

© Pixabay

MÉTHODOLOGIE

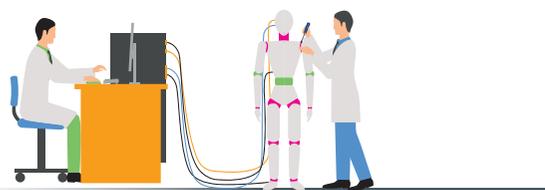
Achat innovant : définition du besoin et propriété intellectuelle



L'ACHAT PUBLIC RESPONSABLE
Proche, utile, innovant



Contexte



Deux éléments précis sont souvent identifiés comme étant un frein à l'achat d'innovation : la définition du besoin et la propriété intellectuelle. De plus, ils font parfois appel à des modalités de travail relativement peu utilisées au sein des collectivités. Ces éléments doivent être intégrés très en amont de la procédure.

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.

Définition fonctionnelle des besoins

La définition du besoin est une obligation réglementaire posée à l'article L. 2111-1 du CCP «*la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.*»

Une bonne analyse du besoin et, par suite, sa définition dans les documents de la consultation (que veut-on acheter ? dans quelle quantité ? sous quel délai ? avec quel niveau de qualité ? à quel prix ?) sont une garantie de la bonne compréhension et donc de la bonne exécution du marché public par le futur titulaire. En ce sens, elles sont la clef d'un achat réussi et ne constituent pas une simple formalité juridique.

Il s'agit donc d'un **préalable nécessaire à toute procédure d'achat**, à laquelle sont également assignés des objectifs plus généraux liés au développement durable et à l'accessibilité, ainsi qu'une nécessaire optimisation des coûts.

Réaliser une telle synthèse requiert des itérations entre prescripteurs techniques et acheteurs (et le cas échéant avec les utilisateurs) ; ce temps d'échanges doit être anticipé dans le planning de la procédure, de même que la détermination des critères de sélection, le recours aux variantes, etc.

Pendant longtemps, la définition des besoins était réalisée dans les cahiers des charges *via* des spécifications techniques très précises, en référence à des solutions déjà existantes et éprouvées par l'administration.

Cette posture peut freiner le développement de solutions innovantes. Elle n'est pas non plus gage de performance de l'achat, la collectivité n'ayant pas toujours l'expérience ou les compétences nécessaires pour présumer de la meilleure façon de répondre à ses attentes.

La démarche fonctionnelle paraît relativement évidente pour les besoins émergents ou nouveaux, mais elle est également appropriée aux segments d'achats plus courants, répétitifs. **La réévaluation régulière** des besoins et des façons de les satisfaire – grâce au sourcing notamment – permet en effet de ne pas enfermer l'achat dans une routine, de limiter la reconduction systématique des mêmes procédés et **permet de bénéficier de l'innovation quel que soit le segment d'achat.**



Les acheteurs sont désormais incités à procéder à une description fonctionnelle des besoins, qui ne prescrit pas précisément les moyens ou techniques à mettre en œuvre, mais plutôt le résultat et les performances à atteindre dans un cadre donné.



Elle permet de stimuler la concurrence (renouvellement du vivier des fournisseurs) et d'améliorer le rapport qualité/prix des prestations, en évitant par exemple de prescrire par répétition un certain niveau de qualité qui ne serait plus conforme à l'évolution des besoins et des pratiques.

Le fait de proposer une définition fonctionnelle du besoin réduit également le risque de reprendre dans le cahier des charges des spécifications techniques qui pourraient être protégées par des droits de propriété intellectuelle (brevet, savoir-faire) d'opérateurs économiques, au risque de méconnaître leurs droits ou de fermer la concurrence du fait de leur exclusivité sur ces éléments.

L'acheteur ne peut restreindre artificiellement la concurrence en définissant ses besoins sur les caractéristiques d'une offre précise de telle sorte qu'une seule entreprise puisse répondre.

En revanche, rien n'interdit à l'acheteur de vouloir acquérir une solution qui dispose des meilleures technologies.

Dès lors que celles-ci représentent un intérêt objectif dans la satisfaction de son besoin, la prise en compte du résultat « performanciel » rendu possible par ces technologies, dans l'expression de son besoin, ne sera pas considérée comme une restriction artificielle de la concurrence ni comme une cause d'irrégularité.

La condition de régularité dépendra de la capacité de l'acheteur à démontrer en quoi de telles exigences fonctionnelles visent à satisfaire un besoin légitime et non pas à favoriser une entreprise.

Afin de déterminer les exigences fonctionnelles et ne pas « fermer » la consultation par trop de précisions techniques, il peut être intéressant de distinguer des niveaux d'exigences (ex : 2, 3 ou 4) permettant de différencier ce qui est primordial (ex : planning, contraintes techniques...) de ce qui ne l'est pas.



- il convient de limiter les conditions d'exécution au strict nécessaire, ce qui permet de favoriser la flexibilité et donc une plus grande variété d'offre, mais également de limiter le coût de la prestation.

Toute exigence ayant un coût, il revient à l'acheteur d'arbitrer entre l'essentiel et le superflu (l'organisation de l'exécution de la prestation relevant de la responsabilité de l'entreprise) :

Quelques points-clés :

- pour éviter les exigences fonctionnelles formulées de manière floue, on peut associer les performances à des éléments quantitatifs ou évaluables (ex : temps de résistance au feu, degré de résistance à la chaleur, quantités produites...);
- lorsque l'initiative est laissée aux candidats sur les modalités techniques de la solution, les documents de la consultation doivent être clairs et exhaustifs sur les contraintes qui encadrent cette liberté, au risque de susciter des offres irrégulières. Il peut notamment s'agir de contraintes normatives, de contexte, liées à l'environnement dans lequel s'exécute la prestation, etc. ;

- élaborer la méthode d'évaluation qui permettra de classer les offres, mais aussi de mesurer en cours d'exécution les résultats obtenus ;
- afin de respecter le principe de détermination préliminaire des besoins, les acheteurs devront s'interdire de la modifier, notamment en MAPA, au fur et à mesure de la procédure, au motif qu'il s'agit d'une négociation avec les entreprises.

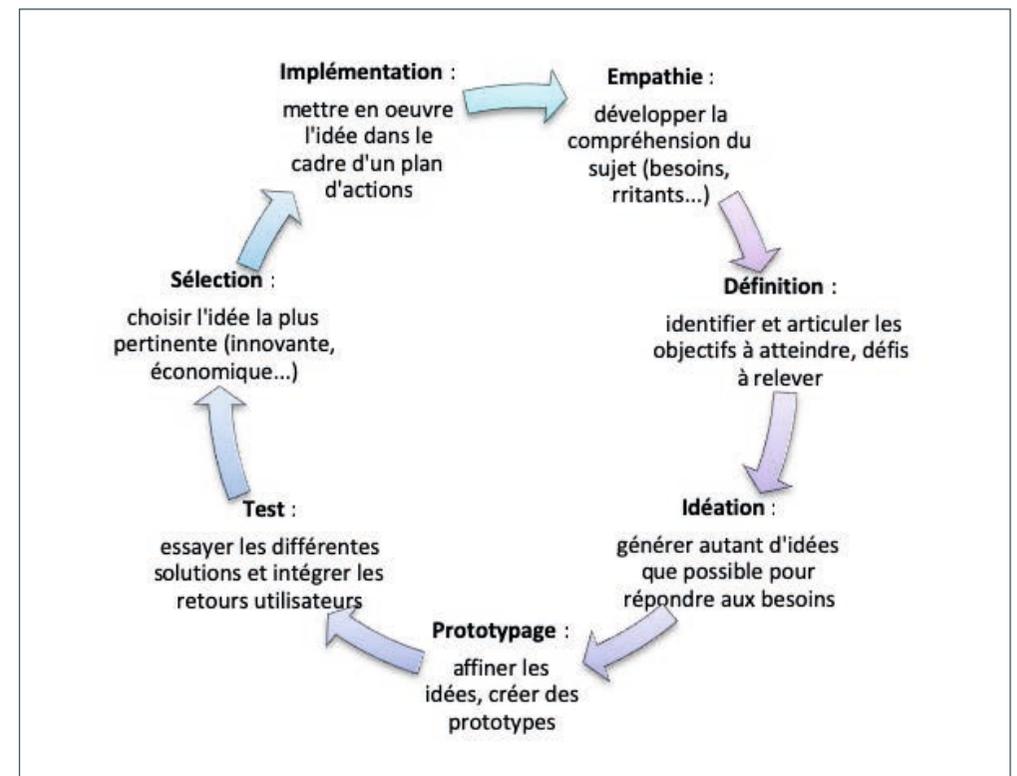
Le recours au design thinking (pensée design) peut, par exemple, constituer une aide méthodologique, tant pour la description des besoins que pour le fonctionnement de l'équipe projet. Concrètement, il s'agit de poser une problématique et de la faire traiter par

une équipe pluridisciplinaire de façon collaborative et non conventionnelle (hors hiérarchie et fonctionnement en silo), afin de faire émerger des solutions nouvelles, en partant des besoins et des difficultés des usagers et en s'inspirant des outils du design.

Ce processus de co-création implique la participation active de l'utilisateur final et une étude de terrain, en com-

plément d'études quantitatives et qualitatives plus classiques. Cette logique centrée sur l'usage peut être utilement employée dans le cadre de projets innovants d'achat public, qui requièrent une analyse fonctionnelle assez poussée.

La démarche est structurée en plusieurs étapes (de 3 à 7) qui peuvent être synthétisées ainsi :



Quelle que soit la méthode employée pour y parvenir, une bonne définition des besoins aboutira également à une structuration pertinente du marché, par le biais de l'allotissement, qui est destiné à susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique.

Pour capter l'attention des entreprises souvent très spécialisées, et leur donner la possibilité de répondre aux appels d'offres, la technique d'allotissement et l'adaptation du périmètre des lots aux capacités des entreprises innovantes susceptibles d'y participer est une nécessité.



**En synthèse,
l'allotissement sera
d'autant plus facile à réaliser
que l'acheteur et le prescripteur
auront acquis en amont
une bonne connaissance
du secteur concerné,
afin de structurer les prestations
en cohérence avec l'état de l'art
et de la concurrence.**

Hackathon

Le mot hackathon est issu de la contraction des mots « hacker » et « marathon ». Il désigne communément un événement où un groupe de volontaires – originellement des développeurs – se réunissent dans un cadre temporel donné (ex : une journée, plusieurs jours) pour répondre de façon créative à la problématique posée ou au challenge lancé par le service organisateur.

Il s'agit donc concrètement d'une compétition d'innovation qui s'étend désormais à d'autres domaines que la sphère informatique.

La culture du hackathon s'est propagée en entreprises puis au sein des administrations, car il s'agit d'une pratique disruptive par rapport aux schémas organisationnels classiques (en « silo »), grâce à la mise en commun des connaissances et la recherche d'une solution dans le cadre d'équipes transversales, dans des délais très brefs.

Le hackathon peut revêtir différentes formes : il peut tout à la fois s'agir de



réorganiser un processus interne de travail (champ managérial), de faire développer une solution technique en interne ou avec des participations externes (champ de la commande publique, le cas échéant), de découvrir des solutions nouvelles (champ du sourcing), ou encore de mettre à dispositions des données publiques pour faire naître un nouvel usage de celles-ci (champ de l'open data).

Cette pratique protéiforme ne correspond stricto sensu à aucune procédure ou technique d'achat de marché public, bien qu'elle puisse

s'apparenter à un concours par certains aspects (jury, sélection...). Elle fait nécessairement débat, au regard du droit de la commande publique, si le service organisateur entend acquérir la solution lauréate.

Il est donc primordial de s'interroger en amont sur la finalité du hackathon (ex : s'agit-il de faire du sourcing ? Ou bien de faire développer une solution et le cas échéant de l'acquérir ?) afin de déterminer avec anticipation le cadre juridique adéquat, qui est également fonction de la valeur estimée du besoin.



© Pixabay

Dans un premier temps, une bonne pratique, mise en œuvre par certaines collectivités publiques, consiste à établir un règlement du hackathon prévoyant :

- les conditions de participation (constitution des équipes, mandataire habilité à recevoir le prix...);

- l'objet de la compétition ;
- les modalités de sélection du/des lauréat(s) ;
- le montant des primes attribuées ;
- les droits de propriété intellectuelle des productions issues du hackathon.

Sur ce dernier point, plusieurs options sont possibles selon le contexte et la stratégie de l'administration quant à la réutilisation et/ou la diffusion des contenus : droits transférés à titre exclusif ou non à l'administration, mise sous licence libre permettant que les contenus soient utilisables par tous ou droits laissés aux participants, auquel cas ils sont libres de continuer leur projet.

La question des droits de propriété intellectuelle peut en outre être traitée de façon différente pour les productions des lauréats et des autres participants.

Les choix retenus doivent figurer de façon explicite dans le règlement de sorte que les participants soient tenus de les respecter. Dans le cas où les droits sont cédés à l'administration, il est souhaitable que le règlement renvoie à la signature d'un

contrat dont le modèle peut le cas échéant être annexé au règlement.

La question qui se pose traditionnellement avec l'utilisation d'outils (comme le sourcing, les hackathons) en amont d'une procédure concerne la possibilité de contracter directement avec une entreprise dont l'offre paraît particulièrement bien correspondre aux besoins de l'acheteur.

Si le coût de la solution est inférieur à 40 000 € HT à compter du 1^{er} janvier 2020, ou 100 000 € HT si elle peut être qualifiée d'innovante dans le cadre de la procédure expérimentale (cf. FICHE nouveaux-outils), la contractualisation est envisageable sans publicité ni mise en concurrence, étant précisé que l'acheteur doit toujours veiller à faire une utilisation optimale des deniers publics.

Au-delà du seuil de 100 000 € HT, la contractualisation doit donner lieu à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, sauf si l'acheteur est en mesure de démontrer qu'il entre dans l'un des cas de recours des marchés sans publicité ni mise en concurrence, dont les conditions d'emploi sont

interprétées strictement, notamment s'agissant du critère d'exclusivité.

C'est notamment le cas lorsque l'acheteur démontre que la société retenue est la seule à pouvoir répondre à ses besoins et que, pour des raisons techniques ou juridiques, aucun autre procédé équivalent ne peut les satisfaire.

Les informations recueillies dans le cadre du sourcing lui seront précieuses pour se rendre compte si l'offre découverte est réellement unique ou s'il existe des offres équivalentes. La performance dans la satisfaction des besoins, qui peut résulter d'un procédé innovant, peut ainsi être prise en considération pour justifier la contractualisation de gré à gré.

En revanche, si des offres concurrentes et équivalentes existent, avec une performance et des fonctionnalités équivalentes, l'acheteur ne pourra faire l'économie d'une procédure (ce qui concernera la majorité des cas). Il lui restera cependant la possibilité d'utiliser les renseignements obtenus lors du sourcing pour parfaire la définition de ses besoins (voir ci-après).

Droits de propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle recouvre un ensemble de droits exclusifs (droit d'auteur, brevets, marques...) qui protègent les auteurs/créateurs/innovateurs et leur permettent de décider des utilisations possibles de leurs réalisations et de les valoriser auprès de partenaires.



Un achat innovant peut donner lieu à l'acquisition ou la réalisation de solutions couvertes par des droits de propriété intellectuelle, par exemple :

- une solution technique nouvelle par le brevet ;
- un logiciel par le droit d'auteur ;
- un design par le droit d'auteur, le droit des dessins et modèles ;
- le nom/logo d'un nouveau produit ou service par la marque.

En principe, les droits appartiennent au déposant (marques, brevets, dessins et modèles) ou à celui qui est à l'origine de la réalisation (droit d'auteur).

Il est nécessaire de convenir par écrit avec le titulaire des droits des utilisations que l'on souhaite faire de sa réalisation : la reproduire, la diffuser, la faire fabriquer, l'industrialiser/commercialiser, l'ouvrir sous licence libre, la faire évoluer, etc.

Le simple fait de payer une prestation ne confère pas automatiquement de tels droits.

La propriété intellectuelle représente de forts enjeux pour les parties prenantes de l'achat innovant :

POUR LA PERSONNE PUBLIQUE

- Obtenir les droits nécessaires à la **satisfaction de ses besoins**.
- Obtenir une **offre pertinente** au juste prix.
- **Sécuriser ses relations** avec les prestataires.
- **Éviter une situation de dépendance** à une solution déterminée au détriment des solutions concurrentes
- Faire valoir sa **contribution** à l'innovation.

POUR LE PARTENAIRE

- Pouvoir **réutiliser les résultats** dans son activité.
- Disposer d'**actifs immatériels** valorisables (brevets, marques etc.).
- Préserver son **patrimoine informationnel** et la confidentialité de ses projets.
- Faire valoir la contribution d'une personne publique à **forte légitimité opérationnelle** (par ex. une solution d'extinction d'incendie réalisée avec le savoir-faire des pompiers).

Il est nécessaire de convenir par écrit avec le titulaire des droits des utilisations que l'on souhaite faire de sa réalisation.



Définir une stratégie de propriété intellectuelle, c'est organiser dans le marché les conditions d'utilisation et de réutilisation des solutions issues de l'achat innovant, par l'acheteur pour son besoin et par le titulaire dans le cadre de son activité.

Cette réflexion peut en outre avoir des effets non négligeables sur le coût de la solution (une utilisation restreinte étant moins chère qu'une utilisation large).

La question de la propriété intellectuelle se pose notamment dans les achats qui ont pour objet des prestations intellectuelles (maîtrise d'œuvre, conception, design, etc.) ou informatiques (développement, maintenance). Il n'y a pas de modèle unique de répartition des droits entre titulaire et acheteur car chaque projet est différent.

Le fait qu'une partie dispose de droits sur la solution n'exclut d'ailleurs

pas que l'autre partie dispose également de droits (tels qu'une licence d'utilisation ou une cession non exclusive). L'objectif de diffusion de l'innovation peut conduire à laisser la possibilité au titulaire de commercialiser les solutions issues de l'achat innovant, voire lorsque c'est pertinent de placer certains contenus sous licence libre.

Selon les projets, les parties peuvent avoir des besoins de réutilisation différents, par exemple :

- lorsque l'objet du marché consiste à s'équiper de produits (ex. véhicules, smartphones) ou à accéder à des services existants (ex. application en ligne) sans besoin de les fabriquer, de les personnaliser ni de les faire évoluer, l'acheteur n'a pas forcément besoin d'obtenir de droits de propriété intellectuelle ;
- lorsque des solutions répondant aux besoins spécifiques de l'acheteur sont développées dans le cadre du marché, il peut souhaiter disposer d'une autonomie sur la solution (être libre d'effectuer la maintenance, de faire évoluer la solution, etc.), ce qui suppose d'obtenir les droits adéquats. Cette stratégie n'exclut pas de

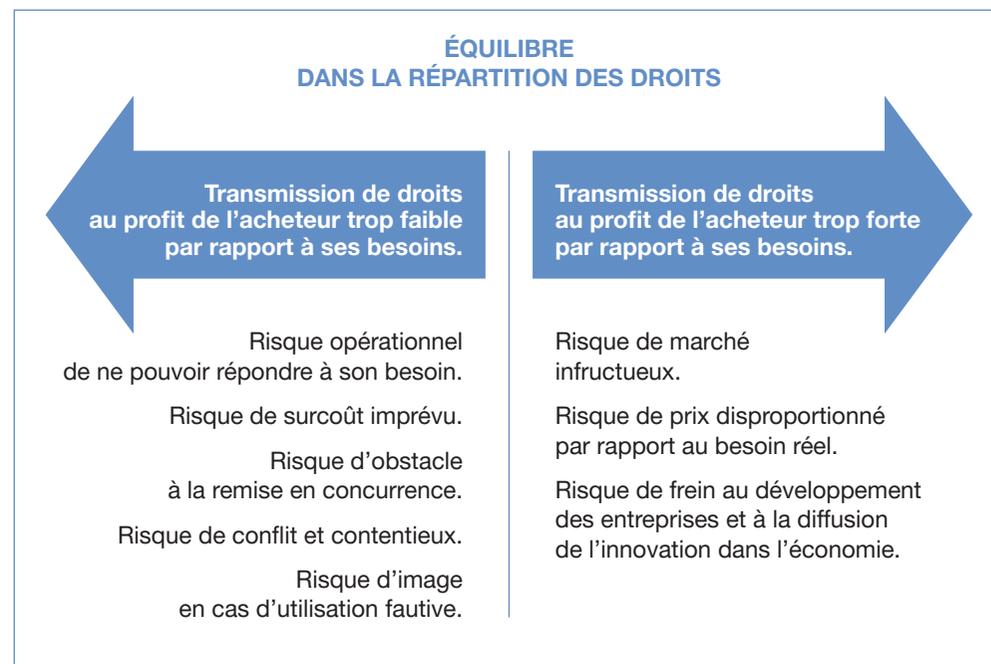
permettre au titulaire du marché d'exploiter également la solution dans son activité ;

- lorsque les parties co-crésent la solution, chacune peut souhaiter avoir des droits sur l'innovation finale ;
- lorsque l'objet du marché consiste à concrétiser et industrialiser une innovation initialement réalisée par les services internes de l'acheteur, ce dernier peut souhaiter conserver des droits sur la solution ou certaines composantes, tout en

octroyant une licence au titulaire pour commercialiser la solution ;

- lorsque sont développés dans le cadre du marché des éléments identitaires pour l'acheteur (charte graphique, design spécifique, etc.), ce dernier peut avoir besoin d'obtenir des droits exclusifs sur ceux-ci.

C'est pourquoi l'acheteur doit viser le « juste équilibre » pour atteindre ses objectifs, maîtriser le coût du marché et favoriser la diffusion de l'innovation :





Le facteur clé de réussite est le dialogue entre l'acheteur – le prescripteur et le juriste.

Pour élaborer les clauses de propriété intellectuelle du marché, il est nécessaire de bien identifier :

- l'objet de l'achat innovant ;
- les différents livrables attendus ;
- les objectifs et besoins de l'acheteur en terme d'utilisation, réutilisation de chaque livrable (licence, cession, avec ou sans exclusivité), pour quelles finalités, quelle durée et quel territoire ;
- les réalités du secteur économique concerné dans le cadre du sourcing.

Le facteur clé de réussite est le dialogue entre l'acheteur – le prescripteur et le juriste. Un travail d'étude et de concertation est indispensable en amont de la procédure achat, dès la définition de la stratégie du projet.

Certains cahiers des clauses administratives générales (CCAG) proposent une aide à la rédaction des clauses d'utilisation des livrables. Ainsi, les CCAG-PI et CCAG-TIC29 contiennent deux options, qui doivent être adaptées en fonction des besoins :

- l'option A, qui est l'option par défaut, où l'acheteur public est au-

torisé à utiliser les résultats issus de la prestation pour les besoins découlant de l'objet du marché, sans en devenir propriétaire ;

- l'option B, qui prévoit une cession des droits à l'acheteur pour les modes d'exploitation (supports et utilisation effective et envisagée), la durée d'exploitation et le territoire d'exploitation qu'il précise dans le marché. Cette cession est prévue par défaut comme étant à titre exclusif au profit de l'acheteur. Ce choix doit être apprécié en fonction des caractéristiques et des objectifs de l'achat et il est possible d'y déroger.

De manière générale, il est possible de déroger à tout ou partie de ces options, par exemple pour élaborer une clause ad hoc tenant compte des spécificités d'un achat innovant particulier ou de livrables pour lesquels l'acheteur aurait des besoins différenciés.

FAQ

achat innovant

Dans quel cas est-il pertinent de recourir à un Hackaton ?

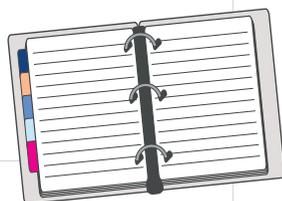
Le hackaton est particulièrement opportun lorsque la collectivité a besoin de mettre en commun des connaissances et d'associer des compétences de domaines très différents. Cette pratique permet de dépasser les cloisonnements des organisations classiques.

En quoi la propriété intellectuelle est-elle un sujet central de l'achat d'innovation ?

La propriété intellectuelle est un sujet d'autant plus fondamental à traiter lorsque les parties prennent des risques et s'apportent mutuellement de la valeur. Par exemple dans le cas où une solution a été co-créée par la collectivité publique et le titulaire du marché en phase de R&D ou lorsque l'acheteur public dispose de droits de propriété intellectuelle (le brevet) qui donneront lieu à déploiement ou industrialisation dans le cadre d'un achat innovant.



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