OSEZ L'INNOVATION AVEC LA COMMANDE PUBLIQUE !

La modernisation des services publics, une meilleure efficacité de ceux-ci ou encore la maîtrise des enjeux environnementaux et sociaux sont principalement mis en avant pour encourager l'innovation dans la sphère publique.

De fait, la transition climatique, l'émergence de solutions numériques de transport (MaaS) et de gouvernance de la ville (smart city), l'ouverture des données, les plans « *ville durable* », « *BIM 2022* », « *de transformation de l'action publique* » ou encore dernièrement le plan de relance consécutif à la crise sanitaire… sont autant d'opportunités de favoriser le recours à des solutions innovantes.

De plus, les initiatives publiques sont nombreuses pour que l'achat public stimule l'innovation et participe au développement des entreprises innovantes, pour sortir notamment d'un accompagnement qui demeure aujourd'hui essentiellement financier.

DANS CE CONTEXTE, COMMENT UTILISER LA COMMANDE PUBLIQUE AFIN DE RELEVER CES DÉFIS ?

En amont, connaître son Marché pour (mieux) identifier son besoin

Le recours à l'innovation passe nécessairement par l'identification des solutions et acteurs susceptibles de répondre au besoin, notamment via le sourcing. Veille stratégique, rencontres avec les entreprises et les structures d'accompagnement (incubateurs, pôles de compétitivité), organisation de concours ou d'hackathon, sont autant d'initiatives permettant à l'acheteur d'identifier une solution pouvant de répondre à son besoin, voire d'en appréhender un nouveau.

Dans le même ordre d'idée, si l'acheteur a une connaissance de son besoin sans pour autant avoir identifié les moyens de le satisfaire, l'organisation d'appel à projets ou à manifestation d'intérêt peut s'avérer opportune, tout en veillant à ne pas tomber dans le champ de la commande publique[1].

Laurent BIDAULT

Procédures « adaptées » à l'innovation

La difficulté de l'innovation est qu'elle se marie mal avec les procédures "standardisées" de la commande publique et, en particulier, avec l'obligation pesant sur l'acheteur de définir précisément son besoin.

L'acheteur peut déjà définir celui-ci de façon fonctionnelle, déterminant les résultats et performances à atteindre, sans pour autant définir précisément les moyens et techniques devant être mis en œuvre : de fait, plusieurs solutions innovantes, dont les caractéristiques techniques divergent, peuvent aboutir à un même résultat et donc répondre à un même besoin.

Ensuite, ne doit pas être négligé l'intérêt de recourir au marché sans publicité ni mise en concurrence, surtout dans le cadre de l'expérimentation achat public innovant[2] : l'acheteur peut alors acquérir des travaux, service et fourniture, jusqu'à 100 000 euros, à condition qu'ils soient innovants[3].

Certes ce seuil est limité, mais cette procédure permet donc à l'acheteur d'acquérir aisément une solution innovante[4], qu'il a identifiée mais qui peut être par nature difficilement comparable dans le cadre d'un appel d'offres.

Le recours à des procédures plus classiques comme la procédure avec négociation et le dialogue compétitif, permettant aux candidats de développer une solution répondant au besoin de l'acheteur en cours de procédure, voire encore l'autorisation pour les candidats de proposer des variantes, peut également s'avérer opportun, mais les candidats peuvent demeurés contraints par une définition trop précise du besoin.

Enfin, si l'acheteur n'a pas identifié de solution répondant à son besoin, le partenariat d'innovation est un outil permettant d'intégrer une phase de recherche et développement et une phase d'acquisition de la solution développée. Ainsi, au fil du contrat, l'acheteur détermine avec le partenaire la solution la plus adéquate. Il reste qu'en pratique, ce montage demeure, sans doute à tort, réservé à des projets d'une certaine importance.

La gestion des risques inhérents à l'innovation

Juridiquement, voire politiquement, il faut accepter que l'acquisition d'une solution nouvelle présente un risque, mais qui doit être mis en balance avec les effets positifs potentiellement escomptés (efficacité, rapidité, amélioration du service, contribution à l'innovation).

Au-delà, l'acheteur devra être particulièrement attentif aux problématiques liées aux droits de propriété intellectuelle, en anticipant et en organisant dans le contrat les conditions d'utilisation, de réutilisation et de réversibilité de la solution, au risque de se retrouver en fin de marché dans l'impossibilité d'utiliser la solution qu'il a pourtant acquise…

Laurent Bidault
Avocat Associé – Droit public & Innovation publique
www.novlaw.fr

AVOCATS NOV LAW

1 - CE, avis, 22 janvier 2019, n° 396221
2 - Décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018.
3 - Cf. Guide Achat public innovant et www.achat-innovant.fr
4 - Sous réserve du respect des principes du code de la commande publique.