

FICHE 10

Le partenariat d'innovation

Le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics a introduit le partenariat d'innovation, issu de nouvelles directives européennes, dans le code des marchés publics¹ et dans les décrets d'application² de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

En instaurant le partenariat d'innovation, le décret 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 créé par les nouvelles directives. Il vise à pallier les difficultés structurelles des actuels 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 entreprises.

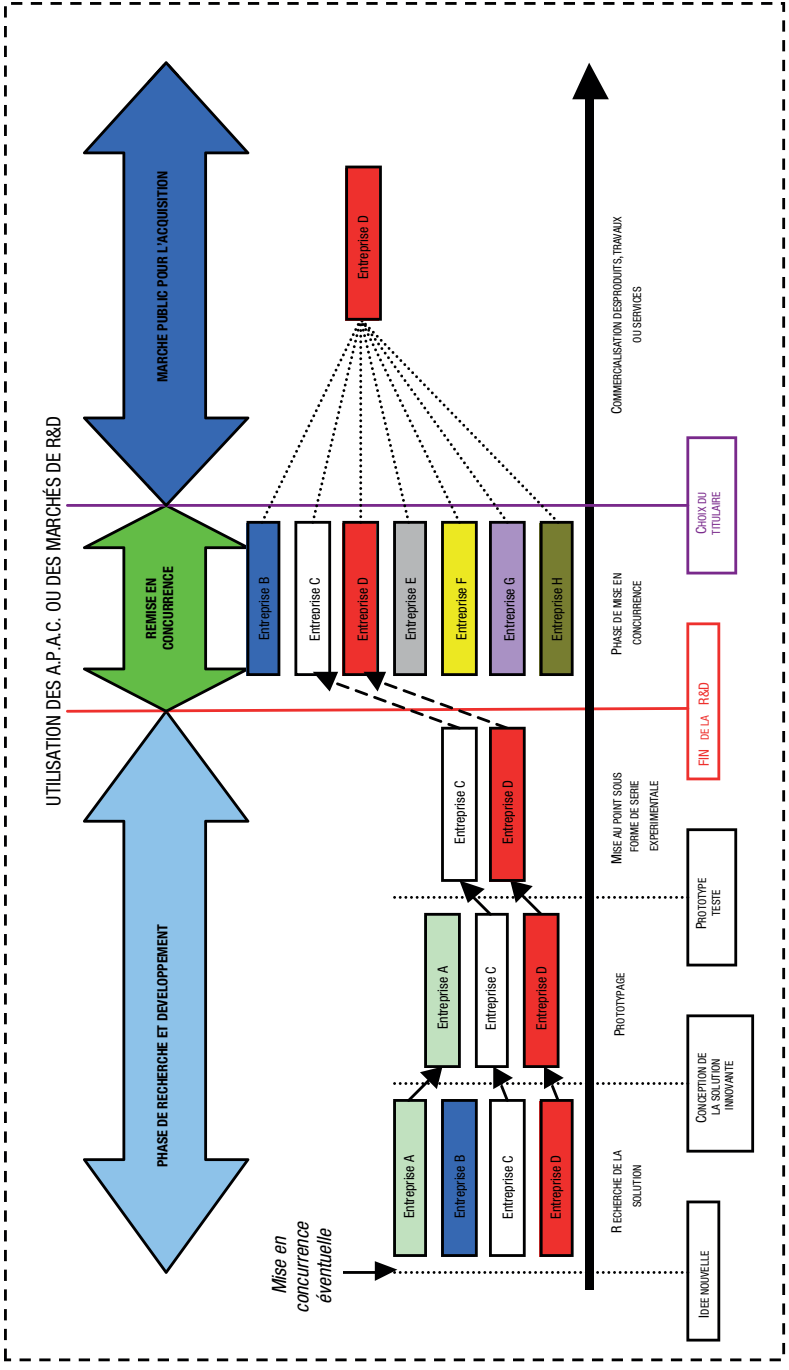
Dans le schéma présenté page suivante, les opérateurs économiques sont réticents à participer aux APAC dans la mesure où ils n'ont aucune assurance, au terme de la R&D, de se voir attribuer le marché d'acquisition de la solution. Tous les opérateurs économiques doivent être remis en concurrence, à l'issue 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 résulte, 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.

1. Art. 70-1 à 70-3 pour les pouvoirs adjudicateurs ; Art. 142 et 168-3 pour les entités adjudicatrices ; Art. 249-1 et 249-2 pour les marchés de défense ou de sécurité.

2. 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 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.



- Le partenariat d'innovation vise à pallier ces difficultés en permettant aux acheteurs publics 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 public de manière négociée, lors de la mise en concurrence.

I. Procédure de passation d'un partenariat d'innovation

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, passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

La procédure utilisable est la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, sous réserve des aménagements imposés par les dispositions relatives au partenariat d'innovation :

- Les réductions des délais de procédure du fait de l'urgence ne sont pas applicables. Le temps nécessaire à la R&D ne permet pas, en effet, que les partenariats d'innovation puissent concrètement répondre à des situations d'urgence.
- 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 crédits nécessaires aux activités de R&D et du partenariat à long terme qu'il instaure, l'acheteur public doit prendre toutes les garanties pour s'assurer de la réussite du partenariat.
- La procédure de passation est encadrée pour garantir la transparence et l'égalité de traitement des candidats :

- les négociations peuvent porter sur tous les aspects des offres, à l'exception des exigences minimales et des critères d'attribution ;
 - lorsque les négociations se déroulent en phases successives, l'acheteur public doit informer, à l'issue de chaque phase, tous les candidats dont l'offre n'a pas été éliminée de tous les changements apportés aux documents de la consultation ;
 - l'acheteur public doit alors accorder aux candidats un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau.
- 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, comme l'autorisent déjà les textes actuels.
 - A l'issue de chaque phase de négociation, l'acheteur public doit porter à la connaissance des candidats dont l'offre n'a pas été éliminée, les modifications qui ont été apportées aux documents de la consultation. A la fin des négociations, il invite les candidats à remettre une offre finale dans un délai suffisant. Cette offre finale ne pourra plus être négociée.
 - Enfin, l'obligation de confidentialité des informations et solutions proposées par les différents candidats est renforcée. L'acheteur public ne pourra communiquer ces informations et solutions à d'autres candidats qu'à la condition d'avoir obtenu l'accord exprès de l'entreprise concernée sur les différents éléments dont il envisage la communication. Cet accord ne peut donc pas prendre la forme d'une renonciation générale à élever des objections à une telle communication.

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

La Commission européenne et le Parlement européen ainsi que les opérateurs économiques ont souligné l'importance de la structuration du partenariat d'innovation. Aussi, de nombreux garde-fous ont été introduits :

- 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. 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.
- Pour tenir compte des risques inhérents à la R&D, il est nécessaire d'introduire de la souplesse dans l'exécution du contrat. Le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le ou les partenaires doivent atteindre. Sur la base de ces objectifs, à l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut décider de :
 - 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. Les caractéristiques essentielles du partenariat d'innovation ne peuvent être modifiées à cette occasion ;

– soit de mettre un terme au partenariat ou, dans le cas d'un partenariat d'innovation conclu avec plusieurs partenaires, de réduire le nombre de partenaires.

- Le partenariat d'innovation doit préciser les conditions et les conséquences juridiques de la mise en œuvre de ces possibilités ainsi que la répartition des droits de propriété intellectuelle. Les critères permettant de sélectionner les partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat doivent également figurer dans le contrat.
- Comme au stade des négociations, il est nécessaire de garantir l'égalité de traitement des entreprises et le respect du secret industriel et commercial, particulièrement si l'acheteur public a décidé de passer un partenariat d'innovation avec plusieurs opérateurs économiques. L'acheteur public ne peut révéler les solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un partenaire sans l'accord de celui-ci. Cet accord est sollicité au cas par cas, en indiquant précisément les informations dont la communication est envisagée.

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, pendant l'exécution du partenariat d'innovation, une solution nouvelle susceptible de répondre à ses besoins apparaît sur le marché, moins chère ou de meilleure qualité, il ne passera pas à la phase d'acquisition. 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...

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

