



MÉTHODOLOGIE

Achat innovant : comment utiliser les outils contractuels habituels ?



L'ACHAT PUBLIC RESPONSABLE
Proche, utile, innovant





Contexte

Il existe différentes procédures ou techniques d'achat, des plus courantes au plus spécialisées, permettant d'intégrer l'innovation dans la commande publique.

Plusieurs outils et procédures traditionnellement utilisés dans l'achat public peuvent être utilement mobilisés pour favoriser un achat innovant.

Les nouveaux éléments contractuels (partenariat d'innovation et décret 24 décembre 2018) figureront dans la fiche Achats innovants : les nouveaux outils contractuels

Cette fiche s'inspire largement du guide pratique achat public innovant publié en mai 2019 par la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances.

Procédures négociées

Marché à procédure adaptée (MAPA)

Les MAPA constituent la majorité des procédures de marchés publics et revêtent donc une certaine importance pour la diffusion de l'innovation dans la commande publique. Ce phénomène est d'autant plus vrai que les MAPA, de par leur nature flexible, permettent de tester des solutions innovantes et/ou de les acheter en petite quantité.

Selon l'article R.2123-4 du CCP, les MAPA sont les marchés qui, en raison de leur montant ou de leur objet, peuvent faire l'objet de modalités de procédure librement choisies en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Pour les achats inférieurs à 40 000 € HT à compter du 1^{er} janvier 2020, l'acheteur est dispensé des obligations de publicité et de mise en concurrence, mais doit veiller à assurer une utilisation optimale des deniers publics, en sollicitant dans la mesure du possible différents prestataires (demande de devis ou consultation de catalogues en ligne, par exemple).

Pour les achats d'un montant supérieur à 40 000 € HT à compter du 1^{er} janvier 2020, l'acheteur doit formuler par écrit son besoin ainsi que les règles principales de la consultation (ex : critères de sélection...) et en assurer une publicité proportionnée à l'enjeu du marché (ex : profil d'acheteur, journal d'annonce légale, BOAMP...).

Les MAPA offrent ainsi une souplesse procédurale aux acheteurs, qui peuvent négocier les offres tant sur le plan financier que qualitatif, dès lors qu'ils ont annoncé cette possibilité dès le départ.

Leur attention est cependant appelée sur les préconisations formulées supra et, en particulier sur les points suivants : penser le besoin de façon fonctionnelle, autoriser les variantes, laisser le temps nécessaire aux opérateurs pour formuler une réponse bien construite, ne pas focaliser les négociations sur le seul aspect prix.

Dans ce cadre, une collectivité publique ayant repéré une solution innovante susceptible de répondre à ses besoins pourrait en faire l'acquisition ou bien l'expérimenter à petite échelle. Si le test s'avère concluant et qu'il est envisagé de généraliser la solution, une nouvelle procédure de marché devra être lancée avec

mise en concurrence (à anticiper dès l'expérimentation de la solution avec l'entreprise).

Procédure avec négociation

Selon l'article L.2124-3 du code de la commande publique (CCP), « la procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ».

Dans cette optique, l'acheteur – qui connaît son besoin et les moyens susceptibles d'y répondre souhaite négocier afin d'améliorer le contenu des offres successives (à l'exception

des offres finales), étant précisé que les exigences techniques minimales, ainsi que les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation, ne font pas l'objet de négociation.

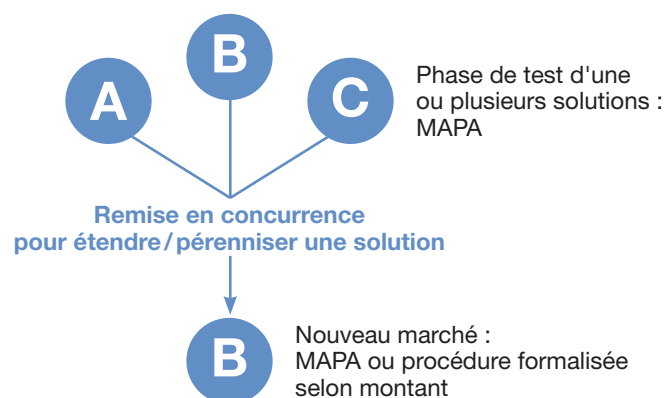
Les conditions de recours à cette procédure, communes au dialogue compétitif, sont les suivantes :

- lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- lorsque le besoin consiste en une solution innovante ;
- lorsque le marché comporte des prestations de conception ;
- lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme (...)
- lorsque, dans un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées (...).

À la lecture des cas de recours et de la définition générale de la procédure avec négociation, il semble que celle-ci puisse être considérée comme la voie privilégiée pour les achats d'innovation.

En effet, l'usage de cette procédure est désormais possible dans tous les cas où le besoin ne peut pas être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ou dès lors que le besoin concerne une solution innovante, sans restriction liée à l'incapacité de définir les solutions techniques adéquates (comme pour le dialogue compétitif).

Ne pas focaliser
les négociations
sur le seul
aspect prix.





Dialogue compétitif

L'article L.2124-4 du CCP dispose que «le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis

à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre».

Cette procédure peut être employée dans des cas limitativement énumérés, notamment lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ou lorsqu'il consiste en une solution innovante (critère qui peut être établi à l'aide du faisceau d'indices).

Le dialogue permet alors d'échanger et de déterminer avec les candidats la solution technique ou financière adéquate, que la collectivité territoriale n'est pas en mesure de

définir seule et à l'avance. La co-construction de la solution constitue la véritable plus-value de cette procédure et c'est cet élément qui différencie le dialogue compétitif de la procédure avec négociation.

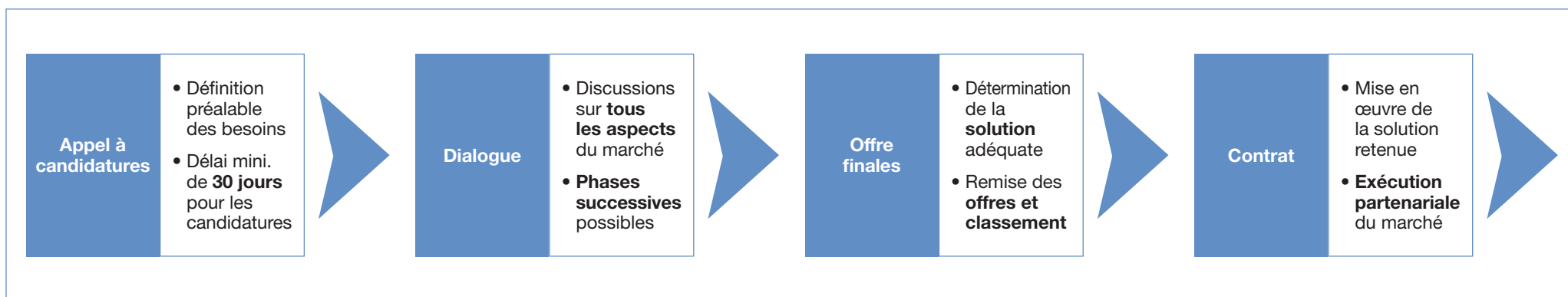
Cette procédure ne dispense pas la collectivité territoriale d'une description assez précise de ses besoins – et des objectifs de performance associés – dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel (*cf. point relatif à la définition fonctionnelle des besoins*), afin de lancer les échanges avec les candidats qui estimeront être en mesure de formuler une réponse appropriée.

La consistance de la description des besoins pourra faire l'objet d'un

contrôle du juge administratif en cas de contentieux et sera sanctionnée, si elle s'avère insuffisante.

Une fois les spécifications techniques définies et le dialogue lancé, la discussion issue du programme fonctionnel peut porter sur un champ très large, y compris sur la décomposition du prix ou le découpage du marchés, ce qui favorise la créativité des candidats tant sur le plan technique que de l'ingénierie contractuelle et financière.

Prévoir une indemnisation peut contribuer à attirer les entreprises qui, tournées vers l'innovation, ne disposeraient pas de moyens importants à investir sans garantie de succès.



Variantes

Le terme de variante correspond à une modification des spécifications techniques de la solution de base. Il sert en fait à désigner aussi bien :

- les variantes à l'initiative des soumissionnaires, définies par la jurisprudence comme « des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation »;
- les variantes imposées par les acheteurs, qui peuvent définir précisément ou non la variante attendue (ex : éléments techniques sur lesquels doit porter la variante).

Le fait qu'un opérateur économique propose une alternative à la solution envisagée par l'acheteur ne signifie pas que sa proposition sera totalement divergente ; elle peut varier seulement sur quelques aspects (ex : emploi de nouveaux matériaux...).

Les variantes permettent, d'une part, aux entreprises de faire valoir leur savoir-faire et leur capacité d'innovation et, d'autre part, à la collectivité

d'optimiser la réponse à son besoin par des procédés alternatifs plus performants, qui n'ont pas nécessairement été envisagés au départ (en particulier dans les domaines évolutifs).

La variante prend tout son sens lorsque la collectivité n'a pas été en mesure de réaliser un sourcing approfondi ou qu'il a rédigé un cahier des charges très précis prescrivant une solution particulière, au lieu de se limiter au résultat à atteindre. Elle est d'autant plus utile que l'acheteur dispose de moyens contraints en amont de la procédure et constitue un « filet de sécurité » pour permettre aux entreprises de présenter la réponse la plus adaptée au besoin.

Les variantes se distinguent des prestations supplémentaires éventuelles (PSE) et des options.

L'article R. 2151-8 (et suivants) du CCP indique les modalités d'autorisation ou d'interdiction des variantes selon la procédure employée et le type d'acheteur :

RÉGIME DES VARIANTES POUR LES MARCHÉS PUBLICS AUTRES QUE DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ

	PROCÉDURE FORMALISÉE	PROCÉDURE ADAPTÉE
Pouvoir adjudicateur	Interdiction des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.	Autorisation des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.
Entité adjudicatrice	Autorisation des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.	Autorisation des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.

RÉGIME DES VARIANTES POUR LES MARCHÉS PUBLICS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ

PROCÉDURE FORMALISÉE	Interdiction des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans l'avis d'appel à la concurrence.
PROCÉDURE ADAPTÉE	Autorisation des variantes <u>sauf</u> mention contraire dans les documents de la consultation.

La variante prend tout son sens lorsque la collectivité n'a pas été en mesure de réaliser un sourcing approfondi.



Sauf exigence contraire explicite, les variantes peuvent être déposées seules, sans une offre conforme à la solution de base. Cette disposition a pour objectif d'élargir l'accès à la commande publique notamment des PME innovantes, qui n'ont pas forcément la capacité de proposer une

offre de base, alors qu'elles peuvent proposer des solutions alternatives adaptées au besoin.

Il n'est donc pas recommandé d'exiger le dépôt d'une offre de base, dans une logique d'allègement de la charge administrative des entre-

prises (éviter de préparer 2 offres) et de stimulation de leur créativité en réponse aux besoins formulés. Cela réduit également le travail de l'acheteur.

Envoyer un message clair aux candidats en faveur des variantes dans les documents de la consultation revient également à envoyer un signal positif en faveur de l'innovation.

Il est donc recommandé de prévoir à l'avance le traitement des variantes dans les documents de la consultation :

- en autorisant explicitement les variantes quelle que soit la procédure, ce qui nécessite cependant de disposer des moyens et les compétences permettant une évaluation rigoureuse des différentes solutions ;
- en déterminant les exigences minimales ou les éléments du cahier des charges qu'elles devront respecter, et les modalités de leur présentation (ces éléments, obligatoirement mentionnés en procédure formalisée, sont recommandés en MAPA) ;
- en retenant des critères (et sous-critères) d'attribution identiques,

qui permettront d'évaluer à la fois les offres de base et les variantes ;

- en fléchant les variantes dans la trame de mémoire technique, pour inciter les entreprises à décrire et justifier avec précision l'amélioration technique ou l'économie générée(s) par la variante par rapport à la solution de base.

Afin de classer les offres, 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. Les offres de base et les variantes sont ainsi jugées en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités.

Enfin, le respect, par la personne publique, de la plus stricte confidentialité est essentiel pour que les prestataires puissent, en confiance, présenter leurs solutions les plus innovantes dans une consultation.

Critères de sélection des offres

L'examen des offres doit permettre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. À cet égard, le choix des critères de sélection pertinents au regard de l'objet du marché revêt une importance cruciale.

L'offre économiquement la plus avantageuse ne signifie pas l'offre la moins chère, dite « moins-disante ».

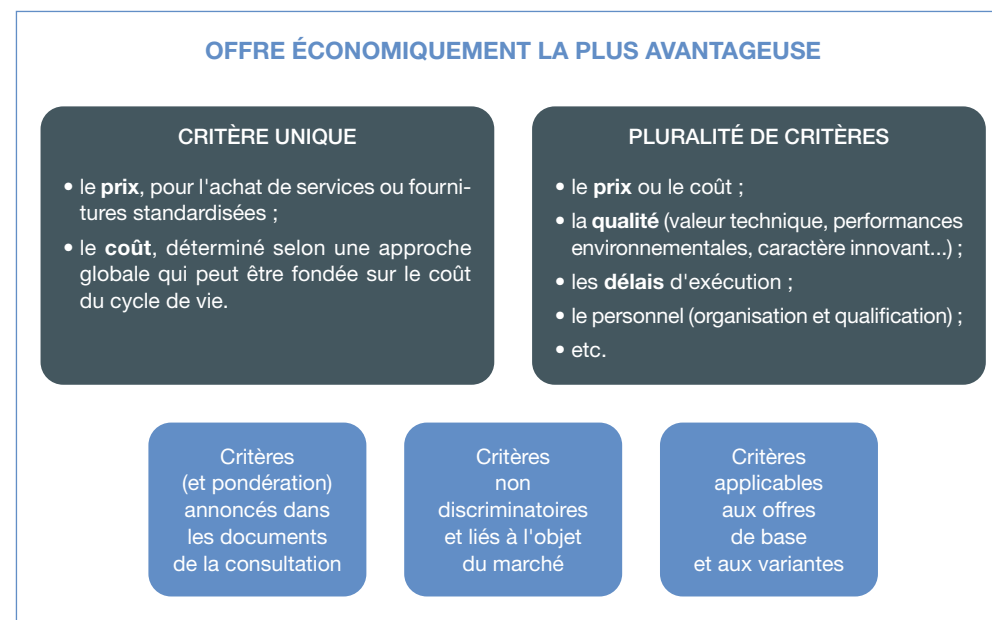
Les critères de sélection, librement choisis par l'acheteur, doivent permettre d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect des modalités d'exécution du marché.

L'usage des critères d'attribution obéit à des règles simples :

- le critère doit avoir un lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;

- il doit être formulé de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et diligents de l'interpréter de façon similaire ;
- les critères d'attribution doivent être portés à la connaissance des candidats, de même que leur pondération.

Afin d'accompagner les acheteurs dans la détermination des critères, les réglementations européenne et nationale établissent une liste indicative (cf. article R. 2152-7 du CP) :





Dans les domaines d'achats où l'on attend de l'innovation, le recours à une pluralité de critères est recommandé, tandis que le recours à un critère unique (prix ou coût) doit être évité, car plus adapté à des prestations courantes.

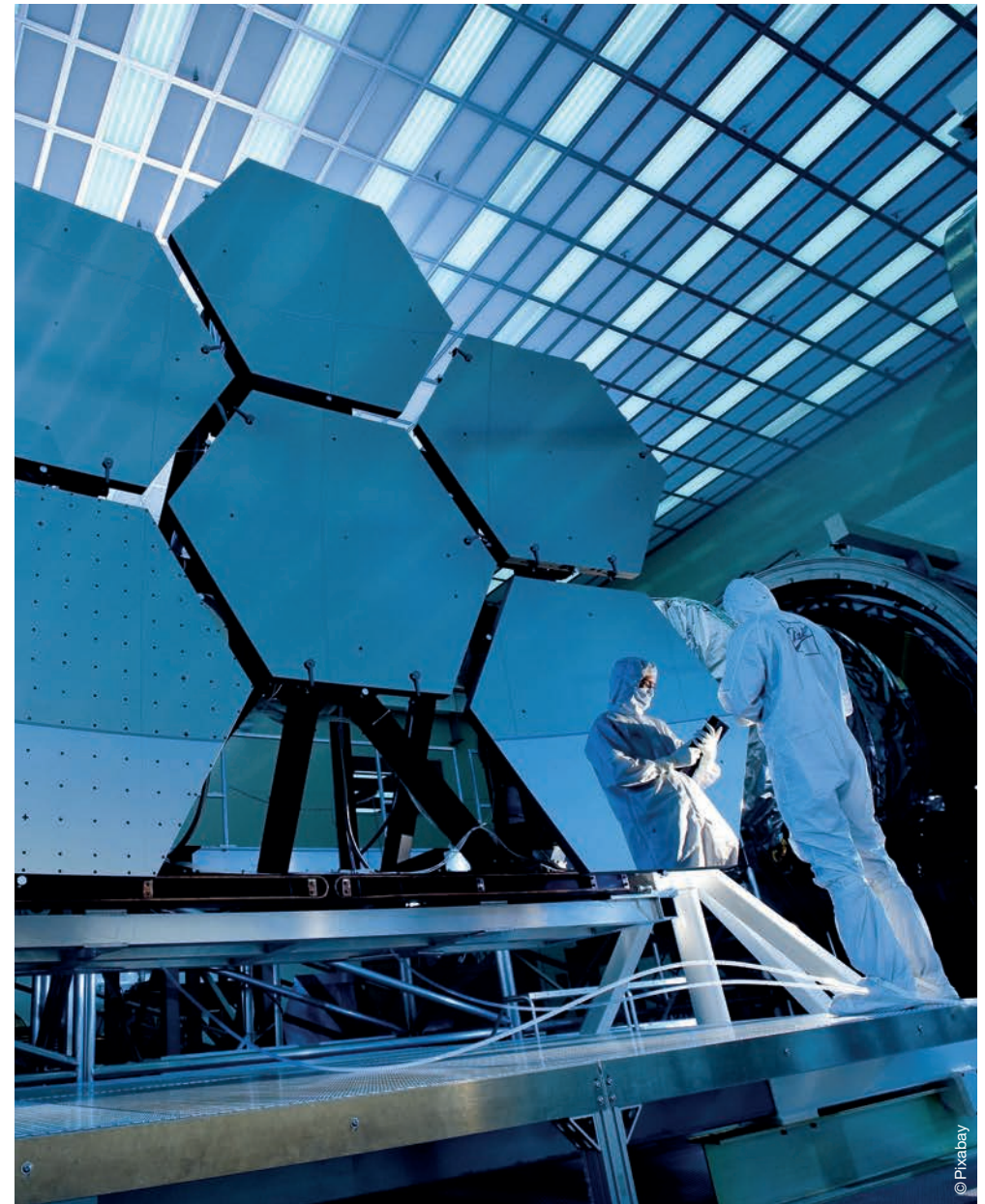
Lier le caractère innovant à l'objet du marché n'est certes pas aisé, car un achat consiste rarement à disposer d'une innovation en tant que telle (exception faite de certains marchés de haute technologie dont la finalité est d'acquérir le dernier état de l'art).

Le recours à ce critère nécessite la capacité de l'équipe projet à objectiver le caractère innovant de la solution, par des indices déterminés avant la remise des offres. Par exemple, lorsque la prestation n'est

pas standardisée et nécessite une adaptation aux besoins de l'acheteur, on peut envisager de noter l'expérience antérieure et la capacité de l'entreprise à construire une réponse spécifique aux besoins de l'administration et donc à proposer un dispositif nouveau et/ou adapté par rapport aux procédés existant sur le marché.

Pour les acheteurs qui souhaitent y recourir, il serait sans doute plus facile d'utiliser le caractère innovant comme l'un des sous-critères de la valeur technique de l'offre. La publicité de ce sous-critère permet, de plus, d'appeler les candidats à proposer des prestations créatives. Une pondération de 5 ou 10 % pourra, dans un premier temps, permettre aux acheteurs de s'habituer au maniement de ce critère.

Dans tous les cas, et *a fortiori* lorsque l'achat concerne un procédé technologique, et lorsqu'il s'agit de mesurer le caractère innovant de l'offre, l'analyse des propositions devra être menée avec l'appui de professionnels ou d'experts qualifiés du domaine, en mesure d'assister l'acheteur dans l'appréciation des propositions innovantes.



RETOUR D'EXPÉRIENCE

Exemple de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Ile-de-France

La CCI Paris Ile-de-France a eu l'occasion d'expérimenter l'ouverture aux variantes dans le cadre de l'acquisition d'une solution informatique.

Le benchmark avait révélé qu'un seul candidat, au niveau mondial, proposait une solution standardisée pertinente, soit un logiciel sur étagère en mode « SaaS » (abonnement à un logiciel sans l'acquérir).

Pour ouvrir à la concurrence, il fallait explorer d'autres modes de fourniture, dont le développement pour les besoins spécifiques de l'acheteur d'un logiciel hors étagère.

Cela a été rendu possible par le biais d'un CCTP ouvert et d'une variante, non pas imposée, mais proposée, laissant la possibilité aux candidats de

présenter une solution en « SaaS » ou en développement total sur le modèle acquisitif (*location vs. achat*).

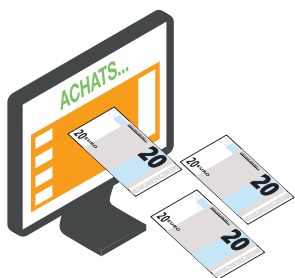
En prévision ont été notamment élaborés :

- deux actes d'engagement (l'un en bon de commande pour le modèle SaaS et l'autre en prix global) ;
- deux types d'approche des droits de propriété intellectuelle (droits d'usage – en mode SaaS – ou droit de propriété – pour le logiciel développé et acquis) ;
- des critères d'analyse technique communs aux deux modes de fourniture (après avoir bien circonscrit le champ de la variante).

L'analyse des prix s'est révélée délicate et a nécessité la détermination d'une durée d'amortissement qui permettrait de comparer les 2 modes en coût global.

Partant du constat que le développement demande un investissement financier conséquent au démarrage, avec des coûts de plus en plus faibles à mesure que le temps avance, alors que le mode « SaaS » demande des abondements financiers limités mais tout au long de la durée de vie de l'utilisation, une simulation des prix sur une durée moyenne de 10 ans a été menée pour retenir pour comparer les solutions en présence et déterminer la plus économiquement avantageuse.

FAQ les outils contractuels



Quels types de critères utiliser pour favoriser l'innovation dans mon achat ?

Le critère du prix n'est pas le plus pertinent. Il doit être pondéré de manière à ne pas décourager les solutions innovantes. Ces dernières peuvent en effet s'avérer *a priori* plus onéreuses que des solutions standards et répandues sur le marché – notamment si le coût d'acquisition est seul pris en compte, sans intégrer par exemple les coûts d'utilisation – alors qu'elles présentent en réalité un bilan coûts / avantages plus intéressant sur la durée.

Le recours au coût complet peut pallier cette difficulté, car il est déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Parmi les autres critères d'attribution, la valeur technique, la qualité, les performances ou même le caractère esthétique et fonctionnel peuvent permettre de déceler et de noter favorablement une offre innovante.

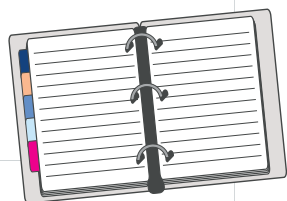
Le critère le plus susceptible d'orienter directement le choix de l'acheteur vers l'innovation est bien celui du caractère innovant de l'offre.

Comment utiliser le critère « caractère innovant » parmi les critères de sélection des offres ?

L'utilisation d'un tel critère, bien que peu fréquente dans la pratique, est pourtant parfaitement permise par la réglementation. Il est recommandé, pour l'utilisation et la pondération de ce critère, les mêmes bonnes pratiques que pour la pondération de tout critère au sein de la pondération d'achat public (attention de ne pas pondérer un tel critère au-delà du raisonnable et de le lier, bien évidemment, à l'objet du marché).



Vous souhaitez en savoir plus sur l'achat public innovant ?



VOUS DOCUMENTER

GÉNÉRAL

- Communication de la Commission européenne du 15 mai 2018 «Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes»
- Rapport de la CCI Paris IDF «Cinq clés pour faire de l'achat public un vecteur d'innovation au service des entreprises et de la performance économique»
- Définition de l'innovation : travaux menés par BPI France

SOURCING

- Guide de la DAE
- Guide de France Urbaine (publication prochaine)
- Propriété intellectuelle : Travaux menés pas l'APIE
- Procédures de marchés publics : Conseil aux acheteurs (fiches techniques) par la DAJ

SUIVRE UNE FORMATION EN ACHAT PUBLIC INNOVANT

IGPDE

Consulter le catalogue des formations pour les services de l'État, en particulier :

- L'innovation et son écosystème - sur une journée
- Comprendre l'innovation pour mieux l'acheter - sur deux jours

CNFPT

Consulter le catalogue des formations, en particulier :

- Les pratiques et méthodes de l'achat innovant - sur deux jours.



CONTACTS

ADGCF • Katia Paulin • katia.paulin@adgcf.fr

UGAP • Caroline Perrier • cperrier@ugap.fr • 07 85 20 93 38