

REGARDS CROISES

Cet ouvrage a été réalisé, avec le soutien de la Fondation Paris-Saclay, dans le cadre de la Chaire Achat public. Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur. Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation.

Peut-on vraiment acheter innovant ?

Par Baptiste VASSOR, Expert achats publics

Si la création des innovations est « presque toujours le fait d'explorateurs individuels ou de petits groupes, et presque jamais celui de bureaucraties importantes et hautement structurées » selon Harold J. Leavitt (psychologue du travail et des organisations), l'achat de solutions innovantes semble également suivre la même logique.

En effet, la volonté d'acquérir de telles solutions est souvent issue des acteurs du terrain et, plus rarement, des directions achats et/ou juridiques.

Au-delà de la volonté, les directions achats / juridiques étaient confrontées aux difficultés de déterminer le cadre juridique permettant l'achat dans le cadre de la commande publique puis à la définition de l'innovation.

Selon l'OCDE, l'innovation est « la mise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement 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 » puis considère qu'il existe 4 catégories d'innovation (manuel d'Oslo¹ édition 2005).

Cette définition a été reprise à l'article 2 de la directive 2014/24/UE² puis codifiée à l'article R2124-3 du code de la commande publique³ entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

En 2018, l'OCDE a fait évoluer cette définition dans une nouvelle édition du manuel d'Oslo⁴ en précisant qu'une innovation « désigne un produit ou un processus (ou une combinaison des deux) nouveau ou amélioré qui diffère sensiblement des produits ou processus précédents d'une unité et a été mis à la disposition d'utilisateurs potentiels (produit) ou mis en œuvre par l'unité (processus) » puis résume la définition en considérant qu'il existe deux catégories d'innovation : les innovations de produit et les innovations de processus d'affaires.

¹ https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/manuel-d-oslo_9789264013124-fr

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=SL>

³

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038808578?dateVersion=24%2F05%2F2022&nomCode=F1VwBg%3D%3D&page=1&pageSize=10&query=INNOVANT&searchField=ALL&searchType=ALL&tab_selection=code&typePaginatio n=DEFAUT&typeRecherche=date

⁴ <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/12445591/KS-01-18-852-FR-N.pdf/382947a7-bc7f-ccd3-209c-7150126bf6e3?t=1613470434589>

L'évolution de la définition de l'OCDE met en exergue la difficulté à définir la notion d'innovation. De surcroît, l'utilisation du terme « sensiblement » met en exergue le caractère subjectif de la définition qui sera variable en fonction des personnes, des entités et/ou des pays.

La subjectivité de la définition implique une analyse afin de déterminer le caractère innovant (ou non) d'un produit ou d'un processus.

Nonobstant, l'existence d'une volonté politique de promouvoir cette thématique, l'absence de définition claire explique pour partie la difficulté à promouvoir l'innovation dans la commande publique.

Au regard de l'absence de résultats concrets malgré la fixation d'un objectif par la mesure n°32 du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi de 2012, l'Etat s'est résolu à créer, par décret, un dispositif expérimental « achats innovants » pour une durée de 3 ans à compter de décembre 2018 ⁵ autorisant un acheteur public à acquérir une solution innovante sans publicité ni mise en concurrence dans la limite de 100 000 euros HT.

Afin d'accompagner l'adoption de ce dispositif, la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy a publié un guide pratique de l'achat public innovant ⁶ en mai 2019 incluant un outil leur permettant de caractériser le caractère innovant à travers la méthode dite du « faisceau d'indices ».

Malgré la publication de ce guide pratique, le bilan réalisé par la DAJ sur l'utilisation du dispositif « achat innovant » sur la période de décembre 2018 à mai 2021 reste mitigé ⁷. En effet, seulement 231 marchés portant principalement sur des fournitures (53%) et des services (36%) ont été recensés pour un total de 132 acheteurs publics.

S'agissant de la catégorisation des entreprises ayant bénéficié de ce dispositif, l'objectif initial a été atteint avec 80% des marchés attribués à des PME.

Nonobstant ce bilan mitigé, le dispositif « achat innovant » a été pérennisé par le décret n°2021-1634 du 13 décembre 2021⁸ à l'article R. 2122-9-1 du code de la commande publique ⁹ tout en faisant référence à la définition de l'innovation prévue à l'article L2172-3 du même code ¹⁰.

Au regard de ces éléments, il convient de s'interroger si les acheteurs publics ont les moyens d'acquérir des solutions innovantes sous l'empire du code de la commande publique ? Si oui, de quelle(s) manière(s) ces achats peuvent-ils être réalisés ?

⁵ Décret n°2018-1225 du 24 décembre 2018

⁶ https://www.economie.gouv.fr/files/2020-08/guide-pratique-achat-public-innovant_0.pdf

⁷ https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oecp/etude/20210728_Rapport-achats-innovants.pdf

⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044487851>

⁹ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000044490444

¹⁰ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037703713

Aussi, il convient de déterminer la place de l'innovation dans la définition des besoins. De l'ampleur des besoins découlera le choix de la procédure la plus adéquate pour acquérir une solution innovante. Enfin, il est également envisageable de recourir aux clauses de modifications de marché pour acquérir une solution innovante.

1. La place de l'innovation dans la définition des besoins

Avant tout acte d'achat, l'acheteur doit définir précisément ses besoins. Dans le cadre des marchés publics, l'article L.2111-1 du code de la commande publique rappelle à l'acheteur que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation (...) ».

Si cet article oblige les acheteurs publics à définir leur besoins « en prenant en compte des objectifs de développement durable (...) » il n'impose (ou n'incite) pas les acheteurs à prendre en compte l'innovation dans le cadre de la définition des besoins.

En tout état de cause, il convient de (re)situer la place de l'innovation dans la définition des besoins dans le cadre du processus d'achat public.

a. L'innovation ne doit pas créer un besoin

L'innovation, ou plutôt une solution innovante qui est commercialisée par un opérateur économique, ne peut être l'origine du besoin car il convient de considérer qu'elle ne doit pas créer « automatiquement » le besoin au regard des dispositions de la commande publique.

En effet, contrairement à un consommateur qui est susceptible d'avoir un comportement moins rationnel et d'acquérir une solution innovante dont il n'avait pas (nécessairement) le besoin, l'acheteur public, qui se doit de faire une « bonne utilisation des deniers publics », est contraint de procéder à une définition précise de ses besoins avant d'initier le processus d'achat.

Autrement dit, un besoin créé *ex nihilo* n'est pas possible dans le cadre des achats publics au regard du processus. Toutefois, il est possible de tempérer cette affirmation dans la mesure où la commercialisation d'une solution innovante peut révéler l'existence d'un besoin non satisfait à ce jour.

b. L'innovation peut révéler l'existence d'un besoin non satisfait

Si une solution innovante ne doit pas créer *ex nihilo* le besoin, elle est susceptible de révéler l'existence d'un besoin non satisfait.

Par besoin non satisfait, il convient d'entendre un besoin pour lequel aucune solution n'était apportée car la problématique n'était pas identifiée ou, lorsque cette dernière était identifiée, aucune solution existante sur le marché n'est disponible pour y répondre.

Par exemple, la commercialisation d'une solution innovante Y ayant pour but de répondre à un besoin à usage militaire est susceptible de révéler l'existence d'un

besoin non satisfait dans le secteur civil (ex. : les drones). De même, une solution innovante répondant à un besoin pour les professionnels de santé du secteur libéral est susceptible de mettre en exergue l'existence d'un besoin non satisfait pour les mêmes professionnels dans le secteur public (cas du logiciel de prise de rendez-vous de la société Doctolib).

Enfin, une solution innovante peut également améliorer un besoin mal satisfait actuellement.

c. L'innovation peut améliorer un besoin mal satisfait

Une solution innovante a pour objectif de mettre en évidence que le besoin, auquel elle vient répondre, est aujourd'hui mal satisfait par les solutions du marché.

Dans un tel schéma, après une étude des forces et des faiblesses des solutions innovantes et classiques au regard de son besoin, l'acheteur devra le formaliser en ayant deux options : rédiger un cahier des charges dit fonctionnel précisant uniquement le résultat attendu (sans décrire les spécifications techniques requises) ou rédiger un cahier des charges précisant des spécifications techniques requises pour satisfaire le besoin.

En fonction de l'option retenue, les opérateurs économiques auront plus ou moins de facilité à proposer une solution innovante dans le cadre de la procédure. Or, l'ouverture à l'innovation, en plus de permettre de répondre (différemment) aux besoins, peut permettre d'apporter des externalités positives telles que la réduction du coût de possession globale, une amélioration de l'accessibilité, la prise en compte de l'économie circulaire et/ou un impact sur le budget en fonction du modèle économique (investissement / fonctionnement).

Dès lors que la place de l'innovation dans la définition des besoins a été précisée, l'acheteur public doit alors sélectionner la procédure la plus adaptée à son projet d'achat.

2. L'ampleur du projet d'achat détermine la procédure à sélectionner

Dès lors que les besoins ont été définis, l'acheteur public doit sélectionner la procédure adéquate au regard de l'ampleur de son projet et donc du montant estimé.

a. La réalisation d'un « micro POC » jusqu'à 40 000 euros HT

L'article R.2122-8 du code de la commande publique dispose que « l'acheteur public peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros HT (...) ».

Ainsi, cette disposition permet à l'acheteur public de réaliser un proof of concept (POC ou expérimentation en français) d'une solution (innovante ou non) à une échelle très réduite (un site, un panel d'agents ou de salariés, une direction ou un service, une durée limitée ...) dans des délais réduits (pas de mise en concurrence), sans obligation d'avoir un formalisme trop contraignant (pas de publicité) mais de préférence avec un cahier des charges simplifié.

Les seules contraintes fixées par le code de la commande publique sont de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec le même opérateur économique dès lors qu'il existe d'autres acteurs susceptibles de répondre au besoin.

Dans le cadre de l'acquisition d'une solution innovante, seuls les résultats du POC permettront de conclure à une « bonne utilisation des deniers publics ». S'agissant de la contractualisation avec le même opérateur économique, la solution innovante est généralement proposée par des nouveaux acteurs cherchant à bousculer les acteurs historiques.

Lorsque le POC doit être réalisé à une échelle plus importante, l'acheteur public peut recourir au dispositif « achat innovant » qui vient d'être pérennisé dans le code de la commande publique.

b. La réalisation d'un POC à petite échelle à travers le dispositif « achat innovant »

Le décret n°2021-1634 du 13 décembre 2021 a pérennisé le dispositif « achat innovant » qui vise à « développer l'innovation au sein de l'administration et de favoriser l'accès des TPE-PME à la commande publique ».

Ce dispositif « achat innovant » doit permettre aux acheteurs publics de réaliser un POC à une « petite échelle » (un ou plusieurs sites, un panel de salariés plus important, une ou plusieurs directions, une durée plus longue) dans des délais réduits (pas de mise en concurrence), sans l'obligation d'avoir un formalisme trop contraignant (pas de publicité) mais sous réserve de remplir deux conditions cumulatives.

En effet, contrairement à l'article R.2122-8 du code de la commande publique, le recours à ce dispositif impose, d'une part, que le besoin porte effectivement sur des « travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L2172-3 (du code de la commande publique) » et, d'autre part, que « la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros HT ».

S'agissant de la condition tenant à l'objet du marché, le caractère innovant de la solution acquise doit être démontré dans des documents internes (ex : Décision ou rapport de présentation) afin d'être en mesure de justifier le recours à ce dispositif dérogatoire en cas de contrôle de la Cour des comptes (CC), de l'Agence française Anticorruption (AFA) ou encore de demande d'accès aux documents administratifs (CADA).

La méthodologie du « faisceau d'indices » proposée par le guide pratique de l'achat innovant de la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy peut être utilisée pour justifier le caractère innovant et l'argumentaire peut être rédigé en s'appuyant sur les éléments transmis par le fournisseur transmis lors du sourcing et/ou dans le cadre de son offre.

Si l'une des conditions n'est pas réunie pour utiliser ce dispositif, l'acheteur sera lors contraint de recourir aux procédures classiques du code de la commande publique qui permettent également le déploiement à « grande échelle » d'une solution innovante.

c. Le déploiement à grande échelle d'une solution innovante à travers les autres procédures

Contrairement à une idée reçue, les procédures prévues dans le code de la commande publique (procédure adaptée, appel d'offres, dialogue compétitif, procédure concurrentielle avec négociation) permettent également d'acquérir une solution innovante dans la perspective d'un déploiement à grande échelle.

En effet, la combinaison de la rédaction d'un cahier des charges fonctionnel, des conditions d'exécution adaptées, de critères de sélection des offres tels que le « caractère innovant » et/ou le « coût de possession » et d'une pondération adaptée à l'objectif recherché doivent permettre de sélectionner une solution innovante (par rapport à une solution plus classique).

De plus, à la différence du dispositif « achat innovant », l'acheteur public n'aura pas à justifier du caractère innovant de la solution dans le cadre de ces procédures même s'il pourra être amené à expliquer sa stratégie d'achat au regard des critères et pondérations utilisés.

Au-delà des procédures de marchés publics, il est également envisageable d'acquérir de l'innovation incrémentale dans le cadre des clauses de modification des marchés.

3. L'acquisition de l'innovation par les clauses de modification du marché

a. La captation de l'innovation dans le cadre d'un plan de progrès

Un plan de progrès est une clause permettant aux parties de renégocier périodiquement certains termes et conditions d'exécution du marché.

En pratique, les parties élaborent un plan d'action fixant, notamment, les objectifs et les moyens que les parties s'engagent à mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs.

Les objectifs et les moyens déterminés par les parties peuvent impliquer la recherche de solutions innovantes pour améliorer l'exécution des prestations, objet du marché (qualité de service, satisfaction des utilisateurs, réduire les délais, améliorer l'organisation, limiter l'impact environnemental de la prestation ...).

Ainsi, dans le cadre d'un tel plan de progrès, l'acheteur public peut inciter puis capter des solutions innovantes qui font concourir à la bonne exécution des prestations du marché.

Au-delà de la mise en place d'un plan de progrès, l'acheteur public peut également acquérir des solutions innovantes par l'activation d'une clause de réexamen.

b. L'acquisition de solutions innovantes par l'activation d'une clause de réexamen

L'article R2194-1 du code de la commande publique précise que « le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

Ainsi, un marché peut (doit) prévoir, notamment, une clause de réexamen permettant le remplacement du matériel proposé initialement par le titulaire par un autre matériel ayant évolué « sensiblement » d'un point de vue technique (ex. : nouvelle version) dans la mesure où ce dernier répond aux besoins et respectent les spécifications techniques minimum requises initialement dans le cahier des charges et/ou dans la réponse technique du candidat.

Dans un tel cas, il est possible de parler d'innovation incrémentale c'est-à-dire de l'évolution d'un produit ou d'un service, sans en changer les caractéristiques fondamentales, permettant de proposer une version « sensiblement » améliorée de l'offre existante.

Si le caractère innovant n'est pas toujours déterminé par l'acheteur public dans le cadre de l'activation d'une telle clause, cette dernière peut permettre l'acquisition d'une solution répondant à la définition de l'innovation et, à ce titre, doit être comptabilisée comme telle dans les indicateurs de suivi de l'acheteur public.

Conclusion :

A défaut d'avoir la possibilité juridique d'attribuer un marché public à une entreprise répondant « simplement » à la définition d'une Petite ou moyenne Entreprise (PME)¹¹, le projet initial de décret « achats innovants » rédigé en juillet 2018¹² avait pour objectif principal de faciliter, à titre expérimental pour une durée de 3 ans, la contractualisation de gré à gré d'un marché public entre un acheteur public et une PME sous couvert de de l'acquisition d'une solution innovante dans la limite de 100 000 euros HT.

Ainsi, la promotion et développement de l'innovation dans la commande publique pouvait apparaître comme un objectif aussi important que le fait d'adresser des commandes aux PME.

Toutefois, cette rédaction n'a finalement pas été retenue dans le décret publié en décembre 2018 et le marché public conclu sur la base du dispositif « achats innovants » peut être conclu avec une PME, une ETI ou une Grande Entreprise (que cette entreprise soit implantée dans l'Union européenne ou non).

Par conséquent, le dispositif « achats innovants » ne répond qu'en partie aux attentes des acheteurs publics, des opérateurs économiques et des fédérations professionnelles.

¹¹ Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises

¹² Fiche d'impact générale du projet de décret portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique du 19 juillet 2018

Aujourd'hui, dans le contexte de post crise COVID 19, d'oligopole des GAFAM et d'impacts de la guerre en Ukraine, le sujet de marchés publics « réservés » ou de commandes adressées à des PME et ETI (européenne) revient par l'angle des achats stratégiques et/ou des achats souverains.