



IDfriches

Auvergne-Rhône-Alpes



www.asea-avocats.com

Des avocats pour agir, s'organiser et se défendre

INNOVATION ET MARCHES PUBLICS

LES PISTES A EXPLORER
2^{ème} journée

Vendredi 9 février 2018



Une initiative de la **Région Auvergne-Rhône-Alpes** | **Aménagement**

Rappel du déroulé des ateliers juridiques « Innovation et marchés publics »

- Réunions de cadrage => priorisation
- Atelier de travail => production

Conclusion de la 1^{ère} séance :

- **4 priorités**
 - Définition de l'innovation
 - Créer un outil de sourcing
 - Dialogue acheteurs publics-entreprises en MAPA
 - Clauses techniques types « marchés innovants »
- **Séance du 9 février**
 - Finalisation de la présentation des procédures du CdM
 - Définition de l'innovation et du sourcing de solution innovante



Atelier juridique présenté par Me Aldo Sévino - Cabinet d'avocats ASEA

Second atelier juridique qui fait suite à celui qui s'est tenu au mois de décembre 2017 sur la thématique « Innovation & Marchés publics ». L'intérêt suscité par la problématique (et sa complexité) justifie l'organisation d'une seconde journée sur des thématiques resserrées. Le partenariat d'innovation vous sera présenté en tant que contrat public spécifique, puis, nous amorcerons deux priorités précédemment identifiés : le sourcing en marchés innovants et la définition de l'innovation.

8h30 : accueil

9h-10h : I. Le partenariat d'innovation

1. Des conditions de recours bien encadrées pour une procédure relativement souple
2. L'exécution du marché donne tout son intérêt à la procédure de partenariat d'innovation

10h-11h : III. Définition de l'innovation et principes à prendre en compte dans la passation des MP

1. Définition de l'innovation
2. Principes à prendre en compte dans la passation des MP

11h-12h : II. Le « Sourcing » en marchés innovants et partenariat d'innovation

1. Intérêts
2. Limites

12 h : déjeuner de travail





IDfriches

Auvergne-Rhône-Alpes

III. Une procédure spécifique : le partenariat d'innovation

Co-financé par :



En partenariat avec :



www.asca-avocats.com
Des avocats pour agir, organiser et défendre.

III. Une procédure spécifique : le partenariat d'innovation

La directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics crée une procédure spécifique destinée à prendre en compte les particularités de l'innovation : le partenariat d'innovation.

Cette procédure a trouvé une traduction en droit français dans les articles 93 à 95 du décret d'application de l'ordonnance marchés publics.



III. Une procédure spécifique : le partenariat d'innovation

Des conditions de recours bien encadrées pour une procédure relativement souple

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



III. Une procédure spécifique : le partenariat d'innovation

Des conditions de recours bien encadrées pour une procédure relativement souple

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



III. Une procédure spécifique : le partenariat d'innovation

La procédure de passation du partenariat d'innovation est relativement souple

A l'exception des offres finales, toutes les offres doivent être négociées afin d'améliorer leur contenu.

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



III. Une procédure spécifique : le partenariat d'innovation

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

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

A la fin des négociations, l'acheteur invite les candidats à remettre une offre finale qui ne pourra plus être négociée



III. Une procédure spécifique : le partenariat d'innovation

L'exécution du marché donne tout son intérêt à la procédure de partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation est structuré en plusieurs phases : celles-ci sont au minimum au nombre de deux afin de couvrir,

- éventuellement la recherche de solutions,
- puis d'une part, le déroulement du processus de recherche, recherche et développement *stricto sensu*,
- et d'autre part, l'acquisition de la solution qui doit en résulter.



III. Une procédure spécifique : le partenariat d'innovation

L'acquisition des solutions innovantes issues de la R&D n'est qu'une faculté pour l'acheteur public. Il peut ainsi prévoir dans le contrat, par exemple, que si une solution nouvelle, moins chère ou de meilleure qualité et susceptible de répondre à ses besoins apparaissait sur le marché pendant l'exécution du partenariat, il ne passerait pas à la phase d'acquisition, alors même que les niveaux de performance définis initialement seraient atteints.





IDfriches
Auvergne-Rhône-Alpes

I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

Co-financé par :



En partenariat avec :



www.asea-avocats.com

Des avocats pour agir, s'organiser et se défendre.

I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

Définition large de l'innovation proposée par l'OCDE

Le manuel d'Oslo (3^e édition, 2005) définit l'innovation comme « *la mise en œuvre :*

- *d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré,*
- *d'une nouvelle méthode de commercialisation*
- *ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures* ».

Cette définition aborde 4 catégories d'innovation qui ont été reprises dans la définition figurant dans la Directive 2014/24 relative aux marchés publics.



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

La Directive 2014/24 du 26 février 2014, en son article 2, reprend les **4 catégories d'innovation** prévues dans le manuel d'Oslo :

« *la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un **procédé nouveau ou sensiblement amélioré**, y compris mais pas exclusivement :*

- 1. Une innovation de produits (ou services)*
- 2. des procédés de production ou de construction,*
- 3. d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques,*
- 4. 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***



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

1- Une innovation de produit (ou services) correspond à « *l'introduction d'un bien ou d'un service nouveau ou sensiblement amélioré sur le plan de ses caractéristiques ou de l'usage auquel il est destiné.*

- *Cette définition inclut les améliorations sensibles des spécifications techniques, des composants et des matières, du logiciel intégré, de la convivialité ou autres caractéristiques fonctionnelles ».*

- **Exemples et RETEX ?**



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

2- Une innovation de procédé est « *la mise en œuvre d'une méthode de production ou de distribution nouvelle ou sensiblement améliorée. Cette notion implique des changements significatifs dans les techniques, le matériel et/ou le logiciel* ».

- **Exemples et RETEX ?**



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

3 - Une innovation de commercialisation est « *la mise en œuvre d'une nouvelle méthode de commercialisation impliquant des changements significatifs de la conception ou du conditionnement, du placement, de la promotion ou de la tarification d'un produit* ».

- **Exemples et RETEX ?**



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

4 - Une innovation d'organisation est « *la mise en œuvre d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de la firme* ».

- **Exemples et RETEX ?**



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

L'achat d'innovation en France

La circulaire du Premier ministre en date du 25 septembre 2013 (avant l'entrée en vigueur du nouveau Code des marchés publics) relative au soutien à l'innovation par l'achat public et le guide pratique de l'achat innovant (v.2 de janvier 2014) définissaient l'achat innovant comme :

« les achats de produits non encore commercialisés et pour lesquels l'acheteur a contribué à finaliser la définition dans le but d'apporter une réponse a

- *un besoin non couvert*
- *ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant »*



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

L'achat d'innovation en France

Les produits déjà commercialisés par l'entreprise ne relèvent pas du périmètre de l'achat d'innovation,

« ils pourront toutefois y être intégrés si la première commercialisation du produit remonte à moins de deux ans et si le produit apporte une réponse à un besoin non couvert ou une réponse nouvelle et améliorée à un besoin existant.

Il convient également de mentionner les achats socialement innovants.

- ***Exemples et RETEX ?***



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

Le guide de l'achat innovant et de la circulaire du Premier ministre donnaient une définition limitée de l'innovation en limitant celle-ci aux seules innovations intrinsèques aux produits et services.

A contrario, les innovations extrinsèques (innovations de procédé, de commercialisation et d'organisation) aux produits et services étaient exclues du périmètre de la définition.



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

La volonté de l'Etat fut de rapprocher le cadre juridique de l'économique et d'ouvrir les marchés à des formes d'innovation jusqu'ici exclues.

Dans l'esprit des textes l'innovation ne se décrète pas juridiquement, mais se définit économiquement et se juge pour partie sur l'amélioration des critères prix, coût, qualité de la proposition, et cycle de vie du marchés.

Il n'existe donc pas de définition de la notion d'innovation dans le Code des marchés publics. En revanche, certains articles utilisent cette notion en lui donnant une définition spécifique à l'article considéré.



I. Définition de l'innovation et sa prise en compte pratique dans les marchés publics

Article 25-II du décret d'application de l'ordonnance sur les marchés publics

« II. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif dans les cas suivants :

(...)

2° Lorsque le besoin consiste en une **solution innovante**. Sont 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 qui est spécifique aux procédures négociées et au DC ainsi qu'au partenariat d'innovation semble pouvoir être retenue de manière générale pour définir l'innovation au sens des MP.



Propositions

Propositions :

- Formalisation d'un guide opérationnel et d'une boîte à outil sur les marchés innovants spécifiquement dédiés à la requalification de friches industriels
- Potentiel rédaction pièces de marchés type / DCE particuliers « définition du besoin » (décret marchés publics 2016) propre au projet de requalification de friches industrielles
- Accompagnement méthodologique à la définition du cadre juridique de marchés innovants
- **Autres propositions ?**





IDfriches

Auvergne-Rhône-Alpes

II. Le « Sourcing » en marchés innovants

Co-financé par :



En partenariat avec :



www.asa-avocats.com
Des avocats pour organiser le territoire

I. La prise en compte de l'innovation dans les marchés publics

Parmi les modalités de définition du besoin, les acheteurs publics peuvent avoir recours à la technique du sourcing :

Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Cette démarche, appelée « sourcing » ou « sourçage » a pour objectif de permettre aux acheteurs publics d'**accéder à une connaissance précise du marché, de ses opérateurs, des solutions** qu'ils proposent notamment en termes d'innovations technologiques (Ordonnance marchés publics, article 4).



II. Le « sourcing »

L'objectif du sourcing est d'acquérir une bonne connaissance du tissu économique et technique de manière à être en capacité d'affiner le besoin (sous-entendu notamment, sa traduction notamment dans le cahier de charges du marché).



II. Le « sourcing »

Loin d'être une démarche « sulfureuse », la procédure du sourcing est au contraire aujourd'hui largement soutenue par les pouvoirs publics et notamment la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des Finances.



II. Le « sourcing »

Les bénéfices du « sourcing » sont potentiellement nombreux.

Cette démarche permet notamment de :

- préciser son besoin technique mais aussi **prendre davantage en compte les caractéristiques économiques du marché fournisseur afin d'adapter la forme du marché** à passer (accord-cadre, allotissement, ...),
- permettre aux opérateurs économiques de mieux préparer leur offre,
- élargir la mise en concurrence à de nouveaux opérateurs économiques,
- responsabiliser l'acheteur public en lui permettant de disposer d'une meilleure connaissance du marché (capacité d'adapter le cahier des charges en fonction de la réalité du marché).



II. Le « sourcing »

Les limites au recours au « sourcing »

Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition :

- qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence
- et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.



II. Le « sourcing »

L'article 5 du Décret n° 2016-360 du 27 mars 2016 impose à l'acheteur de prévoir des mesures de nature à contenir le risque d'un avantage concurrentiel de l'opérateur *« qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires »*.

Article 5 : *« L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, (...)»*.



II. Le « sourcing »

ATTENTION

L'acheteur public ne peut violer le secret des affaires.

La définition et la formulation de son besoin ne doivent pas constituer une violation du secret des procédés, du secret des informations économiques et financières ou du secret des stratégies commerciales d'un opérateur.

Il est néanmoins prévu par le respect professionnel peut être levé avec l'accord de l'opérateur économique.

L'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit que les opérateurs économiques peuvent « *consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées* ».





IDfriches Auvergne-Rhône-Alpes

Cluster INDURA 23 Avenue Condorcet, 69100
Villeurbanne



www.asea-avocats.com
Des avocats pour agir, s'organiser et se défendre

M° Aldo SEVINO

Cabinet ASEA

51, Rue Tête d'Ord ,69006 Lyon

En partenariat avec :

Cabinet ASEA