



GUIDE PRATIQUE DE L'ACHAT PUBLIC INNOVANT

CONJUGUER AU PRESENT L'INNOVATION
AVEC LES POLITIQUES D'ACHAT PUBLIC

Janvier 2014
version 2

PREAMBULE

Le Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi a entendu faire de la commande publique un levier au soutien de la capacité d'innovation des entreprises. La mesure 32 de ce Pacte exige ainsi qu'au moins 2% de la commande publique de l'Etat, de ses opérateurs et des hôpitaux soient effectués auprès des petites et moyennes entreprises (PME) et entreprises de taille intermédiaires (ETI) de croissance innovantes à l'horizon 2020.

L'objectif du présent guide est d'aider les acheteurs à construire leur propre méthode pour repérer et capter cette force d'innovation. Construit comme une boîte à outils, il se veut un réservoir d'idées, de procédés, d'amorces de réflexion pour enrichir les pratiques des services acheteurs.

Vous pouvez consulter et télécharger le guide sur le site internet de la DAJ : <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
15 FACTEURS CLES DE SUCCES : SYNTHESE DES BONNES ET MAUVAISES PRATIQUES	6
CREER LES CONDITIONS FAVORABLES A L'EMERGENCE DE SOLUTIONS INNOVANTES	8
Observer, connaître et pratiquer les marchés économiques.....	8
Planifier les achats. Informer en amont. Anticiper sur les normes.	13
Faciliter les candidatures en réduisant les déperditions administratives. Concentrer la réponse des entreprises sur les procédés et produits innovants. Rédiger les documents avec précision. Adapter le périmètre des lots.	15
OUVRIR LES CONSULTATIONS AUX SOLUTIONS INNOVANTES	18
Une définition fonctionnelle des besoins comme point de départ pour capter l’innovation (savoir ce que l’on veut faire, interroger le marché, acheter la bonne prestation)	19
Spécifications techniques, performances ou exigences fonctionnelles : privilégier un cahier des charges fonctionnel	21
Autoriser les variantes et accroître leur utilisation	23
Critères d’attribution permettant de susciter et de valoriser les procédés innovants.....	25
LA PROCEDURE AU SERVICE DE L'INNOVATION	28
Dialogue compétitif	29
Concours	31
Mesures dédiées à l’achat d’innovation :	32
• L’exclusion de l’achat de services de R&D du droit de la commande publique	32
• Les achats publics avant commercialisation (APAC) et les achats publics de solutions innovantes ..	33
• Le marché à tranches conditionnelles.....	36
• Les marchés passés en procédure adaptée	36
• Les procédures négociées	37
• Le partenariat d’innovation	37
• Les expérimentations européennes	37
ACCOMPAGNER L'EFFORT DES OPERATEURS ECONOMIQUES INNOVANTS	40
Utiliser les incitations financières (pilotage partenarial du contrat)	41
Les marchés publics vitrines d’un savoir-faire.....	44
ANNEXE : DEFINITIONS	45

INTRODUCTION

La commande publique est devenue un outil de politique économique. Fortement mobilisés autour de thématiques comme le développement durable, la performance, les considérations sociales, l'accès de toutes les entreprises, dont les PME, à la commande publique, les acheteurs ont pris conscience de la force de frappe que représente l'achat public (120 012 marchés recensés, pour un montant de 78,7 milliards d'euros HT en 2012).

La professionnalisation des acheteurs est devenue indispensable pour maîtriser et optimiser la dépense publique.

La commande publique est donc investie d'un double objectif : satisfaire les besoins avec des moyens contraints et optimiser l'impact économique, social, environnemental de l'acte d'achat. C'est bien là que la prise en compte de l'innovation dans la politique d'achat peut prendre tout son sens.

La tentation est forte en période de crise de se replier sur les choses connues : pour les entreprises, cela peut se traduire par une frilosité à l'innovation, et pour les acheteurs, par un recentrage sur des achats, produits et procédés connus et éprouvés. De part et d'autre, la tentation de minimiser la prise de risques conduit à une « rigidification » des marchés qui fragilise les uns et les autres.

Or, en période de crise, l'innovation peut être un levier pour dynamiser l'activité et créer de la croissance à moyen terme. Et quand bien même il n'achèterait pas de l'innovation pour elle-même, l'acheteur vise la recherche de la performance technique, l'ouverture à de nouveaux procédés, car elles peuvent être source de création de valeur, d'économies, d'amélioration du service rendu et, *in fine*, participent de l'achat économiquement le plus avantageux.

La prise en compte de l'innovation dans les marchés publics est donc une démarche gagnant-gagnant. En stimulant l'innovation, la demande publique constitue l'un des leviers permettant de faire grandir les entreprises innovantes, qui, en retour, offrent aux collectivités publiques les moyens d'améliorer le service rendu. Il s'agit moins de faire porter une nouvelle politique publique à l'acheteur, que de sensibiliser toute la chaîne, du prescripteur à l'utilisateur final, en passant par l'acheteur, pivot de cet écosystème, à la nécessité, pour la satisfaction optimale de son besoin, de laisser toute sa place à la réponse innovante.

C'est dans cette optique que le Gouvernement a entendu introduire plus d'innovation dans les achats publics. La France figure en effet, malgré la crise, en bonne place parmi les pays européens pour le dépôt de brevets. Les entreprises continuent d'innover, et la sphère publique doit être en mesure, à travers ses achats, de capter ces gains et progrès, et d'en faire bénéficier à son tour, sous la forme d'économies, de performances accrues et d'un meilleur service, toute la collectivité.

En décembre 2012, les principales entreprises à participations publiques (dont la SNCF, GDF Suez, Areva, la RATP ou la Poste...) se sont engagées à stimuler l'innovation et soutenir les entreprises innovantes de leur filière en signant la charte en faveur de l'émergence et du développement des PME innovantes. La charte définit huit objectifs de développement d'une politique d'entreprise favorable aux PME innovantes, parmi lesquels la simplification de l'accès de ces PME aux axes d'innovation des grands comptes, l'adaptation des processus achat, l'accompagnement de projets innovants, y compris à l'international, ou une répartition des droits de propriété industrielle qui ne bride pas les possibilités de développement des PME innovantes.

C'est à présent au tour des administrations de l'Etat de réfléchir aux moyens d'encourager les entreprises innovantes.

Le présent guide a pour objet d'aider les acheteurs publics à construire en interne et en collaboration entre eux, des méthodes susceptibles de repérer et de capter cette force d'innovation dans leur politique d'achat. Car l'innovation ne concerne pas seulement la recherche-développement ou les achats les plus spécialisés : la collectivité a tout intérêt à rechercher et à permettre la prise en compte de procédés nouveaux, inventifs et créatifs y compris dans ses activités ou ses achats les plus récurrents.

Stimuler l'innovation par la commande publique revient à faciliter l'accès à l'innovation, dans les domaines où le besoin d'innovation est identifié, et ne pas bloquer la réponse innovante dans les domaines d'achats plus routiniers.

Les éléments contenus dans le présent guide sont indicatifs : les effets des leviers d'action en faveur de la prise en compte de l'innovation dans les marchés publics qui y sont identifiés sont en effet variables d'une situation à l'autre, et ne peuvent être considérés comme pertinents ou efficaces pour toute situation.

15 FACTEURS CLES DE SUCCES : SYNTHESE DES BONNES ET MAUVAISES PRATIQUES

15 facteurs clés de succès pour le développement de l'innovation à travers 4 objectifs principaux :

- créer les conditions favorables à l'émergence de solutions innovantes,
- ouvrir les consultations aux solutions innovantes,
- mettre la procédure au service de l'innovation,
- accompagner l'effort des opérateurs économiques innovants.

	Facteurs clés de succès	Bonnes pratiques	Mauvaises pratiques
Créer les conditions favorables à l'émergence de solutions innovantes			
1	L'achat innovant se gère en équipe	Intégrer équipes opérationnelles, prescripteurs internes et acheteurs	Approche sectorielle sans concertation avec les autres services potentiellement concernés
2	Favoriser en amont l'échange entre acheteurs publics et opérateurs économiques	L'acheteur public organise des échanges en amont de la définition des besoins avec les opérateurs économiques dans un objectif d'appréciation globale de leurs capacités et le cas échéant des solutions innovantes Respecter les principes déontologiques	Aucun échange entre l'acheteur public et les opérateurs économiques Détourner cet échange amont dans le but de favoriser une entreprise
3	Avoir une bonne connaissance technique, économique et réglementaire du marché	Organiser une veille économique, technologique et réglementaire : sensibiliser les acteurs à la collecte d'informations, cerner les besoins en information, piloter et coordonner le dispositif de veille	Méconnaissance du potentiel d'innovation dans le domaine d'achat et méconnaissance des exigences réglementaires
4	Etre favorable à la réception d'informations sur des solutions innovantes d'entreprises	Organiser l'accueil des démarches spontanées des entreprises, selon des modalités adaptées à la taille de l'acheteur public Recourir au « sourcing » (ou sourcing) : identification de fournisseurs et opérateurs économiques porteurs d'innovation Respecter les principes déontologiques	Refuser les sollicitations externes Divulguer certaines informations recueillies dans ce cadre à d'autres entreprises
5	Déontologie et règles de confidentialité	Faire connaître et respecter en interne et en externe les principes de déontologie et de confidentialité	Utiliser une idée innovante d'un candidat en déclarant un appel d'offres infructueux pour négocier avec d'autres candidats sur la base de ce même projet innovant
6	Communiquer largement sur les domaines et intentions d'achat en identifiant les domaines requérant potentiellement de l'innovation	Publier sur Internet ses intentions d'achats et les domaines d'innovations attendus ainsi que le point de contact pour les opérateurs économiques Publier un avis de pré information	Ne pas communiquer ses intentions d'achats Réduire le délai de consultation suite à la publication d'un avis de préinformation
7	Faciliter l'accessibilité aux marchés et simplifier les procédures de consultation	Mise en place de l'allotissement (sauf dans le cas particulier de marchés visant une filière de traitement – process ou l'allotissement rend le projet techniquement difficile) Faciliter la mise en place de groupements d'entreprises (sans recouvrement de compétences) Montage pragmatique du dossier : définir des critères de sélection adaptés au marché, alléger les pièces à fournir Former les opérateurs économiques à répondre aux marchés spécifiques de l'acheteur (assistance à la rédaction des pièces du marché, points de vigilance...)	Dans le cas de marchés d'infrastructures de traitement, l'allotissement au sein de la partie process freinera la fourniture de solutions innovantes Exiger la solidarité financière au sein d'un groupement décourageant une petite entreprise innovante d'y participer Critères trop exigeants par rapport aux capacités des entreprises et sans valeur ajoutée pour le marché Mettre en place des contrats types peut conduire à des incohérences, en particulier dans le secteur de la construction Mettre à disposition un mémoire technique type rigide ne permettant pas à une entreprise innovante de développer son offre

	Facteurs clés de succès	Bonnes pratiques	Mauvaises pratiques
Ouvrir les consultations aux solutions innovantes			
8	Définir un besoin fondé sur des exigences fonctionnelles ou des performances	Laisser le « comment » au titulaire Définir clairement le besoin quant aux objectifs attendus et laisser ouvert le champ des solutions possibles	Définir un besoin par une solution Faire évoluer les besoins au cours de la procédure, notamment en MAPA
9	Rédiger un cahier des charges qui tienne compte de l'état de l'art et des potentialités d'innovation	Utiliser ou réaliser en tant que de besoin des études de marchés Faire appel à un assistant à maître d'ouvrage ou un maître d'œuvre selon les cas	
10	Favoriser l'utilisation des variantes	Autoriser explicitement les variantes quelle que soit la procédure Indiquer les modalités pratiques de présentation des variantes Dans le cas d'une présentation d'une offre de base et d'une variante : se limiter dans la variante aux éléments la distinguant de l'offre de base Prévoir et organiser les moyens et les compétences permettant une évaluation rigoureuse des solutions de base et des variantes basée sur les mêmes critères de jugement des offres	Interdiction des variantes Ouverture aux variantes sans prévoir les moyens de jugement adéquats Définir des critères de jugement des offres distincts pour les variantes et les solutions de base
11	Définir un ensemble de critères permettant de valoriser les solutions innovantes	Définir, selon les cas, un critère ou un sous critère « caractère innovant » Selon le contexte le caractère innovant est défini comme critère ou sous critère ; dans ces deux cas il doit être jugé sur le niveau de l'innovation apporté (champ et intensité de l'innovation) La définition de critères tels que développement durable ou valeur technique permet aux solutions innovantes d'exprimer leur valeur ajoutée Il est préférable de raisonner sur l'évaluation du coût sur la durée de vie de l'installation (coût global, bilan d'exploitation) qui permet aussi d'exprimer la valeur ajoutée des solutions innovantes	Donner trop de poids au critère prix dans le jugement des offres
La procédure au service de l'innovation			
12	Procédures d'achats adaptées à la prise en compte des solutions innovantes	Bon respect des principes généraux du code des marchés publics	Lorsque le dialogue compétitif est choisi, il ne faut pas mixer les solutions ou organiser une négociation ouverte
Accompagner l'effort des opérateurs économiques innovants			
13	Un pilotage du contrat qui tienne compte de la spécificité de l'achat innovant		
14	Le suivi partenarial de l'exécution du contrat : mesurer la performance, prévenir les difficultés, inventer des solutions, gérer le risque		
15	Une valorisation de l'innovation partagée entre entreprises et collectivités		

CREER LES CONDITIONS FAVORABLES A L'EMERGENCE DE SOLUTIONS INNOVANTES

1 - L'achat innovant se gère en équipe.

La prise en compte de l'innovation dans la démarche d'achat naît de la confrontation des besoins en prestations spécifiques et innovantes des administrations et des personnes publiques, avec les capacités des opérateurs économiques. L'acheteur est le pivot de cette rencontre.

Décloisonner la fonction achat pour la rapprocher des services opérationnels, faciliter les relations entre les responsables de l'achat et les opérateurs économiques, tels sont les leviers amont de l'achat, identifiés pour créer les conditions favorables à la prise en compte de solutions innovantes dans les stratégies d'achats des personnes publiques.

2 - Favoriser en amont les échanges entre acheteurs publics et opérateurs économiques.

L'objectif est de permettre aux entreprises innovantes de mieux connaître ces marchés et de se les approprier et, pour les organismes publics, de faire entrer la prise en compte de l'innovation dans leurs stratégies d'achat, par un meilleur couplage entre la fonction achat et les fonctions opérationnelles à chaque étape du processus d'achat.

Exemple : Une collectivité veut réhabiliter un château d'eau. Le service de l'eau s'informe, auprès d'entreprises, en amont de la consultation, des différentes technologies existantes et apprend qu'il existe des solutions innovantes permettant de mieux prendre en compte la sécurité des travailleurs lors de la réhabilitation, tout en respectant les autres objectifs du projet. Le service de l'eau et le service achat élaborent conjointement le besoin.

OBSERVER, CONNAÎTRE ET PRATIQUER LES MARCHÉS ECONOMIQUES

Connaître les marchés économiques et organiser la diffusion de l'information

La connaissance du marché (au sens économique du terme), est le préalable indispensable à tout achat innovant.

L'organisation d'une veille active permet, sur les segments d'achats considérés comme à forte évolution, ou sur lesquels des évolutions ou gains sont attendus (économies, nouveaux besoins, procédés obsolètes à renouveler), de cerner l'offre des opérateurs économiques, l'état de la concurrence, la capacité d'innovation du secteur. Cette veille prépare et facilite l'étude de marché, étape préalable au lancement de la procédure. Bien souvent, cette veille existe, mais n'est pas identifiée et organisée au sein de la structure. Sensibiliser les acteurs à la collecte d'information, en définir les besoins, piloter et coordonner le dispositif de veille sont indispensables pour la connaissance du marché.

3 - Avoir une bonne connaissance technique, économique et réglementaire du marché

Qui conduit la veille ? Tout dépend du segment d'achat. Pour les achats courants, cela sera plus fréquemment l'acheteur. Pour les achats sur mesure, il est souvent préférable de s'appuyer sur les services techniques opérationnels, associé au service achats. Exemples : le service informatique d'une organisation est le plus à même de rester attentif aux innovations technologiques. Le personnel soignant d'un hôpital, par sa participation à des rencontres entre professionnels, s'informe des procédés et produits qui émergent dans son secteur d'activité. Dans tous les cas, la désignation d'un pilote est nécessaire et l'organisation de la circulation de l'information doit être une priorité.

Comment l'organiser ? En sensibilisant acheteurs et services opérationnels à la nécessité de cette veille, ainsi que de la nécessité de la circulation de

l'information obtenue. Bien souvent, les services opérationnels et les acheteurs sont assaillis de sollicitations et d'informations concernant leur secteur. Partager les informations collectées permet de construire un réseau sur lequel organiser et coordonner l'activité de veille.

Quel type d'information rechercher ? Toute information est potentiellement utile. C'est pourquoi, il est important de cerner les besoins de chacun, pour ne collecter que l'information pertinente et la faire efficacement circuler. Par exemple, et pour cibler l'innovation, les renseignements qui pourront servir à la préparation d'un achat, outre les éléments techniques, sont des informations sur l'état de la concurrence, mais aussi sur les brevets, les normes, les évolutions réglementaires, sans oublier la veille sur les procédés et produits innovants mis en place dans le domaine de l'achat lui-même par d'autres organisations (en matière, par exemple, de dématérialisation).

Où trouver des informations ? Les salons, colloques, revues spécialisées, forums, sites internet institutionnels, sites internet des entreprises, organisations professionnelles, sont des mines d'informations. Les chambres de commerce et d'industrie, les pôles de compétitivité, les DIRECCTE, ou encore la Banque Publique d'investissement (bpi.france), en prise directe avec les entreprises innovantes, peuvent assister l'acheteur dans ses recherches. Les rencontres avec les entreprises sont essentielles, mais doivent être réfléchies, organisées et respecter certains principes fondamentaux (cf. *infra*).

Rechercher les solutions innovantes

Capter l'innovation passe par une démarche active, associant acheteurs et prescripteurs ou services opérationnels, et permettant de repérer les solutions innovantes.

Pour démarcher les personnes publiques, les opérateurs ont besoin d'un point de contact facilement accessible et permettant de prospecter directement le service adéquat. Il peut s'agir d'un espace dédié sur le site internet institutionnel (ou le profil d'acheteur) de l'organisme public, ou d'un interlocuteur identifié à contacter.

Dans tous les cas, il est préférable d'organiser l'accueil de ces démarches spontanées de manière à ce que chacun, acheteur, service opérationnel et opérateur économique, puisse identifier rapidement les opportunités du marché.

Lorsque cela est possible ou souhaitable, et outre un contact identifié « achat » ou « achat innovant » au sein de la structure, il peut être utile d'encadrer et de guider la démarche des entreprises en :

- **informant sur les domaines d'achat** sur lesquels des procédés ou produits innovants sont recherchés, mais également en communiquant sur les méthodes d'achat. Le CNRS a, par exemple, mis à la disposition des fournisseurs un guide contenant des informations pratiques sur ses procédures d'achat : <http://www.dgdr.cnrs.fr/achats/informationspratiques/achat/doc/Guide.pdf>.

Le ministère de la défense propose un portail d'information complet, avec un volet PME, ainsi qu'un point de contact pour les initiatives spontanées des entreprises : <http://www.achats.defense.gouv.fr/-Initiatives-Spontanees> ;

- **élaborant un conducteur**, ou formulaire, si possible ciblé selon les domaines d'achats ou en fonction des attentes et besoins spécifiques des services opérationnels, qui permette à l'entreprise de se présenter et de déposer des documents. L'objectif est de faciliter le retraitement de ces informations en identifiant le service opérationnel vers lequel orienter l'entreprise ;

- **proposant à l'entreprise d'entrer dans une base de données** fournisseurs, lorsqu'elle existe ;

4 - Etre favorable à la réception d'informations sur des solutions innovantes d'entreprises

- **recontactant systématiquement les entreprises**, en organisant des entretiens ;
- **associant acheteur et service opérationnel** à toutes les étapes du processus, et plus particulièrement aux contacts directs, visites, démonstrations éventuelles, etc. ;
- **évaluant les procédés et processus innovants** proposés par l'entreprise.

Le « **sourçage** » (*sourcing*), ou la recherche et l'évaluation d'opérateurs économiques innovants, et leur mise en relation avec des acheteurs est une démarche active pour repérer, dans un domaine donné, des procédés émergents ou innovants. Des organismes dédiés peuvent apporter leur concours, tel bpifrance, qui propose un « sourçage » qualifié d'entreprises innovantes à destination des grands comptes (<http://www.bpifrance.fr/>), ou les chambres de commerce et d'industrie, ainsi que des associations comme Pacte PME, dont le programme « innovation ouverte » permet aux acheteurs d'être mis en contact avec des PME sur des thèmes qu'ils précisent. Là encore, l'association du service achat et des experts métier permet de préparer l'opération de « sourçage » et les éventuelles rencontres en face à face qui suivront. A noter que Pacte PME met à disposition un référentiel de pratiques recueillies auprès de ses adhérents, afin d'aider les acheteurs à développer une démarche d'achat favorable à l'innovation (renseignements à l'adresse suivante : <http://www.pactepme.org/>).

Le ministère de la défense a mis en place un système de géolocalisation de ses entités d'achat sur tout le territoire, avec coordonnées associées des points de contact locaux, et organise régulièrement, en région, des rencontres avec les entreprises, en partenariat avec les chambres de commerce et d'industrie (cf. actions 38 et 40 du pacte Défense PME).

Plus sophistiqués et nécessitant une architecture de suivi importante, les **systèmes ouverts et collaboratifs (open source)**, qui permettent de solliciter et recueillir des remarques, idées et procédés innovants auprès de toutes sources. Ainsi la SNCF a créé une plateforme d'échanges d'idées, pour dégager de manière ouverte les pistes d'innovation visant à améliorer le service public du transport ferroviaire, suggérer des partenariats ou proposer en direct un service innovant (<http://www.data.sncf.com/>). N'importe quel internaute est ainsi assuré que sa proposition est entendue.

Il est également fréquent de trouver une rubrique boîte à idées sur les sites d'*opendata* ou de partage de données et d'informations en accès libre des collectivités publiques (exemple : www.data.rennes.metropole.fr). En Loire-Atlantique, un « hackathon », évènement pendant lequel des développeurs, des porteurs de projets, des amateurs et des curieux se réunissent par équipe, en **atelier**, a été organisé autour des données de quatre collectivités, pour des projets portant, par exemple, sur le développement d'une application permettant de connaître en temps réel la qualité de l'air et de tester les connaissances des citoyens sur le sujet (www.data.loire-atlantique.fr).

Ainsi, autour de ces **initiatives de partage de données publiques**, se greffe une multitude d'initiatives concrètes destinées à créer des lieux d'échanges avec les professionnels et publics concernés, et développer un « **écosystème de l'innovation** » autour de **l'amélioration du service rendu à l'utilisateur** (liste des sites internet publics proposant des données ouvertes sur www.data.gouv.fr).

Des personnes publiques, comme la Banque de France, peuvent pour certains besoins organiser **des demandes d'informations** (ou *request for information - RFI*). Il s'agit sur un sujet donné d'interroger le marché, afin de déterminer la

faisabilité technique et financière d'un projet. Les entreprises disposent d'un temps déterminé pour répondre à des questions techniques précises. Ainsi, la personne publique peut tester la capacité du marché à répondre à son besoin précis, et les opérateurs économiques peuvent faire valoir les caractéristiques et avantages de la solution technique qu'ils proposent. Ces demandes d'informations peuvent être ou non suivies d'une consultation (exemple de RFI : <http://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/marches-publics/achats-informatiques/rfi-demande-dinformations.html>).

Ces démarches ne permettent pas seulement de connaître et d'évaluer l'offre et le tissu des entreprises sur un secteur donné. Elles permettent également, en dialoguant avec les entreprises, de mieux faire connaître les besoins spécifiques des collectivités, et d'orienter le marché fournisseur vers la satisfaction de ces besoins.

5 - Déontologie et règles de confidentialité

Priés d'évoluer rapidement et d'acquérir une connaissance approfondie de l'offre, services acheteurs et services opérationnels se retrouvent aux prises avec des procédés commerciaux d'entreprises qui peuvent, le lendemain, devenir candidates à des marchés publics. De fait, lorsque les deux mondes de l'entreprise et de l'achat public sont trop interpénétrés, le risque est alors de ne plus assurer l'égalité de traitement des candidats, et de voir certains opérateurs partir favorisés dans une consultation, du fait de la parfaite connaissance qu'ils auront pu acquérir de l'organisme public. Le risque de mise en cause pénale, pour l'acheteur comme pour le service opérationnel au contact de l'entreprise, n'est pas à négliger.

Certains pouvoirs adjudicateurs ont élaboré des guides déontologiques ciblés « achats publics » destinés à préciser le plus possible la nature et les règles de la relation avec les fournisseurs.

L'intérêt d'un document publié et communiqué aux entreprises (certaines collectivités joignent leur charte déontologique aux dossiers de consultation des entreprises (DCE)) n'est pas seulement de sécuriser la démarche de l'acheteur. C'est aussi de permettre à l'entreprise de mieux comprendre les contraintes qui s'imposent à son client public.

Quelques règles simples :

Autoriser, encourager, organiser les contacts en amont et en aval de l'achat :

- autoriser et favoriser les contacts **très en amont des procédures**, en étant explicite sur la nature des informations échangeables (communication en direction des entreprises sur la nature des besoins, les domaines d'achats, les spécificités de l'intervention de la personne publique et les attentes clients, mais également les outils mis à la disposition des entreprises pour accéder aux marchés de la personne publique. Apprendre à se « vendre » efficacement, séduire les entreprises, en toute sécurité), veiller à assurer l'égalité de traitement des entreprises ;

- **rappeler les principes essentiels de la confidentialité** qui s'imposent à la personne publique : ne pas communiquer à des concurrents les procédés appartenant aux entreprises titulaires de marchés en cours. Une fiche sur la communication des documents administratifs en matière de commande publique, rédigée par la DAJ en collaboration avec la CADA, est disponible et mise à jour à l'adresse suivante :

http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/etude-cada-daj.pdf.

La fiche n° 9 du guide « Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME à la commande publique » fait également le point sur les règles de la confidentialité de l'offre :

http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publicque/guide_de_bonnes_pratiques.pdf.

Les entreprises doivent pouvoir être assurées que leurs idées et procédés ne se retrouveront pas dans les cahiers des charges techniques, ou divulgués à la concurrence.

- **rappeler le principe du « cône de silence »**, lorsque la procédure est lancée. Les contacts sont alors encadrés par la réglementation : aucun contact ne doit être pris avec les entreprises candidates, sauf pour une précision technique ; la réponse doit être diffusée à tous les autres candidats déclarés si elle est susceptible d'avoir une influence sur le déroulement de la procédure ; il est possible de demander à un candidat de compléter sa candidature, en donnant la possibilité aux autres candidats de faire de même (article 52 du code des marchés publics (CMP)) ; possibilité, limitée, de demander une précision sur l'offre (voir à ce sujet le formulaire OUV6 et la notice correspondante :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-ouverture-des-plies>)

- **en aval de l'achat**, autoriser et encourager les contacts avec l'entreprise titulaire du marché, pour assurer le suivi de l'exécution du contrat.

Fixer des règles simples de comportement :

- **prohiber tout avantage** direct ou indirect quel qu'en soit le montant, à l'exception du cadeau publicitaire, dont la valeur maximale admissible doit être fixée clairement. Les présents ou invitation à caractère personnel (places pour un événement sportif, ou invitation au restaurant) ne doivent pas être acceptés ;

- **éviter tout conflit d'intérêt**, et signaler (à sa hiérarchie) tout lien familial ou personnel avec les fournisseurs ;

- **se faire accompagner par le service opérationnel**, préférer les rendez-vous à distance des repas (ce qui permet d'éviter les invitations à déjeuner) et les déplacements dans l'entreprise, ou les rendez-vous dans une salle neutre s'ils ont lieu dans les locaux de la collectivité, fixer un ordre du jour...

- **s'interdire la pratique inadmissible de s'emparer des idées innovantes d'un candidat** en déclarant un appel d'offres infructueux pour négocier avec tous les candidats sur la base de ce même projet innovant.

Les services achats des grands donneurs d'ordre ont élaboré des documents à l'attention de leurs personnels : le service des achats de l'Etat (SAE), le ministère de la défense, celui de l'éducation nationale, mais également certaines collectivités (département du Bas-Rhin, de Seine-St-Denis, la Ville de Paris, le CHRU de Lille, notamment) ont édité des guides déontologiques, dont il est possible de s'inspirer.

PLANIFIER LES ACHATS. INFORMER EN AMONT. ANTICIPER SUR LES NORMES.

L'objectif ici est double : identifier les secteurs en mouvement, pour anticiper sur les adaptations nécessaires et organiser une communication adéquate et anticipée, en direction des opérateurs économiques, sur les segments d'achats où une réponse innovante est attendue.

6 - Communiquer largement sur les domaines et intentions d'achat en identifiant les domaines requérant potentiellement de l'innovation

Les opérateurs économiques peuvent manquer de visibilité sur la structure des achats des collectivités publiques et sont demandeurs d'informations sur les intentions d'achats de leurs prospects publics. Il est possible de structurer cette information pour mieux cibler les entreprises innovantes.

Rien n'interdit de communiquer par anticipation sur ses intentions d'achat, à condition que cette information soit mise à la disposition du plus grand nombre.

La plupart des collectivités publient sur leur site internet la liste des marchés attribués, donnant ainsi une idée de la structure passée de leurs achats. Les grands comptes ont mis en place une communication en amont sur leurs besoins et domaines d'achats de manière à faciliter la prospection des entreprises. Le ministère de la Défense et le CNRS, par exemple, informent le public de leurs besoins ou de leurs grands domaines d'achat en publiant ces données sur leur site internet. D'autres collectivités organisent, à la suite des travaux de programmation budgétaire des achats, des rencontres publiques avec les entreprises où la planification des achats à venir leur est présentée.

Il peut être souhaitable de préciser les secteurs d'achats sur lesquels des propositions innovantes seront appréciées, qu'il s'agisse :

- des achats métiers spécifiques et liés au secteur d'intervention de la structure (ex : établissements comprenant une mission de recherche et acheteurs, à ce titre, de prestations particulières) ;
- des achats intervenant en soutien de politiques publiques ou de campagnes spécifiques et innovantes (par exemple, les achats couplés au lancement d'une politique publique en faveur des services à la personne, des nouvelles technologies de l'information, de la prise en compte de considérations environnementales dans les procédés de construction, l'éclairage public, ou l'urbanisme...);
- d'anticiper sur des normes à venir. La veille sur les normes est nécessaire pour anticiper sur les besoins émergents des administrations. En matière d'aide à la personne (accessibilité handicapés), d'environnement (construction, ou gestion des déchets), de nouvelles technologies (sécurisation des échanges électroniques), par exemple, l'apparition de préoccupations, d'obligations, de standards nouveaux a permis l'émergence de marchés à part entière où les entreprises proposent des réponses innovantes à ces nouveaux besoins. Pour anticiper sur les évolutions des référentiels achats, il est nécessaire de prendre en compte et d'anticiper les évolutions des normes. La généralisation d'un procédé innovant peut amener à la production de nouvelles normes ou standards dont il faudra tenir compte, et qui à leur tour suscitent de nouvelles innovations ou amènent de nouvelles entreprises sur le marché. Par

exemple, la perspective de la généralisation des véhicules électriques, encore balbutiante mais impulsée notamment par la mise en place de prestations urbaines de type « Autolib' » à Paris, implique la mise en place de normes standard européennes pour les prises de courant permettant de recharger les véhicules électriques, ce qui peut créer des difficultés temporaires en nécessitant l'adaptation des installations existantes aux standards à venir. Cependant, l'apparition de ces standards conduira à faciliter le développement de ces procédés et services innovants, en permettant à tout véhicule de franchir les frontières.

Au delà de ces démarches de communication, qui ne sont pas réglementées, le code des marchés publics (articles 39, 149 et 211) permet de publier un **avis de préinformation** informant les opérateurs économiques de l'intention de l'acheteur de lancer une procédure pour un achat spécifique. Cet avis de publicité particulier utilise les mêmes canaux de diffusion que l'avis d'appel public à la concurrence. Parce qu'il autorise la réduction des délais de publicité pour le marché qui suivra, son utilisation est soumise à des conditions particulières. Pour les opérateurs de réseaux, l'avis de préinformation, appelé **avis périodique indicatif**, peut remplacer l'avis d'appel public à la concurrence s'il contient les mentions complémentaires prévues à l'article 151 du CMP.

La publication d'un avis de préinformation peut permettre de réduire à 22 jours le délai ouvert pour la réception des candidatures et des offres pour un appel d'offres ouvert, et de réduire à 22 jours le délai de réception des offres pour un appel d'offres restreint.

Cependant, ces réductions de délais peuvent mettre les entreprises en difficultés, surtout les plus petites d'entre elles, en ne leur permettant pas de disposer d'un temps suffisant pour préparer leur réponse, ou de constituer un groupement d'entreprises. C'est pourquoi, afin de permettre la mise en concurrence la plus large possible, et selon le secteur d'activité concerné par l'achat, il convient de laisser, toujours, un temps de réponse suffisant aux opérateurs économiques voire, pour tirer tout son bénéfice de l'avis de préinformation, de renoncer aux réductions de délais qu'il autorise.

FACILITER LES CANDIDATURES EN RÉDUISANT LES DÉPÉRDITIONS ADMINISTRATIVES. CONCENTRER LA RÉPONSE DES ENTREPRISES SUR LES PROCÉDÉS ET PRODUITS INNOVANTS. RÉDIGER LES DOCUMENTS AVEC PRÉCISION. ADAPTER LE PÉRIMÈTRE DES LOTS.

**7 - Facilité
l'accessibilité des
marchés et
simplifier les
procédures de
consultation**

Il s'agit d'identifier, dans les procédures, les freins à la participation des entreprises innovantes aux consultations, et de définir des pistes de simplification et d'amélioration de l'accès des entreprises innovantes aux marchés. Les difficultés citées par les entreprises (par exemple, dans le sondage réalisé au cours du projet PRISME, coordonné par les CCI de Grenoble et Lyon) sont assez similaires à celles que rencontrent les PME :

- des critères de sélection des candidatures trop lourds, qui empêchent leur participation à certains appels d'offres ;
- un manque de temps et de ressources pour répondre aux appels d'offres ;
- des difficultés à identifier les sources de publication ;
- une difficulté à trouver des partenaires pour répondre en groupement ;
- un allègement des pièces à fournir par les entreprises au stade de la candidature pour leur permettre de focaliser leur effort sur l'offre.

Les acheteurs identifient, pour leur part, les pistes suivantes pour faciliter les candidatures de PME innovantes :

- l'allotissement ;
- des critères de sélection des candidatures proportionnés (en termes de chiffre d'affaires, personnel, références).

Interrogés sur les moyens de faciliter l'introduction de l'innovation dans les appels d'offres, les acheteurs citent en priorité l'attribution des marchés sur le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse et non sur le critère du prix, la description fonctionnelle des produits dans les documents de la consultation, l'autorisation de variantes et l'utilisation de la procédure négociée.

Les pistes identifiées par les acheteurs dans ce sondage ne concernent que les aspects procéduraux de l'achat. Les personnes sondées n'ont spontanément évoqué aucune autre piste que celles issues du code des marchés publics, pour améliorer la visibilité et l'attractivité de leurs achats vis-à-vis des entreprises innovantes qu'ils souhaitent attirer.

Les entreprises innovantes sont des entreprises qui se mettent en danger, qui investissent, qui prennent des risques et qui font des paris sur l'avenir. Le secteur public ne peut profiter de cette force d'innovation qu'en réfléchissant sur les conditions qui encourageront la participation de ces entreprises, parfois plus fragiles, souvent PME ou TPE, aux consultations.

Pour capter l'attention de ces entreprises souvent très spécialisées, et leur donner la possibilité de répondre aux appels d'offres, l'adaptation du périmètre des marchés aux capacités des entreprises innovantes susceptibles d'y participer est une nécessité. Cette adaptation passe par une segmentation affinée du périmètre des lots, établie grâce aux informations recueillies en amont sur la structure du segment d'achat, de manière à optimiser

l'accessibilité du marché, et à favoriser la concurrence la plus large possible. **Pour les acheteurs soumis au code des marchés publics, l'allotissement est la règle et le marché global l'exception.** La dévolution par lot reste possible pour les acheteurs publics qui ne sont pas soumis au code des marchés publics. En outre, la technique des petits lots (article 27 II du CMP) permet, dans un marché formalisé, de passer en procédure adaptée les lots dont la valeur ne dépasse pas un certain seuil (80 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services, 1 000 000 euros HT pour les marchés de travaux). La valeur totale de l'ensemble des petits lots ne doit pas dépasser 20% de la valeur totale du marché (cette dérogation n'est pas applicable aux accords-cadre qui ne comportent pas de minimum).

Ces techniques d'allotissement peuvent permettre à des entreprises qui n'auraient pas la capacité de concourir pour la totalité du marché, ce qui peut être le cas d'une entreprise très spécialisée, de participer à la consultation.

Cependant, il est à noter que dans certains cas une mauvaise pratique de l'allotissement peut freiner la fourniture de solutions innovantes. C'est en particulier le cas dans le domaine de la construction où retenir l'allotissement au sein d'un lot process ne permet pas aux entreprises de fournir des variantes permettant d'optimiser le process dans son ensemble. De plus l'utilisation de technologies propres, voire brevetées, est limitée.

Les entreprises peuvent également être amenées, que ce soit parce que le mode de dévolution choisi ne permet pas leur accès isolé au marché, ou parce que la solution innovante nécessite de s'adosser à d'autres compétences, à candidater en **groupement d'entreprises**. Cette faculté peut être anticipée par l'acheteur et prise en compte dans la procédure. Faciliter la constitution des groupements nécessite de laisser suffisamment de temps, entre l'envoi de l'appel à concurrence à la publication et la fin du délai de dépôt des dossiers des entreprises, pour que les opérateurs économiques désirant se grouper puissent rechercher des partenaires et convenir de la relation contractuelle autour du marché. Mais surtout, il est demandé aux acheteurs de réserver l'exigence de la solidarité du groupement aux cas qui nécessitent réellement ce type de garantie. On constate, en effet, dans la plupart des consultations, la persistance d'une clause type exigeant la solidarité financière des membres du groupement, l'acheteur se garantissant ainsi contre la défaillance d'un des membres du groupement, alors même que la solidarité est dénoncée par les entreprises comme le frein principal à leur participation à un marché public sous la forme d'un groupement.



Les acheteurs sont encouragés à réfléchir à des clauses contractuelles alternatives et à des comportements permettant de prévenir la défaillance des entreprises, plutôt que de risquer par des clauses trop exigeantes de se couper d'une partie de l'offre. (Exemples : un suivi plus attentif et partenarial de l'exécution des contrats, des souplesses dans les délais d'exécution, la recherche en commun de solutions type sous-traitance, en cas de défaillance d'une entreprise...)

Au-delà de ces aspects, les acheteurs sont invités à adapter et préciser leurs exigences en matière de capacités des entreprises (chiffre d'affaires, marchés précédemment exécutés, personnels et effectifs) de manière à permettre la candidature d'entreprises nouvellement créées. **Un examen global de ces capacités, au stade de la candidature, peut être préféré à la fixation, plus rigide, de niveaux minimaux de capacité.** Au surplus, il peut être opportun, afin d'encourager la candidature des entreprises récentes, de rappeler dans les documents de la consultation le principe selon lequel les entreprises de création récente, qui ne disposeraient pas des documents demandés par l'acheteur, peuvent justifier de leurs capacités financières et de leurs capacités professionnelles par tout autre moyen, en guidant les entreprises sur les éléments attendus par l'acheteur.

Les achats des personnes publiques sont soumis à un formalisme qui peut être pesant, voire déstabilisant pour une entreprise qui ne disposerait pas du soutien d'un service juridique ou d'une structure dédiée, ce qui est souvent le cas des PME innovantes. Or, ne pas respecter le formalisme requis par un marché public peut amener au rejet d'une proposition.

L'absence ou la quasi-absence de possibilités de « rattrapage » des soumissionnaires à un marché public dont le dossier présenterait des lacunes suppose d'être pertinent du premier coup. Les acheteurs ont, par conséquent, développé des services et bonnes pratiques en direction des entreprises, pour standardiser et simplifier les dossiers demandés, normaliser les réponses, ou former les entreprises à répondre à un marché public.

 La ville de **Hyères-les-Palmiers** a mis en place un ensemble de mesures dédiées à l'accès des PME et TPE aux marchés publics et visant à les former directement à répondre aux consultations.

 Un service de la **Ville de Paris** a créé un support de présentation aux fournisseurs, qui décrit les politiques d'achats, indique la manière de remplir un dossier de consultation, présente l'activité des services et leur organisation, les besoins spécifiques et la programmation des achats, insiste sur les attentes du service vis-à-vis du candidat (notamment en matière de propositions innovantes permettant d'améliorer la satisfaction des besoins), et sur les points de vigilance à respecter dans les dossiers.

 Il est également possible de **renseigner directement les entreprises**, en rédigeant des FAQ, en permettant aux entreprises de poser des questions pratiques sur la constitution du dossier (et en diffusant largement la réponse pour prévenir toute distorsion de concurrence et permettre à tous les candidats de bénéficier du même niveau d'information, le cas échéant, en prolongeant la consultation).

 Le réseau des acheteurs hospitaliers d'Ile-de-France (**RESAH IDF**) a mis en place des enquêtes anonymes permettant un retour des entreprises sur ses techniques de contractualisation, dans une démarche permanente d'amélioration des conditions d'accès des entreprises à ses marchés.

 Parmi les mesures permettant la simplification et la standardisation des dossiers de réponses, la mise en place de **plateformes communes d'achat** permet de simplifier les démarches des entreprises, en regroupant l'offre de services autour des marchés publics, comme la possibilité de bénéficier de dispositifs d'alerte sur les avis de publicité, les coffres forts électroniques pour les documents des entreprises, les dossiers de consultation directement téléchargeables, mais également une aide au montage de dossiers (hotline) (ex : PLACE ou Maximilien).

 Pour aider à la rédaction de l'offre elle-même, la fourniture dans le dossier de consultation **d'une trame de mémoire technique** permet de guider la formalisation et la présentation de l'offre des entreprises. Cette trame, dont les éléments sont adaptés aux particularités du marché, doit permettre de recenser les informations que le pouvoir adjudicateur est en droit d'attendre de la présentation de l'offre. Ce canevas de réponse facilite aussi le travail d'analyse des offres.

Ces pratiques permettent de guider et d'accompagner les entreprises quelle que soit leur taille dans l'élaboration, sur le plan formel, de leur réponse, afin de permettre au plus grand nombre d'entre elles de participer aux consultations. Ainsi guidée et informée sur les attentes de l'acheteur, l'entreprise peut alors se concentrer sur le principal : l'élaboration de la solution technique.

OUVRIR LES CONSULTATIONS AUX SOLUTIONS INNOVANTES

Alors que la grande majorité des procédures concernent des achats récurrents, la tentation existe, pour l'acheteur, d'en rester à des pratiques routinières. Ce sont bien souvent les contraintes budgétaires qui viennent bouleverser les pratiques et conduisent à rechercher et privilégier des solutions nouvelles, innovantes, et susceptibles d'atteindre cet objectif d'efficience : faire aussi bien, et si possible mieux, avec beaucoup moins.

Laisser au marché le soin de proposer une solution innovante suppose d'être précis sur le besoin, mais surtout d'exprimer la demande par le résultat à atteindre. Or bien souvent, la « commande » des prescripteurs est trop précise et directive, pour laisser au marché l'initiative de la solution. La plupart du temps, la solution est imposée dans le cahier des charges et reconduite au fil des marchés, la différenciation des offres se faisant principalement sur le prix et les délais. Ces procédés ne sont pas de nature à susciter des propositions innovantes et créatives, et sont par là même susceptibles de priver les services de gains économiques ou qualitatifs substantiels.

Pourtant, la réglementation autorise la formulation du besoin en termes de résultat à atteindre, de performances attendues, sans préjuger de la solution technique, permet la proposition de solutions techniques alternatives par la présentation de variantes, et de choisir non pas le moins disant, mais l'offre économiquement la plus avantageuse par une pluralité de critères incluant la qualité, la valeur technique, la performance et le caractère innovant de l'offre.

Les outils existent mais sont encore trop peu utilisés. La raison avancée est souvent que leur maniement est délicat et n'offre pas la même sécurité, voire la même objectivité dans l'évaluation des offres que lorsque la solution est définie et bordée, l'initiative limitée, et le prix prépondérant.

Or, au contraire, c'est bien sur les achats courants et connus, où les besoins sont identifiés et où tous les aspects de l'achat sont maîtrisés que l'acheteur peut s'appuyer sur son expérience pour évoluer vers de nouvelles pratiques et passer du descriptif au fonctionnel.

Définir le besoin sous sa forme fonctionnelle, en impliquant tous les acteurs, demander aux candidats de proposer leur solution, au lieu de l'imposer à l'avance, **préférer un cahier des charges fonctionnel**, ou à défaut, **autoriser les variantes**, utiliser plusieurs critères d'attribution, et **mesurer la performance et la qualité de l'offre au-delà de son prix**, tels sont les leviers de la commande publique qui, en ouvrant largement les consultations, et par delà la procédure choisie, permettent d'intéresser de nouvelles entreprises, de les inciter à innover et de capter ces nouvelles offres, pour choisir la solution qui répondra le plus efficacement au besoin exprimé.

UNE DÉFINITION FONCTIONNELLE DES BESOINS COMME POINT DE DÉPART POUR CAPTER L'INNOVATION (SAVOIR CE QUE L'ON VEUT FAIRE, INTERROGER LE MARCHÉ, ACHETER LA BONNE PRESTATION)

« Je crois que notre Nation devrait s'engager à atteindre le but, avant la fin de cette décennie, d'envoyer un homme sur la lune et de l'en faire revenir vivant. »

John Fitzgerald Kennedy, 25 mai 1961.
Exemple de définition fonctionnelle du besoin.

8 - Définir un besoin fondé sur des exigences fonctionnelles ou de performances

La définition du besoin est une étape nécessaire et une obligation réglementaire (article 5 du CMP). Au-delà de leur définition initiale, la réévaluation régulière des besoins permet de ne pas enfermer l'achat dans une routine, évite la reconduction systématique des mêmes procédés d'achats et permet d'introduire des procédés innovants quel que soit le segment d'achat.

Les secteurs d'intervention des personnes publiques les plus susceptibles d'intégrer de nouveaux procédés ou de tirer tout bénéfice de prestations innovantes sont aussi ceux dans lesquels l'expression des besoins sous leur forme fonctionnelle est la plus pertinente. En matière de prestations intellectuelles, ou de services à la personne au sens large, ou d'accompagnement de politiques publiques, de déplacements, d'énergie, d'amélioration du service rendu, ou encore dans le domaine des travaux publics, l'expression de la totalité ou d'une partie du besoin sous une forme fonctionnelle (Quel est le résultat à atteindre ? Quelles sont les performances, fonctions, fonctionnalités requises ? Quelles sont les contraintes, le cadre imposé, les normes à respecter, les exigences minimales ?) tend à se développer.

La prise en compte, récente et intégrée à l'expression du besoin, de la performance énergétique, de considérations environnementales (avec les exigences de développement durable obligatoirement prises en compte dans l'expression du besoin), du cycle de vie des produits, du coût tout au long de la vie, accélèrent encore la diffusion de cette pratique dans les services achats des collectivités publiques.

Evidente pour les besoins émergents ou nouveaux, l'approche par l'analyse fonctionnelle est aussi utile pour des segments d'achats plus courants et répétitifs, car elle repose sur un réexamen des procédés et une réflexion sur les pratiques, et permet d'exprimer le résultat attendu, indépendamment de l'offre commerciale existante. De fait, la démarche fonctionnelle aide à la formulation des spécificités du besoin, ainsi qu'à l'identification des besoins émergents, quel que soit le segment d'achat, et même hors segments identifiés comme à forte implication technologique ou à évolution rapide. Dans tous les cas, elle permet de préparer les acteurs au changement et à la prise en compte de nouveaux procédés dans leur activité.

Afin de respecter le principe de détermination des besoins visé à l'article 5 du CMP, les acheteurs devront s'interdire de modifier celle-ci, notamment en MAPA, au fur et à mesure de la procédure, au motif qu'il s'agit d'une négociation avec les entreprises.

Cette analyse ne doit pas pour autant être déconnectée de l'offre (commerciale, technique) existante. Au-delà de la connaissance des marchés qu'entretient l'acheteur, l'étude de marché plus précise, effectuée pour un achat donné, reste nécessaire. Elle permet, en recensant : l'état de l'art et la capacité de réponse des entreprises, le niveau de concurrence et la capacité d'innovation, de mesurer le coût complet de la fourniture ou du service innovant comparé à celui de son équivalent traditionnel, de rédiger le cahier des charges techniques, et de déterminer la procédure la plus adaptée : le marché propose-t-il des solutions, directement applicables ? Le marché propose-t-il des solutions susceptibles d'être retenues moyennant adaptation ? Le marché propose-t-il des solutions difficilement évaluables ? Le marché n'existe pas et reste à créer ?

- Si le besoin est nouveau ou émergent et s'il n'existe pas de réponse actuellement sur le marché, la personne publique peut choisir de co-développer le procédé avec un partenaire et chercher à se grouper avec d'autres personnes publiques confrontées au même besoin.

- S'il n'existe pas de concurrence et qu'une seule entreprise peut, pour des raisons techniques, répondre au besoin : le code des marchés publics autorise de recourir au marché négocié sans publicité préalable ni mise en concurrence (article 35 II [8°]). L'acheteur public doit cependant être en mesure de prouver l'inexistence de la concurrence.

- Si le besoin est défini, mais que les moyens de le satisfaire ne sont pas identifiables par la personne publique, soit que le procédé existe, mais nécessite d'être adapté à la personne publique, soit que l'acheteur ne soit pas en mesure de définir ces moyens, alors, la procédure du dialogue compétitif peut être la plus pertinente pour construire la réponse avec les candidats.

- Si certains éléments du besoin ne peuvent être précisément définis (en termes de quantité, de régularité), cela peut encourager le recours à la procédure de l'accord-cadre, mono ou multi-attributaires, selon l'état de la concurrence et la nature du besoin à satisfaire.

- Si une centrale d'achat référence déjà un procédé innovant permettant de répondre au besoin (rôle des centrales d'achat dans la diffusion de l'innovation), alors l'acheteur peut y recourir.

Exemple : un service de restauration scolaire fonctionne avec un système de tickets papier achetés par les parents auprès du service administratif. Le procédé nécessite d'être revu. Apparaît le besoin complémentaire d'enregistrer nominativement le passage des enfants, pour sécuriser les déplacements et associer une facturation mensuelle, afin de lisser dans le temps la charge financière pesant sur les parents. Le dispositif devra être protecteur des données personnelles, et être suffisamment ergonomique et facile d'accès pour être utilisable par de très jeunes enfants. Deux solutions sont envisagées : une carte d'accès au restaurant scolaire équipée d'une puce contenant des données personnelles, et rechargeable sur une borne propriétaire, à installer dans des locaux ouverts au public et accessibles aux parents. La seconde solution est un procédé de reconnaissance biométrique des élèves, adossé à un logiciel permettant de gérer la facturation. Ce dernier dispositif, qui permet d'éviter la fraude et de suivre de manière certaine les enfants, tout en protégeant leurs données personnelles, a été préféré par la mairie.

SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES, PERFORMANCES OU EXIGENCES FONCTIONNELLES : PRIVILÉGIER UN CAHIER DES CHARGES FONCTIONNEL

9 - Rédiger un cahier des charges qui tiennent compte de l'état de l'art et des potentialités d'innovation

Il n'y a rien de novateur dans le fait de définir l'achat par le résultat à atteindre. C'est, au contraire, la démarche la plus logique : la collectivité, le plus souvent n'a, ni l'expérience, ni les compétences pour dire au prestataire *comment* faire le travail demandé, ni ne saurait en toute circonstance présumer de la meilleure réponse possible à son besoin. Faire émerger la meilleure solution à son besoin est justement l'objectif de la procédure. En revanche, le rôle de l'acheteur est d'exprimer le plus précisément possible ses besoins, ses contraintes, et ses attentes.

Explicite sur le besoin et ses caractéristiques, ouvert, y compris à l'innovation, sur les moyens de le satisfaire, exigeant sur les résultats et attentif aux coûts, l'acheteur, est à la fois, client intelligent pour l'entreprise partenaire, et créateur de valeur en interne.

Pour exprimer le besoin, les acheteurs ont deux possibilités :

- exprimer le besoin sous la forme de **spécifications techniques**, précises, détaillant la prestation. L'acheteur peut alors se référer à des normes, procédés ou référentiels techniques reconnus, sans pouvoir exiger de marque, de mode de fabrication particulier, ou d'origine déterminée d'un produit à moins de l'accompagner de la mention « ou équivalent ». Dans tous les cas, ces spécifications techniques sont formulées de manière à assurer l'égalité des candidats : toute discrimination est interdite ;

- exprimer le besoin sous la forme de **performances, d'exigences fonctionnelles** décrivant le résultat à atteindre, sans précision des moyens et procédés pour y parvenir. L'exemple le plus souvent cité est l'achat de tenues de protection (spécifications exprimées en termes de résistance au feu, à la chaleur, à la traction, aux frottements, d'entretien, plutôt que des spécifications techniques précises fixant la composition de la fibre et le procédé de tissage...).

Les cahiers des charges peuvent combiner exigences fonctionnelles, performances et spécifications techniques plus précises, dans la mesure où ces précisions et exigences plus détaillées ne nuisent pas à la participation des entreprises innovantes que l'on souhaite attirer.

Exprimées dans le cahier des charges techniques, ces spécifications définissent et encadrent l'achat projeté et permettent de susciter et capter la meilleure offre possible. Cela ne signifie pas pour autant que la commande doit être imprécise, bien au contraire.

Quelques points clé :



- **attention aux exigences fonctionnelles trop floues !** Si les performances sont, en général, associées à des éléments quantitatifs ou évaluables (ex : temps de résistance au feu, degré de résistance à la chaleur, quantités produites), les exigences fonctionnelles sont trop souvent formulées de manière floue : (ex : les utilisateurs non formés devront pouvoir s'approprier facilement le procédé proposé) ;



- **attention à être explicite sur les contraintes et exigences particulières de la prestation !** Lorsque l'initiative est laissée aux candidats sur les modalités techniques de la solution, que ce soit par l'autorisation de variantes,

par des exigences fonctionnelles, par des procédures spécifiques du type dialogue compétitif, les documents de la consultation doivent être clairs et exhaustifs sur les contraintes qui encadrent cette liberté, sauf à susciter des offres irrégulières. Certes, une offre irrégulière peut toujours être admise dans une procédure négociée ou en marché en procédure adaptée (MAPA), la phase de négociation permettant de faire évoluer l'offre dans un sens conforme aux documents de la consultation. Pour autant, il s'agit d'une perte de temps et de moyens, qu'il est possible d'éviter lorsque l'attention des candidats est attirée sur les contraintes à respecter. Ces contraintes peuvent, notamment, être des contraintes normatives, d'exécution, de contexte, liées à l'environnement dans lequel s'exécute la prestation, etc. ;



- **attention aux contraintes d'exécution trop directives !** C'est de la responsabilité de l'entreprise de s'organiser pour exécuter la prestation. Limiter les contraintes au strict nécessaire permet également de limiter le coût de la prestation. Toute exigence ayant un coût, à l'acheteur d'arbitrer entre le nécessaire et le superflu ;



- **attention, le défaut de conformité d'une offre aux cahiers des charges et spécifications qu'ils contiennent a comme conséquence directe son rejet** (hormis pour les marchés négociés et les MAPA, pour lesquels l'acheteur a la possibilité de conserver pour la négociation l'offre irrégulière ou inacceptable d'une entreprise) ;



- **préciser le niveau de flexibilité autorisé autour des objectifs de performance et des exigences fonctionnelles**, et élaborer la méthode de quantification et d'évaluation qui permettra de classer les offres, mais aussi de mesurer en cours d'exécution les résultats obtenus.

La rédaction du cahier des charges fonctionnel, à la fois ouverte (sur les solutions) et précise (sur les niveaux de performance, de qualité, et les contraintes impératives, dont l'entreprise doit avoir connaissance pour construire son offre) doit être pensée de manière à permettre, solliciter et encourager l'émergence de solutions nouvelles.

AUTORISER LES VARIANTES ET ACCROÎTRE LEUR UTILISATION

10 - Favoriser l’utilisation des variantes

Les variantes sont des « modifications, à l’initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation » (CE, 5 janvier 2011, société Technologie alpine sécurité, et commune de Bonneval sur Arc, n° 343206 et 343214).

L’ouverture aux variantes peut donc permettre aux soumissionnaires d’exprimer des offres innovantes, différentes de la solution de base définie par l’acheteur.

« Les variantes permettent aux candidats de proposer au pouvoir adjudicateur une solution ou des moyens, autres que ceux fixés dans le cahier des charges ou, plus généralement dans le dossier de consultation, pour effectuer les prestations du marché. Il peut, par exemple, s’agir d’une solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur, innovante le cas échéant, ou de moyens inconnus du pouvoir adjudicateur, qui permettent au candidat de remettre une offre moins chère ou techniquement supérieure. Elles permettent ainsi de ne pas figer les modalités de réalisation des projets complexes, dès le stade de la consultation » (Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 4.5).

Selon les cas, les variantes, pour être admises, doivent avoir été autorisées dans les documents de la consultation :

	Procédures adaptées (MAPA)	Procédures formalisées
Les variantes sont-elles autorisées par défaut ?	<p>OUI</p> <p>Pour les interdire, l’acheteur doit le mentionner dans les documents de la consultation ou l’avis de publicité, mais des exigences minimales doivent avoir été prévues.</p>	<p>NON</p> <p>La possibilité de proposer une variante doit être mentionnée explicitement dans les documents de la consultation ou l’avis de publicité.</p> <p>OUI, pour les marchés passés en procédure formalisée par les entités adjudicatrices.</p>

Bien que la réglementation ait été ouverte pour permettre aux entreprises de présenter une variante, sans déposer une offre conforme à la solution de base, l’usage des variantes reste limité, soit que les acheteurs les interdisent ou ne les autorisent pas, soit que les entreprises craignent, en déposant seulement la variante, que leur offre soit considérée comme non conforme.

Se contenter d’autoriser les variantes sans précision n’apparaît pas comme suffisant pour rassurer les entreprises, surtout innovantes. Elles ne prendront pas toujours le risque de se lancer dans une candidature coûteuse en temps, sans être assurées que leur proposition pourra être valablement examinée.

Il est donc préférable de prévoir, à l’avance, le traitement des variantes et d’en encadrer la présentation dans les documents de la consultation, afin de guider les entreprises, et parmi elles, les entreprises les plus innovantes qui n’auraient pas été en capacité de proposer une offre de base :

- en autorisant explicitement les variantes dans les documents de la consultation (quel que soit le régime d'autorisation implicite ou explicite auquel les soumet la procédure) ;
- en suggérant les éléments sur lesquels elles sont les plus attendues, les exigences minimales ou les éléments du cahier des charges qu'elles devront respecter, et les modalités de leur présentation (ces éléments et précisions, obligatoirement mentionnés en procédure formalisée, sont recommandés en MAPA) ;
- en déterminant des critères d'attribution et sous-critères qui permettront d'évaluer à la fois les offres conformes à la solution de base et les variantes ;
- en fléchant les variantes dans la trame de mémoire technique, pour inciter les entreprises à décrire et justifier avec précision l'amélioration, le gain, l'économie, le saut qualitatif que permet la variante par rapport à la solution de base.

Sur le sort à réserver aux variantes dans le classement final, les positions divergent. Certains conseillent à tort de classer les offres de base entre elles d'une part, et les variantes entre elles d'autre part, pour choisir entre la meilleure offre de base et la meilleure variante. **La seule méthode conforme au droit consiste à examiner chaque proposition indépendamment des autres, qu'il s'agisse d'offres de base ou de variantes, pour dresser ensuite un classement unique, selon la note obtenue.**

Enfin, **le respect, par la personne publique, de la plus stricte confidentialité** est essentiel pour que les prestataires puissent, en confiance, présenter leurs solutions les plus innovantes dans une consultation.

CRITÈRES D'ATTRIBUTION PERMETTANT DE SUSCITER ET DE VALORISER LES PROCÉDÉS INNOVANTS

11 - Définir un ensemble de critères permettant de valoriser les solutions innovantes

L'objectif est de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui exclut les consultations fondées sur le seul critère du prix. Les critères choisis doivent être objectifs, opérationnels et liés à l'objet du marché.

Les directives européennes et le code des marchés publics établissent une liste indicative de critères d'attribution qui, au-delà du seul prix, permettent de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'agit de la qualité, du prix, de la valeur technique, du caractère esthétique et fonctionnel, des performances en matière de protection de l'environnement, des performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, du coût global d'utilisation, des coûts tout au long du cycle de vie, de la rentabilité, du **caractère innovant**, du service après vente, de l'assistance technique, de la date de livraison, du délai de livraison ou d'exécution, de la sécurité d'approvisionnement, de l'interopérabilité, des caractéristiques opérationnelles.

L'acheteur peut choisir, parmi cette liste ou au-delà, les critères d'attribution qu'il entend privilégier pour le choix de l'offre, dans la mesure où ces critères ne sont pas discriminatoires et restent en rapport avec l'objet du marché.

Les critères d'attribution sont déterminés en fonction du besoin exprimé sous la forme de spécifications techniques, de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Ils permettent de mesurer l'adéquation de l'offre à ces objectifs et spécifications. Les critères, dont le choix et la pondération dépendent du besoin à satisfaire, vont également conditionner la présentation des offres.

Les critères les plus souvent utilisés quels que soient les marchés publics sont le prix, la valeur technique, les délais. S'il est évident que des critères comme la valeur technique, la qualité, les performances ou même le caractère esthétique et fonctionnel peuvent permettre de déceler et de noter favorablement une offre innovante (les critères relatifs à la protection de l'environnement ou au développement durable sont souvent identifiés dans la littérature comme pouvant favoriser l'innovation), le critère le plus susceptible d'orienter le choix de l'acheteur vers l'innovation est bien celui du caractère innovant de l'offre. Or ce dernier est très peu utilisé.

A notre connaissance, aucune jurisprudence, ni aucune étude n'est venue préciser la teneur de ce critère, ou sa décomposition en sous-critères.

Comment utiliser le critère du caractère innovant ?

L'usage des critères d'attribution obéit à des règles simples :

- le critère doit avoir un lien avec l'objet du marché ;
- il doit être formulé de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de l'interpréter de la même manière ;
- les critères d'attributions doivent être portés à la connaissance des candidats, de même que la pondération qui y est associée. Il est vivement conseillé de mentionner des sous-critères, de manière à assurer aux candidats une information parfaite. Le juge peut, en effet, considérer qu'un sous-critère susceptible d'exercer une influence significative sur la présentation des offres et sur leur sélection doit être considéré comme un

critère à part entière et traité en tant que tel, notamment pour ce qui concerne l'obligation d'informer les candidats.

Lier le caractère innovant à l'objet du marché n'est pas aisé. Les marchés de haute technologie dont l'objet est justement d'acquérir le dernier état de l'art mis à part, l'objet d'un achat est rarement de disposer d'une innovation en tant que telle. Le choix ne se portera pas sur un produit parce qu'il est innovant, mais parce qu'il répond le mieux au besoin, compte tenu du budget dont l'acheteur dispose.

Cependant, lorsque la dimension innovante peut être intégrée à la définition et à l'expression du besoin, le critère du caractère innovant pourrait être utilisé. Par exemple, lorsque la prestation n'est pas standardisée et nécessite une adaptation aux besoins spécifiques de l'acheteur, ce qui est notamment le cas dans le secteur des travaux publics, le critère du caractère innovant peut contribuer à mesurer la capacité de l'entreprise à construire une réponse spécifique aux besoins de l'administration et donc à proposer un dispositif nouveau et adapté par rapport aux procédés existant sur le marché. Il peut également contribuer à évaluer, pour les éléments sur lesquels des variantes peuvent être présentées, l'intérêt de la variante par rapport à la solution de base.

Dans la mesure, en revanche, où rien ne s'oppose à ce qu'un critère énoncé dans le code des marchés publics soit en fait utilisé comme sous-critère, il est également possible, et sans doute plus facile, d'utiliser le caractère innovant comme l'un des sous-critères précisant, par exemple, la valeur technique de l'offre. La publicité de ce sous-critère permet, de plus, d'appeler les candidats à proposer des prestations innovantes, et peut constituer un signal utile pour stimuler des propositions créatives et inventives. Il est cependant difficile de donner une pondération importante à ce sous critère, dont la portée sera par conséquent limitée.

Pour le domaine, par exemple, du traitement des eaux, il est préconisé d'introduire le « caractère innovant » comme critère ou sous critère et de l'évaluer au regard des caractéristiques suivantes :

- **le niveau de l'innovation** : ce paramètre permet de mesurer l'écart entre l'état de l'art et la solution innovante proposée. Plus l'écart est important, plus le niveau d'innovation est élevée,
- **le champ d'influence de l'innovation** : ce paramètre permet d'évaluer l'influence de l'innovation sur l'ouvrage et ses fonctionnalités, plus l'innovation influe sur une partie significative de l'ouvrage plus son champ est important.

Les avantages à proprement parler de la solution innovante seront jugés à travers les autres critères techniques, économiques ou autres. Ainsi évalué, le critère ou sous critère « caractère innovant » est complémentaire des autres critères de jugement des offres définis.

Dans tous les cas, et *a fortiori* lorsque l'achat concerne un procédé de haute technologie, et lorsqu'il s'agit de mesurer le caractère innovant de l'offre, l'analyse des propositions devra être menée avec l'appui d'experts qualifiés du domaine, en mesure d'assister l'acheteur dans l'appréciation des propositions innovantes.

Les critères d'attribution sont choisis, compte tenu de l'objet du marché, de manière à permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Le seul critère prix mis à part, tous les critères peuvent donc permettre de prendre en compte des solutions innovantes. Pour chacun d'entre eux, l'acheteur peut s'attacher, en choisissant des sous-critères adaptés, à distinguer les offres innovantes en ce qu'elles apportent un gain identifiable ou mesurable, en matière de performance, d'efficacité, de réduction des délais, de qualité, de sécurité...

Attention ! Des critères bien construits, permettant la mesure de la qualité de l'offre, et assortis d'une pondération adaptée ne suffisent pas à assurer la bonne prise en compte de solutions innovantes, dont la nature ne peut, par définition, être anticipée. Pour cela, il faut également que le cahier des charges soit suffisamment ouvert pour que toutes les solutions puissent être évaluées.

La première réaction des acheteurs lorsqu'on aborde le sujet des achats innovants est de parler du prix : l'innovation est perçue comme plus chère que les procédés pour lesquels l'investissement de départ est amorti depuis longtemps. Pourtant, une innovation présente bien souvent un bilan coûts/avantages nettement plus intéressant au profit de l'acheteur public (un coût de construction initial élevé ne doit pas faire oublier un coût d'entretien nettement moindre compte tenu de l'innovation proposée).

Le développement d'une innovation n'a cependant de sens que si le gain qu'elle apporte peut justifier l'investissement qu'elle nécessite. Et le procédé innovant ne sera acheté que si, au final, il crée plus de valeur qu'il ne coûte.

C'est pourquoi, dans les domaines d'achats où l'on attend de l'innovation, le critère du prix n'est pas le plus pertinent, et doit être pondéré de manière à ne pas décourager l'innovation. Des acheteurs ont même pu préférer, selon les cas, communiquer leur estimation du marché, évacuant ainsi le prix des débats pour les concentrer sur la qualité de la réponse technique.

L'innovation n'est pas antinomique, tout au contraire, avec la soutenabilité budgétaire sur le long terme. La réflexion peut se porter, plutôt que sur le coût d'acquisition, sur l'analyse du cycle de vie (coût de production, de transport, d'utilisation ou d'usage, maintenance...). Dans tous les cas, la pondération prépondérante du critère prix peut, en minorant mécaniquement la prise en compte des gains non financiers ou différés de la proposition, décourager les propositions innovantes.

Quelle que soit la procédure, les solutions innovantes, les réponses sur performances, les variantes sont plus difficiles à analyser, à évaluer, à comparer. S'entourer d'experts pour analyser et classer les offres peut être indispensable.

LA PROCEDURE AU SERVICE DE L'INNOVATION

12 - Procédures d'achats adaptées à la prise en compte de solutions innovantes

Aucune procédure de passation d'un marché n'interdit, *a priori*, la prise en compte d'une réponse innovante. Les règles de passation des marchés publics formalisés ne constituent en elles-mêmes ni un frein, ni une incitation à la prise en compte de solutions innovantes. Cette neutralité permet justement l'utilisation de certains outils en vue de construire, avec les entreprises, des solutions inventives et nouvelles.

Deux types d'achats innovants peuvent être distingués :

- le produit ou le procédé existe et permet de répondre au besoin moyennant une adaptation : dans ce cas l'achat est un marché public classique ;
- le produit ou le procédé n'existe pas : il s'agit alors d'un achat d'innovation, auquel cas il est possible à la personne publique de le co-développer avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Certaines procédures, comme le dialogue compétitif ou le concours, ainsi que certaines mesures dédiées à l'innovation, peuvent être utilisées pour stimuler une réponse créative de la part des candidats. La Commission européenne soutient, en matière d'achat public, des projets et réseaux transfrontaliers dont l'expérience pourra être riche d'enseignements.

DIALOGUE COMPÉTITIF

Le dialogue compétitif est une procédure de passation des marchés publics qui offre, pour la recherche et l'innovation, des possibilités importantes.

Défini à l'article 36 du code des marchés publics, le dialogue compétitif est la procédure par laquelle *« le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre. »*

Le dialogue compétitif est réservé aux marchés complexes. La complexité est définie comme le cas où le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques de répondre à ses besoins, ou d'établir le montage juridique ou financier du projet. Cette procédure est toutefois considérée par elle-même comme difficile à mettre en œuvre, plus longue que d'autres, et reste en conséquence peu utilisée.

A noter que le dialogue compétitif peut également être utilisé sous certaines conditions pour les marchés de conception-réalisation, dans le cas d'opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments (article 69 II du CMP), ainsi que, dans certains cas, pour la passation d'un marché ou accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.

Pourtant, si les marchés de fournitures sont majoritaires en montant, c'est, en nombre, pour les marchés de services que le dialogue compétitif est le plus utilisé.

La procédure, en elle-même, est décrite à l'article 67 du code des marchés publics. Elle s'apparente à une négociation, avec les mêmes contraintes : assurer l'égalité de traitement des candidats, garantir la transparence de la procédure, garantir le respect du secret industriel.

L'avantage du dialogue compétitif est de permettre de définir avec les candidats, dans un cadre normé, la meilleure réponse au besoin. L'absence de solution prédéfinie et le dialogue instauré avec les candidats permettent de faire évoluer les solutions pour les adapter le plus étroitement possible aux besoins du pouvoir adjudicateur. La solution étant le plus souvent développée au cours du dialogue, il est loisible à l'acheteur d'orienter les travaux de manière à améliorer la qualité et le caractère innovant des solutions proposées.

Néanmoins, pour les marchés portant sur l'exécution d'un projet (marché hors conception-réalisation), l'entrepreneur ne peut pas participer dans le cadre de son offre à la définition de certains aspects de la solution technique.

Dans la procédure de dialogue compétitif, les candidats sont très souvent réticents à l'idée de présenter des idées car celles-ci peuvent être reprises dans le cahier des charges et fournies aux candidats après le dialogue pour la remise de leur offre finale.

L'une des contreparties du dialogue compétitif est la longueur de cette procédure, de 6 à 9 mois en moyenne, et la difficulté de mobiliser les entreprises sur cette durée. Il est recommandé de limiter le nombre de candidats admis à dialoguer, ce qui présente aussi l'avantage d'alléger d'autant la charge du pouvoir adjudicateur. Le dialogue s'établit alors sur la base de la solution que les meilleurs candidats auront esquissée d'après le programme

fonctionnel établi par le pouvoir adjudicateur. La négociation doit se dérouler en tunnel, avec chaque candidat, sans transfert d'information ou de technologie de l'un à l'autre. Il est, en effet, interdit de mixer les solutions techniques apportées par les candidats pour garantir le respect de la confidentialité des offres. Les offres se construisent ainsi en parallèle au fil du dialogue, chaque candidat étant conduit à proposer et affiner la solution qui lui paraît la plus adaptée au besoin.

Plusieurs bonnes pratiques permettent de faciliter les candidatures d'entreprises innovantes :

-  - élaborer un cahier des charges ou un programme fonctionnel, en gardant une parfaite neutralité sur les éléments de solution possibles. Une ouverture à tout type de solution technique permet de susciter et d'accueillir les propositions nouvelles, innovantes, créatives ;
-  - éviter de décourager les groupements : dialoguer en groupement est une entreprise délicate, qui nécessite que le partenariat entre les entreprises fonctionne bien. Pour faciliter la constitution de groupements, il est recommandé de formuler la demande et le besoin de manière complète, afin que les candidats puissent identifier précisément les compétences et partenaires qu'il convient de rechercher pour y répondre. Prévoir également un temps suffisant entre l'avis de publicité et le dépôt des offres pour prendre en compte le temps nécessaire à la constitution des groupements ;
-  - ne pas changer les règles en cours de procédure : le besoin doit être énoncé de manière claire et complète, de manière à être compris de même par tous les candidats, les contraintes ou clauses intangibles doivent être limitées et explicites. Par la suite, ces éléments, qui constituent le socle sur lequel les candidats bâtissent leur réponse, ne doivent plus évoluer. Ce qui évolue, c'est la solution. Pas le besoin ;
-  - prévoir un phasage précis du dialogue et un calendrier prévisionnel qui laisse suffisamment de temps aux candidats pour travailler leurs solutions, effectuer toutes les démarches nécessaires (visite des locaux, rencontre avec les utilisateurs). Eviter l'écueil d'une procédure trop longue et démotivante. Le phasage, lorsqu'il est prévu dès l'avis de publicité permet d'écarter certaines propositions en cours de dialogue, en motivant ce choix. Cela permet de ne continuer à mobiliser que les candidats qui ont une chance réelle de remporter le marché ;
-  - veiller au pilotage et à la coordination du dialogue par une équipe dédiée aux compétences multiples, à la fois sur la technique et la procédure ;
-  - prévoir une prime : sur la durée du dialogue, l'élaboration d'une solution innovante adaptée aux besoins de la personne publique peut nécessiter un investissement conséquent, ne serait-ce qu'en personnel et en temps. Indemniser cet investissement peut attirer les entreprises qui, tournées vers l'innovation, ne disposeraient pas de moyens importants à investir sans garantie de succès. Cette prime devra être équitablement répartie en cas de groupement.

CONCOURS

La raison d'être du concours est de stimuler la créativité : cette procédure peut constituer un moyen de faire émerger et de tester des idées nouvelles. Très utilisé pour les prestations d'architecture, le concours n'est cependant pas limité aux marchés de travaux, et peut être exporté à d'autres domaines (transports, prestations intellectuelles).

Le concours est défini à l'article 38 du code des marchés publics comme la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, « *un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie, ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché.* » La procédure du concours et, notamment, le rôle du jury sont décrits à l'article 70 du code.

Les candidats bénéficient d'une indemnité ou prime. Versée à tous les concurrents, l'indemnité est déduite du montant du marché pour l'attributaire, qui est normalement rémunéré par le prix du marché.

La personne publique, pour sa part, bénéficie de l'expertise technique d'un jury, mais reste seule décisionnaire, sur la base du rapport qu'il établit. La procédure, qui prévoit un dialogue éventuel entre les candidats et le jury, ainsi qu'une négociation sur les éléments du projet avec le pouvoir adjudicateur, a l'avantage de faire émerger plusieurs propositions adaptées, et d'en discuter les éléments avec le ou, le cas échéant, les lauréats.

Tout comme pour le dialogue compétitif, ou toute autre consultation ouverte sur les solutions envisageables, il est recommandé de définir précisément le besoin et les contraintes, pour optimiser les propositions des candidats. Les compétences essentielles attendues des candidats seront utilement précisées, de même que le cadre de la réponse (canevas de réponse, nature et format des plans, échantillons, précisions techniques ou financières, maquettes ou prototypes) afin de faciliter l'analyse des projets par le jury.

Le jury doit être parfaitement informé du projet, de ses composantes, des contraintes qu'il soulève, de manière à pouvoir apprécier les propositions. Rien n'interdit de dialoguer avec les membres pressentis du jury, *ex ante*, pour bénéficier de leur expertise, afin de préciser la consultation et d'optimiser ses éléments (temps laissé aux candidats pour élaborer le projet, éléments du canevas de réponse...) A noter qu'il est déconseillé de revenir sur les éléments du projet, une fois l'avis de concours publié, sauf à risquer de fausser la concurrence.

MESURES DÉDIÉES À L'ACHAT D'INNOVATION :

Au delà de l'achat de prestations et produits innovants existants, mais qui n'auraient pas encore fait l'objet d'une application adaptée aux activités des personnes publiques, se développe en France et au sein de L'Union européenne toute une réflexion pour faire de l'achat public un levier plus efficace pour soutenir l'innovation. Si le droit des marchés publics recèle, on l'a vu, des outils permettant de mieux « acheter innovant », les procédés permettant d'accompagner et de soutenir la capacité d'innovation des entreprises continuent d'évoluer.

• L'EXCLUSION DE L'ACHAT DE SERVICES DE R&D DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le code des marchés publics mentionne les achats de services de recherche et de développement (R&D) pour les écarter de son champ d'application, à l'article 3 [6°]. Ainsi, les marchés de services portant sur des projets de R&D sans prolongement industriel direct peuvent être passés de gré à gré, sous deux conditions alternatives :

- si le pouvoir adjudicateur ne finance que partiellement le programme ; ou
- s'il n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme.

A noter que les marchés d'études n'entrent pas dans cette catégorie.

Il s'agit de la transposition des dispositions de l'article 16. f) de la directive 2004/18/CE, sur lesquelles la Commission européenne s'est basée pour développer le concept d'achat public avant commercialisation (cf. infra.). Le guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics du 14 février 2012 conclut que « *seul constitue un marché public soumis au code, le contrat dans lequel le pouvoir adjudicateur est amené à acquérir l'intégralité de la propriété des résultats du programme de recherche et à assurer l'intégralité de son financement.* »

Attention ! Un acheteur passant un marché dans les conditions de l'article 3 [6°] du CMP, n'est pas tenu de respecter le formalisme du droit de la commande publique puisque ce cas en est explicitement exclu. Cependant, pour ne pas tomber sous le coup du régime des aides d'Etat, l'acheteur devra assurer un minimum de mise en concurrence dans la passation d'un tel marché.

La définition de la R&D selon l'INSEE :

« Les travaux de recherche et développement ont été définis et codifiés par l'Organisation de Coopération et de Développement économiques (OCDE), chargée d'assurer la comparabilité des informations entre les pays membres de l'organisation (Manuel de Frascati, 2002).

Ils englobent les travaux de création entrepris de façon systématique en vue d'accroître la somme des connaissances, y compris la connaissance de l'homme, de la culture et de la société, ainsi que l'utilisation de cette somme de connaissances pour de nouvelles applications. Ils regroupent de façon exclusive les activités suivantes :

- la recherche fondamentale (ces travaux sont entrepris soit par pur intérêt scientifique
- recherche fondamentale libre -, soit pour apporter une contribution théorique à la résolution de problèmes techniques - recherche fondamentale orientée -) ;

- la recherche appliquée (vise à discerner les applications possibles des résultats d'une recherche fondamentale ou à trouver des solutions nouvelles permettant d'atteindre un objectif déterminé choisi à l'avance) ;

- le développement expérimental (fondé sur des connaissances obtenues par la recherche ou l'expérience pratique, est effectué - au moyen de prototype ou d'installations pilotes - en vue de lancer de nouveaux produits, d'établir de nouveaux procédés ou d'améliorer substantiellement ceux qui existent déjà).

Source : site internet de l'INSEE www.insee.fr

La question des prototypes n'est pas clairement tranchée : le développement d'un prototype peut-il entrer dans le cadre de l'exception prévue à l'article 3 [6]° ? Si l'on considère la définition de l'INSEE, l'élaboration d'un prototype en vue de lancer un nouveau produit fait partie de la R&D. Pour autant, le code des marchés publics ne considère que les marchés de services de R&D, la circulaire précisant qu'il ne peut s'agir de prestations de recherche en vue d'un prolongement industriel. Il est néanmoins possible de considérer que, dans la mesure où la réalisation du prototype s'insère dans le cadre du marché de services de R&D sans en constituer le principal, le contrat pourrait être considéré comme répondant aux exigences de l'article 3 [6]° et sa passation déroger aux règles de la commande publique. C'est le cas lorsque le prototype reste la propriété de l'entreprise partenaire, et que l'acheteur public n'en acquiert pas la propriété.

• LES ACHATS PUBLICS AVANT COMMERCIALISATION (APAC) ET LES ACHATS PUBLICS DE SOLUTIONS INNOVANTES

La Commission européenne a développé le concept de « *pre-commercial procurement* » ou **achat public avant commercialisation (APAC)**, à partir des dispositions de l'article 16. f) de la directive 2004/18/CE. Ce dispositif est intéressant, mais nécessite de prendre en compte en amont de la passation les contraintes qu'il implique en termes de propriété intellectuelle, de mécanisme de mise en concurrence, de protection du secret industriel et de risque de qualification en aide d'Etat (voir ci-dessous).

Le dispositif repose sur un développement par phases :

- la personne publique lance un appel à projet pour la réalisation d'une étude de faisabilité ;
- elle retient plusieurs opérateurs et les rémunère pour la réalisation des services de R&D ;
- en fonction des résultats atteints, elle peut commander à certaines entreprises un prototype ;
- elle commande la réalisation d'une série expérimentale, pour permettre la vérification de la capacité de production en série.

Le dispositif repose donc sur l'initiative de la personne publique. Il permet de créer un marché concurrentiel en garantissant jusqu'au bout la participation concurrente de un ou plusieurs opérateurs économiques pendant la phase de développement.

Il paraît peu adapté, en revanche, au cas où l'entreprise vient démarcher la personne publique avec un projet innovant, puisqu'il suppose un appel à projet permettant le développement par plusieurs opérateurs de solutions concurrentes sous l'égide de la personne publique.

La personne publique n'achète pas les droits de propriété intellectuelle. De ce fait, l'entreprise qui aura développé le produit reste propriétaire des droits et, par conséquent, libre de commercialiser le procédé. La personne publique minore ainsi le coût de l'opération, qui reste attractive pour l'entreprise.

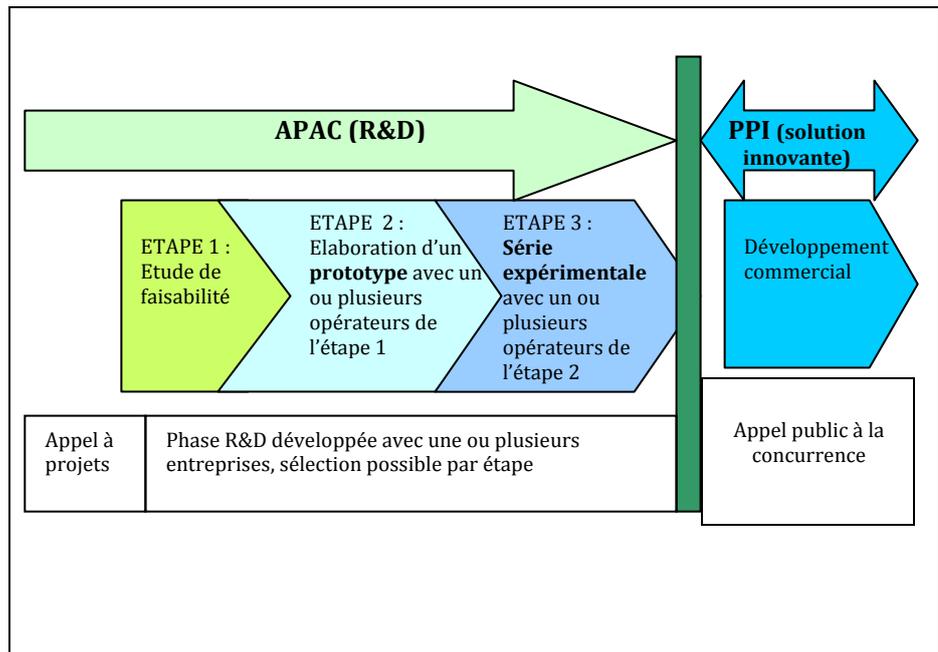
Enfin, à condition que le prix payé par la personne publique pour l'acquisition du service de R&D soit celui du marché et qu'un minimum de mise en concurrence soit exercé, le recours aux APAC ne constitue pas une aide d'Etat prohibée par l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le dispositif de l'APAC est distinct de la phase commerciale. Servant principalement à fournir à la personne publique des éléments lui permettant de choisir une solution optimale, le dispositif ne peut déboucher sur la garantie que les produits que les entreprises auront développés dans le cadre de l'APAC seront bien, une fois commercialisés, achetés par la personne publique.

En effet, pour l'acquisition de services, produits ou travaux arrivés au stade commercial de leur développement, les règles de la commande publique s'appliquent et il est obligatoire qu'une mise en concurrence ouverte soit effectuée par l'acheteur public.

L'achat de produits parvenus au stade du développement commercial et de la mise sur le marché correspond au « **public procurement of innovation** » européen (**PPI**) ou achat public de solutions innovantes.

Ainsi, les APAC permettent d'orienter la R&D vers l'émergence de solutions adaptées aux besoins du secteur public et de valider les procédés obtenus. Les achats publics de solutions innovantes (PPI) permettent d'intervenir comme acheteur précoce de solutions justes parvenues à maturité commerciale.



La remise en concurrence à l'issue du processus de co-développement peut être difficile à justifier auprès du ou des partenaires, qui ont investi pour développer une solution correspondant aux souhaits de la personne publique, et qui peuvent craindre que le fruit de leur travail soit, par la mise en concurrence, porté à la connaissance de concurrents éventuels, réduisant ainsi l'avantage compétitif qu'ils ont acquis en prenant le risque d'innover.

Or, si la candidature des opérateurs ayant participé aux études, expérimentations ou développements des prestations qui font l'objet du

marché n'est pas interdite, leur position ne doit pas leur conférer un avantage sur les autres candidats susceptible de fausser la concurrence (si par exemple, l'entreprise a eu accès à des informations privilégiées, ou si l'entreprise a pu exercer une influence déterminante sur les caractéristiques du futur marché). Par conséquent, l'acheteur devra veiller à ce que tous les candidats bénéficient du même niveau d'information, sans pour autant porter atteinte au secret industriel et commercial.

L'anticipation de la phase finale de mise en concurrence est donc nécessaire, dès le lancement de l'appel à projets, de manière à clarifier d'emblée le partage des droits de propriété intellectuelle, des droits d'exploitation commerciale des procédés développés au cours de l'APAC et qui parviendraient jusqu'à la phase de commercialisation, ou même des résultats des études et de la phase de R&D.

Les acheteurs publics peuvent, en effet, souhaiter conserver les droits nécessaires pour remettre en concurrence, ou simplement se garantir contre une défaillance du titulaire en permettant à un autre opérateur de prendre la suite. Pour leur part, les entreprises peuvent souhaiter conserver les droits sur les résultats pour être assurés de pouvoir exploiter commercialement le procédé créé.

La question des droits est cruciale en matière de R&D et d'innovation. Au-delà du risque de dissuader les entreprises, elle peut renchérir le coût de la prestation de recherche, selon que l'acheteur acquiert ou cède les droits, puisque le prestataire devra être justement dédommagé.

La communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 14/12/2007 relative aux « achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe » aborde, en ces termes, la question des droits de propriété intellectuelle (DPI) : *« Lorsque les bénéficiaires partagent des DPI et que certains droits de propriété sont accordés à des entreprises prenant part aux achats publics avant commercialisation, il faut veiller à ce que cela se fasse de façon à ne pas conférer aux entreprises une quelconque forme d'avantage dans les éventuels marchés futurs et à permettre à l'acheteur public d'accéder à une chaîne d'approvisionnement suffisamment étendue et concurrentielle. Par exemple, l'acheteur public peut exiger des entreprises participantes qu'elles accordent des DPI à des tiers selon des conditions commerciales équitables et raisonnables. L'acheteur public peut aussi exiger une licence gratuite pour l'exploitation des résultats de la R&D à usage interne. »*

La communication de la Commission met en garde l'acheteur public sur la nécessité, pour les APAC, que le partage des risques et des bénéfices ait lieu selon les conditions du marché, sauf à ce que la relation financière entre l'entreprise et l'acheteur public soit considérée comme une aide d'Etat.

Le cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés de prestations intellectuelles ouvre deux options alternatives :

- l'option A : les droits d'utilisation sont concédés à la personne publique, la propriété des droits ou titres afférents aux résultats reste détenue par le prestataire. Une redevance peut être versée en contrepartie de l'exploitation commerciale des résultats par l'un ou l'autre des cocontractants ;
- l'option B : la personne publique est propriétaire exclusif des droits patrimoniaux et peut donc les exploiter à sa guise.

Dans le cadre d'un APAC, c'est donc l'option A qui devra être retenue, sachant que cette option permet de favoriser le développement ultérieur du prestataire.

L'agence du patrimoine immatériel de l'Etat (APIE) propose des fiches pratiques sur les questions de propriété intellectuelle dans les marchés publics (<http://www.economie.gouv.fr/apie/propriete-intellectuelle-publications>).

Que ce soit dans le cadre d'un APAC ou dans le cadre d'un marché public classique impliquant le développement d'une solution, il est en tout état de cause nécessaire d'anticiper les questions du partage des droits de manière optimale, dans des conditions économiques équitables et équilibrées.

Les APAC présentent la particularité de scinder la phase de R&D et l'opération d'achat d'une solution au besoin. Ce n'est pas la seule solution envisageable, si l'acheteur est en mesure de définir contractuellement le contenu des engagements juridiques qu'il prend. Ainsi, des pratiques mettant en œuvre le code des marchés publics permettent, dans certains cas, de grouper au sein du même marché, après mise en concurrence, la réalisation des études et la phase de développement/réalisation ou industrialisation.

- **LE MARCHÉ À TRANCHES CONDITIONNELLES**

Le marché à tranches conditionnelles (article 72 du CMP) permet d'assurer à l'entreprise titulaire du marché, et qui effectue les études, la certitude de réaliser les prestations afférentes à chaque tranche dès lors que l'acheteur décide de poursuivre l'exécution. Pour sa part, l'acheteur peut décider de ne pas poursuivre le contrat, si les résultats de la tranche précédente ne sont pas probants. L'acheteur pourra ainsi intégrer dans une tranche ferme les prestations portant sur la conception du produit, voire la réalisation d'un prototype, et renvoyer sur les tranches conditionnelles la fourniture du produit ou de la prestation objet du marché. L'objet et le contenu de chaque tranche doivent cependant être déterminés précisément et à l'avance, avant le lancement de la consultation, par l'acheteur. Chaque tranche est identifiée et assortie d'un montant. Par conséquent, ce type de procédé ne peut se concevoir, *a priori*, que sur la base d'une idée originale de la personne publique, qui va rechercher un prestataire pour assurer le développement du produit, chaque étape restant maîtrisée par la personne publique. Dans ce cas, la question du partage des droits fait partie intégrante des conditions financières du marché (l'acheteur peut accorder au prestataire un droit de commercialisation durant un temps limité, moyennant une redevance, par exemple).

- **LES MARCHÉS PASSÉS EN PROCÉDURE ADAPTÉE**

Certains acheteurs privilégient, après mise en concurrence, des marchés passés en procédure adaptée sur de petites quantités achetées, permettant de tester tant le produit, que la capacité de production de l'entreprise qui le propose. Il n'y a cependant pas de réponse prédéfinie aux difficultés que peut poser aux entreprises la remise en concurrence à l'issue du processus de R&D.

Le cas délicat de la démarche spontanée d'une entreprise

Le cas d'une entreprise innovante qui démarcherait une personne publique pour co-développer un procédé qu'elle a mis au point est plus difficile à régler. En effet, si la personne publique peut engager un marché de services de R&D avec cette entreprise en respectant les conditions énoncées à l'article 3 [6]^o du code des marchés publics (cf. *supra.*), elle ne peut, sans remettre en concurrence, acheter le procédé une fois développé. Les acheteurs ont, en effet, bien identifié la possibilité de contractualiser sur des marchés de services de R&D avec une ou plusieurs entreprises, mais peinent à mobiliser durablement ces entreprises lorsque la démarche d'achat reste soumise aux règles de la commande publique.

- **LES PROCÉDURES NÉGOCIÉES**

Dans certains cas particuliers la procédure négociée est autorisée pour faciliter l'achat de solutions innovantes. Ainsi :

- les marchés de travaux, qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate, peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence (article 35 I [3°] du CMP) ;

- les marchés de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence (article 35 II [2°] du CMP).

Ces deux premiers cas constituent une piste juridique intéressante, toutefois limitée par l'absence de tout objectif de rentabilité, réservant leur utilisation à des cas trop rares ;

- les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence (article 35 II [8°] du CMP). L'acheteur devra dans ce cas être en mesure de démontrer l'inexistence de la concurrence. A noter à cet égard que la jurisprudence n'admet que difficilement qu'un marché puisse n'être confié qu'à un seul opérateur économique déterminé. La condition est que les besoins ne puissent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs lorsque ceux-ci sont détenus par un seul entrepreneur ou un seul fournisseur.

- **LE PARTENARIAT D'INNOVATION**

A l'heure actuelle, rien ne permet de garantir à l'opérateur qui aura investi dans le développement d'un procédé nouveau avec une personne publique qu'il remportera le marché. Cet écueil est connu des décideurs européens qui, dans le cadre de la révision des directives relatives aux marchés publics de 2004, ont adopté le nouveau dispositif du partenariat d'innovation. Il s'agit d'une procédure négociée par phases en vue du développement et de l'acquisition d'un produit, d'un service ou de travaux nouveaux et innovants, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une passation de marché distincte pour l'acquisition. Ce dispositif sera transposé en droit français en 2014.

- **LES EXPÉRIMENTATIONS EUROPÉENNES**

La Commission européenne, à travers sa direction générale Entreprises et Industries, a identifié depuis quelques années des secteurs porteurs d'innovation et prometteurs en termes de capacités de conquête de marchés. Elle a mis en place des réseaux d'acheteurs susceptibles de constituer les premiers clients de ces entreprises innovantes.

Depuis 2009, sous forme d'appels à projets compétitifs, la Commission européenne soutient la mise en place de groupes d'acheteurs publics (et privés sous certaines conditions) européens qui souhaitent réaliser des achats de produits et services innovants.

L'objectif des groupes d'acheteurs européens ("*buyers' groups*") est double. D'une part, ils préparent les spécifications fonctionnelles ou basées sur la performance d'un achat de produits et services innovants ou d'une prestation de recherche et développement (R&D) permettant de développer la solution qui répondra aux besoins des acheteurs – développant ainsi des services publics de meilleure qualité. D'autre part, ils offrent aux fournisseurs, en particulier aux PME européennes, l'occasion de trouver des premiers acheteurs ou premiers clients, pour leurs solutions innovantes. Ainsi, s'appuyant sur un marché intérieur plus ouvert à l'innovation, ces entreprises pourront avoir un avantage compétitif certain.

Pour ce faire, cette mise en réseaux, dont les frais de gestion et de préparation des achats sont pris en charge à 100 % par la Commission européenne, permet aux acheteurs de : mieux évaluer leurs propres besoins ; développer des études de marchés poussées afin de connaître les solutions déjà disponibles ; stimuler les entreprises, en particulier les PME, en les informant en amont de leur intentions et stratégies d'achats (rencontres publiques acheteurs/ entreprises) ; recueillir des conseils légaux ; développer des schémas de contrats assurantiels ; développer des termes de références sur des critères fonctionnels et non pas seulement techniques ou basés sur le moindre coût ; généraliser les méthodologies d'analyse des coûts du cycle de vie ; ou encore d'échanger des bonnes pratiques, de développer des formations, une communauté européenne et une culture professionnelle des achats publics d'innovations. A cet égard, le forum internet des achats publics d'innovation doit être mentionné : <http://www.procurement-forum.eu>

Les groupes d'acheteurs aboutissent à des achats qui sont effectués soit conjointement (un seul marché à l'échelle européenne), soit de manière coordonnée (chaque acheteur passe lui-même son marché). La Commission européenne cofinance aussi l'achat, couvrant ainsi une partie des risques inhérents et des coûts (éventuels à court terme) de l'innovation. Ce cofinancement peut représenter jusqu'à 20 % de la valeur du marché dans le cas d'un achat de produits ou services innovants (*Public Procurement of Innovation* - PPI) et jusqu'à 50 % dans le cas de l'achat d'une prestation de R&D ou achats pré-commerciaux (*Pre-Commercial Procurement* - PCP).

Plusieurs acheteurs français, ou organisations tierces de soutien, sont déjà impliqués dans ces réseaux :

- le réseau des acheteurs hospitaliers d'Ile-de-France (RESAH) coordonne un projet européen d'achats publics d'innovation transfrontaliers et conjoints sur la thématique du vieillissement en bonne santé (cf. infra. Projet HAPPI) ;
- bpifrance (ex-Oséo) ;
- l'Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique ;
- le Conseil général de l'Isère coordonne un projet européen d'achats transfrontaliers et conjoints lié aux routes intelligentes (cf. infra. Projet SYNCRO) ;
- la Chambre de commerce et d'industrie de Grenoble.

De nouveaux appels à la constitution de réseaux d'acheteurs seront lancés en 2013 et dans les années à venir dans le cadre du programme européen de recherche et d'innovation Horizon 2020. Toutes les informations sur les actions de la Commission européenne en matière d'achat public d'innovation sont disponibles ici :

http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/calls_en.html

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/innovation/policy/public-procurement/index_en.htm

Contact : industrial-innovation-policy@ec.europa.eu

Source : Commission européenne, DG entreprises et industrie

HAPPI

Issu d'un appel à projets européen, d'une durée de 42 mois et doté d'un budget de 4 millions d'euros, le projet HAPPI piloté par le RESAH Ile-de-France a pour objectif de créer un réseau entre acheteurs européens dans le domaine de la santé, groupés en vue de détecter, promouvoir et diffuser des procédés innovants dans le domaine clé de la dépendance et du « bien vieillir ». Les axes du projet sont les suivants :

- identifier les produits ou services déjà existants mais qui n'ont pas encore fait l'objet d'une diffusion, dans les domaines suivants du « bien vieillir : se déplacer, se nourrir, se laver, communiquer, se soigner, ainsi que les solutions pour améliorer les conditions de travail des soignants ;
- évaluer les solutions proposées par les industriels, spécialement les PME, en relation avec la définition des besoins ;
- faire connaître le projet à la fois auprès des acheteurs, des professionnels du secteur, et des industriels pour fédérer les compétences ;
- développer une plateforme web permettant de recenser et présélectionner les innovations, qui seront ensuite examinées par un comité d'experts et présentées par les entreprises elles-mêmes dans le cadre de rencontres en face à face avec les acheteurs ;
- réaliser un appel d'offres conjoint de produits et solutions innovantes ;
- étudier les obstacles et pré-requis juridiques d'un appel d'offres à l'échelle européenne ;
- accompagner les PME innovantes du secteur en étudiant les aides dont elles peuvent bénéficier, et en mettant à leur disposition une plateforme de soutien pour les aider à répondre à l'appel d'offres européen.

SYNCRO

Le projet de route intelligente Syncro est piloté par le Conseil Général de l'Isère, pour une durée de 42 mois et un montant de près de 2,5 millions euros. Projet transfrontalier regroupant le département de l'Isère et la province de Turin en Italie, Syncro est un PPI visant à faire émerger un nouveau marché de produits innovants dans le domaine de l'assistance et de l'offre d'informations routières aux automobilistes, pour faciliter en temps réel la connaissance du milieu par les gestionnaires des réseaux routiers, et améliorer en parallèle l'information des usagers, le tout dans un système interconnecté, et à coûts maîtrisés.

Les objectifs de ce projet sont de deux ordres : d'une part développer l'innovation technologique dans le domaine des routes intelligentes, d'autre part réfléchir sur les moyens juridiques permettant de travailler en mode projet avec les entreprises, pour acquérir et déployer l'innovation, dans le cadre d'un achat public transfrontalier. Le projet comprend en effet une partie de « coproduction » entre le pouvoir adjudicateur et les entreprises.

Ces projets mis en place par la Commission européenne et dont il conviendra de tirer les enseignements, montrent l'intérêt, s'agissant de domaines d'achats risqués, d'offrir la surface la plus large possible. En matière d'achat d'innovation, les groupements d'acheteurs (qu'il s'agisse de centrales d'achats ou de groupements de commandes) permettent de partager le risque, tout en offrant une surface d'achat attractive pour les entreprises innovantes, assurées d'avoir potentiellement accès à plusieurs clients. Les centrales d'achats peuvent jouer un rôle dans l'identification et le référencement des solutions les plus innovantes, en allant capter l'innovation pour le compte d'acheteurs qui n'auraient pas les moyens de se lancer dans ce type de démarche.

ACCOMPAGNER L'EFFORT DES OPERATEURS ECONOMIQUES INNOVANTS

Co-développer ou acheter un produit ou un service innovant suppose une prise de risque de part et d'autre plus importante que lorsqu'il s'agit d'acheter une solution testée et bien connue. La phase de développement d'une innovation est un moment de fragilité pour l'entreprise et la mise en place d'une solution innovante dans les processus internes peut également fragiliser la personne publique, le temps que le procédé entre dans les habitudes, ou le temps que les gains différés, y compris financiers, se fassent ressentir.

La prise en compte de ces risques suppose de développer, plus qu'une relation entre client et prestataire, une gestion partenariale de la relation contractuelle avec les opérateurs économiques innovants. Elle doit tenir compte de ces fragilités temporaires, permettre d'anticiper et de traiter en souplesse les éventuelles difficultés, d'accompagner le développement de ces entreprises partenaires, de réfléchir sur ses propres pratiques d'achat et de partager les expériences réussies.

UTILISER LES INCITATIONS FINANCIÈRES (PILOTAGE PARTENARIAL DU CONTRAT)

13 - Un pilotage du contrat qui tienne compte de la spécificité de l'achat innovant

L'achat d'un procédé innovant peut nécessiter, au-delà d'un suivi plus fin de l'exécution des prestations et de la performance visée, un accompagnement spécifique de l'exécution du contrat, qui tienne compte des besoins particuliers de l'entreprise partenaire. Pour ces achats, mener une réflexion *ex ante* sur les moyens, notamment financiers, de faciliter et d'accompagner l'exécution du contrat, permet de diminuer les risques de défaillance en cours de contrat et d'identifier des pistes pour favoriser le développement de ces entreprises innovantes.

Parmi les modalités financières permettant de faciliter l'exécution de la prestation, le contrat peut prévoir un régime particulier pour l'avance (art. 87 du CMP), qui permet de préfinancer l'exécution des prestations sans attendre le versement du premier acompte. Obligatoire pour les marchés supérieurs à 50 000 euros HT, et d'une durée supérieure à deux mois, le taux de l'avance ne peut être inférieur à 5% du montant total des prestations. Le code des marchés publics permet également, sous conditions, de relever ce taux et autorise le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire. Les conditions particulières proposées dans le contrat pour le régime de l'avance peuvent jouer sur l'attractivité du marché pour les entreprises qui, estimant le besoin de trésorerie nécessaire pour l'exécution de la prestation au-delà de leurs capacités, hésiteraient à soumissionner. Par ailleurs, les maîtres d'ouvrage peuvent également s'engager à prévoir dans les conditions particulières de leurs marchés des acomptes sur les approvisionnements que les entreprises fabriquent elles-mêmes sur le site des travaux ou en usines extérieures au chantier (de préfabrication ou de construction) en complément des acomptes sur les approvisionnements qu'elles se procurent auprès de leurs fournisseurs.

Le ministère de la défense s'est, par exemple, engagé à optimiser l'avance versée, soit en la mettant en place lorsqu'elle n'est pas obligatoire, soit en augmentant le taux. Cela peut nécessiter un phasage adéquat des crédits budgétairement inscrits. L'idée est d'aider les entreprises innovantes à financer les investissements nécessaires au démarrage des prestations (pour aller plus loin, cf. la fiche conseil aux acheteurs sur les avances rédigée par la DAJ : <http://www.economie.gouv.fr/daj/avances>).

Le contrat peut également prévoir des incitations financières, comme des primes pour réalisation anticipée, primes pour atteinte ou dépassement des performances, dans la mesure où ces dispositifs sont annoncés dès la mise en concurrence.

Le **guide sur la prise en compte des solutions innovantes dans les marchés publics, 10 éléments de bonnes pratiques, document de travail des services de la commission européenne**, élaboré en 2007, propose en mesure n° 8 d'utiliser le contrat pour encourager l'innovation, citant par exemple la possibilité de prévoir des incitations financières si le fournisseur est en mesure de proposer en cours de contrat des fonctions innovantes, susceptibles d'améliorer la prestation, en précisant que ces améliorations doivent être stipulées dans l'appel d'offres et identiques pour l'ensemble des soumissionnaires.

Ainsi, l'acheteur peut, en cours de contrat, demander à l'entreprise de trouver une solution innovante, qui ne remette pas en cause les performances définies

lors de la consultation. L'initiative d'une proposition innovante peut également venir du prestataire lui-même. Le cahier des clauses administratives générales pour les marchés industriels prévoit par exemple, à l'article 22, que l'acheteur peut prescrire au prestataire des modifications techniques, ou accepter les modifications qu'il propose, dans la mesure où ces modifications ne changent pas l'objet du marché, ni ne viennent modifier substantiellement les caractéristiques techniques de l'offre telle que le titulaire l'avait présentée lors de la mise en concurrence. Ainsi, l'acheteur public peut inciter le prestataire à réfléchir aux possibilités d'améliorer la prestation servie, le niveau de performance ou les conditions de son exécution, en faisant appel à des procédés innovants, ou, en sous-traitance, aux entreprises aptes à les développer.

Un autre levier peut consister dans le mode de partage des résultats, qui peut autoriser le prestataire à développer commercialement le procédé mis au point avec la personne publique au cours du marché.

14 - Le suivi partenarial de l'exécution du contrat : mesurer la performance, prévenir les difficultés, inventer des solutions, gérer le risque

Le suivi le plus fin possible de l'exécution du contrat, dans une relation partenariale, permet d'anticiper les difficultés éventuelles et de garantir plus efficacement la bonne exécution de la prestation.

Au-delà du suivi de l'exécution des prestations, dont la précision est indispensable lorsque le contrat est basé sur un résultat à atteindre, instaurer un dialogue avec le cocontractant tout au long de l'exécution du contrat, surtout lorsque le contrat a pour objet le développement d'un procédé innovant et que l'entreprise est de taille modeste, permet bien souvent d'éviter une partie des risques de défaillance, de mauvaise exécution, de retard, ou d'interruption des prestations. Le choix du moment de démarrage de l'exécution des prestations, le phasage dans le temps des livrables peut utilement faire l'objet d'échanges avec le cocontractant, de manière à tirer le meilleur parti de ses capacités. Il peut s'agir, par exemple, de tenir compte du plan de charge du prestataire, en évitant de « surmobiliser » ou d'accaparer sa capacité productive, de décaler une date plutôt que d'appliquer des pénalités, d'accompagner sagement, lorsque cela est possible par rapport aux exigences auxquelles la personne publique doit elle-même faire face, le travail du prestataire.

Ce suivi permet d'anticiper les difficultés, de trouver des solutions efficaces, de diminuer le risque pris par l'acheteur, lorsqu'il fait l'acquisition d'une solution innovante ou non testée, de mieux connaître le cocontractant, d'avoir un retour sur ses attentes en tant que fournisseur et, ainsi, d'améliorer les pratiques, et de devenir meilleur « client ».

Convaincus des bénéfices du dialogue avec les fournisseurs, certains services achat du ministère de la défense ont pris l'habitude d'organiser des rencontres avec leurs fournisseurs pour discuter des contrats, identifier leurs difficultés et avoir un retour du ressenti des entreprises, pour améliorer encore les marchés à venir.

Le dialogue noué avec le prestataire en cours de contrat peut porter sur l'optimisation des conditions d'exécutions (délais, moyens), orientées de manière à encourager encore l'entreprise à investir, à innover, et l'aider à créer les conditions optimales pour assurer sa pérennité et son développement au-delà de l'exécution du marché.

Le comportement de l'acheteur, en tant que client, est susceptible de jouer un rôle structurant sur son environnement économique : une collectivité

publique structure autour d'elle, par sa politique d'achats, un écosystème de fournisseurs. La mesure, la connaissance et l'optimisation de son impact sur un secteur, l'analyse du degré de dépendance des entreprises partenaires participent de la conduite d'une stratégie d'achat responsable. L'attention portée à l'impact de la stratégie d'achat, au sens large, sur la capacité d'innovation, le développement et la pérennité des entreprises de son secteur d'intervention, fait partie intégrante du rôle dévolu à l'acheteur.

Pour évaluer et améliorer l'impact de son comportement d'acheteur sur son environnement économique, et notamment les PME, le ministère de la défense a développé une démarche de mesure du degré de dépendance des entreprises à ses achats, et de la sensibilité du marché au regard des commandes, qui peut être transposable aux entreprises innovantes.

Le point de départ consiste à mesurer la sensibilité d'un secteur ou d'une entreprise aux commandes de la structure, c'est-à-dire la part représentée par les achats de la structure (ministère, établissement) dans le chiffre d'affaires du secteur ou de l'entreprise. Plus les achats de la structure représentent une part importante du volume commercial d'un secteur (par exemple, une centrale d'achat spécialisée dans un domaine particulier, ou un opérateur de l'Etat chargé d'une mission de recherche), plus le secteur sera sensible à la politique d'achat déployée. Pour assurer la pérennité de ses approvisionnements, et permettre à ses entreprises partenaires de se développer et de grandir suffisamment pour créer un marché concurrentiel, l'acheteur doit réfléchir aux moyens d'optimiser son comportement d'achat, l'adapter aux spécificités du secteur, rechercher les moyens d'assurer et d'accompagner le développement de ses partenaires.

L'intérêt de l'acheteur est évident. Il s'agit d'identifier les situations à risques (lorsque la collectivité publique est dépendante pour son activité du savoir faire ou de droits détenus par ces entreprises partenaires, lorsque la sensibilité de l'entreprise à la stratégie d'achat est déterminante, lorsque les difficultés traversées par le partenaire sont susceptibles d'impacter fortement le secteur d'activité), de déployer les contrefeux nécessaires et de mesurer leur efficacité.

Les leviers d'action identifiés rejoignent, pour certains, les conseils développés en première partie de ce guide : bien connaître les possibilités et les stratégies des entreprises qui présentent un taux de dépendance important aux commandes de la personne publique, bien connaître l'état de la concurrence sur le secteur, rechercher les moyens de soutenir la diversité de l'offre, mais aussi jouer un rôle de vitrine pour ces entreprises innovantes.

LES MARCHÉS PUBLICS VITRINES D'UN SAVOIR-FAIRE

15 - Une valorisation de l'innovation partagée entre entreprises et collectivités

Le client satisfait reste le meilleur VRP d'une entreprise. Lorsqu'un procédé innovant a été développé ou mis en place avec succès par une collectivité, le faire connaître des autres acheteurs ou prescripteurs peut favoriser la diffusion d'un meilleur service rendu.

Avoir dans sa clientèle une structure publique peut constituer un atout pour le développement commercial d'une entreprise. Par exemple, une PME basque spécialisée dans la sécurité informatique a fait l'objet d'une série d'articles dans la presse économique et au-delà, pour le prestige de son portefeuille client, qui compte notamment, parmi d'autres structures publiques étrangères importantes, le *Federal Bureau of Investigation* américain.

Le ministère de la défense, et d'autres collectivités délivrent aux titulaires de leurs marchés une attestation leur permettant d'en faire valoir la bonne exécution auprès de clients futurs. Au-delà de la mise en place de ce type de certificat de bonne exécution, la presse spécialisée dans l'achat public se fait souvent l'écho des expériences menées par les acheteurs publics, lorsqu'il s'agit de la mise en place de nouveaux procédés ou d'initiatives innovantes. (Exemple : le RESAH Île-de-France a ainsi fait l'objet de plusieurs articles permettant de faire connaître le projet Happi (cf. supra)).

Les opérations de communication sur des achats innovants menées par les collectivités permettent de faire connaître ces procédés, mais aussi de faire connaître la structure elle-même, ses besoins, ses pratiques d'achats, et d'appeler ainsi de nouvelles propositions des entreprises.

Mais c'est entre acheteurs, entre prescripteurs, entre collectivités, que le partage d'expériences, la recherche de bonnes pratiques doivent être développés. Les acheteurs ont intérêt à partager et faire partager les enseignements qu'ils auront retirés de leurs pratiques et de leur expérience, et peut être encore plus lorsqu'il s'agit d'acheter et de mettre en place des procédés inédits, ou d'expérimenter des stratégies d'achat particulières.

Par exemple, le service des achats de l'Etat, notamment par le projet Calypso, contribue à développer l'identification et la diffusion des bonnes pratiques.

Si les acheteurs des services de l'Etat disposent de réseaux efficaces, la plupart des acheteurs peuvent se trouver rapidement isolés s'ils n'effectuent pas de démarche personnelle d'inscription et de participation à un forum ou une association d'acheteurs, par exemple. A ce titre, il peut être utile de réfléchir aux moyens de rendre plus immédiatement disponible, pour tous les acheteurs, l'information sur les marchés publics, les outils d'assistance à la passation, la diffusion des bonnes pratiques.

En sens inverse, une réflexion sur les outils et modalités qui pourraient être mis en place pour recueillir plus efficacement les pratiques des acheteurs, dans une démarche collaborative, pourrait être lancée.

ANNEXE : DEFINITIONS

Il n'existe pas de définition consacrée de l'achat public innovant ou de l'innovation.

- **Achat public innovant**

Pour la Direction Générale entreprise et industrie de la Commission européenne (Bertrand Wert, « Conférence européenne les achats publics et privés d'innovation, des leviers pour la croissance des TPE-PME », 5 juillet 2012, Paris), on entend par innovation le transfert réussi d'une idée à sa réalisation sur le marché. Les achats d'innovation se classent ainsi en deux grandes familles :

- 1) les achats commerciaux qui consistent à faire évoluer un produit déjà existant (*public procurement of innovation* ou PPI) ;
- 2) les achats pré-commerciaux de R&D ou *pre-commercial procurement* (APAC), qui consistent à financer le développement d'un concept ou d'un prototype avec ou sans la vente d'un produit à la clé.

Pour la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services du ministère de l'économie et des finances (DGCIS), les achats innovants sont les achats de produits non encore commercialisés et pour lesquels l'acheteur a contribué à finaliser la définition dans le but d'apporter une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant. Les achats de R&D ayant pour objet de favoriser l'émergence de solutions qui n'existaient pas sur le marché sont également pris en compte. Les achats de produits déjà commercialisés par l'entreprise ne relèvent pas du périmètre de l'achat d'innovation. Ils pourront toutefois y être intégrés si la première commercialisation du produit remonte à moins de deux ans, et si le produit apporte une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant.

- **Innovation**

Par ailleurs, l'article 2 de la nouvelle directive européenne sur les marchés publics de 2014 définit l'innovation comme : « *la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris mais pas exclusivement des 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...* ».

Pour le ministère de la recherche, l'innovation, c'est la mise en œuvre, par une entreprise, une association, une institution publique d'un produit, d'un procédé ou d'un service nouveau.

Enfin, selon le manuel d'Oslo de l'OCDE (3^{ème} édition, 2005), l'innovation se définit comme l'ensemble des démarches scientifiques, technologiques, organisationnelles, financières et commerciales qui aboutissent, à la réalisation de produits ou procédés technologiquement nouveaux ou améliorés.