

Note de synthèse et de propositions en droit public

SUJET : Les leviers dont dispose une collectivité pour la mise en œuvre d'une politique d'achat innovante.

Collectivité

Le 28 juin 2022

Direction des ressources

Le/La directeur/trice général/e adjoint/e

Note à l'attention de M. le directeur général des services

Objet : Politique d'achat innovante : état des lieux et leviers de développement du projet.

En tant qu'acheteur public, notre collectivité dispose d'un outil efficace pour permettre la relance économique de notre territoire, notamment depuis la crise sanitaire.

La commande publique correspond aux achats de biens, de services et de travaux effectués par une personne publique. Ainsi, elle mobilise une part importante d'argent public qu'il convient de dépenser avec précaution.

Une politique d'achat moderne et innovante peut permettre d'améliorer le fonctionnement de la collectivité mais également de promouvoir le tissu économique local.

Dans ce cadre, et au regard de mes attributions, vous avez sollicité la présente note qui s'attachera à :

- préciser que la commande publique impose de définir expressément un besoin mais que des dispositifs récents permettent par dérogation de mener des achats innovants plus souples (I),
- présenter les limites de ces dispositifs ainsi que les solutions pour les mettre en œuvre efficacement au sein de notre collectivité et au service de notre territoire (II).

1. Le recours à la commande publique doit découler d'un besoin expressément déterminé mais il existe des procédures dérogatoires permettant des achats innovants.

- 1.1. Le recours à la commande publique impose de déterminer précisément les besoins d'une personne publique.

Selon l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte les objectifs de développement durable dans leurs dimensions économiques, sociales et environnementale ». Une personne publique doit en principe anticiper la nature de son besoin avant de passer un contrat de la commande publique.

Ainsi, par la transparence et la mise en concurrence, la personne publique a à sa disposition un outil permettant :

- un bon usage des deniers publics puisque la personne publique est tenue, en général, d'accepter l'offre la plus économiquement adaptée à son besoin, à savoir l'offre la plus basse.
- un achat écoresponsable respectueux des objectifs de développement durable s'agissant de la transition écologique et énergétique.
- un achat participant à promouvoir les petites et moyennes entreprises (PME) avec notamment des mesures favorisant la réduction du délai global de paiement afin d'éviter d'entamer la trésorerie des entreprises.

Dans le cadre du plan de relance, l'accent a été mis sur l'importance de voir les PME porter la croissance future.

Cependant, il existe des besoins qui sont difficiles à anticiper en amont ou dont la définition est trop peu précise pour mener une consultation de droit commun au titre du Code de la commande publique.

- 1.2. Des dispositifs réglementaires dérogatoires ont été prévus pour procéder à des achats innovants.

L'article 94 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (codifié à l'article L 2172-3 du Code la commande publique) prévoit le partenariat d'innovation permettant à un acheteur public, lorsqu'il n'existe pas de solution disponible sur le marché, de distinguer la phase de recherche et développement (sans mise en concurrence en dessous des seuils) de la phase d'acquisition de la solution innovante (mise en concurrence obligatoire). Cette solution a été utilisée par la Mairie de Paris pour valoriser ses souterrains.

Plus récemment, a été mis en place, par le décret du 24 décembre 2018, les achats innovants. Ils permettent l'expérimentation pour une durée de 3 ans de passer des marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence pour des achats innovants sous le seuil de 100 000 euros hors taxes.

Ce décret pose les conditions suivantes, le choix d'une offre pertinente, l'utilisation efficace des deniers publics et la diversification des opérateurs économiques.

Ce type de marché concerne les travaux, les fournitures et les services innovants. Pour les marchés dépassant 25 000 euros hors taxes, une déclaration doit être faite auprès de l'observatoire économique de la commande publique.

Les achats innovants peuvent permettre à une collectivité de faire un pas décisif vers la dématérialisation des services publics, de proposer de nouveaux services ou encore de mettre en œuvre une nouvelle organisation. Sur ce dernier point, le syndicat intercommunal de collecte et de valorisation des déchets (SICOVAD) d'Épinal a utilisé avec succès ce type de marché pour faire face à la pénurie de chauffeurs poids lourds et de l'augmentation ponctuelle du volume des déchets à collecter. La prestation visait à la mise à disposition d'un camion avec chauffeur, en somme une externalisation temporaire d'une activité internalisée.

Il est cependant à noter que ces procédures ne doivent pas constituer la majorité des marchés publics de la collectivité mais peuvent être une souplesse bienvenue car elles présentent à la fois des avantages et des inconvénients.

S'agissant des avantages :

- l'absence de publicité et de mise en concurrence,
- l'absence de définition d'un besoin précis,
- la souplesse de permettre aux opérateurs de présenter leurs solutions innovantes.

S'agissant des inconvénients :

- procédures peu connues,
- difficultés sur un objet non cadré,
- expérimentation sur seulement 3 ans.

Cependant, ces outils n'ont pas pu être déployés à leur plein potentiel en raison des assouplissements intervenus dans le droit commun pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire.

Les acheteurs publics ont préféré capitaliser sur des procédures qu'ils connaissaient.

2. Les dispositifs innovants se heurtent à la difficulté d'une définition suffisante de la notion d'innovation, pour autant des leviers existent pour les déployer.

2.1. L'usage des achats innovants n'est pas sans risque notamment d'un point de vue contentieux.

Les achats innovants portent en eux un risque contentieux important venant de différentes personnes. Les usagers peuvent se plaindre d'un mauvais usage des deniers publics, les concurrents malheureux peuvent remettre en question les procédures mises en œuvre et la pertinence du choix opéré par la personne publique et, enfin, l'attributaire du marché qui peut remettre en cause les conditions d'exécution d'un marché dont l'objet n'était pas défini au départ et contiendrait une part d'aléa et de risque.

Ainsi, la notion d'innovation est centrale pour la mise en œuvre de dispositifs dérogatoires. L'article L 2124-3 du Code de la commande publique indique que sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés.

Le champ de l'innovation est large et peut être source d'erreur pour les collectivités qui devront faire un bon usage de leur pouvoir d'appréciation.

Ainsi la notion d'innovation devra être systématiquement interrogée pour éviter d'influencer les opérateurs à aller vers une solution entrevue par l'acheteur et inversement ne pas prendre pour acquis une solution proposée par le futur prestataire.

Enfin, les dispositifs souffrent d'une méconnaissance de la part des personnes publiques et des opérateurs économiques. En juin 2021, soit plus de 2 ans et demi après son lancement, l'observatoire économique de la commande publique dénombrait seulement 172 marchés innovants complets ; alors même que ces marchés visent les PME et start up qui représentent 99 % des entreprises, 44% du PIB en terme de contribution et 28% en proportion des marchés publics.

2.2. La collectivité peut s'emparer de ces dispositions en actionnant les leviers communicationnels et organisationnels.

La collectivité a tout intérêt à s'approprier et à développer une politique d'achat innovant, notamment si le dispositif expérimental né du décret de 2019 est reconduit.

En effet, il serait intéressant d'inciter les PME et start up pour leur permettre d'innover et de consolider la fonction recherche et développement par différents leviers.

Levier n°1 : La communication externe. Il s'agit de faire connaître, auprès des opérateurs économiques notamment sur le site internet de la collectivité, notre engagement dans une fonction achat innovante et performante. Cette communication peut également se faire par la représentation de notre collectivité à des rencontres professionnelles dédiées aux PME et aux start up.

La communication visera à présenter globalement les besoins de la collectivité et du territoire et les sommes qui y sont consacrées en moyenne annuellement.

Il s'agit, également, de faire lever les appréhensions sur le déroulement des procédures et de mettre en confiance les opérateurs.

Ainsi, les PME et les start up auront connaissance des différentes parts de marché potentielles existant. Il faudra veiller à rester dans le cadre de l'information et ne pas choisir par anticipation un futur prestataire.

Levier n°2 : La communication interne. Il est important que le service en charge de la fonction achat puisse connaître l'ensemble des outils à sa disposition, notamment s'agissant des achats innovants.

La communication interne ne pourra se faire que par le biais d'une formation dédiée ou d'une prise d'information auprès de la Direction des affaires juridiques des ministères financiers.

La formation portera notamment sur la définition de la notion d'innovation ainsi que sur les voies et moyens de limiter les risques contentieux d'une telle procédure. L'opportunité de confier la rédaction d'un guide de la commande publique local est à interroger notamment en ce qui concerne les moyens humains à y consacrer.

Levier n°3 : Organiser avec les élus une revue territoriale des besoins de la collectivité et du territoire. Cette revue permettrait d'identifier les besoins spécifiques pour lesquels une solution n'existe pas encore ou pour lesquels une organisation particulière est à prévoir ou la proposition d'un nouveau service. Ce travail de prospection permettrait de dynamiser la fonction achat.

Levier n°4 : Procéder à un parangonnage des marchés innovants mis en place par d'autres collectivités de la même taille afin de connaître le type de marchés susceptibles d'être validés par le juge administratif.

Levier n°5 : En raison de la spécificité de ce type de marchés, il est proposé de mettre en place une procédure de validation auprès de l' élu chargé des questions de commande publique et du ou de la DG adjoint(e).

Cette validation concernera :

- 1 - l'opportunité d'engager un achat innovant.
- 2 - le budget à y consacrer.
- 3 - le type de consultation.
- 4 - le choix de l'opérateur.
- 5 - l'exécution du contrat.

Levier n°6 : Procéder à une évaluation du dispositif et le cas échéant apporter des améliorations à nos procédures internes si des difficultés sont nées à chaque étape de la passation du marché.

Voici les éléments que je souhaitais porter à votre attention s'agissant de la mise en œuvre d'une politique d'achats innovants au sein de la collectivité.

Me tenant à votre disposition pour tout complément.