.

Dans le contexte de la dématérialisation, si la confidentialité doit être entendue dans son sens habituel, soit la conservation du secret sur une information, la sécurité doit permettre à la fois le respect de la confidentialité des informations transmises mais aussi l'exécution dans des conditions normales et jusqu'à leur terme des dites transmissions ainsi que la conservation des documents électroniques transmis. Si l'on se réfère à la distinction des moyens électroniques utilisés, pendant leur transmission la sécurité des dossiers sera assurée par l'emploi simultané d'un réseau sécurisé et du chiffrement des dossiers, et pendant leur conservation par la personne publique, sécurité et confidentialité seront obtenues par l'emploi du chiffrement des dossiers et d'un coffre-fort électronique.

En ce qui concerne les transmissions, il faut observer que le fait pour la personne publique d'assurer leur sécurité va au delà de ce qui se passe avec des dossiers sur support papier. En effet, dans ce cas la sécurité incombe à La Poste, au coursier ou au candidat s'il dépose lui-même son dossier au guichet de la personne publique. Celle-ci n'assure la sécurité des plis qu'à compter de leur réception. Dans la dématérialisation, le champ de la responsabilité de la personne publique débute donc dès que le candidat transfère ses dossiers électroniques sur le réseau qu'elle lui aura indiqué.

Il faut souligner que si l'article 8 précité laisse à l'initiative de la PRM le fait de demander aux candidats d'assortir leurs dossiers d'un système de sécurité qui dans le contexte des techniques existantes dans le domaine numérique ne peut être que le chiffrement, aucune obligation générale n'impose qu'il soit utilisé de bout en bout de la transmission jusqu'à l'ouverture des dossiers par les autorités compétentes.

Pourrait ainsi être imaginé un système à la discrétion de la PRM qui prévoirait un chiffrement des dossiers seulement à certains moments de leur parcours du début de leur transmission jusqu'à leur ouverture. Sachant notamment qu'un dossier chiffré ne peut pas faire l'objet d'une détection anti-virale, il a ainsi pu être imaginé qu'un dossier chiffré soit déchiffré à sa réception, passé à l'anti-virus, puis si ce contrôle est négatif, chiffré à nouveau avant d'être placé dans un coffre-fort électronique avant son ouverture. Dans le cas où le passage à l'anti-virus serait positif, ceci aurait permis conformément aux dispositions de l'article 10 du décret du 30 avril 2002 (*cf* point 10-4), de prévenir le candidat intéressé pour lui permettre de préparer et d'envoyer un nouveau dossier s'il en est encore temps.

Après analyse, il apparaît qu'une telle pratique ne respecterait pas la confidentialité des candidatures et des offres jusqu'à leur ouverture. En effet, il faut savoir qu'à partir du moment où un document chiffré est déchiffré, il peut être lu et rien ne permet de rapporter la preuve que celui qui l'a déchiffré ne l'a pas lu. Dans la mesure où le principe de confidentialité impose que le contenu des dossiers reste inaccessible à tous jusqu'à leur ouverture, le fait que l'action de déchiffrement incomberait soit à un agent des services informatiques de la PRM, soit à un agent du prestataire de service informatique qui opère pour le compte de l'acheteur public conforte la position qui consiste à ce que les dossiers de candidature et d'offre soient chiffrés dès le début de leur transfert jusqu'à leur ouverture.

Cette approche n'est d'ailleurs pas différente de celle qu'adopte la directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 déjà citée, dans son annexe X intitulé "exigences relatives aux dispositifs de réception électronique des offres, des demandes de participation ou des plans et projets dans les concours" à transposer dans notre droit.

Il faut également noter que le passage à un antivirus à jour lors de la réception d'un dossier ne permet pas nécessairement de détecter un virus éventuel et que ce passage ne garantit pas qu'un virus ne soit pas détecté au moment de l'ouverture du pli en commission.

¹⁶ Un coffre-fort électronique dit aussi séquestre, est un espace protégé dans lequel sont entreposés les documents électroniques qui doivent être protégés. Son accès est régi par des habilitations spécifiques, par exemple le retrait d'un document ne peut être opéré qu'après une date donnée et par une personne désignée, les deux devant être fixées préalablement.

Il convient ici de signaler que les questions relatives à la sécurité et à la confidentialité ont un impact sur les modalités d'organisation humaines et techniques des services informatiques qui seront en charge de la dématérialisation.

Dans le cas où la personne publique gère directement cette compétence, il conviendra notamment de mettre en place les dispositions nécessaires pour que les agents des services informatiques ne communiquent avec les agents du service des marchés que dans la stricte limite de la bonne exécution des opérations techniques dont les premiers sont chargés.

Dans le cas où il est fait appel à des prestataires extérieurs, ceux-ci devraient être assujettis aux règles qui s'imposent à la personne publique, et dans la mesure du possible, au regard des possibilités offertes par les solutions techniques disponibles, à celles qui s'appliquent aux tiers à la procédure. Il conviendra donc d'être attentif à ce que les documents contractuels qui régissent les relations de ces prestataires avec la personne publique précisent les obligations en matière de sécurité et de confidentialité que ces prestataires doivent respecter ainsi que les modalités de la responsabilité contractuelle qu'ils encourent s'ils y font défaut. En particulier, les agents du prestataire de services de dématérialisation doivent être tenus à ne communiquer en aucune façon tout ou partie du contenu de la plate-forme avec d'autres agents chargés de répondre à des appels d'offres de l'administration. Le cahier des clauses techniques particulières relative à la plate-forme de dématérialisation devra prendre en compte l'ensemble des éléments qui assureront la sécurité et la confidentialité de la plate-forme et d'en démontrer la réalité (cf point 14).

Le 3^{ème} alinéa de l'article 7 du décret du 30 avril 2002 prévoit que « *la personne responsable du marché peut demander aux candidats d'assortir leurs fichiers d'un système de sécurité tel que les candidatures et les offres ne puissent être ouvertes qu'avec leur concours* ». Il convient d'observer que cette disposition paraît aujourd'hui obsolète au regard des caractéristiques technologiques que présentent les outils informatiques de la dématérialisation. Il semble en effet que leur configuration mette en œuvre des systèmes de sécurité qui ne sont pas nécessairement actionnés par une intervention personnelle du soumissionnaire.

Comme il a été signalé dans les moyens fonctionnels de la dématérialisation (cf point 4/), le principe de transparence des procédures mentionné dans l'article 1^{er} du CMP milite pour la présentation sur le site de la personne publique des éléments de la politique de sécurité et de confidentialité qui y sont mis en œuvre.

9.5. La présentation et le contenu des candidatures et des offres

Les dossiers de candidatures et d'offres vont se présenter sous la forme de fichiers contenant des documents électroniques. Sur ces documents le décret du 30 avril 2002 ne spécifie rien. Il convient donc de se reporter aux dispositions du CMP pour savoir selon quelles règles ils doivent être présentés et quel doit être leur contenu informatif.

Pour exemple, s'il s'agit d'un appel d'offres ouvert, la transmission électronique se fera par l'envoi d'un seul dossier qui devra comprendre deux fichiers distinctement identifiés l'un comme la candidature, l'autre comme l'offre. Chacun des fichiers comprendra sous la forme de documents électroniques, classés et répertoriés selon les indications qu'a pu fournir l'acheteur dans le règlement de la consultation (cf point 6-5 et annexe n° 2 : propositions sur la classification et le format des pièces de marché public), les informations qui doivent être fournies à l'appui de la candidature ou de l'offre¹⁷.

¹⁷ Pour déterminer le contenu exact du dossier électronique transmis, il conviendra de tenir compte si nécessaire des modalités d'allotissement du marché qui doivent être précisées dans l'AAPC et le règlement de consultation. En effet, l'allotissement peut dans certains cas permettre à une entreprise de présenter une candidature et une offre sur chacun ou quelques uns des lots. Dans le cas où une des candidatures correspondant à une offre n'est pas recevable, le fichier correspondant à l'offre ne doit pas être ouvert. Il conviendra donc d'en tenir compte lors de la conception du dossier qui sera transmis par voie électronique pour différencier les documents qui le composeront et leurs modalités respectives d'ouverture.

Quelques points doivent toutefois être précisés.

Il est constaté d'une manière générale que les acheteurs publics demandent que soient joints aux candidatures ou aux offres certains documents ou que soient effectuées sur ceux-ci certaines formalités dont l'intérêt juridique n'est pas évident. Par exemple, il est souvent demandé aux candidats de joindre à leur offre un exemplaire du règlement de consultation, du CCAP et/ou du CCTP paraphés par leurs soins ; or cette exigence ne repose sur aucun fondement légal ou réglementaire. En effet, la signature de l'acte d'engagement par le candidat implique *ipso facto* qu'il adhère au contenu de ces documents en cas d'attribution du marché. Déjà lourde et injustifiée dans le cadre d'une procédure papier, elle ne l'est pas moins dans une procédure dématérialisée et ceci incite à recommander aux acheteurs de limiter les obligations de signature qu'ils exigeront des candidats.

Il convient aussi de noter que si rien n'empêche un acheteur public d'apporter une aide aux soumissionnaires pour la préparation de leurs dossiers de candidature et d'offre, ceci ne devrait pas conduire à une différence de traitement entre ceux qui choisissent de répondre sur un support papier et ceux qui optent pour la voie électronique, et qui puisse être interprétée comme une atteinte à l'égalité de traitement à laquelle ils ont droit. Tel pourrait notamment être le cas si la préparation d'une réponse électronique bénéficiait d'un contrôle automatique de cohérence des informations présentées, contrôle a priori impossible sur des documents papiers.

Si une aide est apportée pour l'élaboration de documents électroniques, une aide équivalente doit être apportée aux autres candidats. Par exemple, si des formulaires électroniques sont joints au DCE, au minimum une copie papier des mêmes formulaires doit être remise avec le DCE sur support papier. De plus, l'ergonomie de ces formulaires devrait être conçue de façon à permettre aux candidats de les renseigner dans des conditions similaires quel que soit leur support.

Dans la mesure où les fichiers et les documents qu'ils contiennent font sous la responsabilité du candidat l'objet de sa signature électronique qui en atteste ainsi l'origine et l'intégrité, rien n'empêche que certains de ces documents soient des documents papiers numérisés¹⁸. Il pourra en être ainsi notamment de tous les documents à disposition du candidat qu'il ne pourrait se procurer sous la forme d'un document électronique. C'est notamment le cas pour de nombreuses pièces qui sont aujourd'hui remises à l'appui de la candidature.

9.6. La réception de documents volumineux

L'article 4 du décret du 30 avril 2002 dispose : « *Dans le cas où une offre est susceptible d'entraîner la transmission de documents volumineux, et pour éviter tout retard consécutif aux aléas de transmission électronique qui pourraient en résulter, la personne publique peut autoriser les candidats à envoyer leur offre sous la forme d'un double envoi. En premier lieu, ils transmettent leur signature électronique sécurisée. La réception de cette signature vaut date certaine de réception de l'offre. En second lieu, ils transmettent l'offre elle-même.*

Lorsque la possibilité prévue à l'alinéa ci-dessus est utilisée, la personne responsable du marché indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans la lettre de consultation le délai qui peut séparer la réception de la signature électronique sécurisée de la réception de l'offre elle-même. Ce délai ne saurait excéder vingt-quatre heures, sous peine d'irrecevabilité de l'offre ».

Lorsque ce dispositif est mis en œuvre, il y a lieu de considérer que, sous réserve de la réception de la signature électronique du candidat dans le délai normal de remise des candidatures et/ou des offres, le délai de remise de l'offre elle-même est allongé du délai supplémentaire indiqué par la personne publique.

¹⁸ Pour mémoire, une signature manuscrite numérisée ne vaut pas signature au sens du Code civil. Pour donner une valeur juridique à un document numérisé, il convient de le revêtir d'une signature électronique.

9.7. Les modalités de réception des candidatures et des offres dématérialisées

Le dernier alinéa de l'article 3 du décret n° 2002-692 du 30 avril 2002 dispose : « *La transmission des candidatures et des offres doit pouvoir faire l'objet d'une date certaine de réception et d'un accusé de réception électronique* ».

Ceci impose donc à la personne publique de se doter d'un système qui permette d'horodater la réception des documents reçus par la voie électronique et d'en accuser réception.

Il est à noter qu'à ce jour l'horodatage de la réception des candidatures et des offres « papier » résulte d'une constatation visuelle d'une personne physique à partir d'une montre ou d'une horloge dont l'exactitude des informations qu'elle donne pourrait être très facilement contestée. Il est remarqué aussi que les candidats admettent que la constatation soit opérée indifféremment par un préposé de La Poste ou un employé de la personne publique.

Au regard de ces éléments, il paraît admissible que les éléments relatifs à l'horodatage de la réception des candidatures et des offres transmises par la voie électronique, soient issus du système informatique de la personne publique ou du prestataire de services de dématérialisation.

Il reviendra naturellement à l'acheteur public dans la mise en œuvre du dispositif retenu d'afficher clairement dans les avis de publicité ou règlements de consultation de ses marchés et sur son site (ou sur la plate-forme qu'il utilise) les références horaires utilisées et en particulier le fuseau horaire auquel elles se rattachent.

Le recours à un tel système présente en tout état de cause une garantie exactement égale à celle qu'offre aujourd'hui le récépissé délivré par la personne publique.

L'exigence d'accuser réception des candidatures et des offres par la voie électronique doit avoir pour conséquence pour la personne publique de prévoir dans son système informatique une procédure permettant aux entreprises candidates de disposer d'un accusé de réception.

Il est essentiel que le journal des événements trace l'ensemble de ces éléments.

La personne publique peut, si elle souhaite assurer une meilleure garantie de cette opération, avoir recours à un prestataire de service informatique dans la fonction de tiers horodateur.

10. L'examen des candidatures et des offres jusqu'à l'attribution du marché

Pendant cette phase de la procédure de passation, les principales opérations suivantes se succèdent :

- l'ouverture des plis relatifs aux candidatures (par la PRM) ;
- la sélection des candidatures (par la PRM après avis de la CAO pour l'Etat et par la CAO pour les collectivités territoriales) ;
- l'ouverture des plis relatifs aux offres (par la CAO) ;
- l'examen des offres (par la CAO) ;
- le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (par la PRM après avis de la CAO pour l'Etat et par la CAO pour les collectivités territoriales) ;
- l'attribution du marché (par la PRM après avis de la CAO pour l'Etat et par la CAO pour les collectivités territoriales) ;
- la vérification des certificats (par la PRM).

La liste de ces opérations et de leurs acteurs peut être altérée selon la procédure en cours. Par exemple, s'y ajoute la phase de dialogue avec les candidats retenus par la PRM dans le dialogue compétitif, ou encore, se substitue à la CAO la PRM seule pour l'examen et la sélection des candidatures pour les marchés négociés. Enfin, la personne publique dispose d'une large faculté d'organisation de cette phase de la procédure de passation pour ses MPA et ses marchés relevant de l'article 30 du CMP.

Les opérations énumérées ci-dessus donnent lieu à diverses correspondances de la PRM vers les candidats qui ont, notamment et selon la procédure en cours, pour objet :

- de leur demander de compléter leur dossier de candidatures des pièces manquantes ou incomplètes ;
- de les informer du rejet de leur candidature ;
- de les informer du rejet de leurs offres au motif qu'elles sont non conformes ;
- de les informer de la décision de déclarer sans suite la consultation ;
- de les informer que leurs offres n'ont pas été retenues ;
- de leur adresser la lettre de consultation.

Comme l'indique le dernier alinéa de l'article 56 du CMP, la personne publique a la faculté de dématérialiser ces différents échanges d'informations notamment par l'utilisation d'une messagerie électronique à ceci près que le recours à des moyens électroniques ne doit pas aboutir à rompre l'égalité de traitement qui doit exister entre les candidats. Par exemple, un courrier adressé par la PRM à l'ensemble des candidats devrait partir à la même date qu'il soit transmis par la voie électronique ou sur un support papier¹⁹. De plus, la personne publique avant de mettre en œuvre de tels systèmes doit apprécier le risque juridique et le degré de sécurité minimal qui doit s'y attacher et lui adjoindre le cas échéant les fonctionnalités nécessaires (signature électronique, accusé de réception, horodatage ...).

En tout état de cause, la personne publique devra prévoir à compter du 1^{er} janvier 2005 pour les marchés publics qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du CMP, une gestion de l'ouverture et de l'examen des candidatures et des offres qui tienne compte à la fois des dossiers dématérialisés et des dossiers reçus sur support papier.

Afin de respecter le principe de transparence des procédures, la personne publique devra afficher, dans les documents de publicité de la procédure, si elle entend poursuivre la procédure par la voie électronique au delà de la réception des offres et jusqu'à quel point, avec les candidats qui ont opté pour l'envoi de leurs candidatures et de leurs offres par cette voie. Les modalités selon lesquelles devraient s'effectuer les échanges d'information avec les candidats concernés devraient aussi y être exposées.

A partir de cette étape de la procédure de passation d'un marché, l'acheteur public doit choisir s'il entend poursuivre cette procédure sous une forme dématérialisée ou la continuer en re-matérialisant les candidatures et les offres reçues.

Dans le cas où la personne publique souhaite re-matérialiser les documents électroniques qu'il a reçus, cette opération ne pourra se faire au plus tôt qu'aux moments où candidatures et offres peuvent être ouvertes. Cette re-matérialisation imposera alors de vérifier la conformité des informations qui

¹⁹ L'obligation d'égalité de traitement pesant sur la PRM est une obligation de moyen qui se traduit par la même date de départ pour tous les courriers, et non une obligation de résultat qui garantirait la réception des courriers par les destinataires.

figureront sur le support papier à celles que contient le document électronique et le constat devra en être inscrit au procès verbal de la CAO. Il faut observer que dans le cas d'une procédure de passation dans laquelle les offres sont transmises après examen et sélection des candidatures, ce choix ne saurait remettre en cause celui opéré par les candidats sur la forme de la transmission de leurs offres qui doit rester identique à celle utilisée pour transmettre leurs candidatures. Ainsi le candidat qui a transmis sa candidature par la voie électronique et qui est admis à présenter une offre devra transmettre cette dernière de la même façon.

Le choix de la re-matérialisation impose aussi de prévoir dans les documents de publicité de la procédure que les candidats potentiels accepteront même s'ils ont transmis leurs dossiers par la voie électronique que le marché retenu pourra donner lieu à la signature manuscrite d'un marché papier.

A priori, si le choix de la dématérialisation est retenu, les documents envoyés par les candidats n'ont pas vocation à subir un traitement particulier hormis leur ouverture et leur lecture. Sur la base des constatations opérées par la PRM et la CAO, des travaux effectués par les services de la PRM, seront élaborés de nouveaux documents décrivant leurs actions respectives au cours de la procédure et portant une appréciation sur les documents qui leur sont soumis aboutissant au choix de l'attributaire du marché. Ces nouveaux documents (qui sont notamment les procès-verbaux d'ouverture des plis, la comparaison des offres élaborée par les services de la PRM, les avis et décisions adoptés par la PRM ou la CAO ...) intégreront donc les observations relatives aussi bien aux dossiers reçus sur support papier que ceux reçus sous une forme électronique.

Si la personne publique poursuit ces opérations par la voie électronique, les informations et l'enregistrement des documents qui en résultent, ont vocation à enrichir le journal électronique des événements.

La question de la re-matérialisation peut se reposer aux étapes suivantes de la procédure de passation puis de l'exécution du marché. Ceci laisse donc aux acheteurs publics la possibilité d'une entrée graduelle dans la dématérialisation. De ce choix va dépendre la configuration du site de dématérialisation et les fonctionnalités auxquelles il doit répondre.

Au delà de ces commentaires généraux, plusieurs points particuliers doivent être examinés dans la perspective de la dématérialisation de cette phase de la procédure de passation.

10.1. Le cadre juridique

Aucune disposition juridique spécifique ne prévoit de règle particulière quant à l'ouverture et à l'examen des candidatures et des offres transmises par la voie électronique (hormis le second alinéa de l'article 8 du décret du 30 avril 2002 qui sera examiné dans le point 10-2).

S'y applique donc sans exception l'ensemble des règles qui prévalent pour l'ouverture et l'examen des candidatures et des offres sur support papier.

Toutefois, il conviendra d'examiner et de modifier les règles de fonctionnement des instances telle que la CAO pour les adapter aux sujétions techniques que peut générer l'intégration d'outils informatiques dans l'exercice de leurs compétences.

Par exemple, de nombreux règlements de CAO prévoient que les procès-verbaux de leurs réunions doivent être signés par leur président et les membres présents. Si ces procès verbaux sont dressés sous la forme d'un document électronique, l'apposition de ces différentes signatures requiert de mettre à la disposition de chacun d'entre eux des signatures électroniques. L'apposition sur un document électronique de plusieurs signatures électroniques est techniquement possible et requiert la mise en place de fonctionnalités spécifiques. Toutefois, comme la règle ne résulte d'aucune obligation issue du CMP, il est possible de modifier le règlement de la CAO pour prévoir que seule la signature électronique de son président sera requise pour signer les actes pris au nom de la commission.

Il doit aussi être rappelé que si la CAO se prononce sur la base de documents électroniques, elle ne saurait être réunie de manière virtuelle (par exemple audio et vidéo conférence) car les moyens techniques utilisés doivent permettre à chaque membre de la commission de pouvoir intervenir dans le débat et d'avoir accès à toutes les informations utiles à la prise de décision (TA Lyon, 1^{er} juillet 1998, Préfet de la Loire). Ainsi, les moyens informatiques mis à disposition des membres de la commission doivent donner à chacun une vision identique des documents qui leur sont présentés.

C'est au président de la CAO que le gestionnaire de la plate-forme de dématérialisation donnera en temps voulu les codes et signatures électroniques nécessaires pour qu'il procède à l'ouverture des plis électroniques et pour qu'il valide les différents documents transmis à la commission par les services et les procès verbaux des réunions de la CAO.

Ouverture des plis, rédaction de procès verbaux, signatures de ceux-ci seront autant d'opérations qui donneront lieu à enregistrement dans le journal des événements et concerneront aussi bien les candidatures et les offres électroniques que celles reçues sous forme papier.

10.2. Le respect de la confidentialité des candidatures et des offres

Sur ces questions, il convient de se référer aux développements qui figurent au point 9-4.

Sur le second alinéa de l'article 8 précité qui dispose « *la personne responsable des marchés peut demander aux candidats d'assortir leurs fichiers d'un système de sécurité tel que les candidatures et les offres ne puissent être ouvertes qu'avec leur concours* », si cette possibilité est mise en œuvre, il conviendra que le choix du système de sécurité retenu par la PRM tienne compte des règles qui veulent que l'ouverture des plis n'est pas publique et que les candidats n'y sont pas admis (règles mentionnées aux articles 58 et 61 du CMP pour l'AOO et l'AOR dont l'application aux autres procédures de passation n'est pas contestable). Ainsi la mise en œuvre de ce système ne doit jamais pouvoir s'analyser comme l'octroi d'un quelconque avantage en faveur du candidat qui intervient pour l'ouverture des plis qu'il a déposés.

10.3. Les candidatures et les offres remises hors délai

Chaque fois qu'une consultation est engagée, un délai est imparti aux candidats potentiels pour déposer auprès de la PRM leurs candidatures et leurs offres.

A priori, il n'y a pas lieu de traiter les candidatures et les offres reçues en retard par la voie électronique de manière différente de celles qui sont reçues en retard par la voie postale ou par dépôt direct auprès de la personne publique. Les plis quel que soit leur support, ont été reçus après la date et l'heure limite de dépôt annoncées dans l'AAPC ne sont pas ouverts et sont déclarés irrecevables.

L'article 4 du décret du 30 avril 2002 mentionné au point 9-6 prévoit la possibilité d'un envoi en deux temps lorsque l'envoi de l'offre est susceptible d'entraîner la transmission de documents volumineux. Il précise que « *la personne responsable du marché indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans la lettre de consultation le délai qui peut séparer la réception de la signature électronique sécurisée de la réception de l'offre elle-même. Ce délai ne saurait excéder vingt-quatre heures, sous peine d'irrecevabilité de l'offre* ».

La jurisprudence affirme de manière constante que les offres présentées hors délai ne peuvent être retenues sous peine d'irrégularité de la procédure, qu'il s'agisse d'offres initiales ou d'offres rectificatives (CE, 10 juin 1936, Baudot, Rec. CE, p. 630 ; CE, 9 février 1996, Pelte, Marchés publics 1995/1996, n° 8, p. 25 ; CE, 4 novembre 1996, Département de la Dordogne, Rec. CE, p. 433).

Lorsque le dispositif prévu par l'article 4 est mis en œuvre, il y a lieu de considérer que, sous réserve de la réception de la signature électronique du candidat dans le délai "normal" de remise des offres, le délai de réception de l'offre elle-même est allongé du délai supplémentaire indiqué par la personne

publique et décompté à partir de la réception de la signature électronique. La sanction du non respect de ce délai supplémentaire est l'irrecevabilité de l'offre.

Ainsi, l'offre qui n'aura pu être réceptionnée avant la fin du délai supplémentaire, quelle que soit la cause du retard, sera traitée de manière identique à celle qui serait remise en retard dans une procédure papier conformément à la jurisprudence.

Le Conseil d'Etat considère aussi que sont irrecevables les offres déposées dans le délai fixé mais qui sont incomplètes (CE, 1^{er} mars 1968, Laroche et Germain, Rec. CE Tables, p. 1000).

Le caractère incomplet d'une offre papier ne soulève pas a priori de difficulté. En revanche, comment doit-on considérer le cas d'une offre électronique dont la réception a commencé quelques minutes avant la fin du délai supplémentaire pour s'achever après ce délai ?

Doit ici être rappelé que le Conseil d'Etat a considéré qu'un très léger retard pouvait être admis si celui-ci n'empêche pas le déroulement normal de la procédure et ne rompt pas l'égalité entre les candidats (CE, 17 décembre 1971, Ville de Cayenne, Rec. CE Tables, p. 1104). Il appartiendrait donc à la PRM pour l'Etat et à la CAO pour les collectivités territoriales d'examiner si ces conditions sont remplies.

Dans la mesure où l'article 4 précité indique que la sanction du retard de réception d'une offre est son irrecevabilité, cette règle s'applique quel que soit le motif de ce retard. Dans le cas où ce retard serait imputable à des incidents survenus aux matériels électroniques placés sous la responsabilité de la personne publique, l'entreprise devrait alors rechercher la preuve de ces dysfonctionnements pour engager la responsabilité délictuelle de la personne publique sur le fondement de la perte de chance.

10.4. Les candidatures et les offres contenant des virus

L'article 10 du décret du 30 avril 2002 dispose « *tout document électronique envoyé par un candidat dans lequel un virus informatique est détecté par l'acheteur public peut faire l'objet par ce dernier d'un archivage de sécurité sans lecture dudit document. Ce document est dès lors réputé n'avoir jamais été reçu et le candidat en est informé* ».

Cette règle offre une alternative à la personne publique. En effet, l'acheteur public « *peut* » décider que le document contaminé par un virus fera l'objet d'un archivage de sécurité, et *a contrario*, il peut décider que ce document ne fera pas l'objet d'un tel archivage.

Dans le premier cas, la sanction de l'archivage de sécurité est claire : le document contaminé est réputé n'avoir jamais été reçu.

Dans le second cas, l'intérêt de l'acheteur est de mettre en œuvre un programme de réparation du document contaminé. Deux situations peuvent en résulter : le document retrouve son intégrité initiale et la procédure suit son cours ; en revanche, si le document ne peut pas être réparé ou que sa réparation ne lui restitue pas son intégrité, la personne publique n'aura d'autre choix que de considérer ce document comme nul ou incomplet²⁰. Dans la mesure où le document a été ouvert pour en prendre connaissance et donc le lire, il ne semble pas possible ici de procéder à un archivage de sécurité.

On soulignera que cette disposition ne concerne que le document contaminé et non pas l'ensemble des documents du dossier qu'a envoyé le candidat. Il faudra en tenir compte lors de l'examen des modalités d'ouverture des candidatures et des offres exposées ci-dessous.

Dans le cas où un archivage de sécurité est décidé, le système mis en œuvre devra garantir que le document ne sera pas ouvert.

²⁰ Il en irait de même dans une procédure papier si un document s'avère illisible ou incomplet.

10.5. L'ouverture et l'examen des candidatures

Pour mémoire, les opérations d'ouverture et d'examen des candidatures sur un support papier, un support électronique ou transmises par la voie électronique doivent être conduites ensemble.

L'article 52 du CMP dispose « *avant de procéder à l'examen des candidatures, si la personne responsable du marché constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, elle peut décider de demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique pour tous les candidats et qui ne saurait être supérieur à dix jours* ».

Ainsi, l'ouverture des dossiers de candidatures est une étape conduite sous la seule responsabilité de la PRM préalablement à leur transmission à la CAO. La PRM (ou ses délégués) devra donc disposer des habilitations et codes informatiques nécessaires pour accéder aux dossiers de candidatures. Cette étape comprend essentiellement un recensement et une vérification des pièces transmises à l'appui des candidatures, afin d'estimer si celles-ci sont recevables, et la faculté pour la PRM de demander aux candidats de fournir des pièces absentes ou incomplètes.

Dans les pièces absentes ou incomplètes, il semble possible d'inclure les documents contaminés par un virus qui ont fait l'objet d'un archivage de sécurité et ceux qui ayant fait l'objet d'une réparation, à la demande de la PRM, n'ont pas retrouvé leur intégrité. En effet, les premiers sont bien d'une certaine façon absents et les seconds sont bien incomplets.

Pour les candidats qui ont transmis leur candidature par la voie électronique, il semble logique que ces pièces absentes ou incomplètes leur soient demandées par l'intermédiaire de courriers électroniques.

Si les documents de publicité de la consultation ont spécifié les formats électroniques dans lesquels les documents doivent être transmis, il semble que le non respect de cette prescription par un candidat doit être sanctionné par l'irrecevabilité de son dossier de candidature. En effet, dans la mesure où une telle spécification respecte les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats, elle s'impose à tous. *A priori*, il ne semble pas non plus que les modalités de régularisation des pièces de la candidature prévues par l'article 52 précité aient vocation à s'appliquer ici. Toutefois, si cela ne concerne que certaines pièces de la candidatures, la PRM peut user de la faculté que lui offre l'article 52 pour les documents demandés par l'acheteur public et transmis par le candidat mais qui sont en fait inaccessibles.

A ce stade, la PRM devrait disposer des informations nécessaires pour effectuer les contrôles destinés à s'assurer de la validité de la signature électronique de la candidature. Concrètement, il s'agira pour elle de vérifier à partir des références du certificat de la signature utilisée, de celles du certificateur et de la liste des certificats révoqués, que cette signature était valide à la date de signature de la candidature. A défaut, la candidature devra être rejetée. Il ne semble pas que ce défaut puisse faire l'objet d'une régularisation en recourant au dispositif prévu par l'article 52 précité. Ceci reviendrait à admettre qu'un nouveau dossier de candidature revêtu d'une nouvelle signature électronique soit envoyé et reçu alors que la date limite de réception des dossiers de candidature est dépassée.

L'ensemble des opérations afférentes à l'ouverture des candidatures et à leur contrôle qui peuvent être demandées par la PRM donneront lieu, dans le cadre d'une procédure dématérialisée, à l'inscription dans le journal des événements des mentions utiles pour les tracer ainsi qu'à l'élaboration de documents électroniques validés par la PRM.

Les dossiers de candidatures et l'ensemble des informations et documents évoqués ci-dessus, qu'ils soient sous la forme de documents électroniques ou de documents papier, seront ensuite transmis par la PRM à la CAO qui devra donner un avis sur leur recevabilité, la PRM devant ensuite arrêter la liste des candidatures retenues ou, pour les collectivités territoriales, dresser la liste des candidatures retenues. C'est au cours de cet examen des candidatures que devra notamment être traitée la question relative aux candidatures remises hors délais (*cf* point 10-3).

10.6. L'ouverture et l'examen des offres

Comme pour l'ouverture des dossiers de candidature, il doit être procédé simultanément à l'ouverture des offres présentées sur un support papier, un support physique électronique ou transmises par la voie électronique. En particulier, il ne peut pas être procédé à l'éventuelle impression des offres reçues par la voie électronique préalablement à la réunion de la CAO d'ouverture des offres.

A la différence des dossiers de candidatures, l'ouverture et l'examen des offres sont opérés par la seule CAO. Comme indiqué précédemment, le président de la CAO devra disposer des habilitations et codes informatiques nécessaires pour procéder à l'ouverture des dossiers d'offres.

Comme pour l'ouverture des candidatures, il conviendra de vérifier la validité de la signature électronique de l'offre. Si tel n'est pas le cas, l'offre devra être rejetée.

Les travaux de la CAO dans le cadre d'une procédure dématérialisée seront très semblables à ceux qu'elle opère pour l'examen des candidatures sauf à ajouter que le classement des offres qui peut être opéré lors d'une réunion ultérieure de la CAO, se fondera dans la majorité des cas sur les travaux comparatifs menés par les services de la PRM qui pourront alors lui être transmis sous la forme de documents électroniques.

Il faut remarquer que la candidature et l'offre d'un soumissionnaire n'étant pas obligatoirement revêtues de la même signature électronique²¹, notamment dans le cadre d'une procédure restreinte où la validité de la signature de la candidature a pu expirer avant la signature de l'offre, ceci implique qu'une vérification de la signature de l'offre doit être obligatoirement opérée.

Dans le cas où la transmission de l'offre a été opérée conformément à l'article 4 du décret du 30 avril 2002 relatif à la transmission de documents volumineux, l'attention doit être appelée sur l'identité qui doit exister entre la signature envoyée dans un premier temps et celle utilisée pour signer l'offre envoyée postérieurement. A défaut d'une telle identité, l'offre ne pourra pas être lue et cette incapacité technique aura pour conséquence son rejet²².

Pour les documents de l'offre contaminés par un virus, le recours au dispositif prévu par l'article 52 du CMP qui permet à la PRM de demander aux candidats les pièces absentes ou incomplètes relatives à la candidature, n'est plus possible. En revanche, la faculté laissée à l'initiative du président de la CAO, de réparer les documents contaminés existe toujours.

S'il arrive par exemple que plusieurs offres pour une même consultation soient contaminées, il revient à la PRM de décider si elles doivent toutes faire l'objet d'une réparation ou si elles doivent toutes être réputées non reçues. Si parmi ces offres seules certaines sont effectivement réparées alors que d'autres ne sont pas, les premières seront examinées par la CAO alors que les secondes seront rejetées.

10.7. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, la production des certificats par le candidat retenu, leur vérification par la PRM

Ces opérations n'appellent pas d'observation sauf à mentionner que leur dématérialisation ne pose pas de difficulté juridique.

Toutefois, la fourniture de certificats dématérialisés par le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché dépend de la capacité des organismes certificateurs à les produire et à les lui fournir sous cette forme, ce qui n'est pas encore le cas pour la plupart d'entre eux. Dans une période intermédiaire, la numérisation de ces certificats est possible.

²¹ En effet, rien n'oblige à ce que la signature électronique de la candidature soit celle utilisée pour l'offre. Ce qui importe c'est que la personne habilitée à engager donc à signer soit titulaire des deux signatures utilisées et que leurs certificats présentent les mêmes caractéristiques.

²² La sanction n'est pas différente de celle qui toucherait une offre sur support papier illisible.

En effet, l'arrêté du 31 janvier 2003 pris pour l'application de l'article 46 du CMP et de l'article 8 du décret n°97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n°97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal, dispose à son article 4 « *Les candidats aux marchés publics ou aux délégations de service public sont autorisés à présenter aux acheteurs et maîtres d'ouvrage publics et personnes publiques délégantes une copie des certificats visés aux articles 1^{er} et 2 ou une copie de l'état annuel des certificats reçus* ».

Il n'est donc demandé au candidat retenu rien de plus qu'une copie de ces certificats, or la numérisation d'un document papier donne effectivement une simple copie numérique de ce document. L'arrêté précité ne spécifiant pas la forme ou le support de la copie demandée, elle peut donc être numérique.

Demande des certificats par la personne publique et transmission de ceux-ci par l'entreprise peuvent donc être opérées par la seule voie électronique qui peut être une messagerie complétée des fonctionnalités permettant de conserver la trace de ces échanges.

On peut aussi imaginer que l'acheteur demande ces certificats par la voie postale et les reçoive par la même voie. Dans ce cas, le journal des événements devra les identifier de manière à pouvoir créer un lien avec la procédure du marché concerné.

En définitive, tout au long de cette phase de la procédure qui aboutit au choix de l'offre, le dossier de la procédure pourra comprendre pour un marché donné à la fois des documents électroniques et des documents sur support papier. D'un point de vue strictement juridique cette dualité ne fragilise pas par elle-même la validité de la procédure.

En revanche, elle implique de la part des services de la personne publique la mise en œuvre de méthodes rigoureuses et contrôlées qui permettent une vue instantanée et globale de l'ensemble du dispositif. Doit être soulignée l'importance qui s'attache à la définition et à la répartition des signatures électroniques, habilitations et codes informatiques dont doivent être dotés les acteurs de la procédure au sein de la personne publique conformément aux délégations de pouvoirs et de signatures qui leur sont conférées.

11. La conclusion et la notification du marché dématérialisé

La dématérialisation de cette phase de la procédure de passation n'est concevable que si l'offre retenue a été reçue sous une forme dématérialisée. En effet, à l'exception du cas, aujourd'hui peu probable, où l'acheteur pourrait n'accepter que des candidatures et des offres transmises par voie électronique au motif qu'une telle obligation ne porterait pas atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats éventuels du secteur professionnel concerné par le marché, comme il a été vu précédemment, offres papiers et offres numériques sont sur un strict plan d'égalité quant à leur support mais leur traitement et ici les modalités de signature du marché ne peuvent s'en abstraire. Autrement dit, une offre sur support papier ne peut faire l'objet que d'une signature manuscrite et une offre électronique devrait faire l'objet d'une signature électronique à moins que la personne publique n'opte à ce stade pour une re-matérialisation.

Schématiquement, quatre étapes se succèdent :

- les contrôles préalables à la signature,
- la signature par la PRM,
- la notification du marché au titulaire,
- la publication éventuelle d'un avis d'attribution et la publicité annuelle des marchés conclus par la personne publique.

Pour des raisons pratiques, doit être envisagée la possibilité de la re-matérialisation de l'offre avant la conclusion du marché. En effet, compte tenu du faible développement des procédures électroniques de visa et de contrôle préalables à la signature du marché et aussi de l'absence actuelle de procédure de suivi de l'exécution des marchés entièrement dématérialisée, certaines PRM choisissent à ce stade de la procédure de transformer l'offre électronique en offre papier qui donnera lieu ensuite à la signature manuscrite d'un marché par les parties. Les modalités de cette re-matérialisation doivent aussi être précisées.

11.1. Un marché public peut être un document électronique

Aucune disposition législative ne semble imposer à un titre ou à un autre qu'un marché public doive être un contrat écrit entendu au sens d'un document papier.

L'article 11 du code des marchés publics (CMP) issu du décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, prévoit toutefois que les marchés dont le montant est supérieur ou égal aux seuils indiqués dans l'article 28 sont des « *contrats écrits* ».

La jurisprudence estime aussi sur la base du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par les maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé, que la passation des marchés de maîtrise d'œuvre quel que soit leur montant doit donner lieu à un contrat écrit.

Le 4^{ème} alinéa de l'article 56 du CMP indique « *les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique* ».

Les articles 1316 à 1316-4 du code civil complétés par le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique apportent une réponse aux questions relatives à la preuve des obligations inscrites dans un document numérique. Ils reconnaissent d'ailleurs un statut non seulement à la signature électronique mais aussi à l'écrit sous forme électronique.

Au regard de ces dispositions, la possibilité de substituer à un "marché papier" un "marché électronique" existe déjà sous réserve que la technologie mise en place permette de répondre à l'ensemble des prescriptions juridiques auxquelles doit obéir un marché public.

Ainsi, une offre dématérialisée revêtue de la signature électronique du candidat retenu peut techniquement et juridiquement être signée numériquement par la personne publique.

Aucun motif dirimant n'empêche donc la conclusion sous la forme d'un document électronique d'un marché public qui devient ainsi dématérialisé.

11.2. La pratique peut demander qu'une offre dématérialisée ou un marché public dématérialisé soit re-matérialisé

Des solutions temporaires de re-matérialisation peuvent paraître nécessaires dans les deux cas suivants :

- lorsque la personne publique ne peut pas transmettre l'offre dématérialisée à une autre personne publique aux fins de contrôle ou d'exécution dans la mesure où cette dernière est dans l'incapacité technique de recevoir des documents dématérialisés pour l'exercice de ses missions ;
- afin que le titulaire du marché puisse céder ou nantir une créance résultant de son marché, la personne publique doit lui délivrer « *une copie de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée, par elle, indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de*

permettre au titulaire de céder ou de nantir des créances résultant du marché » (article 106 du CMP).

11-2-1/ La re-matérialisation de l'offre pour l'exercice des contrôles préalables à la signature

A ce stade de la procédure, deux types de contrôles peuvent s'exercer sur les marchés préalablement à leur signature : le contrôle des ordonnateurs et le contrôle financier qui concernent les marchés de l'Etat.

[Un point sur la nouvelle commission des marchés publics de l'Etat qui succédera aux Commissions spécialisées des marchés sera ajouté lors de la parution du prochain décret relatif à son rôle]

[Un point sur le contrôle financier sera prochainement ajouté]

La solution qui consisterait à établir une simple version papier de ces documents ne peut pas juridiquement être admise.

Si le Code civil reconnaît à la signature électronique une force probante lorsqu'elle « *consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* » (article 1316-4 du Code civil), le transfert sur un support papier du document dématérialisé signé électroniquement par le titulaire du marché et la personne publique ne peut pas être considéré comme une preuve littérale, ou preuve par écrit, telle qu'elle est définie par le Code civil. On remarquera que le contenu de l'acte peut être altéré lors de cette opération et que la manifestation graphique d'une signature électronique n'est en rien équivalente à celle d'une signature manuscrite (la signature électronique dans un document imprimé peut apparaître notamment sous la forme d'un code barre, d'un nuage de points ou d'une représentation graphique).

D'un point de vue juridique, aucun obstacle ne s'oppose à la transmission de documents dématérialisés aux services en charge de ces contrôles. Rien n'empêche non plus ces services d'exercer leurs missions et à en transmettre le résultat aux PRM intéressées de manière dématérialisée. Aujourd'hui, seule l'absence des équipements et des liaisons informatiques nécessaires l'empêche et l'objectif est d'y pallier. Des expérimentations à cet effet sont en cours.

La solution transitoire la plus simple est d'opérer une re-matérialisation de l'offre retenue ainsi que des documents qui doivent l'accompagner pour transmission au service de contrôle. Une fois vérifiée la conformité de ces documents papier à leur original dématérialisé, l'acheteur les transmettra sous bordereau revêtu de sa signature en mentionnant cette conformité.

Ce procédé ne diffère pas de celui du certificat administratif couramment mis en œuvre par les personnes publiques. De plus, il ne concerne que des relations inter administratives où les échanges d'informations et de documents ne requièrent pas un formalisme accentué.

11-2-2/ La re-matérialisation du marché pour cession ou nantissement par le titulaire

Comme précédemment et pour des motifs identiques, la solution qui consisterait à établir une simple version papier d'un marché dématérialisé ne peut pas juridiquement être admise.

Outre le fait que les notions d'original et de copie d'un document électronique semblent actuellement difficiles à cerner et que les modalités électroniques de l'apposition de la mention prescrite et de la signature de la personne publique restent à définir, il ne semble pas qu'un motif s'oppose à ce que la PRM appose ladite mention ainsi que sa signature électronique.

On observera d'ailleurs que l'article L313-23 du Code monétaire et financier dispose notamment « *lorsque la transmission des créances cédées ou données en nantissement est effectuée par un*

procédé informatique permettant de les identifier ... » autorisant ainsi une transmission par voie électronique y compris d'un marché dématérialisé.

Ici la solution temporaire pourrait être pour la personne publique de re-matérialiser le marché, d'en opérer une signature manuscrite par les deux parties en le complétant de la mention manuscrite requise.

[Une réflexion est en cours avec la Direction Générale de la Comptabilité Publique sur cette question]

11.3. La signature du marché par la personne publique

A priori la signature du marché par la personne publique devrait simplement consister dans l'application de la signature électronique dont la PRM est titulaire sur l'offre électronique retenue déjà signée par le candidat.

Se pose toutefois la question du niveau de sécurité de la signature électronique qu'appliquera la PRM. Se référant au principe juridique du parallélisme des formes, compte tenu des développements relatifs sur le niveau de signature exigé des soumissionnaires, pour les marchés qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du CMP, l'utilisation par la PRM d'une signature du niveau 2 de la PRIS semble suffisante. Pour les autres marchés, le niveau nécessaire devrait au minimum être celui qu'a demandé la personne publique pour la signature de leurs candidatures et de leurs offres par les candidats.

11.4. L'information des candidats dont l'offre n'est pas retenue et les marchés sans suite.

Dans ces deux cas, la PRM est tenue de porter à la connaissance des candidats dont l'offre n'a pas été retenue certaines informations et de répondre à certaines demandes de leur part en application des articles 76 et 77 du CMP.

En application du dernier alinéa de l'article 56, rien ne s'oppose à ce que ces informations soient transmises par la voie électronique aux candidats qui ont présenté leurs candidatures et leurs offres par la même voie.

Pour mémoire, pour les candidats qui auront retiré le DCE de la consultation selon les modalités indiquées à l'article 2 du décret du 30 avril 2002, la PRM doit disposer de leurs adresses permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception, ce qui devrait permettre à la PRM d'établir la traçabilité de cette transmission d'information. Dans les autres cas, il appartiendra aux services informatiques de la personne publique ou à son prestataire de service de dématérialisation de mettre en place les fonctionnalités requises pour assurer cette traçabilité.

11.5. La notification du marché

L'article 79 du CMP dispose : « *Les marchés doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution.*

La notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine. La date de notification est la date de réception du marché par le titulaire.

Le marché prend effet à cette date ».

La notification d'un marché électronique peut être effectuée dans les mêmes conditions que celles évoquées dans le point précédent.

Il convient toutefois de préciser l'importance particulière pour la PRM d'établir la date de réception par le titulaire qui constituera la date de notification du marché. Une fonctionnalité d'horodatage devra en conséquence être mise en œuvre.

11.6. La publication annuelle des marchés et des prestataires retenus

L'article 80 du CMP dispose : « *Pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils fixés au II, au premier alinéa du III et du IV de l'article 28, la personne responsable du marché envoie pour publication, dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, un avis d'attribution.*

Les avis d'attribution sont publiés dans l'organe qui a assuré la publication des avis d'appel public à la concurrence et selon les mêmes modalités que celles définies à l'article 40 du présent code.

Ils sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Ces dispositions ne s'appliquent ni aux marchés mentionnés au I de l'article 28, ni aux marchés négociés passés sans publicité préalable.

Pour les marchés mentionnés à l'article 30, la personne responsable du marché adresse un avis d'attribution, mais peut décider de ne pas le publier. Elle transmet cet avis à l'Office des publications de l'Union européenne en indiquant si elle en accepte la publication »

Les modèles indiqués dans le troisième alinéa ont été publiés par un arrêté du 30 janvier 2004 (JO du 5 février 2004).

La question est ici de savoir si l'acheteur peut publier un avis d'attribution sur son site.

Il faut d'abord remarquer que si la liste des marchés pour lesquels la publication d'un avis d'attribution est nécessaire, comporte des exceptions, il s'agit d'une formalité obligatoire qu'il ne faut pas dès lors omettre ou négliger.

De plus, lorsqu'il est exigé, l'avis d'attribution doit être publié selon les modalités dans lesquelles l'AAPC dudit marché a lui-même été publié et en particulier sur le même organe de publication.

A priori, si ces règles ont été respectées, rien n'interdit à l'acheteur de faire figurer également sur son site l'avis d'attribution publié en application de l'article 80 du CMP.

On remarquera toutefois qu'une publication de l'avis d'attribution sur le site de l'acheteur ne saurait couvrir le défaut d'envoi à publication dans le délai de trente jours prévu par le 1^{er} alinéa de l'article 80.

12. Le contrôle et l'exécution des marchés dématérialisés

12.1. Marchés dématérialisés et contrôle de légalité

12.1.1. La dématérialisation des actes soumis au contrôle de légalité et son impact sur les pièces des marchés

L'article 139 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales prévoit la possibilité de transmettre, au représentant de l'Etat, les actes soumis au contrôle de légalité, par la « *voie électronique* ».

Cette possibilité concernera tous les actes, y compris les marchés publics.

Toutefois, cela nécessitera des étapes, notamment parce que le déploiement du projet Actes sera progressif sur l'ensemble du territoire et devrait s'étaler sur une période de l'ordre de trois ans.

En outre, si la réception des documents peu volumineux (délibérations, actes d'engagement, comptes-rendus de la commission d'appel d'offres etc) pourra s'opérer sans trop de difficultés, les documents les plus volumineux, tels que les cahiers des charges, nécessiteront probablement des solutions techniques spécifiques. L'hypothèse d'une pluralité de supports de dématérialisation pourra être étudiée mais il faut en apprécier au préalable l'impact juridique.

Le décret d'application de l'article 139, en préparation, prévoit que le dispositif de télétransmission sera organisé dans le respect d'un cahier des charges arrêté par le ministre de l'intérieur. Les conditions concrètes de la télétransmission donneront lieu à la signature d'une convention d'organisation entre le représentant de l'Etat et chaque collectivité. La nature des actes télétransmis pourra être abordée dans ce cadre et des solutions pragmatiques seront recherchées pour les actes qui par leur nature, leur volume, leur format, présentent une complexité particulière.

12.1.2. La dématérialisation des actes soumis au contrôle de légalité et son impact sur les pièces des marchés en ce qui concerne le comptable public :

Les modalités de dématérialisation des actes soumis au contrôle de légalité, en particulier des pièces des marchés publics n'ont pas de conséquence directe sur l'exécution desdits marchés par le comptable public ; cette exécution s'effectue après mandatement des dépenses nées des marchés publics (et seules les pièces prévues au décret n° 2003-301 du 2 avril 2003 modifiant le code général des collectivités territoriales (JO du 3 avril 2003) sont nécessaires au comptable dans ce cadre).

Autrement dit, la dématérialisation des pièces des marchés, pour les besoins du contrôle de légalité, ne met pas en jeu directement le comptable public. Ainsi, il n'est pas envisageable que les pièces des marchés transmises à la préfecture, via la plate-forme CDC-FAST dans le cadre de l'expérimentation actuelle, fassent l'objet d'une transmission aux comptables publics concernés, soit par le « tiers de confiance », soit par la préfecture concernée. En effet,

- il relève de la seule responsabilité de l'ordonnateur de joindre, à l'appui des mandats, les pièces justificatives des dépenses publiques ; pour les collectivités locales et établissements publics locaux, seule une partie des pièces des marchés publics est destinée à justifier les mandatements de l'ordonnateur (celles limitativement prévues par le décret précité du 2 avril 2003 en son annexe I) ;
- en tout état de cause, il serait matériellement impossible aux préfectures (et plus encore à la plate-forme d'échanges sécurisée) de détecter parmi des milliers de délibérations et actes, les pièces qui ont une conséquence budgétaire, pour les transmettre aux comptables compétents ;
- enfin, le moment de cette transmission (sous forme « papier » ou « dématérialisée ») est différent selon qu'il s'agit du contrôle de légalité, ou de l'exécution des dépenses nées de la mise œuvre des marchés publics.

Les pièces dématérialisées au niveau de l'ordonnateur devront être transmises au comptable public avec le mandat. Dans ce cadre, en ce qui concerne les actes soumis au contrôle de légalité, il revient à l'ordonnateur d'attester le caractère exécutoire de l'acte en vertu de l'article 2131-1 du CGCT. Cette attestation se concrétise par une mention portée sur le document dématérialisé assortie de la signature électronique de l'ordonnateur.

Une signature électronique émanant d'une des 18 catégories de certificats électroniques agréées dans la Politique de Certification type du MINEFI, est considérée comme suffisante pour conférer à la pièce justificative dématérialisée un niveau de sécurité (correspondant au niveau 2 de la PRIS à venir) satisfaisant pour les comptables du Trésor.

12.2. Marchés dématérialisés et comptable public

12.2.1. Forme des pièces justificatives dématérialisées acceptables par le comptable

Pour ce qui concerne l'exécution budgétaire et comptable des dépenses nées desdits marchés, les pièces justificatives des marchés publics, dématérialisées ou non, sont transmises à l'appui des mandats, comme pour toutes les autres dépenses des collectivités locales et établissements publics locaux. Ainsi, les pièces, dématérialisées ou non dématérialisées, des marchés publics, ainsi que toutes les autres pièces justificatives des dépenses des collectivités locales et établissements publics locaux, sont jointes aux mandats au fur et à mesure de l'émission de ces derniers par l'ordonnateur.

Sur un plan général, la dématérialisation des pièces des marchés publics ne présente donc aucune particularité, quant à la procédure de mandatement, par rapport à toutes les autres pièces justificatives dématérialisées.

Cependant, en ce qui concerne les marchés publics, il convient de préciser les conditions nécessaires à la validité juridique des documents dématérialisés. A cet égard, on peut distinguer deux catégories de documents :

- la pièce justificative principale : l'acte d'engagement ;
- les autres pièces : CCAP, CCTP, bordereaux de prix...

S'agissant de l'acte d'engagement, cette pièce dématérialisée doit comporter des signatures électroniques d'un niveau au moins égal au niveau 2 de la PRIS . En l'état actuel, de telles signatures doivent émaner d'une des 18 catégories de certificats électroniques agréées par la Politique de Certification type du MINEFI.

L'acte d'engagement d'un marché à procédure formalisée doit ainsi comporter la signature électronique de la PRM et du titulaire du marché. Il en va différemment des marchés à procédure adaptée. Dans ce dernier cas, et en l'absence de contrat, la pièce justificative est la facture, sur laquelle la signature du fournisseur peut seule être nécessaire.

En ce qui concerne les autres pièces, tels que les CCAP, bordereaux de prix éventuels, bons de commande, bordereaux de situation..., un exemplaire dématérialisé desdits documents est nécessaire au comptable public.

Dans tous les cas, l'ordonnateur doit en effet archiver les pièces dématérialisées ; des réflexions sont en cours pour actualiser les modalités de l'archivage et sa durée.

12.2.2. Modalités de transmission des pièces justificatives dématérialisées au comptable public

Dans l'attente du déploiement d'HELIOS et de la prise compte dans le Protocole d'Echange Standard (PES) des documents dématérialisés, il est préconisé de les transmettre au comptable selon les modalités suivantes :

- **par attachement dans un courrier électronique signé à l'aide de certificat(s) référencé(s) dans la Politique de Certification type du MINEFI,**
- par l'accès à une plate-forme de stockage sécurisée (ftps, https), le comptable ayant une authentification propre. Le comptable devra être avisé par courrier électronique de la présence d'une nouvelle pièce justificative à consulter sur la plate-forme, avec l'URL correspondante.

La transmission d'une ou de plusieurs pièces justificatives dématérialisées par l'ordonnateur au comptable du Trésor, parallèlement au mandatement, doit obligatoirement s'accompagner des références suivantes, seules à même de permettre au comptable de rapprocher sans ambiguïté les pièces justificatives dématérialisées du (des) mandat(s) auxquelles elles se rapportent :

- la désignation de la collectivité (émettrice) concernée,
- la désignation du budget concerné de la collectivité,
- le n° de mandat et de bordereau auquel chaque pièce justificative se rattache,
- le numéro du marché concerné, s'il existe.

Concernant le compte de gestion sur pièces en fin d'exercice, le comptable et l'ordonnateur devront prévoir les modalités de constitution d'un support CDROM regroupant les pièces justificatives dématérialisées. Le support devra permettre la recherche sur les critères comptables précédemment évoqués. De plus, les documents signés électroniquement devront être associés à un logiciel d'exploitation permettant la lecture, la validation et la visualisation de la signature.

12.3. Marchés dématérialisés et contrôle juridictionnel

Le décret du 2 avril 2003 codifié à l'article D.1617-19 du CGCT ne comprend aucune spécification sur la forme matérielle des pièces justificatives.

L'instruction codificatrice 03-041-MO du 23 juillet 2003 de la Direction Générale de la Comptabilité Publique précise à cet égard en son paragraphe 2.2.3 : « La loi ayant reconnu la même force probante, tant à l'écrit sur support papier qu'à l'écrit sous forme électronique (article 1316-1 du code civil), il n'y a pas lieu de prévoir de dispositions spécifiques sur ce point dans le décret des pièces justificatives. En effet, il ne s'agit que d'un changement de support de production des pièces aux comptables, sans en changer la nature.

De plus, le décret du 18 avril 2002 sur la certification des dispositifs sécurisés de création de signature électronique et l'arrêté du 31 mai 2002 sur la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et l'accréditation des organismes chargés de leurs évaluations sont venus compléter le dispositif et stabiliser le contexte de la dématérialisation sur la signature électronique.»

Conséquences des textes relatifs au droit de la preuve des articles 1316 à 1316-4 du code civil, du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, du décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 et de l'article 56 du CMP :

- une seule obligation : pour leurs marchés dont la date d'envoi à la publication de l'AAPC est postérieure au 31 décembre 2004, les collectivités locales et établissements publics locaux ne peuvent refuser une offre électronique, à compter du 1^{er} janvier 2005,
- l'écrit électronique a la même valeur juridique de preuve que l'écrit papier,
- le code civil reconnaît à la signature électronique la même valeur juridique qu'à la signature manuscrite, sous réserve qu'elle respecte les conditions qu'il pose,
- un contrat sous forme électronique peut être signé électroniquement et a valeur probante,
- la dématérialisation n'implique pas de modification des règles de fond et de procédure des marchés publics,
- l'article 56 autorise la dématérialisation de tous les documents prévus par le CMP.

Il s'ensuit que les pièces justificatives dématérialisées des marchés publics, respectant les conditions ci-dessus, ont la même valeur juridique que les documents « papier » correspondant et que, dès lors, elles ne sauraient qu'être acceptées dans les mêmes conditions que les pièces justificatives « papier » par le juge financier. »

13. L'archivage des marchés dématérialisés

13.1. Les délais de conservation des dossiers de marchés

En application du code du patrimoine, articles L 211-1 et suivants, sur les archives, les modalités de conservation des archives publiques (durée d'utilité administrative (DUA), sort final) sont fixées d'un commun accord entre l'autorité qui les a produites ou reçues et l'administration des archives.

Pour décider de la DUA des dossiers de marchés, l'administration concernée et le service des archives tiennent compte du temps pendant lequel le document conservera un intérêt juridique ou pratique (valeur primaire de l'archive).

A l'issue de cette durée, certaines archives en raison de leur intérêt patrimonial (intérêt historique, scientifique, sociologique, architectural...) acquièrent une valeur secondaire qui justifie leur conservation définitive et leur versement, à ce moment-là, dans un service public d'archives. Les autres archives dépourvues de cette valeur sont, à l'issue de la DUA, éliminées, l'élimination ne pouvant s'effectuer qu'après l'obtention d'un visa par l'administration des archives (services des archives nationales, services départementaux des archives).

Cette collaboration entre service producteur et service d'archives donne lieu à l'élaboration d'un document appelé "tableau de tri et de gestion" qui dresse, par producteur et grand domaine d'action administrative, la liste des types de documents concernés et qui affecte à chacun une DUA et un sort final (conservation totale ou après tris -avec explicitation de ces tris-, élimination).

En ce qui concerne les documents de marchés publics, différentes approches justifient des durées de DUA diverses. Ainsi peuvent être distingués des documents qui ont trait à la passation des marchés et ceux qui sont relatifs à leur exécution, les premiers concernant l'ensemble des candidats alors que les seconds sont relatifs aux seuls candidats retenus. L'objet ou les résultats d'un marché peuvent aussi induire une durée de conservation spécifique. Enfin, le choix de la durée de conservation s'apprécie différemment selon que la pérennité de ces documents est justifiée pour l'exercice de contrôles administratifs et juridictionnels ou pour la protection des intérêts de l'administration dans un éventuel contentieux.

Pour mémoire, les différentes durées de conservation sont les suivantes ;

- d'une manière générale, afin d'éviter la destruction de pièces pouvant être nécessaires à l'action des organismes de contrôles administratifs et juridictionnels, une durée de conservation de dix ans minimum à compter de l'admission ou de la réception des prestations objet du marché, ne peut être que conseillée ;
- pour les marchés de fournitures et de services, une durée de dix ans est estimée suffisante pour préserver les intérêts de l'administration au regard de l'article 189bis du code de commerce qui dispose « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* » ;
- pour les marchés de travaux, la durée de conservation proposée est de trente ans au motif que la mise en jeu de la garantie décennale fait courir un nouveau délai décennal (CE, 13 janvier 1984, OPHLM de Firminy) et qu'en cas de fraude ou de dol c'est le délai de la prescription civile qui s'applique (CE, 3 avril 1991, société SMAC Aciroid) ;
- lorsqu'un auteur a consenti des droits à l'administration, l'article L123-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose « *au décès de l'auteur, ce droit [à protection] persiste au bénéfice de ses ayants droits pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* », ce qui implique pour la preuve du droit de l'administration la conservation du marché pendant une durée au moins égale ;
- s'agissant de la conservation des dossiers relatifs aux candidatures et aux offres non retenues, une circulaire du Premier ministre du 30 décembre 1998 (JO du 31 décembre 1998) relative à la procédure de passation des marchés publics, précise que « *le délai minimal prescrit pour la conservation des dossiers de soumission présentés par les entreprises non retenues dans le cadre des procédures de passation des marchés publics est désormais fixé à cinq ans à compter de la notification du marché à l'entreprise retenue* » ;
- pour alléger le volume des documents à conserver, la circulaire précitée indique que les administrations peuvent dès achèvement de la procédure de passation d'un marché, éliminer les pièces qui figurent déjà dans le dossier de définition du marché à savoir : CCAP, CCTP, cahier des clauses communes, règlement de la consultation. Elles peuvent également éliminer ou retourner aux entreprises la documentation publicitaire figurant dans les dossiers de soumission ;
- au-delà de ces délais, certains dossiers seront à conserver définitivement par les services d'archives publics, en raison de leur intérêt patrimonial, suivant les critères fixés par une instruction interministérielle sur la conservation des dossiers de marchés publics qui est en cours de signature.

13.2. L'archivage des dossiers de marchés publics dématérialisés

Les dispositions du code du patrimoine relatives aux archives s'appliquent aux documents quel que soit leur support matériel donc y compris aux documents électroniques. Leur durée d'archivage suivra donc les règles énoncées ci-dessus.

En particulier, la décision d'archiver et le choix des documents reviennent en ce qui concerne les marchés publics à l'autorité publique chargée de leur passation et/ou de leur exécution, en collaboration avec l'administration des Archives.

Deux questions sont fréquemment soulevées lorsqu'on évoque l'archivage de documents électroniques : qu'en est-il de la fiabilité des documents archivés ? Quid de la pérennité du contenu de ces documents ?

La fiabilité des documents archivés quel que soit leur support réside dans la confiance accordée à la personne publique. Aujourd'hui, il est considéré que l'exemplaire papier du marché qui fait foi est celui signé manuellement et détenu par la personne publique. Dans le cas d'un marché sous la forme d'un dossier électronique, c'est la signature électronique de ce marché par la personne publique qui lui confèrera le caractère de seul exemplaire de référence. Pour les autres pièces relatives aux marchés publics destinées à être archivées, une attestation ou un certificat de nature administrative délivré par la personne responsable du marché qui pourrait être un document électronique, leur confèrera fiabilité préalablement à leur archivage.

Quant à la pérennité, elle s'apprécie en terme de sécurité dans la conservation des documents, l'obsolescence rapide des matériels, logiciels et périphériques pouvant entraîner une non lisibilité des informations dans des délais relativement courts (compris entre 5 et 10 ans).

Ces différentes opérations ne remettent pas en cause à terme la valeur probante de ces documents qui doit toujours être appréciée au regard des règles juridiques contemporaines à leur formation.

Avant de préciser comment se traduisent les règles énoncées au point 13-1 pour les documents électroniques issus de marchés publics, il convient de rappeler quels sont les concepts généraux de l'archivage de ce type de document et de présenter les acteurs de l'archivage électronique.

13-2-1/ Les concepts généraux de l'archivage de documents électroniques

Un document électronique est une donnée numérique indissociable des équipements logiciels et matériels capables de l'interpréter et de la rendre intelligible. Il en découle que la préservation d'un document électronique ne peut se résumer à sa préservation en tant qu'objet physique entreposé (en d'autres termes, elle ne peut se contenter d'assurer l'intégrité, bit pour bit, de la donnée numérique, en raison de l'obsolescence rapide des matériels, logiciels et périphériques (compris entre 5 et 10 ans) : il faut plutôt préserver la capacité de rendre la donnée intelligible.

La tâche consiste par conséquent à déterminer les règles qui, d'une part, vont permettre d'évaluer l'authenticité des documents électroniques au moment de leur versement aux archives et, d'autre part, d'assurer l'authenticité des copies des documents dont les archivistes ont la garde en mettant en place un système d'information fiable intégrant les procédures de description des documents produits ou reçus par une institution.

La mise en œuvre de ces concepts devrait s'appuyer sur les recommandations relatives à l'archivage des données issues des plates-formes sécurisées d'échange qui figurent dans l'annexe n° 3.

13-2-2/ Les acteurs de l'archivage électronique

Pour les marchés des services et des établissements publics de l'Etat, ce sont les services eux-mêmes qui sont chargés, sous le contrôle des services publics d'archives, de l'archivage électronique des dossiers de marchés durant le temps de la DUA. A l'issue de cette DUA, les services publics d'archives prennent en charge l'archivage des documents destinés à être conservés définitivement. Cependant, durant la période de la DUA, les services qui ne pourraient pas prendre en charge cet archivage peuvent faire appel, sous le contrôle et avec l'autorisation des services publics d'archives (modalités explicitées dans la circulaire conjointe des ministres de l'Intérieur et de la Culture AD 97-1 du 16 janvier 1997) à des sociétés privées d'archivage.

Pour les services et les établissements publics des collectivités territoriales, la procédure est identique à la différence près que l'intervention d'un prestataire extérieur devra respecter l'article R. 1421-2 du code général des collectivités territoriales qui leur fait obligation de conserver leurs documents, durant le temps de la DUA, dans des bâtiments publics.

13-2-3/ Les documents électroniques des marchés à conserver et leur durée de conservation

Les documents électroniques à conserver sont les suivants :

- Candidatures retenues et offres retenues : celles-ci devenant les éléments constitutifs de marchés conclus doivent être conservées.
- Candidatures retenues et offres ouvertes non retenues : celles-ci doivent être conservées dans la perspective des contentieux éventuels relatifs aux procédures de passation des marchés concernés et des éventuels contrôles administratifs auxquels ils peuvent donner lieu.
- Candidatures non retenues : en cas d'appel d'offre ouvert, si une candidature n'est pas admise, l'offre correspondante est éliminée des fichiers sans avoir été lue et le candidat en est informé (art. 6 du décret du 30 avril 2002), il n'y a donc pas lieu de conserver le document électronique relatif à l'offre mais la personne publique devrait en revanche conserver les documents propres à la candidature et la preuve de l'opération d'élimination de l'offre.
- Document électronique dans lequel est détecté un virus informatique : la personne publique peut faire un "archivage de sécurité" sans lecture dudit document. Celui-ci est réputé n'avoir jamais été reçu et le candidat en est informé (art. 10 du décret du 30 avril 2002). Un archivage spécifique peut donc être mis en œuvre par la personne publique en particulier pour conserver la preuve du virus informatique.

Les durées de conservation de ces documents sont les suivantes :

- Candidatures retenues et offres retenues : la durée de conservation de ces dossiers variera selon l'objet du marché. Dix ans à compter de l'admission des prestations pour les marchés de fournitures ou de services (ou de la réception de ces prestations lorsqu'il est prévu que la conclusion de l'exécution de ces marchés se traduit par une opération de réception plutôt qu'une opération d'admission) et trente ans à compter de la réception pour les marchés de travaux. Ces durées peuvent être augmentées pour un marché compte tenu de ses caractéristiques eu égard à des questions de garantie ou de propriété intellectuelle.
- Candidatures retenues et offres ouvertes non retenues : la circulaire du 30 décembre 1998 prescrit une durée de conservation minimale de cinq ans.
- Candidatures non retenues : pour mémoire, l'offre correspondante à une candidature non retenue doit être éliminée des fichiers mais la personne publique devrait conserver les documents propres à la candidature et la trace de l'élimination de l'offre. Ces documents concernent la phase de passation et devraient être conservés comme les candidatures retenues et les offres ouvertes non retenues soit au minimum cinq ans.
- Document électronique dans lequel est détecté un virus informatique : ici c'est la preuve de la présence d'un virus informatique qu'il conviendra de conserver. Pour des raisons relatives à la sécurité des systèmes d'information et à l'état de la technique, il semble que l'archivage d'un document ad hoc décrivant le document atteint par le virus soit préférable à l'archivage de ce dernier. Dans la mesure où le virus est détecté au cours de la phase de passation du contrat, un délai de conservation de cinq ans du document descriptif précité semble pouvoir être conseillé.

Pour les documents de publicité des marchés, y compris les documents électroniques, ceux-ci constituent des éléments importants pour l'appréciation de la régularité des procédures de passation des marchés et de leur attribution. En conséquence, leur archivage doit suivre les règles applicables aux candidatures et aux offres retenues.

14. La mise en œuvre de la dématérialisation

L'acheteur public soumis à l'obligation de réception des candidatures et des offres par la voie électronique et/ou qui souhaite offrir un service dématérialisé plus large pour la passation de ses marchés, doit se procurer les moyens de mettre en œuvre ces services.

L'acheteur peut charger un de ses services de lui fournir les prestations informatiques ad hoc ou recourir à un ou plusieurs prestataires extérieurs. La seconde option peut s'opérer soit par l'achat de prestations de dématérialisation au coup par coup selon ses besoins de passation, soit par l'achat de prestations destinées à mettre à son service une plate-forme de dématérialisation. Le recours à des prestataires extérieurs doit naturellement respecter les règles de la commande publique.

Ces solutions peuvent éventuellement être conduites par un groupe d'acheteurs dans le cadre d'une organisation mutuelle qu'il leur appartient de déterminer.

L'intervention d'un prestataire extérieur qui agit au nom et pour le compte de l'acheteur, doit rester transparente pour les entreprises dans le sens où les candidats potentiels n'auront à connaître au cours d'une consultation que l'acheteur public.

Quel que soit le choix retenu, les questions de la sécurité des transactions et de la confidentialité des informations transmises (*cf* point 9-4) méritent une attention particulière.

Dans le cas d'une gestion directe, la gestion des habilitations des agents pour intervenir dans les procédures et la séparation qui devra exister entre les services gestionnaires du système et les services acheteurs devront être précisées clairement.

Lorsqu'un prestataire extérieur interviendra, le même soin devra être accordé pour définir les rôles et les responsabilités respectives de l'acheteur et de son prestataire ainsi que de ses agents, en particulier dans les cahiers des clauses administratives et techniques particuliers.

Devront toujours être prévues des dispositions sur les solutions de secours à mettre en œuvre en cas d'indisponibilité informatique du service qu'il soit assuré par l'acheteur ou un tiers.

Le MINEFI et l'ADAE, sensibles aux problématiques communes à l'ensemble des personnes publiques, souhaitent partager avec elles leur expérience opérationnelle dans la mise en place de la plate-forme pour l'Etat. Par ailleurs, ils incitent leurs correspondants à faire de même.

Ainsi, l'Espace Acteurs, accessible sur internet a pour vocation d'informer de l'avancement du projet mais, surtout, partager des documents (cahier des charges, conventions de groupement) pour faciliter le choix de solutions et/ ou les mettre en place. Une foire aux questions est alimentée au fur et à mesure que des réponses sont apportées aux interrogations pratiques les plus couramment posées dans le cadre des projets.

Enfin, il est prévu, de mettre en ligne les éléments d'accompagnement qui seront réalisés pour les ministères, notamment les documents pédagogiques en dehors de ceux liés directement à l'outil sélectionné (www.adae.gouv.fr - espace acteurs – Collectivités territoriales – ADELE 80).

Liste des abréviations

14.1.	AAPC	Avis d'appel public à la concurrence
	AC	Autorité de certification
	ADAE	Agence pour le Développement de l'Administration Electronique
	ADELE	ADministration ELEtronique 2004/2007
	AE	Autorité d'enregistrement
	AOO	Appel d'offres ouvert
	AOR	Appel d'offres restreint
	BOAMP	Bulletin officiel des annonces des marchés publics
	CAO	Commission d'appel d'offre
	CCAP	Cahier des clauses administratives particulières
	CCTP	Cahiers des clauses techniques particulières
	CMP	code des marchés publics
	DAJ	Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie
	DCE	Dossier de consultation des entreprises
	JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
	MINEFI	Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie
	MPA	Marchés passés selon la procédure adaptée
	PLH2	Projet de loi de simplification du droit
	PRIS	Politique de référencement intersectoriel de sécurité
	PRM	Personne responsable du marché
	PSC	Prestataire de service de certification

Annexe n°1

Propositions sur la classification et le format des pièces d'un marché public (Direction des archives de France)

1/ Identification et classification des informations relatives aux marchés

1-1/ Afin de permettre la gestion durant tout leur cycle de vie (et notamment pouvoir les retrouver aisément) des dossiers, ceux-ci doivent être identifiés de la manière suivante :

Chaque marché sera identifié par :

1. identification du service de l'Etat / de la collectivité acheteur public : type d'entité : collectivité locale, administration centrale, service déconcentré de l'Etat
2. identification de l'acheteur public
3. identification de la personne responsable des marchés
4. numéro du marché
5. identification du fournisseur avec identification d'un correspondant
6. type de marché : fournitures et courant / services / travaux
7. type de la procédure de mise en concurrence
8. objet du marché (texte libre)
9. numéro du lot
10. date et heure de l'envoi de l'avis de pré-information
11. date et heure de l'envoi de l'AAPC
12. date et heure de l'envoi du rectificatif
13. date et heure du retrait du DCE
14. date et heure de l'envoi de la lettre de consultation
15. date et heure de réception des candidatures
16. date et heure de réception des offres
17. date et heure d'ouverture des plis
18. date et heure de notification
19. date de clôture de la procédure
20. durée d'utilité administrative [soit la durée durant laquelle le dossier doit être conservé en raison de sa valeur légale] : application du projet d'instruction interministérielle sur les délais de conservation des dossiers de marchés. Les candidatures et offres non retenues ont une durée d'utilité administrative de 5 ans à partir de la notification du marché : circulaire n° du 30 décembre 1998 relative à la procédure de passation des marchés publics.
21. sort final : conservation (indicateur intérêt historique)/ élimination
22. date de visa pour l'élimination
23. délai de libre communicabilité

Pour chaque fichier se rapportant à un dossier de marché, seront enregistrés :

- le numéro du fichier
- son volume
- son nom

1-2/ Les informations relatives au marché pourront **être structurées** suivant les rubriques suivantes :

- Journal des événements
- Avis (AV)
 - Avis d'appel public à concurrence (AAPC)
 - Avis de pré-information
 - Rectificatif
- Dossier de consultation des entreprises (DCE)
 - Règlement de la consultation (RC)
 - Programme fonctionnel
 - Acte d'engagement (AE)
 - Annexe
 - Cahier des charges techniques et particulières (CCTP)
 - Cahier des clauses administratives particulières (CCAP)
 - Autres documents
- Candidatures (C)
 - Candidatures non retenues
- Offres (O)
 - Lettre de consultation
 - Offres non retenues
 - Procédures infructueuses/sans suite
 - Attribution du marché
- Commission d'attribution des offres (CAO) / jury
 - Classement
 - Rapports et procès-verbaux
 - Avis

1-3/ Adopter un plan de **nommage des fichiers** : il convient de choisir le système de fichiers ISO 9660 niveau 2, permettant l'utilisation de noms longs.

Les noms de répertoires et de fichiers (y compris le séparateur et l'extension) sont limités à 31 caractères, qui doivent obligatoirement être des lettres capitales, des chiffres ou des tirets bas (_). L'arborescence des fichiers est limitée à huit niveaux de répertoires.

Pour les fichiers émanant de l'acheteur public :

Indiquer le code du ministère et le code de la direction /OU du service déconcentré/OU de la collectivité territoriale _ le numéro du marché_ le code du type de procédure_ le sigle correspondant à une des rubriques listées ci-dessus _ un numéro d'ordre

Pour les fichiers émanant des entreprises

Indiquer le code SIRENE (?) de l'entreprise_ le numéro du marché _ le code du type de la procédure _ le sigle correspondant à une des rubriques listées ci-dessus _ un numéro d'ordre

2/ Format des données et des pièces du marché

Les formats propres à la conservation à long terme (plus de 5 ans) doivent être standards ou du moins ouverts (spécifications publiques). Par conséquent, les formats des données initiaux devront, afin d'assurer leur lisibilité dans le temps, être convertis dans un des formats suivants :

Fichiers texte : conversion dans un format pivot : PDF ou XML

Fichiers image : TIFF CCIT groupe IV, PNG

Voir ADAE. le Cadre commun d'interopérabilité des systèmes d'information publics Version 2.1 (septembre 2003) http://www.adae.gouv.fr/article.php3?id_article=219

Il convient par conséquent dans le CCAG d'avertir les entreprises que l'administration se réserve le droit de convertir les formats dans lesquels ont été encodés les fichiers, afin d'assurer leur lisibilité dans le moyen et long terme.

Pour les acheteurs publics, il convient également de prévoir à quel moment de la chaîne, les conversions qui seraient nécessaires par rapport aux fichiers qu'ils ont eux-mêmes produits, seront effectuées.

Annexe n°2

Recommandations relatives à l'archivage des données issues des plates-formes sécurisées d'échange (Direction des archives de France)

Dès lors que les processus métier sont terminés (clôture des marchés), il convient de prévoir un transfert des données stockées sur la plate-forme de dématérialisation, vers une plate-forme d'archivage.

1/ Transfert sur la plate-forme d'archivage

L'archivage se fera à partir des plates-formes de dématérialisation mises en place auprès des services de l'Etat et des collectivités territoriales, les plates-formes n'ayant pas vocation à stocker au-delà d'une période provisoire, les dossiers de marchés.

Il pourra intervenir une fois les processus métiers archivés, soit après clôture du marché.

1-1/ Données à archiver

- 1- Les dossiers de marchés
- 2- Les données de description et de gestion des dossiers et éléments annexes liés aux données : nomenclatures si des codes sont utilisés
- 3- L'historique des transmissions entre les acheteurs publics et les fournisseurs : échanges et dates ; les droits associés aux dossiers
- 4- Les traitements liés à la sécurisation des transmissions entre les acheteurs publics et les fournisseurs : éléments de signature, de scellement, jetons d'horodatage...

Chaque dossier de marché devra être envoyé pour archivage avec ses éléments associés.

1-2/ Réception des dossiers et des données y afférentes

Les données à archiver seront transférées par réseau ou, en cas d'impossibilité, par support amovible, sur cette plate-forme, depuis la plate-forme de dématérialisation, suivant un protocole à définir, au travers d'un message structuré au format XML. Il est recommandé pour l'indexation, de récupérer automatiquement des données de description suivant la DTD (Document Type Définition) déjà existante sur la description des archives : DTD EAD, enregistrée sur le site de l'ADAE.

Le protocole d'échange s'appuiera techniquement sur le protocole HTTPS avec authentification forte des acteurs.

Chaque envoi correspondra à un versement.

Le transfert devra être sécurisé de manière à ce que le destinataire (gérant la plate-forme d'archivage, appelé l'archivageur) soit assuré de la bonne identification de l'expéditeur et de l'intégrité des archives durant le transfert : authentification au niveau de l'ouverture de la session SSL en vérifiant la validité du certificat utilisé de la plate-forme de dématérialisation pour se connecter au service de l'archivageur électronique.

A l'arrivée, l'archivageur générera une notification permettant d'acquiescer le transfert (mode synchrone), le versement étant identifié par un code d'identification attribué par l'archivageur.

L'archivageur électronique s'assurera alors de la cohérence des données à archiver (notamment nombre et volume des enveloppes, complétude des métadonnées, vérification des formats..).

Après contrôle de l'intégrité des données durant le transfert, l'archivageur produira, en mode asynchrone, un accusé de réception ou en cas de problèmes, un rapport d'anomalies qui entraînera un nouvel essai de transfert de la part de la plate-forme de dématérialisation, suivant le même protocole. En cas d'anomalie, l'échange sera réputé caduque.

Une fois le contrôle effectué et s'étant bien déroulé, le lot transféré fera l'objet d'un scellement avec horodatage simple : estampille horaire fournie par une source de temps sûre et reconnue, au format suivant : AAAA/MM/JJ-HH/mm/SS/cc (point 5.2 de la norme AFNOR Z 42-013 *Recommandations relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes*).

1-3/ Enregistrement des données transférées

Les données archivées ainsi que les éléments liés au scellement effectué par l'archivageur, seront alors gravées sur des supports Worm suivant les prescriptions de la norme AFNOR 42-013.

L'écriture se fera en deux exemplaires (conservés sur des sites distants) avec enregistrement complémentaire des données sur des bandes de sauvegarde (distant).

Il sera prévu un contrôle de la bonne qualité du gravage sur les deux exemplaires et sur l'exemplaire de sauvegarde (voir ci-dessous). Ce contrôle pour les disques Worm, se fera en suivant les prescriptions de la norme AFNOR 42-011-2. Le gravage sur les disques se fera sur des disques vierges de qualité.

La sécurité physique des données archivées devra être organisée de même que la mise en place des conditions recommandées en matière de température et d'humidité et d'environnement, ainsi que des précautions à prendre concernant le marquage des supports, leur manipulation...telles qu'elles sont définies dans la norme AFNOR Z 42-011-2.

2/ Accès et disponibilité des données

2-1 Le module d'interrogation

L'interrogation s'effectuera selon les règles classiques afférentes aux modules d'interrogation documentaires.

Les critères de recherche pourraient être les suivants suivant les besoins (ils pourront être croisés):

- 1- informations relatives à l'archivage :
 - date et heure d'archivage
 - identifiant de l'archivageur
 - identifiant du versement
 - si gravage sur CD-R, numéro du CD-R de consultation

- 2- informations relatives aux marchés :
 - identification de l'acheteur public
 - nom de la personne qui suit le marché
 - numéro du marché
 - identification du fournisseur
 - objet du marché (texte libre)
 - date de réception des candidatures
 - date de réception des offres

- date d'ouverture des plis
- date de notification
- identification de la personne responsable des marchés
- date de clôture.

La disponibilité des données dépendra de l'âge du marché : par exemple, de la disponibilité immédiate pour les dossiers les plus récents (accès en ligne) à une disponibilité sous 24 à 72 heures pour les dossiers les plus anciens (accès hors ligne).

L'archiviste devra permettre une gestion des habilitations pour l'accès aux archives : accès aux personnes autorisées.

2-2/ Droits d'accès

Le système doit permettre de gérer, par service producteur des données, les droits d'accès aux données archivées sur la plate-forme d'archivage : affecter des droits à un utilisateur, affecter des droits à des profils déterminés. Les droits peuvent être importés à partir des systèmes d'information des services ou créés « manuellement ». Pour les dossiers à conserver définitivement, en raison de leur intérêt patrimonial, des possibilités d'accès devront être prévues au-delà des producteurs, pour l'ensemble des citoyens, suivant les règles de communicabilité des archives publiques prévues par l'article L. 213-2 du code du patrimoine.

2-3/ Restitution des données

La réponse sera également structurée au format XML en s'appuyant également sur le protocole HTTPS. La requête et la réponse seront traitées en mode asynchrone. Un message d'erreur pourra également être envoyé en cas de problèmes particuliers : archive introuvable / archive détruite/ archive non vérifiée.

Le processus est le suivant :

- ouverture d'une session par un utilisateur : comme pour le versement, la requête s'appuiera sur le protocole HTTPS pour être transmise, avec une authentification forte au niveau de l'ouverture de la session SSL ;
- celui-ci effectue sa demande de consultation / restitution ;
- affichage de l'information demandée ;
- transmission de l'information demandée vers le système d'information du demandeur : par réseau (dans ce cas, les données seront récupérées avec authentification forte de la part du demandeur, par écriture sur un support externe.

2-4- Pérennité des données à moyen et long terme

Elle passe par une veille technologique sur les formats.

Si les formats originels ne sont pas conformes à un des formats retenus pour la conservation à long terme, il devra être procédé à une conversion de format. Cette conversion pourra intervenir en tant que de besoin, une fois écoulé un délai entre 3 et 5 ans après le transfert sur la plate-forme d'archivage. Cette durée correspond par ailleurs au délai durant lequel la valeur probante des dossiers sera maintenue avec les éléments liés à la sécurisation produits par la plate-forme de dématérialisation. Au-delà de cette durée, la valeur probante reposera sur de nouvelles conventions de preuves, basées sur les procédures organisationnelles mises en place par l'archiviste.

Le système devra pouvoir vérifier les résultats de la conversion et la conformité des données entre les fichiers originels et les nouveaux fichiers et en attester. Sera privilégiée la notion de fidélité, le document étant considéré fidèle par rapport au document d'origine, s'il permet de reconstituer toute l'information nécessaire aux usages auxquels le document d'origine était destiné. Devront être enregistrés par le système tous les éléments concernant ces migrations de format : identification des formats ; identification des données concernées par ces migrations ; mécanismes de conversion ; outils de contrôle de la qualité des migrations ; tests effectués et résultats ; attestation de qualité et horodatage.

Cette migration ne permettra pas de maintenir les éléments de preuve liés aux documents et traitements originels. La migration devra être suivie d'un nouveau scellement des données concernées et de leur horodatage (simple) permettant de s'assurer de la conformité entre les deux états.

De même, une veille technologique devra être effectuée sur l'état des supports, suivant les supports choisis : contrôle à intervalles réguliers, copie sur d'autres supports de même type en cas de problèmes apparus lors des contrôles, migrations sur d'autres types de supports suivant les évolutions technologiques. Ces migrations devront être testées et documentées. Il est recommandé de mettre en œuvre une gestion des supports de stockage qui automatise un recyclage régulier des supports.

Annexe n°3 :

Textes

Textes communautaires :

- Directive 1995/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JOCE-L 281 du 23 novembre 1995)
- Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JOCE-L 13/12 du 19 janvier 2000)
- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite « directive sur le commerce électronique » (JOCE-L 178/1 du 17 février 2000)
- Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JOCE-L 134 du 30 avril 2004)
- 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 (JOCE-L 134 du 30 avril 2004)

Textes nationaux :

- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JO du 7 janvier 1978)
- 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 (JO du 14 mars 2000)
- Loi n° 2004-575 du 11 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique (JO du 22 juin 2004)
- Loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JO du 7 août 2004)
- Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, portant code des marchés publics (JO du 8 mars 2001)
- Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique (JO du 31 mars 2001)
- Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002, relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information (JO du 19 avril 2002)

- Décret n° 2002-692 du 30 avril 2002, pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics (JO du 3 mai 2002)
- Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, portant code des marchés publics (JO du 8 janvier 2004)
- Arrêté du 30 janvier 2004 pris en application des articles 40 et 80 du code des marchés publics et fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution de marchés publics (JO du 5 février 2004)
- Arrêté du 10 juin 2004 pris en application de l'article 12 du code des marchés publics et fixant la liste des mentions devant figurer dans le règlement de la consultation (JO du 25 juin 2004)
- Arrêté du 26 juillet 2004 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de services de certification électronique et à l'accréditation des organismes qui procèdent à leur évaluation (JO du 7 août 2004)