

Recommandation du comité de la CMP concernant la signature électronique lors de la soumission des offres en ligne

Avec la version 1.2 de la plateforme simap.ch, les entités adjudicatrices peuvent prévoir, à partir du début février 2025, que les soumissionnaires ont la faculté de soumissionner leur offre sous forme électronique via simap.ch.

L'art. 34 al. 2 AIMP fournit une base légale à cet effet. Les adjudicateurs doivent définir au cas par cas dans les documents d'appel d'offres les exigences applicables aux soumissions par voie électronique. La présente recommandation montre comment les entités adjudicatrices publiques des cantons et des communes peuvent utiliser cette fonction.

Recommandation 1: Signature électronique qualifiée

Si la remise de l'offre **devait être rendue possible** en ligne sur simap, le comité de la CMP recommande de demander un fichier PDF signé, avec une signature électronique qualifiée (QES), comportant par exemple le texte suivant dans les documents d'appel d'offres:

«L'offre doit être déposée par voie électronique via simap.ch. L'offre complète doit être remise sous la forme d'un seul fichier PDF [le cas échéant, avec des exceptions pour les fichiers Excel, les vidéos, les grands plans, etc.]. Le texte de l'offre doit pouvoir être recherché et copié. L'offre est à munir de signatures électroniques qualifiées valides apposées par des personnes habilitées à signer. La signature doit être conforme à l'art. 2 let. e de la loi fédérale sur la signature électronique (SCSE, RS 943.03) ou au Règlement européen eIDAS (Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014).

Recommandation 2: Scan de l'offre

Si l'entité adjudicatrice souhaite permettre en ligne les indications liées à l'appel d'offre, mais renoncer à une QES, le comité de la CMP recommande de demander un scan de l'offre signée, assorti par exemple du texte suivant dans les documents d'appel d'offres:

«L'offre doit être déposée par voie électronique via simap.ch. L'offre complète est à remettre sous la forme d'un seul fichier PDF [le cas échéant, avec des exceptions pour les fichiers Excel, les vidéos, les grands plans, etc.]. Le texte de l'offre doit pouvoir être recherché et copié. Les parties suivantes de l'offre doivent être disponibles sous forme de copie scannée du document imprimé et signé à la main par les personnes habilitées à signer: la feuille des prix, le formulaire de déclaration du soumissionnaire, [le cas échéant, d'autres parties importantes]».

Les deux recommandations se basent sur un état des lieux à fin janvier 2025. La pratique des marchés publics devra se préciser en fonction des enseignements tirés de la pratique et de la jurisprudence. Les recommandations ont pour but d'aider les entités adjudicatrices cantonales et communales à s'orienter dans l'optique de la version 1.2 de simap et ne sont pas dotées de l'effet obligatoire. Les réflexions et les hypothèses qui ont conduit à ces recommandations sont présentées ci-dessous. Le comité de la CMP privilégie la recommandation 1 parce qu'elle confère une plus grande sécurité du droit.

Réflexions

*Quelles sont les **bases légales** de la remise d'offres par voie électronique?*

Selon l'article 34 al. 2 AIMP, « les offres peuvent être remises par voie électronique lorsque possibilité est prévue dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres et que les exigences fixées par l'adjudicateur sont respectées». Il incombe donc à l'adjudicateur de décider s'il n'autorise pas du tout les offres par voie électronique, s'il les autorise à titre d'alternative facultative aux offres sur papier ou s'il les impose.¹

En tant que droit intercantonal de rang supérieur et norme de droit spécial, l'art. 34 al. 2 AIMP prime sur les lois cantonales régissant la procédure administrative, qui n'y autorisent parfois pas encore les soumissions sous forme électronique, ou seulement à certaines conditions. Les entités adjudicatrices n'ont donc pas à tenir compte du droit de procédure cantonal lorsqu'ils décident d'autoriser ou non les offres par voie électronique. Toutefois, si le droit cantonal impose aux autorités d'agir en principe de la sorte, notamment vis-à-vis des entreprises, il peut en résulter que les entités adjudicatrices sont tenues d'autoriser ou de prescrire les offres par voie électronique. Il existe déjà des dispositions cantonales d'exécution de l'AIMP qui exigent dans ces cas une QES.²

L'art. 36 let. e AIMP stipule que si l'adjudicateur effectue le marché par voie électronique, les documents d'appel d'offres doivent contenir «les éventuelles exigences en matière d'authentification et de cryptage lors de la remise d'informations par voie électronique».³ Pour le domaine des contrats passés par l'Etat, l'art. IV:3 de l'AMP de l'OMC précise quelles exigences de ce type doivent être établies par l'adjudicateur:

«Lorsqu'elle procédera à la passation de marchés couverts par une voie électronique, une entité contractante:

- a) fera en sorte que le marché soit passé à l'aide de systèmes et de programmes informatiques, y compris ceux qui ont trait à l'authentification et au cryptage de l'information, qui sont généralement disponibles et interopérables avec d'autres systèmes et programmes informatiques généralement disponibles; et
- b) mettra et maintiendra en place des mécanismes qui assurent l'intégrité des demandes de participation et des soumissions, y compris la détermination du moment de la réception et la prévention d'un accès inapproprié».

Il en résulte que les entités adjudicatrices doivent définir la méthode de remise des offres par voie électronique de sorte que soit garantie la sécurité de l'information des offres. Cela implique notamment de s'assurer, de manière proportionnée au risque, que

¹ Cf. message type AIMP, art. 34 al. 2: «L'accord laisse une place à la remise électronique des offres, à condition que les soumissionnaires qui les présentent puissent être identifiés avec certitude [...]».

² § 7 al. 2 de l'ordonnance sur les soumissions du canton de Zurich.

³ Voir le modèle de message AIMP, art. 36 let. e: «En cas d'acquisitions par voie électronique, les exigences en matière d'authentification et de cryptage en cas de soumission par voie électronique ainsi que les règles présidant aux enchères électroniques figureront dans les documents d'appel d'offres. Les formulations ouvertes anticipent à dessein l'évolution technique dans ce domaine».

- les offres électroniques proviennent effectivement des entreprises ou des personnes dont elles déclarent émaner,
- les offres par voie électronique ne peuvent plus être modifiées (sans qu'on le sache) après avoir été remises, et
- qu'aucune personne n'ait accès aux offres par voie électronique si cette consultation n'est pas nécessaire à l'accomplissement de ses tâches dans le cadre de la procédure d'adjudication.

*Quelles sont les **méthodes de saisie électronique des offres**?*

Il convient de distinguer entre les méthodes d'attribution sécurisées de l'offre au soumissionnaire (authentification) et les méthodes de transmission de l'offre du soumissionnaire à l'adjudicateur. La nouvelle fonction de simap.ch ne concerne que cette dernière.

Les méthodes suivantes sont envisageables pour l'**authentification**:

- Il est possible que l'entité adjudicatrice ait la conviction qu'**aucune mesure d'authentification particulière** n'est nécessaire, car les informations contenues dans l'offre permettent déjà de déterminer à satisfaction que l'offre provient effectivement de l'entreprise concernée - ceci dans un contexte où il n'est guère probable que quelqu'un présente une offre (plausiblement) falsifiée au nom d'un tiers.
- Afin d'accroître encore la sécurité, l'entité adjudicatrice peut exiger de surcroît que la liste des prix, la déclaration du soumissionnaire et/ou d'autres éléments importants de l'offre soient présentés sous forme de **copie scannée du document signé à la main**. Cela permet également de vérifier, avec une sécurité comparable à celle des offres sur papier, que les offres émanent bien de représentants du soumissionnaire habilités à signer, dans la mesure où l'entité adjudicatrice pose cette exigence.
- Toutefois, ces méthodes, par lesquelles l'offre est remise sous forme de documents individuels PDF ou Office, présentent l'inconvénient de ne pas pouvoir exclure techniquement que les offres ne soient modifiées après leur remise ou leur ouverture. Les exigences de l'art. IV:3 de l'AMP seront donc bien difficiles à respecter dans ce cas, à moins que l'entité adjudicatrice ne garantisse l'inaltérabilité des offres par d'autres mesures techniques et organisationnelles appropriées et bien documentées, telles que l'utilisation d'une gestion électronique des affaires avec versionnement.
- **L'utilisation de signatures électroniques qualifiées (QES)** ou de sceaux électroniques réglementés assure une sécurité nettement plus élevée.
 - S'agissant de ces moyens, l'offre est cryptée à l'aide de méthodes cryptographiques de sorte qu'il soit possible de prouver avec certitude quelle personne physique (dans le cas de QES) ou quelle entreprise (dans le cas de sceaux réglementés) a signé l'offre et à quel moment.
 - Et la QES ou le sceau garantit également que l'offre ne peut pas être modifiée sans invalider la QES ou le sceau.
 - Il convient toutefois de noter que, selon la branche économique, notamment pour les PME, l'utilisation de QES ou de sceaux réglementés peut être encore peu répandue, ce

qui est susceptible de constituer un obstacle à l'accès au marché, et donc à une concurrence efficace.

- En Suisse, les signatures électroniques sont régies par la [loi fédérale sur la signature électronique \(SCSE\)](#), et ce de manière légèrement différente de la norme européenne correspondante eIDAS. Afin de ne pas entraver l'accès des fournisseurs étrangers au marché public suisse, comme l'exigent les traités internationaux, il est recommandé d'autoriser, en sus des signatures suisses, au moins les signatures conformes à l'eIDAS.
- La validité des signatures électroniques peut être vérifiée via la plateforme fédérale www.validator.ch ou dans de nombreux logiciels d'affichage PDF.
- L'authentification peut également résulter du fait que la transmission de l'offre se fait par le biais d'une plateforme telle que simap.ch ou d'une plateforme de marché privée où les soumissionnaires s'inscrivent après vérification de leur identité. Mais dans ce cas, le degré de certitude auquel l'entité adjudicatrice peut admettre que les offres proviennent de la bonne entreprise et ne sont pas modifiables après leur dépôt dépend entièrement de la conception de la plateforme et de ses procédures d'inscription. Sur simap.ch, l'enregistrement des soumissionnaires pour un compte d'utilisateur offre quant à leur identité une certaine sécurité, mais pas totale, car les données relatives à l'identité des entreprises ou des personnes qui s'inscrivent ne sont pas systématiquement vérifiées quant à leur exactitude.

Les méthodes suivantes sont envisageables pour la **transmission de l'offre** du soumissionnaire à l'entité adjudicatrice:

- La transmission par **e-mail** n'est pas recommandée, car elle ne permet pas de garantir la confidentialité ni, le cas échéant, l'intégrité de l'offre.
- Il en va de même, mais dans une moindre mesure, pour la transmission via **des plateformes d'échange de fichiers** comme OneDrive ou Dropbox.
- La transmission par **courrier** (recommandé) sur clé USB est sûre, mais lente. De plus, les consignes de sécurité des adjudicateurs interdisent souvent la connexion à des supports de données externes.
- Lorsque l'offre est transmise via **des plateformes d'achat dédiées** telles que DecisionAdvisor ou SuisseOffer, le degré de confidentialité et d'inaltérabilité de l'offre dépend des mesures de sécurité mises en œuvre et documentées par le développeur ou l'exploitant de la plateforme.
- Enfin, comme il en a été fait mention au début, la remise d'offres par voie électronique via **simap.ch** sera également possible dès février 2025. En un premier temps, elle se limitera à un simple téléchargement de documents PDF, et à partir de la version 1.4, elle sera complétée par la vérification automatique de la validité d'éventuelles signatures électroniques via validator.ch. Lors du développement de la nouvelle plateforme simap, l'association simap.ch a veillé à prendre des mesures de sécurité appropriées, de sorte que, à son avis, la remise d'offres via simap.ch répondra à satisfaction aux exigences de l'art. IV:3 de l'AMP quant à l'inaltérabilité et à la confidentialité des offres.

Comme il n'existe pas encore à ce jour de jurisprudence connue sur ces questions, il n'est pas certain que, parmi les méthodes décrites ci-dessus, une instance de recours considérera, en cas de litige,

qu'elles sont suffisamment sûres. Il incombe donc à l'entité adjudicatrice de choisir la méthode qu'elle estime appropriée sous l'angle des risques et de la concurrence.

Comment dois-je concrètement rédiger mes documents d'appel d'offres en tant qu'entité adjudicatrice?

Etant donné que, comme cela a été montré plus haut, différentes combinaisons de méthodes sont possibles convenant à l'adjudicateur et aux soumissionnaires pour réaliser une forme de remise des offres par voie électronique via simap.ch, la présente recommandation se limite aux deux variantes décrites au début: l'une plus complexe et moins risquée, l'autre plus simple mais plus risquée.

Il va de soi que sont possibles diverses autres formes ainsi que des formes mixtes, et que les exigences doivent éventuellement être adaptées aux conditions-cadres de la commande en question. Nous ne tenons pas compte ici des variantes également possibles avec la remise d'offres via d'autres plateformes que simap.ch.

1ère variante avec **signature électronique qualifiée**

Cette variante offre une grande sécurité et constitue donc un faible risque juridique pour l'entité adjudicatrice, mais elle est plus complexe à mettre en œuvre pour les soumissionnaires et peut donc, le cas échéant, porter atteinte à une concurrence efficace.

2e variante avec **signature manuscrite scannée**

Cette variante offre une moindre sécurité et comporte donc un risque juridique plus élevé pour l'adjudicateur, notamment dans le domaine des accords internationaux, mais elle est plus facile à mettre en œuvre pour les soumissionnaires et peut donc favoriser une concurrence efficace.

A propos de la Conférence des marchés publics (CMP)

La CMP est une conférence spécialisée de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP). Elle est l'organe permanent de coordination et de liaison entre les responsables des marchés publics pour l'ensemble des cantons suisses.

Le comité de la CMP représente en outre les cantons au sein de la Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC). Pour de plus amples informations, voir :

<https://www.bpuk.ch/fr/cmp/a-propos-de-la-cmp>