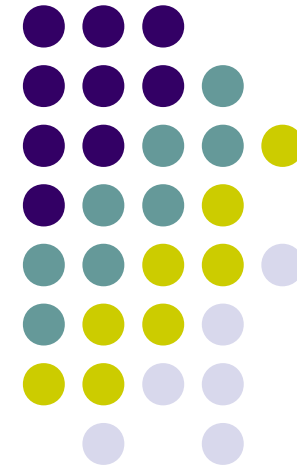


Les perspectives et les limites de la prospection dans le cadre de la nouvelle législation

Yves Cabuy



Prospecter ?



- « Action de prospecter. Etude des débouchés qu'offre un marché. Recherche de prêteurs ou de clients »

Larousse

Directive européenne 2004/18 du 31 mars 2004

Considérant n° 8



- « Avant le lancement d'une procédure de passation d'un marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en recourant à un « dialogue technique », solliciter ou accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier des charges, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence»

Article 5 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011



- « *Avant de lancer une procédure de passation, le pouvoir adjudicateur peut prospecter le marché en vue d'établir les documents et les spécifications du marché, à condition que cette prospection n'ait pas pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence. »*

Rapport au Roi



- « Cette prospection doit être antérieure au lancement de toute procédure de passation et elle ne peut pas, en outre, conduire à une forme de pré-négociation avec certaines entreprises. De plus, une telle prospection ne peut avoir pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence, ce qui pourrait être le cas notamment si les spécifications techniques d'un marché public mentionnaient une fabrication déterminée ou un procédé particulier à telle entreprise [...] ».



La prospection – Les mots-clés

- « prospection » - « dialogue technique »
- « solliciter » - « accepter » un avis
- « établir les documents et spécification du marché »
- « pré-négociation »
- « empêcher ou fausser la concurrence »
- « antérieure au lancement de toute procédure de marché public »

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012



- 1. **sprl INTERNATIONAL COMPANY FOR ACOUSTICS,**
2. **sa AIB-VINCOTTE INTERNATIONAL,**
3. **SAS IMPEDANCE,** ayant formé une société momentanée
- contre
- **Gouvernement wallon + SOFICO**
- **A-TECH** comme partie intervenante
- Décision prise le 7 février 2012 par le gouvernement wallon et la SOFICO dans le cadre d'un marché public de services portant sur la réalisation d'une cartographie du bruit le long des routes et autoroutes
- Appel d'offres général

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012



- En 2007, un marché de services portant sur la réalisation d'une cartographie du bruit des axes du réseau routier sous-tendant un trafic supérieur à six millions de véhicules par an, a été attribué à la s.a. ACOUSTIC TECHNOLOGIES en abrégé A-TECH
- Marché exécuté en partenariat avec d'autres prestataires de services actifs dans le domaine de la cartographie du bruit routier (dont ICA, une des parties requérantes)
- 6 décembre 2010 : « conventions de partenariat et de confidentialité » entre A-TECH et ses partenaires en vue notamment de participer au marché en question

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012

Arguments des requérants



- **Contacts réguliers** entre la personne en charge de l'élaboration du cahier spécial des charges au sein de la DG des Routes et Bâtiments du SPW et l'administrateur-délégué de A-TECH
- But : adapter le csch aux souhaits de A-TECH et de ses partenaires (sous-traitants dans l'offre) et exclure un maximum de candidats
- Courriels – plainte au pénal
 - Objet du marché
 - Critères de sélection qualitative (capacité financière)
 - Critères d'attribution et pondérations

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012

Arguments des parties adverses et intervenante



- Les parties requérantes ont été sélectionnées
- Le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur à fixer les critères d'attribution et leur pondération
- « dialogue technique »
- « s'informer en particulier sur les questions techniques tenant aux niveaux de capacités financière et technique qui pouvaient être attendus et sollicités du secteur, compte tenu de l'ampleur du présent marché »

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012

Décision du Conseil d'Etat



- Comportement attentatoire aux principes d'égalité, de non-discrimination et d'égalité entre les soumissionnaires ?
- « [...] décider si le jeu de la concurrence a été (ou a pu être) faussé par le choix des critères de sélection qualitative et la pondération des critères d'attribution, ce que soutiennent en substance les requérantes, en dénonçant les contacts réguliers l'administrateur-délégué de l'intervenante, et l'ingénieur fonctionnaire dirigeant du marché litigieux, lesquels contacts seraient intervenus en vue d'adapter le cahier spécial des charges aux souhaits de l'intervenante et des autres membres du partenariat constitué en décembre 2010

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012

Décision du Conseil d'Etat



- « [...] des contacts ont eu lieu entre X, administrateur-délégué de l'intervenante, et l'ingénieur Y (S.P.W.) durant la phase de rédaction du cahier spécial des charges du marché litigieux »
- « [...] il s'avère que l'objectif poursuivi par X, révélé par les courriels échangés avec ses partenaires, et à la réalisation duquel certains de ceux-ci ont contribué, 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 »

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012

Décision du Conseil d'Etat



- « [...] il ressort du cahier spécial des charges finalement adopté par les parties adverses que la pondération des critères d'attribution correspond à celle que X et ses partenaires estimaient préférable »
- « Au regard de ces trois faits, [...], l'étroite correspondance entre les intentions exprimées par X et les prescriptions du marché litigieux, finalement arrêtées par les parties adverses, ne paraît raisonnablement pouvoir être l'effet d'une simple coïncidence, heureuse pour l'attributaire de ce marché, mais semble *prima facie* résulter davantage de l'adoption d'exigences ou critères **conformes aux attentes d'un futur soumissionnaire**, à tout le moins au regard des orientations générales selon lesquelles celui-ci souhaitait que la procédure d'attribution du marché fût engagée. »

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012

Décision du Conseil d'Etat



- « Ce diagnostic, [...], ne pourrait être infirmé par la thèse selon laquelle les contacts intervenus l'auraient été – comme le soutient l'intervenante – 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. »
- « L'utilité d'une telle prospection n'est établie, en l'espèce, par aucun élément concret qui aurait été produit au cours des débats »

C.E. n° 220.315 du 12 juillet 2012

Décision du Conseil d'Etat



- Par ailleurs, et en toute hypothèse, pareille prospection, dont aucun détail relatif à l'organisation n'a pu être livré par les parties, semblerait, à tout le moins, **ne pas s'être déroulée conformément au principe de transparence**, corollaire des principes d'égalité et de non-discrimination, tels que ceux-ci sont applicables à la passation des marchés publics

La prospection, une première conclusion



- Phase essentielle dans la préparation d'une procédure compte tenu de la haute complexité de certains besoins à satisfaire
- Prospection du marché
 - Quant au besoin lui-même
 - Quant aux soumissionnaires potentiels
- Part du métier d'acheteur
- « Cycle de vie »
- Rédaction des conditions sur mesure
 - Principe d'égalité de traitement
 - Articles 246 et 247 du Code pénal
 - Incompatibilité - Articles 8 de la loi du 15 juin 2006 et 64 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011