



# GUIDE PRATIQUE

---

# ACHAT PUBLIC INNOVANT





La commande publique est un outil de politique économique. Fortement mobilisés autour des problématiques comme le développement durable ou l'accès de toutes les entreprises, dont les PME, à la commande publique, les acheteurs ont pris conscience du **poids que représentent les marchés publics** (89,3 milliards d'euros HT pour 163 519 contrats recensés en 2017 par l'OECP) et des enjeux autour de leur performance.



La prise en compte de l'innovation dans les marchés publics constitue un nouvel axe majeur de progrès, dans une double logique d'**amélioration continue des services publics** et d'optimisation de la dépense. En stimulant l'innovation, la demande publique contribue à faire grandir les entreprises innovantes, qui, en retour, offrent aux administrations la possibilité de répondre plus efficacement aux attentes et besoins des citoyens.

Si les acheteurs n'acquièrent pas de l'innovation pour elle-même, ils visent à la recherche de la performance technique, qui est notamment rendue possible par l'ouverture à de nouveaux procédés. Ces derniers, en étant source de création de valeur ou d'économies, participent *in fine* de l'achat économiquement le plus avantageux.

Plus qu'une nouvelle politique publique, il s'agit avant tout de faire partager à **toute la chaîne de l'achat**, du prescripteur à l'utilisateur final, la nécessité de laisser toute sa place aux solutions innovantes pour satisfaire au mieux les besoins. Ainsi, tout au long du guide, par le terme simplifié « acheteur », c'est en réalité la chaîne achat dans son ensemble qui est concernée.

Le présent guide intervient quelques mois après la publication du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018, qui prévoit une mesure expérimentale pour une durée de trois ans permettant de déroger aux obligations de publication et de mise en concurrence pour les achats innovants de moins de 100 000 € HT.

Dans ce contexte d'évolution de la réglementation et des pratiques, le guide a pour objet d'aider les acheteurs publics à construire en interne et en collaboration entre eux, des **méthodes susceptibles de repérer et d'insuffler cette force d'innovation dans les politiques d'achat**. Car l'innovation ne concerne pas seulement la recherche-développement ou les achats spécialisés : la collectivité a tout intérêt à rechercher et à permettre la prise en compte de procédés nouveaux et créatifs y compris dans ses activités ou ses achats les plus récurrents.

Ce travail est le fruit d'une réflexion collective entre acheteurs et organismes publics intervenant au soutien de l'innovation, avec la participation de fédérations professionnelles et d'entreprises innovantes.



Les éléments contenus dans le guide restent cependant indicatifs : les leviers d'action identifiés (et leurs effets) sont variables d'une situation à l'autre, et ne peuvent être considérés comme pertinents ou efficaces pour toute situation. Il revient donc à chaque structure de mettre en œuvre sa propre méthode innovante !

**L'observatoire économique de la commande publique.**

## TABLE DES MATIERES

<b>Favoriser l'intégration de l'innovation dans la commande publique</b> .....	1
<b>1. Facteurs clés de succès</b> .....	3
Réaliser une planification des achats.....	3
Travailler en équipe projet et maîtriser les risques .....	3
Respecter un cadre déontologique / règles de confidentialité .....	4
Piloter l'exécution du contrat de façon partenariale.....	4
<b>2. Périmètre de l'achat public innovant</b> .....	5
Définition de l'innovation .....	5
Définition générale de l'innovation.....	5
Définition de l'innovation dans la commande publique .....	6
Faisceau d'indices permettant de caractériser un achat public innovant .....	7
Mesure des achats publics innovants .....	9
<b>3. Préparation amont : outils en faveur de l'innovation</b> .....	10
Sourcing .....	10
Définition et enjeux du sourcing .....	10
Typologie du sourcing .....	11
Hackathon .....	15
Définition fonctionnelle des besoins .....	17
Critères de sélection des offres .....	21
Délais de procédure adaptés au caractère innovant du besoin .....	23
Variante .....	24
Droits de propriété intellectuelle.....	27
<b>4. Contractualisation au service de l'achat innovant</b> .....	30
Achats de R&D .....	30
L'exclusion des marchés de R&D du champ d'application du code de la commande publique .....	30
Le développement des achats publics avant commercialisation à l'échelle européenne .....	31
Appels d'offres .....	32
Procédures négociées .....	33
Expérimentation : marché sans publicité ni mise en concurrence inférieur à 100 000 € HT .....	33
Marchés à procédure adaptée (MAPA) .....	35
Procédure avec négociation .....	35
Dialogue compétitif .....	37
Partenariat d'innovation .....	38
Techniques d'achat .....	42
Concours .....	42
Système d'acquisition dynamique .....	42
<b>Pour aller plus loin</b> .....	44
Documentation .....	44
Formations en achat public innovant .....	44
<b>Remerciements</b> .....	45
<b>Annexes</b> .....	46
Comment qualifier un achat public d'innovant ? .....	46
Diagramme simplifié des procédures d'achat innovant.....	48

## 1. FACTEURS CLES DE SUCCES



### REALISER UNE PLANIFICATION DES ACHATS

Les opérateurs économiques peuvent manquer de **visibilité** sur la structure des achats des collectivités publiques et sont demandeurs d'informations **sur leurs besoins futurs**, en particulier dans le domaine de la construction qui nécessite une forte anticipation du plan de charges.

Il est possible de diffuser ces informations, par exemple sur le site institutionnel de l'acheteur ou en organisant des rencontres publiques avec les entreprises lors desquelles la planification des achats leur est présentée.

Cette programmation, certes indicative, contribue à **l'attractivité et à l'égalité d'accès à la commande publique**, en particulier pour les opérateurs qui n'y sont pas familiers.

Au-delà de l'importance de l'information pour les entreprises, cette planification permet aux structures publiques de **mieux piloter le renouvellement ou le lancement de nouvelles procédures** d'achat, en anticipant le temps nécessaire à la réévaluation des besoins, à la prise en compte des évolutions du marché et notamment des innovations, à l'intégration de considérations environnementales / sociales, etc. A l'instar de certaines collectivités, la Direction des achats de l'Etat a ainsi lancé un exercice pluriannuel de programmation<sup>1</sup>.

L'obligation de publier sur le profil d'acheteur la liste des **données essentielles** des marchés publics ou contrats de concessions participe de cette logique de transparence et de meilleure connaissance de la nature des achats publics, même si elle s'applique aux contrats déjà passés<sup>2</sup>.



### TRAVAILLER EN EQUIPE PROJET ET MAITRISER LES RISQUES

L'acheteur constitue le pivot de l'écosystème de l'achat public, mais il ne peut à lui seul porter l'effort en faveur de l'innovation. C'est l'ensemble de la chaîne de l'achat qui doit être sensibilisée à cette problématique, aux outils et aux risques. Une plus grande synergie entre les fonctions achat, juridique et opérationnelle est donc à favoriser à chaque étape du processus.

Pour chaque **projet stratégique** sur le plan, technique, financier, environnemental, politique, etc., la constitution d'une **équipe dédiée** s'avère pertinente afin de bien définir le besoin et la procédure adéquate, piloter la passation du contrat (qui peut s'avérer longue et/ou complexe selon les modalités retenues), assurer un suivi de son exécution, voire un retour d'expérience à l'issue de celui-ci.

La définition du besoin n'appartient pas seulement au prescripteur et la gestion de la procédure seulement à l'acheteur. **Seul un véritable travail partenarial et pluridisciplinaire sera à même de produire le meilleur résultat** en termes de satisfaction des besoins, d'optimisation des moyens mis en œuvre et de maîtrise des risques, qui sont accrus dans le cadre d'un travail en « silos » (ex : glissement des délais de procédure, inadéquation entre les différents documents de la consultation, coûts élevés du fait d'exigences inadaptées,...).

L'équipe projet est justement en charge du **management des risques**, qui consiste à identifier, estimer l'importance et contenir les risques lors du processus achats dans le cadre d'un suivi ou reporting dont la fréquence dépend de l'importance du projet. Les risques peuvent être de différents niveaux (stratégiques, opérationnels...) et d'une criticité variable (importante, résiduelle...) mais doivent faire l'objet d'une anticipation – même de façon simplifiée – dès le démarrage du projet afin d'assurer son bon déroulement.

Le **risque inhérent à l'innovation** est celui de la « **non concrétisation** ». Acheter une solution novatrice, c'est accepter dans une certaine mesure que cet achat ne réponde que partiellement aux besoins, malgré

<sup>1</sup> <https://www.economie.gouv.fr/dae/programmation-des-achats-letat>

<sup>2</sup> Article R. 2196-1 du code de la commande publique, complété par l'arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique (annexe 15 du code).

l'enthousiasme qu'il a pu susciter initialement. Ce risque ne peut être évité, mais il peut être anticipé, s'il est partagé par l'équipe projet et l'échelon de direction, qui valide la stratégie d'achat.



#### RESPECTER UN CADRE DEONTOLOGIQUE / REGLES DE CONFIDENTIALITE

Priés d'acquérir une connaissance approfondie de l'offre, services acheteurs et services opérationnels se retrouvent aux prises avec des entreprises qui peuvent, par la suite, devenir candidates à des marchés publics. Le risque est alors de ne plus **assurer l'égalité de traitement des candidats**, et de voir certains opérateurs favorisés dans une consultation, du fait de la connaissance qu'ils ont pu acquérir de l'organisme et de ses besoins lors d'échanges préalables.

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) n'est pas seulement de sécuriser la démarche de l'acheteur et de limiter le risque de mise en cause pénale. C'est aussi de permettre à l'entreprise de mieux comprendre les contraintes de son client public<sup>3</sup>.

Par ailleurs, les opérateurs économiques doivent pouvoir être assurés que leurs idées et procédés, présentés lors d'échanges informels ou dans le cadre de procédures, ne se retrouveront pas reprises ou copiées dans les cahiers des charges techniques, et ainsi divulguées à la concurrence. Il est donc recommandé aux acheteurs la plus grande vigilance, notamment lorsque la mise en œuvre du sourcing, la négociation ou la présentation de variantes les amènent à connaître des techniques particulières à l'entreprise. Il en va de même au moment de la communication aux candidats évincés des motifs du rejet de leur offre.

Sans cette assurance quant au **respect d'une stricte confidentialité et du secret des affaires**, les opérateurs économiques (a fortiori les nouveaux entrants) se montreront méfiants dans leurs relations avec les acheteurs, ce qui n'est pas gage d'une relation partenariale sereine, présente ou future.



#### PILOTER L'EXECUTION DU CONTRAT DE FAÇON PARTENARIALE

Instaurer un **dialogue avec le cocontractant** tout au long de l'exécution du contrat, surtout quand celui-ci 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 ou le **phasage dans le temps des livrables** peuvent 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 décaler une date intermédiaire (sans effet sur la mise en concurrence) plutôt que d'appliquer automatiquement des pénalités, lorsque cela est possible par rapport aux contraintes de la personne publique.

L'usage de **clauses incitatives** peut aussi être envisagé pour stimuler positivement le prestataire et l'encourager à investir, à innover, et ainsi l'aider à créer les conditions optimales pour assurer son développement et sa pérennité au-delà de l'exécution du marché. Ces clauses contractuelles permettent par exemple d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations (ex : prime pour dépassement de performance) et de réduire les coûts de production (ex : clause d'intéressement en cas d'économies d'énergie). Cela suppose que des objectifs de performance aient été préalablement définis, quantifiés et circonscrits dans le temps.

---

<sup>3</sup> Par exemple, la [charte de déontologie de la Ville de Paris](#), [celle de Bordeaux Métropole](#), ou la [charte éthique de la SNCF](#).

## 2. PERIMETRE DE L'ACHAT PUBLIC INNOVANT

L'innovation connaît **plusieurs définitions et classifications** (ex : innovation de rupture, qui révolutionne le marché et les pratiques, innovation incrémentale, qui améliore l'existant, innovation sociale, qui répond à des enjeux sociétaux, co-innovation, qui réunit clients et fournisseurs de la structure, etc.).

Loin d'être antinomiques, ces définitions sont complémentaires et traduisent la difficulté à circonscrire la notion d'innovation dans une seule et même acception. Cependant, la nécessité de mieux appréhender l'innovation est particulièrement prégnante pour les acheteurs publics, qui disposent d'un certain nombre de procédures et d'outils pour valoriser l'achat innovant, sous réserve de remplir les conditions de recours (ex : procédure avec négociation, dialogue compétitif, partenariat d'innovation, procédure expérimentale, qui sont présentés [ci-après](#)).

Les notions d'innovation et d'achat public innovant étant relativement souples, un faisceau d'indices peut s'avérer pertinent pour accompagner les acheteurs dans la **détermination au cas par cas** du caractère innovant de leurs achats.

### DEFINITION DE L'INNOVATION

#### DEFINITION GENERALE DE L'INNOVATION



Le manuel d'Oslo de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) constitue la référence internationale en matière de définition de l'innovation et a servi d'inspiration aux travaux européens<sup>4</sup>.

De façon simplifiée, une innovation correspond à une **idée nouvelle, une invention qui a été mise en œuvre** et lancée (ou en cours de lancement) sur le marché<sup>5</sup>. L'innovation se distingue donc de l'invention ou de la découverte par son **caractère opérationnel** : elle est sur le point ou vient d'être commercialisée.

A la croisée des inventions et des produits commercialisés, se trouvent les **travaux de recherche et développement (R&D)**, qui correspondent à « *l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication* ». La R&D contribue à favoriser le progrès scientifique et technique ou la sécurité, à faire émerger de nouveaux systèmes productifs, afin de maintenir la croissance économique et de rester compétitif sur le marché mondial.

Les achats de R&D (hors partenariat d'innovation) sont exclus – sous conditions – du champ d'application des règles de marchés publics et ne seront donc que succinctement abordés dans ce guide (cf. [point dédié](#)). Ils participent cependant de la démarche globale mise en place au niveau européen via le programme « Horizon 2020 » qui a pour ambition de produire un ensemble cohérent d'instruments couvrant l'ensemble de la chaîne de l'innovation.

Afin d'affiner la définition de l'innovation hors R&D, il convient de se référer au chapitre 3 du manuel d'Oslo consacré aux « définitions de base ». L'innovation, au-delà de son caractère opérationnel, est **divisée en catégories** et décrite comme « *la mise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement*

<sup>4</sup> OCDE/Eurostat (2005), Manuel d'Oslo : Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation, 3e édition, La mesure des activités scientifiques et technologiques, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264013124-fr>.

<sup>5</sup> Manuel d'Oslo, page 55 « *Une caractéristique commune à toutes les catégories d'innovation est qu'elle doit avoir été mise en œuvre. Un produit nouveau ou amélioré est mis en œuvre quand il est lancé sur le marché. Un procédé, une méthode de commercialisation ou une méthode d'organisation est mis en œuvre quand il(elle) est effectivement utilisé(e) dans le cadre des opérations d'une firme* ».

amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures ».

Ces quatre types d'innovation peuvent être résumés comme suit :

<b>L'innovation de produit</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Il s'agit de l'introduction d'un <b>bien ou d'un service nouveau ou sensiblement amélioré sur le plan de ses caractéristiques ou de l'usage auquel il est destiné</b>. Cela inclut les améliorations sensibles des spécifications techniques, des composants et des matières, du logiciel intégré, de la convivialité ou autres caractéristiques fonctionnelles.</li> <li>• Les innovations de produit peuvent faire intervenir des connaissances ou des technologies nouvelles, ou s'appuyer sur de nouvelles utilisations ou combinaisons de connaissances ou de technologies déjà existantes.</li> <li>• <b>Exemple</b> : les réseaux sociaux correspondent à un nouveau service en rupture avec les médias traditionnels. Les vélos en libre service ont constitué un nouvel usage d'un bien existant.</li> </ul>
<b>L'innovation de procédé</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Il s'agit de la mise en œuvre d'une <b>méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée</b>. Cette notion implique des changements significatifs dans les techniques, le matériel et/ou le logiciel.</li> <li>• Les innovations de procédé peuvent avoir pour but de diminuer les coûts unitaires de production ou de distribution, d'augmenter la qualité, ou de produire ou distribuer des produits nouveaux ou sensiblement améliorés.</li> <li>• <b>Exemple</b> : l'impression en 3D qui permet de réaliser un objet réel presque aussi simplement qu'en imprimant un fichier papier (2D).</li> </ul>
<b>L'innovation de commercialisation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Il s'agit de la mise en œuvre d'une <b>nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification</b>.</li> <li>• Les innovations de commercialisation visent à mieux satisfaire les besoins des consommateurs, ouvrir de nouveaux marchés ou positionner d'une manière nouvelle un produit de la firme afin d'augmenter les ventes.</li> <li>• <b>Exemple</b> : la mise en place de services "drive" pour emporter ses commandes a constitué une innovation commerciale.</li> </ul>
<b>L'innovation d'organisation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Il s'agit de la mise en œuvre d'une <b>nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de la firme</b>.</li> <li>• Les innovations d'organisation peuvent avoir pour but d'améliorer les performances d'une firme en réduisant les coûts administratifs ou de transaction, en améliorant le niveau de satisfaction au travail (et, partant, augmenter la productivité), en accédant à des biens non marchands ou en réduisant les coûts des approvisionnements.</li> <li>• <b>Exemple</b> : la mise en place d'une gestion des stocks à flux tendus (zéro stock) a constitué en son temps une innovation organisationnelle.</li> </ul>

## DEFINITION DE L'INNOVATION DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Ces composantes de l'innovation sont reprises et appliquées à la sphère des marchés publics par la [directive n°2014/24/UE du 26 février 2014](#) (article 2.22) qui souligne par ailleurs leur caractère stratégique pour la croissance et l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics<sup>6</sup>.



Par transposition du texte européen, le code de la commande publique dispose que « *sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* »<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Considérant 47 : « La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation. L'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. (...) ».

<sup>7</sup> Article L. 2172-3 relatif au partenariat d'innovation et article R. 2124-3 relatif à la procédure avec négociation.



L'OCDE avait dès 2005 souligné le **caractère schématique des définitions** retenues à des fins d'analyse statistique « *compte tenu de la complexité du processus d'innovation et de la diversité des manières dont les firmes innover, il a fallu adopter des conventions afin de donner des définitions susceptibles d'être utilisées dans les enquêtes normalisées auprès des firmes* ». Il s'agissait par ailleurs d'étudier le secteur privé, plutôt que le secteur public et ses spécificités.

Si le caractère large de définition retenue par le code laisse une certaine souplesse d'appréciation aux acheteurs, notamment au regard du secteur concerné, elle peut être éclairée par un faisceau d'indices, afin de faciliter la qualification de l'achat innovant dans la sphère des marchés publics.

Cette qualification peut être nécessaire à deux niveaux : en amont, afin de **déterminer la procédure de passation** adaptée, ou bien en aval, afin de **mesurer son taux d'achats innovants** (y compris dans le cadre d'un appel d'offres classique, qui peut voir émerger des solutions innovantes non anticipées).

### FAISCEAU D'INDICES PERMETTANT DE CARACTERISER UN ACHAT PUBLIC INNOVANT



Dans la mesure où certaines procédures de marchés font du « caractère innovant » une condition de recours (procédure avec négociation, dialogue compétitif ou mesure expérimentale), les acheteurs sont amenés à s'interroger concrètement sur la portée des termes « nouveau » et « sensiblement amélioré », avec pour crainte une éventuelle censure du juge en cas de mauvaise qualification.

**Nouveau** : par exemple, existe-t-il des bornes temporelles à la nouveauté ? Des réflexions ont pu être menées en ce sens, considérant que les offres qualifiées d'innovantes devaient avoir moins de 2 ans de commercialisation. Or, il n'existe pas de jurisprudence administrative ou européenne qui permettrait de confirmer cette restriction. Par ailleurs, au vu du temps nécessaire à la contractualisation publique (parfois jusqu'à une année de procédure), une telle limitation serait de nature à priver les administrations d'un certain nombre d'innovations, du fait du laps de temps écoulé entre leur détection et leur achat.

L'innovation est-elle synonyme d'exclusivité ? Il n'existe pas non plus de réponse absolue à cette interrogation. En effet, si la détention de droits de propriété intellectuelle, tel qu'un brevet, peut être le signe d'une solution innovante, toutes les solutions innovantes ne sont pas nécessairement brevetées. A l'inverse, un brevet ayant une durée de 20 ans, une solution brevetée peut être déjà largement diffusée au moment où son acquisition est envisagée par une personne publique. Enfin, certaines solutions peuvent être mises sur le marché par quelques opérateurs concurrents (et non pas un seul), sans pour autant être considérées comme répandues.

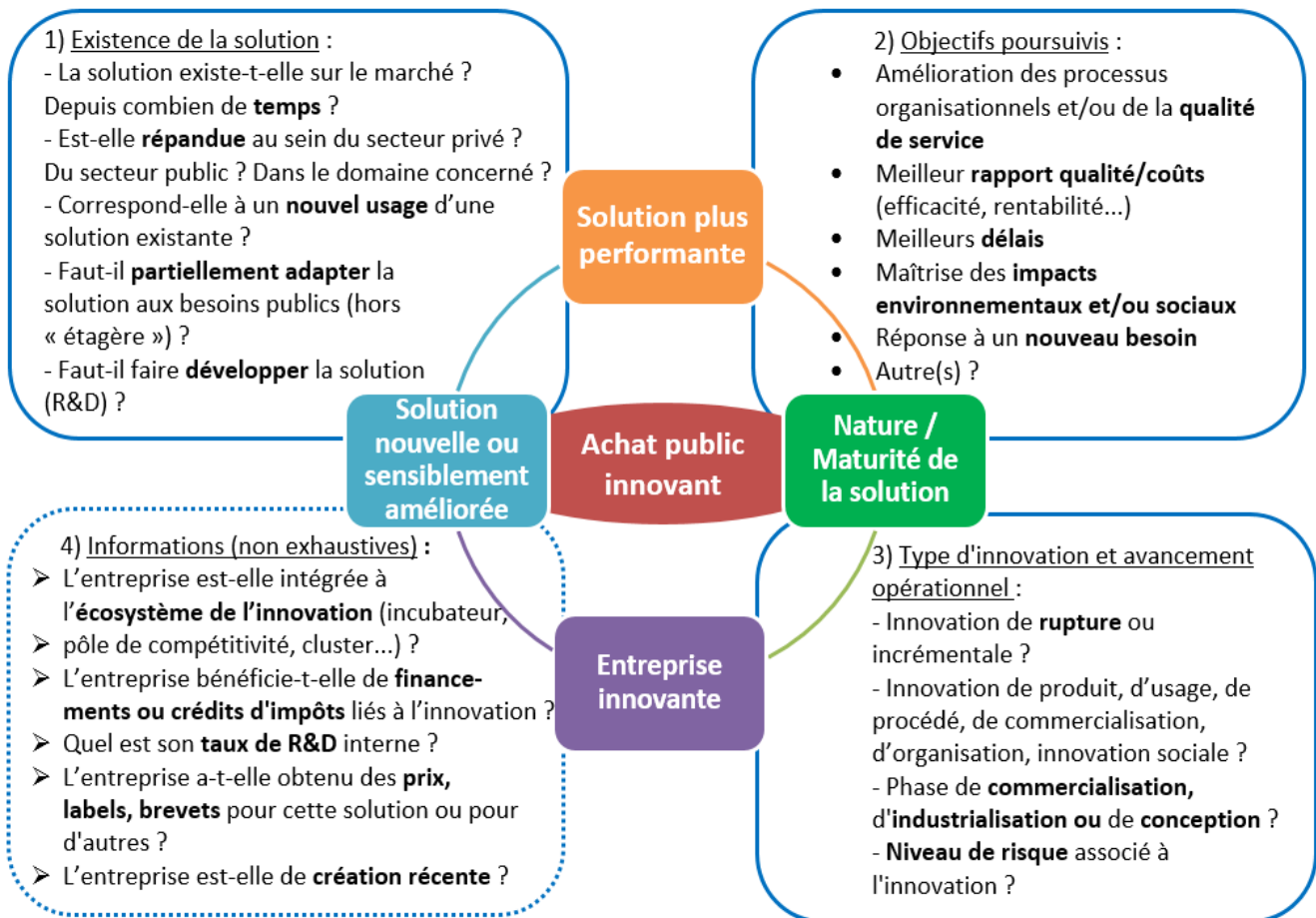
**Sensiblement amélioré** : à quel moment une solution est-elle sensiblement améliorée ? Cela correspond-il à tous les cas où une adaptation de la solution aux besoins publics est mise en œuvre (achat hors étagère) ? Une telle assertion serait erronée, dans la mesure où il peut exister des solutions (ex : dans le domaine informatique) qui donnent lieu à une adaptation à la structure publique qui la sollicite, sans toutefois être réellement innovantes.

Afin de parvenir à la qualification de l'innovation, les parties prenantes du guide ont convenu qu'une définition générale n'était pas pertinente et qu'un faisceau d'indices aurait l'avantage de s'adapter à un grand nombre de situations et serait plus adéquat pour accompagner les acheteurs.

Ce faisceau d'indices correspond à une **série de questions** (dont le détail est présentée [en annexe](#)), qui permet de s'interroger sur les caractéristiques de la solution innovante envisagée, les objectifs poursuivis par celle-ci, son état d'avancement opérationnel, le statut de l'entreprise qui la produit/fournit.



NB : il n'existe pas de taux de réponse minimal (ex : 3 critères remplis, ou bien 5, 10...) qui permettrait de garantir que l'on soit en présence d'un achat innovant. Par ailleurs, les informations relatives à l'entreprise (qualifiée d'innovante) participent à ce faisceau, mais ne doivent pas être survalorisées par rapport aux indices se rapportant à la solution innovante, qui restent prépondérants.



#### Illustration (avril 2019) :

La ville de Paris s'est interrogée sur le caractère innovant d'une solution consistant en un outil de recrutement qui permet la préselection de candidats (en l'occurrence des animateurs vacataires) par la réalisation de tests et de jeux développés grâce aux neurosciences, en lieu et place des CV et lettres de motivation. Cette méthode de sélection des candidatures est apparue d'autant plus pertinente que les profils recherchés doivent correspondre à un savoir-être particulier, difficile à tester « sur papier ».

La ville souhaitant recourir à l'expérimentation permise par le décret du 24 décembre 2018 a qualifié l'achat d'innovant en considérant que :

- la solution permet de répondre à un besoin de façon plus performante (processus de recrutement) ;
- la solution est encore peu répandue dans le secteur privé (voire inexistante dans le secteur public) ;
- la solution doit être adaptée aux besoins de la personne publique et conduirait, si elle était généralisée, à une réingénierie complète du processus organisationnel RH ;
- la solution a remporté plusieurs prix et a été développée par une start-up faisant partie d'un incubateur.

## MESURE DES ACHATS PUBLICS INNOVANTS



Dès novembre 2012, le Pacte national pour la croissance, l'économie et l'emploi annonçait l'ambition de « *mobiliser l'achat public pour accompagner le développement des PME de croissance innovantes* » et fixait un **objectif de 2 %** des achats de l'État, de ses opérateurs et des hôpitaux attribués aux PME innovantes à l'horizon 2020.

Différents travaux de mesure ont donc été lancés afin d'accompagner les acheteurs dans leur démarche de développement et de mesure des achats innovants. La Direction générale des entreprises a, par exemple, conçu un indicateur fondé sur les contrats publics passés avec les entreprises françaises (PME ou ETI) dont le caractère innovant est défini par le fait qu'elles bénéficient du crédit d'impôt recherche (CIR) ou du crédit d'impôt innovation (CII) ou bien du régime de jeune entreprise innovante (JEI).

Outre la question de savoir si les différents **crédits d'impôts** constituent un bon marqueur, il convient de préciser que cette méthode revient à comptabiliser – non pas l'achat innovant en lui-même – mais les achats contractés avec des **PME innovantes**<sup>8</sup>, même si ces achats correspondent en réalité à des besoins standardisés et que des achats innovants peuvent *a contrario* être réalisés auprès de grandes entreprises. Cette méthode a néanmoins pour vertu d'être l'une des premières à avoir été établie en la matière.

D'autres méthodes ont pu être envisagées par les acheteurs, notamment en lien avec la **procédure d'achat mise en œuvre**. Si une procédure avec négociation ou un dialogue compétitif ont été employés au motif d'acquérir une solution innovante (cf. [développements dédiés à ces procédures](#)), est-il possible de considérer que l'achat réalisé est systématiquement innovant ? Non, le recours à des procédures supposées faciliter l'acquisition de solutions innovantes peut se conclure par l'achat d'une solution relativement standardisée. A l'inverse, une solution innovante peut être acquise *via* un appel d'offre classique.

A l'instar de la définition de l'achat innovant en amont de la procédure, les acheteurs sont libres de mettre en œuvre leur **propre méthodologie d'évaluation** des achats innovants, notamment sur la base du faisceau d'indices présenté *supra* et des objectifs qu'ils souhaitent mesurer (politique de soutien à l'innovation auprès de toutes les entreprises, ou bien auprès des seules PME, etc.).

La détermination d'indicateurs de mesure est rendue d'autant plus nécessaire que le décret du 24 décembre 2018 précité permet à titre expérimental aux acheteurs de passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT (cf. [point dédié](#)).

Dans ce cadre, les achats innovants sont associés à une procédure dérogatoire et temporaire qui dispense du respect du formalisme et des règles associées aux procédures classiques de marché public. A l'issue, les acheteurs sont tenus de déclarer ces achats à l'Observatoire économique de la commande publique (OECP), qui devra établir un bilan de la mesure aux termes de l'expérimentation.

<sup>8</sup> La définition de la PME repose sur trois critères : l'effectif (moins de 250 salariés employés), le chiffre d'affaires (n'excédant pas 50 M€ ou un total du bilan annuel n'excédant pas 43 M€), l'autonomie (les parts ou droits de vote détenus par une autre entreprise inférieurs à 25 %). Cf. [Recommandation de la Commission du 6 mai 2003](#) concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises - (2003/361/CE).

### 3. PREPARATION AMONT : OUTILS EN FAVEUR DE L'INNOVATION

La préparation amont est une **étape essentielle du processus achats**, qui doit être intégrée dans le rétro-planning des procédures. Un marché trop rapidement préparé et potentiellement mal évalué donnera lieu à des difficultés (parfois coûteuses) d'exécution ou à une insatisfaction partielle des besoins.

Dans les domaines soumis à une évolutivité très rapide, cette préparation amont est d'autant plus importante.

**Différents outils peuvent être combinés** et doivent être anticipés pour favoriser l'intégration de l'innovation dans les marchés publics : sourcing, définition fonctionnelle des besoins, critères de sélection et délais de procédure adaptés, autorisation des variantes, traitement des droits de propriété intellectuelle.

#### SOURCING

##### DEFINITION ET ENJEUX DU SOURCING

Longtemps pratiqué « timidement » par les acheteurs publics, car considéré comme une rupture dans l'égalité de traitement des entreprises, le sourcing est désormais encouragé par le droit européen et par le droit national, dans une logique de plus grande performance économique de la commande publique.



[Article R. 2111-1 du code de la commande publique](#) (CCP): « afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. »

En pratique, le sourcing (ou sourçage) correspond aux actions réalisées par un acheteur afin d'**identifier les solutions et les fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin** avant une consultation ou dans un cadre plus largement prospectif. Il s'agit donc d'une démarche proactive de recherche et d'évaluation des opérateurs économiques d'un secteur, ainsi que de mise en relation avec des acheteurs.



Il convient dès à présent d'indiquer que le sourcing se situe **en amont de toute procédure** de passation d'un marché public et qu'il n'a donc pas vocation à être trop structuré, notamment par la mise en œuvre d'un formalisme qui s'avérerait excessif. En synthèse, s'il est recommandé d'être en mesure de documenter sa démarche de sourcing, dans une logique de transparence et pour se prémunir de tout contentieux, il n'est pas non plus nécessaire de « tout tracer » par la rédaction de comptes rendus, procès-verbaux, etc. qui constitueraient une charge administrative sans réelle plus-value et seraient même contraire à l'objectif poursuivi.

Au contact des entreprises, l'acheteur sera en mesure de **vérifier** que **ses exigences** en termes de qualité, coûts, délais, performance environnementale ou sociale, modalités d'utilisation des livrables, etc. sont proportionnées par rapport aux capacités et aux contraintes du secteur concerné, qui évoluent régulièrement. En appréhendant le modèle économique des fournisseurs et en adaptant le cas échéant la structure contractuelle du futur marché, l'acheteur limitera le risque d'inadéquation de l'offre et de la demande et donc de coûts trop élevés, de sur-qualité ou d'infructuosité.

Les échanges amont permettent aussi d'améliorer l'**attractivité de la commande publique**, qui peut être mal connue ou mal perçue par les entreprises (notamment celles qui ne candidatent pas fréquemment), en présentant ses grands principes et les actions mises en œuvre par les acheteurs pour la rendre plus accessible.

Si la réglementation issue des nouveaux textes européens est venue dans une certaine mesure consacrer la pratique, les modalités de consultation des entreprises (« avis », « études », « échanges préalables »...) ne sont pas plus amplement définies. Les textes n'ont en effet pas vocation à encadrer des pratiques qui doivent rester souples et s'adapter au contexte. **L'acheteur est donc libre d'établir son propre mode opératoire** en fonction des moyens et du temps dont il dispose et dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

Cette liberté concerne tant le champ des fournisseurs à consulter que les modalités d'entretien. Elle concerne également les délais, la publicité et la traçabilité associés aux échanges. Bien que ces termes renvoient à des notions de procédure qui ne s'appliquent pas *stricto sensu* au sourcing, le respect d'un minimum de formalisme ainsi qu'une sensibilisation préalable de l'équipe projet peuvent contribuer à la prévention des risques (contentieux, délit de favoritisme...) et à la bonne gestion de la phase amont.

## TYPLOGIE DU SOURCING

<b>benchmarking</b> (parangonnage) : analyse comparative des pratiques des autres acheteurs afin de capitaliser sur leur expérience	<b>veille :</b> actualisation régulière des connaissances techniques, économiques et réglementaires (ex : recherches, participation à des salons...)	<b>e-sourcing :</b> emploi d'un logiciel permettant d'automatiser la recherche de fournisseurs (ex : algorithme, base de données...)	<b>demande d'informations</b> ("RFI") : sollicitation générale ou bien d'un panel de professionnels afin de déterminer la faisabilité technique ou financière d'un projet
<b>avis de préinformation :</b> publication formalisée pour faire connaître l'intention de passer prochainement un marché	<b>planification des achats :</b> programmation prévisionnelle des procédures à venir afin de donner de la visibilité aux opérateurs économiques	<b>rencontres fournisseurs :</b> réunions d'informations avec les représentants d'un secteur d'activités ou des soumissionnaires potentiels, en amont d'une consultation	<b>visite de site :</b> déplacement dans les locaux d'un fournisseur afin de mieux appréhender son processus de fabrication
	<b>entretien individualisé (B to B) :</b> rencontre qui permet d'échanger plus particulièrement avec quelques entreprises sur une solution technique qu'elles ont développée	<b>point de contact :</b> détermination d'un point d'entrée unique au sein d'une structure d'achat pour faciliter la mise en relation avec les entreprises	

### Conseils pratiques :



**Il n'existe pas de méthode universelle de sourcing, cependant quelques recommandations peuvent être formulées, dans un esprit de transparence mais aussi de souplesse :**

- ☞ définir en premier lieu les objectifs poursuivis par la démarche (ex : vision à long terme, préparation d'une procédure à venir...) ;
- ☞ assurer une publicité proportionnée aux enjeux et au montant de la future consultation (ex : aucune si faible enjeu, site institutionnel ou profil d'acheteur, etc.) ;
- ☞ laisser un délai raisonnable aux opérateurs économiques pour se manifester (ex : un mois) ;
- ☞ sélectionner un panel représentatif de fournisseurs à solliciter le cas échéant (ex : PME / ETI / grandes entreprises, fournisseurs déjà connus / nouveaux entrants sur le marché) ;
- ☞ conduire les entretiens, réaliser les visites de site dans le cadre d'une équipe pluridisciplinaire (acheteur, prescripteur, juriste, etc.) et avec une répartition claire du rôle de chacun ;
- ☞ refuser tous cadeaux (hors objets promotionnels de faible valeur) ou avantages et vérifier qu'aucun des participants n'est concerné par un conflit d'intérêt potentiel<sup>9</sup> ;
- ☞ assurer une traçabilité minimale des échanges (ex : invitation préalable, modèle de compte-rendu synthétique, etc.) ;

<sup>9</sup> La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a intégré dans le statut général des fonctionnaires la notion de conflits d'intérêts, qui désigne « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions ».

- ☞ assurer un niveau d'informations égal à toutes les entreprises participantes (liste de thématiques communes pour l'ensemble des sources, ex : performance technique, structuration des coûts, développement durable...) et ne communiquer aucun élément de la future consultation ;
- ☞ respecter la confidentialité des informations transmises par les entreprises (secret des affaires) et ne pas reprendre leurs idées / procédés novateurs dans le cahier des charges ;
- ☞ respecter un délai de quelques semaines entre la fin de la phase de sourcing et le lancement de la consultation ;
- ☞ évaluer a posteriori l'apport du sourcing pour l'amélioration du projet d'achat et de la satisfaction des utilisateurs.



Afin de rassurer les opérateurs économiques inquiets du traitement qui pourrait être réservé aux données techniques et/ou financières qu'ils communiquent, une bonne pratique peut être de leur demander de **signaler** lors du sourcing (et plus généralement dans leurs offres) **les éléments** qu'ils estiment **de nature confidentielle**, plutôt que de faire porter cette analyse sensible sur l'équipe projet.

Des documentations dédiées à la problématique du secret des affaires ont été produites par certaines fédérations professionnelles et ou chambres de commerce et d'industrie (CCI) qui peuvent servir à sensibiliser les acheteurs comme les opérateurs économiques<sup>10</sup>.

Au vu des moyens nécessaires à la réalisation d'un sourcing approfondi, son utilité doit être étudiée au cas par cas en fonction de la nature, de la complexité et ou du volume financier du besoin à satisfaire, ou de la procédure d'achat à mettre en œuvre. Il peut être envisagé de le réserver aux **procédures stratégiques** pour la structure, tout en ne s'interdisant pas un sourcing à plus long terme dans le cadre du renouvellement des stratégies d'achat.

Les acheteurs qui manqueraient de moyens, ou bien de pratique pour mettre en œuvre ces outils de façon isolée, peuvent mutualiser la phase de sourcing avec d'autres administrations présentes sur le territoire. Pour les accompagner dans cette démarche, de même que pour permettre aux entreprises de se manifester et d'être référencées, il existe différents réseaux d'échanges.

Les **pôles de compétitivité** peuvent apporter une aide méthodologique et un gain de temps. Certains proposent en effet un accompagnement des acheteurs par l'organisation de réunions fournisseurs notamment. Ex : le pôle Systematic Paris Région organise des demi-journées de rencontres entre un donneur d'ordre, ayant un besoin particulier, et des opérateurs qui ont développé une technologie répondant à la problématique donneur d'ordres. Les pôles contribuent aussi à la diffusion d'informations relative à la commande publique auprès des entreprises.

- ☞ Liste des pôles de compétitivité : <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/tout-savoir-sur-poles-competitivite>

Des journées « innovation » sont également organisées par les **agences régionales de santé (ARS)** en collaboration avec les incubateurs de la région, dans le but de faire se rencontrer les PME innovantes et les hôpitaux. Ces journées permettent aux opérateurs de mieux appréhender la commande publique, d'échanger sur les besoins hospitaliers et de présenter leurs offres au moyen de présentations rapides (« pitches »).

La Direction des achats de l'Etat (**DAE**) a mis en place en 2018 un guichet unique pour faciliter la mise en contact des entreprises et des acheteurs dans les ministères, les plateformes régionales achat et les établissements publics de l'État. La création de ce point d'entrée unique permet aux entreprises de faire connaître leurs produits ou services et d'échanger avec des acheteurs potentiellement intéressés.

- ☞ Guichet unique : <https://www.economie.gouv.fr/dae/guichet-unique-achats-letat>

<sup>10</sup> Par exemple, le guide de la CCI Paris Ile-de-France : <http://www.cci-paris-idf.fr/presse/communiques/guide-protection-du-secret-des-affaires-presse>.

Les **centrales d'achats** participent également à cette logique de mutualisation des moyens, en repérant des offres innovantes ou standardisées, qui seront ensuite proposées aux acheteurs.

La liste des titulaires de marchés de l'UGAP peut ainsi servir aux acheteurs qui souhaitent savoir si la solution innovante qu'ils envisagent fait déjà l'objet d'une contractualisation ou non.

Le Résah a par ailleurs créé un centre de l'innovation par les achats dont le rôle est d'optimiser la relation entre les acteurs de santé et les industriels, en devenant une véritable plateforme d'intermédiation entre établissements, utilisateurs et entreprises.

- ☞ Liste des titulaires de marchés de l'UGAP : [https://www.ugap.fr/repertoire-des-fournisseurs\\_111022.html](https://www.ugap.fr/repertoire-des-fournisseurs_111022.html)
- ☞ Résah : [www.resah-innovation.fr](http://www.resah-innovation.fr)

Les **chambres de commerce et d'industrie** accompagnent également les entreprises et participent à l'effort de visibilité de la commande publique. Par exemple, la CCI Paris Ile-de-France a mis en place le dispositif « CCI Business » dont l'objet est de donner de la visibilité aux investissements du Grand Paris dans les domaines du transport, du logement, de l'aménagement, de la smart city et à l'occasion d'événements tels les Jeux olympiques de 2024, grâce à une plateforme web, à l'organisation de rencontres, à l'accompagnement des entreprises, etc.

- ☞ CCI Business : <http://www.ccibusiness-grandparis.fr/reseau/106134-cci-business-grand-paris>

#### Exemple de la démarche sourcing de l'UGAP :

L'activité de centrale d'achat de l'UGAP l'oblige à analyser les besoins des clients avec précision dans le cadre d'une étude de marché, qui se traduira dans la structuration du marché (prestations prévues, montant estimé, spécifications techniques particulières, clauses administratives, délais ...).

Ce contexte d'achat particulier et les contraintes afférentes sont expliqués lors du sourcing par les acheteurs afin que les fournisseurs les comprennent et les intègrent au mieux dans la construction de leur offre.

Le sourcing est réalisé soit auprès de tous les fournisseurs identifiés et susceptibles de répondre à la consultation soit auprès d'un panel fournisseurs (PME, ETI et GE) lorsqu'il existe un nombre trop important d'acteurs. Dans ce cas, l'idée est de valider auprès d'un échantillon d'opérateurs économiques la cohérence de l'architecture du marché et du modèle économique envisagé au regard des contraintes des industriels.

Au regard de l'importance des marchés, l'UGAP échange avec certaines fédérations professionnelles pour leur faire part du lancement prochain d'une procédure et, le cas échéant, pour présenter la stratégie d'achat sur le secteur en question.

Dans le cadre du sourcing, les acheteurs de l'UGAP peuvent signer un accord de confidentialité (« NDA ») afin de sécuriser les échanges et données communiquées. Les éléments liés à un fournisseur ne sont pas accessibles à d'autres collaborateurs de l'UGAP que ceux concernés par la procédure. Les entreprises rencontrées sont identifiées dans un document interne préalablement au lancement de la procédure de marchés publics.

Une charte de déontologie est mise en œuvre depuis début 2019 pour les acheteurs.

Pour aider les candidats potentiels à anticiper les procédures, l'UGAP publie son programme d'appel d'offres, de même qu'un onglet « devenir fournisseur » est en ligne sur le site Internet.

En fonction de l'objet du marché, des éléments liés au développement durable et à l'accessibilité des personnes handicapées sont pris en compte dans les documents de la consultation et dans les critères de sélection des offres.



### **Exemple de la démarche sourcing du réseau des métropoles – France Urbaine :**

Les directions achat et commande publique des métropoles ont développé la pratique du sourcing, qui y est désormais très largement répandue pour tous les achats stratégiques ou à enjeux. L'exercice du métier d'acheteur public impose d'avoir une parfaite connaissance de l'état de l'art et de l'environnement fournisseur des familles d'achat de son portefeuille.

Le sourcing est l'un des outils de connaissance de l'acheteur, et c'est une pratique qui s'inscrit dans le cadre plus général des contacts réguliers qu'il est amené à avoir avec des fournisseurs (participation à des salons spécialisés, réponse à des prospects etc.).

Veille fournisseur et sourcing sont des vecteurs essentiels pour favoriser la pénétration de l'innovation dans les achats et l'organisation des collectivités, dans un environnement où les nouvelles technologies imposent plus encore aujourd'hui qu'hier de ne pas « copier » d'anciens DCE et de s'interroger sur les pratiques.

Organisées en réseau via France Urbaine, les métropoles ont décidé d'éditer leur propre guide du sourcing, pour en accroître l'efficacité en s'inspirant des meilleures pratiques et pour définir une méthodologie de mise en œuvre dans un cadre juridique sécurisé. Leurs pratiques ont de larges points communs :

- le respect d'une « charte de déontologie » et la formation des acteurs du sourcing, pour prémunir l'acheteur contre les risques de divulgation non souhaitée d'une information privilégiée à un fournisseur, de nature à lui conférer un avantage concurrentiel déterminant ou à révéler à un autre opérateur une technologie innovante mise au point par un opérateur économique (des engagements de non divulgation (NDA) peuvent dans ce cas être signés) ;
- l'identification en amont du panel fournisseurs le plus large, afin de déterminer s'il est opportun d'en rencontrer tous les acteurs (s'il y a peu d'opérateurs sur le secteur), de reconstituer un panel représentatif<sup>11</sup>, ou de lancer une demande d'information « RFI » ;
- la préparation des entretiens (grilles d'analyse), leur historisation (comptes rendus), et une synthèse des enseignements qui peuvent en être tirés pour nourrir une stratégie achat.

La publication en amont de la programmation pluriannuelle des achats pour favoriser le positionnement des opérateurs, notamment auprès des structures les plus innovantes et/ou culturellement éloignées des marchés publics, est encore une pratique émergente mais qui tend à se diffuser.

---

<sup>11</sup> Après classification des différents opérateurs économiques en grandes catégories telles que (liste non exhaustive) : fournisseurs historiques de la collectivité vs. ceux qui n'ont jamais remis d'offres, acteurs majeurs du secteur vs. nouveaux entrants / innovants (notamment dans les secteurs vivant des mutations technologiques ou organisationnelles importantes), acteurs de grande envergure vs. TPE/PME, technologies innovantes vs. technologies « historiques », acteurs locaux vs. nationaux, etc.



## HACKATHON

Le mot hackathon est issu de la contraction des mots « hacker » et « marathon ». Il désigne communément un événement où un **groupe de volontaires** – originellement des développeurs – se réunissent dans un **cadre temporel donné** (ex : une journée, plusieurs jours) pour répondre de façon créative à la problématique posée ou au challenge lancé par le service organisateur.

Il s'agit donc concrètement d'une **compétition d'innovation** qui s'étend désormais à d'autres domaines que la sphère informatique. La culture du hackathon s'est propagée en entreprises puis au sein des administrations, car il s'agit d'une pratique disruptive par rapport aux schémas organisationnels classiques (en « silo »), grâce à la mise en commun des connaissances et la recherche d'une solution dans le cadre d'équipes transversales, dans des délais très brefs.



Le hackathon peut revêtir **différentes formes** : il peut tout à la fois s'agir de réorganiser un processus interne de travail (champ managérial), de faire développer une solution technique en interne ou avec des participations externes (champ de la commande publique, le cas échéant), de découvrir des solutions nouvelles (champ du sourcing), ou encore de mettre à dispositions des données publiques pour faire naître un nouvel usage de celles-ci (champ de l'*open data*).

Cette pratique protéiforme ne correspond *stricto sensu* à aucune procédure ou technique d'achat de marché public, bien qu'elle puisse s'apparenter à un concours par certains aspects (jury, sélection...). Elle fait nécessairement débat, au regard du droit de la commande publique, si le service organisateur entend acquérir la **solution lauréate**.

Il est donc primordial de s'interroger en amont sur la **finalité du hackathon** (ex : s'agit-il de faire du sourcing ? Ou bien de faire développer une solution et le cas échéant de l'acquérir ?) afin de déterminer avec anticipation le **cadre juridique adéquat**, qui est également fonction de la valeur estimée du besoin.



Dans un premier temps, une bonne pratique, mise en œuvre par certaines collectivités publiques, consiste à établir un **règlement du hackathon** prévoyant :

- les conditions de participation (constitution des équipes, mandataire habilité à recevoir le prix...) ;
- l'objet de la compétition ;
- les modalités de sélection du/des lauréat(s) ;
- le montant des primes attribuées ;
- les droits de propriété intellectuelle des productions issues du hackathon.

Sur ce dernier point, plusieurs options sont possibles selon le contexte et la stratégie de l'administration quant à la **réutilisation et/ou la diffusion des contenus** : droits transférés à titre exclusif ou non à l'administration, mise sous licence libre permettant que les contenus soient utilisables par tous ou droits laissés aux participants, auquel cas ils sont libres de continuer leur projet.

La question des droits de propriété intellectuelle peut en outre être traitée de façon différente pour les productions des lauréats et des autres participants.

Les choix retenus doivent figurer de façon explicite dans le règlement de sorte que les participants soient tenus de les respecter. Dans le cas où les droits sont cédés à l'administration, il est souhaitable que le règlement renvoie à la signature d'un contrat dont le modèle peut le cas échéant être annexé au règlement.



La question qui se pose traditionnellement avec l'utilisation d'outils (comme le sourcing, les hackatons) en amont d'une procédure concerne la **possibilité de contracter directement avec une entreprise** dont l'offre paraît particulièrement bien correspondre aux besoins de l'acheteur.

Si le coût de la solution est inférieur à 25 000 € HT, ou 100 000 € HT si elle peut être qualifiée d'innovante dans le cadre de la procédure expérimentale<sup>12</sup> ([cf. point dédié](#)), la contractualisation est envisageable sans publicité ni mise en concurrence, étant précisé que l'acheteur doit toujours veiller à faire une utilisation optimale des deniers publics.

Au-delà du seuil de 100 000 € HT, la contractualisation doit donner lieu à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, sauf si l'acheteur est en mesure de démontrer qu'il entre dans l'un des cas de recours des marchés sans publicité ni mise en concurrence, dont les conditions d'emploi sont interprétées strictement, notamment s'agissant du critère d'exclusivité<sup>13</sup>.

C'est notamment le cas lorsque l'acheteur démontre que la société retenue est la seule à pouvoir répondre à ses besoins et que, pour des raisons techniques ou juridiques, aucun autre procédé équivalent ne peut les satisfaire. Les informations recueillies dans le cadre du sourcing lui seront précieuses pour se rendre compte si l'offre découverte est réellement unique ou s'il existe des offres équivalentes. La performance dans la satisfaction des besoins, qui peut résulter d'un procédé innovant, peut ainsi être prise en considération pour justifier la contractualisation de gré à gré.

En revanche, si des offres concurrentes et équivalentes existent, avec une performance et des fonctionnalités équivalentes, l'acheteur ne pourra faire l'économie d'une procédure (ce qui concernera la majorité des cas). Il lui restera cependant la possibilité d'utiliser les renseignements obtenus lors du sourcing pour parfaire la définition de ses besoins (voir ci-après).

---

<sup>12</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

<sup>13</sup> Article R. 2122-3 du CCP. Pour plus de détails, consulter la [fiche dédiée aux marchés sans publicité ni mise en concurrence](#).

## DEFINITION FONCTIONNELLE DES BESOINS



La définition du besoin est une obligation réglementaire posée à l'article L. 2111-1 du CCP « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.* »

Une bonne analyse du besoin et, par suite, sa définition dans les documents de la consultation (que veut-on acheter ? dans quelle quantité ? sous quel délai ? avec quel niveau de qualité ? à quel prix ?) sont une garantie de la bonne compréhension et donc de la bonne exécution du marché public par le futur titulaire. En ce sens, elles sont la clef d'un achat réussi et ne constituent pas une simple formalité juridique.

Il s'agit donc d'un **préalable nécessaire à toute procédure d'achat**, à laquelle sont également assignés des objectifs plus généraux liés au développement durable et à l'accessibilité<sup>14</sup>, ainsi qu'une nécessaire optimisation des coûts. Réaliser une telle synthèse requiert des itérations entre prescripteurs techniques et acheteurs (et le cas échéant avec les utilisateurs) ; ce temps d'échanges doit être anticipé dans le planning de la procédure, de même que la détermination des critères de sélection, le recours aux variantes, etc.

Pendant longtemps, la définition des besoins était réalisée dans les cahiers des charges *via* des spécifications techniques très précises, en référence à des solutions déjà existantes et éprouvées par l'administration. Cette posture peut freiner le développement de solutions innovantes. Elle n'est pas non plus gage de performance de l'achat, la collectivité n'ayant pas toujours l'expérience ou les compétences nécessaires pour présumer de la meilleure façon de répondre à ses attentes.

Les acheteurs sont désormais incités à procéder à une description fonctionnelle des besoins, qui ne prescrit pas précisément les moyens ou techniques à mettre en œuvre, mais plutôt le **résultat et les performances à atteindre** dans un cadre donné.

La démarche fonctionnelle paraît relativement évidente pour les besoins émergents ou nouveaux, mais elle est également appropriée aux segments d'achats plus courants, répétitifs. La **réévaluation régulière** des besoins et des façons de les satisfaire – grâce au sourcing notamment – permet en effet de ne pas enfermer l'achat dans une routine, de limiter la reconduction systématique des mêmes procédés et **permet de bénéficier de l'innovation quel que soit le segment d'achat**.

Elle permet de stimuler la concurrence (renouvellement du vivier des fournisseurs) et d'améliorer le rapport qualité/prix des prestations, en évitant par exemple de prescrire par répétition un certain niveau de qualité qui ne serait plus conforme à l'évolution des besoins et des pratiques.

Le fait de proposer une définition fonctionnelle du besoin réduit également le risque de reprendre dans le cahier des charges des spécifications techniques qui pourraient être protégées par des droits de propriété intellectuelle (brevet, savoir-faire) d'opérateurs économiques, au risque de méconnaître leurs droits ou de fermer la concurrence du fait de leur exclusivité sur ces éléments.



L'acheteur ne peut restreindre artificiellement la concurrence en définissant ses besoins sur les caractéristiques d'une offre précise de telle sorte qu'une seule entreprise puisse répondre. En revanche, rien n'interdit à l'acheteur de vouloir acquérir une solution qui dispose des meilleures technologies.

Dès lors que celles-ci représentent un intérêt objectif dans la satisfaction de son besoin, la prise en compte du résultat « performanciel » rendu possible par ces technologies, dans l'expression de son besoin, ne sera pas considérée comme une restriction artificielle de la concurrence ni comme une cause d'irrégularité.

<sup>14</sup> Article R. 2111-6 du CCP : « *Sauf cas dûment justifié, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.* ».

La condition de régularité dépendra de la capacité de l'acheteur à démontrer en quoi de telles exigences fonctionnelles visent à satisfaire un besoin légitime et non pas à favoriser une entreprise<sup>15</sup>.

Cela sera le cas, par exemple, si un acheteur après avoir pris connaissance d'un dispositif nouveau de sécurité dans le domaine des transports, formule une exigence fonctionnelle garantissant la sécurité sur ce point des véhicules qu'il achète. Il ne peut exiger que son besoin de sécurité soit satisfait selon le seul procédé mis au point par l'entreprise innovante qu'il connaît. Mais il peut exiger que le niveau de sécurité tienne compte de la meilleure technologie disponible. Les entreprises innovantes sur ce point pourront faire valoir leurs efforts d'investissement et maximiseront les chances d'obtenir le marché.

Afin de déterminer les exigences fonctionnelles et ne pas « fermer » la consultation par trop de précisions techniques, il peut être intéressant de **distinguer des niveaux d'exigences** (ex : 2, 3 ou 4) permettant de différencier ce qui est primordial (ex : planning, contraintes techniques...) de ce qui ne l'est pas.

Par exemple, la SNCF précise dans les documents de la consultation le niveau de flexibilité autorisé autour des objectifs de performance et des exigences fonctionnelles : aucune flexibilité, faible, moyenne, importante.

F0	Flexibilité nulle, niveau impératif, non négociable. Ces critères sont des critères de recevabilité et doivent être impérativement remplis.
F1	Flexibilité faible, niveau peu négociable, contrepartie forte nécessaire.
F2	Flexibilité moyenne, niveau négociable.
F3	Flexibilité forte, niveau très négociable.

Par ailleurs, dans le secteur de la santé, la définition fonctionnelle s'accompagne souvent de cas d'usages. Il s'agit d'illustrations concrètes de la manière dont les professionnels de la santé utiliseront un équipement ou une solution informatique, afin d'analyser les difficultés rencontrées par les professionnels et les carences à pallier.



Quelques points-clés :

- ☞ pour éviter les exigences fonctionnelles formulées de manière floue, on peut associer les performances à des éléments quantitatifs ou évaluables (ex : temps de résistance au feu, degré de résistance à la chaleur, quantités produites...) ;
- ☞ lorsque l'initiative est laissée aux candidats sur les modalités techniques de la solution, les documents de la consultation doivent être clairs et exhaustifs sur les contraintes qui encadrent cette liberté, au risque de susciter des offres irrégulières<sup>16</sup>. Il peut notamment s'agir de contraintes normatives, de contexte, liées à l'environnement dans lequel s'exécute la prestation, etc. ;
- ☞ il convient de limiter les conditions d'exécution au strict nécessaire, ce qui permet de favoriser la flexibilité et donc une plus grande variété d'offre, mais également de limiter le coût de la prestation.

---

<sup>15</sup> Le Conseil d'Etat a pu reconnaître qu'était justifiée, au regard de l'objet du marché, la mention d'un procédé novateur (CE, 10 février 2016, Société SMC2 et a., n° 382148, 382154 et 382153) : « L'objet du marché contesté étant la construction d'une halle des sports couverte par une toile, la commune a voulu choisir un système de fixation de cette toile de couverture [novateur] offrant les meilleures garanties de vieillissement, un moindre coût de maintenance et une meilleure esthétique. A cette fin, elle a retenu, par les prescriptions de l'article 4.3 du cahier des clauses techniques particulières, le procédé de fixation de la toile de couverture "par des profilés métalliques inoxydables non visible et discret", lequel ne nécessite "aucune maintenance". Ce procédé de fixation de la couverture de l'ouvrage est justifié par l'objet même du marché. Par suite, la commune n'a, en faisant le choix de ce procédé, pas méconnu les dispositions du code des marchés publics (CMP), qui interdit la mention d'un procédé de fabrication particulier sauf, notamment, s'il est justifié par l'objet du marché, ni le principe d'égalité entre les candidats. »

<sup>16</sup> Certes, dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser les soumissionnaires à régulariser leurs offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. 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.

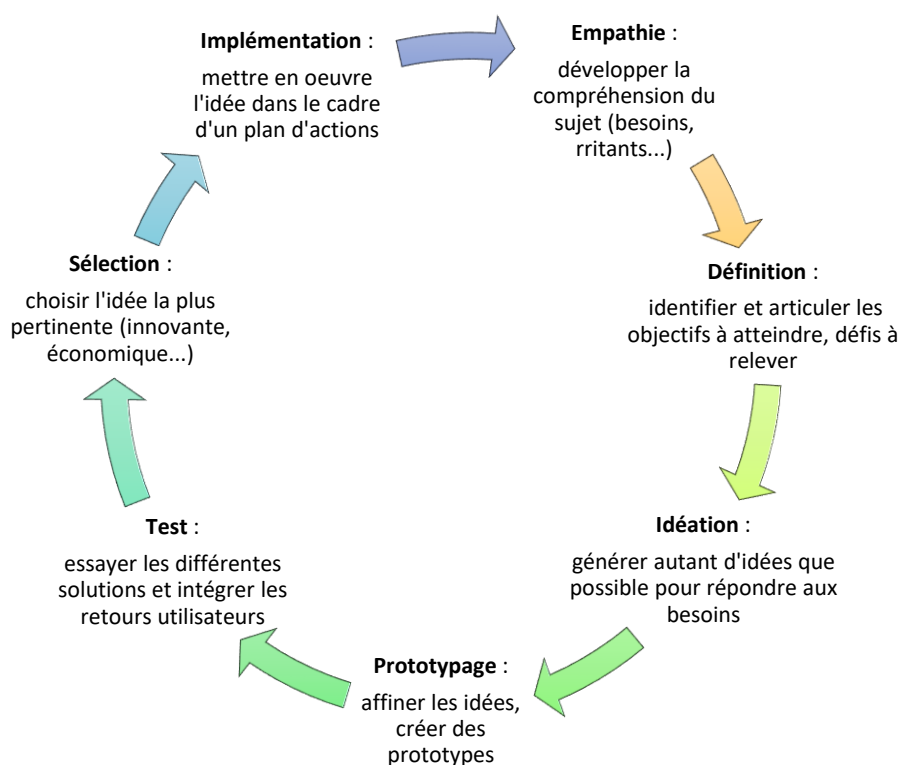
Toute exigence ayant un coût, il revient à l'acheteur d'arbitrer entre l'essentiel et le superflu (l'organisation de l'exécution de la prestation relevant de la responsabilité de l'entreprise) ;

- ☞ élaborer la méthode d'évaluation qui permettra de classer les offres, mais aussi de mesurer en cours d'exécution les résultats obtenus.
- ☞ afin de respecter le principe de détermination préliminaire des besoins, les acheteurs devront s'interdire de la modifier, notamment en MAPA, au fur et à mesure de la procédure, au motif qu'il s'agit d'une négociation avec les entreprises.

Le recours au **design thinking** (pensée design) peut, par exemple, constituer une aide méthodologique, tant pour la description des besoins que pour le fonctionnement de l'équipe projet. Concrètement, il s'agit de poser une problématique et de la faire traiter par une équipe pluridisciplinaire de façon collaborative et non conventionnelle (hors hiérarchie et fonctionnement en silo), afin de faire émerger des solutions nouvelles, en partant des besoins et des difficultés des usagers et en s'inspirant des outils du design.

Ce processus de co-crédation implique la **participation active de l'utilisateur final** et une étude de terrain, en complément d'études quantitatives et qualitatives plus classiques. Cette logique centrée sur l'usage peut être utilement employée dans le cadre de projets innovants d'achat public, qui requièrent une analyse fonctionnelle assez poussée<sup>17</sup>.

La démarche est structurée en plusieurs étapes (de 3 à 7) qui peuvent être synthétisées ainsi :



Quelle que soit la méthode employée pour y parvenir, une bonne définition des besoins aboutira également à une structuration pertinente du marché, par le biais de **l'allotissement**, qui est destiné à susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique.

<sup>17</sup> La Direction interministérielle de la transformation publique (DITP) propose une méthodologie et des outils pour découvrir l'approche *design* : <http://comment-faire.modernisation.gouv.fr/decouvrir-le-design-public/>.

Pour capter l'attention des entreprises souvent très spécialisées, et leur donner la possibilité de répondre aux appels d'offres, la technique d'allotissement et l'**adaptation du périmètre des lots aux capacités des entreprises innovantes** susceptibles d'y participer est une nécessité.

Pour ce faire, l'acheteur dispose d'une **grande liberté** dans la détermination du nombre et de la consistance des lots<sup>18</sup>. Il doit toutefois tenir compte des caractéristiques techniques de la prestation concernée, du territoire où elle est exécutée, du secteur économique concerné, de sa propre capacité à coordonner l'ensemble des prestations, etc. afin d'aboutir à la meilleure structuration fonctionnelle et géographique, le cas échéant.

Seule une erreur manifeste d'appréciation eu égard à la nature des prestations et à l'objet du marché est susceptible de caractériser un manquement aux obligations de mise en concurrence<sup>19</sup>.

L'acheteur dispose également d'une certaine latitude dans la détermination des modalités de soumission et d'attribution des lots. Par exemple, il peut décider de limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre maximal de lots pouvant être attribués à un même opérateur économique, ce qui permettra de varier les entreprises attributaires.

Ces techniques d'allotissement peuvent permettre à des entreprises de concourir, alors même que celles-ci n'auraient pas eu la capacité de satisfaire à l'ensemble des lots du marché, et ainsi augmenter la participation à la consultation (et les chances d'obtenir une solution optimale).

En synthèse, l'allotissement sera d'autant plus facile à réaliser que l'acheteur et le prescripteur auront acquis en amont une bonne connaissance du secteur concerné, afin de structurer les prestations en cohérence avec l'état de l'art et de la concurrence.

---

<sup>18</sup> Article L. 2113-10 du CCP : « Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots ».

<sup>19</sup> Conseil d'Etat, 21 mai 2010, n° 333737, Commune d'Ajaccio.

## CRITERES DE SELECTION DES OFFRES

L'examen des offres doit permettre de choisir l'**offre économiquement la plus avantageuse**. A cet égard, le choix des critères de sélection pertinents au regard de l'objet du marché revêt une importance cruciale<sup>20</sup>.

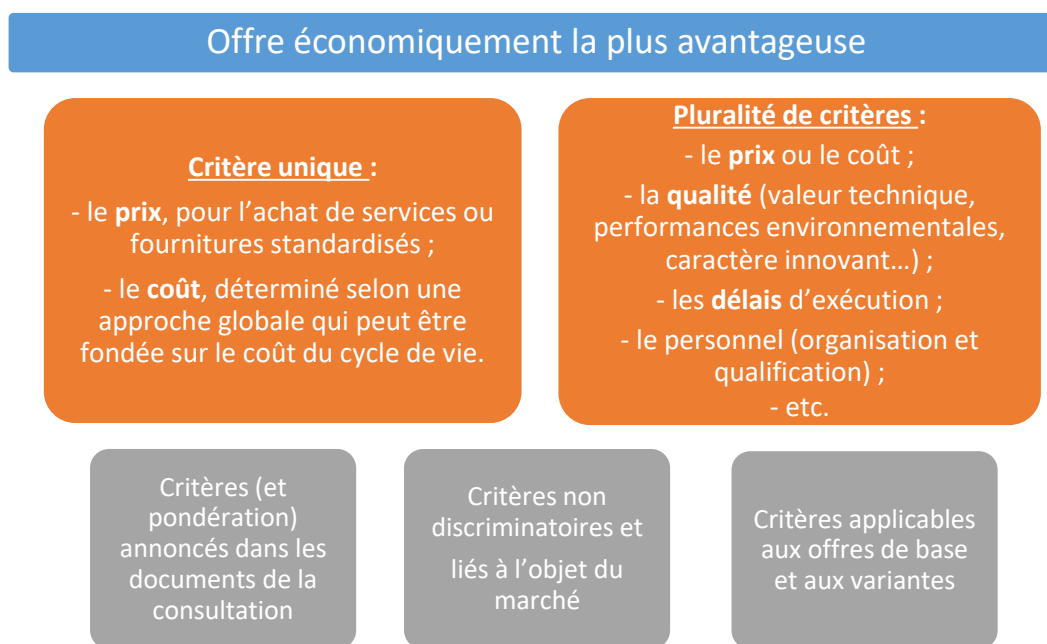
L'offre économiquement la plus avantageuse ne signifie pas l'offre la moins chère, dite « moins-disante ».

Les **critères** de sélection, **librement choisis par l'acheteur**, doivent permettre d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect des modalités d'exécution du marché.

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

- le critère doit avoir un lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;
- il doit être formulé de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et diligents de l'interpréter de façon similaire ;
- les critères d'attribution doivent être portés à la connaissance des candidats, de même que leur pondération.

Afin d'accompagner les acheteurs dans la détermination des critères, les réglementations européenne et nationale établissent une **liste indicative** (cf. [article R. 2152-7 du CCP](#)) :



**Dans les domaines d'achats où l'on attend de l'innovation, le recours à une pluralité de critères est recommandé, tandis que le recours à un critère unique (prix ou coût) doit être évité, car plus adapté à des prestations courantes.**



Au sein de la pluralité des critères possibles, le **critère du prix** n'est **pas le plus pertinent**. Il doit être pondéré de manière à ne pas décourager les solutions innovantes. Ces dernières peuvent en effet s'avérer *a priori* plus onéreuses que des solutions standards et répandues sur le marché – notamment si le coût d'acquisition est seul pris en compte, sans intégrer par exemple les coûts d'utilisation – alors qu'elles présentent en réalité un bilan coûts/avantages plus intéressant sur la durée.

<sup>20</sup> Ces critères, qui portent sur la valeur des offres, ne doivent pas être confondus avec les critères de sélection des candidatures qui servent à évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

Le recours au **coût complet** peut pallier cette difficulté, car il est déterminé selon une **approche globale** qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, correspondant à l'ensemble des étapes successives et interdépendantes tout au long de la vie d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Par le biais de cette approche globale, il est ainsi possible de prendre en compte l'ensemble des coûts générés par la prestation, et non pas seulement son coût de production initial (ex : frais de maintenance, de recyclage, etc.)<sup>21</sup>.

Parmi les autres critères d'attribution, 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.

On pourrait également considérer que le critère le plus susceptible d'orienter directement le choix de l'acheteur vers l'innovation est bien celui du **caractère innovant de l'offre**. Or ce dernier est semble-t-il **peu utilisé**.

Lier le caractère innovant à l'objet du marché n'est certes pas aisé, car un achat consiste rarement à disposer d'une innovation en tant que telle (exception faite de certains marchés de haute technologie dont la finalité est d'acquiescer le dernier état de l'art).

Le recours à ce critère nécessite la capacité de l'équipe projet à objectiver le caractère innovant de la solution, par des indices déterminés avant la remise des offres. Par exemple, lorsque la prestation n'est pas standardisée et nécessite une adaptation aux besoins de l'acheteur, on peut envisager de noter l'expérience antérieure et la capacité de l'entreprise à construire une réponse spécifique aux besoins de l'administration et donc à proposer un dispositif nouveau et/ou adapté par rapport aux procédés existant sur le marché.



Pour les acheteurs qui souhaitent y recourir, il serait sans doute plus facile d'utiliser le caractère innovant comme l'un des **sous-critères de la valeur technique** de l'offre. La publicité de ce sous-critère permet, de plus, d'appeler les candidats à proposer des prestations créatives. Une pondération de 5 ou 10% pourra, dans un premier temps, permettre aux acheteurs de s'habituer au maniement de ce critère.

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

---

<sup>21</sup> Pour plus d'informations sur la prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation : <https://www.economie.gouv.fr/daj/cout-cycle-vie-consultation>.



## DELAIS DE PROCEDURE ADAPTES AU CARACTERE INNOVANT DU BESOIN

La détermination de délais de procédure adaptés est un **point crucial pour favoriser l'intérêt des opérateurs économiques**. Or, la fixation des délais est généralement utilisée comme le moyen principal de réduire le temps de procédure, ce qui est un mauvais calcul et contredit l'esprit même du texte.



Les articles R. 2143-1 et R. 2151-1 du CCP disposent que « *l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre* ».

En procédure formalisée, les **délais minimaux** de réception des candidatures et des offres sont fixés à 30 jours (hors cas d'urgence dûment justifié ou avis de pré-information)<sup>22</sup>. En MAPA, ils sont à la discrétion de l'acheteur mais doivent être malgré tout suffisants.

Dans la plupart des cas, les acheteurs retiennent mécaniquement les délais minimaux comme base de référence dans leur retro-planning, quel que soit l'achat concerné. La nécessité de livrer à temps le service l'emporte généralement sur d'autres considérations.

Or la recherche de services améliorés ou innovants n'est pas toujours compatible avec la fixation de délais au minimum réglementaire. Bien au contraire, l'objectif d'innovation devrait être suffisamment important pour faire considérer celui du calendrier comme moins prioritaire.

~~30 jours  
systématiques~~

Par ailleurs, un délai minimal pourrait être sanctionné par le juge administratif en fonction du cas d'espèce<sup>23</sup>.

Une **meilleure anticipation** des procédures, par exemple dans le cadre d'une programmation annuelle ou pluriannuelle des achats, devrait permettre d'**allonger progressivement les délais** de réponse afin de consolider la qualité des offres et de faire émerger l'innovation espérée, mais aussi d'améliorer l'attractivité de la commande publique.

Il relève donc de la responsabilité des acheteurs et des décideurs (et de leur intérêt en termes de qualité des offres) de bien distinguer délais minimaux et délais nécessaires aux entreprises pour répondre au cahier des charges, *a fortiori* quand une solution innovante est attendue.

Les délais de procédure ne sont pas seulement utiles à la constitution d'offres économiquement avantageuses, mais constituent également un **temps de recherche de partenaires**. En effet, les entreprises peuvent être amenées, notamment parce que la solution innovante nécessite de s'adosser à d'autres compétences, à candidater en groupement d'entreprises ou à contractualiser avec des sous-traitants.

Ces possibilités doivent être anticipées par l'acheteur et prises en compte dans la procédure : faciliter la constitution des groupements nécessite de laisser suffisamment de temps, entre l'envoi de l'avis d'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 convenir de la relation contractuelle autour du marché.



Enfin, au-delà du délai en lui-même, l'attention des acheteurs est appelée sur les **périodes de publication**. Il convient en effet d'éviter les périodes de forte activité des entreprises, ou à l'inverse de faible activité (ex : période estivale) pour lancer des consultations qui pourraient de fait passer inaperçues. Lancer une consultation avant ses congés ne constitue pas une bonne pratique !

Par exemple, l'UGAP fixe rarement un délai de 30 jours pour la réponse aux appels d'offres. En général, les délais moyens s'élèvent à 40-45 jours de consultation à compter de la publication et le mois d'août est neutralisé.

<sup>22</sup> Chapitre 1<sup>er</sup> du titre VI, du livre 1<sup>er</sup> de la deuxième partie du CCP (relative aux marchés publics).

<sup>23</sup> CE, 11 juillet 2018, n° 418021, Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre.

## VARIANTES

Le terme de variante correspond à une **modification** des spécifications techniques **de la solution de base**. Il sert en fait à désigner aussi bien :

- les variantes à l'initiative des soumissionnaires, définies par la jurisprudence comme « *des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation* »<sup>24</sup> ;
- les variantes imposées par les acheteurs, qui peuvent définir précisément ou non la variante attendue (ex : éléments techniques sur lesquels doit porter la variante).

Le fait qu'un opérateur économique propose une alternative à la solution envisagée par l'acheteur ne signifie pas que sa proposition sera totalement divergente ; elle peut varier seulement sur quelques aspects (ex : emploi de nouveaux matériaux ...).

Les variantes permettent, d'une part, aux entreprises de faire valoir leur **savoir-faire** et leur capacité d'innovation et, d'autre part, aux administrations d'optimiser la réponse à leurs besoins par des **procédés alternatifs plus performants**, qui n'ont pas nécessairement été envisagés au départ (en particulier dans les domaines évolutifs).

La variante prend tout son sens lorsque l'acheteur n'a pas été en mesure de réaliser un sourcing approfondi ou qu'il a rédigé un cahier des charges très précis prescrivant une solution particulière, au lieu de se limiter au résultat à atteindre. Elle est d'autant plus utile que l'acheteur dispose de moyens contraints en amont de la procédure et constitue un « filet de sécurité » pour permettre aux entreprises de présenter la réponse la plus adaptée au besoin.

Les variantes se distinguent des prestations supplémentaires éventuelles (PSE) et des options :

Variante	PSE	Option
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Peut être à l'initiative du candidat ou de l'acheteur.</li> <li>• Correspond à une modification des spécifications techniques de la solution de base.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A l'initiative de l'acheteur uniquement</li> <li>• Correspond à des prestations (en lien avec l'objet du marché), qui peuvent être commandées ou non à la signature du contrat.</li> <li>• S'ajoute à la solution de base sans s'y substituer.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A l'initiative de l'acheteur uniquement (notion européenne).</li> <li>• Correspond à des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence si prévu dans le marché initial (principalement : marchés dits "similaires", tranches optionnelles).</li> </ul>

L'article R. 2151-8 (et suivants) du CCP indique les modalités d'autorisation ou d'interdiction des variantes selon la procédure employée et le type d'acheteur :

### Régime des variantes pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité :

	Procédure formalisée	Procédure adaptée
Pouvoir adjudicateur	<b>Interdiction des variantes</b> <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.	<b>Autorisation des variantes</b> <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.
Entité adjudicatrice	<b>Autorisation des variantes</b> <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.	<b>Autorisation des variantes</b> <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.

### Régime des variantes pour les marchés publics de défense ou de sécurité :

Procédure formalisée	<b>Interdiction des variantes</b> <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis d'appel à la concurrence.
Procédure adaptée	<b>Autorisation des variantes</b> <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.

<sup>24</sup> CE, 5 janvier 2011, n° 343206 et 343214, Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc.

Sauf exigence contraire explicite, les variantes peuvent être déposées seules, **sans une offre conforme à la solution de base**. Cette disposition a pour objectif d'élargir l'accès à la commande publique notamment des PME innovantes, qui n'ont pas forcément la capacité de proposer une offre de base, alors qu'elles peuvent proposer des solutions alternatives adaptées au besoin.



Il n'est donc pas recommandé d'exiger le dépôt d'une offre de base, dans une logique d'allègement de la charge administrative des entreprises (éviter de préparer 2 offres) et de stimulation de leur créativité en réponse aux besoins formulés. Cela réduit également le travail de l'acheteur.

Malgré cette ouverture de la réglementation, force est de constater que **l'usage des variantes reste limité**, soit que les acheteurs les interdisent expressément 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.

**Envoyer un message clair aux candidats en faveur des variantes dans les documents de la consultation revient également à envoyer un signal positif en faveur de l'innovation.**



Il est donc recommandé de prévoir à l'avance le traitement des variantes dans les documents de la consultation :

- en autorisant explicitement les variantes quelle que soit la procédure, ce qui nécessite cependant de disposer des moyens et les compétences permettant une évaluation rigoureuse des différentes solutions ;
- en déterminant les exigences minimales ou les éléments du cahier des charges qu'elles devront respecter, et les modalités de leur présentation (ces éléments, obligatoirement mentionnés en procédure formalisée, sont recommandés en MAPA) ;
- en retenant des critères (et sous-critères) d'attribution identiques, qui permettront d'évaluer à la fois les offres de base et les variantes<sup>25</sup> ;
- en fléchant les variantes dans la trame de mémoire technique, pour inciter les entreprises à décrire et justifier avec précision l'amélioration technique ou l'économie générée(s) par la variante par rapport à la solution de base.

Afin de classer les offres, 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. Les offres de base et les variantes sont ainsi jugées en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités.

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.

<sup>25</sup> Conformément à l'article R. 2152-7 du CCP, « les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base ».

### Exemple de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Ile-de-France

La CCI Paris Ile-de-France a eu l'occasion d'expérimenter l'ouverture aux variantes dans le cadre de l'acquisition d'une solution informatique.

Le benchmark avait révélé qu'un seul candidat, au niveau mondial, proposait une solution standardisée pertinente, soit un logiciel sur étagère en mode « SaaS » (abonnement à un logiciel sans l'acquérir). Pour ouvrir à la concurrence, il fallait explorer d'autres modes de fourniture, dont le développement pour les besoins spécifiques de l'acheteur d'un logiciel hors étagère.

Cela a été rendu possible par le biais d'un CCTP ouvert et d'une variante, non pas imposée, mais proposée, laissant la possibilité aux candidats de présenter une solution en « SaaS » ou en développement total sur le modèle acquisitif (location vs. achat).

En prévision ont été notamment élaborés :

- deux actes d'engagement (l'un en bon de commande pour le modèle Saas et l'autre en prix global) ;
- deux types d'approche des droits de propriété intellectuelle (droits d'usage – en mode Saas – ou droit de propriété – pour le logiciel développé et acquis) ;
- des critères d'analyse technique communs aux deux modes de fourniture (après avoir bien circonscrit le champ de la variante)

L'analyse des prix s'est révélée délicate et a nécessité la détermination d'une durée d'amortissement qui permettrait de comparer les 2 modes en coût global. Partant du constat que le développement demande un investissement financier conséquent au démarrage, avec des coûts de plus en plus faibles à mesure que le temps avance, alors que le mode « SaaS » demande des abondements financiers limités mais tout au long de la durée de vie de l'utilisation, une simulation des prix sur une la durée moyenne de 10 ans a été menée pour retenue pour comparer les solutions en présence et déterminer la plus économiquement avantageuse.

## DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La propriété intellectuelle recouvre un ensemble de **droits exclusifs** (droit d'auteur, brevets, marques...) qui protègent les auteurs/créateurs/innovateurs et leur permettent de décider des utilisations possibles de leurs réalisations et de les valoriser auprès de partenaires<sup>26</sup>.

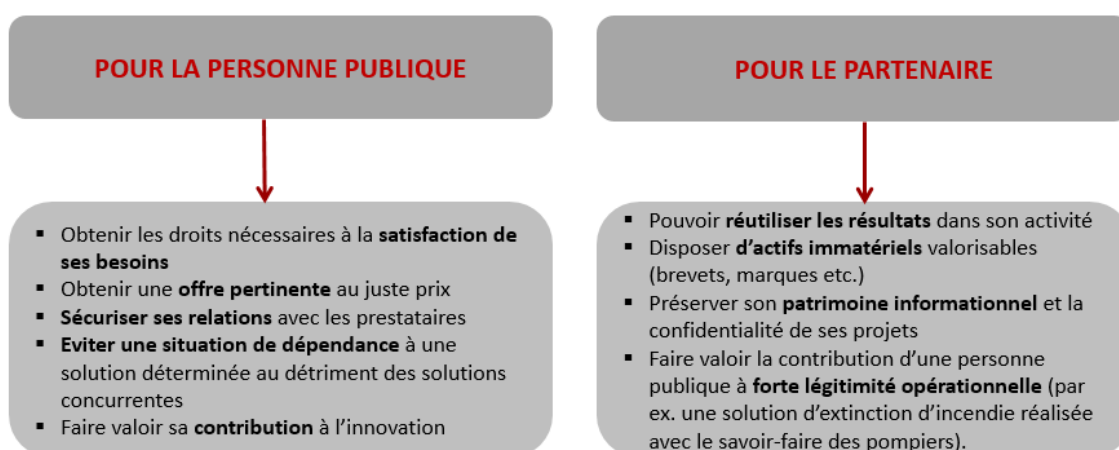
Un achat innovant peut donner lieu à l'acquisition ou la réalisation de solutions couvertes par des droits de propriété intellectuelle, par exemple :

- une solution technique nouvelle par le brevet ;
- un logiciel par le droit d'auteur ;
- un design par le droit d'auteur, le droit des dessins et modèles ;
- le nom/logo d'un nouveau produit ou service par la marque.

En principe, les droits appartiennent au déposant (marques, brevets, dessins et modèles) ou à celui qui est à l'origine de la réalisation (droit d'auteur).

Il est nécessaire de convenir par écrit avec le titulaire des droits des utilisations que l'on souhaite faire de sa réalisation : la reproduire, la diffuser, la faire fabriquer, l'industrialiser/commercialiser, l'ouvrir sous licence libre, la faire évoluer, etc. Le simple fait de payer une prestation ne confère pas automatiquement de tels droits.

La propriété intellectuelle représente de **forts enjeux pour les parties prenantes** de l'achat innovant :



Définir une stratégie de propriété intellectuelle, c'est **organiser dans le marché les conditions d'utilisation et de réutilisation des solutions issues de l'achat innovant**, par l'acheteur pour son besoin et par le titulaire dans le cadre de son activité. Cette réflexion peut en outre avoir des effets non négligeables sur le coût de la solution (une utilisation restreinte étant moins chère qu'une utilisation large).

La question de la propriété intellectuelle se pose notamment dans les achats qui ont pour objet des prestations intellectuelles (maîtrise d'œuvre, conception, design, etc.) ou informatiques (développement, maintenance).

Elle est d'autant plus importante dans l'achat innovant<sup>27</sup> **lorsque les parties prennent des risques et s'apportent mutuellement de la valeur** :

<sup>26</sup> Pour en savoir plus sur les droits de propriété intellectuelle, voir le site de l'INPI : <https://www.inpi.fr/fr>.

<sup>27</sup> Cette problématique est plus large que le seul champ des partenariats d'innovation, mais elle se pose avec une certaine acuité dans ce cas. En effet, l'article R. 2172-25 du code de la commande publique dispose que « *la répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement, est prévue dans le partenariat d'innovation* ». Voir pour aller plus loin sur ces questions la publication de l'APIE « [Partenariat d'innovation : la stratégie de propriété intellectuelle](#) ».

- la solution peut avoir été co-crée par l'acheteur et le titulaire du marché en phase de R&D ou de prototypage, qui auront chacun apporté savoir-faire et/ou droits de PI antérieurs ;
- la R&D de la solution peut avoir été cofinancée par l'acheteur et le titulaire du marché ;
- la solution peut être issue d'une innovation pour laquelle l'achat public sera l'occasion d'un test « grandeur nature », d'une preuve de concept (POC) lui apportant une légitimité, un perfectionnement ;
- la solution peut être initialement une innovation publique sur laquelle l'acheteur dispose de droits de propriété intellectuelle (par exemple d'un brevet<sup>28</sup>) et pour laquelle l'achat innovant consistera à la concrétiser puis l'industrialiser.

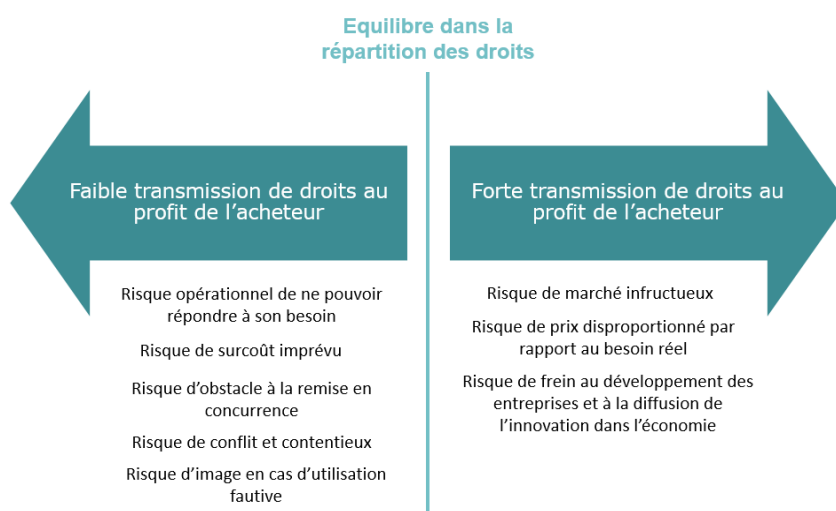
**Il n'y a pas de modèle unique de répartition des droits entre titulaire et acheteur car chaque projet est différent.**

Le fait qu'une partie dispose de droits sur la solution n'exclut d'ailleurs pas que l'autre partie dispose également de droits (tels qu'une licence d'utilisation ou une cession non exclusive). L'objectif de diffusion de l'innovation peut conduire à laisser la possibilité au titulaire de commercialiser les solutions issues de l'achat innovant, voire lorsque c'est pertinent de placer certains contenus sous licence libre.

Selon les projets, les parties peuvent avoir des besoins de réutilisation différents, par exemple :

- lorsque l'objet du marché consiste à s'équiper de produits (ex. véhicules, smartphones) ou à accéder à des services existants (ex. application en ligne) sans besoin de les fabriquer, de les personnaliser ni de les faire évoluer, l'acheteur n'a pas forcément besoin d'obtenir de droits de propriété intellectuelle ;
- lorsque des solutions répondant aux besoins spécifiques de l'acheteur sont développées dans le cadre du marché, il peut souhaiter disposer d'une autonomie sur la solution (être libre d'effectuer la maintenance, de faire évoluer la solution, etc.), ce qui suppose d'obtenir les droits adéquats. Cette stratégie n'exclut pas de permettre au titulaire du marché d'exploiter également la solution dans son activité ;
- lorsque les parties co-crée la solution, chacune peut souhaiter avoir des droits sur l'innovation finale ;
- lorsque l'objet du marché consiste à concrétiser et industrialiser une innovation initialement réalisée par les services internes de l'acheteur, ce dernier peut souhaiter conserver des droits sur la solution ou certaines composantes, tout en octroyant une licence au titulaire pour commercialiser la solution ;
- lorsque sont développés dans le cadre du marché des éléments identitaires pour l'acheteur (charte graphique, design spécifique, etc.), ce dernier peut avoir besoin d'obtenir des droits exclusifs sur ceux-ci.

C'est pourquoi l'acheteur doit viser le « juste équilibre » pour atteindre ses objectifs, maîtriser le coût du marché et favoriser la diffusion de l'innovation :



<sup>28</sup> Pour déterminer la pertinence d'une stratégie de brevet, voir la publication de l'APIE « [Déposer un brevet, dans quels cas, pour quelle stratégie ?](#) »



Pour élaborer les clauses de propriété intellectuelle du marché, il est nécessaire de bien identifier :

- l'objet de l'achat innovant ;
- les différents livrables attendus ;
- les objectifs et besoins de l'acheteur en terme d'utilisation, réutilisation de chaque livrable (licence, cession, avec ou sans exclusivité), pour quelles finalités, quelle durée et quel territoire ;
- les réalités du secteur économique concerné dans le cadre du sourcing.

Le facteur clé de réussite est le **dialogue entre l'acheteur – le prescripteur et le juriste**. Un travail d'étude et de concertation est indispensable en amont de la procédure achat, dès la définition de la stratégie du projet.

Certains cahiers des clauses administratives générales (CCAG) proposent une aide à la rédaction des **clauses d'utilisation** des livrables. Ainsi, les CCAG-PI et CCAG-TIC<sup>29</sup> contiennent deux options, qui doivent être adaptées en fonction des besoins :

- l'option A, qui est l'option par défaut, où l'acheteur public est autorisé à utiliser les résultats issus de la prestation pour les besoins découlant de l'objet du marché, sans en devenir propriétaire ;
- l'option B, qui prévoit une cession des droits à l'acheteur pour les modes d'exploitation (supports et utilisation effective et envisagée), la durée d'exploitation et le territoire d'exploitation qu'il précise dans le marché. Cette cession est prévue par défaut comme étant à titre exclusif au profit de l'acheteur. Ce choix doit être apprécié en fonction des caractéristiques et des objectifs de l'achat et il est possible d'y déroger.

De manière générale, il est possible de déroger à tout ou partie de ces options, par exemple pour élaborer une clause ad hoc tenant compte des spécificités d'un achat innovant particulier ou de livrables pour lesquels l'acheteur aurait des besoins différenciés.

---

<sup>29</sup> Cf. chapitres 5 du CCAG-PI et 7 du CCAG-TIC.

## 4. CONTRACTUALISATION AU SERVICE DE L'ACHAT INNOVANT

Il existe différentes procédures ou techniques d'achat, des plus courantes au plus spécialisées, permettant d'intégrer l'innovation dans la commande publique (cf. [diagramme en annexe](#)).

Le choix de procédure ne doit pas être guidé par des considérations de simplicité ou de temporalité (ex : négociation plus difficile et/ou plus longue qu'un appel d'offres), mais par la **nature du besoin et la disponibilité ou non des moyens de le satisfaire**.

Les questions de calendrier trouvent bien souvent une source de traitement dans la planification des achats.

### ACHATS DE R&D

#### L'EXCLUSION DES MARCHES DE R&D DU CHAMP D'APPLICATION DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les travaux de recherche et développement ont été définis et codifiés par l'OCDE, chargée d'assurer la comparabilité des informations entre les pays membres de l'organisation, dans le [Manuel de Frascati](#) paru en 2002.



Le code de la commande publique en donne désormais lui-même une définition en son article L. 2512-5 : « *la recherche et développement regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication* ».

Ces activités sont exclues du champ d'application du code, ce qui s'explique notamment par la volonté d'encourager le cofinancement de programmes de recherche et développement provenant de sources industrielles<sup>30</sup>.

Ainsi, les marchés de services portant sur des projets de R&D peuvent être **passés de gré à gré**, sous deux conditions alternatives d'interprétation stricte :

- si le pouvoir adjudicateur ne finance que partiellement le programme (partage du coût financier des études à réaliser) ; ou
- s'il n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme (partage des droits de propriété intellectuelle).

Cette exclusion ne s'applique qu'aux programmes qui portent sur des projets de R&D **sans prolongement industriel direct**. Elle ne couvre donc pas les programmes qui prévoient la réalisation et la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication, c'est-à-dire ceux dont la finalité précède immédiatement la mise en industrie.



Dans le cas où une entreprise innovante démarcherait une personne publique pour co-développer un procédé qu'elle a conçu, la personne publique pourrait certes passer un marché de services de R&D avec cette entreprise en respectant les conditions mentionnées *supra*, cependant, elle ne pourrait pas acheter le procédé une fois développé, sans remise en concurrence<sup>31</sup>.

La **remise en concurrence à l'issue du processus de recherche** peut être difficile à justifier auprès du partenaire, qui a investi pour développer une solution correspondant aux souhaits de la personne publique, et qui peut

<sup>30</sup> Directive 2014/24/UE, précitée, considérant 35 : « *Le cofinancement de programmes de recherche et développement (R&D) provenant de sources industrielles devrait être encouragé. Par conséquent, il y a lieu de préciser que la présente directive ne s'applique qu'en l'absence d'un tel cofinancement et lorsque les résultats des activités de R&D reviennent au pouvoir adjudicateur concerné (...).* »

<sup>31</sup> Sauf à entrer dans le champ expérimental du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 (cf. [point dédié](#)).



craindre que le fruit de son travail soit porté à la connaissance de concurrents éventuels, réduisant ainsi l'avantage compétitif qu'il a acquis en prenant le risque d'innover.

Il est donc primordial de s'interroger dès le démarrage du projet sur sa finalité : soutenir le développement d'une solution avec ou sans acquisition à l'issue ?

Afin d'associer le cas échéant la R&D et l'achat d'une solution innovante, un nouveau contrat a été instauré : le partenariat d'innovation, mais son usage doit avoir été anticipé (cf. [partie dédiée](#)).

## LE DEVELOPPEMENT DES ACHATS PUBLICS AVANT COMMERCIALISATION A L'ECHELLE EUROPEENNE

Dans le cadre du programme d'innovation [Horizon 2020](#), la Commission européenne a développé une distinction entre :

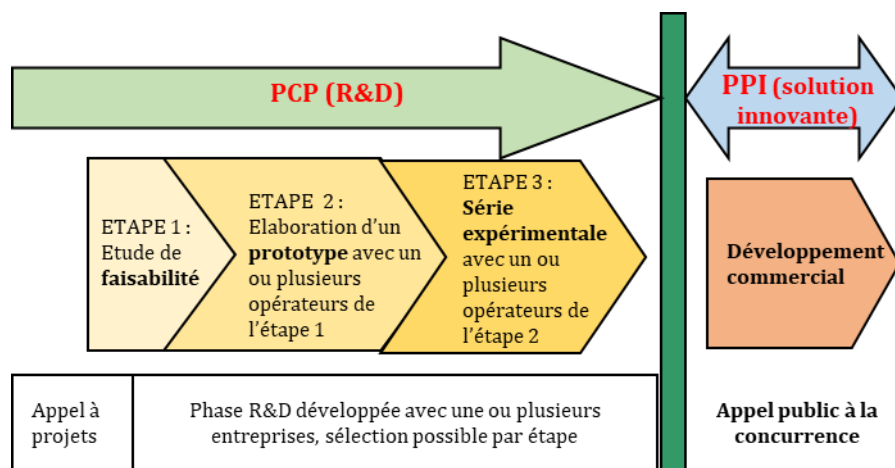
- **achat public avant commercialisation** (« *pre-commercial procurement* » ou **PCP**) ;
- **achat public de solutions innovantes** (« *public procurement of innovation* » européen ou **PPI**).

Le dispositif des PCP 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 vérifier de la capacité de production en série.

A 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 PCP ne constitue pas une aide d'Etat prohibée par l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

La personne publique n'acquiert pas les droits de propriété intellectuelle ; l'entreprise qui aura développé le produit reste propriétaire des droits et, par conséquent, libre de commercialiser le procédé.



Ce dispositif présente un double avantage : les acheteurs sont en contact étroit avec les acteurs du marché pour le développement de leurs propres besoins et les fournisseurs reçoivent plus rapidement des retours des clients sur leur potentiel innovant en conditions réelles.

Ainsi, les PCP permettent d'orienter la R&D vers l'émergence de solutions adaptées aux besoins du secteur public (sans toutefois garantir des commandes à l'issue) et de valider les procédés obtenus, tandis que les PPI permettent d'intervenir comme acheteur précoce de solutions justes parvenues à maturité commerciale et peuvent prendre la forme de l'une ou l'autre des procédures de marché développées ci-après.

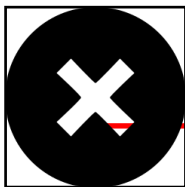


Décrit à l'article L. 2124-2 du CCP comme « la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats », l'appel d'offres constitue la procédure formalisée la plus utilisée.

Bien que formalisée et limitant les modalités d'échanges entre les acheteurs et les entreprises, cette procédure n'est pas défavorable en soi à l'intégration de l'innovation, dès lors qu'elle reste suffisamment « **ouverte** » grâce à l'emploi des différents outils décrits tout au long du guide et synthétisés ci-après.

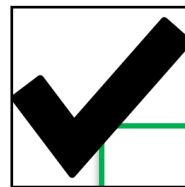
Les présents développements n'ont pas tant pour objet de détailler cette procédure, que de faire des **préconisations** issues de la réflexion entre acheteurs et avec des opérateurs économiques.

Ces préconisations sont présentées ici car elles trouvent un écho particulier en appel d'offres, dont le fonctionnement n'offre pas de réajustement possible, *a contrario* des procédures mettant en œuvre une certaine négociation ou une discussion avec les soumissionnaires. Dans ce cadre, la pratique du sourcing est d'autant plus importante pour consolider l'expression du besoin que le cahier des charges n'est plus susceptible de variation après publication.



A éviter !

- **Ne pas réaliser de sourcing** (même allégé) en amont de la procédure
- **Rédiger un cahier des charges trop descriptif**, y compris sur les moyens/procédés à mettre en place pour répondre au besoin
- **Laisser des délais minimaux** de réponse aux entreprises (candidatures et/ou offres)
- **Ne pas autoriser les variantes** (ou bien exiger également le dépôt d'une offre de base concomitante)
- **Attribuer une prépondérance au prix** parmi les critères d'attribution
- **Prévoir et appliquer des pénalités importantes** sans mise en œuvre d'un pilotage partenarial de l'exécution du marché (prise en compte des contraintes réciproques)



A promouvoir !

- **Réaliser un sourcing** permettant de corroborer les exigences de l'acheteur avec la capacité du marché et d'intégrer de l'innovation
- **Rédiger un cahier des charges fonctionnel**, en termes d'exigences, d'objectifs et de performance
- **Adapter les délais de réponse** à la complexité de la solution et/ou à la nécessité pour les entreprises de se grouper
- **Autoriser les variantes** (sans exiger une offre de base)
- **Pondérer les différents critères de sélection**, en attribuant une part importante à la valeur technique et au coût global de la solution
- **Prévoir des pénalités adaptées et des clauses incitatives**, qui favorisent la performance du titulaire tout au long du marché


## PROCEDURES NEGOCIEES

A *contrario* des marchés à procédure adaptées, les procédures formalisées de passation des marchés publics laissaient classiquement peu de marge de négociation des offres. Cependant, la transposition des directives en 2016 a offert une **place plus large à la faculté** pour les acheteurs **de négocier**<sup>32</sup> et ainsi de mieux faire coïncider les besoins avec les solutions techniques proposées, y compris les plus innovantes.

Cette faculté de négociation est en outre renforcée par la mesure expérimentale qui dispense du respect du formalisme et des règles associées aux procédures classiques de marché public pour les achats innovants inférieurs à 100 000 € HT.

#### EXPERIMENTATION : MARCHÉ SANS PUBLICITÉ NI MISE EN CONCURRENCE INFÉRIEUR À 100 000 € HT

Le [décret du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique](#) prévoit qu'à titre expérimental, pour une période de trois ans à compter de son entrée en vigueur (soit jusqu'au 25 décembre 2021), les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants répondant à un **besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT**.

Cette procédure dérogatoire a pour objet de simplifier l'acquisition de solutions innovantes auprès de tous types d'entreprises, dans un contexte de **facilitation de la mise en relation entre les administrations et les entreprises innovantes**. Ces dernières peuvent en effet trouver l'accès à la commande publique et la réponse à des consultations complexes. Le risque est alors que le secteur public ait des difficultés à acquérir les dernières innovations disponibles, à cause d'un manque d'attractivité. 

Le décret ne pose que deux conditions pour passer un marché sans publicité ni mise en concurrence dans le cadre de l'expérimentation : l'achat doit être innovant et le montant du besoin doit être inférieur à 100 000 € HT<sup>33</sup>.

Comme pour les marchés inférieurs à 25 000 € HT, trois recommandations permettent de garantir que l'acheteur a effectué son achat de gré à gré « en bon gestionnaire » : Il doit veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.



Afin de pouvoir justifier, en cas de contentieux, que son marché n'a pas été conclu en méconnaissance de ces principes, il est conseillé à l'acheteur de conserver une trace des **éléments ayant motivé sa décision**, notamment les démarches préalables effectuées afin d'apprécier le caractère innovant de son achat, dans le respect de la définition retenue par le code de la commande publique et, le cas échéant, à l'aide du [faisceau d'indices](#) applicable tout segment d'achat.

Dans cette perspective, le sourcing constitue un outil à privilégier. Il ne s'agit pas pour autant de réaliser une étude de marché exhaustive dont les délais de réalisation obérerait l'efficacité de l'expérimentation et conduiraient les acheteurs à préférer une mise en concurrence préalable.

A l'issue de la procédure expérimentale, les acheteurs sont tenus de **déclarer ces achats à l'Observatoire économique de la commande publique**. En effet, afin de suivre l'impact de cette mesure expérimentale, l'OECP, en charge du recensement et de l'analyse économique des contrats de la commande publique, doit en effet établir un bilan dans les 6 mois précédant la fin de la période de 3 ans d'expérimentation. Il est donc essentiel que les acheteurs procèdent effectivement à cette déclaration, qui permettra d'alimenter le rapport et de tirer des enseignements de l'expérimentation, au regard de son effet d'entraînement notamment.

<sup>32</sup> Considérant 42 - directive n° 2014/24/UE : « il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations ».

<sup>33</sup> Consulter la [fiche DAJ dédiée à l'expérimentation « achats innovants »](#).

**Cette obligation ne correspond pas à un contrôle a posteriori de l'opportunité de recourir à cette procédure, mais correspond à la nécessité de mesurer l'impact du dispositif afin de décider – à terme – de sa pérennisation ou de sa suppression.**

En application du décret du 24 décembre 2018, l'arrêté du 26 décembre 2018 précise les modalités de déclaration des achats innovants passés sans publicité ni mise en concurrence préalables au titre du recensement des contrats de la commande publique.

Afin de satisfaire à cette obligation applicable aux marchés d'un montant égal ou supérieur à 25 000 € HT et inférieur à 100 000 € HT, les acheteurs doivent ajouter la mention « procédure expérimentale innovation » dans la rubrique « Commentaires » de la **fiche de recensement économique** de l'achat public qu'ils doivent établir pour chacun de ces marchés.

Pour les acheteurs de l'Etat, la déclaration est effectuée à l'occasion de la saisie CHORUS. Pour tous les autres acheteurs, il convient de se connecter à l'outil REAP.

Pour plus de détails, se référer au [guide du recensement économique des contrats de la commande publique](#).

Ecran de saisie REAP : <https://www.reap.economie.gouv.fr/reap/servlet/authenticationAcheteur.html>

Recueil des données de recensement > Recensement Général > Saisie d'un marché

**Données**

Identifiant du contrat : 2019 - 0015416 - 00 - 00

Mois et année de notification du contrat : 01 / 2019

Número SIRET (N° SIREN + N° NIC) de l'acheteur public\* : 120000098 00020

Mode d'exécution du contrat : --

Nature de l'acte juridique : --

Objet principal du contrat : code CPV : [ ]

Code CPV secondaire 1 : [ ]

Code CPV secondaire 2 : [ ]

Code CPV secondaire 3 : [ ]

Procédure : --

Montant HT du contrat : [ ]

Durée en mois du contrat : [ ]

Forme des prix : --

Número SIRET (N° SIREN + N° NIC) du titulaire ou du mandataire : [ ] OU code pays : --

En cas de groupement : nombre d'entreprises groupées : [ ]

Type de groupement d'entreprises : --

Número SIREN du co-titulaire 1 : [ ] OU code pays : --

Número SIREN du co-titulaire 2 : [ ] OU code pays : --

Número SIREN du co-titulaire 3 : [ ] OU code pays : --

Sous-traitance déclarée (à la passation du marché) : ☐ oui ☒ non

Le contrat permet-il l'utilisation de la carte achat ? : ☐ oui ☒ non

Le contrat met-il en œuvre une clause sociale ? : ☐ oui ☒ non

Le contrat met-il en œuvre une clause environnementale ? : ☐ oui ☒ non

Nombre total de propositions reçues : [ ]

Nombre total propositions dématérialisées : [ ]

Commentaires : [ ]

CCAG de rattachement du contrat : --

Enregistrer et transmettre Abandonner

## MARCHES A PROCEDURE ADAPTEE (MAPA)

Les MAPA constituent la majorité des procédures de marchés publics et revêtent donc une certaine importance pour la diffusion de l'innovation dans la commande publique. Ce phénomène est d'autant plus vrai que les MAPA, de par leur nature flexible, permettent de **tester des solutions innovantes** et/ou de les acheter en petite quantité.



Selon l'article R. 2123-4 du CCP, les MAPA sont les marchés qui, en raison de leur montant ou de leur objet, peuvent faire l'objet de **modalités de procédure librement choisies** en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

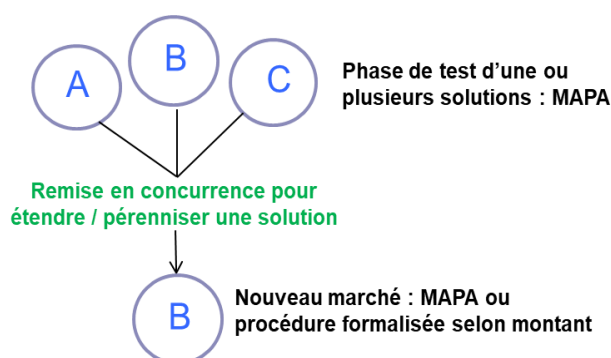
Pour les achats inférieurs à 25 000 € HT, l'acheteur est dispensé des obligations de publicité et de mise en concurrence, mais doit veiller à assurer une utilisation optimale des deniers publics, en sollicitant dans la mesure du possible différents prestataires (demande de devis ou consultation de catalogues en ligne, par exemple).

Pour les achats d'un montant supérieur à 25 000 € HT, l'acheteur doit formuler par écrit son besoin ainsi que les règles principales de la consultation (ex : critères de sélection...) et en assurer une publicité proportionnée à l'enjeu du marché (ex : profil d'acheteur, journal d'annonce légale, BOAMP...).

Les MAPA offrent ainsi une souplesse procédurale aux acheteurs, qui peuvent **négocier** les offres **tant sur le plan financier que qualitatif**, dès lors qu'ils ont annoncé cette possibilité dès le départ.

Leur attention est cependant appelée sur les préconisations formulées *supra* et, en particulier sur les points suivants : penser le besoin de façon fonctionnelle, autoriser les variantes, laisser le temps nécessaire aux opérateurs pour formuler une réponse bien construite, ne pas focaliser les négociations sur le seul aspect prix.

Dans ce cadre, une collectivité publique ayant repéré une solution innovante susceptible de répondre à ses besoins pourrait en faire l'acquisition ou bien l'expérimenter à petite échelle. Si le test s'avère concluant et qu'il est envisagé de généraliser la solution, une nouvelle procédure de marché devra être lancée avec mise en concurrence (à anticiper dès l'expérimentation de la solution avec l'entreprise).



## PROCEDURE AVEC NEGOCIATION



Selon l'article L. 2124-3 du code de la commande publique (CCP), « la *procédure avec négociation* est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ».

Dans cette optique, l'acheteur – qui connaît son besoin et les moyens susceptibles d'y répondre – souhaite négocier afin d'**améliorer le contenu des offres successives** (à l'exception des offres finales), étant précisé que les exigences techniques minimales, ainsi que les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation, ne font pas l'objet de négociation.

Les conditions de recours à cette procédure, communes au dialogue compétitif, sont les suivantes<sup>34</sup> :

- lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- lorsque le besoin consiste en une solution innovante ;
- lorsque le marché comporte des prestations de conception ;
- lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme (...) ;
- lorsque, dans un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées (...).

A la lecture des cas de recours et de la définition générale de la procédure avec négociation, il semble que celle-ci puisse être considérée comme la **voie privilégiée pour les achats d'innovation**. En effet, l'usage de cette procédure est désormais possible dans tous les cas où le besoin ne peut pas être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ou dès lors que le besoin concerne une solution innovante, sans restriction liée à l'incapacité de définir les solutions techniques adéquates (comme pour le dialogue compétitif).



Cependant, lorsque les travaux, produits ou services sont déjà disponibles (« sur étagère ») et répandues, ils ne se prêtent pas au recours à cette procédure.

Une bonne préparation doit permettre d'éviter certains risques propres à la négociation (finalisation du besoin en cours de procédure, atteinte au secret des affaires, marchandage du prix, dérives calendaires, etc.), notamment par le recours à la **collégialité et à la traçabilité des échanges**, proportionnées à l'enjeu du marché.

La communication d'une liste identique de thématiques adressée à l'ensemble des candidats, l'utilisation de comptes rendus ou l'établissement d'une grille de négociation - comprenant des aspects techniques - peuvent s'avérer utiles, afin de faciliter le suivi et le choix final. Ces éléments permettront en outre de garantir une certaine égalité de traitement des candidats.

L'**éventuelle limitation du nombre de tours** de négociation et son indication dans les documents de la consultation relèvent de la liberté de l'acheteur, de la procédure considérée, du niveau des offres dès le premier tour, etc. L'essentiel est de ne pas perdre de vue le souci de maîtrise des plans de charges respectifs (et le coût induit pour les entreprises participantes).

Une bonne pratique peut cependant consister à annoncer aux candidats le dernier tour, afin de leur permettre de consolider leur proposition en connaissance de cause.

L'acheteur peut aussi se réserver la possibilité d'attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition de l'avoir prévu initialement. Cependant, le signal ainsi envoyé aux entreprises innovantes peut être contre-productif, celles-ci estimant généralement qu'**un tour de présentation (« soutenance »)** de leur solution est nécessaire à la bonne appréciation de sa plus-value.

En synthèse, il est nécessaire que les acheteurs et prescripteurs soient formés aux **techniques de négociation**, qui requièrent une compétence particulière, une connaissance du cadre juridique, ainsi qu'une certaine anticipation, et ne se confondent pas avec une exigence sur le seul aspect « prix ».

---

<sup>34</sup> Article R. 2124-3 du CCP.

## DIALOGUE COMPETITIF



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

Cette procédure peut être employée dans des cas limitativement énumérés<sup>35</sup>, notamment lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ou lorsqu'il consiste en une solution innovante (critère qui peut être établi à l'aide du faisceau d'indices).

Le dialogue permet alors d'échanger et de **déterminer avec les candidats la solution technique ou financière adéquate**, que la personne publique n'est pas en mesure de définir seule et à l'avance. La co-construction de la solution constitue la véritable plus-value de cette procédure et c'est cet élément qui différencie le dialogue compétitif de la procédure avec négociation.



Cette procédure ne dispense pas la personne publique d'une **description assez précise de ses besoins** – et des objectifs de performance associés – dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel (cf. [point relatif à la définition fonctionnelle des besoins](#)), afin de lancer les échanges avec les candidats qui estimeront être en mesure de formuler une réponse appropriée.

La consistance de la description des besoins pourra faire l'objet d'un contrôle du juge administratif en cas de contentieux et sera sanctionnée, si elle s'avère insuffisante.

Une fois les spécifications techniques définies et le dialogue lancé, la **discussion** issue du programme fonctionnel peut porter sur un **champ très large**, y compris sur la décomposition du prix ou le découpage du marché<sup>36</sup>, ce qui favorise la créativité des candidats tant sur le plan technique que de l'ingénierie contractuelle et financière.

Ces derniers peuvent toutefois être réticents à l'idée de présenter des idées innovantes, de peur qu'elles soient reprises dans le cahier des charges et fournies aux autres candidats après le dialogue pour la remise des offres finales. Il convient donc que l'ensemble de l'équipe projet soit vigilante et respectueuse de la **confidentialité** des offres, y compris intermédiaires.

Une bonne pratique peut consister à ne pas demander à l'entreprise de dévoiler l'intégralité du procédé mis en œuvre (qui relève du secret des affaires), dès lors que les informations qu'elle communique sont de nature à donner une garantie suffisante à l'acheteur sur la viabilité de la solution proposée.

Un autre frein potentiel à la participation des entreprises à un dialogue compétitif (ou bien à son faible emploi par les acheteurs<sup>37</sup>) peut être lié à sa longueur et à son coût. Il s'agit en effet de **mobiliser une équipe pluridisciplinaire** pendant plusieurs mois et parfois sans visibilité suffisante sur les modalités de discussions.



Le recours au dialogue doit donc être pensé en amont, et éventuellement réservé à des **projets d'envergure**, mettant en œuvre une certaine complexité et justifiant la mobilisation d'équipes dédiées, tant du côté public que du côté privé. Il est aussi recommandé de limiter le nombre de candidats admis à dialoguer (le minimum réglementaire étant fixé à 3), afin de maîtriser la charge induite par cette procédure et d'en consolider le pilotage.

Si l'acheteur est libre d'organiser le dialogue, dont les modalités sont prévues dans les documents de la consultation, un **phasage clair** dès le démarrage de la procédure est de nature à donner de la visibilité aux opérateurs sur les moyens à mettre en œuvre.

<sup>35</sup> Liste complète des conditions de recours à l'article R. 2124-3 du CCP.

<sup>36</sup> Article R. 2161-26 du CCP : « *tous les aspects du marché peuvent être discutés* ».

<sup>37</sup> On recense 41 dialogues compétitifs en 2017 pour les services de l'Etat (données OECP).

En outre, le calendrier prévisionnel doit laisser suffisamment de temps aux candidats pour travailler leurs solutions, effectuer toutes les démarches nécessaires (visite des locaux, rencontre avec les utilisateurs, etc.), tout en évitant l'écueil d'une procédure trop longue et démotivante.

Le phasage permet en outre d'écarter certaines propositions en cours de dialogue (et en motivant ce choix)<sup>38</sup>, pour ne continuer à mobiliser que les candidats qui ont une chance réelle de remporter le marché.

Enfin, au vu de l'investissement que peuvent représenter des échanges jusqu'à identification de la solution, le **versement d'une prime** est nécessaire et doit être justement proportionné à l'effort demandé<sup>39</sup>.

Prévoir une indemnisation peut contribuer à attirer les entreprises qui, tournées vers l'innovation, ne disposeraient pas de moyens importants à investir sans garantie de succès.



## PARTENARIAT D'INNOVATION

Ce contrat constitue l'une des nouveautés de la nouvelle réglementation européenne.



L'article L. 2172-3 du code de la commande publique dispose que : « *le partenariat d'innovation est un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché* ».

Il a ainsi pour objet de créer un partenariat de long terme avec les opérateurs économiques retenus, en **dispensant d'une remise en concurrence à l'issue de la phase de R&D** et en évitant de ce fait que les entreprises ayant contribué à l'effort d'innovation ne puissent en bénéficier commercialement.

Le recours au partenariat d'innovation nécessite qu'une étude préalable ait été menée (état du marché à un instant donné) et qu'elle ait conclu à **l'inexistence de solutions adéquates sur le marché**. Concrètement, il ne peut donc pas être utilisé pour acheter des solutions sur étagère ou même des produits non encore commercialisés mais dont la phase de R&D est terminée.

En outre, la valeur estimée des produits, services ou travaux dont l'acquisition est envisagée ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'acheteur.

Avant d'engager deux partenariats d'innovation, la SNCF a par exemple réalisé une étude lui permettant de disposer d'une connaissance pointue et aboutie du marché des TGV et des exosquelettes, intégrant les produits commercialisés par des opérateurs économiques étrangers pour tenir compte de la dimension mondiale du marché.



**Si la majorité des acheteurs n'est pas en capacité de mener une étude de marché à l'échelle internationale, ils devront en revanche démontrer qu'ils ont mis en œuvre une réelle démarche de sourcing et d'évaluation**

<sup>38</sup> Article R. 2161-27 du CCP.

<sup>39</sup> Article R. 2161-31 du CCP.



**préalable, suffisamment large pour ne pas manquer des opérateurs (transfrontaliers par exemple) qui auraient pu répondre aux besoins « sur étagère ».**

Le fait qu'un opérateur apparaisse ultérieurement dans le secteur concerné et mette sur le marché une solution similaire à celle développée dans le cadre d'un partenariat ne doit pas nécessairement conduire à l'arrêt de celui-ci. Il est ainsi loisible à l'acheteur de poursuivre ou de mettre un terme au contrat.

Sans être une grande entreprise publique ou une administration d'Etat, il est possible de réaliser des partenariats d'innovation à l'échelle locale. Ainsi, Rennes Métropole a lancé en 2016 un partenariat pour expérimenter et développer des bus standards et articulés à consommation 100 % électrique, dans la perspective de la loi de transition énergétique pour la croissance verte<sup>40</sup>.

De même, le syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne (Siaap) et le syndicat mixte central de traitement des ordures ménagères (Syctom) ont contracté un partenariat d'innovation portant sur la recherche et le développement d'un procédé de co-méthanisation à haut rendement des déchets organiques et des boues. Trois phases sont envisagées dans ce cadre : une phase de recherche, avec tests et essais en laboratoire, une phase de développement avec la construction d'un pilote, et une phase d'acquisition avec la construction d'une unité industrielle.

Le partenariat ne constitue pas en lui-même une procédure de marché public. En-dessous des seuils européens de procédure formalisée, il est possible de recourir à un MAPA. Au-dessus des seuils européens, la procédure utilisable est la **procédure avec négociation**<sup>41</sup>, avec quelques spécificités. Notamment, la sélection des candidatures doit tenir compte de la capacité des candidats dans le domaine de la R&D et dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes.

Pour évaluer la **capacité des candidats à innover**, l'acheteur peut se fonder sur les aptitudes des entreprises au regard de produits ou services de même nature (ex : références...) ou des moyens techniques et professionnels proposés (ex : titres et études, outillage...). Il peut également recourir à une assistance à maîtrise d'ouvrage qui disposera de l'expertise nécessaire pour l'accompagner tout au long du contrat, de la passation à l'exécution.

En outre, l'acheteur ne peut attribuer le contrat de partenariat sans avoir négocié au préalable les offres avec les candidats (alors qu'il peut se réserver cette faculté lors d'une procédure avec négociation classique). Les critères d'attribution et les **exigences minimales** ne peuvent pas faire l'objet de négociation, mais doivent être suffisamment précis pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et donc de participer ou non.

Une fois signé, le partenariat d'innovation est structuré en **plusieurs phases successives**<sup>42</sup>, avec un minimum de deux phases, couvrant le processus de R&D, puis l'acquisition de la solution en résultant. Ces phases peuvent être subdivisées en plusieurs séances thématiques (technique, juridique, financière...). La structure, la durée et la valeur des différentes phases tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de recherche requises pour le développement de la solution innovante.

Le partenariat d'innovation définit les **objectifs de chaque phase** que le partenaire doit atteindre ainsi que la **rémunération associée**. La répartition des droits de propriété intellectuelle doit également être prévue (cf. [point dédié aux droits de propriété intellectuelle](#)).

Ces dispositions impliquent que les parties ne disposent pas d'une grande liberté concernant la détermination du prix. Ce dernier doit faire l'objet d'une estimation *ex ante* et ne peut pas – par exemple – être fixé à l'issue de chaque phase.

<sup>40</sup> [http://presse.metropole.rennes.fr/upload/espace/1/pi/679\\_1531\\_Dossier\\_presse\\_innovation\\_bus\\_electriques\\_RENNES.pdf](http://presse.metropole.rennes.fr/upload/espace/1/pi/679_1531_Dossier_presse_innovation_bus_electriques_RENNES.pdf)

<sup>41</sup> Articles R. 2172-26 du CCP et suivants.

<sup>42</sup> Article R. 2172-23 du CCP.

S'il peut faire l'objet d'ajustements en cours d'exécution, les composants du prix ainsi qu'un **plafond de rémunération maximal** doivent être préalablement déterminés, afin d'éviter une dérive potentielle des coûts. Un bon sourcing contribuera à la détermination du plafond adapté, ni trop faible, ni trop élevé (ce qui conduirait à l'arrêt du partenariat).

Afin de répondre à la nécessité de fixer un prix pour chaque phase dès le démarrage du contrat, il est possible de recourir à un prix forfaitaire, qui peut être complété par des prestations supplémentaires sur BPU, ou bien de recourir à un prix provisoire<sup>43</sup>.



Des **clauses de réexamen**<sup>44</sup> sont également envisageables pour ajuster la rémunération à certaines étapes du contrat, sous réserve de ne pas avoir pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat.

Quelle que soit la forme de prix retenue (définitif ou provisoire), il est conseillé de prévoir **une formule de révision des prix** qui permettra d'ajuster le prix initial à l'évolution des conditions économiques.

A l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'acheteur décide<sup>45</sup> :

- soit de poursuivre l'exécution, éventuellement après avoir modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre ;
- soit de mettre un terme au partenariat d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs partenaires, de réduire leur nombre en mettant un terme à leurs contrats.

**En tout état de cause, la phase d'acquisition ne peut être mise en œuvre que si le résultat correspond aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre l'acheteur public et le partenaire.**

Si plusieurs partenaires arrivaient à des solutions qui répondent toutes à ces niveaux convenus, le partenariat d'innovation peut prévoir que l'acheteur répartira entre eux ses commandes de manière égale. Il peut aussi prévoir que le partenaire avec lequel la phase d'acquisition sera mise en œuvre sera désigné sur la base des critères d'attribution qui ont été utilisés pour attribuer le partenariat.



#### **Facteurs clé d'un partenariat d'innovation :**

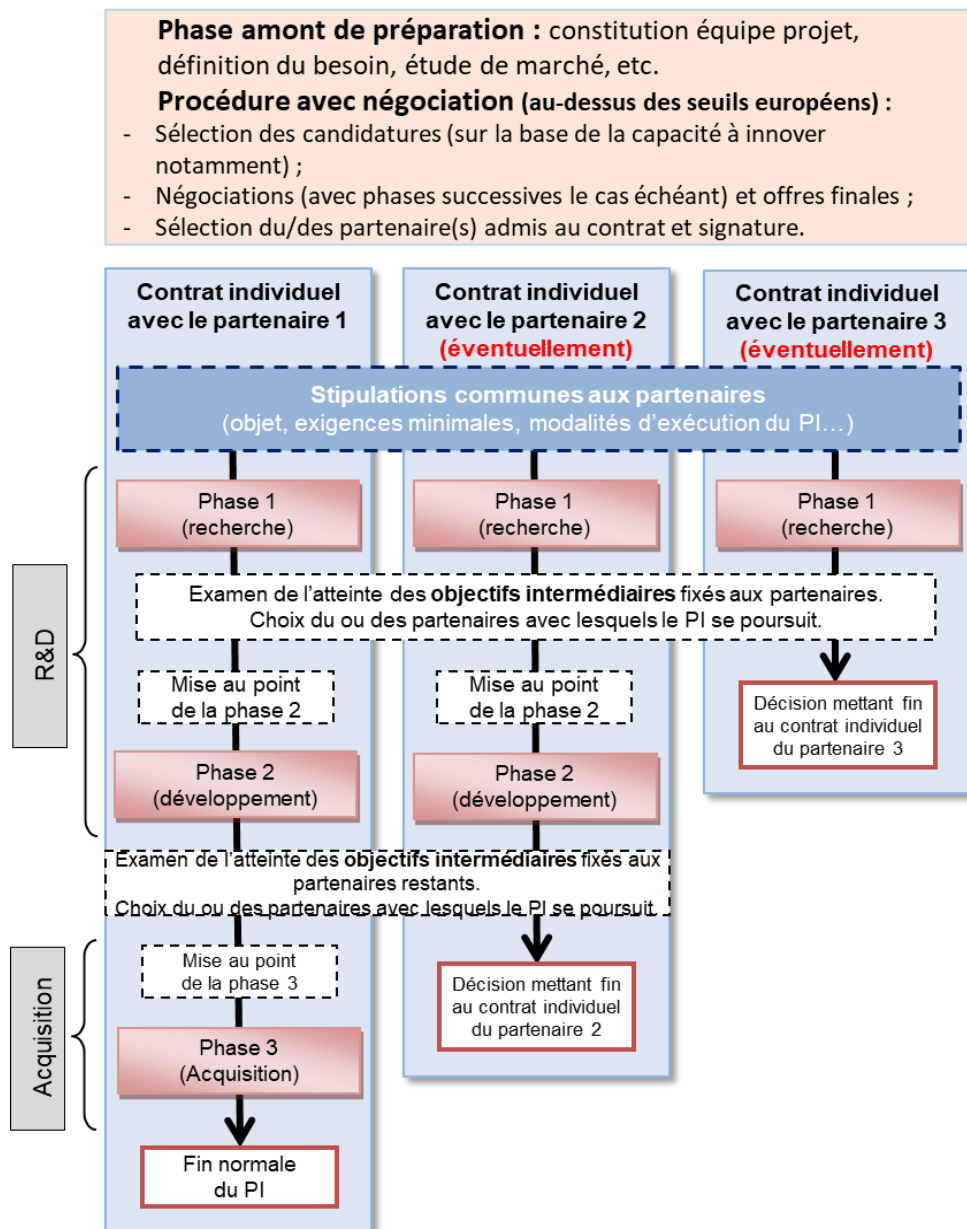
- ❖ phase d'évaluation préalable bien consolidée afin de déterminer si une phase de R&D est véritablement requis + réflexion sur les droits de propriété intellectuelle ;
- ❖ planning général et phasage du contrat anticipés dès le démarrage ;
- ❖ constitution d'une équipe projet pluridisciplinaire comprenant des experts du domaine concerné (ou une assistance à maîtrise d'ouvrage) et d'un véritable pilotage / suivi du contrat dans la durée, ce qui permettra notamment d'évaluer les résultats intermédiaires des partenaires et d'ajuster la rémunération ;
- ❖ méthode de travail collaborative et agile pour échanger et co-construire avec les partenaires ;
- ❖ respect de l'égalité de traitement des partenaires et du secret des affaires tout au long du contrat.

<sup>43</sup> Article R. 2112-15 et s. du CCP.

<sup>44</sup> Article R. 2194-1 du CCP.

<sup>45</sup> Article R. 2172-31 du CCP.

## Schéma de synthèse de la passation et de l'exécution d'un partenariat d'innovation



## CONCOURS



L'article L. 2125-1 du CCP définit cette technique d'achat comme « *le choix, après mise en concurrence et avis d'un jury, d'un plan ou d'un projet* ».

La raison d'être du concours est de **stimuler la créativité** et 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 (même si cela ne correspond pas encore à l'usage).

Comme pour toute consultation, il est recommandé de **définir précisément le besoin**, les contraintes, les compétences attendues, etc. pour optimiser les propositions des candidats. De même, la détermination d'un **format de réponse** (canevas de réponse, nature et format des plans, échantillons, précisions techniques ou financières, maquettes ou prototypes, etc.) est de nature à faciliter l'analyse des projets par le jury.

Le déroulement du concours, qui peut être ouvert ou restreint, ainsi que la composition du jury, sont décrits aux articles R. 2162-15 et suivants du CCP. En synthèse, après avoir analysé les candidatures et formulé un avis motivé sur celles-ci, le jury examine les plans et projets présentés de manière anonyme par les opérateurs économiques, sur la base des critères d'évaluation définis dans l'avis de concours.

La personne publique bénéficie ainsi de l'**expertise technique d'un jury indépendant**, mais reste seule décisionnaire du lauréat, sur la base du rapport qui a été établi. L'acheteur publie ensuite un avis de résultats de concours.

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.

## SYSTEME D'ACQUISITION DYNAMIQUE



L'article L. 2125-1 du CCP définit le système d'acquisition dynamique (SAD) comme une technique d'achat « *qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques, pour des achats d'usage courant, selon un processus ouvert et entièrement électronique* ».

Pour mettre en place un SAD, l'acheteur publie un avis d'appel à la concurrence dans lequel il indique la période de validité du système, qui n'est pas limitée dans le temps par les textes de la commande publique.

L'acheteur précise dans les documents de la consultation la nature des achats envisagés et leur quantité estimée ainsi que toutes les informations nécessaires, telles qu'une éventuelle **subdivision en catégories** de produits, de services ou de travaux, les modalités de fonctionnement du système, l'équipement électronique utilisé, etc.<sup>46</sup>

Par l'anticipation, l'acheteur peut s'assurer de la disponibilité des prestations sur la durée de vie du SAD par la mise en place d'un panel fournisseurs susceptibles de répondre aux besoins.

Cette technique d'achat peut être considérée comme un levier d'innovation dans le domaine des **achats courants** à forte concurrence, mais qui peuvent faire l'objet d'innovation (ex : fournitures informatiques standardisées, mobilier de bureau...) pour deux raisons :

- le **processus** reste **ouvert** pendant toute sa durée de validité, car de nouveaux opérateurs économiques (innovants notamment) peuvent demander à y participer<sup>47</sup> et leur nombre n'est pas limité, *a contrario* d'un accord-cadre qui ne permet pas l'ajout d'opérateurs une fois la sélection initiale opérée ;

<sup>46</sup> Article R. 2162-42 du CCP.

<sup>47</sup> Article R. 2162-43 du CCP.

- l'acheteur peut solliciter des **catalogues électroniques**<sup>48</sup>, qui sont adaptés à la consultation mais peuvent être complétés lors des mises en concurrence successives et ainsi intégrer des solutions améliorées.

En fonction de ses besoins, l'acheteur procède à l'**attribution de marchés spécifiques** pour lesquels il a invité tous les candidats admis dans le SAD à présenter une offre. Les marchés successifs sont attribués au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attribution définis dans l'avis de marché.

#### Exemple de la stratégie d'achat du Résah

Malgré la rareté des exemples concrets<sup>49</sup>, la centrale d'achat hospitalière a souhaité faire du SAD l'une de ses techniques d'achat de base, afin de bénéficier de la souplesse qu'elle offre, notamment grâce à la notion de « catégorie », qui peut être adaptée en fonction du marché visé.

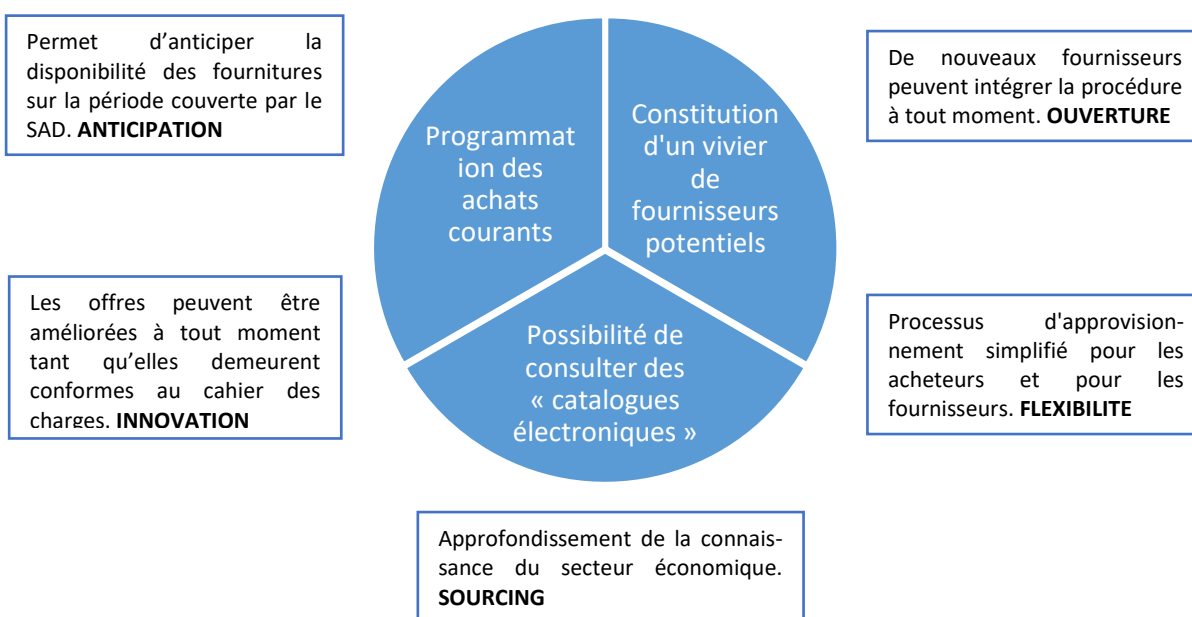
Les SAD réalisés concernent des **segments variés**, tels que le gaz, la biologie (externalisation des examens et achats de consommables de laboratoires), la pharmacie (ex : dispositifs médicaux stériles).

Concernant la sélection des candidats admis au SAD, les deux modes de sélection ont été utilisés : dans certains cas, la détermination de critères de sélection adaptés à la prestation envisagée, dans d'autre cas, le recours à des niveaux minimums de capacité.

Les acheteurs du Résah ont pu constater l'**effet positif** du SAD **concernant l'accès aux marchés** des nouveaux fournisseurs ou bien des « retardataires » qui n'auraient pas eu connaissance de la procédure au moment de sa publication initiale, mais qui peuvent tout de même se présenter *a posteriori*, ce qui a généré également un impact positif les prix (du fait de la concurrence permanente).

Les procédures sont publiées sur le site : <https://www.achat-hopital.com/>.

#### Synthèse des avantages du SAD :



**FIN... A vous d'enrichir la prochaine version du guide par vos expériences !**

<sup>48</sup> Article R. 2162-56 du CCP.

<sup>49</sup> L'emploi du SAD semble limité en France, avec seulement 35 SAD déclarés en 2017 pour les services de l'Etat (source OECP).

## POUR ALLER PLUS LOIN

### DOCUMENTATION

#### - Général :

- ❖ Communication de la Commission européenne du 15 mai 2018 « Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes » :

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/FR/C-2018-3051-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>

- ❖ rapport de la CCI Paris IDF « Cinq clés pour faire de l'achat public un vecteur d'innovation au service des entreprises et de la performance économique » :

<http://www.cci-paris-idf.fr/etudes/competitivite/droit-public-affaires/cinq-cles-achat-public-vecteur-innovation-service-entreprises-performance-economique-etudes>

#### - Définition de l'innovation : travaux menés par BPI France

<https://www.bpifrance.fr/A-la-une/Actualites/Innovation-Nouvelle-Generation-un-nouveau-regard-sur-l-innovation-9491>

#### - Sourcing :

- ❖ guide de la DAE :

<https://www.economie.gouv.fr/dae/sourcing-operationnel-guide-lachat-public-a-disposition-des-acheteurs-publics>

- ❖ guide de France Urbaine (publication prochaine) :

<http://franceurbaine.org/publications/etudes>

#### - Propriété intellectuelle : travaux menés par l'APIE

<https://www.economie.gouv.fr/apie/domaines-intervention/gerer-droits-proprieete-intellectuelle>

#### - Procédures de marchés publics : conseil aux acheteurs (fiches techniques) par la DAJ

<https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>

### FORMATIONS EN ACHAT PUBLIC INNOVANT

#### - IGPDE : consulter le catalogue des formations pour les services de l'Etat

<https://www.economie.gouv.fr/igpde/loffre-formation-igpde>

En particulier :

- ❖ L'innovation et son écosystème - sur une journée ;
- ❖ Comprendre l'innovation pour mieux l'acheter - sur deux jours.

#### - CNFPT :

<http://www.cnfpt.fr/trouver-formation>

En particulier :

- ❖ Les pratiques et méthodes de l'achat innovant - sur deux jours.

## REMERCIEMENTS

Toutes les entités ayant participé au groupe de travail de l'OECP « achat public innovant » sont remerciées pour leur contribution :



A l'occasion des travaux du groupe de travail, ont également été consultés :

- le MEDEF ;
- l'AFNUM ;
- le SNITEM ;
- l'UNSPIC ;
- la FNTP ;
- le comité RICHELIEU ;
- le pôle de compétitivité SYSTEMATIC ;
- des start-ups et des entreprises innovantes concourant à des marchés publics.

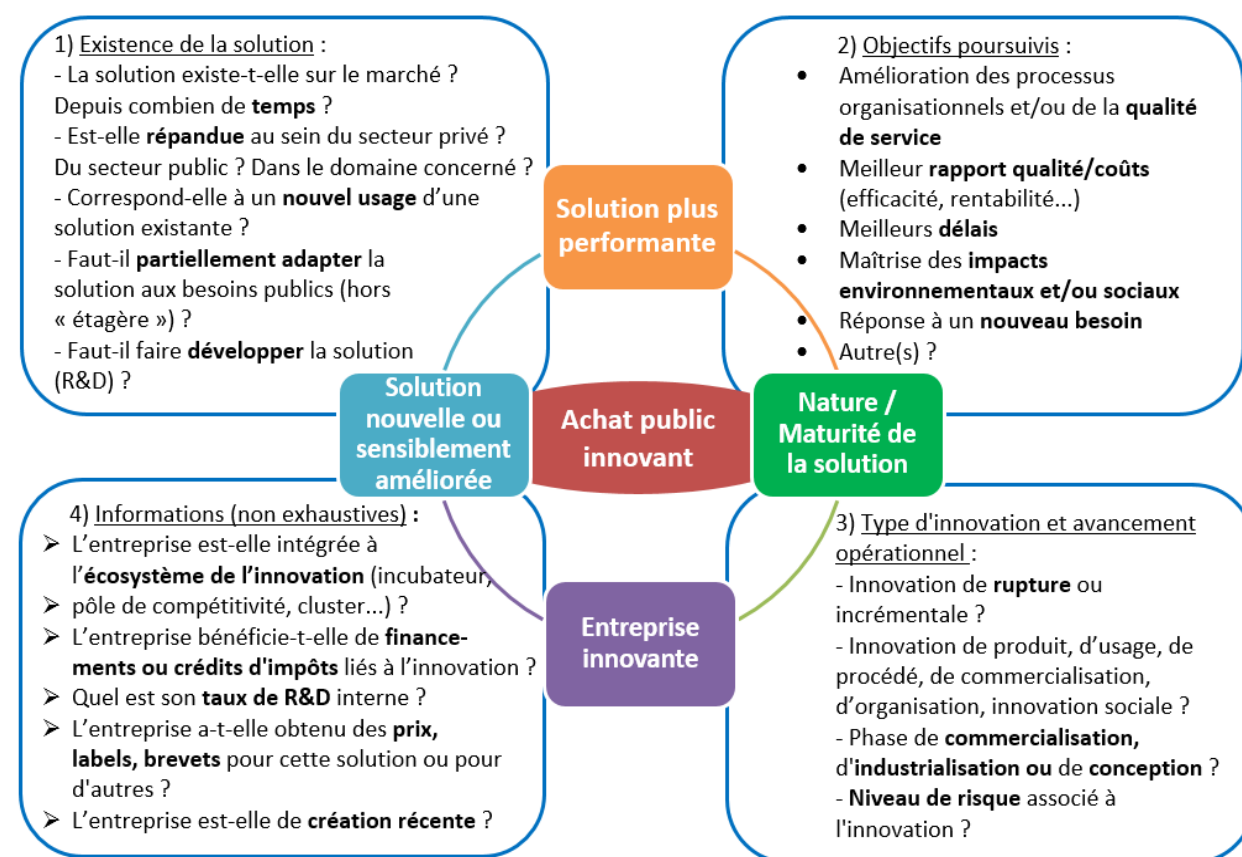
Certaines icônes employées dans ce guide pour illustrer les thématiques proviennent du site : [www.flaticon.com](http://www.flaticon.com) (auteur : Freepik).

## COMMENT QUALIFIER UN ACHAT PUBLIC D'INNOVANT ?

Le [manuel d'Oslo de l'OCDE \(3ème édition, 2005\)](#) constitue la référence en matière de définition de l'innovation. On considérera de façon simplifiée qu'une innovation correspond à une idée nouvelle, une invention qui a été mise en œuvre et lancée (ou en cours de lancement) sur le marché.

Le code de la commande publique dispose que « *sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* ».

Si le caractère large de cette définition laisse une certaine souplesse d'appréciation aux acheteurs, elle peut être éclairée par un faisceau d'indices (révélé par une série de questions), afin de faciliter la qualification de l'achat innovant.





## I) Indices relatif à la solution innovante

*Par convenance, le terme « solution innovante » sera génériquement employé pour désigner à la fois un bien / service / procédé / méthode.*

1. La solution permet-elle de répondre à un besoin de façon plus performante (en matière de coûts, qualité, délais, aspects environnementaux et/ou sociaux, etc.) ?
2. La solution existe-t-elle sur le marché ?
  - Est-elle répandue au sein du secteur privé ? Du secteur public ? Depuis combien de temps ?
  - Correspond-elle à un nouvel usage d'une solution existante (ex : Vélib) ?
  - La solution est-elle brevetée ?
3. Faut-il partiellement adapter la solution aux besoins de la personne publique (pas d'achat « sur étagère ») ?
4. Faut-il créer une nouvelle solution, car celle-ci est inexistante sur le marché ?
  - Faut-il recourir à de la R&D ?
  - Doit-elle faire l'objet uniquement de développements à partir des prescriptions de l'acheteur ?
5. De quel type d'innovation s'agit-il (si les premiers éléments d'analyse sont concluants) ?
  - S'agit-il d'une innovation de rupture (qui bouleverse le marché) ou d'une innovation incrémentale (= qui améliore l'existant, « sensiblement amélioré ») ?
  - S'agit-il d'une innovation de produit (bien ou service), d'usage, de procédé (méthode de production ou de distribution), de commercialisation (conception ou conditionnement ou promotion ou tarification), d'organisation (lieu de travail, relations extérieures de l'entreprise), innovation sociale ?
  - S'agit-il d'une innovation « mature », c'est-à-dire en phase de commercialisation, ou plutôt d'industrialisation ? En phase de conception ?

## II) Indices relatifs à l'entreprise innovante

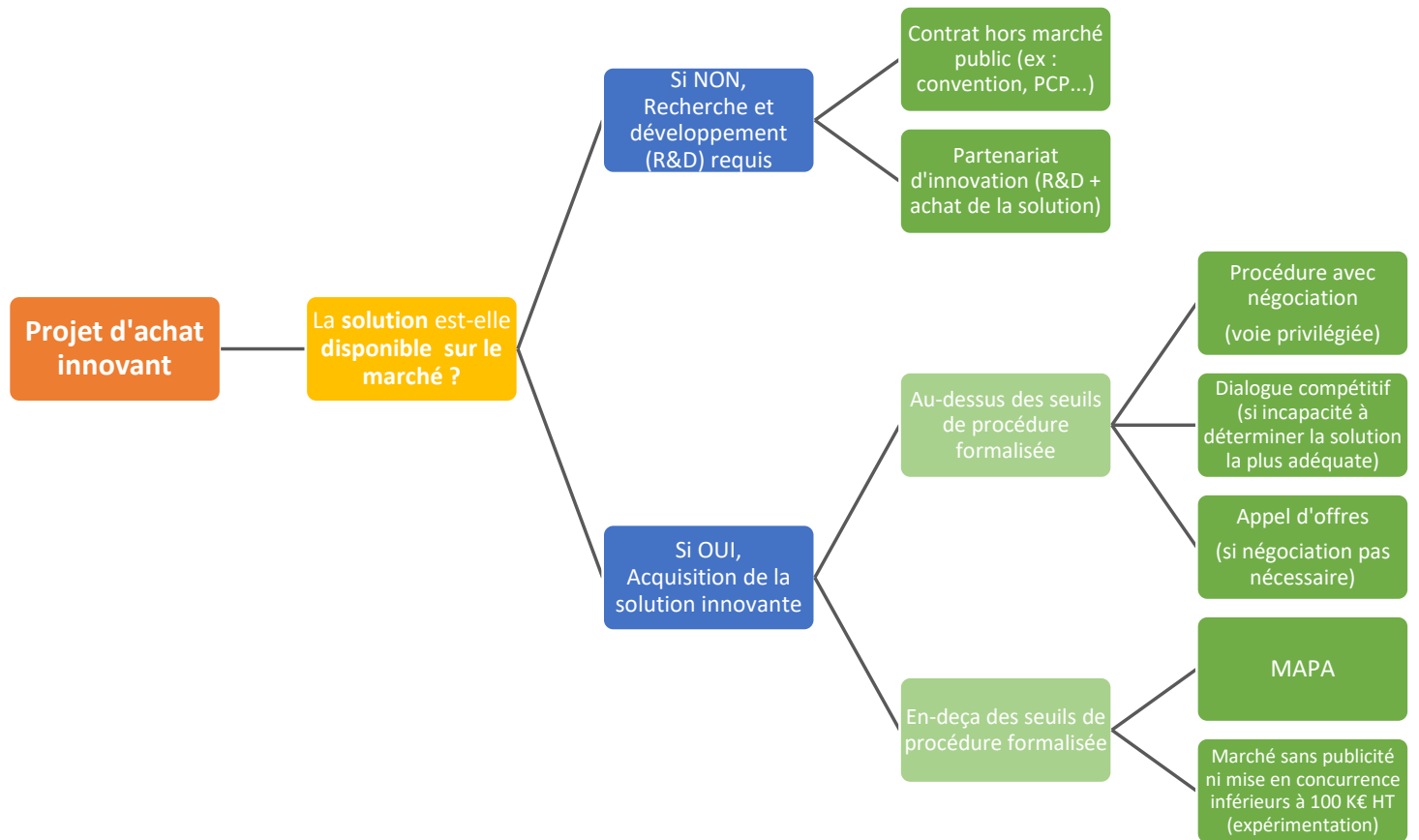
*Par convenance, le terme « entreprise » concernera tout type d'entreprises (PME, ETI, GE).*

*Pour une définition de la PME, se référer à la recommandation européenne 2003/361/CE du 6 mai 2003.*

1. L'entreprise est-elle intégrée à l'écosystème de l'innovation (incubateur, cluster, pôle de compétitivité, INPI, autre...) ?
2. L'entreprise bénéficie-t-elle de financements en lien avec l'innovation (ex : BPI France, autre ?)
3. L'entreprise bénéficie-t-elle d'un crédit d'impôt spécifique (CIR, CII) ? Quel est son taux de R&D ces dernières années ? A-t-elle conclu un partenariat avec un organisme de recherche ?
4. A-t-elle pris des risques importants pour le développement d'une solution innovante (notamment au regard des coûts et des délais induits) ?
5. L'entreprise a-t-elle remporté des prix, labels, brevets sur la base d'une solution innovante ?
6. L'entreprise est-elle de création récente (ex : PME, start-up, microentreprise...) ?

**NB :** les informations relatives à l'entreprise d'innovante participent au faisceau, mais ne doivent pas être survalorisées par rapport aux indices se rapportant à la solution innovante, qui restent prépondérants.

## DIAGRAMME SIMPLIFIE DES PROCEDURES D'ACHAT INNOVANT





DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES



*Liberté • Égalité • Fraternité*

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE



MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE  
ET DES FINANCES