



**Pour des marchés  
publics informatiques  
ouverts**

---

**Dossier argumentaire**

24 novembre 2010

Collection April — [www.april.org](http://www.april.org)

Révision v1.0      24 novembre 2010    par Jeanne Tadeusz  
Révision initiale.

Pour des marchés publics informatiques ouverts  
Version construite le 30 novembre 2010 — © April  
2 place Sainte-Opportune — 75001 Paris  
Site Web : [www.april.org](http://www.april.org)  
Courriel : [contact@april.org](mailto:contact@april.org)

Document réalisé par l'April avec des logiciels libres. Vous êtes encouragés à utiliser, copier, diffuser et modifier ce document selon les termes d'au moins une des licences suivantes : licence Art libre<sup>1</sup> version 1.3 ou ultérieure, licence Creative Commons By Sa<sup>2</sup> version 2.0 ou ultérieure et licence GNU FDL<sup>3</sup> version 1.3 ou ultérieure.

- 
1. <http://artlibre.org/>
  2. <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/fr/>
  3. <http://www.gnu.org/licenses/fdl-1.3.html>

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Pour des marchés publics informatiques ouverts</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Le choix de la liberté : la possibilité de demander des solutions qui respectent la liberté des marchés publics.</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>L'aspect juridique : la question des appels d'offres discriminants.</b>	<b>5</b>
3.1	L'état du droit : les appels d'offres doivent se faire strictement en fonction des besoins. . . . .	5
3.2	Extraits des textes de loi et de jurisprudence . . . . .	6
3.2.1	Code des Marchés publics . . . . .	6
3.2.2	Le droit européen . . . . .	6
3.2.3	La jurisprudence du Conseil d'État . . . . .	6
3.2.4	Un dossier suivi par la Commission européenne . . . . .	7
<b>4</b>	<b>Bibliographie</b>	<b>7</b>
4.1	Sources officielles . . . . .	7
4.2	Etudes complémentaires . . . . .	7

## 1 Pour des marchés publics informatiques ouverts

Les marchés publics informatiques illégaux excluent indument certains produits d'un appel d'offres en exigeant une marque, un brevet ou une technologie particulière. Ces pratiques sont malheureusement répandues et ont des conséquences importantes, aussi bien pour les entreprises qui proposent des solutions innovantes/novatrices que pour les administrations et les finances publiques. L'April, l'association nationale pour la promotion et la défense du logiciel libre, et le Conseil National du Logiciel Libre, qui rassemble les grandes associations régionales du logiciel libre se sont emparées de cette question en engageant une campagne d'information à ce sujet.

D'après une étude réalisée au niveau européen par l'OpenForum Europe<sup>4</sup>, plus de 20% des marchés publics informatiques citent une marque, une technologie particulière ou un brevet, allant ainsi à l'encontre du droit français et Européen<sup>5</sup>. Cette interdiction découle pourtant des grands principes de la commande publique : transparence, respect des procédures, égalité des candidats, recherche de la meilleure solution au meilleur cout, afin d'atteindre l'objectif de respect de la concurrence et d'égalité entre les candidats. Surtout, cela permet d'éviter l'exclusion de fait de certains acteurs, simplement parce qu'ils proposent des solutions différentes, innovantes parfois, ou tout simplement dont les acheteurs publics n'ont pas forcément encore entendu parler. C'est donc le risque de se priver de nouvelles opportunités, de nouveaux acteurs (souvent des entreprises locales) avec lesquelles échanger.

En outre des exemples internationaux comme celui du Canada<sup>6</sup> montrent à la fois

---

4. <http://www.openforumeuropa.org/press-room/latest-news/discrimination-in-public-procurement-procedures-for-computer-software-in-the-eu-member-states>

5. Directive sur les marchés publics 2004/17/EC et 2004/18/EC. Voir plus loin dans ce dossier pour des explications détaillées.

6. Au Canada, voir notamment la décision Savoir-Faire Linux contre Régie des Ventes du Québec : <http://blogs.savoirfairelinux.net/cyrilleberaud/KMBT35020100602152155.pdf>

l'importance de respecter les règles et les opportunités qui peuvent en découler.

Le marché des logiciels étant majoritairement dominé par des éditeurs en position quasi-monopolistique de telles pratiques excluent donc en premier lieu des acteurs en pleine croissance mais moins connus sur le marché, comme les logiciels libres. En effet, des alternatives existantes en Logiciel Libre permettent un développement durable des systèmes d'information, ce qui rend aux collectivités locales la maîtrise de leur évolution et leur permet de les adapter à leurs besoins. Elles garantissent également la pérennité des données grâce à l'utilisation de standards ouverts. Facteur d'indépendance technologique, le Logiciel Libre permet également de favoriser le tissu économique local plutôt que de reverser des redevances à des multinationales du logiciel.

Ainsi, les logiciels libres sont très souvent des alternatives de qualité. Alors que de nombreuses études montrent que l'innovation se trouve aujourd'hui du côté des entreprises du Logiciel Libre, exiger des logiciels provenant d'un éditeur unique, propriétaire et fermé exclut d'emblée des acteurs pertinents, locaux et innovants. Beaucoup de décideurs s'accordent à penser que les logiciels libres peuvent apporter des bénéfices importants en termes de respect des standards, d'ouverture, de pérennité, d'indépendance et de coûts.

De nombreux acteurs publics, y compris des acteurs aussi variés que la Gendarmerie Nationale ou que l'Assemblée nationale sont ainsi passés au logiciel libre dans leur utilisation quotidienne. Ces administrations citent des raisons comme la stabilité des logiciels, pérennité, utilisation des standards ouverts permettant l'interopérabilité, indépendance par rapport aux éditeurs, possibilité d'adapter le logiciel aux besoins, etc.

Annoncer que l'on veut exclusivement telle marque ou tel produit, va donc autant à l'encontre de la législation actuelle que de l'intérêt propre des acheteurs publics : une solution qui conviendrait peut-être mieux peut exister, mais elle est alors exclue de fait sans même que l'acheteur public ait eu la simple possibilité d'en prendre connaissance.

De plus, faire un appel d'offres ouvert qui se contente d'exprimer les besoins fonctionnels ne restreint en aucune façon la liberté de l'acheteur public : il peut toujours choisir la solution qui convient le mieux, mais en étant sûr de prendre en compte l'ensemble des acteurs présents sur le marché.

## **2 Le choix de la liberté : la possibilité de demander des solutions qui respectent la liberté des marchés publics.**

Il n'est pas possible pour un marché public de demander une technologie précise, qu'elle soit libre ou non : tous les acteurs sont à la même enseigne, car les marchés publics doivent être ouverts à tous.

Cependant, les acheteurs publics qui souhaitent utiliser des logiciels qui respectent leur liberté peuvent bien entendu le faire. Ainsi, par exemple, un marché public peut exiger d'utiliser des standards ouverts, pour des raisons de pérennité des informations et d'interopérabilité avec d'autres systèmes.

De même, un acteur public qui souhaite contrôler ce que fait le logiciel peut demander d'avoir accès au code ; un acteur qui souhaite développer ensuite des outils personnalisés peut demander à ce qu'il soit librement modifiable ; une collectivité qui souhaite ensuite redistribuer les modifications qu'elle apporte à un logiciel doit pouvoir le faire. L'en-

semble de ces exemples correspond ainsi à des spécifications techniques, pratiques, et à des usages du logiciel par l'acteur public ensuite : il est donc essentiel qu'une demande de telle spécifications techniques représente un choix, une stratégie qui les exigent.

Cette possibilité, qui s'inscrit dans le droit communautaire de la concurrence et des marchés publics, a notamment été consacrée en Italie par le juge constitutionnel. Dans une affaire qui opposait le gouvernement italien à la région du Piémont, il a reconnu que cette dernière pouvait tout à fait exiger, dans le cadre de l'appel d'offres, que les logiciels fournis correspondent à des logiciels libres ; « *Les concepts de logiciel libre et logiciel de code ouvert, ne sont pas des notions relatives à une technologie déterminée, marque ou produit, mais expriment une caractéristique juridique.* »<sup>7</sup>

### **3 L'aspect juridique : la question des appels d'offres discriminants.**

#### **3.1 L'état du droit : les appels d'offres doivent se faire strictement en fonction des besoins.**

L'enjeu est la définition des besoins, telle qu'elle est réalisée par le pouvoir adjudicateur (la personne responsable de l'achat public).

Pour pouvoir conclure un marché public, il est nécessaire de définir précisément quels sont les besoins<sup>8</sup>. Cette définition des besoins est une obligation : si elle est insuffisante, le juge administratif peut annuler le marché. Elle est de plus essentielle pour pouvoir déterminer le choix de la procédure (selon le montant et le type de marché, les procédures ne sont pas les mêmes). Enfin, elle n'est pas seulement nécessaire juridiquement, mais elle permet aussi d'avoir les meilleures conditions économiques pour la réalisation du marché. Le pouvoir adjudicateur (une Région par exemple) a libre choix pour déterminer la personne chargée de mettre en œuvre ces procédures (quels services de son administration par exemple, quelle supervision par les élus, etc). Avant toute définition des besoins, il faut que quatre considérations principales soient prises en compte :

- ↳ l'analyse des besoins fonctionnels des services ;
- ↳ la connaissance des marchés fournisseurs ;
- ↳ la distinction entre achat standards et achats spécifiques ;
- ↳ l'adoption si possible d'une démarche en coût global (qui n'inclut pas seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement, de maintenance, l'impact en termes de développement durable).

Une fois cette analyse réalisée, le pouvoir adjudicateur doit alors définir ses besoins. Celle-ci se fait par référence à des spécifications techniques, c'est-à-dire des prescriptions qui décrivent, de manière lisible, les caractéristiques techniques d'un produit, ouvrage ou service. Si cette définition est impossible, il existe des procédures dérogatoires qui font donc l'objet d'une procédure différente<sup>9</sup>

---

7. Source : communiqué de presse d'Assoli (*Associazione per il Software Libero*) : Sentence historique de la Cour Constitutionnelle : il est légitime de favoriser les logiciels libres. Disponible sur [http://softwarelibero.it/Corte\\_Costituzionale\\_favorisce\\_softwarelibero\\_fr](http://softwarelibero.it/Corte_Costituzionale_favorisce_softwarelibero_fr).

8. Article 5 du code des marchés publics : « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation* ».

9. Par exemple, le dialogue compétitif permet au pouvoir adjudicateur qui ne peut pas définir précisément seule et à l'avance les spécifications techniques de dialoguer avec plusieurs candidats pour retenir

Dans le cas d'un marché public classique, la définition des besoins peut se faire de deux manières :

- ↳ En se référant à des normes ou autres documents pré-établis comme l'agrément technique européen, une spécification technique commune ou un référentiel technique (ces derniers font l'objet d'une définition précise dans l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres).
- ↳ En formulant des performances à atteindre ou des exigences fonctionnelles.

En tout état de cause, il est possible d'utiliser ces deux manières dans un même marché. Ces spécifications techniques ne peuvent pas porter atteinte au principe d'égalité entre les candidats, et il est donc interdit de mentionner une marque, un type, un brevet, une origine, etc.

Cette condition est renforcée quand cette citation a pour finalité d'exclure un ou plusieurs candidats, ou d'exclure certains produits ou productions.

## 3.2 Extraits des textes de loi et de jurisprudence

### 3.2.1 Code des Marchés publics

Article 6 alinéa IV du code des marchés publics<sup>10</sup> :

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 ».

Voir à ce propos le jugement du tribunal administratif de Lille concernant une requête présentée pour la société DELL contre le département du Pas-de-Calais<sup>11</sup>.

### 3.2.2 Le droit européen

Ce principe a été confirmé par le droit européen : Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>12</sup> :

8. À moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une

---

les propositions qui paraissent le mieux adaptées à la réalisation du projet : <http://www.senat.fr/commission/loi/partenariat.html>.

10. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005627819>

11. TA Lille, 2 octobre 2008, n° 0806154, Société DELL c/ Département du Pas-de-Calais : [http://www.juris-connect.com/wiki/index.php?title=TA\\_Lille,\\_2\\_octobre\\_2008,\\_no\\_0806154,\\_Soci%C3%A9t%C3%A9\\_DELL\\_c/\\_D%C3%A9partement\\_du\\_Pas-de-Calais](http://www.juris-connect.com/wiki/index.php?title=TA_Lille,_2_octobre_2008,_no_0806154,_Soci%C3%A9t%C3%A9_DELL_c/_D%C3%A9partement_du_Pas-de-Calais)

12. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/legislation\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm)

marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Cette mention ou référence est autorisée, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible par application des paragraphes 3 et 4 ; une telle mention ou référence est accompagnée des termes « *ou équivalent* ».

### 3.2.3 La jurisprudence du Conseil d'État

CE, 11 septembre 2006, commune de Saran, 257545, inédit au recueil Lebon (sur la réfection d'une rue et le choix du type de pavés pour la réfection d'une rue) <sup>13</sup> :

Considérant que si, comme le soutient la COMMUNE DE SARAN, l'article 1.2 du cahier des clauses techniques particulières définit les tailles des différents pavés devant être fournis par référence aux pavés de type Quartzo ou similaire, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'article 2.2 du même cahier exige comme caractéristiques mécaniques et physiques des produits celles annoncées par le fabricant des pavés Quartzo, qui sont pour certaines d'entre elles supérieures à la norme NF et exprimées dans une norme étrangère, et renvoie à une annexe dont il n'est pas contesté qu'elle est la copie d'une page du catalogue des produits Quartzo dont la commune a fait disparaître le nom ; que dès lors que ces spécifications propres à une marque de pavés ne sont pas justifiées par l'objet du contrat, la cour n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que la commune, en reprenant au titre des exigences posées par le règlement de la consultation les normes et caractéristiques de cette marque, a porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats ;

### 3.2.4 Un dossier suivi par la Commission européenne

La Commission européenne a réalisé des enquêtes en octobre 2004 sur les « *spécifications discriminatoires dans les marchés de fournitures d'ordinateur* » puis a pris des mesures en 2006 contre l'Espagne suite à des infractions au droit communautaire sur les marchés publics, notamment sur les « *spécifications techniques discriminatoires dans les marchés de fourniture d'ordinateur* ». Dans le premier cas, la Commission européenne a envoyé des lettres de mise en demeure à quatre pays car « *les autorités de ces pays décrivent de manière discriminatoire les caractéristiques techniques des ordinateurs qu'ils souhaitent acquérir.* » <sup>14</sup>

## 4 Bibliographie

### 4.1 Sources officielles

- ↳ Circulaire du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, instruction sur l'établissement des spécifications techniques pour la fourniture de matériel in-

13. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008218612>

14. Source : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/1210&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=fr>.

formatique.<sup>15</sup>

- ↳ Guide de l'achat public informatique de la DGME : Guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations » publié par la Direction Générale de la Modernisation de l'État<sup>16</sup>.

## 4.2 Etudes complémentaires

- ↳ Le livre blanc des modèles économiques du logiciel libre<sup>17</sup>.
- ↳ Le guide de l'achat public pour les logiciels libres publié par OSOR.eu<sup>18</sup>.

---

15. [http://www.economie.gouv.fr/fonds\\_documentaire/daj/guide/gpem/materiels\\_informatiques/I.pdf](http://www.economie.gouv.fr/fonds_documentaire/daj/guide/gpem/materiels_informatiques/I.pdf)

16. <http://www.april.org/guide-pratique-dusage-des-logiciels-libres-dans-les-administrations-dgme>

17. <http://www.april.org/livre-blanc-des-modele-economiques-du-logiciel-libre>

18. <http://www.osor.eu/studies/OSS-procurement-guideline-public-final-June2010-EUPL-FINAL.pdf>