

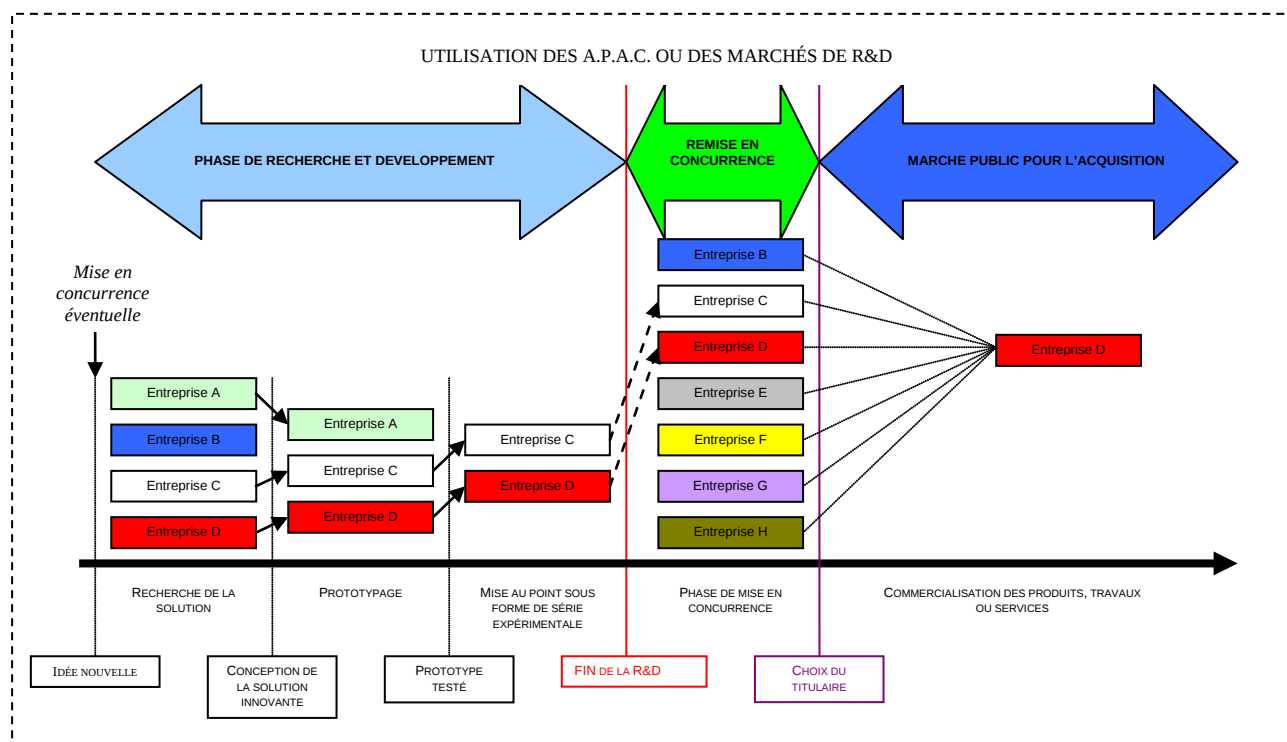
LE PARTENARIAT D'INNOVATION

Le partenariat d'innovation, issu des nouvelles directives européennes¹, a été introduit dans le droit interne par le [décret n° 2014-1097](#) du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics². Il est désormais prévu aux articles 94 et suivants du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

Le partenariat d'innovation a pour objectif de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante et d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation. L'acquisition de solutions innovantes joue en effet un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux enjeux de société.

Le partenariat d'innovation est un nouveau type de marché public. Il vise à pallier les difficultés structurelles des marchés de recherche et de développement (R&D) qui imposent une remise en concurrence à l'issue de la phase de R&D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont le résultat.

➤ **Dans le cadre des achats publics avant commercialisation (APAC) et des marchés de R&D**, l'acheteur public, après avoir défini son besoin de R&D, sélectionne plusieurs entreprises pour des études de faisabilité. Il rémunère les entreprises sélectionnées pour leurs travaux de R&D – et non pas au résultat. En fonction des résultats, l'acheteur commande un prototype aux entreprises de la phase 1 qu'il a retenues. Dans une troisième phase, retenant au moins deux entreprises de la phase 2, il commande une série test. Si l'acheteur public souhaite acheter le produit commercialisé, il doit procéder à une nouvelle mise en concurrence, ouverte à toutes les entreprises³.



¹ Directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et directive n° 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

² Celui-ci figurait aux articles 70-1 à 70-3 du code des marchés publics pour les pouvoirs adjudicateurs ; 142 et 168-3 pour les entités adjudicatrices ; 249-1 et 249-2 pour les marchés de défense ou de sécurité ; aux articles 41-4 et suivants du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

³ [Communication de la commission européenne relative aux achats publics avant commercialisation](#), COM/2007/0799 final.

Dans ce schéma, les opérateurs économiques sont réticents à participer aux APAC dans la mesure où ils n'ont aucune assurance, au terme de la R&D, de se voir attribuer le marché d'acquisition de la solution. Tous les opérateurs économiques doivent être remis en concurrence, à l'issue de la phase de R&D, même si le résultat de cette phase correspond en tout point aux besoins de l'acheteur public.

En outre, l'acheteur doit se garder de révéler, à cette occasion, des solutions techniques issues de la R&D dont la propriété appartiendrait au titulaire de l'APAC ou du marché de R&D. En résultent, dans le meilleur des cas, des définitions du besoin qui ne permettent pas de donner tout leur poids aux éléments « qualité » et « caractère innovant » au sein du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ces difficultés expliquent en grande partie le peu de succès des APAC et des marchés de R&D.

➤ **Le partenariat d'innovation vise à pallier ces difficultés** en permettant aux acheteurs de mettre en place un partenariat structuré de long terme couvrant à la fois la R&D et l'achat des produits, services ou travaux innovants sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

Ainsi, les partenariats d'innovation sont des marchés publics qui ont pour objet la R&D ainsi que l'acquisition de la solution innovante qui en résulte. Sont innovants les fournitures, services ou travaux nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin qui ne peut être satisfait par des fournitures, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

Ces éléments permettent de cerner les différences entre le partenariat d'innovation et la procédure du dialogue compétitif :

- lorsqu'il utilise le dialogue compétitif, un acheteur public sait qu'il existe des solutions sur le marché qui sont susceptibles de répondre à ses besoins, mais il est incapable de les identifier seul ;
- lorsqu'il décide de passer un partenariat d'innovation, l'acheteur public a procédé à une étude précise du marché et a la certitude que son besoin ne peut être satisfait par une solution disponible sur le marché.

Avec ce nouveau type de marché public, le défaut structurel des APAC et des marchés de R&D disparaît : l'acquisition des solutions innovantes peut se faire sans remise en concurrence. La prise de risques de l'opérateur économique est réduite à la question de l'atteinte des objectifs dans la phase de R&D, tels que définis en commun avec l'acheteur de manière négociée, lors de la mise en concurrence.

1. Les conditions de recours au partenariat d'innovation

L'article 93 du décret dispose que « *le partenariat d'innovation a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants au sens du 2° du II de l'article 25 ainsi que l'acquisition des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché* ».

Un partenariat d'innovation ne peut donc être conclu qu'à la condition qu'il n'existe aucune solution disponible sur le marché susceptible de répondre au besoin de l'acheteur⁴.

Ainsi, afin de justifier le recours au partenariat d'innovation, l'acheteur doit vérifier, par une étude approfondie et précise, que son besoin ne peut être couvert par des solutions déjà existantes sur le marché. Les acheteurs publics pourront, à cet égard, utilement recourir au sourçage, désormais prévu par le droit des marchés publics⁵.

Sont considérés comme des solutions innovantes non seulement les travaux, fournitures ou services nouveaux mais également ces mêmes prestations sensiblement améliorées. Le caractère innovant d'une solution peut également résider dans les méthodes utilisées. Il peut ainsi s'agir de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, améliorant par exemple l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise⁶.

⁴ Sous réserve de cas particuliers, le marché pertinent permettant d'apprécier l'absence de solution disponible sera le marché européen.

⁵ Cf article 4 du décret relatif aux études et échanges préalables avec les opérateurs économiques.

⁶ Cf 2° du II de l'article 25.

Dans l'hypothèse où il serait établi qu'une solution adaptée au besoin de l'acheteur existe sur le marché, le recours au partenariat d'innovation ne pourra être justifié.

2. La procédure de passation d'un partenariat d'innovation

2.1. La procédure applicable

La procédure de passation du partenariat d'innovation a été encadrée d'une manière souple pour garantir son adaptation aux spécificités des activités de R&D.

Parce que l'émulation entre partenaires peut être bénéfique, l'acheteur public peut, s'il le souhaite et à condition qu'il l'indique dans les documents de la consultation, passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises⁷. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

Au-dessus des seuils de procédure formalisée⁸, la procédure utilisable est la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable⁹, sous réserve des aménagements imposés par les dispositions relatives au partenariat d'innovation.

Tout d'abord, la publication d'un avis de marché est obligatoire. Il ne peut ainsi y être suppléé par la publication d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif. Le pouvoir adjudicateur doit définir son besoin de manière à permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider, le cas échéant, de participer à la procédure. Les documents de la consultation doivent notamment indiquer les éléments de définition du besoin qui constitueront les exigences minimales que devront respecter toutes les offres.

Le délai minimal de réception des candidatures, tel que prévu par l'article 72-I, ne peut par ailleurs être réduit. Celui-ci ne peut ainsi être inférieur à trente jours. Le temps nécessaire à la R&D ne permet pas, notamment, que les partenariats d'innovation puissent concrètement répondre à des situations d'urgence. Le délai minimum de réception des offres est toutefois librement fixé par le pouvoir adjudicateur, dans le respect de l'article 43 du décret.

Enfin, la sélection des candidatures doit s'opérer sur la base de critères qui permettent d'apprécier la capacité des candidats dans le domaine de la R&D ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes. Compte tenu des investissements humains, techniques et professionnels nécessaires aux activités de R&D et du partenariat à long terme qu'il instaure, l'acheteur public doit prendre toutes les garanties permettant de s'assurer de la réussite du partenariat.

2.2. Le processus de sélection des offres

Les négociations se déroulent conformément aux dispositions de l'article 73 pour les pouvoirs adjudicateurs et à celles de l'article 74 pour les entités adjudicatrices, sous réserve du respect des prescriptions de l'article 95 du décret. Ainsi, l'acheteur public ne peut prévoir que le partenariat d'innovation sera attribué sur la base des offres initiales sans négociation. A l'exception des offres finales, toutes les offres doivent être négociées afin d'améliorer leur contenu.

Les négociations peuvent porter sur tous les aspects des contrats, à l'exception des exigences minimales et des critères d'attribution. Elles peuvent ainsi porter sur le prix, sur les aspects techniques ou bien encore sur la répartition des droits de propriété intellectuelle.

Lorsque le pouvoir adjudicateur l'a prévu dans les documents de la consultation, les négociations peuvent se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les

⁷ L'article 93 ne fixe aucun nombre minimum de partenaires.

⁸ L'article 95 n'exclut pas ainsi que des partenariats d'innovation puissent être passés en deçà des seuils de procédure formalisée. Dans ce cas, ils peuvent être passés selon une procédure adaptée conformément à l'article 27 du décret. Au regard de l'objet et du coût supposé d'un partenariat d'innovation, la procédure adaptée n'a toutefois pas vocation à être utilisée. A cet égard, le IV de l'article 21 du décret dispose que « pour les partenariats d'innovation, la valeur à prendre en compte est la valeur totale estimée des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différents phases du partenariat ainsi que la valeur totale estimée des fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée », ce qui suppose que soit également pris en compte pour déterminer la procédure utilisable le montant de l'ensemble des contrats conclus.

⁹ Prévues respectivement aux articles 71 et 74 du décret. Pour plus d'informations, se reporter aux fiches de la DAJ sur la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (renvoi).

critères d'attribution retenus. Dans ce cas, l'acheteur informe, à l'issue de chaque phase, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été éliminée des changements apportés aux documents de la consultation et leur accorde un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre.

A la fin des négociations, l'acheteur invite les candidats à remettre une offre finale qui ne pourra plus être négociée. La sélection des offres ne peut être effectuée sur la base du seul critère du prix ou du coût global. Ainsi que le prévoit le III de l'article 62, « *pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères* ». A cet égard, pour tenir compte des incertitudes inhérentes aux activités de R&D, l'acheteur public peut utiliser des critères d'attribution formulés sous forme de fourchette.

Tout au long du processus de sélection des offres, l'acheteur doit veiller à assurer l'égalité de traitement de tous les candidats, en ne fournissant pas d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres, et doit se conformer à l'obligation de confidentialité prévue à l'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Il ne peut ainsi communiquer les informations et les solutions proposées par un candidat qu'à la condition d'avoir obtenu l'accord exprès de celui-ci sur les différents éléments dont il envisage la communication. Un tel accord ne peut prendre la forme d'une renonciation générale à élever des objections à la communication d'informations.

A l'issue de la procédure, un contrat individualisé, reprenant l'ensemble des éléments auxquels ont abouti les négociations, est conclu avec chaque partenaire. Le partenariat d'innovation se décline ainsi en plusieurs contrats qui s'exécuteront parallèlement, selon des rythmes et des modalités différents.

3. L'exécution d'un partenariat d'innovation

3.1. La structuration du partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation est structuré en plusieurs phases. Ainsi que le prévoit l'article 94 du décret, celles-ci sont au minimum au nombre de deux afin de couvrir, d'une part, le déroulement du processus de recherche et développement, et d'autre part, l'acquisition de la solution qui en est résultée.

Chaque phase, qui forme un tout autonome et cohérent, doit intégrer un certain nombre d'éléments. Elle comprend tout d'abord les objectifs que devra atteindre le titulaire du contrat à l'issue de la phase. Ces objectifs, sur lesquels s'engage l'opérateur économique, doivent être suffisamment précis. La durée fixée pour les réaliser doit prendre en compte leur complexité. Le contrat devra également indiquer la rémunération associée à chaque phase, ainsi que la répartition des droits de propriété intellectuelle¹⁰. Enfin, l'acheteur doit également prévoir la valeur de chaque phase.

La structure du partenariat d'innovation, et notamment la durée et la valeur de ses différentes phases, doit tenir compte du degré d'innovation de la solution proposée et du déroulement des activités de R&D requises pour le développement d'une solution innovante non encore disponible sur le marché. La valeur estimée des produits, services ou travaux dont l'acquisition est envisagée ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, et ce, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financées par l'acheteur. Il convient en effet de s'assurer que ce nouveau dispositif ne sera pas détourné de son objectif. Cette règle assure que le partenariat d'innovation ne sera pas utilisé pour échapper aux règles normales d'utilisation des autres procédures. Ainsi, un partenariat d'innovation qui nécessiterait une phase de R&D très courte et peu coûteuse ne peut prévoir, au titre de l'option d'achat, une acquisition pour un prix très élevé ou pour des quantités très importantes, même sur une durée réduite.

3.2. Le déroulement du partenariat d'innovation

Pour tenir compte des risques inhérents à la R&D, il est nécessaire d'introduire de la souplesse dans l'exécution du contrat. Ainsi, la réglementation relative au partenariat d'innovation prévoit la possibilité pour l'acheteur public de mettre un terme au contrat à l'issue de chaque phase.

Sur la base des objectifs fixés, l'acheteur peut décider soit de poursuivre l'exécution du partenariat, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre ; soit de mettre un terme au partenariat ou,

¹⁰ « La répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement, est prévue dans le partenariat d'innovation », article 94, IV.

dans le cas d'un partenariat d'innovation conclu avec plusieurs partenaires, de réduire le nombre de partenaires.

La possibilité pour l'acheteur de mettre un terme à l'exécution du partenariat d'innovation ou de réduire le nombre de participants doit avoir été inscrite dans le contrat. Les conséquences financières et les modalités d'intervention d'une telle décision, qui pourrait, le cas échéant, être prise sans considération des résultats obtenus, doivent être prévues à l'avance. Notamment, les critères permettant de sélectionner les partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat doivent figurer dans le contrat.

L'exécution de chaque phase est subordonnée à une décision expresse du pouvoir adjudicateur, notifiée au partenaire dans les conditions prévues au contrat.

Les précisions et modifications pouvant intervenir à l'issue de chaque phase ne s'assimilent pas à une véritable négociation. Il ne s'agit pas, en effet, de remettre en cause les termes du contrat déjà signé. Seuls les objectifs de la phase à venir ainsi que les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre peuvent être modifiés, sans que les conditions initiales du marché ne soient substantiellement modifiées.

Il peut être ainsi envisagé de préciser les délais d'exécution de la phase, la structuration de celle-ci, ou encore les conditions de réception de la prestation pour prendre en compte l'avancement plus ou moins rapide du développement de la solution innovante.

En revanche, la rémunération associée à chaque phase, qui constitue un élément substantiel du contrat, ne peut être modifiée. Une telle modification, susceptible de remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence du marché, ne saurait en effet être autorisée¹¹. Dans le cas toutefois où l'acheteur aurait fait usage de la possibilité offerte par le 5° du II de l'article 19, la rémunération pourrait être arrêtée en cours d'exécution du marché public dans le cadre prévu par celui-ci.

De même, la répartition des droits de propriété intellectuelle, déterminée par les pièces du marché, n'a pas vocation à être modifiée en cours d'exécution du partenariat d'innovation. Rien n'interdit cependant aux parties d'inclure *ab initio* des clauses prévoyant une évolution de la répartition des droits de propriété intellectuelle en cours d'exécution du contrat, en l'assortissant le cas échéant d'un minimum et d'un maximum. En l'absence de clause, un ajustement à la marge de la répartition des droits de propriété intellectuelle pourrait être envisagé, sous réserve de ne pas avoir pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat.

Comme au stade des négociations et dans les mêmes conditions, l'acheteur public veillera, tout au long de l'exécution du partenariat, à garantir l'égalité de traitement des entreprises et le respect du secret industriel et commercial.

L'acquisition des solutions innovantes issues de la R&D n'est qu'une faculté pour l'acheteur public. Il peut ainsi prévoir dans le contrat, par exemple, que si une solution nouvelle, moins chère ou de meilleure qualité et susceptible de répondre à ses besoins apparaissait sur le marché pendant l'exécution du partenariat, il ne passerait pas à la phase d'acquisition, alors même que les niveaux de performance définis initialement seraient atteints. En tout état de cause, la phase d'acquisition ne peut être mise en œuvre que si le résultat correspond aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre l'acheteur public et le partenaire. Si plusieurs partenaires arrivaient à des solutions qui répondent toutes à ces niveaux convenus, le partenariat d'innovation peut prévoir que l'acheteur répartira entre eux ses commandes de manière égale. Il peut aussi prévoir que le partenaire avec lequel la phase d'acquisition sera mise en œuvre sera désigné sur la base des critères d'attribution qui ont été utilisés pour attribuer le partenariat. Si le poids des différents critères d'attribution a été fixé sous la forme d'une fourchette, le partenariat peut prévoir une mise au point avec les différents partenaires restants pour déterminer la pondération précise de ces critères. Et rien n'interdit alors de prévoir, par exemple, que le partenaire dont la solution est classée comme étant économiquement la plus avantageuse recevra une commande de 100 exemplaires et celui classé second de 50...

¹¹ La CJUE juge en effet qu'est substantielle, et partant irrégulière, la modification d'un contrat qui introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (CJUE, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06, point 35). De même, sont considérées comme substantielles, les modifications qui étendent le contrat dans une mesure importante à des prestations non initialement prévues ou encore celles qui changent l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

Présentation schématique de l'exécution d'un partenariat d'innovation conclu avec 3 partenaires

