NOV LAW
AVOCATS

Février 2023

Commande publique et innovation : une relation contrariée

LAURENT BIDAULT
AVOCAT ASSOCIÉ

Paris :
53 boulevard de Magenta
75010 Paris

Lyon :
123 rue Tête d'Or
69003 Lyon

Tél. : 01 44 01 46 36
Mail : contact@novlaw.fr

Contrats Publics
Actualités MONITEUR JURIS

Commande publique et innovation : une relation contrariée

Depuis plus d'une dizaine d'années, en particulier sous l'impulsion de l'Union européenne, la prise en compte de l'innovation dans l'achat public et la commande publique est encouragée. Si à première vue, la commande publique semble mal se marier avec l'innovation, des outils, qu'ils soient procéduraux ou contractuels, existent pour y remédier. L'objet du présent dossier est précisément de les détailler.

La promotion de l'innovation dans le secteur public

La modernisation des services publics, une meilleure efficacité de ceux-ci ou encore la prise en compte des enjeux environnementaux, qui est toujours plus d'actualité, sont généralement mis en avant par les pouvoirs publics pour encourager l'innovation dans la sphère publique et dans l'achat public.

En outre, l'achat public est vu comme un levier de développement économique pour les entreprises dites innovantes, composées largement de startups, TPE et PME.

Partant, les initiatives publiques se multiplient afin d'encourager et de promouvoir l'innovation que ce soit par la publication d'études – on pense en particulier au guide pratique de l'achat public innovant –, l'organisation de concours, d'évènements dédiés, d'appels à projets ou encore d'ateliers de formation.

Des freins clairement identifiés

Il s'agit en effet de lever (du moins de tenter) un certain nombre de freins à la prise en compte de l'innovation dans la commande publique.

Ceux-ci sont connus du côté des acheteurs publics : difficulté à appréhender l'innovation (tant son périmètre que les risques juridiques, financiers et opérationnels inhérents à toute solution nouvelle), standardisation et rigidité sans doute trop importantes des documents contractuels et des procédures de passation existantes.

De fait, et cela est parfaitement compréhensible, les acheteurs ont pour souci principal d'assurer la sécurité juridique de leur processus d'achat, laissant peu de place à la nouveauté et à l'innovation dans leurs achats.

À cela s'ajoute, comme avaient pu le relever le ministère de l'Économie et l'OECP dans un rapport de juin 2021 sur les achats innovants, un manque de maturité des acheteurs publics sur ce sujet et un manque d'informations et de formation en la matière.

Le présent dossier a pour ambition à son échelle d'y remédier, notamment en revenant sur la notion d'innovation au sens du droit de la commande publique et sur les mécanismes contractuels et procéduraux en la matière.

Les outils contractuels et procéduraux favorisant l'innovation

Ainsi que le détaillera le présent dossier, les outils ne manquent pas pour favoriser l'innovation, tant lors de la passation du contrat qu'en cours d'exécution.

Dans le premier cas, on peut mettre en avant le marché public innovant permettant d'acquérir des travaux, fournitures et services innovants sans publicité ni mise en concurrence, jusqu'à 100 000 euros HT. La souplesse de ce marché et de ces conditions de recours présente un avantage certain.

Le partenariat d'innovation constitue également un outil aux atouts non négligeables : codévelopper avec un partenaire puis acquérir auprès de celui-ci une solution qui n'existe pas en ce sens qu'aucune solution sur le marché ne permettait de répondre aux besoins de l'acheteur. C'est donc le gage pour ce dernier de disposer *in fine* d'une solution sur mesure.

D'autres outils plus traditionnels permettent à l'acheteur de favoriser l'innovation et d'acquérir des solutions innovantes. On pense particulièrement aux variantes qui peuvent être demandées aux candidats. La procédure avec négociation et le dialogue compétitif – dont l'une des hypothèses de recours est justement l'acquisition d'une solution innovante – peuvent permettre de faire émerger une telle solution.

Enfin, grâce à certains mécanismes contractuels, il est possible de prendre en compte l'innovation et les évolutions techniques en cours d'exécution du contrat.

Ces outils posent naturellement un certain nombre de questions sources potentielles de difficultés : formalisation de l'innovation dans les documents du marché, choisir entre plusieurs offres « innovantes », conditions d'évolution des contrats, ou encore gestion des droits de propriété intellectuelle (question qui est trop souvent à tort négligée).

Le présent dossier vise aussi à traiter de ces questions afin d'apporter un éclairage le plus complet possible sur le sujet.

Laurent Bidault
Avocat Associé
Novlaw Avocats