



## Marchés publics et logiciel libre

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Marchés publics et logiciel libre. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2011. hal-01866568

**HAL Id: hal-01866568**

**<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01866568>**

Submitted on 3 Sep 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**« Marchés publics et logiciel libre : CE, 30 sept. 2011, Région Picardie, req. n°35043 », *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, décembre 2011, comm. 265.**

Catherine Prebissy-Schnall

Eu égard à la nature de marché public de services, et non de fournitures, du marché litigieux, les sociétés requérantes ne sauraient utilement soutenir que la mention de la solution d'un logiciel libre a eu pour effet de favoriser ou d'éliminer d'autres solutions logicielles. Le logiciel libre est librement et gratuitement modifiable et adaptable aux besoins de la collectivité par toute entreprise spécialisée et sa mention en tant que spécification technique ne peut être regardée comme ayant pour effet de favoriser la société qui a participé à sa conception et en est copropriétaire.

CE, 30 sept. 2011, req. n° 350 43, Région Picardie

**Note :**

Bien que le logiciel libre soit un secteur émergeant, sa logique économique n'est pas toujours bien comprise par les différents acteurs et même par les juridictions du premier degré comme en témoigne cette affaire.

La région Picardie a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public de services ayant pour objet « la mise en œuvre, l'exploitation, la maintenance et l'hébergement d'une plateforme de service pour la solution « open source » d'espace numérique de travail (ENT) « Lilie » à destination des lycées de Picardie ». Deux éditeurs de logiciels d'espace numérique de travail (Kosmos et Itop) qui sont donc soumis à des licences propriétaires ont alerté la collectivité de l'existence d'un manquement aux obligations de mise en concurrence si les documents de la consultation imposaient le seul logiciel libre « Lilie ». La Région Picardie a toutefois poursuivi la procédure, après avoir constaté que l'offre déposée par la société Atos Origin était irrégulière et que celle déposée par la société Logica, copropriétaire du logiciel Lilie, comportait des prix trop élevés ou incohérents. Elle a, cependant, engagé des négociations avec ces deux sociétés en application des dispositions de l'article 35, I, 1° du Code des marchés publics. Statuant en application de [l'article L. 551-1 du Code de justice administrative](#) sur les requêtes des sociétés Kosmos et Itop, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens a, d'une part, annulé la procédure de passation du marché public et, d'autre part, enjoint à la région, si elle entendait conclure ce marché, de reprendre intégralement la procédure de passation.

Le Conseil d'État annule l'ordonnance du 9 juin 2011 rendue par le tribunal administratif au motif que la spécification technique en cause n'a pas pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ni pour effet d'éliminer le déploiement de toute autre solution logicielle dans la mesure où l'objet du marché n'était pas d'acquérir un logiciel.

Cet arrêt interroge sur les caractéristiques des prescriptions techniques demandées en vue de l'acquisition d'un logiciel libre (1) et conclut sur la confusion entre le marché de fourniture d'un logiciel et le marché de prestations de services pour la mise en œuvre d'un logiciel préalablement acquis (2).

## 1. Les prescriptions techniques adaptées aux logiciels libres

Explicitée à l'[annexe VI de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004](#) et à l'[article 6 du Code des marchés publics](#), les spécifications techniques sont les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service jugées indispensables pour définir précisément les besoins du pouvoir adjudicateur. Il peut s'agir des niveaux de qualité, des niveaux de performance environnementale, la propriété d'emploi ou d'utilisation du produit, ses dimensions, son emballage, son étiquetage, les processus et méthodes de fabrication ([Min. éco., fin. et ind., A. 28 août 2006](#) relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, NOR : ECOM0620005A). La détermination précise et régulière des spécifications et de la consistance des prestations avant la passation du marché revêt ainsi une importance fondamentale : elle permet à tout candidat de pouvoir établir une offre en pleine connaissance des caractéristiques du marché. Dans un arrêt du Conseil d'État du 3 novembre 1995 relatif à un cahier des clauses techniques particulières contenant des spécifications techniques discriminatoires, le juge s'est référé aux obligations de mise en concurrence, sans autre référence au Code des marchés publics, pour annuler l'ensemble des étapes de la procédure d'appel d'offres (CE, sect., 3 nov. 1995, District agglomération nancéienne : Rec. CE 1995, p. 391 ; AJDA 1995, p. 945, obs. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, p. 888 : des spécifications techniques ayant pour effet de limiter la concurrence entre fournisseurs constituent un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de faire l'objet d'une demande en référé précontractuel). Si l'[article 6 du Code des marchés publics](#) oblige le pouvoir adjudicateur à définir les prestations de son marché au moyen de spécifications techniques, il contraint également à veiller à la formulation de celles-ci : les spécifications techniques ne peuvent pas mentionner une fabrication ni un procédé déterminé et ne font référence à aucune marque, brevet ou production spécifiques (CJCE, 25 janv. 1995, aff. C 359/93 : la Cour sanctionne l'utilisation de la marque UNIX au motif qu'elle correspond à une spécification technique susceptible de favoriser certains opérateurs aux dépens de ceux ne commercialisent pas le système UNIX qui est une marque déposée ; TA Lille, 29 déc. 2010, Nexedi, n° 1007450 : les exigences techniques d'un cahier des charges informatiques ne peuvent exclure les logiciels libres en imposant l'usage de produits précis d'un éditeur déterminé). Si la collectivité choisit de faire référence à des normes, elle devra accompagner sa demande de la mention « ou équivalent » afin de ne pas restreindre la concurrence.

En l'espèce, la solution logicielle « Lilie » spécifiée dans les documents de la consultation est un logiciel libre c'est-à-dire soumis à une licence *Open source* classique de type *copyleft*. Ces logiciels sont distribués avec l'intégralité de ses programmes-sources, afin que l'ensemble des utilisateurs qui l'emploient, puissent l'enrichir et le redistribuer à leur tour (exemples de logiciels libres : *osor.eu* ; *framasoftware* ; *SourceForge*, etc.). La mise à disposition d'un logiciel libre se fait donc sans investissement financier en matière de droits d'usage. La Région Picardie a simplement téléchargé ce logiciel de manière légale et gratuite. Elle n'a pas eu besoin de recourir aux procédures du Code des marchés publics pour en faire l'acquisition puisqu'il ne s'agit pas d'un contrat conclu à titre onéreux (pour autant, il serait faux de penser que le logiciel libre est forcément gratuit même si les logiciels libres sont souvent disponibles à coût nul. La révolution de l'accès apportée par Internet fait qu'un logiciel peut être distribué gratuitement, dès le moment où son développement a été financé).

Concernant l'adaptation de ce logiciel à ses besoins propres, la Région a du toutefois lancer une procédure d'appel d'offres : si le logiciel est librement et gratuitement accessible à tous les

candidats, ces derniers étaient invités à déposer une offre précisant les modalités de mise en œuvre, l'exploitation, la maintenance et l'hébergement de ce logiciel par rapport aux performances régionales à atteindre dans les lycées.

## **2. La confusion entre le marché de fourniture d'un logiciel et le marché de prestations de services pour la mise en œuvre d'un logiciel préalablement acquis**

Le marché litigieux ne consistait pas en la fourniture d'un logiciel mais en des prestations d'adaptation, d'exploitation et de maintenance d'un logiciel libre. Le Conseil d'État a alors examiné si la spécification technique en cause a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques puis, 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 (*C. marchés publ., art. 6*). Or, il ressort de l'analyse que toute entreprise spécialisée dans l'installation de logiciels supports d'espaces numériques de travail pour les établissements d'enseignement avait la capacité d'adapter ce logiciel aux besoins de la Région Picardie. La mention du logiciel « Lilie » n'offrait donc pas un avantage concurrentiel à la société Logica en sa qualité de co-concepteur et copropriétaire de ce logiciel puisque le marché n'avait pas pour objet le déploiement de solution logicielle. Par ailleurs, d'autres collectivités ont attribué, par le passé, des marchés de prestations de services pour la mise en œuvre de logiciels préalablement acquis à des entreprises qui n'avaient pas participé à leurs créations (*T. Aimé, Guide pratique d'usage des logiciels libres dans l'administration : juin 2010*). Facteur d'indépendance technologique, le logiciel libre a une logique économique qui n'a pas été comprise par le tribunal administratif mais qui a été très bien perçue par le Conseil d'État : Les éditeurs de logiciels propriétaires créent des logiciels fermés manipulant des fichiers d'un format qui leur est spécifique, et dont les contenus sont inaccessibles aux logiciels concurrents. Ces éditeurs ne souhaitent pas diversifier leurs activités et ne souhaitent pas se placer sur un marché du type de celui proposé par la région Picardie. Le Conseil d'État insiste donc sur la spécificité du logiciel libre « librement et gratuitement accessible et modifiable par l'ensemble des entreprises spécialisées » qui favorise la concurrence. Elle permet de répondre aux besoins d'interopérabilité, d'indépendance, de mutualisation et de rationalisation des coûts. Le choix des logiciels libres est donc nécessaire au maintien d'une concurrence non faussée et est encouragée par l'Union européenne (le point 21 de la déclaration des ministres des télécommunications de l'Union européenne, réunis à Grenade le 19 avril 2010, stipule : « *Embed innovation and cost effectiveness into eGovernment through the systematic promotion of open standards and interoperable systems [...]* »).

Mots clés : Marchés publics. - Services informatiques. - Logiciel libre. - Concurrence