

LA DEMATERIALISATION, UNE REALITE D'AUJOURD'HUI

une série de guides par CertiNomis et A&G Project Management



LES MARCHES PUBLICS

TABLE DES MATIERES

Les Marchés Publics

PARTIE 1 La E-administration et les marchés publics	5
1.1 La E-administration, faire de l'administré un client	5
1.2 Un grand projet 'gagnant-gagnant'	5
1.3 Moins de papier, plus d'efficacité	6
1.4 Ne pas oublier de former les hommes	7
1.5 Toujours plus, toujours mieux	7
PARTIE 2 Les marchés publics	8
2.1 Les marchés publics, quelques rappels	8
2.2 Les marchés publics, une nouvelle philosophie.....	9
2.3 Les marchés publics en quelques chiffres	10
PARTIE 3 L'accès aux marchés publics pour les PME-PMI	12
PARTIE 4 La dématérialisation des marchés publics	14
4.1 L'environnement de la dématérialisation des marchés publics	14
4.2 Les outils de la confiance	15
4.3 Personnes Publiques, comment bien choisir un prestataire pour dématérialiser vos marchés publics ?	17
4.4 Quelques 'fausses bonne idées'	18
PARTIE 5 Soumissionnaires, tirez avantage de la dématérialisation des marchés publics.	22
5.1 Accéder plus facilement à toujours plus de marchés publics	22
5.2 Les avantages de la réponse électronique	23
5.3 Attention aux 'mauvaises' plate-formes	25
5.4 Espionnage et intelligence économique	28
PARTIE 6 L'archivage des données dématérialisées	31
6.1 L'archivage	31
6.2 L'archivage des données publiques.....	32
6.3 Conservation par les personnes publiques des documents relatifs aux marchés publics .	33
PARTIE 7 Annexes.....	36
7.1 Glossaire	36
7.2 Quelques extraits du Code des Marchés Publics	41
7.3 Petit mémo de la réglementation des marchés publics	44
7.4 La signature électronique, ce qu'en dit la loi.....	47
7.5 Liens utiles	49
7.6 Des mêmes auteurs	51
7.7 Présentation des auteurs	52

Photographie de couverture : A. Tudela pour CertiNomis / La Poste

DROITS D'AUTEURS ET PROPRIETE INTELLECTUELLE

Le présent document est une œuvre protégée par les dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, notamment par celles relatives à la propriété littéraire et artistique et aux droits d'auteur, ainsi que par toutes les conventions internationales applicables. Ces droits sont la propriété exclusive des co-auteurs (CertiNomis, A&G Project Management, et Gilles de Chezelles). La reproduction ou la représentation (y compris la publication et la diffusion), intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit (notamment électronique, mécanique, optique, photocopie, enregistrement informatique), non autorisées préalablement par écrit par tous les co-auteurs ou leurs ayants droit, sont strictement interdites.

Le Code de la Propriété Intellectuelle n'autorise, aux termes de l'article L.122-5, d'une part, que « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite* » (article L.122-4 du Code de la Propriété Intellectuelle).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait une contrefaçon sanctionnée notamment par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle.

INTRODUCTION

LES MARCHES PUBLICS

« La morale publique est le complément naturel de toutes les lois, elle est à elle seule tout un code. »
(Napoléon 1er)

Depuis maintenant plus d'un siècle et demi, le Code des Marchés Publics régit, en France, les achats publics. De réforme en évolution, à raison d'une nouvelle évolution tous les deux à trois ans en moyenne depuis près de 20 ans, le code des marchés publics français doit maintenant se mettre à l'heure de l'Europe et, de ce fait, devenir conforme au droit européen c'est-à-dire, principalement, aux Directives Européennes 2004/17 et 2004/18 du 31 mars 2004.

Face aux enjeux très importants qu'ils représentent, les marchés publics se devaient de faire parti du grand défi Français que représente le passage de l'administration à la E-administration.

Au cœur de cette grande réforme un des axes prioritaire a été d'utiliser les ressources d'Internet afin de faciliter l'accès des entreprises, et surtout les plus petites, aux marchés publics tout en permettant de rationaliser et d'améliorer les échanges entre les différents services, les administrations, les personnes publiques et les acteurs économiques.

La commande publique, en France, représente un marché de plusieurs dizaines de milliards d'euros chaque année, soit autour de 10 % du PIB national. C'est pourquoi, afin d'éviter des abus ou des irrégularités, les législateurs Français et Européens ont souhaité encadrer les achats publics en s'appuyant sur des règles claires, précises et reconnues par tous.

Internet apparaît ainsi comme un outil indispensable, tant pour les personnes publiques que pour les entreprises, car cela donne la possibilité, conformément à la réglementation des marchés publics, à un maximum d'acteurs économiques, sans contrainte de taille ou de situation géographique, de pouvoir accéder librement à la commande publique et de pouvoir y répondre dans un environnement stable qui respecte scrupuleusement l'égalité de traitement des candidats.

PARTIE 1 E-ADMINISTRATION ET MARCHES PUBLICS

1.1 LA E-ADMINISTRATION, FAIRE DE L'ADMINISTRE UN CLIENT

Le passage de l'administration à la E-administration est certainement l'un des plus grand défi que l'Etat et les collectivités locales et publiques n'aient eu à relever depuis bien longtemps. Cette grande réforme a pour objectif d'utiliser les ressources d'Internet afin de faciliter l'accès des citoyens et des entreprises à l'administration électronique tout en permettant de rationaliser et d'améliorer les échanges entre les différents services, les administrations, les personnes publiques et les administrés.

En France, un démarrage plutôt lent

Malgré son implication et son rôle historique dans l'émergence des réseaux informatiques, avec le lancement du Minitel en 1981, l'Etat français a difficilement pris le train de l'Internet à ses débuts. Ce n'est qu'en 1997 qu'il a mis en route le premier programme d'action gouvernemental pour la société de l'information. Depuis cette date, la France a en revanche largement rattrapé son retard par rapport à ses proches voisins européens.

L'objectif de ce programme était de doter tous les établissements scolaires du pays d'une connexion Internet, que les ministères créent leurs sites Internet, que des espaces publics numériques gratuits et libres d'accès se développent dans toutes les régions et, enfin, que soient mises en place des téléprocédures administratives pour simplifier la vie des citoyens.

C'est ainsi qu'Internet, grâce à sa démocratisation rapide et à ses nombreuses évolutions technologiques, a modifié notre appréhension de l'espace et du temps avec, pour conséquence, de profondes implications culturelles et politiques dont la E-administration est un bon exemple.

1.2 UN GRAND PROJET 'GAGNANT-GAGNANT'

Un grand projet « gagnant-gagnant »

Véritable chantier national, l'administration électronique vise aussi bien à améliorer les services rendus aux citoyens qu'à accroître l'efficacité même de l'administration, tout en contribuant, de façon notable, à la maîtrise des dépenses publiques. C'est un symbole de modernité et d'universalité qui apparaît autant comme une opportunité que comme une nécessité pour l'Etat et les collectivités, tous soucieux de renforcer l'attractivité de leurs zones d'influence territoriale.

L'Etat distingue quatre « piliers de la modernisation »¹ :

1. Adaptation des missions de l'Etat (un euro dépensé doit être un euro utile)
2. Simplification des relations avec l'utilisateur
3. Amélioration de la qualité de services
4. Optimisation de la gestion des administrations

L'usage des nouvelles technologies ne s'est pas limité pas à l'exécution électronique de processus administratifs existants, mais a permis de réaliser un grand plan de simplification les démarches administratives pour les rendre accessibles et compréhensibles par le plus grand nombre. Le

¹ Ces piliers sont listé sur le site Internet : www.modernisation.gouv.fr . Nous reprenons la liste ici, sans reformulation des termes employés.

déploiement des actions dans le cadre de l'administration électronique va donc de pair avec la réforme des processus administratifs et une meilleure organisation permettant aux citoyens d'échanger leur statut 'd'utilisateurs' en celui de 'clients' de l'administration.

La Direction Générale de la Modernisation de l'État (DGME), rattachée au Ministère du Budget, a été créée par décret le 30 décembre 2005 pour organiser et rationaliser les différents projets liés au chantier de la modernisation.

1.3 MOINS DE PAPIER, PLUS D'EFFICACITE

La gestion de la dématérialisation des documents, dans un pays où il existe des milliers de formulaires administratifs, est devenue une évidence aussi bien du point de vue des personnes publiques que de celui des citoyens. La dématérialisation des formulaires administratifs permet d'éliminer le traitement coûteux des documents imprimés tout en préservant l'intégrité des informations, et en proposant un niveau de sécurité renforcé.

Moins d'imprimés, plus de formulaires 'en ligne'

Afin de véritablement tirer parti de la E-administration, les administrations doivent remplacer les milliers de formulaires imprimés par des formulaires en ligne interactifs, facilement accessibles et pratiques à utiliser. Cette solution permet également de simplifier l'échange, la révision et l'approbation des documents.

En fournissant aux usagers un accès en libre-service, en y joignant des aides et explications associées claires et précises, les personnes publiques améliorent considérablement l'efficacité et la productivité de leurs services en contribuant à l'élimination de nombreux travaux de saisie ce qui, par conséquence, réduit d'autant les erreurs dans le traitement de l'information.

L'usage de formulaires dématérialisés renseignés directement en ligne par les citoyens permet également de simplifier et de fiabiliser le transfert de ces informations au sein de la même administration ou vers une autre personne publique en évitant, par exemple, de nouvelles saisies.

Des services et des guichets accessibles 24h/24

Les citoyens restent très attachés aux services publics, il faut donc leur apporter le plus possible de services facilement accessibles. Outre l'avantage de l'ouverture des guichets virtuels à toutes heures du jour ou de la nuit, en semaine comme en week-end, l'administration électronique assure une meilleure égalité de traitement du citoyen en cas de désaccord avec une administration. En effet, lors d'un litige, chaque citoyen a accès à tous les documents que l'administration peut lui opposer.

Alors que dans le monde physique le citoyen ne peut que constituer son dossier en espérant que celui-ci soit complet, cette opération est beaucoup plus aisée et bien plus fiable, tant pour l'administration que pour le citoyen, lorsque tous les documents sont en format électronique.

L'administration électronique n'est plus, aujourd'hui, un sujet technique réservé à quelques spécialistes, elle participe à une transformation d'une ampleur et d'une rapidité sans précédent de la société et de son administration..

1.4 NE PAS OUBLIER DE FORMER LES HOMMES

Les élus se trouvent maintenant devant la question fondamentale de l'accompagnement et de la formation des fonctionnaires qui, en raison du choc culturel important que représente cette mutation des processus de travail, ont besoin de comprendre cette évolution afin de pouvoir correctement et efficacement la maîtriser.

Mais souvent l'accompagnement de cette évolution n'est pas plus prévu que budgété. Il en résulte un fort découragement des équipes en place ce qui, finalement, pose de nouveaux problèmes.

Ainsi les collectivités et leurs responsables se retrouvent devant un triple challenge. Ils ont la nécessité de bien comprendre l'univers de la dématérialisation afin de pouvoir offrir une réponse cohérente, fiable et économique. De plus ils doivent trouver les outils leur permettant de résoudre les questions posées. Enfin il leur est nécessaire d'accompagner les hommes et les femmes qui, au quotidien, vont devoir accueillir et orienter les administrés.

Faute de mettre cet ensemble de moyens en place, on risque d'assister à un énorme gaspillage de l'argent public et à un rejet des différents projets de dématérialisation. La conséquence ? Une perte d'efficacité de traitement, soit l'inverse de l'objectif visé.

1.5 TOUJOURS PLUS, TOUJOURS MIEUX

L'E-administration ne se résume pas, aujourd'hui, au seul développement de l'outil Internet. Elle se traduit également par des services aussi différents que la carte Vitale, le cartable électronique, les bibliothèques numériques ou des systèmes d'information et d'alerte par SMS ou par courrier électronique. C'est ainsi que certaines mairies utilisent le courrier électronique pour informer leurs administrés de la réception d'un document, d'une absence de leur enfant à l'école ou toutes autres informations.

Les personnes publiques ont commencé à relever un nouveau défi : elles doivent simplifier leurs processus de gestion de l'information tant en interne qu'en externe. Avec l'évolution rapide des technologies, l'administration électronique a encore de beaux jours devant elle.

L'enjeu est la fois très simple et incroyablement impressionnant. En effet, aujourd'hui, nous sommes surpris de pouvoir réaliser une démarche administrative sans même avoir à nous déplacer pendant les horaires de bureau. De même nous pouvons trouver facilement des réponses précises et documentées à nos questions sur les sites Internet de certaines personnes publiques.

PARTIE 2 LES MARCHES PUBLICS

Depuis maintenant plus d'un siècle et demi, le Code des Marchés Publics régit, en France, les achats publics. De réforme en évolution, à raison d'une nouvelle version tous les deux à trois ans en moyenne depuis près de 20 ans, le code des marchés publics français s'est maintenant mis à l'heure de l'Europe en devenant conforme au droit européen c'est-à-dire, principalement, aux Directives Européennes 2004/17 et 2004/18 du 31 mars 2004.

2.1 LES MARCHES PUBLICS, QUELQUES RAPPELS

Lorsqu'une collectivité locale ou publique ou toute personne publique souhaite acheter des biens, des services ou faire réaliser des travaux, quel qu'en soit le montant, elle est tenue de passer un **APPEL D'OFFRES**.

La personne publique qui souhaite acheter des biens, des services ou faire réaliser des travaux est appelée **POUVOIR ADJUDICATEUR**.

Le Code des Marchés Publics au service du secteur public

Afin d'encadrer la façon dont les pouvoirs adjudicateurs vont traiter les différents types d'appels d'offres, le législateur a défini des seuils de publication des avis de publicité, basés sur le montant total hors taxe estimé du marché. Ces seuils sont régulièrement remis à jour.

Cette procédure, imposée par la réglementation (c'est-à-dire par le **CODE DES MARCHES PUBLICS**), a pour objectif, entre autres :

- de réglementer la publicité faite autour de l'annonce d'un futur marché
- de réglementer les informations à destination des entreprises,
- de donner un cadre et une forme aux offres,
- de mettre en oeuvre une véritable mise en concurrence des entreprises,
- de garantir que chaque candidature sera analysée selon les mêmes critères
- et de garantir que l'attribution du marché se fera selon des critères précis et dans la plus grande transparence.

L'entreprise qui se présente pour répondre à un appel d'offres est appelée **SOUSSIONNAIRE**, l'entreprise qui gagne l'appel d'offres est appelée **ATTRIBUTAIRE**. Les entreprises, d'une façon plus générale sont dénommées **ACTEURS ECONOMIQUES** ou **OPERATEURS ECONOMIQUES**.

Pourquoi une réglementation pour les marchés publics ?

La commande publique, en France, représente, depuis une dizaine d'années maintenant, un marché de plusieurs dizaines de milliards d'euros par an, soit plus de 10 % du PIB national sur cette période, C'est pourquoi, afin d'éviter des abus ou des irrégularités, le législateur a souhaité encadrer les achats publics en s'appuyant sur des règles claires, précises et connues de tous.

La réglementation des marchés publics a pour objet de permettre à tous les acteurs économiques, quels qu'ils soient et où qu'ils se trouvent en France ou en Europe, de pouvoir accéder librement à ces marchés, de pouvoir y répondre dans un environnement stable qui respecte scrupuleusement l'égalité

de traitement des candidats et, tout cela, dans le but du contrôle stricte et du meilleur usage des deniers publics.

2.2 LES MARCHES PUBLICS, UNE NOUVELLE PHILOSOPHIE

Issu de la Directive Européenne de 2004, le Code des Marchés Publics qui est applicable en France depuis septembre 2006 représente bien plus qu'une simple évolution par rapport aux versions antérieures.

Ce qui caractérise la philosophie générale de la Directive Européenne de 2004 portant sur les marchés publics, base en France du Code des Marchés Publics de 2006, ce sont les notions de traçabilité et de transparence.

Ainsi, tout au long de la procédure, chaque action comme chaque opération doit être traçable et doit se faire en toute transparence.

La traçabilité, une nouvelle notion à prendre en compte

En amont, la traçabilité est assurée par la publication d'un avis de publicité et d'un règlement de la consultation contenant toutes les informations nécessaires afin d'assurer l'accès et l'ouverture du marché au plus grand nombre d'acteurs économiques.

Toutes les dispositions du code 2006 visent à une plus grande clarté de la commande publique et à une véritable mise en concurrence des acteurs économiques. L'objectif est de permettre de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour cela il est nécessaire de :

- définir préalablement les besoins de l'acheteur public ;
- de respecter les obligations de publicité ;
- procéder à une véritable mise en concurrence.

Par ailleurs, il est expressément demandé aux pouvoirs adjudicateurs d'améliorer les conditions et délais de paiement.

De même, au long du déroulement de la procédure, à toutes les étapes, le pouvoir adjudicateur est également soumis à une obligation de traçabilité pour ce faire le pouvoir adjudicateur doit pouvoir, à tout moment, justifier de chacun de ses actes, de ses choix et/ou de ses décisions.

Pour cela il doit apporter une attention toute particulière :

- au contenu rédactionnel de son avis de publicité et de son règlement de la consultation ;
- à conserver les différents éléments pendant la passation permettant d'avoir une traçabilité complète du déroulement de la procédure d'appel d'offres. ;
- à la justification du choix de l'attributaire ;
- aux décisions justifiant le refus de sélection des différents soumissionnaires.

Ainsi le législateur, en supprimant la notion de qui était jusqu'à présent une référence obligatoire, amène les responsables des marchés au sein des acteurs économiques à être tenu de justifier la cohérence et la définition de leurs besoins

La mutualisation des besoins devant donc être prise en compte, il appartient alors à chaque pouvoir adjudicateur d'évaluer la valeur totale des fournitures et des services considérés comme homogènes sur l'ensemble de l'année.

Il devient donc impossible de commander régulièrement des prestations qui pourraient être considérées comme homogènes (appartenant à la même famille), sans avoir réalisé une consultation les regroupant toutes au départ.

Dans le même souci de traçabilité, après avoir désigné l'attributaire, le pouvoir adjudicateur est dans l'obligation non seulement de justifier du choix de l'attributaire, mais également de pouvoir communiquer, à chaque acteur économique dont l'offre n'a pas été retenue, les raisons et les motivations précises de la non sélection de sa candidature ou de son offre.

Toujours plus de transparence

Toujours dans un souci de traçabilité et de transparence, la non publication des avis d'attribution de marchés est maintenant considéré comme une volonté de dissimulation avec les conséquences juridiques qui peuvent en résulter.

Enfin, et cette mesure n'est pas des moindres, les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de publier, tous montants de commande confondus, la liste complète des marchés qu'ils auront attribués au cours de l'année précédente, accompagnée de plusieurs informations spécifiques à chacun de ces marchés. A terme, le recoupement de toutes ces informations devrait permettre d'avoir une vision précise des achats publics pays par pays, ainsi qu'au niveau de l'Europe entière.

Attention au morcellement des marchés

le souhait du législateur est, aujourd'hui, de favoriser l'accès des PME-PMI aux marchés publics. Pour cela le lotissement des marchés est largement favorisé alors que le morcellement des marchés est aujourd'hui fortement contrôlé et donc déconseillé.

Voici un exemple pour vous permettre de mieux comprendre la différence entre 'morcellement' et 'lotissement' :

Prenons le cas d'un terrain sur lequel on veut construire 10 maisons : Morceler le marché consisterait à passer autant de marchés qu'il y a de maisons (soit 10 marchés). A lotir le marché consisterait à définir, pour l'ensemble des maisons, les différents lots (soit autant de lots qu'il y a de corps de métier comme la maçonnerie, la charpente, l'électricité, la plomberie, ...).

Avec la nouvelle réglementation, tout morcellement d'un marché est par nature suspect (article 10 du Code des Marchés Publics). Quiconque, qu'ils soit acteur économique ou simplement électeur, a aujourd'hui la capacité de dénoncer un marché qui semble avoir été morcelé, quelle qu'en soit la raison.

2.3 LES MARCHES PUBLICS EN QUELQUES CHIFFRES

Pour bien comprendre le pourquoi et les enjeux de la réglementation des marchés publics, il faut avoir conscience que les commandes publiques représentent en Europe plus de 16% du PIB global, soit environ 1500 milliards d'euros.

Bien évidemment son importance varie de façon significative selon les Etats membres et se situe, pays par pays, entre 11% et 20% du PIB national.

En France la commande publique représente plus de 120 milliards d'euros par an soit, ces toutes dernières années, un peu plus de 12% du PIB et ce sont environ 60 000 organismes publics et personnes publiques qui, chaque année, passent plusieurs centaines de milliers d'appels d'offres.

Enfin , en France, plus d'un million d'entreprises soumissionnent chaque année à au moins un appel d'offres.

Pour résumer

L'harmonisation européenne de la législation sur les procédures des marchés publics va représenter une étape importante dans la vie de la commande publique.

Une nouvelle approche, une nouvelle philosophie, une forme d'autogestion et d'autocontrôle des pouvoirs adjudicateurs, de nouveaux types de marchés, l'ouverture aux PME-PMI, plus de transparence en amont et en aval, la prise en compte du 'développement durable', ..., bref, plus qu'une évolution, peut-être bien une révolution.

PARTIE 3 L'ACCES AUX MARCHES PUBLICS POUR LES PME-PMI

A l'occasion de la réforme de 2006 du code des marchés publics, le législateur a modifié certaines dispositions qui pouvaient conduire à certaines pratiques discriminatoires, défavorisant particulièrement les PME-PMI.

Ainsi, par exemple, les marchés devront être allotés chaque fois que cela est possible, ce qui permettra aux entreprises de toutes tailles de pouvoir accéder à un plus grand nombre de marchés.

Dans le même esprit l'utilisation des références a été mieux encadré. Alors que le niveau très haut et souvent injustifié des références demandés aux candidats servait aux pouvoirs adjudicateurs à éviter d'attribuer des marchés à des PME-PMI, le législateur a décidé de bien mieux l'encadrer afin qu'elles ne constituent plus un obstacle réhibitoire pour les PME-PMI et plus particulièrement pour les jeunes entreprises et les entreprises innovantes.

Favoriser l'accès des PME-PMI à la commande publique

Le souhait du législateur est, aujourd'hui, de favoriser l'accès des PME-PMI aux marchés publics. Pour cela le lotissement des marchés est maintenant largement favorisé au même titre que la nécessité d'une stricte corrélation des critères de capacité économique et financière avec la consistance et l'importance des marchés

De nombreux contrôles et recoupements vont être mis en place par les différentes autorités compétentes afin de tout mettre en œuvre pour éviter et débusquer les abus qui défavoriseraient les PME-PMI.

De même, les délais de paiement ont été fortement réduits et, surtout, les pénalités de retard de paiement vont devenir quasiment automatiques.

Des critères financiers plus réalistes

La corrélation stricte entre les critères de capacité économique et financière des acteurs économiques directement liée à l'importance du marché est maintenant exigée.

Cela permettra ainsi d'exclure les exigences disproportionnées qui conduisaient, de fait, à interdire aux PME-PMI de pouvoir concourir à des marchés auxquels elles pouvaient réellement économiquement prétendre.

Enfin, dans certains types de procédures et dans certains cas, il sera possible pour le pouvoir adjudicateur de préalablement prévoir un nombre minimal de PME-PMI parmi les candidats sélectionnés. Cette possibilité a été testée sur quelques marchés dans quelques régions et devrait être très prochainement étendue à toute la France.

Toujours pas de *Small Business Act* à l'européenne ...

Bien que les PME-PMI soient maintenant mieux traitées, en revanche il n'est toujours pas possible de réserver des 'quotas' aux PME-PMI comme cela existe aux Etats-Unis avec le «Small Business Act».

Le **Small Business Act** est une loi du Congrès des États-Unis votée le 30 juillet 1953, modifiée à de nombreuses reprises, et visant à favoriser les petites et moyennes entreprises dans le tissu économique du pays.

Entre autres dispositions, le *Small Business Act* réserve certains marchés publics aux PME :

- Ceux situés entre 2 500 et 100 000 dollars,
- Au-dessus de 100 000 dollars, quand il existe de très grandes chances qu'au moins deux PME formulent une offre intéressante,
- Si seules les grandes entreprises peuvent répondre à l'appel d'offres, les PME se voient attribuer une réservation partielle du marché,

Les appels d'offres d'une valeur de plus de 500 000 dollars remportés par une grande entreprise doivent comporter « un plan de sous-traitance » montrant la part à laquelle les PME ont droit.

Bien qu'un tel dispositif soit en effet contraire à la réglementation de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), les États-Unis ont pourtant pu et su y déroger depuis de très nombreuses années ...

PARTIE 4 LA DEMATERIALISATION DES MARCHES PUBLICS

L'ouverture d'un très grand nombre de marchés publics à tous les acteurs économiques européens a amené le législateur européen à rechercher des solutions simples et fiables afin de permettre à chaque entreprise européenne, quel que soit son pays et sa taille, de pouvoir accéder et répondre à un grand nombre d'appels d'offres de n'importe quel pays membre et cela dans le plus strict respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires.

C'est ainsi que l'usage d'Internet est apparu comme la solution idéale pour le législateur européen.

4.1 L'ENVIRONNEMENT DE LA DEMATERIALISATION DES MARCHES PUBLICS

C'est dans cet environnement que la France, dès le début des années 2000, s'est portée volontaire pour tester très tôt la partie 'dématérialisation' (ou électronique) de la nouvelle réglementation des marchés publics.

Il en résulte qu'en France, depuis le 1^{er} janvier 2005, les collectivités doivent avoir la capacité de recevoir les réponses par voie électronique aux appels d'offres d'une certaine taille.

Cette décision a eu pour conséquence la mise sur le marché de nombreuses solutions techniques de dématérialisation des marchés publics dont certaines sont pour le moins « exotiques ».

Etre responsable

Le fait d'utiliser Internet dans le cadre des marchés publics ne dispense ni la personne publique ni le soumissionnaire du strict respect des règles fixées par le Législateur et plus notamment le 2^e alinéa de l'article 1 du Code des Marchés Publics : « *quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

Cela revient à dire que, de l'avis de publication à l'ouverture des offres, en passant par la mise à disposition du DCE et au dépôt de l'offre par le soumissionnaire, l'entreprise qui utilisera Internet ne pourra bénéficier d'aucun avantage par rapport à celle qui choisira la solution papier traditionnelle. Dans le cas contraire l'appel d'offre pourra être contesté, voire annulé. Il ne faut jamais perdre de vue que c'est le pouvoir adjudicateur qui a en charge le strict respect de la réglementation pendant toute la durée de la procédure de l'appel d'offres.

L'usage d'Internet dans les procédures des marchés publics a ouvert la voie à beaucoup de 'fausses bonnes idées' qui mèneront inexorablement les collectivités qui les utilisent à se retrouver en face du Conseil d'Etat ...

Dématérialisation ne rime pas avec « n'importe quoi »

Pour une collectivité la pire des 'fausses bonnes idées' est de considérer que le meilleur des opérateurs est celui qui 's'occupe de tout' et 'sait tout faire'. En fait c'est bien le meilleur pour ... s'attirer des ennuis.

Ainsi pour assurer sa sécurité et celle des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur doit choisir une solution Internet adaptée à sa taille et qui intègre une véritable 'chaîne de confiance' composée de plusieurs acteurs totalement indépendants les uns des autres, empêchant de ce fait toute collusion entre eux.

Cette chaîne de confiance, dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics, se compose ainsi :

- Une Autorité de Certification (AC) pour les signatures électroniques;
- Des certificats électroniques délivrés par un tiers de confiance pour sceller les enveloppes ;
- Un certificat serveur permettant de contrôler les différents certificats électroniques ainsi que les signatures électroniques fournies par une autorité reconnue et indépendante;
- Un tiers archiveur ;
- Un tiers horodateur garantissant la date et l'heure (horloges atomiques, jetons d'horodatage, ...).

Une solution incluant l'hébergement et le contrôle des serveurs Internet par un tiers apporte encore plus de sécurité à la solution Internet retenue.

Les législateurs français et européens, en donnant un cadre juridique à la signature électronique, ont fait de cette solution technique très sûre la clé de voûte de la confiance sur Internet.

4.2 LES OUTILS DE LA CONFIANCE

La confiance ne se décrète pas et accorder sa confiance dans un monde virtuel ne peut se faire qu'avec le concours de solutions dont les environnements techniques et juridiques sont fiabilisés depuis longtemps.

Signer, une histoire vieille comme le monde

Dans le commerce, usuellement, un simple échange de poignées de main devait pouvoir suffire à conclure un marché. Cependant, les besoins de traçabilité et de preuve, liés à la volonté de responsabiliser les personnes ayant pris un engagement ont donné lieu à l'usage d'un document écrit signé comme preuve de l'accord conclu. En cas de contestation d'une des parties, il est aussi d'usage de disposer d'un tiers qui arbitre.

La signature s'est matérialisée soit sous la forme d'un sceau, élément personnel identifiable, ou d'une signature manuscrite. La signature manuscrite permet de déterminer :

- l'identité du signataire, c'est-à-dire plus exactement de lier un signe à une personne,
- et permet aussi de marquer l'expression de son consentement à un écrit (un acte).

Le fait de signer engage la responsabilité de la personne qui approuve l'acte.

Or, avec l'accroissement de la dématérialisation des échanges (les écrits sont d'abord rédigés sur ordinateur, envoyés par e-mail...) la nécessité de trouver un équivalent électronique à la signature manuscrite est devenue évidente. De nombreux textes de loi ont vu le jour pour donner un cadre juridique à la signature électronique.

La signature électronique, nécessité dans le cadre des marchés publics

Dans le contexte du travail sur documents dématérialisés, il fallait adapter le droit la preuve aux nouvelles technologies, et trouver l'équivalent à la signature manuscrite et à la notion d'intégrité du document pour le numérique. Cette démarche a été initiée par le parlement européen, puis transcrite et implémentée en droit français.

Ainsi, Née de la volonté politique européenne, la signature électronique a une existence légale dans toute l'Union Européenne et apporte à l'écrit dématérialisé la même valeur probante que l'écrit sur support papier².

Voici les 3 notions clés de la signature électronique :

- **Identification** : Le certificat permet de connaître l'identité de la personne émettrice, et la garantit
- **Intégrité** : Le certificat permet de garantir que le document signé n'a pas été modifié en avertissant le destinataire si son intégrité est compromise.
- **Non répudiation** : Le signataire d'un document ou d'un e-mail à l'aide d'un certificat électronique ne peut pas se dédire : il a donné son consentement à cet écrit.

Mais le législateur ne s'est pas arrêté là. En effet il a apporté des réponses et a précisé, dans le cadre des échanges dématérialisés, les règles de fonctionnement, techniques et juridiques, de la signature électronique. C'est ainsi qu'il a défini, autour de cette dernière, les grandes règles portant, par exemple, sur la dématérialisation des marchés publics, sur la facture électronique ou sur l'archivage des documents électroniques donnant ainsi à la signature un caractère universel.

C'est ainsi qu'avec sa signature électronique, une entreprise, comme un artisan ou une profession libérale aura la possibilité de répondre électroniquement aux appels d'offres tout en bénéficiant de la règle de preuve prévue par la législation en vigueur dans toute l'Europe.

La cryptologie ou comment sceller une enveloppe électronique

La cryptographie est une écriture secrète : "Cryptographie"(17ème siècle) est un mot construit à partir de deux termes grecs : cryptos signifie "caché", et par extension "secret"; "graphie" signifie "écriture". La cryptographie est donc une écriture secrète. Mais secrète pour qui ? Depuis l'antiquité, et à des fins stratégiques, il s'est avéré nécessaire que certains messages puissent être lus uniquement par leurs destinataires. Il fallait donc pouvoir cacher le sens des messages, grâce à un secret échangé seulement entre les bonnes personnes.

Pour pouvoir cacher à des lecteurs indésirables un texte, il faut une méthode précise. Chiffrer un texte intelligible le transforme en un ensemble de signes apparemment illisible. Le chiffre est alors la clé, la méthode qui permettent de faire ces opérations de chiffrement d'un côté, et de déchiffrement de l'autre. (ou chiffrement et déchiffrement, les deux versions existent). L'usage des termes "chiffrer", "chiffrement", "chiffre" dans ce sens est répertorié depuis quelques siècles.

² Le parlement Européen, dans sa Directive Européenne du 13/12/1999 (directive 1999/93/CE) reconnaît, sous certaines conditions, le caractère recevable de la signature électronique en justice, de la même manière qu'une signature manuscrite.

Puis, en droit français, la loi n° 2000-230 du 13/03/2000 relative à la signature électronique porte adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information. Elle étend la notion de preuve à tout écrit quelque soit sa forme (papier, électronique...) son support et son mode de transmission. Ceci est valable sous réserve que la personne dont l'écrit émane puisse être identifiée et que l'intégrité du document ne soit pas mise en doute. Cette loi prévoit aussi l'insertion de l'article 1316-4 du Code Civil.

Ainsi Jules César³ utilisait un chiffre qui lui permettait de conserver le secret de sa correspondance militaire, mais c'est un chiffre très simple. Il suffisait de substituer une lettre de l'alphabet par une autre, suivant un décalage convenu de l'alphabet (il utilise le D pour le A, le E pour le B, etc.). Comme la majorité de ses contemporains était illettrée, ce système suffisait largement ! peu à peu, les processus se sont compliqués au fur et à mesure de l'avancée des méthodes de décryptage.

En informatique, lorsqu'il faut rendre un échange confidentiel, on le chiffre à l'aide d'une "clé" que seul le destinataire peut déchiffrer. A partir de 1976, on développe une nouvelle méthode, la cryptographie à clés asymétriques qui, pour signer un message électronique, va utiliser une bi-clé contenant une clé publique et une clé privée. cette clé privée n'est jamais échangée (contrairement à d'autres méthodes), ce qui rend la solution technique fiable et éprouvée.

Confiance et environnement juridique

Un environnement juridique fort et une technologie basée sur un procédé cryptographique fiable et éprouvée vont permettre de satisfaire aux critères fondamentaux de la signature manuscrite, la signature électronique est donc la conjonction de ces deux éléments indissociables, une technologie standardisée et une législation unique en Europe.

4.3 PERSONNES PUBLIQUES, COMMENT BIEN CHOISIR UN PRESTATAIRE POUR DEMATERIALISER VOS MARCHES PUBLICS ?

Pour choisir une solution de dématérialisation des marchés publics pérenne et juridiquement fiable il faut vérifier que celle-ci :

- est conforme en tous points avec le code des marchés publics ;
- respecte l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ;
- se calque sur la procédure "papier".

Pour votre sécurité, et pour éviter que vous tombiez dans les pièges, les raccourcis et les 'fausses bonnes idées' que certains opérateurs osent présenter, il ne faut pas hésiter à confier à un expert le soin de faire une étude du véritable besoin interne de la collectivité afin de mettre en place une solution qui lui soit véritablement adaptée et qui protégera la collectivité contre elle-même.

Un environnement juridique fort est nécessaire

Dans le cadre des marchés publics, toute infraction, même minime, au code des marchés publics peut entraîner l'annulation pure et simple de l'appel d'offres avec les conséquences qui en résultent...

La première conséquence de l'annulation d'un marché est financière (doublement du budget prévu pour lancer l'appel d'offre et le dépouiller, éventuelles condamnations) ; la seconde, l'accroissement de délais de réalisation d'un projet. De plus, certains marchés sont liés à des financements extérieurs à

³ voir notamment Suétone (1er siècle après J-C), *Vies des douze Césars*, "C. J. César", LVI. "On possède enfin de César des lettres à Cicéron, et sa correspondance avec ses amis sur des affaires domestiques. Il y employait, pour les choses tout à fait secrètes, une espèce de chiffre [...] et qui consistait [...] à changer le rang des lettres, à écrire la quatrième pour la première, comme le d pour le a [...]"

date limite. Donc, l'annulation d'un marché peut avoir pour conséquence la perte de ces financements, entraînant par là l'annulation du projet pour lequel l'appel d'offres avait été lancé.

La solution technique retenue doit donc vous apporter une solution juridiquement fiable dans le temps grâce à des mises à jour législatives et jurisprudentielles en temps quasi réel.

De plus la plate-forme doit intégrer et faire partie d'une véritable chaîne de confiance comportant des acteurs, tiers de confiance, qui sont totalement indépendants et garantissant l'égalité de traitement, l'anonymat et la confidentialité des soumissionnaires

La solution ne doit pas perturber l'organisation en place

En tant que personne publique, vous devez pouvoir conserver votre organisation actuelle et l'offre doit s'incorporer intégralement dans votre organisation existante.

Ainsi par exemple, elle ne doit perturber en rien les personnes habituées à traiter, au sein du pouvoir adjudicateur, tout ou partie des appels d'offres et vous devez pouvoir conserver le mode de sécurité informatique que vous avez mis en œuvre au sein de la personne publique.

Par ailleurs, et afin d'éviter tout risque de contestation ultérieure, la solution ne doit en aucun cas :

- Mettre en œuvre et utiliser un quelconque format propriétaire ;
- Installer ou nécessiter une quelconque application spécifique sur les machines des pouvoirs adjudicateurs comme celles des soumissionnaires.

Un format propriétaire est un format dont les spécifications sont contrôlées par une entité privée. De ce fait en cas de disparition de l'entité en question, on peut être dans l'impossibilité de traiter les données dans ce format propriétaire.

La solution doit être réversible

la solution doit être réversible, c'est-à-dire que vous devez pouvoir, en cas de changement de prestataire, consulter et surtout pouvoir reprendre l'intégralité des informations concernant les différents marchés que vous avez passé sur la plate-forme.

Bien sûr, vous devez pouvoir lire chacune de ces informations ou de ces documents ce qui fait que l'une des conditions sine qua non de cette réversibilité est que la plate-forme n'utilise aucune solution technique générant des fichiers en format propriétaire.

4.4 QUELQUES 'FAUSSES BONNE IDEES'

L'usage d'Internet dans les procédures de marchés publics a ouvert la voie à beaucoup de 'fausses bonnes idées' qui exposeront inexorablement les personnes publiques qui les utilisent à mettre en grand péril tous les appels d'offres qui auront été passés à partir de cette plate-forme.

Les entreprises sont pré-enregistrés sur la plate-forme

Le fait de demander aux entreprises de se pré-enregistrer afin de pouvoir accéder aux appels d'offres revient à autoriser un tiers, appartenant souvent au secteur privé, à gérer l'accès aux marchés publics

d'un pouvoir adjudicateur. Cette solution est totalement contraire aux principes de base du code des marchés publics qui, dès l'article 1, met en avant l'accès totalement libre à la commande publique.

Cette pratique est bel et bien discriminatoire car, en matière de marchés publics, les quelques cas où l'identification des acteurs économiques est nécessaire sont parfaitement définis et, en tout état de cause, ne peut avoir lieu que directement en face à face virtuel ou physique, exclusivement avec le pouvoir adjudicateur.

La plate-forme va fournir les outils pour signer

Sous le faux prétexte de simplifier l'usage d'Internet, certains opérateurs de dématérialisation des marchés publics ont eu l'idée de fournir à la demande des certificats électroniques aux entreprises, voire parfois même aux pouvoirs adjudicateurs. Sans être des Autorités de Certification reconnues⁴, ils émettaient eux-même des certificats.

Ces certificats étant technologiquement très proches (voir identiques) des certificats de signature électronique, ainsi si l'on n'y prend pas garde, cette solution peut paraître conforme au décret du 30 avril 2002 qui indique que *'les candidatures et les offres transmises par voie électronique doivent être envoyées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat'* sauf qu'ils ont oublié de lire la suite ... *'selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du Code Civil'*. »

Or ces articles indiquent clairement qu'une signature électronique ne peut être délivrée que dans des conditions – notamment juridiques et administratives - très précises grâce à quoi elle permet d'identifier et d'engager de façon certaine le signataire sur Internet, au même titre qu'une signature manuscrite sur un support papier.

De même que vous ne feriez pas confiance à une pièce d'identité auto déclarative, de même tout certificat électronique délivré de façon « technique », mais sans vérifications poussées, par tout autre émetteur qu'une Autorité de Certification référencée a autant de valeur qu'un quelconque 'grigri' sur un document...

L'opérateur va fournir la colle pour sceller les enveloppes

Encore une 'fausse bonne idée', certains opérateurs de dématérialisation des marchés publics fournissent au soumissionnaires l'équivalent électronique de l'enveloppe et de la colle.

Mais alors comment être sûr que l'enveloppe a été fermée ? D'ailleurs cela vous viendrait-il à l'esprit de confier à La Poste des enveloppes ouvertes ?

De même, comment être sûr que l'un ou l'autre des documents confiés par les soumissionnaires ne seront pas consultés, détournés, voire modifiés par un concurrent ou un tiers. Cette malversation pouvant avoir lieu soit lors du transport sur Internet soit, plus simplement, chez l'opérateur.

C'est ainsi que toute solution de dématérialisation des marchés publics qui n'assure pas, avant tout envoi, le scellement sur la machine du soumissionnaire de chacune des enveloppes contenant les

⁴ voir notamment les Autorités de Certification référencées en France pour des téléprocédures et d'autres usages sur : <http://www.telecom.gouv.fr/rubriques-menu/entreprises-economie-numerique/certificats-references-pris-v1/categories-familles-certificats-references-pris-v-1-506.html>

différents documents constituant la candidature ou l'offre, fait prendre un véritable risque au soumissionnaire car un concurrent pourrait lire, voire modifier, sa candidature ou son offre.

En cas d'incident la responsabilité juridique de la personne publique serait alors directement engagée avec les conséquences désagréables qui en résulterait.

L'opérateur de dématérialisation va stocker les enveloppes jusqu'à la Commission

Le fait que l'opérateur de dématérialisation n'utilise pas les services d'un 'tiers archiveur' revient parfois à laisser traîner les enveloppes électroniques de réponse à l'appel d'offres n'importe où, y compris à l'extérieur des locaux de la collectivité, avec tous les risques qui en résulte.

Pour être un véritable tiers de confiance au sein de la chaîne de confiance, le tiers archiveur doit être indépendant de l'opérateur de dématérialisation ce qui est loin d'être toujours le cas.

Ainsi en utilisant une technologie appartenant à un tiers archiveur, tiers de confiance indépendant, les différentes enveloppes des soumissionnaires feront alors l'objet d'un stockage confidentiel et sécurisé dans un coffre-fort électronique et toutes ces enveloppes ne seront accessibles qu'au moment de la Commission d'appel d'offres.

L'opérateur assure l'horodatage

Si l'opérateur assure l'horodatage lors de la remise des enveloppes de candidature et d'offre, il est alors juge et partie. En effet c'est son système qui donne l'heure des dépôts et délivre les certificats correspondants, de ce fait, les informations d'horodatage sont totalement contestables ce qui peut 'ouvrir la porte' à une demande d'annulation de l'appel d'offres.

La date et l'heure internes d'un ordinateur individuel ou d'un serveur en suffisent pas : aisément modifiables, sans référence externes, elles n'ont aucune valeur.

Un Service d'Horodatage Electronique doit proposer les bénéfices suivants :

- - une garantie d'intégrité
- - une garantie d'antériorité
- - une garantie d'exactitude
- - une garantie d'opposabilité

lorsqu'un jeton d'horodatage est apposé à un document ou à des échanges électroniques.⁵

⁵ La Poste, dont le cachet fait foi depuis des centaines d'années dans les échanges, propose un service d'horodatage électronique.

Pour résumer

Pour une personne publique la pire des 'fausses bonnes idées' est de considérer que le meilleur des opérateurs est celui qui s'occupe de tout et sait tout faire. En fait c'est souvent le meilleur moyen pour s'attirer des ennuis.

Avant tout, il faut bien que chacun prenne conscience que lorsqu'un appel d'offres aura été annulé du fait d'un dysfonctionnement structurel d'une plate-forme de dématérialisation spécifique, comme cela est en train d'arriver, plusieurs dossiers étant actuellement dans les mains du comité consultatif interministériel de règlement amiable (Entité dont le rôle est précisé dans l'article 127 du code des marchés publics : 'Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret.

Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable ...).

En cas d'annulation d'un marché, chaque appel d'offres passé avec cette plate-forme, quel que soit le pouvoir adjudicateur utilisateur, pourra alors potentiellement faire l'objet d'un recours en annulation ...

Ainsi pour assurer sa sécurité et celle des soumissionnaires, la personne publique se doit de choisir une solution Internet adaptée à sa taille et qui intègre une véritable 'chaîne de confiance' composée de plusieurs acteurs totalement indépendants les uns des autres, empêchant de ce fait toute collusion entre eux.

Une solution incluant l'hébergement et le contrôle des serveurs Internet par un tiers apporte encore plus de sécurité à la solution Internet retenue.

Le respect de la réglementation nécessite que pour bien choisir une solution de dématérialisation des marchés publics pérenne et juridiquement fiable, il faut vérifier que celle-ci :

- est conforme en tous points avec le code des marchés publics ;
- respecte l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ;
- se calque sur la procédure "papier".

C'est pour cette raison qu'il ne faut pas hésiter à confier à un conseil extérieur, spécialiste de la dématérialisation et des NTIC, le soin de faire une étude du véritable besoin de la personne publique afin de mettre en place une solution qui lui soit véritablement adaptée. Par ailleurs cette expertise protégera le pouvoir adjudicateur en lui expliquant clairement les implications proposées par certaines solutions, lui évitant de tomber dans les pièges, les raccourcis et les 'fausses bonnes idées' que certains opérateurs osent présenter.

PARTIE 5 SOUMMISSIONNAIRES, TIREZ AVANTAGE DE LA DEMATERIALISATION DES MARCHES PUBLICS.

Le législateur, lorsqu'il a envisagé d'utiliser Internet dans le cadre de l'amélioration des services publics, puis lorsqu'il a établi les règles de la dématérialisation des marchés publics, avait pour objectif principal d'ouvrir l'accès à la commande publique à un maximum d'entreprises.

Aujourd'hui, après quelques années d'expérimentation, cela s'est révélé exact car, en moyenne, lorsque le DCE est accessible à partir d'Internet, deux fois plus d'entreprises le consulte et le nombre d'entreprises qui répondent à l'appel d'offres est quasiment inchangés sauf que les entreprises sont bien mieux ciblées. Enfin, grâce à tout ou partie de la dématérialisation des marchés publics, un certain nombre de nouvelles entreprises se sont lancées à la conquête des marchés publics.

5.1 ACCEDER PLUS FACILEMENT A TOUJOURS PLUS DE MARCHES PUBLICS

Les plates-formes de dématérialisation des marchés publics, sans pour autant se substituer aux **JAL** (Journaux d'Annonces légales), **BOAMP** (Bulletin Officiel d'Annonces des Marchés Publics, publication du Journal Officiel) et autres **JOUE** (Journal Officiel de L'Union Européenne), grâce à l'accès en ligne aux avis de publicité et aux possibilités de téléchargement des **DCE** (Documents de Consultation des entreprises), a permis à un nombre de plus en plus important d'entreprises d'accéder à la commande publique.

Avis de publicité et règlement de la consultation accessibles en ligne

Accessibles 24 heures sur 24, sept jours sur sept, les avis de publicités déposées sur Internet ont permis à un plus grand nombre d'entreprises de consulter aisément les différents appels d'offres qui, régionalement et professionnellement, pouvaient les intéresser.

Bien que ne se substituant pas aux différents journaux officiels de publication des avis de publicité (**JAL**, **BOAMP** et **JOUE**), la consultation en ligne des avis de publicité simplifie grandement la recherche et la sélection des appels d'offres.

Bien sûr, les plates-formes permettant d'accéder également directement au règlement de la consultation, lequel contient un grand nombre d'informations spécifiques à chaque marché, font encore gagner un temps précieux aux entreprises.

Les plates-formes les plus performantes et conviviales permettent même de faire des recherches à partir d'un ou de plusieurs mots se trouvant soit dans l'avis de publicité soit dans le règlement de la consultation. Bien sûr, comme avec les moteurs de recherche, le choix des mots est essentiel. Chacun peut comprendre que, par exemple, la recherche du mot 'peinture' dans le règlement de la consultation pour un peintre lui permet de trouver les différents lots de l'appel d'offres correspondants à son métier, lots rarement indiqués ou détaillés dans l'avis de publicité.

Télécharger les DCE (Documents de Consultation des Entreprises)

Autrefois générateur de très nombreux déplacements, source de coûts et de perte de temps, la récupération des DCE à partir d'Internet a rencontré un grand succès. Il faut d'ailleurs constater que, d'après les pouvoirs adjudicateurs offrant la possibilité de la télécharger, la demande globale de DCE pour chaque appel d'offres a fortement augmenté par rapport à la formule papier.

Or, parallèlement, il se trouve que le nombre de réponses, lui, n'a pas augmenté. Ce phénomène indique que les acteurs économiques, grâce à la dématérialisation des DCE, ont maintenant la possibilité de mieux sélectionner les appels d'offres auxquelles ils répondent.

Il est à noter que toutes les études et rapports publiées par la Commission des Marchés Publics du Ministère des Finances montrent que les pouvoirs adjudicateurs reconnaissent que la qualité et la pertinence des candidatures et des offres est devenue meilleure qu'à la période papier.

5.2 LES AVANTAGES DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA MISE ÉLECTRONIQUE

Répondre électroniquement à un marché public fait encore peur à de très nombreux acteurs économiques.

Cela est souvent dû à une méconnaissance des avantages et de la simplicité de la solution électronique, mais pas uniquement. Les reproches faits notamment aux plateformes de dématérialisation de marchés ne sont pas toujours infondés : multiplicité des procédures techniques et des outils de signature, peur du « bug » de dernière minute... Les acteurs techniques sont conscients de ces problèmes, et gageons qu'ils en tiennent de plus en plus compte.

D'un autre côté, la procédure papier n'était pas exempte de défauts, comme certains cas de « disparitions » d'enveloppes pas tout à fait expliquées. La traçabilité a toutes les possibilités techniques d'être meilleure dans les envois électroniques.

Nous allons essayer ici de vous présenter et vous expliquer en quoi utiliser Internet pour répondre à un appel d'offres est une solution à la fois simple, pratique, fiable et économique.

Soumissionner électroniquement

Lorsqu'il répond électroniquement, le soumissionnaire envoie alors de façon dématérialisée sa candidature et son offre qui seront disposés dans plusieurs enveloppes électroniques cachetées :

- l'enveloppe de candidature contient la lettre d'engagement avec les différentes informations administratives et juridiques ;
- l'enveloppe d'offre contient les différents documents constituant l'offre et la réponse à l'appel d'offres.

Ainsi le soumissionnaire glisse électroniquement dans chacune des enveloppes électroniques les différents fichiers qui composent sa réponse. Il scelle chacune des enveloppes avant de les déposer dans le coffre-fort électronique de séquestre. C'est ce coffre fort électronique qui va garantir l'anonymat du soumissionnaire ainsi que la protection et l'inviolabilité de sa candidature et de son offre. A chaque dépôt d'une enveloppe, le soumissionnaire reçoit un avis de dépôt qui lui sert également d'accusé de réception.

Il est à noter que certaines plate-formes vous permettent de pouvoir soumissionner 'à blanc'. Nous ne saurions que vous recommander d'utiliser cette possibilité tant pour vous convaincre de la simplicité de la chose que pour faire une « répétition générale » rassurante. .

Quelques conseils

« Les candidatures et les offres transmises par voie électronique doivent être envoyées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du code civil » (article 3 du décret n°2002-692). Pour cela les soumissionnaires doivent impérativement utiliser une signature électronique délivrée par une Autorité de Certification reconnue. Cela lui permettra de pouvoir être identifié et authentifié par le pouvoir adjudicateur lors de l'ouverture des offres.

« Dans les documents ou informations fournis à l'appui de leur candidature, qui pourront être également transmis par voie électronique, les candidats doivent désigner la personne habilitée à les représenter. Ils mettent en place des procédures permettant à la personne responsable du marché de s'assurer que les candidatures et les offres sont signées et transmises par la personne habilitée » (article 3 du décret n°2002-692). Ainsi, avant de transmettre son offre de façon dématérialisée, le soumissionnaire devra préalablement désigner, au sein de son entreprise, la personne habilitée qui sera le dépositaire authentifié et identifié de l'offre, sa signature électronique garantissant son identité.

Par ailleurs, en cas de candidatures groupées, le mandataire du groupement doit préalablement désigner, au sein de son entreprise, la personne habilitée qui sera le dépositaire authentifié et identifié de l'offre, sa signature électronique garantissant son identité.

D'une façon générale, pour plus de sécurité, nous recommandons aux soumissionnaires d'avoir, au sein de leurs entreprises, au moins deux titulaires de signature électronique afin de pouvoir aisément suppléer à toute défaillance de l'un des titulaires, comme en cas de maladie, de vacances ou pour toute raison inattendue.

« Tout document électronique envoyé par un candidat dans lequel un virus informatique est détecté par l'acheteur public peut faire l'objet par ce dernier d'un archivage de sécurité sans lecture dudit document. Ce document est dès lors réputé n'avoir jamais été reçu et le candidat en est informé » (article 10 du décret n°2002-692). Cela revient donc à ce que le soumissionnaire soit totalement responsable de son matériel informatique et, à ce titre, doit savoir assurer sa propre sécurité ainsi que celles de ses correspondants. Nous suggérons donc aux soumissionnaires d'être en possession d'une solution complète d'anti-virus mise à jour avant de soumissionner.

Dans le même sujet, fuyez les plates-formes qui permettent de contrôler que le contenu de l'une ou l'autre de vos enveloppes, même pour y rechercher des éventuels virus. Bien sûr la solution paraît très pratique mais elle n'est absolument pas conforme au Code des Marchés Publics car, cette solution technique revient à lire chaque document de chacune des enveloppes au détriment total de la confidentialité de l'offre du soumissionnaire.

Les garanties du soumissionnaire

« La transmission des candidatures et des offres doit pouvoir faire l'objet d'une date certaine de réception et d'un accusé de réception électronique » (article 3 du décret n°2002-692). Ainsi le soumissionnaire reçoit un avis de dépôt pour chacune des enveloppes qu'il aura déposé, cet avis de dépôt horodaté pouvant alors servir de preuve en cas de problème ou de litige.

L'accès aux réponses contenues dans coffre fort électronique n'est possible :

- qu'après la clôture de l'appel d'offre ;
- que par les seules personnes préalablement habilités ;
- qu'après que la personne habilitée ait présenté sa signature électronique.

Seul le Président de la Commission d'ouverture des appels d'offres, muni de sa signature électronique, peut ouvrir les différentes enveloppes électroniques de candidatures des soumissionnaires afin de :

- connaître le nom du soumissionnaire ;
- vérifier éventuellement que ce dernier est habilité à répondre ;
- contrôler la conformité de l'engagement ;
- vérifier la recevabilité administrative du soumissionnaire ;
- et toute autre vérification ou contrôle qui aura été indiqué dans les pièces de l'appel d'offres.

« Si une candidature n'est pas admise, l'offre correspondante est éliminée des fichiers de le pouvoir adjudicateur sans avoir été lue. Le candidat en est informé » (article 6 du décret n°2002-692). C'est ainsi que dans le cas où un soumissionnaire ne serait pas retenu à ce niveau, il fait l'objet d'un refus de candidature qui lui est notifié et son enveloppe électronique contenant sa réponse ne peut en aucun cas être techniquement ouverte.

Enfin, la commission d'appel d'offres ouvre les différentes enveloppes électroniques des soumissionnaires retenus, les compare et attribue le ou les marchés.

5.3 ATTENTION AUX 'MAUVAISES' PLATE-FORMES

L'usage d'Internet dans les procédures de marchés publics a ouvert la voie à beaucoup de 'fausses bonnes idées' qui ont été mises en oeuvre sur certaines plates-formes ouvrant ainsi le risque d'annulation de certains marchés publics attribués.

Nous allons vous donner ici quelques exemples afin que vous connaissiez les risques que vous prenez en utilisant certaines plates-formes 'exotiques'.

Il faut s'identifier pour accéder à la plate-forme

Certaines plates-formes de dématérialisation des marchés publics vous demandent de vous identifier pour pouvoir accéder aux avis de publicité.

Cette solution n'est pas acceptable car cela revient à restreindre l'accès à la commande publique ce qui, quelles que soient les fonctionnalités disponibles grâce à cette identification, est totalement contraire aux principes même du libre accès à l'avis de publicité comme au règlement de la consultation des marchés publics.

Les entreprises sont pré-enregistrés sur la plate-forme

Des plates-formes de dématérialisation des marchés publics vous proposent de vous enregistrer une fois pour toutes. Certes cela peut vous paraître plus pratique, toutefois, outre le fait que cela n'est pas conforme avec le code des marchés publics, sachez que vous prenez le risque de confier à un acteur extérieur, appartenant souvent au secteur privé, un certain nombre d'informations que même le pouvoir adjudicateur ne devrait pas pouvoir connaître.

En réalité, du point de vue du code des marchés publics, vous devez uniquement vous identifier pour télécharger tout ou partie du DCE. Et encore, faut-il le préciser, vous ne devez communiquer que votre nom, le nom de la société pour laquelle vous effectuez de téléchargements et une adresse mail. De plus, toujours selon la réglementation et dans un soucis de confidentialité, aucun contrôle ne doit être effectué pour vérifier les informations que les soumissionnaires ont saisies.

Il faut bien comprendre que cette réglementation a pour objectif de faire en sorte que seule la personne publique puisse connaître ces informations. En effet, dans le cadre de l'égalité de traitement des soumissionnaires, il ne peut être envisagé que l'une quelconque des entreprises intéressées par un marché ne puisse être au courant, par exemple, que son concurrent direct est venu télécharger un DCE.

Ainsi, si vous vous êtes préalablement enregistrés sur une plate-forme, rien n'empêche l'opérateur, ou toute personne travaillant pour lui, de connaître la liste des entreprises et ayant téléchargé le DCE de l'un ou l'autre des marchés en ligne et de communiquer, volontairement ou non, tout ou partie de cette information à un tiers qui peut être, par exemple, votre propre concurrent. A cet égard, vérifiez au moins les engagements de l'opérateur en matière de traitement des données personnelles. Tout fichier informatisé contenant des données personnelles doit faire l'objet d'une déclaration à la CNIL (Commission nationale Informatique et Libertés). Le traitement de ces données, la durée de conservation doit être précisé. Vérifiez pour cela les menus « mentions légales », « données personnelles » et autres « politique de confidentialité » des sites Internet que vous visitez.

La plate-forme va fournir les outils pour signer

Sous le faux prétexte de simplifier l'usage d'Internet, certains opérateurs de dématérialisation des marchés publics ont eu l'idée de fournir à la demande des certificats électroniques aux entreprises, voire parfois même aux pouvoirs adjudicateurs. Sans être des Autorités de Certification reconnues⁶, ils émettaient eux-même des certificats.

Ces certificats étant technologiquement très proches (voir identiques) des certificats de signature électronique, ainsi si l'on n'y prend pas garde, cette solution peut paraître conforme au décret du 30 avril 2002 qui indique que *'les candidatures et les offres transmises par voie électronique doivent être envoyées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat'* sauf qu'ils ont oublié de lire la suite ... *'selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du Code Civil'*. »

Or ces articles indiquent clairement qu'une signature électronique ne peut être délivrée que dans des conditions – notamment juridiques et administratives – très précises grâce à quoi elle permet d'identifier et d'engager de façon certaine le signataire sur Internet, au même titre qu'une signature manuscrite sur un support papier.

⁶ voir notamment les Autorités de Certification référencées en France pour des téléprocédures et d'autres usages sur : <http://www.telecom.gouv.fr/rubriques-menu/entreprises-economie-numerique/certificats-references-pris-v1/categories-familles-certificats-references-pris-v-1-506.html>

De même que vous ne feriez pas confiance à une pièce d'identité auto déclarative, de même tout certificat électronique délivré de façon « technique », mais sans vérifications poussées, par tout autre émetteur qu'une Autorité de Certification référencée a autant de valeur qu'un quelconque 'grigri' sur un document...

L'opérateur va fournir la colle pour sceller les enveloppes

Encore une 'fausse bonne idée', certains opérateurs de dématérialisation des marchés publics fournissent au soumissionnaires l'équivalent électronique de l'enveloppe et de la colle. Mais alors comment être sûr que l'enveloppe a été fermée et, d'ailleurs, cela vous viendrait-il à l'esprit de confier à La Poste des enveloppes ouvertes ?

C'est ainsi que toute solution de dématérialisation des marchés publics qui n'assure pas, avant tout envoi, le scellement des enveloppes sur la machine du soumissionnaire fait prendre un véritable risque à ce dernier car, assez facilement, un concurrent pourrait accéder, lire et voire même modifier son offre.

Dans le même esprit, comment être sûr que l'un ou l'autre des documents ne sera pas consulté, détourné, voire modifié par un concurrent ou un tiers., cette opération pouvant avoir lieu soit lors du transport sur Internet soit, plus simplement, chez l'opérateur.

L'opérateur de dématérialisation va stocker les enveloppes jusqu'à la Commission

Le fait que l'opérateur de dématérialisation n'utilise pas les services d'un tiers archiveur revient à laisser traîner les enveloppes de réponse à l'appel d'offres n'importe où, y compris à l'extérieur des locaux de la collectivité avec tous les risques qui en résulte. Confiance, vous avez dit confiance...

L'opérateur assure l'horodatage

Si l'opérateur assure l'horodatage lors de la remise des enveloppes de candidature et d'offre, il est alors juge et partie. En effet c'est son système qui donne l'heure des dépôts et délivre les certificats correspondants, de ce fait, les informations d'horodatage sont totalement contestables ce qui peut 'ouvrir la porte' à une demande d'annulation de l'appel d'offres.

La date et l'heure internes d'un ordinateur individuel ou d'un serveur en suffisent pas : aisément modifiables, sans référence externes, elles n'ont aucune valeur.

Un Service d'Horodatage Electronique doit proposer les bénéfices suivants :

- - une garantie d'intégrité
- - une garantie d'antériorité
- - une garantie d'exactitude
- - une garantie d'opposabilité

lorsqu'un jeton d'horodatage est apposé à un document ou à des échanges électroniques.⁷

⁷ La Poste, dont le cachet fait foi depuis des centaines d'années dans les échanges, propose un service d'horodatage électronique.

5.4 ESPIONNAGE ET INTELLIGENCE ECONOMIQUE

Grâce aux nouvelles technologies, comme l'informatique, internet, la téléphonie mobile, la vidéo-surveillance ou le géo-positionnement, il est devenu de plus en plus facile de tracer et donc d'espionner un concurrent.

L'intelligence économique à la portée de tous

L'intelligence économique est l'ensemble des moyens et des techniques mises en œuvre par une entreprise, ou par une personne publique, pour obtenir, par des moyens légaux, des informations tant sur ses concurrents et son environnement que sur ses propres informations et faiblesses.

Ce qui distingue l'intelligence économique de l'espionnage économique, c'est qu'elle utilise exclusivement des moyens légaux. Les informations recherchées sont celles dont ont besoin les différents responsables aux différents niveaux de décision de la structure. Cela leur permet afin de pouvoir analyser, élaborer et mettre en œuvre, de façon homogène et cohérente et en toute connaissance de cause, les moyens, les stratégies et les tactiques nécessaires pour atteindre les grands objectifs stratégiques définis par l'entreprise avec, pour but essentiel, l'amélioration de sa position et son positionnement dans son environnement concurrentiel.

Pour les entreprises, quels que soient leurs moyens financiers, la base d'un bon usage de l'intelligence économique est d'avoir une approche structurée autour de la connaissance de son métier et de son environnement. C'est entre autres pour cela que les grands groupes, bien qu'ayant des moyens financiers très importants, n'ont pas forcément de meilleurs résultats qu'une simple PME-PMI.

En effet, dans les moyennes et petites entreprises, les dirigeants et les cadres ont, en général, une très bonne connaissance de leurs métiers et de leurs environnements. De ce fait, en faisant juste appel à un peu de bon sens et à de la logique, ils peuvent trouver, parfois tout simplement en utilisant Internet, de nombreuses informations et, surtout, ils savent ne retenir que celles qui sont pertinentes. De même, du fait du faible nombre d'intervenants, la communication et les échanges internes sont aisés et les temps de réaction très courts.

Moralité et légalité

Comme nous venons de le voir l'intelligence économique utilise des moyens légaux pour accéder à l'information, mieux la gérer et la protéger. La limite avec l'espionnage économique est parfois difficile à cerner et que dire si l'on prend en compte la notion de moralité ...

Ainsi, par exemple, écouter dans un avion les conversations de ses concurrents n'est en rien illégal, mais il est totalement immoral de choisir volontairement de prendre cet avion pour surprendre leurs échanges, bien que cela reste légal ... A ce sujet, que vous soyez dans un train, dans un avion, au restaurant, ou tout autre lieu public, n'oubliez jamais qu'il n'y a pas que les murs qui ont des oreilles ...

A ce propos, je ne peux m'empêcher de vous raconter une anecdote portant sur les marchés publics. Il y a quelques années, le dirigeant d'un grand groupe du bâtiment invita sa femme au restaurant sans faire attention à quoi que ce soit. Il faut dire que l'on est dans un grand restaurant et donc entouré de 'gens biens'...Il lui parle, pour entretenir la conversation, de sa stratégie pour gagner un important marché auquel sa société participe.

Par manque total de chance, juste derrière lui, se trouve son concurrent direct qui, dès le lendemain, convoque ses équipes. Celles-ci, en fonction des informations qu'il a entendues, font un chiffrage estimatif de l'offre concurrente et, surtout, mettent en œuvre une stratégie offensive pour contrer le concurrent.

Sécurité, confidentialité et authentification

Qu'il soit industriel, d'Etat ou le fait de particuliers, l'espionnage informatique existe au quotidien. Il consiste à se servir des failles de sécurité d'une infrastructure informatique, d'un logiciel, d'une application ou, plus simplement, des hommes afin de pénétrer dans un système informatique, que ce soit un réseau ou plus simplement un ordinateur.

L'étendue de ce phénomène est difficile à évaluer, car aussi bien les victimes que leurs assaillants se gardent bien d'en parler. Par ailleurs les pertes sont impossibles à évaluer, entre autres parce que, très souvent, celles-ci ne sont même pas décelées par les victimes elles même. Cela n'empêche pas que les coûts directs et indirects de ces attaques sont considérables et peuvent avoir des conséquences très fâcheuses. C'est ainsi que les professionnels peuvent perdre des marchés, être victimes de ruptures de contrat ou de vols de secrets de fabrication sans même savoir pourquoi ou comment ...

Certes l'espionnage et le piratage informatique sont aussi vieux que l'informatique, mais internet a changé la donne. Aujourd'hui on s'en prend aux comptes en banque, aux cartes bancaires, aux disques durs, aux mots de passe, ...

C'est pour réduire au maximum ce risque que le législateur a imposé la signature électronique dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics.

Savoir investir quelques euros pour garantir sa sécurité ...

Muni d'une signature électronique délivrée par une autorité de certification, chacun va pouvoir signer et envoyer, d'un simple clic, de nombreux documents et ainsi :

- gagner du temps (impression des documents, mise sous pli, ...);
- réduire vos coûts d'expédition (papier, enveloppe, temps pour aller à La Poste, ...);
- bénéficier d'un meilleur acheminement (grèves, week-end, ...).

Plus vite, avec moins de manipulations de papiers et donc moins de risques d'erreurs, la signature électronique ouvre la voie sécurisée des échanges dématérialisés.

Outre les marchés publics, les usages de la signature électronique sont multiples, ainsi par exemple dans le cadre du projet E-Administration différents ministères ont mis en place des téléprocédures basées sur l'utilisation de la signature électronique. Le ministère des Finances était le premier à mettre en œuvre la procédure de télédéclaration de la TVA, le ministère de l'intérieur a mis en place la procédure de Téléc@rtegrise (puis le nouveau Système d'Immatriculation des Véhicules, SIV, au 1^{er} trimestre 2009) destinée aux professionnels de l'automobile et du deux roues, l'URSSAF a également mis en place un portail télédéclaratif et de nombreux autres usages sont déjà opérationnels et accessibles.

Dans le cadre des marchés publics, n'oubliez surtout pas que, pour répondre à chaque appel d'offres, vous dépensez souvent, de façon directe ou indirecte, plusieurs milliers d'euros et, donc, que ce ne sont

pas la petite centaine d'euros annuels d'une signature électronique qui doivent être un obstacle au fait de répondre de façon dématérialisée.

PARTIE 6 L'ARCHIVAGE DES DONNEES DEMATERIALEES

Le problème de l'archivage des données électroniques, dans le cadre des marchés publics, est un véritable sujet qu'il est indispensable de traiter.

Avec le développement de l'administration électronique, les personnes publiques seront de plus en plus confrontées aux besoins d'archiver des documents créés sous forme électronique et qui seront alors des originaux électroniques.

Pour ce faire elles devront mettre en place un système d'archivage fiable et sécurisé.

6.1 L'ARCHIVAGE

La problématique de l'archivage électronique ne doit pas se confondre avec la notion de sauvegarde et, pour être efficace, cet archivage doit être pris en compte très en amont dans la chaîne de traitement de l'information numérique en prenant en compte l'ensemble du cycle de vie des données, des informations et des documents de chaque marché.

Politique d'archivage

l'archivage électronique ne doit pas être confondu avec la sauvegarde des données numériques, et les personnes publiques doivent mettre en place et suivre une vraie politique d'archivage⁸].

En effet l'archivage consiste à mettre en place des actions, des outils et des méthodes pour conserver à moyen et long terme des informations sélectionnées dans le but de pouvoir éventuellement les exploiter ultérieurement. Ces données doivent être non seulement structurées, indexées et conservées sur des supports et dans des formats appropriés à la conservation et à la migration, mais il faut, en même temps, prévoir aussi bien leur restitution que leur accessibilité.

La conservation des données électroniques

Sans être très compliqué, l'archivage électronique nécessite de prendre en compte des aspects d'ordre juridique, organisationnel, ..., comme :

- la traçabilité, l'intégrité, la sécurité et la pérennité des données ;
- les exigences légales de conservation et de communication ;
- l'obsolescence technologique récurrente ;
- les possibilité d'accès aux archives ;
- la réversibilité.

Avec la dématérialisation des marchés publics la question de la conservation électronique des documents numériques, des modalités de stockage et du cadre juridique de ces données dématérialisées se pose maintenant car il est nécessaire de s'assurer qu'en cas de besoin ou de litige ultérieur, les documents conservés en format électronique constitueront bien une preuve valable et recevable en justice au même titre que des documents papiers. Cette garantie, dans le temps, de la

⁸ La Direction des Archives de France, pour les données électroniques, applique les normes de MoReq2 - Model requirements for Electronic Records Management-

préservation du statut juridique des documents numériques constitue ainsi l'enjeu majeur de l'archivage des données électroniques.

L'archivage dit « à valeur légale »

Le terme d'« archivage légal » est assez couramment utilisé pour désigner l'archivage de documents électronique à des fins juridiques. Cependant, il n'existe pas actuellement de cadre légal précis définissant les conditions dans lesquelles des archives électroniques doivent être conservées pour être présumées fiables. Cette expression est donc un abus de langage, dans la mesure où il n'existe pas de loi dessus. Cependant, elle est entrée dans les mœurs.

La loi comporte cependant un certain nombre d'informations qui permettent d'archiver des éléments électroniques dans les meilleures conditions possibles. Les paramètres à prendre en compte, lors de la mise en place d'une solution d'archivage de documents électronique, sont liés à des aspects juridiques, techniques, organisationnels et fonctionnels.

Il existe des réglementations sur la forme que doivent prendre certains documents juridiques, notamment les factures avant même de penser à leur archivage. De plus, il faut penser à la sécurisation de l'accès aux documents archivés : qui y a accès, comment, les documents sont-ils suffisamment protégés pour être non modifiables ? Que se passe-t-il en cas de sauvegarde, de changement de technologie ? Les documents sont-ils bien classés (on parlera d'indexation en informatique) et retrouvables aisément ?

Pour pouvoir s'assurer de la valeur en tant qu'élément de preuve d'un document, il faut pouvoir vérifier des éléments suivants : identification/authentification de l'origine de l'archive, intégrité des archives ; d'intelligibilité / lisibilité des archives ; durée et pérennité de l'archive ; traçabilité des différentes opérations (notamment versement, consultation, migration, élimination) ; la disponibilité et de l'accessibilité des archives.

6.2 L'ARCHIVAGE DES DONNEES PUBLIQUES

Le projet de loi relatif aux archives électroniques a été adopté en première lecture au Sénat le 8 janvier 2008. Ce texte prévoit, entre autres, la possibilité d'externaliser, par voie contractuelle, l'archivage des archives publiques courantes et intermédiaires selon des modalités particulières qui devraient être fixées par le nouvel article L. 212-4 II du Code du Patrimoine ainsi que par un décret en conseil d'État.

Habituellement on distingue trois types d'archives publiques :

- les archives courantes sont constituées de documents utilisés pour le traitement quotidien des affaires et dont la conservation est assurée par le service d'origine ;
- les archives intermédiaires sont constituées des documents n'étant plus l'usage courant mais qui doivent néanmoins être conservés temporairement à proximité des services d'origine pour des besoins administratifs ou juridiques ;
- les archives définitives sont constituées de documents qui seront conservés infiniment pour différents besoins comme, par exemple, pour la gestion, la justice, les droits des personnes, la documentation historique, ...Les archives définitives, également appelées archives historiques, sont constitués après tri et élimination des archives intermédiaires.

Pour être considéré comme sécurisé, le système d'archivage doit garantir l'intégrité, l'intelligibilité, la durabilité et l'accessibilité du document archivé ainsi que la restitution à tout instant du document conforme à l'original.

L'expression d'« archivage légal » telle qu'utilisée aujourd'hui désigne une solution garantissant la conservation sécurisée des documents électroniques, assortie de la garantie de pouvoir restituer, à tout moment, un exemplaire d'un document archivé parfaitement identique à l'original et ayant donc la même valeur juridique.

Elle s'applique indifféremment aux documents numérisés ainsi qu'aux documents conçus sur support électronique et son application est déjà obligatoire, par exemple, dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics.

6.3 CONSERVATION PAR LES PERSONNES PUBLIQUES DES DOCUMENTS RELATIFS AUX MARCHÉS PUBLICS

Les personnes publiques, dans le cadre des marchés publics, sont soumises à de nombreuses contraintes de conservation des différents documents. Ainsi, afin d'éviter l'absence de pièces ou de documents qui pourraient être utiles dans le cadre d'un contrôle administratif, d'un litige ou d'un contentieux juridictionnel, il faut prévoir au minimum une durée de conservation de dix ans et cela à compter de l'admission ou des réception des prestations objet du marché.

Bien sûr la durée de conservation doit être bien plus importante pour les contrats de type concession ou délégation de service public, construction d'un bâtiment, ...

Enfin, les données et documents électroniques de tous les marchés publics sont soumis aux mêmes règles de conservation que les documents 'papier'.

Cas particuliers de conservation

Les marchés de travaux

Les documents doivent être conservés au moins trente ans (idéalement 31 ans) à partir de la date de réception définitive des travaux afin de pouvoir faire éventuellement jouer la responsabilité de l'un ou l'autre des différents intervenants (entreprise, architecte, organisme de contrôle, ...).

La concession de brevet

Un brevet étant valide 20 ans à partir de sa date de demande de publication, en conséquence la conservation des documents du marché de concession de brevet doit être conservé au moins jusqu'à sa date de fin de validité.

Les droits d'auteur

Applicable aux logiciels, aux écrits... , les marchés dans lesquels il y a des notions de 'droits d'auteur' nécessite une conservation très longue, très souvent de plusieurs dizaines d'années.

En effet, la propriété d'une œuvre de l'esprit s'étant soixante dix ans après la mort de son auteur ce qui nécessite en général une conservation sur une durée d'au moins soixante dix ans, voire beaucoup plus.

Les pièces et ouvrages ayant un caractère historique

Bien que rares, les éléments ayant un caractère historique nécessitent d'être conservés indéfiniment.

Traitement particulier de certaines pièces des marchés

Les candidatures et les offres non retenues

La loi autorise à ne conserver les candidatures et les offres non retenues que durant cinq ans à compter de la notification du marché à l'attributaire.

Les offres des candidatures non retenues

N'ayant pas été ouvertes, elle sont renvoyées fermées aux entreprises dans le cas d'une réponse papier. Dans le cas d'une réponse électronique, elles peuvent être tout simplement détruites.

Les documents électroniques des soumissionnaires contenant un virus

Bien que, conformément à la loi, ces documents sont considérés comme n'ayant jamais été reçus', il est préférable de les conserver au moins cinq ans afin de pouvoir, éventuellement, amener la preuve de la présence d'un virus.

Un règle générale à garder en mémoire

N'oubliez jamais qu'avec la réglementation actuelle basée sur le principe de précaution, en cas de doute choisissez toujours de conservez les documents.

De même, gardez la traçabilité complète des décisions et des choix qui ont été pris lors de chacune des phases d'un marché public.

Pour résumer

La mise en place et le suivi d'un système d'archivage électronique présente de nombreux avantages par comparaison avec leurs équivalents papiers. En effet les archives électroniques offrent une accessibilité aux documents et aux contenus beaucoup plus facile, plus fiable et surtout permettant de ne jamais toucher à l'original. Ainsi le traitement des archives numériques n'est plus le domaine réservé des quelques personnes ayant la connaissance du système de classement.

A titre d'exemple, alors que dans le monde du papier on considère qu'une personne passe environ 15% de son temps de travail à lire des informations, et jusqu'à 50% de son temps à les rechercher, dans le monde immatériel, cette tendance s'inverse quasiment.

Pour les spécialistes de la documentation et les archivistes, un document archivé doit être authentique, fiable, complet, intact, exploitable et intègre. Dans le monde de la dématérialisation ces impératifs sont facilement atteints et ainsi, il est possible d'avoir la certitude que le contenu d'un document inclut bien la représentation précise de la transaction dont il est la preuve, assurant ainsi la fiabilité globale du document.

Ainsi l'archivage est bien une étape incontournable de tout projet de dématérialisation et sa mise en œuvre doit être faite avec méthode et rigueur de façon à éviter toute perte d'information et, surtout, toute détérioration de la valeur juridique des documents et autres éléments électroniques.

Plus facile à mettre en œuvre que son homologue 'papier', plus pratique à utiliser, l'archivage électronique s'impose de lui-même tant dans le cadre de la dématérialisation des marchés publics.

PARTIE 7 ANNEXES

Nous avons choisi d'inclure dans les annexes des définitions de termes techniques, parce que vous n'êtes pas obligatoirement familier avec tous ces termes. Nous vous proposons aussi des informations complémentaires sur certains points abordés au cours des parties précédentes. Enfin, vous trouverez une liste de sites Internet qui vous permettront d'approfondir certaines informations.

7.1 GLOSSAIRE

Vous trouverez ci-après la présentation et la définition de quelques termes techniques que nous avons utilisés dans cet ouvrage.

- A -

ACTEUR ECONOMIQUE (OU OPERATEUR ECONOMIQUE)

Toute entreprise, ou groupement d'entreprises, qui s'intéresse à un marché public.

L'acteur économique qui répond à un appel d'offres est dit 'soumissionnaire'.

Lorsque l'offre d'un soumissionnaire est retenue, celui-ci est appelé 'attributaire'.

ADRESSE ELECTRONIQUE

Il s'agit de l'adresse des boîtes aux lettres électroniques d'où l'on envoie et l'on reçoit les messages circulant sur internet.

APPEL D'OFFRES

Opération d'approvisionnement lancée par un pouvoir adjudicateur sous la forme d'un marché public où est choisi l'offre économiquement la plus avantageuse sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

ATTRIBUTAIRE

Le soumissionnaire qui gagne tout ou partie d'un appel d'offres est appelée 'attributaire'

AUTORITE DE CERTIFICATION (AC)

Comme CertiNomis, c'est une entreprise, référencée par le Ministère des Finances, qui est habilitée à délivrer des signatures électroniques.

AUTHENTIFICATION

Permet de s'assurer de la non usurpation de l'identité d'un individu.

AVIS DE PUBLICATION

L'Article 40 du Code des Marchés Publics définit l'avis de publication ainsi :

- Les marchés publics sont précédés d'un avis d'appel public à la concurrence ;
- Les avis d'appel public à la concurrence sont insérés dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales (JAL ou Boamp) ;
- Des exceptions sont prévues pour certains marchés.

- B -

B TO B (BUSINESS TO BUSINESS)

Le B to B correspond à la commercialisation, par une entreprise, de tous types de biens et de services répondant à un besoin pour un client de type professionnel.

BOAMP (BULLETON OFFICIEL DES ANNONCES DE MARCHES PUBLICS)

Le Boamp, service du Journal Officiel, est tenu de publier les avis de publication, conformément au texte de l'avis transmis par la personne responsable du marché, dans les onze jours ou, en cas d'urgence, dans les six jours qui suivent la date de leur réception.

- C -

CHAINE DE CONFIANCE

La chaîne de confiance est constituée des différents Tiers de confiance, indépendants de l'émetteur et du destinataire, qui assurent, à chaque étape, les contrôles et les services nécessaires pour établir et garantir la confiance d'un bout à l'autre du processus.

CNIL

Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, autorité de contrôle française officielle en matière de protection des données personnelles.

COMMISSION D'APPEL D'OFFRES

La commission d'appel d'offres est une commission qui examine les candidatures et les offres d'un appel d'offres choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et attribue le marché.

CONTROLE DE LEGALITE

L'Etat, représenté localement par le préfet, a la charge du contrôle administratif, dénommé 'contrôle de légalité', c'est-à-dire de conformité à la loi, des actes émanant des collectivités locales. Ce contrôle s'exerce à l'égard des actes administratifs comme des actes budgétaires et peut donner lieu, selon le cas, à la saisine du tribunal administratif ou de la chambre régionale des comptes.

CONVENTION DE PREUVE

Contrat définissant les conditions dans lesquelles une procédure d'échange entre plusieurs intervenants sera reconnue comme preuve.

COURRIER ELECTRONIQUE (COURRIEL, E-MAIL)

Correspondance que l'on adresse à travers le réseau Internet en utilisant un logiciel de messagerie comme Outlook.

- D -

DCE

Le DCE (Dossier de Consultation des Entreprises) comprend l'ensemble des documents mis à la disposition des acteurs économiques pour pouvoir répondre à un appel d'offres.

DETECTION D'INTRUSION

Système mis en place pour surveiller les tentatives d'intrusion informatique. Les antivirus, antisпам et les pare-feu font partie des différents outils de détection d'intrusion.

DOMAINES (NOMS DE.)

Un nom de domaine est le nom qui permet d'accéder à un site Internet. Il comprend : un nom. (ex : « monsite ») et une extension, qui donne des informations sur la provenance du site, ou son détenteur. (ex : monsite.com).

Dans les extensions, COM désigne les organisations commerciales, EDU les universités et les établissements du secondaires, GOV les organismes gouvernementaux, MIL les organismes militaires, ORG les organisations non gouvernementales, NET une infrastructure du réseau internet. On trouve également des suffixes de type FR (français) pour qualifier l'origine géographique du site.

- E -

E-LEARNING

Solution d'enseignement à distance via le réseau internet.

E-TRAVAIL (VOIR 'TELETRAVAIL')

- F -

FAI (FOURNISSEUR D'ACCES INTERNET, PROVIDER)

Opérateur qui, contre un abonnement, vous donne accès au réseau internet.

- H -

HEBERGEUR

Opérateur internet qui loue des espaces sur ses serveurs afin d'y installer des sites internet.

- I -

INTERNET

Réseau informatique mondial qui rend accessible au public des services comme le courrier électronique et le World Wide Web. Ses utilisateurs sont appelés 'internauts'.

- J -

JAL (JOURNAL D'ANNONCES LEGALES)

C'est une publication qui est habilitée à diffuser des annonces légales de marchés publics.

- M -

MARCHE PUBLIC

L'article 1 du Code des Marchés Publics le définit ainsi : *'Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services'*.

MOTEUR DE RECHERCHE

Logiciel complexe, accessible via internet, qui cherche à votre demande les pages internet comportant le ou les mots qui vous intéressent.

- N -

NAVIGATEUR

Logiciel permettant d'accéder et d'afficher des sites Internet comme Internet Explorer ou Firefox.

- O -

OPERATEUR ECONOMIQUE (OU ACTEUR ECONOMIQUE)

Toute entreprise, ou groupement d'entreprises, qui s'intéresse à un marché public. L'acteur économique qui répond à un appel d'offres est dit 'soumissionnaire'.

Lorsque l'offre d'un soumissionnaire est retenue, celui-ci est appelé 'attributaire'.

- P -

PERSONNE PUBLIQUE

Sont appelés 'personnes publiques' l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

La personne publique qui souhaite acheter des biens, des services ou faire réaliser des travaux est appelée 'pouvoir adjudicateur'.

PLACE DE MARCHÉ

Plate-forme internet à vocation commerciale.

PORTAIL

Site internet servant de point d'entrée en proposant aux utilisateurs des accès thématiques et personnalisés.

POUVOIR ADJUDICATEUR

La personne publique qui passe un appel d'offres afin d'acheter des biens, des services ou faire réaliser des travaux est appelée 'pouvoir adjudicateur'.

PROTOCOLE D'ACCES

Un protocole (http, https, ftp...) est une donnée technique qui indique comment on se rend sur un site Internet. http est utilisé pour une navigation courante. https pour une navigation sécurisée (voir [SSL](#)).

- S -

SERVEUR WEB

Ordinateur relié au réseau (web) dans lequel se trouve un ou plusieurs sites Internet. Lieu de stockage des informations accessibles depuis Internet.

SITE INTERNET

Un site internet est un ensemble de pages web liées entre elles par des liens électroniques appelés hypertextes. L'accès à un site internet se fait à partir d'une adresse web, également appelée URL..

SMTP (SIMPLE MAIL TRASFER PROTOCOL)

L'un des protocoles techniques de transmission de courrier électronique entre différents sites sur l'internet.

SOUSSIONNAIRE

Est 'soumissionnaire' tout acteur économique qui répond à un appel d'offres.

Le soumissionnaire qui gagne tout ou partie d'un appel d'offres est appelé 'attributaire'.

- T -

TELETRAVAIL (E-TRAVAIL)

Activité professionnelle exercée hors de l'entreprise (notamment à domicile) grâce à la dématérialisation des échanges.

TIERS DE CONFIANCE

Les trois éléments qui caractérisent un véritable « tiers de confiance » sont sa neutralité, sa pérennité et enfin sa légitimité. Pour être neutre, le « tiers de confiance » doit avoir une fonction et un rôle sans aucun intérêt direct avec les clients et partenaires pour lesquels il est opérateur. Pour assurer la pérennité du service, il doit pouvoir conserver les preuves des échanges et savoir les restituer à qui de droit lorsque cela est juridiquement utile, ce qui en terme de preuves peut aller jusqu'à plusieurs dizaines d'années. Enfin la légitimité d'un « tiers de confiance » est issue d'une reconnaissance publique sous diverses formes comme, par exemple, la conformité à des critères juridiques et techniques.

- U -

URL (UNIFORM RESOURCE LOCATOR)

Littéralement « *localisateur universel de ressources* », autrement dit, l'adresse servant à identifier de manière précise n'importe quel site ou un document sur Internet.

- W -

WWW (WORLD WIDE WEB)

A la fin des années quatre-vingt, le réseau informatique créé et financé par le gouvernement américain, grâce à une innovation graphique appelée **www**, va pouvoir être accessible à tous; devenant ainsi l'internet mondial tel que nous le connaissons aujourd'hui.

WEB 2.0

'Version 2' d'Internet, expression utilisée pour désigner l'avènement d'une nouvelle ère d'Internet (aussi bien dans le principe que dans les technologies), tournée vers l'interaction entre les contenus proposés et les utilisateurs d'Internet, ainsi que l'interaction des utilisateurs entre eux. C'est ainsi que ces trois dernières années se sont multipliés forums, blogs, espaces de commentaires, sites de réseaux de connaissances....

7.2 QUELQUES EXTRAITS DU CODE DES MARCHES PUBLICS

Vous trouverez ci-après quelques extraits de la Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

[...] (2) *La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics. Par conséquent, ces dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité.*

[...] (4) *Les États membres devraient veiller à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés.*

[...] (13) *Compte tenu de l'expansion rapide des systèmes d'achat électroniques, il convient de prévoir, d'ores et déjà, des règles adéquates pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de tirer pleinement profit des possibilités offertes par lesdits systèmes. Dans cette perspective, il convient de définir un système d'acquisition dynamique entièrement électronique pour des achats d'usage courant, et de fixer des règles spécifiques pour la mise en place et le fonctionnement d'un tel système afin de garantir le traitement équitable de tout opérateur économique qui souhaite en faire partie. Tout opérateur économique devrait pouvoir adhérer à un tel système dès lors qu'il introduit une offre indicative conforme au cahier des charges et qu'il remplit les critères de sélection. Cette technique d'acquisition permet aux pouvoirs adjudicateurs, par la création d'une liste de soumissionnaires déjà retenus et par la possibilité donnée à de nouveaux soumissionnaires d'y adhérer, de disposer d'un éventail particulièrement large d'offres - grâce aux moyens électroniques utilisés - et donc d'assurer une utilisation optimale des deniers publics par une large concurrence.*

[...] (14) *Les enchères électroniques constituant une technique appelée à se répandre, il convient de donner une définition communautaire de ces enchères et de les encadrer par des règles spécifiques afin d'assurer qu'elles se déroulent dans le plein respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. À cet effet, il convient de prévoir que ces enchères électroniques ne portent que sur des marchés de travaux,*

fournitures et services pour lesquels les spécifications peuvent être établies de manière précise. Cela peut notamment être le cas en ce qui concerne les marchés de fournitures, de travaux et de services récurrents. Dans le même but, il faut également prévoir que le classement respectif des soumissionnaires puisse être établi à chaque moment de l'enchère électronique. Le recours aux enchères électroniques permet aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux soumissionnaires de présenter de nouveaux prix revus à la baisse et, lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, également d'améliorer des éléments des offres autres que le prix. Afin d'assurer le respect du principe de transparence, seuls les éléments susceptibles d'une évaluation automatique par des moyens électroniques, sans intervention et/ou appréciation de la part du pouvoir adjudicateur, peuvent faire l'objet d'enchères électroniques, c'est-à-dire les seulement les éléments qui sont quantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages. En revanche, les aspects des offres qui impliquent l'appréciation d'éléments non quantifiables ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques. Par conséquent, certains marchés de travaux et de services portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques.

[...] Article 42 - Règles applicables aux communications

1 Toutes les communications ainsi que tous les échanges d'informations visés dans le présent titre peuvent, au choix du pouvoir adjudicateur, être faits par courrier, par télécopieur, par moyens électroniques conformément aux paragraphes 4 et 5, par téléphone dans les cas et aux conditions visés au paragraphe 6, ou par une combinaison de ces moyens.

2. Les moyens de communication choisis doivent être généralement disponibles et ne peuvent donc avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure d'attribution.

3. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation soient préservées et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

4. Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

5. Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de transmission et de réception électronique des offres ainsi qu'aux dispositifs de réception électronique des demandes de participation:

a) les informations relatives aux spécifications nécessaires à la présentation des offres et des demandes de participation par voie électronique, y compris le cryptage, doivent être à la disposition des parties intéressées. En outre, les dispositifs de réception électronique des offres et des demandes de participation doivent être conformes aux exigences de l'annexe X;

b) les États membres peuvent, dans le respect de l'article 5 de la directive 1999/93/CE, exiger que les offres électroniques soient assorties d'une signature électronique avancée conforme à son paragraphe 1;

[...]

7.3 PETIT MEMO DE LA REGLEMENTATION DES MARCHES PUBLICS

Vous trouverez ci-après un petit mémo de la commande publique en France.

Pour mémoire

La commande publique, en France, représente un marché de plusieurs dizaines de milliards d'euros chaque année, soit près de 10 % du PIB national. C'est pourquoi, afin d'éviter des abus ou des irrégularités, le législateur a souhaité encadrer les achats publics en s'appuyant sur des règles claires, précises et reconnues par tous.

La réglementation des marchés publics a pour objet de permettre à tous les acteurs économiques, quels qu'ils soient et où qu'ils se trouvent, de pouvoir accéder librement à ces marchés, de pouvoir y répondre dans un environnement stable qui respecte scrupuleusement l'égalité de traitement des candidats et, tout cela, dans le but du contrôle stricte du meilleur usage des deniers publics et c'est ainsi qu'à partir du premier euro, les personnes publiques sont tenus de réaliser une commande publique.

Quelques définitions

Lorsqu'une collectivité locale ou publique ou toute personne publique souhaite acheter des biens, des services ou faire réaliser des travaux, quel qu'en soit le montant, elle est tenue de passer un 'appel d'offres'.

Cette procédure, imposée par la réglementation, c'est-à-dire par le 'Code des Marchés Publics', a pour objectif, entre autres, de réglementer la publicité faite autour de l'annonce d'un futur marché, de donner un cadre et une forme aux offres, de mettre en oeuvre une véritable mise en concurrence des entreprises, de garantir que chaque candidature sera analysée selon les mêmes critères et de garantir que l'attribution du marché se fera dans la plus grande transparence.

L'entreprise qui est intéressé par un appel d'offres est appelé 'acteur économique'.

L'acteur économique qui remet une offre est alors appelée 'soumissionnaire', enfin l'acteur économique qui gagne l'appel d'offres est appelée 'attributaire'.

La personne publique qui souhaite acheter des biens, des services ou faire réaliser des travaux est appelée 'pouvoir adjudicateur'.

Les différents types de marchés publics

Un «**marché public**» est un contrat, à titre onéreux, conclu par écrit entre un ou plusieurs acteurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Son objet peut être l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou de la prestation de services. Voici la présentation rapide des différents types de marchés du code 2006.

Un «**marché public de travaux**» est un marché ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à un ouvrage, soit la réalisation d'un ouvrage répondant

aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Un «**ouvrage**» est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil.

Un «**marché public de fournitures**» est un marché autre qu'un «marché public de travaux» et qui a pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. Il est à noter qu'un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation est considéré comme un «marché public de fournitures».

Un «**marché public de services**» est un marché autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures et qui porte sur de la prestation de services. Par ailleurs, un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services est considéré comme un «marché public de services» lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.

La «**concession de travaux publics**» est un marché identique au «marché public de travaux», à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage.

La «**concession de services**» est un marché identique au «marché public de services», à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service.

Un «**accord-cadre**», proche de l'ancien «marché à bons de commande», est un contrat conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs acteurs économiques et ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Il est conclu dans le cadre d'un marché négocié ou d'un dialogue compétitif et ne peut pas, sauf cas exceptionnels, dépasser une durée de 4 ans.

Une fois le type de marché défini par le pouvoir adjudicateur, celui-ci doit alors déterminer le type de procédure la plus adaptée à la passation du marché.

Les différents types de procédures formalisées

Pour mémoire, selon le type de marché et en dessous de certains seuils, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas dans l'obligation d'utiliser des procédures formalisées et peuvent utiliser une procédure adaptée.

Attention toutefois, le code 2006 recommande au pouvoir adjudication d'être en mesure de pouvoir justifier de l'usage d'une procédure adaptée en lieu et place d'une procédure formalisée, et cela quel que soit le montant du marché.

Voici donc les différents types de procédures formalisées de passation des marchés publics qui sont maintenant à la disposition des donneurs d'ordres.

Une «**procédure ouverte**» est une procédure à laquelle tout acteur économique intéressé peut présenter une offre.

Une «**procédure restreinte**» est une procédure à laquelle tout acteur économique peut demander à participer et dans laquelle seuls les acteurs économiques invités par le pouvoir adjudicateur puissent présenter une offre.

Le «**dialogue compétitif**» est une procédure à laquelle tout acteur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à participer. L'objectif est de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur et sur la base de laquelle, ou desquelles, les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

Cette nouvelle procédure est prévue pour les marchés publics particulièrement complexes, elle pourra s'appliquer quand le pouvoir adjudicateur n'est pas capable de définir les moyens techniques adéquats qu'il faut prescrire dans le cadre d'un marché et/ou quand le pouvoir adjudicateur n'est pas, objectivement, en mesure d'établir un montage juridique et/ou financier pour la réalisation du projet.

Une «**procédure négociée**» est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur consulte les acteurs économiques de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Le «**concours**» est une procédure qui permet au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes.

Un «**système d'acquisition dynamique**» est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques, généralement disponibles sur le marché, satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur. Limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tous les acteurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre «indicative» conforme au cahier des charges.

L'«**enchère électronique**» est un processus utilisant un dispositif électronique de présentation des prix à la baisse et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres. Il intervient après une première évaluation complète des offres. Ce dispositif doit permettre le un traitement automatique et interactif des offres.

En conséquence, certains marchés de services ou de travaux portant sur des prestations intellectuelles, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.

Il est à noter que dans le cadre des réponses en format électronique, l'usage d'une signature électronique, délivrée par une Autorité de Certification référencée par le Minefi, est obligatoire.

Adieu à la nomenclature

La nomenclature qui était, jusqu'à présent, une information et une référence obligatoire dans le cadre de certains marchés est totalement supprimée. Ce sont donc les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes qui ont la responsabilité de justifier la cohérence de leurs demandes et de définir précisément leurs besoins

Les accords cadres

Serpent de mer du nouveau code, parfois dénommé 'référencement de sociétés' et proche de l'ancien 'marché à bon de commande', 'l'accord cadre' est un contrat conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques. Il a pour objectif de régler et d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, éventuellement, les quantités envisagées.

Il est conclu dans le cadre d'un marché négocié ou d'un dialogue compétitif et pour une durée ne pouvant pas dépasser quatre ans, sauf cas exceptionnels. De ce fait, il devient donc impossible à un pouvoir adjudicateur de commander régulièrement des prestations, des services ou des produits qui pourraient être considérées comme homogènes ou appartenant à une même famille de produits ou de services sans avoir réalisé une consultation les regroupant sur une durée donnée.

Ainsi, par exemple, il n'est plus possible de commander, à la petite semaine, certaines fournitures ou de l'équipement informatique. Il faudra donc, au préalable, que le pouvoir adjudicateur analyse ses besoins pour une durée déterminée et fasse une consultation

Ce qu'il faut retenir

Le nouveau code des marchés publics, tout en donnant plus de liberté aux pouvoirs adjudicateurs, les met devant leurs responsabilités en les rendant le garant de :

- La liberté d'accès à la commande publique
- L'égalité de traitement des candidats
- La transparence et de la tracabilité des procédures
- La bonne utilisation des deniers publics

Dans les faits, avec le code 2006, les pouvoirs adjudicateurs se doivent d'être très scrupuleux et de savoir s'auto régler afin d'éviter tout incident et tout litige.

Le code des marchés publics 2006 représente donc une étape importante dans la vie de la commande publique. Une nouvelle approche, une nouvelle philosophie, une forme d'autogestion et d'autocontrôle des pouvoirs adjudicateurs, de nouveaux types de marchés, l'ouverture aux PME-PMI, plus de transparence en amont et en aval, la prise en compte du « développement durable », ..., bref, plus qu'une évolution, peut-être bien une révolution.

7.4 LA SIGNATURE ELECTRONIQUE, CE QU'EN DIT LA LOI

Vous trouverez ci-après quelques extraits de la Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques - Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020

[...] (4) les communications et le commerce électroniques nécessitent des 'signatures électroniques' et des services connexes permettant d'authentifier les données; toute divergence dans les règles relatives à la reconnaissance juridique des signatures électroniques et à l'accréditation des 'prestataires de service de certification' dans les États membres risque de constituer un sérieux obstacle à l'utilisation des communications électroniques et au commerce électronique; par ailleurs, l'établissement d'un cadre communautaire clair concernant les conditions applicables

aux signatures électroniques contribuera à renforcer la confiance dans les nouvelles technologies et à en favoriser l'acceptation générale; la diversité des législations des États membres ne saurait entraver la libre circulation des marchandises et des services dans le marché intérieur ;

[...] (7) le marché intérieur garantit la libre circulation des personnes et, dès lors, les citoyens et résidents de l'Union européenne ont de plus en plus souvent affaire aux autorités d'États membres autres que celui où ils résident; la disponibilité de communications électroniques pourrait être d'une grande utilité dans ce contexte ;

(8) eu égard à la rapidité des progrès techniques et à la dimension mondiale d'Internet, il convient d'adopter une approche qui prenne en compte les diverses technologies et services permettant d'authentifier des données par la voie électronique ;

(9) les signatures électroniques seront utilisées dans des circonstances et des applications très variées, ce qui entraînera l'apparition de toute une série de nouveaux services et produits liés à celles-ci ou les utilisant; il convient que la définition de ces produits et services ne soit pas limitée à la délivrance et à la gestion de certificats, mais couvre également tout autre service et produit utilisant des signatures électroniques ou connexe à celles-ci, tels les services d'enregistrement, les services horodateurs, les services d'annuaires, les services informatiques ou les services de consultation liée aux signatures électroniques ;

[...] (19) les signatures électroniques seront utilisées dans le secteur public au sein des administrations nationales et communautaires et dans les communications entre lesdites administrations ainsi qu'avec les citoyens et les opérateurs économiques, par exemple dans le cadre des marchés publics, de la fiscalité, de la sécurité sociale, de la santé et du système judiciaire ;

(20) des critères harmonisés relatifs aux effets juridiques des signatures électroniques seront la garantie d'un cadre juridique cohérent dans la Communauté; les droits nationaux fixent des exigences différentes concernant la validité juridique des signatures manuscrites; les certificats peuvent être utilisés pour confirmer l'identité d'une personne qui signe électroniquement; les signatures électroniques avancées basées sur des certificats qualifiés visent à procurer un plus haut degré de sécurité; les signatures électroniques avancées qui sont basées sur des certificats qualifiés et qui sont créées par un dispositif sécurisé de création de signature ne peuvent être considérées comme étant équivalentes, sur un plan juridique, à des signatures manuscrites que si les exigences applicables aux signatures manuscrites ont été respectées ;

(21) afin de contribuer à l'acceptation générale des méthodes d'authentification électronique, il est nécessaire de veiller à ce que les signatures électroniques puissent avoir force probante en justice dans tous les États membres; il convient que la reconnaissance juridique des signatures électroniques repose sur des critères objectifs et ne soit pas subordonnée à l'autorisation du prestataire de service de certification concerné; le droit national régit la délimitation des domaines juridiques dans lesquels des documents électroniques et des signatures électroniques peuvent être utilisés; la présente directive n'affecte en rien la capacité d'une juridiction nationale de statuer sur la conformité aux exigences de la présente directive ni les règles nationales relatives à la libre appréciation judiciaire des preuves ;

[...] Article premier - Champ d'application

L'objectif de la présente directive est de faciliter l'utilisation des signatures électroniques et de contribuer à leur reconnaissance juridique. Elle institue un cadre juridique pour les signatures électroniques et certains services de certification afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

Elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire; elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régissant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire. [...]

7.5 LIENS UTILES

Liens extérieurs

www.cnil.fr

Site Internet de la Commission Nationale Informatique et Libertés.

Le site de la CNIL, très clair, permet de se documenter de manière efficace sur ses droits en tant qu'internaute, sur ses devoirs en tant que responsable d'un site Internet, et permet d'effectuer des déclarations de fichiers informatiques en ligne (déclarer le traitement des fichiers comprenant des données personnelles est une obligation).

www.legifrance.gouv.fr

Le site Internet qui permet de retrouver tous les textes de loi. Sur le sujet de ce présent ouvrage, pour aller plus loin, vous pouvez y chercher la LCEN (Lois sur la Confiance dans l'Économie numérique) : Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique ».

www.securite-informatique.gouv.fr

Portail sur la sécurité informatique, ouvert à tous publics, édité par le secrétariat général de la défense nationale (SGDN). Destiné aussi bien aux particuliers qu'aux professionnels, ce site permet d'acquérir la base des connaissances nécessaires sur la sécurisation du poste de travail, et sur la protection des données personnelles.

liens A&G Project Management et CertiNomis

www.aesigne.eu

AeSigne, l'Association européenne de la sécurisation des échanges dématérialisés et de la signature électronique est un tiers de confiance créateur d'espaces de confiance.

www.e-jal.com

Plateforme de marchés publics.

www.certinomis.com

Site Internet institutionnel de CertiNomis. Voir notamment le guide sur le certificat et la signature électroniques, disponible ici : http://www.certinomis.com/actualites_actu_detail.php?id=19

www.moncertificelectronique.com

Site Internet de CertiNomis dédié à sa lettre d'actualités. Vous pouvez y découvrir le dernier numéro, et vous y abonner. Dans cette lettre, vous trouverez des informations générales sur l'informatique, et

plus précises sur l'utilisation des certificats électroniques. Vous y découvrirez aussi des témoignages d'utilisateurs.

7.6 DES MEMES AUTEURS

Co-auteurs

Guide *Internet, un formidable outil de communication* juin 2008

- disponible en téléchargement sur cette page :
http://www.certinomis.com/guidesdemato8/dde_guide1.php

Guide *Facturation électronique : faites des économies !* août 2008

- disponible en téléchargement sur cette page :
http://www.certinomis.com/guidesdemato8/dde_guide2.php

Guide *E-Administration, tout savoir sur les téléprocédures* septembre 2008

- disponible en téléchargement sur cette page :
http://www.certinomis.com/guidesdemato8/dde_guide3.php

Gilles de Chezelles

La dématérialisation des échanges, 2006, Editions Lavoisier, collection « Hermès Science »

- des extraits accessibles depuis l'url :
<http://www.dechezelles.fr/demat>

De nombreux articles publiés dans des journaux économiques accessibles sur :

- <http://www.dechezelles.fr/articles>

CertiNomis

Guide *Certificat et signature électronique* 2007

- disponible en téléchargement sur cette page :
http://www.certinomis.com/faq/File/BR_CERTIFICATS-et-SIGNATURE-ELECTRONIQUE_CERTINOMIS_022007.pdf
- ou demandez-le en envoyant un e-mail à communication@certinomis.com

7.7 PRESENTATION DES AUTEURS

CertiNomis, Autorité de Certification filiale de la Poste



la confiance, ça se prouve

La Poste, intermédiaire de confiance depuis des siècles, a créé CertiNomis en 2000 pour prolonger son activité dans le monde dématérialisé.

CertiNomis délivre des certificats électroniques, véritables pièces d'identité sur Internet, à des personnes physiques ou à des serveurs web, et dans un cadre légal conforme au droit français. En tant qu'Autorité de Certification, elle se porte garant de l'ensemble du processus qui amène à émettre des certificats électroniques.

Les certificats délivrés par CertiNomis sont référencés par un nombre toujours plus important d'applications de dématérialisation.

www.certinomis.com

A&G Project Management

A & G Project Management



Dans le cadre de la conception, du développement, de l'accompagnement, du déploiement et de la mise en service d'un projet de dématérialisation ou d'un projet internet, A&G Project Management met en oeuvre les actions de pilotage et de coordination nécessaires à la garantie de réussite du projet, y compris sa mise en oeuvre et son intégration au sein de la structure, qu'elle soit publique ou privée.

www.ag-pm.com

Gilles de Chezelles



Spécialiste de la dématérialisation, de la sécurité et de la confidentialité des échanges électroniques, il a participé à de nombreux projets importants comme par exemple TéléTVA. En tant que spécialiste des NTIC depuis plus de 20 ans, il a conçu de nombreuses applications, déposé plusieurs brevets, rédigé des ouvrages. Il est l'auteur de nombreux articles publiés dans la presse.

www.dechezelles.fr



la confiance, ça se prouve

CertiNomis - www.certinomis.com RCS PARIS B 433 998 903
Siège Social : 20-22 Rue Louis Armand – 75015 PARIS – France
Tél. : 01 58 09 80 60 Fax. : 01 58 09 80 67
Contact : communication@certinomis.com

A & G Project Management



A&G Project Management – www.ag-pm.com RCS Nanterre 490 670 585
Siège Social : 1, place Paul Verlaine - 92100 Boulogne Billancourt – France
Tél. : 06 28 04 44 79 Fax : 09 51 78 97 67
Contact : contact@ag-pm.com

© CertiNomis, A&G Project Management et Gilles de Chezelles.

Document soumis à la loi sur le droit d'auteur. Toute reproduction sans accord écrit explicite de la part de tous les co-auteurs est strictement interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée notamment par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle.

QUESTIONNAIRE - Guide sur les marchés publics

Vous venez de lire ce guide et nous vous en remercions. Pour nous permettre d'améliorer le contenu et la forme des futurs livres blancs de cette collection, nous vous remercions de bien vouloir prendre quelques minutes pour répondre à ce petit questionnaire.

1. Le contenu de ce guide a-t-il répondu à votre attente ?

- Oui
- Non

2. Pensez-vous que la taille de ces guides doit être

- augmentée,
- conservée,
- réduite ?

3. Le contenu du guide que vous venez de lire vous semble-t-il

- très clair,
- assez clair,
- moyennement clair,
- peu clair,
- pas clair du tout

4. Ces guides vont paraître tous les trois mois environ, pensez-vous que cette fréquence est

- trop rapprochée,
- correcte,
- trop espacée ?

5. Avez-vous des remarques spécifiques sur ce guide à formuler ?

.....
.....
.....
.....
.....

6. Y a -t-il un sujet ou un thème que vous souhaiteriez que nous traitions dans un prochain guide?

.....
.....
.....
.....

Merci de vos réponses. Vous pouvez faxer ces réponses au : **01 58 09 80 67**.

Ou les envoyer par e-mail à edition@certinomis.com

CertiNomis - www.certinomis.com RCS PARIS B 433 998 903. Contact : solveig.courvoisier@certinomis.com

Siège Social : 20-22 Rue Louis Armand – 75015 PARIS – France Tél. : 01 58 09 80 60 Fax. : 01 58 09 80 67

A&G Project Management – www.ag-pm.com RCS Nanterre 490 670 585. Contact : contact@ag-pm.com

Siège Social : 1 Place Paul Verlaine- 92100 Boulogne Billancourt – France Tél. : 06 28 04 44 79 Fax : 09 51 78 97 67

Document soumis à la loi sur le droit d'auteur. Toute reproduction sans accord écrit explicite de la part de tous les co-auteurs est strictement interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée notamment par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle.