

La réforme du code des marchés publics 2004 : pour un achat public plus simple, plus efficace et plus transparent

Le code des marchés publics régit les contrats conclus par les personnes publiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. La liberté d'accès aux marchés publics, l'égalité de traitement des candidats et le contrôle de l'usage des deniers publics sont autant de principes solidement établis en la matière, et dont le respect est obligatoire pour les personnes publiques.

Des procédures d'application complexes doivent prendre en compte de nombreux aspects : publicité des offres, mise en concurrence des fournisseurs, transparence des choix effectués, contrôles externes.

Une importante refonte du droit des marchés publics est entreprise dès 2001 avec le décret du 7 mars 2001. Deux objectifs principaux :

- simplifier les procédures de passation des marchés publics
- améliorer l'accès à la commande publique notamment pour les PME.

Différentes mesures sont prises telles que l'aménagement des procédures, relèvement des seuils, mais également l'ouverture des marchés publics à la communication électronique.

Introduit depuis 2001, l'article 56 prévoit la possibilité de dématérialiser la procédure de passation des marchés publics. Cet article prévoit en outre l'obligation à la charge de la personne publique d'être en mesure de recevoir les réponses des prestataires par voie électronique, et ce à partir du 1^{er} janvier 2005.

Champ d'application de la dématérialisation.

Contraintes réglementaires et techniques.

Application

Le code des marchés publics et ses décrets d'application définissent dans les grandes lignes le champ de la dématérialisation des procédures. En même temps, la circulaire d'application du 7 janvier 2004 rappelle qu'à terme, la procédure électronique est appelée à remplacer complètement la procédure papier.

- **Etendue**

En réalité, l'article 56 du Code des marchés publics n'impose à l'acheteur public que trois obligations :

En premier lieu, et pour tous les marchés publics, la réception des candidatures et des offres doit pouvoir s'effectuer par voie électronique à partir du 1^{er} janvier 2005. Néanmoins, et seulement jusqu'à cette date l'avis d'appel public à la concurrence peut éventuellement exclure cette possibilité. A compter du 1^{er} janvier 2005 en revanche aucune interdiction ne pourra être faite.

En deuxième lieu, pour les marchés supérieurs à 90 000 euros, c'est-à-dire ceux pour lesquels la publicité au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales devient

obligatoire, le CMP, applicable dès le 10 janvier 2004, impose dans son article 40 la transmission des avis de publicité par téléprocédure.

Par ailleurs, l'article 80 du CMP impose pour la transmission des avis d'attribution la même procédure que celle qui a été utilisée pour l'avis d'appel public à la concurrence.

En définitive, aux termes du code, la dématérialisation se résume à trois obligations à la charge de la collectivité publique:

- la réception des candidatures et des offres par voie électronique
- la transmission pour publication de l'avis d'appel public à la concurrence par téléprocédure
- la transmission pour publication de l'avis d'attribution par téléprocédure.

En dehors de ces obligation qui lui sont faites, l'acheteur public a la possibilité de recourir à une dématérialisation totale ou partielle de la procédure, l'alinéa 1 de l'article 56 lui en donnant la possibilité. Evidemment cet alinéa ne peut être considéré que comme une incitation à dématérialiser, et en aucun cas comme une obligation

• Perspectives

L'article 56 prévoit que tous les échanges d'information dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique.

Aucune étape de la procédure de passation n'est exclue de la dématérialisation. Tous les documents constitutifs du marché sont susceptibles d'être dématérialisés.

Sont concernés tant les documents transmis aux prestataires (règlement de consultation, cahier des charges, documents complémentaires) que les réponses de ceux-ci à la collectivité.

La fin de l'alinéa fait en revanche obligation à l'acheteur public d'être toujours en mesure de transmettre ces documents « par voie postale ». Le décret du 30 avril 2002 offre la possibilité de recourir alors au support papier ou électronique (CD ROM).

Comme nous le disions plus haut, la procédure dématérialisée va progressivement se substituer à la procédure papier dans un souci de simplicité, de rapidité, mais aussi de réduction des coûts de la procédure, souvent très élevés pour l'acheteur public. Comme le font remarquer Thierry Lajoie et Loïc Hilaire « [...] il paraît contre productif d'assurer la transmission papier des DCE, tout en devant accepter des réponse électroniques puis les imprimer pour réunir la CAO et enfin de transmettre électroniquement les avis d'attribution. » (« *Les marchés publics dématérialisés* » ed. *Le Moniteur*)

Une dématérialisation partielle ne présente que peu d'intérêt, si ce n'est le strict respect des obligations légales

Contraintes

Juridiques

- Sécurité des informations

- Authenticité

Les échanges électroniques avec la personne publique doivent être effectués "*dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du Code civil*". Ces articles du Code civil définissent notamment les conditions et fonctions que doit remplir une signature électronique pour avoir la même valeur que la signature manuscrite (v. infra)

- Intégrité

La personne publique doit assurer la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire, et des informations relatives aux candidatures et aux offres. Elle doit par ailleurs garantir l'intégrité des données échangées.

- Confidentialité

Elle doit garantir la confidentialité de ces informations. A ce titre, le personnel qui aura accès à ces données doit être sensibilisé à cette obligation. Des chartes d'utilisation des données peuvent être conclues avec les fonctionnaires.

Des procédures de contrôle interne devront également être mises en place pour garantir la sécurité et la confidentialité des opérations.

- Utilisation d'une signature électronique

Le Décret du 30 avril 2002 pris en application du 1o et du 2o de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics renvoie directement à l'utilisation d'une signature électronique garantissant l'identité du signataire.

Dans ces conditions, il appartient aux candidats de se procurer une signature électronique et un certificat auprès d'une autorité de certification.

Rappelons toutefois que l'accès à la plateforme de dématérialisation doit être ouvert à tous et de façon égalitaire, ce qui suppose la gratuité de cet accès. La charge financière de la dématérialisation revient donc entièrement à l'acheteur public.

Techniques

Aux termes du décret du 30 avril 2002, il appartient à la personne publique de veiller à ce que le réseau informatique soit accessible à tous de façon non discriminatoire. Ce principe d'égalité d'accès ou de non-discrimination suppose que toute personne intéressée puisse consulter ou télécharger les documents, quelles que soient ses capacités techniques d'accès au réseau. Or, à l'heure actuelle, le décret ne se prononce pas sur l'utilisation de standards techniques pour l'échange des fichiers.

En outre, en cas de virus informatique dans un document transmis par un candidat, la personne publique doit archiver sans lecture le document. Dans ce cas, le

décret indique que le document est réputé n'avoir jamais été reçu et le candidat doit être informé. Or, le problème est que le fichier ne sera ouvert que devant la PRM ou la CAO, le virus ne sera détecté qu'à ce moment là. On peut considérer que le candidat ainsi évincé ne pourra invoquer une quelconque rupture d'égalité tant il est de sa responsabilité de s'assurer que son envoi est exempt de virus.

En effet, beaucoup d'incertitudes demeurent quant à l'application du nouveau texte et quant à la mise en œuvre de la dématérialisation. A défaut d'intervention réglementaire pour apporter les précisions nécessaires, ce sera au juge, après coup, de dégager les règles d'application. Ce n'est sans doute pas la meilleure solution notamment pour les collectivités dont l'expérience en matière de TIC ne fait que débiter. Le besoin d'un décret d'application apportant certaines réponses est donc pressant avant l'entrée en application de l'article 56 au 1^{er} janvier 2005.

Alexandre VELIKOV et Renaud PASCAL
DESS Droit et Système d'information
Service juridique FORMI SA