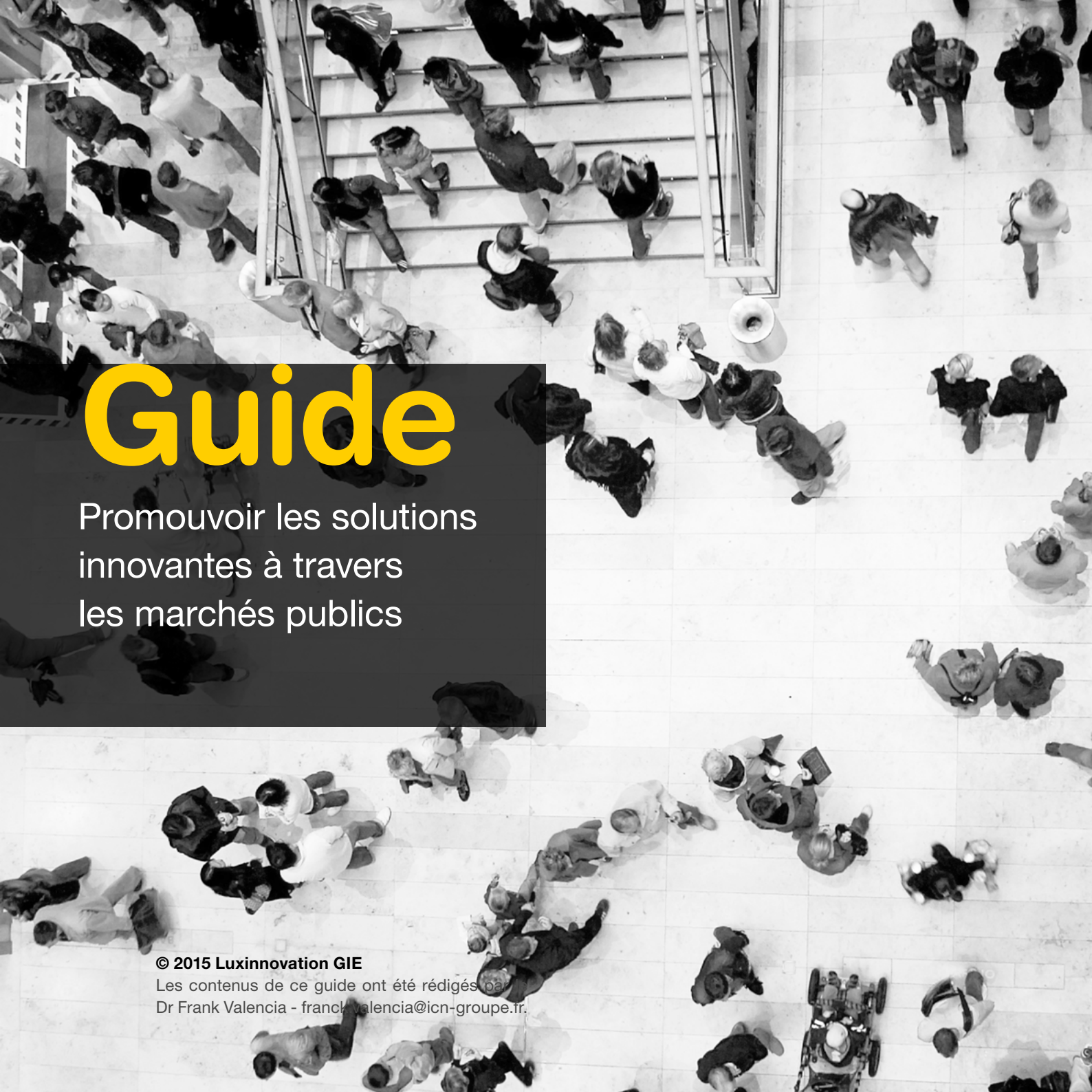
NATIONAL AGENCY
FOR INNOVATION AND RESEARCH
LUXINNOVATION

MAKING
INNOVATION
HAPPEN

Guide

Promouvoir les solutions innovantes à travers les marchés publics





Guide

Promouvoir les solutions innovantes à travers les marchés publics

© 2015 Luxinnovation GIE

Les contenus de ce guide ont été rédigés par :
Dr Frank Valencia - franck.valencia@icn-groupe.fr.

PRÉFACE

La compétitivité de l'économie luxembourgeoise et sa diversification reposent en grande partie sur sa capacité à innover afin de créer des biens et services à haute valeur ajoutée. Par le biais de divers régimes d'aides, le ministère de l'Economie poursuit une politique active de soutien aux entreprises qui investissent dans la recherche, le développement et l'innovation. Ainsi, un nombre croissant de nouvelles solutions performantes et durables sont mises au point chaque année, notamment par les PME.

L'Etat, et avec lui, l'ensemble des pouvoirs publics, se doit de mettre en œuvre une politique des achats qui ne se limite pas seulement à l'approvisionnement en solutions classiques qui ont fait leurs preuves, mais elle doit aussi prendre en compte des nouveaux produits et services innovants et durables développés par les entreprises privées et qui permettront d'améliorer les services publics rendus.

Pourtant, dans la pratique, les acheteurs publics visent souvent à limiter les risques. C'est une attitude tout à fait louable étant donnée la responsabilité qui leur incombe, mais elle réduit quelques fois les possibilités pour nos entreprises d'appliquer leurs innovations pour que nous puissions tous en profiter. La législation nationale sur les marchés publics offre pourtant un cadre adapté pour atteindre cet objectif.



Dans ce sens, j'ai donc demandé à Luxinnovation, l'Agence nationale pour la promotion de l'innovation et de la recherche, d'élaborer un guide de bonnes pratiques visant à favoriser l'accès aux marchés publics pour les entreprises innovantes. Ce guide se veut simple et agrémenté d'exemples concrets. Il est destiné aux pouvoirs adjudicateurs, et au-delà à tout acheteur qui pourra y trouver des moyens de laisser une chance à l'innovation sans prendre de risque inconsidéré. Le guide couvre toutes les étapes depuis l'identification du besoin, l'analyse du marché jusqu'à la préparation du cahier des charges et l'exécution du marché.

Au-delà de ce guide, Luxinnovation veillera à rendre les innovations plus visibles afin que l'innovation « Made in Luxembourg » soit connue et reconnue au niveau international.

Etienne Schneider
Ministre de l'Economie

VOUS, pouvoirs adjudicateurs, assurez des services publics de qualité et portez la responsabilité de leur mise en œuvre ;

NOUS, Luxinnovation, accompagnons les efforts de recherche-développement-innovation portés par nos entreprises nationales qui aboutissent à des solutions innovantes ;

Couvrir les besoins des citoyens par des solutions innovantes présente un double avantage. Le meilleur rapport qualité de service – prix peut être obtenu tandis que les entreprises accélèrent la mise sur le marché des solutions issues de leurs investissements. Ce guide propose quelques outils pour répondre à cet objectif.

Luxinnovation souhaite avant tout à travers cette action provoquer une prise en compte plus systématique de l'innovation dans les marchés publics et faire connaître les solutions innovantes ayant bénéficié d'un soutien public. Le site www.innovativesolutions.lu présente ainsi des produits ou services disponibles dans différents domaines : traitement de l'eau, santé, mobilité, etc…

Au cours de ces prochains mois, Luxinnovation aura à cœur de faciliter le dialogue entre pouvoirs adjudicateurs et entreprises pour comprendre et lever d'éventuelles barrières. La proximité des acteurs, la qualité du dialogue et l'approche consensuelle doivent permettre au Luxembourg d'être un modèle européen en matière d'achat public de solutions innovantes pour les bénéfices mutuels des citoyens et de nos entreprises.



Pascal Fabing
Responsable des Programmes de Financement Nationaux
Luxinnovation

TABLE DES MATIÈRES

1.
SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS **11**
En amont de l'achat 12
La préparation du marché 13
Le choix de la procédure 13
Le suivi du marché et le partage d'expériences 14

2.
INTRODUCTION **15**
Soutenir l'innovation à travers les marchés publics 16
Définition de l'innovation 16
L'innovation au Luxembourg 17
Avantages de l'innovation 17
Principaux freins à l'innovation dans les marchés publics 18
Réserves 18

3.
LES LEVIERS EN AMONT DE L'ACHAT **19**
Développer les interactions entre les acheteurs et les fournisseurs 20
Développer la connaissance du marché afin de mieux appréhender ses capacités d'innovation 20
Quelques exemples d'outils pour organiser une veille 21
Développer un environnement informatif favorable à l'innovation 24

4.
UNE PRÉPARATION ADÉQUATE DU MARCHÉ **25**
Améliorer la formulation du besoin de manière à susciter l'innovation 26
Exprimer les spécificités du besoin dans un cahier des charges fonctionnel 26
Autoriser et encourager les variantes 28
Doser savamment les criteres de selection 30
Raisonner en « coût complet » 32
Fixer des critères d'attribution valorisant les solutions innovantes 35
Evaluer le caractère innovant des offres 37
Gérer des risques liés à la mise en place de procédures favorisant l'innovation 38

5.
LE CHOIX DE LA PROCÉDURE **41**
Procédures au service de l'innovation prévue par le droit national 42
Procédures au service de l'innovation prévue par le droit de l'Union européenne 48

6.
LE SUIVI DU MARCHÉ **51**
Accompagner et faciliter l'exécution du contrat 52
Le partage d'expérience 52



1. SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS

L'intégration d'une dimension d'innovation dans les achats publics présente de nombreux avantages. Ce guide a pour objectif de fournir des outils aux pouvoirs adjudicateurs qui veulent mettre en œuvre une politique de marchés publics favorable à l'innovation. Il fournit des conseils pratiques pour intégrer une dimension d'innovation dans chaque étape du processus de l'achat.

EN AMONT DE L'ACHAT

- Développer une stratégie d'achat sur la base d'une étude de marché afin d'identifier le besoin non satisfait et déterminer le potentiel d'innovation du marché.
- Recourir le cas échéant à la centrale d'achat.
- Collecter des informations auprès d'organisation (consulter l'office des brevets, visiter les salons professionnels, organiser des journées d'informations, workshop avec des experts, développer un website) afin de prendre conscience de la dynamique du marché et des dernières technologies et innovations.
- Développer la communication et encourager l'interaction entre les opérateurs économiques, les pouvoir adjudicateurs et la communauté scientifique (préavis, webpage).
- Encourager un dialogue constructif entre les opérateurs économiques pour favoriser la définition de solutions adaptées de la part de l'industrie ou du monde universitaire.

LA PRÉPARATION DU MARCHÉ

- Améliorer les invitations à l'offre basées sur les fonctions et performances en sorte que le besoin tel que défini par le pouvoir adjudicateur soit exprimé sous une forme fonctionnelle dans le cahier des charges, par exemple sous forme de performances. (besoin exprimant un résultat à atteindre).
- Fixer des objectifs chiffrés de performance en termes de niveaux d'activités, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidences écologiques etc.
- Obtenir des engagements de performances mesurables.
- Autoriser les variantes.
- Ne pas focaliser l'attribution d'un marché sur le critère du prix et tenir compte du coût complet (faire la différence entre le coût direct d'une acquisition et les coûts totaux, être en mesure de calculer le coût du cycle de vie).

LE CHOIX DE LA PROCÉDURE

- Choisir la procédure facilitant la formation d'offres innovantes en fonction du marché et du besoin du pouvoir adjudicateur.
- Recourir à l'allotissement (segmentation affinée du périmètre des lots grâce aux informations recueillies en amont sur la structure du segment d'achat, utilisation de la technique des petits lots pour encourager la participation des PME).

LE SUIVI DU MARCHÉ ET LE PARTAGE D'EXPÉRIENCES

- Développer le partage d'expériences entre pouvoirs adjudicateurs pour identifier les bonnes pratiques tant au niveau des procédures que des solutions innovantes.
- Développer la pratique des attestations de bonne exécution.
- Investir dans la formation spécialisée en professionnalisant les acheteurs ou en recrutant des agents compétents et expérimentés.



2.
INTRODUCTION

SOUTENIR L'INNOVATION À TRAVERS LES MARCHÉS PUBLICS

Ce guide a pour objectif de fournir des outils aux pouvoirs adjudicateurs qui veulent mettre en œuvre une politique de marchés publics favorable à l'innovation. Il permet notamment d'utiliser au mieux les souplesses offertes par les règles régissant les marchés publics afin d'exploiter le pouvoir innovant du marché.

Ce guide constitue une aide pour les acheteurs publics souhaitant mettre en place des méthodes susceptibles de repérer et capter l'innovation dans leur politique d'achat tout en respectant le principe de satisfaction du besoin avec des moyens contraints.

Il a aussi pour objectif d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à prendre en compte l'innovation dans l'acte et la politique d'achat. Il constitue la première étape d'une évolution vers un cadre plus propice à l'innovation.

Ce guide est destiné aux principaux acheteurs publics souhaitant s'engager dans un processus de promotion de l'innovation par la commande publique. Il constitue une amorce de réflexion et le lecteur est invité à contribuer à ce processus tout en permettant le partage d'expertise en nous écrivant à l'adresse suivante : **pascal.fabing@luxinnovation.lu**.

DÉFINITION DE L'INNOVATION

L'innovation, dans le cadre de ce guide, est comprise au sens large du terme et concerne la stimulation et l'exploitation réussie de nouvelles idées dans le but de résoudre des problèmes de marchés publics de façon efficace. Les concepts d'imagination et de créativité intellectuelle sont au cœur de cette définition.

Si l'innovation est souvent expliquée comme le processus de transformation des connaissances en produits et services qui peuvent être vendus à des clients, innover ne veut pas nécessairement dire inventer quelque chose de complètement nouveau. Dans beaucoup de cas, une innovation est une transformation d'un produit existant en un produit nouveau, amélioré et/ou plus performant, on parle alors d'innovation incrémentale. Dans les cas où l'innovation est une transformation radicale qui modifie les comportements des utilisateurs, on parle d'innovation de rupture. Différents degrés sont ainsi envisageables dans l'innovation.

Il existe des techniques de gestion de l'innovation (« Innovation Management Techniques » ou « IMTs ») qui sont des outils simples qui peuvent aider à transformer une idée nouvelle en succès commercial.

L'INNOVATION AU LUXEMBOURG

Le Grand-Duché est sans conteste une terre propice à l'innovation. Le développement des activités liées à la recherche, au développement et à l'innovation (RDI) est une priorité du gouvernement luxembourgeois qui vise, entre autres objectifs, à permettre une diversification économique, une augmentation de la compétitivité des entreprises ainsi que l'édification d'une société de la connaissance.

La Commission européenne publie chaque année le tableau de bord de l'Union de l'innovation afin de permettre une évaluation comparative des résultats en matière d'innovation des États membres de l'Union européenne. Il présente également les points forts et les points faibles de leurs systèmes de recherche et d'innovation respectifs. Selon le tableau de bord de 2014, le Luxembourg se classe au 5ème rang européen et au 1er rang en tant que pays le plus performant du groupe des « suiveurs de l'innovation ».

Luxinnovation est l'Agence nationale pour la promotion de l'innovation et de la recherche au Luxembourg. Par sa double position, à la fois sur le terrain avec les entreprises et les instituts de recherche et très proche des autorités en charge des politiques liées à l'innovation et la recherche, elle est au cœur du système national d'innovation et de recherche et peut fournir une aide précieuse à tous les acteurs souhaitant s'engager dans une démarche favorisant l'innovation.

AVANTAGES DE L'INNOVATION

L'innovation permet de poursuivre des objectifs sociétaux (développement durable, qualité des services publics, stimulation de l'entrepreneuriat, etc.). Elle peut en outre et surtout constituer un levier pour dynamiser l'activité et améliorer le service rendu dans le cadre d'une démarche gagnant-gagnant, devenant ainsi un facteur de croissance et d'emploi.

L'innovation permet de résoudre des problèmes de façon créative, d'apporter un meilleur rapport qualité/prix pour le contribuable et constitue un stimulus pour l'industrie nationale en créant de nouveaux produits et services favorisant la croissance économique. Elle constitue enfin un outil de compétition pour faire face aux économies émergentes.

L'innovation est aussi profitable aux consommateurs qui peuvent bénéficier à la fois de produits nouveaux et de produits améliorés. Par exemple, des innovations permettent souvent de faciliter l'utilisation de produits déjà existants.

PRINCIPAUX FREINS À L'INNOVATION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Plusieurs facteurs limitent souvent la prise en compte des solutions innovantes dans les marchés publics :

- Une commande trop précise pour laisser au marché l'initiative de la solution en laissant les entreprises proposer des idées nouvelles.
- La différenciation des offres se fait principalement sur le prix et les délais.
- Manque d'expérience, de méthodologie et d'expertise de la part des opérateurs économiques.
- Absence de relation de travail étroite entre la demande et l'offre. Pas assez de rapprochements entre les pouvoirs adjudicateurs, les fournisseurs et le monde universitaire.
- Peu d'identification précise du besoin.
- Aversion des opérateurs économiques au risque.
- Complexité du processus d'achat excessivement normatif et pesant.
- Peu de place laissée aux alternatives dans la formulation d'une offre.

Ce guide vous offre des conseils pratiques pour surmonter ces obstacles.

RÉSERVES

Les éléments fournis dans ce guide sont indicatifs et ne prétendent pas être pertinents pour l'ensemble des situations, les effets des leviers identifiés étant variables d'un cas à l'autre.

En outre, toutes les questions de marchés publics ne requièrent pas de solution innovante. Si les risques de développement d'une telle solution sont disproportionnés par rapport aux bénéfices escomptés, il convient naturellement de s'orienter vers une solution connue et testée.

Enfin, la politique des marchés publics à elle seule ne peut suffire à susciter un intérêt plus grand pour l'innovation. Il faut une politique d'innovation globale, l'achat public n'est qu'un outil parmi d'autres pour stimuler efficacement la demande en innovation.



3. LES LEVIERS EN AMONT DE L'ACHAT

DÉVELOPPER LES INTERACTIONS ENTRE LES ACHETEURS ET LES FOURNISSEURS

Rapprocher le service achat du pouvoir adjudicateur des opérateurs économiques en développant la communication en amont de l'achat.

Publier l'intention d'achat et l'avis de pré-information.

DÉVELOPPER LA CONNAISSANCE DU MARCHÉ AFIN DE MIEUX APPRÉHENDER SES CAPACITÉS D'INNOVATION

- Organiser une veille active pour mieux connaître le marché (cerner les offres des opérateurs économiques, l'état de la concurrence, la capacité d'innovation du secteur)

Systématiser les études de marché (état de l'art, capacités de réponse des entreprises, niveau de concurrence, comparaison du coût du fournisseur traditionnel avec celui innovant etc…).

- Définir un coordonnateur chargé de cette veille (service achat ou services techniques opérationnels).

QUELQUES EXEMPLES D'OUTILS POUR ORGANISER UNE VEILLE :

LUXINNOVATION

anime le site **www.innovativesolutions.lu** qui présente des solutions innovantes développées avec le soutien des aides publiques au Luxembourg.

Luxinnovation est également partenaire du réseau Enterprise Europe Network, proposant le plus grand marché des technologies en Europe : **http://www.innovation.public.lu/fr/marche-technologies/index.php**.

NEOBUILD

www.neobuild.lu est une initiative du Conseil pour le Développement Economique de la Construction qui propose notamment une plate-forme d'évaluation de solutions innovantes dans le domaine de la contruction.

LE PORTAIL EUROPÉEN DÉDIÉ À L'ACHAT DE SOLUTIONS INNOVANTES

www.innovation-procurement.org propose un centre de ressources, des outils ainsi qu'un répertoire d'initiatives en matière d'achat de solutions innovantes classées par secteur.

LA PLATEFORME HAPPI

www.happi-project.eu, mise en œuvre par un consortium européen auquel contribue la Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois, présente des solutions adaptées aux besoins des personnes âgées.

- Construire un réseau de partage de l'information (éléments techniques, concurrence, brevets, normes, évolutions réglementaires, procédés innovants etc…)

Les salons, colloques, revues spécialisées[1], forums, sites internet des entreprises et d'institutions spécialisées, organisations professionnelles et chambres de commerce donnent accès à ce type d'informations.

- Utiliser la technique de la « centrale d'achat »

Les pouvoirs adjudicateurs ont la liberté de recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services. Selon l'article 3.9 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, une « centrale d'achat » est un pouvoir adjudicateur qui acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

La technique de la centrale d'achat permet de concrétiser des coopérations entre pouvoirs adjudicateurs en répondant à plusieurs objectifs, dont notamment :

- Le partage de bonnes pratiques et de la connaissance du marché,
- La massification de la demande pour impacter les prix,
- La réalisation d'économies d'échelle en « externalisant » de nombreux aspects de la procédure de passation ou du suivi de l'exécution du marché en recourant à un service commun.

1 Le magazine « FOCUS on Research and Innovation in Luxembourg » publié par Luxinnovation et diffusé à des entreprises, universités, investisseurs et décideurs politiques dans plus de 100 pays et dont l'objectif est de promouvoir la science, la technologie et l'innovation au Luxembourg auprès d'un vaste public international participe à ce partage de l'information.

EX
EM
PLE

CENTRALE D'ACHAT MISE EN ŒUVRE PAR LA FÉDÉRATION DES HÔPITAUX LUXEMBOURGEOIS

La Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois[2] (FHL) a recours à la technique de centrale d'achat pour déployer son activité « achat commun » dans divers domaines, dont les principaux sont l'achat de médicaments, de petits dispositifs médicaux, de matériel lourd d'imagerie médicale et en matière non médicale, notamment pour des services informatiques.

Cette activité a trouvé son origine, dans les années 1990, dans des coopérations entre acheteurs hospitaliers, notamment pharmaciens. Elle est aujourd'hui structurée autour d'un réseau de groupements d'achat spécialisés, composés d'acheteurs hospitaliers, connectés à une équipe interne de la FHL. L'activité est coordonnée par un comité de pilotage faisant rapport au conseil d'administration de la FHL, celui-ci étant composé de représentants des directions des Hôpitaux.

En pratique, cette technique réside dans une coopération contractuelle, moyennant conclusion de conventions, dénommées « conventions de centrale d'achat ». Une convention est en principe conclue préalablement à chaque procédure de passation de marché et décrit le projet, le type de procédure envisagé, identifie les participants au projet et valide les documents de soumission.

2 La Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois est l'association groupant l'ensemble des établissements hospitaliers du Grand-Duché de Luxembourg. La FHL élabore la stratégie du secteur hospitalier, représente ses membres auprès des autorités et met en œuvre certains services communs des établissements hospitaliers.

La convention régit notamment :

- La **répartition des missions** entre pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la procédure. La convention désigne la partie qui réalisera les diligences procédurales à effectuer par le pouvoir adjudicateur aux termes de la loi sur les marchés publics et de son règlement d'exécution, tels que la communication avec les soumissionnaires potentiels, la préparation et l'envoi des questions/réponses, l'ouverture des offres, la notification des décisions d'attribution et de rejet d'offres et la communication de leurs motifs.

- Le **processus décisionnel**, avec identification et définition de la composition d'un organe préparant les décisions et établissant le rapport d'analyse des offres qui servira de support aux décisions de l'organe compétent pour les prendre.

- La **coopération entre pouvoirs adjudicateurs** dans le cadre de l'exécution du marché. Une convention de centrale d'achat peut ainsi prévoir qu'en vue d'élaborer des prises de position collectives, les parties s'informeront mutuellement des éventuelles défaillances contractuelles de leur cocontractant commun.

Dans le cadre de son activité « achat commun », la FHL est la centrale d'achat. Les gestionnaires des projets sont des conseillers juridiques qui sont membres du personnel de la FHL. Ils coordonnent des groupes de travail composés de spécialistes issus des hôpitaux.

DÉVELOPPER UN ENVIRONNEMENT INFORMATIF FAVORABLE À L'INNOVATION

- Créer un point de contact sur le site internet de l'acheteur pour encourager les démarches spontanées (contact « achat innovant » aisément identifiable).

- Créer un portail d'information où sont mentionnés les produits/solutions innovantes recherchées.

- Créer une plateforme d'échange d'idées (système ouvert et collaboratif), une rubrique « boite à idées ».

- Créer une base de données « fournisseur ».

- Recourir au « sourcing » (recherche et évaluation d'opérateurs économiques innovants) ou recourir à un organisme spécialisé dans le « sourcing ».



4. UNE PRÉPARATION ADÉQUATE DU MARCHÉ

AMÉLIORER LA FORMULATION DU BESOIN DE MANIÈRE À SUSCITER L'INNOVATION

Le meilleur moyen de susciter une offre innovante est de demander aux candidats de proposer une solution sans l'imposer à l'avance, par exemple en exprimant le résultat à atteindre, un certain niveau de performances, certaines fonctions et fonctionnalités requises ou contraintes (performances énergétiques, considérations environnementales dont les exigences de développement durable, cycle de vie des produits, coût etc.) dans un cadre imposé avec des normes à respecter. Les spécificités du besoin doivent être clairement exprimées, elles doivent être mesurables, réalistes et comprendre un échéancier.

Il convient ainsi de laisser aux entreprises la liberté de proposer une solution afin de bénéficier au maximum de la capacité d'innovation du marché.

Rédiger une définition fonctionnelle du besoin de manière suffisamment ouverte.

EXPRIMER LES SPÉCIFICITÉS DU BESOIN DANS UN CAHIER DES CHARGES FONCTIONNEL

Le besoin tel que défini précédemment doit être exprimé sous une forme fonctionnelle dans le cahier des charges, c'est-à-dire sous forme de performances, d'exigences fonctionnelles décrivant un résultat à atteindre en laissant toute liberté quant aux moyens pour y parvenir. Le niveau de flexibilité autorisé autour des objectifs de performance doit être indiqué.

L'article 165 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics prévoit que les spécifications techniques figurant dans le cahier des charges peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles pouvant inclure des caractéristiques environnementales. Elles doivent cependant être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer le marché. Il convient cependant de trouver un juste équilibre afin de ne pas proposer une définition trop détaillée du besoin et veiller à laisser une certaine marge de souplesse.

Cette phase déterminera la diversité et la qualité des offres.

Préparer un cahier des charges fonctionnel, ouvert sur les solutions et précis sur les exigences de performances, la qualité et les contraintes.

EX
EM
PLE

LES ACHATS DE MATÉRIEL LOURD D'IMAGERIE MÉDICALE PAR LA FÉDÉRATION DES HÔPITAUX LUXEMBOURGEOIS

Dans le domaine du matériel lourd d'imagerie médicale (par exemple les tomodensitomètres ou « CT-scanners »), les constructeurs développent constamment de nouvelles technologies et fonctionnalités. Celles-ci ont un prix qui, en principe, est d'autant plus élevé que l'innovation est récente et que le dispositif de production est au début de sa phase d'amortissement.

« Les techniques utilisées dans les procédures ouvertes doivent être telles que les utilisateurs puissent profiter des dernières nouveautés au meilleur rapport qualité prix. A cette fin, les techniques suivantes sont concevables .

Les spécifications techniques des machines peuvent être définies suivant la distinction suivante. Il s'agit :

- *soit des caractéristiques techniques que les acheteurs exigent et considèrent comme étant indispensables pour satisfaire leurs besoins. De telles caractéristiques sont des lors des critères de conformité technique. Une offre non conforme à ces critères est à rejeter.*

- *soit des caractéristiques techniques que les établissements considèrent comme améliorant la qualité des appareils, eu égard à leurs besoins. De telles caractéristiques sont dès lors des sous-critères d'évaluation de la qualité.*

Le cahier spécial des charges indique expressément, pour chaque spécification technique, si celle-ci constitue un critère de conformité technique ou un sous-critère d'évaluation de la qualité.

Les sous-critères d'évaluation de la qualité peuvent être décrits par indication d'une caractéristique ou d'une performance maximale. Ceci permet d'autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes, avec, dans leurs différentes offres, des niveaux de performance différents pour un ou plusieurs critères d'évaluation de la performance. Ainsi, par exemple, un soumissionnaire pourra proposer des modèles de machines de niveaux de gamme différents, ou un même modèle de machine avec certaines fonctionnalités (résultant par exemple de logiciels) ayant un niveau de performance différent, dont éventuellement le « dernier cri », résultant des dernières applications de la « recherche / développement » du constructeur ».

Propos recueillis auprès de M. Luc Waisse, conseiller juridique à la Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois.

AUTORISER ET ENCOURAGER LES VARIANTES

L'article 25 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 prévoit que le pouvoir adjudicateur peut, dans le cahier spécial des charges, soit envisager différentes possibilités d'exécution pour une ou plusieurs positions du bordereau qui doivent alors être spécifiées de façon précise, soit prévoir la possibilité d'admettre des solutions techniques alternatives pour lesquelles il fixe les critères auxquels elles doivent répondre. En cas de solutions techniques alternatives, le résultat souhaité de la prestation doit être clairement défini par le cahier spécial des charges.

Il convient de rappeler que, selon les articles 26 et 27, des variantes et solutions techniques alternatives non sollicitées, émanant du soumissionnaire, ne sont pas admissibles. En revanche, si des variantes et des solutions techniques alternatives sont sollicitées par le pouvoir adjudicateur, le bordereau de soumission prévoira des prix totaux et des prix unitaires pour chaque éventualité.

Par ailleurs, il est loisible au soumissionnaire de faire une offre pour toutes les possibilités d'exécution envisagées, ou pour l'une d'elles seulement. Son offre est valable quel que soit le choix opéré entre l'offre de base et la ou les offres variantes et solutions techniques alternatives[3].

La variante – une modification à l'initiative des candidats de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation – permet ainsi dans certains cas d'exprimer des offres innovantes différentes de la solution de base définie par le pouvoir adjudicateur, lorsque le besoin n'est pas défini de manière suffisamment fonctionnelle. Il convient donc d'autoriser et prévoir leur traitement en les encadrant dans les documents de marché.

Prévoir expressément dans le cahier des charges la variante ainsi que les critères d'attribution permettant d'évaluer les offres conformes à la solution de base et aux variantes.

Il est également possible de demander la justification des gains et améliorations engendrées par les variantes afin de mettre en évidence les avantages qu'elles procurent.

La variante présente donc de nombreux avantages puisqu'elle favorise la concurrence en élargissant le champ des solutions possibles ou à tout le moins en les optimisant tout en prenant en compte d'autres enjeux favorisant parfois une diminution des coûts ou encore l'anticipation de futures normes.

3 V. article 28 du règlement grand-ducal du 3 août 2009. L'article 29 dispose que lorsque le cahier spécial des charges prévoit des variantes et des solutions techniques alternatives, le résultat de la soumission est établi par classement unique de toutes les offres reçues et le choix de l'adjudicataire doit se faire conformément aux dispositions de l'article 89, lequel se réfère à la pondération des critères permettant de déterminer l'offre économique la plus avantageuse. L'article 166 du règlement fait également référence à la notion de variante en ce qui concerne les marchés publics d'une certaine envergure.

DOSER SAVAMMENT LES CRITERES DE SELECTION

La recherche de la qualité au détriment du seul critère du prix peut favoriser l'émergence de solutions innovantes.

Si la loi sur les marchés publics permet de prévoir des critères de sélection qualitative dont notamment des niveaux minimaux de capacité objectifs et non discriminatoires, conformément aux articles 207 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009[4], les pouvoirs adjudicateurs devraient rechercher la plus grande diversité des offres en permettant au maximum d'entreprises de participer aux soumissions, qu'elles soient des entreprises expérimentées ou bien de jeunes entreprises dont les capacités d'innovation sont parfois très grandes.

Les références techniques qui peuvent être exigées des opérateurs économiques, telles que rappelées à l'article 233 du règlement, doivent être savamment dosées afin de ne pas se priver de compétences et d'exploiter au maximum le potentiel d'innovation du marché.

> **Les critères de sélection doivent être définis judicieusement pour autoriser le cas échéant la participation de jeunes entreprises innovantes.**

PRIVILÉGIER LA QUALITÉ AU PRIX LE PLUS BAS

Encourager l'innovation grâce au levier des marchés publics implique une nouvelle manière de concevoir les achats et suppose de privilégier un achat stratégique plutôt qu'un achat basé uniquement sur le prix le plus bas.

> **Ne pas focaliser la décision d'attribution sur le prix mais sur la qualité en excluant d'attribuer systématiquement le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre au prix le plus bas.**

Le respect de contrainte budgétaire n'est pas antinomique avec l'innovation. L'innovation permet parfois de réduire les coûts, elle peut être synonyme de meilleure qualité et permet notamment de récompenser le meilleur rapport qualité/prix. Les facteurs tels que le coût de production, de transport, d'utilisation ou d'usage, de maintenance peuvent être préférés au seul coût d'achat.

4 L'article 208 du règlement dispose que dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché et dans le dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront à soumissionner, négocier ou à dialoguer, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal.

Dans la procédure restreinte, le nombre minimum est de cinq. Dans la procédure négociée avec publication d'un avis de marché et le dialogue compétitif, le nombre minimum est de trois. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Les pouvoirs adjudicateurs invitent un nombre de candidats au moins égal au nombre minimum prédéfini. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux est inférieur au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inclure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas demandé de participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

EX
EM
PLE

MODE D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS PUBLICS DANS LA COMMUNE DE SANEM

« Durant ces dernières années, nous avons remarqué une augmentation des problèmes de malfaçons en relation avec des marchés publics passés sous la forme de procédure ouverte au prix le plus bas. Les entreprises ont souvent recours à des prix très bas voir trop bas pour recevoir la commande. L'analyse de prix ne nous permettait pas d'écarter l'offre et des problèmes relatifs au délai et à la qualité d'exécution des travaux surgissaient dans la majorité des cas.

Nous avons dorénavant décidé de passer le plus souvent possible à la procédure ouverte économiquement la plus avantageuse. »

Propos recueillis auprès de M. Fernand Heischbourg des services techniques de l'Administration Communale de Sanem.

RAISONNER EN « COÛT COMPLET »

L'évaluation des impacts environnementaux d'un produit, service ou procédé dès sa conception permet d'ouvrir un nouvel angle de vue et ainsi d'identifier de nouvelles idées et opportunités d'innovation et/ou d'amélioration, pouvant déboucher sur un meilleur marketing, une meilleure sensibilisation et information des consommateurs, et permettant de mieux communiquer en interne et en externe.

Les acheteurs publics peuvent ainsi contribuer à la chaîne de valeur en portant un regard différent sur l'acquisition.

Etre en mesure de faire la différence entre le coût direct d'une acquisition et les coûts totaux ce qui suppose par exemple d'être en mesure de calculer le coût du cycle de vie d'un produit[5].

EX EM PLE

5 L'article 68 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics propose un modèle de calcul du coût du cycle de vie. Dans le cadre de l'attribution d'un marché, le coût le plus bas peut être évalué soit uniquement sur la base du prix soit selon une approche coût/efficacité telle que le calcul du coût du cycle de vie.

CRITÈRES PERMETTANT LA PRISE EN COMPTE DES COÛTS DU CYCLE DE VIE DÉVELOPPÉS PAR LE LUXEMBOURG INSTITUTE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY

Pendant leur cycle de vie complet, les bâtiments engendrent des coûts considérables. Ces coûts sont liés à la construction, à l'utilisation et au fonctionnement mais également à la démolition du bâtiment. Dans un but de gestion économique des ressources financières, les coûts relatifs au bâtiment devraient être considérés sur base du cycle de vie entier et ainsi minimisés.

Dans le cadre d'un concours d'idées ou d'architecture, les coûts du cycle de vie pourraient être considérés par rapport aux catégories suivantes :

1. Coûts de construction du bâtiment

2. Coûts d'utilisation du bâtiment

    - Coûts d'exploitation (par ex. alimentation électrique et en eau potable, assainissement, nettoyage, entretien du bâtiment et des installations extérieures, service de sécurité)
    - Coûts d'entretien (par ex. de la construction, des installations techniques, équipements et œuvres d'art)

L'estimation des coûts d'exploitation liés à l'alimentation électrique et en eau potable ainsi qu'à l'assainissement pourraient se baser sur les tarifs suivants :

- électricité : 12,85 ct/kWh (usage domestique privé et résidentiel),
- eau potable : 2,25 Euro/m^3,
- assainissement : 2,00 Euro/m^3.

Tableau 1 : Enumération exemplaire de coûts relatifs au cycle de vie d'un bâtiment[6]

Coûts de construction du bâtiment[7]	Euro/ m^2SPB
Bâtiment / Construction	
Installations techniques du bâtiment	
Installations extérieures	
Coûts d'utilisation du bâtiment[8]	Euro/ m^2SPB
Coûts d'exploitation	
Alimentation électrique, en eau potable et assainissement	
Nettoyage et entretien du bâtiment	
Nettoyage et entretien des installations extérieures	
Coûts d'entretien	
Coûts d'entretien de la construction	
Coûts d'entretien des installations techniques	
Coûts d'entretien des installations extérieures	
Coûts d'entretien de l'équipement	

La notion de coût global et pas seulement le prix à l'achat pourrait ainsi figurer parmi les critères de l'offre économique la plus avantageuse.

6 Les coûts sont à mettre en Euro par m^2 de surface de plancher brute (SPB). Exemple de calcul de la surface de plancher brute (SPB) selon la norme allemande DIN 277 « Ermittlung von Grundflächen und Rauminhalten von Bauwerken oder Teilen von Bauwerken im Hochbau ».

7 Coûts de construction du bâtiment par exemple selon la norme allemande DIN 276 „Bauwerk : Baukonstruktionen und technische Anlagen", séparation des coûts en trois niveaux (par ex. niveau 1: 300: Bâtiment / Construction – niveau 2: 330: murs extérieurs – niveau 3: 331: murs extérieurs porteurs).

8 Catégories de coûts par exemple selon la norme allemande DIN 18960.

FIXER DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION VALORISANT LES SOLUTIONS INNOVANTES

Pour faire émerger des offres innovantes, il apparait préférable de privilégier le principe de l'offre économique la plus avantageuse en se basant sur les critères prévus à l'article 88.2 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 comme par exemple la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente, l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution et le prix[9].

Les critères classiques tels que la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel ou encore les caractéristiques environnementales permettent de déceler l'innovation[10].

Le guide de la construction et de la rénovation durables luxembourgeois peut servir de document de référence (voir sous www.crtib.lu, rubrique « Guide de la construction durable »). Il donne des informations sur les impacts environnementaux et les polluants potentiels de 92 différents matériaux de construction. En outre, des informations techniques relatives au cycle de vie des matériaux sont listées (production, mise en œuvre, utilisation et démolition).

Le caractère innovant de l'offre peut également s'apprécier grâce à des sous-critères non discriminatoires en rapport avec l'objet du marché.

Les critères d'attribution et leur pondération doivent être portés à la connaissance des soumissionnaires, de même que les sous-critères afin de fournir une information complète.

> **Formuler les critères d'attribution et leur pondération clairement et de manière identique pour tous les soumissionnaires.**

La dimension innovante doit au préalable être intégrée à la définition et à l'expression du besoin tel que défini dans le cahier des charges et rappelé dans les paragraphes qui précèdent.

9 V. également l'article 11 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

10 L'article 67 de la directive sur la passation des marchés publics introduit le caractère innovant parmi les critères d'attribution des marchés.

EX
EM
PLE

MODALITÉS D'ATTRIBUTION DE MARCHÉ POUR LES ACHATS DE MATÉRIEL LOURD D'IMAGERIE MÉDICALE PAR LA FÉDÉRATION DES HÔPITAUX LUXEMBOURGEOIS

Le cahier des charges a permis de fixer préalablement le niveau de spécificités techniques grâce à des sous-critères d'évaluation de la qualité pouvant être décrits par l'indication d'une caractéristique ou d'une performance maximale.

L'attribution du marché se fait ensuite selon le critère de « l'offre économiquement la plus avantageuse » sur la base de ces critères de qualité ainsi que celui du prix mais également en fonction d'un rapport qualité/prix (pondération) prévu par dans le cahier spécial des charges.

La méthode de cotation du critère de qualité privilégiée par la FHL pour ce type d'achats consiste ainsi à prévoir expressément dans le cahier spécial des charges un certain nombre de points par sous-critère et, en fonction des sous-critères, à :

- attribuer l'ensemble des points dès lors que la caractéristique est établie ou que le niveau de performance décrit est atteint, et n'attribuer aucun point dans le cas contraire, ou

- attribuer à l'offre analysée un nombre de points proportionnel au niveau de performance établi dans l'offre, par rapport à la performance maximum indiquée dans le cahier spécial des charges.

Propos recueillis auprès de M. Luc Waisse, conseiller juridique à la Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois.

EVALUER LE CARACTÈRE INNOVANT DES OFFRES

Le recours à un expert ou un comité d'évaluation compétent (techniciens, chercheurs, juristes etc…) pour mesurer le caractère innovant, notamment des procédés de haute technologie difficilement comparables, pourra s'avérer utile.

L'analyse des offres confiée à des comités d'experts pluridisciplinaires représentant tous les acteurs concernés offrira la garantie au pouvoir adjudicateur d'un marché attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus innovante en conformité avec le besoin défini dans le cahier des charges.

GÉRER DES RISQUES LIÉS À LA MISE EN PLACE DE PROCÉDURES FAVORISANT L'INNOVATION

Les marchés publics constituent par nature des actes complexes et exigeants pour les pouvoirs adjudicateurs.

Or, l'achat de solutions innovantes implique une prise de risque supérieure par rapport à l'achat d'une solution classique. Il convient dès lors de prendre en compte les risques inhérents à ce type de procédure en procédant au préalable à leur analyse afin de gérer au mieux toutes les incidences d'une solution nouvelle envisagée.

Risques liés aux rapprochements entre pouvoir adjudicateur et opérateurs économiques

Le développement de la connaissance du marché afin de mieux appréhender ses capacités d'innovation implique un nécessaire rapprochement entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques. **Il faut alors veiller à maintenir l'égalité de traitement entre les opérateurs économique en dépit des contacts qui peuvent être noués en amont de la procédure et ne pas favoriser un opérateur au détriment d'un autre.** Une fois la procédure lancée, les contacts entre les pouvoirs adjudicateurs et les soumissionnaires sont strictement encadrés par la loi sur les marchés publics. Il faut enfin prohiber tout avantage et recenser les éventuels conflits d'intérêts.

Risque en termes de résultats atteints

Pour que l'innovation aboutisse, la définition du besoin doit tenir compte des capacités des soumissionnaires potentiels telle que mis en évidence dans l'étude préalable de marché.

Néanmoins, l'allongement des délais, des complications liées à l'intégration d'un nouveau système, un niveau de performance inférieur aux niveaux fixés dans les documents de marchés sont autant d'exemples de difficultés pratiques pouvant parfois découler de la recherche de solutions innovantes.

Il est possible de réduire le risque en procédant par exemple à un découpage du marché en plusieurs phases dont la première implique la création d'un prototype et précède une seconde consacrée au lancement d'un nouveau produit sur le marché. Il est également possible de procéder à la subdivision de projets complexes et ambitieux en sous projets de moindre envergure dans le cadre d'une première phase pilote suivie d'une seconde plus importante, en termes de produits à livrer ou de services à fournir par exemple, en cas de succès de la première phase. Une procédure de négociations approfondies avec débats successifs et retours d'informations permet également de réduire le risque tout en améliorant la compréhension d'aspects complexes liés à la solution.

Il est en outre toujours possible de demander aux soumissionnaires d'inclure dans leurs propositions une analyse des risques et le cas échéant des propositions pour y remédier.

Dans tous les cas, un contrôle strict durant la phase d'élaboration de la solution impliquant notamment la démonstration du respect des contraintes imposées dans les documents de marchés peut contribuer à diminuer le risque.

Confidentialité des offres et respect des droits de propriété intellectuelle

La notion de confidentialité est rappelée à l'article 164 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 qui prévoit que le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Les pouvoirs adjudicateurs demeurent libres d'insérer une note rappelant les principes de confidentialité applicables lors de la procédure dans le cahier des charges à titre informatif ou bien de manière plus générale d'établir un guide déontologique applicable lors de toute procédure fixant des règles en la matière afin de sécuriser la démarche du pouvoir adjudicateur et d'informer l'opérateur des contraintes inhérentes à l'achat public.

Il convient dans tous les cas d'assurer le respect de la confidentialité des idées et procédés développés par les opérateurs économiques afin de ne pas freiner le processus créatif.

Un respect strict des droits de propriété intellectuelle et du secret des affaires en ne divulguant jamais des informations figurant dans les offres permet de promouvoir en toute sécurité la RDI et de rassurer les opérateurs économiques.

Il convient également de veiller à régler la question de la répartition des droits de propriété afin de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'exploiter en toute légalité les résultats du marché.

Le pouvoir adjudicateur peut par exemple se voir concéder les droits d'utilisation des résultats pour ses besoins clairement définis dans les documents de marché, le titulaire du marché restant propriétaire des droits de propriété intellectuelle afférents aux résultats, ou bien acquérir à titre exclusif les droits d'exploitation des résultats et ainsi les exploiter au-delà de ses besoins, le titulaire du marché ne pouvant plus quant à lui les exploiter.

Le pouvoir adjudicateur devra alors mener une réflexion afin de déterminer quels sont précisément ses besoins actuels et futurs en termes d'utilisation des résultats en listant par exemple les exploitations qu'il entend réaliser d'autant que le prix diffère selon l'option choisie et le coût pourrait s'avérer disproportionné par rapport à ses besoins réels.



5. LE CHOIX DE LA PROCÉDURE

PROCÉDURES AU SERVICE DE L'INNOVATION PRÉVUE PAR LE DROIT NATIONAL

Il incombe de rappeler à titre liminaire la neutralité des règles de passation des marchés publics. Celles-ci ne constituent a priori ni un frein ni une incitation à la prise en compte de solutions innovantes.

Néanmoins, certaines procédures facilitent la formulation d'offres innovantes. Ainsi, le dialogue compétitif, le concours et dans une moindre mesure la procédure de marché négocié peuvent parfois stimuler une réponse créative.

Notons par ailleurs que le règlement du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures de marchés publics réglemente la passation électronique des marchés publics, à savoir la mise en concurrence, la possibilité de communiquer de manière électronique et la remise électronique des offres de manière dématérialisée.

Les procédures électroniques offrent ainsi un accès plus aisé aux marchés publics, notamment aux petites et moyennes entreprises (PME), et peuvent donc contribuer à stimuler l'innovation.

Dans tous les cas, il conviendra de prévoir des délais de procédures les plus larges possibles afin de laisser le temps suffisant aux soumissionnaires pour préparer des offres de qualité, notamment s'il s'agit de PME.

Dialogue compétitif

Le dialogue compétitif est une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

L'article 41 de la loi sur les marchés publics prévoit que lorsqu'un marché est particulièrement complexe, le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, peut recourir au dialogue compétitif conformément à des modalités précisées par voie de règlement grand-ducal. L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Un marché public est considéré comme « particulièrement complexe » lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs conformément aux règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché ou lorsque ce dernier n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

L'article 211 du règlement grand-ducal précise l'objet de ce dialogue à savoir l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins des pouvoirs adjudicateurs. Au cours de ce dialogue, ces derniers peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés en veillant à assurer l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

Peu utilisée car c'est une procédure plus difficile à mettre en place, celle-ci s'avère également dans certains cas plus longue (de 6 à 9 mois en moyenne). En effet, le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins. Il s'agit de poursuivre des négociations avec construction d'offres en parallèle tout en pouvant orienter les travaux de manière à améliorer le caractère innovant des solutions proposées. Il est d'ailleurs tout à fait possibilité d'instituer une prime en cas d'élaboration d'une solution innovante afin de les encourager.

Concours

Les concours sont les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec attribution de primes.[11]

Les articles 42 de la loi sur les marchés publics et 246 et suivants du règlement grand-ducal prévoient les conditions d'organisation des concours ayant pour objet l'offre de prestations de services. Dans les domaines de l'aménagement du territoire, l'urbanisme, l'architecture et l'ingénierie, le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 en fixe les règles.

Les concours ayant pour objet de rechercher la meilleure solution dans des domaines spécialisés, cette procédure peut naturellement contribuer à l'émergence de solutions nouvelles et innovantes. Si les candidats bénéficient d'une indemnité, le pouvoir adjudicateur bénéficie quant à lui de la compétence d'un jury pour faire son choix, ce qui renforce l'attrait pour ce type de procédure.

Procédure négociée

Les procédures négociées sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Ce type de procédure applicable dans certains cas prévus par la loi sur les marchés publics permet de négocier un marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques dans un cadre procédural moins formalisé.

11 Un manuel pratique « *LE CONCOURS D'ARCHITECTURE* », établi par l'OAI / Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils, en collaboration avec l'Administration des Bâtiments publics et le Syvicol, sera publié sous peu sur **www.oai.lu**.

EX
EM
PLE

PROJET DE CHAUFFAGE AVEC PILE À COMBUSTIBLE DE L'ÉCOLE D'EHLERANGE DANS LA COMMUNE DE SANEM

« Il s'agit d'un nouveau système de chauffage utilisant la technologie de la cellule à combustible installé dans l'école d'Ehlerange. Ce projet est soutenu par la commune de Sanem en raison de son caractère innovant, la réduction des émissions en CO_2 procuré par ce type de technologie ayant également contribué à sa réalisation. Vu le caractère particulier de la cellule à combustible (produit innovateur en phase avant commercialisation) la commune de Sanem a dû signer un accord de confidentialité avec le fournisseur/développeur.

Le public peut ainsi suivre l'évolution de cette nouvelle technologie et notamment ses avantages et ses désavantages, ses modalités de fonctionnement ainsi que ses performances énergétiques et économique. Les entreprises locales adhérentes au projet peuvent également se familiariser avec cette nouvelle technologie et profiter par ce fait de ce nouveau know-how lors de la commercialisation du produit.

Vu que le coût de l'installation propre situé en dessous de 50.000 € la commune de Sanem a passé la commande sous forme de procédure négociée. Cette procédure se justifiait également au regard de l'article 8.1 c) de la loi sur les marchés publics dans la mesure où il s'agissait de travaux réalisés à des fins d'expérimentation, d'études ou mise au point. »

Propos recueillis auprès de M. Fernand Heischbourg des services techniques de l'Administration Communale de Sanem.

Autres procédures

Certains cas visés par la loi sur les marchés publics et rappelés ci-après peuvent également déboucher sur des solutions innovantes[12] :

- La procédure de marché négocié avec publication d'un avis de marché pour les marchés publics de travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point (article 39.1 d) LMP).
- La procédure de marché négocié sans publication pour les achats de fournitures de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement (art. 40.2a) LMP)[13].
- La procédure de marché négocié sans publication pour les marchés de travaux, services ou fournitures lorsque pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé (art. 40.1 b) LMP).

12 L'article 8 de la loi sur les marchés publics inséré au livre I traitant des dispositions générales prévoit également les cas de recours à la procédure négociée.

13 V. partie VI l'exemple du projet de chauffage avec pile à combustible de l'école d'Ehlerange dans la commune de Sanem.

EX
EM
PLE

ACQUISITION D'UN ÉLÉMENT TECHNIQUE INNOVANT À DES FINS D'EXPÉRIMENTATION AUPRÈS DE L'ADMINISTRATION DES BÂTIMENTS PUBLICS

« L'Administration des bâtiments publics donne des impulsions au marché depuis de nombreuses années. Elle veille toutefois à réserver ces démarches à des situations où les risques additionnels, comme par exemple en matière de délais, ne pénalisent pas la réalisation d'un ouvrage dans son ensemble.

Ainsi, les performances énergétiques exigeantes demandées pour certains éléments de construction (p.ex. les qualités d'isolation de façades ou encore des ouvrants de ventilation motorisés) dans le cadre des soumissions publiques ont incité les entreprises à développer des solutions sur mesure.

Plus récemment, pour tenir compte des besoins liés à la construction d'un bâtiment à énergie positive et respectant les critères environnementaux les plus ambitieux, l'Administration des bâtiments publics a initié une approche visant à encourager le développement d'un élément technique innovant en l'absence de solutions adaptées disponibles sur le marché.

Une analyse objective des techniques disponibles a mené au constat de l'inadéquation des solutions existantes et du recours nécessaire à une phase de recherche-développement auprès des intervenants du marché pour que ceux-ci puissent atteindre les performances requises. Une procédure de marché négocié sans publication d'avis a été mise en place sur base des dispositions de l'article 40 (1)b et 40 (2)a de la loi sur les marchés publics. Cette procédure a été retenue pour pouvoir engager le dialogue avec les entreprises et, le cas échéant, apporter des adaptations au cahier des charges en cours de procédure ; ces adaptations étant alors communiquées à l'ensemble des soumissionnaires invités.

L'attribution du marché est prévue au moins-disant. Le cahier des charges comporte une étape de validation d'un prototype, à savoir l'obligation d'atteindre des critères de performance définis et mesurés selon des tests normés dans une période donnée. En cas de non-atteinte du niveau de performance requis dans le délai imparti, le contrat devient caduc. Les droits de propriété intellectuelle résultant des développements restent la propriété du soumissionnaire ».

Propos recueillis auprès de l'Administration des bâtiments publics.

PROCÉDURES AU SERVICE DE L'INNOVATION PRÉVUE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Achat public avant commercialisation (« Pre-commercial procurement »)

Le terme « achats publics avant commercialisation » vise à décrire une approche de la passation des marchés de services de R&D autres que ceux dont « les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation de services soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur »[14] et qui ne constitue pas une aide d'État[15].

Le champ d'application est limité aux services de R&D et peut recouvrir des activités telles que la recherche et l'élaboration de solutions, le prototypage et la mise au point initiale d'une quantité limitée de produits ou services nouveaux sous la forme de série expérimentale. La R&D ne comprend pas les activités de développement commercial comme la production ou la fourniture en quantité afin d'établir la rentabilité commerciale ou d'amortir les coûts de R&D, l'intégration, la personnalisation, les adaptations ou améliorations successives des produits ou procédés existants.

Dans les achats publics avant commercialisation, l'acheteur choisit donc de ne pas réserver les résultats de la R&D à son usage exclusif. Les achats publics avant commercialisation représentent une approche de la passation des marchés de services de R&D qui suppose un partage des risques et des bénéfices, un développement concurrentiel par phases et la dissociation de la phase de R&D de la phase de diffusion commerciale de produits finis.

14 Dans ce cas, les directives sur les marchés publics ne s'appliquent pas (voir l'article 16, paragraphe f) de la directive 2004/18/CE et l'article 24, paragraphe e), de la directive 2004/17/CE). Ces exemptions ne concernent que les marchés publics de services de R&D et ne s'appliquent pas aux fournitures ou travaux de R&D.

15 Il n'y a pas d'aide d'Etat si le prix payé pour le service de R&D est celui du marché.

Il s'agit plus simplement de lancer un défi commercial de façon ouverte et transparente et d'inviter plusieurs entreprises à élaborer, en concurrence, les meilleurs solutions possibles pour régler le problème grâce aux analyses et comparaisons entre les avantages et les inconvénients d'autres solutions[16]. Ce processus d'apprentissage mutuel entre acheteurs publics et entreprises permet d'avoir confirmation tant quant aux besoins fonctionnels et exigences de performance du côté de la demande, qu'aux capacités et limitations des progrès technologiques du côté de l'offre.

Cela permet aux acheteurs publics d'orienter le développement tout au long du processus pour répondre au mieux aux besoins du secteur public.

La Commission européenne recommande de retenir au moins deux entreprises participantes jusqu'à la phase finale pour garantir un marché concurrentiel à l'avenir et « maintenir une pression concurrentielle bénéfique sur les fournisseurs permet aux acheteurs publics de tirer les meilleures solutions que le marché puisse offrir tout en évitant d'être lié à un seul fournisseur »[17].

Ce n'est qu'une fois réalisés les achats publics avant commercialisation que les acheteurs disposent d'éléments d'essai comparatif permettant d'établir si les solutions mises au point sont vraiment plus performantes que celles disponibles au même moment sur le marché. Néanmoins, le fait qu'une entreprise ait effectué la R&D et mis au point une série expérimentale opérationnelle ne peut constituer, en soi, une garantie qu'elle remportera ensuite un contrat de fourniture en quantité en raison de la scission entre la phase de recherche et d'achat. Une phase de mise en concurrence ouverte est donc obligatoire à l'issue de la 1ère phase, il s'agit du « public procurement of innovation » ou « achat public d'innovation ».

Tous les candidats doivent bénéficier du même niveau d'information sans atteinte au secret industriel et commercial.

16 A titre d'illustration, les Pays-Bas ont utilisé l'achat public avant commercialisation pour la mise au point d'un système de surveillance des digues via le programme SBIR (Small Business Innovation Research).

17 Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe, Com (2007) 799 final.

Partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation permet aux acheteurs publics de mettre en place un partenariat structuré de long terme couvrant à la fois la phase de R&D et celle relative à l'achat de produits, services ou travaux sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

Cette procédure, prévue dans la nouvelle directive sur les marchés publics[18], permet de combiner la phase R&D et achat avec un partenaire unique. Le partenariat d'innovation vise notamment au développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants correspond à un besoin spécifique du pouvoir adjudicateur et pour lequel celui-ci souhaite conserver les droits de propriété intellectuelle.

La procédure est structurée en phases successives qui suivent le déroulement des étapes du processus de recherche et d'innovation, qui peuvent comprendre le stade de la fabrication des produits, de la prestation des services ou de l'exécution des travaux. A l'issue des négociations, les marchés sont attribués sur la seule base du critère d'attribution du meilleur rapport qualité/prix.

18 Article 31 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.



6. LE SUIVI DU MARCHÉ

ACCOMPAGNER ET FACILITER L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Il est possible d'utiliser le contrat pour encourager l'innovation. Assurer une gestion partenariale de la relation contractuelle avec l'opérateur économique innovant implique de mener une réflexion ex ante afin de faciliter l'exécution du contrat.

Favoriser les avances avant le versement d'acomptes permet de rendre le marché plus attractif en permettant au soumissionnaire de préfinancer ses prestations. Il est également possible de prévoir un système d'incitations financières comme des primes en cas de réalisation du marché avant la date fixée ou par exemple en cas de dépassement des performances prévue dans le cahier des charges. L'avis d'appel public ou le cahier des charges peut en outre prévoir une clause déterminant les conditions de rémunération des études pour les candidats non retenus.

Un suivi adéquat du marché dans le cadre d'une relation étroite entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire permet d'assurer une exécution optimale du marché. Un dialogue constructif noué tout au long de l'exécution du marché permet d'anticiper les éventuelles défaillances du soumissionnaire et de trouver les meilleures solutions tout en permettant de tirer le meilleur parti des capacités de ce dernier.

LE PARTAGE D'EXPÉRIENCE

Le partage d'expérience entre pouvoirs adjudicateurs permet d'identifier les bonnes pratiques tant au niveau des procédures que des solutions innovantes développées. Une évaluation du contrat dépassant la simple analyse du respect des conditions mais consistant en un suivi précis et systématique permet par ailleurs de tirer les enseignements des soumissions afin de préparer au mieux les projets futurs.

Il peut donc se révéler utile de documenter les enseignements, de les partager afin de pouvoir évaluer les mesures destinées à stimuler la R&D et l'innovation grâce aux marchés publics. Des attestations de bonne exécution peuvent le cas échéant être mises en place afin de promouvoir des solutions innovantes.

Disclaimer :

Ce guide a été élaboré par Luxinnovation sur la base de contenus préparés et rédigés par le Professeur Franck Valencia. Les éléments fournis dans ce guide sont indicatifs et ne sauraient engager Luxinnovation ou le Professeur Franck Valencia de quelque manière que ce soit. Seuls les textes légaux et réglementaires en la matière, publiés au Mémorial, font foi.

Remerciements :

Luxinnovation remercie plus particulièrement la Commune de Sanem, la Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois, le Luxembourg Institute of Science and Technology, le Ministère de l'Economie et la Commission des soumissions[19] auprès du Ministère de Développement Durable et des Infrastructures ainsi que l'OAI / Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils qui ont apporté leur contribution à la préparation de ce guide.

Note sur l'auteur :

Le Docteur Franck Valencia[20] est Professeur associé à l'ICN Business School depuis 2007 et enseigne le droit des affaires, le droit du commerce international, le droit des sociétés et la gestion du risque pénal en entreprise au sein du programme ICN grande école et Bachelor. Auparavant Chargé d'Enseignement au sein de la Faculté de droit de Nancy où il a enseigné 7 années, il a également exercé, parallèlement à ses activités d'enseignement, comme Avocat au barreau de Nancy. Spécialiste dans le domaine des marchés publics, des aides d'Etat et des fonds structurels, il est en outre depuis 2007 Chargé de Mission au sein du Ministère de l'Economie du Grand-Duché de Luxembourg, rattaché à la Direction de la politique régionale.



Contact :
Luxinnovation
Pascal Fabing – pascal.fabing@luxinnovation.lu

19 La Commission des soumissions salue cette initiative, celle-ci n'entend cependant donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans le guide lesquelles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

20 franck.valencia@icn-groupe.fr

LUXINNOVATION GIE ↗ 7, rue Alcide de Gasperi ↗ L-1615 Luxembourg
Phone (+352) 43 62 63 - 1 ↗ Fax (+352) 43 81 20 ↗ info@luxinnovation.lu

WWW.LUXINNOVATION.LU

