

**Avis du Comité économique et social européen sur la «Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions — Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe»**

COM(2007) 799 final

(2009/C 100/02)

Le 14 décembre 2007, la Commission a décidé de saisir le Comité économique et social européen, en vertu de l'article 262 du traité instituant la Communauté européenne, d'une demande d'avis sur la

*«Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions — Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe»*

La section «Marché unique, production et consommation», qui était chargée de préparer les travaux du Comité en la matière, a adopté son avis le 1<sup>er</sup> octobre 2008 (M. VAN IERSEL, rapporteur).

Lors de sa 448<sup>e</sup> session plénière, tenue les 21, 22 et 23 octobre 2008 (séance du 22 octobre 2008), le Comité économique et social européen a adopté le présent avis par 70 voix pour et 1 abstention.

## 1. Conclusions et recommandations

1.1. Le CESE approuve entièrement l'objectif de la Commission pour promouvoir des incitations à l'innovation en matière de marchés publics dans l'ensemble de l'Europe. Si l'Europe entend rester en première position pour ce qui est de fournir des services publics rentables et de qualité supérieure à ses citoyens, et ce dans des conditions favorables à l'économie ainsi qu'à l'environnement social et écologique, elle doit s'efforcer d'exploiter au mieux les innovations et les progrès technologiques dans ses services publics.

1.2. Il souscrit aux recommandations de la Commission concernant la notion de «client intelligent» en tant que condition préalable essentielle à une attitude plus proactive par rapport à une politique moderne d'achats de la part des pouvoirs publics. En règle générale, la qualité des marchés conclus avec des fournisseurs privés bénéficiera d'un degré plus élevé d'engagement «intelligent» de la part de l'acheteur public.

1.3. Le CESE partage le sentiment de la Commission selon lequel en favorisant les possibilités d'innovation et d'application des technologies dans les marchés publics, l'on obtiendra de bons résultats sur deux plans. D'une part, en améliorant la qualité des services publics et la rentabilité, ce qui sera bénéfique pour les contribuables; et d'autre part, en créant pour les entreprises de nouvelles possibilités d'innovation, ce qui contribuera globalement aux bonnes performances de l'Europe en matière d'innovation et à sa compétitivité.

1.4. Le CESE souligne que, quels que soient les avantages que l'on peut attendre de démarches nouvelles ou différentes en matière de marchés publics, la transposition et l'application

correctes des directives de 2004 <sup>(1)</sup> (ci-après: «les Directives») restent une priorité. Les mentalités traditionnelles et culturelles sont souvent enracinées en profondeur. La pratique démontre qu'une application correcte des textes dans les États membres nécessite un contrôle étroit et permanent, ainsi que des échanges d'expérience et de bonnes pratiques.

1.4.1. Les marchés publics recouvrent à l'heure actuelle des domaines très larges et des paradigmes nouveaux. Le CESE souligne qu'il faut établir une distinction bien claire entre les achats effectués par des pouvoirs publics et ceux qu'effectuent des services publics, en particulier par rapport à la promotion de l'innovation. Les services publics, dont la plupart participent à des projets innovants depuis plus de cent ans, possèdent davantage de compétences et d'expérience professionnelles en matière de projets de haute technologie, ce qui les met à même de pouvoir gérer l'innovation dans le temps présent. Il en va de même de la défense, bien que, comparée aux États-Unis, l'Europe souffre de l'absence de budgets importants et de l'absence d'une base d'approvisionnement correspondante à l'échelle du continent. C'est pourquoi le présent avis traite plus particulièrement du cas des pouvoirs publics, étant donné que les services publics possèdent la capacité de gérer la R&D.

1.5. Il semble que la Commission soit très sûre de la possibilité de transposer l'utile expérience acquise par les États-Unis, pour ce qui est de faire le lien entre technologies, innovation et marchés publics en Europe. Le CESE craint qu'il ne soit pas aussi facile que cela de créer des possibilités comparables. Actuellement, en Europe, les marchés des services publics et de la défense, les modes d'approvisionnement et l'innovation connexe se sont principalement développés sur la base de situations et de compétences à caractère national.

<sup>(1)</sup> Les directives de 2004: passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, 2004/17/CE; marchés publics de travaux, de fournitures et de services, 2004/18/CE.

1.6. De façon générale, les différences par rapport aux États-Unis, en matière de marchés publics, tiennent à des éléments qui font défaut en Europe:

- un grand marché et des conditions identiques de fonctionnement pour les PME des secteurs de technologie de pointe sur l'ensemble du continent,
- une langue commune,
- la relation privilégiée qui existe entre le Pentagone et les entreprises qui exercent principalement leurs activités dans des secteurs technologiques, et
- les retombées des produits et des applications militaires vers des produits et des applications civils.

1.7. Le CESE souhaite affirmer clairement qu'il partage le sentiment de la Commission selon lequel nous devons tirer parti de toutes les possibilités de stimuler l'innovation afin de nous doter de services publics meilleurs en qualité et en rentabilité. Dans cette perspective, la Commission devrait encourager les pouvoirs publics à s'efforcer de profiter mutuellement de leurs meilleures pratiques.

1.8. Il conviendrait d'inciter les acheteurs publics à s'ouvrir à des solutions innovantes et nouvelles (des «variantes»), et à ne pas nécessairement continuer à s'approvisionner toujours aux mêmes sources. Ils devraient rechercher la rentabilité, et non pas seulement le prix le plus bas. Les échanges entre les centres de connaissance qui existent en ce domaine dans certains États membres peuvent contribuer à donner des exemples à suivre dans l'ensemble de l'Europe. De cette façon, il serait possible d'encourager les acheteurs publics à se doter des compétences nécessaires pour pouvoir être des «clients intelligents» et ensuite acquérir progressivement de l'expérience. Ces compétences et cette expérience constituent un impératif incontournable.

1.9. Pour ce qui concerne l'innovation, les acheteurs publics doivent ouvrir un dialogue technique transparent bien avant de publier des appels d'offres, et ce afin de comprendre ce qu'est «l'état de l'art» sur le marché et de donner au marché la possibilité de mieux comprendre le problème à traiter, pour pouvoir ainsi proposer des solutions optimales.

1.10. Le CESE recommande la prudence en ce qui concerne l'idée d'associer la majorité des pouvoirs publics à des processus innovants ou de les amener à adopter les premiers des solutions innovantes. Les pouvoirs publics sont trop souvent privés de la possibilité d'acquérir la compétence et l'expérience nécessaires

pour participer à un projet véritablement innovant; les risques ne sont pas négligeables et supposent un très haut niveau de qualité de la gestion, sans jamais perdre de vue que l'éventualité d'un échec est très réelle.

1.11. Il conviendrait de créer un réseau de personnes et d'organisations qui, dans les États membres, se caractérisent par leur expérience et leur professionnalisme; l'on pourrait ainsi faire appel à ce réseau pour renforcer les ressources d'un acheteur dans les cas de projets innovants avancés.

1.12. Bien que l'Annexe évoque des procédures d'achats publics avant commercialisation qui, tout en n'entrant pas dans le champ d'application des directives en vertu de l'Exclusion<sup>(2)</sup>, n'en sont pas moins conformes au cadre juridique existant, la possibilité d'une infraction, même involontaire, par rapport à ce cadre, continue d'exister. Le CESE recommande que les acheteurs étudient l'annexe et suivent scrupuleusement ses recommandations. Si le pouvoir public acheteur éprouve le moindre doute, ou si des fournisseurs potentiels éprouvent le moindre doute, le CESE recommande fortement que le pouvoir public concerné demande une autorisation préalable de la Commission, dans l'éventualité d'infractions aux dispositions sur les aides d'État ou sur l'exclusion du champ d'application des directives, et communiquent à tous les fournisseurs potentiels un justificatif de cette autorisation.

1.13. La Commission souligne à juste titre l'importance des droits de propriété intellectuelle. Le CESE ajoute qu'il faut apporter le plus grand soin à l'établissement de ces droits, à leur attribution et à leur gestion. Il s'agit là d'un domaine d'activité qui n'est pas simple.

## 2. Données de base et contexte

2.1. En 2004, le Conseil a adopté les directives actuelles concernant la passation de marchés publics par des services publics<sup>(3)</sup> et par les pouvoirs publics<sup>(4)</sup>, marchés publics qui, ensemble, représentent environ 16 % du PIB européen.

<sup>(2)</sup> Les clauses d'exclusion:

- Passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, art. 24, par. e): Marchés portant sur certains services exclus du champ d'application de la présente directive. La présente directive ne s'applique pas aux marchés de services: e) concernant des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement à l'entité adjudicatrice pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par l'entité adjudicatrice.
- Marchés publics de travaux, de fournitures et de services, art. 16, par. f): Exclusions spécifiques. La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services: f) concernant des services de recherche et de développement 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 du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.

<sup>(3)</sup> 2004/17/CE.

<sup>(4)</sup> 2004/18/CE.

2.2. L'objectif des directives était de définir un corps de règles cohérentes, non discriminatoires et transparentes pouvant garantir l'ouverture de marchés jusqu'alors totalement ou partiellement fermés, ce qui aurait pour effet de favoriser la concurrence entre les fournisseurs, ainsi que de créer des rapports coûts/bénéfices plus rentables pour les administrations et pour les citoyens.

2.3. La rédaction des propositions définitives s'est accompagnée d'une longue période de larges consultations, de manière à garantir que les directives soient applicables dans la pratique et adaptées à la réalisation de l'objectif poursuivi.

2.4. Depuis lors, les directives sont en cours de transposition dans les droits nationaux. Toutefois, l'on constate que la mise en œuvre pratique aux niveaux nationaux et régionaux est loin d'être facile. Les procédures requièrent des compétences, un professionnalisme et une expérience qui, à ce jour, sont souvent insuffisamment développés chez les acheteurs publics. Dans de nombreux cas, l'apprentissage prend beaucoup de temps.

2.5. Comme l'innovation est un thème central de la stratégie de Lisbonne, les États membres et la Commission prennent actuellement différentes initiatives pour étudier et pour déterminer comment il serait possible de stimuler l'innovation dans les pratiques de passation de marchés publics, sur la base des directives.

2.6. Parmi les initiatives récentes de la Commission, citons notamment:

— dix éléments de bonne pratique, nécessaires pour gérer avec succès la passation de marchés publics <sup>(5)</sup> (le «Guide en 10 points»),

— des consultations entre les fonctionnaires de la Commission, et les Directeurs nationaux de la recherche des États membres dans le secteur des «TIC» <sup>(6)</sup>; ces consultations ont abouti à des propositions concrètes sur les achats publics avant commercialisation <sup>(7)</sup>, propositions qui sont examinées plus loin, au chapitre 4 du présent avis,

<sup>(5)</sup> Le Guide en 10 points: «Guide des solutions innovantes dans la commande publique — Dix éléments de bonne pratique», SEC(2007) 280.

<sup>(6)</sup> TIC: technologies de l'information et de la communication.

<sup>(7)</sup> «Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe», COM(2007) 799 final, et son annexe, SEC(2007) 1668.

— dans le cadre du plan d'action en faveur des écotecnologies («ETAP») <sup>(8)</sup>, l'initiative de la DG Environnement concernant le contrôle des technologies et les certificats correspondants;

— un groupe d'experts de la DG Recherche sur la gestion des risques dans les marchés publics vient de commencer ses travaux.

2.7. Les initiatives de la Commission prennent leur source et leur inspiration dans des rapports «pilotes» tels que le rapport Aho intitulé «Créer une Europe innovante» <sup>(9)</sup> et la communication intitulée «Marchés porteurs: une initiative pour l'Europe» <sup>(10)</sup>. Les deux documents indiquent expressément que les marchés publics peuvent et doivent être une source précieuse de travaux, de produits et de services innovants <sup>(11)</sup>. Dans cinq des six <sup>(12)</sup> secteurs mis en évidence par l'initiative sur les marchés porteurs comme étant particulièrement propices à des projets innovants, l'on constate que la sphère publique se prête largement à l'innovation.

2.8. Les consultations des parties concernées ont permis de définir un ensemble de critères pour les marchés porteurs, parmi lesquels les critères d'«approche guidée par la demande plutôt que poussée par la technologie» et d'«intérêt sociétal et économique stratégique», qui tous deux présentent un intérêt particulier pour les acheteurs publics. Toutes les consultations font ressortir le sentiment largement partagé selon lequel les marchés publics devraient, plus que par le passé, favoriser les travaux, les produits et les services innovants en Europe.

2.9. Le Guide en 10 points, publié en mars 2007, découle du rapport Aho et définit notre bonne pratique en matière de solutions innovantes dans la passation des marchés publics; ce guide énumère dix points importants pour réussir à être un «client intelligent» <sup>(13)</sup>. La question du client intelligent est examinée plus en détail au paragraphe 3.14.

<sup>(8)</sup> Les actions prioritaires du plan ETAP sont: la promotion de la recherche et du développement; la mobilisation de ressources financières; la contribution à la stimulation de la demande d'écotechnologies; et l'amélioration des conditions du marché.

<sup>(9)</sup> «Creating an Innovative Europe» (Créer une Europe innovante), Rapport du groupe d'experts indépendant sur la R&D et l'innovation créé à la suite du sommet de Hampton Court, janvier 2006.

<sup>(10)</sup> «Marchés porteurs: une initiative pour l'Europe»: COM(2007) 860 final.

<sup>(11)</sup> D'autres documents de la Commission méritent d'être mentionnés, par exemple la communication intitulée «Davantage de recherche et d'innovation — Investir pour la croissance et l'emploi — Une stratégie commune». Publiée en 2005. N° ISBN 92-894-9417-4.

<sup>(12)</sup> Santé en ligne, textiles de protection, construction durable, recyclage, bioproduits et énergies renouvelables.

<sup>(13)</sup> Guide des solutions innovantes dans la commande publique — Dix éléments de bonne pratique, SEC(2007) 280.

2.10. Dans la communication sur les achats publics avant commercialisation<sup>(14)</sup>, la Commission introduit un nouvel instrument destiné à activer l'innovation dans les marchés publics. Tout en respectant les règles des directives de 2004, la Commission veut promouvoir des contrats de services de R&D entre les acheteurs publics et les fournisseurs potentiels ayant des activités qui se situent aux stades de R&D précédant la phase de commercialisation; l'on entend par là les phases de conception, de prototypage, d'essais et de préproduction, jusqu'au seuil de la production commerciale et de la mise sur le marché.

2.11. Le CESE approuve au plus haut point tout effort visant à promouvoir l'innovation dans la passation de marchés publics. C'est pourquoi le CESE est favorable à tous les documents et à toutes les consultations et discussions ultérieures auxquelles participent les décideurs politiques et les acheteurs publics, dès lors que ces consultations et ces discussions contribuent à préparer le terrain à un renforcement du potentiel d'innovation de l'industrie communautaire, dans l'intérêt de la société.

2.12. Le présent avis a toutefois pour objet d'examiner:

- la notion d'achats publics avant commercialisation, telle que cette notion est présentée dans la communication et dans son annexe,
- comment les achats publics avant commercialisation peuvent, entre autres initiatives, contribuer à créer un climat plus favorable à des travaux, des produits et des services innovants qui sont souhaitables,
- dans quelle mesure et de quelle manière la passation de marchés publics dispose des outils qui conviennent pour favoriser l'innovation dans les services publics, et
- de façon approfondie, la question de savoir où se situent les limites et les risques.

### 3. Observations

3.1. Le guide en 10 points<sup>(15)</sup> expose en termes clairs dix bonnes pratiques qui peuvent aider les pouvoirs publics à gérer efficacement des solutions innovantes dans les marchés publics; ce guide constitue une assise solide sur laquelle il est possible de construire. Mais il reste beaucoup à faire pour pouvoir le mettre en pratique. Dans certains secteurs, il faut prendre davantage de mesures positives; dans d'autres, la prudence est de rigueur.

<sup>(14)</sup> «Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe», COM(2007) 799 final, et son annexe, SEC(2007) 1668.

<sup>(15)</sup> «Guide des solutions innovantes dans la commande publique — Dix éléments de bonne pratique», SEC(2007) 280.

3.2. En matière de marchés publics, la réussite dépend de bonnes pratiques cohérentes avec les directives. Les directives sont conçues pour faire progresser le marché unique, aidant ainsi l'Europe à concurrencer d'autres zones commerciales dont les marchés domestiques sont de grandes dimensions. Les bonnes pratiques et les directives sont inséparables.

3.3. Dans certains États membres, la transposition des directives de 2004 est toujours en cours (cf. paragraphe 2.4) et dans d'autres, il existe des contradictions entre les Directives et le droit interne. En raison de ces défauts, il est plus difficile d'exploiter au mieux les avantages que pourraient procurer les directives.

3.4. À un niveau pratique, compte tenu de la complexité généralement croissante qui caractérise la passation des marchés publics, il existe un besoin évident d'amélioration des compétences et de l'expérience de tous ceux qui sont concernés par cette activité. En particulier, il faut favoriser, dans l'ensemble de l'organisation de l'acheteur public, une culture adaptée à la mise en œuvre réussie de projets complexes.

3.5. L'innovation ne peut prendre son essor que moyennant une condition essentielle, qui est l'accès à un grand marché. Ce n'est qu'à cette condition qu'il est possible de rentabiliser les ressources financières, le temps et les efforts investis dans l'innovation. L'innovation est essentielle à la croissance et au renforcement de l'économie.

3.6. Conformément à l'agenda de Lisbonne de l'an 2000, il a été décidé que les marchés publics devraient jouer un rôle dans l'encouragement et le soutien à l'innovation.

3.7. Alors que les principaux documents de la Commission relatifs à l'innovation dont il est fait état au chapitre 2 se rapportent en général indifféremment aux deux secteurs publics, à savoir les pouvoirs publics et les services publics, le CESE attire fortement l'attention sur les différences de nature qui distinguent actuellement les organisations dont se composent ces deux secteurs.

3.8. Les services publics sont depuis longtemps des promoteurs, des utilisateurs, des acheteurs et des développeurs de projets innovants, de même que l'armée et certains secteurs des services de santé, ce qui leur a permis d'acquérir les compétences et l'expérience nécessaires. Il convient de ne pas faire fi de leur expérience de gestion en matière de risques et de complexité de l'innovation.

3.9. Les pouvoirs publics peuvent s'inspirer de l'exemple des services publics, de l'armée et d'autres secteurs possédant l'expérience requise, et ainsi apprendre comment il faut gérer un projet innovant pour le faire aboutir. Ils peuvent ainsi, notamment, mieux comprendre quelles sont les ressources qu'il convient de mobiliser dans l'ensemble de l'organisation pour les consacrer au projet en question. Il se peut qu'à court terme, l'on puisse bénéficier d'une précieuse source d'expérience en recrutant dans les départements concernés de ladite organisation des personnes qui sont récemment parties à la retraite mais qui sont demandeuses de quelques années supplémentaires d'emploi actif.

3.10. L'innovation consiste à appliquer des méthodes nouvelles. Il est possible d'innover dans le cadre de travaux, d'une fourniture ou d'un service. La recherche et le développement sont des conditions préalables essentielles à la réalisation d'un projet innovant. Il convient de ne jamais perdre de vue la distinction entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée: la recherche fondamentale a principalement sa place dans les universités et les établissements de recherche; elle constitue une assise théorique et pratique sur laquelle peut s'appuyer la R&D. La recherche appliquée consiste en travaux théoriques et pratiques visant à créer la base de développement d'un ou plusieurs projets. Le présent avis ne traite pas de la recherche fondamentale, sauf dans la mesure où il est possible de qualifier en ces termes des achats publics avant commercialisation, au sens où on les envisage au chapitre 4.

3.11. Il n'existe, dans le principe, aucune différence très prononcée entre le secteur public et le secteur privé, pour ce qui est de la manière dont il convient de traiter un projet innovant. Il existe, évidemment, des différences mineures: le secteur public fait l'objet de contrôles stricts dont le secteur privé est en grande partie exempt. Dans tout développement innovant, des échecs sont inévitables; le progrès s'acquiert à ce prix. S'il est vrai que l'on doit, par une discipline appropriée, s'efforcer de limiter les échecs à un minimum et d'en tirer les leçons, en revanche, le fait de les déplorer à l'excès est de nature à inhiber de nouveaux développements.

3.12. La version de 2004 des directives envisage déjà les marchés comportant de l'innovation. Aucune autre législation n'est nécessaire; seule est nécessaire une compréhension de la manière dont doit se gérer un projet innovant dans le cadre des dispositions de ces directives.

3.13. Dans tous les projets qui comportent de l'innovation — comme dans beaucoup d'autres types de projets, d'ailleurs — l'acheteur doit posséder les caractéristiques d'un «client intelligent». Ces caractéristiques sont examinées de manière approfondie dans le guide en 10 points, et le présent avis met l'accent sur leur importance essentielle.

3.14. En bref, le «client intelligent» doit être ouvert aux idées nouvelles, mais aussi être assez discipliné pour savoir les gérer. Il doit être entouré de personnes ayant acquis l'expérience et les compétences nécessaires à la gestion de projets innovants. Mais surtout, l'organisation doit, jusqu'à son sommet, être en harmonie avec les besoins des projets innovants. Faute de cette culture, ceux qui sont «sur le terrain» ne peuvent pas obtenir de bons résultats.

3.15. L'on peut utilement classer les projets innovants en trois catégories, chacune ayant ses caractéristiques particulières, mais étant entendu que certains aspects sont communs aux trois catégories. Dans le présent avis, sauf indication contraire, l'on entend par «produit» aussi bien des travaux que des fournitures et des services.

3.16. Ces trois catégories de projets sont les suivantes:

- a) Acceptation d'un produit innovant pour répondre à un besoin reconnu, mais sans grand effet, ou sans effet du tout, sur les modes opératoires de l'acheteur. Ce produit offre des avantages, sans grand risque et sans perturbation,
- b) Adoption d'un produit innovant qui suppose que l'acheteur adapte ses modes opératoires. Ce produit recèle en puissance un bénéfice non négligeable, mais il comporte un certain élément de risque et impose l'élaboration de nouvelles procédures ainsi qu'une formation du personnel,
- c) Participation à un projet innovant. La participation de l'acheteur peut être de plus ou moins grande ampleur, depuis la participation à un projet véritablement commun, dès le stade de la conception du projet, jusqu'à la décision de l'acheteur d'être parmi les premiers utilisateurs du produit et d'intervenir au stade des essais «bêta»<sup>(16)</sup>, en achetant les premières unités de préproduction.

3.17. Le projet le plus important dans une perspective immédiate — et qui présente la plus grande efficacité pour la promotion de l'innovation — du point de vue de la participation d'acheteurs publics à l'innovation, et aussi le plus facile à mettre en œuvre, est le projet (a). Il suppose que l'acheteur soit disposé à accepter des variantes<sup>(17)</sup> — c'est-à-dire des solutions nouvelles — et qu'il dispose de personnel capable d'évaluer des offres qui diffèrent les unes des autres, en fonction du critère de «plus grand avantage économique».

<sup>(16)</sup> Les notions d'essais «alpha» et «bêta» viennent de l'industrie du logiciel.

— Les essais «alpha» sont des essais en conditions opérationnelles, simulées ou réelles, effectués par un utilisateur potentiel ou une équipe d'essai indépendante, en général sur le site du développeur.

— Les essais «bêta» viennent après les essais «alpha». Des versions du logiciel, dénommées «versions bêta», sont mises en service auprès d'un nombre limité d'utilisateurs, en dehors de l'équipe de programmation, de sorte que des essais supplémentaires, pratiqués de façon indépendante, permettent de s'assurer que le produit ne comporte pas beaucoup de défauts résiduels.

<sup>(17)</sup> Marchés publics de travaux, de fournitures et de services, directive 2004/18/CE, Article 24, Variantes

1. Lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes.
2. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées.
3. Les pouvoirs adjudicateurs qui autorisent les variantes mentionnées dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission.
4. Ils ne prennent en considération que les variantes répondant aux exigences minimales qu'ils ont requises. Dans les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, les pouvoirs adjudicateurs qui ont autorisé des variantes ne peuvent rejeter une variante pour la seule raison qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché public de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché public de services.

3.18. La catégorie b) est de nature à intéresser un acheteur qui veut améliorer ses modes de fonctionnement en utilisant un produit innovant, étant entendu que cela peut souvent nécessiter certains travaux de développement pour lui permettre d'intégrer le produit innovant dans ses modes opératoires. Les projets de cette catégorie exigent une capacité à définir le cahier des charges en termes clairs, qui ne soient pas indûment restrictifs, et ces projets supposent aussi la participation de personnel de l'organisation utilisatrice et des services techniques de l'acheteur. Les ressources que l'acheteur doit mobiliser ne sont pas insignifiantes, mais si le projet est bien géré, il est possible de maîtriser les risques d'intégration, et les bénéfices l'emportent sur l'importance des efforts consentis.

3.19. Les projets de la catégorie c) sont les plus difficiles. Le fait de définir et de développer des solutions totalement nouvelles à partir de rien présentent intrinsèquement un risque technologique plus important que le processus consistant à procéder à des changements cumulatifs pour adapter ou pour intégrer des produits inédits dans des processus existants b). Peu d'organisations — à part celles qui sont évoquées au paragraphe 3.8 (l'armée, etc.) — possèdent les compétences et l'expérience nécessaires pour participer pleinement à un projet véritablement innovant du type de ceux de la catégorie c). Les risques ne sont pas négligeables et exigent une gestion de qualité exceptionnelle. S'il est vrai que de tels projets peuvent apporter des avantages considérables — il serait sans intérêt d'entreprendre le projet si ce n'était pas le cas — les risques d'échec n'en sont pas moins très réels. Le type de projet envisagé dans la communication appartient à la catégorie c).

3.20. La communication amène à penser qu'un acheteur pourrait réaliser un projet innovant sous forme de marché public de R&D jusqu'au stade du développement initial des premiers produits. Ensuite, pour tout marché public de fourniture de produits finis en quantité, il faut évaluer au cas par cas la nécessité de lancer des appels d'offres concurrentiels, conformément aux directives sur les marchés publics. Les entreprises fabriquent normalement ce qu'elles ont conçu, au moins jusqu'au point où il devient possible, en pratique, de faire fabriquer sous licence. Le CESE est d'avis que la répartition d'éventuels droits de propriété intellectuelle («DPI») auxquels le projet aurait donné naissance, ainsi que les dispositifs de gestion de ces droits, sont des questions qui devraient être examinées avec soin, sur des bases pratiques et commerciales, avant la mise en route du projet.

3.21. Il est établi qu'une procédure telle que celle qui est envisagée dans la communication a cours aux États-Unis. S'il est vrai que des exemples existent dans le domaine militaire général (tels que le marché du ravitailleur en vol, qui pourrait éventuellement être partagé entre Boeing et Airbus), il n'en reste pas moins que le principal secteur où peuvent se trouver ces exemples est celui de l'électronique. Dans ce secteur, hormis certaines exceptions, comme le renforcement des circuits intégrés contre les rayonnements électromagnétiques, le domaine commercial et le domaine militaire sont plus proches l'un de l'autre qu'ils ne le sont dans la plupart des autres secteurs.

3.22. Lorsque l'on établit des comparaisons avec les États-Unis, il ne faut pas perdre de vue les différences structurelles qui existent entre les États-Unis et l'Europe. Les États-Unis sont depuis longtemps un pays homogène, dont le développement s'est appuyé sur des ressources naturelles presque illimitées — son agriculture, son or, son pétrole, sa population et — sauf à l'époque de l'après-1929 — ses capitaux. Cela a permis — sauf, jusqu'à une époque récente, dans le secteur bancaire — le développement d'un marché unique de longue tradition et des infrastructures nécessaires pour assurer son fonctionnement. Il reste encore du chemin à parcourir avant que l'Europe ne bénéficie des mêmes avantages. Cela dit, et malgré les points forts évidents dont bénéficient les États-Unis, il existe certains domaines dans lesquels ce pays est moins favorisé que l'Europe, dans l'état actuel de la situation, tout particulièrement en ce qui concerne l'accès quasi universel aux soins de santé.

3.23. Outre les risques d'échec technique — inhérents à tout projet véritablement innovant — les risques financiers liés au non-respect des règles en vigueur concernant les aides d'État, la transparence, la non-discrimination et l'application des directives doivent être traités et sont examinés de façon plus approfondie au paragraphe 4.3: Aides d'État.

#### 4. **Annexe — SEC(2007) 1668 — à la communication: «Achats publics avant commercialisation» — Document de travail interne** (en anglais)

##### 4.1. *Régime proposé (le «Régime»)*

4.1.1. Principe de base: lorsque l'acheteur applique le partage des risques et des bénéfices, au prix du marché, les services de R&D peuvent faire l'objet de marchés publics aux termes d'une disposition d'exclusion<sup>(18)</sup> prévue par les directives<sup>(19)</sup>, et il est permis de les utiliser pour étudier des solutions innovantes à certains besoins (préalablement à un appel d'offres portant sur la fourniture de produits finis en quantité), ce qui a pour effet de stimuler aussi, de manière générale, la naissance d'idées innovantes.

4.1.2. Condition préalable essentielle: l'acheteur doit se familiariser avec les activités et les capacités des fournisseurs potentiels, et définir ses besoins en termes de résultats, sous une forme qui soit claire sans être inutilement restrictive.

4.1.3. Procédure: une fois que le cahier des charges est bien établi et que l'on a connaissance de fournisseurs potentiels, il est proposé que l'acheteur mette en œuvre des projets de R&D en trois étapes, en commençant par un nombre raisonnable (le nombre proposé est de cinq) et en réduisant progressivement ce nombre à deux projets, qui arrivent au terme de la phase de préproduction et d'essais «bêta». Il conviendrait ensuite de lancer un appel d'offres pour le cahier des charges de production, conformément aux dispositions des directives.

<sup>(18)</sup> Le guide en 10 points: «Guide des solutions innovantes dans la commande publique — Dix éléments de bonne pratique», SEC(2007) 280.

<sup>(19)</sup> Cf. la note de bas de page n° 2.

## 4.2. Observations

4.2.1. Le Régime se fonde largement sur les pratiques qui existent en matière de marchés publics de défense dans divers pays; ces pratiques sont, en gros, les mêmes dans le monde entier et sont bien comprises.

4.2.2. Le secteur de la défense est particulier, en ce sens qu'il doit se situer par rapport à un horizon d'avenir lointain, en fonction d'a priori politiques et tactiques qui, par nature, ne peuvent pas se définir de façon exacte. L'on procède à des recherches considérables et l'on effectue un développement limité — dans le sens où l'envisage le Régime — et cela donne lieu à seulement un petit nombre de programmes de production. Les projets de R&D, ainsi que les marchés de production, font trop souvent l'objet d'un flux ininterrompu de modifications, à mesure que l'on dispose de nouvelles informations tactiques ou politiques au fil des longs délais qui caractérisent ces projets; de ce fait, les dépassements de budget sont endémiques. Les développements entrepris par les pouvoirs publics civils ne devraient pas, s'ils sont convenablement gérés, faire l'objet de la même abondance de modifications.

4.2.3. Il faut se demander si ce Régime convient là où, à l'intérieur du secteur public, l'on ne trouve pas une richesse d'expérience aussi considérable en matière de projets hautement techniques de R&D.

4.2.4. Il y a, de toute évidence, matière à préoccupation dans le fait que l'exclusion prévue par les directives pour ce qui concerne les marchés de services de R&D non destinés à l'usage exclusif de l'acheteur pourrait être utilisée dans un sens anticoncurrentiel pour faire émerger des «champions» nationaux, ce qui reviendrait à faire échec à l'objectif des directives, objectif qui est de faciliter le développement d'un marché unique paneuropéen.

4.2.5. Si l'on part du principe que les projets relevant du Régime seront mis en œuvre, certains points de détail méritent d'être examinés de façon plus approfondie.

## 4.3. Aides d'État

4.3.1. À l'origine de tout achat public relevant du Régime, et comme cela est relevé dans l'annexe, la question des aides d'État se pose nécessairement. La question de savoir s'il existe ou non un élément d'aide d'État dans un projet donné et si, dans l'affirmative, cette aide est justifiée, n'entre pas dans les limites du présent avis. Mais les conséquences de toute incertitude relative à un projet dans le cadre du Régime entrent à coup sûr dans son propos.

4.3.2. La communication définit les achats publics avant commercialisation comme une démarche de passation de marchés de services de R&D selon des modalités qui permettent

le partage des risques et des bénéfices entre les acheteurs et les fournisseurs et ne constituent pas une aide d'État. Le CESE recommande que les acheteurs analysent soigneusement l'annexe, qui décrit un exemple de réalisation d'achats publics avant commercialisation de manière conforme au cadre juridique existant. En cas de doute au moment de s'engager dans les premiers projets pilotes d'achats publics avant commercialisation, il serait indiqué d'obtenir une autorisation préalable de la Commission par rapport à une éventuelle infraction à la réglementation sur les aides d'État ou à d'autres dispositions, et de communiquer un justificatif de cette autorisation aux fournisseurs potentiels. Il est, en tout état de cause, compliqué de déterminer si l'on est dans une situation d'octroi d'aide d'État.

4.3.3. S'il apparaît qu'il y a eu aide d'État et que cette aide est illégale, le fournisseur peut être tenu de la rembourser, mais il n'a aucun recours en dommages-intérêts contre l'acheteur qui a conclu le marché de R&D. Le fournisseur se trouve ainsi exposé à un risque qui est substantiel, mais qu'il ne lui est probablement pas possible d'assurer. Le fait que le bénéficiaire d'une aide d'État illégale (un fournisseur) doive rembourser les sommes qui lui ont été octroyées, mais sans recours contre l'acheteur, n'est pas, bien entendu, une particularité des marchés de R&D; la même règle s'applique à toute passation de marchés. Le fait que l'on applique une procédure de passation de marchés qui est validée (par exemple, une procédure prévue par les directives) ne garantit pas de façon absolue que l'on ne soit pas dans une situation d'octroi d'aide d'État, étant donné qu'il existe de nombreuses manières directes et indirectes de favoriser des fournisseurs. Le recours à l'Exclusion n'augmente ni ne diminue nécessairement le risque de ne pas parvenir à acheter dans des conditions transparentes et non discriminatoires, au prix du marché.

4.3.4. Il est très souhaitable d'élever le niveau d'expérience dans tous les services d'achats publics, de telle sorte que ces services soient en mesure d'appliquer correctement les critères de vérification de l'absence d'aide d'État. Ces critères supposent notamment que l'on achète dans des conditions transparentes et non discriminatoires, au prix du marché. Cette expérience est d'une importance universelle, étant donné que les critères en question ne s'appliquent pas uniquement aux marchés de R&D; les mêmes critères s'appliquent à tout type de marchés publics, même s'il se peut que les risques que présente un contrat d'achats publics avant commercialisation soient plus importants.

4.3.5. L'Annexe reprend les critères permettant aux intervenants de s'assurer qu'un projet d'achat public avant commercialisation ne constitue pas une aide d'État. C'est pourquoi le CESE recommande que la Commission et les États membres envisagent de promouvoir la formation et le partage de connaissances concernant le montage de projets d'achats publics avant commercialisation en conformité du cadre juridique, afin d'éviter que des pouvoirs publics, et leurs fournisseurs, ne risquent de se trouver confrontés ultérieurement à des problèmes d'aides d'État.

4.3.6. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un problème d'aides d'État, s'il apparaissait que l'exclusion de l'application des dispositions des directives qui est prévue pour certains types de services de R&D n'est pas justifiée, cela pourrait avoir pour effet de replacer le marché concerné sous l'empire du droit commun des directives. Aux termes de la directive «Procédures de recours» (en matière de marchés publics), le marché en question, dont on peut penser qu'il n'aurait pas fait l'objet d'une publicité appropriée ou n'aurait pas respecté le «délai de suspension», se trouverait frappé d'«absence d'effets»<sup>(20)</sup>. Dans ces circonstances, le fournisseur courrait le risque de ne pas être payé pour les travaux effectués. Ce risque qui est, lui aussi, probablement impossible à assurer, n'est pas particulier aux marchés de R&D, mais il est aggravé par l'utilisation de l'exclusion que prévoient les directives pour les services de R&D. Il conviendrait d'être prudent et de prendre conseil.

#### 4.4. Risque

4.4.1. Tout programme de R&D comporte des risques; tous les projets innovants n'aboutissent pas au résultat espéré. Le Régime prévoit, tout à fait à juste titre, que les risques et les avantages doivent être partagés entre l'acheteur et le fournisseur. Toutefois, l'accent est mis sur des considérations d'aides d'État et de principes des traités, considérations qui, même si elles sont probablement inévitables, ajoutent une couche de complexité à un dossier qui est déjà complexe.

4.4.2. Comme dans tous les cas de gestion de risques, il convient que les parties acceptent de prendre en charge les risques que chacune d'elles est le mieux à même de gérer, et qu'elles acceptent aussi de rester en liaison permanente pour veiller à ce qu'aucun risque n'apparaisse ou ne s'aggrave sans être détecté et enrayer.

4.4.3. L'Annexe évoque les marchés à prix fixe, qui consistent, pour un pouvoir public, à fixer un maximum et à inviter les soumissionnaires à présenter des offres d'un montant égal ou inférieur à ce maximum; ce système a pour objet de faire en sorte que le(s) fournisseur(s) subventionne(nt) le projet dans une mesure plus ou moins importante, en échange de droits d'exploitation. Ce dispositif est peut-être séduisant pour les fournisseurs qui ont facilement accès à un marché plus large pour écouler les résultats du développement, mais il crée un élément de complexité dans les cas où les possibilités d'exploitation plus larges n'apparaissent pas à l'évidence, alors qu'en revanche, pour l'acheteur, les bénéfices sont substantiels. Dans de telles situations, l'acheteur devrait probablement envisager de procéder différemment.

#### 4.5. Propriété intellectuelle

4.5.1. La naissance de droits de propriété intellectuelle constitue une partie importante du Régime. La question qui se

pose est de savoir qui possède des droits et dans quelle mesure cela peut avoir des conséquences quant à la base juridique du projet et au résultat concret, du point de vue des bénéficiaires à attendre de la R&D.

4.5.2. Il existe, pour l'essentiel, trois manières de protéger la propriété intellectuelle:

— les brevets — un monopole légal,

— le droit d'auteur — qui subsiste dans toutes les œuvres originales,

— le secret — dans les cas où ni le brevet ni le droit d'auteur n'apportent de protection efficace.

4.5.3. Les brevets sont la protection la plus puissante et la plus exploitable au plan commercial pour les inventions qui sont véritablement fondamentales et qui sont susceptibles d'être concédées à des tiers sous licence. Ils sont également la solution la plus coûteuse. Sauf dans les cas où l'invention répond à ces critères ou bien où le projet se situe dans un secteur industriel où les brevets sont utilisés comme arme concurrentielle, le brevet est probablement un gaspillage d'argent. Les brevets sont également extrêmement coûteux à défendre.

4.5.4. Le droit d'auteur ne coûte rien; il existe tout simplement. Toutefois, contrairement au détenteur d'un brevet, le titulaire d'un droit d'auteur doit prouver que celui qui a enfreint son droit savait effectivement que l'œuvre était protégée par un droit d'auteur et l'a copiée en connaissance de cause. La reproduction indépendante d'une œuvre protégée par un droit d'auteur ne constitue pas une copie et ne peut pas être contestée avec succès dans les cas où le responsable de cette reproduction n'a jamais été en présence de l'œuvre protégée.

4.5.5. Le secret est largement utilisé dans le secteur privé pour protéger un avantage concurrentiel. Il est d'une importance essentielle de garder secrète une invention lorsque l'on a l'intention de la breveter; le fait de la révéler prématurément peut la rendre impossible à breveter. Lorsque ni les brevets ni le droit d'auteur ne permettent de protéger efficacement une invention qui présente un intérêt commercial, la seule solution est de la garder secrète. Coca-Cola garde jalousement secrète la formule de sa boisson du même nom.

4.5.6. S'il est vrai que le secret constitue un moyen efficace de protéger la propriété intellectuelle et peut, dans certaines circonstances, être le seul moyen dont on dispose, il n'en reste pas moins que le secret n'est pas un choix commode dans un contexte de transparence.

4.5.7. La formulation en termes de spécifications fonctionnelles de produits, et non de spécifications prescriptives, des cahiers des charges d'appel d'offres concernant des marchés publics de fourniture de produits finis en quantité peut aider à satisfaire aux obligations de transparence vis-à-vis des soumissionnaires concurrents, tout en permettant de ne pas révéler les détails techniques de mise en œuvre de solutions précises développées lors de la phase antérieure à la commercialisation.

<sup>(20)</sup> Directive 2007/66/CE («Procédures de recours»), Article 2 *quinquies*, Absence d'effets («Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants: a) si le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive[...].»).



4.5.8. Les droits de propriété intellectuelle sont évidemment très importants dans les projets de R&D, tels que le Régime les envisage. Mais il faut faire preuve de beaucoup de prudence et de bon sens dans l'établissement de ces droits, dans leur attribution et dans leur gestion. Il s'agit là d'un domaine d'activité qui n'est pas simple.

4.5.9. Dans le cas d'achats publics avant commercialisation, les DPI (droits de propriété intellectuelle) sont partagés entre les acheteurs et les fournisseurs: les fournisseurs conservent la propriété des DPI, les acheteurs conservent le droit d'utilisation en franchise de licence, ainsi que le droit de demander aux entreprises concernées de concéder des licences de DPI à des fournisseurs tiers, aux conditions — loyales et raisonnables — du marché. Concéder une licence libre de droits d'utilisation permet à l'acheteur public d'utiliser les résultats de la R&D à des fins d'utilisation interne, sans avoir à financer le coût des licences destinées aux entreprises participantes. Le droit de demander aux entreprises participantes de concéder des licences de DPI à des fournisseurs tiers aux prix du marché permet au fournisseur public de garantir l'accès à une chaîne d'approvisionnement suffisamment large et compétitive, tout en permettant aux entreprises participantes de gagner des revenus sur les DPI qu'ils ont obtenus au cours du projet d'achat avant commercialisation. En Europe, il peut arriver que des acheteurs publics manquent d'expérience en matière d'évaluation de la valeur commerciale des DPI, c'est pourquoi une formation et l'expérience du partage des risques et bénéfices dans le cadre des DPI sont recommandées.

4.5.10. Il faut que les pouvoirs publics puissent tirer les leçons des meilleures pratiques en matière d'achat et de vente de DPI qui ont cours dans le secteur privé, ainsi que des clauses normales qu'utilisent habituellement, lors de la passation de marchés publics, les pouvoirs publics en matière de partage des DPI avec les fournisseurs, telles que ces clauses sont mises en œuvre dans le monde entier.

#### 4.6. *Qualifications des fournisseurs et de l'acheteur*

4.6.1. Il va de soi que les fournisseurs potentiels doivent posséder les compétences nécessaires à la gestion de projets innovants; il est relativement facile pour un «client intelligent» de juger de leur expérience.

4.6.2. Les acheteurs potentiels doivent, eux aussi, posséder les compétences nécessaires pour gérer de tels projets. Acquérir la connaissance de «l'état de l'art» sur le marché concerné, élaborer le cahier des charges en termes de résultats, négocier avec les fournisseurs et choisir ces fournisseurs, gérer le projet et les risques qui l'accompagnent: tout cela nécessite la présence, au sein de l'organisation de l'acheteur, de compétences approfondies et d'une large expérience. Si l'organisation ne possède pas, du niveau le plus haut au niveau le plus bas, une culture adaptée à la gestion de tels projets, elle risque un échec qui lui coûtera cher. Ces caractéristiques sont, bien sûr, celles du «client intelligent».

Bruxelles, le 22 octobre 2008.

Le Président  
du Comité économique et social européen  
Mario SEPI

---