

An aerial photograph of a city, likely San Francisco, with a large domed building (the San Francisco City Hall) in the center. The image is overlaid with a dark blue gradient.

Resolved —
MARCHÉS PUBLICS

QUI SOMMES-NOUS ?

- RESOLVED AVOCATS :

- ✓ 11 avocats spécialisés en droit administratif / public
- ✓ 2 secrétaires
- ✓ 25 ans d'expérience en marchés publics
- ✓ www.resolved.law
- ✓ www.marchéspublics.be
- ✓ Contact : Gauthier ERVYN
ge@resolved.law
02/315.53.00
0473/87.78.54



La prospection / consultation préalable dans les marchés publics

**Comment consulter les opérateurs
pour préparer son marché sans
porter atteinte à l'égalité, à la
transparence et à la concurrence ?**

5 QUESTIONS POUR Y RÉPONDRE

01

ENCADRER

Quelles règles européennes et belges régissent la consultation préalable du marché ?

02

COMPRENDRE

Qu'est-ce que la prospection, à quoi sert-elle ?

03

ORGANISER

Quand prospecter, qui consulter et comment organiser concrètement la consultation ?

04

TIRER LES ENSEIGNEMENTS DE LA JURISPRUDENCE

Quand un contact préalable est-il admis ou sanctionné ?

05

SÉCURISER LA PROSPECTION

Comment neutraliser les avantages, tracer les échanges et déterminer le degré d'ouverture nécessaire ?

01

ENCADRER

Quelles règles européennes et belges régissent la consultation préalable du marché ?

2004 : Apparition de la notion de « *DIALOGUE TECHNIQUE* » européen

Considérant 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. »

NATURE DE LA RÈGLE

L'idée apparaît dans le préambule de la directive 2004/18/CE : elle n'est pas encore organisée dans un article autonome.

INTÉRÊT

Le droit européen reconnaît que dialoguer avec le marché peut être nécessaire pour établir correctement les documents du marché.

LIMITE

L'avis reçu ne peut pas avoir pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence.

2014 transformera cette idée en un véritable régime : consultation préalable du marché et participation préalable d'un opérateur.

2011 : PROSPECTION DU MARCHÉ EN DROIT BELGE

A.R. du 15 juillet 2011, art. 5 :

« Avant de lancer une procédure de passation, le pouvoir adjudicateur peut prospector 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. »

Le rapport au Roi précise expressément que cette disposition nouvelle trouve son origine dans le **considérant 8 de la directive 2004/18/CE**.

2014-2016 : Directive 2014/24/UE et Loi du 17 juin 2016

Ce qui n'était qu'un "dialogue technique" évoqué en 2004 est désormais organisé par des dispositions autonomes.

ART. 40 - CONSULTER

« Consultations préalables »

- 1) Préparer le marché
Avis d'autorités / experts / OE
- 2) Informer les opérateurs des projets et exigences.

ART. 41 - NEUTRALISER

- Veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée
- Corriger l'avantage éventuel de l'opérateur ayant participé à la préparation.

ART. 48 - INFORMER

Avis de préinformation
Faire connaître anticipativement certaines intentions d'achat.

ART. 84 - DOCUMENTER

Conserver des traces suffisantes et les documents de préparation

Transposition belge : art. 40 → art. 51 ; art. 41 → art. 52 ; art. 48 → art. 60; art.84 → art. 164

Absence de disposition dans la Directive 2014/23/UE Concessions

2016 : CONSULTATIONS PRÉALABLES DU MARCHÉ EN DROIT BELGE

CHAPITRE 4. - Déroulement de la procédure

Section 1re. - Préparation

Consultations préalables du marché

«Art.51 Avant d'entamer une procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur peut réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation du marché et d'informer les opérateurs économiques de ses projets et de ses exigences.

A cette fin, le pouvoir adjudicateur peut, par exemple, demandeur ou accepter l'avis d'experts indépendants, d'organismes publics ou privés ou d'acteurs du marché.

Les consultations préalables peuvent être utilisées pour la planification et le déroulement de la procédure de passation, à condition qu'elles n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et d'entraîner une violation des principes de non-discrimination et de transparence. »

2016 : CONSULTATIONS PRÉALABLES DU MARCHÉ EN DROIT BELGE

Participation préalable de candidats ou de soumissionnaires

Art. 52. § 1er. Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit ou non dans le cadre de l'article 51, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire. Lesdites mesures doivent, pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils correspondants fixés pour la publicité européenne, être consignées dans les informations visées à l'article 164, §§ 1er ou 2.

Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

Par "entreprise liée" au sens du présent article, on entend soit toute entreprise sur laquelle une personne visée à l'alinéa 1er peut exercer directement ou indirectement une influence dominante, soit toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur cette personne ou qui, comme celle-ci, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

Aux fins de l'alinéa 3, l'"influence dominante" est présumée dans les cas visés à l'article 2, 2°.

§ 2. Le candidat ou soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement. Toutefois, 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 est accordé au candidat ou soumissionnaire pour fournir la justification visée à l'alinéa 1er, à compter de la demande du pouvoir adjudicateur. Le candidat ou soumissionnaire concerné fournit la preuve de l'envoi de cette justification.

La demande du pouvoir adjudicateur doit également être formulée par écrit.

§ 3. Le Roi peut, pour les marchés sous le seuil concerné pour la publicité européenne et moyennant les conditions qu'il fixe, prévoir des dérogations par rapport aux dispositions du présent article.

MP DE FAIBLE MONTANT (ART. 92 LMP + 124 AR PASS)

Consultations préalables ≠ consultation des conditions de plusieurs opérateurs

CADRE JURIDIQUE APPLICABLE AUJOURD'HUI

Le régime de la prospection ne se limite pas à l'article 51 : il doit être lu avec les règles relatives à l'égalité, à la participation préalable, aux spécifications, à la confidentialité et à la traçabilité.

SECTEURS CLASSIQUES

Art. 2,37°: notion de passation
art. 4-5 : principes généraux
art. 6 : conflits d'intérêts
art. 13 : confidentialité
art. 51 : consultation du marché
art. 52 : neutralisation / exclusion
art. 53 : spécifications techniques
art. 60 : avis de pré-information
Art. 69,6°: motif d'exclusion facultative
art. 164 : dossier pour les MP UE & traçabilité
pour tous les MP (min. 10 ans à pd ccl marché
et jusqu'à RD)

SECTEURS SPECIAUX & CONCESSIONS

Secteurs spéciaux

art. 133 : art. 51-53 applicables
publicité anticipée : avis périodique indicatif

Concessions

Art. 39: « consultations du marché en vue de définir les exigences minimales de la concession, sa valeur et sa durée, de préparer la procédure de passation de la concession »

Trav. Parl: « vivement conseillée voire encouragée »

2025-2026 : Proposition de règlement COM(2026) 590

1. Les constats à l'origine de la réforme

COMPLEXITÉ	CONCURRENCE	MARCHÉ INTÉRIEUR	ACHAT STRATÉGIQUE
Le cadre issu de 2014 est jugé trop lourd et difficile à manier pour de nombreux acheteurs.	La baisse ou fragilité de la concurrence dans certaines procédures demeure une préoccupation.	La participation directe d'opérateurs d'autres États membres reste limitée.	Innovation, objectifs sociaux et environnementaux sont mobilisés de manière inégale.



2. Conséquence pour la prospection

Normaliser la consultation préalable du marché, tout en renforçant sa transparence et sa traçabilité.



3. -> article 30

Art. 30 : « Les acheteurs publics peuvent mener des consultations du marché afin de préparer leur marché et d'acquérir une connaissance du marché. »

Proposition de règlement 2026 : PUBLICITÉ DE LA CONSULTATION

PROPOSITION - NON APPLICABLE

1. PUBLICITÉ DE LA CONSULTATION

Considérant 16 & Article 30

La consultation du marché resterait facultative mais doit être « encouragée ».

Publicité de la consultation

Acceptation des informations et avis de personnes se manifestant

Echanges écrits ou verbaux / prototypes / démonstrations live...

Article 110

Publication d'un avis public de consultation.

2. SÉCURITÉ DES PARTICIPANTS

Articles 95 et 109

La participation à une consultation du marché ne serait pas considérée, comme une participation à la préparation de la procédure, même s'il faut assurer le respect d'un délai de dépôt des offres suffisant et être transparent.

La prospection doit être documentée, de même que les mesures appropriées qui s'avèrent nécessaires.

3. PARTENARIAT D'INNOVATION & ACHATS DE R&D

Consultations préalables obligatoires pour:

- Le partenariat d'innovation (pendant 2 mois min) (art. 42 COM(2026) 590)
- Les marchés de services de R&D (COM(2026) 567 - art. 9)

Évolution proposée : la consultation resterait un outil de préparation, mais elle serait davantage publicisée, encadrée et documentée.

02

COMPRENDRE

Qu'est-ce que la prospection, à quoi sert-elle ?

QU'EST-CE QUE LA PROSPECTION (CONSULTATIONS PREALABLES) ?

La prospection est la démarche par laquelle un pouvoir adjudicateur consulte le marché, avant la procédure, afin de mieux définir son besoin (1) et d'informer les opérateurs économiques de ses projets et de ses exigences (2).

CE QUE C'EST

- une consultation préalable du marché
- une phase de préparation
- un moyen de comprendre l'offre disponible
- un outil d'aide à la rédaction du cahier spécial des charges

À QUOI ÇA SERT

- identifier les solutions existantes
- vérifier la faisabilité du besoin
- apprécier les prix, délais et contraintes
- concevoir des critères et conditions de marché réalistes et concurrentiels

CE QUE CE N'EST PAS

- une négociation anticipée
- un favoritisme
- une rédaction du marché par un futur soumissionnaire
- un moyen de donner une information privilégiée

On consulte le marché pour comprendre ce qui est possible, pas pour préparer un marché sur mesure.

POURQUOI PROSPECTER ?

L'adjudicateur connaît son besoin de service public, mais pas toujours le marché capable d'y répondre.

TECHNIQUE

Comprendre les solutions disponibles et les contraintes sectorielles.

FINANCIER

Approcher les ordres de grandeur : prix, maintenance, coûts de transition.

OPÉRATIONNEL

Calibrer délais, durée, allotissement et continuité du service.

CONCURRENTIEL

Éviter un cahier spécial des charges irréaliste ou taillé autour d'une seule solution.

L'objectif n'est pas de demander au marché ce qu'il veut vendre, mais de vérifier comment le besoin public peut être satisfait dans des conditions réalistes et concurrentielles.

LA PROSPECTION : DU TEMPS INVESTI POUR RÉUSSIR SON MARCHÉ

Plus le marché est complexe, innovant ou incertain, plus il faut prendre le temps de consulter le marché. Le temps consacré à la prospection n'est pas du temps perdu, mais un investissement pour sécuriser l'attribution et l'exécution du marché.

ANTICIPER

- Comprendre les solutions disponibles et leur niveau de maturité
- Identifier les contraintes techniques, économiques et opérationnelles
- Tester la faisabilité du besoin et des exigences envisagées

PRENDRE LE TEMPS

- Une consultation sérieuse ne se fait pas en quelques jours
- Elle suppose de préparer les questions, consulter plusieurs sources, analyser les réponses et en tirer les conséquences
- Ce temps doit être prévu dans le calendrier avant le lancement de la procédure

ÉVITER DE PAYER LE TEMPS « ÉCONOMISÉ »

- Une prospection insuffisante peut conduire à un cahier spécial des charges irréaliste ou trop restrictif
- Des offres inadaptées, peu nombreuses ou difficilement comparables
- Des difficultés d'attribution, voire des recours
- Des difficultés d'exécution, négociations, retards ou surcoûts

03

ORGANISER

Quand prospecter, qui consulter et comment organiser concrètement la consultation ?

COMMENT PROSPECTER CONCRÈTEMENT ?

La méthode dépend du marché, du degré d'incertitude et du risque concurrentiel : la consultation peut rester interne (consultation des conditions du marché sur internet, etc), ciblée (consultations de plusieurs opérateurs économiques ou autres entités identifiées) ou être publiquement ouverte (avis de pré-information ou autre mesure de publicité de la prospection).

1

Définir les inconnues

besoin, prix, délais, contraintes

2

Identifier les acteurs

opérateurs, fédérations, experts, autres acheteurs

3

Poser des questions comparables

éviter les échanges asymétriques

4

Tracer les échanges

mails, comptes rendus, documents reçus

5

Croiser les réponses

ne pas rédiger depuis un seul point de vue

6

Adapter le marché

spécifications, lots, délais, estimation

Plus la consultation influence le futur marché, plus elle doit être préparée, documentée et, si nécessaire, ouverte à un cercle plus large.

QUELLES INFORMATIONS ALLER CHERCHER ?

CHALLENGER LE CAHIER DES CHARGES

- **Tester la faisabilité des exigences** ; identifier des solutions alternatives ou innovantes ; détecter les exigences trop restrictives, surdimensionnées ou orientées vers une solution déterminée.

TESTER ET CALIBRER LES CRITÈRES DE SELECTION OU D'ATTRIBUTION

- **Traduire le besoin en critères objectifs** : capacités réellement nécessaires, critères d'attribution pertinents, pondération possible, éléments mesurables et comparables.

STRUCTURER LA PROCÉDURE

- **Choisir une stratégie adaptée** : allotissement, variantes, options, délais réalistes, niveau de concurrence disponible et ordre de grandeur budgétaire.

ANTICIPER L'EXÉCUTION

- **Intégrer les contraintes pratiques** : maintenance, garanties, support, SLA, risques d'approvisionnement, dépendances techniques et continuité du service.

QUI CONSULTER ? COMBIEN D'OPÉRATEURS ?

Aucun nombre minimal n'est fixé par l'article 51 : l'enjeu est de consulter un panel suffisamment diversifié et indépendant pour éviter de réduire la concurrence future.

PRINCIPE

Le choix des opérateurs consultés doit permettre d'appréhender réellement le marché, sans rédiger le cahier spécial des charges à partir d'un seul point de vue.

Il n'existe pas de nombre magique : le niveau de diversification dépend du marché et du risque.

BONNE PRATIQUE

Croiser, selon le secteur : PME, grands opérateurs, nouveaux entrants, fédérations professionnelles, experts et autres pouvoirs adjudicateurs.

Si la consultation est très ciblée, justifier le choix des personnes consultées.

POINT DE VIGILANCE

L'expert consulté doit être indépendant.
Un expert lié à un futur soumissionnaire peut soulever un conflit d'intérêts et imposer des mesures correctrices.

Base : art. 6

Plus la consultation est sélective, plus il faut pouvoir expliquer pourquoi ces opérateurs-là ont été consultés.

PEUT-ON DISCUTER DES CRITÈRES DE SELECTION ET D'ATTRIBUTION ?

Oui, mais le risque augmente à mesure que l'opérateur influence la conception du critère ou de la méthode d'évaluation.

FAIBLE RISQUE

TESTER LA PERTINENCE

« Le délai d'intervention est-il objectivement mesurable dans ce secteur ? »

→ admissible en principe.

RISQUE À ENCADRER

TESTER UN PROJET

Tester auprès de plusieurs sources la faisabilité et la mesurabilité d'un critère envisagé, sans laisser aux opérateurs le soin d'en déterminer le contenu ou la méthode d'évaluation.

→ possible, mais à tracer.

RISQUE ÉLEVÉ

FAÇONNER L'ÉVALUATION

Laisser un futur soumissionnaire fixer sous-critères, pondération ou méthode de notation selon ses propres forces.

→ distorsion sérieuse.

La frontière n'est pas la discussion du critère en elle-même, mais le degré d'influence laissé à l'opérateur sur la future évaluation.

OÙ S'ARRÊTE LA PROSPECTION ? LA PRÉ-NEGOCIATION

La prospection sert à comprendre le marché ; elle devient problématique lorsqu'un futur opérateur commence à influencer les conditions concrètes auxquelles il remettra ensuite offre.

PROSPECTION LICITE

Finalité : comprendre le marché.

- solutions disponibles
- contraintes techniques ou réglementaires
- délais et ordres de prix réalistes
- faisabilité d'un projet de spécification
- éléments objectivement mesurables

INDICES DE BASCULEMENT

Échanges très précis
Conditions définitives
Un seul opérateur
Influence directe sur le cahier spécial des charges
Avantage non neutralisable

PRÉ-NEGOCIATION

Finalité : discuter à l'avance les conditions du futur marché ou de la future offre.

- prix ferme anticipé
- spécifications arrêtées avec un opérateur
- critères adaptés à ses forces
- information privilégiée non partageable

Critère décisif : le contenu et l'effet de l'échange sur l'égalité entre futurs soumissionnaires.

04

TIRER LES ENSEIGNEMENTS DE LA JURISPRUDENCE

Quand un contact préalable est-il admis ou sanctionné ?

C.E., N° 43.720, 5 JUILLET 1993, BREDAS COSTRUZIONI FERROVIARIE

LES FAITS

La SNCB préparait un marché relatif à l'acquisition de matériel ferroviaire à grande vitesse. Dans ce cadre, elle avait eu, avant le lancement de la procédure de passation, des contacts avec certains acteurs ou experts du secteur afin notamment de mieux apprécier les caractéristiques techniques du matériel disponible et le coût du futur marché.

La société italienne Breda Costruzioni Ferroviarie S.p.A., qui n'avait pas été retenue dans la procédure, contestait notamment ces contacts préalables.

La question était donc de savoir si un pouvoir adjudicateur peut, avant de lancer un marché public, consulter certains opérateurs ou experts du marché, ou si une telle démarche porte nécessairement atteinte à l'égalité entre candidats.

LE RAISONNEMENT

Le Conseil d'État considère que le simple fait, pour un pouvoir adjudicateur, de prendre des renseignements auprès d'experts ou d'acteurs du marché avant l'ouverture de la procédure n'est pas, en soi, irrégulier.

L'adjudicateur doit pouvoir préparer son marché et notamment :

- apprécier les solutions techniques disponibles ;
- déterminer les spécifications techniques du futur marché ;
- se faire une idée de son coût.

LA DÉCISION

Le Conseil d'État n'admet pas que l'existence des contacts préalables suffise à rendre la procédure irrégulière.

C.E., 27/12/2002, 114.149 et 114.150 : FABRICOM

La question n'est pas née d'un marché isolé, mais d'une règle belge d'exclusion automatique contestée devant le Conseil d'État.

RÈGLE BELGE CONTESTÉE

Les art. 26 et 32 de l'A.R. du 25 mars 1999 excluaient de la procédure toute personne ayant participé à la recherche, l'expérimentation, l'étude ou au développement du marché, sans lui permettre de démontrer que cette participation n'avait pas faussé la concurrence.

RECOURS FABRICOM

Fabricom demande au Conseil d'État l'annulation de ces dispositions. Elle soutient que cette exclusion générale est contraire notamment à l'égalité de traitement et au principe de proportionnalité, puisqu'elle s'applique même en l'absence d'avantage concurrentiel concret.

RENOI PRÉJUDICIEL

Le Conseil d'État interroge la Cour de justice : peut-on exclure automatiquement l'opérateur ayant participé à la préparation, sans lui laisser prouver que la concurrence n'est pas faussée ?

Dilemme : protéger l'égalité entre soumissionnaires sans interdire excessivement la participation d'opérateurs utiles à la préparation du marché.

CJUE, 3 mars 2005 : LA SOLUTION

1. UN AVANTAGE PEUT EXISTER

La Cour reconnaît que l'opérateur ayant participé à la préparation du marché peut se trouver dans une situation plus favorable : il peut disposer d'informations privilégiées ou avoir influencé les conditions du marché.

2. MAIS L'EXCLUSION AUTOMATIQUE EST EXCESSIVE

Ce risque ne justifie pas une exclusion générale et automatique. Une telle règle va au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

3. IL FAUT UN EXAMEN CONCRET

L'opérateur doit pouvoir démontrer que son intervention préalable n'a pas faussé la concurrence dans les circonstances du cas d'espèce. Ce n'est qu'après cet examen qu'une exclusion peut être envisagée.

Conséquence actuelle : la logique de Fabricom se retrouve dans l'article 52. Le réflexe n'est pas l'exclusion, mais la neutralisation de l'avantage éventuel.

C.E., N° 219.984, 26 JUIN 2012, VECTRA

LES FAITS

La SOFICO lance un marché public de services portant sur la réalisation d'études de portance du réseau routier structurant wallon. L'offre de VECTRA est écartée comme irrégulière et le marché est attribué.

VECTRA conteste notamment cette attribution en faisant valoir que le CRR avait participé à l'élaboration et à la mise à jour de cahiers des charges-types de la Région wallonne, en particulier le CCT RW99, dont certaines dispositions étaient applicables au marché litigieux.

Selon VECTRA, cette participation avait pu permettre au CRR d'influencer les conditions du marché dans un sens favorable et lui procurer ainsi un avantage concurrentiel contraire au principe d'égalité entre soumissionnaires.

LE RAISONNEMENT

Le Conseil d'État distingue la participation à la rédaction du cahier spécial des charges du marché concerné de la participation à l'élaboration d'un cahier des charges-type général. En l'espèce, VECTRA ne démontrait pas que le CRR avait participé à la rédaction du cahier spécial des charges propre au marché litigieux. Elle lui reprochait principalement d'avoir contribué à la mise à jour du CCT RW99, document général applicable à de nombreux marchés.

Le Conseil d'État relève surtout que la participation antérieure à de tels documents ne permet pas de présumer automatiquement un avantage concurrentiel. Ce qui importe est de démontrer concrètement, dans le marché en cause, en quoi cette participation a effectivement favorisé le soumissionnaire.

LA DÉCISION

Le Conseil d'État considère que le seul fait pour les parties intervenantes d'avoir contribué à la réalisation de cahiers des charges types, rendus applicables au marché public litigieux, n'implique pas en soi qu'elles auraient bénéficié d'un avantage concurrentiel.

C.E., N° 220.315, 12 JUILLET 2012, INTERNATIONAL COMPANY FOR ACOUSTICS

LES FAITS

Le Gouvernement wallon et la SOFICO lancent un marché public de services portant sur la cartographie du bruit le long des routes et autoroutes wallonnes. Le marché est attribué à A-TECH Acoustic Technologies. Deux sociétés, qui avaient remis une offre sous forme de société momentanée, demandent au Conseil d'État la suspension de cette décision.

Le problème vient de contacts intervenus pendant la préparation du marché entre Jean-Pierre Clairbois, administrateur-délégué d'A-TECH, et Pierre Gilles, chargé au sein du SPW de l'élaboration du cahier spécial des charges. Les requérantes soutiennent que ces échanges ont servi à adapter le CSC aux caractéristiques du groupement autour d'A-TECH, notamment en ce qui concerne les capacités financières et techniques exigées et la pondération des critères d'attribution.

LE RAISONNEMENT

Le Conseil d'État relève trois éléments importants :

- des contacts ont effectivement eu lieu entre Clairbois et Gilles pendant la rédaction du CSC
- L'objectif poursuivi par Clairbois, tel qu'il ressort de ses courriels, était d'influencer les exigences de sélection et la pondération des critères d'attribution ;
- Le CSC finalement adopté présente une forte correspondance avec les souhaits exprimés par Clairbois et ses partenaires

Le Conseil estime que cette correspondance ne peut raisonnablement être considérée comme une simple coïncidence. Prima facie, les exigences du marché apparaissent avoir été définies conformément aux attentes d'un futur soumissionnaire.

LA DÉCISION

Le Conseil d'État considère donc comme sérieux le moyen tiré de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre soumissionnaires.

Il suspend l'exécution de la décision du 7 février 2012 par laquelle le Gouvernement wallon et la SOFICO avaient attribué le marché à A-TECH Acoustic Technologies.

C.E., n°252.565 du 29 décembre 2021, ALBA CONCEPT c. SWDE

LES FAITS

Dans le cadre d'un premier marché de services portant sur « nettoyage des locaux 2021-2029 », un adjudicataire a été chargé d'élaborer un « référentiel qualité » de contrôle des prestations de nettoyage ainsi qu'une base de données des sites à nettoyer. La S.W.D.E. a ensuite lancé un second marché de services de « Contrôle nettoyage bâtiments 2021-2029 », portant précisément sur le suivi de ce référentiel, lequel a été attribué à ce même adjudicataire. Alba Concept a introduit un recours en suspension d'extrême urgence, invoquant un avantage concurrentiel résultant de la participation antérieure de l'adjudicataire au premier marché.

LE RAISONNEMENT

Le Conseil d'État relève que l'attributaire a participé à la conception du premier marché, mais non à la préparation du marché litigieux lui-même, contredisant l'affirmation de la requérante selon laquelle l'article 52 de la loi du 17 juin 2016 s'appliquait sans aucun doute. À supposer même cette disposition applicable, il reste à établir un risque concret de distorsion de concurrence : la requérante n'explique pas en quoi la « paternité » du référentiel serait en soi problématique, ne démontre pas avoir manqué de temps ou d'informations, et l'allégation d'économie de coûts ne peut être vérifiée dans le cadre restreint de l'extrême urgence.

LA DÉCISION

Le Conseil d'État rappelle, en écho à son arrêt AEG Belgium (n°222.634 du 26/02/2013), que « l'existence d'un avantage concurrentiel [...] ne doit pas être démontrée concrètement par celui qui l'invoque » et qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de le rechercher — mais estime qu'à défaut d'éléments établissant *prima facie* ce risque, la S.W.D.E. n'a pas commis d'erreur manifeste en n'adoptant pas de mesures au titre de l'art. 52 ni en n'excluant pas l'offre au titre de l'art. 69, 6° LMP. En clair, le pouvoir adjudicateur doit rechercher l'existence d'un avantage potentiel, mais le requérant doit apporter suffisamment d'éléments pour rendre ce risque plausible dans le cadre du contentieux.

C.E., no 261.866 du 23 décembre 2024, SEDE BENELUX

LES FAITS

Demande de suspension d'extrême urgence visant la décision d'attribuer un marché public de transport/valorisation de compost, à un soumissionnaire ayant repris des prix unitaires négatifs.

LE RAISONNEMENT

la motivation du pouvoir adjudicateur, bien que vérifiée pour partie par le dossier administratif (évolution favorable du marché de valorisation non agricole), ne permettait pas de comprendre comment un prix négatif particulier restait normal compte tenu des contraintes propres au marché litigieux. Parmi les éléments pris en compte figure l'absence de précédent lors de la prospection.

LA DÉCISION

La qualité de la prospection peut influencer la capacité du pouvoir adjudicateur à apprécier la plausibilité des prix au stade de l'examen des offres.

C.E., n° 264.331 du 26 septembre 2025, G.C. VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN

LES FAITS

Demande d'annulation d'une décision relative au marché d'exploitation et verdurisation de transport en bus pour compte de DE LIJN

LE RAISONNEMENT

Le dirigeant d'un soumissionnaire est membre d'une entité qui est interlocuteur de DE LIJN dans le cadre de la politique générale de mobilité, ce qui crée un « risque plausible de favoritisme » puisque ce soumissionnaire aurait été « en mesure d'exercer concrètement une influence sur le déroulement de la procédure de passation ». Certaines modifications du cahier des charges auraient joué en faveur de ce soumissionnaire et aucune trace ne montre qu'une attention particulière aurait été portée à ce conflit d'intérêts potentiel.

LA DÉCISION

Rejet. Contacts sont reconnus et ne vont pas au-delà d'une prospection du marché. Ce n'est pas parce qu'un risque de favoritisme peut exister qu'il s'ensuit un renversement de la charge de la preuve. Un risque allégué de manipulation et/ou de traitement inégal doit être démontré concrètement, ou à tout le moins trouver confirmation dans le dossier administratif, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

CE n° 261.996 du 16 janvier 2025, Teva Pharma Belgium c. IRIS-Achats

LES FAITS

Teva Pharma demande l'annulation de la décision de IRIS-Achats d'approuver un cahier spécial des charges du marché « spécialités pharmaceutiques à base de filgrastim et pegfilgrastim »,.

LE RAISONNEMENT

IRIS-ACHAT aurait méconnu la concurrence car, en phase de prospection, TEVA PHARMA lui présente un médicament au principe actif (lipegfilgrastim) similaire à celui qui est retenu (pegfilgrastim). La prospection a donc permis au pouvoir adjudicateur de connaître l'existence d'une solution thérapeutique alternative. Le CSC l'a néanmoins exclue sans justification matérielle suffisante.

LA DÉCISION

Annulation: L'acte attaqué, en ce qu'il contient des spécifications techniques ayant pour effet d'exclure le médicament de la requérante, ne repose pas sur une motivation matérielle suffisante,

05

SÉCURISER LA PROSPECTION

Comment neutraliser les avantages, tracer les échanges et déterminer le degré d'ouverture nécessaire ?

ARTICLE 52 : NEUTRALISER L'AVANTAGE

Que faire lorsqu'un opérateur ayant participé à la préparation du marché souhaite ensuite soumissionner ?

MESURES PRÉVUES PAR LA LOI

Communiquer aux autres candidats ou soumissionnaires les informations utiles échangées ou obtenues ;
Fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

AVANT TOUTE EXCLUSION

l'opérateur doit pouvoir démontrer par écrit que sa participation préalable ne fausse pas la concurrence ;
délai minimum : 12 jours à compter de la demande écrite.

EXCLUSION

possible uniquement si aucune autre mesure ne permet de garantir l'égalité de traitement ;
la décision doit être justifiée et documentée.
Articulation avec l'art.69,6° LMP (motif d'exclusion facultative) et art. 70 (mesures correctrices)

La participation préalable n'entraîne pas une exclusion automatique : l'adjudicateur doit d'abord identifier, neutraliser et documenter l'avantage éventuel.
Pas de mesure à prendre si la consultation a eu lieu envers des personnes autres que les candidats/soumissionnaires (et leurs entités liées)

JURISPRUDENCE RÉCENTE : COMMENT APPLIQUER L'ARTICLE 52 ?

ANTICIPER

C.E., n° 222.634, 26 févr. 2013, AEG BELGIUM

Le pouvoir adjudicateur ne peut rester passif face à des éléments susceptibles de révéler un avantage concurrentiel: il doit examiner et motiver la situation et la décision qu'il en déduit. Ce n'est pas au concurrent de prouver l'avantage anti-concurrentiel, dès lors qu'un avantage potentiel est identifié.

DÉCIDER

C.E., n° 224.479, 19 août 2013, L'ESCAUT ARCHITECTURES

Après avoir entendu l'opérateur, l'adjudicateur doit prendre position sur l'impact anti-concurrentiel éventuel à la suite de la procédure.

NEUTRALISER

C.E., n° 252.358, 8 déc. 2021, N.R.B.

Peuvent constituer des mesures appropriées : partage des informations utiles, délais adéquats, possibilité de questions et réponses communiquées à tous.

NE PAS PRÉSUMER L'AVANTAGE

C.E., n° 256.098, 22 mars 2023

Dans des marchés successifs, la seule qualité d'opérateur sortant ne suffit pas, en elle-même, à établir une distorsion de concurrence. L'avantage anticoncurrentiel doit être établi concrètement.

TRACER ET DOCUMENTER LA PROSPECTION

Le dossier doit permettre de reconstituer pourquoi le marché a été conçu ainsi et de démontrer que la consultation n'a pas favorisé un opérateur.

AVANT LA CONSULTATION

définir les inconnues à éclaircir ;
identifier les opérateurs / experts consultés ;
préparer des questions communes ;
identifier les informations susceptibles d'être confidentielles et leurs modalités de traitement.

PENDANT LA CONSULTATION

conserver les mails et documents reçus ;
rédiger des comptes rendus ;
noter les participants, dates et thèmes ;
éviter les informations asymétriques.

APRÈS LA CONSULTATION

identifier les enseignements retenus ;
justifier les éléments écartés ;
expliquer l'incidence sur l'estimation, les lots, les délais, les critères ou le CSC ;
prévoir les informations à partager si nécessaire.

Art. 164 Loi du
17 juin 2016

§ 4. Les adjudicateurs conservent une trace du déroulement de toutes les procédures de passation, qu'elles soient menées ou non par des moyens électroniques. A cet effet, ils veillent à conserver des documents suffisants pour justifier les décisions prises à toutes les étapes de la procédure de passation, notamment des documents concernant les échanges avec les opérateurs économiques et les délibérations internes, la préparation des documents du marché, le dialogue ou la négociation le cas échéant, la sélection et l'attribution du marché. Ces documents sont conservés au moins pendant une période de dix ans à compter de la date de conclusion du marché et en tout état de cause jusqu'à l'expiration du délai de garantie, sans préjudice des dispositions des lois, décrets et ordonnances relatifs aux archives.

TRANSPARENCE, CONFIDENTIALITÉ ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La prospection produit de l'information : certaines données doivent être partagées pour garantir l'égalité, mais les secrets techniques et commerciaux doivent être protégés.

INFORMATIONS SENSIBLES

secrets techniques ;
secrets commerciaux ;
données de coût internes ;
savoir-faire propriétaire ;
droits de propriété intellectuelle ou d'utilisation.

EXIGENCE D'ÉGALITÉ

un opérateur ne peut conserver un avantage informationnel injustifié ;
les informations utiles à la préparation d'une offre doivent être neutralisées ;
les questions-réponses peuvent devoir être partagées.

BONNE PRATIQUE

identifier dès le départ les informations confidentielles ;
ne pas fonder une exigence essentielle sur une information impossible à partager ;
préférer les exigences fonctionnelles ou de performance lorsque c'est possible.

AVIS DE PRÉINFORMATION : QUEL RÔLE DANS LA PROSPECTION ?

L'avis de préinformation n'est ni la prospection elle-même, ni un préalable obligatoire à celle-ci. Il peut en revanche servir à ouvrir la consultation à un plus grand nombre d'opérateurs.

RISQUE D'UNE PROSPECTION FERMÉE

Consulter seulement les opérateurs déjà connus peut limiter les solutions identifiées et orienter le futur cahier spécial des charges.

UTILITÉ DE L'AVIS

La publication peut, en pratique, permettre à des opérateurs non encore identifiés de manifester leur intérêt et des suggestions pertinentes pour le marché public.

ARTICULATION AVEC L'ARTICLE 51

1. Publication des besoins ou intentions.
2. Manifestation d'opérateurs intéressés.
3. Consultation préalable élargie.
4. Informations utiles intégrées à la préparation du marché.

L'avis de préinformation est donc un outil facultatif d'ouverture de la prospection, non une condition générale de sa légalité.

E-PROCUREMENT : FACULTATIF POUR PROSPECTER, CENTRAL POUR PASSER LE MARCHÉ

La plateforme peut ouvrir la consultation de marché, mais l'obligation électronique se rattache surtout à la procédure de passation.

PROSPECTION : UTILISATION FACULTATIVE

Art. 51 : le pouvoir adjudicateur peut consulter des opérateurs, experts ou autorités.

Contacts directs, réunions, questionnaires ou RFI : e-Procurement n'est qu'une option.

E-PROCUREMENT : OUVRIR LA CONSULTATION

Publier une RFI / consultation de marché permet de rendre le besoin visible au-delà des opérateurs déjà identifiés.

La plateforme documente aussi l'ouverture de la prospection.

PASSATION : ÉLECTRONIQUE EN PRINCIPE

Art. 14 : communications et échanges par moyens électroniques.

Offres / demandes de participation via plateforme.

PNSPP incluses depuis le 1.9.2023.

Exception : faibles montants < 30.000 € HTVA.

PROSPECTION
facultatif

RFI / PUBLICATION
option d'ouverture

PASSATION
électronique en principe

CONCLUSION : GRILLE DE DÉCISION

Plus la prospection influence les documents du marché, plus les exigences de justification, de traçabilité et de neutralisation augmentent.

SITUATION	RISQUE	SÉCURISATION CONSEILLÉE
Recherche documentaire	Faible	Conserver les sources et hypothèses retenues.
Questions générales à plusieurs opérateurs	Faible à moyen	Questionnaire commun, comptes rendus, cohérence des informations communiquées.
Réunions bilatérales approfondies	Moyen	Même niveau d'information, traçabilité complète, partage des informations utiles.
Spécifications ou critères discutés	Élevé	Justification objective, consultation élargie, neutralisation éventuelle de l'avantage.
Un opérateur exerce une influence déterminante sur le CSC	Très élevé	Revoir les documents, élargir/rouvrir la consultation et neutraliser l'avantage ; exclusion uniquement si aucune autre mesure ne permet d'assurer l'égalité.

QUESTIONS ?

MERCI POUR VOTRE ATTENTION!

Gauthier ERVYN
Avocat

T +32 (0) 2 315 53 00

M +32 (0) 473 87 78 54

ge@resolved.law

