

Dématérialisation de la commande publique

DUME – Signature électronique – Archivage

Pierre-Manuel Cloix
Niels Bernardini

EDITIONS

LE MONITEUR

Sommaire

	Liste des sigles et abréviations.....	7
	Introduction.....	9
CHAPITRE 1	Le fondement de la dématérialisation	11
CHAPITRE 2	Les supports de la dématérialisation	35
CHAPITRE 3	La chaîne de la dématérialisation dans les procédures de passation des contrats de la commande publique.....	45
CHAPITRE 4	Les incidents de la dématérialisation	163
CHAPITRE 5	Exécution des contrats et dématérialisation	171
	Index.....	213
	Table des matières.....	217

Les supports de la dématérialisation

Les supports de la dématérialisation sont constitués par la documentation technique, essentielle dans le domaine de la dématérialisation.

2.1 Le référentiel général de sécurité

Créé par le décret n° 2010-112 du 2 février 2010 pris pour l'application des articles 9, 10 et 12 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, le référentiel général de sécurité « fixe les règles auxquelles les systèmes d'information mis en place par les autorités administratives doivent se conformer pour assurer la sécurité des informations échangées, et notamment leur confidentialité et leur intégrité, ainsi que la disponibilité et l'intégrité de ces systèmes et l'identification de leurs utilisateurs.

Ces règles sont définies selon des niveaux de sécurité prévus par le référentiel pour des fonctions de sécurité, telles que l'identification, la signature électronique, la confidentialité ou l'horodatage, qui permettent de répondre aux objectifs de sécurité mentionnés à l'alinéa précédent ».

La version 2.0, applicable depuis le 1^{er} juillet 2016, est en cours de refonte et d'évolution vers une version 3.0, au titre de la mise en œuvre du règlement eIDAS. Le RGS définit un ensemble d'obligations d'utilisation de standards techniques et de sécurité, qui forment ses annexes, afin de garantir la fiabilité et la traçabilité des échanges électroniques.

Il s'impose « aux systèmes d'information mis en œuvre par les autorités administratives dans leurs relations entre elles et avec les usagers »⁽¹⁾, de sorte que par ricochet, il s'impose aux autres acteurs concernés (candidats, prestataires).

(1) RGS 2.0, chapitre 1^{er}.

Sans entrer dans le détail de la réglementation technique, sa vocation est de définir les modalités de passage aux niveaux techniques de sécurité définis de façon globale et après échanges avec les membres de l'Union européenne.

2.2 Les infrastructures et l'égalité numérique

Ainsi qu'il a été précédemment vu, le recours à la dématérialisation est notamment justifié et promu par les autorités communautaires et nationales comme un outil permettant de favoriser l'égalité de traitement, du fait d'une certaine standardisation des procédures.

De fait, il est sans doute globalement exact, au regard notamment du déploiement des infrastructures de télécommunication, que la dématérialisation n'entraîne pas de rupture d'égalité numérique sensible.

Cela étant, on doit observer que parmi les cas de non-recours à la dématérialisation, les directives Marchés et Concessions n'ont pas introduit d'exceptions relatives à la faiblesse du déploiement numérique sur un territoire donné ou à la possibilité de réserver une certaine fraction de contrats de la commande publique hors de la dématérialisation pour cette raison.

En dehors de ces considérations, il doit être observé que le principe d'égalité a parfois sanctionné une généralisation du recours à des procédures dématérialisées au regard des conditions d'accès au service.

JURISPRUDENCE

CE 17 janvier 1997, req. n° 182777

La procédure d'inscription par voie télématique mise en œuvre par le conseil d'administration de l'université de Rennes II en 1996, pour l'accès à certaines filières de l'université, consiste à retenir, dans l'ordre chronologique des connexions effectives, les confirmations de demande d'inscription reçues sur un serveur "minitel", la date et l'heure précises auxquelles seraient prises en compte ces connexions ayant été annoncées à l'avance à tous les candidats. Une telle procédure méconnaît le principe de l'égalité de traitement entre ces candidats, eu égard aux conditions d'équipement télématique et informatique des intéressés, aux possibilités techniques de connexion et aux différences qui en résultent dans les conditions d'acheminement de leurs appels vers le serveur télématique de l'université.

En revanche, la dématérialisation peut donner un avantage non constitutif d'une rupture d'égalité, si précisément le but recherché est de généraliser un dispositif simplificateur pour l'ensemble des usagers.

JURISPRUDENCE

Conseil constitutionnel 27 décembre 2001, n° 2001-456 DC

13. Considérant, en premier lieu, que le A du II de l'article 6 dispense les contribuables qui transmettent leur déclaration de revenus par voie électronique de joindre à cette déclaration les reçus délivrés par les syndicats, en vue d'obtenir une réduction d'impôt au titre des cotisations syndicales ; que les requérants font valoir que cette disposition serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi dès lors que les contribuables qui envoient leur déclaration de revenus par voie postale sont tenus de joindre les pièces justificatives ;

14. Considérant que la disposition critiquée a pour simple objet de favoriser la déclaration des revenus par voie électronique ; qu'elle ne dispense pas de la production de ces pièces lors d'un contrôle fiscal ultérieur ; qu'ainsi, elle n'est pas contraire au principe d'égalité.

En l'absence de décisions de justice sur le principe même de la dématérialisation, on peut considérer que cette dernière n'est pas considérée en soi comme contraire au principe d'égalité de traitement.

Il resterait éventuellement, au cas par cas, d'apprécier si une consultation spécifique, supposant notamment l'emploi de certains outils informatiques spécifiques, serait considérée comme trop restrictive.

Pour rappel, l'article R. 2132-12 du Code de la commande publique prévoit que la dématérialisation peut être exclue par le pouvoir adjudicateur « 3° Lorsque, en raison de la nature particulière du marché, l'utilisation de moyens de communication électronique nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ».

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit donc veiller à vérifier, au regard des besoins qu'il exprime, si le niveau de diffusion des outils informatiques est suffisant pour permettre une concurrence effective.

Cette appréciation, qui peut être complexe, devra être proportionnée à la nature des prestations demandées et la justification du caractère indispensable des outils spécifiques, puisque l'absence de dématérialisation est une exception.

2.3 Les incidences du RGPD

Le 25 mai 2018 est entré en vigueur le règlement européen de protection des données personnelles 2016/679 du 27 avril 2016 (RGPD – règlement général de protection des données), en application duquel la protection des personnes physiques en matière de traitement des données personnelles est renforcée par l'obligation faite aux opérateurs de traitement de définir les conditions dans lesquelles cette protection sera assurée.

Cette question de la protection des données personnelles doit être distinguée de celle complémentaire de l'utilisation des données publiques, telle qu'organisée par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016. Les deux approches procèdent du même constat sur le caractère à la fois inexorable et économiquement porteur de la circulation des données.

Cependant, l'une vise à protéger les personnes physiques, l'autre à stimuler le développement de l'économie de la donnée.

Enfin, le règlement du 27 avril 2016 s'accompagne d'une directive du parlement et du Conseil européen du même jour, relative aux modalités de protection des personnes physiques. Le projet de loi de transposition du 13 décembre 2017 est actuellement en cours d'examen par le Parlement⁽²⁾.

(2) Après désaccord en commission mixte paritaire, le projet de loi a fait l'objet d'une nouvelle navette qui s'est conclue par l'adoption d'un texte modifié le 19 avril par le Sénat.

L'application – directe – du règlement européen a donné lieu à la refonte de la loi « Informatique et Liberté » du 6 janvier 1978, par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018.

2.3.1 La logique de responsabilisation des acteurs du traitement des données personnelles

2.3.1.1 Un champ large d'application

Cette nouvelle approche, fruit d'une longue genèse, tranche très clairement avec la philosophie des textes antérieurs, tels que l'emblématique loi Informatique et Libertés ou la directive 95/46 du 24 octobre 1995. Ces textes centraient l'usage et le traitement des données personnelles sur une base déclarative, avec de larges exceptions, et donc sous un régime d'autorisation : la capture de données personnelles était – et est toujours pour partie – conçue comme une intrusion dont il fallait, autant que possible, limiter le champ.

Le développement de la collecte et de l'usage des données étant devenu largement incontournable et constituant même une base essentielle de la nouvelle économie numérique, le législateur européen a choisi une voie à la fois plus souple et plus complexe pour les acteurs, en leur faisant porter directement la responsabilité du traitement des données, les obligeant à définir un ensemble de règles liées à la collecte, à la sécurisation, à l'exploitation et à la destruction des données.

En d'autres termes, le cadre légal ne vise plus tant à définir ce qui est ou non possible de faire, mais davantage à obliger les acteurs concernés à définir la façon dont le traitement de données personnelles doit être réalisé.

2.3.1.2 « Privacy by design » : la conception de la protection par l'auteur du traitement

Sans entrer dans le détail des 173 considérants et 99 articles du règlement, il convient de rappeler quelques notions fondamentales du RGPD, dont certaines ne sont guère nouvelles :

- une donnée personnelle : « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » : cette définition large intègre toute donnée susceptible d'être reliée à une personne : adresse, numéro de téléphone, caractéristique physique (sexe, âge, allergie alimentaire), informations religieuses, politiques... ;
- un traitement : « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel » : toute opération impliquant une certaine organisation des données est un traitement, qu'il soit manuel, mécanique ou électronique, que ce soit au stade de la collecte, de l'organisation, de la diffusion ;
- un fichier : « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés », ce qui inclut une simple liste de contact téléphonique ou de diffusion, jusqu'à des fichiers spécifiques pour le traitement des paies, des retraites, des données médicales, des bénéficiaires d'aides...

3.1.1.3 Marchés subséquents relevant d'un accord-cadre d'une valeur estimée supérieure à 40 000 euros hors taxes

L'acheteur a l'obligation de dématérialiser la procédure d'attribution d'un marché subséquent prévu dans le cadre d'un accord-cadre multi tribulaire.

Il est toutefois recommandé aux acheteurs de prévoir cette dématérialisation dans les clauses contractuelles de l'accord-cadre.

DOCUMENTATION

Ministère de l'économie, Guide « très pratique » de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs, avril 2019, A36

« La passation après le 1^{er} octobre 2018 d'un marché subséquent à un accord-cadre dont la valeur estimée du besoin est supérieure à 25 000 €, et notifié avant ou après le 1^{er} octobre 2018, entre dans le champ d'application des dispositions de l'article R. 2132-7 du Code de la commande publique. Il est toutefois préférable de préciser ce point dans les documents de la consultation et d'inscrire la dématérialisation de la procédure de passation dans les clauses contractuelles de l'accord-cadre qu'il soit mono ou multi-attributaires. »

IMPORTANT

Le seuil de 25 000 euros énoncé par le Ministère de l'économie dans ce Guide « très pratique » doit désormais se comprendre comme le seuil de 40 000 euros depuis le 1^{er} janvier 2020.

Il ne s'agit que d'une faculté si l'accord-cadre est un marché public exempté (cf. 3.1.2 – Les contrats de la commande publique pour lesquels la dématérialisation des procédures de passation n'est que facultative).

REMARQUE

L'attribution d'un bon de commande n'est pas affectée par l'obligation de dématérialiser sa procédure d'attribution. L'acheteur est cependant libre de le prévoir.

3.1.2 Les contrats de la commande publique pour lesquels la dématérialisation des procédures de passation n'est que facultative

Tab. 3.1 Différentes hypothèses de dématérialisation facultative

Sources	Contrats de la commande publique
Articles L. 2132-2 et R. 2132-12 R. 2196-1 du Code de la commande publique	<i>Marchés publics dont la valeur estimée est égale inférieur à 40 000 euros.</i> Pour ces marchés de faibles montants – qui représentent 90 % des marchés passés – la dématérialisation de la procédure n'est pas obligatoire. Les acheteurs peuvent librement s'y soumettre. Dans ce cas l'acheteur peut avoir recours à son profil d'acheteur (cf. 3.4.1 et s. Le profil d'acheteur) ou à défaut de profil, utiliser un moyen de communication électronique (cf. 7.2. Les échanges dématérialisés organisés par le biais de moyens de communication électronique encadrés et adaptés) (Ministère de l'économie, Guide « très pratique » de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs, avril 2019, A50).

Sources	Contrats de la commande publique
<p>Article R. 2132-12 (1°) du Code de la commande publique</p>	<p><i>Marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence visés aux articles R. 2122-1 à R. 2122-11 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée</i></p> <p>En absence de procédure de mise en concurrence obligatoire, la dématérialisation n'est que facultative. Il s'agit :</p> <ul style="list-style-type: none"> – des marchés passés en cas d'urgence impérieuse, notamment en application de certaines dispositions du Code de la santé publique, du Code de la construction et de l'habitation et du code rural et la pêche maritime (CCP, art. R. 2122-1) ; – des marchés passés lorsque, dans le cadre de certaines procédures de passation, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2144-7 ou des offres inappropriées définies à l'article L. 2152-4 ont été présentées (CCP, art. R. 2122-2) ; – des marchés passés lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (CCP, art. R. 2122-3)
<p>Article R. 2132-12 (2°) du Code de la commande publique</p>	<p><i>Marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 et à l'article R. 2123-2</i></p> <p>Pour ces marchés très spécifiques, la dématérialisation des échanges lors de la phase de passation n'est que facultative.</p>
<p>Article R. 2132-12 (3° à 7) du Code de la commande publique</p>	<p><i>Lorsque les raisons suivantes affectent la passation du marché public :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – lorsqu'en raison de sa nature particulière, le marché requiert l'utilisation d'outils, de dispositifs ou de formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ; – lorsque les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichier qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponible ou sont soumis à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mis à disposition par téléchargement ou à distance par l'acheteur ; – lorsqu'un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément serait nécessaire. Il peut s'agir par exemple d'une imprimante grand format ; – lorsque les opérateurs économiques doivent fournir des maquettes, des modèles réduits, des prototypes ou des échantillons ne pouvant pas être transmis par voie électronique ; – lorsque l'utilisation d'autres moyens de communication est nécessaire en raison soit de la violation de la sécurité des moyens électroniques soit en raison du caractère particulièrement sensible des informations qui exige un degré de protection élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation d'outils et de dispositifs électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui pourraient être mis à leur disposition par d'autres moyens d'accès.

Sources	Contrats de la commande publique
Article R. 2132-13 du Code de la commande publique	<p>À noter : Pour l'ensemble des trois cas énoncés ci-avant, l'acheteur devra indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation, l'absence de la dématérialisation. Les raisons pour lesquelles d'autres moyens de communication sont utilisés devront être indiqués dans le rapport de présentation mentionné aux articles R. 2184-1 à R. 2184-6 pour les pouvoirs adjudicateurs et dans les documents conservés en application des articles R. 2184-7 à R. 2184-10 pour les entités adjudicatrices.</p>
Article L. 2332-2 et R. 2332-9 du Code de la commande publique	<p style="text-align: center;">Les marchés de défense ou de sécurité</p> <p>L'objectif du « tout numérique » ne s'applique pas à ces types de marchés très spécifiques. Les acheteurs peuvent décider de soumettre entièrement ou partiellement la procédure de passation à la dématérialisation. En outre, il est possible pour ces marchés de prévoir la transmission d'éléments électroniques par le biais d'un support physique (ex : clé USB, CD-Rom...) (cf. 3.18 Cas particulier : Les marchés publics de défense ou de sécurité et la dématérialisation des procédures de passation).</p>

3.1.3 Le cas particulier des concessions

Pour les concessions, le législateur opère une distinction toute particulière.

3.1.3.1 Le caractère en principe facultatif de la dématérialisation de la procédure de passation

En effet, l'article L. 3122-5 du Code de la commande publique dispose que : « Les communications et les échanges d'informations effectués pour la procédure de passation d'un contrat de concession **peuvent être réalisés par voie électronique**, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire ».

L'acheteur étant toujours libre de soumettre les délégataires postulants à la dématérialisation de la procédure de passation.

3.1.3.2 Deux dérogations au caractère facultatif de la dématérialisation

D'une part, la mise à disposition des documents de la consultation est obligatoirement opérée de façon dématérialisée.

En effet, l'article R. 3122-9 du Code de la commande publique dispose que : « **Les documents de la consultation sont mis à disposition, par voie électronique**, sur un profil d'acheteur défini à l'article R. 3122-10, à compter de la date de publication d'un avis de concession ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre. Le texte de l'avis de concession ou de l'invitation précise l'adresse internet à laquelle il peut être pris connaissance des documents de la consultation ».

Cette étape peut cependant ne pas être obligatoire pour des raisons spécifiquement liées à la sécurité à la technicité ou à sensibilité des informations contenues dans les documents de la consultation.

En effet, l'article R. 3122-10 du Code de la commande publique dispose que : « Par dérogation à l'article R. 3122-9, lorsque, dans des circonstances dûment justifiées, pour des raisons de sécurité exceptionnelle, des raisons techniques ou en raison du caractère particulièrement sensible d'informations commerciales nécessitant un niveau de protection très élevé, l'autorité concédante est dans l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé à certains documents de la consultation, elle indique, dans l'avis de concession ou l'invitation à présenter une offre, que ces documents seront transmis par des moyens autres qu'électroniques. Le délai de réception des offres tient compte de cette impossibilité ».

D'autre part, la mise en ligne les données essentielles du contrat de concession est obligatoirement dématérialisée.

En effet, l'article R. 3131-1 du Code de la commande publique dispose notamment que : « L'autorité concédante offre sur son profil d'acheteur un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession »

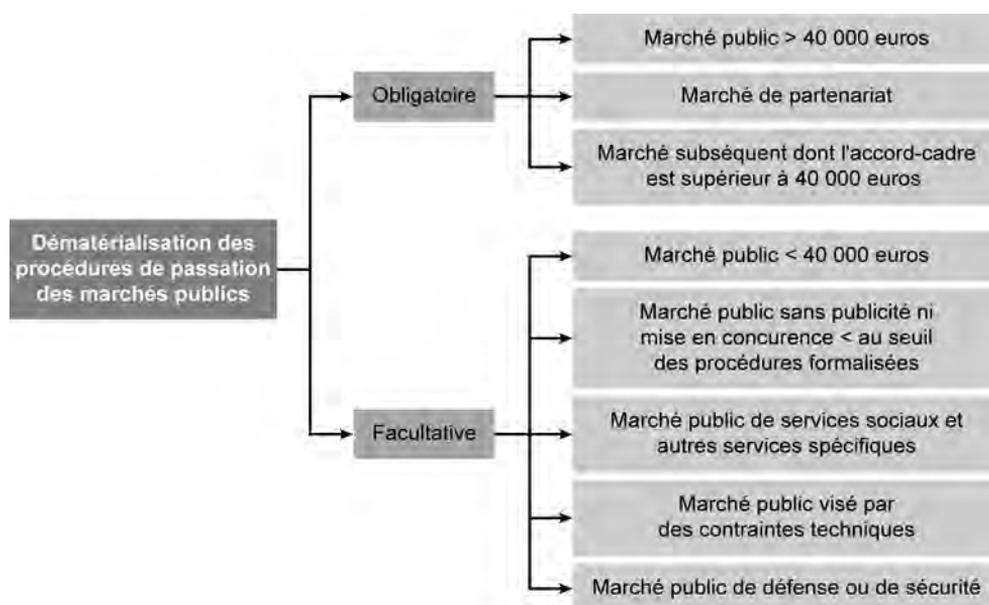


Fig. 3.1 Obligation ou faculté de dématérialiser la procédure de passation selon le type de marché public

3.10.1.4 Dans tous les cas, les documents de la consultation doivent être disponibles aux opérateurs économiques sans restriction et de manière gratuite et directe

Dans tous les cas (accès dématérialisé ou physique), les acheteurs ou les autorités concédantes doivent permettre aux opérateurs économiques d'accéder aux documents de la consultation sans restriction, de manière directe, gratuite et complète.

TEXTE OFFICIEL

Arrêté du 22 mars 2019 fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde

Article 1^{er} (Extrait)

« L'accès aux documents de la consultation est gratuit, complet, direct et sans restriction ».

En outre, il n'est pas nécessaire de s'identifier pour pouvoir avoir accès gratuitement à l'ensemble des documents de la consultation. Toutefois, le ministère de l'Économie recommande une telle identification car elle permet à l'entreprise d'être informée lorsque l'acheteur ou l'autorité concédante modifiera l'un des documents⁽⁴⁰⁾.

À cette fin, il est possible au moment du téléchargement des documents de la consultation d'indiquer à l'acheteur ou à l'autorité concédante, le nom de la personne physique chargée du téléchargement et une adresse électronique afin que l'opérateur économique soit informé des évolutions éventuelles des documents.

TEXTE OFFICIEL

Arrêté du 22 mars 2019 fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde

Article 1^{er} (Extrait)

« Les opérateurs économiques peuvent indiquer à l'acheteur le nom de la personne physique chargée du téléchargement et une adresse électronique, afin que puissent lui être communiquées les modifications et les précisions apportées aux documents de la consultation ».

3.10.2 Les mentions à faire figurer dans les documents de la consultation relatives à la dématérialisation de la procédure (autres que celles indiquées dans les avis)

Les acheteurs et les autorités concédantes doivent insérer un certain nombre de mentions relatives à la dématérialisation de la procédure dans les documents de la consultation.

En pratique ces informations sont indiquées dans les deux documents :

- les avis d'appel à la concurrence ;
- le règlement de la consultation (tableau ci-après)⁽⁴¹⁾.

(40) Ministère de l'économie, *Guide « très pratique » de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs*, avril 2019, A41.

(41) Ministère de l'Économie, *Guide « très pratique » de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs*, avril 2019, A47.

Tab. 3.15 Mentions relatives à la dématérialisation à faire figurer dans le règlement de la consultation

Mentions générales	Mentions relatives à la réponse électronique	Mentions relatives à la signature électronique
<ul style="list-style-type: none"> – les modalités de communication et d'échanges électroniques ; – les préconisations d'usage : vérification préalable des prérequis techniques du profil d'acheteur, choix d'une adresse mail durable pendant toute la durée de la procédure par l'entreprise ; – vérification préalable des prérequis techniques du profil d'acheteur, choix d'une adresse mail durable pendant toute la durée de la procédure par l'entreprise. 	<ul style="list-style-type: none"> – les formats de fichiers éventuellement demandés (voir 3.12.2) ; – l'organisation et le nommage des fichiers attendus, surtout s'ils sont nombreux ; – la taille maximum acceptée, en Mo ; – les informations sur la sécurité : confidentialité des plis, horodatage des plis garantissant l'heure de réception du pli et générant un accusé de réception, gestion des virus ; – la possibilité d'adresser parallèlement une copie de sauvegarde, l'adresse physique et postale correspondante, et les supports physiques acceptés par l'acheteur. 	<ul style="list-style-type: none"> – si la signature électronique est exigée (voir 3.7.3), un rappel des certificats de signature utilisables.

3.11 Les délais applicables à la mise en ligne des documents de la consultation

En principe, les documents de la consultation doivent être disponibles sur le profil d'acheteur de l'acheteur ou de l'autorité concédante :

- à compter de la publication de l'avis de marché ;

TEXTE OFFICIEL

Code de la commande publique (marchés publics)

Article R. 2132-2 (Extrait)

« Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. [...] cette mise à disposition s'effectue sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence [...] »

- à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt quand l'appel à la concurrence est effectué par la publication d'un avis de pré-information ou périodique indicatif ;

– dès que possible quand l’appel à la concurrence est effectué par la publication d’un avis sur l’existence d’un système de qualification ;

TEXTE OFFICIEL

Code de la commande publique (marchés publics)

Article R. 2132-4 (Extrait)

« Lorsque l’appel à la concurrence est effectué au moyen d’un avis de pré-information ou d’un avis périodique indicatif, l’accès aux documents de la consultation sur le profil d’acheteur est offert à compter de l’envoi de l’invitation à confirmer l’intérêt.

Lorsque l’appel à la concurrence est effectué au moyen d’un avis sur l’existence d’un système de qualification, l’accès aux documents de la consultation sur le profil d’acheteur est offert dès que possible et au plus tard à la date d’envoi de l’invitation à soumissionner. »

– la publication de l’avis de concession.

TEXTE OFFICIEL

Code de la commande publique (concessions)

Article R. 3122-9

« Les documents de la consultation sont mis à disposition, par voie électronique, sur un profil d’acheteur défini à l’article R. 3122-10, à compter de la date de publication d’un avis de concession ou de la date d’envoi de l’invitation à présenter une offre. »

Par exception, en cas de procédure restreinte, il est possible de procéder à une mise à disposition différée des documents de la consultation :

– en marché public, le Code de la commande publique ne prévoit pas expressément une telle possibilité. Toutefois le ministère de l’Économie indique qu’il est possible en cas de procédure restreinte ou négociée de ne publier qu’une partie des documents de la consultation relatifs à la candidature dans l’avis de marché puis de mettre à disposition le complément relatif à l’offre au moment de l’avis de l’envoi des invitations aux candidats retenus.

DOCUMENTATION

Ministère de l’économie, *Guide « très pratique » de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs*, avril 2019, A43 (Extrait)

« Une mise en ligne partielle des documents de la consultation est-elle possible ? Oui, dans les cas suivants : [...] pour les procédures restreintes ou négociées ; ».

– en concession, l’article R. 3122-9 du Code de la commande publique permet une publication des documents de la consultation à la date d’envoi de l’invitation à présenter une offre.

Dans tous les cas, l’acheteur ou l’autorité concédante peut modifier les documents de la consultation de manière non substantielle. Cependant, une telle modification ne peut pas intervenir moins de six jours avant la date de remise des plis, ou quatre jours en cas de délai de réception des offres réduit pour cause d’urgence en marché public.

Il est à noter qu’en matière de marché public, le Code de la commande publique fixe une telle exigence uniquement pour les procédures formalisées, mais qu’il est recommandé de l’appliquer également pour les procédures adaptées⁽⁴²⁾.

(42) Ministère de l’économie, *Guide « très pratique » de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs*, avril 2019, A45.

TEXTE OFFICIEL

Code de la commande publique (marchés publics)

Article R. 2132-6

« En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile.

Lorsque le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des dispositions du titre VI, ce délai est de quatre jours. »

TEXTE OFFICIEL

Code de la commande publique (concessions)

Article R. 3122-12

« L'autorité concédante communique, au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des candidatures ou des offres, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sollicités en temps utile par les candidats ou soumissionnaires. »

Il est nécessaire d'informer électroniquement les opérateurs électroniques authentifiés, ayant téléchargé les documents de la consultation, des modifications opérées⁽⁴³⁾.

TEXTE OFFICIEL

Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19

Article 2

« Pour les contrats soumis au Code de la commande publique, sauf lorsque les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard, les délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours sont prolongés d'une durée suffisante, fixée par l'autorité contractante, pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner. »

Article 3

« Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues en application du Code de la commande publique dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité contractante, celle-ci peut les aménager en cours de procédure dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats. »

3.12 Réception des candidatures et des offres dématérialisées

Depuis le 1^{er} octobre 2018, la dématérialisation de la réception des candidatures et des offres est (*voir 3.2.1.1*) :

- obligatoire en marché public, sauf dans les cas où l'ensemble de la procédure y échappe (*voir 3.1.1*) ;
- uniquement facultative en concession.

Quand la dématérialisation est obligatoire ou imposée, seule la remise de candidatures ou d'offres électroniques est acceptée.

(43) Ministère de l'économie, *Guide « très pratique » de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs*, avril 2019, A45.

4.1 La preuve de l'incident technique

L'incident technique en qualité de dysfonctionnement matériel imprévisible est un fait juridique. Au regard de l'impossibilité d'établir une preuve préconstituée, la survenance d'un incident technique peut être prouvée par tous moyens en application de l'article 1360 du Code civil. Le juge restera libre de l'appréciation des éléments de preuves apportés.

Classiquement, la charge de la preuve en matière d'incident technique lié à la dématérialisation pèse sur la partie qui tente de démontrer la survenance d'un dysfonctionnement.

Le juge administratif ne fait donc pas peser la charge de la preuve à la partie qui se défend de toute imputabilité du dysfonctionnement.

JURISPRUDENCE

Conseil d'État, 17 octobre 2016, req. n° 400791

« Considérant que, devant le juge du référé contractuel, le ministre de la défense a fait valoir, pour établir l'irrégularité de l'offre de la société T que cette irrégularité tenait non pas à la circonstance que l'offre n'avait pas été signée, mais au fait qu'il n'avait pas été en mesure de vérifier la validité de la signature électronique de la société ; qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge du référé contractuel a refusé d'accueillir cette argumentation aux motifs que les débats menés au cours de l'audience n'avaient pu expliquer précisément les raisons techniques pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'avait pu vérifier la validité de la signature électronique de l'offre, que la société T avait respecté la procédure prévue par l'arrêté ministériel du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés et par le règlement de consultation du marché et qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de vérifier la signature électronique proviendrait d'une erreur commise par la société requérante ; qu'en formant sa conviction sur ce point, dans les circonstances de l'espèce, au vu des résultats de l'instruction, le juge des référés n'a pas fait peser la charge de la preuve de l'irrégularité de la signature électronique sur le ministre de la défense et n'a, ainsi, commis aucune erreur de droit ; que le ministre ne peut se prévaloir, pour la première fois en cassation, de nouveaux éléments tendant à établir que le dysfonctionnement serait imputable à la société T ».

4.1.1 Les éléments matériels permettant de prouver ou de contester la survenance d'un incident technique

4.1.1.1 La production de « captures d'écran » prises sur l'ordinateur montrant la survenance d'un dysfonctionnement sur le profil d'acheteur empêchant le dépôt ou la transmission d'un document

JURISPRUDENCE

Tribunal administratif de Dijon, 30 juin 2011, req. n° 1101397

« Considérant que la société requérante soutient avoir tenté de se connecter à la plateforme de dématérialisation avant l'heure limite, produisant des copies d'écran avec des messages d'erreur, et avoir alerté aussitôt par courrier électronique le service support du prestataire, sans que celui-ci parvienne à remédier à l'incident avant l'heure limite ;

Voir également : Cour administrative d'appel de Bordeaux 31 mars 2011, req. n° 10BX01752 : capture d'écran fournie par un acheteur pour prouver que le fichier contenant l'offre dématérialisée était vide.

CONSEIL

Un tel moyen de preuve est facilement réalisable, cependant il possède une faible valeur probante.

4.1.1.2 La production d'attestation, d'analyse, ou d'historique de connexion produits par les gestionnaires des plateformes permettant de démontrer l'absence d'incident ou de sa non-imputabilité au pouvoir adjudicateur ou au gestionnaire

JURISPRUDENCE

Tribunal administratif de Dijon, 30 juin 2011, req. n° 1101397

« [...] que toutefois, il résulte des pièces produites au dossier, et notamment des attestations et historiques de connexion établis par ledit prestataire, ainsi que des messages émis par la requérante pendant l'incident, et des explications données à la barre, qu'aucune panne n'a affecté le serveur en cause ; »

Tribunal administratif de Bordeaux, 30 mars 2011, req. n° 1100972

« Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment de l'analyse réalisée par le service technique de l'opérateur responsable de la plate-forme électronique de présentation des offres mise à la disposition des candidats par le pouvoir adjudicateur, que le dysfonctionnement rencontré par la société requérante est dû à une ou plusieurs mises à jour du système d'exploitation Windows XP de son ordinateur qui ont causé une « régression » par rapport au logiciel de navigation utilisé ; que ce dysfonctionnement n'est donc pas dû à une défaillance de la plate-forme dématérialisée ou à un problème de compatibilité du navigateur Mozilla Firefox avec la plate-forme, mais à un problème de dialogue interne entre le système d'exploitation de l'ordinateur de la société et son navigateur utilisé pour accéder au fichier contenant la signature électronique ; [...] ».

IMPORTANT

Parfois, le juge n'accorde pas de force probante suffisante à une attestation produite par une gestionnaire de plate-forme. C'est notamment le cas, quand le juge en cours d'instruction a invité le requérant à produire un extrait du journal de la plateforme.

JURISPRUDENCE

Tribunal administratif de Paris, 29 octobre 2013, req. n° 1314372

« Considérant que la société GSI Progiiciels soutient que le XXX n'a pas informé les candidats que la dernière version de Java était provisoirement incompatible avec la plateforme de dématérialisation de la mairie de Paris ; qu'invité par le juge des référés à répondre à ce moyen en produisant un extrait du journal de la plateforme où figureraient le jour et l'heure auxquels le message d'alerte informant les utilisateurs a été émis puis enlevé, ainsi que l'emplacement réservé à cette information, le XXX n'a été en mesure de produire qu'une simple attestation d'Atexo, opérateur de la plateforme, assurant que le message d'alerte a été mis en ligne sur la page d'accueil entre le 12 et le 25 septembre 2013 ; que la société requérante est fondée à soutenir que cette attestation, alors que le XXX, à qui incombe en la matière la charge de la preuve, pouvait se justifier en produisant des éléments incontestables, ne présente pas un caractère suffisamment probant ; »

Les moyens de preuve étant libres, il est également envisageable comme preuve de l'incident :

4.1.1.3 Réaliser un constat d'huissier sur Internet du dysfonctionnement

Un constat d'huissier informatique peut permettre de constater un très grand nombre de faits visibles depuis Internet notamment les dysfonctionnements d'un site internet ou d'une plateforme de type profil d'acheteur.

Les constats sur Internet sont soumis à des règles de forme extrêmement précises et détaillées. Ces règles sont imposées par la loi et la jurisprudence⁽¹⁾. Outre les conditions communes à tous les constats (objectivité et impartialité), les juridictions imposent une

(1) TGI Paris 4 mars 2003, n° 00/16090.

description détaillée tant du matériel utilisé que du mode opératoire utilisé par l'huissier pour dresser son constat.

Un constat d'huissier sur Internet doit notamment être conforme aux recommandations de la norme NF Z67-147 sur le mode opératoire du procès-verbal de constat sur Internet effectué par Huissier de justice.

Un tel constat a l'avantage d'être un moyen de preuve par excellence jouissant d'une grande crédibilité devant les juridictions françaises. Cependant, il apparaît parfois difficile d'avoir recours dans des délais brefs à un huissier.

4.1.2 Les éléments matériels permettant de prouver ou de contester que le candidat ait tenté de résoudre l'incident survenu en joignant l'assistance technique de plateforme

4.1.2.1 La production de relevés téléphoniques

JURISPRUDENCE

Tribunal administratif de Caen, 20 janvier 2012, req. n° 1200012

« Considérant, toutefois, que la SOCIÉTÉ CD et A établit, par les relevés téléphoniques qu'elle produit et qui ne sont pas utilement contestés, que l'assistance technique en ligne de l'opérateur Klekoon n'a pas été joignable à 12 heures 50, avant l'heure limite du dépôt des candidatures ; que cette défaillance n'a pas été palliée par un contact qui aurait été possible avec les services du syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel avant 13 heures ; qu'au cours des débats lors de l'audience de référé, il est apparu que le blocage des ordinateurs de la SOCIÉTÉ CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES empêchant la transmission pouvait être facilement levé, par simple utilisation de « la touche F5 [...] » ;

En l'espèce, la production des relevés téléphoniques permet de démontrer que le candidat à tenter de joindre les services techniques de la plateforme en vain afin de résoudre le dysfonctionnement qui aurait pu être résolu dans les temps.

A contrario, l'acheteur peut prouver que le candidat n'a pas pris l'ensemble des mesures pour résoudre l'incident en ne faisant pas appel à l'assistance technique de la plateforme ou en lui adressant un mail faisant état du dysfonctionnement qu'après l'heure limite du dépôt. Une telle argumentation permet à l'acheteur de démontrer que le candidat ne l'a pas informé de l'incident et donc qu'il n'a pas été en mesure (l'acheteur ou le gestionnaire) de trouver une solution pour résoudre le dysfonctionnement.

Tribunal administratif de Nancy, 20 janvier 2011, req. n° 1100005

« [...] qu'à supposer même que la SA EGT aurait rencontré des difficultés pour le cryptage de son offre, ce qui n'est pas allégué, il est constant qu'elle n'a pas fait appel à l'assistance hotline pour résoudre cette hypothétique difficulté ; que, dans les circonstances de l'espèce, le moyen tiré de ce que la plate-forme achatpublic.com n'aurait pas présenté les caractéristiques d'un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire n'est pas établi ; [...] »

Tribunal administratif de Bordeaux, 30 mars 2011, req. n° 1100972

« [...] dès lors qu'il résulte de l'instruction que le problème rencontré n'aurait pu être résolu rapidement, la société n'ayant d'ailleurs adressé un mail à la commune de Bordeaux lui signalant ses difficultés que bien après l'heure limite de remise des offres à 18 heures 30 ; que, dans ces conditions, le dysfonctionnement dont elle se plaint n'étant pas imputable au pouvoir adjudicateur ; [...] »

Schématiquement, il est possible de résumer la valeur de chaque preuve devant le juge administratif :

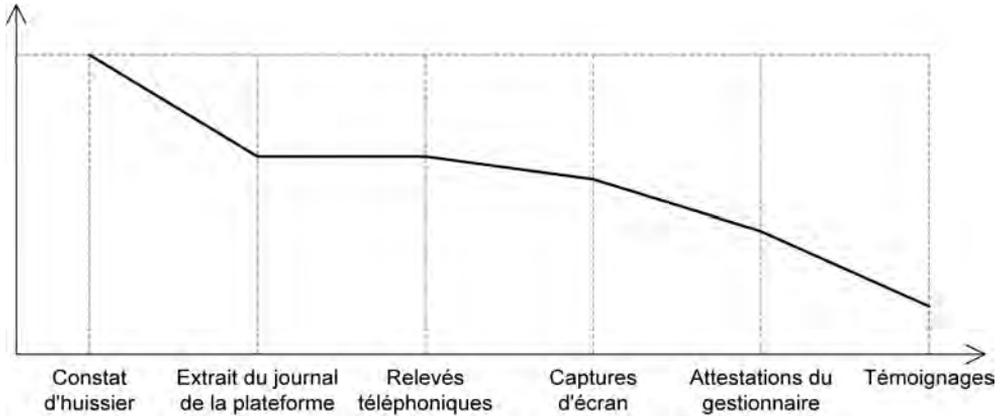


Fig. 4.1 Valeur probante

4.2 L'imputabilité de l'incident technique

Les preuves de la survenance d'un incident technique permettent également de déterminer si le dysfonctionnement est imputable à l'acheteur (ou l'autorité concédante), au gestionnaire de la plateforme ou au candidat.

L'imputabilité de l'incident est essentielle afin de déterminer l'impact du dysfonctionnement sur la procédure de mise en concurrence.

Ainsi, si l'acheteur (ou l'autorité concédante) rejette la candidature ou l'offre d'un opérateur économique du fait du dysfonctionnement (ex : transmis hors délai du fait de l'incident ou signature électronique altéré) et qu'il est imputable :

- à l'acheteur (ou l'autorité concédante) : la procédure de mise en concurrence est irrégulière car il a été porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats⁽²⁾ ;
- au gestionnaire de la plateforme : la procédure de mise en concurrence est irrégulière car il a été porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats⁽³⁾ ;
- au candidat : la procédure de mise en concurrence est régulière⁽⁴⁾.

(2) Tribunal administratif de Caen, 20 janvier 2012, req. n° 1200012.

(3) Tribunal administratif de Limoges, 15 novembre 2010, req. n° 1001569.

(4) Tribunal administratif de Dijon, 30 juin 2011, req. n° 1101397 ; Tribunal administratif de Bordeaux, 30 mars 2011, req. n° 1100972.

Table des matières

Sommaire	5
Liste des sigles et abréviations.....	7
Introduction	9
CHAPITRE 1 Le fondement de la dématérialisation	11
1.1 Le cadre international, européen et national	13
1.1.1 Au niveau international	13
1.1.1.1 <i>Au niveau de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)</i>	13
1.1.1.2 <i>Au niveau de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)</i>	16
1.1.2 Au niveau communautaire.....	18
1.1.2.1 <i>Le règlement 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques (« règlement eIDAS »)</i>	18
1.1.2.2 <i>La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur</i>	24
1.1.2.3 Les directives Marchés et Concessions du 26 février 2014	24
1.1.2.4 La directive sur la facturation électronique	25
1.1.2.5 Le règlement sur la protection des données	25
1.1.3 Au niveau national	26
1.1.3.1 <i>Le Code de la commande publique</i>	26
1.1.3.2 <i>Le Code civil</i>	26
1.1.3.3 <i>Le Code des relations entre le public et l'administration</i>	27
1.1.3.4 <i>Le Code des postes et des communications électroniques</i>	28
1.1.3.5 <i>Loi Informatique et Libertés</i>	29
1.1.3.6 <i>Ordonnance relative aux échanges électroniques</i>	29
1.1.3.7 <i>Loi PACTE</i>	29
1.1.3.8 <i>Les arrêtés techniques</i>	29
1.2 Le plan de transformation numérique 2017-2022	30
CHAPITRE 2 Les supports de la dématérialisation	35
2.1 Le référentiel général de sécurité	35
2.2 Les infrastructures et l'égalité numérique	36
2.3 Les incidences du RGPD	37

2.3.1	La logique de responsabilisation des acteurs du traitement des données personnelles	38
2.3.1.1	<i>Un champ large d'application</i>	38
2.3.1.2	<i>« Privacy by design » : la conception de la protection par l'auteur du traitement</i>	38
2.3.2	Appréhension du RGPD au travers des marchés publics	40
2.3.3	L'identification de la chaîne des responsabilités	40
2.3.4	Mise en œuvre dans le cadre de l'exécution des marchés publics	41
2.3.5	Mise en œuvre dans le cadre d'un marché dont l'objet est le traitement de données	42
2.3.5.1	<i>Les prescriptions du cahier des charges</i>	42
2.3.5.2	<i>La formulation de critères de choix</i>	42

CHAPITRE 3

La chaîne de la dématérialisation dans les procédures de passation des contrats de la commande publique

45

3.1 Les contrats de la commande publique concernés par l'obligation de dématérialisation de la procédure de passation

45

3.1.1	Les contrats de la commande publique pour lesquels la dématérialisation des procédures de passation est obligatoire	46
3.1.1.1	<i>Marchés publics dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence</i>	46
3.1.1.2	<i>Marchés de partenariat</i>	47
3.1.1.3	<i>Marchés subséquents relevant d'un accord-cadre d'une valeur estimée supérieure à 40 000 euros hors taxes</i>	48
3.1.2	Les contrats de la commande publique pour lesquels la dématérialisation des procédures de passation n'est que facultative	48
3.1.3	Le cas particulier des concessions	50
3.1.3.1	<i>Le caractère en principe facultatif de la dématérialisation de la procédure de passation</i>	50
3.1.3.2	<i>Deux dérogations au caractère facultatif de la dématérialisation</i>	50

3.2 Le principe des échanges dématérialisés lors de la phase de passation des contrats de la commande publique

52

3.2.1	Une obligation d'échanges dématérialisés variable selon la phase de la procédure de mise en concurrence	52
3.2.1.1	<i>Les obligations de dématérialiser les échanges selon la phase de la procédure pour la passation des marchés publics</i>	54
3.2.1.2	<i>Les obligations de dématérialiser les échanges selon la phase de la procédure pour la passation des concessions</i>	55

3.2.1.3	<i>Les échanges dématérialisés organisés par le biais de moyens de communication électronique encadrés et adaptés</i>	56
3.2.2	Les fonctionnalités et les exigences liées à la mise en place des moyens de communication électronique par l'acheteur (autre que le profil d'acheteur)	58
3.2.2.1	<i>Les obligations d'égalité et de transparence dans l'accès aux moyens de communication électronique</i>	58
3.2.2.2	<i>Les exigences de sécurité des moyens de communication électronique</i>	62
3.2.2.3	<i>Les fonctionnalités minimums que doivent comprendre les moyens de communication électronique</i>	63
3.2.3	Les avantages du recours à des moyens de communication électronique lors des procédures de mise en concurrence	65
3.2.3.1	<i>La traçabilité des procédures</i>	65
3.2.3.2	<i>La sécurisation des procédures</i>	66
3.2.3.3	<i>La réduction de l'impact environnemental des procédures</i>	66
3.3	Les outils clés des échanges dématérialisés : le profil d'acheteur, le coffre-fort numérique et la signature électronique	67
3.3.1	Le Profil d'acheteur : la plateforme centrale des échanges dématérialisés entre les acheteurs et les opérateurs économiques.....	67
3.3.2	Les fonctionnalités et les exigences liées à la mise en place d'un « Profil d'acheteur » par l'acheteur public	68
3.3.2.1	<i>Les fonctionnalités minimales obligatoires que doivent contenir les profils acheteurs</i>	69
3.3.2.2	<i>Les exigences techniques des « Profil d'acheteurs »</i>	73
3.4	L'utilité et les cas du recours obligatoire au « Profil d'acheteur » dans la procédure de passation	76
3.4.1	Les cas de recours obligatoire au « Profil d'acheteur » durant la procédure de mise en concurrence	76
3.4.1.1	<i>Pour les marchés publics</i>	76
3.4.1.2	<i>Pour les concessions</i>	77
3.4.2	La possibilité et l'utilité de recourir toutefois au « Profil d'acheteur » pour l'intégralité de la procédure de mise en concurrence.....	78
3.5	Les moyens de se procurer un « Profil d'acheteur » pour l'acheteur public et l'obligation de recensement	78
3.5.1	Sur les moyens permettant à l'acheteur et à l'autorité concédante d'acquérir un « Profil d'acheteur ».....	78
3.5.1.1	<i>S'agissant des administrations de l'État ou des établissements publics nationaux</i>	78
3.5.1.2	<i>S'agissant des autres acheteurs et autorités concédantes (collectivités locales, établissements publics locaux, personnes morales de droit privé soumises à la commande publiques...)</i>	79
3.5.2	Sur les obligations de recensement des profils acheteurs créés ou acquis....	82

3.6	Le Coffre-fort numérique	82
3.6.1	L'usage d'un coffre-fort numérique n'est que facultatif.....	83
3.6.2	Fonctionnalité et exigences de sécurité minimales imposées pour la mise en place d'un coffre-fort numérique	84
3.6.3	Le moyen pour une personne publique de se procurer un coffre-fort numérique et les restrictions applicables aux fournisseurs.....	85
3.7	La signature électronique	87
3.7.1	Les outils nécessaires pour l'apposition d'une signature électronique ayant les mêmes effets juridiques qu'une signature manuscrite	87
3.7.2	L'usage de la signature électronique dans les procédures de mise en concurrence des contrats de la commande publique n'est pas obligatoire, mais peut être imposé.....	91
3.7.2.1	<i>L'absence d'obligation de signer électroniquement les documents échangés durant la procédure</i>	91
3.7.2.2	<i>Les informations que l'acheteur ou l'autorité concédante doit transmettre aux candidats en cas d'obligation de signature électronique</i>	94
3.7.3	Sur l'exigence pour l'opérateur électronique de procéder à la signature électronique des documents quand l'acheteur ou l'opérateur économique l'impose.....	95
3.7.3.1	<i>Les cas d'absence de signatures électroniques quand elles sont exigées sur les documents fournis au stade de la réception des candidatures et des offres</i>	95
3.7.3.2	<i>Les cas d'absence de signatures électroniques quand elles sont exigées sur les offres finales en fin de procédure</i>	96
3.7.3.3	<i>Les cas particuliers de la signature électronique des fichiers ZIP, sans la signature électronique de chaque document compris dans le dossier compressé</i>	96
3.7.3.4	<i>Le cas de la remise de document signé manuscritement et scanné quand une signature électronique est imposée</i>	97
3.7.3.5	<i>Spécificités techniques et procédurales de l'utilisation de la signature électronique dans une procédure de passation d'un contrat de la commande publique</i>	98
3.7.3.6	<i>Les outils utilisés par les différentes parties pour que la signature électronique soit régulière au regard du droit de la commande publique</i>	99
3.7.4	Procédure de vérification des signatures électroniques par les acheteurs ou les autorités concédantes.....	102
3.8	Les étapes de la procédure de passation et la dématérialisation ..	103
3.8.1	Dématérialisation de la publicité des marchés publics et des concessions ...	103
3.8.2	Le recours obligatoire à des plateformes numériques pour la publicité des avis d'appel à la concurrence.....	104
3.8.2.1	<i>En marchés publics</i>	104
3.8.2.2	<i>En concessions</i>	106

3.9	L'envoi dématérialisé des avis d'appel à la concurrence sur les plateformes numériques	106
3.9.1	L'envoi dématérialisé des avis pour publication au <i>Journal officiel de l'Union européenne</i>	106
3.9.2	L'envoi dématérialisé des avis pour publication au <i>Bulletin officiel des annonces des marchés publics</i>	107
3.9.3	Les éléments relatifs à la dématérialisation de la procédure qui doivent être intégrés aux avis d'appel à la concurrence	107
3.9.3.1	<i>Les mentions relatives à la dématérialisation de la procédure à indiquer dans les avis de pré-information et avis périodique indicatif</i>	108
3.9.3.2	<i>Les mentions relatives à la dématérialisation de la procédure à indiquer dans l'invitation à confirmer l'intérêt</i>	108
3.9.3.3	<i>Les mentions relatives à la dématérialisation de la procédure à indiquer dans l'avis de marché</i>	109
3.9.3.4	<i>Les mentions relatives à la dématérialisation de la procédure à indiquer dans l'avis de concession</i>	112
3.10	La dématérialisation de l'accès aux documents de la consultation	113
3.10.1	Le principe de la mise en ligne des documents de la consultation sur le profil d'acheteur de l'acheteur ou de l'autorité concédante	114
3.10.1.1	<i>Par principe, l'acheteur ou l'autorité concédante a l'obligation de mettre en ligne de façon dématérialisée l'intégralité des documents de la consultation</i>	114
3.10.1.2	<i>Par dérogation, il est possible pour l'acheteur de déroger à la mise en ligne de l'intégralité des documents de la consultation sur le profil d'acheteur</i>	115
3.10.1.3	<i>Par dérogation, il est possible pour l'acheteur et pour l'autorité concédante de mettre en ligne que partiellement les documents de la consultation</i>	116
3.10.1.4	<i>Dans tous les cas, les documents de la consultation doivent être disponibles aux opérateurs économiques sans restriction et de manière gratuite et directe</i>	117
3.10.2	Les mentions à faire figurer dans les documents de la consultation relatives à la dématérialisation de la procédure (autres que celles indiquées dans les avis)	117
3.11	Les délais applicables à la mise en ligne des documents de la consultation	118
3.12	Réception des candidatures et des offres dématérialisées	120
3.12.1	Support numérique de réception des candidatures et des offres dématérialisées	121
3.12.2	Formalisme des candidatures et des offres remises de façon dématérialisée	122
3.12.2.1	<i>L'encadrement du format des fichiers que l'opérateur économique peut remettre dans le cadre du dépôt des candidatures et des offres</i>	122

3.12.2.2	<i>Exigence de la remise de plis numériques distincts</i>	124
3.12.2.3	<i>Les délais spécifiques applicables à la remise des candidatures et des offres sous format numérique</i>	125
3.13	Supports et dispositifs dématérialisés utilisables par les opérateurs numériques pour faciliter les réponses numériques ..	126
3.13.1	Le principe du « Dites-le-nous une fois »	126
3.13.1.1	<i>Les documents exigibles par l'acheteur dans la candidature des opérateurs économiques</i>	126
3.13.1.2	<i>L'apport de la procédure « Dites-le nous une fois »</i>	130
3.13.2	Le Document unique de marché européen	134
3.13.2.1	<i>L'utilité du recours au e-DUME</i>	135
3.13.2.2	<i>Les obligations liées à l'usage du e-DUME</i>	137
3.13.2.3	<i>Le processus d'utilisation du e-DUME dans une procédure de passation d'un marché public</i>	138
3.13.3	La possibilité de remise d'une « copie de sauvegarde »	139
3.13.3.1	<i>Le formalisme de l'envoi de la copie de sauvegarde</i>	140
3.13.3.2	<i>Conditions strictes de recours aux copies de sauvegarde quand elles sont adressées</i>	140
3.13.3.3	<i>Sort des copies de sauvegarde à la fin de la procédure</i>	141
3.14	Analyse des candidatures et des offres en procédures dématérialisées	142
3.14.1	L'ensemble de la phase d'analyse des candidatures et des offres par l'acheteur ou l'autorité concédante n'est pas obligatoirement entièrement dématérialisé	142
3.14.2	La détection des irrégularités liées à la dématérialisation préalablement à l'évaluation des candidatures et des offres des candidats	142
3.14.2.1	<i>Préalablement, l'acheteur est tenu de ne prendre en compte que le dernier pli reçu</i>	143
3.14.2.2	<i>L'acheteur ou l'autorité concédante est tenu de rejeter une réponse électronique remise hors délai</i>	144
3.14.2.3	<i>L'acheteur ou l'autorité concédante est tenu de rejeter ou de régulariser une réponse non transmise par voie électronique</i>	145
3.14.2.4	<i>Le cas où la réponse électronique est infectée</i>	147
3.14.3	Le formalisme de l'analyse des offres par l'acheteur ou l'autorité concédante	147
3.14.4	L'information des candidats non retenus	149
3.14.5	Cas particulier : la sélection et l'analyse des offres par la technique des enchères électroniques en marché public	149
3.14.6	Dématérialisation des organes de la procédure	150

3.15	Conclusion du contrat et notification dans une procédure dématérialisée	150
3.15.1	La signature du marché en procédure dématérialisée	151
3.15.1.1	<i>Les délais propres à la signature du marché en procédure dématérialisée</i> ..	151
3.15.1.2	<i>Signature des contrats dans une procédure dématérialisée</i>	151
3.15.2	La notification du contrat dans une procédure dématérialisée.....	152
3.16	L'archivage électronique	152
3.17	Cas particulier : Les marchés publics de défense ou de sécurité et la dématérialisation des procédures de passation	154
3.17.1	Le principe : la dématérialisation de la procédure de passation des marchés de défense ou de sécurité n'est que facultative	155
3.17.1.1	<i>Dématérialisation de la publicité des marchés de défense ou de sécurité</i>	156
3.17.1.2	<i>La dématérialisation de l'accès aux documents de la consultation pour les marchés de défense ou de sécurité</i>	160
3.17.1.3	<i>Transmission et réception des candidatures et des offres dématérialisées pour les marchés de défense ou de sécurité</i>	160
3.17.1.4	<i>Conclusion des marchés de défense ou de sécurité et la dématérialisation</i> ..	161
CHAPITRE 4	Les incidents de la dématérialisation	163
4.1	La preuve de l'incident technique	164
4.1.1	Les éléments matériels permettant de prouver ou de contester la survenance d'un incident technique.....	164
4.1.1.1	<i>La production de « captures d'écran » prises sur l'ordinateur montrant la survenance d'un dysfonctionnement sur le profil d'acheteur empêchant le dépôt ou la transmission d'un document</i>	164
4.1.1.2	<i>La production d'attestation, d'analyse, ou d'historique de connexion produits par les gestionnaires des plateformes permettant de démontrer l'absence d'incident ou de sa non-imputabilité au pouvoir adjudicateur ou au gestionnaire</i>	165
4.1.1.3	<i>Réaliser un constat d'huissier sur Internet du dysfonctionnement</i>	165
4.1.2	Les éléments matériels permettant de prouver ou de contester que le candidat ait tenté de résoudre l'incident survenu en joignant l'assistance technique de plateforme	166
4.1.2.1	<i>La production de relevés téléphoniques</i>	166
4.2	L'imputabilité de l'incident technique	167
4.3	Les voies de recours	168
CHAPITRE 5	Exécution des contrats et dématérialisation	171
5.1	Les échanges lors de l'exécution	171
5.2	La facture électronique (Chorus)	174

5.2.1	Le champ d'application	176
5.2.1.1	<i>Sur l'obligation pour les titulaires ou les concessionnaires de transmettre leurs factures sous forme électronique</i>	176
5.2.1.2	<i>Sur l'obligation pour les acheteurs ou les autorités concédantes d'accepter les factures électroniques remises par les titulaires ou concessionnaires</i>	177
5.2.1.3	<i>Récapitulatif</i>	178
5.2.2	Le portail unique de facturation : CHORUS PRO.....	180
5.2.2.1	<i>Pour les marchés publics</i>	181
5.2.2.2	<i>Pour les concessions</i>	181
5.2.2.3	<i>Synthèse</i>	182
5.2.3	Le contenu de la facture	183
5.2.4	La transmission de la facture	183
5.3	Le BIM	184
5.3.1	Propos liminaires	184
5.3.2	Incidence du BIM lors de la passation des contrats de la commande publique.....	184
5.3.2.1	<i>Le champ d'application</i>	184
5.3.2.2	<i>Justification préalable en cas d'outil BIM imposé</i>	185
5.3.2.3	<i>Justification liée au droit commun de la mise en concurrence</i>	186
5.3.2.4	<i>Recours à l'allotissement</i>	188
5.3.3	Incidence du BIM lors de l'exécution du contrat	188
5.3.3.1	<i>Le droit d'auteur</i>	188
5.3.3.2	<i>Les bases de données</i>	189
5.3.3.3	<i>La protection de la confidentialité</i>	191
5.3.3.4	<i>Les droits générés par la maquette numérique</i>	192
5.4	L'accès public aux données essentielles	192
5.4.1	Qu'est-ce qu'une donnée essentielle d'un contrat de la commande publique ?.....	193
5.4.2	Pourquoi donner accès librement à ces données ?.....	194
5.4.2.1	<i>Avantages globaux attendus pour les opérateurs économiques</i>	194
5.4.2.2	<i>Avantages globaux attendus pour les acheteurs et les autorités concédantes</i>	194
5.4.2.3	<i>En pratique, quelles sont les obligations de mise à disposition des données essentielles ?</i>	195
5.4.3	Quels sont les contrats concernés par l'obligation d'« Open Data » ?.....	195
5.4.3.1	<i>Les contrats de la commande publique visés par l'obligation de transmission normale des données essentielles</i>	196
5.4.3.2	<i>Les contrats de la commande publique visés par l'obligation de transmission restreinte des données essentielles</i>	196

5.4.3.3	<i>Les contrats de la commande publique non soumis aux obligations d'« Open Data »</i>	197
5.4.3.4	<i>Les contrats de la commande publique pour lesquels il est possible de procéder à une transmission « étendue » des données essentielles</i>	197
5.4.4	Les données essentielles concernées par l'obligation normale d'« Open Data », le moment de leurs publications et leurs formats	199
5.4.4.1	<i>Les données essentielles normales à transmettre pour les marchés publics dont la valeur est supérieure ou égale à 40 000 euros HT</i>	199
5.4.4.2	<i>Les données essentielles normales à transmettre pour les concessions</i>	204
5.4.4.3	<i>Les limites à respecter dans le contenu des données publiées</i>	210
5.4.5	Les modalités de publicité des données essentielles.....	210
5.4.6	Le cadre juridique de la réutilisation de ces données essentielles.....	211
5.4.7	L'avenir de la réutilisation de ces données : le <i>Smart Contract</i> et l'utilisation de la <i>blockchain</i> dans la commande publique	211
	Index	213

Dématérialisation de la commande publique

Le terme de « dématérialisation » est souvent employé dans le cadre de la commande publique et contrairement à une idée répandue, cela ne désigne pas uniquement le fait d'insérer une clé de signature pour valider un document sur un écran au lieu et place d'un stylo... La réalité est en effet plus complexe car de nombreuses obligations s'imposent aux acheteurs ainsi qu'aux entreprises. Ainsi, depuis le 1^{er} octobre 2018, tous les acheteurs ont l'obligation de dématérialiser les procédures de passation des marchés publics supérieurs à certains montants. De même, depuis le 1^{er} janvier 2020, toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, sont tenues de transmettre leurs factures de façon dématérialisée.

Au travers de cinq chapitres, cet ouvrage fournit toutes les clés pour comprendre les règles applicables et répond aux questions essentielles soulevées par la dématérialisation : quels sont ses fondements et supports ? Comment s'articule la chaîne de dématérialisation dans les procédures de passation des contrats de la commande publique ? Quels peuvent être les incidents liés à la dématérialisation ? Lors de la phase d'exécution des contrats de la commande publique, quelle place occupe la dématérialisation ?

Des schémas, tableaux, exemples de clauses illustrent et explicitent les règles applicables.

Compte tenu de la récente réforme du droit de la commande publique, cet ouvrage présente une analyse complète et claire permettant de maîtriser les différents aspects de la dématérialisation.

Pierre-Manuel Cloix, avocat depuis 1995, a débuté sa carrière en collaborant au sein de cabinets d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation. En 1998, il rejoint un cabinet d'avocat spécialisé en droit public, avant de créer le Cabinet Cloix & Mendès-Gil. Il dirige les activités de conseil et de contentieux du Cabinet en matière de droit public.

Niels Bernardini, avocat au sein du Cabinet Cloix & Mendès-Gil, développe une expertise particulière en droit des contrats publics, en montage contractuel et dans les problématiques juridiques liées aux structures publiques et parapubliques.

L'ouvrage *Dématérialisation de la commande publique* s'adresse aussi bien aux praticiens de tous niveaux – responsables de services juridiques, etc. qu'aux non juristes – architectes, ingénieurs, etc. qui souhaitent s'initier et comprendre les principes régissant la dématérialisation des marchés publics et des concessions.

ISSN 2267-0149
ISBN 978-2-281-13382-0



9 782281 133820

EDITIONS

LE MONITEUR