

L'acquisition de solutions innovantes dans le cadre du droit commun des marchés publics

Existe-t-il, au sein du Code de la commande publique, des procédés non spécifiquement applicables à l'innovation, qui permettent tout de même l'acquisition de solutions innovantes par des acheteurs ? Il semble nécessaire que le bien ou service soit d'un niveau de maturité technologique suffisamment avancé pour que l'acheteur puisse en faire l'acquisition dans le cadre d'un marché public classique. En outre, l'acquisition de solutions innovantes dans le cadre de procédures d'attribution communes s'avère certes possible mais implique pour l'acheteur d'accepter que les règles applicables seront, la plupart du temps, insuffisamment adaptées.

La stimulation de l'innovation constitue, depuis nombreuses années, l'un des fils conducteurs du droit de l'Union européenne ainsi que du droit national. Le sujet, introduit en droit positif par le considérant n° 49 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, est désormais repris et développé en plusieurs endroits du Code de la commande publique.

L'innovation y occupe une place particulière. En effet, si elle fait l'objet d'une définition ainsi que de dispositions spécifiques, force est de constater qu'il manque un cadre général et commun. Ainsi, la notion d'innovation n'est pas définie *en tant que telle* dans le Code de la commande publique, mais en tant qu'élément constitutif du partenariat d'innovation. De même, s'il existe une procédure particulière aux achats innovants, il existe d'autres modalités d'acquisition de solutions innovantes qui dépassent le cadre particulier de l'innovation.

Il en résulte que le traitement juridique de l'innovation implique de savoir piocher au-delà du cadre particulier précité, dans des dispositions du Code de la commande publique qui sont applicables à d'autres besoins des personnes publiques que ceux relatifs à des solutions innovantes.

L'objet des présents développements est d'identifier ces procédés de droit commun, c'est-à-dire non spécifiquement applicables à l'innovation, qui permettent tout de même l'acquisition de solutions innovantes par des acheteurs soumis au Code de la commande publique.

Dans ce cadre, deux notions régissent l'acquisition de solutions par des personnes publiques, que ces solutions soient innovantes ou non au demeurant. Il s'agit, en premier lieu, de la nature du marché auquel il est recouru, c'est-à-dire du choix de l'instrument contractuel qui permet de répondre au besoin exprimé par la personne publique. Il s'agit, en second lieu, du type de procédure utilisé, c'est-à-dire de la liste des obligations

Auteur

Guillaume Rossignol-Infante
Avocat au barreau de Paris

en termes de publicité et mise en concurrence qui s'imposent à l'acheteur préalablement à l'attribution dudit marché. Nature du marché et type de procédure sont deux faces bien distinctes d'une même médaille, qui viserait à satisfaire le besoin exprimé par un acheteur.

L'acquisition de solutions innovantes au regard des instruments contractuels à disposition des acheteurs

C'est du point de vue de la nature du marché que l'opposition entre les dispositions du Code de la commande publique spécifiques à l'innovation et les dispositions de droit commun applicables à l'innovation se manifeste le plus. La problématique est celle de l'objet des contrats concernés, c'est-à-dire, s'agissant d'un marché public, ce que la personne publique achète.

Les dispositions du Code de la commande publique spécifiques à l'innovation ont pour point commun de concerner des marchés dont l'objet est orienté, exclusivement, vers l'innovation. On retrouve essentiellement le partenariat d'innovation, qui fait l'objet de développements spécifiques au sein du présent dossier, et dont il convient par conséquent de rappeler brièvement qu'il permet de sélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques pour qu'ils réalisent des opérations de R&D portant sur des produits, services ou travaux innovants, dont l'acheteur pourra, dans le cadre du même marché, faire l'acquisition une fois que ceux-ci auront dépassé le stade du prototype et seront commercialisables.

Dans ce cadre, le Code de la commande publique définit l'innovation de la manière suivante : « sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre 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 »⁽¹⁾. Cette définition est précisée, en creux, par la jurisprudence administrative : est nouveau ou sensiblement amélioré, l'objet d'un marché qui ne renvoie pas aux « réglementations et normes courantes applicables », qui ne porte pas sur des « prestations connues et normalisées »⁽²⁾. Autrement dit, l'objet ne doit pas être « disponible sur le marché »⁽³⁾.

Il peut également être fait appel à la jurisprudence relative aux marchés de recherche et développement (ci-après « R&D »). Au contraire des partenariats d'innovation, ces marchés portent exclusivement sur la phase de recherche et développement⁽⁴⁾, c'est-à-dire sur le

processus d'innovation lui-même. Dans le cadre du contrôle qu'il porte sur le bien-fondé du recours à ce type de marchés par les acheteurs publics, le juge administratif exige la réunion de deux conditions :

– première condition : le caractère nouveau. La démonstration du caractère innovant d'un projet suppose que les prestations intellectuelles qui devront être produites « seront de nature à accroître la somme des connaissances de l'homme, de la culture et de la société ou que l'utilisation des sommes de connaissances ainsi réunies par les personnes qui y seront employées, serviront au développement de nouvelles applications »⁽⁵⁾ ;

– seconde condition : l'incertitude. La démonstration du caractère innovant suppose ensuite une forme d'incertitude quant aux résultats à obtenir. Ainsi, les incertitudes identifiées dans le cadre d'un projet ne doivent pas relever « de problématiques classiques » manifestant une « simple utilisation de l'état des techniques existantes et traduits par des améliorations non substantielles de ces techniques »⁽⁶⁾.

Les marchés spécifiquement tournés vers l'innovation, tels que les partenariats d'innovation et les marchés de R&D, doivent par conséquent avoir pour objet l'achat de biens ou services qui sont nouveaux, en ce qu'il n'existe pas de produits connus ou de solutions envisageables qui permettraient de satisfaire le besoin exprimé par l'acheteur. Cet objet spécifique apparaît très éloigné du droit commun des marchés publics.

L'objet d'un marché public de droit commun vise, en effet, à répondre à un besoin en matière de travaux, de fournitures ou de services qui est exprimé par un acheteur⁽⁷⁾. La nature et l'étendue de ce besoin doivent être déterminées avec précision avant le lancement de la consultation⁽⁸⁾. Cela implique notamment que le besoin exprimé en travaux, fournitures ou services à réaliser soit défini par référence à des spécifications techniques⁽⁹⁾, qui définissent les caractéristiques exigées des travaux, des fournitures ou des services qui font l'objet du marché, en se référant au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie⁽¹⁰⁾.

Ce cadre strict que constitue le droit commun des marchés publics poursuit un objectif qui est celui de garantir la transparence des procédures, l'égalité de traitement des candidats et, *in fine*, la bonne utilisation des deniers publics.

Il est aisé de s'apercevoir que ce cadre commun aux marchés publics est toutefois en contradiction avec la notion d'innovation. Un produit non disponible sur étagère ne peut pas être déterminé « avec précision avant le lancement de la consultation ». Il ne peut pas faire

(1) CCP, art. L. 2172-3

(2) TA Lyon 10 avril. 2020, req. n° 2001965.

(3) CCP, art. L. 2172-3.

(4) CCP, art. L. 2512-5, 2°.

(5) CAA Lyon 28 avril 2016, req. n° 14LY02974.

(6) CAA Paris 31 mars 2015, req. n° 13PA04836.

(7) CCP, art. L. 1111-1.

(8) CCP, art. L. 2111-1

(9) CCP, art. L. 2111-2.

(10) CCP, art. R. 2111-4.

référence « à des spécifications techniques ». Soit parce que cela est impossible ; le bien ou service est à l'état de concept. Soit parce que cela est antinomique : l'innovation requiert une émancipation de l'existant, un affranchissement des règles en vigueur, qui s'oppose à un encadrement par des spécifications techniques.

À l'inverse, l'acheteur qui lancerait un marché public « classique » sans avoir déterminé au préalable le bien ou service qu'il souhaite acheter, ni l'avoir défini avec suffisamment de précision, risquerait de se heurter aux principes généraux de la commande publique rappelés ci-avant. Et le marché risquerait de se voir annulé.

Il résulte de ces premiers développements que lorsqu'un acheteur ne s'écarte pas du droit commun en faisant le choix de recourir à un marché de R&D ou à un partenariat d'innovation, l'acquisition, dans le cadre d'un marché public classique, d'un bien ou service dont le niveau de maturité technologique ou « TRL » est très peu avancé apparaît juridiquement critiquable. Il semble donc nécessaire que le bien ou service soit d'un TRL suffisamment avancé pour que l'acheteur puisse en faire l'acquisition dans le cadre d'un marché public classique. De cette manière, le bien ou service à l'état de prototype par exemple, c'est-à-dire en fin de TRL, peut être décrit avec suffisamment de précision pour correspondre aux exigences du Code de la commande publique.

L'acquisition de solutions innovantes dans le cadre de procédures d'attribution communes à tous besoins des acheteurs

Du point de vue des procédures permettant l'attribution de marchés visant à promouvoir l'innovation, l'opposition est moins prégnante. En effet, contrairement aux marchés de R&D et aux partenariats d'innovation, qui sont des contrats à objets spécifiques, exclusivement tournés vers l'innovation, il n'existe pas de procédure *ad hoc* exclusivement destinée à promouvoir l'innovation.

Cela signifie que c'est la dissociation classique du Code de la commande publique, entre procédures sans publicité ni mise en concurrence préalables, procédures adaptées et procédures formalisées, qui s'applique aux contrats ayant pour objet l'acquisition de solutions innovantes^[11]. Autrement dit, qu'il ait pour objet l'acquisition d'une solution innovante ou non, un marché public sera nécessairement attribué dans ce cadre classique du Code de la commande publique qui répertorie les obligations de publicité et mise en concurrence préalables en fonction de la qualité de l'acheteur, de l'objet du marché ainsi que de son montant.

Pour les besoins du raisonnement, il est toutefois possible d'isoler la procédure d'achats innovants à moins

de 100 000 euros HT^[12]. Il s'agit certes d'un cas d'application, parmi d'autres, du mécanisme d'attribution de marchés publics sans publicité ni mise en concurrence préalables. Pour autant, la condition qui justifie l'utilisation de cette procédure d'attribution est exclusivement tournée vers l'achat public innovant. L'article R. 2122-9-1 du Code de la commande publique relatif à cette procédure exige en effet que l'objet du marché porte sur des travaux, fournitures ou services « innovants ». Cet article renvoyant d'ailleurs à l'article L. 2172-3 du même code relatif aux partenariats d'innovation pour la définition de ce qui est innovant. Il est renvoyé aux dispositions du présent dossier qui portent exclusivement sur cette procédure.

Au-delà, il existe différentes procédures classiques qui permettent d'attribuer un marché public ayant pour objet l'acquisition de solutions innovantes. Le choix parmi ces éléments implique de déterminer au préalable si la solution à acquérir est unique ou si elle peut être réalisée par plus d'un opérateur économique.

L'acquisition de solutions innovantes dans le cadre des procédures de gré à gré prévues par le Code de la commande publique

Dans le cas où seul un opérateur économique déterminé détient ou est en mesure de réaliser la solution innovante dont un acheteur souhaite faire l'acquisition, il est nécessaire de contractualiser sans publicité ni mise en concurrence préalables. Cela permet en effet de retenir directement l'auteur de la solution innovante et d'évoquer avec lui les conditions de cession de ladite solution, notamment en ce qui concerne le prix ainsi que les droits de propriété intellectuelle attachés à la solution.

Toutefois, dès lors qu'il n'est pas possible de rentrer dans le cadre de la procédure d'achats innovants, cela implique pour l'acheteur de faire rentrer la solution innovante dans l'une des autres hypothèses de marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables visés par les articles R. 2122-1 à R. 2122-11 du Code de la commande publique.

Parmi ces exceptions procédurales communes à tous marchés publics, deux paraissent pouvoir être mises en avant pour justifier l'acquisition de solutions innovantes sans publicité ni mise en concurrence préalables.

La première d'entre elles est visée à l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique. Elle vise les prestations qui ne peuvent être fournies que par un opérateur économique déterminé, ce qui exclut que celui-ci soit mis en concurrence avec d'autres opérateurs. Parmi les raisons pouvant justifier que le marché ne puisse être exécuté que par un opérateur économique déterminé figure « l'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle »^[13].

[11] CCP, art. L. 2120-1.

[12] CCP, art. R. 2122-9-1.

[13] CCP, art. R. 2122-3.

Dans ce cadre, la jurisprudence administrative juge que le recours à un opérateur déterminé n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

Cette condition implique pour l'acheteur de s'assurer au préalable qu'il existe bien une spécificité technique particulière au bien ou service acheté puis de rechercher s'il existe d'autres entreprises en mesure de répondre à son besoin. Une fois que l'acheteur s'est assuré qu'il n'existe qu'un seul opérateur économique pour mettre en œuvre la seule solution présentant les spécificités permettant de répondre à son besoin, il lui revient enfin de vérifier que d'autres opérateurs économiques ne pourraient pas, de manière certes théorique, parvenir à ce même résultat. Pour ce faire, il convient de rechercher si l'opérateur identifié détient ou non des droits d'exclusivité qui interdiraient à d'autres opérateurs économiques de développer la solution.

Il s'agit d'une hypothèse particulièrement restreinte puisque la jurisprudence administrative vérifie que la satisfaction du besoin de l'acheteur public nécessite la mise en œuvre des droits exclusifs et qu'il n'existe aucun procédé différent de celui proposé par le propriétaire de droits d'exclusivité qui permettent d'obtenir le même résultat^[14]. Le juge administratif exige ensuite la démonstration que les droits d'exclusivité sont formulés avec suffisamment de précision pour que seul un opérateur économique puisse exécuter les prestations du marché^[15], et que cet opérateur détenteur des droits d'exclusivité n'ait pas accordé de licences d'exploitation à d'autres opérateurs économiques^[16].

À l'évidence, le recours à une telle procédure pour l'attribution d'un marché public ayant pour objet l'acquisition de solutions innovantes apparaît difficile. En effet, le caractère spécifique de l'innovation, c'est-à-dire sa nouveauté et l'incertitude qui le caractérise, complique la démonstration des conditions susmentionnées. À titre d'exemple, comment justifier d'un droit d'exclusivité, s'agissant d'une solution industrielle, lorsque le projet est à un stade de développement peu avancé, c'est-à-dire avant dépôt du brevet constituant le droit d'exclusivité. De même, comment vérifier qu'il n'existe pas d'autres solutions alors que la détermination de spécifications techniques précises pose difficulté dans le cadre de l'acquisition de solutions innovantes.

Il en résulte que seuls les projets innovants qui sont à un TRL particulièrement avancé, c'est-à-dire après dépôt d'un brevet, pourront entrer dans le cadre d'une telle procédure. Étant précisé, en outre, que la détention de ce droit de propriété intellectuelle ne se suffira pas à lui-même pour justifier le recours à cette procédure. Comme évoqué ci-avant, il sera, en effet, nécessaire de

démontrer que l'opérateur économique détenteur du droit ne l'aura pas cédé ou concédé à un autre opérateur économique, et que les besoins l'acheteur ne pourront pas être satisfaits par des moyens alternatifs.

La seconde exception procédurale commune à tous marchés publics qui peut être mise en avant pour justifier l'acquisition de solutions innovantes sans publicité ni mise en concurrence préalables est visée à l'article R. 2122-10 du Code de la commande publique. Il s'agit de l'hypothèse de l'attribution de gré à gré d'un marché public à raison des fins du marché orientées vers la recherche et développement.

Cet article dispose plus précisément : « Un pouvoir adjudicateur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement ». Il pose comme condition que le marché ait pour objet la réalisation de prestations de R&D sans que l'acheteur ne recherche la rentabilité ou l'amortissement des coûts préalables de R&D.

Une telle définition satisfait de prime abord l'objectif d'identification des procédures classiques permettant l'acquisition de solutions innovantes. La R&D est liée à l'innovation, il n'est donc pas difficile de la caractériser dans le cadre d'un projet innovant. Pour autant, la rédaction de l'article R. 2122-10 du Code de la commande publique limite quelque peu l'utilisation à cette procédure pour les projets d'acquisition de solutions innovantes.

En premier lieu, parce qu'il s'agit ici d'acheter un « produit ». L'objet du marché n'est pas la R&D elle-même, c'est-à-dire le processus permettant d'aboutir à l'innovation, mais le résultat matériel de celle-ci. Cette hypothèse procédurale est par conséquent à distinguer des marchés de R&D sus-évoqués. Il en résulte que l'article R. 2122-10 du Code de la commande publique vise en pratique l'acquisition de prototypes. La jurisprudence vérifie en effet que les biens achetés ne constituent pas des « fournitures courantes »^[17], « déjà présentes sur le marché »^[18]. Il s'agit certes d'innovation, mais d'un pan restreint de celle-ci.

La rédaction de l'article R. 2122-10 du Code de la commande publique limite en second lieu l'utilisation de cette procédure pour l'acquisition de solutions innovantes dans la mesure où le contexte financier de l'acquisition est également encadré.

Les termes de cet article impliquent en effet que le prix d'acquisition du prototype ne doit pas refléter la volonté de récupérer les coûts de R&D supportés par l'opérateur économique. Cela signifie qu'il n'est juridiquement pas possible de financer de la R&D sous couvert d'acquisition du prototype de fin de TRL.

[14] CE 29 novembre 1996, req. n° 102165.

[15] CAA Paris 11 décembre 2018, req. n° 17PA01588.

[16] CAA Nantes 24 mai 2017, req. n° 15NT01340.

[17] CAA Bordeaux 20 juin 2013, req. n° 11BX02368.

[18] Trib. UE, 15 janvier 2013, aff. C-54/11.

Il en résulte que cette option sera ouverte aux acheteurs qui souhaiteront faire l'acquisition de matériels d'expérimentation, non encore commercialisés, pour un prix reflétant la valeur matérielle réelle de ces derniers.

L'acquisition de solutions innovantes dans le cadre des procédures formalisées prévues par le Code de la commande publique

Dans le cas où l'acheteur estime que plusieurs opérateurs économiques seraient en mesure de satisfaire son besoin en solutions innovantes, rien ne s'oppose alors à ce qu'il lance une procédure de publicité et mise en concurrence préalables à l'attribution d'un marché public. Étant rappelé que l'acheteur se situe ici sur le terrain classique des marchés publics, avec un besoin précisé par un minimum de spécifications techniques, par opposition aux marchés de R&D et aux partenariats d'innovation (cf. ci-avant).

Dans ce cadre, lorsque l'innovation est d'un montant supérieur au seuil des procédures formalisées, plusieurs modalités d'acquisition de la solution sont ouvertes à la personne publique : appels d'offres, procédure avec négociation ou dialogue compétitif. Il semble alors possible d'exclure, d'emblée, l'appel d'offres et la procédure avec négociation. En effet, l'appel d'offres ne permet pas la discussion avec les candidats, ce qui paraît contradictoire avec l'acquisition d'une solution innovante, dont on peut penser qu'elle nécessite un minimum d'échanges et d'explications entre concepteurs et acquéreurs. La procédure avec négociation semble également devoir être exclue des présents développements dans la mesure où elle implique une discussion ayant pour objet l'amélioration d'une solution existante. Cela signifie que l'acheteur a déjà identifié son besoin avec précision et qu'il souhaite discuter des modalités d'exécution du marché plutôt que de la nature même de la solution. Une telle procédure limite par conséquent la stimulation de l'innovation.

Il en résulte que seule la procédure de dialogue compétitif permet à un acheteur de pouvoir discuter avec différents opérateurs économiques sur les différentes solutions, le cas échéant innovantes, qui permettraient de satisfaire le besoin qu'il a initialement exprimé dans les grandes lignes.

L'article L. 2124-4 du Code de la commande publique précise à cet égard 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 ».

La limitation du recours au dialogue compétitif aux cas de recours identifiés à l'article R. 2124-3 du Code de la commande publique ne constitue pas une difficulté. En effet, la recherche de solutions innovantes entre dans plusieurs des hypothèses visées à cet article : l'innovation implique que le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles (premier cas de recours mobilisable) ; l'innovation implique

le plus souvent la réalisation de prestations de conception (deuxième cas de recours mobilisable) ; l'innovation implique le plus souvent des échanges préalables avec les opérateurs économiques, du fait de sa nature et sa complexité (troisième cas de recours mobilisable) ; l'innovation implique le plus souvent, comme évoqué ci-avant, une difficulté pour l'acheteur de définir avec une précision suffisante les spécifications techniques permettant de répondre à son besoin (quatrième cas de recours mobilisable). Enfin, si cela n'était pas suffisant, l'innovation elle-même, telle que définie à l'article L. 2172-3 du Code de la commande publique relatif aux partenariats d'innovation, constitue en tant que telle un cas de recours au dialogue compétitif identifié à l'article R. 2124-3 du Code de la commande publique (cinquième cas de recours mobilisable).

Il apparaît donc possible de lancer l'acquisition d'une solution innovante en précisant avec un minimum de détails le besoin à satisfaire et en mettant en concurrence des opérateurs économiques pour proposer des solutions répondant à ce besoin.

Toutefois, plusieurs considérations réduisent l'intérêt opérationnel du recours au dialogue compétitif pour l'acquisition de solutions innovantes. En effet, dans le cadre d'un dialogue compétitif, la recherche d'une solution innovante n'est pas la finalité du marché. Il s'agit uniquement d'une condition procédurale. Autrement dit, à l'issue de la procédure, l'acheteur fera l'acquisition d'un bien correspondant à la solution retenue. L'innovation ne constituera donc pas l'objet du marché. Cela impliquera notamment que les opérateurs économiques seront traités dans des conditions moins avantageuses que, par exemple, le partenariat d'innovation. En effet, la question des délais pour procéder à la R&D en cours de procédure, celle de la rémunération des études de R&D par le versement d'une prime, celle de l'exploitation des résultats obtenus, seront nécessairement secondaires puisque gérées dans un cadre procédural, c'est-à-dire au travers d'un règlement de la consultation.

Cette situation impliquera, d'une part, un plus grand flou juridique pour les opérateurs et, d'autre part, corrélativement, une incitation moindre pour ces derniers. Or, à notre sens, un processus d'innovation réussi devrait *a minima* garantir à celui qui innove, c'est-à-dire qui se confronte à l'inconnu, un degré suffisant de sécurisation en ce qui concerne le cadre juridique et administratif dans lequel il se place.

Conclusion

Il résulte des présents développements que l'application du droit commun des marchés publics à l'acquisition de solutions innovantes, tant du point de vue des instruments contractuels à disposition que de celui des procédures d'attribution auxquelles l'acheteur peut recourir, permet d'aboutir à deux éléments de conclusion :

1° Force est de reconnaître que l'effort de stimulation de l'innovation consenti par le législateur à la suite de l'introduction dans le droit positif des partenariats d'innovation, puis des procédures d'achats innovants,

était nécessaire. Hors de ces dispositions spécifiquement applicables au développement et à l'acquisition de solutions innovantes, le droit commun des marchés publics apparaît limité.

2° En effet, si l'innovation peut être traitée par le droit commun des marchés publics, cela implique toutefois

pour un acheteur d'accepter que les règles applicables seront, la plupart du temps, insuffisamment adaptées, ce qui nécessitera par exemple un découpage des prestations en différents marchés et procédures, et/ou un recentrage du besoin sur des biens ou services innovants définis avec une plus grande précision, limitant en cela le spectre de l'innovation.