

2016-2017

Master II Droit des Interventions Publiques
Parcours Droit et Gestion des Services Publics Territoriaux

La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux



PARENT Julien |

Sous la direction de Monsieur **BOUJU Serge** |

Membres du jury :

Monsieur BOUJU Serge | Maître de conférences en droit public à l'université d'Angers
Monsieur GABORIAU Vincent | Maître de conférences en droit public à l'université d'Angers

Soutenu publiquement le 8 septembre 2017

L'auteur du présent document vous autorise à le partager, reproduire, distribuer et communiquer selon les conditions suivantes :



- Vous devez le citer en l'attribuant de la manière indiquée par l'auteur (mais pas d'une manière qui suggérerait qu'il approuve votre utilisation de l'œuvre).
- Vous n'avez pas le droit d'utiliser ce document à des fins commerciales.
- Vous n'avez pas le droit de le modifier, de le transformer ou de l'adapter.

Consulter la licence creative commons complète en français :
<http://creativecommons.org/licences/by-nc-nd/2.0/fr/>

Ces conditions d'utilisation (attribution, pas d'utilisation commerciale, pas de modification) sont symbolisées par les icônes positionnées en pied de page.



REMERCIEMENTS

Madame ANTUNES Delphine, Adjointe de la responsable du service administration générale, commande publique et affaires juridiques de la Communauté d'agglomération de l'Auxerrois,
Monsieur BADIA Xavier, Chef du service transports et mobilités à Nevers Agglomération,
Monsieur BOUJU Serge, Maître de conférences en droit public à l'université d'ANGERS,
Madame DUQUENNE Elise, Responsable de la commande publique et des affaires juridiques à la Nevers Agglomération,
Monsieur GABORIAU Vincent, Maître de conférences en droit public à l'université d'ANGERS,
Madame GODEMET Bérangère, documentaliste au Centre de ressources documentaires de l'Institut national spécialisé d'études territoriales d'ANGERS,
Monsieur HADJAB Bédira, Chef du service de la commande publique au Conseil départemental de l'Yonne,
Madame HERNANDO Marion, Instructrice marchés publics en charge de la dématérialisation au Conseil départemental de l'Yonne,
Madame LEBRETON Catherine, Chargée de mission développement territorial à Nevers Agglomération,
Madame LEFRANC Chantal, Directrice de la commande publique à la ville de SENS et à la Communauté d'agglomération du Grand Sénonais,
Madame LE MENS Fabienne, Cheffe du service des relations avec les collectivités locales à la Préfecture de l'Yonne,
Monsieur LESUEUR Daniel, Directeur de la commande publique à la ville de NEVERS,
Monsieur MURMYLO Maciej, Chef du projet dématérialisation et innovation du Groupement d'Intérêt Public Bourgogne-Franche-Comté,
Madame SCHMIT Alexia, Responsable du service administration générale, commande publique et affaires juridiques de la Communauté d'agglomération de l'Auxerrois,
Monsieur SCHNEIDER William, Responsable de la commande publique et des affaires juridiques à la ville d'AUXERRE,
Monsieur VENIN Laurent, Directeur du secrétariat général du Conseil départemental de la Nièvre.

Sommaire

SOMMAIRE	
GLOSSAIRE	
INTRODUCTION	
CHAPITRE 1^{ER} : LE REGIME JURIDIQUE DE LA DEMATERIALISATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS LOCAUX	
Section 1 - Le régime évolutif du lancement de la procédure et de la communication par voie électronique	
Section 2 - Les règles conduisant aux rejets de toutes les offres transmises sous forme matérialisée au 1 ^{er} octobre 2018.....	
Section 3 - Le maintien des règles existantes en matière de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux	
CHAPITRE 2^{EME} : LES OUTILS DE LA DEMATERIALISATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS LOCAUX	
Section 1 - « <i>L'outil indispensable</i> » : le profil d'acheteur.....	
Section 2 - Les outils de la présentation dématérialisée des candidatures	
Section 3 - Les outils clés de la remise d'une offre électronique	
CHAPITRE 3^{EME} : LA MISE EN ŒUVRE DE LA DEMATERIALISATION COMPLETE DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS LOCAUX	
Section 1 - L'accompagnement du changement qu'implique la dématérialisation intégrale des procédures de passation des marchés publics locaux	
Section 2 - La généralisation de la dématérialisation des marchés publics locaux passe par une standardisation de profils d'acheteur opérationnels	
CONCLUSION	
BIBLIOGRAPHIE	
TABLE DES MATIERES	59
TABLE DES ILLUSTRATIONS	
ANNEXES.....	

Glossaire

AAPC	Avis d'appel public à la concurrence
BOAMP	Bulletin officiel des annonces de marchés publics
FFB	Fédération française du bâtiment
CAPEB	Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment
CAO	Commission d'appel d'offres
CCAG	Cahiers des clauses administratives générales
CCI	Chambre de commerce et d'industrie
CDCI	Commission départementale de coopération intercommunale
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de la justice administrative
CMA	Chambre de métiers et de l'artisanat
CMP	Code des marchés publics
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CRC	Chambre régionale des comptes
DAJ	Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers
DCE	Dossier de consultation des entreprises
DGCL	Direction générale des collectivités locales
DUME	Document unique de marché européen
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
GED	Gestion électronique des documents
GIP	Groupement d'intérêt public
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
MAPA	Marché à procédure adaptée
MINEFE	Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi
MPS	Marché public simplifié
OPH	Office public d'habitat
PME	Petites et moyennes entreprises
RC	Règlement de la consultation
SAD	Système d'acquisition dynamique
SAE	Système d'archivage électronique
SGMAP	Secrétariat général de la modernisation de l'action publique
TIC	Technologies de l'information et de la communication

Introduction

La dématérialisation « *constitue certainement le sujet phare de cette année de transition vers un nouveau processus achats* »¹ selon Jean-Marc JOANNES, Rédacteur en chef de la Gazette des communes. Quant à Jean MAIA, Directeur de la Direction des affaires juridiques (DAJ) au ministère de l'économie, il estime que la préparation de la transformation numérique de la commande publique, dont on s'apercevra dans les développements qu'elle ne consiste en réalité qu'en un prolongement de ce qui existait déjà avant la réforme du droit des marchés publics de 2015-2016, est « *le grand chantier de ces prochaines années* »².

Cet engouement pour la dématérialisation s'explique par le fait qu'à compter du 1^{er} octobre 2018, l'ensemble des procédures de passation des marchés publics seront entièrement dématérialisées.

« *La dématérialisation désigne la transformation des supports d'informations matériels, de types documents papier, en traitement numérique, sous la forme de fichiers informatiques, permettant la gestion électronique des données et documents qui transitent au sein d'une structure ou dans le cadre d'échange avec des partenaires grâce aux technologies de l'information et de la communication (TIC)* »³.

Selon le 2^{ème} alinéa de l'article 4 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, « *Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». Les marchés publics constituent des contrats administratifs par détermination de la loi en application de l'article 3 de l'ordonnance précitée d'après lequel « *Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs* ».

Prima facie, il faudrait s'appesantir sur la dématérialisation de « *bout en bout* »⁴ ou la « *full-démat'* »⁵ du premier pilier de la commande publique, à savoir des marchés publics, dans la mesure où « *il est indispensable de concevoir la dématérialisation comme un tout, de la conception du marché, à sa passation, en passant par le contrôle, son exécution, et enfin, son archivage* »⁶ selon Monsieur MAIA, pourtant, c'est à la seule dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux que sera consacré ce mémoire.

¹ JOANNES Jean-Marc, *Le nouvel enjeu de la commande publique : la dématérialisation*, La Gazette des communes, 21 mars 2017

² BERKOVICIUS Christine, *La dématérialisation, prochain cap de la commande publique*, La Gazette des communes, 30 mars 2017

³ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, *La dématérialisation des marchés publics et l'expérience d'une plate-forme régionale*, AJCT mars 2011, pp.117-125

⁴ *La Sarthe achève la dématérialisation de « bout en bout » de ses marchés publics*, Autoroutes de l'information & Territoires n°322, 8 avril 2015, p.5

⁵ KHALID Nohmana, *Des procédures sans papier : Poitiers dématérialise la totalité de ses marchés publics depuis le 1^{er} avril, parallèlement à l'entrée en vigueur de la réforme*, Le Moniteur, 15 avril 2016, p.22

⁶ JOANNES Jean-Marc, loc. cit.

Ainsi, les marchés publics de défense ou de sécurité, qui sont en partis soumis à des règles qui leurs sont propres en vertu de la nouvelle réglementation des marchés publics⁷, ne seront pas abordés dans les développements suivants. De même, les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ou ses établissements publics ayant un caractère industriel et commercial sont exclus de ce travail universitaire.

De plus, aucunes allusions relatives à l'exécution, à la facturation électronique ou au système d'archivage électronique (SAE) des marchés publics locaux ne seront faites. La gestion électronique des documents (GED) ne sera pas davantage abordée dans ces lignes.

Quant aux process d'achats qui tendent eux aussi à se dématérialiser à travers les articles du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (dit « décret marchés publics ») qui traitent des enchères électroniques⁸, des catalogues électroniques⁹ ainsi que du système d'acquisition dynamique¹⁰ (SAD), ils ne retiendront pas mon attention.

Il semble également important de souligner à ce stade que le second pilier de la commande publique, les contrats de concessions, qui eux aussi ont connu une évolution de leur réglementation¹¹ notamment issue de la transposition en droit interne de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, ne sera pas développé ici.

Comme il l'a été évoqué précédemment et comme le démontreront les développements ultérieurs, la dématérialisation des marchés publics locaux est d'actualité. Qui plus est, la dématérialisation touche désormais un nombre plus conséquent de marchés publics comme l'affirme Jérôme MICHON lorsqu'il écrit que « *Les structures¹² qui relevaient, jusqu'au 1^{er} avril 2016¹³, de l'ancienne ordonnance du 6 juin 2005¹⁴, sont soumises à la nouvelle réglementation, à l'exception du volet exécution financière¹⁵ et de certaines particularités concernant les commissions d'appel d'offres (CAO)* »¹⁶. Auparavant, l'ordonnance précitée et ses décrets d'application sur les marchés passés par les entités non soumises au Code des marchés publics (CMP) ne comportaient ni obligations, ni précisions en lien avec la dématérialisation.

La dématérialisation des marchés publics présente un intérêt pour les acheteurs publics locaux et en particulier pour les collectivités territoriales puisqu'elle permet d'harmoniser les procédures, de réaliser des gains de temps ainsi que d'économiser les deniers publics. Ce dernier intérêt de la dématérialisation des

⁷ Décret n°2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

⁸ Articles 84 et 85 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

⁹ Articles 86 et 87 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

¹⁰ Articles 81, 82 et 83 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

¹¹ Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession

¹² (ex : Offices publics d'habitat (OPH))

¹³ Date de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation des marchés publics

¹⁴ Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (CMP)

¹⁵ Articles 110 à 131 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

¹⁶ MICHON Jérôme, *La réglementation des marchés publics 2017*, La Gazette des communes, Hors série, 20 mars 2017, p.12

marchés publics locaux est un élément très recherché dans le contexte de rationalisation des dépenses de fonctionnement et d'association à l'effort de redressement des comptes publics auquel sont confrontés les acheteurs publics locaux tels que les collectivités territoriales, leurs établissements publics ainsi que leurs groupements depuis quelques années. Jean-Marc PASTOR ne dit pas autre chose, lorsqu'il déclare, en se plaçant du côté des opérateurs économiques, que la dématérialisation allège les frais et les procédures permettant ainsi d'améliorer l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique et donc aux consultations des marchés publics locaux.

D'après Maciej MURMYLO¹⁷, la dématérialisation des marchés publics « *est un garde-fou qui permet de renforcer le respect des principes généraux de la commande publique, (ex : le traitement équitable des candidats, la transparence des procédures,...) »*. En effet, la dématérialisation assure une traçabilité précise des actions qui ont été menées par les opérateurs économiques, (ex : téléchargement du dossier de consultation des entreprises (DCE), puis téléchargement de l'offre,...) sur la plate-forme de dématérialisation pour Marion HERNANDO¹⁸. De surcroît, cet avantage vient augmenter la sécurisation des échanges comme le fait remarquer Daniel LESUEUR¹⁹.

Toujours selon le Chef du projet dématérialisation et innovation du groupement d'intérêt public (GIP) e-bourgogne²⁰, la dématérialisation des marchés publics contribue à utiliser de manière plus efficace les deniers publics et à réduire les coûts des consommables, (ex : impression, papier, encre,...) du côté des acheteurs. Mais ce n'est pas le principal gain de la dématérialisation des marchés publics. Pour lui, le principal intérêt de la dématérialisation est l'exposition plus vaste des marchés publics lancés par des petits acheteurs que celle-ci permet dans la mesure où plus on donne les moyens à un marché de susciter une large concurrence, plus l'acheteur pourra bénéficier d'une offre proposée au meilleur prix et à une meilleure qualité par les opérateurs économiques. *In fine*, cela permet d'intéresser aux marchés publics des entreprises autrefois peu désireuses d'être actives face aux consultations lancées par les acheteurs.

De même, la dématérialisation permet également de réaliser des économies et de gagner du temps pour les opérateurs économiques. Selon Monsieur MURMYLO²¹, le temps gagné par les opérateurs peut leur permettre d'améliorer la qualité et la quantité de leurs offres car ils n'ont plus à passer leur temps sur « *des actions à faible valeur ajoutée comme se déplacer en mairie pour retirer le dossier »*.

Chantal LEFRANC²² insiste sur le fait que la dématérialisation des marchés publics permet à un plus grand nombre d'opérateurs économiques d'accéder, sans discrimination, aux DCE déposés par les collectivités publiques sur un profil d'acheteur.

L'intérêt de la dématérialisation relevé par la majorité des acheteurs publics rencontrés est le gain de temps que celle-ci procure en terme de délais réglementaires ainsi qu'en terme de délais internes aux

¹⁷ Chef du projet dématérialisation et innovation du Groupement d'intérêt public (GIP) Bourgogne-Franche-Comté, (entretien téléphonique du mercredi 7 juin 2017)

¹⁸ Instrutrice marchés publics en charge de la dématérialisation au Conseil départemental de l'Yonne, (entretien du lundi 29 mai 2017)

¹⁹ Directeur de la commande publique à la ville de NEVERS, (mail du lundi 10 juillet 2017)

²⁰ Devenu le GIP e-bourgogne-franche-comté, puis Territoires Numériques

²¹ Chef du projet dématérialisation et innovation du GIP Bourgogne-Franche-Comté, op. cit.

²² Directrice de la commande publique de la ville de SENS et à la Communauté d'agglomération du Grand Sénonais, (entretien du vendredi 16 juin 2017)

structures, tant côté collectivités que côté opérateurs économiques. La rapidité et la fluidité des procédures sont ainsi saluées par Elise DUQUENNE²³.

Bédira HADJAB²⁴ souligne que les opérateurs économiques ne sont plus tributaires de La Poste et qu'ils peuvent ainsi déposer leurs offres à n'importe quelles heures de la journée et s'épargner les obstacles temporels et de coûts auxquels ils font face lorsqu'ils passent par les services postaux.

Enfin, selon William SCHNEIDER²⁵, la dématérialisation des marchés publics s'inscrit dans « *une démarche globale qui est aussi écologique, car elle permet de diminuer aussi le flux de papier* ». Par conséquent, elle agirait pour le développement durable, objectif que cherche également à atteindre la nouvelle réglementation des marchés publics, notamment par l'intermédiaire de la définition du besoin à satisfaire²⁶.

La dématérialisation des marchés publics ne figure pas parmi les innovations du nouveau droit des marchés publics, et pour cause, elle irrigue les marchés publics depuis de nombreuses années déjà. En effet, en droit interne, les marchés publics ont été impactés, pour la première fois, par la dématérialisation en 2001 comme l'a récemment rappelé Diane POUPEAU en dressant la « *petite histoire de la dématérialisation* »²⁷. D'ailleurs, depuis plusieurs années, certaines étapes des procédures de passation des marchés publics locaux telles que la mise en ligne des DCE par les acheteurs publics locaux, le téléchargement de ceux-ci par les opérateurs économiques ou encore l'envoi des offres des opérateurs s'effectuent déjà quotidiennement de façon dématérialisée.

Cependant, en prévoyant que « *la dématérialisation complète des procédures s'imposera à tous, acheteurs comme opérateurs économiques, et ce, quelle que soit la procédure de passation utilisée* »²⁸ à compter du 1^{er} octobre 2018, les pouvoirs publics ont non seulement décidé d'accélérer le processus tel que le souhaitait, parmi tant d'autres, Madame Laure DE LA BRETECHE, Secrétaire générale pour la modernisation de l'action publique en mars 2017, mais ils ont aussi acté le fait que le moment d'en finir avec une dématérialisation partielle des procédures de passation des marchés publics locaux était venu. La fixation de cette nouvelle échéance, après notamment celle du 1^{er} janvier 2012 répond ainsi à l'impatience de quelques collectivités qu'exprimait par exemple Madame Céline FAIVRE, Directrice des affaires juridiques et de la commande publique au Conseil régional de Bretagne : « *Voilà dix ans qu'on en parle [de la dématérialisation] mais les choses n'ont pas beaucoup avancé* »²⁹. Effectivement, nous verrons dans les développements qu'une minorité de collectivités est beaucoup plus avancée que la plupart d'entre elles dans la mise en œuvre de la dématérialisation de leurs marchés publics.

Au niveau européen, c'est sous l'impulsion de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les

²³ Responsable de la commande publique et des affaires juridiques à la Communauté d'agglomération de NEVERS, (mail du lundi 3 juillet 2017)

²⁴ Chef de la commande publique au Conseil départemental de l'Yonne, (entretien du lundi 29 mai 2017)

²⁵ Responsable de la commande publique et des affaires juridiques à la ville d'AUXERRE, (entretien du mercredi 14 juin 2017)

²⁶ Article 30 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

²⁷ POUPEAU Diane, *Dématérialisation des marchés publics : objectif 2018*, AJDA n°22 2017, 26 juin 2017, p.1253

²⁸ JOANNES Jean-Marc, loc. cit.

²⁹ BERKOVICIUS Christine, loc. cit.

secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et 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, fournitures et services qu'a été lancé le processus de dématérialisation. Toutefois, celles-ci ne feront pas l'objet d'une approche plus approfondie dans les développements.

Par la suite, de nombreux textes³⁰, ayant pour but d'intensifier la dématérialisation des marchés publics, ont modifié le CMP. De même, de nouvelles directives européennes sont intervenues et celles-ci, dont l'étude sera laissée de côté, ont été transposées en droit français comme l'exige la jurisprudence du juge constitutionnel.

En effet, le Conseil constitutionnel a déduit de l'article 88-1 de la Constitution de la V^{ème} République qui dispose que « *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* » que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »³¹.

Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, le I. de l'article 42 de la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives avait autorisé le Gouvernement VALLS II « *à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi* :

1° *Nécessaire à la transposition de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, et de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ;*

2° *Rationnalisant pour l'ensemble des contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne :*

- a) *Les règles générales de passation et d'exécution de ces contrats,*
- b) *Le cadre juridique applicable aux contrats globaux, y compris sectoriels, afin d'harmoniser les règles relatives à ces contrats ;*
- (...)

II. *L'ordonnance prévue au I. s'applique aux contrats pour lesquels une procédure de passation est engagée à une date qui ne peut être antérieure au 1^{er} janvier 2016 ».*

³⁰ (ex : décret n°2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques ; décret n°2002-692 du 30 avril 2002 relatif à la dématérialisation des procédures ; décret n°2008-1334 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au Code des marchés publics ; arrêté NO :ECEM0929046A du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics,...)

³¹ Conseil constitutionnel, décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, « loi pour la confiance dans l'économie numérique », Revue générale du droit *on line*, 2008, numéro 1933 note Jean SIRINELLI, La Semaine Juridique Edition Générale, 14 juillet 2004 n°29 note Philippe BLANCHETIER

C'est ainsi que la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés et abrogeant la directive 2004/18/CE et la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérants dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE furent transposées en droit français par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics avant l'expiration du délai de transposition fixé au 16 avril 2016.

Depuis lors, l'ordonnance précitée a été modifiée³² ou a vu ses articles abrogés (articles 32 et 40) par cinq (5) lois adoptées à la fin du quinquennat HOLLANDE. En conséquence de certaines dispositions de la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (dite « loi CAP ») et de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin II »), la prise du décret n°2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses mesures pour la commande publique a été nécessaire afin de procéder à l'actualisation du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. On peut également souligner ici que c'est l'article 39 de cette « loi Sapin II » qui a permis la ratification de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

A fortiori, c'est cette « loi Sapin II » qui, par l'intermédiaire des dispositions de l'aliéna 1^{er} de son article 38 et dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution de la V^{ème} République, autorise le Gouvernement « à *procéder par voie d'ordonnance, dans un délai de vingt-quatre (24) mois à compter de la promulgation de la présente loi, à l'adoption de la partie législative du code de la commande publique. Ce code regroupe et organise les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession. Les règles codifiées sont celles en vigueur à la date de publication de l'ordonnance ainsi que, le cas échéant, les dispositions déjà publiées mais non encore entrées en vigueur à cette date* ».

C'est à l'automne 2018 que devrait s'achever le travail entrepris par la Commission supérieure de codification à la suite duquel devrait paraître le Code de la commande publique rassemblant les règles sur les marchés publics et les contrats de concession destinées à « *rendre le droit aussi accessible et aussi lisible que possible* »³³ selon Monsieur MAIA, Directeur des affaires juridiques au ministère de l'économie.

En attendant cette échéance, les nouvelles dispositions régissant les marchés publics ont fixé une date butoir déjà citée qui nous intéresse davantage en ce qu'elle concerne la dématérialisation intégrale des

³² MICHON Jérôme, *La réglementation des marchés publics 2017*, op. cit., pp.18-19 : article 46 par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; article 35 bis par la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (dite « loi CAP ») ; articles 45, 52, 53, 59, 69, 77 et 89 par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin II ») ; article 38 par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ; article 35 par la loi n°2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de PARIS et à l'aménagement métropolitain (dite « loi SPAM »)

³³ BERKOVICIUS Christine, loc. cit.

procédures de passation des marchés publics prévue au 1^{er} octobre 2018 s'agissant des acheteurs publics locaux et qui seront largement abordées dans les développements suivants. *A contrario*, il est inutile d'attirer l'attention du lecteur sur la dématérialisation obligatoire de tous les marchés publics passés par les centrales d'achat depuis le 1^{er} avril 2017 dans le corps de ce mémoire.

De même, plusieurs textes tenant au chantier de la dématérialisation des marchés publics ont été pris en 2017. En effet, annoncés par Jean MAIA, Directeur de la DAJ de Bercy, lors du 3^{ème} Forum des acheteurs publics, organisés par La Gazette des communes, à Paris le 28 mars 2017, l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs et l'arrêté NOR :ECFM1637256A du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique ont été publiés au Journal officiel de la République française (JORF) du 27 avril 2017.

Au cours de l'année 2017, il est également envisagé que soit pris des textes relatifs aux outils et dispositifs de communication et d'échanges d'informations par voie électronique, d'une part, et aux modalités de mise à disposition des documents de la consultation sur les profils d'acheteurs, d'autre part.

Reste enfin, la question de la signature électronique des marchés publics, sur laquelle invite à se pencher l'article 102 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et qui devrait prochainement faire l'objet de dispositions spécifiques. En effet, ce dernier énonce que « *Le marché public peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie* », or un tel arrêté n'a pas encore été publié à ce jour. Toujours est-il, cet aspect demeure encore réglementé par un arrêté NOR :EFIM1222915A du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics pris sur le fondement du CMP.

Le stage de fin d'études supérieures destiné à valider le Master II Droit des Interventions Publiques parcours Droit et Gestion des Services Publics Territoriaux d'une durée de trois mois³⁴ a été réalisé dans le Service des relations avec les collectivités locales de la Préfecture de l'Yonne située au 1, Place de la Préfecture, 89016 AUXERRE. Il convient de remarquer ici que le département de l'Yonne (89) figure désormais parmi les départements situés dans le périmètre de la nouvelle région Bourgogne-Franche-Comté en vertu de la loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral. C'est Madame Fabienne LE MENS, Cheffe du Service, qui fut ma tutrice de stage et qui me suit dans la rédaction de ce mémoire.

Le service est situé au 1^{er} étage du Bâtiment Haussmann et se compose de dix agents. En effet, aux côtés de la Cheffe du Service, on trouve son adjointe, sa secrétaire, une agente chargée de l'intercommunalité, une agente chargée des affaires générales et des actes de la fonction publique territoriale qu'adoptent les autorités locales, deux agents chargés du contrôle des marchés publics et des concessions et enfin, trois agentes chargées du contrôle budgétaire.

Dans leurs domaines respectifs, ces agents sont chargés d'assurer le contrôle de légalité des actes que prennent les élus locaux, d'apporter des conseils à ces mêmes élus qui les sollicitent par e-mail, par courrier ou par téléphone ainsi que de rédiger des lettres pour l'avenir, des lettres d'observations, des déférés devant le

³⁴ Du lundi 10 avril au vendredi 7 juillet 2017

tribunal administratif de DIJON ou encore des arrêtés préfectoraux ou inter-préfectoraux soumis à la signature du corps préfectoral. Dans le département icaunais, les membres du corps préfectoral sont Monsieur Jean-Christophe MORAUD³⁵, Préfet de l'Yonne³⁶ ; Madame Françoise FUGIER, Secrétaire générale ; Madame Sabine ROUSSELY, Sous-préfète de SENS et Monsieur Abdelmajid TKOUB, Sous-préfet d'AVALLON.

J'ai également été amené à travailler directement avec la Directrice des collectivités et des politiques publiques, Madame Dominique COURTOISON, ainsi que sa secrétaire dans la mesure où le Service appartient à la Direction des collectivités et des politiques publiques.

Dans le cadre de ce stage, la mission principale qui m'a été confiée par Madame LE MENS consistait à rédiger un référentiel sur la nouvelle réglementation des marchés publics destiné à aider les acheteurs publics du département et notamment les plus petits à passer des marchés publics tout en respectant les dispositions issues de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ainsi que du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Ce référentiel se présente de la façon suivante : un sommaire, une introduction, une liste des abréviations, les fiches techniques ainsi que la base juridique des propos qui étaient avancés, dans la mesure du possible.

Pendant ce stage, une multitude de missions secondaires m'ont été confiées.

Ainsi, j'ai été amené à rédiger des notes adressées à Monsieur le Préfet, Madame la Secrétaire générale, Madame la Directrice des collectivités et des politiques publiques ou encore à Madame la Cheffe du Service des relations avec les collectivités locales.

Au titre du contrôle de légalité, j'ai contrôlé la légalité externe et interne de quelques marchés publics locaux afin de vérifier qu'aucunes irrégularités n'avaient été commises lors de la passation de ceux-ci.

S'agissant des conseils adressés aux édiles, j'ai dû rédiger une lettre d'observation.

Au cours de ces trois mois passés au sein du Service, j'ai également assisté à des réunions qui ont donné lieu à la rédaction de comptes-rendus. Certaines d'entre elles ont eu lieu en interne ; les autres ont eu lieu à l'extérieur.

Lors d'une Commission départementale de coopération intercommunale (CDCI), il m'est revenu la tâche de rédiger le procès-verbal.

D'une part, les pièces³⁷ des marchés publics locaux d'un montant égal ou supérieur à 209 000€³⁸ HT sont au nombre des actes que les collectivités territoriales, leurs établissements publics ainsi que leurs

³⁵ Nommé Préfet de Vaucluse en vertu du décret NOR :INTA1721929D du 28 juillet 2017 portant nomination du Préfet de Vaucluse – M.MORAUD (Jean-Christophe) publié au JORF n°0176 du 29 juillet 2017 (texte n°42)

³⁶ Monsieur Patrice LATRON est le nouveau Préfet de l'Yonne en vertu du décret NOR :INTA1721854D du 28 juillet 2017 portant nomination du Préfet de l'Yonne – M.LATRON (Patrice) publié au JORF n°0176 du 29 juillet 2017 (texte n°43)

³⁷ Article R.2131-5 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), (ex : rapports d'analyse, procès-verbal de la CAO, pièces de la consultation,...)

³⁸ Décret n°2015-1904 modifiant les seuils des procédures formalisées et applicable aux contrats de la commande publique du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2017

groupements doivent obligatoirement transmettre au contrôle de légalité³⁹ dans les quinze (15) jours suivants leur signature⁴⁰. Dans un futur proche, cette transmission est appelée à se faire par voie électronique, comme certaines autorités locales la pratique d'ores-et-déjà, (ex : le Conseil départemental de l'Yonne, la ville d'AUXERRE et la Communauté d'agglomération de l'Auxerrois télé-transmettent les pièces de leurs marchés publics au Service des relations avec les collectivités locales). Lors de notre rencontre, Monsieur Bédira HADJAB a d'ailleurs insisté sur le fait que le Conseil départemental a signé une convention⁴¹ avec la Préfecture de l'Yonne à cette fin.

En effet, en application des aliénas 2^{nds} des articles L.2131-1, L.3131-1, L.4141-1 et de l'article L.5211-3 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), modifiés par l'article 128 de la loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite « loi NOTRe »), les communes de plus de 50 000 habitants, les départements, les régions et les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre devront obligatoirement transmettre au « *représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement* » leurs marchés publics par voie électronique dans les cinq (5) années qui suivent la promulgation de la « loi NOTRe » selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. En revanche, s'agissant des communes dont la population est inférieure au seuil précité, la transmission des marchés publics par voie numérique reste une faculté.

D'autre part, j'ai effectué mon stage au sein d'une Préfecture d'un département situé sur le territoire d'ancrage de la plate-forme dématérialisée du GIP e-bourgogne ce qui m'a permis de rencontrer une dizaine d'acteurs locaux qui travaillent quotidiennement à la mise en place de la dématérialisation des marchés publics locaux tout en continuant à assurer la gestion des flux de papier dans cette période que l'on peut qualifier de transitoire.

Ainsi, j'ai naturellement été amené à m'intéresser à la dématérialisation des marchés publics locaux. Toutefois, l'échéance relativement lointaine de la transmission obligatoirement dématérialisée des pièces des marchés publics locaux passés par les entités précitées au contrôle de légalité conduit à faire abstraction de cet aspect de la dématérialisation de ce type de contrat administratif et à s'intéresser exclusivement à la dématérialisation totale des procédures de passation des marchés publics locaux. De plus, le fait qu'un nouveau régime juridique encadre la dématérialisation des marchés publics locaux et que celle-ci ait été l'objet d'une préfiguration, visant à préparer l'échéance du 1^{er} octobre 2018 et à laquelle sera consacrée les développements finaux, sont à l'origine de la question suivante que je me suis posé : Quelle mise en œuvre pour la dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics locaux ?

Afin de comprendre comment la dématérialisation intégrale des procédures de passation des marchés publics locaux peut-elle être mise en œuvre, il conviendra de procéder à l'étude du régime de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux dans un premier temps (Chapitre I^{er}), avant d'évoquer les outils de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux dans un deuxième temps (Chapitre II), pour finir par se pencher sur les actions qui ont été menées et sur celles

³⁹ Articles L.2131-1, L.2131-2 4°, L.3131-1, L.3131-2 4°, L.4141-1 et L.4141-2 3° et L.5211-3 du CGCT

⁴⁰ Articles L.2131-13 et L.1411-9 du CGCT

⁴¹ Annexe 1: le modèle de convention conclu entre le représentant de l'Etat dans le département et la collectivité pour la transmission électronique des actes de celle-ci à ce dernier

qui sont encore à accomplir dans la perspective de l'instauration de procédures de passation des marchés publics locaux entièrement dématérialisées (Chapitre III).

CHAPITRE I^{er} : Le régime juridique de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux

Conscient de l'appréhension que peuvent ressentir les acheteurs publics locaux face à la dématérialisation des marchés publics et dans un souci de respect du principe de sécurité juridique qui a valeur de principe général du droit⁴², le pouvoir réglementaire a souhaité dans un premier temps que l'emploi de la dématérialisation par les pouvoirs adjudicateurs et candidats aux marchés publics soit facultatif.

Des dispositions relatives à la dématérialisation des marchés publics ont été introduites pour la première fois en droit français par le CMP dans sa version de 2001 issu du décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics. Ainsi, il est possible de conclure des marchés publics par voie électronique depuis 2001.

L'article 56 du CMP dans sa version de 2001 énonçait alors que « *les échanges d'information intervenant en application du présent code peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique* ». Messieurs MOLES et NOEL en déduisent que le recours à la dématérialisation des marchés publics est une simple faculté laissée à l'appréciation des acheteurs publics, c'est-à-dire aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices dans une moindre mesure.

Quelques mois plus tard, le décret n°2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du CMP et relatif aux enchères électroniques ainsi que le décret n°2002-692 du 30 avril 2002 pris en application des I. et II. de l'article 56 et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics sont venus compléter la réforme de 2001.

Progressivement, le régime juridique de la dématérialisation des marchés publics a combiné le caractère facultatif du recours à la dématérialisation avec des dispositions faisant naître des obligations tant du côté des acheteurs publics locaux que des opérateurs économiques comme nous le verrons dans ce Titre I^{er}.

L'affirmation précédente se vérifiera dans l'étude de l'évolution du régime juridique du lancement des procédures de passation dématérialisées des marchés publics ainsi que dans celle consacrée aux communications et échanges d'informations par voie électronique (Section 1). Elle d'avèrera encore vraie lors de l'étude des règles dont on peut considérer qu'elles allaient nécessairement conduire à la réception des seuls plis électroniques et partant de là, au rejet des offres remises sur support papier (Section 2). Enfin, d'autres dispositions déjà liées à la dématérialisation des marchés publics présentent depuis longtemps un caractère facultatif du côté des acheteurs mais incitatif tant leurs emplois sont avantageux alors que les opérateurs économiques se voyaient déjà imposer des règles relatives à la dématérialisation par la réglementation ; règles qui demeurent avec le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (Section 3).

⁴² Conseil d'Etat, Assemblée, 24 mars 2006, Société KPMG et autres, requête n°288460 et suivantes, Revue générale du droit *on line*, 2008, numéro 500 note Sébastien FERRARI

Section 1 - Le régime évolutif du lancement de la procédure et de la communication par voie électronique

En attendant l'échéance du 1^{er} octobre 2018 à partir de laquelle les procédures de passation des marchés publics locaux seront toutes dématérialisées, tantôt le régime juridique de la dématérialisation des marchés publics impose déjà des obligations telles que celles relatives au lancement de la procédure sur un profil d'acheteur (§1), tantôt le régime pose des règles dont le recours est laissé à la libre appréciation de l'acheteur public local comme c'est le cas des communications et des échanges d'informations par voie électronique (§2). Quoi qu'il en soit, comme beaucoup de principes en droit, celui posant la règle de la dématérialisation totale des procédures de passation des marchés publics connaît des exceptions (§3).

§1 – Le lancement de la procédure de passation d'un marché public sur une plate-forme dématérialisée

Le lancement de la procédure dématérialisée d'un marché public passe par la publication des documents de la consultation ainsi que des avis d'appels à la concurrence⁴³ sur un profil d'acheteur. En la matière, un régime juridique existe depuis 2010 (A), mais l'objectif d'une dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics locaux au 1^{er} octobre 2018, que les pouvoirs publics cherchent à atteindre, a eu pour conséquence de supprimer tout seuil en-dessous duquel de telles publications sur un profil d'acheteur ne s'imposeraient pas (B).

A) La publication des documents de la consultation d'un marché public d'un montant supérieur à 90 000€ HT

C'est le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au CMP qui fixe les premières obligations incombant aux acheteurs publics locaux en matière de lancement de la procédure sur un profil d'acheteur ou plate-forme dématérialisée. En effet, ce dernier oblige les acheteurs publics locaux à publier les documents de la consultation sur le profil d'acheteur pour les achats supérieurs à 90 000€ HT depuis le 1^{er} janvier 2010.

Ainsi, au 1^{er} janvier 2010, la lettre de l'article 41 du CMP disposait que « *pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant supérieur à 90 000€ HT, les documents de la consultation sont publiés sur un profil d'acheteur, selon les modalités fixées par arrêté du ministre en charge de l'économie* ».

L'arrêté NOR :ECEM0929046A du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics énonçait que par exception à l'obligation de publication des documents de la consultation sur un profil d'acheteur, ces derniers pouvaient être transmis physiquement lorsqu'ils s'agissaient

⁴³ ex-avis d'appel public à la concurrence (AAPC)

de documents confidentiels, sensibles ou trop volumineux. On peut souligner ici que ces exceptions ont été reprises par la réforme du droit des marchés publics au II. de l'article 41 du décret du 25 mars 2016.

De son côté, l'article 40, qui le précédé, prévoyait que les avis d'appel public à la concurrence (AAPC) des marchés d'un montant supérieur au montant précité devaient être publiés sur le profil d'acheteur.

Actuellement dans un régime transitoire en attendant l'échéance du 1^{er} octobre 2018, il convient d'évoquer tour à tour les deux situations mentionnées par le décret relatif aux marchés publics.

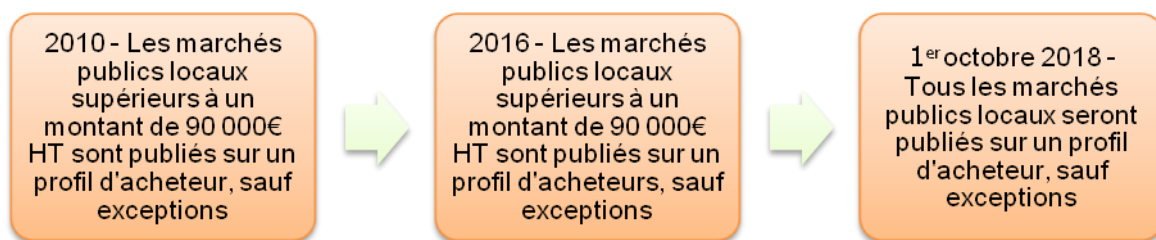
B) La publication des documents de la consultation de tous les marchés publics sur un profil d'acheteur à compter du 1^{er} octobre 2018

Selon l'aliéna 1^{er} du I. et l'alinéa 1^{er} du IV. de l'article 39 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, l'obligation consistant à ne mettre gratuitement à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur que les seuls documents de la consultation des « *marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée* » et des marchés publics, dont le montant estimé du besoin à satisfaire est égal ou supérieur à 90 000€ HT, passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, s'applique jusqu'au 1^{er} octobre 2018.

Le Directeur des affaires juridiques de Bercy, Jean MAIA, insiste sur le fait que « *la dématérialisation complète des procédures s'imposera à tous, acheteurs comme opérateurs économiques, et ce, quelle que soit la procédure de passation utilisée* »⁴⁴ à compter du 1^{er} octobre 2018.

Dans cette perspective, l'aliéna 1^{er} du I. et l'aliéna 2nd du IV. de l'article 39 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics énonce qu'au-delà du 1^{er} octobre 2018, l'obligation consistant à mettre gratuitement à disposition des opérateurs économiques, sur un profil d'acheteur, les documents de la consultation sera applicable à l'ensemble des procédures auxquels recourent l'ensemble des acheteurs publics locaux.

⁴⁴ JOANNES Jean-Marc, loc. cit.



Disparition du seuil en dessous duquel les marchés publics locaux n'avaient pas à faire l'objet d'une publication sur un profil d'acheteur

A côté du lancement de la procédure de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations au cours de cette dernière sont également visés par la dématérialisation à la même échéance.

§2 – Les communications et échanges d'informations dématérialisés à compter du 1^{er} octobre 2018

Actuellement dans un régime transitoire en attendant l'échéance du 1^{er} octobre 2018, les deux situations mentionnées par le décret relatif aux marchés publics doivent être évoquées successivement.

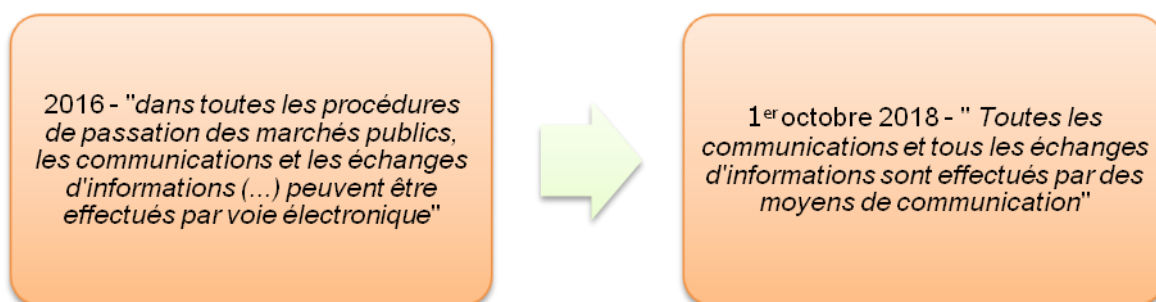
Selon l'aliéna 1^{er} du I. de l'article 40 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, jusqu'au 1^{er} octobre 2018 « *dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations (...) peuvent être effectués par voie électronique* ».

Diane POUPEAU insiste sur le fait qu'« A compter du 1^{er} octobre 2018, tous les marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence publié seront entièrement dématérialisés »⁴⁵, en s'appuyant sur le I. de l'article 41 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

En effet, l'aliéna 1^{er} du I. de l'article 41 du « décret marchés publics » prévoit que « *Toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication*

⁴⁵ POUPEAU Diane, op. cit., p.1252

électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication » à compter du 1^{er} octobre 2018 pour les acheteurs publics locaux.



Disparition du caractère facultatif de l'usage de moyens de communications et d'échanges d'informations électroniques

Comme souvent en droit, le principe s'accompagne d'exceptions. Il en est de même s'agissant de certains documents relatifs aux marchés publics qui sont exemptés de faire l'objet d'une diffusion sur le profil d'acheteur et d'un partage par des moyens électroniques.

§3 – Les documents exemptés d'une diffusion sur un profil d'acheteur et d'un partage par des moyens électroniques

Un certain nombre d'exceptions sont prévues à l'obligation de recourir aux moyens électroniques pour toutes les communications et tous les échanges d'informations à compter du 1^{er} octobre 2018 ainsi qu'à l'obligation de mettre gratuitement à la disposition des opérateurs économiques les documents de la consultation des marchés publics sur un profil d'acheteur à compter de la même échéance dans la mesure où la lettre de l'aliéna 1^{er} du II. de l'article 39 renvoi au II. de l'article 41 du décret relatif aux marchés publics en date du 25 mars 2016.

En effet, par exception, certains documents de la consultation n'ont pas obligatoirement à être diffusés sur un profil d'acheteur. Ces documents de la consultation sont ceux pour lesquels « l'acheteur n'est pas tenu d'exiger l'utilisation de moyens de communication électronique » selon la lettre de l'aliéna 1^{er} du II. de l'article 41. Concrètement sont concernés :

- les situations mentionnées du 1° au 7° de ce II. parmi lesquelles on trouve notamment les deux cas exposés par Mathieu NOEL et Schéhérazade ABOUB, à savoir le cas des documents ne pouvant pas être communiqués par voie électronique car leur « *mise en ligne est techniquement impossible* »⁴⁶, (ex : 3°, 4°, 5° et 6° de l'alinéa 1^{er} du II. de l'article 41) ainsi que celui des « *documents sensibles* »⁴⁷ mentionné au 7° du II. de l'article précité. Cela constitue déjà une première liste d'exceptions.
- « *les marchés publics mentionnés à l'article 30 et répondant à un besoin dont la valeur estimée et inférieure aux seuils de procédure formalisée* » auxquels renvoi le 1° de l'alinéa 1^{er} du II. de l'article 41. Il s'agit donc ici d'une deuxième liste d'exceptions qui concerne les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables au nombre desquels figure l'exemple prit par Monsieur MAIA, à savoir le cas des marchés publics dont la valeur estimée du besoin à satisfaire est inférieure à 25 000€ HT évoqué au 8° du I. de l'article 30 du « décret marchés publics ». On est alors en présence d'une véritable liste de marchés publics locaux dispensés de faire l'objet d'une publication obligatoire sur un profil d'acheteur dans la mesure où cet article 30 se compose d'un I. mentionnant de multiples hypothèses, du 1° au 10°, d'un II. ainsi que d'un III. faisant allusion à deux situations.
- « *les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés à l'article 28* » auxquels renvoi le 2° du II. de l'article 41. Ainsi, une troisième liste d'exceptions se fait jour puisque les « *marchés publics ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques* » sont limitativement énumérés au I. de l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques publié au JORF du 27 mars 2016 (texte n°66), (ex : les services sanitaires, sociaux et connexes,...).

La dématérialisation des marchés publics n'a pas commencé avec la réforme des marchés publics de 2015-2016 comme il l'a été démontré s'agissant du lancement de la procédure et des échanges d'informations et des communications au cours de celle-ci. Concernant ces deux aspects, elle s'achèvera à l'automne 2018. En parallèle, d'autres règles n'auront eu de cesse de tenter d'imposer la dématérialisation des offres ou la remise des plis numérique avant de rendre obligatoire cette dernière à l'échéance du 1^{er} octobre 2018.

Section 2 - Les règles conduisant aux rejets de toutes les offres transmises sous forme matérialisée au 1^{er} octobre 2018

Deux mouvements parallèles ont tenté d'instaurer peu à peu une remise des offres dématérialisées. Le premier visait à ce que les acheteurs publics locaux imposent dans leurs DCE les dépôts de plis électroniques par les opérateurs économiques (§1). Le second obligeait les acheteurs publics locaux à accepter les offres transmises par voie numérique (§2). C'est finalement le processus de dématérialisation complète des

⁴⁶ NOEL Mathieu et ABOUB Schéhérazade, *Les « nouvelles » obligations de dématérialisation de l'administration. Panorama 2015-2016*, in Dossier « Les collectivités saisies par le numérique », AJCT avril 2017, pp.192-196

⁴⁷ *ibid.*

procédures de passation des marchés publics, à compter du 1^{er} octobre 2018, qui amène Monsieur MAIA à expliciter le régime du rejet des plis qui seront remis sous format papier à partir du 1^{er} octobre 2018 (§3).

§1 – L’extension progressive de la faculté reconnue à l’acheteur public local d’imposer la remise des plis par voie électronique

Madame POUPEAU considère que la réglementation des marchés publics de 2001 permettait à l’acheteur public local d’imposer la transmission de plis par voie électronique dans le cadre des marchés à procédure simplifiée devenus marchés à procédure adaptée (MAPA).

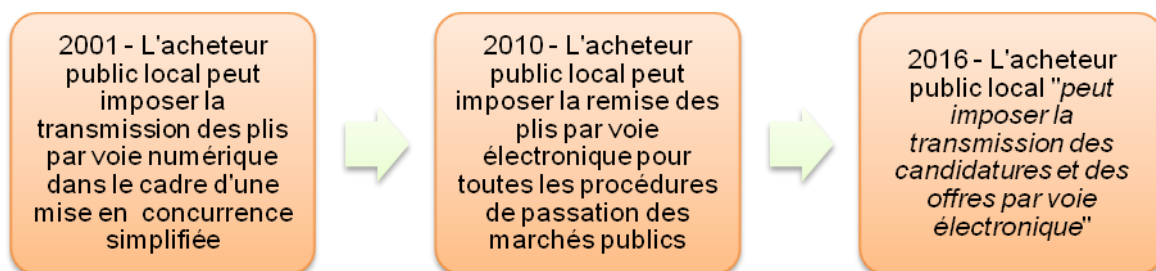
Par la suite, cette possibilité a été étendue aux procédures formalisées ou européennes afin d’atteindre davantage de marchés publics locaux. Effectivement, depuis sept (7) ans déjà, il est désormais possible pour l’acheteur public local d’imposer la transmission des plis dématérialisés pour toutes les procédures. L’acheteur public local peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie numérique, à la condition d’en avoir informé les candidats, notamment à travers le règlement de consultation (RC).

Par un raisonnement *a contrario*, on peut en déduire que l’acheteur public local est habilité à rejeter les candidatures et plis transmis sur support papier lorsqu’il impose la remise d’une offre dématérialisée dans son RC.

Monsieur Alexis BOUDARD, Directeur du programme de Développement concerté de l’administration numérique territoriale au Secrétariat général pour la modernisation de l’action publique (SGMAP) reconnaît lui-même que « *Les acheteurs peuvent imposer la réponse électronique depuis 2010* »⁴⁸.

Selon le I. de l’article 40 alinéa 4^{ème} du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 « *L’acheteur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique* ». Le décret relatif aux marchés publics ne fait ainsi plus référence à un quelconque seuil ni à une quelconque procédure de passation d’un marché public local en dessous desquels l’acheteur public local pourrait ne pas imposer la remise des candidatures et des offres par voie numérique.

⁴⁸ KHALID Nohmana, *Le « Marché public simplifié » attend son envol*, Le Moniteur, 30 juin 2017, p.84



Extension progressive de la faculté reconnue à l'acheteur public local d'imposer la remise des plis par voie électronique

Le premier mouvement a d'abord visé à imposer la remise des plis par voie électronique aux MAPA, avant d'ouvrir cette faculté vis-à-vis des marchés dont le montant estimé du besoin à satisfaire égale ou dépasse les seuils européens. Le second mouvement s'est développé dans l'autre sens, c'est d'abord à la transmission par voie dématérialisée de marchés conséquents que les acheteurs publics locaux ne pouvaient pas s'opposer, avant de ne plus être en capacité de faire obstruction à la remise d'une offre par voie électronique répondant aux besoins d'un « petit marché ».

§2 – L'extension progressive de l'obligation incombant à l'acheteur public local d'accepter la remise des plis par voie électronique

Les acheteurs publics locaux sont tenus « *d'accepter les candidatures et les offres transmises par voie électronique à compter du 1^{er} janvier 2005* »⁴⁹ selon l'article 56 du CMP en vigueur au 7 janvier 2004. Exceptionnellement, les acheteurs publics pouvaient se soustraire à cette obligation si l'avis de publicité l'avait expressément interdit.

Diane POUPEAU se montre plus précise et considère qu'à partir de 2005 « *l'acheteur ne peut pas refuser de recevoir des plis électroniques pour une procédure formalisée* »⁵⁰.

Contrairement à ce qu'il s'est passé dans le cas précédent, l'obligation a été étendue à un seuil inférieur, toujours afin d'atteindre un nombre plus important de marchés publics locaux.

⁴⁹ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit. p.117sq.

⁵⁰ POUPEAU Diane, op. cit., p.1253

Pour Diane POUPEAU, c'est depuis 2012 que l'acheteur public local n'est plus en mesure de « *refuser de recevoir des plis électroniques pour tous les marchés d'un montant supérieur à 90 000€ HT* »⁵¹. En conséquence, il doit accepter une offre télé-transmise.

Selon le 1° du II. de l'article 40 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 « *les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupement* » ne peuvent « *refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique* ». Ici non plus, le décret relatif aux marchés publics ne fait plus référence à un quelconque seuil, pas plus qu'il ne mentionne une quelconque procédure de passation d'un marché public en dessous desquels l'acheteur public local pourrait ne pas imposer la remise des candidatures et des offres par voie numérique.



Extension progressive de l'obligation incombant à l'acheteur public local d'accepter la remise des plis par voie électronique

Le résultat des deux mouvements précédents, à savoir l'augmentation du nombre de marchés publics locaux susceptibles de se voir imposer une réponse par voie électronique et l'extension de l'interdiction de refuser la transmission des plis par voie électronique, amène inévitablement à ne recevoir que des offres transmises par voie électronique et à rejeter systématiquement les offres remises sous format papier. C'est ce qu'il se passera au 1^{er} octobre 2018, date à partir de laquelle les procédures de passation des marchés publics locaux seront complètement dématérialisées et Monsieur MAIA explique quelles sont les postures que devront adopter les acheteurs publics locaux face à la réception d'une offre sur un support papier.

⁵¹ POUPEAU Diane, op. cit., p.1253

§3 – Le régime du refus de l’offre matérialisée

A compter du 1^{er} octobre 2018, l’acheteur public local destinataire d’une offre transmise sous format papier devra obligatoirement rejeter cette offre afin de ne pas porter atteinte au principe d’égalité de traitement entre les candidats. En effet, selon Jean MAIA de la DAJ de Bercy, ne pas rejeter cette offre remise sur support matérialisé reviendrait à traiter de façon discriminatoire les opérateurs économiques qui auront pris les « mesures nécessaires pour se conformer à l’obligation de dématérialisation »⁵².

A partir du 1^{er} octobre 2018, toute offre présentée sur support papier devra être qualifiée d’offre irrégulière par l’acheteur public local d’après le Directeur des affaires juridiques du ministère de l’économie. Toutefois, Monsieur MAIA explicite les trois solutions dont dispose l’acheteur public local afin de débloquer la procédure :

- « soit il peut demander au soumissionnaire de régulariser son offre⁵³ »⁵⁴, concrètement cela consiste à demander au candidat autorisé à soumissionner à lui transmettre une version dématérialisée de son offre ;
- « soit, si cette offre a été remise dans le cadre d’un appel d’offres, l’acheteur peut relancer une procédure concurrentielle avec négociation après publication d’un avis de marché⁵⁵ »⁵⁶ ;
- Soit, il « peut également faire le choix de relancer une nouvelle procédure après avoir déclaré la procédure sans suite⁵⁷ »⁵⁸.

Dans la mesure où le mécanisme de régularisation des offres, innovation du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, n’est qu’une faculté dont bénéficie les acheteurs publics locaux, Jean MAIA met en garde les opérateurs économiques et en appelle à leur vigilance tant vis-à-vis des exigences formulées par les acheteurs publics locaux dans leurs DCE avant l’échéance du 1^{er} octobre 2018 que vis-à-vis de la législation qui sera en vigueur à partir de cette date butoir. Pas tenu de demander à ce qu’une offre soit régularisée, l’acheteur qui décidera de rejeter l’offre remise sous format papier sera dans son bon droit.

Si la voie empruntée par la réglementation des marchés publics depuis plusieurs années ne laissait aucun doute sur la volonté d’accroître le nombre d’offres électroniques reçues par les acheteurs publics locaux, certaines dispositions accordaient aux acheteurs publics locaux le bénéfice du choix de recourir à l’envoi par voie numérique ou pas. Mais au contraire, on retrouvait également du côté des opérateurs économiques des obligations liées à la dématérialisation des marchés publics qui sont issues du régime juridique ; ces règles sont maintenues.

⁵² JOANNES Jean-Marc, loc. cit.

⁵³ II. de l’article 59 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

⁵⁴ JOANNES Jean-Marc, loc. cit.

⁵⁵ 6° du II. de l’article 25 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

⁵⁶ JOANNES Jean-Marc, loc. cit.

⁵⁷ Article 98 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

⁵⁸ JOANNES Jean-Marc, loc. cit.

Section 3 - Le maintien des règles existantes en matière de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux

Depuis quelques années déjà, la dématérialisation offrait des opportunités dont il appartenait aux acheteurs publics locaux de se saisir (§1). En revanche, au cours de la même période, la dématérialisation était à l'origine d'obligations à l'égard des opérateurs économiques (§2).

§1 – Les éléments des procédures de passation des marchés publics déjà ouvert à la dématérialisation du côté des acheteurs

Tout indique que les notifications de décisions ainsi que les lettres de rejet à destination des candidats évincés pouvaient déjà faire l'objet d'une transmission par voie électronique. La dématérialisation intégrale des procédures de passation des marchés publics locaux à l'horizon automne 2018 n'apportera alors rien de nouveau d'un point-de-vue juridique en la matière (A). Depuis 2010, le recours à la transmission des candidatures et des offres par voie dématérialisée procure une réduction des délais réglementaires. Ces avantages qui constituent un des attraits de la dématérialisation des marchés publics locaux sont maintenus avec la réforme du droit des marchés publics de 2015-2016 (B).

A) Les envois de notifications et courriers de rejet par voie électronique déjà possibles

En 2011, Philippe MOLES et Mathieu NOEL soulignaient que les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) approuvés par arrêtés en 2009⁵⁹ rendaient possible la notification au titulaire du marché, par voie électronique, des décisions ou informations du pouvoir adjudicateur qui font courir un délai tels que les ordres de services.

Si, la même année, Messieurs MOLES et NOEL notaient que « *la notification de l'acte d'engagement par voie électronique* »⁶⁰ est visée par le CMP de 2010, ils remarquaient également que « *la notification électronique de la lettre de rejet* »⁶¹ aux candidats évincés n'était pas obligatoire. Par un raisonnement *a contrario*, on en déduit qu'à défaut d'avoir un caractère obligatoire, elle avait déjà le mérite d'exister.

⁵⁹ (ex : CCAG « fournitures courantes et services » issu de l'arrêté du 19 janvier 2009, CCAG « prestations intellectuelles » issu de l'arrêté du 16 septembre 2009, CCAG « travaux » issu de l'arrêté du 8 septembre 2009, modifié depuis lors par un arrêté du 3 mars 2014, CCAG « techniques de l'information et de la communication » issu de l'arrêté du 16 septembre 2009)

⁶⁰ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

⁶¹ *ibid.*

Dans ce cas, l'« envoi par télécopie est assimilé à un envoi électronique »⁶². De ce fait, les deux auteurs précités considéraient que la règle encadrant la notification était plus souple que celle relative à la signature électronique dont le régime a été précisé dans une ordonnance rendue par le tribunal administratif de STRASBOURG⁶³.

Selon un avis⁶⁴ du Pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité, depuis 2012, il ne fait plus guère de doute que la notification du marché public comme l'envoi des lettres de rejet des offres aux candidats non retenus peuvent être réalisés par voie numérique. En effet, « le point 9.3 » de la version 2.0 de décembre 2012 du guide de la dématérialisation des marchés publics établi par la DAJ du ministère de l'économie indique « *qu'il est tout à fait possible de recourir dans ce cas à la lettre recommandée électronique dont les modalités sont fixées par le décret n°2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat* »⁶⁵. Ainsi, l'article 2 du décret précité dispose que « le tiers chargé de l'acheminement de la lettre recommandée électronique renvoie par courrier électronique à l'expéditeur une preuve de son dépôt ».

Si les acheteurs publics locaux peuvent recourir à un envoi électronique pour notifier l'attribution du marché public ou informer les candidats non retenus de leurs évictions, c'est la possibilité de réduire différents délais des procédures de passation du type de contrat administratif précité et du temps gagné derrière par l'intermédiaire de la dématérialisation qui est mieux connue de ceux-ci.

B) La réduction des délais en cas d'envoi par voie électronique maintenue

Présente au moment de la mise en concurrence, comme à l'étape des procédures de passation d'un marché public local située entre la notification aux candidats évincés et la signature de l'offre par l'acheteur, la faculté de réduire les délais réglementaires constitue pour beaucoup ce qu'il y avait de plus attrayant dans la dématérialisation des marchés publics locaux jusqu'ici. Déjà ouvert dans le droit des marchés publics antérieurs à la réforme de 2015-2016 (1), cet aspect positif perdure avec le « décret marchés publics » (2).

1) La réduction des délais de procédure possible dans le droit antérieur à la réforme des marchés publics

En 2010, en application des dispositions de l'article 57 et suivants du CMP, désormais abrogés, les pouvoirs adjudicateurs pouvaient bénéficier d'une réduction du délai minimal de mise en concurrence tant pour la remise des candidatures que pour celles des offres lorsque ceux-ci envoyaient par voie électronique l'avis au

⁶² MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

⁶³ Tribunal administratif de STRASBOURG, 21 juillet 2010, Société Energest, requête n°100146 (ordonnance), AJCT mars 2011, pp.117-125, Philippe MOLES et Mathieu NOEL et Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015, p.52

⁶⁴ Annexe 2 : l'avis LY-2016-0908

⁶⁵ Avis LY-2016-0908

Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)⁶⁶ et le DCE⁶⁷ sur les mêmes supports. On peut alors relever que c'étaient les MAPA dont la valeur estimée du besoin à satisfaire égalait ou dépassait le seuil de 90 000€ HT et les marchés publics locaux passés selon des procédures formalisées, qui devaient respectivement faire l'objet de telles publicités, qui étaient concernés ici.

En 2011, Messieurs MOLES et NOEL considéraient, à juste titre, qu'une telle réduction des délais réglementaires minimaux de mise en concurrence perdait de son intérêt étant donné que la publication du DCE sur le profil d'acheteur était déjà obligatoire d'une part et que d'autre part, la plupart des plates-formes de dématérialisation des marchés publics locaux offraient d'ores-et-déjà des fonctionnalités jouant le rôle de passerelle entre le profil d'acheteur et le BOAMP ou le JOUE, (ex : e-bourgogne).

De son côté, la notification électronique de la lettre de rejet permettait, déjà en 2010, au pouvoir adjudicateur de réduire⁶⁸ le délai de suspension de la procédure de passation ou délai « dit de *standstill* » qui doit s'écouler entre la date de notification du rejet et la date de signature du marché public local afin de laisser le temps aux candidats évincés d'introduire un référé pré-contractuel devant le juge administratif.

2) La réduction des délais de procédure encore possible avec le décret relatif aux marchés publics

Selon le II. de l'article 67 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, dans la procédure d'appel d'offres ouverte, le délai minimal de réception des candidatures et des offres est réduit à trente (30) jours en cas d'envoi par voie électronique.

L'alinéa 2nd du I. de l'article 70 et l'alinéa 2nd du II. de l'article 72 du « décret marchés publics » prévoient respectivement que dans la procédure d'appel d'offres restreinte et la procédure concurrentielle avec négociation, le délai minimal de réception des offres est réduit à vingt-cinq (25) jours en cas d'envoi dématérialisé.

Selon le I. de l'article 101 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, lorsque la notification aux candidats non retenus a été transmise par voie électronique, le délai minimal de suspension de la procédure à respecter entre la date d'envoi de la notification précitée et la date de signature du marché public local passé par l'acheteur selon une procédure formalisée est de onze (11) jours.

Tandis que l'envoi par voie numérique des documents précités liés aux procédures de passation des marchés publics locaux est facultatif pour les acheteurs publics locaux, certaines dispositions relatives à la dématérialisation des marchés publics font naître des obligations à l'égard des opérateurs économiques et ce depuis plusieurs années déjà.

⁶⁶ Moins cinq (5) jours

⁶⁷ Moins sept (7) jours

⁶⁸ Onze (11) jours au lieu de seize (16) jours (article 80 du CMP, désormais abrogé)

§2 – La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics déjà source d’obligations à l’égard des opérateurs économiques

Pour les marchés publics locaux présentant la particularité d’être lié à l’informatique, il incombe depuis longtemps aux opérateurs économiques appartenant à ce secteur économique de présenter leurs candidatures et leurs offres par voie électronique (A). De même, le choix du mode de transmission est irréversible et s’impose tout au long des procédures de passation à l’opérateur économique, qu’il l’ait choisi ou non (B). Ces deux obligations, anciennes, sont reprises dans le décret relatif aux marchés publics du printemps 2016.

A) L’offre obligatoirement transmise par voie électronique par les opérateurs économiques du secteur économique de l’informatique

Là encore, c’est depuis 2010 qu’en vertu du II. de l’article 56 du CMP, désormais abrogé, les marchés de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques de plus de 90 000€ HT requièrent obligatoirement une transmission des candidatures et des offres de manière électronique de la part des opérateurs économiques œuvrant dans ce secteur d’activité.

Selon le 2° du II. de l’article 40 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 « *Pour les marchés publics de fournitures de matériels informatiques et les marchés publics de services informatiques répondant à un besoin* » dont le montant estimé est égal ou supérieur à 90 000€ HT passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements « *les candidatures et les offres sont transmises par voie électronique* ».

Cette première obligation qui pèse sur les opérateurs économiques ne doit pas s’avérer être contraignante dans la mesure où elle produit ses effets sur des spécialistes du numérique. La seconde obligation semble être beaucoup plus lourde à supporter pour les opérateurs économiques.

B) L’identité des moyens d’entretenir les correspondances s’impose aux opérateurs économiques

En mars 2011, Philippe MOLES et Mathieu NOEL indiquaient qu’il importait peu que l’opérateur économique choisisse lui-même de télé-transmettre sa candidature et son offre ou qu’il se voit imposer leurs transmissions par voie électronique car dans tous les cas celui-ci est tenu d’entretenir des correspondances avec le pouvoir adjudicateur de la même manière tout au long de la procédure de passation du marché public local. Selon ces auteurs, il découle de ce qui précède que l’envoi de l’offre sur support papier cumulé à un envoi électronique, ou l’inverse, conduit inévitablement au rejet des deux offres.

Selon le 3^{ème} aliéna du I. de l'article 40 du « décret marchés publics », « *Pour chaque étape de la procédure, les candidats et les soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur* ».

Afin d'être opérationnelle, la dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics locaux nécessite l'emploi d'outils qui interviennent aux différentes étapes des procédures de passation de ces contrats administratifs.

CHAPITRE II : Les outils de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux

Logiquement les outils de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics seront présentés en suivant l'ordre dans lequel ils sont amenés à être utilisés par les acteurs locaux du droit des marchés publics que sont les acheteurs publics et les opérateurs économiques. Ainsi, le profil d'acheteur (Section 1) sera abordé avant les deux outils récents permettant aux candidats de présenter de façon dématérialisée leurs candidatures (Section 2). L'étude de ces derniers sera suivie par celle de deux outils clés de la remise d'une offre électronique, à savoir la signature électronique et la copie de sauvegarde (Section 3).

Section 1 - « *L'outil indispensable* » : le profil d'acheteur

Déjà mentionné à maintes reprises, le profil d'acheteur est véritablement l'« *outil indispensable* »⁶⁹ pour assurer la dématérialisation totale des procédures de passation des marchés publics locaux dans la mesure où il a déjà été qualifié comme tel de nombreuses fois. L'article 39 du CMP, aujourd'hui abrogé, définissait d'ailleurs cet outil comme « *le site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur a recours pour ses achats* ». Autrement défini, le profil d'acheteur consiste en une « *plate-forme dématérialisée dédiée à la passation des marchés publics par voie électronique, accessible au public par l'intermédiaire du réseau internet, et qui centralise l'ensemble des moyens informatiques supportant des logiciels applicatifs* »⁷⁰.

Bien que le profil d'acheteur puisse servir à dématérialiser complètement les marchés publics locaux, (ex : transmission au contrôle de légalité, exécution, archivage,...), cet outil sert en premier lieu à lancer les procédures dématérialisées de passation d'un marché public local via la publicité de ce dernier. Le caractère suffisant ou insuffisant de la publicité d'un marché public sur une plate-forme dématérialisée a déjà fait l'objet de précisions (§1). De leurs côtés, claires dans le texte, les nouvelles règles relatives au moment auquel les consultations doivent être mise à la disposition des opérateurs économiques sur le profil d'acheteur sont à la source d'un débat doctrinal (§2).

⁶⁹ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq. et MICHON Jérôme, *Marchés publics et concessions : de nouvelles obligations pour les plateformes de dématérialisation*, La Gazette des communes, 31 mai 2017

⁷⁰ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

§1 – Le caractère suffisant ou insuffisant de la publicité assurée par le profil d’acheteur

Les juges administratifs ont déjà été amenés à statuer sur le caractère suffisant ou insuffisant de la publicité assurée par le profil d’acheteur (A). La DAJ de Bercy, quant à elle, a également pris position (B).

A) La position de la jurisprudence sur le caractère suffisant ou insuffisant de la publicité d’un marché public sur le profil d’acheteur

Dans un jugement du 5 novembre 2010, le tribunal administratif de RENNES⁷¹ avait décidé que la seule publication d’un MAPA de plus de 90 000€ HT sur un profil d’acheteur faisait obstacle à son annulation fondée sur l’article L.551-18 du Code de la justice administrative (CJA) relatif au référé contractuel et aux termes duquel « *le juge prononce la nullité du contrat lorsqu’aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n’a été prise* ». S’agissant des MAPA, une publicité effectuée uniquement sur le profil d’acheteur peut donc s’avérer être suffisante.

De son côté, la haute juridiction⁷² refuse d’interdire aux acheteurs de recourir à la seule publication des avis d’appel à la concurrence sur le profil d’acheteur.

La jurisprudence ne laisse aucun doute sur la capacité de l’unique publication d’un avis de publicité sur un profil d’acheteur à assurer une publicité suffisante alors que la position de la DAJ dirigée actuellement par Monsieur Jean MAIA semble moins tranchée.

B) La position de la Direction des affaires juridiques de Bercy sur le caractère suffisant ou insuffisant de la publicité d’un marché public sur le profil d’acheteur

La DAJ du ministère de l’économie procède à la distinction entre le caractère suffisant ou insuffisant d’une publicité sur un profil d’acheteur en se penchant sur l’audience de la plate-forme dématérialisée, ainsi :

- la seule publicité sur un profil d’acheteur peut être suffisante si le profil d’acheteur utilisé dispose d’une audience en rapport avec l’enjeu et le montant du marché public ;
- au contraire, pour les sites à audience réduite, ce mode d’information ne doit être utilisé que comme un moyen complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

⁷¹ Tribunal administratif de RENNES, 5 novembre 2010, (jugement), AJCT mars 2011, pp.117-125, Philippe MOLES et Mathieu NOEL et Guide d’aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015, p.44

⁷² Conseil d’Etat, 4 juillet 2012, Cabinet Froment-Meurice, requête n°353305, Fiches techniques DAJ « Les marchés à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant » p.9

Recourir au profil d'acheteur permet donc d'assurer une publicité suffisante d'un marché aux yeux des magistrats de l'ordre administratif. Encore faut-il savoir à quel moment les documents de la consultation doivent être publiés sur le profil d'acheteur.

§2 – Le débat doctrinal relatif au moment où la publication des documents de la consultation sur le profil d'acheteur doit être assurée

Si l'échéance relative à la mise en œuvre de ce nouveau dispositif fait preuve d'une grande clarté (A), certains auteurs relèvent des incertitudes quant au moment où les documents de la consultation doivent effectivement faire l'objet d'une publication dématérialisée (B).

A) L'intelligibilité de la lettre de l'article 39 du décret relatif aux marchés publics

L'aliéna 1^{er} du I. de l'article 39 du décret n°2016-360 en date du 25 mars 2016 dispose que « *Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon les modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie* ».

Ainsi, à la lecture des dispositions de cet article, il semble à Mathieu NOEL et Schéhérazade ABBOUB que ce sont tous les documents de la consultation qui « *doivent dorénavant être mis à la disposition des candidats, dès la publication de l'avis de publicité et ce, quelle que soit la procédure choisie* »⁷³, (ex : MAPA, appel d'offres ouvert ou restreint, procédure négociée,...). Par conséquent, en attendant que des précisions soient éventuellement apportées à l'alinéa 1^{er} du I. de l'article 39 du décret précité, les deux auteurs retiennent que les exceptions à cette mise à disposition ne devraient concerner que les seuls documents visés au II. de l'article 41 du même décret, (ex : « *documents dont la mise en ligne est techniquement impossible, documents sensibles,...* »⁷⁴), déjà mentionnées.

Face à la règle énoncée dans la nouvelle réglementation relative aux marchés publics, existent des dispositions sur le fondement desquelles les auteurs font émerger d'autres lectures possibles du droit des marchés publics dématérialisés.

⁷³ NOEL Mathieu et ABBOUB Schéhérazade, op. cit., p.192sq.

⁷⁴ *ibid.*

B) Les interprétations doctrinales de la nouvelle réglementation relative à l'instant où la mise à disposition des documents de la consultation sur le profil d'acheteur doit être effectuée

En effet, Monsieur NOEL et Madame ABBOUB exposent néanmoins une autre interprétation fondée sur l'article 56 du « décret marchés publics ». En vertu de celle-ci, en cas d'appel d'offres restreint ou de procédure de négociation avec mise en concurrence préalable, il ne serait pas obligatoire de « *mettre à disposition les documents de la consultation au moment de la publication de l'avis de publicité mais (...) il conviendrait de les communiquer ultérieurement aux seuls candidats choisis* »⁷⁵.

Partant de là, les deux auteurs estiment que « *les documents de la consultation pourraient continuer à n'être adressés qu'aux seuls candidats sélectionnés à l'issue de la première phase de sélection des candidatures en cas de procédure restreinte* »⁷⁶.

Néanmoins, ils nuancent leur interprétation en énonçant qu'adopter une position intermédiaire déjà employée par certaines collectivités consistant en la publication, concomitamment à celle de l'avis de publicité, du maximum d'informations concernant le projet envisagé, à l'instar de sa consistance, de son coût, du calendrier projeté, sans pour autant publier les documents de la consultation, serait également une solution.

Enfin, faisant preuve de prudence face au risque juridique auquel pourrait être confronté les acheteurs publics locaux en cas d'absence de publicité des documents de la consultation lors de l'étape du recueil des candidatures, Mathieu NOEL et Schéhérazade ABBOUB conseillent à ces derniers de mettre l'ensemble des documents de la consultation à disposition des candidats dès la publication de l'avis de publicité.

Mesdames Flora LABOUTIER et Angélica RAMOS considèrent, pour leur part, que les DCE doivent être mis à disposition de manière gratuite et dématérialisée « *dès la publication de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt de la consultation en cas d'appel à manifestation d'intérêt, et l'envoi de la lettre de consultation dans les procédures restreintes* »⁷⁷.

L'acheteur public local porte à la connaissance des opérateurs économiques le besoin qu'il entend satisfaire par l'intermédiaire de l'outil qu'est le profil d'acheteur. Les opérateurs économiques peuvent désormais présenter leurs candidatures de manière dématérialisée afin de répondre à la consultation lancée par l'acheteur public local.

⁷⁵ NOEL Mathieu et ABBOUB Schéhérazade, op. cit., p.192sq.

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ LABOUTIER Flora et RAMOS Angélica, *La dématérialisation à l'aune de la réforme de la commande publique* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167 juillet-août 2016, p.21

Section 2 : Les outils de la présentation dématérialisée des candidatures

Récemment deux outils permettant d'assurer une présentation dématérialisée des candidatures ont surgi dans le droit des marchés publics. L'un est le fruit de la volonté de simplifier les relations entre les administrations et les entreprises, c'est le dispositif « marché public simplifié » (MPS) (§1). L'autre trouve son origine dans le droit européen et a été transposé en droit interne selon le processus explicité en introduction, il s'agit du document unique de marché européen (DUME) électronique (§2).

§1 – Le dispositif « marché public simplifié »

Il est nécessaire de définir le dispositif MPS ou « Dites-le nous une fois » et d'aborder brièvement son fonctionnement (A) avant de constater que le recours à ce dispositif a non seulement été étendu dans un premier temps, mais qu'il a également été conservé par la nouvelle réglementation des marchés publics dans un second temps (B).

A) Définition et fonctionnement du dispositif « Dites-le nous une fois »

Bien que Monsieur GODGENGER constate que le MPS n'est cité à proprement parler par aucun texte, il se définit selon lui comme un « *système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel* » au sens de l'ancien article 45 du CMP.

Crée en 2014 par le SGMAP, le dispositif MPS permet aux opérateurs économiques, qui le souhaitent, de répondre par voie électronique à un marché public local avec leur seul numéro SIRET. A partir de ce dernier, l'acheteur public local récupère les informations relatives à l'identité de l'opérateur économique et les attestations prouvant le respect des obligations fiscales et sociales par l'opérateur économique candidat à un marché public local auprès de treize (13) producteurs officiels de données⁷⁸. Du côté de l'opérateur économique, ce dispositif de simplification permet de compléter un formulaire de candidature disponible sur la plate-forme de dématérialisation.

En effet, le MPS trouve son origine dans le décret n°2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification qui dispose que « *les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit* ».

⁷⁸ (ex : ACOSS, AUDIENS, la DGFIP, la FNTF, l'INSEE, INFOGREFFE, la MSA, le ministère de l'Intérieur, l'OPQIBI (depuis le 25 novembre 2015), Pro-BTP, QUALIBAT (depuis le 20 mai 2015), l'URSSAF,...)

Sabine BASILI, vice-présidente en charge des affaires économiques de la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB), voit en le dispositif MPS « *un service novateur rendu aux entreprises, car avec la saisie de leur numéro SIRET, il collecte une douzaine d'attestations et pré-remplit un formulaire dématérialisé annexé au dossier de candidature* »⁷⁹.

Afin d'améliorer la présentation dématérialisée des candidatures, le dispositif MPS a été étendu au fil du temps et s'il semble à certains qu'il n'a pas été conservé par le nouveau droit des marchés publics, tel est pourtant le cas.

B) Extension et conservation du dispositif « Dîtes-le nous une fois » par la réforme des marchés publics

D'abord réservé aux seuls MAPA, le recours au dispositif MPS a ensuite été étendu à l'ensemble des procédures, indépendamment du montant estimé des besoins à satisfaire. De plus, il est également désormais ouvert à la passation de tous les types de marchés publics (fournitures, services ou travaux) et aux groupements de commande. Dorénavant, son usage ne reste plus fermé qu'à quelques situations qu'exposent Maximilien GODGENGER, (ex : « *les réponses avec déclaration de sous-traitance,...* »⁸⁰).

Madame VIGREUX, Directrice adjointe du GIP Maximilien en Île-de-France déplore le fait que contrairement au DUME et *a fortiori*, au DUME électronique, le MPS ne soit pas mentionné dans le « décret marchés publics ». Cependant, il semblerait que dans la perspective d'une modernisation de l'action publique et d'une simplification de l'accès à la commande publique, le I. de l'article 53 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics reprenne le dispositif baptisé « Dîtes-le nous une fois » qui « *permet aux candidats de ne plus fournir les documents que l'acheteur peut obtenir lorsqu'un système électronique de mise à disposition des informations administré par un organisme officiel existe* »⁸¹.

Au côté du dispositif MPS trône le DUME électronique au moyen duquel les opérateurs économiques peuvent d'ores et déjà présenter leurs candidatures aux marchés publics locaux de manière dématérialisée. Celles-ci seront obligatoirement acceptées par les acheteurs publics locaux au printemps 2018.

⁷⁹ KHALID Nohmana, *Le « Marché public simplifié » attend son envol*, loc. cit.

⁸⁰ GODENGER Maximilien, *Marché public simplifié : le bilan des deux ans* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167 juillet-août 2016, p.26

⁸¹ Veille, *Revue du gestionnaire public* n°2 mai 2017, p.3

§2 – Le document unique de marché européen électronique

Le DUME électronique ou e-DUME est évoqué au I. de l'article 49 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui dispose que « *L'acheteur accepte que le candidat présente sa candidature sous la forme d'un document unique de marché européen établi conformément au modèle fixé par le règlement⁸² de la Commission européenne établissant le formulaire type (...), en lieu et place des documents mentionnés à l'article 48. Lorsqu'un opérateur économique utilise un document unique de marché européen électronique qui constitue un échange de données structurées, l'acheteur n'est tenu de l'accepter que pour les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyée à la publication (...) à compter du 1^{er} avril 2018 pour les autres acheteurs* ».

Monsieur CLOIX estime que l'article 49 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 transpose fidèlement l'idée portée par l'article 59 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/UE, selon laquelle « *la version dématérialisée du DUME devra être acceptée* »⁸³ à compter du 1^{er} avril 2018 pour les acheteurs publics locaux qui sont visés à travers l'expression « *autres acheteurs* ». Effectivement, Pierre-Manuel CLOIX insiste bien sur le fait que le DUME sera obligatoirement dématérialisé en avril 2018.

En conséquence de l'obligation de dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics locaux qui devrait intervenir au plus tard le 1^{er} octobre 2018, Monsieur CLOIX estime que le DUME électronique remplacera les DC1 (lettre de candidature), DC2 (déclaration du candidat individuel ou du membre du groupement), NOT12 (état annuel des certificats reçus) ainsi que les « *autres documents individualisés, d'attestations fiscales et sociales* »⁸⁴.

Afin que les acheteurs publics locaux puissent accéder à certaines informations, Pierre-Manuel CLOIX souligne que la délibération 2005/003 du 13 janvier 2005 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui encadre la dématérialisation des marchés publics, sans prévoir un tel accès, doit être revue est corrigée.

Selon Monsieur MICHON, le DUME est un « *légendaire formulaire européen d'accès à la commande publique, qui va se généraliser en avril 2018* »⁸⁵ et pour cause le DUME a notamment vocation à remplacer le DC1 et le DC2 dans « *l'euphorie de la dématérialisation* »⁸⁶ à compter du 1^{er} avril 2018.

Maintenant que les opérateurs économiques n'ont plus à se soucier de leurs présentations dématérialisées, ils peuvent se concentrer sur la remise électronique de leurs offres.

⁸² Règlement d'exécution 2016/7 de la Commission européenne du 5 janvier 2016 publié au JOUE du 6 janvier 2016

⁸³ CLOIX Pierre-Manuel, *DUME et E-DUME standardisation et dématérialisation* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167 juillet-août 2016, p.30

⁸⁴ CLOIX Pierre-Manuel, *Mieux appréhender le DUME* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167 juillet-août 2016, p.34

⁸⁵ MICHON Jérôme, *La réglementation des marchés publics 2017*, op. cit., p.5

⁸⁶ *ibid.*

Section 3 : Les outils clés de la remise d'une offre électronique

Au moment de la transmission numérique de l'offre, deux outils clés et à l'origine de contentieux relativement fournis sont à mentionner. Le plus important étant la signature électronique (§1), cette dernière donnera lieu à des développements auxquels succéderont ceux consacrés à la copie de sauvegarde (§2).

§1 – L'outil contrariant la passation complètement dématérialisée des marchés publics locaux : la signature électronique

« La signature doit garantir le consentement des parties aux obligations qui découlent des actes de l'envoi »⁸⁷, (ex : déclaration de candidature, déclaration sur l'honneur, proposition d'engagement du soumissionnaire,...).

L'écrit électronique a la même valeur juridique que l'écrit traditionnel seulement si son auteur peut être identifié et si son intégrité est garantie, c'est l'objectif que cherche à atteindre la signature électronique.

Il ne peut pas être fait mention de la signature électronique sans évoquer le certificat électronique (A). Ces deux éléments prenaient toute leur importance sous l'empire de l'ancienne réglementation qui imposait la signature des offres au moment des dépôts de celles-ci (B). La signature électronique perd de son importance en application des nouvelles dispositions relatives aux marchés publics dans la mesure où elle n'est plus imposée au moment de la remise des offres (C).

A) La signature électronique implique nécessairement de se doter d'un certificat électronique

L'alinéa 2nd de l'article 1316-4 du Code civil, désormais abrogé, disposait que « *Lorsqu'elle est électronique [la signature] consiste en l'utilisation d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ». Cet article était issu de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique qui transposait la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999⁸⁸. Afin d'être sécurisée, cette signature doit être propre au signataire et créée par des moyens que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif. Selon l'article 2 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris en application de l'article du Code civil précité « *une signature est présumée fiable, jusqu'à preuve du contraire, lorsqu'elle est sécurisée et qu'elle repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* ».

Dans la perspective de permettre aux candidats de répondre aux besoins des acheteurs publics locaux de façon dématérialisée, des certificats électroniques référencés sont mis à leur disposition. Il revient ensuite

⁸⁷ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

⁸⁸ Abrogée par le règlement européen n°910/2014 du 23 juillet 2014

aux acheteurs publics locaux de s'assurer de la validité de la signature électronique du candidat en faisant usage de logiciel de contrôle. Une liste des certificats référencés avait été édictée par le ministre chargé de la réforme de l'Etat en application de l'arrêté du 28 août 2006 pris sur le fondement du I. de l'article 48 et de l'article 56 du CMP et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés. Il est possible de consulter celle-ci à l'adresse suivante : <https://www.entreprises.gouv.fr/numerique/certificats-signature-electronique>.

Selon l'article 5 de l'arrêté du 28 août 2006 précité « *les candidatures et les actes d'engagement, transmis par voie électronique ou envoyés sur support physique électronique, sont signés par l'opérateur économique au moyen d'un certificat de signature électronique, qui garantit notamment l'identification du candidat* ».

Il était nécessaire de se procurer un tel accessoire dès le moment de la signature de l'offre afin que chaque document composant cette dernière puisse être signé individuellement par voie électronique lorsqu'était en vigueur l'ancien droit des marchés publics.

B) La signature électronique obligatoirement apposée sur les documents relatifs à l'offre

Compte tenu du caractère obligatoire de la signature, y compris électronique, de l'offre lors de la remise de celle-ci à l'acheteur public local sous l'empire du CMP, lorsqu'un groupement de commande présentait sa candidature, le DC1 ne devait pas être signé électroniquement par le seul mandataire. En effet, la lettre de candidature devait être signée électroniquement par chacun des membres du groupement ou co-traitants.

De façon générale, c'est pour chacune des pièces pour lesquelles une signature était exigée que celles-ci devaient être signées électroniquement de façon individuelle. Philippe MOLES et Mathieu NOEL précisent que « *l'absence de signature rendait le dossier incomplet* »⁸⁹ et qu'à moins de pouvoir régulariser la candidature, l'offre devait être systématiquement écartée car irrégulière.

Dans une ordonnance du 9 mars 2011⁹⁰, le tribunal administratif de TOULOUSE a jugé que la signature électronique du seul fichier zip était insuffisante et que les pièces devaient individuellement faire l'objet d'une signature électronique.

⁸⁹ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

⁹⁰ Tribunal administratif de TOULOUSE, 9 mars 2011, Société MC2I contre CNRS, requête n°1100792, Contrats Publics n°167 juillet-août 2016, pp.20-24, Flora LABOUTIER et Angélica RAMOS et Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015, p.48

Tandis qu'en matière de procédure formalisée, le certificat électronique est obligatoire, s'agissant des MAPA, l'acheteur public local peut autoriser le recours aux échanges par e-mail selon une ordonnance rendue par le tribunal administratif de PARIS en 2010⁹¹.

Dorénavant, il n'existe plus d'obligation en matière de signature, y compris électronique, de l'offre avant sa transmission à l'acheteur public local.

C) L'abandon de la signature de l'offre au moment de sa remise

Ce qui est considéré par beaucoup de personnes, praticiens et doctrines confondus, comme étant le principal obstacle à la remise d'une offre électronique, à savoir la signature électronique, a été *a priori* levé par la réforme du droit des marchés publics de 2015-2016.

En effet, consciente des difficultés liées à la signature électronique et dans l'optique de rassurer les acheteurs publics locaux, la DAJ a choisi au printemps 2016 de ne plus imposer la signature, y compris électronique, au moment de la remise des offres et de maintenir son caractère facultatif au stade de l'attribution du marché, bien que certains avis divergents sur ce second point.

Par conséquent, la signature électronique des pièces lors du dépôt de l'offre n'est plus obligatoire. De ce fait, l'opérateur économique n'a plus à se doter d'un « *certificat de signature électronique délivré par une autorité de certification accréditée* »⁹² avant de déposer son offre dématérialisée. Néanmoins, si celui-ci est l'attributaire du marché public local, il devra être titulaire d'un certificat pour signer électroniquement les documents du marché public local étant donné que certains praticiens et auteurs considèrent que celle-ci est d'ores-et-déjà obligatoire, sans doute, dans l'optique de dématérialiser totalement les procédures de passation des marchés publics locaux.

Effectivement, parmi tant d'autres praticiens, Madame Flora VIGREUX, Directrice adjointe au GIP Maximilien estime que si « *le décalage de la signature à l'attribution assure aux collectivités qu'elles ne discriminent pas les entreprises qui n'ont pas de signature électronique* »⁹³, elle reconnaît que les opérateurs économiques retenus seront amenés à termes, à se procurer un certificat électronique s'ils n'en ont pas.

⁹¹ Tribunal administratif de PARIS, 7 juin 2010, Société Bovis Transports, requête n°1009069 (ordonnance), AJCT mars 2011, pp.117-125, Philippe MOLES et Mathieu NOEL Mathieu

⁹² AUMONT François, DUPOIRIER Sylvie et TRAN QUANG TY Eléna, *En marche vers la dématérialisation totale des marchés publics*, Revue du gestionnaire public n°3 septembre 2016, pp.56-59

⁹³ CHEVRIER Claire, *La dématérialisation des marchés publics testée grandeur nature*, La Gazette des communes, 21 avril 2016

Pour Flora LABOUTIER et Angélica RAMOS cette nouvelle réglementation « *va certainement remettre en cause la jurisprudence dite Département des Hauts-de-Seine*⁹⁴ »⁹⁵ qui avait confirmé des décisions antérieures relatives au contentieux de l'absence de signature électronique conforme au droit alors en vigueur ayant conduit aux rejets des offres⁹⁶, (ex : Tribunal administratif de TOULOUSE, 9 mars 2011, Société MC2I contre CNRS, requête n°1100792 ; Cour Administrative de BORDEAUX, 31 mars 2011, Monsieur Bernard A, requête n°10BX01752 ;...).

Toujours est-il, il est important de rappeler que l'article 102 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics reprend la possibilité offerte aux acheteurs publics locaux que prévoyait l'article 80 du CMP, désormais abrogé, à savoir la faculté de signer électroniquement le marché public local.

Effectivement, celui-ci précise simplement que « *Le marché public peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie* ».

Prima facie, comme il l'a déjà été mentionné dans l'introduction, des précisions sur les modalités de cette signature électronique doivent être apportées par l'arrêté évoqué ci-dessus dont on attend la parution au JORF.

Cependant, il n'y a là aucun vide juridique dans la mesure où l'arrêté NOR :EFIM1222915A du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics et pris au visa du CMP, déjà cité, est toujours en vigueur.

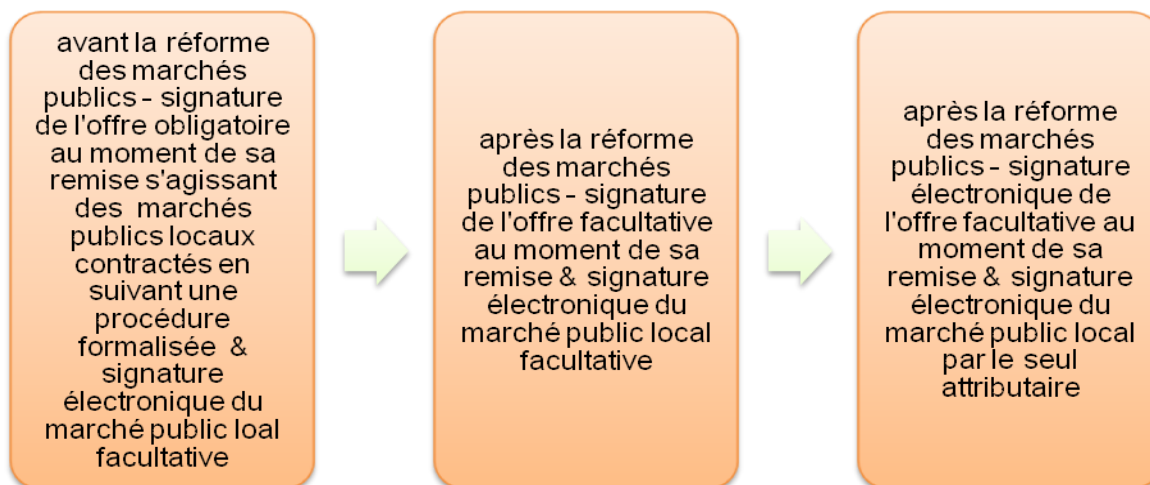
Certes, la signature électronique du marché public ne demeure pour le moment qu'une faculté laissée à la libre appréciation de l'acheteur public local, mais Monsieur NOEL et Madame ABOUB n'excluent pas que « *cette signature électronique soit rendue obligatoire à l'avenir* »⁹⁷ en conséquence du développement des obligations qui existent en matière de dématérialisation de l'espèce de contrat administratif susmentionné à la date butoir du 1^{er} octobre 2018 à partir de laquelle les procédures de passation des marchés publics locaux seront totalement dématérialisées.

⁹⁴ Conseil d'Etat, 3 octobre 2012, Département des Hauts-de-Seine, requête n°359921, Contrats Publics n°167 juillet-août 2016, pp.20-24, Flora LABOUTIER et Angélica RAMOS

⁹⁵ LABOUTIER Flora et RAMOS Angélica, op. cit. p.22

⁹⁶ Voir également en ce sens : Conseil d'Etat, 7 novembre 2014, Ministre des finances et des comptes publics contre Société Bearingpoint France, requête n°383587 ; Tribunal administratif de RENNES, 28 mars 2013, requête n°1300821, Contrats Publics n°167 juillet-août 2016, pp.20-24, Flora LABOUTIER et Angélica RAMOS

⁹⁷ NOEL Mathieu et ABOUB Schéhérazade, op. cit., p.192sq.



Disparition du caractère obligatoire de la signature électronique de l'offre au moment de son dépôt & maintien du caractère facultatif de la signature électronique du marché public local par l'attributaire débattu en doctrine ou obligatoire à terme en tenant compte de la dématérialisation intégrale des procédures de passation des marchés publics

Outil majeur au moment de la remise de l'offre dématérialisée, la signature électronique peut être accompagnée d'un autre outil lors de la transmission du pli électronique, la copie de sauvegarde. Les conditions qui doivent être remplies pour qu'elle soit autorisée à être ouverte font l'objet d'un régime spécifique.

§2 – Le régime de l'ouverture de la copie de sauvegarde

L'ancienne réglementation, à travers le V. de l'article 56 du CMP, autorisait seulement les opérateurs économiques qui répondaient par voie dématérialisée à adresser à l'acheteur public local « *une sauvegarde de sécurité ou copie de sauvegarde* »⁹⁸.

La copie de sauvegarde est désormais évoquée au III. de l'article 41 du « décret marchés publics » qui dispose que « *Les candidats et soumissionnaire qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents* ». Ainsi, la sauvegarde de sécurité peut autant prendre les traits d'un DVD ou d'une clé USB que ceux d'un document papier.

⁹⁸ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

Selon le II. de l'article 11 de l'arrêté du 28 août 2006 pris en application de l'article 48 et de l'article 56 du CMP et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés « *Lorsqu'une candidature ou une offre a été transmise par voie électronique, mais n'est parvenue au pouvoir adjudicateur dans les délais de dépôt des candidatures et des offres ou bien n'a pas pu être ouverte par le pouvoir adjudicateur, celui-ci procède à l'ouverture de la copie de sauvegarde, sous réserve que celle-ci lui soit parvenue dans les délais de dépôt des candidatures et des offres* ».

Ce qui précède explique le raisonnement tenu par Madame Catherine BERGEAL, ex-Directrice des affaires juridiques au ministère de l'économie, lors du *tchat* intitulé « marchés publics : la dématérialisation mode d'emploi » qui s'est tenu le 28 septembre 2008. Celui-ci consistait à dire que si « *l'offre a été transmise mais est parvenue hors délais ou n'a pu être ouverte, la copie de sauvegarde peut être ouverte si elle est parvenue dans les délais. Si l'offre n'a pas été transmise, la copie de sauvegarde ne peut être ouverte* »⁹⁹. Ainsi, il ne faut pas concevoir la copie de sauvegarde comme un moyen de sécuriser l'envoi dématérialisé car ce dernier doit constituer un moyen de réponse indépendant.

Il est important de souligner ici que par la suite, les conditions d'ouverture de la sauvegarde de sécurité ont été légèrement modifiées par la lettre de l'arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, déjà cité.

Cet arrêté NOR :ECEM0929046A liste les cas limitatifs dans lesquels une copie de sauvegarde peut être ouverte. Ces deux cas sont les suivants :

- « *Lorsqu'un programme informatique malveillant est détecté dans les candidatures et les offres transmises par voie électronique* ».
- « *Lorsqu'une candidature ou une offre a été transmise par voie électronique et n'est pas parvenue dans les délais ou n'a pas pu être ouverte, sous réserve que la copie de sauvegarde soit parvenue dans les délais* ».

Dans un arrêt du 31 mars 2011¹⁰⁰, la Cour administrative de BORDEAUX a considéré qu'une copie de sauvegarde envoyée avant la date limite de la remise des offres mais parvenue après cette date limite ne réunissait pas les conditions permettant d'ouvrir la sauvegarde de sécurité. En statuant de la sorte, la Cour n'a fait qu'appliquer l'arrêté du 14 décembre 2009 précité.

Puisque le régime juridique de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux est connu et que les principaux outils le sont également, il ne reste plus qu'à mettre en pratique une telle dématérialisation.

⁹⁹ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

¹⁰⁰ Cour Administrative de BORDEAUX, 31 mars 2011, Monsieur Bernard A, requête n°10BX01752, Contrats Publics n°167 juillet-août 2016 pp.20-24, Flora LABOUTIER et Angélica RAMOS et Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015, pp.48-49

CHAPITRE III : La mise en œuvre de la dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics locaux

Le passage à la dématérialisation totale des procédures de passation des marchés publics locaux nécessite de porter à la connaissance de tous les nouvelles règles et d'instaurer de nouvelles pratiques. Ainsi, entreprendre des démarches d'accompagnement du changement vis-à-vis des acheteurs publics locaux, des opérateurs économiques et de l'organisation interne des acheteurs publics est indispensable (Section 1). De même, la mise en pratique du droit des marchés publics dématérialisés nécessite de voir l'outil profil acheteur rationalisé, standardisé et que ce dernier place l'opérateur économique dans des conditions optimales au moment où il entend télécharger son pli (Section 2).

Section 1 - L'accompagnement du changement qu'implique la dématérialisation intégrale des procédures de passation des marchés publics locaux

Selon Monsieur MAIA, Directeur des affaires juridiques de Bercy, « *L'accompagnement au changement sera un élément déterminant de la réussite de cette « révolution numérique » de la commande publique* »¹⁰¹.

Pour accompagner la mutation, Jean MAIA annonçait au printemps 2017 qu'un « *plan de transformation numérique de la commande publique* »¹⁰² était susceptible de voir le jour « *avant l'été [2017]* ». Cet outil est censé tracer « *les contours de ce que sera la commande publique au début des années 2020* »¹⁰³. D'une certaine façon, celui-ci pourrait être considéré comme étant une mise à jour des guides qui existent déjà en la matière, (ex : Dématérialisation des marchés publics, guide pratique, version 2.0 décembre 2012 ; Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015,...).

Pour l'heure, pour préparer ce mouvement de la transformation numérique des marchés publics locaux, une expérimentation a déjà eu lieu (§1). Désormais, il est également nécessaire de sensibiliser les opérateurs économiques (§2) et de conduire le changement au sein de l'organisation interne des acheteurs publics locaux (§3).

¹⁰¹ JOANNES Jean-Marc, loc. cit.

¹⁰² BERKOVICIUS Christine, loc. cit.

¹⁰³ JOANNES Jean-Marc, loc. cit.

§1 – La préfiguration de la dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics locaux

Selon Daniel COISSARD, Chef de projet salle des marchés du GIP e-bourgogne « *L'objectif de cette préfiguration est d'expérimenter la dématérialisation complète des marchés publics, depuis la passation, jusqu'au contrôle de légalité et l'envoi au trésorier payeur* »¹⁰⁴. Ainsi, le périmètre et les objectifs (A) seront étudiés préalablement au bilan que l'on peut dresser de cette expérimentation (B) mais seulement à propos de la passation de tels contrats administratifs.

A) Le périmètre et les objectifs de l'expérimentation relative à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux

Début 2016, en application de la troisième recommandation du programme de développement concerté de l'administration numérique territoriale, le SGMAP a organisé une préfiguration de la dématérialisation des marchés publics locaux avec une quinzaine d'organismes¹⁰⁵ qui représentent plus de cent dix (110) pouvoirs adjudicateurs. Cette expérimentation repose sur deux principes. Dans son premier versant, elle impose aux opérateurs économiques de se présenter de façon dématérialisée à travers le dispositif MPS. Dans son second versant, elle oblige les acheteurs publics locaux à imposer la remise d'une offre sous format électronique.

Le but de cette expérimentation est « *d'étudier les conditions d'une dématérialisation totale de la procédure de passation des marchés publics à l'horizon 2018* »¹⁰⁶ en accompagnant les collectivités. Les blocages pourront ainsi être décelés et une étude impact poussée réalisée.

Pour Madame VIGREUX, Directrice adjointe du GIP Maximilien en Île-de-France, « *La préfiguration (...) est là pour (...) permettre de trouver des solutions à de petits blocages avant qu'il n'y ait une généralisation de la dématérialisation des marchés publics en 2018* »¹⁰⁷.

Ainsi, lors de la préfiguration, Flora VIGREUX souligne qu'elle a étudié « *les normes avec la Direction générale des collectivités locales (DGCL) afin de voir quels documents doivent réellement être télé-transmis lors du contrôle de légalité* »¹⁰⁸. En effet, il existait une grande hétérogénéité des pratiques au niveau national que la préfiguration devait parvenir à homogénéiser. On s'aperçoit tout de suite en quoi une harmonisation des pratiques était nécessaire lorsqu'elle illustre son propos en disant que « *certaines préfectures ne réclament pas le mémoire technique alors que d'autres si* »¹⁰⁹.

¹⁰⁴ CHEVRIER Claire, loc. cit.

¹⁰⁵ (ex : Région Bourgogne-Franche-Comté (GIP e-bourgogne), Région Bretagne (syndicat mixte de coopération territoriale Megalis Bretagne), Région Île-de-France (GIP Maximilien, cent vingt (120) collectivités franciliennes), la ville et la métropole de TOULOUSE, la Communauté d'agglomération dracénoise, la ville de POITIERS et la Communauté d'agglomération du Grand POITIERS,...)

¹⁰⁶ CHEVRIER Claire, loc. cit.

¹⁰⁷ ibid.

¹⁰⁸ ibid.

¹⁰⁹ ibid.

A travers leurs participations aux réunions avec les préfigureurs, les services de l'Etat connaissent les difficultés qui sont rencontrées au niveau local.

Les résultats de l'expérimentation sont plutôt encourageants. Néanmoins, celle-ci a été menée avec des entités déjà bien avancées en matière de passation dématérialisée des marchés publics, la réalité est donc plus nuancée.

B) Le bilan de l'expérimentation relative à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux à relativiser

Madame KHALID dresse un bilan plutôt positif de l'expérimentation lancée en 2016 dans le cadre du programme de développement concerté de l'administration numérique territoriale. Selon elle, l'emploi du dispositif MPS croît de manière exponentielle lorsque la réponse numérique est obligatoire. Par conséquent, elle estime qu'« *imposer la réponse dématérialisée notamment via le dispositif MPS, a déjà fait ses preuves* »¹¹⁰ et que les acheteurs publics locaux qui ont rendu obligatoire l'usage du dispositif précité ont eu des retours positifs de la part des opérateurs économiques.

En effet, en juin 2017, la métropole de TOULOUSE passe déjà 100% de ses marchés en MPS et reçoit 1 950 réponses dématérialisées par an. Dès 2015, celle-ci avait imposé le recours à la voie électronique pour les réponses qui entendaient satisfaire ses besoins exprimés en matière de prestations intellectuelles et de communication.

En Bretagne, 95% des 9 137 consultations qui avaient été lancées sur le profil d'acheteur régional en 2016 autorisaient les réponses électroniques (contre 91% en 2015). 4,5% des 9 137 consultations publiées sur la salle régionale des marchés publics en 2016 allaient jusqu'à imposer la télé-transmission des offres (contre 2,7% en 2015).

S'agissant du GIP Maximilien, le taux de réponses liées au dispositif MPS était d'environ 13% au premier trimestre 2016. Le taux de marchés publics locaux pour lesquels la remise d'un pli électronique était imposée était de 10% à la même période.

Cependant, s'il est effectivement possible de conclure des données chiffrées précédentes que la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux est en cours de progression, celles-ci sont encore loin de tendre vers la « 100% démat' »¹¹¹ qu'il faudra atteindre au 1^{er} octobre 2018 pour les acheteurs publics locaux. En vérité, Madame POUPEAU constate que « *la dématérialisation fait encore peu d'adeptes* »¹¹² dans la mesure où les marchés publics passés selon une procédure dématérialisée représentent seulement 12% des marchés conclus chaque année.

¹¹⁰ KHALID Nohmana, *Le « Marché public simplifié » attend son envol*, loc. cit.

¹¹¹ POUPEAU Diane, op. cit., p.1253

¹¹² POUPEAU Diane, op. cit., p.1252

Deux principales raisons expliquent qu'il n'y a pas beaucoup de collectivités qui envisagent d'imposer la réponse dématérialisée :

- D'une part, les acheteurs publics locaux, et même davantage les élus locaux selon Monsieur HADJAB, redoutent qu'imposer une telle réponse vienne rompre avec l'un des trois grands principes de la commande publique, la liberté d'accès à la commande publique¹¹³, qui constitue un principe à valeur constitutionnelle¹¹⁴.
- D'autre part, les acheteurs publics locaux craignent que les opérateurs économiques ne soient pas prêts ou insuffisamment équipé en matériel informatique, ce qui n'est ni totalement vrai, ni complètement faux.

A en croire Nohmana KHALID, l'un des moyens les plus efficaces pour mettre en œuvre la dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics locaux au 1^{er} octobre 2018 serait de contraindre les opérateurs économiques à répondre de façon dématérialisée, il apparaît également nécessaire de communiquer avec ces derniers sur la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux.

§2 – La sensibilisation des opérateurs économiques à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux

Le passage aux procédures de passation des marchés publics locaux entièrement dématérialisées à l'automne 2018 change nécessairement les relations que les acheteurs publics locaux entretenaient avec les opérateurs économiques. Il convient donc de communiquer avec ceux-ci afin de les informer en recourant à une diversité de ressources comme certains ont déjà commencé à le faire (A). Les témoignages des grands acheteurs publics locaux des départements de l'Yonne et de la Nièvre démontreront la diversité des moyens qu'il existe pour sensibiliser (B).

A) Une diversité d'action à mener pour sensibiliser les opérateurs économiques à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux

Pour que la dématérialisation des marchés publics locaux se passe bien, il faut impérativement préparer le terrain en informant les opérateurs économiques en amont de l'échéance du 1^{er} octobre 2018. A cette fin, une communication doit être dirigée vers ces acteurs extérieurs, (ex : candidats habituels et candidats potentiels). Ainsi, ces derniers peuvent être conviés à des réunions d'information ou à des formations.

¹¹³ Article 1^{er} de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

¹¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, « loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003-473-dc/decision-n-2003-473-dc-du-26-juin-2003.861.html>

En la matière, il a déjà été jugé¹¹⁵ que l'acheteur public, qui organise une formation aux procédures de passation dématérialisées des marchés publics locaux à l'égard des seuls opérateurs économiques avec lesquels il traite habituellement, vient rompre le principe à valeur constitutionnelle¹¹⁶ d'égalité de traitement des candidats¹¹⁷, dans la mesure où de telles formations doivent aussi être dispensées aux opérateurs économiques inconnus de l'acheteur public.

Les acheteurs publics locaux peuvent porter l'information en menant campagne auprès des opérateurs économiques par le biais de flyers, de journaux locaux ou passer par l'intermédiaire des réseaux professionnels comme la Fédération française du bâtiment (FFB), la CAPEB ou les chambres consulaires (Chambre de commerce et d'industrie (CCI), Chambre de Métiers et de l'Artisanat (CMA)).

Certaines collectivités se sont déjà engagées dans cette voie. Ainsi :

- Madame Catherine HUMBERT, Directrice de la commande publique de la ville et de la métropole de TOULOUSE révèle qu'elle a « *organisé en septembre 2015 une journée de formation auprès des entreprises pour leur montrer de manière très pratique comment utiliser* »¹¹⁸ la plate-forme dématérialisée.
- La ville et l'eurométropole de STRASBOURG se sont mises à rencontrer des PME pour « *leur présenter la plate-forme, le profil d'acheteur et la méthode de dépôt des offres* »¹¹⁹ depuis fin 2015.
- En Bretagne, c'est un grand événement « *en direction de tous les opérateurs économiques* »¹²⁰ qui est prévu à l'automne 2017.

Le fait que les collectivités précitées soient pourvues de ressources humaines et financières que beaucoup de collectivités n'ont pas explique qu'elles aient pris de l'avance dans la démarche de sensibilisation qu'il faut mener à l'égard des opérateurs économiques. Dans des zones plus rurales, il est également procédé à une sensibilisation des opérateurs économiques, mais chacun organise sa communication comme il le peut.

B) La sensibilisation des opérateurs économiques à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux dans les territoires ruraux

Madame LEFRANC¹²¹ assure seule la sensibilisation des opérateurs économiques en les recevant régulièrement ou en répondant à leurs sollicitations téléphoniques. Elle ne requière pas l'intervention des chambres consulaires en la matière.

¹¹⁵ Tribunal administratif de LYON, 2 mars 2006, Association lyonnaise de promotion et d'éducation sociale (ALPES) et autres, requêtes n°0600801, 0600838, 0600842, Contrats et marchés publics n°8-9 août 2006 note Frédérique OLIVIER

¹¹⁶ Conseil constitutionnel, décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, « loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit »

¹¹⁷ Article 1^{er} de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

¹¹⁸ CHEVRIER Claire, loc. cit.

¹¹⁹ BERKOVICIUS Christine, loc. cit.

¹²⁰ ibid.

¹²¹ Directrice de la commande publique de la ville de SENS et à la Communauté d'agglomération du Grand Sénonais, op. cit.

A *contrario*, certains, à l'instar de Monsieur SCHNEIDER¹²² ou Mesdames SCHMIT¹²³ et ANTUNES¹²⁴ considèrent que pour être en mesure de communiquer sur la dématérialisation des marchés publics locaux à l'égard des opérateurs économiques, ils doivent préalablement assimiler eux-mêmes le fonctionnement de celle-ci. *In fine*, ils ne ferment pas la porte à une sensibilisation collective des opérateurs économiques dès lors que le GIP e-bourgogne et/ou d'autres collectivités s'associeront. Alexia SCHMIT¹²⁵ estime que le meilleur moyen de communiquer avec les opérateurs économiques sur la dématérialisation des marchés publics locaux et ses outils serait de mener un événement en partenariat avec les autres collectivités et le GIP, mais l'organisation d'un tel événement n'est pas prévue.

Maciej MURMYLO¹²⁶ souligne qu'il participe à des instances qui sont organisés par l'Etat, comme le Club des acheteurs animé par le Préfet de l'Yonne ou les Assises régionales de la commande publique afin de sensibiliser les opérateurs économiques. Il assure que le GIP essaye d'utiliser différents supports de communication afin de toucher un maximum de public et de s'adapter au plus grand nombre d'interlocuteurs, (ex : portail institutionnel, réunions, flux Twitter, vidéos,...).

Dans le département de la Nièvre, c'est par le recours au Groupe des acheteurs publics de la Nièvre (dit « GAP 58 ») que l'on sensibilise les opérateurs économiques depuis presque deux ans maintenant et que l'on songe à organiser un événement de communication avant la fin 2017, en associant à ce dernier la plate-forme achat de l'Etat de la région Bourgogne-Franche-Comté. Le « GAP 58 » mène également des actions tels que des ateliers de formation en partenariat avec la CMA comme le souligne Elise DUQUENNE¹²⁷ ou d'autres actions avec la CCI selon Monsieur LESUEUR¹²⁸. Laurent VENIN¹²⁹ considère pour sa part qu'il est impossible de sensibiliser et de communiquer « *chacun dans son coin* » contrairement à Chantal LEFRANC¹³⁰.

Alors qu'il serait préjudiciable pour les acheteurs publics locaux de s'abstenir de sensibiliser les opérateurs économiques à l'égard de la dématérialisation des marchés publics locaux et de ses outils, il est inconcevable pour ceux-ci de ne pas préparer la mutation que la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics entraîne en interne.

¹²² Responsable de la commande publique et des affaires juridiques à la ville d'AUXERRE, op. cit.

¹²³ Responsable du service administration générale, commande publique et affaires juridiques de la Communauté d'agglomération de l'Auxerrois, (entretien du mercredi 7 juin 2017)

¹²⁴ Adjointe de la responsable du service administration générale, commande publique et affaires juridiques de la Communauté d'agglomération de l'Auxerrois (entretien du mercredi 7 juin 2017)

¹²⁵ Responsable du service administration générale, commande publique et affaires juridiques de la Communauté d'agglomération de l'Auxerrois, op. cit.

¹²⁶ Chef du projet dématérialisation et innovation du GIP Bourgogne-Franche-Comté, op. cit.

¹²⁷ Responsable de la commande publique et des affaires juridiques à la Communauté d'agglomération de NEVERS, op. cit.

¹²⁸ Directeur de la commande publique à la ville de NEVERS, op. cit.

¹²⁹ Directeur du secrétariat général du Conseil départemental de la Nièvre, (mail du lundi 3 juin 2017)

¹³⁰ Directrice de la commande publique de la ville de SENS et à la Communauté d'agglomération du Grand Sénonais, op. cit.

§3 – La conduite du changement au sein de l’organisation interne de l’acheteur public local

Pour Monsieur Bruno KOEBEL, Chef du service achat et commande publique à la ville et à l’eurométropole de STRASBOURG, « *le plus compliqué n’est pas tant de mettre en place des outils de dématérialisation que de travailler à l’organisation de la collectivité qui est impactée par cette évolution, quitte à revenir sur des principes que l’on croyait intangibles. Il faut tout mettre sur la table* »¹³¹. A côté, de la transformation de l’organisation interne (A), il faut également se pencher sur l’organisation du service chargé de la passation des marchés publics locaux dématérialisés (B).

A) La dématérialisation des marchés publics locaux à l’origine d’une nouvelle organisation interne

La mise en œuvre des procédures de passation dématérialisées des marchés publics locaux donne aux acheteurs publics locaux l’opportunité d’impulser une nouvelle dynamique et de faire évoluer les pratiques des collectivités publiques locales.

Le passage à la dématérialisation des marchés publics implique de revoir et, *a fortiori* de simplifier, les procédures existantes en interne, (ex : circuit et temps de validation, visa, passage au parapheur électronique ou à l’e-parapheur et à la signature électronique,...).

Justement, l’instauration des clés de signatures électroniques et des habilitations à signer les marchés publics locaux électroniquement peuvent soulever des résistances dans les organisations des structures, notamment au sein des plus grandes entités. En effet, il faut bien avoir à l’esprit l’investissement que représente une telle clé qui est attachée à une personne et à une fonction. Il s’agit d’un achat récurrent dans la mesure où elle doit être régulièrement renouvelée. De plus, un contrat de maintenance doit également être associé à cette clé de signature électronique. Ces raisons justifient la diminution du nombre de personnes détentrices des délégations de signatures.

Plus que le mode de fonctionnement interne de la collectivité publique locale qui est impacté par la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux, c’est davantage la réorganisation du service chargé de passer les marchés publics locaux que les acheteurs publics locaux doivent avoir à l’esprit.

¹³¹ BERKOVICIUS Christine, loc. cit.

B) L'impact de la dématérialisation des marchés publics locaux dans les services chargés de la passation de tels contrats administratifs

La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux conduira naturellement les agents publics territoriaux qui étaient jusqu'ici cantonnés à la rédaction des marchés à se focaliser sur des missions à plus forte valeur ajoutée, (ex : *sourcing* ou *sourçage*, définition de la stratégie d'achat,...). L'exercice de ces nouvelles missions contribuera à revaloriser les métiers d'acheteurs dans la mesure où ces agents passeront moins de temps à effectuer des tâches administratives.

Mais, ce n'est pas tout, il est également essentiel que le personnel encadrant accompagne les agents qui perçoivent plus les inconvénients que les avantages de la dématérialisation des marchés publics afin d'apaiser leurs craintes. A cette fin, le passage à la dématérialisation nécessite d'entreprendre une démarche de communication et d'explication auprès de tous les acteurs impactés par cette dématérialisation, (ex : les rédacteurs de marchés,...).

De plus, certains agents doivent faire l'objet d'un accompagnement spécifique. Ce dernier peut passer par la mise à disposition d'outils informatiques adaptés à ces nouvelles méthodes de travail, (ex : double écran pour faciliter le travail sur plusieurs documents,...). Qu'ils soient nouveaux ou plus anciens, l'usage des outils numériques nécessite que les agents soient formés à leurs utilisations. D'ailleurs, Madame SCHMIT¹³² estime qu'il est toujours plus simple de recourir à une personne extérieure à la collectivité pour assurer une formation pour que cela ait beaucoup plus d'impact, (ex : les ambassadeurs de Territoires Numériques).

Une fois que tous les acteurs locaux (acheteurs publics et opérateurs économiques) sont imprégnés du fonctionnement théorique du processus de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux, il faut qu'ils soient en mesure de mettre leurs connaissances en pratique en utilisant le profil d'acheteur.

Section 2 - La généralisation de la dématérialisation des marchés publics locaux passe par une standardisation de profils d'acheteur opérationnels

Dans l'optique de mettre en place une dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux irréprochable, il faut s'assurer du bon fonctionnement technique du profil d'acheteur. En effet, il ne faudrait pas qu'un opérateur économique ne puisse pas envoyer sa candidature ou son offre à cause d'un dysfonctionnement imputable à la plate-forme dématérialisée. Il semblerait que les acheteurs publics locaux soient alors bien aidés par l'intervention récente de l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs qui vise à rationaliser et standardiser l'outil (§1). En amont de la transmission de leurs plis par voie dématérialisée, les opérateurs économiques doivent se

¹³² Responsable du service administration générale, commande publique et affaires juridiques de la Communauté d'agglomération de l'Auxerrois, op. cit.

prémunir face à un certain nombre de difficultés pouvant potentiellement intervenir lors de l'utilisation du profil d'acheteur (§2).

§1 – La rationalisation et la standardisation des fonctionnalités minimales des profils d'acheteurs

L'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs a pour objectif d'apporter des solutions aux problèmes que dégagent Monsieur VRIGNAUD, Chargé du dispositif « Dîtes le nous une fois » au SGMAP (A). Cependant, les dispositions de l'arrêté précité ne semble pas apporter des solutions suffisantes pour remédier aux problèmes tant l'histoire a été dans le sens contraire (B).

A) Rationalisation et standardisation des fonctionnalités minimales offertes par un profil d'acheteur en apparence

Qualifié d'« *indispensable depuis de nombreuses années* »¹³³ par Jérôme MICHON, le profil d'acheteur, qui a vocation à devenir « *incontournable à partir du 1^{er} octobre 2018, date à laquelle la dématérialisation sera obligatoire pour tous les marchés publics* »¹³⁴ est un outil qui mériterait d'être perfectionné, voire rationalisé.

En effet, dans la mesure où ce sont les acheteurs publics locaux qui doivent mettre en place la plateforme de dématérialisation des marchés publics et que les acheteurs publics locaux sont très nombreux en France, il y a une « *multitude de plates-formes* »¹³⁵ comme l'indique Philippe VIGNAUD, et plus précisément « *plusieurs dizaines de sites* »¹³⁶ selon Diane POUPEAU ou encore « *des centaines de plates-formes* »¹³⁷ d'après Monsieur MICHON. En conséquence, dans cet « *écosystème des plates-formes* »¹³⁸, chacune d'elles proposent des services et des procédures qui leurs sont propres.

On peut considérer que c'est pour rationaliser et standardiser l'outil qu'a été pris l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 dans la mesure où, comme son intitulé l'indique, il a vocation à préciser les fonctionnalités minimales que doivent offrir les profils d'acheteurs ainsi que les exigences minimales qu'ils doivent respecter en terme de sécurité, d'accessibilité et d'interopérabilité au plus tard au 1^{er} octobre 2018.

¹³³ MICHON Jérôme, *Marchés publics et concessions : de nouvelles obligations pour les plateformes de dématérialisation*, loc. cit.

¹³⁴ *ibid.*

¹³⁵ (ex : Territoires Numériques Bourgogne-Franche-Comté (<https://www.e-bourgogne.fr>), Megalis Bretagne (<https://www.megalisbretagne.org/>), Maximilien (<http://www.maximilien.fr/>), Klekoon (<http://www.klekoon.com/>), Centrale des marchés (<http://www.demat.centraledesmarches.com/>), Achat public (<http://www.achatpublic.com>), AWS (<https://www.marches-publics.info/accueil.htm>), Marchesonline.com (<http://www.marchesonline.com/>), Dematis (<https://site.dematis.com/>), Omnikles (<https://marchespublics-amhr.omnikles.com/xmarches/indexfs.do#mainContainer>),...)

¹³⁶ POUPEAU Diane, op. cit., p.1253

¹³⁷ MICHON Jérôme, *Marchés publics et concessions : de nouvelles obligations pour les plateformes de dématérialisation*, loc. cit.

¹³⁸ POUPEAU Diane, op. cit., p.1253

Selon Monsieur MICHON, l'arrêté précité fait une distinction entre deux types de fonctionnalités minimales :

- Les unes devront être ouvertes aux acheteurs publics locaux qui en useront pour passer leurs marchés publics. Celles-ci sont mentionnées au I. de l'article 1^{er} de l'arrêté précité.
- Les autres devront être proposées aux opérateurs économiques entendant consulter les DCE mis à leurs dispositions et/ou y répondre. Ces dernières sont évoquées par le II. de l'article 1^{er} de l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs.

Si les listes exhaustives de fonctionnalités minimales données par l'arrêté précité laissent supposer qu'il va effectivement être procédé à une rationalisation et à une standardisation des profils d'acheteurs, rien ne garanti que les choses se passent ainsi au cours de la mise en œuvre de la dématérialisation totale des procédures de passation des marchés publics locaux compte tenu d'une autre disposition de l'arrêté et de l'histoire de la dématérialisation de ce genre de contrats administratifs.

B) Une standardisation des fonctionnalités minimales à relativiser

Effectivement, cet objectif de rationalisation et de standardisation de l'outil « profil d'acheteur » risque fortement d'être compromis dans la mesure où l'arrêté du 14 avril 2017 n'empêche en rien les profils d'acheteurs de prévoir d'autres fonctionnalités selon la lettre même de l'arrêté précité. C'est déjà ce qu'exprimaient Messieurs MOLES et NOEL, en mars 2011, lorsqu'ils déclaraient que « *rien n'interdit aux acheteurs publics de prévoir d'autres fonctionnalités et de donner à ce profil un usage nouveau* »¹³⁹.

Qui plus est, on constate d'ailleurs à travers l'histoire de la dématérialisation des marchés publics locaux que les profils d'acheteurs ont souvent prévu d'autres fonctionnalités. Ainsi, « *la plate-forme de dématérialisation e-bourgogne désignée en 2003 comme l'exemple à reproduire par les pouvoirs adjudicateurs notamment locaux* »¹⁴⁰ proposait dès 2005 de très nombreux services, (ex : recherche et consultation des annonces d'information, de consultation, d'attribution ; téléchargement des DCE, remise sous forme électronique des réponses aux appels d'offres ; service d'alerte gratuit, quotidien ou hebdomadaire,...).

De surcroît, en 2006 ceux-ci avaient été rejoint par de nouveaux services accessibles depuis la salle des marchés dont l'objectif était de simplifier les relations entre les services de l'Etat et les collectivités locales, (ex : l'extranet comptable pour la télé-transmission des pièces du marché public local aux comptables publics et à la Chambre régionale des comptes (CRC) et le parapheur électronique ou l'e-parapheur ACTES (dit « @CTES ou e-@CTES ») pour la transmission dématérialisée des pièces du marché public local au contrôle de légalité).

De même, le Guide pratique du ministère de l'économie, des finances et de l'emploi (MINEFE) intitulé « Guide et recommandations, Dématérialisation des marchés publics, version 1.1 d'octobre 2010 » imaginait déjà, lui aussi d'autres fonctionnalités, (ex : création d'un système d'alerte aux opérateurs économiques, module d'entraînement destiné à démocratiser le dépôt des offres en ligne chez les opérateurs économiques).

¹³⁹ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

¹⁴⁰ ibid.

On remarque alors que si l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 reprend le récent concept « Dîtes-le nous une fois » au 10° du I. de son article 1^{er} ainsi que la réception des candidatures présentées sous la forme d'un DUME électronique au 4° du I. de son article 1^{er}, celui-ci ne prévoit pas que les profils d'acheteurs puissent permettre de télé-transmettre les pièces des marchés publics locaux aux services étatiques déconcentrés, ni que les plates-formes dématérialisées comportent un système d'alerte. De ce fait, l'absence de ces fonctionnalités dans l'arrêté précité et leurs présences au sein du profil d'acheteur e-bourgogne suggèrent que l'objectif de rationalisation et de standardisation des profils d'acheteurs est déjà perverti. Ce constat amer est d'autant plus accentué par le fait que cette « *plate-forme de dématérialisation* »¹⁴¹ était considérée comme l'« *exemple à reproduire par les pouvoirs adjudicateurs notamment locaux* »¹⁴² il y a quatorze (14) ans et que l'arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs n'a pas su s'emparer de ces propositions anciennes.

Préalablement au téléchargement de son offre sur un profil d'acheteur, un opérateur économique doit prendre un certain nombre de précautions afin que cette action se passe sans la moindre encombre. Cela passe notamment par le recours aux fonctionnalités minimales prévues par l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 qui permet aux opérateurs économiques de s'assurer que la plate-forme dématérialisée fonctionne.

§2 – Les opérateurs économiques en capacité de s'assurer de disposer d'un profil d'acheteur opérationnel

De nombreuses fonctionnalités permettront désormais aux opérateurs économiques de s'assurer du fonctionnement technique impeccable du profil d'acheteur et de se préparer au dépôt d'une offre en ligne (A). Toujours est-il que si les opérateurs économiques ne téléchargent pas en avance leurs plis afin d'anticiper un éventuel incident technique, avoir pris toutes ces précautions au préalable s'avéra inutile *in fine* (B).

A) Les fonctionnalités permettant aux opérateurs économiques de s'assurer du bon fonctionnement du profil d'acheteur en amont du dépôt de leurs offres sur les profils d'acheteurs

Tout d'abord, l'opérateur économique doit tester la configuration de son poste pour savoir s'il peut déposer son offre. S'il apparaît pour Monsieur DEMILLY que chaque plate-forme est dotée d'un outil pour tester la configuration du poste, le 3° du II. de l'article 1^{er} de l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 en fait désormais une obligation en exigeant que « *Le profil d'acheteur permet à l'opérateur économique d'accéder à un espace permettant de tester que la configuration du poste de travail utilisé est en adéquation avec les pré-requis techniques du profil d'acheteur* ».

¹⁴¹ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

¹⁴² *ibid.*

Ensuite, il est recommandé à l'opérateur économique de s'assurer de la réactivité de la *hotline* du profil d'acheteur afin que celle-ci puisse être en mesure de régler, avant l'heure limite de dépôt de l'offre, un problème qui serait intervenu avant cette *deadline*. C'est à cette fonctionnalité que fait référence le 9° du II. de l'article 1^{er} de l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs lorsqu'il énonce que « *Le profil d'acheteur permet à l'opérateur économique* » de « *solliciter une assistance ou consulter un support utilisateur permettant d'apporter des réponses aux problématiques techniques* ». En effet, l'opérateur économique doit se prémunir contre tout incident technique car il a déjà été jugé par les magistrats de l'ordre administratif¹⁴³ qu'un candidat ne peut mettre en cause le fonctionnement technique d'un profil d'acheteur s'il n'a pas fait appel à l'assistance *hotline* pour résoudre cette hypothétique difficulté.

Enfin, avant de déposer une véritable offre sur le profil d'acheteur, il est conseillé aux opérateurs économiques de s'entraîner à télécharger un pli sur la plate-forme dématérialisée. Dans cette perspective, une telle fonctionnalité est évoquée au 6° du II. de l'article 1^{er} de l'arrêté NOR :ECFM1637253A précité qui précise que « *Le profil d'acheteurs permet à l'opérateur économique d'accéder à un espace permettant de simuler le dépôt de documents* ». On remarque alors que le Guide pratique du MINEFE d'octobre 2010 précité conseillait déjà l'instauration, sur la plate-forme dématérialisée, d'un module destiné à familiariser les candidats avec le dépôt des plis par voie électronique et que sur ce point, l'arrêté de 2017 a repris à son compte cette proposition.

Si la standardisation des profils d'acheteurs devrait permettre à tous les opérateurs économiques de s'assurer du caractère opérationnel de l'outil et de leurs capacités personnelles à déposer une offre en ligne en amont de la véritable transmission du pli par voie électronique, il convient également d'anticiper le téléchargement de la véritable offre, toujours dans l'optique de prévenir des dysfonctionnements potentiels.

B) L'ultime précaution à prendre pour les opérateurs économiques : l'anticipation du téléchargement de l'offre sur le profil d'acheteur

Il est préférable pour les opérateurs économiques de prévoir une marge de sécurité avant de déposer leur offre sur la plate-forme dématérialisée afin de ne pas se trouver face à un problème technique qui les empêcheraient de remettre une offre recevable. Le poids du pli à envoyer étant une cause de l'allongement de la durée nécessaire au téléchargement de l'offre sur le profil d'acheteur, il est nécessaire de prendre en considération ce paramètre pour définir l'heure à laquelle il convient d'entamer le processus de téléchargement de l'offre. En 2011, Messieurs MOLES et NOEL déduisaient de l'article 48 du CMP, désormais abrogé, relatif à la dernière offre reçue par voie dématérialisée que « *c'est l'heure de réception définitive de l'intégralité du dossier qui doit être prise en compte* »¹⁴⁴ lorsque le contentieux tourne autour de la question de savoir si le pli a été

¹⁴³ Tribunal administratif de NANCY, 20 janvier 2011, Société SA EGT, requête n°110005 et Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015, p.51

¹⁴⁴ MOLES Philippe et NOEL Mathieu, op. cit., p.117sq.

reçu avant que n'expire le délai de remise des candidatures et des offres. Le Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015 rappelle qu'en principe, ce n'est pas l'heure d'envoi du pli qui est prise en compte mais son heure d'arrivée.

Ainsi, pour être recevable, la règle est que le téléchargement du pli doit être achevé avant l'heure limite de dépôt. Dans le cas contraire, il serait déclaré irrecevable car hors délai, quand bien même le téléchargement de l'offre aurait commencé bien avant la date butoir.

D'ailleurs, il a déjà été jugé¹⁴⁵ en ce sens que si l'opérateur économique n'est pas en mesure de préciser en quoi les dysfonctionnements rencontrés sur le profil d'acheteur ont eu pour conséquence que son offre soit remise tardivement, c'est-à-dire hors délai, par voie électronique, il ne peut que voir son offre rejetée. Néanmoins, dans une affaire exceptionnelle, le juge administratif a pu prendre en compte l'heure d'envoi pour juger que l'offre était recevable et qu'*a posteriori*, elle aurait dû faire l'objet d'une analyse¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Tribunal administratif de TOULOUSE, 18 novembre 2013, Société Axians, requête n°1304820-8, Contrats Publics n°167 juillet-août 2016 pp.20-24, Flora LABOUTIER et Angélica RAMOS

¹⁴⁶ Tribunal administratif de DIJON, 30 juin 2011, Computacenter France, requête n°1101387, Contrats Publics n°167 juillet-août 2016 pp.20-24, Flora LABOUTIER et Angélica RAMOS et Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015, p.50

Conclusion

La réforme du droit des marchés publics est venue poser de nouvelles obligations en termes de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics et de nouvelles échéances, celles du 1^{er} avril 2018 et du 1^{er} octobre 2018. En effet, à compter de celles-ci, devront respectivement être systématiquement dématérialisées les présentations des candidatures et la totalité des étapes des procédures de passation des marchés publics locaux. Certes, les grands principes de cette dématérialisation sont établis par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Toutefois, force est de constater que les dispositions de la nouvelle réglementation des marchés publics vont rapidement faire l'objet de précisions comme l'ont exprimé Messieurs MAIA et NOEL et Madame ABOUB. Ces dernières concerneront notamment les outils et dispositifs de communication et d'échanges d'informations par voie électronique, mais aussi les modalités de mise à disposition des documents de la consultation sur un profil d'acheteur, dont il a déjà été fait mention dans l'introduction.

On remarque que les acheteurs publics locaux utilisaient déjà les outils de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics depuis quelques années, comme en témoignent les contentieux relativement importants dont ceux-ci sont à l'origine¹⁴⁷ et notamment la signature électronique. Bien que cette dernière soit d'ailleurs à l'origine de crispations, son emploi ne peut pas être occulté par les acteurs locaux s'ils veulent exceller dans la mise en œuvre intégralement dématérialisée des procédures de passation des marchés publics locaux.

La mise en œuvre de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux est déjà bien avancée. Elle est même devenue le moyen courant de contracter des marchés publics locaux pour certains acheteurs publics locaux, (ex : la ville et la Communauté d'agglomération de POITIERS, la ville et la métropole de TOULOUSE, le département de la Sarthe ou encore la région Bourgogne¹⁴⁸,...). Pour autant, la majorité des acheteurs publics locaux commencent seulement à se préparer eux-mêmes à ces échéances, à sensibiliser les opérateurs économiques aux outils de la dématérialisation des marchés publics locaux et à engager en leur sein le changement qu'engendre la dématérialisation des marchés publics locaux. Les acheteurs publics locaux estiment déjà que leurs marchés publics ne pourront pas être passés selon des procédures complètement dématérialisées. En effet, il suffit de prendre un exemple pour s'en convaincre. Tandis que le 2nd aliéna de l'article L.1414-2 du CGCT, modifié par l'intermédiaire de l'article 101 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, dispose désormais que « *Les délibérations de la commission d'appel d'offres peuvent être organisées à distance dans les conditions de l'ordonnance du 6 novembre 2014*¹⁴⁹ » et que dans cette perspective, Monsieur Jérôme MICHON considère alors qu'une CAO peut valablement être organisée par visio-conférence, « *par simple échange d'e-mail ou encore par tout autre moyen dématérialisé* »¹⁵⁰, les acheteurs

¹⁴⁷ Voir en ce sens « Annexe 2 : jurisprudence et la dématérialisation » du Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés, version 1.0 décembre 2015

¹⁴⁸ Devenue la région Bourgogne-Franche-Comté

¹⁴⁹ Ordonnance n°2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial

¹⁵⁰ MICHON Jérôme, *La réglementation des marchés publics 2017*, op. cit. p.17

publics locaux n'envisagent pas de dématérialiser totalement cette étape, ne serait-ce que par rapport aux signatures électroniques des procès-verbaux par les membres de cette commission pour lesquelles les acheteurs publics locaux ne souhaitent pas acquérir des clés de signature électronique en raison de leurs coûts et de leurs emplois peu fréquents comme l'exprime Monsieur HADJAB¹⁵¹ et Madame LEFRANC¹⁵².

Depuis peu, la vague portant un renouveau démocratique et ses corolaires, qui prennent les traits de la transparence, de la déontologie ou de la moralisation de la vie publique (ou confiance dans la vie politique), déferle sur l'Hexagone et emporte également les marchés publics avec elle. En effet, avec la prise du décret n°2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique et de l'arrêté NOR :ECFM1637256A du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique, les pouvoirs publics sont venus clarifier l'étendue de la transparence et *a fortiori* l'*open data* appliquée dans les marchés publics.

Ainsi, conformément au 1^{er} aliéna du I. de l'article 107 du « décret marchés publics » et au 1^o de l'article 11 du décret n°2017-516 précité, seuls les marchés publics dont la valeur estimée du besoin à satisfaire est supérieure à 25 000€ HT devraient voir diffusées leurs données essentielles sur les profils d'acheteurs au plus tard au 1^{er} octobre 2018. Les données essentielles relatives aux marchés publics locaux qui peuvent être divulguées sont énumérées par l'arrêté NOR :ECFM1637256A.

Reste à savoir si l'ouverture des données des marchés publics qui a pour but d'améliorer le recensement des marchés publics et qui constitue un autre aspect de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux sera effectivement mise en œuvre alors qu'elle est dépourvue de caractère obligatoire et que son absence de respect ne sera pas sanctionnée.

¹⁵¹ Chef de la commande publique au Conseil départemental de l'Yonne, op. cit.

¹⁵² Directrice de la commande publique de la ville de SENS et à la Communauté d'agglomération du Grand Sénonais, op. cit.

Bibliographie

OUVRAGES

MORAND Pierre-Henri, LAJOIE Thierry, HISLAIRE Loïc, MOUTON Dimitri, LAZARO Cécile, BINOT Jean-Marc, GUILLOU Yves-René et NADAL Jean-Philippe, *Les marchés publics dématérialisés*, Le Moniteur, 2004
RICHER Laurent et LICHÈRE François, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10^{ème} édition, 2016

REVUES JURIDIQUES

CLOIX Pierre-Manuel, *DUME et E-DUME standardisation et dématérialisation* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167, juillet-août 2016, pp.29-31
CLOIX Pierre-Manuel, *Mieux appréhender le DUME* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167, juillet-août 2016, pp.33-35
DEMILLY Olivier, *Guide de bonnes pratiques en matière de dématérialisation* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167, juillet-août 2016, pp.63-66
GODENGER Maximilien, *Marché public simplifié : le bilan des deux ans* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167, juillet-août 2016, pp.25-28
LABOUTIER Flora et RAMOS Angélica, *La dématérialisation à l'aune de la réforme de la commande publique* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167, juillet-août 2016, pp.20-24
MOLES Philippe et NOEL Mathieu, *La dématérialisation des marchés publics et l'expérience d'une plate-forme régionale*, AJCT mars 2011, pp.117-125
NOEL Mathieu et ABOUB Schéhérazade, *Les « nouvelles » obligations de dématérialisation de l'administration. Panorama 2015-2016*, in Dossier « Les collectivités saisies par le numérique », AJCT avril 2017, pp.192-196
PASTOR Jean-Marc, *Offensive du Gouvernement contre la « clause Molière »*, AJDA n°16 2017, 8 mai 2017, p.910
PIETTE-COUDOL Thierry, *La signature électronique dans les marchés publics dématérialisés* in Dossier « Etat des lieux de la dématérialisation », Contrats Publics n°167, juillet-août 2016, pp.36-40
POUPEAU Diane, *Dématérialisation des marchés publics : objectif 2018*, AJDA n°22 2017, 26 juin 2017, pp.1252-1253

REVUES PROFESSIONNELLES

AUMONT François, DUPOIRIER Sylvie et TRAN QUANG TY Eléna, *En marche vers la dématérialisation totale des marchés publics*, Revue du gestionnaire public n°3 septembre 2016, pp.56-59
BERKOVICIUS Christine, *La dématérialisation, prochain cap de la commande publique*, La Gazette des communes, 30 mars 2017

CHEVRIER Claire, *La dématérialisation des marchés publics testée grandeur nature*, La Gazette des communes, 21 avril 2016

JOANNES Jean-Marc, *Le nouvel enjeu de la commande publique : la dématérialisation*, La Gazette des communes, 21 mars 2017

KHALID Nohmana, *Des procédures sans papier : Poitiers dématématise la totalité de ses marchés publics depuis le 1^{er} avril, parallèlement à l'entrée en vigueur de la réforme*, Le Moniteur, 15 avril 2016, p.22

KHALID Nohmana, *Le « Marché public simplifié » attend son envol*, Le Moniteur, 30 juin 2017, p.84

MICHON Jérôme, *La réglementation des marchés publics 2017*, La Gazette des communes, Hors série, 20 mars 2017

MICHON Jérôme, *De nouvelles précisions réglementaire pour l'open data appliqué à l'achat public*, La Gazette des communes, 2 mai 2017

MICHON Jérôme, *Marchés publics et concessions : de nouvelles obligations pour les plateformes de dématérialisation*, La Gazette des communes, 31 mai 2017

PICAUD Emmanuelle, *Poitiers, ville pionnière de la dématérialisation avec les marchés publics à portée de clic*, La Gazette des communes n°2316-2317, 9 mai 2016, p.47

ZIGNANI Gabriel, *Achat public : mise en œuvre de la dématérialisation*, La Gazette des communes, 27 avril 2017

La Sarthe achève la dématérialisation de « bout en bout » de ses marchés publics, Autoroutes de l'information & Territoires n°322, 8 avril 2015, p.5

Veille, Revue du gestionnaire public n°2 mai 2017, p.3

TEXTES EUROPEENS

Directives 2014/24/UE, du 26 février 2014, sur la passation des marchés et abrogeant la directive 2004/18/CE

Directive 2014/25/UE, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérants dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE

Règlement d'exécution 2016/7 de la Commission européenne du 5 janvier 2016

TEXTES FRANCAIS

Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République

Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

Ordonnance n°2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial

Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Décret n°2002-692 du 30 avril 2002 relatif à la dématérialisation des procédures

Décret n°2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat

Décret n°2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification

Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Décret n°2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses mesures pour la commande publique

Arrêté NOR :ECEM0929046A du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics

Arrêté NOR :EFIM1222915A du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics

Arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs

Arrêté NOR :ECFM1637256A du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique

DECISIONS JURIDICTIONNELLES

Conseil constitutionnel, décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, « loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit »

Conseil constitutionnel, décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, « loi pour la confiance dans l'économie numérique »

Conseil d'Etat, Assemblée, 24 mars 2006, Société KPMG et autres, requête n°288460 et s.

Conseil d'Etat, 4 juillet 2012, Cabinet Froment-Meurice, requête n°353305

Conseil d'Etat, 7 novembre 2014, Ministre des finances et des comptes publics, requête n°383587

Cour Administrative de BORDEAUX, 31 mars 2011, Monsieur Bernard A, requête n°10BX01752

Tribunal administratif de LYON, 2 mars 2006, Association lyonnaise de promotion et d'éducation sociale (ALPES) et autres, requêtes n°0600801, 0600838, 0600842

Tribunal administratif de PARIS, 7 juin 2010, Société Bovis Transports, requête n°1009069, (ordonnance)

Tribunal administratif de STRASBOURG, 21 juillet 2010, Société Energest, requête n°100146, (ordonnance)

Tribunal administratif de RENNES, 5 novembre 2010, (jugement)

Tribunal administratif de NANCY, 20 janvier 2011, Société SA EGT, requête n°110005

Tribunal administratif de TOULOUSE, 9 mars 2011, Société MC2I contre CNRS, requête n°1100792

Tribunal administratif de DIJON, 30 juin 2011, Computacenter France, requête n°1101387

Tribunal administratif de TOULOUSE, 18 novembre 2013, Société Axians, requête n°1304820-8

SITES INTERNET

<http://www.marche-public.fr/Guides/Guide-demat-mp-20101018-Version-1-1.pdf>

https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-dematerialisation-mp.pdf

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/gem/aide-passation-mp-demat/aide-passation-mp-demat.pdf

<http://www.marche-public.fr/formation-repondre-dematerialisation-marches-publics.htm>

Table des matières

SOMMAIRE	1
GLOSSAIRE	2
INTRODUCTION	3
CHAPITRE 1^{ER} : LE REGIME JURIDIQUE DE LA DEMATERIALISATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS LOCAUX	13
Section 1 - Le régime évolutif du lancement de la procédure et de la communication par voie électronique.....	14
§1 - Le lancement de la procédure de passation d'un marché public sur une plate-forme dématérialisée	14
A) La publication des documents de la consultation d'un marché public d'un montant supérieur à 90 000€ HT.....	14
B) La publication des documents de la consultation de tous les marchés publics sur un profil d'acheteur à compter du 1 ^{er} octobre 2018	15
§2 - Les communications et échanges d'informations dématérialisés à compter du 1 ^{er} octobre 2018	16
§3 - Les documents exemptés d'une diffusion sur un profil d'acheteur et d'un partage par des moyens électroniques	17
Section 2 - Les règles conduisant aux rejets de toutes les offres transmises sous forme matérialisée au 1^{er} octobre 2018.....	18
§1 - L'extension progressive de la faculté reconnue à l'acheteur public local d'imposer la remise des plis par voie électronique	19
§2 - L'extension progressive de l'obligation incombant à l'acheteur public local d'accepter la remise des plis par voie électronique	20
§3 - Le régime du refus de l'offre matérialisée	22
Section 3 - Le maintien des règles existantes en matière de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux.....	23
§1 - Les éléments des procédures de passation des marchés publics locaux déjà ouvert à la dématérialisation du côté des acheteurs	23
A) Les envois des notifications et courriers de rejet par voie électronique déjà possible	23
B) La réduction des délais en cas d'envoi par voie électronique maintenue	24
1) La réduction des délais de procédure possible dans le droit antérieur à la réforme des marchés publics.....	24
2) La réduction des délais de procédure encore possible avec le décret relatif aux marchés publics ..	25
§2 - La dématérialisation des procédures de passation déjà source d'obligation à l'égard des opérateurs économiques	26
A) L'offre obligatoirement transmise par voie électronique par les opérateurs économiques du secteur économique de l'informatique.....	26
B) L'identité des moyens d'entretenir les correspondances s'impose aux opérateurs économiques ..	26
CHAPITRE 2 : LES OUTILS DE LA DEMATERIALISATION DES MARCHES PUBLICS LOCAUX	28
Section 1 - « L'outil indispensable » : le profil d'acheteur	28
§1 - Le caractère suffisant ou insuffisant de la publicité assurée par le profil d'acheteur	29
A) La position de la jurisprudence sur le caractère suffisant ou insuffisant de la publicité d'un marché public sur le profil d'acheteur	29
B) La position de la Direction des affaires juridiques de Bercy sur le caractère suffisant ou insuffisant de la publicité d'un marché public sur le profil d'acheteur	29
§2 - Le débat doctrinal relatif au moment où la publication des documents de la consultation sur le profil d'acheteur doit être assurée.....	30
A) L'intelligibilité de la lettre de l'article 39 du décret relatif aux marchés publics	30
B) Les interprétations doctrinales de la nouvelle réglementation relatives à l'instant où la mise à disposition des documents de la consultation sur le profil d'acheteur doit être effectuée	31
Section 2 - Les outils de la présentation dématérialisée des candidatures	32
§1 - Le dispositif « marché public simplifié »	32
A) Définition et fonctionnement du dispositif « Dîtes-le nous une fois »	32

B) Extension et conservation du dispositif « Dîtes-le nous une fois » par la réforme des marchés publics	33
§2 - Le document unique de marché européen électronique.....	34
Section 3 - Les outils clés de la remise d'une offre électronique	35
§1 - L'outil contrariant les passations complètement dématérialisées des marchés publics locaux : la signature électronique	35
A) La signature électronique implique nécessairement de se doter d'un certificat électronique	35
B) La signature électronique obligatoirement apposée sur les documents relatifs à l'offre.....	36
C) L'abandon de la signature de l'offre au moment de sa remise	37
§2 - Le régime de l'ouverture de la copie de sauvegarde	39
CHAPITRE 3 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA DEMATERIALISATION COMPLETE DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS LOCAUX	41
Section 1 - L'accompagnement du changement qu'implique la dématérialisation intégrale des procédures de passation des marchés publics locaux	42
§1 - La préfiguration de la dématérialisation complète des procédures de passation des marchés publics locaux.....	42
A) Le périmètre et les objectifs de l'expérimentation relative à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux	42
B) Le bilan de l'expérimentation relative à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux à relativiser	43
§2 - La sensibilisation des opérateurs économiques à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux	44
A) Une diversité d'action à mener pour sensibiliser les opérateurs économiques à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux	44
B) La sensibilisation des opérateurs économiques à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux dans les territoires ruraux	45
§3 - La conduite du changement au sein de l'organisation interne de l'acheteur public local	47
A) La dématérialisation des marchés publics locaux à l'origine d'une nouvelle organisation interne ..	47
B) L'impact de la dématérialisation des marchés publics locaux dans les services chargés de la passation de tels contrats administratifs	48
Section 2 - La généralisation des marchés publics locaux passe par une standardisation de profils d'acheteur opérationnels.....	48
§1 - La rationalisation et la standardisation des fonctionnalités minimales des profils d'acheteurs	49
A) Rationalisation et standardisation des fonctionnalités minimales offertes par un profil d'acheteur en apparence	49
B) Un standardisation des fonctionnalités minimales à relativiser.....	50
§2 - Les opérateurs économiques en capacité de s'assurer de disposer d'un profil d'acheteur opérationnel.....	51
A) Les fonctionnalités permettant aux opérateurs économiques de s'assurer du bon fonctionnement du profil d'acheteur en amont du dépôt de leurs offres sur les profils d'acheteurs	51
B) L'ultime précaution à prendre pour les opérateurs économiques : l'anticipation du téléchargement de l'offre sur le profil d'acheteur	52
CONCLUSION	54
BIBLIOGRAPHIE	56
TABLE DES MATIERES	59
TABLE DES ILLUSTRATIONS	61
ANNEXES.....	62

Table des illustrations

Disparition du seuil en dessous duquel les marchés publics locaux n'avaient pas à faire l'objet d'une publication sur un profil d'acheteur	16
Disparition du caractère facultatif de l'usage de moyens de communications et d'échanges d'informations électroniques	17
Extension progressive de la faculté reconnue à l'acheteur public local d'imposer la remise des plis par voie électronique	20
Extension progressive de l'obligation incombant à l'acheteur public local d'accepter la remise des plis par voie électronique	21
Disparition du caractère obligatoire de la signature électronique de l'offre au moment de son dépôt & maintien du caractère facultatif de la signature électronique du marché par l'attributaire débattu en doctrine ou obligatoire à terme en tenant compte de la dématérialisation intégrale des procédures de passation des marchés publics.....	39

Annexes

Annexe 1 : le modèle de convention conclu entre le représentant de l'Etat dans le département et la collectivité pour la transmission électronique des actes de celle-ci à ce dernier	
Annexe 2 : l'avis LY-2016-0908.....	

Si certaines étapes des procédures de passation des marchés publics locaux sont déjà effectuées de façon dématérialisée depuis 2001, c'est désormais la dématérialisation intégrale des procédures de passation des marchés publics qui est l'objectif à atteindre pour mettre un terme à la dématérialisation partielle des procédures de passation des marchés publics locaux. Pour ce faire, la dématérialisation complète des marchés publics locaux a fait l'objet d'une préfiguration encadrée par le SGMAP début 2016 et la nouvelle réglementation des marchés publics est venue poser de nouvelles échéances, celles du 1^{er} avril 2018 et du 1^{er} octobre 2018, à compter desquelles, respectivement, la présentation des candidatures aux marchés publics locaux sera dématérialisée par l'intermédiaire du e-DUME et toutes les procédures de passation des marchés publics locaux seront dématérialisées, sauf exceptions.

Toutefois, si l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application en date du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics constituent les solides fondements du nouveau régime juridique de la dématérialisation des marchés publics locaux, au moins trois nouveaux textes devraient être pris prochainement. Ceux-ci auront pour objet les outils et dispositifs de communication et d'échanges d'informations par voie électronique, les modalités de mise à disposition des documents de la consultation ainsi que la signature électronique. On remarque alors que ce sont les outils de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux que les acteurs (acheteurs publics locaux et opérateurs économiques) de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux ce sont déjà appropriés qui feront à nouveau l'objet de précisions qui devraient mettre un terme aux incertitudes qui pèsent encore sur le régime de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux.

Alors même que le profil d'acheteur a récemment fait l'objet de l'arrêté NOR :ECFM1637253A du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs dans l'optique d'être rationalisés, standardisés et opérationnels, parmi les nouvelles dispositions, c'est sans doute la suppression de la signature, y compris électronique, de leurs offres par les opérateurs économiques au moment des dépôts de celles-ci que retiendront ces opérateurs. Effectivement, les praticiens comme la doctrine soulèvent qu'en abandonnant une telle exigence les pouvoirs publics ont levé un obstacle important à la dématérialisation totale des procédures de passation des marchés publics.

Afin d'assister les acheteurs publics locaux dans la mise en œuvre de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux, les services des ministères économiques et financiers ont déjà rédigés des guides relatifs à la dématérialisation des marchés publics. Le « *plan de transformation numérique de la commande publique* » qui devait voir le jour avant l'été 2017 aurait été le dernier réceptacle de l'aide apportée par les services centraux à la conclusion de marchés publics dématérialisés par les acheteurs publics locaux.

Pour que cette « *révolution numérique* » soit un succès, il est indispensable que les acheteurs publics locaux préparent la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux en amont des échéances susmentionnées. A cette fin, ils leur incombent de communiquer sur la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics et ses outils tant à l'égard des opérateurs économiques que des agents publics territoriaux chargés de rédiger de tels contrats administratifs. La sensibilisation de ces acteurs à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux permet de leurs révéler les intérêts économiques, écologiques, pratiques et professionnels dont est à l'origine cette dématérialisation et une fois que les inquiétudes à son endroit sont levées, il est possible d'envisager de former les acteurs externes et internes de la passation des marchés publics à l'utilisation des outils de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics locaux.

mots-clés :

Commande publique et contrat Certificat * Copie de sauvegarde * Dématérialisation * Dématérialisation des procédures * Documents de la consultation * Échange d'information * Formation du marché public * Marché public * Marché public simplifié * Parapheur électronique * Passation * Profil d'acheteur * Pré-requis technique * Publicité * Signature électronique

Technologie de l'information et de la communication Certificat * Copie de sauvegarde * Dématérialisation * E-administration * Échange d'information * Parapheur électronique * Profil d'acheteur * Pré-requis technique * Signature électronique

If some steps of local procurement procedures are already performed way dematerialized since 2001, is now the full dematerialization of procedures of public procurement which is the objective to put an end to the partial dematerialization of procedures for local procurement. To do this, full of local public procurement dematerialization has been a foreshadowing framed by the SGMAP, early 2016 and new regulation of public procurement came to ask of new deadlines of April 1st, 2018 and October 1st, 2018, from which, respectively, the nomination of candidates for local procurement will be dematerialised through the e-DUME and all local public procurement procedures will be dematerialized safe exceptions.

However, if the order n°2015-899 of 23 July 2015 relative to the public procurement and its implementing decree dated March 25, 2016, relative to the procurement are the solid foundations of the new legal regime of the dematerialization of the local procurement, at least three new texts should be taken soon. They will have designed the tools and devices for communication and exchange of information by electronic means, the details of documents available for the consultation and the electronic signature. We notice they are tools of the dematerialization of procedures for local procurement that actors (local public purchasers and economic operators) of the dematerialization of the local procurement procedures are already appropriate who will again be details that should put an end to the many uncertainties still facing the regime of the dematerialization of the local procurement procedures.

Even though the buyer profile has recently made the object of the order NOR: ECFM1637253A of April 14, 2017 on the features and requirements of the profiles of buyers in order to be streamlined, standardized and operational, among the new provisions, it is probably the removal of the signature, including electronics, their offers by economic operators at the time of the deposits of these that will hold these operators. Indeed, practitioners as the doctrine raise that abandoning such a requirement Governments lifted a major obstacle to the total dematerialization of public procurement procedures.

To assist the local public buyers in the implementation of the dematerialization of the procurement procedures, the services of economic and financial departments have already developed guides relating to dematerialization of public procurement. The 'digital transformation of public procurement plan' which were to come before the summer 2017 would have been the last tray of the assistance provided by the central services at the conclusion of procurement dematerialized by local public buyers.

For the 'digital revolution' to be a success, it is essential that local public buyers prepare the dematerialization of procedures of local procurement before the above deadlines. To this end, they their responsibility to communicate on the dematerialization of public procurement procedures and tools both for economic operators and territorial officials responsible for drafting such administrative contracts. Awareness of these actors to the dematerialization of procedures of local procurement allows their reveal economic interests, ecological, practical and professional which is originally this dematerialization and once the concerns in its place are lifted, it is possible to train the actors external and internal procurement public procurement to the use of the tools of the dematerialization of the local procurement procedures.

keywords :

Public order and contract Advertising * Backup * Buyer profile * Certificate * Dematerialization * Consultation Documents * Dematerialization of procedures * Electronic signature * Exchanging information * Formation of the public procurement * Prerequisites technique * Procurement * public procurement simplified

Technology information and communication Backup * Buyer profile * Certificate * Dematerialization * E-administration * Electronic Signature * Information sharing * Public procurement * Prerequisites technique

ENGAGEMENT DE NON PLAGIAT

Je, soussigné Monsieur PARENT Julien, déclare être pleinement conscient que le plagiat de documents ou d'une partie d'un document publiée sur toutes formes de support, y compris l'internet, constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée. En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées pour écrire ce mémoire.

Signé par l'étudiant le 21 / 08 / 2017

**Cet engagement de non plagiat doit être signé et joint
à tous les rapports, dossiers, mémoires.**

Présidence de l'université
40 rue de rennes – BP 73532
49035 Angers cedex
Tél. 02 41 96 23 23 | Fax 02 41 96 23 00

