infoprodigital MEDIA

Livre blanc

# Marchés publics : les 10 conditions pour bénéficier d'une commande directe en achats innovants

la gazette des communes des départements des régions

# Sommaire


03 Introduction

04 Entrer dans le champ des achats « innovants »

07 Être inférieur à 100 000 euros hors taxes

07 Pratiquer un achat « en bon gestionnaire »

08 Être déclaré par l'acheteur auprès de l'OECP

09 Contractualiser l'achat innovant avec l'acheteur

10 Protéger ses droits de propriété intellectuelle ou industrielle

11 Respecter un cadre déontologique et des règles de confidentialité

13 Être recensé parmi les marchés publics conclus par l'acheteur

14 Avoir une durée relativement limitée d'exécution

15 Utiliser d'autres possibilités offertes par la réglementation

# L'Édito

La qualification d'une commande parmi les « achats innovants » entraîne une exonération pour toutes les structures soumises à la réglementation de la commande publique, de la moindre ouverture à la concurrence : une commande directe, avec signature du bon de commande directement avec le fournisseur, prestataire ou entrepreneur, est parfaitement légale, par dérogation aux principes concurrentiels fondateurs de la réglementation des marchés publics.

Plusieurs paramètres doivent être cependant réunis, et il convient de bien appréhender ce que l'on entend juridiquement par un « achat innovant ».

# 01. Entrer dans le champ des achats « innovants »

Le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique a consacré la possibilité pour des acheteurs devant conclure des marchés publics, de passer des marchés négociés sans la moindre publicité ni la moindre mise en concurrence préalable pour leurs achats innovants d'un montant inférieur à 100 000 euros HT.

L'innovation peut relever de plusieurs approches, d'interprétations plus ou moins limitatives ou extensives du concept :

- Innovation de rupture : qui révolutionne le marché et les pratiques ;
- Innovation incrémentale : qui améliore l'existant ;
- Innovation sociale : qui répond à des enjeux sociétaux ;
- Ou encore, la « co-innovation » : qui réunit clients et fournisseurs de la structure.

Le manuel d'Oslo de 2005 établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) constitue la référence internationale en matière de définition de l'innovation et a servi d'inspiration aux travaux européens (OCDE/Eurostat, Manuel d'Oslo, « Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation »).

L'innovation doit être distinguée de « l'invention » ou de la « découverte », de par son caractère opérationnel : elle est sur le point ou vient d'être commercialisée et n'est pas nécessairement brevetée. Il s'agit d'une idée nouvelle, qui « doit avoir été mise en œuvre. Un produit nouveau ou amélioré est mis en œuvre quand il est lancé sur le marché. Un procédé, une méthode de commercialisation ou une méthode d'organisation est mise en œuvre quand il est effectivement utilisé dans le cadre des opérations d'une firme » (cf. Manuel d'Oslo, p. 55).

***« Pas de publicité ni mise en concurrence préalable pour les achats innovants d'un montant inférieur à 100 000 euros HT. »***

On peut se reporter également aux résultats issus de « travaux de recherche et développement » (R&D), qui correspondent à « l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication ».

L'Union européenne a également adopté un programme « Horizon 2020 » qui avait pour ambition de produire un ensemble cohérent d'instruments couvrant tous les aspects de la chaîne de l'innovation. C'est dans ce cadre, que les pouvoirs publics français ont adopté un régime plus souple pour les achats relevant de ces enjeux d'innovation.

L'innovation est divisée en catégories et le Manuel d'Oslo la décrit comme étant « la mise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures ».

On dénombre quatre catégories d'innovation :

**A L'innovation de produit**

Elle consiste à introduire sur le marché, un bien ou un service nouveau ou sensiblement amélioré sur le plan de ses caractéristiques ou de l'usage auquel il est destiné. Il doit s'agir d'améliorations sensibles des spécifications techniques, des composants et des matières, du logiciel intégré, de la convivialité ou autres caractéristiques fonctionnelles. Cela peut déboucher sur de nouvelles utilisations ou la combinaison de connaissances ou de technologies déjà existantes. Exemples : les réseaux sociaux constituent un nouveau service en rupture avec les médias traditionnels. Les vélos en libre-service ont constitué un nouvel usage d'un bien existant en rupture avec l'approche traditionnelle de ce mode de transport.

**B L'innovation de procédé**

Elle se traduit par la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée. Cette notion implique des changements significatifs dans les techniques, le matériel et/ou le logiciel. L'innovation peut ici aboutir à diminuer les coûts unitaires de production ou de distribution, augmenter la qualité, ou produire ou distribuer des produits nouveaux sensiblement améliorés. Exemple : l'impression en 3D qui permet de réaliser un objet réel quasiment aussi facilement que l'impression d'une feuille de papier.

**C L'innovation de commercialisation**

Elle a pour objectif de développer une nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification. Une telle innovation revient à mieux satisfaire les consommateurs, ouvrir de nouveaux marchés ou positionner d'une manière nouvelle un produit de l'entreprise afin d'augmenter les ventes. Exemple : le développement des services « drive » pour emporter ses commandes a constitué une innovation commerciale.

**D L'innovation d'organisation**

Ce type d'innovation vise une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise. Cette innovation peut améliorer les performances d'une entreprise, en réduisant les coûts administratifs ou de transaction, en améliorant le niveau de satisfaction au travail et donc de productivité, en accédant à des biens non marchands ou en réduisant les coûts des approvisionnements. Exemple : une gestion de stocks à flux tendus (zéro stock) a constitué en son temps une innovation organisationnelle.

La réglementation européenne et française de la commande publique ont intégré ces enjeux d'innovation dans le secteur des achats, afin que les 90 milliards d'euros dépensés chaque année dans le cadre de marchés publics, puissent contribuer à la croissance économique, constituent un moteur pour l'innovation et pour améliorer l'efficacité et la qualité des services publics.

Très concrètement, afin de déterminer si un produit, un process, un service ou autre, serait susceptible de relever des « achats innovants » et donc bénéficier d'une exonération de mise en concurrence, il convient de s'interroger sur les caractéristiques mêmes de cet achat. C'est un faisceau d'indices qui aboutit à la qualification d'innovation.

Un achat innovant ne suppose pas une « exclusivité » de l'entreprise : il n'est pas indispensable que le service ou bien innovant fasse l'objet de droits de propriété intellectuelle, tels qu'un brevet. De plus, on peut se demander quel est le caractère « récent » d'une innovation, quelle limite temporelle s'applique ? Aucune jurisprudence n'est venue éclairer ce point, mais il semble que l'on puisse considérer que l'innovation doit dater de moins de deux ans de commercialisation (environ). Ce point doit être nuancé au regard du temps de la propagation de l'innovation auprès des acheteurs. Un produit novateur, établi il y a plus de deux ans, peut encore entrer dans la catégorie d'un achat innovant, s'il n'a pas été déjà largement diffusé.

Pour déterminer un faisceau d'indices d'achat innovant, on peut se demander :

- La solution existe-t-elle déjà sur le marché ? Si oui, depuis combien de temps ?
- Est-elle répandue au sein du secteur privé ou public soumis à la réglementation des marchés publics ?
- Correspond-elle à un nouvel usage d'une solution existante ?
- Faut-il partiellement adapter la solution aux besoins publics ?
- Faut-il faire développer la solution et donc recourir à de la recherche et développement ?
- Est-ce que le processus organisationnel ou la qualité de service est ainsi améliorée ?
- Cela débouche-t-il sur un meilleur rapport qualité / coûts ?
- Entraîne-t-elle de meilleurs délais, une maîtrise d'impacts environnementaux et/ou sociaux, etc. ?
- S'agit-il d'une innovation de rupture ou incrémentale ?
- S'agit-il d'une innovation de produit, d'usage, de procédé, de commercialisation, d'organisation, d'innovation sociale ?
- Quel est le niveau de risque associé à l'innovation ?
- L'entreprise ayant mis au point ce nouveau produit ou service, a-t-elle bénéficié de financements ou crédits d'impôts en rapport avec cette innovation ?
- Quel est le taux de recherche et développement interne ?
- L'entreprise a-t-elle obtenu des prix, récompenses, labels, brevets, pour cette innovation ?
- L'entreprise est-elle de création récente et sa création est-elle en lien direct avec l'innovation concernée ?

Contrairement aux termes de l'article L. 2172-3 du Code de la commande publique qui subordonne de recourir au partenariat d'innovation uniquement si le besoin ne peut pas être satisfait par des produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché, il est possible de conclure un marché de gré à gré avec une entreprise 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 alternatives.

# 01. Être inférieur à 100 000 euros hors taxes

Le décret précité autorisant la commande de gré à gré, sans la moindre mise en concurrence, d'un achat innovant, limite cette possibilité aux seuls achats d'un montant inférieur à 100 000 euros hors taxes.

Ce montant s'apprécie par l'application de la notion d'opération en travaux ou de prestations homogènes en fournitures et/ou services. L'acheteur peut donc conclure un achat innovant inférieur à ce seuil, mais il peut également en conclure plusieurs afin d'acquérir – par exemple – des solutions innovantes différentes destinées à satisfaire à un même besoin. Dans cette dernière hypothèse, l'acheteur devra cumuler l'ensemble de ces marchés relevant des achats innovants d'une même famille de fournitures et/ou services ou d'une même opération de travaux, en veillant à ne pas dépasser le seuil de 100 000 euros hors taxes.

# 02. Pratiquer un achat « en bon gestionnaire »

Le second alinéa de l'article 1er du décret précité du 24 décembre 2018 prévoit expressément que l'acheteur doit, en cas de pluralité d'offres (novatrices ou pas) susceptibles de répondre à son besoin, ne pas contracter systématiquement avec la même entreprise. L'achat concerné doit être ainsi ponctuel et non pas récurrent, car cela reviendrait à fragiliser l'argument selon lequel il serait novateur.

Le Code de la commande publique énonce en effet trois recommandations pour les achats inférieurs à 40 000 euros hors taxes, et il semble incontestable que celles-ci s'appliquent également aux achats innovants inférieurs à 100 000 euros hors taxes. L'acheteur doit veiller 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. Ces trois considérations doivent présider à la logique d'achat habituelle. L'enjeu réside dans la bonne gestion des deniers publics, à laquelle préside tout acte d'achat.

Une présentation écrite à l'autorité hiérarchique de l'acheteur concerné, non seulement de l'opportunité de l'achat du produit ou de la solution innovante, mais également de ses atouts pour le bien commun, est recommandée, afin de conserver l'argumentaire qui a prévalu au choix de ce prestataire. Cela permettra à l'acheteur de prouver le cas échéant, en cas de litige, qu'il a bien entrepris une démarche de bon gestionnaire de la commande publique.

# 04. Être déclaré par l'acheteur auprès de l'OECP

En vertu de l'article 2 du décret précité, l'acheteur doit déclarer l'ensemble de ses achats innovants auprès de l'Observatoire économique de la commande publique (OECP). Ce dernier n'a pas vocation à vérifier la régularité de la décision de passer un tel marché sans publicité ni mise en concurrence, mais il procèdera au recensement de ces contrats, afin de permettre aux pouvoirs publics d'en rendre compte le moment venu aux instances européennes, d'évaluer ce dispositif, et de présenter – comme l'exige l'article 3 du décret – un rapport au Premier ministre dans les six mois qui précèderont la fin de l'expérimentation.

En pratique, l'acheteur doit mentionner dans la rubrique « commentaire » de la fiche de recensement économique de l'achat public prévue par la réglementation, qu'il s'agit d'un « achat innovant conclu de gré à gré ».

A noter cependant, que cette exigence de communication auprès de l'OECP ne s'applique qu'aux achats de plus de 25 000 euros HT, comme le précise l'arrêté du 26 décembre 2018 « relatif à la déclaration des achats innovants ».

# 05. Contractualiser l'achat innovant avec l'acheteur

Malgré son caractère de gré à gré, l'acte d'achat doit être formalisé par l'établissement d'un contrat. Il est indispensable que l'acheteur définisse en nature et étendue son besoin, en tenant compte d'objectifs de développement durable (dimension sociale et/ou environnementale), conformément aux termes du Code de la commande publique. Il va également établir des clauses, par exemple, en termes de définition fonctionnelle de ses besoins, de délai de livraison, de reprise du matériel existant ou acquis, de garanties contractuelles ou post contractuelles (notamment en travaux). Il renverra utilement à l'un des cahiers des charges types applicables (CCAG Travaux, CCAG FCS, CCAG PI, CCAG TIC ou CCAG MI, ou le nouveau CCAG Maîtrise d'œuvre), et pensera à développer le volet protection des droits d'auteur, de propriété intellectuelle et/ou industrielle.

Ce contrat sera indispensable pour assurer son paiement par le service financier de l'acheteur et son comptable. Sa signature, électronique ou manuscrite (en l'état actuel du droit), sera le symbole de l'engagement réciproque des deux parties. Le contrat comportera des dispositions quant à sa résiliation anticipée dans certaines circonstances, sachant que l'acheteur peut mettre fin à l'exécution d'un marché public pour motif d'intérêt général, à tout moment, en vertu de ses prérogatives de puissance publique (à charge le cas échéant, de régler une indemnisation du prestataire).

> ***« Malgré son caractère de gré à gré, l'acte d'achat doit être formalisé par l'établissement d'un contrat. »***

# 06. Protéger ses droits de propriété intellectuelle ou industrielle

Si la part de « droits de propriété intellectuelle ou industrielle » est importante dans l'objet même de l'achat innovant, il sera autant de l'intérêt de l'entreprise que de l'acheteur, de prévoir des clauses précisant l'étendue de ces droits, voire, de renvoyer au CCAG PI (prestations intellectuelles). Le rédacteur du contrat peut malgré tout renvoyer à l'un des autres CCAG, tout en reprenant les termes des clauses sur les droits de propriété intellectuelles prévues dans le CCAG PI, sans renvoyer pour autant à celui-ci.

L'enjeu est de savoir (si la question se pose s'agissant de l'achat innovant concerné) si un transfert des droits de propriété intellectuelle ou industrielle, concernant les résultats de la prestation, est prévu. Il est possible de prévoir une clause de concession ou une clause de cession des droits d'exploitation sur les résultats. Dans la formule « concession », l'acheteur est autorisé à utiliser les résultats issus de la prestation pour les besoins découlant de l'objet du marché, sans en devenir propriétaire ; alors que dans la formule « cession », les droits sont transférés à l'acheteur pour les modes d'exploitation (supports et utilisation effective et envisagée), la durée d'exploitation et le territoire d'exploitation précisé dans le marché.

Un achat innovant peut donner lieu à l'acquisition ou la réalisation de solutions couvertes par de tels droits de propriété, que ce soit l'objet lui-même ou le process qui pourrait être breveté, le design, dessin ou modèle pouvant être couvert par des droits d'auteur, le nom et logo d'un nouveau produit ou service pouvant être couvert par le droit des marques ou des noms d'usage commercial. Il est indispensable que l'opérateur économique proposant une solution innovante, veille à protéger celle-ci. A noter que le « savoir-faire » peut relever également de droits de propriété intellectuelle au même titre qu'un nouveau process industriel.

L'acheteur doit veiller à travers ces clauses, à éviter une situation de dépendance à une solution déterminée au détriment des solutions concurrentes, qui pourraient s'avérer – ultérieurement – tout aussi pertinentes, sinon meilleures, que l'offre novatrice retenue dans un premier temps. L'achat novateur ne doit pas déboucher sur un effet boule de neige commerciale, qui entraîne une situation de dépendance de l'acheteur, qui se retrouverait contraint de procéder à d'autres achats auprès du même cocontractant sur une durée plus longue que le contrat initial.

Le prestataire doit veiller quant à lui, à pouvoir réutiliser les résultats dans son activité, disposer d'actifs immatériels valorisables (brevets, marques, etc.), préserver son patrimoine en mesurant son niveau de communication et d'information sur les qualités techniques de son bien novateur, etc.

Les partenaires à l'acte d'achat innovant doivent ainsi organiser 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. Pour cela, il conviendra de bien définir l'objet de son marché, les différents livrables attendus, les objectifs et besoins de l'acheteur en termes d'utilisation, réutilisation de chaque livrable (pour quelles finalités, quelle durée et quel territoire), et de mesurer les réalités du secteur économique concerné dans le cadre du sourcing.

# 07. Respecter un cadre déontologique et des règles de confidentialité

Un achat innovant ne doit pas être réalisé en solitaire. Il doit s'inscrire dans un mode projet stratégique, validé par une équipe, qui prendra en compte le risque inhérent à un tel achat. Car s'il est bien évident que les pouvoirs publics souhaitent favoriser le développement de tels achats, il n'en demeure pas moins que l'achat d'une solution novatrice fait peser un risque d'échec, d'inadéquation, d'inefficacité, voire de non utilisation, du produit ou service novateur. Il faut se prémunir des risques d'échec liés au recours à des solutions novatrices, et construire cet achat dans une stratégie plus globale avec un travail partenarial et pluridisciplinaire, afin de renforcer l'efficience du process.

Un opérateur économique disposant d'un produit ou d'un service innovant peut parfaitement solliciter un rendez-vous chez un acheteur, afin de lui présenter les atouts de sa proposition. Ces rencontres antérieures à la conclusion d'un marché public, sont parfaitement légales, y compris si une mise en concurrence devait être organisée par la suite. La réglementation européenne comme française parlent de « consultations préalables ». Il peut s'agir d'échanges informels, avec les services techniques opérationnels, afin de vérifier l'adéquation de la solution novatrice avec les besoins de l'acheteur.

L'opérateur économique doit veiller également à ce que son idée ou procédé, ne se retrouve pas repris ou copié par la concurrence, du fait d'une divulgation – même non intentionnelle – par un acheteur n'ayant pas respecté un minimum de confidentialité sur le process innovant. Sans une garantie optimale du respect d'une stricte confidentialité et du secret des affaires, les opérateurs économiques risquent de se montrer méfiants et ne pas constituer des forces de proposition. L'achat innovant doit s'inscrire dans une relation partenariale sereine, présente et future, répondant aux intérêts réciproques des parties contractantes.

De plus, la phase d'utilisation ou d'exécution du contrat, suppose la pérennité d'un dialogue entre les cocontractants, afin que le produit ou service novateur puisse le cas échéant être adapté. Par définition, le recours à une solution innovante comporte une part de risques de défaillance, de mauvaise exécution, de retard, d'interruption des prestations, ou d'inadéquation aux objectifs poursuivis par l'acheteur.

L'application de pénalités n'est pas une bonne solution, au regard de l'engagement sur le chemin du progrès engagé par le prestataire. De plus, la pénalité n'est pas toujours d'application aisée. Il n'est pas rare que des acheteurs ne les appliquent pas en temps normal, s'agissant d'un marché public classique. Or si les conditions sont réunies, une pénalité prévue au contrat devrait être appliquée, sans mise en demeure préalable.

Il convient plutôt d'opter pour des adaptations du produit ou service novateur : cela peut se formaliser par une modification des termes du contrat, qui passe par « l'établissement d'un acte modificatif intervenant en cours d'exécution ».

Le Code de la commande publique permet de commander des « prestations supplémentaires » jusqu'à 50 % du montant du contrat initial, par modification, s'agissant de besoins qu'un acheteur diligent ne pouvait pas raisonnablement prévoir lorsqu'il a signé son contrat initial. Il est bien évident qu'il doit s'agir d'un fait générateur extérieur aux parties, non prévisible, et rendant nécessaire des adaptations du bien ou service novateur concerné. Cela peut se traduire par de nouveaux développements, investissements et innovations.

Autre hypothèse, le Code de la commande publique, autorise pour des besoins prévisibles mais oubliés lors de l'acte d'achat initial, de procéder à une commande complémentaire jusqu'à hauteur de 10 % en services ou fournitures, ou jusqu'à hauteur de 15 % en travaux, du montant du marché initial.

***« L'achat innovant doit s'inscrire dans une relation partenariale sereine, présente et future, répondant aux intérêts réciproques des parties contractantes. »***

Ces actes modificatifs ne doivent pas cependant entraîner un dépassement du seuil ultime inhérent aux achats innovants actés sans mise en concurrence préalable, à savoir celui de 100 000 euros HT.

# 08. Être recensé parmi les marchés publics conclus par l'acheteur

Le recensement économique des contrats de la commande publique est obligatoire d'une manière générale pour les contrats dont le montant est supérieur à 90 000 euros HT. Et concernant les contrats mettant en œuvre la procédure expérimentale des achats innovants, il s'impose pour les contrats dont le montant se situe entre 25 000 euros HT et 100 000 euros HT. Ce recensement s'applique également aux avenants ou actes modificatifs intervenant en cours d'exécution, pour les contrats précités, ainsi que leurs actes de sous-traitance.

La transmission est réalisée de manière dématérialisée, via l'application REAP (recensement économique des achats publics). Concernant les marchés conclus par les services centraux et déconcentrés de l'Etat, la transmission est automatique via l'application Chorus.

L'ensemble des données transmises à l'Observatoire économique de la commande publique vise à connaître, analyser et diffuser les données chiffrées de la commande publique en France, et notamment l'évolution de l'accès des petites entreprises (TPE/PME) aux contrats publics.

Les expérimentations en cours de réflexion peuvent également être communiquées à l'adresse oecp.daj@finances.gouv.fr.

Par ailleurs, et c'est le point que l'on souhaitait souligner présentement, l'acheteur doit inscrire ces achats innovants dans le recensement de ses « données essentielles » (appelé également « open data »). Il doit se connecter à son « profil d'acheteur », à savoir son outil de dématérialisation, afin de mettre en ligne les informations clés, dites « données essentielles » de son achat innovant, comme il le fait pour tout autre marché public.

Cependant, certains marchés ayant été conclus à la suite de la publication d'un avis d'appel public à la concurrence sur la plateforme, ils sont automatiquement recensés au titre de l'open data. Or les achats innovants, n'ayant pas fait l'objet d'une mise en concurrence, supposent une démarche de communication d'informations de la part de l'acheteur. Cela n'est pas automatique sur le plan informatique.

Instaurée par les articles L. 2196-2 et L. 3131-1 du code de la commande publique, l'obligation faite aux acheteurs et autorités concédantes de publier sur leur profil d'acheteur la liste des données essentielles de leurs marchés publics ou contrats de concessions répond à un objectif de transparence des données publiques.

Les données fixées dans l'annexe 15 du code doivent être publiées pour les procédures lancées depuis le 1er janvier 2020, pour chaque marché public dont le montant est égal ou supérieur à 40.000 € HT (le seuil reste de 25.000 € HT pour les procédures lancées avant 2020) et pour chaque contrat de concession. Le délai de mise à disposition, et la durée pendant laquelle ces données doivent demeurer disponibles à la consultation sur le profil d'acheteur sont également fixés par l'arrêté. Elle est normalement de 5 ans après l'achèvement du contrat, mais peut-être réduite à un an, si ces données sont publiées sur le site data.gouv.fr.

Les données à diffuser sont pour l'essentiel : le numéro d'identification du marché (année de notification, numéro d'ordre interne, numéro de modification éventuelle) ; l'identification de l'acheteur (son nom et numéro SIRET) ; les données relatives au marché concerné (nature, procédure, code CPV, lieu d'exécution, montant, forme du prix, durée, date de notification) ; l'identité du titulaire du marché (son nom et numéro SIRET) ; la modification éventuelle du marché (son objet modifié de manière non substantielle et/ou son nouveau montant et/ou sa nouvelle durée et/ou son nouveau titulaire).

# 09. Avoir une durée relativement limitée d'exécution

Le décret précité du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique, autorisant notamment l'achat de gré à gré d'achats innovants, subordonne ce dispositif dérogatoire à une période expérimentale, d'une durée de trois ans à compter de son entrée en vigueur. Cela signifie très concrètement que cette possibilité est ouverte réglementairement uniquement entre le 25 décembre 2018 et le 25 décembre 2021.

Une étude d'efficacité du dispositif sera ensuite menée et pourra déboucher sur une reconduction de celui-ci, pour trois nouvelles années.

Cette durée maximale porte sur la période d'exonération de mise en concurrence, mais pas sur la période du contrat lui-même. Cependant, il convient de souligner, d'une part que le contrat portant sur un achat innovant doit comporter absolument une durée maximale d'exécution, et d'autre part, que cette durée ne peut pas être particulièrement longue.

> ***« Le contrat portant sur un achat innovant doit comporter absolument une durée maximale d'exécution, et cette durée ne peut pas être particulièrement longue. »***

On est en droit de penser que les deux caractéristiques de l'achat innovant, que sont son caractère novateur, et son côté expérimental, induisent un contrat d'une durée courte, n'excédant pas – par exemple – deux ans. Car plus le temps passera, plus le bien ou service concerné aura tendance à perdre son caractère novateur. Et le caractère expérimental du décret plaide en faveur d'une dimension expérimentale de la prestation novatrice.

# 10. Utiliser d'autres possibilités offertes par la réglementation

Une série de procédures de passation permet de contribuer au développement d'achats innovants, mais la commande directe, sans la moindre mise en concurrence, est réservée notamment aux achats innovants précédemment explicitée, et également aux achats relevant de travaux de recherche et développement (R&D).

Les marchés de R&D sont en effet exclus du champ d'application du Code de la commande publique. Reste à savoir ce que l'on entend par de tels contrats.

L'article L. 2512-5 du Code de la commande publique en donne une définition relativement large : « la recherche et développement regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrations technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de pré production, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication ».

L'OCDE, chargée de comparer les informations entre les pays membres de l'organisation, a également proposé une définition allant dans le même sens, dans son « manuel de Frascati » paru en 2002.
La raison de l'exclusion du champ concurrentiel du Code, des marchés de R&D, réside notamment dans la volonté d'encourager le cofinancement de programmes de recherche et développement provenant de sources industrielles.

Pour être conclus de gré à gré, ces marchés de services portant sur des projets de R&D, doivent respecter l'une ou l'autre des conditions suivantes, d'interprétation stricte :

- L'acheteur doit financer seulement partiellement le programme, ce qui implique un partage du coût financier des études à réaliser ;
- L'acheteur ne doit pas acquérir la propriété exclusive des résultats du programme, ce qui implique un partage des droits de propriété intellectuelle.

Cette exclusion ne s'applique qu'aux programmes qui portent sur des projets de R&D sans prolongement industriel direct. Elle ne couvre donc pas les programmes qui prévoient la réalisation et la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication, c'est-à-dire ceux dont la finalité précède immédiatement la mise en industrie.

Dans l'hypothèse où une entreprise innovante démarcherait un acheteur soumis aux marchés publics pour codévelopper un procédé qu'elle a conçu, cet acheteur pourrait certes passer un marché de services de R&D avec cette entreprise en respectant les conditions ci-dessus énoncées, mais elle ne pourrait pas acheter le procédé une fois développé, sans remise en concurrence. Cette remise en concurrence imposée par la réglementation, peut être difficile à accepter par le partenaire qui a investi pour développer une telle solution innovante, mais elle est juridiquement indispensable. L'opérateur économique doit donc en être informé dès le départ du lancement du processus de contractualisation et de la coproduction de l'innovation.

# La gazette des communes, partenaire historique de la fonction publique territoriale

Fondée en 1934, La Gazette des Communes est le média de référence des métiers de la fonction publique territoriale, elle se positionne en expert des politiques publiques et des services publics. Le titre papier comptabilise aujourd'hui **325 597 lecteurs hebdomadaires,** le site, accessible à 70 % sur abonnement, compte **plus d'1 million de visiteurs uniques mensuels.**

Depuis 8 ans, La Gazette propose une expérience de contenu enrichie en ligne avec quatre clubs métiers ciblés : le Club Finances, le Club Prévention Sécurité, le Club Technicités et le Club RH (Ressources Humaines). En plus du support d'actualité papier et web, chaque club propose indépendamment du contenu et des évènements thématiques partout en France afin de permettre aux professionnels de se rencontrer et d'échanger.

L'ancienneté du support et sa réputation désormais bien implantée en font un prescripteur stratégique auprès des professionnels et décideurs du secteur public. Le titre dispose par ailleurs de la plus grande base de données du secteur public, qui représente près de 582 000 contacts actifs et nominatifs.

La Gazette des Communes a développé une offre complète dédiée aux entreprises qui souhaitent travailler avec le secteur public. De la notoriété à l'acquisition de leads, la puissance du média permet aux entreprises de toucher les bonnes cibles.

## Une question ? Un projet ?

**Contactez Dominique MACQUAT**

dominique@lagazettedescommunes.com

01 79 06 70 87

**CLIQUEZ ICI**
pour nous suivre

**INFOPRO DIGITAL MEDIA**
La page Linkedin suit toute l'actualité de la filière, les salons, les offres, les bonnes pratiques...

infoprodigital MEDIA

la gazette des communes des départements des régions