

N° 350431
Région Picardie

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies
Séance du 21 septembre 2011
Lecture du 30 septembre 2011

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, Rapporteur Public

En 2009, la région Ile-de-France a confié à la Société Logica le développement d'une solution informatique permettant la mise en place dans les établissements d'enseignement public d'un « espace numérique de travail », outil ayant notamment vocation à remiser aux oubliettes le traditionnel cahier de texte... Il s'agit, en effet, de permettre à l'ensemble des personnes intéressées – enseignants, élèves, familles – d'accéder au système d'information de l'établissement et d'échanger des données. Cette solution informatique, dénommée « Lilie », a été développée sous la forme d'un logiciel « libre ». Un logiciel libre est un logiciel dont l'utilisation est gratuite, et qui peut, en outre, être étudié, modifié et reproduit par d'autres utilisateurs, via l'accès à ses « codes sources ». Concrètement, les autres régions disposent donc de la possibilité d'utiliser « Lilie » en l'adaptant à leurs propres besoins, sans avoir à payer de redevances pour son utilisation. Dans ce contexte, la région Picardie a lancé, en février 2011, une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché dit « d'intégration », ayant pour objet la mise en œuvre, l'exploitation, la maintenance et l'hébergement de cette solution informatique, mais au profit, cette fois-ci, des lycées picards. Deux sociétés, dont la Société Logica, ont présenté une offre. Les deux offres ont été rejetées, mais la région a ensuite engagé avec ces deux sociétés une négociation, sur le fondement des dispositions du 1^o du I de l'article 35 du code, qui permettent, sous condition, de passer des marchés négociés si, après appel d'offres, il n'a été présenté que des offres irrégulières ou inacceptables. Deux autres sociétés, Kosmos et Itop, ont alors saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif d'Amiens, en soutenant que les spécifications du marché étaient discriminatoires, puisqu'elles leur interdisaient de proposer leurs propres solutions informatiques.

Le juge du référé a pris appui sur les dispositions du IV de l'article 6 du code, aux termes desquelles :

« Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou 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 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 ». »

Il a estimé que la référence à la solution « Lilie », excluant toute autre solution, n'était pas justifiée par l'objet du marché, puisqu'il ne ressortait d'aucune pièce du dossier que seul ce logiciel aurait été susceptible de répondre aux exigences techniques requises. C'est l'intégralité de la procédure qui a été, par suite, annulée.

La région Picardie se pourvoit contre cette ordonnance.

Elle soutient, en premier lieu, que le premier juge aurait commis une erreur de droit en déclarant recevables les demandes des sociétés Kosmos et Itop.

Il s'est prononcé explicitement sur cette question, puisque la fin de non-recevoir avait été soulevée en défense.

L'ordonnance relève que *« les sociétés requérantes, en leur qualité de sociétés spécialisées notamment dans la mise en œuvre de solutions numériques pour les établissements d'enseignement, (avaient) vocation à exécuter les prestations de services incluses dans l'objet du marché litigieux, qu'elles (avaient) formé un recours préalable contre les spécifications du marché (...), qu'elles (étaient) susceptibles ainsi d'être lésées par le manquement invoqué, et (étaient) donc recevables (...) à agir devant le juge des référés précontractuels, alors même qu'elles n'avaient pas présenté d'offres »*.

Le juge s'est donc inscrit dans le cadre fixé par l'article L. 551-10, aux termes duquel *« les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué »*. La nouvelle rédaction de cet article entend tirer les conséquences de votre jurisprudence (la décision de section District de l'agglomération nancéienne du 3 novembre 1995 sur le premier point, la décision SMIRGEOMES sur le second). Le seul reproche que l'on puisse formuler à son encontre est qu'elle introduit une petite confusion entre deux notions différentes, car il convient de distinguer la recevabilité proprement dite du référé précontractuel et le caractère opérant – ou non – des manquements invoqués (sur le fait que vous exercez bien un contrôle sur le caractère opérant des manquements, cf. CE, 15 décembre 2008, Communauté intercommunale des villes solidaires, T. ; CE, 4 février 2009, Commune de Toulon, T.).

En d'autres termes, la personne qui a intérêt à conclure le marché, candidat évincé ou candidat potentiel, est recevable ; il convient ensuite, manquement par manquement, de rechercher si ceux-ci ont été susceptibles de la léser. Ainsi le candidat potentiel qui n'a pas souhaité participer à la procédure, alors que la publicité requise a été effectuée, ne pourra normalement se prévaloir d'un manquement relatif, par exemple, à la phase de sélection des candidatures ou des offres ; mais il ne s'ensuit pas que sa demande serait irrecevable.

Vous écarterez, par suite, le premier moyen de cassation, tiré de ce que l'ordonnance serait entachée d'erreur de droit et d'insuffisance de motivation, en ce qu'elle a jugé la demande recevable sans rechercher en quoi les manquements invoqués avaient été susceptibles de léser les deux sociétés requérante. En réalité, au stade de l'examen de la recevabilité, l'incise figurant dans l'ordonnance – la mention selon laquelle les sociétés étaient susceptibles d'avoir été lésées par le manquement – était inutile. Et, d'ailleurs, l'ordonnance prend soin, un peu plus loin, de vérifier que la condition posée par votre jurisprudence SMIRGEOMES est remplie.

L'essentiel est bien que le premier juge ait relevé, à juste titre, que les deux sociétés requérantes étaient spécialisées dans la mise en œuvre de solutions numériques pour les établissements d'enseignement supérieur, ce qui assurait la recevabilité de leurs demandes. Comme vous l'avez jugé par votre décision Région de Bourgogne du 8 août 2008, la spécialité d'une société suffit à établir son intérêt à conclure un contrat, sans qu'elle ait à établir qu'elle a été empêchée d'être candidate.

Le moyen suivant est tiré de ce que le juge du référé précontractuel aurait méconnu les dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics et dénaturé les faits en jugeant que la référence unique à la solution « Lilie » donnait un avantage concurrentiel à la société Logica.

La région soutient, à ce titre, que si la société Logica a effectivement participé à la mise au point de la solution informatique « Lilie », elle ne disposait pas d'avantages comparatifs dans le cadre d'un marché ayant pour objet sa mise en œuvre, son exploitation, sa maintenance et son hébergement. « Lilie » ne constituait qu'une base de travail, librement exploitable par tous les opérateurs, et que tous les opérateurs étaient à même d'intégrer. La meilleure preuve en serait que certaines collectivités territoriales auraient retenu d'autres opérateurs que la Société Logica pour des marchés portant sur l'intégration de cette solution.

A supposer même que ces affirmations soient exactes, la critique porte au moins partiellement à faux.

La question déterminante n'est pas de savoir si, pour intégrer la solution « Lilie », la Société Logica dispose ou non d'un avantage concurrentiel par rapport à d'autres sociétés concurrentes susceptibles, elles aussi, de l'intégrer. Ce qu'a relevé le premier juge, c'est que le choix, par le pouvoir adjudicateur, de cette solution excluait le déploiement de toute autre solution, qu'elle soit sous licence libre ou sous « licence propriétaire », pour reprendre le jargon habituellement usité. La région, en estimant que son besoin ne pouvait être couvert que par « Lilie », a limité le nombre de concurrents potentiels, au profit, par construction, de la Société Logica.

L'ordonnance n'est donc critiquable ni sous l'angle de l'erreur de droit, ni sous celui de la dénaturation.

Reste le dernier moyen, qui se situe en réalité en amont, et qui soulève une interrogation de portée assez générale, celle de l'articulation entre la liberté dont dispose un pouvoir adjudicateur pour définir ses besoins et les contraintes qui pèsent sur lui lorsqu'il entend préciser la façon dont ces besoins doivent être remplis.

La véritable question, dans cette affaire, était la suivante : la région devait-elle se borner à lancer un marché ayant pour objet la mise en place d'un « environnement numérique de travail », sans spécifier davantage la façon dont elle entendait que ce besoin soit couvert, ou pouvait-elle exiger, d'emblée, que ce besoin soit satisfait par l'usage d'un logiciel libre particulier, « Lilie » ?

Rappelons qu'aux termes du I de l'article 5 du code des marchés publics :

« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable ».

Le juge du référé précontractuel n'a pas expressément mentionné ces dispositions dans son ordonnance. Mais il a considéré que l'objet du marché était *« la mise en œuvre, l'exploitation, la maintenance et l'hébergement d'une plateforme de service pour une solution d'espace numérique de travail à destination des lycées de Picardie »*. Et c'est la raison pour laquelle, après avoir ainsi défini l'objet du marché, il a relevé que celui-ci ne justifiait pas la référence à un logiciel particulier.

De fait, si on se place dans cette logique, le raisonnement ne prête guère à contestation. Si l'on se fie aux informations disponibles, il existe au moins une douzaine de solutions différentes, et donc de sociétés concurrentes dans ce secteur.

Pour contourner le IV de l'article 6 du code des marchés, il faudrait admettre que la région Picardie pouvait légalement définir son besoin comme portant non seulement sur la mise en place d'un espace numérique de travail dans les lycées, mais, de façon plus ciblée, sur l'utilisation d'une solution informatique prédéterminée, *« Lilie »*.

C'est ce dont tente de vous convaincre le pourvoi, avec plusieurs arguments.

La région soutient ainsi que sa situation serait comparable à celle dans laquelle elle aurait détenu son propre logiciel préalablement à l'introduction de la procédure de passation du marché ; or, dans un tel cas, on n'aurait pas pu lui faire grief de cantonner son besoin à la mise en œuvre de ce logiciel là, et non d'un autre. Selon elle, le raisonnement sur lequel repose l'ordonnance revient à exiger de la collectivité qu'elle passe un marché relatif à la fourniture d'un nouvel équipement quand elle pourrait se satisfaire d'un marché portant sur l'entretien d'un équipement existant.

Mais la région Picardie ne détenait pas *« Lilie »* et n'avait aucun droit d'usage particulier sur lui, puisqu'il s'agissait simplement d'un logiciel libre ; le parallèle n'est donc pas convaincant.

La région invoque également le fait que *« Lilie »* est totalement adapté aux besoins des services éducatifs et de leurs utilisateurs, et qu'un logiciel libre présente de nombreux avantages.

Nous n'en doutons pas. Toutefois, le droit des marchés publics a précisément pour objectif de permettre au pouvoir adjudicateur de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse après une mise en concurrence ; il ne l'autorise pas à restreindre la concurrence en écartant a priori certaines offres.

Si le logiciel *« Lilie »* était réellement le plus adapté à ses besoins, au vu des critères qu'il lui revenait de définir, la procédure aurait débouché sur le choix d'une société chargée de le mettre en œuvre. En revanche, la région n'a pas apporté d'éléments attestant que seul ce logiciel répondait à ses besoins.

En d'autres termes, la liberté dont dispose le pouvoir adjudicateur pour définir ses besoins ne lui permet d'écarter a priori certaines solutions techniques que s'il est en mesure de démontrer que celles-ci ne peuvent les satisfaire.

En estimant que tel n'était pas le cas en l'espèce, le juge du référé précontractuel, dont le raisonnement est exempt d'erreur de droit, n'a pas dénaturé les pièces du dossier.

Il ne s'agit pas, redisons-le, d'interdire à une collectivité d'utiliser un logiciel libre, quel qu'il soit ; mais ce choix doit être précédé d'une phase au cours de laquelle toutes les solutions informatiques pertinentes doivent être examinées.

PCMNC au rejet du pourvoi de la région Picardie et à ce que soit mis à sa charge le versement aux Sociétés Kosmos et Itop d'une somme de 3 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.