

L'expérimentation de l'achat public innovant exonéré de publicité et de mise en concurrence jusqu'à 100000 EUR HT est adoptée et ouverte à toutes les entreprises

[Décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique](#)

[Depuis juillet 2018](#), le gouvernement envisage d'adopter un dispositif expérimental exonérant de publicité et de mise en concurrence les achats publics innovants n'excédant pas 100 000 EUR HT. A l'origine, ce dispositif ne devait concerner que les petites et moyennes entreprises (PME) au sens de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003, soit les entreprises de moins de 250 salariés réalisant un chiffre d'affaires annuel de moins de 50 millions d'EUR HT. [Jusqu'en octobre 2018](#), ce dispositif était encore présenté comme une mesure de soutien du tissu économique essentiel que constituent les PME.

Par ce décret du 24 décembre, le gouvernement adopte cette exonération de mise en concurrence des achats innovants, **sans la réserver aux seules PME.**

L'objectif premier est donc d'abord le soutien à l'innovation, qu'importe la taille de l'entreprise concernée. Peut-être le gouvernement a-t-il craint le reproche d'une discrimination d'accès à la commande publique entre les opérateurs économiques de différentes tailles, même si plusieurs dispositifs permettent déjà de favoriser les PME (comme l'allotissement, ou encore l'engagement du titulaire d'un

marché de partenariat ou d'une concession de réserver l'exécution d'une part du contrat aux PME, etc...). En tout état de cause, si la mesure ne leur est pas réservée, les PME en bénéficieront aussi.

Le mécanisme autorise donc les acheteurs publics à conclure sans publicité préalable ni mise en concurrence, c'est-à-dire de gré à gré, des marchés portant sur des travaux, fournitures ou services innovants et répondant à un besoin n'excédant pas 100 000 EUR HT, et ce quelle que soit la taille de l'entreprise titulaire du marché. Comme pour les marchés dont le montant n'excède pas 25 000 EUR HT, qui pour ce motif peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence ([Article 30 du décret n° 2016-360](#) – [Article R. 2122-8 du code de la commande publique](#))), il est simplement fait obligation aux acheteurs de 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.* », c'est-à-dire de ne pas abuser du système.

La question du caractère innovant des travaux, services ou fournitures est au cœur de cette dérogation.

Le texte renvoie aux définitions du caractère innovant énoncées par [l'article 25](#) (autorisant le recours à la procédure avec négociation pour tout achat innovant) **ou** par [l'article 81 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016](#) (définissant le partenariat d'innovation) ((A compter du 1^{er} avril 2019, articles [R. 2124-3](#) et [L. 2172-2](#) du code de la commande publique.)).

La définition du partenariat d'innovation est plus restrictive que celle autorisant le recours à la procédure avec négociation, dans la mesure où elle vise des prestations répondant à un besoin « **qui ne peut être satisfait par des fournitures, services ou travaux déjà disponibles sur le**

marché ». C'est en effet la logique du partenariat d'innovation, qui est de concevoir et de développer avec le partenaire une solution qui n'existe pas encore. Pour les marchés classiques, un service peut être innovant même s'il est déjà disponible sur le marché.

L'utilisation du terme « *ou* » doit en principe permettre d'utiliser l'une ou l'autre de ces définitions. D'ailleurs, l'article 13 du décret modifie la rédaction de l'article 1^{er} du décret à compter du 1^{er} avril 2019, date d'entrée en vigueur du code de la commande publique, pour ne renvoyer qu'à la définition des travaux, fournitures et services innovants de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, sans plus faire référence à la définition du partenariat d'innovation.

En tout état de cause, les deux textes appréhendent largement les aspects innovants des travaux, produits ou services considérés, puisqu'ils semblent pouvoir concerner même leurs méthodes de commercialisation, mais aussi l'organisation interne de l'entreprise pour les offrir, comme l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise :

« 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 »

Il est probable que ce nouveau dispositif conduise à ce que la notion de caractère innovant soit discutée à l'occasion de contentieux – rappelons à cet égard que même si le marché peut être conclu de gré à gré, les acheteurs sont tenus de publier sur leurs profils acheteurs les données essentielles de tout marché dont le montant excède 25 000 EUR HT, ce qui les obligera à rester transparents sur l'attribution de ces

marchés et à informer les opérateurs économiques de leur conclusion. Il faut espérer que ces contentieux ne privent pas le dispositif de son intérêt en dissuadant les acheteurs d'y avoir recours.

Ce décret est entré en vigueur le lendemain de sa publication, soit le 25 décembre 2018 : le dispositif s'applique aux consultations lancées à compter de cette date. Il constitue une expérimentation : il n'est valable que pour une période de 3 ans à compter de la date d'entrée en vigueur du décret, soit jusqu'au 26 décembre 2021. A l'issue de cette période, un bilan de l'efficacité de la mesure conduira ou non à sa pérennisation.

Le décret comprend enfin une série de clarifications ou de mesures plus résiduelles, sans être dépourvues de tout intérêt, notamment pour les PME :

- L'obligation de conclure à prix révisables les marchés dont l'exécution est soumise à de forts aléas est réintroduite ;
- Il est précisé que la mise à disposition du DCE gratuitement sur profil d'acheteur dès parution de l'AAPC ne s'applique qu'aux marchés dont le montant excède 25 000 EUR HT ;
- Il est expressément autorisé de régulariser les candidatures transmises par voie papier en méconnaissance de l'obligation de dématérialisation ;
- Le taux de l'avance d'un marché public de l'État est porté à 20 % lorsque le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une PME ;
- Le taux de la retenue de garantie d'un marché public de l'État est abaissé à 3 % au lieu de 5 % lorsque le titulaire est une PME.