

Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

Dématérialisation des marchés publics : quel bilan ?

► Obligations de dématérialisation

De la passation à l'exécution

Publication des données essentielles : quelles nouveautés ?

► Traitement des candidatures et des offres

Candidatures et offres erronées, incomplètes...

Les offres hors délai : vers un assouplissement ?

► Achèvement de la procédure de passation

Vers une généralisation de l'obligation de signature électronique ?

Télétransmission des contrats de la commande publique

Archivage des pièces et dossiers

Consultez
votre revue sur
MONITEURJURIS
moniteurjuris.fr/contratspublics

Vie
des
contrats

PASSATION

Portée de l'exclusion de candidatures en cas d'accord entre les candidats en vue de fausser la concurrence

Information abonnés

CONSULTEZ VOTRE REVUE CONTRATS PUBLICS

SUR
**MONITEUR
JURIS**
CONTRATS PUBLICS



Connectez-vous sur le site
moniteurjuris.fr/contratspublics

Me connecter

Votre email

Mot de passe

Rester connecté

Mot de passe oublié ?

OK

1 Vous avez déjà un compte sur Moniteur Juris ?

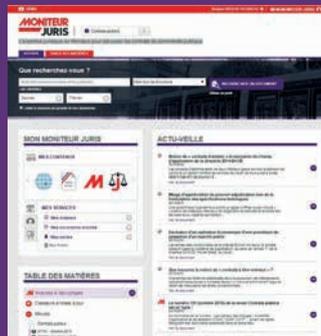
Si votre login est un email, rien ne change. Vous pouvez vous connecter avec vos identifiants habituels (login et mot de passe).

Si votre login n'est pas un email, celui-ci ne fonctionne plus. Il faut vous identifier avec l'email rattaché à votre compte. Votre mot de passe ne change pas.

Si vous avez oublié votre mot de passe, rendez-vous dans la zone de connexion, cliquez sur « Mot de passe oublié ? » et suivez les indications à l'écran.

2 Vous n'avez pas encore créé de compte ou vous avez des difficultés à vous connecter sur Moniteur Juris ?

Écrivez-nous sur moniteurjuris@infopro-digital.com en spécifiant le motif de votre demande en objet, ainsi que votre numéro d'abonné.

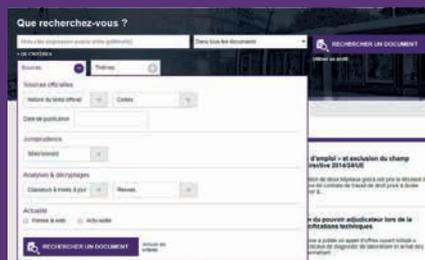


Bénéficiez d'un service en ligne indissociable

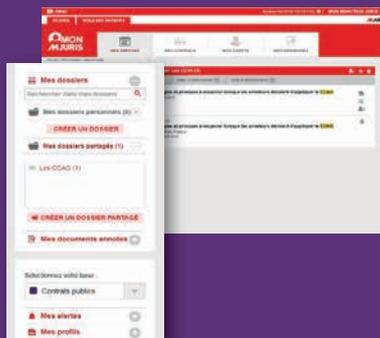
Consultez quotidiennement l'actualité juridique, les sources officielles (textes européens et nationaux) et la jurisprudence en texte intégral, mais aussi toutes les archives depuis le premier numéro.

✓ Trouvez rapidement la bonne information

- Critères d'affinage pour adapter la recherche selon vos besoins
- Table des matières et sommaire très détaillés pour naviguer dans les documents
- Alertes et profils : Choisissez les documents ou thèmes de recherche que vous voulez suivre et soyez alerté par mail, dès qu'un changement ou une mise à jour survient.



✓ Personnalisez votre compte



Vous disposez d'un accès personnel qui vous permet de **constituer votre propre bibliothèque**. Il vous est possible de **sauvegarder des documents dans un dossier**, de les **annoter** ou de les **partager**. Pour cela, lors de la consultation d'un document, utilisez l'icône « classer » en haut à droite. Suivez la procédure qui vous permet de créer un dossier, de le partager, puis de sauvegarder le document.

- Pour annoter un document : saisissez votre texte en fin de document dans la zone « Mes annotations ». Là encore, il vous est possible de partager ces notes.
- Pour retrouver vos dossiers, vos documents et annotations : accédez à votre espace personnel dans l'onglet « Mon Moniteur Juris » puis « Mes services ».

Vous avez également la possibilité de télécharger vos documents pour les lire hors connexion et/ou de les imprimer pour conserver le confort de lecture du papier.

INCLUS dans votre abonnement :

Nos services associés pour gagner en expertise

- **Rendez-Vous Expert** : Participez à nos Webinaires sur des sujets d'actualité, animés par nos experts et interagissez avec eux.
- **Actu-Veille** : Découvrez en un clin d'œil l'actualité réglementaire mise à jour quotidiennement sur Moniteur Juris et recevez 2 fois/mois la newsletter pour bénéficier d'informations analysées et décryptées par une équipe éditoriale dédiée.

Vérification de l'absence de motifs d'exclusions : vers un passeport commande publique numérique ?

Le financement public de la commande publique, intégral ou partiel, justifie sans doute que les opérateurs fournisseurs ou prestataires soient irréprochables vis-à-vis de leurs obligations sociétales. Pour prétendre à la manne financière conséquente que peut leur procurer l'achat public, les prétendants doivent ainsi montrer patte blanche. Mais la longueur de la patte ne cesse de s'allonger.

Après le cas d'exclusion de la commande publique issu de la loi Climat et résilience du 22 août 2021⁽¹⁾, facultatif certes, tenant à la méconnaissance de l'obligation d'établir le plan de vigilance définie par le Code de commerce⁽²⁾, selon toute vraisemblance, le Code de la commande publique devrait accueillir prochainement un nouveau motif d'incompatibilité avec l'obtention de marchés publics. Présenté le 8 mars 2023 lors de la journée internationale du droit des femmes, le plan interministériel pour l'égalité entre les femmes et les hommes envisage en effet de « favoriser l'accès aux marchés publics aux entreprises respectant les obligations en matière de publication de l'Index égalité professionnelle, ou qui ont obtenu une note suffisante à cet Index » et de « sensibiliser les acheteurs publics à leurs obligations en matière de prise en considération de l'égalité professionnelle et salariale lors des marchés »⁽³⁾ (axe 3).

Convaincus que la commande publique est une solution infaillible aux grands enjeux sociétaux, à tort ou à raison, le législateur et le Gouvernement ne cessent de l'instrumentaliser à cette fin, quitte à oublier parfois (souvent) l'objectif tout aussi louable et nécessaire de simplification de l'accès aux achats publics.

L'inflation continue de textes semble rendre illusoire l'espoir que cette simplification puisse enfin procéder d'une diète législative et réglementaire. Dont acte. L'État ne pourrait-il pas alors prendre lui-même en charge la vérification que les opérateurs assujettis respectent la légion d'obligations qu'il leur impose pour accéder à la commande publique ?

Un grand pas a été fait, notamment, avec le site www.annuaire-entreprises.data.gouv.fr qui offre un accès direct

à certains documents et informations concernant les opérateurs en saisissant simplement leur numéro SIREN ou SIRET. Toutefois, ce site ne centralise pas l'ensemble des précieux sésames que les acheteurs et autorités concédantes doivent obtenir, afin de s'assurer que les opérateurs attributaires pressentis des contrats ne sont pas frappés par un ou plusieurs motifs d'exclusions de plein droit visés par les articles L.2141-1 à L.2141-6 du Code de la commande publique. Les entreprises peuvent également obtenir en ligne leurs attestations fiscales et sociales depuis leur espace sur les sites des administrations et organismes concernés, mais les documents en question devront par la suite être transmis à l'acheteur. Ces démarches devront par ailleurs être renouvelées plusieurs fois dans l'année, certains certificats et attestations délivrés ayant une durée de validité limitée (attestations URSSAF). En outre, les acheteurs et autorités concédantes sont tenus d'interpréter les attestations et certificats obtenus, afin de déterminer s'ils établissent ou non la régularité de la situation de l'opérateur.

Le développement spectaculaire des datas et de l'IA ne permet-il pas d'envisager que l'État délivre un passeport numérique commande publique en ligne ? Un site étatique unique offrirait un accès centralisé à l'ensemble des documents exigibles et/ou interpréterait les données collectées ou contenues dans ces documents. Ce site pourrait alors qualifier la situation de l'opérateur au regard des cas d'exclusions de plein droit (exclu ou non exclu) et mettre en exergue les points de vigilance éventuels⁽⁴⁾. Ce projet serait innovant et ambitieux tant les données pertinentes sont réparties entre divers ministères de l'État et autres organismes dont les systèmes d'information respectifs ne communiquent pas toujours entre eux. La dématérialisation au service d'une nouvelle vague de simplification des démarches des acheteurs et opérateurs. Un projet qui justifierait bien une intervention législative.

Arnaud Latrèche

Adjoint au directeur « commande publique » du département de la Côte-d'Or, vice-président de l'Association des acheteurs publics et consultant en marchés publics

(1) Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

(2) CCP, art. L.2141-7-1.

(3) Toutes et tous égaux, plan interministériel pour l'égalité entre les femmes et les hommes (2023-2027), p. 39.

(4) Mention par exemple que l'entreprise a été placée en redressement judiciaire et qu'il convient de vérifier si la durée de poursuite d'activité, autorisée par le jugement du tribunal de commerce, couvre la durée prévisible d'exécution du contrat.

ÉDITORIAL

3

Vérification de l'absence de motifs d'exclusions : vers un passeport commande publique numérique ?

VEILLE

7

■ TEXTES OFFICIELS NATIONAUX 7

Énergies renouvelables – Contrat de vente directe d'électricité – Autoconsommation

Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023

Marchés publics – Concessions – Exclusions de la procédure de passation – Preuves

Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023

■ TEXTES OFFICIELS NATIONAUX 8

Marché de partenariat – BEA – Marché public – Taxe foncière sur les propriétés bâties – Taxe d'aménagement

Décret n° 2023-165 du 7 mars 2023

■ TEXTES OFFICIELS NATIONAUX 9

CCAG-TIC – Cahier de clauses de développement de téléservices web

Arrêté du 7 février 2023 (NOR : TREK2236523A)

■ JURISPRUDENCE EUROPÉENNE 9

Marché public de services – Mise en exécution des garanties bancaires – Acte intégré dans les rapports contractuels

CJUE 14 février 2023, aff. C-527/22 P

■ JURISPRUDENCE NATIONALE 10

Passation de la commande publique – Méconnaissance du principe d'impartialité

CE 28 février 2023, Société française de Télésurveillance, req. n° 467455

■ JURISPRUDENCE NATIONALE 10

Règles de publicité et de mise en concurrence – Communication d'informations relatives aux contrats de travail

Cass. com. 11 janvier 2023, n° 20-13.967

Contrat privé de la commande publique – Secret des affaires

Cass. com. 11 janvier 2023, n° 21-16.739

Personnes publiques – Mode d'acquisition d'une propriété immobilière – Prescription acquisitive

Cass. 3^e civ., 4 janvier 2023, n° 21-18.993

DOSSIER

13

Dématérialisation des marchés publics : quel bilan ?

| | |
|--|----|
| Dématérialisation de la commande publique : quelles obligations pour quels contrats ? | 14 |
| Bertille Mizser et Arnaud Latrèche | |
| Le point sur les données essentielles de la commande publique | 20 |
| Vincent Drain et Gustave Barthélémy | |
| Dysfonctionnements de la plateforme d'acheteur au moment de la remise d'une offre : qui est responsable ? | 24 |
| Johan Sanguinette | |
| Le DUME : état des lieux... | 29 |
| Anna Véran | |
| Traitement des plis électroniques : conseils et recommandations | 33 |
| Nicolas Lafay et Emilie Grzelczyk | |
| Candidatures et offres erronées, incomplètes dans le cadre de la dématérialisation | 38 |
| Evangéla Karamitrou, Marie Gouchon et Yasmine Chevreul | |
| Vers un peu de souplesse dans l'appréciation de l'offre hors délai | 43 |
| Xavier Mouriessé | |
| Dématérialisation et confidentialité | 47 |
| Sharmila Joseph | |
| Le régime juridique des signatures électroniques dans les marchés publics | 51 |
| Anne Cantero | |
| Dématérialisation et télétransmission des contrats de la commande publique | 57 |
| Régis Courroy | |
| L'archivage des pièces de la commande publique | 61 |
| Didier Girard | |

VIE DES CONTRATS

67

■ PASSATION

| | |
|---|----|
| Portée de l'exclusion de candidatures en cas d'accord entre les candidats en vue de fausser la concurrence | 68 |
|---|----|

Eve Derouesné et Anna Stefanini-Coste

Au sommaire du prochain numéro
Maîtrise d'ouvrage et AMO

Antony Parc 2
10, place du Général de Gaulle
BP 20156, 92186 Antony Cedex
Tél.: 01 79 06 73 42

RÉDACTION

Responsable éditorial : Richard Deau
Courriel : richard.deau@infopro-digital.com

Conception graphique : Catherine Lattuca

Maquette : STDI

Illustrations : Alain Bouteville

Ont collaboré à ce numéro* :

Anne Cantero, Yasmine Chevreul, Régis Courroy, Eve Derouesné, Vincent Drain, Gustave Barthélémy, Didier Girard, Marie Gouchon, Emilie Grzelczyk, Sharmila Joseph, Evangélie Karamitrou, Arnaud Latrèche, Nicolas Lafay, Bertille Mizser, Xavier Mouriesse, Johan Sanguinette, Anna Stefanini-Coste, Anna Véran

* Les opinions ou interprétations exprimées par les auteurs de cette revue n'engagent qu'eux-mêmes et non les organismes auxquels ils appartiennent.

DIRECTION

Éditeur : Claire de Gramont

Directeur éditorial : Thierry Kremer

Directeur commercial : Christophe Vitiello

Service commercial :

Maël Gombert (35 68)

Gestion des abonnements :

Nadia Clément (50 55)

Abonnements : Antony Parc 2

10, place du Général de Gaulle,
BP 20156, 92186 Antony Cedex

Tél.: 01 79 06 70 70

Internet : www.editionsdumoniteur.com

**1 numéro : 45 € (TTC) ; 11 n^{os} (1 an) :
390 € (TTC) ; 22 n^{os} (2 ans) : 619 € (TTC)**

Fabrication : Isabelle Fontaine

Gestion : Awa Faye

Contrats Publics – Actualité MoniteurJuris
est éditée par Groupe Moniteur

Président, Directeur de la publication :

Julien Elmaleh

Société éditrice : GROUPE MONITEUR

SAS au capital de 333 900 euros.

Siège social : Antony Parc 2

10, place du Général de Gaulle

La Croix de Berny

BP 20156, 92186 Antony Cedex

RCS NANTERRE 403 080 823

N° SIRET : 403.080.823.00228

N° TVA intracommunautaire FR 32 403 080 823

Principal associé : Infos Services Holding.

Imprimerie, brochage, routage

Imprimerie Maqprint

43 rue Ettore Bugatti

87280 Limoges

Commission paritaire : 0623T80648

ISSN 1760-2483

Mensuel. Dépôt légal à parution.

IMPRIMÉ EN FRANCE

Comité de rédaction

Claudie Boiteau

est professeur de droit public à l'université Paris-Dauphine et coordinatrice de la revue. Elle est l'auteur de l'ouvrage *Les conventions de délégation de service public**.

Mireille Berbari

est avocate à la Cour. Elle est l'auteur de nombreux ouvrages notamment *Les CCAG des marchés publics annotés et commentés**.

Nicolas Charrel

est avocat à la Cour. Il est l'auteur des commentaires du *Code des marchés publics**.

Guy Duguépéroux

est président de section à la Chambre régionale des comptes du Centre, professeur associé à la faculté de droit de Poitiers.

Jean-Pierre Jougelet

est conseiller d'État.

Michaël Karpenschif

est professeur à l'université Lyon III (Jean-Moulin).

Gilles Le Chatelier

est avocat associé.

Pierre Pintat

est avocat associé.

Catherine Ribot

est professeure de droit public à l'université Montpellier I.

Laurent Richer

est professeur de droit à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et avocat au barreau de Paris. Il est directeur scientifique de Délégation de service public*.

Patrick Sitbon

est conseiller référendaire à la Cour des comptes, secrétaire général de la Cour de discipline budgétaire et financière.

* Édité(s) par Les Éditions du Moniteur

La mention abrégée de la revue est Contrats publics-Le Moniteur.
La revue peut être citée comme suit : Auteur(s), « Titre de l'article », *Contrats publics-Le Moniteur*, n°, mois et année, page(s).

Contrats Publics – Actualité MoniteurJuris
est éditée par Groupe Moniteur

Président, Directeur de la publication :

Julien Elmaleh

Société éditrice : GROUPE MONITEUR

SAS au capital de 333 900 euros.

Siège social : Antony Parc 2

10, place du Général de Gaulle

La Croix de Berny

BP 20156, 92186 Antony Cedex

RCS NANTERRE 403 080 823

N° SIRET : 403.080.823.00228

N° TVA intracommunautaire FR 32 403 080 823

Principal associé : Infos Services Holding.

Imprimerie, brochage, routage

Imprimerie Maqprint

43 rue Ettore Bugatti

87280 Limoges

Commission paritaire : 0623T80648

ISSN 1760-2483

Mensuel. Dépôt légal à parution.

IMPRIMÉ EN FRANCE



Nous alertons nos lecteurs sur la menace que représente, pour l'avenir de l'écrit, le développement massif du « photocopillage ». Le Code de la propriété intellectuelle interdit expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est développée dans de nombreux cabinets, entreprises, administrations, organisations professionnelles et établissements d'enseignement, provoquant une baisse des achats de livres, de revues et de magazines. En tant qu'éditeur, nous vous mettons en garde pour que cessent de telles pratiques.

Origine du papier : Allemagne

Ce papier provient de forêts durablement gérées et ne contient pas de fibres recyclées.

Certification PEFC. Impact sur l'eau (P tot) : 0,02 kg/tonne

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, micro-filmage, scannérisation, numérisation...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'autorisation d'effectuer des reproductions par reprographie peut être obtenue auprès du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, tél. : 01 44 07 47 70, fax : 01 46 34 67 19.



Veille

Retrouvez l'intégralité de la veille sur **MONITEURJURIS**

Textes officiels nationaux



Énergies renouvelables – Contrat de vente directe d'électricité – Autoconsommation

■ Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023

À consulter sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

La loi EnR contient un certain nombre de dispositions concernant le droit de la commande publique.

Cette loi introduit un nouvel article L. 228-5 au sein du Code de l'environnement précisant que « La commande publique tient compte, lors de l'achat de dispositifs de production d'énergies renouvelables, de leur empreinte carbone et environnementale tout au long de leur processus de fabrication, de leur utilisation et de leur valorisation après leur fin de vie ».

De plus, cette loi met en place un cadre juridique propre aux contrats de vente directe entre producteurs et consommateurs finaux d'énergie. Ainsi, l'article L. 333-1 du Code de l'énergie est modifié pour préciser que les producteurs concluant un contrat de vente directe d'électricité (CPPA) à des consommateurs finals ou à des gestionnaires de réseaux pour leurs pertes doivent être titulaires d'une autorisation délivrée par l'autorité administrative à partir du 1^{er} juillet 2023.

Cette loi offre aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices la possibilité, dans les conditions prévues par le Code de la commande publique, de recourir à un CPPA pour répondre à leurs besoins en énergie.

Ainsi, pour l'électricité, le nouvel article L. 331-5 du Code de l'énergie prévoit que « Dans les conditions prévues par le Code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du même code peuvent recourir à un contrat de la commande publique pour répondre à leurs besoins en électricité produite à partir de sources renouvelables mentionnées à l'article L. 211-2 du Code de l'énergie :

1° Avec un tiers mentionné à l'article L. 315-1 pour la mise en œuvre d'une opération d'autoconsommation

individuelle mentionnée au même article L. 315-1. Ce contrat peut confier au titulaire l'installation, la gestion, l'entretien et la maintenance de l'installation de production pour autant qu'il demeure soumis aux instructions de l'autoproducteur ;

2° Dans le cadre d'une opération d'autoconsommation collective mentionnée à l'article L. 315-2 avec un ou plusieurs producteurs participant à cette opération ;

3° Dans le cadre d'un contrat de vente directe à long terme d'électricité mentionné au 2° du I de l'article L. 333-1.

La durée du contrat est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations nécessaires à leur exécution, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations. ».

Des dispositions similaires sont intégrées dans le Code de l'énergie s'agissant de l'acquisition de gaz renouvelable, dont le biogaz, ou gaz bas-carbone (Code de l'énergie, art. L. 441-6).

L'article 90 précise que lorsqu'une offre présentée dans le cadre de la passation par une entité adjudicatrice d'un marché de fournitures ou de travaux d'installations ou d'équipements de production ou de stockage d'énergies renouvelables, au sens de l'article L. 211-2 du Code de l'énergie, contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, cette offre peut être rejetée comme étant irrégulière, au sens de l'article L. 2152-2 du CCP, lorsque les produits originaires des pays tiers mentionnés au présent I représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits qu'elle contient, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Enfin, l'article 92 insère un nouvel alinéa à l'article L. 228-4 du Code de l'environnement ainsi rédigé : « Dans le domaine de l'industrie solaire, la commande publique impose aux acheteurs ayant la personnalité morale et aux entreprises de plus de 200 salariés, dont le siège social se situe sur le territoire national, de faire la publicité du lieu de fabrication des dispositifs de production d'énergie solaire achetés dès l'installation de ces derniers ».

Marchés publics – Concessions – Exclusions de la procédure de passation – Preuves

■ Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023

À consulter sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

L'article 15 de la loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 modifie plusieurs dispositions du Code de la commande publique pour mettre celui-ci en conformité avec les directives européennes sur les marchés publics et les concessions.

Les articles L. 2141-1, L. 2341-1 et L. 3123-1 sont complétés par un alinéa indiquant que l'exclusion de la procédure de passation des marchés de personnes ayant fait l'objet de condamnation « n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du même code ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 dudit code ou des articles 702-1 ou 703 du Code de procédure pénale. ».

En outre, dans le cadre des exclusions de plein droit, un nouvel article L. 2141-6-1 est ajouté et rédigé en ces termes : « La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 2141-1, L. 2141-4 et L. 2141-5 peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute.

Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché.

Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive. ». Des dispositions similaires sont prévues pour les contrats de concession (CCP, art. L. 3123-6-1) et les contrats de concession de défense ou de sécurité (CCP, art. L. 3123-12).

Enfin, dans le cadre des exclusions à l'appréciation de l'acheteur, l'article L. 2141-11 du CCP prévoit que « L'acheteur qui envisage d'exclure une personne en application de la présente section doit la mettre à même de fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

La personne établit notamment qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation des manquements précédemment énoncés, qu'elle a clarifié totalement les faits et les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée aux articles L. 2141-7 à L. 2141-10. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.

Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché. ». Des dispositions similaires sont prévues pour les contrats de concession (CCP, art. L. 3123-11).

Textes officiels nationaux

🏠 Décrets

Marché de partenariat – BEA – Marché public – Taxe foncière sur les propriétés bâties – Taxe d'aménagement

■ Décret n° 2023-165 du 7 mars 2023

À consulter sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

Le décret n° 2023-165 du 7 mars 2023 insère un nouvel article au sein du Code général des impôts concernant l'exonération de la taxe d'aménagement.

Le nouvel article 318 E du CGI prévoit notamment que « Pour l'application du 1° du I de l'article 1635 quater D du code général des impôts, sont exonérés de la taxe d'aménagement les constructions et aménagements suivants :

- 1° Les constructions édifiées par l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements et exonérées de la taxe foncière sur les propriétés bâties en application du 1° de l'article 1382 du code général des impôts ;
- 2° Les constructions, exonérées de la taxe foncière sur les propriétés bâties en application du 1° de l'article 1382 du code général des impôts, édifiées pour le compte de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs groupements, en vertu d'un marché de partenariat prévu à l'article L. 1112-1 du Code de la commande publique, d'un bail emphytéotique administratif prévu à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales ou à l'article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques, d'un marché public mentionné à l'article L. 111-3 du code pénitentiaire ou au 1° et au 2° de l'article L. 2171-4 du Code de la commande publique, ou d'une autorisation d'occupation du domaine public assortie de droits réels, qui sont incorporées au domaine de la personne publique conformément aux clauses du contrat, au plus tard à l'expiration de ce contrat (...) ».



Dossier

Retrouvez

les textes cités sur
MONITEURJURIS

DÉMATÉRIALISATION DES MARCHÉS PUBLICS : QUEL BILAN ?

Dans le cadre de la commande publique, la dématérialisation permet des processus plus sécurisés, plus rapides, plus simples ainsi qu'un gain financier. Cependant, de nombreuses questions demeurent : quelles sont précisément les obligations en la matière ainsi que les contrats concernés... ? En outre, la dématérialisation est une source de contentieux non négligeable : les différentes parties doivent faire preuve de vigilance face aux risques de dysfonctionnements des plateformes impactant le traitement des candidatures, offres, voire la télétransmission des contrats...

Dématérialisation de la commande publique : quelles obligations pour quels contrats ?

Au regard des dispositions du Code de la commande publique, la dématérialisation concerne principalement la phase de passation des marchés... (mise à disposition des documents de consultation, communication et échanges d'informations, signature électronique...). Ledit code fixe néanmoins des obligations de dématérialisation pendant la phase d'exécution des contrats, à l'instar d'autres textes.

Selon le dictionnaire Larousse, la dématérialisation vise à « transformer des supports d'information matériels en supports numériques ».

Initiée par le Code des marchés publics de 2001, puis généralisée par le Code de la commande publique depuis le 1^{er} octobre 2018, le droit de la commande publique aborde la dématérialisation tant en ce qui concerne les supports d'informations établis par les acheteurs et les opérateurs (documents, data) que les flux par lesquels ils se transmettent ces supports (moyens de communications).

En vertu de l'article L. 2132-2 du Code de la commande publique, « les communications et les échanges d'informations effectuées dans le cadre de la procédure de passation d'un marché sont réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire ». Axé essentiellement sur l'étape de passation des contrats, le Code de la commande publique n'oublie pas pour autant la phase de leur exécution. D'autres textes concernent également la numérisation de la commande publique. Les obligations de dématérialisation diffèrent toutefois selon la typologie des contrats.

Le processus de dématérialisation

Les profils d'acheteur sont les vecteurs centraux de la dématérialisation de la commande publique. Il s'agit de plateformes accessibles *via* des sites internet permettant aux acheteurs de respecter les obligations de dématérialisation imposées par le Code de la commande publique. Afin de pouvoir se prévaloir de la qualité de « profil d'acheteur », la plateforme que chaque acheteur choisit librement doit respecter des exigences et offrir des fonctionnalités minimales. Celles-ci sont définies par un arrêté du 22 mars 2019⁽¹⁾ constituant l'annexe 7 du Code de la commande publique.

(1) Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831551A).

Auteurs

Bertille Mizser

Étudiante en Master 2 Droit des contrats publics et de l'achat public de l'Université de Lorraine, en alternance à la direction « commande publique » du département de la Côte-d'Or

Arnaud Latrèche

Adjoint au directeur « commande publique » du département de la Côte-d'Or, vice-président de l'Association des acheteurs publics et consultant en marchés publics

Passation des contrats

Les obligations de dématérialisation posées par le Code de la commande publique concernent principalement la phase de passation des contrats.

● La mise à disposition des documents de consultation

Les documents de consultation sont définis par l'article R. 2132-1 du Code de la commande publique comme étant « l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir son besoin et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence [...] ». Ces documents sont constitués des pièces contractuelles du projet de marché, du règlement de consultation et de l'avis de marché. Ils sont mis à la disposition des opérateurs gratuitement^[2].

La mise à disposition des documents de consultation est effectuée sur le profil d'acheteur. Selon les dispositions de l'article susvisé, l'accès à ces documents *via* le profil d'acheteur est ouvert aux opérateurs dès la date de publication de l'avis d'appel public à la concurrence. Cet avis doit mentionner l'adresse du profil d'acheteur permettant de télécharger lesdits documents.

L'obligation de rendre accessibles les documents de consultation à compter de la publication de l'avis de marché soulève une difficulté d'interprétation s'agissant des procédures de passation restreintes^[3]. En effet, dans le cadre de ces procédures, seuls les opérateurs préalablement sélectionnés, consécutivement à la publication d'un avis d'appel public à candidatures, peuvent déposer une offre dans un second temps.

Sous l'empire du Code des marchés publics, l'accès aux documents de consultation sur le profil d'acheteur était lui-même restreint aux opérateurs présélectionnés et intervenait ainsi après la sélection de leur candidature^[4].

En revanche, l'obligation posée par l'article R. 2132-2 du Code de la commande publique ne semble admettre aucune exception pour les procédures restreintes. Toutefois, l'article R. 2144-9 du même code dispose que l'invitation des candidats admis à soumissionner mentionne « [...] 6° l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de consultation ont été mis à disposition des candidats. »

[2] Cette obligation de gratuité n'est pas sans poser de difficulté lorsque l'acheteur définit son besoin par référence à des normes d'application facultative dont l'accès est payant. Sont notamment visées les normes Afnor NF P03-001 et NF P03-002 définissant le cahier des clauses administratives générales applicable, respectivement, aux travaux de bâtiment et aux travaux de génie civil faisant l'objet de marchés privés (marchés passés pour les besoins des personnes privées soumises au Code de la commande publique).

[3] Appel d'offres restreint, procédure avec négociation, dialogue compétitif, procédure adaptée restreinte.

[4] CMP, art. 62 et 66 : « 1. Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés. Cette lettre de consultation comporte au moins : 1° Les documents de la consultation [...] ».

Cette formulation peut apparaître ambiguë. La notion de candidat vise tout à la fois, l'opérateur « qui demande à participer » à une procédure, que celui qui « est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique »^[5]. Dès lors, il est possible de considérer que la mise à disposition « des candidats » des documents de consultation sur le profil d'acheteur, à laquelle le 6° de l'article R. 2144-9 fait référence, est exigée dès le stade de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence (appel à candidatures), ou qu'elle n'est imposée qu'à compter de l'envoi de l'invitation à déposer une offre, c'est-à-dire après la sélection des candidatures. Si l'accès aux documents de consultation devait être regardé comme étant exigé dès le stade de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence^[6], on comprendrait alors difficilement pour quelle raison l'invitation à remettre une offre devrait comporter à nouveau l'adresse du profil d'acheteur pour obtenir les documents. Le doute est donc permis s'agissant des marchés relevant du seul droit national, même s'il paraît raisonnable d'interpréter ces dispositions du Code de la commande publique dans le sens d'une possible mise en ligne différée des documents de consultation dans le cadre des procédures restreintes.

Cette hésitation semble pouvoir être levée s'agissant des marchés relevant du droit communautaire. À l'instar du Code de la commande publique, le point 1 de l'article 53 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014^[7] exige que les documents du marché soient accessibles à compter de la date de publication de l'avis de marché, sans distinguer les procédures restreintes des procédures ouvertes. Toutefois, à la différence de l'article R. 2144-9 susvisé, l'annexe IX de la directive, qui définit le contenu de l'invitation à remettre une offre, ne comporte pas la mention de l'adresse du profil d'acheteur permettant aux candidats d'obtenir les documents de consultation. Ainsi, le droit communautaire paraît imposer que les documents de consultation soient accessibles dès la publication de l'avis de marché, y compris dans le cadre des procédures restreintes.

L'article R. 2132-3 du Code de la commande publique précise que lorsque l'appel à la concurrence résulte d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, les documents de consultation sont accessibles sur le profil d'acheteur à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Cette mise à disposition doit intervenir au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner lorsque l'appel à la concurrence procède d'un avis sur l'existence d'un système d'acquisition dynamique.

Précisons également que si le profil d'acheteur est censé permettre aux opérateurs de télécharger l'avis d'appel public à la concurrence (au même titre que les autres documents de consultation), il ressort des articles R. 2131-12 à R. 2131-15 du Code de la commande publique qu'il n'est pas pour autant un support sur lequel les acheteurs doivent obligatoirement publier leur avis de marché.

[5] CCP, art. L. 1220-2.

[6] Conformément à l'article R. 2132-2 du CCP.

[7] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

● Communications et échanges d'informations

Pendant la phase de passation du marché, en principe, l'ensemble des communications et échanges d'informations entre l'acheteur et les opérateurs candidats et/ou soumissionnaires interviennent par voie électronique^[8].

L'article R. 2132-7 définit le moyen de communication électronique comme « un équipement électronique de traitement [...] et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».

Les dispositifs utilisés à cette fin par l'acheteur doivent être non discriminatoires, communément disponibles et compatibles avec les produits et équipement informatiques et numériques standards. Ils doivent en outre garantir le respect d'exigences minimales définies par un arrêté du 22 mars 2019^[9] constituant l'annexe 8 du Code de la commande publique, notamment :

- la détermination de l'identité de l'acheteur et de l'opérateur économique ;
- la garantie de l'intégrité des données ;
- l'horodatage de la date de réception des candidatures et des offres ;
- la délivrance automatique d'un accusé de réception électronique comportant les mentions suivantes : identité de l'opérateur auteur du dépôt, nom de l'acheteur, intitulé et objet de la consultation concernée, date et heure de réception des documents, liste détaillée des documents transmis.

Par ailleurs, les moyens de communication électroniques auxquels l'acheteur recourt doivent garantir qu'il ne puisse pas prendre connaissance des candidatures et des offres (initiales et successives) avant l'expiration de la date et heure limites prévues pour leur réception^[10] : leur transmission par simple courriel est donc proscrite.

Au regard des fonctionnalités et exigences minimales que les profils d'acheteurs doivent offrir, une grande partie des communications et informations électroniques transite par cette plateforme : dépôt, réception et conservation des candidatures (y compris sous la forme d'un DUME électronique), des offres initiales et successives (notamment en cas de négociations), dépôt des questions des opérateurs à l'acheteur et des réponses qu'il leur apporte.

En sus de la transmission des documents selon les moyens de communications électroniques imposés par l'acheteur, les opérateurs peuvent lui adresser une copie de sauvegarde sur support papier ou support physique électronique. Depuis le 1^{er} janvier 2023, l'article R. 2132-11 du Code de la commande publique^[11] dispose que la copie de sauvegarde peut être transmise par voie électronique^[12].

[8] CCP, art. L. 2132-2 et R. 2132-7.

[9] Arrêté 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831552A).

[10] CCP, art. R. 2132-9.

[11] Modifié par l'article 1^{er} du décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 portant diverses modifications du Code de la commande publique.

[12] À l'heure où nous écrivons le présent article, le projet d'arrêté d'application de l'article R. 2132-11 qui a donné lieu à une consultation publique jusqu'au 17 février 2023 n'a pas été publié.

● Signature électronique

La transmission électronique des offres est une obligation pour un nombre important de contrats. Pour autant, à ce jour, il n'existe aucune obligation légale ou réglementaire de signature électronique de l'offre par les soumissionnaires ou l'attributaire du marché, ni davantage pour la cosignature du contrat par le représentant de l'acheteur. En vertu de l'article 1^{er} de l'arrêté du 22 mars 2019^[13], il ne s'agit que d'une faculté à laquelle l'acheteur décide de recourir librement. Les documents de consultation déterminent les exigences de celui-ci quant aux modalités de signature (à la remise des offres ou à l'attribution, signature manuscrite ou électronique).

● Contrôle de légalité dématérialisé pour les collectivités territoriales

Le Code de la commande publique n'est pas le seul texte définissant des obligations de dématérialisation propres à la commande publique.

Le Code général des collectivités territoriales impose à celles-ci de transmettre au représentant de l'État les pièces contractuelles et actes de la procédure de passation des marchés et accords-cadres dont le montant est égal ou supérieur au seuil des procédures formalisées applicable aux marchés publics de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs (215 000 € HT depuis le 1^{er} janvier 2022 et jusqu'au 31 décembre 2023)^[14], des marchés de partenariat et des contrats de concession^[15].

Cette transmission doit être effectuée par voie dématérialisée pour les communes de plus de 50 000 habitants, les départements, les régions, la collectivité territoriale de Corse et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre^[16].

Ce contrôle de légalité dématérialisé est mis en œuvre par le système d'information « @CTES » ainsi que l'un des dispositifs de transmission homologués par le ministère de l'Intérieur, choisi par les collectivités territoriales parmi les différentes solutions proposées sur le marché par différents éditeurs (dont certains exploitent également des profils d'acheteurs).

● Données essentielles des contrats conclus

Conformément aux articles R. 2196-1 et R. 3131-1 du Code de la commande publique et de l'arrêté du 22 mars 2019^[17], les données des marchés dont le montant

[13] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1830224A), relatif à la signature électronique des contrats de la commande publique.

[14] CGCT, art. D. 2131-5-1.

[15] CGCT, art. L. 2131-2-I (communes), L. 3131-2-I (départements), L. 4141-2-I (régions), L. 4423-1 (collectivité territoriale de Corse), L. 5211-3 (établissements publics de coopération intercommunale).

[16] CGCT, art. L. 2131-2-II (communes), L. 3131-2-II (départements), L. 4141-2-II (régions), L. 4323-1 (collectivité territoriale de Corse), L. 5211-3 (EPCI à fiscalité propre).

[17] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831542A), relatif aux données essentielles dans la commande publique.

Candidatures et offres erronées, incomplètes dans le cadre de la dématérialisation

L'examen des candidatures et des offres demeure une étape sensible, pendant laquelle il convient d'éviter les irrégularités, au risque que la procédure soit viciée, que des candidats soient écartés et que la concurrence soit restreinte. À l'ère de la dématérialisation, quels sont les points sur lesquels les acheteurs et candidats devront porter leur attention ?

Pendant une longue période, le formalisme concernant les candidatures et les offres en commande publique a été si exigeant qu'il pouvait donner l'impression aux opérationnels de se détacher du bon sens, en diminuant l'attractivité de la commande publique et en aboutissant à un formalisme excessif. Qu'il s'agisse de la réforme des textes ou de l'évolution de la jurisprudence, bien heureusement, ce formalisme s'est assoupli au fil du temps.

Néanmoins, les problématiques liées à la dématérialisation des procédures de passation des contrats de la commande publique peuvent complexifier l'analyse des candidatures et des offres.

Les acheteurs sont régulièrement confrontés à des questionnements liés à la signature électronique, à des problèmes de fonctionnement de la plateforme de dématérialisation ou encore à la transmission tardive de plis dématérialisés pour lesquelles l'examen de la jurisprudence démontre la difficulté d'établir une position constante, ce type de problématiques dépendant souvent des circonstances de l'espèce.

Les irrégularités liées au non-respect des obligations en matière de dématérialisation

Les éléments pouvant être réclamés par l'acheteur public au stade de la candidature ou de l'offre sont prévus par le Code de la commande publique et les documents de la consultation. En raison du caractère obligatoire des prescriptions du règlement de la consultation, l'omission d'un élément ou le non-respect de ces prescriptions entraîne, en principe, l'élimination de la candidature ou de l'offre⁽¹⁾.

(1) CE 23 novembre 2005, SARL Axialogic, req. n° 267494, *Rec. CE* ; *AJDA* 2006, p. 214.

Auteurs

Evangélie Karamitrou
Avocate associée

Marie Gouchon
Avocate pré-associée

Yasmine Chevreul
Juriste

En effet, l'article R. 2144-2 du Code de la commande publique prévoit que « l'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. ».

Pour les contrats de concession, l'article R. 3123-20 du Code de la commande publique dispose de manière quasi-similaire : « Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que manquent des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux dispositions des articles R. 3123-1 à R. 3123-8 et aux articles R. 3123-16 à R. 3123-19 peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition. ».

La régularisation des candidatures demeure une faculté pour l'acheteur public qui peut tout à fait décider de rejeter les candidatures incomplètes sans les régulariser au préalable. Le principe d'égalité de traitement des candidats doit toutefois être respecté (cf. nos développements ci-dessous).

S'agissant des offres déposées dans le cadre d'un marché public, l'article L. 2152-2 du Code de la commande publique énonce qu'« Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale » ; offre que l'acheteur public devra en principe écarter^[2].

Selon la décision du Conseil d'État *Collectivité territoriale de Corse*^[3], l'offre qui ne comporte pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de consultation a un caractère incomplet, et dès lors, est irrégulière. Ces éléments exigés peuvent porter sur le fond de l'offre, sur les modalités techniques de la prestation, ou sur la forme, renvoyant aux éléments devant être fournis, et dans quel format^[4]. Il ne s'agit pas uniquement de fournir la pièce, encore faut-il l'avoir correctement renseignée.

Le Conseil d'État a précisé en 2019, dans sa décision *Corsica Ferries*^[5], que le respect du format de la transmission de l'offre faisait partie de sa complétude. En l'espèce, il s'agissait de l'exigence de remettre une offre en un exemplaire papier et sous format électronique.

Depuis l'obligation, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018, de dématérialisation de tout marché public d'un montant

supérieur à 25 000 € HT (seuil relevé à 40 000 euros HT depuis le 1^{er} janvier 2020), les exigences liées au format de la candidature et de l'offre sont plus sensibles et de nombreux acheteurs ont pu s'interroger, notamment au moment de l'entrée en vigueur de cette nouvelle obligation, sur la possibilité d'accepter, ou non, une candidature ou une offre remise au format papier, en dépit de l'obligation de dématérialisation des plis.

En principe, désormais, pour tous les marchés publics d'un montant supérieur à 40 000 euros HT, la transmission d'un pli papier est proscrite et une candidature ou offre non dématérialisée doit normalement être rejetée.

La réglementation est toutefois relativement souple puisque l'article R. 2132-7 du Code de la commande publique autorise explicitement la régularisation d'une candidature remise au format papier. Bien que les textes ne prévoient pas explicitement la faculté de régulariser une offre remise au format papier, rien ne s'oppose à une telle régularisation, le « Guide très pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs »^[6] de la Direction des affaires juridiques de Bercy confirmant d'ailleurs cette possibilité.

En la matière, il convient toutefois de rappeler que la transmission d'une offre sur support électronique physique (tel qu'une clef USB ou un CD-ROM) ne constitue pas une offre dématérialisée et doit donc être rejetée, sauf à ce qu'une telle offre soit régularisée^[7].

Outre le format de l'offre remise, la régularité de l'offre peut être affectée en cas de non-respect des obligations applicables en matière de signature électronique.

Bien que les acheteurs publics ne soient plus tenus d'exiger, au stade de la mise en concurrence, la remise d'une offre signée, ils disposent toujours de la possibilité d'exiger la signature de certains documents, tels que la lettre de candidature ou l'acte d'engagement ; cette signature devant nécessairement être une signature électronique lorsque l'offre est remise sous format dématérialisé^[8].

La question de la signature électronique a fait l'objet de nombreuses décisions de justice, le juge administratif ayant eu l'occasion de préciser qu'une signature scannée n'a aucune valeur juridique^[9] ou, encore, que la signature d'un fichier « ZIP » ne peut remplacer la signature de l'un des documents contenus au sein de ce fichier « ZIP »^[10].

[6] https://www.economie.gouv.fr/files/2020-06/Guide_A_DEF28052020.pdf?v=1669202120.

[7] Direction des affaires juridiques de Bercy, « Guide très pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs », mai 2020, voir notamment la réponse à la question A60.

[8] CE 7 novembre 2014, Ministre des Finances et des comptes publics, req. n° 383587.

[9] TA Rennes 22 mai 2014, req. n° 1401979 ; TA Toulouse 9 mars 2011, Société MC2I, req. n° 1100792.

[10] TA Toulouse 9 mars 2011, Société MC2I, req. n° 1100792 ; TA Rennes 28 mars 2013, req. n° 1300821 ; CAA Bordeaux 31 mars 2011, M. Bernard A, req. n° 10BX01752.

[2] CCP, art. L. 2152-1.

[3] CE 20 septembre 2019, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 421075, *Rec. CE* ; *AJDA* 2019, p. 1837 ; *AJCT* 2020, p. 41, obs. S. Hul.

[4] T. Vaseux, « Guide du traitement des offres incomplètes dans les marchés publics », *AJCT* 2020, p. 421.

[5] CE 22 mai 2019, Sté. Corsica Ferries, req. n° 426763, *Rec. CE* ; *AJDA* 2019, p. 1137 ; *AJCT* 2019, p. 457, obs. O. Didriche.

L'archivage des pièces de la commande publique

Dans le cadre de la dématérialisation, la constitution d'archives ne se limite pas à la simple conservation de documents et pièces, mais impose de multiples opérations préparatoires afin de les rendre utiles et exploitables. Ces archives peuvent en effet avoir des effets concrets sur la réalisation d'actions administratives contemporaines.

Les contrats de la commande publique sont principalement écrits⁽¹⁾, mais peuvent être également oraux en deçà d'un seuil réglementaire⁽²⁾. En réalité, l'écrit s'impose généralement pour d'évidentes raisons de preuve et de contrôle des dépenses publiques ce qui répond, en sus, à une exigence constitutionnelle⁽³⁾. Cependant, au-delà de la préparation puis de la durée de vie d'un contrat public, la question de sa conservation sur le long terme n'est pas une donnée inconnue du droit public qui l'appréhende sous la forme d'un corpus normatif dédié à ce que l'on appelle le droit des archives. Mais, contrairement à ce que l'on pourrait penser au vu de cette appellation, ces archives ont un intérêt qui ne limite absolument pas aux seuls travaux d'historiens ou scientifiques, mais qui peuvent avoir des effets concrets sur la réalisation d'actions administratives contemporaines.

Si la numérisation et la dématérialisation de la commande publique peuvent inciter à procéder à un stockage exhaustif des données issues de cette activité, il convient de ne pas confondre les opérations d'archivage et celles de sauvegarde informatique. Les finalités ne sont pas les mêmes, les méthodes diffèrent et leur étendue variera suivant le stade de la commande publique en cause.

Il est donc primordial d'assurer la pérennité de cette fonction d'archivage d'une manière raisonnée et accessible. En effet, la constitution d'archives ne se limite pas à la simple conservation de documents et pièces, mais impose de multiples opérations préparatoires afin de les rendre utiles et exploitables. Ceci s'anticipe donc et s'organise de manière rationnelle. On précisera que la constitution d'archives peut parfaitement s'appliquer à

Auteur

Didier Girard

Docteur en droit public
Avocat au Barreau de Paris, Draï associés

(1) CCP, art. R. 2112-1.

(2) Actuellement fixé à 25 000 €.

(3) Article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

des opérations juridiquement imparfaites : procédures abandonnées, offres non retenues, contrats caducs, etc. Cela est logique, car l'objet même du marché peut avoir un intérêt historique ou culturel indépendamment de sa réalisation effective.

La première étape de l'archivage d'un contrat de la commande publique s'initie dès lors par la constitution de son dossier initial avant de rechercher une mise en œuvre pratique du droit des archives.

De la constitution d'un dossier de la commande publique à la notion d'archives

Finalité des archives

Si la loi du 3 janvier 1979⁽⁴⁾ constitue un texte fondamental par sa volonté unificatrice du régime des archives, l'existence d'une institution et d'un droit applicable aux archives est bien plus ancien⁽⁵⁾ et fait l'objet d'évolutions régulières dont celle opérée par la loi du 15 juillet 2008⁽⁶⁾.

La règle fondamentale est posée par la conservation raisonnée des contrats et des pièces connexes afin, d'abord, de permettre la bonne administration des services et leurs contrôles puis de constituer des fonds patrimoniaux. Les articles L. 211-1 et 2 du Code du patrimoine disposent en effet que : « Les archives sont l'ensemble des documents, y compris les données, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité. » et que « La conservation des archives est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche. »

La double finalité des archives est donc clairement consacrée par ces textes et elle implique une distinction temporelle suivant le degré d'avancement du dossier concerné. Elle dépasse, et de loin, la simple question des marchés publics, mais en réalité ces derniers sont fondamentaux pour les archives publiques au regard du rôle primordial que la commande publique tient dans la vie publique française tant sous l'angle économique que sous l'angle historique ; il s'agit là d'un élément capital de documentation y compris à long terme.

Cependant, des règles administratives distinctes du droit des archives imposent certaines obligations à l'égard des pièces de la commande publique⁽⁷⁾.

En premier lieu, il convient de rappeler que les contrats publics et les autres documents qui s'y rattachent sont des éléments indispensables de l'action administrative qui fondent des obligations juridiques et qui peuvent donc en justifier, tant en termes de réalisation que de justifications des flux financiers, mais qui peuvent également engager la responsabilité des parties.

En second lieu, ces pièces et éléments sont des documents administratifs susceptibles d'être communiqués à des tiers qui doivent donc être tenus « en bon état d'accès »⁽⁸⁾.

Différents types d'archives

Si le régime spécifique des archives, qui est d'ordre public⁽⁹⁾, vise avant tout à la protection de la mémoire des personnes publiques et son Histoire ; il permet également de protéger celles-ci de toute cession ou détention irrégulière d'archives⁽¹⁰⁾. Autrement dit, la vie d'un dossier administratif implique de déterminer les différents stades de la réalisation de l'opération contractuelle en question.

L'utilisation des pièces et documents durant la « phase de vie » d'un contrat – on évoque les notions de « durée d'utilité courante » (DUC) ou de « durée d'utilité administrative » (DUA) – répond à des logiques opérationnelles immédiates qui ne sont pas soumises aux mêmes exigences qu'une opération d'archivage de long terme. On parle alors d'archives courantes puis intermédiaires qui sont utilisées par le service chargé de la commande publique dans le premier cas et qui sont susceptibles de l'être dans le second cas.

L'archivage définitif est une opération qui est opérée, *a posteriori* par définition, et au sein de laquelle, suivant des règles préétablies ou logiques, ne seront conservées que certaines pièces à raison de leur contenu ou à raison de leur fonction.

La sauvegarde, essentiellement informatique, consiste à s'assurer suivant des critères prédéterminés la préservation de la faculté d'accès à des données à raison d'un risque de perte involontaire du fait de l'altération des éléments techniques de stockage. Elle n'a donc normalement pas vocation à être utilisée sauf incident de conservation ; les opérations de tri étant automatisées et le stockage d'un coût réduit, il peut être opéré suivant des critères techniques et non matériels ou juridiques. C'est ainsi que la pratique du versement de sauvegardes auprès des services d'archives ne saurait se substituer à des opérations de transmission classique qui peuvent être physiques ou dématérialisées.

On précisera que depuis la numérisation de certaines procédures et marchés publics, l'archivage peut

(4) Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

(5) L. Favier, *La mémoire de l'État*, Fayard, 2004, 465 p. ; H. Bastien, *Droit des archives*, Paris, La Documentation française, 1996, 192 p.

(6) Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives.

(7) Code des relations entre le public et l'administration, Code de la commande publique, Code des juridictions financières.

(8) CRPA, art. L. 311-1 et s.

(9) CE Ass., 13 avril 2018, Association du musée des lettres et manuscrits *et al.*, req. n° 410939.

(10) Code du patrimoine, art. L. 212-1.



Retrouvez
les textes cités sur
MONITEURJURIS

Vie des contrats

L'article 57 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 détaille les motifs d'exclusion d'un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché. Dans le cadre d'une question préjudicielle, la CJUE donne son interprétation d'un des paragraphes de cet article.

Portée de l'exclusion de candidatures en cas d'accord entre les candidats en vue de fausser la concurrence

Deux sociétés ayant répondu à un marché public peuvent-elles être exclues au motif qu'elles constituent une unité économique ? La CJUE va répondre à cette question en apportant des précisions sur les dispositions relatives aux motifs d'exclusion mentionnés à l'article 57 de la directive 2014/24/UE.

La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : la « CJUE ») a été conduite à se prononcer dans un arrêt du 15 septembre 2022, *Landkreis Aichach-Friedberg* (C-416/21) sur l'interprétation de l'article 18, paragraphe 1, et de l'article 57, paragraphe 4, alinéa premier de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics.

Aux termes de l'article 18, paragraphe 1 : « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination (...). Un marché ne peut être conçu (...) dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ».

Aux termes de l'article 57, paragraphe 4, d) : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants : d) le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ».

Dans l'espèce examinée, une entité adjudicatrice avait lancé une procédure de passation pour un marché portant sur des services de transports publics par autobus et une même personne physique avait déposé deux offres, l'une en son nom propre et l'autre en tant que gérant et unique associé d'une société à responsabilité limitée.

L'entité adjudicatrice avait rejeté ces deux offres au motif qu'elles avaient été établies par la même personne et qu'elles méconnaissaient en conséquence les règles de concurrence. En effet, selon l'entité adjudicatrice « permettre à deux soumissionnaires formant une unité économique de participer à la procédure de passation d'un marché est incompatible avec les intérêts des autres soumissionnaires et porte atteinte au principe d'égalité

Auteurs

Eve Derouesné
Anna Stefanini-Coste
Avocates à la Cour
klein • wenger

Références

CJUE 15 septembre 2022, *Landkreis Aichach-Friedberg*, aff. C-416/21