

Fiche d'information

Mesures pour lutter contre la corruption (art. 2 let. b et d / art. 11 let. a et b LMP/AIMP)

Juillet 2021

Phases de la procédure de passation de marchés concernées: ensemble de la procédure d'adjudication, y compris la préparation. Les marchés publics sont exposés à un risque de corruption accru. La lutte contre la corruption constitue donc une thématique essentielle pour les adjudicateurs lors de l'adjudication de marchés publics.

Des prescriptions particulièrement strictes s'appliquent aux personnes impliquées dans les processus d'adjudication: il leur est interdit d'accepter des invitations ou d'autres avantages (même mineurs et habituels dans les relations sociales) qui leur sont proposés en relation avec ces processus. Les contacts commerciaux détachés du projet d'adjudication concret et, avec une prudence accrue, les études de marché spécifique au projet restent autorisés.

Si un adjudicateur prend connaissance de façon certaine de pratiques de corruption, il est dans son propre intérêt de ne plus collaborer avec le soumissionnaire concerné, ne serait-ce que pour des questions de réputation. L'adjudicateur a la possibilité d'exclure le soumissionnaire de la procédure, de révoquer un marché déjà adjudiqué et de prononcer d'autres sanctions. Une dénonciation pénale est également indiquée dans certaines circonstances.

Important: cette fiche d'information est un document plutôt technique et s'adresse à des personnes formées. La consultation de la hiérarchie est conseillée en cas de doutes et de questions.

Pourquoi prévenir la corruption?

L'acquisition d'ouvrages, de marchandises et de services par les pouvoirs publics revêt une grande importance économique pour la Suisse et dans certains secteurs, les soumissionnaires dépendent réellement de tels mandats.

Il est d'autant plus important que la Confédération, les cantons, les communes et les autres adjudicateurs publics responsables de l'engagement des financements publics accomplissent cette tâche dans le respect du droit et des principes économiques. La corruption et le favoritisme n'ont pas leur place; la procédure d'adjudication doit être neutre (égalité de traitement), transparente et équitable.

La corruption engendre des coûts économiques et sociétaux très élevés. Elle accentue les

inégalités dans l'accès aux prestations étatiques et mine la cohésion sociale. Elle empêche la transparence et fausse la concurrence. Une corruption supposée ou découverte nuit en outre à la réputation de l'autorité et à la crédibilité de l'action étatique.

La corruption peut revêtir de nombreuses formes. Elle repose sur l'octroi et l'acceptation d'avantages matériels pour lesquels il n'existe aucun droit (corrompre et se laisser corrompre). Il s'agit d'infractions pénales poursuivies d'office. La corruption privée (p. ex. entre les soumissionnaires) est également punissable.

Parmi les principes qui doivent être respectés lors des adjudications de marchés publics figurent donc notamment la mise en œuvre d'une procédure transparente et impartiale ainsi que la lutte contre la corruption (cf. art. 11 let. a et b LMP/AIMP).

Attachement à la transparence

Il incombe aux adjudicateurs de prendre au sérieux les risques de corruption et de favoritisme et de communiquer clairement en interne et en externe que de telles pratiques ne sont pas tolérées. Les adjudicateurs:

- proclament en interne et en externe leur volonté explicite d'une **tolérance zéro** à l'égard des cas de corruption et du favoritisme;
- prennent au sérieux les **risques** de conflits d'intérêts éventuels entre les intérêts personnels et publics et tentent de les contenir de manière proactive;
- s'engagent à respecter le principe de la **transparence des processus et compétences**.

Mesures générales de prévention

Les mesures de prévention qui fournissent aux parties prenantes (adjudicateurs et services demandeurs, autorités pénales, autorités de surveillance, soumissionnaires, organisations faitières, etc.) des **informations** et leur indiquent comment se comporter dans des situations délicates sont essentielles pour endiguer les processus de corruption. En effet, on se situe souvent dans une zone grise quand il s'agit d'acquiescer un avantage personnel ou de favoriser des tiers, ce qui peut entraîner des conflits d'intérêts.

L'art. 11 let. b **LMP/AIMP** prévoit que l'adjudicateur prenne des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. L'ordonnance de la Confédération (art. 3 **OMP**) et certaines prescriptions cantonales prescrivent de telles **mesures** en détail:

- déclaration des relations susceptibles de conduire à un conflit d'intérêts;
- signature d'une déclaration d'impartialité des personnes impliquées chez l'adjudicateur mais aussi des conseillers et auxiliaires externes;
- formation et sensibilisation régulières des collaborateurs.

Les soumissionnaires ont droit à l'évaluation de leurs offres par une instance indépendante dans le cas de mandats d'études parallèles et de concours portant sur les études et la réalisation. Les **règles de récusation** du droit général de procédure s'appliquent en principe aussi aux adjudicateurs publics (art. 13 **LMP/AIMP**). Le nouveau droit des marchés publics ne souhaite cependant pas se contenter de la simple apparence.

Précautions organisationnelles concrètes

Afin d'éviter la corruption dans le cadre des marchés publics, il convient de garantir au sein de l'administration que les connaissances et les ressources nécessaires soient disponibles en quantité suffisante, pour qu'il n'y ait pas de (trop) grandes dépendances par rapport au savoir-faire des soumissionnaires. Le cas échéant, des conseillers externes peuvent être consultés qui doivent à leur tour être impartiaux et libres de conflits d'intérêts à l'instar d'une autorité publique.

D'autres précautions organisationnelles doivent être prises:

- réglementation claire des compétences et modalités des processus d'adjudication;
- définition d'une politique des marchés publics claire et définition des mandats;
- mise en œuvre systématique du principe du double contrôle (la compétence décisionnelle ne doit pas être confiée à une seule personne), notamment pour le choix de la procédure et la décision d'adjudication;
- contrôle systématique et régulier et *reporting* judicieux, notamment en cas d'exceptions à l'obligation d'appels d'offres, d'adjudications de gré à gré et de la pratique concernant le cercle des soumissionnaires dans la procédure sur invitation.

Une attention particulière doit être accordée au domaine de la procédure de gré à gré, parce que la protection juridique y fait souvent défaut et que la vérification judiciaire du respect du droit des marchés publics n'est ainsi souvent pas ou à

peine possible. La corruption peut éventuellement être identifiée au fait que des marchés sont adjugés de manière systématique ou répétée, directement aux mêmes soumissionnaires, sans qu'il n'y ait de justification objective compréhensible. La pratique des marchés de gré à gré doit donc faire l'objet d'une vérification interne périodique et d'un examen critique (monitorage).

En cas de **questions ou de doutes**, la hiérarchie ainsi que les responsables compétents des marchés publics doivent être consultés.

Exclusion/révocation et sanctions

Dans le but de prévenir la corruption ou d'autres actes délictueux, le droit des marchés publics prévoit – en plus des principes de lutte contre la corruption, des mesures organisationnelles et du travail de sensibilisation déjà évoqués – des mécanismes de sanction efficaces en cas de manquements et de violations des règles:

- exclusion de la procédure;
- révocation du marché déjà adjugé;
- exclusion des marchés publics futurs **et amende**.

L'adjudicateur peut **exclure** un soumissionnaire d'une procédure d'adjudication, le rayer d'une liste ou **révoquer un marché** qui lui a déjà été adjugé, s'il est constaté que le soumissionnaire, ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier ont enfreint des dispositions relatives à la lutte contre la corruption (art. 44 al. 1 let. e **LMP/AIMP**).

Lorsqu'un soumissionnaire ou un sous-traitant remplit, lui-même ou à travers ses organes, les critères constitutifs de la corruption, l'adjudicateur ou l'autorité compétente désignée par la loi, peut l'**exclure des futurs marchés publics** pour une durée maximale de cinq ans **ou lui infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre**. Dans les cas de peu de gravité, un avertissement peut être prononcé. **L'exclusion des futurs marchés publics pour cause de corruption s'applique aux marchés de tous les adjudicateurs assujettis à la LMP.**

Une partie des instruments et sanctions pour la lutte contre la corruption figure dans le code pénal (art. 322^{ter} ss CP). L'art. 44 al. 1 let. e **LMP/AIMP** se réfère cependant également aux dispositions de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (**LCD**) et à d'autres dispositions de nature civile qui portent sur la lutte contre la corruption, p. ex. en tant que **clause contractuelle** indépendante ou partie des conditions générales.

→ *Fiche d'information «Sanctions»*

Degré de preuve et libre appréciation

L'art. 44 al. 1 **LMP/AIMP** requiert l'existence d'indices suffisants. Le simple soupçon de corruption est insuffisant pour une sanction. Mais l'entrée en force d'un jugement de condamnation du soumissionnaire concerné ou de ses organes n'est pas pour autant requise. En principe, l'ouverture d'une enquête par les autorités de poursuite pénale devrait suffire. Si un adjudicateur a connaissance de pratiques de corruption, la collaboration avec le soumissionnaire concerné n'est plus tolérable et il peut décider son exclusion de la procédure ou la révocation d'un marché déjà adjudgé (art. 44 al. 1 let. e **LMP/AIMP**).

Il **appartient** à l'adjudicateur de décider s'il prononce (également) une sanction ou pas.

→ *Fiche d'information «Sanctions»*

Droit pénal et code de conduite

La lutte contre la corruption est réglée au titre 19 du Code pénal suisse (art. 322^{ter} ss CP). Ces dispositions concernent les cas de **corruption active et passive, l'octroi d'avantages et l'acceptation d'avantages**. Ces règles valent également pour les particuliers consultés qui accomplissent des tâches publiques.

Des prescriptions particulièrement strictes s'appliquent aux personnes impliquées dans les processus d'adjudication (cf. p. ex. **art. 21 al. 3 LPers en relation avec l'art. 93 OPers**): conformément au Code de comportement de l'administration fédérale et (en principe) des instruments analogues des cantons, il leur est interdit d'accepter **des invitations ou d'autres avantages (pas uniquement pécuniaires)** (même mineurs et habituels dans les relations sociales) qui leur sont proposés en relation avec ces processus. Une prudence maximale est de mise lors des contacts avec des soumissionnaires, avant même et pendant un appel d'offres concret, pour ne pas risquer des reproches d'inégalité de traitement, de partialité ou de corruption.

La prospection des marchés reste autorisée selon l'art. 14 al. 3 **LMP/AIMP**, car l'adjudicateur doit pouvoir se faire une idée des produits et des soumissionnaires en vue d'accomplir correctement sa tâche. Ainsi, les collaborateurs de l'adjudicateur peuvent p. ex. visiter des usines, participer à des salons spécialisés, à des réunions / séminaires / présentations, etc., en dehors d'un projet d'adjudication concret. Dans ce cas, ils doivent toutefois également faire preuve de retenue et de circonspection, p. ex. en refusant les invitations à partager un repas, les excursions, etc. Dans le cadre des préparatifs de l'adjudication, ils doivent également veiller à ce que l'objet du marché et les critères dans les appels d'offres ultérieurs soient décrits en toute neutralité par rapport au produit et au

soumissionnaire (pas d'adaptation consciente ou inconsciente de l'appel d'offres).

Voies de droit

Le prononcé d'une sanction est considéré comme un motif de recours. Ainsi il est p. ex. possible, selon l'art. 56 al. 4 / al. 5 **LMP/AIMP**, d'invoquer l'application indue de la procédure de gré à gré et le grief selon lequel l'adjudication est entachée de corruption.

Renseignements complémentaires

[Stratégie du Conseil fédéral contre la corruption 2021-2024](#);

CA: [Prévention de la corruption](#);

SECO: [Lutte contre la corruption](#)

DDC: [Lutter contre la corruption](#);

Confédération: [Code de comportement](#);

Cantone VD: [Charte éthique vaudoise](#);

Cantone GR: [Charte éthique](#).

Conseil complémentaire concernant le droit des marchés publics: [Direction de la DTAP/CMP](#) ou [Centre de compétence des marchés publics de la Confédération \(CCMP\)](#)