Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Berne, le 6 décembre 2024

Certificats antimafia délivrés par l'État italien pour les marchés publics en Suisse

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 22.3658 (Romano) du 15 juin 2022

Table des matières

Condensé **3**
1 Introduction **5**
1.1 Contexte : le postulat 5
1.2 Le code antimafia italien et les certificats antimafia 5
1.3 Objet et structure du rapport 6
2 Cadre juridique **7**
2.1 Le droit international 7
2.2 Le droit suisse des marchés publics 8
3 Conditions de participation selon la LMP et l'OMP **9**
3.1 Conditions de participation et critères d'aptitude 9
3.2 Motifs d'exclusion et de révocation 10
3.3 Preuves et obligations de vérification 10
3.4 L'exclusion de futurs appels d'offres comme sanction potentielle 13
4 Réglementation et pratique dans l'UE **15**
4.1 Motifs d'exclusion obligatoires et systèmes de contrôle nationaux 15
4.2 Instruments et pratique 16
5 Examen de l'obligation de présenter un certificat antimafia en droit Suisse **17**
5.1 Limites et possibilités 17
5.2 Conséquences potentielles et questions pratiques 18
6 Possibilités de prendre en compte les buts antimafia poursuivis par le postulat **19**
6.1 Mise en œuvre du droit en vigueur 19
6.2 Instruments relevant du droit des marchés publics 20
6.3 Contrôles de sécurité 21
6.4 Le futur registre de transparence 22
7 Conclusion **23**
Annexes **25**

Condensé

En Italie, la présentation d’un certificat antimafia est une condition pour l’attribution de marchés publics dont la valeur dépasse un certain seuil, quel que soit le pays où se trouve le siège ou le domicile du soumissionnaire. Ce certificat, introduit par législation antimafia (code antimafia) en 1994, sert à garantir que les conditions de participation sont respectées et qu’aucun motif d’exclusion n’est rempli. Les soumissionnaires ne peuvent pas obtenir ce document par leurs propres soins, il appartient aux adjudicateurs publics de le demander aux autorités compétentes à titre de preuve.

Le postulat 22.3658 chargeait le Conseil fédéral d’examiner si le certificat antimafia italien pourrait aussi être utilisé pour les marchés publics en Suisse et si des adaptations législatives seraient nécessaires pour exiger que « les soumissionnaires et les sous-traitants qui ont leur siège principal (société mère) en Italie » présentent ce certificat. Le but principal de l’intervention est d’empêcher la mafia ainsi que les organisations criminelles basées en Italie d’infiltrer les marchés publics suisses.

Le droit suisse des marchés publics ne prévoit pas, pour les marchés soumis aux accords internationaux, de conditions de participation liées au siège des soumissionnaires ou de leur société mère. Il ne définit pas non plus de manière contraignante les preuves qu’il convient d’exiger de la part des soumissionnaires, laissant cet aspect à la libre appréciation des adjudicateurs. Dans la mesure où le postulat propose d’instaurer une preuve obligatoire qui vise exclusivement les soumissionnaires et les sous-traitants qui ont leur siège ou leur société mère en Italie, il viole les **principes de l’égalité de traitement et de la non-discrimination**. De plus, les entreprises concernées n’ont aucun moyen d’obtenir ce certificat de la part des autorités italiennes. En outre, une législation spécifique est rarement appropriée : dans ce cas, les entreprises pourraient très facilement éluder cette prescription en déplaçant leur siège. Il n'est pas non plus approprié d'entretenir un soupçon généralisé d’appartenance mafieuse à l’égard de toutes les entreprises italiennes.

Il en va autrement de **la possibilité d’obtenir un certificat antimafia lors de l’examen des offres ou avant l’attribution du marché**. Le droit en vigueur permet de le faire, du moins en théorie, notamment en cas de doute sur les indications d’un soumissionnaire italien dans sa déclaration. Dans ces cas, le certificat antimafia pourrait être utile pour prouver que les personnes clés d’une entreprise n’ont pas violé les dispositions relatives à la corruption ni commis certaines infractions. Cette utilisation du certificat serait toutefois compliquée en pratique : comme mentionné plus haut, l’entreprise concernée ne peut pas l’obtenir par ses propres moyens et les services d’achat suisses n’ont pas accès à la base de données antimafia italienne. Ceux-ci pourraient toutefois essayer de prendre contact avec les autorités italiennes par l’intermédiaire de l’ambassade suisse à Rome, ce qui entraînerait en revanche des retards dans la procédure d’adjudication.

Les **contrôles de sécurité** prévus par la loi sur la sécurité de l’information, bien que poursuivant une approche différente du certificat antimafia, produisent un résultat similaire : si le résultat est négatif, le marché n’est pas adjugé à la personne ou à l’entreprise concernée. Les contrôles de sécurité sont toutefois réservés aux marchés publics impliquant des activités sensibles. S’ils étaient étendus à d’autres genres de marchés publics, il faudrait prévoir des ressources financières et humaines supplémentaires.

La future loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l’identification des ayants droit économiques permettra aux pouvoirs adjudicateurs publics de **consulter en ligne un registre de transparence**, indépendamment de l’objet d’un marché en particulier. Ils pourront ainsi identifier plus rapidement et de manière plus fiable le ou les ayants droit économiques d’un soumissionnaire (ou d’un sous-traitant) installé en Suisse. Ce registre, qui ne sera pas accessible au public, est destiné à renforcer l’intégrité et la compétitivité de la Suisse en tant que place financière et économique.

En outre, la Conférence des achats de la Confédération (CA) et la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d’ouvrage publics (KBOB) proposent d’ores et déjà des instruments pour aider les autorités adjudicatrices à mettre en œuvre les prescriptions légales, par exemple la **déclaration des soumissionnaires**, des **recommandations** et des **modèles**.

Le Conseil fédéral est d’avis qu’il n’est ni opportun ni nécessaire d’adapter le cadre légal afin d’instaurer une obligation spécifique en matière de preuve à l’égard des soumissionnaires et sous-traitants ayant leur siège ou leur société mère en Italie. Une telle mesure serait discriminatoire pour les entreprises concernées et constituerait un obstacle disproportionné à leur participation aux marchés publics. Le droit des marchés publics offre toutefois aux pouvoirs adjudicateurs de Suisse la possibilité de s’adresser aux autorités italiennes compétentes afin d’obtenir un certificat antimafia dans des cas particuliers, notamment en cas de doute sur les indications figurant dans la déclaration d’un soumissionnaire.

1 Introduction

1.1 Contexte : le postulat

Le Conseil fédéral présente le rapport suivant en exécution du postulat 22.3658 Romano du 15 juin 2022. Le postulat a la teneur suivante :

« Le Conseil fédéral est chargé d'examiner la possibilité, et les éventuelles adaptations législatives nécessaires pour que la Confédération et les entreprises qui lui appartiennent puissent exiger, dans le cadre des marchés publics, que les soumissionnaires et les sous-traitants qui ont leur siège principal (société mère) en Italie présentent un certificat antimafia. Pour ne pas alourdir inutilement la procédure, il serait envisageable de n'appliquer cette mesure que dans les marchés publics d'une envergure financière significative. Le Conseil fédéral examinera également s'il est possible que les cantons appliquent aussi cette mesure. »

Le 24 août 2022, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat, estimant qu'il offrait « l'occasion d'examiner si le certificat antimafia dont il est question peut être utilisé en Suisse comme mesure de lutte contre la corruption dans les marchés publics ». Il a en outre affirmé être conscient au plus haut point des risques liés aux organisations criminelles et au crime organisé, y compris dans le domaine des marchés publics, et il a indiqué que les soumissionnaires qui ont été condamnés pour un crime (p. ex. blanchiment d'argent), qui ont recours à des pratiques frauduleuses (p. ex. corruption) ou qui ont conclu des accords illicites affectant la concurrence ne devaient pas être admis à participer à une procédure d'adjudication de marché public.

Le Conseil national a adopté le postulat le 30 septembre 2022. Le Conseil fédéral l'a transmis pour traitement à l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL), rattaché au Département fédéral des finances (DFF).

1.2 Le code antimafia italien et les certificats antimafia

Dès 1994, l'Italie a introduit un système de documentation antimafia (voir aussi l'annexe I au présent rapport) afin de lutter contre cette organisation criminelle. Le système a connu plusieurs réformes.

La certification (ou « certificat ») antimafia vise notamment à garantir que les entreprises ou les individus **participant en tant que soumissionnaires à des appels d'offres publics en Italie** ne font pas partie d'une « association mafieuse » (*associazione di tipo mafioso*) au sens du code pénal italien. La base de données nationale unifiée de documentation antimafia (*Banca dati nazionale unica per la documentazione antimafia*, BDNA), gérée par le Ministère italien de l'intérieur et interconnectée avec le système d'information de la Direction d'investigation antimafia, permet de délivrer les certificats antimafia de manière électronique.

Le code antimafia italien exige une ***informazione antimafia*** pour participer à des appels d'offres publics en Italie (en pratique, pour l'adjudication du marché) concernant les marchés dépassant les valeurs seuils européennes. Il s'agit d'une décision d'appréciation de la préfecture compétente quant à l'existence d'une tentative d'infiltration

mafieuse. Les marchés inférieurs aux valeurs seuils européennes[1] mais dépassant 150 000 euros nécessitent en principe une ***comunicazione antimafia***. Ce document est obtenu en consultant la base de données antimafia. Les adjudicateurs italiens (mais pas suisses) peuvent également l'obtenir pour des marchés de valeur inférieure. Le contrôle porte sur les personnes occupant une fonction de direction dans l'organisation. Dans le cadre de l'*informazione antimafia*, le contrôle s'étend également aux membres de la famille vivant sous un même toit avec ces personnes.

Ces conditions, uniques dans l'UE, s'appliquent tant aux soumissionnaires italiens qu'étrangers. Bien qu'il ne soit pas inscrit dans la législation sur les marchés publics en tant que telle, le certificat antimafia constitue une **condition de participation** ainsi qu'un **moyen de preuve** obligatoire pour la participation à un marché public en Italie. Avant d'adjuger un marché, l'adjudicateur italien s'adresse à la préfecture compétente (antenne du Ministère de l'intérieur) pour obtenir les informations souhaitées et s'assurer qu'il n'a pas affaire à une association mafieuse et qu'il n'y a donc pas lieu d'exclure le soumissionnaire de la procédure. En fonction de la valeur du marché, la préfecture délivre une *informazione* ou une *comunicazione* antimafia[2].

1.3 Objet et structure du rapport

La Suisse ne connaît, à l'heure actuelle, aucun instrument qui serait directement comparable à la législation antimafia. La procédure d'attribution des marchés publics est régie pour l'essentiel par le droit des marchés publics. Certaines dispositions d'autres actes, dont la loi du 18 décembre 2020 sur la sécurité de l'information (LSI[3]), sont également applicables.Selon le postulat, il convient d'examiner principalement les marchés devant faire l'objet d'un appel d'offres public à raison de leur valeur. Les valeurs seuils correspondantes diffèrent dans une certaine mesure entre l'administration fédérale, les entreprises liées à la confédération et les cantons (voir l'annexe 4 de la loi fédérale sur les marchés publics [LMP[4]] et la communication du 28.11.2023 de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics [AIMP] [Communication : Valeurs seuils AIMP pour les années 2022/2023] en lien avec la communication du 20.12.2021 [Communication : Valeurs seuils AIMP pour les années 2022/2023][5]).

Le chapitre 2 présente schématiquement le cadre juridique en matière de marchés publics. Le chapitre 3 traite des conditions de participation aux marchés publics et des obligations de vérification de l'adjudicateur. Le chapitre 4 expose la réglementation en vigueur dans l'UE et examine sa mise en œuvre dans certains pays membres. Le chapitre 5 analyse les limites et les possibilités d'une obligation de présenter un certificat antimafia pour les marchés suisses. Le chapitre 6 explore des pistes permettant d'atteindre les buts visés par le postulat et le chapitre 7 dresse un résumé ainsi qu'une conclusion.

---

[1] La valeur seuil déterminante dans l'UE pour les marchés de fournitures et de services des autorités publiques centrales est actuellement de 143 000 euros. L'attribution d'un tel marché supposerait donc une *informazione antimafia*.

[2] Cf. la statistique 2019-2023 publiée par le ministère italien de l'intérieur : https://www.interno.gov.it/it/temi/territorio/comunicazioni-e-informazioni-antimafia (30.10.2024).

[3] RS **128**. Une vue d'ensemble de l'activité du SEPOS et du déroulement des divers contrôles de sécurité se trouve sur le site Internet suivant : www.sepos.admin.ch/fr (dernier accès le 07.08.2024).

[4] RS **172.056.1**

[5] Disponible à l'adresse : www.bpuk.ch > Concordats > AIMP (23.10.2024)

2 Cadre juridique

2.1 Le droit international

Les marchés publics sont réglementés au niveau international, national et cantonal. Le cadre de référence général est, pour l'essentiel, constitué par l'accord révisé de l'OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics[6] (AMP) et par l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics[7]. Cependant, des dispositions relatives aux marchés publics se trouvent aussi dans la convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE)[8], dans l'accord commercial du 11 février 2019 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord[9] ainsi que dans de nombreux accords de libre-échange conclus entre la Suisse et des pays tiers[10]. Ces accords favorisent le trafic international de marchandises et de services en facilitant l'accès au marché et en supprimant les entraves au commerce, y compris pour les entreprises suisses. Dans la terminologie suisse, les marchés régis par ces accords sont désignés comme « marchés soumis aux accords internationaux »[11]. À la lumière des questions soulevées par le postulat et compte tenu du lien avec l'Italie, ce sont l'AMP et l'accord de 1999 avec l'UE qu'il s'agira d'examiner en particulier.

L'AMP fixe des principes généraux tels que la non-discrimination et la transparence (art. IV, par. 1, 2 et 4 AMP) et, depuis sa révision en 2012, met expressément l'accent sur la **lutte contre la corruption** (préambule et art. IV, par. 4, let. c, AMP). Il prévoit également des règles de procédure que les 22 États signataires de l'accord – dont la Suisse et l'UE[12] – sont tenus de transposer dans leur droit national et d'appliquer aux marchés publics dont la valeur dépasse un certain seuil. Les pays disposent d'une certaine marge d'appréciation pour transposer l'accord dans leur législation nationale.

Les conditions de participation[13] **doivent être limitées à l'essentiel**. Elles visent à s'assurer que les soumissionnaires ont les **capacités juridiques et financières** et les **compétences commerciales et techniques** pour se charger du marché en question. Les activités commerciales d'un soumissionnaire tant sur le territoire de la Partie de l'entité contractante qu'en dehors de celui-ci peuvent être prises en compte dans l'évaluation de la capacité financière et des compétences commerciales et techniques (voir l'art. VIII, par. 3, let. a et b, AMP). Dans certains cas, il est possible d'exclure un soumissionnaire de la procédure, notamment en raison d'un **jugement définitif concernant des délits graves ou d'autres infractions graves** (art. VIII, par. 4,

[6] RS **0.632.231.422**
[7] RS **0.172.052.68**. Cet accord a étendu le champ d'application de l'AMP aux communes et aux districts ainsi qu'à d'autres secteurs. Il encourage les procédures non discriminatoires, y compris pour les marchés inférieurs des valeurs seuils (art. 6, al. 3).
[8] Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE), en vigueur pour la Suisse depuis le 1er juin 2002, RS **0.632.31**
[9] Cf. art. 1, ch. 1 (c) en relation avec l'annexe V de l'Accord commercial du 11 février 2019 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, en vigueur depuis le 1er janvier 2021, RS **0.946.293.671**
[10] Cf. la « Liste d'accès au marché » actuelle sur www.simap.ch > Marchés publics > UE/OMC/AELE > Liste d'accès au marché (22.10.2024)
[11] Cf. art. 3, let. c, LMP/AIMP, art. 1 en relation avec l'art. 8, al. 4, LMP ; la note de bas de page 10 ci-dessus.
[12] L'UE compte comme une partie avec ses 27 états membres ; des informations à ce sujet se trouvent sur le site Internet suivant : https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm (04.07.2024).
[13] « Critères d'aptitude » selon la terminologie employée dans la LMP et l'OMP

let. d, AMP) ou en raison d'une **faute professionnelle** ou d'actes ou omissions qui portent atteinte à l'intégrité commerciale du fournisseur (art. VIII, par. 4, let. e, AMP). L'AMP ne précise pas les preuves et justificatifs requis ou admissibles pour une exclusion. Conformément aux principes juridiques généralement applicables, la proportionnalité doit être respectée. La preuve doit donc être appropriée, nécessaire et raisonnable pour atteindre le but visé.

2.2 Le droit suisse des marchés publics

Au niveau fédéral, l'attribution des marchés publics est régie par la LMP[14] entièrement révisée et l'ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics (OMP[15]). Au niveau cantonal, l'instrument déterminant est l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP[16]). Le droit des marchés publics vise notamment l'**égalité de traitement** et la **non-discrimination** des soumissionnaires ainsi que la **promotion d'une concurrence efficace et loyale**, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption (art. 2, let. c et d, LMP/AIMP). Des principes de procédure (art. 11 LMP/AIMP) viennent compléter et préciser les dispositions relatives à ces buts.

Les cantons jouissent d'une compétence législative autonome dans le domaine des marchés publics (art. 43 Cst.) mais sont tenus, tout comme la Confédération, de respecter le droit international (art. 5, al. 4, Cst).

La LMP et l'AIMP ont été harmonisés dans une très large mesure dans le cadre de la révision totale de la loi, menée en parallèle par la Confédération et les cantons et achevée en 2019, principalement pour faciliter la participation des soumissionnaires aux marchés publics dans toute la Suisse[17]. Les explications sur le cadre juridique fédéral (ch. 3) valent donc aussi en grande partie pour les cantons[18].

[14] Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics, RS **172.056.1**
[15] Ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics, RS **172.056.11**
[16] Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics, disponible sur https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019 (14.10.2024)
[17] Message LMP, FF **2017** 1695, p. 1709
[18] Dans la mesure où les lois cantonales d'introduction de l'AIMP révisé apportent des précisions, celles-ci ne concernent plus que des questions isolées, par exemple dans le domaine des conditions de participation (art. 63, al. 4, AIMP). La procédure d'adhésion est encore en cours dans les cantons de Genève, d'Obwald et d'Appenzell Rhodes-Extérieures. Le canton de Berne applique l'AIMP en tant que droit cantonal et prévoit une voie de recours cantonale à deux instances. Les autres cantons ont déjà adhéré à l'AIMP, à l'exception du Tessin qui n'a pas encore entamé la procédure, cf. https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019 (04.07.2024).

3 Conditions de participation selon la LMP et l'OMP

3.1 Conditions de participation et critères d'aptitude

Dans le présent rapport, lorsqu'il est question de « conditions de participation », il s'agit d'une part des **conditions générales de participation** fixées dans la loi, qui doivent être respectées pour chaque marché. Ces conditions comprennent le respect des exigences minimales sur le plan social et environnemental (conditions de travail, protection des travailleurs, égalité salariale, obligations en matière d'annonce et d'autorisation selon la LTN[19], droit de l'environnement), le paiement des impôts et des cotisations sociales[20] ainsi que l'absence d'accords illicites affectant la concurrence et de corruption (art. 26 en relation avec l'art. 12 LMP et annexe 3, ch. 1, OMP).

L'adjudicateur a l'**obligation** de garantir que les conditions de participation sont remplies pendant la procédure d'adjudication et lors de l'exécution de la prestation (et il a le droit d'effectuer les contrôles nécessaires, voir l'art. 12, al. 5, LMP par analogie). Il peut exiger du soumissionnaire qu'il présente des preuves, notamment au moyen d'une déclaration ou de l'inscription sur une liste[21], et il indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves doivent être remises et à quel moment (art. 26, al. 2 et 3, LMP). Il peut déléguer le contrôle du respect des conditions de participation à des tiers, par exemple le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, pour ce qui est de l'égalité salariale, ou des sociétés d'audit. Sur demande, le soumissionnaire est tenu de remettre les preuves requises, qui ne sont pas spécifiées davantage.

D'autre part, les pouvoirs adjudicateurs définissent des **critères d'aptitude spécifiques à chaque marché**, ainsi que les preuves correspondantes (art. 27 LMP). Ces critères servent à limiter l'appel d'offres aux entreprises vraisemblablement aptes à exécuter correctement le mandat[22]. Un soumissionnaire qui ne remplit pas les conditions de participation ou les critères d'aptitude, ou qui ne les remplit plus, est exclu de la procédure (art. 44, al. 1, let. a et b, LMP, art. 53, al. 1, let. h, LMP) à moins que l'exclusion ne constitue une mesure disproportionnée ou excessivement formaliste[23]. Pour autant que la participation de communautés de soumissionnaires et de sous-traitants à la procédure ne soit pas exclue ou restreinte d'emblée (art. 31, al. 1, LMP), chaque membre de la communauté et chaque sous-traitant doivent satisfaire aux conditions de participation (conformément à l'art. 26 LMP) et aux critères d'aptitude définis dans les documents d'appel d'offres.

---

[19] RS **822.41**

[20] Selon le Tribunal administratif fédéral, ce cas de figure concerne les impôts et les cotisations sociales qui doivent être versés en Suisse (TAF B-1712/2022 du 19.09.2023 ; critique à cet égard : Martin Beyeler, in : Jean-Baptiste Zuffrey/Hubert Stöckli (édit.), Vergaberechtliche Entscheide 2022/2023, Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof, Zurich/Genève, 2024, ch. marg. 114).

[21] Cf. art. IX, par. 7, AMP et art. 28 LMP. En Suisse, les CFF par exemple tiennent un registre interne de fournisseurs, selon le type de marché.

[22] ATAF 2019 IV/1, consid. 3.3, arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6985/2023 du 26.06.2024, consid. 5.5.2

[23] ATF 145 II 249, consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6985/2023, consid. 5.5.1 ; Laura Locher, in : Hans Rudolf Trüeb (édit.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich, 2020 (cité ci-après : auteur, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, nº … ad art. …), nº 6 ad art. 44

3.2 Motifs d'exclusion et de révocation

La LMP fournit une liste non exhaustive d'autres motifs qui habilitent le service d'achat à exclure un soumissionnaire d'une procédure d'appel d'offres spécifique[24] ou à révoquer une adjudication déjà effectuée. L'éventuel **comportement fautif** des sous-traitants ou de leurs organes est pris en compte à cet égard. Dit autrement, l'absence ou la non-réalisation d'un motif d'exclusion fait également partie des conditions de participation. Par exemple, le pouvoir adjudicateur peut exclure un soumissionnaire d'un appel d'offres en raison d'une condamnation entrée en force pour un **délit** commis au détriment de l'adjudicateur ou pour un **crime**, ou en raison d'infraction aux dispositions relatives à la lutte contre la **corruption** ; ce dernier critère ne requiert pas de condamnation pénale (art. 44, al. 1, let. a, b, c et e, LMP). Une exclusion est également possible lorsqu'un soumissionnaire n'a pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs ou s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable (art. 44, al. 1, let. h, LMP). Une exclusion peut aussi être prononcée pour infraction aux règles professionnelles reconnues ou – à certaines conditions – si l'offre est anormalement basse[25] (art. 44, al. 2, let. c et d, LMP).

Les soumissionnaires qui figurent sur une liste des soumissionnaires exclus des futurs marchés publics (voir le ch. 3.4) ou sur la liste de sanctions d'une institution financière multilatérale, en particulier la « liste noire » de la Banque mondiale, ne sont pas autorisés à participer à l'appel d'offres (art. 25, al. 4, OMP). L'OMP ne définit pas plus précisément les notions de crime, de corruption et les autres cas qui justifient l'exclusion de la procédure.

La tournure potestative de l'art. 44 LMP reflète la grande marge d'appréciation dont dispose (par la force des choses) le pouvoir adjudicateur lors de la préparation et de l'exécution d'une procédure d'adjudication. Cela permet de prendre des **décisions adaptées au cas d'espèce**, proportionnées et sans formalisme excessif.

3.3 Preuves et obligations de vérification

L'annexe 3 OMP contient, à titre d'**exemple**, une liste de documents que l'adjudicateur peut exiger de la part des soumissionnaires à titre de **preuve** dans le cadre de son obligation de vérifier le respect des conditions de participation et des critères d'aptitude (art. 4, al. 4, OMP). Ces preuves ne sont pas strictement liées au lieu d'origine du soumissionnaire et des preuves équivalentes des candidats étrangers doivent être acceptées. Ni la LMP ni l'OMP n'imposent de conditions en termes d'équivalence de ces preuves. L'adjudicateur dispose donc d'une marge d'appréciation considérable à cet égard.

Outre la déclaration, les moyens de preuve possibles comprennent la preuve du paiement des impôts et des cotisations sociales, un extrait du registre du commerce ou du registre des poursuites, le dernier rapport de l'organe de révision pour les personnes

[24] Il s'agit d'une mesure administrative à caractère restitutoire, cf. Nicolas Diebold/Bernhard Rütsche, «Beschaffungsrechtliche Sanktionsliste», 15.11.2021 (version définitive), ch. marg. 29, par 1.
[25] Dans ce genre de cas, le pouvoir adjudicateur est légalement tenu (art. 38, al. 3, LMP) de procéder à des vérifications spécifiques, cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6985/2023 du 26.06.2024, consid. 6.1 ss.

morales ou un extrait destiné aux particuliers du casier judiciaire VOSTRA des dirigeants et des responsables prévus pour l'exécution du marché.

VOSTRA contient uniquement des données relatives aux personnes physiques titulaires d'un passeport suisse ou domiciliées en Suisse, qui ont fait l'objet d'un jugement passé en force ou font l'objet d'une procédure pénale relevant du droit fédéral (art. 16 de la loi du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire [LCJ][26]). Le fait que VOSTRA soit explicitement mentionnée ici ne signifie pas que les infractions pénales graves commises à l'étranger[27] sont sans objet pour la vérification des conditions de participation. Afin d'assurer l'égalité de traitement, les soumissionnaires ayant leur siège à l'étranger et leurs cadres devraient être tenus de présenter une preuve équivalente si une telle preuve est exigée de la part des soumissionnaires suisses, par exemple un extrait du casier judiciaire de leur pays de domicile. Dans l'hypothèse où un soumissionnaire ou un sous-traitant dispose d'un **certificat antimafia** du fait qu'il a remporté un marché en Italie, l'adjudicateur suisse pourrait tout à fait **accepter** ce document en tant que **preuve** équivalente à l'extrait du casier judiciaire.

Selon l'autorité nationale italienne anticorruption (*Autorità Nazionale Anticorruzione*, ANAC), la législation italienne prévoit que le renseignement est en principe communiqué aux unités de l'administration publique, soit aux pouvoirs adjudicateurs. Il faut entendre par là l'administration publique italienne. La législation italienne ne prévoit pas, en revanche, la délivrance d'un certificat antimafia sur demande de privés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. La procédure pour la fourniture de renseignements à une autorité étrangère, par exemple à un pouvoir adjudicateur suisse, n'est pas réglée. Le Conseil fédéral ignore s'il est déjà arrivé qu'un service d'achat suisse ait pris contact avec les autorités italiennes compétentes pour demander un certificat antimafia. Les services d'achat peuvent décider de s'adresser aux autorités compétentes au cas par cas pour tenter d'obtenir les informations requises.

Lors de l'examen et de la rectification des offres, le service d'achat peut se fier aux indications du soumissionnaire, du moins tant qu'il n'existe pas d'indices concrets suggérant que celles-ci ne sont pas exactes[28]. Une obligation de vérification peut résulter du principe de l'application du droit d'office et de la maxime inquisitoire, notamment lorsque l'exclusion d'un soumissionnaire est nécessaire à la réalisation des buts inscrits dans la loi[29]. En cas de doute fondé quant à l'authenticité d'une preuve (par exemple la déclaration), une vérification s'impose et l'adjudicateur a le droit d'exiger des preuves supplémentaires, même si elles ne sont pas expressément mentionnées dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres[30]. Dans le cas d'une décision au détriment d'un candidat, telle qu'une exclusion de la procédure, le fardeau de la preuve incombe à l'adjudicateur[31]. Pour leur part, les soumissionnaires sont soumis à

[26] Loi fédérale du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire informatique VOSTRA, RS **330**. À certaines conditions, les jugements étrangers qui portent sur des infractions commises par des ressortissants suisses sont également saisis dans VOSTRA.
[27] Arrêt du Tribunal fédéral 2D_49/2011 du 25.09.2012, consid. 5.4 à 5.6
[28] Arrêt du Tribunal administratif ZH VB.2023.00423 du 21.12.2023, consid. 3.2
[29] ATF 143 II 425, consid. 5.3
[30] Ramona Wyss, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, nº 11 ad art. 26, nº 16 ad art. 27 ; ATF 143 II 425, consid. 5.3
[31] ATF 130 II 482, consid. 3.2

une obligation relativement étendue de collaborer à la vérification et à la rectification des offres[32].

La figure ci-dessous présente un aperçu simplifié des conditions de participation aux appels d'offres publics, des preuves correspondantes et des obligations de vérification incombant à l'adjudicateur.

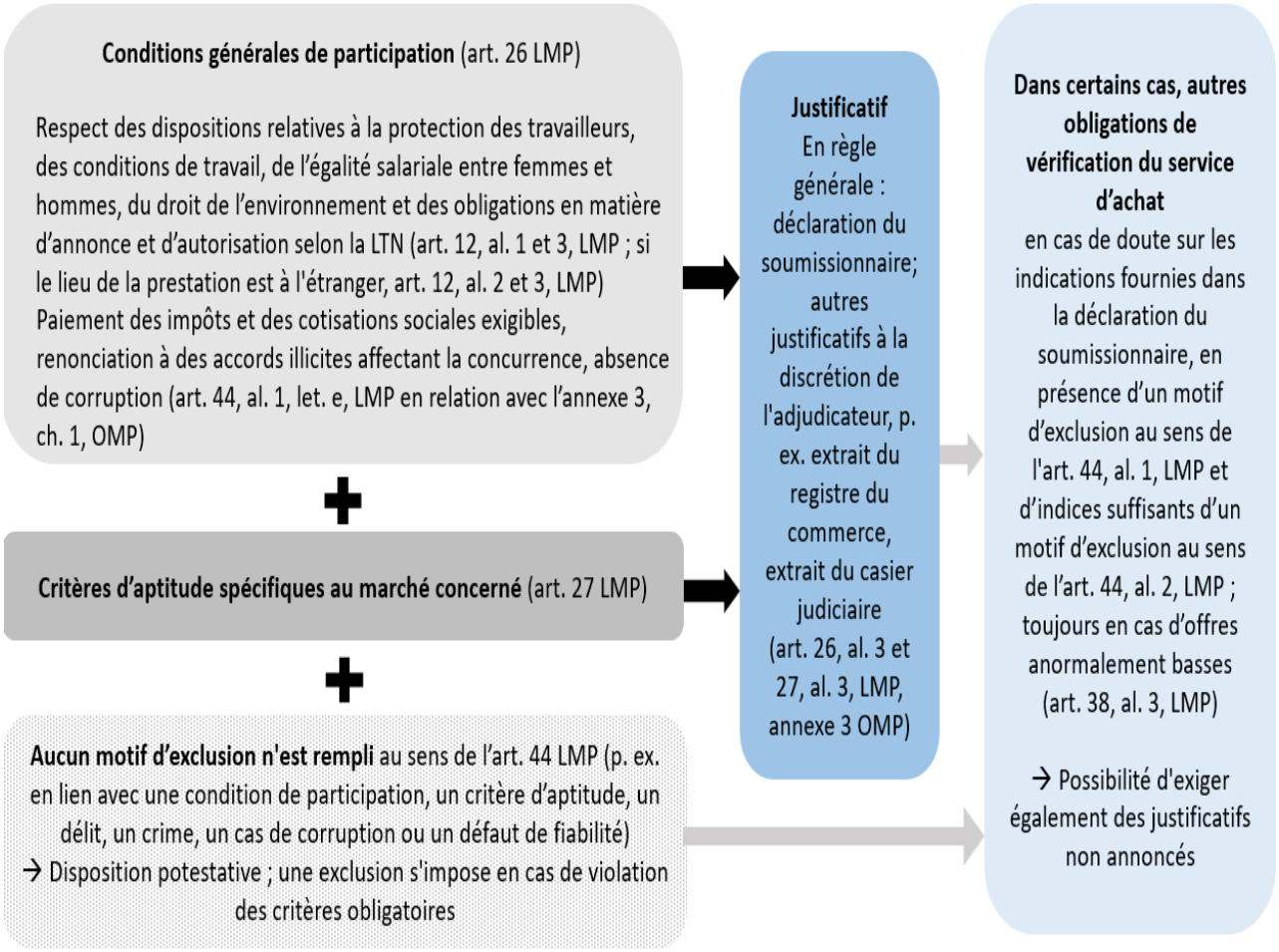


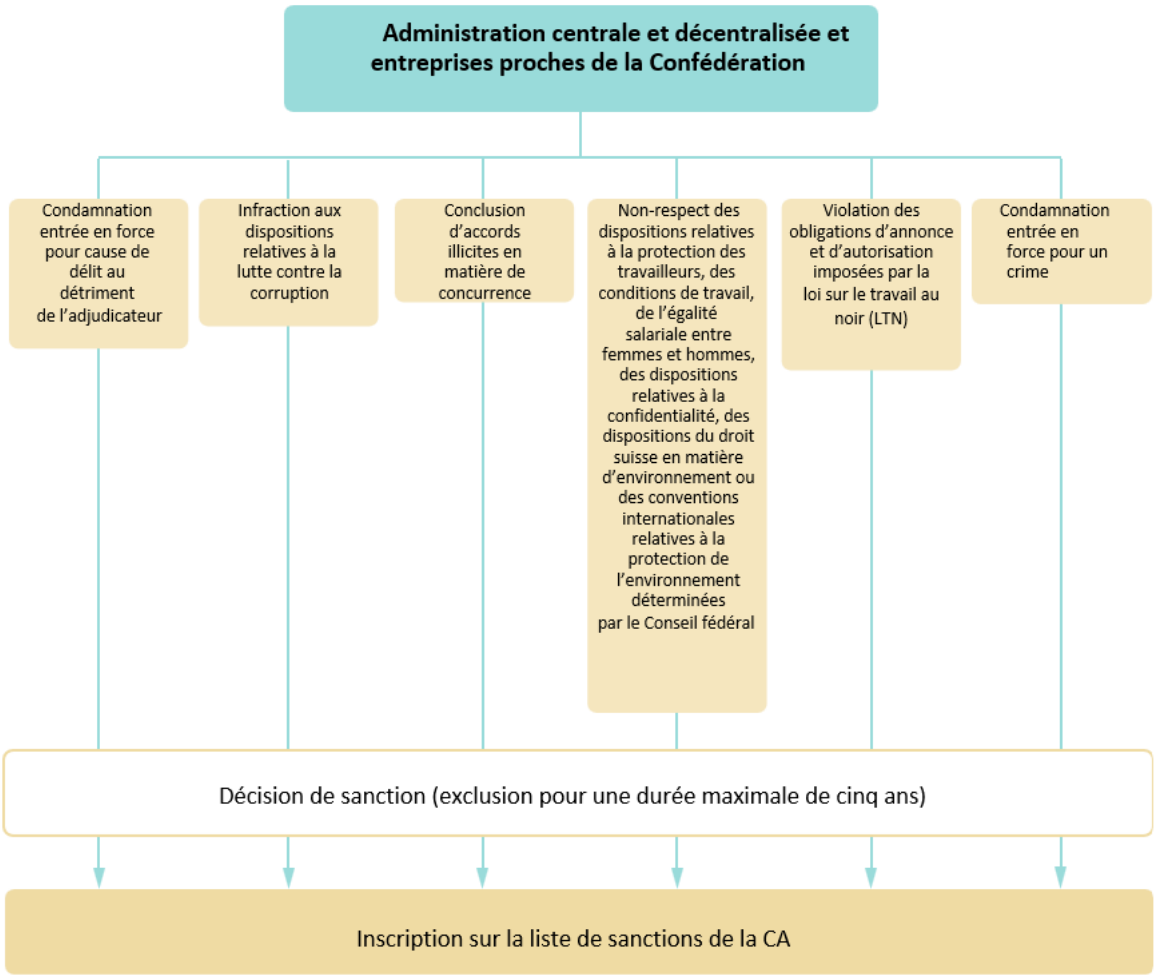
Illustration 1 : Représentation simplifiée des conditions de participation, des justificatifs et des obligations de clarification correspondants

[32] ATF 143 II 425, consid. 5.1, avec les références citées

3.4 L'exclusion de futurs appels d'offres comme sanction potentielle

Outre l'exclusion de la procédure (voir ch. 3.2), la LMP révisée prévoit, comme outil de sanction, la possibilité d'exclure un soumissionnaire ou un sous-traitant des futurs marchés publics pour une durée maximale de cinq ans ou, dans les cas de peu de gravité, de prononcer un avertissement (art. 45 LMP). L'exclusion des futurs marchés publics[33] constitue une atteinte considérable à la liberté économique des entreprises concernées. Elle ne peut donc être prononcée que si le soumissionnaire ou le sous-traitant « se trouve, lui-même ou à travers ses organes, dans un ou plusieurs des cas énoncés à l'art. 44, al. 1, let. c et e, et 2, let. b, f et g, et que l'acte ou les actes concernés sont graves ».La figure ci-après[34] présente les cas en question (art. 45 en relation avec l'art. 44 LMP) :

Faits qui *pouvant* donner lieu à une décision de sanction et à une inscription sur la liste de sanctions de la CA



(Source : art. 45 LMP ; présentation simplifiée du CDF)

[33] Il s'agit d'une sanction administrative à caractère répressif dont le but est principalement préventif, cf. Diebold/Rütsche, ch. marg. 29, et les références citées.

[34] Figure tirée du rapport d'audit du CDF « Audit transversal de la mise en œuvre des articles 44 et 45 de la loi fédérale sur les marchés publics » (cité ci-après : CDF-23737), p. 17, disponible (en allemand) à l'adresse https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/wirtschaft_und_verwaltung/beschaffungswesen/23737/23737be-endgueltige-fassung-v04.pdf (07.08.2024)

Les soumissionnaires et les sous-traitants exclus sont inscrits sur une **liste** non publique tenue par la Conférence des achats de la Confédération (CA ; cf. art. 45, al. 3, LMP en relation avec l'art. 25, al. 1, OMP). Cette « liste de sanctions » est encore en phase de consolidation et d'optimisation. À l'heure actuelle, elle contient uniquement des personnes physiques et n'indique pas à quelles entreprises elles appartiennent, ni les fonctions qu'elles y occupent[35].

Afin de faciliter la mise en œuvre des sanctions introduites avec la législation révisée, la CA met à la disposition des adjudicateurs de l'administration fédérale divers **moyens auxiliaires**, dont un modèle de décision de sanction[36]. La jurisprudence relative à l'art. 45 LMP (ou AIMP) est lacunaire et la pratique administrative en la matière ne s'est pas encore établie[37].

À la suite de l'audit du Contrôle fédéral des finances (CDF)[38] et des recommandations de la Délégation des finances du Conseil national et du Conseil des États sur la gestion des fournisseurs à l'échelle fédérale[39], l'OFCL a commandé une analyse des approches possibles pour améliorer les sanctions à l'égard des soumissionnaires fautifs avec, le cas échéant, des propositions d'adaptation des bases légales. Dans ce cadre, l'art. 44, al. 1, let. c et e, LMP fait l'objet d'un examen particulièrement approfondi pour déterminer s'il nécessite des modifications ou des précisions afin de réglementer plus clairement l'exclusion en cas de crime ou de corruption. Les résultats seront disponibles au cours du premier trimestre 2025.

[35] Cf. CDF-23737, p. 21
[36] Autres moyens auxiliaires : fiche d'information sur les décisions de sanction et la liste de sanctions, formulaire de déclaration des soumissionnaires sanctionnés et formulaire de consultation de la liste des sanctions
[37] Diebold/Rütsche, ch. marg. 31, 34
[38] Cf. CDF-23737, p. 17 ss
[39] Rapport de la Délégation des finances aux Commissions des finances du Conseil national et du Conseil des États concernant la haute surveillance des finances de la Confédération en 2022, FF **2023** 1713, p. 64 s.

4 Réglementation et pratique dans l'UE

4.1 Motifs d'exclusion obligatoires et systèmes de contrôle nationaux

L'UE a défini des prescriptions détaillées applicables aux marchés publics dépassant une certaine valeur[40]. Les directives européennes sur les marchés publics sont souvent consultées pour l'interprétation de la LMP et de l'AIMP. Par exemple, pour la mise en œuvre des règles de l'AMP (exclusion pour cause de délit grave), la directive 2014/24/UE énumère une série de cas entraînant systématiquement l'**exclusion** du soumissionnaire concerné, à moins que des raisons impératives relevant de l'intérêt public, telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement ne s'y opposent à titre exceptionnel. Elle cite notamment la **participation à une organisation criminelle, la corruption, les infractions terroristes, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, ainsi que le travail des enfants et la traite d'êtres humains** (art. 57, par. 1 et 3). Cette directive règle également en détail les certificats, les déclarations et les autres moyens de preuve requis à titre de preuve de l'absence des motifs d'exclusion ou du respect des critères de sélection (art. 60 et annexe II).

Les États membres de l'UE ont transposé ces dispositions dans leur droit national, disposant d'une certaine marge d'appréciation à cet égard (voir l'annexe III du présent rapport, y compris l'exposé relatif au Royaume-Uni). Comme le montre déjà l'exemple de l'Italie (ch. 1.2), les réglementations diffèrent et peuvent présenter des spécificités nationales, notamment au regard de l'organisation et de l'ampleur des contrôles. Des aspects pratiques, comme l'organisation du système de contrôle, varient d'un pays à l'autre. Certains pays se fondent exclusivement sur les informations des registres publics, d'autres ont introduit des listes noires spéciales.

En règle générale, la déclaration des soumissionnaires est le principal instrument utilisé, par exemple en Allemagne, en France, aux Pays-Bas ou encore en Suède. Aux Pays-Bas, les pouvoirs adjudicateurs peuvent charger, contre rémunération, des autorités spécialisées de vérifier la fiabilité des entreprises participant à un appel d'offres. La Suède prévoit d'instaurer à l'automne 2025 un système permettant d'obtenir de manière centralisée des informations issues des bases de données des di-

[40] Les principales prescriptions de l'UE en matière d'attribution de marchés publics figurent dans quatre directives : (1) la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO. L 94 du 28.3.2014, p.65. Cette directive est destinée au secteur public ; (2) la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 243. Cette directive est destinée à des secteurs spéciaux ; (3) la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO L 94 du 28.3.2014, p. 1, (directive sur les concessions) ; et (4) la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, JO L 216 du 20.8.2009, p. 76 (directive sur la défense). La directive 89/665/CEE (Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JO L 395 du 30.12.1989, p. 33 [directive recours]) joue un rôle important pour la garantie du respect des prescriptions.

verses autorités gouvernementales, une sorte de guichet unique pour les adjudicateurs. La mise à disposition des informations relèvera de la responsabilité de l'office suédois d'enregistrement des sociétés (*Bolagsverket*). L'Allemagne dispose depuis 2017 d'un registre de la concurrence (*Wettbewerbsregister*), géré par l'office fédéral de lutte contre les cartels. Ce registre fournit aux autorités adjudicatrices des informations leur permettant de déterminer si une entreprise peut ou doit être exclue d'un appel d'offres en raison de certaines infractions.

4.2 Instruments et pratique

Afin de faciliter la passation de marchés publics transnationaux, la Commission européenne met à disposition le **document unique de marché européen** (DUME), ainsi que la base de données e-Certis, accessible en ligne. Cette dernière permet de voir quels documents sont requis pour les appels d'offres publics dans les différents États membres de l'UE ainsi qu'en Norvège et au Liechtenstein. Ainsi, les entreprises connaissent la documentation qu'elles doivent fournir et les pouvoirs adjudicateurs peuvent identifier les preuves qu'ils sont en droit d'exiger. En outre, la plateforme e-Certis indique quels documents nationaux sont équivalents à ceux d'autres pays de l'UE.

Le DUME est une autodéclaration numérique standardisée à l'échelle de l'UE. Il est comparable sur de nombreux points au formulaire « Déclaration de la part des soumissionnaires » mis à disposition par la CA, qu'utilisent aussi bien les adjudicateurs de la Confédération que de nombreux adjudicateurs cantonaux et communaux. Le DUME est plus complet. Tous les États membres de l'UE l'acceptent à titre d'autodéclaration. Son introduction a en outre eu pour effet que souvent, les autorités adjudicatrices demandent des preuves complémentaires uniquement à l'adjudicataire pressenti ou, lorsque c'est possible, les obtiennent elles-mêmes.

Le certificat antimafia (ch. 1.2) est recensé dans e-Certis comme une preuve établie par les autorités italiennes et il est associé à divers critères. Conformément au code antimafia italien, ce document spécifique à l'Italie est obtenu systématiquement en vue de l'attribution d'un marché public, indépendamment de l'origine de l'adjudicataire potentiel. D'après les informations à disposition, les autres États membres de l'UE n'exigent pas, pour leurs propres marchés publics, un certificat antimafia de la part des entreprises ayant leur siège en Italie et susceptibles de remporter un marché. Le certificat peut toutefois servir à la vérification des conditions de participation, notamment au regard des motifs d'exclusion impératifs (p. ex. crime organisé ou blanchiment d'argent). Les pouvoirs adjudicateurs doivent le demander à l'organe national compétent, qui est mentionné dans e-Certis. La plateforme e-Certis ne permet pas de consulter directement les preuves, y compris le certificat antimafia.

Les informations d'e-Certis sont également accessibles aux soumissionnaires et aux pouvoirs adjudicateurs publics de Suisse. Bien qu'il n'y ait pas d'informations sur la comparabilité avec les preuves exigées par la Suisse, e-Certis peut s'avérer un instrument utile pour la pratique locale. Il y a quelques années, l'administration fédérale et les cantons avaient discuté de la possibilité d'adhérer à e-Certis mais, comme le rapport coût-utilité n'était pas assez clair pour trancher, il a été convenu d'observer l'évolution de l'instrument.

5 Examen de l'obligation de présenter un certificat antimafia en droit Suisse

5.1 Limites et possibilités

L'obligation de présenter (ou d'obtenir) un certificat telle que proposée dans le postulat est fonction de l'origine, plus précisément du « siège principal (société mère) » des entreprises. Elle s'appliquerait aux soumissionnaires et aux sous-traitants provenant d'Italie, ainsi qu'à ceux ayant un siège en Suisse ou dans d'autres pays, mais dont le siège principal ou la société mère se trouve en Italie. Elle ne concernerait pas les soumissionnaires et sous-traitants ayant leur siège principal en Suisse ou dans tout autre pays que l'Italie.

Le Conseil fédéral est d'avis qu'une telle exigence serait incompatible avec le principe de non-discrimination, qui est inscrit dans les accords internationaux tels que l'AMP et l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics (voir le ch. 2.1) et a été transposé dans le **droit suisse** (art. 2, let. c, et art. 11, let. c, LMP).

Les conditions de participation à un marché public doivent être limitées à celles qui sont indispensables (cf. art. VIII, par. 1, AMP). De l'avis du Conseil fédéral, cette prescription de l'AMP ne serait probablement pas respectée si, par exemple, un appel d'offres suisse exigeait de manière générale que les soumissionnaires et les sous-traitants remplissent tous les critères exigibles pour la participation à un marché dans leur pays d'origine (siège principal de la société mère). Par ailleurs, une telle condition serait difficile à mettre en œuvre pour les adjudicateurs suisses, qui devraient connaître exactement toutes les conditions de participation en vigueur dans tous les pays dont proviennent les entreprises souhaitant participer à leur appel d'offres[41].

En outre, le droit international impose l'égalité de traitement (non-discrimination) entre les candidats nationaux et étrangers. Cette égalité ne serait pas garantie (et serait difficile à mettre en œuvre) si l'on exigeait le respect de conditions différentes ou plus strictes au lieu d'origine (étranger) du soumissionnaire (et de ses sous-traitants) que dans d'autres pays.

Il serait licite d'imposer des conditions de participation aux marchés publics qui s'appliquent de la même manière à tous les soumissionnaires, indépendamment de leur origine. Si un certificat antimafia (ou un certificat équivalent spécifique à un pays ou une preuve étatique attestant la non-appartenance à une association criminelle) était requis pour pouvoir participer aux appels d'offres de marchés publics en Suisse, cette exigence devrait s'appliquer à tous les soumissionnaires, y compris ceux provenant d'autres pays que l'Italie, comme les entreprises ayant leur siège principal en Suisse. Une telle condition impliquerait toutefois que les entreprises concernées obtiennent effectivement un certificat étatique correspondant. Dans le cas du certificat antimafia italien, c'est impossible, selon les renseignements de l'ANAC. Le fait d'exiger systématiquement des soumissionnaires et des sous-traitants ayant leur siège ou leur société mère en Italie un certificat antimafia qu'ils ne peuvent pas obtenir de la part des autorités compétentes serait une entrave excessive et, partant, disproportionnée, à la participation et reviendrait à discriminer les entreprises concernées. Au demeurant, le

[41] Puisqu'il n'existe dans aucun pays des confirmations officielles du respect de toutes les prescriptions nationales applicables à la participation au concours des marchés publics.

Conseil d'État du canton du Tessin a abouti à cette même conclusion dans son avis sur une motion poursuivant des buts similaires au postulat 22.3658[42].

5.2 Conséquences potentielles et questions pratiques

Aux yeux de l'UE, une obligation de preuve rattachée spécifiquement au fait qu'une entreprise ait son siège (principal) en Italie pourrait constituer un traitement inégal de l'un de ses États membres, plus concrètement une discrimination de l'Italie. Si l'obligation était néanmoins introduite par le biais d'une loi ou d'une ordonnance, cela pourrait entraîner des **différends** juridiques, économiques et commerciaux avec **l'Italie** ou **l'UE**. En tant qu'État membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et signataire de l'AMP, l'Italie pourrait engager une **procédure de règlement des différends** à l'égard de la Suisse devant l'OMC[43]. En tel cas, la procédure serait menée conformément aux règles du Mémorandum d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

Tant l'AMP que la LMP visent à prévenir la corruption. Le certificat antimafia est un instrument approprié pour ce but, du moins pour les entreprises ayant leur siège principal en Italie. Étant donné que la mafia est un phénomène spécifique à ce pays, une prescription spéciale applicable aux entreprises italiennes participant à des appels d'offres publics pourrait effectivement s'avérer utile aux fins de prévenir la corruption.

Une telle appréciation se défend. Cependant, elle a pour résultat d'instaurer pour les entreprises italiennes une suspicion généralisée d'appartenance au crime organisé. Elle revient en en outre à ignorer que des structures de type mafieux existent aussi en dehors de l'Italie et que la corruption, tout comme le crime organisé, sont des phénomènes mondiaux. Une condition de participation relevant du droit suisse et applicable uniquement aux soumissionnaires italiens ne jouerait pas en leur défaveur que dans l'hypothèse où seule l'Italie subissait la criminalité organisée ou si l'État italien interdisait aux sociétés italiennes de proposer des services transfrontaliers sans certificat antimafia.

Comme il ressort des points exposés ci-devant, le cadre légal et juridique suisse permettrait – voire exigerait – d'ores et déjà, dans certains cas concrets, l'obtention d'un certificat antimafia de la part des soumissionnaires et des sous-traitants ayant leur siège ou leur société mère en Italie afin de vérifier le respect des conditions de participation (voir le ch. 3). Des problèmes se posent toutefois sur le plan pratique : si le soumissionnaire ou le sous-traitant concerné ne dispose pas d'un certificat antimafia valable (par exemple, parce qu'il exécute un marché public attribué par les autorités italiennes), il ne peut pas le demander à la préfecture compétente par ses propres soins. L'adjudicateur suisse pourrait toutefois essayer de l'obtenir, par exemple en passant par l'ambassade suisse à Rome. Cela ralentirait la procédure d'adjudication, ce qui est contraire au principe de célérité qui prévaut dans le domaine des marchés publics[44]. D'après les informations à disposition, il n'est encore jamais arrivé que des

[42] Messaggio 8287 del 31.5.2023, Rapporto sulla mozione del 12 dicembre 2022 presentata da Maddalena Ermotti-Lepori e cofirmatari "Per una modifica del Regolamento di applicazione della Legge sulle commesse pubbliche e del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (RLCPubb/CIAP) – Richiesta del certificato antimafia per le ditte concorrenti"
[43] Cf. art. XX AMP.
[44] ATAF 2012/6, consid. 3.4

adjudicateurs de la Confédération demandent un certificat antimafia aux autorités italiennes. Aussi, il n'existe aucune expérience pratique dans ce domaine. De plus, aucun accord ou traité avec l'Italie ne prévoit de dispositions correspondantes.

6 Possibilités de prendre en compte les buts antimafia poursuivis par le postulat

6.1 Mise en œuvre du droit en vigueur

Le postulat 22.3658 Romano a pour but de contrecarrer les tentatives de la mafia italienne d'infiltrer la Suisse. Toutefois, cette problématique est beaucoup plus large et concerne essentiellement l'infiltration d'organisations criminelles dans l'économie suisse. Aucun chiffre concret n'est à disposition à cet égard. Fedpol publie régulièrement, dans le cadre de ses rapports annuels, des points de situation concernant les différentes menaces[45].

Dans la mesure où le postulat cible uniquement les entreprises ayant leur société mère en Italie, il est trop restrictif. Par exemple, il suffirait qu'une société délocalise son siège en France ou en Suisse pour échapper à l'obligation de présenter un certificat antimafia. De plus, l'obligation comme elle est envisagée dans le postulat ne concernerait pas d'autres organisations criminelles que la mafia[46].

Le droit suisse des marchés publics offre de nombreuses possibilités pour empêcher ou, du moins, éviter l'attribution de marchés publics à des organisations criminelles, bien que ces possibilités soient relativement peu exploitées. La stratégie du Conseil fédéral contre la corruption 2021-2024 prévoit que les adjudicateurs fassent usage, en application du droit révisé sur les marchés publics, de la possibilité d'exclure temporairement des marchés publics les soumissionnaires ayant fait l'objet d'une condamnation pour corruption entrée en force (mesure 26[47]). Dans le contexte du postulat Romano, il s'agit principalement des condamnations pour appartenance ou soutien à une organisation criminelle et pour blanchiment d'argent. Dans le cas des marchés à risque, en particulier, il peut être indiqué de systématiser l'obtention d'un extrait du casier judiciaire ou d'un justificatif similaire. Cette mesure devrait être communiquée avant l'adjudication du marché, par exemple au moyen d'une mention telle que « Les soumissionnaires devront présenter sur demande un extrait du casier judiciaire ou un justificatif équivalent ».

Enfin, il faut attendre les résultats de l'expertise en cours relative à l'amélioration du régime des sanctions (voir ch. 3.4).

[45] Cf. p. ex. https://2021.fedpol.report/fr/criminalite-organisee/ (12.09.2024).
[46] Cf. p. ex. l'avis du Conseil fédéral du 1er février 2017 en réponse à l'interpellation 16.3981 Regazzi, Infiltration de la mafia et gangrène des marchés publics ?
[47] Stratégie du Conseil fédéral contre la corruption 2021-2024, p. 11

6.2 Instruments relevant du droit des marchés publics

Une première étape pourrait consister en une refonte du formulaire de déclaration du soumissionnaire. Au chiffre 3 de la **déclaration actuelle**, les soumissionnaires et les sous-traitants déclarent qu'ils :

- n'ont pas conclu et ne concluront pas d'accords illicites affectant la concurrence durant le processus d'adjudication ou l'exécution du mandat attribué ;

- ne font pas l'objet d'une exclusion entrée en force des futurs marchés publics pour une durée allant jusqu'à cinq ans ;

- ne font pas l'objet d'une condamnation entrée en force pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers ;

- ne figurent pas sur la liste de sanctions d'une institution financière multilatérale pour cause de corruption.

Cette liste peut être adaptée comme suit en vertu de l'art. 44, al. 1, LMP en relation avec les art. 260ter et 305bis, ch. 2, du code pénal (CP) :

> *Le soumissionnaire et les sous-traitants déclarent qu'ils ne font pas l'objet d'une condamnation entrée en force pour cause d'infraction au détriment de l'adjudicateur ou pour un crime, en particulier en vertu des art. 260ter ou 305bis, ch. 2, CP.*

L'adaptation de la déclaration est une mesure simple qui peut être mise en œuvre rapidement. Certes, le risque de déclaration frauduleuse est particulièrement élevé dans le cas de la criminalité organisée. On ne peut néanmoins nier un certain effet de sensibilisation du fait que l'entreprise soumissionnaire doit présenter activement une déclaration et que les fausses déclarations sont sanctionnées pénalement.

D'autres précisions peuvent être apportées dans le cadre de l'adaptation de la déclaration, par exemple en ce qui concerne la responsabilité pénale des entreprises (art. 102 CP).

Il est aussi possible de sensibiliser plus fortement au risque d'infiltration mafieuse (ou criminelle en général) des marchés publics, et aux possibilités de pallier ces risques, dans les **formations et perfectionnements** de la Confédération.

6.3 Contrôles de sécurité

Les contrôles de sécurité relatifs aux personnes et aux entreprises prévus par la LSI constituent des moyens de préventions supplémentaires pour l'adjudication et l'exécution de certains marchés publics. Ces contrôles relèvent de la compétence du Secrétariat d'État à la politique de sécurité (SEPOS)[48].

Le **contrôle de sécurité relatif aux personnes** (CSP) sert à déterminer si l'exercice d'une activité sensible par une personne dans le cadre de sa fonction ou d'un mandat présente un risque pour la sécurité de l'information (art. 27 LSI). Un CSP est effectué par exemple pour les collaborateurs d'une entreprise soumissionnaire qui traitent des informations classifiées « confidentiel » ou « secret » ou qui ont accès à des moyens informatiques protégés ou à des zones de sécurité (art. 5, let. b, en relation avec l'art. 60, al. 1, LSI).

À cette fin, les services spécialisés collectent les données pertinentes pour la sécurité touchant au mode de vie de la personne concernée. Le degré de contrôle varie en fonction du degré de sensibilité des accès. Le contrôle de sécurité de base consulte les registres et les bases de données des autorités compétentes en matière de sécurité (p. ex. casier judiciaire). Le contrôle de sécurité élargi récolte des données supplémentaires, par exemple des informations fiscales. En principe, les personnes résidant à l'étranger peuvent également faire l'objet d'un CSP. La réalisation du contrôle dépend de la possibilité pour le service spécialisé d'obtenir les informations nécessaires de la part du pays concerné.

Le **contrôle de sécurité relatif aux entreprises**, ou « procédure de sécurité relative aux entreprises » (PSE), sert à préserver la sécurité de l'information lors de l'exécution de mandats publics par des entreprises, des parties d'entre elles ou des sous-contractants (entreprises), dans la mesure où ces mandats impliquent des mandats sensibles (art. 49 LSI). L'évaluation a pour objet de déterminer si l'entreprise est en mesure d'exercer des mandats sensibles ou s'il existe un risque de sécurité. À cette fin, les données sont récoltées auprès des entreprises elles-mêmes, de sources publiques et du Service de renseignement de la Confédération. Ce dernier doit être sollicité notamment dans le cas de demandes d'informations à des autorités étrangères et internationales.

Le point central de l'examen consiste à déterminer si l'entreprise est contrôlée ou influencée par des organisations ou des États étrangers d'une manière incompatible avec les intérêts de la Suisse en matière de sécurité[49]. Si une entreprise est jugée à risque, elle doit être exclue de la procédure d'adjudication (art. 58 LSI).

Les contrôles de sécurité en vertu de la LSI poursuivent un but différent du certificat antimafia et ne sont effectués que dans le cas d'activités sensibles. Les deux instruments ont toutefois des effets similaires : si le service spécialisé déclare qu'il y a un risque, le marché n'est pas adjugé à la personne ou à l'entreprise concernée. Autrement dit, aucun contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire sans déclaration de

[48] Une vue d'ensemble de l'activité du SEPOS et du déroulement des divers contrôles de sécurité se trouve sur le site Internet suivant : www.sepos.admin.ch/fr (dernier accès le 07.08.2024).
[49] *Foreign ownership, control and influence* (FOCI), cf. https://www.sepos.admin.ch/fr/securite-relative-aux-entreprises (07.08.2024).

sécurité. À l'heure actuelle, 400 à 450 entreprises sont au bénéfice d'une déclaration de sécurité.

En 2023, l'administration fédérale centrale a collaboré avec près de 30 000 entreprises (dont plus de 94 % de PME). Le système de documentation et de gestion des acquisitions recense 4000 à 5000 adjudicataires de marchés en cours dépassant la valeur seuil de l'OMC. Selon les adresses, environ 1 % de ces entreprises ont leur siège en Italie.

6.4 Le futur registre de transparence

Il est prévu d'introduire un registre fédéral pour renforcer l'intégrité et la compétitivité de la place financière et économique suisse et d'éviter que les personnes morales en Suisse ne soient utilisées à des fins de blanchiment d'argent ou de dissimulation d'actifs. Le but est de permettre aux autorités de poursuite pénale d'identifier plus rapidement et plus efficacement l'**ayant droit économique** qui est véritablement derrière une structure juridique. Les autres autorités auront également accès au registre dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches.

Ainsi, l'art. 34, al. 2, let. j, du projet de loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques (p-LTPM)[50] prévoit que les adjudicateurs soumis à la LMP ou à l'AIMP peuvent consulter en ligne le registre de transparence en vue de l'examen ou de l'attribution d'un marché public, dans la mesure où les données n'ont pas été radiées. Le registre ne sera pas accessible au public.

Sous certaines conditions, les personnes morales de droit étranger seront également enregistrées (1) si elles détiennent une succursale suisse inscrite au registre de commerce, (2) si elles ont leur administration effective en Suisse ou (3) si elles sont propriétaires d'un immeuble en Suisse ou souhaitent en acquérir un (art. 2, al. 1, let. c, p-LTPM). Le projet est en cours de délibération au Parlement.

[50] FF **2024** 1608

7 Conclusion

Un adjudicateur public peut exclure un soumissionnaire d’une procédure d’appel d’offres, par exemple pour non-respect des conditions de participation, pour manque d’aptitude, pour une condamnation entrée en force pour un délit commis au détriment de l’adjudicateur en cause ou pour un crime, ou encore pour infraction aux dispositions relatives à la lutte contre la corruption (voir le ch. 3.2). Dans le contexte du postulat 22.3658 Romano, c’est surtout **l’exclusion du marché en cours ou de futurs marchés publics en lien avec la corruption et à la suite d’une condamnation entrée en force** pour un crime grave qu’il s’agit de considérer. Dans le cadre d’une évaluation des dispositions en matière d’exclusion et de sanction, les bases légales seront examinées de manière approfondie afin de déterminer si elles nécessitent des adaptations pour les rendre plus efficace et plus contraignantes (ch. 3.4).

Les adjudicateurs suisses disposent d’une vaste marge d’appréciation dans la vérification du respect des conditions de participation et des preuves correspondantes. Ils pourraient d’ores et déjà accepter le **certificat antimafia italien**, par exemple à titre de preuve équivalente à un extrait du casier judiciaire, pour autant que le soumissionnaire dispose d’un tel justificatif (en lien avec l’exécution d’un marché italien) ou que les pouvoirs adjudicateurs puissent l’obtenir par d’autres moyens.

Modifier le cadre légal (LMP et OMP) en imposant à la Confédération et aux entreprises lui appartenant d’exiger, pour les marchés à partir d’une certaine valeur seuil, le certificat antimafia italien de la part des soumissionnaires et des sous-traitants qui ont leur siège principal ou leur société mère en Italie serait incompatible avec les principes d’égalité de traitement et de non-discrimination. Selon le Conseil fédéral, il en va de même pour les marchés cantonaux ou communaux et pour l’AIMP, ainsi que pour les lois cantonales sur l’introduction de l’AIMP.

Le certificat antimafia, condition nécessaire à l’adjudication d’un marché en Italie, serait suffisant pour contrecarrer les tentatives d’infiltration des marchés publics suisses par la mafia italienne. Il n’est toutefois pas nécessaire, étant donné que la part de fournisseurs basés en Italie est plutôt faible, du moins à l’échelon de la Confédération. De plus, les contrôles de sécurité constituent des instruments performants permettant de réaliser les buts poursuivis par l’auteur du postulat avec une charge de travail et des coûts modérés. Le futur registre de transparence sera vraisemblablement un autre instrument permettant d'assurer la transparence sur les ayants droit économiques des sociétés établies en Suisse et de contribuer ainsi à la lutte contre la criminalité financière.

Il faut aussi garder à l’esprit que la législation italienne ne permet pas aux privés (personnes physiques ou morales) candidats à un marché public d’obtenir le certificat antimafia par leurs propres soins. Par conséquent, l’obligation pour les soumissionnaires et les sous-traitants ayant un siège social ou une société mère en Italie de présenter ce document pour des marchés en Suisse constituerait une entrave excessive et disproportionnée, voire discriminatoire.

Au demeurant, une telle réglementation ne s’avère **pas nécessaire** : dans des cas particuliers, notamment en présence de doutes quant aux indications fournies par le soumissionnaire ou le sous-traitant dans sa déclaration, l’adjudicateur peut, et devrait, demander des preuves afin de s’assurer du respect des conditions. Il peut exiger des

justificatifs qui n’avaient pas été indiqués dans l’appel d’offres, tel que le certificat antimafia pour les soumissionnaires italiens. Cela peut entraîner, **en pratique**, des difficultés et des retards, générateurs de surcoûts et incompatibles avec le principe de célérité qui prévaut dans le domaine des marchés publics.

Si la Suisse souhaitait examiner la possibilité d’introduire une solution identique à celle de l’Italie, elle devrait le faire dans une optique générale de lutte contre le crime organisé et la corruption, sachant qu’il s’agit de phénomènes mondiaux. En outre, certains instruments de mise en œuvre, comme ceux que la CA ou la KBOB mettent à disposition de leurs membres (c’est-à-dire les pouvoirs adjudicateurs), peuvent également aider à atteindre les objectifs poursuivis par le postulat.

Pour résumer, il n’est ni opportun ni nécessaire de modifier le cadre légal pour rendre obligatoire un justificatif ciblant spécifiquement les soumissionnaires et les sous-traitants ayant leur siège principal ou leur société mère en Italie.

Annexes

Annexe I – Le code antimafia italien

En 1994, soit avant l'entrée en vigueur de l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP), l'Italie a introduit le système de documentation antimafia (*documentazione antimafia*) afin de combattre cette organisation criminelle. La notion clé pour l'application des prescriptions en matière de documentation antimafia est celle d'« association mafieuse », définie comme suit dans le code pénal italien en 1982 :

« L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali. »

« L'association est de type mafieux lorsque ceux qui en font partie utilisent la force d'intimidation du lien associatif et de la condition de soumission et d'omerta qui en découle pour commettre des délits, acquérir directement ou indirectement la gestion ou le contrôle d'activités économiques, de concessions, d'autorisations, de marchés et de services publics ou pour réaliser des profits ou obtenir des avantages indus pour eux-mêmes ou pour d'autres, ou pour empêcher ou entraver le libre exercice du droit de vote ou pour se procurer des voix pour eux-mêmes ou pour d'autres lors de consultations électorales. »[51]

Le système de documentation antimafia exige des entreprises et des particuliers qui demandent des fonds publics ou qui **participent à des appels d'offres publics en tant que soumissionnaire** la présentation d'un « justificatif antimafia » qui atteste l'absence d'une « association mafieuse » au sens du code pénal italien. Les prescriptions du code antimafia ont été modifiées à plusieurs reprises. Une réforme globale intervenue en 2011 visait à simplifier la réglementation et à améliorer l'efficience du système de documentation antimafia. C'est à cette fin qu'a été créée la base de données nationale unifiée de documentation antimafia (BDNA), gérée par le ministère italien de l'intérieur et interconnectée avec le système d'information de la direction d'investigation antimafia, qui permet de délivrer automatiquement des justificatifs antimafia dans le respect des règles liées à la protection des données.

Une infraction aux règles antimafia est un motif d'exclusion des procédures d'appels d'offres. Avant de conclure un contrat avec un fournisseur, le pouvoir adjudicateur public doit obtenir la documentation antimafia nécessaire auprès de la préfecture, une antenne du ministère de l'intérieur (art. 83 du code antimafia), qui délivre les documents après avoir consulté la BDNA.

Il existe deux types de documents : la *comunicazione antimafia*, qui se limite à une déclaration fondée sur les informations relatives aux condamnations figurant dans la base de données antimafia, et l'*informazione antimafia*, qui constitue une décision discrétionnaire de la préfecture quant à l'existence d'une tentative d'infiltration mafieuse. Les marchés inférieurs aux valeurs seuils européennes mais dépassant

[51] Traduction non officielle.

150 000 euros nécessitent une *comunicazione antimafia*. Une *informazione antimafia* est requise pour les marchés dépassant les valeurs seuils européennes, ainsi que pour certains types de marchés (concessions d'approvisionnement en eau, biens publics, etc.). Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent requérir l'*informazione antimafia* aussi pour des marchés dont la valeur est inférieure aux seuils européens.

Le contrôle porte sur les personnes qui occupent une fonction de direction auprès du soumissionnaire (art. 85 du code antimafia). Selon son organisation et sa forme juridique, il s'agit notamment des propriétaires, des actionnaires majoritaires, des représentants légaux, des partenaires et des représentants locaux. Dans le cadre de l'*informazione antimafia*, le contrôle s'étend aux membres de la famille vivant sous un même toit avec ces personnes. Les prescriptions sur la documentation antimafia s'appliquent également aux acteurs étrangers qui n'ont pas de succursale en Italie. Dès lors, les personnes exerçant une fonction d'administration, de représentation ou de direction d'une entreprise sise à l'étranger doivent, elles aussi, être contrôlées, y compris les membres de leur famille vivant sous le même toit.

En d'autres termes, pour participer à des appels d'offres publics (en pratique, pour l'adjudication du marché) en Italie, la loi exige, selon la valeur du marché, soit une ***informazione antimafia*** (essentiellement pour les marchés soumis aux accords internationaux selon la terminologie suisse[52]), soit une ***comunicazione antimafia*** (marchés non soumis aux accords internationaux). Le soumissionnaire ou l'adjudicataire potentiel ne produit pas lui-même le justificatif. C'est le pouvoir adjudicateur italien qui s'adresse à la préfecture compétente avant l'adjudication afin d'obtenir les renseignements souhaités sur le partenaire contractuel pressenti ou ses dirigeants.

[52] En Italie, la limite correspond au seuil séparant les marchés qui doivent faire l'objet d'un appel d'offres et ceux qui peuvent exceptionnellement être attribués de gré à gré. Selon le système suisse, cette définition inclurait certains marchés de services et de construction non soumis aux accords internationaux.

Annexe II – Le régime des exclusions et les instruments dans l'UE

Principes des marchés publics et motifs d'exclusion spécifiques

L'UE a défini des prescriptions détaillées pour les marchés publics dont la valeur dépasse un certain seuil et qui sont donc d'intérêt transnational. Les directives européennes sur les marchés publics doivent respecter et garantir la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre circulation des services, ainsi que les principes qui en découlent tels que l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Par conséquent, un aspect important est que les États membres ne peuvent pas imposer d'exigences qui empêchent directement ou indirectement un fournisseur étranger (par rapport à un acteur national) à participer à un appel d'offres.

Le principal instrument juridique dans le domaine des marchés publics est la directive 2014/24/UE. Celle-ci s'applique à tous les marchés dépassant certains seuils, à savoir 5 538 000 euros pour les marchés publics de travaux et 143 000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités publiques centrales. La valeur seuil pour les marchés de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux se situe, à l'heure actuelle, à 221 000 euros (voir l'art. 4 de la directive 2014/24/UE).

Les critères régissant l'exclusion d'un opérateur économique de la participation à une procédure d'appel d'offres sont exposés à l'art. 57 de la directive 2014/24/UE. En ce qui concerne les motifs d'exclusion obligatoires (dont la participation à une organisation criminelle, la corruption, les infractions terroristes, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, le travail des enfants et la traite d'êtres humains, ainsi que le non-paiement d'impôts et de cotisations de sécurité sociale ; voir l'art. 57, par. 1 et 2, directive 2014/24/UE), cette disposition précise que les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi, en procédant à des vérifications conformément aux art. 59, 60 et 61, ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que cet opérateur économique (ou un membre du conseil d'administration, de gestion ou de surveillance de cet opérateur) a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif pour une série d'infractions graves. Une dérogation à l'exclusion obligatoire n'est possible que pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public, telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement ; un examen de la proportionnalité est prévu pour les exclusions en lien avec le paiement des impôts ou des cotisations de sécurité sociale (art. 57, par. 3, directive 2014/24/UE).

Dans le contexte du postulat 22.3658 Romano, c'est surtout l'infraction de participation à une organisation criminelle au sens de l'art. 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil[53] qu'il s'agit de considérer. Selon cette disposition, chaque État membre doit prendre les mesures nécessaires pour que certains comportements liés à une organisation criminelle soient considérés comme des infractions. En substance, les États membres doivent définir divers types de participation active aux activités criminelles de l'organisation comme critères d'exclusion de la participation à des appels d'offres.

[53] Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, JO L 300 du 11/11/2008, p. 42

Les moyens de preuve permettant de démontrer l'absence de motifs d'exclusion sont traités à l'art. 60 de la directive 2014/24/UE. Cette disposition énumère les certificats, déclarations et autres moyens de preuve que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger. En ce qui concerne les motifs d'exclusion obligatoires liés aux infractions graves, y compris la participation à une organisation criminelle, le par. 2 de cette disposition prescrit la « production d'un extrait du registre pertinent, tel qu'un extrait de casier judiciaire, ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de l'État membre ou du pays d'origine ou d'établissement de l'opérateur économique et dont il résulte que ces conditions sont remplies ».

Si l'État membre ou le pays concerné ne délivre pas ces documents ou certificats ou si ceux-ci ne mentionnent pas tous les motifs d'exclusion énoncés à l'art. 57 de la directive 2014/24/UE, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les États membres ou les pays où un tel serment n'est pas prévu, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de l'État membre ou du pays d'origine ou de l'État membre ou du pays dans lequel l'opérateur économique est établi (art. 60, par. 2, directive 2014/24/UE). Une fausse déclaration pour ne pas être exclu des fournisseurs potentiels dans le cadre d'un appel d'offres public constitue en règle générale une infraction passible d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté.

Le document unique de marché européen et le service e-Certis

Afin de faciliter la passation de marchés transnationaux, l'UE a aussi introduit des règles **plus pratiques**, complétées par des instruments accessibles aussi bien aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux fournisseurs. En ce qui concerne les règles en matière d'exclusion, ce sont surtout le document unique de marché européen (DUME) et le service e-Certis qui entrent en ligne de compte.

Le DUME est un formulaire d'autodéclaration fréquemment utilisé dans le cadre des marchés publics[54]. Avant son introduction, les entreprises devaient produire, dans le la cadre des appels d'offres, divers documents à titre de preuve de leur aptitude et de l'absence de motifs d'exclusion (par exemple, en lien avec les impôts, les cotisations sociales ou les condamnations pénales). L'obtention de justificatifs à partir de divers registres publics prend souvent du temps, parfois beaucoup. En Suède, par exemple, la délivrance d'un extrait du casier judiciaire peut prendre jusqu'à deux semaines.

Le DUME remplace dans une large mesure l'obligation de présenter ces documents, ce qui facilite la participation aux procédures. En général, seul l'adjudicataire doit produire les documents proprement dits comme moyens de preuve[55]. L'adjudicateur dispose toutefois d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la production de justificatifs[56].

[54] Art. 59 de la directive 2014/24/UE

[55] Cf. p. ex. M. Steinicke & P.L. Vesterdorf, Brussels Commentary on EU Public Procurement Law, 1st ed., Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, p. 657.

[56] L'art. 59, par. 4, de la directive 2014/24 prévoit qu'un pouvoir adjudicateur peut, si nécessaire, demander à tout moment de la procédure aux soumissionnaires et candidats de fournir tout ou partie des documents justificatifs.

Le système DUME, qui était originairement un service de la Commission européenne, a été remplacé par des services nationaux, ce qui permet une meilleure connexion avec les services et bases de données nationaux de passation de marchés en ligne (eProcurement). Afin d’encourager le passage au numérique dans le domaine des marchés publics, le DUME est fourni exclusivement sous forme électronique[57].
Le base de données de certificats en ligne, appelé e-Certis, fait l’objet de l’art. 61 de la directive 2014/24/UE. Cet instrument est destiné à aider les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises à trouver les justificatifs et les autres preuves exigés dans le cadre des marchés publics dans l’UE et dans les pays de l’Espace économique européen (EEE)[58]. Cette possibilité est ouverte grâce à une fonction de recherche disponible dans toutes les langues de l’UE. Les États membres actualisent régulièrement la base de données en ce qui concerne, par exemple, les documents permettant de prouver l’absence de motifs d’exclusion. Ils indiquent également les autorités qui délivrent les différents justificatifs et fournissent des informations générales sur les divers critères appliqués par les pouvoirs adjudicateurs[59].

[57] Art. 59, par. 2, de la directive 2014/24
[58] E-certis est disponible sur la page https://ec.europa.eu/tools/e-Certis/#/homePage (21.11.2023).
[59] Idem

Annexe III – Les systèmes nationaux de contrôle des soumissionnaires dans certains États membres de l'UE et au Royaume-Uni

La présente annexe contient des exemples de dispositions et de pratiques nationales en matière de lutte contre l'infiltration des marchés publics par le crime organisé. Abstraction faite du Royaume-Uni, il s'agit d'États membres de l'UE tenus au respect de la directive 2014/24/UE (qui impose notamment la participation à une organisation criminelle comme motif d'exclusion obligatoire) dès lors que la valeur du marché dépasse les seuils européens.

Suède

La Suède est en train de réviser son système de contrôle des soumissionnaires (mais pas les motifs d'exclusion en tant que tels)[60]. En ce qui concerne la participation au crime organisé, la législation suédoise se contente de renvoyer à la définition figurant à l'art. 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée[61]. Aux termes de cette disposition, il faut considérer comme des infractions, d'une part, le fait pour toute personne de participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation. D'autre part, le fait pour toute personne de conclure avec une ou plusieurs personnes un accord visant à exercer une activité qui, si elle aboutit, reviendrait à commettre les infractions visées à l'art. 1, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité.

Comme dans le cas de la Suisse, une des faiblesses reprochées au système actuel est qu'il n'est pas possible de présenter un extrait du casier judiciaire conçu spécifiquement pour vérifier les opérateurs économiques en lien avec des marchés publics et que l'utilisation d'extraits complets peut entraîner la divulgation de données personnelles sensibles sans pertinence pour le marché en cause[62]. De plus, le constat relatif à l'existence de motifs d'exclusion nécessite d'effectuer des vérifications dans les bases de données de différentes autorités gouvernementales. Pour cette raison et pour d'autres difficultés qui entravent le contrôle des fournisseurs (par exemple, le manque de clarté concernant l'identification des personnes devant faire l'objet d'une vérification de leurs antécédents criminels), nombre de pouvoirs adjudicateurs se reposent sur les déclarations des soumissionnaires. Or, selon l'enquête, ces déclarations ne suffisent pas pour garantir que les opérateurs économiques qui ont été condamnés pour certains types d'infractions soient exclus de la participation aux appels d'offres publics[63].

---

[60] Le gouvernement a institué une commission d'enquête chargée de proposer une réglementation pour garantir un système efficace et fiable pour la vérification des motifs d'exclusion chez les candidats à des marchés publics. https://www.regeringen.se/contentassets/612e0c2bb4024589bb8d8178c7f37070/en-samordnad-registerkontroll-for-upphandlande-myndigheter-och-enheter-sou-202343.pdf (30.11.2023).

[61] Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, Chapter 13 section 1

[62] Idem, p. 36

[63] Idem

La Suède prévoit d'introduire un système permettant de consulter des informations coordonnées à partir des bases de données des autorités gouvernementales compétentes, une sorte de guichet unique pour les autorités responsables des acquisitions. La mise à disposition des informations relèvera de la responsabilité de l'office suédois d'enregistrement des sociétés (*Bolagsverket*). Le service sera également proposé en anglais. Tous les pouvoirs adjudicateurs pourront requérir des informations auprès du *Bolagsverket*, y compris les autorités d'autres États membres de l'UE/EEE. Ce service sera gratuit pour les pouvoirs adjudicateurs[64]. L'ordonnance introduisant le nouveau système devrait entrer en vigueur le 1er octobre 2025[65].

Pays-Bas

Conformément à l'art. 2.86 de la loi néerlandaise sur les marchés publics de 2012 (*Aanbestedingswet* 2012)[66], la participation à une organisation criminelle constitue un motif d'exclusion obligatoire. L'absence de ce motif d'exclusion est généralement attestée par une déclaration du soumissionnaire, qui remplace dans une large mesure la production d'un extrait du casier judiciaire[67]. Ce régime correspond à ce qui est pratiqué dans de nombreux États membres de l'UE, tels que la France et la Suède.

Une caractéristique importante du système néerlandais pour protéger l'intégrité des autorités au sens large est la loi sur la vérification de l'intégrité de l'administration publique (, ci-après « loi Bibob »)[68]. Adoptée en 2003 et révisée en 2013, cette loi vise à empêcher le gouvernement (y compris les autorités publiques et les collectivités régionales et locales) de faciliter les activités criminelles et le blanchiment d'argent dans leurs relations avec des opérateurs privés, en particulier dans le cadre de demandes d'autorisations, de subventions et d'offres pour des marchés publics[69].

La loi Bibob permet aux autorités de soumettre les opérateurs économiques, par exemple un soumissionnaire participant à un appel d'offres public, à des contrôles. Le contrôle peut être effectué par le pouvoir adjudicateur lui-même ou avec le soutien du bureau national Bibob (*Landelijk Bureau Bibob*), une autorité spécialisée dans ce type de contrôle. Le contrôle prend essentiellement la forme d'une vérification des antécédents de l'entreprise, qui permet à l'autorité d'évaluer l'intégrité de l'entreprise et de ses représentants. L'autorité obtient ainsi les informations dont elle a besoin pour vérifier l'aptitude de l'entreprise. Dans le cadre de ce contrôle, l'entreprise doit remplir un formulaire spécial (*Bibob-vragenformulier*). L'autorité peut également demander des informations enregistrées auprès des autorités judiciaires, de la police ou d'autres autorités. Dans la plupart des cas, les autorités utilisent le formulaire sans consulter le bureau Bibob[70]. Ces consultations ne sont pas obligatoires et sont réalisées plus fréquemment dans le cadre d'autorisations ou de transactions immobilières qu'en lien

[64] Idem, p. 358
[65] Idem, p. 31
[66] Disponible à l'adresse https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2022-03-02/0 (07.12.2023)
[67] La vérification des motifs d'exclusion est régie par les art. 2.101 ss
[68] *Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuu*r, disponible en néerlandais sur https://wetten.overheid.nl/BWBR0013798/2023-09-01 (08.12.2023)
[69] Pour des informations concernant la loi et sa mise en œuvre en pratique, cf. M. Kuin et al., Procesevaluatie Evaluatie- en uitbreidingswet Bibob 2013 Eindrapport, 2020, disponible à l'adresse https://open.overheid.nl/documenten/ronl-db15a76a-b44a-48d2-a919-75616444fff2/pdf (08.12.2023).
[70] M. Kuin et al., Procesevaluatie Evaluatie – en uitbreidingswet Bibob 2013 Eindrapport, 2020, p. 2

avec des marchés publics[71]. Selon les résultats d'un sondage mené auprès des communes et des provinces en 2020, 61 % des services administratifs ont introduit des directives Bibob pour l'attribution des marchés publics[72]. La loi Bibob dispose que le bureau Bibob peut facturer les dépenses engagées pour la fourniture de cette prestation à l'adjudicateur[73]. Les Pays-Bas prévoient de réviser le système de contrôle actuel.

France

En France, la participation au crime organisé (association de malfaiteurs) constitue un motif d'exclusion obligatoire[74]. Comme dans d'autres pays de l'UE, le soumissionnaire est exclu lorsque la condamnation est passée en force et a été rendue dans un délai de cinq ans au plus à compter de la date de la présentation de l'offre[75]. La législation française recommande le recours aux déclarations pour le contrôle des soumissionnaires.

Allemagne

Depuis 2017, l'Allemagne dispose d'un registre de la concurrence en vertu de la loi sur le registre de la concurrence (*Wettbewerbsregistergesetz*) et de l'ordonnance correspondante (*Wettbewerbsregisterverordnung*). Ce registre, géré par l'office fédéral de lutte contre les cartels, fournit aux adjudicateurs publics des informations permettant de déterminer si une entreprise peut ou doit être exclue d'un appel d'offres en raison d'infractions spécifiques.

Les infractions au titre desquelles un soumissionnaire est inscrit dans ce registre sont énumérées à l'art. 2 de la loi sur le registre de la concurrence et incluent la participation au crime organisé. Elles doivent avoir été commises par des personnes responsables de la direction de l'entreprise[76]. Les pouvoirs adjudicateurs sont généralement tenus de consulter le registre dès que la valeur estimée du marché dépasse 30 000 euros[77]. La consultation du registre demeure possible à titre facultatif pour les marchés de valeur inférieure à ce seuil[78].

---

[71] Idem
[72] Idem, p. 39 ss
[73] Cf. section 56 de la loi Bibob. En ce qui concerne la possibilité pour l'adjudicateur de demander le remboursement de ces frais à la partie privée concernée, voir la motivation dans la loi (Kamerstuk 26 883 nr. 3), disponible à l'adresse https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-26883-3.html (21.12.2023).
[74] Art. L. 2141-1, Code de la commande publique
[75] Cette règle nationale est fondée sur l'art. 57, par. 7 de la directive 2014/24, qui limite l'exclusion à cinq ans au maximum à compter de la condamnation passée en force.
[76] *Wettbewerbsregistergesetz*, § 2, qui renvoie au § 123 de la loi allemande sur les entraves à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).
[77] *Wettbewerbsregistergesetz*, § 6
[78] *Wettbewerbsregistergesetz*, § 6

Royaume-Uni

Le Royaume-Uni, qui reste un État membre de l’AMP, a adopté le 26 octobre 2023 une nouvelle loi sur les marchés publics.[79] Cette loi, qui abroge les dispositions de droit européen actuellement applicables, introduira une liste noire (« liste d’exclusion ») centralisée des fournisseurs exclus de la participation aux appels d’offres publics[80]. Le but est d’empêcher que des fournisseurs condamnés en raison de leur comportement antérieur, notamment des condamnations pour certaines infractions, ne se portent candidats pour des marchés publics ou, le cas échéant, ne puissent se les faire adjuger. Il existe divers motifs justifiant l’inscription sur la liste noire. Les motifs d’exclusion obligatoires sont énoncés à l’annexe 6 de la loi et couvrent une série d’infractions, dont une infraction relevant de la section 45 de la loi de 2015 sur les crimes graves (*Serious Crime Act* ; il s’agit de la participation aux activités d’un groupe criminel organisé).

[79] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/54/part/3/chapter/6/crossheading/debarment/enacted (01.12.2023)
[80] Voir les explications à l’adresse https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/54/pdfs/ukpgaen_20230054_en.pdf (01.12.2023).