

Guillaume Rossignol-Infante  
 Avocat, Cabinet PARMÉ Avocats

CPP 2019-29-3

## Le partenariat d'innovation dans l'achat public innovant

C'est au considérant n° 49 de la directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics que figure la première définition de ce qui constituait alors un outil juridique nouveau, dont les motivations, immédiatement perceptibles, peuvent être résumées en deux points : *sur la forme*, mettre à la disposition des acheteurs publics une procédure de passation unique qui leur permette tout à la fois de faire développer un produit innovant puis d'en faire l'acquisition ; *sur le fond*, identifier le soutien à l'innovation comme un enjeu majeur des politiques publiques.

Le sujet avait déjà suscité une attention particulière du gouvernement, qui avait fait de la « stimulation de l'innovation » l'un des principaux axes de son « pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi »<sup>[1]</sup>. Les dispositions de la directive n° 2014/24/UE *précitées* qui sont relatives au partenariat d'innovation ont ainsi été transposées par anticipation en droit interne, par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics<sup>[2]</sup>. Elles ont par la suite été reprises par le décret « marché public »<sup>[3]</sup>, avant de finalement intégrer le Code de la commande publique, à la faveur de la codification opérée par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018.

L'article L. 2172-3 du Code de la commande publique définit ainsi le partenariat d'innovation

comme un « marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure 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 ». Il marque la volonté des pouvoirs publics d'adapter le cadre de la commande publique, et plus précisément des marchés publics, afin de permettre la meilleure prise en compte de l'innovation.

La notion d'innovation est quant à elle définie à l'article L. 2172-3 du même code : « Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ».

Cette définition étant sujette à interprétation, et donc source de contentieux, le gouvernement a récemment proposé une grille de lecture visant à faciliter l'identification du périmètre de l'achat public innovant<sup>[4]</sup>, sans parvenir non plus à une définition suffisamment précise pour écarter tout risque juridique<sup>[5]</sup>. Les premières décisions de jurisprudence à ce sujet sont dès lors attendues avec le plus grand intérêt.

Dans ce cadre juridique, la prise en compte de l'innovation par la commande publique a un intérêt double, qui renvoie à deux facettes

1 Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi, Cabinet du Premier Ministre, annoncé le 6 novembre 2012 ; [https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions\\_services/politique-et-enjeux/simplifications/pacte-national-cce.pdf](https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/simplifications/pacte-national-cce.pdf)

2 CMP, art. 70-1 et s.

3 Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 2 et art. 93 et s.

4 DAJ, « Guide pratique de l'achat public innovant », 31 mai 2019

5 Hennette-Jaouen K. « Le partenariat d'innovation, modes d'emplois », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 184, Février 2018

### MOTS CLÉS

Achat public innovant  
 Partenariat d'innovation  
 Publicité  
 Critères de passation  
 Sélection des offres

de l'administration : d'une part, permettre aux acteurs publics achetant de l'innovation d'améliorer la qualité et les performances de leurs services publics et, dans la mesure du possible, d'optimiser leurs dépenses ; d'autre part, leur permettre de prendre acte de l'importance de l'innovation dans la société, vue comme manifestation du progrès utile, en leur faisant revêtir un rôle d'incitateur, de leader, dans la recherche et le développement, et de soutien à la commercialisation des résultats.

Pour ce faire, plusieurs outils juridiques ont successivement et/ou concomitamment été mis à disposition des acheteurs publics pour faciliter l'intégration de l'innovation dans l'achat public, sans pour autant parvenir à satisfaire leurs exigences, ni à rassurer les acteurs privés de l'innovation quant à l'efficacité et la sécurité des modèles proposés.

Dans ce cadre, le partenariat d'innovation est apparu dès son origine comme le seul instrument de la commande publique à même de remplir les différentes conditions d'un cahier des charges bien fourni. Il avait en effet pour objectif de rassurer les opérateurs de l'innovation sur le risque pris, et facilite la passation par les acteurs publics de marchés ayant pour objet la recherche, le développement et la commercialisation de solutions innovantes, ainsi qu'il sera démontré dans la présente étude. Sous cette lumière, l'apport concret de l'introduction du partenariat d'innovation dans le droit positif est donc majeur.

Force est de constater pourtant que le modèle du partenariat d'innovation connaît des débuts hésitants<sup>[6]</sup>, puisque seule une vingtaine de partenariats d'innovation ont été lancés depuis l'entrée en vigueur de ce dispositif dans le droit de la commande publique<sup>[7]</sup>. Les raisons sont vraisemblablement à trouver dans la complexité du dispositif, laquelle engendre une forme de réticence des opérateurs privés à s'intéresser à ce type de marchés publics.

6 Rép. min à QE n° 03064 de M. Jean-Raymond Hugonet, *JO Sénat*, 8 février 2018, p. 497 ; lire également pour une comparaison avec d'autres États membres de l'Union européenne : Cabanes A. et Schwartz M. « Le partenariat d'innovation à l'épreuve de la négociation », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 193, Décembre 2018

7 Camus A., avec l'intervention de S. Abboub, « Le partenariat d'innovation : même pas peur », *Achatpublic.info*, 17 juillet 2018

En réponse, la présente étude a pour objet de rappeler que le partenariat d'innovation est un outil conçu pour s'adapter à l'innovation, qu'il est en outre possible d'en moduler le contenu pour le mettre au service de l'innovation, et, que ce contrat dispose d'une place unique au sein du panel d'instruments juridiques en faveur de l'innovation proposés par la commande publique.

## 1. Le partenariat d'innovation, l'instrument phare de l'achat public innovant

Le partenariat d'innovation vise à pallier les insuffisances des outils contractuels antérieurement proposés par le droit de commande publique. Il permet ainsi de stimuler l'innovation dans le cadre d'un marché public global portant sur des prestations de recherche, de développement et d'acquisition de solutions innovantes. Son recours est ouvert à tout acheteur public.

### 1.1. Un contrat pour pallier les insuffisances des mécanismes passés

Premier modèle de marché public « global » spécifiquement créé pour favoriser l'innovation, le partenariat d'innovation représente une solution pour les acheteurs publics et opérateurs de l'innovation face aux difficultés opposées par le droit de la commande publique. En effet, bien que l'achat public innovant ait constitué, depuis de nombreuses années, un sujet d'importance pour les pouvoirs publics, les différents modèles contractuels proposés aux acteurs de l'innovation se sont chacun heurtés à la rigueur des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables issues du droit européen.

Ainsi, il convient d'évoquer immédiatement le régime des « achats publics avant commercialisation », ou « APAC », dont l'objet est de « promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe »<sup>[8]</sup>. Dans ce type de montages, également identifiés comme des « marchés de R&D », l'acheteur public définit un besoin en recherche et

8 « Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe », Communication COM/2007/0799 final de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, 14 décembre 2007

développement puis lance un appel à projet pour la réalisation d'une étude de faisabilité, au terme duquel il sélectionne plusieurs entreprises qui ont pour mission de parvenir à élaborer un prototype voire une série expérimentale, l'acheteur étant libre d'éliminer un ou plusieurs opérateurs en cours de procédure<sup>9</sup>.

Le modèle est toutefois d'un intérêt limité en ce qu'il ne permet pas de faire l'acquisition de la solution innovante dans un format industriel, directement auprès de l'opérateur économique ayant passé avec succès les différentes étapes du processus décrit.

En effet, à l'issue de la phase de recherche et développement, la diffusion commerciale de la solution innovante dégagée dans le cadre de cette phase préliminaire ne peut être confiée à cet opérateur qu'au terme d'une nouvelle procédure de mise en concurrence<sup>10</sup>, et ceci quand bien même la solution proposée par l'opérateur primé à l'issue de la phase préliminaire correspond en tout point au besoin exprimé par l'acheteur public.

De sorte que cet opérateur n'est pas certain d'obtenir le marché pour l'acquisition des produits, services ou travaux qu'il a conçus et développés. Or, la diffusion à échelle commerciale de son produit, service, travaux est précisément ce qui lui permettra de rentabiliser son implication dans le développement de la solution innovante. L'opérateur innovant court en outre le risque qu'en s'inspirant de sa solution pour rédiger son cahier des charges, l'acheteur public dévoile des éléments techniques ou commerciaux protégés par sa propriété intellectuelle. Il est aisé dès lors de comprendre la réticence des opérateurs à s'investir dans ce type de procédures.

Du point de vue de la personne publique, la problématique est à la fois procédurale et financière. L'acheteur public a ainsi la responsabilité de rédiger un cahier des charges

qui s'inspire des résultats obtenus en phase préliminaire, sans pour autant « flécher » la procédure au bénéfice de l'opérateur économique ayant proposé la solution R&D la plus satisfaisante. Et il a également la responsabilité du risque économique pris, dans la mesure où la rémunération des procédures de R&D susmentionnées tient compte des travaux effectués, et non des résultats obtenus.

Le partenariat d'innovation compense également les limites rencontrées par les anciens marchés de définition, dont l'objet était de préciser les « buts et performances à atteindre, les techniques à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre »<sup>11</sup> d'un projet, en vue de la conclusion d'un marché ultérieur distinct. Ces marchés de définition prévoyaient certes une remise en concurrence des opérateurs économiques entre la phase préliminaire de R&D et la phase de commercialisation des solutions, mais cette remise en concurrence ne concernait que les « seuls titulaires des marchés de définition »<sup>12</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois jugé que « les opérateurs économiques qui pourraient être intéressés à participer aux marchés d'exécution, mais qui ne sont pas titulaires de l'un des marchés de définition, font l'objet d'un traitement discriminatoire par rapport à ces titulaires, contrairement au principe d'égalité, énoncé comme principe de passation des marchés »<sup>13</sup>. C'est à la suite de cette décision que ce contrat précurseur des partenariats d'innovation a été abrogé.

En réponse aux limites opérationnelles rencontrées par les outils précités, le partenariat d'innovation a donc été introduit dans le droit de la commande publique, afin de doter les acheteurs publics d'une solution adaptée à leurs besoins en innovation.

## 1.2. Un régime particulièrement adapté à l'innovation

Le régime du partenariat d'innovation figure actuellement aux articles L. 2172-3 et R. 2172-18 et suivants du Code de la com-

9 Pour une description plus détaillée des achats publics avant commercialisation : DAJ, Fiche technique « Le partenariat d'innovation », 1<sup>er</sup> avril 2019

10 À noter que, depuis l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, les marchés de R&D ne sont plus « exclus » du droit de la commande publique, mais considérés comme « autres marchés publics », de sorte qu'il y a tout lieu de penser que leur passation sera a minima soumise aux principes généraux définis à l'article L. 3 du Code de la commande publique.

11 CMP, art. 73, abrogé par l'article 50 du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique

12 *Ibid.*

13 CJUE, 10 décembre 2009, Commission c/ France, aff. C-299/08, point 40

mande publique. Il se distingue par l'objet poursuivi par ce type de marchés publics et par ses modalités d'exécution.

### 1.2.1. L'objet du partenariat d'innovation

S'agissant de son objet, le partenariat d'innovation est le seul contrat de la commande publique à avoir pour objet des prestations portant sur des solutions qui n'existent pas encore. L'article L. 2172-3 du Code de la commande publique dispose à cet égard que le besoin de l'acheteur public ne peut pas « être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché ». Le défaut de solution « sur étagère », c'est-à-dire immédiatement disponible sur le marché, constitue donc la principale condition du recours à ce type de contrats.

Dès lors qu'un acheteur public ne peut que difficilement avoir une connaissance pointue et actualisée du marché sur lequel il intervient, il est conseillé de justifier la satisfaction de cette condition de recours par la réalisation d'une étude préalable, dont l'objet est d'attester qu'il n'existe pas sur le marché de solution disponible à même de satisfaire le besoin en solution innovante exprimé par l'acheteur public. Cette étude de marché peut être confiée à un prestataire extérieur spécialisé dans le cas où l'acheteur public ne dispose pas des compétences en interne pour déterminer la satisfaction de son besoin par les solutions existant sur le marché.

Il s'agit en pratique de réaliser ou faire réaliser une étude de sourcing, que le « guide pratique de l'achat public innovant » de la DAJ résume comme étant l'ensemble des « actions réalisées par un acheteur afin d'identifier les solutions et les fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin »<sup>[14]</sup>. Dans ce cadre, il pourra être décidé sur le court terme de faire réaliser des *benchmarks* sur les pratiques des autres acteurs du secteur, ou de solliciter directement un panel de professionnels du secteur afin de déterminer la faisabilité d'un projet. Dans une optique à plus long terme, les acheteurs publics pourront notamment envisager de se renseigner sur leur marché d'intervention par la mise en place d'une veille d'actualités réglementaires, techniques et financières. Il paraît peu utile en revanche

de justifier d'un premier appel d'offres infructueux pour attester de l'inexistence de solutions adaptées au besoin exprimé par un acheteur public et immédiatement disponibles ; l'infructuosité d'un appel d'offres ne saurait se réduire à l'absence de solution disponible sur un marché pertinent.

À ce stade, la question rencontrée par les acheteurs publics est celle du degré d'exigence de l'étude préalable de marché, ou, pour le formuler autrement, de l'étendue du marché pertinent sur lequel ces acheteurs doivent s'assurer qu'il n'existe pas de solution à même de répondre à leur besoin. Le recours au partenariat d'innovation serait irrégulier sinon. À cet égard, la direction des affaires juridiques de Bercy estime que « le marché pertinent permettant d'apprécier l'absence de solution disponible sera le marché européen »<sup>[15]</sup>. Et certains acheteurs publics ayant recouru au partenariat d'innovation ont également procédé de cette manière. C'est notamment le cas du SIAAP<sup>[16]</sup> et du SYCTOM<sup>[17]</sup> qui ont procédé à une étude de marché à l'échelle européenne, préalablement à la conclusion de leur partenariat d'innovation pour le co-traitement des boues des eaux usées et de la fraction organique des ordures ménagères résiduelles. Sans qu'aucun texte ni aucune décision ne le précise, il ne peut qu'être conseillé aux acheteurs désireux de lancer un partenariat d'innovation de respecter le même principe de précaution.

### 1.2.2. L'exécution du partenariat d'innovation

S'agissant de ses modalités d'exécution, le partenariat d'innovation est le seul contrat de longue durée qui permette de confier, à un ou plusieurs opérateurs, dans le cadre d'un même *instrumentum* (par opérateur) des prestations allant de la recherche et du développement de produits, services ou travaux à leur acquisition dans le cadre d'un processus de commercialisation à l'échelle industrielle, de manière notamment à faire bénéficier l'inventeur des retombées commerciales de son travail de recherche et développement.

15 DAJ, Fiche technique « Le partenariat d'innovation », 1<sup>er</sup> avril 2019

16 L'agence métropolitaine des déchets ménagers, connu sous l'acronyme SYCTOM

17 Le Syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne, connu sous l'acronyme SIAAP

14 DAJ, « Guide pratique de l'achat public innovant », 31 mai 2019

L'article R. 2172-23 du Code de la Commande publique dispose à cet égard que le « partenariat d'innovation comprend une ou plusieurs phases successives qui suivent le déroulement du processus de recherche et de développement et une ou plusieurs phases d'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat ». Les acheteurs publics ont donc l'obligation de diviser l'exécution des partenariats d'innovation en deux phases au moins : l'une concerne la partie préliminaire de R&D, l'autre concernant la partie relative à l'acquisition de la solution innovante en phase commerciale. Bien entendu, il s'agit d'un minimum, et les acheteurs publics sont encouragés à calibrer la structuration des phases du partenariat d'innovation avec le plus grand soin, car la réussite du contrat dépendra pour une part importante de cette bonne structuration. Le passage d'une phase à l'autre étant subordonné à sa notification au(x) partenaire(s).

Sous réserve de cas particuliers, il est conseillé de diviser l'exécution du contrat en trois phases :

- une première phase relative à la recherche de la solution adaptée aux besoins de l'acheteur public, aboutissant à la conception d'une solution innovante ;
- une deuxième phase consacrée au développement de la solution, divisée en deux sous phases, l'une portant sur la modélisation d'un prototype, l'autre sur la réalisation d'une série expérimentale ;
- une troisième phase portant sur le passage d'une solution prototypée à une solution industrielle dont l'acheteur public entend faire l'acquisition.

L'acheteur public doit ensuite déterminer des objectifs de performance à atteindre à la fin de chacune de ces phases. Ces objectifs doivent être identifiés avec suffisamment de précision pour ne pas donner lieu à contestation à l'issue d'une phase. Et ils doivent être suffisamment réalistes pour permettre aux opérateurs économiques de les atteindre. Les acheteurs peuvent, le cas échéant, prévoir des marges de tolérance, voire des objectifs subsidiaires calculés par pourcentage d'atteinte des performances attendues.

En fonction de la difficulté des objectifs à atteindre à l'issue de chaque phase, la durée et la valeur de ces phases, ainsi que la rémunération accordée aux opérateurs varieront à la hausse ou à la baisse. Que la durée ou la valeur d'une phase soit sous-estimée par rap-

port à la complexité des objectifs à atteindre et le partenariat périclitera ; les opérateurs auraient peu d'intérêt à donner le meilleur d'eux-mêmes ; l'acheteur public pourrait être contraint de clore des phases d'exécution avant écoulement du délai suffisant pour achèvement des prestations prévues pour cette phase. En tout état de cause, la valeur estimée de la solution innovante ne devra pas être « disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'acheteur »<sup>18</sup>, afin d'éviter un contournement de procédure, par la conclusion de partenariats de faible importance s'agissant de la phase préliminaire mais de montants conséquents s'agissant de la valeur d'achat de ces solutions innovantes.

Enfin, les pouvoirs publics ayant entendu faire du partenariat d'innovation un outil flexible au service des acheteurs publics, ceux-ci ne seront jamais contraints de mener le contrat jusqu'à son terme, c'est-à-dire de faire l'acquisition des solutions développées en phase préliminaire si celles-ci ne « correspondent aux niveaux de performance et n'excèdent pas les coûts maximum prévus par le partenariat d'innovation »<sup>19</sup>.

De la même manière, il est laissé la possibilité aux acheteurs, à l'issue de chaque phase, de décider :

- de « poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation » ;
- « 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 », sans que les conditions initiales du contrat ne puissent toutefois être substantiellement modifiées à cette occasion ;
- de « mettre un terme au partenariat d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs partenaires, de réduire leur nombre en mettant un terme à leurs contrats »<sup>20</sup>. Cette possibilité doit être indiquée dans le contrat, de même que les modalités de sélection des partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du contrat, ainsi que la répartition des droits de propriété intellectuelle en fin de phase.

18 CCP, art. R. 2172-23

19 CCP, art. R. 2172-32

20 CCP, art. R. 2172-31

Il est recommandé en outre de détailler le processus de vérification de l'atteinte des objectifs à l'issue de chaque phase, et d'indiquer le cas échéant les modalités d'indemnisation des opérateurs avec lesquels il est décidé de ne pas continuer l'exécution du contrat. Bien que les acheteurs soient libres de ne prévoir aucune indemnité, il ne peut qu'être conseillé de prévoir un niveau minimal d'indemnisation, de manière, ici encore, à renforcer l'attractivité du modèle pour les acteurs du secteur.

Il résulte de ce qui précède que l'objet et la structuration des partenariats d'innovation en font un outil ouvert à tous et d'un grand intérêt pour assurer une place de choix à l'innovation dans la commande publique française.

Dans la pratique, ce sont surtout des établissements publics de l'État (CNRS, SNCF Mobilités, SNCF Réseaux) ou des établissements publics de coopération intercommunale (SIAAP et SYCTOM, Communauté de communes Pays Haut Val d'Alzette) qui y ont à ce jour recouru, dans des secteurs aussi diversifiés que les transports, les déchets, les télécommunications, les *smart cities*, le matériel sismologique...

Leurs retours d'expérience permettent d'identifier les adaptations pouvant être apportées aux partenariats d'innovation pour une meilleure prise en compte de l'innovation dans la commande publique.

## 2. La mise en œuvre complexe du partenariat d'innovation

D'outils adaptés à l'innovation, les partenariats d'innovation peuvent se transformer en instruments au service de l'innovation par le simple actionnement des leviers contractuels évoqués ci-après.

### 2.1. Sécurisation de la phase d'élaboration du contrat

Le sujet renvoie à la phase préalable à l'ouverture de la procédure visant à attribuer le contrat. À ce stade, l'acheteur public, seul ou entouré d'assistants à maîtrise d'ouvrage, est chargé de déterminer son besoin puis de rédiger les documents de la consultation. Dans ce cadre, il est possible d'orienter le besoin de l'acheteur ou de rédiger les pièces contractuelles et non contractuelles du marché de telle manière que l'innovation soit mise en valeur par la procédure à venir.

Un premier levier résulte de l'identification du besoin de l'acheteur public et de sa définition.

Pour rappel, le Code de la commande publique impose que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »<sup>[21]</sup>. En pratique, pour l'acheteur public, cela consiste à déterminer ce dont il souhaite faire l'acquisition, sa quantité, son niveau de qualité... Et du point de vue des candidats, la formulation des besoins leur permet de modéliser une solution adaptée.

Dans le cadre du partenariat d'innovation, la question est d'importance dans la mesure où « acheter de l'innovation, c'est acheter ce qui n'existe pas encore »<sup>[22]</sup>. Comment déterminer dès lors les caractéristiques et fonctions attendues d'une solution dont on peine à imaginer les contours ? Le Code de la commande publique n'est pas d'une grande aide à cet égard. Il dispose que « l'acheteur définit, dans les documents de la consultation, le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants. Il indique les éléments de cette définition qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure »<sup>[23]</sup>. Il revient donc aux acheteurs publics de déterminer le degré minimal de précision de leur besoin en innovation.

Les retours d'expérience en la matière permettent de tirer deux constats. *En premier lieu*, après définition primaire du besoin et lancement d'une étude préalable visant à exclure l'existence de toute solution existante sur le marché, il est recommandé d'affiner l'identification du besoin au regard de cette étude. *En second lieu*, une fois le besoin mieux identifié, il est conseillé de l'exprimer de manière relativement souple, c'est-à-dire en se focalisant sur le résultat à atteindre plutôt que sur les moyens pour y parvenir. Cela consiste à déterminer l'usage qui sera fait de la solution, les fonctions

21 CCP, art. L. 2111-1

22 Bussy N., Crespelle R., Guibout L. et Mavroidis E., « Les partenariats d'innovation de SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 184, Février 2018

23 CCP, art. R. 2172-21

et performances attendues, les contraintes auxquels les opérateurs seront soumis, en laissant libre court à l'imagination des opérateurs économiques pour satisfaire à ces exigences fonctionnelles, sous réserve du respect des exigences minimales qui auront été formulées.

Une définition trop précise des besoins, par un cahier des charges contenant des spécifications techniques déjà éprouvées, est en effet de nature à favoriser des réponses elles-mêmes déjà éprouvées. Afin de ne pas annihiler *ab initio* toute velléité d'innovation, et d'inciter les opérateurs économiques à la créativité, il est donc essentiel de se détacher de l'existant, du trop précis. Il s'agit de l'essence même des missions de recherche et développement.

La modulation du partenariat d'innovation au service de l'innovation peut également résulter d'une anticipation des difficultés pouvant être rencontrées en phase d'exécution de ce contrat. Dans ce cadre, il est deux situations qui peuvent immédiatement être imaginées : celle d'un dépassement des délais prévus pour l'achèvement d'une des phases du contrat et celle d'une évolution dans la répartition des droits de propriété intellectuelle en cours d'exécution du contrat. La rencontre de ces situations sans les avoir anticipées est de nature à augmenter le risque du cocontractant, et donc à réduire l'attractivité de la commande publique aux yeux des acteurs privés de l'innovation.

Pour rappel, l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique énumère de manière limitative les hypothèses dans lesquelles il est possible de modifier un marché public. Parmi celles-ci figurent les modifications qui, même en étant substantielles, « ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ». Et l'article R. 2172-31 du même code ajoute, s'agissant des partenariats d'innovation, que les parties au contrat peuvent convenir de modifier à la marge « les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les conditions initiales du partenariat d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion ».

La Direction des affaires juridiques de Bercy a précisé à cet égard que « les précisions et modifications pouvant intervenir à l'issue de chaque phase ne s'assimilent pas à une véritable négociation » et que ce sont « 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 » qui pourront faire l'objet de modifications en cours d'exécution du contrat<sup>[24]</sup>.

Cela signifie donc que les acheteurs publics doivent prévoir, dès l'élaboration du projet de contrat, des clauses de modification suffisamment précises, claires et non équivoques pour pouvoir allonger ou réduire la durée d'une phase ainsi que pour modifier la répartition des droits de propriété intellectuelle. Dans ce dernier cas, il convient d'envisager précisément les hypothèses justifiant la modification ainsi que la répartition nouvellement envisagée, le cas échéant par une fourchette indicative au delta réduit.

Au-delà de ces éléments structurants essentiels en matière de soutien à l'innovation, les questions des CCAG applicables<sup>[25]</sup>, du recours à un mandat « tournant »<sup>[26]</sup> ou encore de la définition du prix<sup>[27]</sup>, sont tout autant d'éléments de préfiguration communs à tout marché public, auxquels il importera de s'attacher avant le lancement de la phase d'attribution du contrat. L'expérience révèle à cet égard que les acheteurs publics n'hésitent pas à échanger entre eux sur les bonnes pratiques à mettre en œuvre dans le cadre de la rédaction d'un DCE pour l'attribution d'un partenariat d'innovation.

## 2.2. Sécurisation de la phase d'attribution du contrat

Le bouclage des documents de la consultation et l'envoi à publication de ces éléments ne signifient pas qu'il n'est plus possible pour les acheteurs publics d'influencer les modalités d'exécution des partenariats d'innovation afin de les rendre plus favorables à l'innovation et aux opérateurs qui la portent (dans la mesure de l'intérêt de ces acheteurs). La phase d'attribution de ces contrats, particulièrement encadrée, a précisément pour objet de permettre aux acheteurs publics et aux acteurs de l'innovation de finaliser le document contractuel qui servira de bases à leurs relations.

24 DAJ, Fiche technique « Le partenariat d'innovation », 1<sup>er</sup> avril 2019

25 Hennette-Jaouen K., « Le partenariat d'innovation, modes d'emplois », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 184, Février 2018

26 *Ibid.*

27 Matharan X., Noel M., « La détermination du prix dans les partenariats d'innovation », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 184, février 2018

### 2.2.1. Garde-fous juridiques

L'article R. 2172-26 du Code de la commande publique prévoit que les « partenariats d'innovation d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés selon la procédure avec négociation ». Et en deçà des seuils de procédure formalisée, il est possible de conclure ces contrats à l'issue d'une procédure adaptée. Cette hypothèse, par définition rare en raison de l'importance des montants mis en œuvre pour la réalisation des missions portées par les partenariats d'innovation, ne saurait en tout état de cause être conseillée pour la conclusion de contrats de cette complexité.

Le considérant 49 de la Directive n° 2014/24/UE<sup>[28]</sup> envisageait le recours à une procédure spécifique, mais c'est finalement le choix d'une procédure de droit commun qui a été fait. Eu égard à la nature des partenariats d'innovation, il aurait été difficile de justifier la possibilité de recourir à la procédure d'appel d'offres, où la négociation des offres n'est pas autorisée. Et le recours au dialogue compétitif paraissait également inapproprié, dans la mesure où l'objectif de fin de la phase recherche du partenariat d'innovation est précisément celui de la procédure de dialogue compétitif : parvenir à identifier la solution de nature à répondre au besoin exprimé. Ces deux instruments sont donc incompatibles (Voir *supra*).

Dans ce cadre, l'objectif de la procédure avec négociation est de donner à l'acheteur public les moyens de s'assurer que l'opérateur à qui le contrat est attribué a la qualité et les compétences suffisantes pour aboutir à une solution qui lui fait défaut à ce stade. Pour ce faire, le Code de la commande publique a imposé aux acheteurs publics un certain nombre d'obligations procédurales spécifiques à respecter.

L'article R. 2172-27 du Code de la commande publique prévoit ainsi que la publication d'un avis de marché est toujours obligatoire dans la procédure avec négociation visant à l'attribution de partenariats d'innovation, même en cas de publication préalable d'un avis de pré-information. Cette disposition vise à assurer la meilleure publicité à ces procédures, de manière à maximiser l'information auprès d'opérateurs innovants, pas toujours au fait des us et coutumes de la commande publique.

28 Directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

Dans la même optique, les acheteurs publics ne sont pas autorisés à prévoir un délai minimum de réception des candidatures inférieur aux trente jours à compter de la publication de l'avis de marché<sup>[29]</sup>. Ainsi que le relève la Direction des affaires juridiques de Bercy, il s'agit là de respecter un *tempo* propre aux opérations de recherche et développement<sup>[30]</sup>, qui ne sauraient être qualifiées d'urgentes. Le délai de réception des offres est quant à lui fixé en application des règles communes aux procédures avec négociation<sup>[31]</sup>.

L'article R. 2172-28 du Code de la commande publique prévoit que « la sélection des candidatures tient compte notamment de la capacité des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes ». En pratique, cette obligation modifie peu la teneur des avis de marchés, qui doivent simplement prévoir un ou deux tirets supplémentaires de vérification de la capacité technique et professionnelle : l'un relatif à la capacité à mener une activité de R&D dans le secteur visé, notamment par la production d'une liste de références ; l'autre relatif à la capacité à produire et commercialiser des équipements en série, notamment par la description des dispositions et des moyens humains et techniques à allouer au marché.

Enfin le Code de la commande publique prévoit qu'il ne peut être fait impasse sur la phase de négociation avec les candidats ; il n'est donc pas possible d'attribuer un partenariat d'innovation sur la seule base des offres initiales<sup>[32]</sup>. C'est en effet la négociation qui permet de préciser la démarche d'innovation qui sera mise en œuvre, en identifiant mieux les

29 CCP, art. R. 2161-12, auquel renvoie l'article R. 2172-28 du même code

30 DAJ, « Le partenariat d'innovation », 1<sup>er</sup> avril 2019

31 L'article R. 2172-29 du Code de la commande publique dispose certes que le délai minimal de réception des offres initiales est librement fixé, mais renvoie paradoxalement aux dispositions d'application générale des articles L. 2151-1 et suivants du même code, relatives aux délais de réception des offres en matière de marchés publics. Dans ce cadre, l'article R. 2161-14 dispose que le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner

32 CCP, art. R. 2172-30

contraintes qui seront rencontrées, les délais minimums par phase estimés par les candidats, les questions de propriété intellectuelle (Voir *supra*), l'existence de potentiels objectifs de substitution, le risque que porteront les opérateurs économiques, notamment lié aux aléas techniques et industriels, et, enfin, le coût total du projet. Si l'ensemble des éléments du projet peuvent être négociés, ce n'est pas le cas des critères d'attribution du contrat et des prescriptions identifiées comme étant des exigences minimales<sup>[33]</sup>.

Dans ce cadre, la difficulté rencontrée par les acheteurs publics est d'appliquer des critères de jugement des offres à des solutions qui n'existent pas, et qui, en raison d'une définition souple des besoins, peuvent être très éloignées les unes des autres. Étant précisé que le prix ne saurait être le seul critère de jugement des offres pour ce type de marché<sup>[34]</sup>. À titre d'exemple, les critères de jugement des offres pour l'attribution d'un partenariat d'innovation relatif au déploiement d'une plateforme *smart city* passé par une communauté de communes de l'Est de la France étaient les suivants : (i) 50 % au titre de la pertinence des innovations proposées pour atteindre l'objectif fixé, appréciée notamment au regard de l'accessibilité, de la réutilisabilité, de l'extensibilité, de la réversibilité et de la modélisation économique proposée ; (ii) 30 % au titre de l'organisation et moyens mis en œuvre pour garantir l'atteinte de l'objectif dans les délais, appréciée notamment au regard des moyens techniques et humains mis en œuvre, du phasage proposé et de la structuration du groupement attributaire ; (iii) 20 % au titre du coût global du contrat. À l'aune de ces critères de jugements des offres, les acheteurs publics doivent donc choisir un ou plusieurs partenaires au regard de l'appréciation portée sur leurs offres finales, étant précisé qu'il leur est possible d'éliminer des

candidats en cours de procédure, et/ou de faire évoluer le DCE, sous réserve de l'avoir prévu dans le règlement de la consultation initial<sup>[35]</sup>.

### 2.2.2. La question stratégique des droits de propriété intellectuelle

Enfin, un focus particulier doit être réalisé sur la négociation des droits de propriété intellectuelle. Ces clauses, obligatoires dans les partenariats d'innovation, sont particulièrement stratégiques en ce qu'elles ont trait à la question de la diffusion de l'innovation, à travers la détermination des modalités d'utilisation et de réutilisation des connaissances antérieures et du résultat de chacune des phases du contrat.

L'enjeu des clauses de répartition des droits de propriété intellectuelle est multiple. Du point de vue de l'acheteur public, l'acquisition des droits de propriété intellectuelle lui permet de diffuser l'innovation et le rassure quant à l'efficacité de son acquisition, car il en détient tout à la fois la propriété matérielle et intellectuelle. En revanche, cette acquisition a un coût dans la mesure où le transfert de ces droits a nécessairement été valorisé dans l'offre financière des candidats retenus. Du point de vue des opérateurs économiques, l'enjeu est de pouvoir réutiliser les résultats du partenariat d'innovation dans d'autres contrats, *a fortiori* s'ils leur permettent de bénéficier d'un avantage concurrentiel. Qu'ils soient privés de cette faculté et le partenariat d'innovation perdra pour eux une grande part de son intérêt. La rédaction des clauses de propriété intellectuelle d'un partenariat d'innovation doit donc tendre à sécuriser les intérêts de chacune de ces parties au contrat, sous peine d'un échec de la procédure.

Pour rappel, la « propriété intellectuelle » désigne « un ensemble de droits exclusifs (droit d'auteur, brevets, marques...) qui protègent les auteurs/créateurs/innovateurs et leur permettent de décider des utilisations possibles de leurs réalisations et de les valoriser auprès de partenaires »<sup>[36]</sup>. Ces droits sont de deux natures : droits de propriété littéraire et artistique relatifs aux œuvres de l'esprit d'une part<sup>[37]</sup>, et droits de la propriété

33 Il n'existe pas de définition textuelle ou jurisprudentielle de cette notion. Constitue une exigence minimale tout élément qu'un acheteur public identifie comme non négociable. Par suite, les exigences minimales dans un contrat peuvent être nombreuses. Pour un focus complet sur le sujet de la négociation des partenariats d'innovation, il est renvoyé à l'article de A. Cabanes et M. Schwartz, « Le partenariat d'innovation à l'épreuve de la négociation », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 193, Décembre 2018

34 CCP, art. R. 2152-8

35 CCP, art. R. 2172-30

36 DAJ, « Guide pratique de l'achat public innovant », 31 mai 2019

37 Articles L. 111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ; première partie consacrée à la propriété littéraire et artistique

industrielle relatifs aux œuvres de l'Entreprise d'autre part<sup>[38]</sup>.

Dans un partenariat d'innovation, les parties arrivent chacune avec des « connaissances antérieures » et, dans le cadre de l'exécution du contrat, produisent des « résultats », qui sont couverts par l'un ou l'autre de ces droits de propriété intellectuelle<sup>[39]</sup>. Il s'agit notamment de spécifications techniques et fonctionnelles, de logiciels, de prototypes, de données test, de dessins, d'éléments identitaires tels que des logos. Les clauses de propriété intellectuelle du partenariat auront pour objet de déterminer les conditions d'utilisation et la rémunération que les parties pourront escompter pour chacun des éléments du contrat couverts par un droit de propriété intellectuelle.

Dans ce cadre, il revient à l'acheteur public, dès la phase d'élaboration du DCE, de s'interroger sur les droits dont il a besoin pour chaque livrable attendu, en fonction de l'utilisation escomptée pendant et après le partenariat, sur la durée et le territoire sur lesquels il souhaiterait voir appliquer ces droits, puis d'identifier s'il est nécessaire de détenir la propriété et/ou l'exclusivité de ces droits. Le coût du projet ainsi que l'intérêt des opérateurs économiques à pouvoir exploiter le résultat de leur R&D doivent également être pris en compte. En fonction du constat dressé, le projet de contrat doit ensuite répartir la propriété intellectuelle des éléments du partenariat d'innovation en faisant procéder à des cessions de droits, c'est-à-dire acquisition de propriété, ou à des concessions de ces droits, c'est-à-dire autorisation d'utilisation. Le fait qu'une partie au contrat détient des droits sur un élément de propriété intellectuelle ne signifie pas que l'autre partie n'en détienne pas ; la cession et la concession de droits peuvent être opérées à titre non exclusif. L'ensemble de ces éléments est ensuite discuté durant la négociation avec les candidats au partenariat d'innovation, pour aboutir à un équilibre entre les

intérêts des parties. Sous réserve de situations particulières, il est recommandé aux acheteurs publics de ne pas exiger par principe la propriété des résultats du contrat. Une simple concession des droits paraît certes peu adaptée pour permettre à l'acheteur de réutiliser des spécifications techniques et fonctionnelles résultant de la phase R&D à l'occasion d'un prochain marché. À l'inverse, la concession de droits sur un produit fini semble mieux appropriée dans le cas où l'acheteur souhaite uniquement pouvoir utiliser ce bien conformément aux besoins définis dans le partenariat d'innovation et, le cas échéant, le modifier pour en améliorer ses performances. En tout état de cause, il est utile de prévoir un partage de la propriété des résultats du contrat pour lesquels l'acheteur public est intervenu, soit en finançant, soit en apportant un savoir-faire particulier, d'une part, et de prévoir un droit d'exploitation des connaissances du partenaire acquises antérieurement à l'exécution du contrat, dès lors qu'elles sont nécessaires à la bonne utilisation des résultats du contrat. Il est recommandé enfin de lister en annexe l'ensemble des éléments soumis à propriété intellectuelle et d'en préciser la propriété et la nature de l'utilisation consentie.

La négociation du partenariat d'innovation permet donc de moduler les éléments de ce contrat de manière à favoriser les conditions de la réussite future du projet d'innovation. Dans le cadre de cette négociation, l'acheteur doit en tout état de cause avoir à l'esprit de respecter une égalité stricte de traitement entre les candidats, notamment au regard des informations transmises. À cet égard, il convient d'ajouter qu'une clause de garantie du respect du secret des affaires dans le règlement de la consultation permet de sécuriser les candidats sur la nature des données communiquées aux différents candidats.

### 3. Apport du partenariat d'innovation au droit de la commande publique

Instrument au service de la prise en compte de l'innovation par la commande publique, le partenariat d'innovation n'en détient toutefois pas le monopole. D'autres contrats, procédures, modalités d'achat permettent de favoriser l'innovation. Il est loin d'être certain, cependant, que ces instruments juridiques soient en mesure de concurrencer l'efficacité du recours au partenariat d'innovation lorsque celui est attribué dans les conditions sus-décrites.

38 Articles L. 411-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ; seconde partie consacrée à la propriété industrielle, dont l'objet est de protéger les inventions, les procédés techniques ainsi que les marques, noms commerciaux et noms de domaine permettant l'identification d'une entreprise.

39 Pour un focus complet sur ce point, voir Poisson A., « Partenariat d'innovation et propriété intellectuelle », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 184, Février 2018

### 3.1. Distinction du partenariat d'innovation d'autres contrats de la commande publique

La place du partenariat d'innovation dans la commande publique est unique. Il s'agit en effet du seul contrat qui permette d'encadrer juridiquement le processus d'innovation dans la globalité de son spectre, c'est-à-dire de la recherche et au développement jusqu'à l'acquisition de la solution industrialisée.

Les autres marchés publics visés par le Code de la commande publique qui ont un objet global, tels que les marchés de conception-réalisation<sup>40</sup>, les marchés globaux de performance<sup>41</sup> et les marchés de partenariat<sup>42</sup>, permettent certes la conception puis la réalisation et l'acquisition de produits, services ou travaux innovants et correspondant au besoin d'acheteurs publics. Mais, ils ne sont peu ou pas adaptés aux situations auxquelles permet de répondre le partenariat d'innovation.

Le marché de conception-réalisation est un « marché de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux ». Les produits et les services sont donc exclus de son périmètre. Et en tout état de cause, les phases de conception puis de réalisation portent sur une solution identifiée à l'issue de la procédure de mise en concurrence. Ce qui ne saurait être le cas dans un partenariat d'innovation.

Le marché global de performance et le marché de partenariat permettent de confier la conception et l'acquisition de solutions innovantes, sans que cela ne soit limité aux seuls travaux. Mais leur modèle, de même que leur équilibre économique, imposent que les biens, services ou travaux faisant l'objet du contrat soient exploités sur une longue période à compter de leur livraison. Or un achat innovant n'a pas toujours vocation à être confié en exploitation par son acheteur public, qui pourrait souhaiter se réserver l'utilisation de la solution innovante. De même, la rupture de ces contrats en cours d'exécution, notamment en cas d'échec dans l'exécution de la conception de la solution innovante, est une situation à risque qui doit faire l'objet d'une attention toute

particulière. À l'inverse, dans un partenariat d'innovation, l'échec de la phase de R&D est directement envisagé par le Code de la commande publique, qui prévoit que l'acheteur est en droit de ne pas donner suite au contrat, en mettant fin aux relations contractuelles notamment à l'issue de la phase recherche, et ce sans indemnité. Et en tout état de cause, de la même manière que pour le marché de conception réalisation, les prestations réalisées dans le cadre de ces marchés globaux portent sur une solution identifiée à l'issue de la procédure de mise en concurrence.

Il est vrai que chacun de ces marchés pourraient être couplé avec une première phase de R&D, menée dans des conditions de mise en concurrence allégée<sup>43</sup>. Mais cela impliquerait une remise en concurrence à l'issue de la phase préliminaire, de nature à décourager les opérateurs privés, et, au-delà, ferait courir aux acheteurs publics le risque de ne pas être en mesure de retenir l'offre du candidat ayant présenté la solution la plus satisfaisante en phase de R&D.

Le partenariat d'innovation ne saurait pas non plus être comparé aux marchés d'achat innovant sans procédure<sup>44</sup>, dont l'objet est de permettre aux personnes publiques de passer des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable pour leurs achats innovants d'un montant inférieur à 100 000 euros. En premier lieu, parce que le modèle propre à ces marchés, comme celui des marchés précédemment évoqués, suppose que l'opérateur sélectionné ait proposé une solution dès le stade de l'attribution. En deuxième lieu, parce que l'absence de procédure implique que la solution n'a pas été débattue en cours de procédure, il s'agit donc de procédure d'achat « sur étagère », très éloignée des situations rencontrées dans le cadre de la mise en œuvre de partenariat d'innovation. En troisième et dernier lieu, parce que le faible montant de ces marchés écarte de leur champ les solutions dont la mise en œuvre nécessite des moyens importants.

Le partenariat d'innovation est donc le seul contrat de longue durée qui permettent dans le

40 CCP, art. L. 2171-2

41 CCP, art. L. 2171-3

42 CCP, art. L. 1112-1

43 Voir note infra : les marchés publics de R&D sont soumis aux principes généraux de la commande publique définis à l'article L. 3 du Code de la commande publique

44 Décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique

cadre d'une seule et même procédure de faire développer une solution innovante correspondant aux besoins d'acheteurs publics mais qui n'est pas encore disponible sur le marché. Pour le dire autrement, seul le partenariat d'innovation permet de sélectionner un opérateur économique sur la base de son potentiel et non sur celle de la solution qu'il propose. La recherche de cette solution étant l'objet de la première phase du contrat à venir.

### 3.2. Comparaison du partenariat d'innovation avec les procédures et modalités d'achat prévues par le droit de la commande publique

Il est tentant également de comparer le partenariat d'innovation avec des procédures du droit de la commande publique ou des modalités d'achat, dans la mesure où ce contrat est tant une procédure qu'un contrat. Il prévoit en effet la réalisation de prestations de recherche, développement et commercialisation de solutions innovantes dans le cadre d'un contrat dont l'exécution est à phases successives, au terme desquelles l'acheteur peut éliminer un ou plusieurs partenaires ou mettre fin au processus, comme dans une procédure d'attribution.

Pour autant, parce qu'il est un contrat, le partenariat d'innovation ne saurait être sérieusement comparé au dialogue compétitif, aux hypothèses de variante, au *sourcing*, car ces procédures et modalités d'achat ne permettent pas de combiner la recherche d'une solution innovante et la commercialisation de son résultat.

Ainsi, le recours à une procédure de dialogue compétitif permet certes aux acheteurs publics de définir leurs besoins de manière large, en inscrivant dans un programme fonctionnel des usages et fonctionnalisés attendues, à charge pour les opérateurs économiques de proposer les moyens pour atteindre ces objectifs, et donc une solution appropriée aux besoins exprimés. Mais la recherche de cette solution ne peut être qu'un moyen de sélectionner un opérateur, elle ne saurait être l'objet même du contrat, comme c'est le cas pour les partenariats d'innovation. Cela signifie que l'encadrement juridique, la rémunération, les délais de réalisation de cette procédure, ne conduisent pas les opérateurs économiques à se surpasser

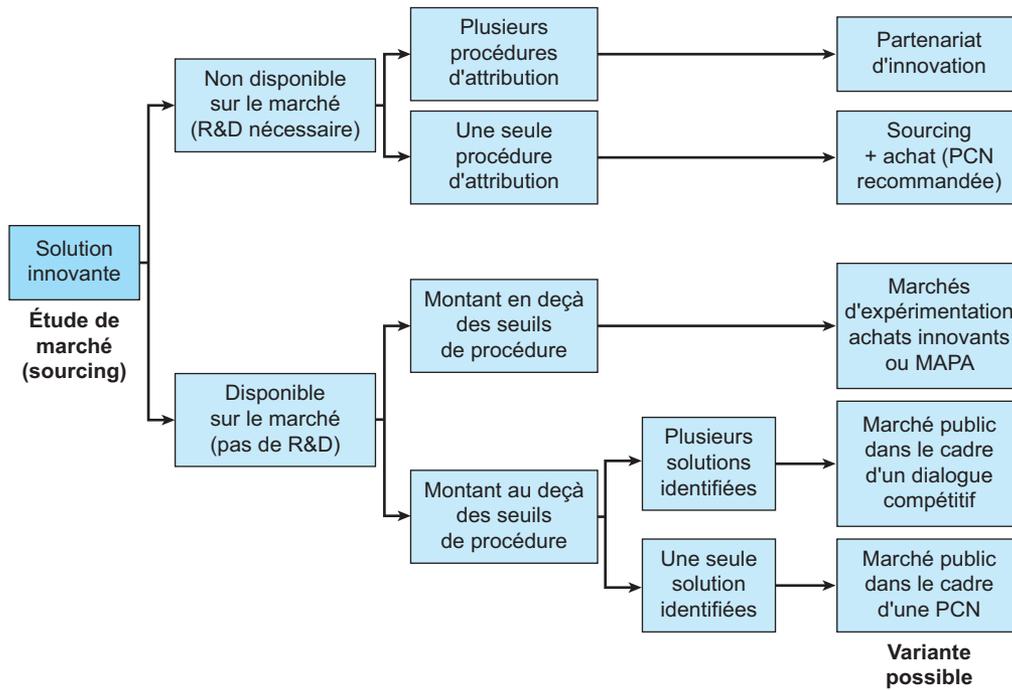
pour proposer des solutions n'existant pas sur le marché. Au-delà du fait qu'ils n'ont pas la certitude que leur solution soit *in fine* celle qui sera retenue par l'acheteur public. Il y a donc un manque de visibilité qui nuit au succès de cette procédure.

De même, le recours aux variantes paraît peu approprié pour satisfaire les objectifs poursuivis par les partenariats d'innovation. Pour rappel, une variante correspond à une modification des spécifications techniques propre à satisfaire une solution de base identifiée dans le cahier des charges d'une procédure d'attribution d'un marché public. Elle peut être imposée par les acheteurs publics ou à l'initiative des opérateurs économiques, si le pouvoir adjudicateur les y a autorisés dans l'avis de marché. Toutefois, l'intérêt d'une variante est de proposer une solution alternative à un cahier des charges rédigé de manière très précise et prescrivant une solution particulière. Il est donc à l'opposé du régime des partenariats d'innovation, dont le recours est conditionné au défaut de solution existant sur le marché.

De la même manière, le *sourcing* ne permet pas de satisfaire complètement le besoin en innovation des acheteurs publics, dans la mesure où il constitue une procédure « à blanc », c'est-à-dire qui n'a pas pour objet d'attribuer un contrat portant sur des prestations relevant du champ de la commande publique mais uniquement de préciser les besoins de l'acheteur public et d'identifier les opérateurs qui pourraient être à même de proposer une solution à ces besoins.

En conclusion, le partenariat d'innovation est donc le seul outil de la commande publique qui permette à un acheteur public de confier à un opérateur économique une prestation globale portant sur une solution qui n'existe pas encore.

Il est vrai qu'en raison de sa complexité, il nécessite de faire preuve d'une attention particulière au moment de son élaboration, et d'un suivi rapproché lors de son exécution. Toutefois, le respect de ces conditions en fait un contrat à même de rassurer les opérateurs économiques sur les risques pris, et renforce donc l'attractivité de cet outil au service de l'innovation.



Présentation des procédures d'achat innovant