



GUIDE PRATIQUE DE L'ACHAT PUBLIC INNOVANT

LA SYNTHÈSE

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

Janvier 2014

SOMMAIRE

PREAMBULE	3
INTRODUCTION	3
CREER LES CONDITIONS FAVORABLES A L’EMERGENCE DE SOLUTIONS INNOVANTES	4
Observer, connaître et pratiquer les marchés économiques.....	4
Planifier les achats. Informer en amont.	5
Concentrer la réponse des entreprises sur les procédés et produits innovants. Adapter le périmètre des lots.	6
OUVRIR LES CONSULTATIONS AUX SOLUTIONS INNOVANTES	6
Une définition fonctionnelle des besoins comme point de départ pour capter l’innovation	6
Privilégier un cahier des charges fonctionnel	7
Autoriser les variantes et accroître leur utilisation	7
Critères d’attribution permettant de susciter et de valoriser les procédés innovants.....	7
LA PROCEDURE AU SERVICE DE L’INNOVATION	8
Dialogue compétitif	8
Concours	8
Mesures dédiées à l’achat d’innovation :	9
• L’exclusion de l’achat de services de R&D du droit de la commande publique	9
• Les achats publics avant commercialisation (APAC) et les achats publics de solutions innovantes	9
• Le marché à tranches conditionnelles.....	10
• Les marchés passés en procédure adaptée	10
• Les procédures négociées	10
• Le partenariat d’innovation	11
• Les expérimentations européennes	11
ACCOMPAGNER L’EFFORT DES OPERATEURS ECONOMIQUES INNOVANTS	12
Utiliser les incitations financières	12
Les marchés publics vitrines d’un savoir-faire.....	12
ANNEXE I : DEFINITIONS	13
ANNEXE II : 15 FACTEURS CLES DE SUCCES : SYNTHESE DES BONNES ET MAUVAISES PRATIQUES .	14

PREAMBULE

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

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

Vous pouvez consulter et télécharger cette synthèse, ainsi que le guide complet dont elle est issue, sur le site internet de la direction des affaires juridiques (DAJ) : <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>

INTRODUCTION

La commande publique est devenue un outil de politique économique. La professionnalisation des acheteurs est devenue indispensable pour maîtriser et optimiser la dépense publique.

En période de crise, l'innovation peut être un levier pour dynamiser l'activité et créer de la croissance à moyen terme. La prise en compte de l'innovation dans les marchés publics est une démarche gagnant-gagnant. En stimulant l'innovation, la demande publique constitue l'un des leviers permettant de faire grandir les entreprises innovantes, qui, en retour, offrent aux collectivités publiques les moyens d'améliorer le service rendu.

En décembre 2012, les principales entreprises à participations publiques (dont la SNCF, GDF Suez, Areva, la RATP ou la Poste...) se sont engagées à stimuler l'innovation et soutenir les entreprises innovantes de leur filière en signant la charte en faveur de l'émergence et du développement des PME innovantes. C'est à présent au tour des administrations de l'Etat de réfléchir aux moyens d'encourager les entreprises innovantes.

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

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

CREER LES CONDITIONS FAVORABLES A L'EMERGENCE DE SOLUTIONS INNOVANTES

1 - L'achat innovant se gère en équipe.

L'acheteur est le pivot de la rencontre entre les besoins en prestations spécifiques et innovantes des personnes publiques et les capacités des opérateurs économiques à y répondre.

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

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

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

OBSERVER, CONNAÎTRE ET PRATIQUER LES MARCHÉS ECONOMIQUES

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

La connaissance du marché (au sens économique du terme), est le préalable indispensable à tout achat innovant. L'organisation d'une veille active et la diffusion de cette information permettent, sur les segments d'achats considérés comme à forte évolution, ou sur lesquels des évolutions ou gains sont attendus (économies, nouveaux besoins, procédés obsolètes à renouveler), de cerner l'offre des opérateurs économiques, l'état de la concurrence, la capacité d'innovation du secteur, étape préalable au lancement de la procédure.

Où trouver des informations ? Les salons, colloques, revues spécialisées, forums, sites internet institutionnels, sites internet des entreprises, organisations professionnelles, sont des mines d'informations. Les chambres de commerce et d'industrie, les pôles de compétitivité, les DIRECCTE, ou encore la Banque Publique d'investissement (bpifrance), en prise directe avec les entreprises innovantes, peuvent assister l'acheteur dans ses recherches.

Rechercher les solutions innovantes

Capter l'innovation passe par une démarche active, associant acheteurs et prescripteurs ou services opérationnels, et permettant de repérer les solutions innovantes. Pour démarcher les personnes publiques, les opérateurs ont besoin d'un point de contact facilement accessible et permettant de prospecter directement le service adéquat. Il peut s'agir d'un espace dédié sur le site internet institutionnel (ou le profil d'acheteur) de l'organisme public, ou d'un interlocuteur identifié à contacter.

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

Le « **sourçage** » (**sourcing**), ou la recherche et l'évaluation d'opérateurs économiques innovants, et leur mise en relation avec des acheteurs est une démarche active pour repérer, dans un domaine donné, des procédés émergents ou innovants. Des organismes dédiés peuvent apporter leur concours, tel bpifrance, qui propose un « sourçage » qualifié d'entreprises innovantes à destination des grands comptes (<http://www.bpifrance.fr/>), ou les chambres de commerce et d'industrie, ainsi que des associations comme Pacte PME (<http://www.pactepme.org/>), dont le programme « innovation ouverte » permet aux acheteurs d'être mis en contact avec des PME sur des thèmes qu'ils précisent.

Plus sophistiqués et nécessitant une architecture de suivi importante, les **systèmes ouverts et collaboratifs** (**open source**) permettent de solliciter et de recueillir des remarques, idées et procédés innovants auprès de toutes sources.

Il est également fréquent de trouver une rubrique boîte à idées sur les sites d'*opendata* ou de partage de données et d'informations en accès libre des collectivités publiques.

Ainsi, autour de ces **initiatives de partage de données publiques**, se greffe une multitude d'initiatives concrètes destinées à créer des lieux d'échanges avec les professionnels et publics concernés, et développer un « **écosystème de l'innovation** »

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

5 - Déontologie et règles de confidentialité

autour de l'amélioration du service rendu à l'utilisateur (liste des sites internet publics proposant des données ouvertes sur www.data.gouv.fr).

Des personnes publiques, comme la Banque de France, peuvent pour certains besoins organiser **des demandes d'informations** (ou *request for information - RFI*: <http://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/marches-publics/achats-informatiques/rfi-demande-dinformatons.html>). Il s'agit sur un sujet donné d'interroger le marché, afin de déterminer la faisabilité technique et financière d'un projet.

Priés d'évoluer rapidement et d'acquérir une connaissance approfondie de l'offre, services acheteurs et services opérationnels se retrouvent aux prises avec des procédés commerciaux d'entreprises qui peuvent, le lendemain, devenir candidates à des marchés publics. De fait, lorsque les deux mondes de l'entreprise et de l'achat public sont trop interpénétrés, le risque est alors de ne plus assurer l'égalité de traitement des candidats. Pour éviter cet écueil, quelques règles simples peuvent être mises en œuvre :

- autoriser, encourager, organiser les contacts :

- autoriser et favoriser les contacts très en amont des procédures, en étant explicite sur la nature des informations échangeables, veiller à assurer l'égalité de traitement des entreprises ;
- rappeler les principes essentiels de la confidentialité qui s'imposent à la personne publique : ne pas communiquer à des concurrents les procédés appartenant aux entreprises titulaires de marchés en cours ;
- rappeler le principe du « cône de silence », lorsque la procédure est lancée, aucun contact ne doit être pris avec les entreprises candidates, sauf pour une précision technique ; la réponse doit être diffusée à tous les autres candidats déclarés si elle est susceptible d'avoir une influence sur le déroulement de la procédure ; il est possible de demander à un candidat de compléter sa candidature, en donnant la possibilité aux autres candidats de faire de même ;
- en aval de l'achat, autoriser et encourager les contacts avec l'entreprise titulaire du marché, pour assurer le suivi de l'exécution du contrat.

- fixer des règles simples de comportement :

- prohiber tout avantage direct ou indirect quel qu'en soit le montant, à l'exception du cadeau publicitaire, dont la valeur maximale admissible doit être fixée clairement. Les présents ou invitation à caractère personnel (places pour un événement sportif, ou invitation au restaurant) ne doivent pas être acceptés ;
- éviter tout conflit d'intérêt et signaler (à sa hiérarchie) tout lien familial ou personnel avec les fournisseurs ;
- s'interdire la pratique inadmissible de s'emparer des idées innovantes d'un candidat en déclarant un appel d'offres infructueux pour négocier avec tous les candidats sur la base de ce même projet innovant.

PLANIFIER LES ACHATS. INFORMER EN AMONT.

Les opérateurs économiques peuvent manquer de visibilité sur la structure des achats des collectivités publiques et sont demandeurs d'informations sur les intentions d'achats de leurs prospects publics. Il est possible de structurer cette information pour mieux cibler les entreprises innovantes. Rien n'interdit de communiquer par anticipation sur ses intentions d'achat, à condition que cette information soit mise à la disposition du plus grand nombre. La plupart des collectivités publient sur leur site internet la liste des marchés attribués, donnant ainsi une idée de la structure passée de leurs achats.

Au delà de ces démarches de communication, qui ne sont pas réglementées, le code des marchés publics (articles 39, 149 et 211) permet de publier un avis de

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

préinformation informant les opérateurs économiques de l'intention de l'acheteur de lancer une procédure pour un achat spécifique. Cet avis de publicité particulier utilise les mêmes canaux de diffusion que l'avis d'appel public à la concurrence. Pour les opérateurs de réseaux, l'avis de préinformation, appelé avis périodique indicatif, peut remplacer l'avis d'appel public à la concurrence s'il contient les mentions complémentaires prévues à l'article 151 du code.

CONCENTRER LA RÉPONSE DES ENTREPRISES SUR LES PROCÉDÉS ET PRODUITS INNOVANTS. ADAPTER LE PÉRIMÈTRE DES LOTS.

Il s'agit d'identifier, dans les procédures, les freins à la participation des entreprises innovantes aux consultations, et de définir des pistes de simplification et d'amélioration de l'accès des entreprises innovantes aux marchés.

7 - Faciliter l'accessibilité des marchés et simplifier les procédures de consultation.

Pour capter l'attention de ces entreprises souvent très spécialisées, et leur donner la possibilité de répondre aux appels d'offres, l'adaptation du périmètre des marchés aux capacités des entreprises innovantes susceptibles d'y participer est une nécessité. Cette adaptation passe par une segmentation affinée du périmètre des lots, établie grâce aux informations recueillies en amont sur la structure du segment d'achat, de manière à optimiser l'accessibilité du marché, et à favoriser la concurrence la plus large possible. Pour les acheteurs soumis au code des marchés publics, l'allotissement est la règle et le marché global l'exception, ce qui favorise l'accès des PME aux marchés publics.

Les entreprises peuvent également être amenées, que ce soit parce que le mode de dévolution choisi ne permet pas leur accès isolé au marché, ou parce que la solution innovante nécessite de s'adosser à d'autres compétences, à candidater en groupement d'entreprises. Cette faculté peut être anticipée par l'acheteur et prise en compte dans la procédure.

Au-delà de ces aspects, les acheteurs sont invités à adapter et préciser leurs exigences en matière de capacités des entreprises de manière à permettre la candidature d'entreprises nouvellement créées. Un examen global de ces capacités, au stade de la candidature, peut être préféré à la fixation, plus rigide, de niveaux minimaux de capacité.

OUVRIR LES CONSULTATIONS AUX SOLUTIONS INNOVANTES

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

UNE DÉFINITION FONCTIONNELLE DES BESOINS COMME POINT DE DÉPART POUR CAPTER L'INNOVATION

La définition du besoin est une étape nécessaire et une obligation réglementaire (article 5 du CMP).

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

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

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

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

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

Si une centrale d'achat référence déjà un procédé innovant permettant de répondre au besoin, alors l'acheteur peut y recourir.

PRIVILÉGIER UN CAHIER DES CHARGES FONCTIONNEL

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

Pour exprimer le besoin, les acheteurs ont deux possibilités : exprimer le besoin sous la forme de spécifications techniques, précises, détaillant la prestation ou sous la forme de performances, d'exigences fonctionnelles décrivant le résultat à atteindre, sans précision des moyens et procédés pour y parvenir.

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

AUTORISER LES VARIANTES ET ACCROÎTRE LEUR UTILISATION

10 - Favoriser l'utilisation des variantes.

Les variantes sont des « modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation » (CE, 5 janvier 2011, société Technologie alpine sécurité, et commune de Bonneval sur Arc, n° 343206 et 343214). L'ouverture aux variantes peut donc permettre aux soumissionnaires d'exprimer des offres innovantes, différentes de la solution de base définie par l'acheteur.

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

- en autorisant explicitement les variantes dans les documents de la consultation (quel que soit le régime d'autorisation implicite ou explicite auquel les soumet la procédure) ;
- en déterminant des critères d'attribution et sous-critères qui permettront d'évaluer à la fois les offres conformes à la solution de base et les variantes.

Sur le sort à réserver aux variantes dans le classement final, 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.

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

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

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

Les directives européennes et le code des marchés publics établissent une liste indicative de critères d'attribution qui, au-delà du seul prix, permettent de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette liste comprend le caractère innovant de l'offre.

Lier le caractère innovant à l'objet du marché n'est pas aisé. Les marchés de haute technologie dont l'objet est justement d'acquérir le dernier état de l'art mis à part, l'objet d'un achat est rarement de disposer d'une innovation en tant que telle.

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

L'innovation n'est pas antinomique, tout au contraire, avec la soutenabilité budgétaire sur le long terme. La réflexion peut se porter, plutôt que sur le coût d'acquisition, sur l'analyse du cycle de vie (coût de production, de transport, d'utilisation ou d'usage, maintenance...).

LA PROCEDURE AU SERVICE DE L'INNOVATION

Aucune procédure de passation d'un marché n'interdit, *a priori*, la prise en compte d'une réponse innovante. Certaines procédures, comme le dialogue compétitif ou le concours, ainsi que certaines mesures dédiées à l'innovation, peuvent être utilisées pour stimuler une réponse créative de la part des candidats.

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

DIALOGUE COMPÉTITIF

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

Le dialogue compétitif est réservé aux marchés complexes. La complexité est définie comme le cas où le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques de répondre à ses besoins, ou d'établir le montage juridique ou financier du projet.

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

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

CONCOURS

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

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

MESURES DÉDIÉES À L'ACHAT D'INNOVATION :

Au delà de l'achat de prestations et produits innovants existants, mais qui n'auraient pas encore fait l'objet d'une application adaptée aux activités des personnes publiques, se développe en France et au sein de l'Union européenne toute une réflexion pour faire de l'achat public un levier plus efficace pour soutenir l'innovation.

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

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

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

Il s'agit de la transposition des dispositions de l'article 16. f) de la directive 2004/18/CE, sur lesquelles la Commission européenne s'est basée pour développer le concept d'achat public avant commercialisation (cf. infra.).

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

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

La Commission européenne a développé le concept de « *pre-commercial procurement* » ou achat public avant commercialisation (APAC), à partir des dispositions de l'article 16. f) de la directive 2004/18/CE.

Le dispositif repose sur un développement par phases :

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

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

Enfin, à condition que le prix payé par la personne publique pour l'acquisition du service de R&D soit celui du marché et qu'un minimum de mise en concurrence soit

exercé, le recours aux APAC ne constitue pas une aide d'Etat prohibée par l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

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

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

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

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

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

Or, si la candidature des opérateurs ayant participé aux études, expérimentations ou développements des prestations qui font l'objet du marché n'est pas interdite, leur position ne doit pas leur conférer un avantage sur les autres candidats susceptible de fausser la concurrence. Par conséquent, l'acheteur devra veiller à ce que tous les candidats bénéficient du même niveau d'information, sans pour autant porter atteinte au secret industriel et commercial.

- **LE MARCHÉ À TRANCHES CONDITIONNELLES**

Le marché à tranches conditionnelles (article 72 du CMP) permet d'assurer à l'entreprise titulaire du marché, et qui effectue les études, la certitude de réaliser les prestations afférentes à chaque tranche dès lors que l'acheteur décide de poursuivre l'exécution. Pour sa part, l'acheteur peut décider de ne pas poursuivre le contrat, si les résultats de la tranche précédente ne sont pas probants. L'acheteur pourra ainsi intégrer dans une tranche ferme les prestations portant sur la conception du produit, voire la réalisation d'un prototype, et renvoyer sur les tranches conditionnelles la fourniture du produit ou de la prestation objet du marché.

- **LES MARCHÉS PASSÉS EN PROCÉDURE ADAPTÉE**

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

- **LES PROCÉDURES NÉGOCIÉES**

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

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

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

- les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence (article 35 II [8°] du CMP). L'acheteur devra dans ce cas être en mesure de démontrer l'inexistence de la concurrence.

- **LE PARTENARIAT D'INNOVATION**

Dans le cadre de la révision des directives relatives aux marchés publics de 2004 a été adopté le nouveau dispositif du partenariat d'innovation. Il s'agit d'une procédure négociée par phases en vue du développement et de l'acquisition d'un produit, d'un service ou de travaux nouveaux et innovants, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la passation d'un marché distincte pour l'acquisition. Ce dispositif sera transposé en droit français en 2014.

- **LES EXPÉRIMENTATIONS EUROPÉENNES**

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

L'objectif des groupes d'acheteurs européens ("buyers' groups") est double. D'une part, ils préparent les spécifications fonctionnelles ou basées sur la performance d'un achat de produits et services innovants ou d'une prestation de R&D permettant de développer la solution qui répondra aux besoins des acheteurs. D'autre part, ils offrent aux fournisseurs, en particulier aux PME européennes, l'occasion de trouver des premiers clients pour leurs solutions innovantes. Ainsi, s'appuyant sur un marché intérieur plus ouvert à l'innovation, ces entreprises pourront avoir un avantage compétitif certain. A cet égard, le forum internet des achats publics d'innovation doit être mentionné : <http://www.procurement-forum.eu>

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

Toutes les informations sur les actions de la Commission européenne en matière d'achat public d'innovation sont disponibles ici :

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

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

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

ACCOMPAGNER L'EFFORT DES OPERATEURS ECONOMIQUES INNOVANTS

UTILISER LES INCITATIONS FINANCIÈRES

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

Pour les achats d'innovation, mener une réflexion *ex ante* sur les moyens, notamment financiers, de faciliter et d'accompagner l'exécution du contrat, permet de diminuer les risques de défaillance en cours de contrat et d'identifier des pistes pour favoriser le développement des entreprises innovantes.

Parmi les modalités financières permettant de faciliter l'exécution de la prestation, le contrat peut prévoir un régime particulier pour l'avance (art. 87 du CMP), qui permet de préfinancer l'exécution des prestations sans attendre le versement du premier acompte. Obligatoire pour les marchés supérieurs à 50 000 euros HT, et d'une durée supérieure à deux mois, le taux de l'avance ne peut être inférieur à 5% du montant total des prestations. Le code des marchés publics permet également, sous conditions, de relever ce taux et autorise le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire. Par ailleurs, les maîtres d'ouvrage peuvent également s'engager à prévoir dans les conditions particulières de leurs marchés des acomptes sur les approvisionnements. Le contrat peut également prévoir des incitations financières, comme des primes pour réalisation anticipée, primes pour atteinte ou dépassement des performances, dans la mesure où ces dispositifs sont annoncés dès la mise en concurrence.

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

Au-delà du suivi de l'exécution des prestations, dont la précision est indispensable lorsque le contrat est basé sur un résultat à atteindre, instaurer un dialogue avec le cocontractant tout au long de l'exécution du contrat, surtout lorsque le contrat a pour objet le développement d'un procédé innovant et que l'entreprise est de taille modeste, permet bien souvent d'éviter une partie des risques de défaillance, de mauvaise exécution, de retard, ou d'interruption des prestations. Le choix du moment de démarrage de l'exécution des prestations, le phasage dans le temps des livrables peut utilement faire l'objet d'échanges avec le cocontractant.

LES MARCHÉS PUBLICS VITRINES D'UN SAVOIR-FAIRE

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

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

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

ANNEXE I : DEFINITIONS

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

- **Achat public innovant**

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

1) les achats commerciaux qui consistent à faire évoluer un produit déjà existant (public procurement of innovation ou PPI) ;

2) les achats pré-commerciaux de R&D ou pre-commercial procurement (APAC), qui consistent à financer le développement d'un concept ou d'un prototype avec ou sans la vente d'un produit à la clé.

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

- **Innovation**

Par ailleurs, l'article 2 de la nouvelle directive européenne sur les marchés publics de 2014 définit l'innovation comme : « *la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise...* ».

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

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

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

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

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

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

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