

Tribunal administratif de Lille, 29 décembre 2010 (Logiciel - contrat - marché public - concurrence)

29/12/2010

Une procédure de passation d'un marché d'acquisition d'un progiciel de gestion budgétaire, comptable et financière est annulée par ce jugement, le juge considérant que « l'agence A a méconnu les dispositions de l'article 6-IV du code des marchés publics et que ce manquement est susceptible d'avoir lésé la Société N dès lors que celle-ci (...) subirait un surcoût pour adapter ses produits aux exigences techniques illégales figurant dans le dossier de consultation (...) ». L'article 6-IV du code des marchés publics dispose que « 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" ».

FAITS ET PROCEDURE

Vu la requête, enregistrée le 10 décembre 2010, présentée pour la société Nexedi par Me Daval, avocat ; la société Nexedi demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°/ d'annuler la procédure de passation du marché ayant pour objet l'acquisition d'un progiciel de gestion budgétaire, comptable et financière ainsi que les prestations associées lancée par l'Agence de l'eau Artois-Picardie ;

2°/ de condamner l'Agence de l'eau Artois-Picardie à lui verser 2000 € au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

La société requérante soutient :

☒☒ que le marché fait référence à la marque « Oracle » sans aucune justification particulière et sans la mention « ou équivalent » ; que cette spécification technique, qui revient à imposer une solution technique plutôt qu'une autre pour ce qui relève du stockage des données de l'application n'a aucune justification s'agissant d'un marché d'acquisition d'une solution progicielle complète de gestion financière ; qu'elle n'est justifiée ni par des problèmes de comptabilité avec les matériels en place ni par des contraintes particulières d'exploitation ; que l'atteinte au principe d'égalité qui résulte de cette spécification technique ne se justifie par aucun intérêt public ; que les progiciels libres sont parfaitement à même de fonctionner avec des applications qui stockent les données de manière différente ; que Nexedi a mis en place pour l'Agence de l'eau Artois-Picardie une solution comptable ERP5 qui fonctionne parfaitement avec d'autres solutions basées sur Oracle ; que l'insertion de cette spécification technique non justifiée a pour effet d'exclure une solution progicielle totalement libre et est donc de nature à dissuader la plupart des éditeurs de logiciels libres à présenter une offre ; que pour de tels éditeurs, comme Nexedi, l'exigence de stockage dans Oracle nécessite une adaptation qui représente un surcoût important de nature à les désavantager ;

☒☒ que le marché fait référence à la marque Business Objects dans les caractéristiques principales du marché page 5 du cahier des clauses particulières ; que cette référence ne comporte pas de justification particulière ; que le fait que certaines agences de l'eau utilisent déjà Business Objects et que les utilisateurs soient formés à son usage ne saurait être un argument suffisant pour exclure a priori toute autre solution et en particulier des solutions de « Business Intelligence » en licence libre qui disposent aujourd'hui d'un niveau de fonctionnalités élevé et s'avèrent économiquement avantageuses en supprimant le coût d'acquisition des licences pour l'administration utilisatrice ;

☒☒ que les exigences du marché correspondent de façon troublante aux principales caractéristiques du progiciel Sirepa de l'entreprise attributaire ; qu'outre les références à Oracle et à Business Objects, le marché exige que soit pris en compte le protocole d'échanges standards PES V2 pour la dématérialisation des échanges entre l'ordonnateur et l'agent comptable or, ce nouveau protocole d'échanges est spécifique à la tenue de la comptabilité publique avec Hélios et sans objet dans le cadre du présent marché qui prévoit une solution intégrée pour la comptabilité de l'ordonnateur et de l'agent comptable ; que dans le cadre de l'action 154 de la RGPP, les 6 agences de l'eau et l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques se sont engagés dans un processus d'harmonisation et de mutualisation de certaines fonctions et notamment des systèmes d'information métier, or trois agences et l'Onema sont déjà équipés du progiciel Sirepa ; que les trois autres agences groupées dans le présent marché ne visent en réalité qu'à retenir ce progiciel ; que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de l'Agence de l'eau Seine-Normandie du 2 avril 2009 évoque la mise en œuvre du logiciel <https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/tribunal-administratif-de-lille-29-decembre-2010-logiciel-contrat-marche-public-concurrence/>

Sirepa à l'ensemble des agences ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 27 décembre 2010, présenté pour l'Agence de l'eau Artois-Picardie par Me Jaafar, avocat ; elle conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Nexedi à lui verser la somme de 3500 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

☒☒ que la requête est irrecevable car la société Nexedi ne justifie d'aucun intérêt pour conclure le contrat qu'elle reconnaît ne pas avoir pour objet de développer des solutions techniques propres à l'objet du marché en cause ; qu'elle ne développe pas de solutions progiciels respectant l'instruction de la comptabilité publique M9.1 ; que la société Nexedi n'est donc pas spécialisée dans l'objet du marché ; que l'objet du marché précédent dont la société Nexedi était titulaire ne concernait qu'une infime partie de l'architecture du système informatique comptable, ne touchant notamment pas la comptabilité « ordonnateur » ; qu'il ne concernait pas non plus les aspects financiers et budgétaires, ni les trois agences membres du groupement de commandes coordonné par l'Agence de l'eau Artois-Picardie dans le cadre de la procédure contestée ;

☒☒ que l'objet du marché tel que défini par l'article 2.1 du cahier des clauses particulières ne fait pas référence à des marques ; que la base « Oracle » est citée dans l'article 3.1.3 relatif aux environnements existants ; qu'au demeurant la société Nexedi indique elle-même avoir mis en place pour l'Agence de l'eau Artois-Picardie une solution comptable ERP5 qui fonctionne parfaitement avec d'autres solutions basées sur Oracle ; qu'elle fait donc l'aveu de l'interopérabilité des solutions proposées par elle-même et par le monde libre avec une solution Oracle existante ; que la mention de "Business Objects" se trouve à l'article 23 du cahier des clauses particulières mais également à l'annexe 8 qui porte sur l'environnement technique existant des systèmes d'information des trois agences du groupement ; que ces trois agences ont l'habitude de Business Objects ; que le pouvoir adjudicateur dispose déjà de licences Business Objects ; que rien n'interdisait à la société Nexedi de présenter une offre de Business Intelligence sous licence Business Objects mise à disposition par le pouvoir adjudicateur ; qu'il existe une licence pour les professionnels intitulée Business Objects Pro pour un tarif de 1250 € HT ;

☒☒ que les caractéristiques du marché étaient satisfaites par cinq des concurrents et non seulement par GFI ;

☒☒ que les propos allégués par la société Nexedi pour démontrer le caractère biaisé de la mise en concurrence émanent d'autres entités que le groupement de commandes ou visent d'autres objets que le marché envisagé ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 28 décembre 2010, présenté pour la société Nexedi par Me Daval, avocat ; elle conclut aux mêmes fins que par son mémoire initial ;

Elle soutient de façon nouvelle que seule GFI utilise de façon combinée Oracle et Business Objects ;

[...]

DISCUSSION

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable à l'espèce : « Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 du même code : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-40 du même code : « 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par <https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/tribunal-administratif-de-lille-29-decembre-2010-logiciel-contrat-marche-public-concurrence/>

une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) » ;

Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence adressé au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 28 septembre 2010, l'Agence de l'eau Artois-Picardie, agissant en qualité de coordonnateur d'un groupement de commandes réunissant les Agences de l'eau Artois-Picardie, Adour-Garonne et Loire-Bretagne, a lancé une procédure de consultation sous forme d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet l'acquisition d'un progiciel de gestion budgétaire, comptable et financière conforme à la réglementation M9.1 ainsi que la réalisation des prestations associées ; que la société Nexedi demande l'annulation de cette procédure ;

Sur la fin de non recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir de la société Nexedi

Considérant que la spécialité d'une société suffit à établir son intérêt à conclure un contrat, et par suite d'agir sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative sans qu'elle ait à établir qu'elle a été empêchée d'être candidate ; qu'il n'est pas contesté que la société Nexedi a pour activité la conception, le développement et le déploiement de solutions informatiques de gestion d'entreprises ; que, contrairement à ce que soutient l'Agence de l'eau Artois-Picardie, il ne ressort pas des écritures de la société Nexedi qu'elle aurait indiqué ne pas développer de solutions progicielles respectant la réglementation comptable M49.1 ; que la société Nexedi présente donc un intérêt à conclure le marché envisagé et est par suite recevable à en contester la procédure de passation sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête

Considérant qu'il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant qu'aux termes de l'article 6 du code des marchés publics : « IV. - 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". » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 3.0 du cahier des clauses particulières : « (...) Le présent marché comprend : (...) La fourniture d'un Univers BO (Business Objects) sur la plateforme Info-centre de l'Agence » ; qu'aux termes de l'article 3.1.3.2.1 du même document : « (...) Les données du progiciel seront stockées sur une base de données relationnelles Oracle. » ;

Considérant en premier lieu que « Oracle » et « Business Objects » sont des marques sous licence développées par des entreprises ; 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 ;

Considérant en second lieu que l'Agence de l'eau Artois-Picardie n'établit pas ni même ne soutient qu'une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'aurait pas été possible sans référence à ces marques ;

Considérant qu'enfin et en tout état de cause ces références n'étaient pas accompagnées des termes « ou équivalent » ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'Agence de l'eau Artois-Picardie a méconnu les dispositions précitées de l'article 6-IV du code des marchés publics ; que, ce manquement est susceptible d'avoir lésé la société Nexedi dès lors que celle-ci, qui développe des progiciels à partir de logiciels libres, subirait un surcoût pour adapter ses produits
<https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/tribunal-administratif-de-lille-29-decembre-2010-logiciel-contrat-marche-public-concurrence/>

aux exigences techniques illégales figurant dans le dossier de consultation ; que l'Agence de l'eau Artois-Picardie a fait valoir lors de l'audience que les prescriptions précitées du cahier des clauses particulières n'étaient pas de nature à empêcher la société Nexedi de soumissionner avec sa propre solution dès lors que la « grille de réponse technique » figurant en annexe 1F de l'acte d'engagement comportait pour chaque prestation attendue une rubrique intitulée « Argumentation et/ou Commentaires et/ou solution alternative » ; que, toutefois, la mention dans cette seule annexe des termes « solution alternative » ne peut être regardée comme ayant autorisé les candidats à déroger aux prescriptions techniques précitées du cahier des clauses particulières compte tenu de la rédaction impérative et sans ambiguïté de ces dernières que la société Nexedi est par suite fondée à demander l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation du marché d'acquisition d'un progiciel de gestion budgétaire, comptable et financière lancée par l'Agence de l'eau Artois-Picardie ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

Considérant d'une part que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Nexedi, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que l'Agence de l'eau Artois-Picardie demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que, par suite, les conclusions de l'Agence de l'eau Artois-Picardie tendant à cette fin ne peuvent qu'être rejetées ;

Considérant d'autre part que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de l'Agence de l'eau Artois-Picardie la somme de 1200 € au titre des dispositions précitées ;

DECISION

Par ces motifs,

. Ordonne :

Article 1er : La procédure de passation du marché d'acquisition d'un progiciel de gestion budgétaire, comptable et financière lancée par l'Agence de l'eau Artois-Picardie est annulée.

Article 2 : L'Agence de l'eau Artois-Picardie versera à la société Nexedi la somme de 1200 € au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Nexedi et à l'Agence de l'eau Artois-Picardie.

Le tribunal : M. D. Moreau (premier conseiller)