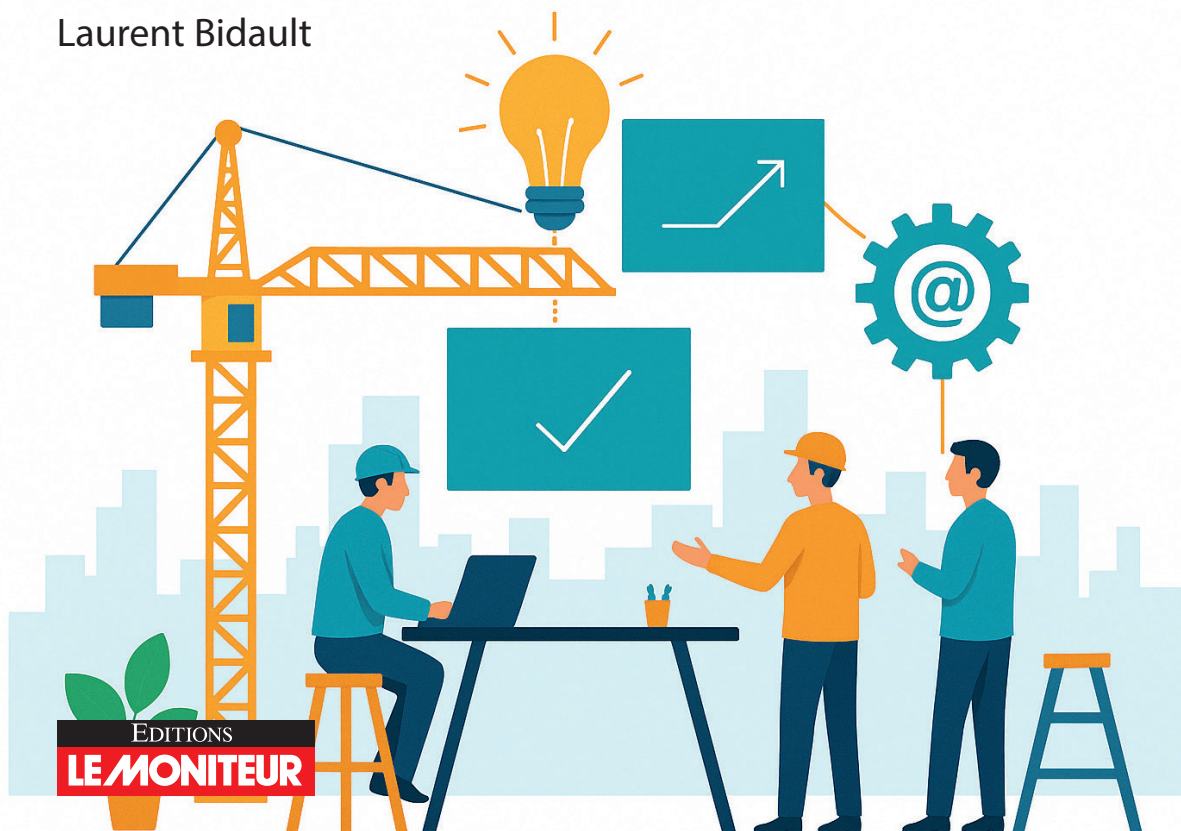


# Guide des achats publics innovants

Sourcing et analyse – Financement – Procédures de passation et d'exécution

Laurent Bidault



EDITIONS

**LE MONITEUR**

# Sommaire

	Introduction .....	7
<b>CHAPITRE 1</b>	<b>L'innovation .....</b>	<b>11</b>
<b>CHAPITRE 2</b>	<b>Les activités d'innovation.....</b>	<b>23</b>
<b>CHAPITRE 3</b>	<b>L'innovation dans la sphère publique.....</b>	<b>39</b>
<b>CHAPITRE 4</b>	<b>L'innovation dans le droit de la commande publique .....</b>	<b>55</b>
<b>CHAPITRE 5</b>	<b>L'élaboration du projet d'achat d'innovation.....</b>	<b>67</b>
<b>CHAPITRE 6</b>	<b>Le choix de la structure juridique porteuse du projet.....</b>	<b>81</b>
<b>CHAPITRE 7</b>	<b>La répartition des droits de propriété intellectuelle .....</b>	<b>95</b>
<b>CHAPITRE 8</b>	<b>La détection de l'innovation.....</b>	<b>107</b>
<b>CHAPITRE 9</b>	<b>Les outils de financement de l'innovation .....</b>	<b>117</b>
<b>CHAPITRE 10</b>	<b>Les outils hybrides pour stimuler l'innovation .....</b>	<b>129</b>
<b>CHAPITRE 11</b>	<b>Le marché de Recherche et Développement.....</b>	<b>143</b>
<b>CHAPITRE 12</b>	<b>L'Achat Public Avant Commercialisation – APAC.....</b>	<b>155</b>
<b>CHAPITRE 13</b>	<b>Les marchés portant sur des produits fabriqués à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement.....</b>	<b>161</b>
<b>CHAPITRE 14</b>	<b>Le partenariat d'innovation .....</b>	<b>167</b>
<b>CHAPITRE 15</b>	<b>Le marché innovant .....</b>	<b>191</b>
<b>CHAPITRE 16</b>	<b>Les marchés en matière de défense ou de sécurité et l'innovation .....</b>	<b>197</b>

<b>CHAPITRE 17</b>	<b>L'acquisition de l'innovation par les procédures d'attribution de droit commun</b> .....	205
<b>CHAPITRE 18</b>	<b>Les leviers procéduraux permettant de favoriser l'innovation</b> .....	221
<b>CHAPITRE 19</b>	<b>La conclusion d'un marché avec un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques ou de droits d'exclusivité</b> .....	233
<b>CHAPITRE 20</b>	<b>Les techniques d'achats : levier d'innovation</b> .....	243
<b>CHAPITRE 21</b>	<b>Les contrats globaux favorables aux projets innovants</b> .....	249
<b>CHAPITRE 22</b>	<b>La prise en compte de l'innovation dans l'exécution du contrat</b> .....	257
	<b>Annexes</b> .....	269
<b>ANNEXE A1</b>	<b>Le choix du montage contractuel selon le stade de développement d'une solution innovante</b> .....	271
<b>ANNEXE A2</b>	<b>Arbre de décisions pour l'achat de solutions innovantes (côté acheteur public)</b> .....	273
<b>ANNEXE A3</b>	<b>Arbre de décisions pour l'achat de solutions innovantes (côté entreprise)</b> .....	275
<b>ANNEXE A4</b>	<b>Glossaire</b> .....	277
<b>ANNEXE A5</b>	<b>Modèle de questionnaire proposé par la Commission européenne dans le cadre d'un sourcing concernant une solution innovante</b> .....	281
<b>ANNEXE A6</b>	<b>Fiches de recensement non exhaustive des domaines et achats d'innovation</b> .....	285
<b>ANNEXE A7</b>	<b>Déroulement global d'un partenariat d'innovation</b> .....	287
	Index .....	289
	Table des matières .....	293

# L'innovation dans le droit de la commande publique

Tant au niveau européen qu'au niveau national, la recherche, le développement et l'innovation sont considérés comme l'un des principaux moteurs de croissance tout en intégrant certains des grands enjeux contemporains.

La modernisation et l'efficacité des services publics, ainsi que la prise en compte des enjeux contemporains en matière d'environnement ou de souveraineté (industrielle, numérique) sont généralement mises en avant par les pouvoirs publics pour encourager le recours à l'innovation dans la sphère publique, particulièrement *via* la commande publique.

Cette incitation à l'achat public innovant se décline par la mise en place de dispositifs incitatifs (financiers principalement) et de mécanismes contractuels favorables à l'innovation et par l'élaboration d'une définition unifiée de celle-ci.

À cette fin, les éléments de définition de l'innovation élaborés par le *Manuel d'Oslo*<sup>(1)</sup> ont été repris dans les directives européennes en matière de marchés et de concessions du 26 février 2014, puis par le Code de la commande publique.

L'innovation se définit ainsi principalement comme des travaux, fournitures ou services, comme la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré.

### **BIBLIOGRAPHIE**

L. Bidault, J. Gaury, « Comment déterminer le caractère innovant d'une solution ? », *Contrats publics*, n° 239, février 2023

K. Hennette-Jaouen, « La définition de l'innovation selon le droit de la commande publique », *Les dossiers de la commande publique*, n° 29, septembre 2019.

---

(1) Voir Chapitre 1.

## 4.1 L'innovation dans le droit européen

### 4.1.1 Une politique européenne axée sur l'achat public d'innovation

La stratégie *Europe 2020* de l'Union européenne pour l'emploi et la croissance puis la stratégie *Horizon Europe* ont fixé des objectifs spécifiques en matière d'innovation afin, en particulier, d'envisager un modèle de croissance plus intelligente, durable et inclusive<sup>(2)</sup>.

L'innovation et son inclusion dans l'achat public sont considérées comme un vecteur de modernisation des services publics et des infrastructures publiques.

Cette stratégie et ses objectifs figurent notamment dans la directive « marché », traduisant l'importance que revêt l'achat public dans la mise en œuvre de cette stratégie.

#### TEXTE OFFICIEL

##### Directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014, cons. 47 et 95

« La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation. L'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. Elle aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable.

Il est absolument primordial de tirer pleinement parti du potentiel des marchés publics pour atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. À cet égard, il convient de rappeler que les marchés publics sont essentiels pour promouvoir l'innovation, qui est très importante pour la croissance future en Europe. Les secteurs et les marchés étant très différents les uns des autres, il ne serait toutefois pas indiqué d'imposer des critères généraux pour la passation de marchés à visée environnementale, sociale ou innovante. »

##### Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes, Communication de la Commission européenne (2021/C 267/01)

« L'investissement public et l'innovation sont deux moyens essentiels de relever les défis de la reprise, de la transition verte et numérique et d'une économie plus résiliente au sein de l'UE. La nouvelle facilité pour la reprise et la résilience orientera l'investissement public à la suite de la crise liée à la COVID-19, et une part importante de cet investissement sera consentie par l'intermédiaire de marchés publics. L'analyse comparative au niveau de l'UE fait apparaître que l'Europe n'exploite que la moitié du potentiel des marchés publics de solutions innovantes pour alimenter la reprise économique et que l'investissement est largement insuffisant, notamment pour ce qui est des achats publics de solutions numériques et de solutions de R&D, dans les deux cas essentiels pour renforcer l'autonomie stratégique et la compétitivité de l'UE. Les acheteurs publics devront accélérer la passation de marchés de solutions innovantes et aider les entreprises à mettre au point des solutions innovantes dans les principaux écosystèmes industriels, notamment ceux dans lesquels l'investissement des acheteurs publics joue un rôle essentiel. Les acheteurs publics devront également favoriser la résilience de l'économie européenne en diversifiant les sources d'approvisionnement en matières premières essentielles, telles que les composés pharmaceutiques comme l'a révélé la pandémie de COVID-19, et en encourageant des solutions nouvelles. »

La stratégie *Horizon Europe* se décline notamment par la mise en place de dispositifs d'accompagnement des acheteurs publics et des opérateurs économiques (formations,

(2) Règlement UE 2021/695 du Parlement européen et du Conseil du 28 avril 2021 portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon Europe » et définissant ses règles de participation et de diffusion, et abrogeant les règlements (UE) n° 1290/2013 et (UE) n° 1291/2013.

webinaires), d'initiatives pour faire émerger les solutions innovantes (appels à projets, challenges, appels d'offres) et – surtout dispositifs d'aides et de financement de la Recherche et Développement et de l'innovation.

#### **REMARQUE**

Dans le cadre de cette stratégie, des points de contacts nationaux (PCN) ont été installés dans chaque État membre afin d'accompagner les acheteurs publics et les opérateurs économiques avec pour missions de :

- informer, sensibiliser les communautés françaises de recherche, de développement et d'innovation sur les opportunités de financement de projet d'Horizon Europe ;
- aider, conseiller et former aux modalités de fonctionnement du programme ;
- signaler l'existence et orienter vers d'autres sources de financement (européens et nationaux) susceptibles de mieux répondre à leurs besoins et vers les services supports de ces financements.

### **4.1.2 L'innovation dans les directives marchés et concession**

L'article 2.22 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et l'article 5 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession précise que :

#### **TEXTE OFFICIEL**

**Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 2.22 – Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 5**

« innovation : la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris mais pas exclusivement des 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, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. »

La définition de l'innovation correspond donc à celle du *Manuel d'Oslo*.

Le caractère innovant d'une solution peut donc aussi s'apprécier par rapport à l'impact positif de cette solution en matière de développement durable par exemple.

Notons enfin qu'à l'occasion de la directive 2014/24/UE, l'Union européenne a introduit le partenariat d'innovation, mécanisme contractuel favorisant le développement et l'acquisition de l'innovation.

## **4.2 L'innovation dans le droit français de la commande publique**

### **4.2.1 Les initiatives françaises**

Les initiatives françaises s'inscrivent dans le sillage de celles de l'Union européenne et poursuivent les mêmes objectifs : la modernisation des services publics, l'adaptation de secteur public aux enjeux contemporains (réchauffement climatique, souveraineté), ou encore le développement de l'écosystème de l'innovation et des entreprises innovantes.

Comme au niveau européen, ces initiatives se traduisent par la mise en place de dispositifs de financement (subventions, prêts, crédits d'impôt) et d'accompagnement (formations, appels à projets, concours) des différents acteurs, privés comme publics.

En matière d'achat public, l'initiative la plus notable à relever fut le dispositif un temps expérimental relatif aux achats innovants<sup>(3)</sup>.

## **4.2.2 L'innovation dans le Code de la commande publique**

Reprenant les termes du *Manuel d'Oslo* et des directives européennes, le Code de la commande publique définit de façon similaire ce que sont des travaux, fournitures ou services innovants.

Ce seul constat doit inciter d'autant plus les acheteurs publics et les opérateurs économiques à se référer, dès que nécessaire, au *Manuel d'Oslo*, voire au *Manuel de Frascati*, afin de déterminer le caractère innovant d'une solution ou d'un procédé.

Le caractère innovant de travaux, fournitures ou services est une condition de recours à certains contrats (le marché innovant et le partenariat d'innovation), mais également une condition de recours à certaines procédures, en l'occurrence la procédure avec négociation et la procédure de dialogue compétitif.

L'article L. 2172-3 du Code de la commande publique, qui définit le partenariat d'innovation, dispose que :

### **TEXTE OFFICIEL**

#### **Code de la commande publique, art. L. 2172-3**

« Le partenariat d'innovation est 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. 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.

Sont considérés comme innovants tous les travaux, les fournitures ou les services proposés par les jeunes entreprises définies à l'article 44 sexies-0 A du code général des impôts. »

L'article R. 2122-9-1 du Code de la commande publique relatif au marché innovant opère un renvoi aux derniers alinéas de cet article concernant le caractère innovant de la solution pouvant faire l'objet de ce marché.

### **REMARQUE**

Les dispositions de l'article R. 2122-9-1 du Code de la commande publique sont le sujet de discussion quant à sa modification : suppression du dernier alinéa concernant les jeunes entreprises innovantes, ajout de prestations en lien avec l'économie circulaire.

À la date à laquelle sont écrites ces lignes, le contexte institutionnel du premier semestre de l'année 2025 n'a pas permis de trancher ces différents points.

### **4.2.2.1 Des solutions nouvelles ou sensiblement améliorées**

À l'instar du *Manuel d'Oslo* et des directives européennes, l'innovation se caractérise par la nouveauté d'une solution ou d'une prestation – c'est-à-dire d'un produit, d'un service ou de travaux – ou par le caractère sensiblement amélioré de celle-ci.

---

(3) Cf. chapitre 15.

Sur ce caractère de nouveauté, il convient de renvoyer aux développements qui précèdent.

La définition du Code de la commande publique précise en outre ce en quoi peut consister l'innovation, à savoir la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, une nouvelle méthode de commercialisation ou encore une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques ou l'organisation du lieu de travail.

Ces mentions visent donc plus à illustrer le périmètre de l'innovation qu'à restreindre sa définition.

La définition employée par le Code est ainsi volontairement large, et cela afin d'englober autant que possible tous les formes et types d'innovation, dans tous les secteurs.

L'acheteur public peut se saisir de cette définition large pour faire un usage tout aussi large des dispositifs contractuels en la matière.

#### **4.2.2.2 Des solutions proposées par les jeunes entreprises innovantes**

À l'occasion de la Loi de finances pour 2024, l'article L. 2172-3 du Code de la commande publique a fait l'objet d'une modification introduisant un nouvel élément de définition des produits, services ou travaux innovants.

Ainsi, « sont considérés comme innovants tous les travaux, les fournitures ou les services proposés par les jeunes entreprises définies à l'article 44 sexies-0 A du code général des impôts ».

Cette condition est alternative de celle relative aux travaux, fournitures ou services innovants.

Le caractère innovant de travaux, fournitures ou services n'est donc plus seulement apprécié au regard de ces travaux, fournitures ou services, mais également par rapport à l'opérateur économique qui la propose, en l'occurrence une jeune entreprise innovante (JEI).

Selon les parlementaires à l'origine du texte, l'ajout de cet élément de définition avait pour but d'élargir un peu plus l'accès à la commande publique aux entreprises innovantes.

Cet article a induit alors le postulat – qui peut être discuté – selon lequel tous les travaux, fournitures ou services qui sont proposés par une jeune entreprise innovante, seraient *de facto* innovants.

Notons particulièrement que la suppression de ces dispositions est envisagée aux termes du *Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique, financière, environnementale, énergétique, de transport, de santé et de circulation des personnes du 31 octobre 2024*.

À cette occasion, le gouvernement a justifié cette proposition de suppression dans un but de mise en conformité avec le droit de l'Union européenne qui n'admet pas, en matière de commande publique, de qualification de la solution innovante qui reposerait sur des considérations exclusivement organiques.

Bien que la suppression de cette disposition fasse consensus parmi les parlementaires, à la date à laquelle est finalisée cet ouvrage, ce projet de loi n'a pas encore été définitivement adopté.

## La répartition des droits de propriété intellectuelle

Les droits de propriété intellectuelle représentent un enjeu essentiel dans le cadre des achats innovants, particulièrement pour ceux portant sur des prestations intellectuelles et liées aux domaines du numérique et des technologies de l'information.

C'est au stade de l'élaboration du projet que l'acheteur doit s'interroger sur cette répartition, et cela quel que soit le projet ou le type d'achat envisagé, qu'il s'agisse de la mise en place d'un simple démonstrateur dans le cadre d'un POC, de la commande d'une étude de faisabilité ou du développement et de l'acquisition d'une solution dans le cadre d'un partenariat d'innovation.

Comme exposé par la suite, les droits de propriété intellectuelle et un partage adapté entre les parties peuvent conditionner la réussite du projet.

La réflexion sur ces questions doit donc être menée par l'acheteur le plus tôt possible.

### **DOCUMENTATION**

Mission APIE, Propriété intellectuelle, Les droits de l'acheteur et du titulaire dans les nouveaux CCAG de 2021, 2021  
Service d'information du Gouvernement, Mission APIE, Bonnes pratiques de propriété intellectuelle, 2023  
Portail des publications de la Mission APIE  
Direction des achats de l'État, Guide Achats informatiques et propriété intellectuelle, mars 2019

### **BIBLIOGRAPHIE**

E. Pourcel, Fasc. 17 : Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics, 28 juillet 2021.  
A. Dizier, « Enjeux de la propriété intellectuelle dans l'achat public innovant : intérêts et limites des CCAG », *Contrats publics*, n° 239, février 2023  
E. Nigri et P. Peyret, « Gérer les aspects de propriété intellectuelle dans les marchés publics », Fiche n° 447, Lexisnexis, 13 mai 2023

## **7.1 Le périmètre du droit de la propriété intellectuelle**

Les droits de propriété intellectuelle désignent les droits de propriété industrielle et les droits de propriété littéraire et artistique, comprenant les droits d'auteur et les droits voisins du droit d'auteur, lesquels sont protégés par des droits patrimoniaux et des droits moraux.

Le droit de propriété intellectuelle se divise en deux catégories :

- d’une part, la propriété industrielle : brevets, marques, dessins et modèles, régie en particulier par les dispositions des articles L. 411-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ;
- d’autre part, la propriété littéraire et artistique : droits d’auteur, droits voisins, droits sui generis des producteurs de bases de données, régie en particulier par les dispositions des articles L. 111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

## 7.2 Les enjeux relatifs au droit de la propriété intellectuelle

Comme le relève l’OIEC, la propriété intellectuelle (et les droits conférés à l’acheteur) va conditionner :

- l’autonomie de l’acheteur, en particulier pour exploiter les résultats du marché (maintenance, gestion par un tiers, évolution) ;
- les conditions de remise en concurrence à l’issue du marché ;
- la prise en compte des apports de l’acheteur (valorisation économique de sa contribution au développement de la solution) ;
- le modèle économique de l’innovation (possibilité d’en faire une exploitation commerciale) ;
- la diffusion de l’innovation, notamment sa mutualisation avec d’autres acheteurs publics ayant participé à son développement ou sa réutilisation.

Il est nécessaire d’anticiper le plus tôt possible la question des droits de propriété intellectuelle et ensuite de prévoir une clause définissant les droits en cause et leur répartition entre les parties.

### RECOMMANDATION

En pratique, l’appréciation de l’opportunité de disposer d’une clause de propriété intellectuelle et sa définition (notamment le partage des résultats entre l’acheteur public et le titulaire du contrat, les droits respectifs de chacun) se fait au moment de la définition du besoin.

Le sourcing peut être utile afin d’apprécier les besoins de l’acheteur public en matière de droits de propriété intellectuelle et les « pratiques » du marché en la matière afin d’adapter le cas échéant la définition de son besoin.

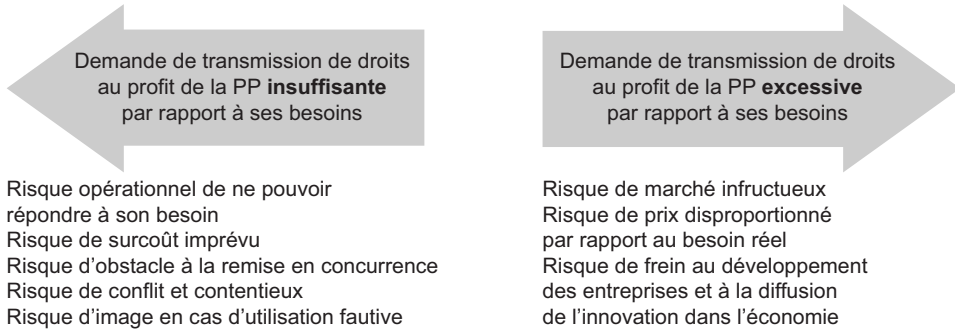
Tant lors d’un éventuel sourcing que lors de la définition du besoin, il peut être pertinent de mobiliser une équipe pluridisciplinaire afin d’apprécier les besoins de l’acheteur, ainsi que la traduction juridique de ceux-ci.

**Tab. 7.1. Les enjeux de la répartition des droits de propriété intellectuelle<sup>(1)</sup>**

Acheteur	Prestataire
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Obtenir les droits nécessaires à la satisfaction de ses besoins</li> <li>– Obtenir une offre pertinente au juste prix</li> <li>– Sécuriser ses relations avec les prestataires</li> <li>– Réduire une situation de dépendance à une solution déterminée au détriment des solutions concurrentes</li> <li>– Faire valoir sa contribution à l’innovation</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Pouvoir réutiliser les résultats de son activité</li> <li>– Disposer d’actifs immatériels valorisables (brevets, marques, etc.)</li> <li>– Préserver son patrimoine informationnel et la confidentialité de ses projets</li> <li>– Faire valoir la contribution d’une personne publique à forte légitimité opérationnelle (par exemple une solution d’extinction des feux élaborée avec le savoir-faire des pompiers)</li> </ul>

(1) OIEC, *Guide L’achat public de solutions innovantes*, 2024

Au regard de ces enjeux, l'acheteur public doit veiller à un juste équilibre dans la répartition des droits de propriété intellectuelle avec son partenaire, qui doit être en adéquation avec ses besoins.



**Fig. 7.1. L'équilibre dans la répartition des droits de propriété intellectuelle<sup>(2)</sup>**

#### **DOCUMENTATION**

##### **Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes, Communication de la Commission européenne (2021/C 267/01)**

Les acheteurs publics devraient par conséquent envisager de laisser les droits de propriété intellectuelle aux fournisseurs, sauf si un intérêt public supérieur est manifeste. Cela pourrait être le cas lorsque le fournisseur ne devrait pas être autorisé à utiliser les résultats du marché public (par exemple, pour des raisons de sécurité ou de confidentialité), lorsque le fournisseur n'est pas en mesure d'utiliser les résultats du marché public (par exemple, la conception de campagnes de marketing ou de logos spécifiquement pour les acheteurs publics), ou lorsque l'acheteur public doit rendre tous les résultats publics (par exemple, certains rapports/études stratégiques, objectifs en matière de données ouvertes). L'approche consistant à laisser les droits de propriété intellectuelle aux fournisseurs chaque fois que cela semble opportun peut contribuer au renforcement de l'attrait des marchés publics pour les innovateurs.

Lorsque les droits de propriété intellectuelle sont laissés aux fournisseurs, les acheteurs publics peuvent néanmoins - et sont appelés à le faire - protéger leur intérêt raisonnable ainsi que l'intérêt public. En conséquence, les acheteurs publics pourraient être amenés à conserver les droits suivants, ce qui devrait être mentionné dans le marché :

- droits d'utilisation et d'adaptation suffisants : droits - exempts de redevances - d'utiliser et d'adapter les solutions innovantes. Afin de permettre l'utilisation et l'adaptation, les acheteurs publics doivent avoir accès à la documentation et peuvent également avoir besoin du droit de la partager avec des pairs (en nombre limité) (par exemple, d'autres administrations devant établir une connexion avec la solution de l'acheteur) ;
- droit conditionnel de concéder des licences : les acheteurs publics devraient pouvoir obliger les fournisseurs à accorder à certaines tierces parties des licences pour exploiter ou modifier la solution pour l'acheteur dans des conditions de marché équitables et raisonnables. Lorsque le fournisseur s'y refuse, l'acheteur public devrait avoir le droit de céder lui-même ces licences à des tierces parties pour protéger l'intérêt public ;
- droits de publication appropriés : s'il est conseillé de laisser les DPI à l'acheteur public lorsque tous les résultats doivent être rendus publics (par exemple, droits d'auteur pour certains rapports/études stratégiques), dans les cas où le fournisseur reste titulaire des DPI, les droits d'accès et de publication concernant les données dérivées devraient être garantis (par exemple, certaines données publiques d'intérêt général, ou que l'acheteur public pourrait souhaiter publier volontairement pour permettre leur réutilisation par des tierces parties, par exemple pour développer d'autres solutions innovantes).

(2) APIE, Clauses de propriété intellectuelle dans les marchés publics : les bons réflexes.

Pour conclure, laisser les droits de propriété intellectuelle aux fournisseurs peut soutenir la commercialisation industrielle de solutions innovantes tout en protégeant l'intérêt raisonnable des acheteurs publics et en réduisant le coût d'achat pour le secteur public. Les États membres pourraient donc envisager de laisser les droits de propriété intellectuelle aux fournisseurs, dans les conditions décrites plus haut et faire en sorte que les incitations des entreprises à innover ne soient pas faussées et que l'accès aux marchés ne soit pas fermé.

## **RECOMMANDATION**

### **Focus : Le partage des innovations entre acheteurs**

Il est courant qu'un projet ou une solution innovante soit élaboré conjointement par plusieurs acheteurs publics ou qu'il réponde au besoin d'autres acheteurs publics que celui qui en est à l'initiative.

Il est donc nécessaire d'anticiper ces besoins afin de prévoir les conditions de partage, de mutualisation ou de réutilisation de la solution.

Comme le relève la Mission Appui au Patrimoine Immatériel de l'État (APIE), identifier la propriété intellectuelle du projet constitue un prérequis indispensable à sa mutualisation.

L'acheteur public doit en effet disposer des droits suffisants pour autoriser d'autres acheteurs publics et organisations à utiliser, la réutiliser ou encore à améliorer la solution.

La Mission APIE énumère les questions que l'acheteur public porteur du projet doit se poser dans ce cadre :

- quels besoins de mutualisation sont envisagés pour l'innovation ? Permettre à d'autres entités publiques de réutiliser des documents, fabriquer/faire fabriquer des produits, implémenter un logiciel, inciter à proposer des améliorations, des déclinaisons, construire une communauté, etc. ? ;
- quelles sont les parties prenantes du projet ? Des agents publics, des partenaires, des citoyens utilisateurs, des prestataires dans le cadre d'un marché public etc. ? Le cas échéant, quel est leur modèle économique, leur motivation pour participer au projet ? ;
- quelle communication mener autour de l'innovation ? Comment le lien avec l'entité publique à l'initiative de l'innovation sera-t-il conservé (mention spécifique, utilisation de la marque de l'administration ou d'une marque dédiée pour l'innovation, etc.) ?

Et pour un partage réussi de l'innovation, la Mission APIE met en avant les facteurs suivants :

- mettre en place les conditions de partage le plus tôt possible. Objectif : intégrer de potentiels futurs utilisateurs et permettre ainsi la réalisation d'économies ou l'amélioration de la solution avec des idées externes ;
- investir dans la création et l'animation d'une communauté avec utilisateurs et gestionnaires de l'innovation : des événements peuvent être organisés, un forum de discussion créé, etc. ;
- prévoir une feuille de route (fonctionnelle et technique) du projet afin d'offrir une visibilité à la communauté mais également s'assurer que le projet continuera à répondre aux besoins de l'administration ;
- s'assurer de valoriser également le savoir-faire développé par l'entité publique autour de l'innovation : les innovateurs vont en effet passer du temps dans ce processus de partage afin de transmettre un savoir-faire. En plus de la reconnaissance de cet effort par l'entité concernée, une rétribution financière peut parfois être envisagée pour générer des ressources propres ;
- s'appuyer sur la marque et la légitimité de l'entité publique pour porter le partage d'une innovation et en retirer des bénéfices : les projets innovants partagés avec succès entre entités publiques positionnent en effet l'organisation à l'origine du projet comme un acteur de référence et les retombées peuvent être non négligeables pour son image de marque.

Le cas échéant, l'ensemble de ces considérations et les modalités de partage des droits de propriété intellectuelle peuvent être précisés au sein de la convention *ad hoc* conclue entre les entités concernées (accorde consortium, groupement de commandes).

Ces questions se posent également lorsque le projet ou l'innovation est le résultat d'une collaboration entre le ou les acheteurs publics et des tiers (opérateurs économiques)<sup>(3)</sup>.

---

(3) Voir en ce sens : <https://www.economie.gouv.fr/apie/encadrement-juridique-des-projets-collaboratifs-les-enjeux-de-la-propriete-intellectuelle>

## **7.3 La répartition contractuelle des droits de propriété intellectuelle**

### **7.3.1 L'obligation de prévoir une clause de propriété intellectuelle**

Au-delà de la nécessité de prévoir une clause de propriété intellectuelle lorsque la solution est innovante, le Code de la commande publique impose à l'acheteur public de prévoir une telle clause dans certains contrats.

C'est le cas principalement du partenariat d'innovation, l'article R. 2172-25 du Code imposant que la répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de Recherche et Développement, soit prévue dans le contrat.

C'est également le cas du marché de Recherche et Développement aux termes duquel la propriété des résultats, dont des droits de propriété intellectuelle afférents, doit être précisée, la répartition de ces droits constituant de surcroît l'une des conditions de recours à ce marché<sup>(4)</sup>.

#### **BIBLIOGRAPHIE**

Direction des affaires juridiques – Mission APIE, Propriété intellectuelle, les droits de l'acheteur et du titulaire dans les nouveaux CCAG de 2021, 2021.

E. Pourcel, « Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics », *JurisClasseur Contrats et Marchés publics* 3 juin 2016, mise à jour 26 février 2020.

### **7.3.2 La référence au CCAG**

Depuis leur réforme en 2021, tous les cahiers des clauses administratives générales prévoient des clauses en matière de propriété intellectuelle adaptées à l'objet du marché.

#### **RECOMMANDATION**

Le CCAG ne s'applique qu'à la condition que l'acheteur public y fasse expressément référence dans les documents particuliers du marché. À défaut, le CCAG ne s'applique pas.

De même, si l'acheteur public entend déroger à une ou plusieurs clauses du CCAG, cette dérogation doit être expressément mentionnée dans les documents particuliers du marché.

Il est donc loisible pour l'acheteur public d'utiliser ces clauses en faisant référence expressément au CCAG dans les documents du marché.

L'acheteur public reste néanmoins libre de prévoir la clause de son choix en la matière ou de déroger sur certains aspects aux clauses du CCAG.

À cet égard, si les CCAG sont dédiés aux marchés publics, rien ne fait obstacle à s'inspirer de ses clauses pour d'autres montages contractuels.

(4) Voir Chapitre 11.

Tab. 7.2. Articles des CCAG relatifs à la propriété intellectuelle

	Objet du marché	Dispositions relatives à la propriété intellectuelle et à l'utilisation des résultats du marché
<i>CCAG-Travaux</i>	Travaux, réalisation d'un ouvrage	Articles 45 à 48
<i>CCAG-Maîtrise d'œuvre</i>	Mission de maîtrise d'œuvre	Articles 22 à 24
<i>CCAG-TIC</i>	Prestations entrant dans le champ des techniques de l'information et de la communication	Articles 43 à 46
<i>CCAG-PI</i>	Prestations intellectuelles : conseil, assistance...	Articles 32 à 35
<i>CCAG-FCS</i>	Fournitures courantes et services	Articles 34 à 37
<i>CCAG-MI</i>	Marché industriel	Articles 37 à 40

### 7.3.3 Le régime des résultats et des connaissances antérieures

Les développements qui suivent reprennent le régime de répartition entre les parties à un contrat des droits de propriété intellectuelle concernant les connaissances antérieures et les résultats.

En substance, le livrable d'un marché (ou d'un autre procédé contractuel impliquant un processus de création) est composé des résultats et des connaissances antérieures, qui sont les éléments créés par le titulaire pour aboutir au résultat.

Tab. 7.3. Les différentes composantes d'un livrable<sup>(5)</sup>

<b>Résultats</b>	
<i>Éléments réalisés spécifiquement par le titulaire dans le cadre du marché</i> (Ex. : développements informatiques spécifiques, paramétrages, conception de formation spécifique, étude spécifique, etc.)	
<b>Connaissances antérieures standards</b> <i>Éléments soumis à une licence préexistante au marché</i> (Ex. : logiciels standards, images de banques d'images, achat d'art, typographie, etc.)	<b>Connaissances antérieures</b> <i>Éléments créés par le titulaire, l'acheteur ou des tiers dans un cadre extérieur au marché</i> (Ex. : contenus préexistants ou créés indépendamment du marché, etc.)

(5) Mission APIE, Propriété intellectuelle, Les droits de l'acheteur et du titulaire dans les nouveaux CCAG de 2021, 2021.

## L'Achat Public Avant Commercialisation – APAC

La stratégie européenne en matière d'innovation s'est notamment manifestée par l'introduction dans une communication de la Commission européenne du 14 décembre 2007, puis dans la directive Marché 2014/24/UE du dispositif de *Pre-commercial Procurement*, c'est-à-dire le dispositif d'achat public avant commercialisation.

Ce dispositif est exclu du champ d'application de la directive n° 2014/24/UE.

### **TEXTE OFFICIEL**

**Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, cons. 47**

« Il convient de rappeler qu'une série de modèles de passation de marché ont été présentés dans la communication de la Commission du 14 décembre 2007 intitulée « Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe », portant sur la passation des marchés relatifs aux services de R&D qui ne relèvent pas du champ d'application de la présente directive. Ces modèles pourraient continuer à être utilisés mais la présente directive devrait également contribuer à faciliter la passation de marchés publics à visée innovante et aider les États membres à atteindre les objectifs de l'Union de l'innovation. »

### **12.1 Définition et objet de l'achat public avant commercialisation**

#### **12.1.1 L'approche des APAC**

L'Achat Public Avant Commercialisation (APAC) est décrit par la Commission européenne comme une approche, une méthode de passation des marchés de services de Recherche et Développement :

### **TEXTE OFFICIEL**

**Communication UE, 14 décembre 2007, COM/2007/0799 final, communication de la Commission européenne – Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe**

« La présente communication porte sur le concept d'« achats publics avant commercialisation », c'est-à-dire en phase de Recherche et Développement (R&D) avant mise sur le marché. Aux fins de la présente communication, 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 » et qui ne constitue pas une aide d'État. »

L'approche des APAC repose sur trois principes :

– **Le partage des risques et des bénéfices entre les parties selon les conditions du marché.**

On retrouve donc ici les conditions relatives au marché de Recherche et Développement et rappelées ci-dessous.

À la différence de ce dernier, la Commission européenne insiste particulièrement sur le fait que les résultats de la Recherche et Développement – c'est-à-dire les droits de propriété intellectuelle afférents – soient partagés entre les parties, ou du moins que l'acheteur public ne s'en réserve pas l'exclusivité.

– **Le développement concurrentiel par phases.**

Comme le relève la Commission européenne, un moyen de limiter les risques et de réduire le coût de la Recherche et Développement consiste « à passer des marchés par phases, sur une certaine période de temps, et à faire jouer la concurrence entre entreprises pour disposer d'une série d'options ».

– **La dissociation de la phase de Recherche et Développement de la phase de diffusion commerciale de produits finis.**

Il est à cet égard intéressant de noter que la Commission européenne considère les achats publics avant commercialisation comme étant un exercice préparatoire permettant aux acheteurs publics d'éliminer les risques liés à la Recherche et Développement de différentes solutions potentielles avant de s'engager à acquérir un produit commercial diffusé à grande échelle.

### **TEXTE OFFICIEL**

**Communication UE, 14 décembre 2007, COM/2007/0799 final, communication de la Commission européenne – Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe**

« En raison du risque d'échec inhérent à la R&D, il se peut que la réussite technologique ne soit pas toujours au rendez-vous. Ce n'est qu'une fois réalisés les achats publics avant commercialisation que les acheteurs publics 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. 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.

Les achats publics avant commercialisation sont un exercice préparatoire permettant aux acheteurs publics d'éliminer les risques de R&D technologique de différentes solutions potentielles avant de s'engager à acquérir un produit commercial diffusé à grande échelle.

En les dissociant des marchés publics en phase de diffusion commerciale, il est possible d'axer les achats publics avant commercialisation sur l'acquisition des connaissances nécessaires pour déterminer les meilleures solutions que le marché peut offrir au moment de la diffusion commerciale, sans aboutir à une aide d'État unilatérale en faveur des entreprises. »

### 12.1.2 L'approche des APAC et le marché de Recherche et Développement

Dans les faits, l'APAC a peu ou prou le même objet que le marché de Recherche et Développement<sup>(1)</sup>.

Cette approche peut même être considérée ni plus ni moins comme un « processus » de conclusion d'un tel marché.

L'APAC permet de poursuivre à un stade plus avancé que dans un marché de Recherche et Développement, puisque l'APAC peut intégrer une phase d'industrialisation *via* la réalisation notamment d'un démonstrateur en environnement opérationnel.

Comme en matière de marché de Recherche et Développement, l'APAC n'inclut ni le prolongement industriel ou opérationnel direct de la solution ni son acquisition.

Ainsi, toujours comme celui-ci, la poursuite du processus d'innovation ou l'acquisition de la solution devra faire l'objet d'un nouveau contrat, dont la conclusion est susceptible d'être précédée d'une procédure de mise en concurrence dès lors que sa valeur serait supérieure aux seuils de procédure.

Malgré le fait que les textes en la matière soient peu explicites, la Commission européenne précise que l'APAC peut aller jusqu'au développement et à l'achat d'un volume limité de premiers produits ou de services spécifiquement développés dans le cadre de l'APAC, étant entendu comme « limité » le fait que la valeur totale des fournitures ou services soit inférieure à 50 % de la valeur totale du contrat<sup>(2)</sup>.

Ces produits et services doivent donc strictement s'inscrire dans un cadre de Recherche & Développement, et non pas dans une production à grande échelle ou de produits finis.

## 12.2 Les conditions de recours à l'achat public avant commercialisation

L'APAC ne fait pas l'objet d'une traduction en tant que tel par le Code de la commande publique et reste un mécanisme régi par la directive 2014/24/UE.

Toutefois, eu égard à son objet, par analogie, on peut considérer que les dispositions de l'article L. 2512-5 du Code de la commande publique lui sont applicables<sup>(3)</sup>.

(1) Voir Chapitre 11.

(2) <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/pre-commercial-procurement>

(3) N. Lafay, E. Grzelczyk, « Le recours à l'achat public avant commercialisation (APAC) », *Contrats publics* n° 239, février 2023.

Comme pour le marché de Recherche et Développement, le recours au dispositif d'APAC n'a pas à être soumis *a priori* à des obligations de publicité et de mise en concurrence, dès lors que :

- soit les résultats sont partagés entre l'acheteur public et son cocontractant ;
- soit le financement est partagé entre ces derniers.

Ces deux conditions sont particulièrement mises en exergue par la Commission européenne aux termes de sa Communication de 2007, insistant sur la nécessité pour l'acheteur public de ne pas conserver les résultats de la Recherche et Développement à son usage exclusif, ce qui peut avoir pour conséquence de freiner l'innovation<sup>(4)</sup>.

### **12.3 Le déroulé de l'approche des APAC**

La Commission européenne propose un déroulé type de l'approche des APAC, repris notamment aux termes du guide de l'OECP.

- **Première étape** : lancement d'un appel à projets ou d'un défi concernant un besoin de l'acheteur public en Recherche et Développement.
- **Deuxième étape** : l'acheteur public retient plusieurs entreprises qui devront rechercher les meilleures solutions possibles.
- **Troisième étape** : à l'issue de cette étape, l'acheteur public peut sélectionner certaines entreprises à qui il commande un prototype, il analyse et apprécie les avantages et inconvénients des solutions, lui permettant « 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 »<sup>(5)</sup>.
- **Quatrième étape** : une concurrence est mise en œuvre pour la réalisation d'une série expérimentale, afin de vérifier la capacité de production en série.

Et ce procédé peut être appliqué à diverses phases du processus d'innovation.

---

(4) Voir Chapitre 11.

(5) Communication UE, 14 décembre 2007, COM/2007/0799 final, communication de la Commission européenne – Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe.

## 14.5 Le déroulement du partenariat d'innovation

### 14.5.1 L'exécution en phases successives

Comme évoqué ci-dessus, le partenariat d'innovation s'exécute en phases successives, indépendantes les unes des autres.

Chaque phase a un objet, une durée et des objectifs propres, définis au partenariat d'innovation et qui sont les mêmes pour les titulaires le cas échéant.

La rémunération du ou des partenaires à l'issue de chaque phase peut varier selon que les objectifs fixés au contrat ont été atteints ou que les livrables sont conformes aux prescriptions du contrat.

Normalement, c'est l'atteinte des objectifs ou la conformité des livrables qui peut conditionner le passage d'une phase à l'autre, à condition que cela soit défini au contrat.

Le partenariat d'innovation offre une certaine forme de liberté pour l'acheteur public puisqu'à l'issue de chaque phase du contrat, il peut décider de :

- poursuivre l'exécution du contrat. Dans ce cadre, il peut alors être envisagé de préciser ou de modifier les objectifs de la phase suivante et/ou les moyens à mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs, à condition que ces modifications ne soient pas substantielles ;
- mettre un terme au contrat ou réduire le nombre de titulaires, c'est-à-dire en mettant alors un terme à leur contrat « individuel ».

Les documents contractuels doivent mentionner cette prérogative et définir les conditions de sa mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat.

#### **TEXTE OFFICIEL**

##### **Code de la commande publique, art. R. 2172-31**

« À l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'acheteur décide :

1° Soit 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. Les conditions initiales du partenariat d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion ;

2° Soit 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.

Le partenariat d'innovation mentionne cette prérogative de l'acheteur et définit les conditions de sa mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat.

L'exécution de chaque phase est subordonnée à une décision de l'acheteur notifiée au partenaire dans les conditions fixées dans le partenariat d'innovation. »

Un tel fonctionnement permet une certaine forme d'émulation entre les différents partenaires et les développements proposés.

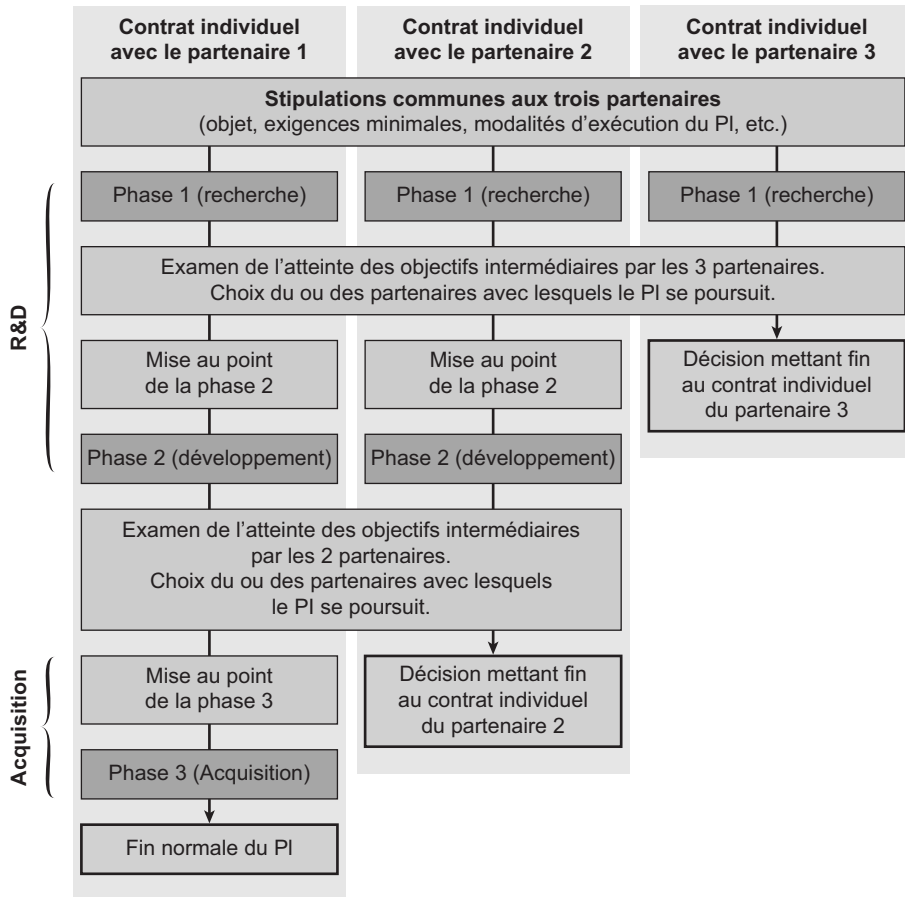


Fig. 14.2. Exécution d'un partenariat d'innovation conclu avec trois partenaires<sup>(24)</sup>

### 14.5.2 L'acquisition de la solution

L'acquisition de la solution développée, qui demeure une faculté pour l'acheteur, est conditionnée à son niveau de performance et à son coût.

**TEXTE OFFICIEL**

**Code de la commande publique, art. R. 2172-32**

« L'acheteur ne peut acquérir les produits, les services ou les travaux résultant des phases de recherche et de développement que s'ils correspondent aux niveaux de performance et n'excèdent pas les coûts maximums prévus par le partenariat d'innovation. »

L'acheteur public ne pourra acquérir la solution résultant de la ou les phase(s) de Recherche et Développement que si cette solution correspond aux niveaux de performance définis

(24) DAJ, Fiche Le partenariat d'innovation, 1<sup>er</sup> avril 2019.

au contrat et que sa valeur n'excède pas les coûts maximums prévus par le partenariat d'innovation.

Il s'agit de vérifier que le produit ou la solution finalement livré incorpore bien toutes les innovations recensées durant la phase de recherche et de développement : « il s'agit alors d'un ultime contrôle de ce que rien de l'énergie intellectuelle déployée en amont ne s'est perdu »<sup>(25)</sup>.

Sur le plan financier, il peut néanmoins s'avérer délicat d'évaluer dès le lancement de la procédure de passation du partenariat d'innovation le coût de la solution, qui à ce stade n'existe pas.

L'acheteur public peut se référer aux prix éventuellement pratiqués sur le marché pour des solutions comparables.

Contractuellement, afin de remédier à cette difficulté, il n'est pas rare que l'acheteur public s'en remette à l'expertise des candidats en leur demandant au stade de la consultation de proposer un coût estimatif ou un prix provisoire de la solution *in fine* développée.

Le contrat doit alors prévoir les conditions dans lesquelles ce prix provisoire devient le prix définitif et notamment le différentiel de prix supportable entre le prix provisoire et le prix définitif.

#### **EXEMPLE**

##### **Partenariat d'innovation (extrait du CCAP)**

« À l'issue de la phase de développement et par le moyen d'un avenant, le partenaire pourra proposer un réajustement du prix de la solution attendue en phase d'acquisition.

Ce réajustement devra se justifier au regard des paramètres, ayant fait l'objet d'une mise au point entre la personne publique et le titulaire du partenariat d'innovation et, le cas échéant, d'une actualisation de son offre financière dans les conditions déterminées au cahier des charges.

La nouvelle proposition financière ne pourra cependant pas excéder un seuil de 10 % par rapport au prix provisoire fixé par le titulaire aux termes de son offre.

En cas d'augmentation du prix de la nouvelle offre du titulaire du partenariat d'innovation de plus de 10 % au maximum par rapport au prix provisoire fixé aux termes de son offre, le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de ne pas poursuivre le partenariat d'innovation. »

#### **EXEMPLE**

Voir Annexe A7 – Déroulement global d'un partenariat d'innovation

(25) F. Linditch, « Le décret du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics (2<sup>e</sup> partie) Le partenariat d'innovation, une procédure sui generis », *JCP A* 2014, 2353.

## Les leviers procéduraux permettant de favoriser l'innovation

Plusieurs leviers peuvent être mobilisés par l'acheteur public dans le cadre des procédures d'attribution d'un marché (ou d'une concession) pour favoriser l'innovation et les réponses innovantes de la part des soumissionnaires.

### **18.1 La définition fonctionnelle du besoin**

Comme évoqué, selon la nature et les caractéristiques de son besoin et/ou de sa volonté d'encourager les soumissionnaires à proposer des solutions innovantes, l'acheteur public peut procéder à une définition fonctionnelle de son besoin<sup>(1)</sup>.

Une telle définition fonctionnelle est susceptible de laisser plus d'initiatives aux soumissionnaires dans leurs offres, notamment de proposer des solutions innovantes qui ne correspondraient pas à des solutions précisément définies dans un cahier des charges.

### **18.2 L'allotissement des prestations**

#### **18.2.1 L'allotissement : une obligation de principe**

En matière de marché public, l'allotissement des prestations est le principe et ce n'est que dans certaines hypothèses que l'acheteur public peut déroger à cette règle, notamment lorsque l'allotissement rendrait techniquement ou économiquement plus coûteuse l'exécution du marché, voire dans le cas de marchés publics globaux.

(1) Voir Chapitre 5.

### **TEXTE OFFICIEL**

#### **Code de la commande publique, art. L. 2113-10**

« Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots.

Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique. »

#### **Code de la commande publique, art. L. 2113-11**

« L'acheteur peut décider de ne pas allouer un marché dans l'un des cas suivants :

- 1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
  - 2° La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ;
  - 3° Pour les entités adjudicatrices, lorsque la dévolution en lots séparés risque de conduire à une procédure infructueuse.
- Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer le marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision. »

L'acheteur peut donc isoler les lots portant sur des travaux, fournitures ou services innovants.

## **18.2.2 Allotissement et innovation**

L'écosystème de l'innovation est majoritairement constitué de PME, de TPE et de start-up, très spécialisées.

L'allotissement des prestations d'un marché peut s'avérer alors opportun. Surtout, si certaines prestations innovantes peuvent être isolées de l'ensemble plus vaste que constitue l'opération.

Ces opérateurs économiques peuvent donc s'orienter vers ces lots, dont l'objet mais également les engagements sont plus restreints et donc plus adaptés à leur structure.

Les pouvoirs publics rappellent régulièrement l'aspect bénéfique de l'allotissement sur l'émergence de l'innovation et l'acquisition de solutions innovantes.

### **DOCUMENTATION**

#### **Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes, Communication de la Commission européenne (2021/C 267/01)**

« Diviser les marchés publics en lots est un autre moyen d'attirer les innovateurs. La taille de chaque lot peut être compatible avec les capacités opérationnelles des start-up et des PME innovantes.

Utiliser des lots est également un moyen d'éviter d'être lié à un seul fournisseur, même en cas de fournisseurs prédominants.

Dans ces cas, l'acheteur public peut définir des exigences d'interopérabilité et/ou de normes ouvertes pour interconnecter les différents blocs d'un système que les fournisseurs proposent dans différents lots.

À cet égard, le marché conclu avec le fournisseur devrait définir des règles sur la future utilisation des nouveaux droits de propriété intellectuelle découlant du projet. »

### 18.2.3 Les « lots innovants »

La dérogation relative aux achats innovants s'applique également aux lots d'un marché ; un « lot innovant » peut ainsi être conclu pour :

- des fournitures ou des services innovants, dont le montant est inférieur à 80 000 euros HT ;
- des travaux innovants, dont le montant est inférieur à 100 000 euros HT.

Cependant, le montant cumulé des « lots innovants » ne doit pas excéder 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

#### TEXTE OFFICIEL

##### Code de la commande publique, art. R. 2122-9-1, al. 2

« Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1. »

##### Code de la commande publique, art. R. 2322-16, alinéa 2 (Marché de défense ou de sécurité)

« Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. »

## 18.3 Le fractionnement des prestations

L'acheteur public dispose de la faculté de fractionner les prestations de son marché en prévoyant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles<sup>(2)</sup>.

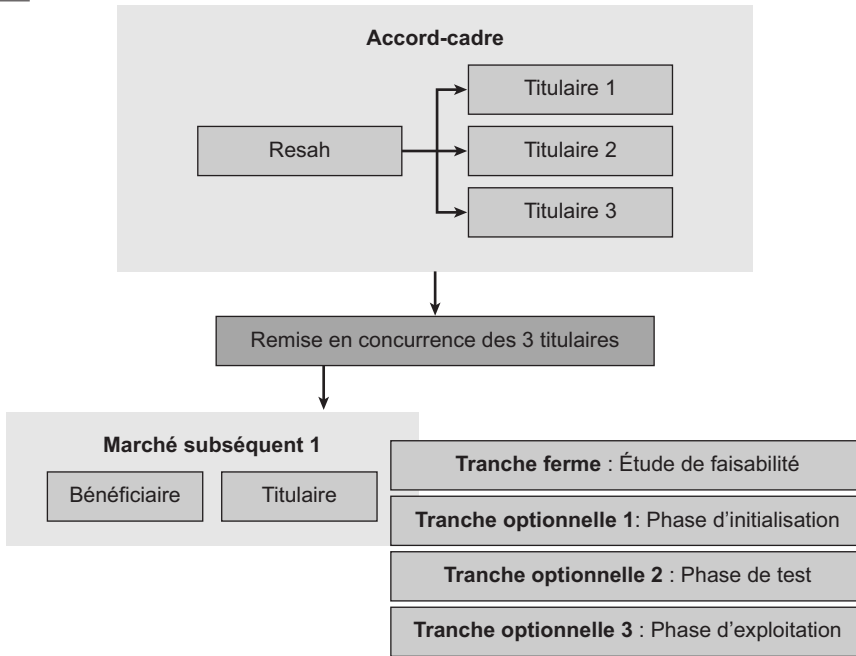
En matière d'innovation, il peut être envisagé que la première tranche ferme puisse porter sur la réalisation d'études préalables ou sur la fourniture d'un prototype par exemple.

Puis, en fonction des résultats obtenus à l'issue de cette première tranche, les tranches suivantes portant sur l'industrialisation de la solution et son déploiement seraient ensuite envisagées par l'acheteur.

Une telle organisation du marché présente l'intérêt pour l'acheteur public de s'engager uniquement sur une première phase « test » et de ne poursuivre le marché que si cette phase est concluante.

(2) Code de la commande publique, art. R. 2113-4 à R. 2113-6.

**EXEMPLE**



**Fig. 18.1. Accord-cadre ayant pour objet le déploiement d’une solution de collecte, transport et livraison par drone aérien d’échantillons biologiques, de produits sanguins labiles, et réalisation des prestations de transport associées (RESAH)**

## 18.4 La réservation de certains marchés

Le Code de la commande publique prévoit la possibilité pour l’acheteur public de réserver certains marchés ou lots à certaines entreprises en fonction de la nature des prestations et/ ou du marché.

Schématiquement, on peut distinguer :

- les marchés réservés aux entreprises adaptées (EA), et aux établissements et services d’aide par le travail (ESAT)<sup>(3)</sup> ;
- les marchés réservés aux structures d’insertion par l’activité économique (SIAE) accompagnant les personnes défavorisées<sup>(4)</sup> ;
- les marchés réservés aux entreprises implantées en établissement pénitentiaire : opérateurs économiques qui exécutent le contrat dans le cadre d’activités de production de biens et services réalisés en établissement pénitentiaire par des personnes détenues<sup>(5)</sup> ;
- les marchés réservés aux entreprises de l’économie sociale et solidaire (EESS)<sup>(6)</sup>.

(3) Code de la commande publique, art. L. 2113-12.

(4) Code de la commande publique, art. L. 2113-13.

(5) Code de la commande publique, art. L. 2113-13-1.

(6) Code de la commande publique, art. L. 2113-15.

## **DOCUMENTATION**

Direction des Achats de l'État, Guide sur les aspects sociaux de la commande publique, novembre 2023.

Ces dispositifs peuvent ainsi être mobilisés par l'acheteur public dans le cadre de l'acquisition de prestations ou de services innovants en matière d'économie circulaire, sociale et solidaire, qui sont proposés par des entreprises de l'EESS, en particulier.

L'innovation peut en effet revêtir une dimension sociale.

## **18.5 La présentation de variantes**

Autoriser les soumissionnaires à remettre une variante de la solution de base proposée en réponse au besoin de l'acheteur, peut permettre de favoriser les propositions d'alternatives innovantes de leur part.

### **18.5.1 L'autorisation de présenter une variante**

La variante constitue une offre alternative au moins aussi performante que la solution décrite par l'acheteur public dans les documents de la consultation.

En procédure formalisée, l'acheteur public doit avoir expressément autorisé la présentation de variantes, alors qu'en procédure adaptée, elles sont réputées autorisées, sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

#### **TEXTE OFFICIEL**

##### **Code de la commande publique, art. R. 2151-8**

« Les acheteurs peuvent autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

1° Pour les marchés passés selon une procédure formalisée :

a) Lorsque le marché est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;

b) Lorsque le marché est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;

2° Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation. »

##### **Code de la commande publique, art. R. 2151-9**

« L'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation. »

##### **Code de la commande publique, art. R. 2151-10**

« Lorsque l'acheteur autorise ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation. »

Ces variantes peuvent être techniques ou d'ordre environnemental ou social.

Notons enfin que si une certaine liberté doit être laissée aux soumissionnaires pour présenter une variante, l'acheteur public doit néanmoins préciser dans les documents de la consultation les exigences minimales qu'elles doivent notamment respecter.

Face à des défis majeurs – transition écologique, transformation numérique, souveraineté technologique – l’achat public ne peut se limiter à une simple commande de solutions existantes. Il doit aussi permettre de détecter et d’acquérir des solutions innovantes, et même de participer à leur élaboration.

Or l’achat d’innovation suppose de naviguer dans un environnement juridique complexe : comment distinguer innovation et processus d’innovation ? Qu’est-ce qu’une solution innovante au sens du Code de la commande publique ? Quel est l’outil contractuel le mieux adapté selon le stade de développement de la solution ? Comment concilier maîtrise des risques, efficacité économique et cadre juridique ?

À travers 22 chapitres structurés et illustrés d’exemples, ce guide décrypte l’ensemble des outils, montages juridiques et pratiques disponibles pour que l’achat public soit un moteur d’innovation. De la phase de définition du besoin à l’exécution du contrat, en passant par les marchés de R&D, les partenariats d’innovation ou les achats avant commercialisation, l’ouvrage offre une approche complète et opérationnelle.

Les nombreux schémas de décision, encadrés pratiques, tableaux comparatifs et fiches annexes font de ce guide un outil indispensable à toute personne publique souhaitant s’initier ou renforcer sa stratégie d’achat public innovant.

**Laurent Bidault** est avocat depuis 2014 et l’associé-fondateur de NOVLAW AVOCATS, cabinet d’avocats pluridisciplinaire basé à Paris, Lille et Lyon. Il a développé une compétence particulière en matière d’innovation appliquée au secteur public, accompagnant une pluralité d’acteurs (acheteurs, opérateurs, entreprises innovantes, structures d’accompagnement) dans leurs projets associant le secteur public et les domaines de l’innovation, du numérique ou encore des NTIC.

Cet ouvrage s’adresse à tous les acheteurs publics, juristes, décideurs qui souhaitent maîtriser les mécanismes permettant de concilier innovation et sécurité juridique.

ISSN 2267-0149

ISBN 978-2-281-13740-8



9 782281 137408

EDITIONS

**LE MONITEUR**