

N° 368846

REPUBLIQUE FRANÇAISE

DEPARTEMENT DE L'OISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. François Lelièvre
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies)

M. Bertrand Dacosta
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 11 septembre 2013
Lecture du 2 octobre 2013

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 27 mai et 11 juin 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le département de l'Oise, représenté par le président du conseil général ; le département de l'Oise demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1301058 du 7 mai 2013 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure de marché négocié sans publicité ni mise en concurrence qu'il a engagée pour l'exploitation et la maintenance de l'espace numérique de travail dans les établissements d'enseignement de l'Oise ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Itslearning France ;

3°) de mettre à la charge de la société Itslearning France le versement de la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de la propriété intellectuelle ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, Maître des Requêtes,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat du département de l'Oise, à la SCP Boré, Salve de Bruneton, avocat de la société Itslearning France et à la SCP Potier de la Varde, Buk Lament, avocat de la société Itop ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *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 (...)* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : « *I. 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 (...)* » ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 35 du code des marchés public : « *II. - Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : (...) 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité* » ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que le département de l'Oise a attribué en 2009 le marché de la fourniture, de la mise en œuvre et du déploiement d'un « espace numérique de travail » dans les collèges publics de l'Oise à la société France Télécom, qui incluait dans son offre le logiciel « NetCollège » de la société Itop ; que le département a lancé le 10 avril 2013 une consultation ayant pour objet l'exploitation et la maintenance de l'espace numérique de travail en cause, selon une procédure négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif d'Amiens, saisi par la société Itslearning France et statuant en application des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, a annulé cette procédure ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé que, conformément à un certificat délivré par l'Agence pour la protection des programmes, la société Itop détient des droits d'exclusivité sur le logiciel « NetCollège » et que, selon une attestation

non contestée émanant de cette société, cette exclusivité englobe l'exploitation et la maintenance de « NetCollège » pour tout marché et toute reconduction de marché à compter du 1^{er} janvier 2013 ; qu'ainsi, en se bornant à relever qu'aucun motif tenant à la protection des droits attachés au logiciel « NetCollège », ne permettait au département de l'Oise de soutenir que le marché en cause ne pouvait être confié qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité au sens du II de l'article 35 du code des marchés publics, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif d'Amiens a dénaturé les faits qui lui étaient soumis ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'ordonnance attaquée doit être annulée ;

5. Considérant qu'il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Itslearning France ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics : « I. - *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 (...) Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.* » ;

7. Considérant, en premier lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'en choisissant de conserver l'espace numérique de travail mis en place en 2009 avec le logiciel « NetCollège » et de lancer une procédure de passation d'un marché public afin de répondre au besoin d'assurer son exploitation et sa maintenance, plutôt que d'acquérir un nouveau dispositif, le département ait entaché d'une erreur manifeste la définition de son besoin ;

8. Considérant, en deuxième lieu, que, pour recevoir légalement application, les dispositions citées ci-dessus du 8° du II de l'article 35 du code des marchés publics exigent non seulement des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, mais, en outre, que celles-ci rendent indispensable l'attribution du marché à un prestataire déterminé ; qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société Itop disposait d'un droit d'exclusivité pour la maintenance et l'exploitation de son logiciel « NetCollège » pour tout marché conclu à compter du 1^{er} janvier 2013 ; qu'eu égard au besoin du département, rappelé ci-dessus, le moyen tiré de ce que l'attribution du marché qui avait pour objet d'y répondre selon les modalités prévues par les dispositions citées ci-dessus du 8° du II de l'article 35 du code des marchés publics serait irrégulière doit être écarté ;

9. Considérant, en troisième lieu, que le moyen tiré de ce que le département aurait dû, pour respecter le principe d'égalité de traitement entre les candidats et de liberté d'accès à la commande publique et les articles L. 122-6 et L. 122-6-1 du code de la propriété intellectuelle, ne pas conclure en 2009 un marché susceptible de conduire à ce que la société Itop soit seule en mesure d'assurer l'exploitation et la maintenance de son espace numérique de travail ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté ;

10. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le département de l'Oise, que la demande présentée par la société Itslearning France doit être rejetée ;

11. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du département de l'Oise, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande la société Itslearning France au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de cette dernière une somme de 4 500 euros à verser au département de l'Oise au titre de la procédure devant le Conseil d'Etat et devant le tribunal administratif d'Amiens ; qu'il n'y a pas lieu de faire application de ces dispositions au bénéfice de la société Itop ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 7 mai 2013 du juge du référé précontractuel du tribunal administratif d'Amiens est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Itslearning France devant le tribunal administratif d'Amiens est rejetée.

Article 3 : La société Itslearning France versera une somme de 4 500 euros au département de l'Oise en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la société Itslearning France et la société Itop au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au département de l'Oise, à la société Itslearning France et à la société Itop.