

# Fiche d'information

## Sanctions (art. 45 LMP/AIMP)

Juillet 2021

**Phase de la procédure de passation de marchés concernée:** des sanctions peuvent en principe être prononcées en tout temps (que ce soit en dehors ou au cours d'une procédure d'adjudication). La sanction en soi ne s'applique cependant qu'aux adjudications futures dès qu'elle entre en force.

**Motifs de sanction:** sont sanctionnés les manquements aux obligations des soumissionnaires et des sous-traitants en dehors du droit des marchés publics, mais néanmoins en relation avec celui-ci, p. ex. les infractions à la loi sur les cartels (accords sur les prix et/ou la répartition géographique), certains crimes et délits (faux dans les titres, infractions contre le patrimoine et délits de corruption), le non-respect de la législation sur la protection de l'environnement (p. ex. l'exploitation non autorisée d'une décharge dans le cadre d'un projet de protection contre les crues adjudgé dans le cadre d'une procédure d'adjudication entraîne une pollution des eaux) ou les manquements à la loi fédérale sur le travail au noir.

**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.

### But / fonction

La sanction au sens de l'art. 45 LMP/AIMP a un caractère punitif (sanction administrative). Elle doit inciter le soumissionnaire/sous-traitant concerné ainsi que tous les soumissionnaires/sous-traitants (sous forme de signal) des marchés futurs à adopter un comportement conforme aux règles (effet dissuasif; cf. à ce propos aussi ATF 138 I 367).

→ *Délimitation par rapport à l'exclusion pendant la procédure d'adjudication en cours et à la révocation d'une adjudication entrée en force (art. 44 LMP/AIMP)*

### Motifs de sanction

Une sanction n'est envisageable qu'en présence de l'un des manquements *exhaustivement* énumérés à l'art. 45 :

- *condamnation entrée en force* pour un délit commis au détriment de l'adjudicateur<sup>1</sup> ou pour un crime; la condamnation entrée en force du soumissionnaire/sous-traitant ne se réfère pas uniquement au CPP, mais aussi à d'autres lois spéciales, p. ex. la LPE;
- infraction à des dispositions relatives à la lutte contre la *corruption*;
- *accords illicites affectant la concurrence*;
- non-respect des dispositions relatives à la *protection des travailleurs*, des conditions de travail, de l'égalité de traitement salarial, de la confidentialité, de la législation en matière de *protection de l'environnement en Suisse et à l'étranger (selon l'art. 12 LMP/AIMP)*;
- violation des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi sur le *travail au noir*.

### Sanctions

L'adjudicateur ou l'autorité compétente selon la loi dispose d'une certaine marge d'appréciation pour décider si des sanctions doivent être prononcées et lesquelles. L'exercice de cette liberté d'appréciation doit être *proportionné* (degré de gravité de la faute, première infraction / récidive, etc.). Le principe de l'égalité de traitement doit également être respecté (il ne doit pas y avoir deux poids deux mesures entre les soumissionnaires/sous-traitants).

Des avertissements, qui constituent la sanction la plus légère, seront émis par écrit. Ils constituent généralement une réaction à des infractions légères, n'appelant pas de sanctions plus poussées.

Une *exclusion des adjudications futures* constitue une sanction grave, qui n'est généralement pas justifiée pour les manquements légers et exceptionnels. Cette sanction peut être appropriée en cas de manquements graves ou répétés, notamment après un jugement pénal pour corruption entré en force.

*Les adjudicateurs cantonaux et communaux ou l'autorité compétente selon la loi ont alternativement la possibilité de prononcer une amende (pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre).*

<sup>1</sup> L'ensemble de la personne morale de l'unité d'organisation adjudicatrice doit s'entendre comme adjudicateur dans le sens utilisé dans cette fiche d'information.

Elle peut également inclure plusieurs unités administratives (directions, départements, divisions, sections, etc.).

### Clarifications préalables de l'adjudicateur / mesures immédiates

Dans la perspective de l'introduction d'une procédure de sanction, il est conseillé de vérifier *en premier lieu* si l'on est en présence d'un manquement à une obligation, notamment au plan financier (ententes, corruption), personnel (protection des travailleurs) ou géographique (protection de l'environnement) et *en deuxième lieu* si ce manquement doit être qualifié de grave. Pour être qualifié de tel, le manquement doit au minimum avoir été commis par négligence (manquement à une obligation de diligence); on l'admettra généralement si le soumissionnaire/sous-traitant accepte que le manquement se produise (dol éventuel) ou oriente son comportement en conséquence (intention).

En cas de manquement grave, des investigations approfondies s'imposent et la hiérarchie doit en être informée immédiatement.

Le cas échéant, des démarches juridiques supplémentaires (plainte pénale/dénonciation auprès du Ministère public) doivent être engagées parallèlement à la procédure de sanction selon la **LMP/l'AIMP**). C'est par exemple le cas lorsqu'un comportement contraire aux obligations perdure (p. ex.: l'adjudicataire/sous-traitant profite d'un projet de protection contre les crues en cours de l'adjudicateur pour exploiter une décharge illégale, d'où la persistance de l'infraction à la législation sur la protection de l'environnement qui appelle une réaction de l'adjudicateur concerné).

En présence d'indices suffisants portant sur des ententes illégales en matière de droit de la concurrence, les adjudicateurs **ou l'autorité compétente selon la loi**, ont désormais une obligation légale de dénoncer les faits à la COMCO, indépendamment de leur propre action. Tout soupçon peut être signalé. Les collaborateurs du service «Construction» du Secrétariat de la COMCO se tiennent à disposition pour toute clarification en lien avec les indices ou toute autre question en matière de droit de la concurrence (Tel. 058 462 20 40, [submissionsabreden@weko.admin.ch](mailto:submissionsabreden@weko.admin.ch)). Pour de plus amples informations, consultez le site <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home.html>.

### Introduction et déroulement d'une procédure de sanction

L'introduction d'une procédure de sanction doit être communiquée au soumissionnaire/sous-traitant concerné par écrit (selon la **loi cantonale de procédure administrative** ou la **PA**).

Le soumissionnaire/sous-traitant doit avoir l'occasion de prendre position (*droit d'être entendu*). Des questions écrites sur les faits peuvent également lui être posées.

La constatation des faits (que s'est-il précisément passé? Quelles dispositions ont été enfreintes et comment?) relève de la responsabilité de l'adjudicateur **ou de l'autorité compétente selon la loi (maxime inquisitoire)**. Le fardeau de la preuve lui incombe et il doit apporter la preuve de l'existence d'un manquement grave aux obligations. A la différence de l'exclusion (pendant une procédure d'adjudication en cours), les sanctions sont soumises à une moindre pression en termes de délai, raison pour laquelle les exigences en matière d'administration de la preuve sont relativement élevées.

### Clôture de la procédure de sanction et voies de droit

La décision de sanction doit être notifiée au soumissionnaire/sous-traitant à l'issue de la procédure administrative sous forme de décision.

Cette décision *comporte* notamment un rappel de la procédure, les faits établis, l'appréciation juridique et le dispositif de la décision (type et montant de la sanction, frais, indication des voies de recours, annonce à **la CA/l'AiMp**, dans la mesure où est prononcée l'exclusion du soumissionnaire/sous-traitant).

La personne (physique ou morale) sanctionnée peut former un recours contre la décision de sanction auprès du **Tribunal administratif fédéral** ou du **tribunal administratif cantonal**.

Si l'autorité renonce à une sanction (c'est-à-dire si elle ne prononce même pas un avertissement), elle doit néanmoins en informer le soumissionnaire/sous-traitant par écrit.

### Liste et autres effets de la sanction

La sanction prononcée ne prend effet qu'après son *entrée en force*. Les soumissionnaires/sous-traitants exclus doivent être annoncés à la **CA/l'AiMp** et sont enregistrés sur une «liste noire» centralisée. La Confédération et les cantons sont autorisés à s'échanger les données collectées, de manière appropriée. **La CA/L'AiMp** mettra en place une procédure de consultation en ligne des données (actuellement en cours d'élaboration). Les cantons ne peuvent interroger que les entrées de leur propre liste cantonale. A l'expiration de la sanction, l'inscription y relative est effacée de la liste.

Si un *soumissionnaire/sous-traitant exclu* selon la liste participe de nouveau à un appel d'offres pendant le délai d'exclusion, il peut en être exclu (art. 44 al. 1 let. j). **Les cantons décident dans les lois d'adhésion pour quels adjudicateurs l'interdiction d'adjudication est applicable. Dans le cas des marchés publics de la Confédération, la particularité suivante s'applique en cas de corruption: si le**

soumissionnaire/sous-traitant a été exclu pour cause de *corruption*, il doit être exclu de toutes les procédures soumises à la LMP pendant la durée d'exclusion (art. 45 al. 1 dernière phrase LMP).

→ *Fiche d'information «Corruption»*

Au surplus, l'interdiction prononcée par un adjudicateur ne peut pas être invoquée par un *autre* adjudicateur en vue d'exclure des soumissionnaires/sous-traitants de la procédure, p. ex. en introduisant un critère d'aptitude correspondant (p. ex. «ne figurant pas sur une liste de blocage fédérale ou d'un autre canton»).

En cas de soupçon concernant l'un des manquements énumérés à l'art. 45 LMP/AIMP (voir ci-

dessus, motifs de sanction) dans le cadre d'une procédure d'adjudication, il convient de se renseigner auprès de la CA / l'instance cantonale compétente ou de l'adjudicateur compétent afin de savoir si le soumissionnaire/sous-traitant concerné a été frappé d'une interdiction. Le cas échéant, des clarifications approfondies sont nécessaires afin de déterminer s'il existe un motif d'exclusion dans la présente procédure.

**Conseil complémentaire concernant le droit des marchés publics:** Direction de la DTAP/CMP ou du Centre de compétence des marchés publics de la Confédération (CCMP)