Image not found or type unknown

Marché public et logiciel imposé

publié le **04/09/2015**, vu **6980 fois**, Auteur : Maître Malvina Mairesse

La légalité des spécifications techniques mentionnant le recours à un logiciel déterminé avait fait l'objet d'un arrêt remarqué du Conseil d'État dans l'affaire Lilie, dont la solution a souvent été présentée comme favorable aux logiciels libres. Une récente ordonnance du tribunal administratif de Paris (Tribunal Administratif de Paris, 26 juin 2013, Société Nexedi et autre, req. n°1308050/3-5) adapte cette décision au cas d'un logiciel propriétaire imposé par le marché public.

Deux sociétés éditrices de logiciels, les sociétés Nexedi et Linagora, ont en effet formé, devant le tribunal administratif de Paris, un référé précontractuel à l'encontre de la procédure de passation du marché public de service de messagerie collaborative et d'hébergement IaaS lancée par le GIP Renater (groupement d'intérêt public en charge depuis 1993 du Réseau national de télécommunications pour la technologie, l'enseignement et la recherche, réseau informatique français reliant les différentes universités et les différents centres de recherche entre eux en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer).

Plus précisément, ce marché public visait à la mise à disposition d'une infrastructure IaaS (lot 1), ainsi qu'à la mise en œuvre et l'exploitation du logiciel de messagerie Zimbra Collaboration Suite (lot 2), dans le cadre de l'ajout d'un service de messagerie collaborative au catalogue de service du GIP.

Les sociétés requérantes soutenaient qu'elles avaient été empêchées de soumissionner au motif que les spécifications techniques du marché public étaient discriminatoires et injustifiées, en tant qu'elles imposaient le logiciel payant Zimbra Network Edition et excluaient alors toute autre solution, notamment libre, pouvant répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur, tout en favorisant spécifiquement l'entreprise propriétaire de cette version, la société VmWARE, et ses partenaires commerciaux.

La société Nexedi, qui avait obtenu l'annulation d'une procédure de passation d'un marché public dans une affaire similaire (Tribunal Administratif de Lille, 29 décembre 2010, *Société Nexedi* , req. n°1007450), n'a cette fois pas connu le même succès.

Par ordonnance du 26 juin 2013, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a en effet rejeté la requête, étant à ce stade précisé que cette ordonnance n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

Une application aux logiciels propriétaires de l'arrêt du Conseil d'État Région Picardie.

Dans cette affaire, le tribunal va appliquer le même considérant de principe que celui du Conseil d'État dans l'affaire Lilie (Conseil d'État, 30 septembre 2011, *Région Picardie,* Req.350431) :

« que, s'agissant des marchés de services, il y a lieu, pour l'application de ces dispositions, d'examiner si la spécification technique en cause a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans

elle »

En effet, bien que le marché public en cause ne relève pas du Code des marchés publics (CMP), mais soit un marché public soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP, les dispositions applicables étaient similaires, l'article 3-II du décret du 30 décembre 2005 pris pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 et l'article 6-IV du CMP étant tous deux issus de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 :

« Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou d'un procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou une telle référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : « ou équivalent ».

La seule différence avec l'affaire Région Picardie soumise au Conseil d'Etat réside donc dans le fait que, dans l'arrêt du Conseil d'État, les sociétés requérantes reprochaient à la Région Picardie d'avoir exigé le recours à une solution sous licence libre déterminée, alors qu'en l'espèce, les sociétés Nexedi et Linagora reprochaient au GIP Renater d'imposer aux candidats de recourir à un logiciel propriétaire spécifique (le logiciel payant Zimbra Network Edition).

Une exigence considérée comme justifiée par l'objet du marché et jugée non discriminatoire
.

Comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du Conseil d'État Région Picardie, les requérantes ont en l'espèce tenté de faire valoir l'adéquation d'autres logiciels aux besoins du GIP Renater.

Sur ce point, le tribunal administratif de Paris a toutefois suivi le GIP, et après avoir rappelé que le logiciel de messagerie en cause avait été acquis auprès de l'UGAP et était déjà en possession du GIP Renater, il a relevé que le marché ne consistait pas en la fourniture d'un logiciel de messagerie électronique (marché de fournitures), mais en des « prestations de services de mise à disposition du GIP Renater d'une infrastructure IaaS, ainsi que la mise en œuvre et exploitation du logiciel de messagerie Zimbra Collaboration Suite » (marché de services).

Compte tenu du considérant de principe susvisé, on aurait alors pu s'attendre à ce que tribunal s'interroge ensuite sur le point de savoir si les spécifications techniques en cause avaient ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques, avant d'examiner si l'exigence litigieuse était justifiée par l'objet du marché.

Il va en fait inverser le raisonnement et d'abord relever que :

« si les spécifications techniques du marché (public) imposaient alors aux candidats d'adapter leurs offres à la version « Network » du logiciel de messagerie Zimbra, une telle exigence correspondait aux besoins du pouvoir adjudicateur ayant déjà acquis les licences d'utilisation de cette version auprès de l'UGAP, selon un bon de commande du 18 décembre 2012 ; que ces exigences techniques étaient dès lors justifiées par l'objet du marché ».

Ce n'est qu'après qu'il a examiné si les spécifications litigieuses présentaient ou non un effet discriminatoire.

À cet égard, les requérantes soutenaient que l'exécution du marché imposait en pratique l'accès

Copyright © 2024 Légavox.fr - Tous droits réservés

au code source de la version payante du logiciel Zimbra, les fonctionnalités attendues faisant référence à des fonctionnalités intégrées dans la version propriétaire dudit logiciel. Cet accès était donc selon elles nécessaire pour satisfaire aux attentes du pouvoir adjudicateur (taux de réussite exigé de 99,9%).

A l'inverse, le GIP Renater avançait que le marché public n'imposait pas d'avoir accès aux codes sources du logiciel, que les licences achetées par le GIP seront fournies au titulaire et qu'il était tout à fait possible d'offrir des solutions pour l'adaptation et l'hébergement du logiciel au moyen d'interfaces « libres », faisant d'ailleurs valoir que les entreprises ayant soumissionné au marché y étaient parvenues.

Relevant que *« les sociétés requérantes ne démontrent pas que l'exécution du marché implique l'accès et des modifications du code source du logiciel dont une partie n'est pas « libre » ni que ses concurrents bénéficient d'un tel accès au code source ou d'un droit de le modifier »*, le tribunal administratif a finalement considéré qu'*« il n'apparaît pas non plus que les spécifications techniques précisées dans les documents de la consultation ont pour effet d'éliminer tout candidat n'ayant pas accès au code source de la version « Network » du logiciel de messagerie Zimbra ou avantageraient des concurrents des sociétés requérantes ayant passé un accord commercial avec la société propriétaire de cette version ».*

Une décision protectrice de la libre définition de leurs besoins par les pouvoirs adjudicateurs.

Outre le fait que le tribunal a quelque peu inversé le raisonnement du Conseil d'État, on peut relever que cette ordonnance est également intéressante par l'application qu'elle fait des conditions posées à l'article 3-II du décret du 30 décembre 2005.

On rappellera en effet que, dans l'affaire Région Picardie, dès lors que le Conseil d'État avait considéré que la spécification technique en cause n'avait pas eu pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques, il n'avait pas examiné si les conditions posées à l'article 6 IV du CMP, permettant de déroger à l'interdiction posée au même article (mention justifiée par l'objet du marché ou mention nécessaire pour une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché), étaient remplies.

Or, les modalités d'application de ces conditions peuvent poser question et on peut noter sur ce point une divergence d'appréciation des tribunaux administratifs de Lille et de Paris.

Dans l'affaire précitée, le tribunal administratif de Lille, pour censurer la référence aux marques « Oracle » et « Business Objects », s'était fondé sur le fait que ces deux produits n'étaient pas les seuls à répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur :

« que si l'Agence de l'eau Artois Picardie fait valoir qu'elle utilise déjà « ORACLE» pour stocker les informations relatives à d'autres domaines de son activité, elle n'établit pas que ce système de gestion de base de données relationnel serait techniquement le seul à permettre le stockage des données générées par le nouveau progiciel de gestion budgétaire, comptable et financière envisagé, ni que le stockage de ces données sous un système de gestion différent de celui qu'elle utilise déjà pour d'autres informations serait techniquement difficile? que si l'Agence de l'eau Artois Picardie fait valoir de la même façon que ses agents sont habitués à utiliser « Business Objects » pour effectuer des requêtes, elle n'établit pas que les logiciels d'informatique décisionnelle développés sous cette marque sont techniquement les seuls à répondre à ses besoins? que l'exigence d'un stockage des données sous « ORACLE» et la fourniture d'un « Univers BO» ne sont donc pas justifiées par l'objet du marché».

Copyright © 2024 Légavox.fr - Tous droits réservés

Ce n’est pas le raisonnement retenu par le tribunal administratif de Paris :

« si les spécifications techniques du marché (public) imposaient alors aux candidats d’adapter leurs offres à la version « Network » du logiciel de messagerie Zimbra, une telle exigence correspondait aux besoins du pouvoir adjudicateur ayant déjà acquis les licences d’utilisation de cette version auprès de l’UGAP, selon un bon de commande du 18 décembre 2012 ; que ces exigences techniques étaient dès lors justifiées par l’objet du marché ».

Ce dernier juge ainsi que l’adéquation des exigences techniques (qui imposaient aux candidats d’adapter leur offre à la version du logiciel) à l’objet du marché (marché de services) suffit : il ne semble ainsi pas y avoir lieu pour lui de se demander si des solutions alternatives étaient ou non envisageables.

Mais un principe d’égalité des soumissionnaires dont on peut douter

L’ordonnance s’illustre également en reprenant de l’arrêt Région Picardie le présupposé selon lequel le recours imposé à un logiciel (libre, ou bien propriétaire) acquis au préalable ne porte pas en soi atteinte à la concurrence dès lors qu’il s’agit d’un marché de services.

Or le lien entre marché public de fournitures et marché public de services associés n’est toujours pas sans poser de nombreuses questions pratiques.

D’une part, comme cela a pu être relevé par certains commentateurs de l’arrêt Région Picardie (*« Marchés publics et logiciels libres : de l’arrêt du Conseil d’État à la récente circulaire »*, ACCP, n°12**8, p.59, janvier 2013 ; Glaser E., *« Mise en concurrence et logiciels libres ou le Conseil d’Etat rendant hommage à l’esprit libertaire de la communauté internet »*, in Nicinski S., Lombard M. et Glaser E., *« Actualité du droit de la concurrence et de la régulation »*, AJDA 2011, p. 2508 ; Linditch F., *« Spécifications techniques dans les marchés : le Conseil d’Etat interprète l’article 6 du Code des marchés publics à la lumière du droit de la concurrence »* , JCP A, n° 5, 6 février 2012, 2036**), les sociétés à l’origine du logiciel en cause ont nécessairement une connaissance précise de la solution. D’autre part, la pratique est répandue parmi les éditeurs de logiciels propriétaires de se réserver l’exclusivité des droits de correction.

Si le tribunal administratif de Paris et le Conseil d’État avant lui considèrent que l’exigence de recourir à un logiciel déterminé ne favorise ni n’élimine aucun opérateur économique, il ne peut être nié que cette exigence peut, dans certains cas, constituer pour certains soumissionnaires une contrainte technique et financière supplémentaire, susceptible de porter atteinte au principe d’égalité de traitement entre les candidats.

Ces éléments seront donc à prendre en compte par les pouvoirs adjudicateurs lors de la définition de leurs besoins, d’autant que le Conseil d’État rattache désormais l’exigence de remise en concurrence périodique prévue à l’article 16 du CMP à ce principe d’égalité de traitement (Conseil d’État, 10 octobre 2012, Commune de Baie-Mahaut, req. n°340647) .

Copyright © 2024 Légavox.fr - Tous droits réservés