



FAVORISER L'INNOVATION PAR LA COMMANDE PUBLIQUE

Par Marion Terraux et Laurent Bonnard, avocats au cabinet Seban & Associés

Le droit de la commande publique est souvent vécu comme une contrainte et un frein à l'innovation par les personnes publiques. Pourtant, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics contiennent plusieurs instruments permettant de favoriser l'innovation. La présente fiche expose donc les outils mis à la disposition des acheteurs publics pour utiliser la commande publique comme vecteur d'innovation.

■ Existe-t-il un marché spécifique pour favoriser l'innovation ?

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après, l'« ordonnance marchés publics ») et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (ci-après, le « décret marchés publics ») prévoient un marché spécifique orienté vers la recherche de solutions innovantes en collaboration avec les acteurs économiques : le partenariat d'innovation. Le partenariat d'innovation a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition des produits, services ou travaux en résultant. Le recours à ce partenariat est toutefois soumis à deux critères puisqu'il faut, d'une part, que les produits, services ou travaux soient innovants et, d'autre part, que ces produits, services ou travaux ne soient pas déjà disponibles sur le marché.

■ Que faut-il entendre par innovation au sens de la commande publique ?

L'innovation a un sens défini propre au droit de la commande publique. Elle est définie à l'article 25 du décret marchés publics qui dispose

que « sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés ». Le même article précise que 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 ». Il résulte de ces dispositions que la nouveauté est le critère de l'innovation, quelle que soit la forme que puisse prendre ce caractère novateur.

■ Quelles sont les modalités d'exécution et les spécificités du partenariat d'innovation ?

À l'issue de la procédure de passation, la personne publique peut conclure un partenariat d'innovation avec plusieurs titulaires et entamer avec chacun d'entre eux une ou plusieurs phases de recherche. Préalablement à chaque phase, la personne publique définit les objectifs que ses partenaires doivent atteindre et la rémunération associée à chaque phase. À l'issue des phases, le pouvoir adjudicateur peut soit décider de poursuivre le partenariat avec tout ou partie des titulaires, soit s'il est satisfait des solutions proposées par l'un des titulaires, d'en faire l'acquisition. Le partenariat d'innovation constitue donc un processus conduit avec un ou plusieurs partenaires.

■ Quels avantages présentent le recours à un partenariat d'innovation par rapport à un marché classique ?

L'intérêt du partenariat d'innovation est double puisqu'il permet de retenir plusieurs titulaires et d'organiser la relation contractuelle autour d'une ou plusieurs phases de recherche et de développement

et d'une ou plusieurs phases d'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat. Le partenariat d'innovation permet donc de conduire des processus de recherches et de développements parallèlement avec plusieurs titulaires. L'organisation de ce partenariat en phases successives permet en outre au pouvoir adjudicateur de garder le contrôle tout au long de l'exécution du marché en retenant au fil des phases les solutions techniques qui lui paraissent les plus innovantes et les plus adaptées à son besoin.

■ Le partenariat d'innovation semble trop complexe pour mon besoin : que faire alors ?

Il existe des procédures de passation spécifiques qui permettent de répondre à un besoin innovant de moindre complexité. Le dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociation peuvent être utilisés lorsque le besoin consiste en une solution innovante au sens de la commande publique. Ces procédures confèrent aux personnes publiques la faculté de négocier avec les candidats durant une ou plusieurs phases. Ces derniers peuvent notamment affiner leur proposition technique au fil des phases de négociation sous réserves de respecter les exigences minimales formulées par le pouvoir adjudicateur dans les documents de la consultation. À l'issue de la négociation, le pouvoir adjudicateur peut retenir l'offre économiquement la plus avantageuse et qui répond de manière innovante au besoin qu'il a formulé.

Le concours est également une procédure de passation qui permet de favoriser l'innovation puisqu'il constitue un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme,

de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données.

■ Mon besoin est très spécifique en ayant trait à la recherche et au développement théorique : que puis-je faire ?

L'article 14 de l'ordonnance marchés publics prévoit une exemption aux règles de la commande publique pour « les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ». Au sens de cet article, la recherche et le développement regroupent l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental. Aussi, sous réserve que les conditions précitées fixées par l'article 14 de l'ordonnance marchés publics soient respectées, les personnes publiques peuvent conclure un marché public de service de recherche et développement sans procédure de publicité et de mise en concurrence.

■ Pour un marché public classique dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ou adaptée, puis-je tout de même favoriser des propositions innovantes ?

Absolument. Les personnes publiques n'ont pas forcément à s'inscrire dans une procédure de passation ou un marché spécifique pour favoriser l'innovation. Ils peuvent notamment encourager grâce à deux mécanismes. Le premier consiste à autoriser les variantes qui sont définies comme des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation. En présentant des variantes, les candidats peuvent ainsi fournir

des solutions innovantes pour répondre au besoin du pouvoir adjudicateur. Le second mécanisme consiste à ériger, conformément à l'article 62 du décret marchés publics, le caractère innovant en un critère de jugement des offres. Se faisant, le pouvoir adjudicateur incite les candidats à présenter une offre innovante puisque l'innovation leur permet de remporter le marché.

■ Pour conclure une délégation de service public, quelles solutions s'offrent à moi ?

Contrairement à l'ordonnance et au décret marchés publics, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession ne prévoient pas de dispositions spécifiques pour encourager l'innovation. Néanmoins, les autorités déléguantes ne sont pas dépourvues de moyens en la matière. En premier lieu, elles pourront mettre à profit les négociations pour inciter les candidats à proposer des solutions innovantes. En second lieu, à l'instar des marchés publics, le caractère innovant des propositions peut être érigé en un critère de jugement des offres. ●

Un panel d'outils

Il existe tout un panel d'outils qui permet aux personnes publiques d'encourager l'innovation. On recommandera de définir précisément le besoin et d'apprécier quel degré d'innovation apparaît souhaitable pour le réaliser. En fonction de cette analyse, il conviendra de choisir une procédure ou un marché spécifique ou plus simplement de mettre à profit les instruments classiques (variantes ou critère de jugement) pour inciter la remise d'offres innovantes.