



BANQUE des
TERRITOIRES

Territoires Conseils
un service Banque des Territoires



**Les marchés
d'expérimentation :
promouvoir l'achat
public innovant**

Sommaire

01	Introduction	3			
02	La définition de l'innovation	5			
03	Des procédures spécifiques pour l'innovation	11			
			04	Des procédures classiques sources d'innovation	15
			05	Le code de la commande publique : boîte à outils de l'innovation	20

01

Introduction

L'intérêt de l'achat public innovant

La commande publique représente un poids économique important. Au niveau national en 2017, c'est environ 90 milliards d'euros pour un total de 164 000 contrats.

C'est un levier économique qui est souvent utilisé par le gouvernement afin de mener une politique avantageuse pour les PME, couramment en essayant de favoriser leurs accès aux marchés publics.

Partant de ce constat et de la prise en compte de plus en plus prégnante des objectifs de développement durable et du potentiel que représente en terme de développement les PME, l'accent est mis sur l'innovation.

Elle représente une nouvelle orientation pour l'essor de nouvelles techniques, procédés... dans le but de favoriser l'émergence de solutions nouvelles et innovantes.

Le droit de la commande publique poursuit plusieurs objectifs : il y a la nécessaire satisfaction de l'intérêt général tout en maîtrisant la bonne gestion des deniers publics.

C'est une solution gagnant-gagnant car l'innovation permet la mise en place de nouveaux procédés pour la personne publique et les entreprises privées, qui pourront par la suite être réinjectés dans l'économie pour une commercialisation à plus grande échelle.

Cela ne profite pas uniquement aux personnes publiques mais à toute la chaîne économique.

02

La définition de l'innovation

L'innovation... ?

Le code de la commande publique donne une définition de l'innovation :

Article L 2172-3 « **Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise.** »

Cette définition intégrée dans le code de la commande publique s'inspire du manuel d'Oslo. Ce manuel est la référence en matière de définition de l'innovation.

On peut schématiquement distinguer quatre types d'innovations :

- INNOVATION DE PRODUIT : C'est l'introduction d'un bien ou d'un service nouveau ou sensiblement amélioré sur le plan de ses caractéristiques ou de l'usage auquel il est destiné.

Exemple : de nouveaux composants, matières, composés techniques... On peut qualifier les vélos en libre service comme un service nouveau pour quelque chose d'existant.

- INNOVATION DE PROCÉDÉ : C'est la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée.

L'innovation... ?

Exemple : l'impression 3D est une innovation, elle permet de fabriquer un objet simplement.

- INNOVATION DE COMMERCIALISATION : C'est la mise en œuvre d'une nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification.

Exemple : la mise en place des drives pour retirer ses achats.

- INNOVATION D'ORGANISATION : C'est la mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de la firme.

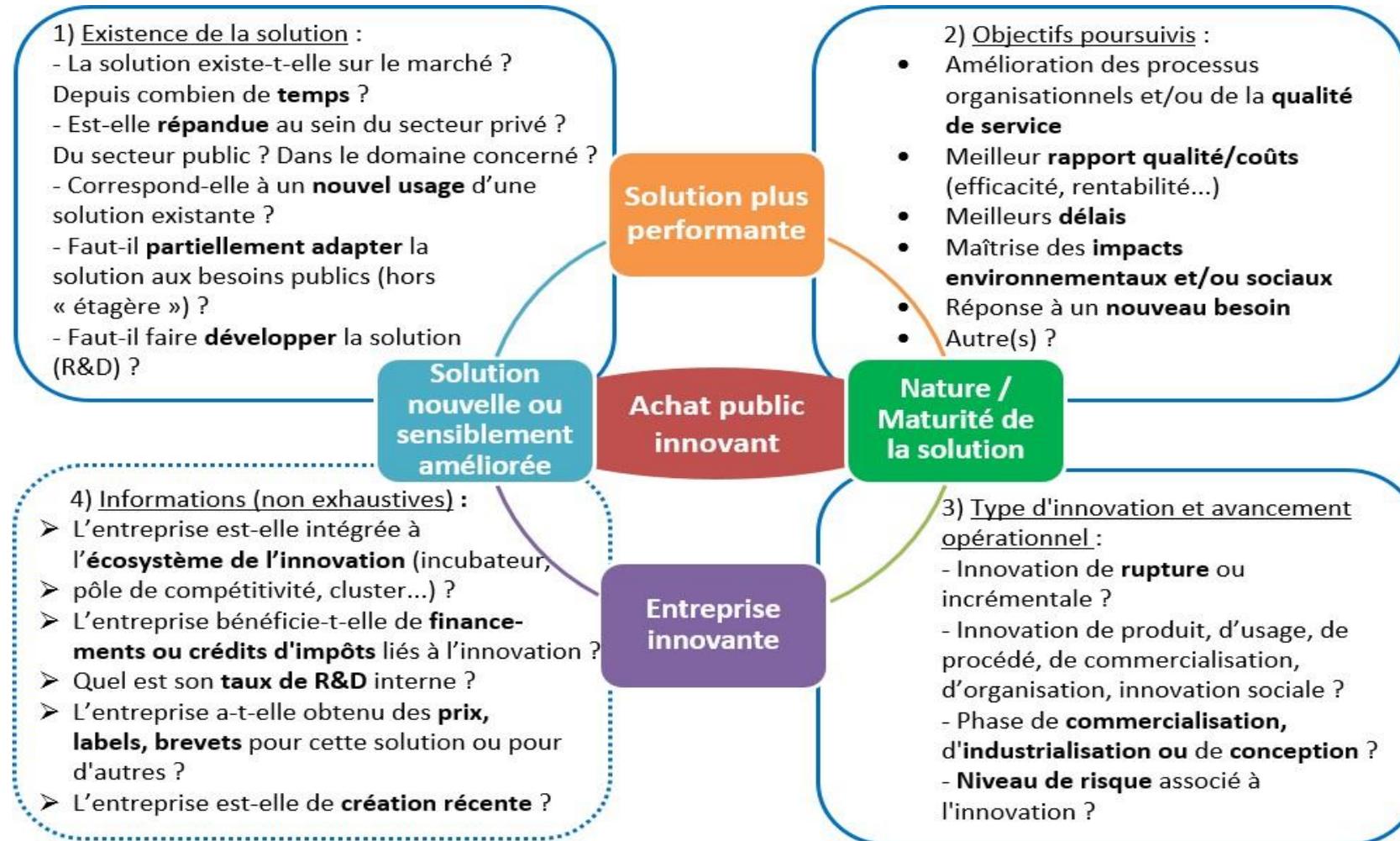
Exemple : La mise en place d'une gestion des stocks à flux tendus a pu être considéré comme une innovation.

La DAJ espère que le juge administratif se limitera à "vérifier que l'analyse à laquelle l'acheteur a procédé et les arguments qu'il fournit sont suffisants pour justifier son appréciation sans aller jusqu'à lui substituer la sienne, procédant ainsi à un contrôle intermédiaire entre le contrôle normal et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation".

La notion d'innovation est souple; il est nécessaire de s'astreindre à la méthode du faisceau d'indices afin de caractériser le caractère innovant de l'achat ou non.

L'innovation : comment la reconnaître

Pour déterminer si l'on est face à une solution innovante, l'acheteur devra répondre à plusieurs questions.



La préparation du marché public

L'achat public nécessite quel que soit le montant, une certaine phase de préparation.

Pour un achat de faible montant, et quand l'acheteur connaît exactement son besoin, cette préparation peut être réduite à sa plus simple expression (marché sans publicité ni mise en concurrence, devis, simple publication sur le site de l'acheteur...).

Pour un achat innovant, l'acheteur devra passer par une organisation au préalable de son achat.

Il peut être intéressant pour l'acheteur de constituer une équipe afin de déterminer son besoin, le montage de la procédure, les moyens à mettre en œuvre, les aspects pratiques juridiques...

Cette équipe pourra être plus efficace pour bien définir le besoin et les solutions pour y parvenir. Cela permettra à l'acheteur de parvenir au meilleur résultat. Cela peut être source de création de valeur.

Le sourcing est une des méthodes pour identifier des achats innovants.

Le sourcing permet d'identifier et de rester informé des innovations dans un domaine donné.

Le sourcing

Le code de la commande publique définit le sourcing :

Art R 2111-1 « Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. »

ATTENTION Il faut toujours respecter les grands principes de la commande publique.

Le sourcing peut remplir deux fonctions :

- « *sourcing* » *opérationnel, réalisé en amont d'un projet d'achat ou d'une consultation spécifique.*
- « *sourcing* » *stratégique réalisé dans le cadre d'une veille plus large.*

Le sourcing permet à l'acheteur d'identifier les solutions et les fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin.

Pour cette nécessaire identification, l'acheteur est libre de sa méthode.

Il pourra mettre en œuvre diverses sources. Il pourra ainsi faire du benchmarking (analyser et comparer les pratiques des autres acheteurs), veille (salon, magazine...), emploi d'un logiciel automatisant la recherche de fournisseurs, demande d'information (RFI), rencontre fournisseurs, visite de site, entretien....

03

**Des procédures
spécifiques pour
l'innovation**

Le partenariat d'innovation

Découlant de la réglementation européenne, c'est un nouveau type de marché public. Il est défini par l'article L 2172-3 :

« Le partenariat d'innovation est un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché. »

L'acheteur, avant de lancer ce type de marché, doit vérifier qu'il n'y a pas de solutions existantes pouvant satisfaire son besoin. L'absence de solution existante permet l'utilisation de ce marché de partenariat.

Cela peut être fait à l'échelle locale; la procédure à mettre en œuvre dépend des montants (Mapa, procédure avec négociation).

Ce type de procédure se déroule en phases successives avec un minimum de deux, une pour la recherche et le développement et une autre pour l'acquisition de la solution. Il sera nécessaire de préciser dans le contrat la rémunération de chaque phase.

Il sera important dans le cadre de ces marchés de déterminer un prix (forfait, clause de réexamen), il faudra faire attention aux dérives potentielles.

Le dialogue compétitif

L'article L 2124-4 du code de la commande publique en donne sa définition « **Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.** »

Les cas de recours à ce dialogue sont énumérés par le code (article R 2124-3); par exemple quand le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles, le besoin consiste en une solution innovante, le marché comporte des prestations de conception....

Le dialogue va alors se présenter comme un échange entre la personne publique et les candidats afin d'affiner les solutions pouvant être mises en œuvre pour la satisfaction du besoin de l'acheteur. Les candidats vont aider l'acheteur à déterminer les solutions répondant à son besoin.

Lors de cette discussion, des solutions innovantes pourront émerger (attention à la confidentialité).

Les modalités d'organisation du dialogue sont libres mais il faut une certaine visibilité pour les candidats afin de susciter de la concurrence, l'acheteur peut découper le dialogue en phases afin d'éclairer les candidats.

Cette procédure peut trainer en longueur, il sera nécessaire de la réserver pour des projets assez importants.

Le système d'acquisition dynamique

Défini par l'article L 2125-1 du code, le système d'acquisition dynamique est une technique d'achat permettant de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques, pour des achats d'usage courant, selon un processus ouvert et entièrement électronique.

La valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer pendant la durée totale du système d'acquisition dynamique.

Il est obligatoire d'indiquer la durée de ce système, et il peut être subdivisé en catégories de produits, de services ou de travaux.

L'acheteur offre par voie électronique, pendant toute la durée de validité du système, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation.

Tout opérateur économique peut demander à participer au système d'acquisition dynamique pendant sa durée de validité. Les candidats qui satisfont aux critères de sélection sont admis dans le système. Leur nombre n'est pas limité.

L'acheteur peut solliciter des catalogues électroniques. Ce système permet une certaine innovation, car pendant sa durée les produits peuvent faire l'objet d'amélioration. L'acheteur, grâce à ce système, peut avoir une certaine souplesse, un marché ouvert, anticiper ses besoins et faire du sourcing.

04

**Des procédures
classiques sources
d'innovation**

L'appel d'offres : une certaine ouverture à l'innovation

L'appel d'offres est une procédure formalisée pour laquelle tout est figé dès le départ.

Bien que ce soit une procédure rigide, on peut introduire une certaine part d'innovation, si en amont de son lancement, on pense à l'emploi d'outils à disposition dans le code.

On peut utiliser le sourcing, ce qui permet à l'acheteur ayant connaissance des techniques et des disponibilités du marché de bien définir son besoin (le cahier des charges devra en conséquence être adapté).

L'innovation n'est pas vraiment compatible avec la réduction des délais prévue par le code, il sera alors nécessaire de laisser du temps aux entreprises afin de répondre au marché et de prendre en compte toutes les exigences de l'acheteur.

*Les **variantes** permettent d'envisager une solution que l'acheteur n'a pas identifié dès le départ tout en répondant à son besoin.*

Pour le jugement des offres, privilégier le critère prix n'est pas pertinent pour avoir des solutions innovantes bien classées.

Les procédures négociées

L'innovation peut être mise au cœur de cette procédure. Les cas de recours à cette procédure sont listés dans l'article R 2124-3 du code (dispositions identiques au dialogue compétitif).

Le besoin de l'acheteur est connu et les solutions existent mais l'acheteur va par le biais de négociations, adapter les solutions qui ne peuvent, sans cette adaptation, pleinement satisfaire son besoin. Cela peut aussi concerner une solution innovante.

Il sera nécessaire dans le cadre de cette procédure et pour éviter les risques contentieux de garder copie des échanges résultant des négociations avec les candidats.

Il peut être utile de partir d'une trame commune de négociation, prouvant ainsi au juge en cas de besoin que les grands principes de la commande publique ont été respectés.

La négociation n'est pas fondée uniquement sur le prix. La négociation, dans le cadre des marchés privés, est une véritable compétence; les marchés publics peuvent s'inspirer de ces techniques.

Des formations pourraient être utiles afin d'appréhender toutes les composantes de la négociation.

Les marchés à procédure adaptée

Ce type de procédure est la solution à privilégier pour l'innovation.

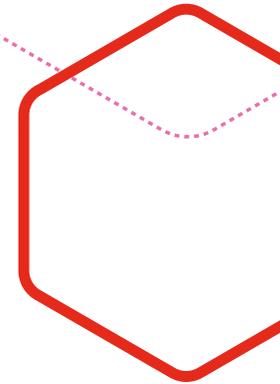
Ce type de marché n'est pas encadré par un formalisme contraignant, l'acheteur a toutes les cartes en main pour déterminer toutes les composantes de son marché, tout en respectant les grands principes de la commande publique.

Les MAPA représentent la majorité des marchés publics passés par les collectivités, et peuvent permettre de diffuser l'innovation par leur flexibilité.

Par le biais de la négociation l'acheteur peut aboutir, pour la satisfaction de ses besoins, à des solutions innovantes.

Les MAPA permettent de tester des solutions pour des montants faibles; ce test, s'il s'avère concluant, pourra aboutir à la généralisation de la solution.

Pour cette généralisation, il sera alors nécessaire de passer par un nouveau marché public.



L'innovation sans concurrence...

*Le décret n° 2021-1634 du 13 décembre 2021 pérennise, au nouvel article R. 2122-9-1 du code de la commande publique, le dispositif mis en place à titre expérimental et pour une durée de trois ans par le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018, permettant aux acheteurs **de passer, sans publicité ni mise en concurrence préalables, des marchés de travaux, fournitures ou services innovants de moins de 100 000 euros HT.***

Cette dispense de procédure est en outre étendue aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros HT pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros HT pour des travaux innovants, à condition que la valeur de l'ensemble des lots concernés n'excède pas 20 % du montant total du marché.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

L'acheteur devra être en mesure de démontrer les diligences qu'il a pu faire afin de qualifier l'achat en question d'innovant.

05

**Le code de la
commande publique :
boite à outils de
l'innovation**

La définition du besoin

En dehors des procédures pouvant être mises en œuvre par la personne publique selon les montants et les besoins à satisfaire, le code permet dans tous les marchés, la mise en place de manière classique d'outils permettant de prendre en compte l'innovation.

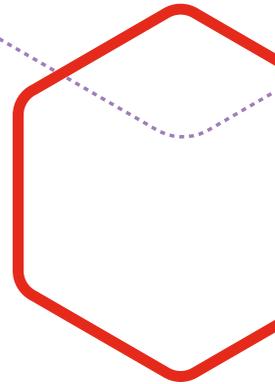
Le code de la commande publique est avant tout une boîte à outils pour les acheteurs dans le cadre de la passation de leurs marchés.

En premier lieu la définition des besoins est la base pour tous les acheteurs, les candidats doivent connaître le besoin de l'acheteur afin de savoir s'ils sont en mesure de le satisfaire.

Il doit être décrit de manière précise mais cette description ne doit pas être faite de manière à restreindre l'innovation, au contraire l'acheteur dans cette description doit permettre l'innovation.

Dans la mesure du possible l'acheteur ne devra pas décrire des solutions techniques existantes, mais s'astreindre à une description fonctionnelle de son besoin.

Ce qui doit être mis en avant par l'acheteur ,c'est le résultat qu'il veut obtenir et les performances qui doivent être atteintes. Par exemple , le temps de charge pour un véhicule électrique.



Les critères de sélection des offres

Le choix de la personne publique pour l'attribution du marché doit se faire sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le code précise que l'on peut choisir un critère unique pour un marché ayant pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre; ce critère sera nécessairement celui du prix.

Cela ne permet aucunement aux candidats de présenter des offres innovantes. C'est pourquoi il sera nécessaire dans le cadre du choix des critères de se fonder sur plusieurs d'entre eux sans forcément mettre le critère prix en première ligne.

Le caractère innovant de l'offre est cité par le code comme pouvant être un critère de sélection.

Mettre le prix en avant ne permet pas de faire ressortir une offre innovante qui, par ses caractéristiques, peut être plus chère (développement, recherche...) mais qui, globalement, pourra s'avérer plus intéressante qu'une offre ayant uniquement comme avantage le prix.

Les variantes

Dans le cadre des procédures formalisées, les variantes sont interdites si elles n'ont pas été expressément autorisées; dans le cadre des MAPA, sauf mention contraire, elles sont autorisées.

Les variantes permettent aux candidats de présenter une offre innovante qui a pu ne pas être identifiée par l'acheteur.

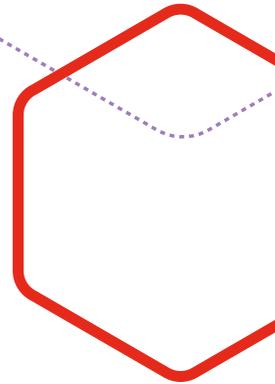
Les interdire, c'est se priver d'une possible innovation d'un procédé de fabrication, réalisation à laquelle l'acheteur n'a pas pensé ou n'a pas identifiée.

Laisser la possibilité de présenter des variantes peut être une solution quand l'acheteur a décrit pour son marché une solution trop précise d'un point de vue technique.

Il est possible (sauf mention contraire) de déposer une variante sans offre de base.

ATTENTION *exiger une offre de base est contre-productif pour des sociétés innovantes qui, ayant développé des solutions innovantes, ne pourront peut être pas présenter une offre de base.*

L'acheteur doit essayer par les variantes de susciter l'intérêt des sociétés innovantes.



Les délais de réponse

L'acheteur est le « maître des horloges », il est celui qui décide de la temporalité de son marché.

Il en fixe la durée, le délai de réponse des candidats...

Pour l'acheteur, la réduction des délais au maximum de ce qui est légalement autorisé par les textes est bien souvent automatique. Mais la compatibilité entre innovation et un délai de réponse minimum est impossible.

Au final, demander des délais de réponse minimum et en même temps vouloir une offre innovante, c'est le risque de ne pas avoir d'offre et de perdre du temps.

Le code prévoit que l'acheteur, en fonction de la complexité du marché et du temps nécessaire pour établir une réponse, fixe les délais de réception des offres.

La volonté de se voir proposer des offres innovantes ou plus perfectionnées nécessite forcément du temps pour les opérateurs économiques. L'acheteur doit autant que faire se peut anticiper ses besoins afin de laisser du temps pour l'établissement des offres.

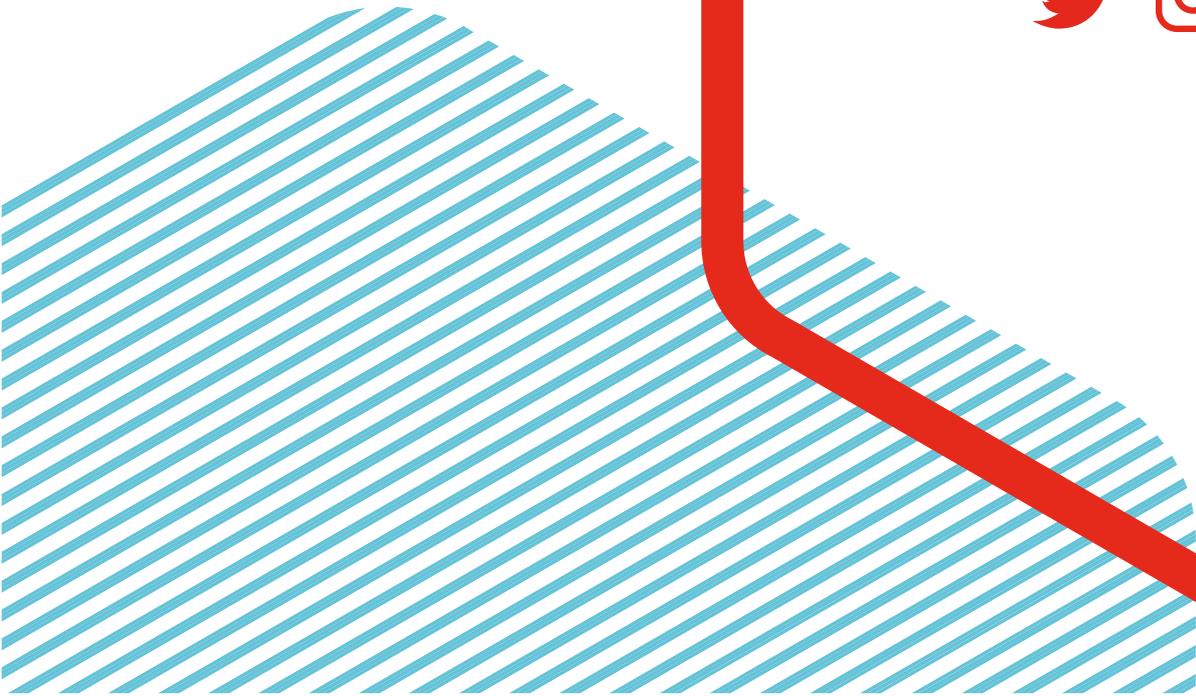
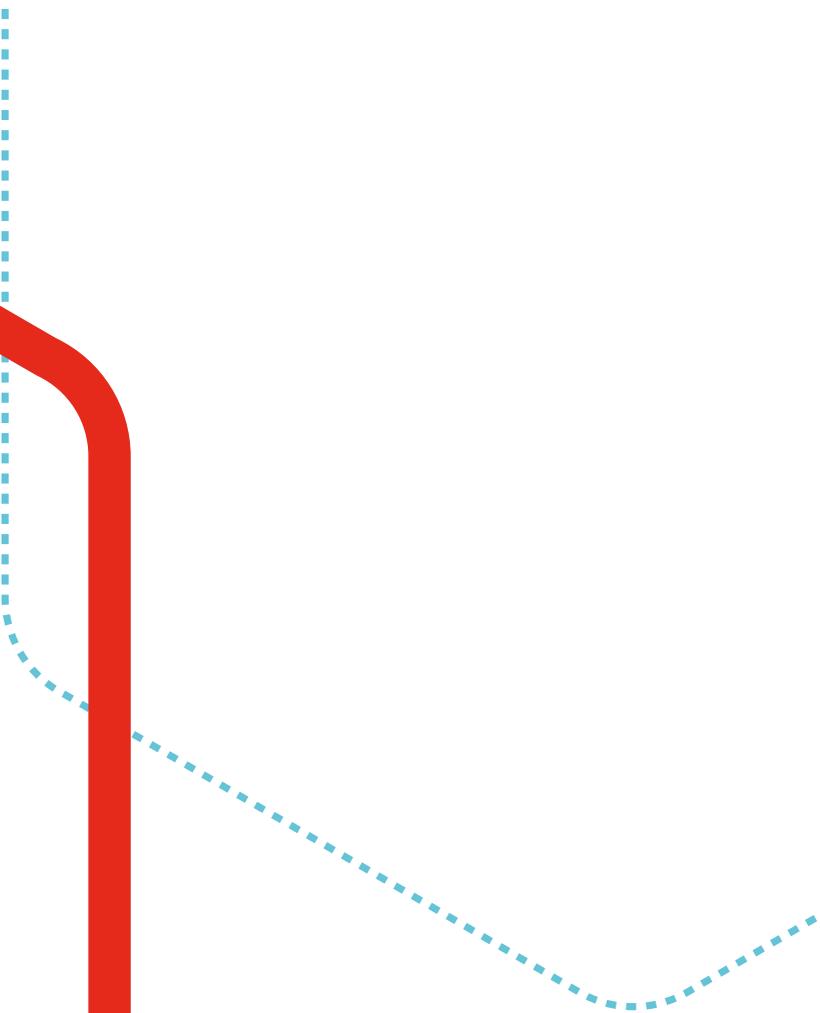
Si le but de la passation d'un marché déterminé par l'acheteur est de se voir proposer des offres innovantes, il devra indiquer des délais de réponse adaptés, permettant aux candidats de répondre au cahier des charges.

Service de renseignement téléphonique juridique et financier

Certaines questions posées par les participants peuvent renvoyer à des situations très particulières, qui nécessitent une réflexion plus approfondie dépassant le cadre de ces webconférences. Afin d'obtenir la meilleure réponse possible, contactez notre service de renseignements téléphoniques * :

- par téléphone au 0970 808 809
- par mail sur le site Internet www.banquedesterritoires.fr, espace Territoires Conseils, Service de renseignements juridiques et financiers – rubrique Contact
- Retrouvez également toutes nos ressources dans un dossier spécial « **Nouveaux élus : nos outils** » sur notre plateforme numérique : <https://www.banquedesterritoires.fr/municipales-2020> (notes juridiques, visioconférences, questions-réponses....)

** Dans le cadre des missions d'intérêt général de la Caisse des Dépôts, ce service de renseignements est accessible gratuitement à toutes les communes de moins de 20 000 habitants, toutes les communes nouvelles et les intercommunalités sans limite de taille.*



banquedesterritoires.fr



| @BanqueDesTerr