

Notice

Récusation

État: 24.09.2021

L'impartialité des personnes qui, du côté du service adjudicateur, participent à une procédure d'adjudication est une condition indispensable à la réalisation des principes du droit des marchés publics (égalité de traitement et non-discrimination des soumissionnaires, transparence de la procédure, renforcement de la concurrence et utilisation des deniers publics qui soit économique, écologique et socialement durable). C'est précisément sur les marchés comptant peu de soumissionnaires que l'on peut avoir l'impression que l'autorité adjudicatrice favorise certains d'entre eux. Le respect strict des règles de récusation est donc une condition importante pour réduire les risques de recours.

A Récusation (art. 13, LMP)¹

1. Ne peuvent participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, les personnes qui:
 - a. ont un intérêt personnel dans le marché;
 - b. sont liées par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou mènent de fait une vie de couple avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes;
 - c. sont parentes ou alliées, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, d'un soumissionnaire ou d'un membre de l'un de ses organes;
 - d. représentent un soumissionnaire ou ont agi dans la même affaire pour un soumissionnaire; ou
 - e. ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics.
2. La demande de récusation doit être déposée immédiatement après la découverte du motif de récusation.

L'adjudicateur ou le jury statue sur les demandes de récusation en l'absence de la personne concernée.

B Généralités

1. Personnes concernées et but de l'obligation de se récuser

L'obligation de renoncer de soi-même à participer à une procédure d'adjudication en cas de motif valable, c'est-à-dire en cas de partialité dans la procédure d'acquisition (obligation de récusation), concerne toutes les personnes (y compris les personnes externes et les tiers auxquels il est fait appel) qui ont le pouvoir d'influencer une décision relevant du droit des marchés publics (par ex., élaboration des documents d'appel d'offres ou évaluation des offres). Elle vise à garantir que la situation de fait et de droit en question soit examinée de manière objective par une autorité impartiale.

2. Motifs de récusation

La liste des motifs de récusation figurant à l'art. 13, al. 1, let. a à d, LMP est complétée par la disposition subsidiaire figurant à la let. e, disposition selon laquelle d'autres causes peuvent justifier une obligation de récusation. Il peut s'agir de relations actuelles ou passées (par ex. avec des clients ou des partenaires stratégiques ou économiques), de précédents rapports de travail, d'une camaraderie (militaire) vieille de plusieurs années, de l'appartenance à un groupe d'intérêts (association, parti ou communauté religieuse), d'une relation de proximité ou de l'acceptation de dons ou d'avantages (cf. à ce sujet notamment l'art. 21, al. 3, LPers² et l'art. 322^{ter} ss CP³).

3. Demande et décision de récusation

Dès qu'il a connaissance d'un motif de récusation, le soumissionnaire doit déposer une demande de récusation auprès de l'adjudicateur, qui statue sur la demande en l'absence de la personne concernée (cf. art. 13, al. 2 et 3, LMP). S'il ne le fait pas, il est déchu de son droit de se récuser.

4. Conséquences du non-respect de l'obligation de se récuser

Le droit à l'impartialité est de nature formelle. Cela signifie que si une décision ayant été rendue (par ex. une adjudication) alors qu'il existait une obligation de récusation fait l'objet d'un recours, elle doit être annulée, et ce, indépendamment du fait que la partialité a eu un impact ou non sur la décision. Ce n'est que dans le cas de la disposition subsidiaire visée à l'art. 13, al. 1, let. e, LMP que l'adjudicateur peut, dans le cadre d'une

¹ Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (RS 172.056.1).

² Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)

³ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

procédure de recours, apporter la preuve que la partialité n'a pas eu d'incidence sur l'issue de la procédure d'adjudication et obtenir ainsi que la décision contestée ne soit pas annulée.

C Exemples et questions

1. Lien de parenté, intérêt personnel, autres motifs de récusation

L'entreprise D SA se voit adjuger le marché dans le cadre d'un appel d'offres public (procédure ouverte). Les entreprises Y SA et X SA sont classées respectivement au deuxième et au troisième rang. Le grand-père V du membre S de l'équipe d'évaluation est président du conseil d'administration d'Y SA. Monsieur S a vérifié que toutes les offres remplissaient les critères d'aptitude.

Si l'entreprise X SA, classée troisième, faisait recours contre l'adjudication en invoquant la partialité de S, son recours serait-il accepté?

2. Anciens rapports de travail

L'OFCL lance un appel d'offres pour acquérir un outil informatique dans le cadre d'une procédure ouverte. Monsieur X signe une déclaration d'impartialité et participe à l'évaluation de la présentation de l'offre. Le marché est attribué à l'entreprise Z SA. La société V SA, classée deuxième, fait recours contre cette décision en invoquant la partialité de X. Elle fait valoir que X a travaillé comme gérant au sein de l'entreprise Z un an et demi plus tôt et qu'il a tenu des conférences lors de manifestations organisées conjointement par l'entreprise Z SA et le service demandeur.

X aurait-il dû se récuser?

3. Projet de référence réalisé pour la Confédération

Un soumissionnaire Y indique comme projet de référence un projet qu'il a réalisé pour le service demandeur. Comme personne de référence, il indique A, membre du comité d'évaluation des offres.

A doit-il se récuser?

D Propositions de réponses pour les exemples précités

1. Lien de parenté, intérêt personnel

S est parent en ligne directe avec V, le président du conseil d'administration d'Y SA (classée deuxième). Il existe donc une obligation de récusation de S (motif concret de récusation; cf. art. 13, al. 1, let. c, LMP). Il n'aurait pas dû participer à l'évaluation de l'offre. En raison de la nature formelle du droit à l'impartialité, la société X SA, classée troisième, n'est pas tenue de prouver qu'elle aurait eu une chance de remporter le marché sans la participation de S. De son côté, l'adjudicateur n'a pas la possibilité de prouver que ce n'aurait pas été le cas, étant donné qu'il existe un motif concret de récusation.

Un recours déposé dans les délais par X SA devrait donc être admis, l'adjudication à D SA annulée et la procédure d'évaluation recommencée sans la participation de S.

Anciens rapports de travail

Il faut se demander si Monsieur X a fait preuve de partialité au sens de la disposition subsidiaire visée à l'art. 13, al. 1, let. e, LMP. Lorsqu'un ancien employeur participe à un marché public en tant que soumissionnaire, l'existence d'une obligation de récusation dépend notamment de la durée et de la position de l'emploi ainsi que du laps de temps écoulé depuis la résiliation des rapports de travail. En l'espèce, Monsieur X avait travaillé au sein de l'entreprise Z SA à un poste de direction (gérant) et entretenait des contacts étroits avec les cadres supérieurs. À cela s'ajoutent le laps de temps relativement court entre la résiliation des rapports de travail et la présentation de l'offre ainsi que la participation de X à des manifestations avec le service demandeur. X était par conséquent soumis à l'obligation de récusation. Du fait de cette obligation au sens de la disposition subsidiaire, l'OFCL aurait certes la possibilité de prouver dans une procédure de recours (contrairement à ce que prévoyait l'ancienne LMP) que la partialité de X n'a pas eu d'incidence sur le résultat de la procédure d'acquisition, mais une telle preuve devrait toutefois être difficile à apporter. En particulier, la déclaration d'impartialité signée par X ne suffit pas, puisqu'elle ne fait que documenter le fait qu'il a été sensibilisé à la question de la récusation.

2. Projet de référence réalisé pour la Confédération

Le fait que A, membre du comité d'évaluation des offres, a eu affaire avec le soumissionnaire dans le cadre d'un projet antérieur est lié à l'organisation du système. A ne devrait donc se récuser – et, par voie de conséquence, refuser de communiquer des informations sur le projet et quitter l'équipe d'évaluation – que s'il existait d'autres circonstances de partialité (cf. art. 13, al. 1, LMP). En l'absence de circonstances supplémentaires, A peut rester dans le comité d'évaluation. Afin de réduire le risque de recours, le projet doit cependant proposer au soumissionnaire qui le demande une personne de référence de remplacement (qui n'appartient pas au comité d'évaluation).⁴

E Recommandations

La direction de projet est censée attirer l'attention des personnes participant à une procédure d'adjudication sur les motifs de récusation dès le lancement de la procédure. À cette occasion et au plus tard avant l'évaluation des offres, les personnes doivent – idéalement après qu'on leur a indiqué quels soumissionnaires sont susceptibles de présenter une offre ou ont présenté une offre – signer une déclaration d'impartialité ou se récuser:

<https://www.beschaffung.admin.ch/bpl/fr/home/beschaffung/unbefangenheitserklaerung.html>

En cas de doute concernant la nécessité d'une récusation, les personnes concernées doivent en avvertir le chef de projet / la cheffe de projet ou consulter en temps utile un conseiller juridique.

F. Renseignements complémentaires

rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch

⁴ Un modèle de lettre de refus de communiquer des informations peut être obtenu sous «Évaluation des offres» en cliquant sur ce [lien](#).