

# LA PROSPECTION

2022  
Mai

## Table des matières

1. Qu'est-ce que la prospection et à quoi sert-elle ? .....	2
1.1. Définition et objectifs .....	2
1.2. Est-ce une étape obligatoire ? .....	3
2. Y a-t-il un cadre légal à respecter ? .....	3
3. Comment garantir le respect de la concurrence ? .....	4
4. Prospection, comment procéder ? .....	4
4.1. Où et quand collecter les informations ? .....	4
4.2. Déterminer un cadre avant la prospection ? .....	5
5. Comment les opérateurs économiques peuvent-ils se préparer de leur côté ? .....	6
6. La réussite d'une prospection .....	6
6.1. Pour les pouvoirs adjudicateurs .....	6
6.2. Pour les opérateurs économiques .....	7
7. Et après la consultation ? .....	7
7.1. Interrompre les contacts avec les opérateurs économiques consultés .....	7
7.2. Utiliser les informations collectées pertinentes .....	8

Règlementation pertinente :

- Loi du 17 juin 2016 (marchés publics):
  - Principes généraux : chapitre 2 de la Loi, plus spécifiquement les articles 3 à 6
  - Prospection (secteurs classiques) : articles 51 et 52 de la Loi ;
  - Prospection (secteurs spéciaux) : article 133 de la Loi ;

Loi du 17 juin 2016 (concessions) : article 39 de la Loi ;

## 1. Qu'est-ce que la prospection et à quoi sert-elle ?

### 1.1. Définition et objectifs

La prospection est une **étape préalable à la passation** du marché permettant au pouvoir adjudicateur de **chercher, transmettre et collecter des informations** par le biais de « consultations du marché » en vue de :

#### a. Préparer la passation du marché

La prospection est une étape essentielle de la passation d'un marché public. Elle **permet au pouvoir adjudicateur de déterminer son besoin et de concevoir son marché de le plus adéquatement possible**.

En effet, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas spécialistes dans tous les domaines. Il est donc utile de consulter le marché afin de rédiger un CSC en adéquation avec ce qu'offre celui-ci. Lors de la prospection, **les pouvoirs adjudicateurs peuvent se rendre compte de l'évolution du marché, des innovations, des prix, anticiper les contraintes techniques liées à la passation ou à l'exécution du marché** et, par conséquent, adopter un cahier spécial des charges complet, pertinent et compréhensible pour les opérateurs économiques.

**Le soin apporté à la conception de la commande permet souvent d'éviter de nombreuses difficultés tant au stade de l'attribution du marché qu'au stade de l'exécution. La parfaite compréhension et l'exacte définition des besoins du pouvoir adjudicateur lui permettent de rédiger les documents du marché et donc, notamment, de déterminer le mode d'attribution, les critères de sélection et les critères d'attribution les plus adéquats<sup>1</sup>.**

#### b. Informar les opérateurs économiques de ses projets

**La prospection permet au pouvoir adjudicateur d'informer les opérateurs économiques de ses projets de marchés et des exigences y afférentes.** C'est l'occasion pour les opérateurs économiques de se faire connaître, de faire connaître leurs produits, de détecter les opportunités de marché, de comprendre le fonctionnement des pouvoirs adjudicateurs, de mieux planifier leurs carnets de commande, etc...

<sup>1</sup> P. THIEL, La conception de la commande P. Thiel - Mémento des marchés publics et des PPP 2022 - Wolters Kluwer

## 1.2. Est-ce une étape obligatoire ?

Il n'y a **aucune obligation** de prospecter avant la passation d'un marché. Il s'agit d'un choix à faire en opportunité, selon :

- L'ampleur et la complexité du marché ;
- La connaissance préalable qu'a le pouvoir adjudicateur de son besoin et du marché existant ;
- Le délai disponible pour le passer.

**Attention à ne pas trop rapidement faire l'impasse sur cette étape sous prétexte de ne pas « perdre de temps ». Bien souvent au contraire, cela occasionnera un gain de temps à de multiples étapes d'un marché.**

## 2. Y a-t-il un cadre légal à respecter ?

Oui. Ce cadre est prévu pour les marchés publics et pour les concessions (même régime). La loi permet la prospection dans toutes les procédures et en fixe les conditions, à savoir :

- Ne pas fausser la concurrence
- Ne pas violer les principes de non-discrimination et de transparence

Il convient d'être vigilant quant au respect de celles-ci afin d'éviter de vicier la procédure envisagée.

La prospection **peut porter tant sur des aspects techniques que sur des aspects de planification ou encore des aspects financiers** (un dialogue portant sur l'estimation financière permettant également au pouvoir adjudicateur d'évaluer la faisabilité de son marché et de rédiger des documents de marché adaptés).

Lors de la mise en œuvre de sa prospection, il faut **veiller au respect des conditions suivantes** :

- a. Elle doit être **antérieure à toute procédure** de passation et donc **antérieure à la rédaction des documents du marché** (avis de marché, cahier spécial des charges, prescriptions techniques, ...) ;
- b. Elle doit uniquement intervenir durant la phase d'étude du marché et ne peut aucunement conduire à une pré-négociation du marché ;
- c. Les contacts consistent en un échange d'informations et un dialogue technique permettant au pouvoir adjudicateur d'être informé des solutions techniques qui existent et de retenir la meilleure solution d'un point technique et/ou financier en vue de rédiger les documents de marché.
- d. Le pouvoir adjudicateur ne doit pas se retrouver en situation de conflit d'intérêt ;

### 3. Comment garantir le respect de la concurrence ?

La loi impose aux pouvoirs adjudicateurs de **prendre les mesures appropriées<sup>2</sup> pour s'assurer que la concurrence ne soit pas faussée à la suite d'une prospection.**

Il faut veiller à ce que les opérateurs économiques consultés préalablement à la procédure ne soient pas avantagés par rapport aux autres soumissionnaires éventuels.

Dans le cadre d'une procédure dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen de publicité, **ces mesures doivent être détaillées et conservées par écrit dans le dossier administratif.** Dans la pratique, il est judicieux de faire de même pour tout marché, peu importe son ampleur, à des fins de preuve.

Il s'agira principalement de :

1. **Prévoir un délai suffisant pour que les firmes non consultées** avant la procédure de passation puissent valablement remettre offre ;
2. **Transmettre** à ces firmes **les informations pertinentes fournies/reçues durant la prospection.**

**Le candidat ou soumissionnaire consulté** avant la procédure n'est quant à lui **pas d'office exclu de la procédure.** Ce ne sera le cas **que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement.**

**Avant de pouvoir être exclu,** le candidat ou soumissionnaire reçoit la **possibilité de prouver** au moyen d'une justification écrite **que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence.**

Un délai d'au moins douze jours lui est accordé pour fournir cette justification, à compter de la demande écrite du pouvoir adjudicateur.

**Le pouvoir adjudicateur doit motiver sa décision de ne pas permettre au candidat ou soumissionnaire préalablement consulté de soumissionner.**

### 4. Prospection, comment procéder ?

#### 4.1. Où et quand collecter les informations ?

Avant même d'envisager de prospecter avant la passation d'un marché, il est possible et même recommandé d'assurer une « veille stratégique » dans les secteurs pour lesquels un pouvoir adjudicateur est régulièrement amené à passer des marchés. Il s'agit de collecter des informations pour se tenir au courant de l'état et des innovations du marché, sans pour autant déjà être en phase de préparation de marché.

---

<sup>2</sup> CE n° 231.381 du 29 mai 2015 : Dans cette affaire que le pouvoir adjudicateur a remporté, il a fait valoir qu'il a **veillé à neutraliser l'avantage qu'un soumissionnaire aurait pu tirer de la réalisation d'une première mission en prenant des dispositions pour assurer une séparation nette et une totale indépendance entre les deux missions ; en mettant à disposition de tous les soumissionnaires potentiels l'ensemble des résultats de la première mission ; en choisissant et en pondérant les critères d'attribution de manière à ne pas avantager le soumissionnaire ayant réalisé la première mission.**

Ces informations peuvent se trouver :

- Sur internet ;
- Sur les sites ou par le biais de publications d'organisations professionnelles ;
- Dans des bases de données ou dans des rapports d'études spécifiques à un secteur donné ;
- Via d'autres administrations ;
- Dans le cadre de salons, de foires, ou lors de la visite de clients ou de fournisseurs ;

Lorsque les informations collectées dans le cadre de la « veille stratégique » ne sont pas suffisantes pour permettre de circonscrire un besoin et de déterminer les moyens adéquats de l'atteindre, on bascule alors dans une phase de prospection avec les bases légales qu'on lui connaît.

#### 4.2. Déterminer un cadre avant la prospection ?

C'est fortement recommandé afin que la prospection s'avère profitable et atteigne son objectif principal d'établir des documents de marché complets, pertinents et accessibles pour les opérateurs économiques, avec, pour finalité ultime, une procédure de passation et une exécution de marché facilitées.

Selon les cas, les pouvoirs adjudicateurs ont besoin de quelques précisions ciblées et/ou mineures ou, au contraire, d'un grand nombre d'informations - par exemple, dans le cadre d'un premier marché dans un secteur pas ou peu connu du pouvoir adjudicateur ou récemment soumis à un certain nombre d'évolutions - avant le lancement d'une procédure de passation.

Une prospection peut donc prendre différentes formes. Selon son ampleur, il convient de déterminer et de préparer :

a. Les informations à transmettre aux opérateurs économiques pour une prospection efficace :

- Les objectifs poursuivis dans le cadre de la prospection ;
- Les caractéristiques générales du marché envisagé telles que la catégorie de biens/services, l'ampleur du besoin, éventuellement le type de procédure si on le sait déjà, l'ouverture ou non à des solutions innovantes ;
- Les informations pertinentes sur le marché en cours d'exécution s'il y en a un ;
- Les différentes contraintes existantes (timing, procédures internes, contraintes budgétaires, équipement existant à maintenir / à recycler, etc.) ;
- ...

**Toutes ces précisions permettent aux opérateurs économiques de mieux comprendre le besoin et de fournir des informations adaptées.**

b. Les questions à aborder lors de la consultation selon les spécificités du marché :

- Spécifications techniques ;
- Innovations ;
- Planification ;
- Contraintes liées à l'exécution ;
- Aspects financiers ;
- ...

c. Les documents ou les modalités de travail à transmettre aux opérateurs économiques (**optionnel**, selon l'objet et l'ampleur de la prospection envisagée) :

- Préparation de l'invitation à une réunion ;
- Préparation d'une grille d'entretien ;
- Préparation d'un questionnaire et d'une Invitation à répondre par courrier électronique ou via un questionnaire en ligne ;
- ...

## 5. Comment les opérateurs économiques peuvent-ils se préparer de leur côté ?

- **En anticipant les questions** qui pourraient leur être posées et en **préparant un état des lieux des secteurs d'activités** dans lequel ils sont actifs ;
- En faisant un **point sur les solutions habituelles et innovantes** qui existent sur le marché ;
- En dressant **la liste des spécificités techniques essentielles des produits/services proposés** ;
- En déterminant les **contraintes déjà rencontrées** dans le cadre de marchés précédents et en examinant des **possibilités de solutions** ;
- ...

## 6. La réussite d'une prospection

### 6.1. Pour les pouvoirs adjudicateurs

Pour réussir sa prospection, il faut non seulement **la préparer en amont** mais aussi **s'assurer de respecter concrètement les principes généraux d'égalité, de non-discrimination et de transparence** en les intégrant à sa manière de prospecter.

Concrètement, il faut veiller à :

- **Interroger les firmes de façon similaire et leur transmettre les mêmes informations ;**
- **Poser des questions qui, même en étant précises, ne sont pas complètement fermées ou orientées ;**
- Être ouvert aux **innovations / solutions alternatives** proposées par les opérateurs économiques <sup>3</sup> ;
- **Ne pas s'engager ou faire des promesses quant au marché à venir ;**
- En cas de réunion « face-à-face », **rédiger un compte-rendu** de la réunion.
- De manière générale, toujours garder une trace de sa prospection dans le dossier administratif.

---

<sup>3</sup> Pour aller plus loin en matière de solutions innovantes, vous pouvez consulter la [communication du 18 juin 2021 de la Commission européenne « orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes »](#) : [Guidance on Innovation Procurement \(publicprocurement.be\)](#)

## 6.2. Pour les opérateurs économiques

Une prospection sera toujours positive pour les opérateurs économiques s'ils la mettent à profit pour :

- S'efforcer de **comprendre le besoin du pouvoir adjudicateur** afin de pouvoir le conseiller au mieux.
- **Transmettre un maximum d'informations pertinentes** pour que le pouvoir adjudicateur puisse faire des choix.
- **Mettre en valeur ou proposer leurs propres produits/services :**
  - En faisant part de leurs propres solutions techniques mais en relayant également les solutions techniques habituelles du marché par rapport au besoin du pouvoir adjudicateur ;
  - En informant de l'existence et des avantages d'une solution innovante sans omettre de parler des inconvénients ;
  - En précisant si les spécifications techniques transmises sont propres et exclusives à un produit/service spécifique et risquent potentiellement de restreindre ou d'empêcher la concurrence ;

**Un opérateur économique peut mettre en avant des solutions propres à son entreprise mais doit garder à l'esprit que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent aucunement fausser/restreindre la concurrence en retranscrivant des spécifications techniques qui seraient exclusivement liées à un produit/service spécifique à l'exclusion des autres.**

## 7. Et après la consultation ?

### 7.1. Interrompre les contacts avec les opérateurs économiques consultés

Il est essentiel de ne garder aucun contact avec les opérateurs économiques consultés dès que la phase de consultation préalable est terminée, dans la mesure où celle-ci doit intervenir avant toute procédure de passation et donc avant la rédaction des documents de marché.

Cette obligation est susceptible d'être vérifiée dans le cadre d'un recours devant le Conseil d'état et pourra potentiellement peser sur l'issue de celui-ci, selon les circonstances du litige<sup>4</sup>.

**⚠ RAPPEL : prospecter, ce n'est pas « coécrire » un cahier spécial des charges ou des spécifications techniques. Ce n'est pas non plus prénégocier ou négocier une offre à venir ⚠**

<sup>4</sup> CE n° 220.315 du 12 juillet 2012 : Dans cette affaire Le Conseil d'Etat a relevé que « **des contacts ont eu lieu** entre X, administrateur délégué de l'intervenante, et l'ingénieur Y (pouvoir adjudicateur) **durant la phase de rédaction du cahier spécial des charges** du marché litigieux. [...] il s'avère que **l'objectif** poursuivi par X (...) **a été d'influencer la rédaction de l'avis de marché et du cahier spécial des charges**, tant pour la définition d'un niveau élevé d'exigences en sélection qualitative que pour la pondération des critères d'attribution. [...] Ce diagnostic, [...], ne pourrait être infirmé par la thèse selon laquelle les contacts intervenus l'auraient été dans le cadre d'un "dialogue technique" ou à la faveur d'une prospection du marché permettant aux parties adverses de se procurer les informations nécessaires à l'élaboration de leur cahier spécial des charges ».

## 7.2. Utiliser les informations collectées pertinentes

Selon la complexité de la prospection et le nombre d'opérateurs économiques consultés, il peut être utile de **rédiger un rapport de synthèse soulignant les informations les plus intéressantes pour la passation du marché envisagé.**

Après avoir si nécessaire **adapté son analyse du besoin et/ou l'estimation du marché**, il ne reste plus qu'à **rédiger ses documents de marché** en tenant compte des éléments pertinents de la prospection.

### **Outils liés :**

*Actu sur la prospection : « Une prospection réussie, du win-win pour les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques ».*

*La réglementation relative aux marchés publics est disponible dans la rubrique « REGLEMENTATION », du Portail des marchés publics : <https://marchespublics.wallonie.be>.*