

cap-digital
Paris Region

CONSTRUIRE
AU FUTUR
HABITER
LE FUTUR

PARME
AVOCATS



Achat public innovant

Guide juridique

Sommaire

3 - Préambule

4 - Comment définir la notion d'innovation ?

5 - Qu'est-ce que le marché innovant ?

Les conditions de recours au marché innovant

- a) Le critère de la solution innovante
- b) Le critère de la valeur du besoin

Les conditions de mise en œuvre

- a) Les obligations prudentielles rappelées aux acheteurs publics
- b) L'absence d'obligation de négociation expresse

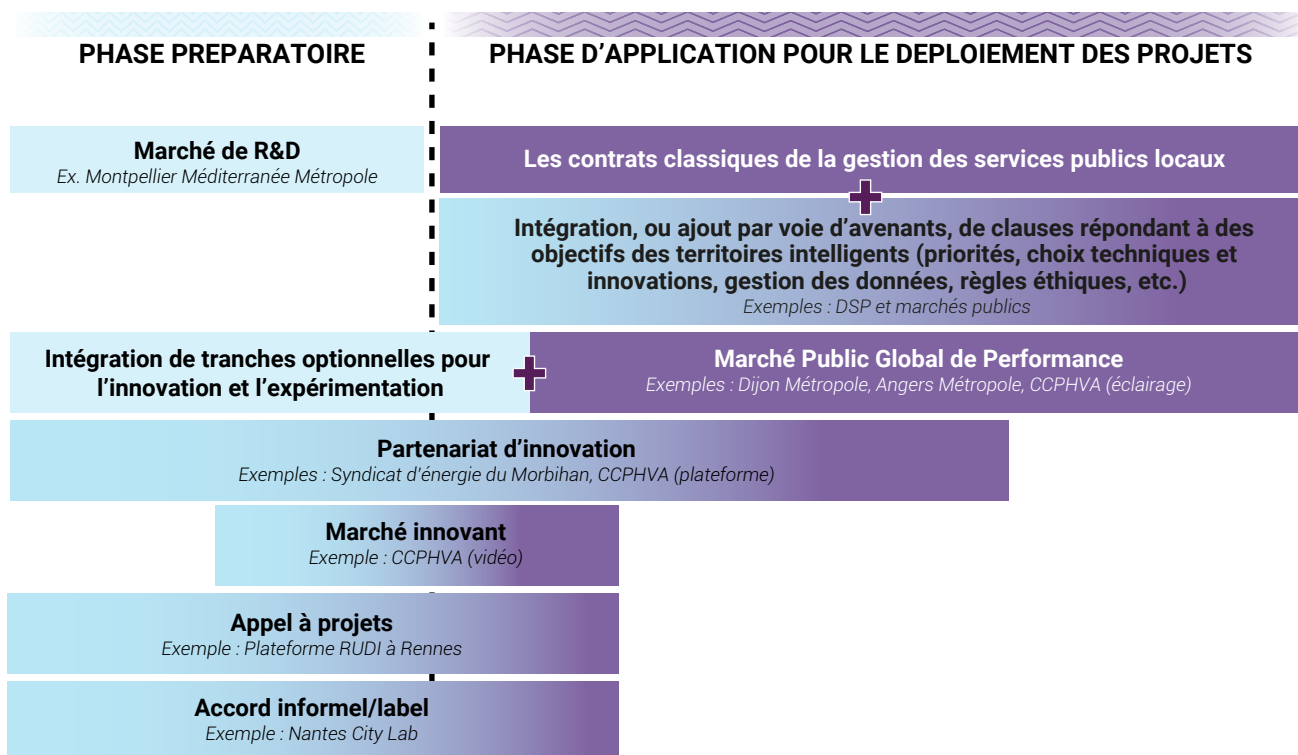
7 - Synthèse

Préambule

CAP DIGITAL et l'association « Construire au Futur Habiter le Futur » s'interrogent sur les montages contractuels innovants.

Le paysage des montages contractuels innovants demeure encore flou pour les acteurs publics comme privés mais pour autant une étude récente¹, auquel le cabinet Parme Avocats a participé, permet d'identifier les différents outils juridiques mobilisables.

Il ressort de cette étude le schéma panoptique suivant :



Si d'autres guides pourront être consacrés aux différents montages évoqués ci-dessus, le présent guide est dédié au « marché innovant ».

Il s'agit d'un régime introduit d'abord à titre expérimental pour trois ans² avant d'être pérennisé à la fin de l'année 2021³ au sein d'un nouvel article R.2122-9-1 du Code de la Commande Publique (ci-après « CCP »)⁴.

Les considérations ayant motivé la mise en place de ce dispositif sont nombreuses :

Sur le plan économique, il est admis depuis plusieurs années que l'innovation est considérée, sur le long terme, comme l'un des principaux leviers de l'activité et donc d'une croissance économique durable.

Sur le plan juridique, il est reconnu, à tort ou à raison, que le droit de la commande publique constituerait souvent un frein à l'innovation au regard de la complexité des procédures.

En réalité, ces constats se vérifient : mener ou soutenir des projets de marchés innovants, pour les acheteurs, n'est pas un long fleuve tranquille...

Le présent guide a vocation à **fournir des éléments de compréhension aux entreprises** mais également **aux acheteurs** publics qui souhaiteraient mettre en place des marchés innovants.

Dans cette perspective, seront abordées **la définition de l'innovation** et **la présentation du marché innovant**.

1. Ministère de l'Economie, « De la Smart city à la réalité des territoires connectés », octobre 2021, en ligne : <https://www.entreprises.gouv.fr/etudes-et-statistiques/dossiers-de-la-dge/de-la-smart-city-la-realite-des-territoires-connectes>

2. Dispositif introduit à titre expérimental par les articles 1 à 3 du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique, puis pérennisé par l'article 2 du décret n° 2021-1634 du 13 décembre 2021 relatif aux achats innovants et portant diverses autres dispositions en matière de commande publique.

3. Article 2 du décret du n° 2021-1634 du 13 décembre 2021 relatif aux achats innovants et portant diverses autres dispositions en matière de commande publique.

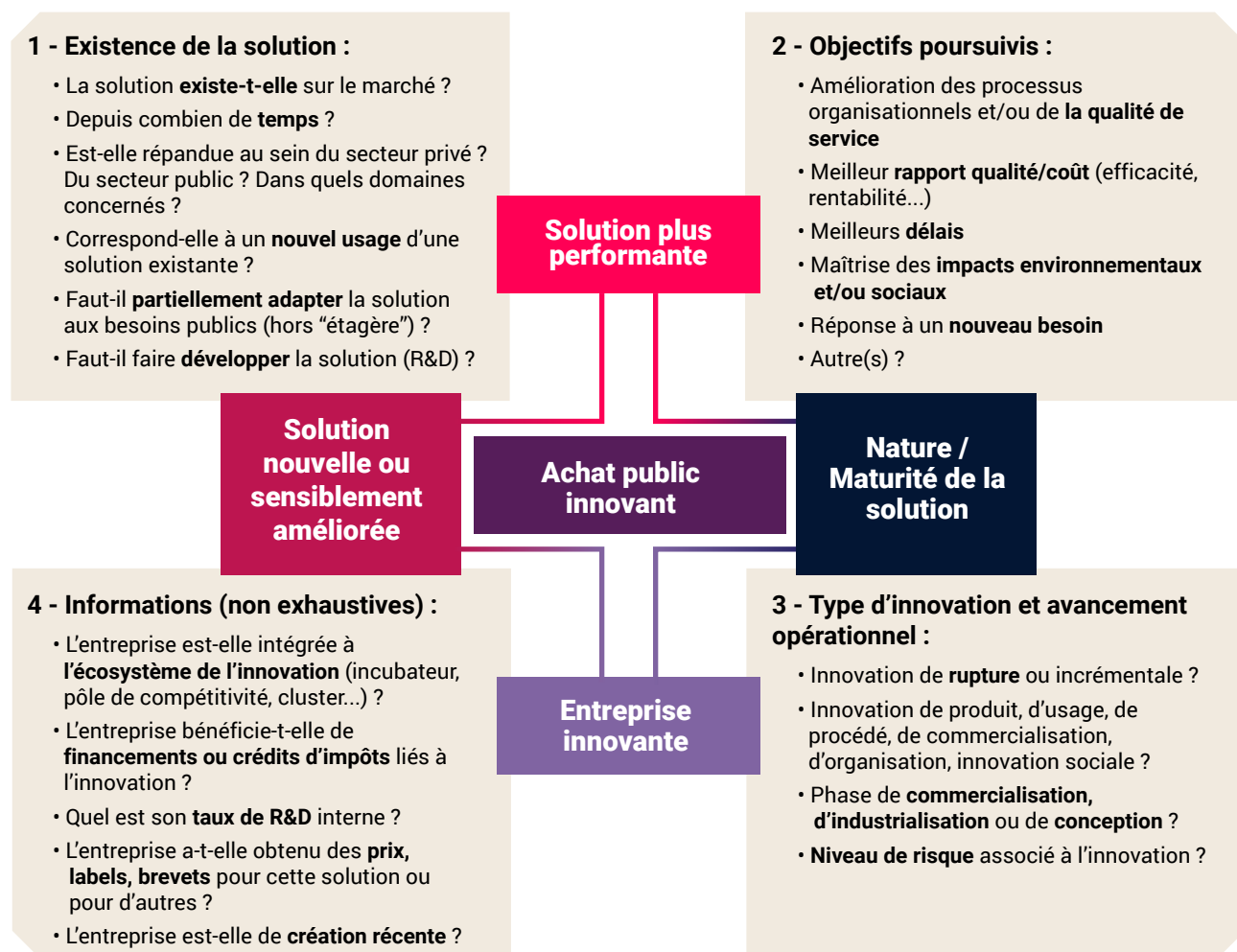
4. Pour rappel, l'article R.2122-9-1 du CCP prévoit : « L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L. 2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes. »

Comment définir la notion d'innovation ?

La justification du caractère innovant nécessite la fourniture d'informations de la part du titulaire pressenti, seul à même d'éclairer l'acheteur public.

À cet égard, la DAJ (Direction des affaires juridiques), a publié une infographie en annexe de son guide pratique⁵

sur les achats innovants inspirée de la 3ème édition du Manuel d'Oslo de l'OCDE, et permettant d'utiliser la méthode du faisceau d'indices pour déterminer le caractère innovant, ou non, d'une solution.



Seul le questionnaire reproduit en annexe de la présente note fait foi désormais.

Recommandations pratiques à destination des entreprises :



La justification du caractère innovant nécessite la fourniture d'informations de la part du titulaire pressenti seul à même d'éclairer l'acheteur public : nous recommandons aux entreprises de transmettre le questionnaire complété en annexe du présent guide.



La prise en compte de la jurisprudence : les très rares jurisprudences rendues en matière de marché innovant confirment ce que le marché innovant n'est pas, à savoir une prestation connue et normalisée telle que des diagnostics techniques et règlementaires (TA Lyon, 10 avril 2020, req. n° 2001965 ; CE, 7 octobre 2020, req. n° 440575).

5. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf

Qu'est-ce qu'un marché innovant ?

Les conditions de recours au marché innovant

Le recours au marché innovant est conditionné par deux critères : la solution innovante et la valeur du besoin.

a) Le critère de la solution innovante

Aux termes des dispositions de l'article L.2172-3 du CCP⁶, le marché innovant peut être envisagé dans l'un des trois cas suivants :

- **des travaux, fournitures ou services nouveaux** ou sensiblement améliorés ;
- **la mise en oeuvre de nouveaux procédés** de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ;
- **une nouvelle méthode organisationnelle** dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise.

Le ministère de l'Économie estime donc qu'il est possible de passer un marché négocié pour l'acquisition d'une solution innovante alors même qu'une solution non-innovante pourrait répondre au besoin ou que plusieurs opérateurs économiques pourraient proposer des solutions innovantes alternatives⁷.

A la différence du partenariat d'innovation, le marché innovant n'est pas une réponse à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

La solution peut être déjà disponible sur le marché.

Il pourra s'agir d'une innovation de produit, de procédé, de commercialisation ou encore d'organisation.



De manière concrète, l'application du faisceau d'indices figurant dans le questionnaire annexe du présent guide pourra vous permettre de caractériser le caractère innovant de la solution proposée par votre entreprise.

b) Le critère de la valeur du besoin

Le marché innovant se caractérise par la valeur limite du besoin pour lequel il peut être employé.

Ce besoin doit être inférieur à :

- **100 000 euros hors taxes dans le cas d'un marché innovant autonome** qu'il soit de travaux, de fournitures ou de services ;
- **100 000 euros hors taxes dans le cas d'un marché de travaux** constituant l'un des lots d'un marché plus ample* ;
- **80 000 euros hors taxes dans le cas d'un marché de fournitures ou de services** constituant l'un des lots d'un marché plus ample*.

*La valeur dudit lot ne peut excéder 20% de la valeur totale du marché.



De manière concrète, cette condition de montant sera à examiner au cas par cas par l'entreprise. Elle indique, en tout état de cause, un plafond du montant des prestations envisageables.

6. Pour rappel, l'article L.2172-3 du code de la commande publique précise : « Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en oeuvre de nouveaux 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. ».

7. Min. éco, Fiche technique « L'expérimentation achats innovants », mars 2019.

Qu'est-ce qu'un marché innovant ? (suite)

Les conditions de mise en œuvre

Il s'agit des règles prudentielles posées par le CCP à destination des acheteurs publics et de l'absence d'obligation de négociation expresse.

a) Les obligations prudentielles rappelées aux acheteurs publics

Le régime juridique du marché innovant laisse place à une grande liberté pour l'acheteur public en ce que les seules limites posées sont le choix d'une offre pertinente, une bonne utilisation des deniers publics et un recours non systématique à un même opérateur économique⁸.

L'acheteur public restant soumis aux principes généraux de la commande publique, c'est sous le prisme de ces principes, notamment du libre accès à la commande publique, que peut être interprété le recours non systématique à un même opérateur.



De manière concrète, en matière de marché innovant, il est rare que les acheteurs publics contractent systématiquement avec le même opérateur.

En tout état de cause, nous ne pouvons que recommander aux acheteurs de conserver des traces écrites de leurs réflexions (sur le caractère innovant de la solution notamment) et démarches éventuelles ayant abouties au choix de la solution innovante.

b) L'absence d'obligation de négociation expresse

Les textes régissant le marché innovant ne prévoient aucune obligation de recourir à la négociation.

Concrètement, si la négociation n'est pas une obligation expresse, elle est un préalable nécessaire pour justifier du choix « [d'] une offre pertinente » comme « [d'] une bonne utilisation des deniers publics ».

Une obligation de négociation pourrait ainsi être déduite de l'obligation de justification de recours à ce régime juridique expérimental.



De manière concrète, en matière de marché innovant, dans la mesure où il s'agit d'un contrat exempté de mise en concurrence, les acheteurs publics recourent rarement à la procédure de négociation.

Cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne seront pas amenés à négocier les clauses de la convention à intervenir...

8. Pour rappel, l'article R.2122-9-1 du CCP prévoit : « Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. »

En synthèse

Le marché innovant constitue un **véhicule juridique particulièrement adapté à la mise en œuvre de projets innovants** que pourraient proposer les entreprises aux acheteurs publics.

S'agissant de la démonstration du caractère innovant de la solution, nous vous recommandons de travailler sur **le questionnaire*** qui constituera ainsi un document susceptible d'être directement transmis aux acheteurs publics, sous réserve des adaptations éventuellement requises par les caractéristiques de chaque projet.

S'agissant de la condition de montant, l'entreprise devra obligatoirement se situer sous le seuil des **100 000 euros**.

S'agissant des conditions de mise en œuvre, la **fourniture d'un premier projet** de marché innovant pourrait être envisagée afin de faire gagner du temps aux services juridiques de l'acheteur public.



*A télécharger sur -> www.capdigital.com/questionnaire-achat-public-innovant

Ce Guide juridique de l'achat public innovant est publié par Cap Digital ; Construire au Futur, Habiter le Futur et le cabinet Parme Avocats.

Auteure : Scheherazade Abboub,
Avocate associée – Parme Avocats



14 rue Alexandre Parodi, 75010 Paris
www.capdigital.com

Contact : Pierre Perrin - Chef de projets innovation urbaine
et responsable de la communauté Ville durable
pierre.perrin@capdigital.com



2 rue Simone Veil, 93400 Sain-Ouen
<https://construire-au-futur-habiter-le-futur.assoconnect.com>

Contact : Stéphane Fournier - Directeur général
stephane.fournier@habiterlefutur.fr



197, boulevard Malesherbes, 75017 Paris
www.parme-avocats.com

Contact : Scheherazade Abboub - Avocate associée
scheherazade.abboub@parme-avocats.com