



Date de dépôt : 13 février 2024

Rapport

de la commission de l'économie chargée d'étudier la proposition de résolution de Adrien Genecand, Yvan Zweifel, Cyril Aellen, Diane Barbier-Mueller, Jacques Blondin, Jacques Béné, Jean-Marc Guinchard, Thierry Oppikofer, Christo Ivanov, Véronique Kämpfen, Murat-Julian Alder, Pierre Nicollier, Francine de Planta, Jean-Louis Fazio, Jacques Jeannerat, Masha Alimi, Alexis Barbey : Procès-verbaux d'ouverture des offres dans les procédures de passation des marchés publics : la transparence doit primer

Rapport de majorité de Jacques Béné (page 4)

Rapport de minorité de André Pfeffer (page 40)

Proposition de résolution (1018-A)

Procès-verbaux d'ouverture des offres dans les procédures de passation des marchés publics : la transparence doit primer

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
considérant :

- le rôle prépondérant des partenaires sociaux dans la surveillance des procédures de passation des marchés publics ;
- la longue pratique de transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres ;
- que ce document ne constitue pas une décision administrative au sens formel ;
- qu'il renseigne utilement sur l'identité des soumissionnaires et sert de signal d'alerte pour les partenaires sociaux (cf. chantier TPG « En Chardon », même si, en l'occurrence, ce maître d'ouvrage n'a pas tenu compte des mises en garde pourtant justifiées) ;
- que, pendant des années, les ouvertures des offres étaient publiques, mais que la pratique a évolué en la matière, si bien que de nombreuses autorités ont renoncé à pratiquer ces ouvertures publiques ;
- la nécessaire transparence qui doit régner dans la passation des marchés publics ;
- que la réglementation actuelle prévoit qu'un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres, document qui contient notamment le nom des personnes présentes, le nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres et que les soumissionnaires ont le droit, sur demande, de le consulter ;
- que les partenaires sociaux ont expressément demandé à plusieurs maîtres d'ouvrage de s'inscrire dans cette pratique de communication spontanée ;
- que la question a été débattue au sein de la commission consultative en matière de marchés publics et que celle-ci s'est montrée favorable à la transmission de ces documents ;
- que les SIG notamment refusent de se conformer à cette détermination pour des motifs spécieux de confidentialité se basant sur un avis du Conseil fédéral de 1999 à la portée normative incertaine (suite à une motion

déposée au Conseil national), à une époque où justement les ouvertures des offres étaient publiques,

invite le Conseil d'Etat

à modifier immédiatement le règlement sur la passation des marchés publics en prévoyant expressément que les membres de la commission consultative précitée instituée par l'article 59 RMP (L 6 05.01) qui en émettent le souhait reçoivent spontanément et directement des autorités adjudicatrices sollicitées dans ce cadre les procès-verbaux d'ouverture des offres mentionnés à l'article 38 alinéa 2 RMP (L 6 05.01).

RAPPORT DE LA MAJORITÉ

Rapport de Jacques Béné

La commission de l'économie s'est réunie sous la présidence de M. Jean-Marc Guinchard. Elle a traité ce projet de loi durant 4 séances, soit les 11 et 18 décembre 2023 ainsi que les 8 et 15 janvier 2024.

Les procès-verbaux ont été tenus par M^{mes} Sophie Gainon et Lara Tomacelli ainsi que M. Clément Magnenat.

Qu'ils soient tous remerciés de leur contribution aux travaux de la commission.

Présentation par M. Adrien Genecand, auteur

M. Genecand indique que toutes les explications se trouvent dans les considérants et dans l'invite. Il souligne que la pratique consistant à annoncer qui a gagné et à quel prix a toujours existé au sein de l'Etat. Il estime que l'Etat devrait imposer cette transparence aux offres dans les procédures de passations des marchés publics, car cela permettra de garantir plus de transparence, notamment pour éviter les problèmes qui se sont présentés dans le cadre du site d'En Chardon.

Un député (LC) relève que M. Genecand évoque le cas d'En Chardon. Dans ce cas précis, il s'agissait d'un problème de sous-traitances en cascade. Il demande s'il pense que cette résolution permet de régler également ce problème, soulevant que le maître d'ouvrage n'a pas beaucoup d'emprise sur les sous-traitances.

M. Genecand répond que ce texte ne permet pas de tout surveiller et de tout voir, mais qu'il permet au moins de mettre en avant quelque chose d'anormal. Il indique par ailleurs que cette solution correspond à ce que demandent les partenaires sociaux qui peuvent ainsi lancer l'alerte auprès des maîtres d'ouvrage.

Le député (LC) reprend l'exposé des motifs qui mentionne les arguments « spéciaux » des SIG. Il demande quels étaient ces arguments.

M. Genecand répond que les SIG se limitent à dire que la confidentialité doit être garantie de par le contrat.

Un député (Ve) relève que l'exposé des motifs évoque un changement de pratique : à l'origine, ces documents étaient publics, puis cela a changé. Il

demande quels sont les arguments qui sont exposés par ceux qui refusent de publier ces documents.

M. Genecand répond que la pratique antérieure était celle d'avant internet : la procédure était publique. Puis, avec internet, plus personne ne venait et il a été décidé d'arrêter l'ouverture publique. Toutefois, l'Etat a continué à le faire, il s'agit donc uniquement d'une question de volonté.

Une députée (PLR) relève que, techniquement parlant, la résolution ne contient qu'une seule invite qui modifie un règlement. Elle demande si ce règlement est établi par le Conseil d'Etat *in corpore* ou par le département.

M. Genecand répond que c'est le conseiller d'Etat en charge qui établit ce règlement.

Un député (UDC) mentionne que tout le monde a été choqué par le couac du chantier des TPG En Chardon. Un des sous-traitants avait remis de fausses informations. Si l'on veut totalement éviter ce genre de situations et arriver au risque zéro, il faudrait rendre ces soumissions quinze fois plus réglementées et quinze fois plus rigides. Il n'est pas convaincu que ce soit la bonne solution. La résolution prévoit de changer l'art. 59 du règlement afin de donner accès pour tous ceux qui participent à la soumission aux informations visées par l'art. 38. Il demande à M. Genecand de préciser comment la résolution changera ces deux articles. Il demande si ces changements permettront réellement d'éviter les couacs, comme celui du chantier des TPG En Chardon.

M. Genecand répond que dans la pratique, ce qui se passe, c'est que tout le monde rend son offre, puis toutes les offres sont ouvertes et on attribue le marché public au mieux-disant. On ne peut pas vérifier ce qui est proposé. La logique est donc que le procès-verbal d'ouverture soit transmis à tout le monde, afin que les autres entreprises puissent comprendre pourquoi elles n'ont pas été retenues. Pour le cas d'En Chardon, il y avait quasiment 50% de différence entre les offres. La solution proposée par la résolution aurait permis de relever le couac, notamment le fait que l'offre concurrente ne prévoyait même pas le prix d'achat du cuivre.

Le député (UDC) dit qu'il est 100% d'accord avec M. Genecand sur la finalité. Toutefois, il pense qu'il y a une énorme différence entre d'un côté une offre publique qui concerne une recherche de fonds pour laquelle toutes les banques qui vont s'aligner peuvent proposer un taux d'intérêt et l'affaire est simple à trancher et, d'un autre côté, une attribution de travaux pour laquelle beaucoup plus de critères entrent en ligne de compte. Ces critères doivent faire l'objet d'une appréciation. Vu que les critères d'appréciation pour une adjudication de travaux sont relativement complexes, l'idée est qu'un comité neutre et professionnel tranche entre les différentes adjudications.

M. Genecand répond qu'indépendamment des critères d'adjudication, ce qui est central dans les marchés publics, c'est le prix. Le prix est la raison principale des marchés publics. Ce qui fait foi, c'est le prix qui sera payé à la fin, en tout cas le prix sur lequel on s'engage.

Le député (UDC) indique que le prix est pris en considération pour un certain pourcentage. Selon lui, les auditions de la commission doivent avoir pour but de comprendre comment se passe un processus d'adjudication. Ça devrait être des personnes neutres et qui connaissent le métier qui font ce choix sur des critères objectifs.

M. Genecand indique que 60 à 70% de la pondération se fait sur le prix. Si un candidat gagne sur le prix, alors les autres ne peuvent pas gagner, même s'ils le battent sur le 30% des critères restants.

Un député (Ve) souligne que l'art. 38 du règlement concerne l'ouverture des offres, et non l'évaluation des offres. Il demande s'il ne faudrait pas plutôt rendre publics les PV d'évaluation.

M. Genecand répond que ce sont bien les PV d'ouverture qui doivent être rendus publics. Ce qui intéresse les candidats, c'est de savoir quelles étaient toutes les offres qui étaient présentes. Les critères de pondération sont moins intéressants.

Un député (MCG) demande si cette résolution permettra réellement de créer une transparence au sein de la commission consultative. Il demande comment fonctionne cette commission consultative, si elle est générale pour tous les domaines, ou si elle est composée de sous-commissions suivant les objets visés. Il a de la peine à comprendre l'efficacité du dispositif proposé par la résolution.

M. Genecand propose d'auditionner les personnes responsables afin que la commission reçoive une description plus étayée du fonctionnement de cette commission. La commission est rattachée à l'OCBA qui elle-même est placée sous l'égide du DT.

Le fait de ne pas savoir quelles étaient les autres offres laisse une forme de discrétion au maître d'ouvrage. Selon lui, ce mécanisme permettra de créer plus de transparence.

Un député (S) demande de qui est composée la commission consultative.

M. Genecand répond que cette composition est prévue par l'art. 59 du règlement.

Un député (S) demande quel est le problème avec les SIG en la matière.

M. Genecand indique que les SIG ne respectent pas la pratique qui pourtant est celle au sein de l'Etat de rendre publiques ces informations.

Audition de M^{me} Sandra Bozon, experte en marchés publics, DT-OCBA-DAF, et M. Alexis Bimpage, juriste, DT-OCBA-DAF

M. Bimpage révèle l'existence d'une pratique assez ancienne à l'OCBA consistant à remettre les procès-verbaux aux partenaires sociaux qui les ont demandés. Des discussions dans le cadre de la CCMP ont eu lieu afin de savoir si les autres pouvoirs applicateurs procédaient de la même manière. Il s'est avéré que la pratique de l'OCBA n'était pas suivie par tous et nécessitait une base légale. Un avis de droit conjoint a été demandé par l'OCBA, les SIG, l'AIG et les TPG à M^c Steve Alder. Selon cet avis de droit, la pratique de l'OCBA ne serait pas conforme au règlement sur les marchés publics. L'OCBA souhaite donc attendre la prochaine séance de la CCMP pour discuter de la marche à suivre, mais approuve la résolution, tout en émettant des réserves sur la pertinence de transmettre les procès-verbaux d'ouverture à d'autres applicateurs.

Un député (MCG) demande si un changement du règlement serait suffisant pour avoir la base légale nécessaire à cette pratique. En outre, lors d'une audition dans une autre commission, un professeur universitaire a prétendu qu'il était possible d'avoir des processus d'attribution ne se référant pas à l'AIMP, moyennant une modification de la base légale. Si l'on vote sur cette résolution, cela sera provisoire.

M. Bimpage lui répond par l'affirmative, mais l'OCBA va adhérer au nouvel AIMP 2019 et l'avis de droit a précisé que l'accord règle la question de la transmission des procès-verbaux d'ouverture et il ne sera pas possible d'élargir le champ des destinataires dans le droit cantonal. Le nouvel accord intercantonal engendrera une refonte complète des textes réglementaires.

Un député (LC) s'enquiert de la possibilité que, si le règlement est modifié suite à l'adoption de la présente résolution, le prochain règlement dépendant de l'AIMP 2019 puisse avoir la même modification.

M. Bimpage explique que l'avis de droit ne va pas en ce sens, le nouveau règlement ne pourra en effet pas avoir de disposition similaire à ce qui pourrait être adopté maintenant.

Un député (S) souhaite avoir la confirmation que le nouvel AIMP ne permet pas la diffusion automatique des procès-verbaux aux membres de la commission consultative, et savoir si la résolution serait en règle avec l'AIMP actuel.

M. Bimpage nuance ces propos, car il ne peut se baser pour l'instant que sur l'avis de droit. Le nouvel AIMP ne mentionne cependant que la transmission sur demande aux soumissionnaires. Cela requiert une confirmation et des précisions.

M^{me} Bozon ajoute qu'il n'y a pas de transmission automatique, sauf s'il y a une demande écrite, comme il est stipulé dans les dossiers d'appel d'offres.

M. Bimpage, d'après ce qu'il comprend de la résolution, stipule qu'une première demande écrite doit être faite, mais que les transmissions futures sont automatiques. L'AIMP actuel ne mentionne pas la transmission des procès-verbaux.

Un député (PLR) désirerait prendre connaissance de l'avis de droit. Il a cru comprendre que des discussions informelles ont lieu au sujet du nouvel AIMP, mais il se questionne sur la possibilité de l'influencer, et sur l'utilité réelle de la transmission des procès-verbaux. Il est toujours compliqué, pour un jury d'évaluation, de gérer les informations qui peuvent être biaisées. La commission consultative pourrait bénéficier de l'obtention d'éléments lui permettant de juger du fonctionnement.

M. Bimpage déclare que l'autorisation des autres commanditaires est nécessaire pour transmettre l'avis de droit. Il n'est plus possible de modifier l'AIMP 2019, mais il y a peut-être une marge de manœuvre pour régler certaines questions.

M^{me} Bozon explique que les procès-verbaux d'ouverture ne comprennent pas tous les critères mais, au vu du fait que les ouvertures étaient publiques à l'époque, l'OCBA est partie du principe qu'il pouvait les transmettre dans un souci de transparence.

Audition de M. Pierre-Alain L'Hôte, président de l'UAPG, et de M. Nicolas Rufener, secrétaire général de la FMB

M. L'Hôte rappelle que la résolution dont il est question correspond à une disposition qui existait déjà par le passé. La commission consultative sur la passation des marchés publics travaille pour lutter contre les offres anormalement basses. Il estime qu'avoir accès aux procès-verbaux d'ouverture des offres permet de faire une analyse plus paritaire sur les écarts entre des offres et sur la manière de considérer si une offre est anormalement basse ou non. Il évoque notamment le cas du site d'En Chardon. Il pense que le bénéfice de plus d'outils pour lutter contre une telle problématique aurait permis d'être plus efficace en amont. Ainsi, il soutient la résolution afin que les instances puissent librement procéder à l'analyse des offres et les signaler si nécessaire. Enfin, il souligne la volonté de la FMB de travailler sur la vigilance et la surveillance du marché de l'emploi. Il prend l'exemple de la publication par la FMB de la liste noire des entreprises ayant été sanctionnées pour pratique non conforme en droit.

M. Rufener souhaite rappeler que tout ce qu'une collectivité publique acquiert est un marché public. Il peut s'agir d'une petite opération (un apéritif de départ pour un employé) comme d'une grande (la construction d'un hôpital). Il y a donc diverses procédures qui sont possibles (gré à gré, procédure sur invitation et procédure ouverte). Il note que la volonté n'est pas d'interférer dans la procédure d'appel d'offres ni sur la concurrence entre les différents prestataires. Les procès-verbaux permettent uniquement d'offrir un premier signal qui pourrait alerter si besoin. Il explique que régulièrement des autorités (notamment les SIG) refusent de fournir les procès-verbaux. Ainsi, cette résolution vise à rendre cette pratique uniforme et permettrait d'avoir une réelle transparence. Il évoque deux des motifs donnés par les SIG pour justifier leur refus : la protection des données et la concurrence. Cependant, selon lui, cette disposition permettrait surtout de démasquer les tricheurs. Il reprend l'exemple d'En Chardon et explique que l'offre pour les prestations spécifiques concernées était de 7 millions de francs alors que l'estimation du « marché » la situait à 14 millions. En effet, le coût d'achat des matériaux s'élevait déjà à 7 millions. Les TPG ont alors été alertés, mais le marché a quand même été conclu et la facture finale s'est élevée à 25 millions de francs. Il estime donc nécessaire que cette résolution soit appliquée pour que tous les acteurs s'y conforment. Il réitère la disparité de diffusion des procès-verbaux entre différents acteurs (fondations immobilières, aéroport de Genève, TPG, communes, etc.). Il rappelle que les membres de la commission consultative qui recevraient ces procès-verbaux sont soumis au secret professionnel.

Un député (UDC) souligne l'importance de ne pas entraver la libre concurrence et le marché de manière générale. Il reprend l'exemple d'En Chardon et la différence entre l'évaluation de l'offre à 14 millions de francs et l'offre finalement retenue à 7 millions. Il questionne la réelle compétence du jury d'évaluation. De plus, il se questionne sur le risque de transfert d'informations confidentielles en cas de publications des procès-verbaux. Il se demande si la publication systématique des procès-verbaux n'aurait pas pour risque de mener à contester les décisions. Ainsi, il craint que cette procédure mène au litige.

M. L'Hôte note que la résolution dont il est question ne répond pas à la problématique de la qualité de l'évaluation de la commission. Chaque autorité détermine elle-même ses mandataires spécialisés. Ainsi, il reconnaît qu'il peut y avoir une disparité entre les évaluations, puisque certains mandataires analysent sous un angle juridique alors que d'autres le font sous un angle technique. Au sujet des procès-verbaux, il souligne qu'il ne s'agit pas d'une publication sur les bancs publics, mais d'une transmission de personne à personne. Il rappelle que la commission est soumise au secret professionnel. Il

souligne d'ailleurs que cette transmission ne se fera jamais de façon automatique. Concernant la libre concurrence, la résolution qui est proposée ne s'y opposerait pas puisque les entreprises peuvent déjà demander les procès-verbaux. Enfin, il ne pense pas que la proposition faite dans la résolution mènerait à plus de litiges puisque le but de la commission est d'alerter. La commission avertit d'une offre anormalement basse, le partenaire est ensuite libre d'accepter ou non l'offre. S'il l'accepte et qu'il s'avère que l'alerte émise par la commission était fondée, il en paiera les dommages et n'aura pas matière à entrer en litige puisqu'il aura été averti en amont. S'il suit les recommandations de la commission et refuse l'offre, il sera plus armé pour lutter.

M. Rufener souhaite rappeler la grande différence entre un marché public et un marché privé. Dans un marché public, le maître d'ouvrage ne peut pas choisir. Il remarque que les procès-verbaux ne nuiront pas à la concurrence puisque, n'étant pas une décision administrative, ils ne peuvent faire l'objet de recours. Il souligne aussi la pression politique qui surplombe la compétence technique.

Un député (PLR) mentionne la présence d'un avis de droit qui n'a pas été fourni à la commission de l'économie. Il s'inquiète de la révision qui indique que les procès-verbaux pourraient être rendus accessibles aux soumissionnaires au plus tard après adjudication. Il comprend que la demande pourrait donc être faite même 10 ans plus tard. Il se demande si le texte a été modifié dans d'autres cantons. Il se demande ce qui se passera si le Conseil d'Etat décide de ne pas accepter la résolution.

M. Rufener explique que l'avis de droit repose notamment sur un avis du Conseil fédéral qui date de plus de 20 ans. Il se questionne de ce fait sur la portée effective de cet avis de droit. Il pense que le canton a encore une marge de manœuvre.

Un député (Ve) semblait avoir compris que la crédibilité de l'offre était obligatoire. Il a déjà eu l'occasion de participer à un jury et il se rappelle qu'ils mesuraient la déviation de l'offre par rapport à la moyenne. Il pense que si cette méthode était utilisée de façon correcte (notamment sur le cas d'En Chardon), l'offre considérée la meilleure ne serait pas forcément celle meilleur marché. Il souhaite savoir combien de membres de la commission consultative des marchés publics seraient aptes à recevoir ces procès-verbaux. Aussi, il souhaite savoir, en termes de nombres, combien de procès-verbaux sont fournis à la commission par les différents acteurs. Enfin, il souhaite connaître le nombre de ces dossiers sur lesquels la commission est apte à intervenir pour alerter d'un problème.

M. Rufener indique, par exemple, que l'OCBA, qui est le plus grand maître d'ouvrage public, transmet tous ses procès-verbaux, ce qui correspond à un total d'environ 15 procès-verbaux par mois. Les procès-verbaux qui les intéressent sont surtout ceux qui concernent la construction. Il ajoute que le moyen à leur disposition pour mesurer la crédibilité du prix est de montrer qu'une offre est anormalement basse pour que celle-ci puisse être retirée de la procédure. Il ajoute que les collectivités publiques sont soumises aux marchés publics. Les seules qui ne le sont plus sont les caisses de pension publiques et les fondations immobilières de droit public cantonales, car elles se trouvent dans le cadre de leur marché en concurrence avec des entités privées.

M. L'Hôte explique, au sujet du nombre de cas sur lesquels la commission peut intervenir, qu'ils agissent sur 3 à 5 dossiers par mois. Toutefois, ils n'ont pas de pouvoir pour signaler ces entreprises, leur rôle est uniquement de donner une recommandation et d'alerter les autorités. Dans le cas d'En Chardon, la commission a signalé, mais le comité d'évaluation a décidé de maintenir l'offre. La commission peut aussi agir sur le contrat d'une entreprise avec un appel d'offres qui déroge à certaines règles. Ainsi, la commission consultative n'agit pas que sur l'ouverture et les montants qui paraissent suspects, mais aussi sur la manière et les conditions de libellé d'une offre. Il est rare qu'un mois passe sans que la commission soit amenée à correspondre pour faire remonter un signalement.

Un député (Ve) souhaite connaître le nombre de membres qui constituent la commission.

M. L'Hôte répond qu'ils sont environ 25.

Le député (Ve) demande combien sont concernés par les procès-verbaux dont il est question.

M. L'Hôte répond qu'il s'agit généralement d'un nombre restreint. De mémoire, il pense à 4 ou 5 membres qui pourraient être intéressés. Il s'agit généralement d'un des représentants de chaque association patronale et d'un syndicat.

Un député (PLR) se demande si le risque de publication des procès-verbaux ne pousserait pas à un nivellement de l'offre. Tout le monde afficherait le même prix.

M. L'Hôte soutient que les procès-verbaux permettraient à la commission d'évaluer si l'offre proposée par une entreprise permet de couvrir les coûts des travaux, les prestations de main-d'œuvre et la protection des travailleurs. Ainsi, par de simples calculs, la commission est capable, par exemple, d'estimer si une entreprise aura recours à une sous-traitance non conforme. Il ne craint pas de nivellement ni par le haut ni pas le bas.

M. Rufener ne pense pas qu'une entreprise qui offrirait une prestation gratuite ou presque serait encore dans un exercice de saine concurrence. Il pense que les entreprises auront plutôt tendance à s'écarter d'une offre donnée pour se démarquer. De plus, la commission ne peut déterminer qu'une offre est anormalement basse que lorsqu'il y a beaucoup d'offres. En général, la commission s'interroge sur une offre lorsqu'il y a, par exemple, 7 offres et un écart de plus de 20% pour l'une d'elles. A ce moment, ils demandent des vérifications supplémentaires aux soumissionnaires pour connaître la répartition de leurs charges (la répartition de la main-d'œuvre, par exemple). En appliquant, par exemple, le taux horaire minimum, ils peuvent déterminer si la répartition semble correcte ou non. Il évoque un cas où seulement des centaines d'heures étaient estimées pour un travail qui en demandait des milliers. Ainsi, le tarif horaire était surévalué pour compenser.

Un député (PLR) demande si les auditionnés ont connaissance de cas où des soumissionnaires se seraient offusqués suite à la transmission des procès-verbaux.

M. Rufener répond que les seuls acteurs qui ont pu, dans certains cas, s'opposer à la transmission des procès-verbaux sont les autorités, pas les autres. La raison évoquée a notamment été celle de dire que cela demanderait des heures de travail supplémentaires. Il explique que la réglementation avait anciennement supprimé l'obligation de faire une ouverture publique à laquelle tout le monde pouvait participer en présentiel. Les ouvertures publiques n'intéressant plus personne, il a été demandé de modifier le règlement pour supprimer l'obligation d'ouverture d'offres publique. Lors de cette ouverture d'offres publique, les procès-verbaux étaient aussi obligatoirement transmis aux personnes présentes. La suppression de cette obligation mène aujourd'hui à une disparité de diffusion puisque certaines autorités ne souhaitent pas transmettre leurs procès-verbaux.

Le député (PLR) ajoute que l'ouverture publique avait été supprimée, car l'organisation qu'elle demandait était importante et elle obligeait à respecter une date précise.

Audition de M. Joël Varone, secrétaire CGAS

M. Varone pense que la résolution a du bon sens même si elle ne peut tout résoudre. Toutefois, grâce à la publication des procès-verbaux, il sera possible de résoudre le problème de la sous-enchère salariale. En effet, il serait possible de déceler la sous-traitance et d'ainsi contribuer à accorder plus d'importance au respect des conditions salariales. Il note que certains, dans un contexte de restriction budgétaire, s'éloignent de plus en plus d'une pratique de

management social en montrant une certaine réticence à vouloir vérifier que les entreprises soient respectueuses. La publication des procès-verbaux pourrait contribuer à corriger cette pratique malheureuse.

Un député (Ve) demande si la CGAS reçoit déjà des procès-verbaux, par exemple ceux de l'OCBA.

M. Varone répond que la CGAS ne les reçoit pas en tant que CGAS. En tant que partenaires sociaux intéressés, ils ont accès aux communications spontanées.

Le député (Ve) demande quels sont les membres qui les reçoivent.

M. Varone répond qu'à sa connaissance, ils ne les reçoivent pas directement, mais par la commission paritaire.

Le député (Ve) comprend que la transmission des procès-verbaux permet d'intervenir de manière plus efficace sur les offres suspicieuses. Il donne notamment l'exemple d'En Chardon qui aurait pu être détecté en amont.

M. Varone le confirme. Toutefois, il rappelle que la suspicion n'est pas encore un élément discriminant par rapport au marché public. La suspicion peut être un élément qui joue dans les critères, mais elle n'est pas discriminante comme une infraction constatée.

Le député (Ve) comprend que cela pourrait tout de même permettre de voir la sous-enchère salariale.

M. Varone répond par l'affirmative. Toutefois, le maître d'ouvrage reste relativement libre de contracter avec une entreprise.

Le député (Ve) note que les syndicats pourraient tout de même rendre l'autorité adjudicative attentive.

M. Varone répond par l'affirmative. Il explique qu'il y a une gradation des acteurs les plus pertinents en matière de force probante : l'OCIRT et l'IPE, puis les commissions paritaires, puis les associations professionnelles et syndicales. Les procès-verbaux pourraient donc rendre plus crédibles les raisons qui poussent à considérer une offre comme suspicieuse.

Le député (Ve) constate que la résolution met en avant la transmission spontanée aux membres de la commission. Il se demande si la CGAS le ferait et à quelle fréquence.

M. Varone explique que les membres de la commission consultative des marchés publics peuvent aussi être membres de la CGAS. Ainsi, les membres de la commission consultative des marchés publics peuvent avoir accès à différentes informations qui leur permettraient de renseigner au mieux sur le risque d'une entreprise.

Le député (Ve) demande si la résolution impliquerait une augmentation du nombre de membres de la CGAS demandant d'avoir accès aux procès-verbaux.

M. Varone indique que la résolution contraindrait surtout certains maîtres d'ouvrage qui sont actuellement réfractaires à fournir leurs procès-verbaux.

Un député (UDC) indique que tout le monde souhaite détecter les tricheurs et lutter contre les pratiques déloyales. Toutefois, lorsqu'il remarque que la commission consultative est présidée par le conseiller d'Etat (al. 3, art. 59 RMP (L 6 05.01)), il se demande si la résolution est faite pour que le conseiller d'Etat puisse recevoir les documents de ses services. De plus, il estime que les autorités adjudicataires ont toutes les compétences pour évaluer la crédibilité du prix ainsi que les autres critères. Il se demande si ce texte vise à ce que la commission consultative contrôle ce que les autorités adjudicataires font.

M. Varone note que le marché public ne se limite pas au marché de l'Etat. Le marché public concerne aussi, par exemple, les communes. Ainsi, la diffusion des procès-verbaux ne se limiterait pas au conseiller d'Etat, mais vaudrait aussi pour d'autres entités. Il souligne que la résolution ne fait que donner compétence aux membres d'une commission consultative déjà existante. Ainsi, les membres peuvent jouer un rôle de lanceur d'alerte auprès des autorités adjudicatrices.

Le député (UDC) se demande si la commission consultative, comme elle est décrite à l'art. 59 RMP, n'a pas tendance à favoriser ces partenaires. Il se demande, si le texte venait à être accepté, s'il risquerait d'y avoir une division des responsabilités en démultipliant les acteurs.

M. Varone ne pense pas que la résolution telle qu'elle est formulée invite à une obligation d'analyse systématique de tous les appels d'offres. Il s'agit plutôt d'une possibilité donnée aux membres de la commission consultative des marchés publics d'avoir accès à certaines informations. Ainsi, la responsabilité des autorités adjudicatrices devient plus importante en cas de défaut alors qu'un signalement avait été fait en amont. Au sujet de l'éventuelle favoritisation d'une entreprise par le biais d'un membre de la commission issu d'une association patronale, il rappelle que les syndicats siègent aussi dans la commission et ont toujours mené un combat contre la sous-enchère salariale. Il pense qu'il est essentiel de dénoncer des dysfonctionnements potentiels.

Un député (Ve) comprend que plusieurs mandataires sont récalcitrants. Il note que la résolution et l'exposé des motifs mentionnent les SIG. Il se demande quels sont les autres mandataires récalcitrants et quels sont les arguments opposés.

M. Varone n'a pas en tête d'autre exemple de mandataires récalcitrants. Les arguments opposés par les SIG sont qu'ils ne sont légalement pas tenus de transmettre ces documents et ils évoquent aussi la confidentialité des données, mais la commission est liée au secret professionnel.

Un député (MCG) se demande s'il ne faudrait pas envisager une transparence plus complète. Il se demande si les procès-verbaux ne devraient pas être transmis à toute personne qui en fait la demande. Il rappelle notamment que cela était possible lorsque, par le passé, l'ouverture d'offres était publique.

M. Varone pense qu'il faudrait analyser la faisabilité juridique d'une transparence plus complète. Il n'est pas compétent à ce niveau-là, mais, sur le fond, il n'est pas opposé au principe d'une plus grande transparence. Toutefois, puisqu'il siège à la commission consultative des marchés publics, le texte tel qu'il est proposé lui suffit.

Audition de M. Christian Brunier, directeur général, SIG, M^{me} Daniela Sauter, directrice des achats, SIG, et M. David Friedli, directeur droit, SIG

Le président demande à M. Friedli s'il siège à la commission consultative pour les marchés publics.

M. Friedli lui répond que ce n'est plus le cas, ayant passé le témoin à M^{me} Sauter.

M. Brunier explique que les SIG ne s'opposent pas à la résolution, bien qu'ils soient gênés par la mention du manque de transparence de leur part dans l'exposé des motifs. Les SIG respectent le règlement, et l'appliqueront toujours s'il vient à changer ; pour l'instant, il demande la confidentialité. Ils sont d'accord de gérer les marchés publics avec la FMB au vu de leurs bons rapports, mais les conditions peuvent changer et le règlement aussi. La position des SIG se trouve dans les conclusions de l'avis de droit demandé conjointement avec les TPG, l'OCBA et l'AIG, ainsi que dans la lettre envoyée à la FMB. Il y aurait peut-être lieu de débattre sur l'article à modifier dans le règlement, des éléments pouvant être changés à plusieurs endroits, mais la position des SIG est ouverte. Pour agir plus en profondeur sur la politique d'achat et pour donner plus de chance au local, il faudrait se pencher sur les accords internationaux et l'AIMP, et procéder à une analyse de la Cour des comptes. En effet, la loi sur l'AIMP génère des problèmes avec certains grands groupes. Les entreprises locales ne sont pas équipées pour affronter la concurrence internationale.

Un député (UDC) souligne que la résolution est soutenue par les syndicats et les associations patronales et que le groupe UDC soutient le partenariat social. Mais il a l'impression que la résolution apporte une difficulté supplémentaire. En effet, l'autorité adjudicataire, normalement composée de professionnels, donne un avis sur la qualité des partenaires et le prix. La commission consultative, composée des partenaires sociaux et du Conseil d'Etat, devrait procéder à un autre contrôle alors que ses membres ne font pas partie de la branche.

M. Brunier pense que cela peut au contraire être bénéfique, car ce deuxième organe de contrôle pourrait apporter des conseils judicieux. La FMB et les syndicats ont déjà par le passé averti les SIG sur certains risques, donc il n'y a pas de problème à formaliser ces échanges. La seule préoccupation des SIG est de respecter le règlement.

M. Friedli énonce qu'historiquement, dans le domaine de la construction, il existait la pratique des ouvertures d'offres publiques qui a été abolie avec l'AIMP et les restrictions internationales. Les SIG ont procédé à une analyse pour savoir s'il serait possible de soumettre les protocoles d'ouverture mais la réponse a été négative.

Un député (MCG) souhaite avoir la confirmation que le règlement à changer est celui mentionné dans la résolution. Il requiert des éclaircissements sur les problèmes engendrés par l'AIMP, à savoir que des groupes internationaux utilisent des pratiques déloyales, comme des avenants et des rectifications ultérieures. Il se questionne sur la façon de résoudre ce problème, l'AIMP étant intercantonal.

M. Brunier souligne que la Suisse a signé bon nombre de traités internationaux pour ouvrir les marchés et a promulgué des lois intercantionales. Il en résulte que plusieurs éléments sont irréalisables, comme pour l'écologie et le social car les lois mettent l'accent sur le prix. L'AIMP devait à la base apporter de l'éthique et éviter le copinage, mais les grands groupes, au moyen d'une quantité de juristes, trouvent les lacunes pour utiliser les zones d'ombre. Les SIG ont subi ces pratiques et ont parfois rompu des contrats en prenant des risques, cependant ils sont conscients de devoir gérer l'argent public de manière correcte. Certaines entreprises majorent leurs prix lorsqu'elles travaillent pour l'Etat et les régies publiques. Il faudrait travailler sur cette problématique et favoriser le local, l'écologique et le social, mais il y a peu de marge de manœuvre en raison des lois.

Une députée (PLR) révèle que l'exposé des motifs a ciblé les SIG, qui ont probablement inspiré cette résolution suite au scandale d'En Chardon. Elle se demande si la catastrophe aurait pu être évitée avec la transmission des procès-

verbaux d'ouverture, et si les SIG n'auraient aucun problème à appliquer un règlement modifié au vu de l'avis de droit.

M. Brunier indique que l'avis de droit a été demandé afin de prouver qu'il n'existait pas d'obligation de transmettre ces procès-verbaux. Les SIG n'ont aucun problème à ce que le règlement soit modifié, car ils ont de bonnes relations avec la FMB. En Chardon était lié aux TPG, mais les SIG, qui devaient installer une centrale solaire, en ont subi les conséquences. Cependant, il n'est pas certain que la FMB aurait pu intervenir si elle avait vu l'appel d'offres. L'AIMP a été fait dans les règles et l'entreprise italienne a gagné. Lors des études préalables, il est difficile de tout prévoir et cela offre une marge de manœuvre pour les pratiques déloyales.

Une députée (PLR) requiert l'avis des SIG sur le critère du prix.

M. Friedli indique que, dans un procès-verbal d'appel d'offres, seuls le nom de l'entreprise, la date et le coût de l'offre de base et les variantes sont indiqués. Il ne connaît pas bien le dossier En Chardon, mais croit savoir qu'il s'agissait d'un problème de sous-traitance, que l'on ne peut pas voir dans le procès-verbal. Concernant le prix, cela dépend de l'orientation de l'entité publique. Le prix le plus faible n'est pas forcément le meilleur. La nouvelle AIMP permet d'adoucir le prix vers des critères plus locaux, sociaux et environnementaux.

Un député (Ve) trouverait intéressant de regarder les marchés publics passés par les SIG et leur nombre. Il se demande si GeniLac est divisé en tronçons ou ne représente qu'un mandat, et quels sont les avantages et inconvénients à rendre les procès-verbaux d'ouverture publics.

M. Friedli lui répond qu'il y a une centaine de procédures ouvertes ou sélectives par année. La thermique (RTS) n'est pas encore soumise aux règles sur les marchés publics car c'est un marché ouvert, mais ceci est amené à changer.

M. Brunier ajoute que l'avantage de communiquer ces procès-verbaux est de recevoir les signaux d'alerte ; l'inconvénient serait de favoriser les membres de la FMB.

Un député (PLR) énonce que, pour En Chardon, il y avait eu des signaux négatifs par rapport à certaines entreprises dans la liste, mais le comité d'adjudication n'en avait pas tenu compte. La justice ne se prononce pas sur la note mais sur la manière de procéder. Il se questionne sur le positionnement des SIG quant à l'AIMP 2019.

M. Brunier pense que l'AIMP 2019 va donner plus de latitude sur les critères écologiques et sociaux, mais il faudra voir comment cela se traduit

dans la pratique. Il n'est en outre pas facile d'écarter une entreprise sur la base de rumeurs.

Le député (PLR) précise qu'il y avait des indices quant à la sous-traitance en fonction des prix proposés, qui étaient irréalistes en respectant les règles. Pour en revenir à la résolution, le nouvel AIMP fera changer le règlement et rendra la transmission des procès-verbaux impossible. Une solution serait de demander aux entreprises, dans l'appel d'offres, de les transmettre aux associations professionnelles qui le demanderaient. Cela pourrait être mentionné que cette pratique est à bien plaisir.

M. Friedli pense que les auditeurs, la Cour des comptes et des audits pourraient critiquer cette pratique, mais les SIG peuvent se baser sur les recommandations de la commission.

Le député (PLR) souligne que les recommandations formulées lors des audits ne sont pas forcément suivies. Personne n'a contesté le fait que l'OCBA transmette les procès-verbaux à la FMB. Les institutions qui suivent cette pratique pourraient accepter de prendre le risque en justifiant de la nécessité de transparence. Il est néanmoins regrettable que ce sujet n'ait pas été discuté avant l'adoption de l'AIMP 2019.

M. Brunier déclare que les SIG ne se livreront pas à cette pratique si l'AIMP et le règlement l'interdisent, car il n'y a pas de marge de manœuvre. Une régie publique doit respecter la loi, même si en effet une simple recommandation peut ou non être suivie. Pour en revenir aux entreprises problématiques, les régies publiques reçoivent une fiche de l'OCIRT qui indique si l'entreprise respecte les usages de la branche, et n'a pas de contentieux. Il y a plus de problèmes avec l'application de l'AIMP que d'affaires telles qu'En Chardon. Les risques peuvent être limités, mais le risque zéro n'existe pas.

Prises de position

Le groupe PLR est en faveur de la résolution, même s'il est conscient que l'AIMP 2019 posera problème. Tout le monde est d'accord sur l'importance de transmettre les procès-verbaux d'ouverture, car c'est le moment où l'on peut agir. L'AIMP 2019 sera traité par la CACRI.

Le groupe socialiste est également en faveur. L'avis de droit illustre la problématique juridique et le fait qu'un changement réglementaire serait bienvenu. La commission devra se pencher sur le nouvel AIMP en raison des problématiques qu'il engendre. Les entreprises locales ne doivent pas perdre les marchés publics au profit de la concurrence internationale.

Le groupe MCG reconnaît que cette résolution est une avancée, bien qu'insuffisante. Le groupe MCG tente depuis longtemps de favoriser les entreprises locales.

Le groupe des Verts soutient la résolution, eu égard à la transparence et à l'efficacité. La FMB fait souvent des remarques par rapport aux offres gérées par l'OCBA. Le groupe est néanmoins sensible à l'incompatibilité qui existe entre le dépôt de la résolution et l'AIMP 2019. Le canton de Genève pourrait peut-être modifier la mise en œuvre sur cet aspect. La commission doit en tout cas faire une recommandation auprès de la CACRI.

Le groupe UDC est d'accord avec le principe de combattre la sous-enchère et la concurrence déloyale. Les syndicats et les associations patronales sont en faveur de la résolution, mais le groupe UDC doute de l'intérêt de la résolution. La FMB reçoit déjà les procès-verbaux d'ouverture et le mécanisme de contrôle rajoutant un troisième acteur au maître d'œuvre et à l'autorité adjudicatrice est inutile. Il est ardu de détecter des anomalies sur la base d'un procès-verbal et l'OCIRT donne déjà des renseignements. Ce n'est pas aux partenaires sociaux d'évaluer les charges et les coûts d'un chantier. En outre, tout le monde est d'accord pour dire qu'il y a des problèmes à Genève, mais la transmission des procès-verbaux n'est pas anodine. Le fait que les groupes internationaux utilisent leurs juristes pour trouver des failles, établir une soumission, contester les critères d'adjudication de base pour augmenter leurs prix ne va pas être résolu par la transmission des procès-verbaux. Le travail au noir et la sous-traitance sont des pratiques répandues à Genève, et la solution serait que le titre de séjour soit contrôlé comme dans d'autres cantons. Pour l'exemple d'En Chardon, le travail avait été évalué à 13 millions, il a été accordé à 7 millions, puis finalement adjugé à 25 millions. Il est peu probable qu'une commission consultative aurait pu détecter les problèmes et c'est pourquoi **le groupe UDC se positionne contre la résolution.**

Le groupe LJS pense qu'un regard extérieur ne peut pas faire de mal et c'est pourquoi **il soutient la résolution.**

Mise aux voix de la R 1018 :

Oui :	12 (2 S, 2 Ve, 1 LJS, 2 MCG, 4 PLR, 1 LC)
Non :	1 (1 UDC)
Abstentions :	1 (1 UDC)

La R 1018 est acceptée.

La commission accepte à l'unanimité de demander l'urgence sur cette résolution.

Pour toutes les raisons évoquées, la majorité de la commission vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à accepter cette proposition de résolution.

Catégorie de débat préavisée : II (30 min)

Avis de droit

à Etat de Genève, Transports publics genevois, Services industriels de Genève, Aéroport international de Genève
de Me Steve Alder et Me Tiffany Sutter
concerne Conformité au droit des marchés publics de la transmission à certaines associations professionnelles des procès-verbaux d'ouverture des offres ?
date Genève, le 24 novembre 2023
référence 13|SA SA230172.02380540

I. Introduction

1. L'Etat de Genève, soit pour lui l'Office cantonal des Bâtiments (ci-après : l'**OCBA**), les Transports publics genevois (ci-après : les **TPG**), les Services industriels de Genève (ci-après : les **SIG**) et l'Aéroport international de Genève (ci-après : l'**AIG**) ont souhaité mandater les soussignés dans le but d'obtenir un avis de droit répondant à la question suivante :
 - (i) *Est-il possible, et si oui à quelles conditions, pour les collectivités publiques susmentionnées de transmettre les procès-verbaux d'ouverture des offres à des entités tierces en cas de marchés publics de construction adjugés selon la procédure ouverte ?*
2. Nous commencerons par déterminer le droit applicable (A) puis poursuivrons en explicitant la pratique actuellement suivie par l'OCBA en matière de transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres à des entités tierces (B), pratique dont nous vérifierons la licéité au regard du droit des marchés publics applicable (C). Nous envisagerons ensuite quelques pistes de réflexions (D) avant de conclure (E).

A. Droit applicable

a) droit international des marchés publics

1. Le droit des marchés publics se caractérise, en Suisse, par une forme d'éclatement ce qui a pour conséquence qu'il en existe de multiples sources tant internationales qu'internes et, fédéralisme oblige, tant fédérales que (inter)cantonales.
2. La première, qui est la matrice de toutes les sources, est l'AMP¹. Cet accord international contient les règles principales – et les principales définitions – qui s'appliquent en droit des marchés publics. Bien qu'il ne soit pas entièrement d'application directe, c'est toujours à cet accord qu'il convient de se reporter lorsque des dispositions du droit interne doivent être interprétées².
3. A côté de cet accord international, il convient encore de mentionner l'Accord bilatéral sur les marchés publics conclu entre la Suisse et la Communauté européenne³, lequel s'inscrit dans le prolongement de l'AMP et vise à élargir le processus de libéralisation des marchés publics non visés par cet accord⁴. Il existe également une controverse sur le caractère directement applicable ou non de l'accord bilatéral en droit suisse : cependant, à la supposer établie, dite controverse ne devrait pas être surestimée puisque les autorités suisses ont choisi de reprendre, dans le droit interne, la quasi-totalité des règles et principes ressortant de cet accord (et de l'AMP d'ailleurs). Nous garderons cependant à l'esprit que cet accord n'a pas pour conséquence de rendre directement applicable en Suisse le droit des marchés

¹ Accord international révisé sur les marchés publics conclu le 15 avril 1994 à Marrakech, RS 0.632.231.422.

² POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics* (2023), pp. 12-13 ; pour un exemple, voir arrêt de la Cour de droit administratif et public vaudoise GE.2015.0121, consid. 4 b bb.

³ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999, RS 0.172.052.68.

⁴ POLTIER Etienne, *op. cit.*, p. 14.

publics de l'Union européenne, mais simplement d'assurer aux prestataires européens un accès non discriminatoire au marché suisse (et réciproquement)⁵.

b) droit fédéral des marchés publics

4. Le droit suisse des marchés publics est fondé sur une dichotomie fondamentale : d'une côté, il y a les marchés publics dits *fédéraux*, passés en principe par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux. Ces marchés sont exclusivement régis par la LMP⁶ et son ordonnance d'application, l'OMP⁷. De l'autre côté, il y a les marchés publics dits *cantonaux* qui eux sont passés par les cantons, les communes ainsi que les divers établissements publics cantonaux ou communaux et qui sont appréhendés exclusivement par le droit (inter)cantonal des marchés publics.
5. L'art. 4 LMP règle de manière exhaustive l'assujettissement des pouvoirs adjudicateurs à la LMP (assujettissement dit subjectif). Selon l'art. 4 al. 1 LMP, sont soumis à cette loi les unités de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée au sens de l'art. 2 LOGA⁸ et de ses dispositions d'exécution (let a), les autorités judiciaires fédérales (let b), le Ministère public de la Confédération (let c) et les Services du Parlement (let d). L'art. 4 al. 2 LMP prévoit quant à lui que les entreprises privées ou publiques agissant dans certains secteurs économiques énumérés aux lettres a à h (il s'agit des marchés dits *sectoriels*⁹) sont également soumises au droit fédéral des marchés publics pour autant qu'elles disposent d'un droit exclusif ou spécial d'exploitation et qu'elles exercent leurs activités en Suisse et uniquement pour les acquisitions qui sont effectuées dans le domaine en question (art. 4 al. 3 LMP).

POLTIER Etienne, *op. cit.*, p. 15.

Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019, RS 172.056.1.

Ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020, RS 172.056.11.

Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010.

Voir à ce propos le Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017, pp. 1695ss (cité FF 2017, pp. 1695ss).

6. La soumission au droit fédéral des marchés publics dépend donc de l'identité du pouvoir adjudicateur et, dans une moindre mesure, de son secteur d'activités : s'il s'agit d'une entité mentionnée à l'art. 4 al. 1 ou 2 LMP, alors seul le droit fédéral des marchés publics sera applicable et cela quand bien même le pouvoir adjudicateur serait un établissement public cantonal (uniquement si une des hypothèses prévues à l'art. 4 al. 2 et 3 LMP est vérifiée). Dans le cas inverse, c'est vers le droit (inter)cantonal – plus spécifiquement celui applicable au siège du pouvoir adjudicateur – qu'il s'agira de se tourner.

c) droit (inter)cantonal des marchés publics

7. Le droit (inter)cantonal des marchés publics qui concerne donc, comme vu précédemment, les marchés passés par les cantons, les communes et les établissements de droit public cantonaux ou communaux¹⁰ est, lui aussi, marqué par une certaine forme d'éclatement. Trois *corpus* de règles méritent d'être ici mentionnés.

8. Il y a premièrement la LMI¹¹, singulièrement ses articles 5 et 9, laquelle fixe certaines règles minimales qui s'appliquent à titre subsidiaire à tous les marchés publics des cantons et des communes.

9. Il y a ensuite l'AIMP, dans sa version de 1994¹², qui fixe les règles et principes que les cantons doivent respecter lorsqu'ils adoptent des lois et/ou des règlements en la

Sauf pour les établissements publics cantonaux ou communaux tombant dans le champ d'application de l'art. 4 al. 2 et 3 LMP qui eux sont *ipso jure* soumis au droit fédéral des marchés publics, comme nous venons de le voir. Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995, RS 943.02. Il peut sembler baroque d'inclure cette loi – qui est une loi fédérale – dans la partie dévolue au droit (inter)cantonal des marchés publics. Cela se justifie pourtant dans la mesure où cette loi, singulièrement son art. 5, ne s'applique qu'aux marchés des cantons et des communes.

Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001, RS GE L 6 05.

matière. L'AIMP a fait l'objet d'une révision totale en 2019 (ci-après : **AIMP 2019**). Dans la mesure où le canton de Genève n'a pas encore lancé la procédure d'adhésion à l'AIMP 2019, seule la version de 1994 sera ici pertinente¹³. Néanmoins, des incursions dans l'AIMP 2019 pourront être faites au gré des développements contenus dans cet avis de droit.

10. Il y a, enfin, les dispositions légales ou réglementaires adoptées par chaque canton et qui régissent la passation des marchés publics sur leur territoire par des pouvoirs adjudicateurs cantonaux ou communaux. En effet, compte tenu du caractère fédéraliste de la Suisse, chaque canton est compétent pour réglementer ses (propres) marchés publics cantonaux et communaux. Cela signifie que, dans les faits, il existe autant de réglementations cantonales que de cantons.
11. Cela étant, les règles cantonales ont tendance à être harmonisées puisque tant l'AMP, la LMI (dans une moindre mesure) que l'AIMP (c'est surtout vrai de l'AIMP 2019 qui a été substantiellement étoffé et ne se contente plus, contrairement à l'AIMP 1994, de prévoir quelques règles et principes minimaux applicables aux marchés publics cantonaux et communaux), fixent toute une série de règles et de principes qui s'appliquent aux marchés publics cantonaux et communaux ; des différences ponctuelles peuvent néanmoins exister sans pour autant devoir être surestimées¹⁴.
12. A Genève, c'est le RMP adopté par le Conseil d'Etat qui régit la matière (art. 1 RMP).

Le 30 août 2023, plusieurs députés ont déposé au Grand conseil genevois une résolution R 1017 invitant le Conseil d'Etat à mettre immédiatement sur pied un groupe de travail chargé de poser, dans un délai de 6 mois, les jalons d'une adhésion du canton au nouvel AIMP.

On notera également que les cantons se sont aussi largement inspirés des directives d'exécution de l'AIMP (*i.e.* les DEMP), ce qui tend à renforcer encore l'harmonisation entre les diverses législations cantonales.

13. A ce stade, il est possible de conclure que l'Etat de Genève, les TPG, les SIG et l'AIG, en leur qualité respectivement d'Etat (art. 7 a. 1 let a RMP) et d'établissements de droit public cantonal (art. 7 al. 1 let d RMP *cum* art. 1 al. 1 LTPG¹⁵, art. 1 al. 1 LSIG¹⁶ et art. 1 al. 1 LAIG¹⁷), sont exclusivement soumis au droit (inter)cantonal des marchés publics, de sorte que c'est sous l'angle de l'AIMP 1994 et du RMP que seront (essentiellement) analysées les deux questions posées dans le cadre du présent avis de droit¹⁸.

B. Pratique actuelle de l'OCBA

14. Selon les informations qui nous ont été communiquées, la Fédération genevoise des métiers du bâtiment (ci-après : **FMB**) demande à ce que les procès-verbaux d'ouverture des offres, dans le cadre de marchés publics de construction, lui soient spontanément communiqués par les pouvoirs adjudicateurs. Elle justifie cette demande afin de pouvoir contrôler les prix offerts par les soumissionnaires – en particulier par l'adjudicataire – et y déceler des éventuels risques de sous-traitance illicite, de sous-enchère salariale ou de recours au travail au noir. L'accès à ces procès-verbaux lui permettrait ainsi d'identifier les chantiers potentiellement problématiques et de procéder à des contrôles inopinés sur site.
15. La pratique de l'OCBA, des TPG, des SIG et de l'AIG diffère à cet égard. Le premier communique spontanément à la FMB les procès-verbaux d'ouverture des offres, tandis que les autres s'y refusent, considérant qu'en l'absence de base légale

Loi sur les transports publics genevois du 21 novembre 1975, RS GE H 1 55.

Loi sur l'organisation des services industriels de Genève du 5 octobre 1973, RS GE L 2 35.

Loi sur l'Aéroport international de Genève du 10 juin 1993, RS GE H 3 25.

On précisera toutefois que certains marchés passés par l'AIG et les SIG peuvent relever du droit fédéral des marchés publics en application de l'art. 4 al. 2 let a, b et c et 3 LMP. Toutefois, il semble inenvisageable que ces marchés publics soient passés selon la procédure de gré à gré de sorte que, dans le cadre de la présente analyse, nous partirons du postulat que seul le droit (inter)cantonal des marchés publics trouve à s'appliquer.

l'autorisant expressément, une telle communication ne saurait se faire sans le consentement exprès des soumissionnaires concernés¹⁹.

16. Il convient donc de déterminer si la pratique de l'OCBA – que les autres pouvoirs adjudicateurs ne seraient pas opposés à appliquer – s'avère licite au regard du droit des marchés publics (*infra* C).
17. Afin d'être complets, nous préciserons encore que, le 30 août 2023, plusieurs députés ont déposé au Grand conseil une proposition de résolution R 1018 qui invite le Conseil d'Etat à modifier immédiatement le RMP afin de permettre aux membres de la commission consultative instituée par l'art. 59 RMP qui le souhaitent de recevoir spontanément de la part des pouvoirs adjudicateurs sollicités la communication des procès-verbaux d'ouverture des offres.

C. Conformité de la pratique actuelle de l'OCBS au droit des marchés publics

18. En préambule, on rappellera que la question de la conformité de la pratique de l'OCBA au droit des marchés publics ne se pose qu'en relation avec des marchés publics de construction adjugés au terme d'une procédure ouverte ou sélective.
19. Le droit des marchés publics est marqué par une certaine confidentialité, notamment s'agissant des documents et des informations communiqués par les soumissionnaires aux pouvoirs adjudicateurs. C'est ainsi que, de manière générale, les offres et les informations qu'elles contiennent sont confidentielles car elles peuvent renfermer des indications précieuses, notamment sur le *know-how* de l'entreprise²⁰ ou sur la manière et la méthode avec lesquelles elle calcule ses prix,

On notera que les TPG ont, à l'occasion des travaux visant à la construction de leur dépôt à "En Chardon", ont, pour des raisons tout à fait particulières, donné accès à la FMB aux procès-verbaux d'ouverture des offres. C'est, selon ce qui nous a été dit, la seule fois que les TPG ont procédé de la sorte. Arrêt du Tribunal fédéral 2P.274/1999 du 2 mars 2000, consid. 2c/bb.

éléments dont les soumissionnaires ne souhaitent pas nécessairement la communication aux autres participants au marché dont certains peuvent se trouver être des concurrents directs²¹.

20. C'est pourquoi l'art. 11 let g AIMP 1994 garantit le traitement confidentiel des informations dans la passation de marchés publics. L'art. 22 al. 1 RMP va plus loin et précise que les informations mises à disposition des pouvoirs adjudicateurs par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, sont traitées de façon confidentielle. En particulier, l'autorité adjudicatrice ne peut faire usage ou transmettre à des tiers les offres écartées ou non retenues qu'avec l'accord des intéressés (al. 2). Par ailleurs, l'art. 22 a. 3 RMP prévoit que les travaux et les délibérations concernant l'évaluation des offres sont confidentiels.
21. On le voit donc, il existe une tendance certaine à la confidentialité en droit des marchés publics qui veut que les documents et informations communiqués par les soumissionnaires aux pouvoirs adjudicateurs ainsi que certains des documents élaborés pendant l'instruction de la procédure (cf. par exemple l'art. 22 al. 2 et 3 RMP²²) ne soient pas rendus librement accessibles que ce soit aux soumissionnaires ou, *a fortiori*, à d'éventuels tiers.
22. Dès lors, pour que le principe général de confidentialité soit atténué, il faut (i) soit qu'il existe une base légale spécifique qui habilite le pouvoir adjudicateur à y porter atteinte, (ii) soit que le soumissionnaire en question y consente (art. 22 al. 2 *in fine* RMP par exemple), (iii) soit encore qu'il existe un intérêt public ou privé prépondérant qui justifierait de s'en écarter.

ATA/970/2019 du 4 juin 2019, consid. 4c et les références citées ; ZUFFEREY Jean-Baptiste, Accès au dossier, *in* BR/DC 2011, p. 101.

Voir, *de lege ferenda*, les limitations expressément instaurées par l'art. 57 AIMP 2019.

23. L'art. 38 al. 3 RMP représente justement une certaine "entorse" au principe de confidentialité régissant la procédure de passation d'un marché public en ce qu'il prévoit que le procès-verbal d'ouverture des offres, qui contient notamment le nom des personnes présentes, le nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres (al. 2), puisse être communiqué aux autres soumissionnaires.
24. L'art. 38 al. 3 RMP – dont on a vu qu'il doit être interprété restrictivement puisqu'il atténue le principe de la confidentialité (cf. *supra* n°22) – ne prévoit pas que les procès-verbaux puissent être transmis à d'autres personnes que les soumissionnaires, en particulier à des associations professionnelles telles que la FMB.
25. Le droit genevois des marchés publics n'envisage dès lors pas expressément que les procès-verbaux d'ouverture des offres puissent être communiqués à la FMB. En cela, il se distingue d'autres droits cantonaux comme le droit vaudois ou valaisan des marchés publics qui prévoient eux formellement la possibilité de transmettre ces procès-verbaux aux associations professionnelles (art. 31 al. 3 aRLMP-VD²³ ; art. 18 al. 3 OMP-VS).
26. On relèvera au surplus, même s'il n'est pas (encore) applicable, que l'art. 37 al. 4 AIMP 2019 ne prévoit lui aussi pas la possibilité de communiquer à des tiers autres que les soumissionnaires les procès-verbaux d'ouverture des offres (pour les marchés fédéraux, l'art. 37 al. 4 LMP a rigoureusement la même teneur²⁴).

Le nouveau règlement vaudois ne prévoit cependant plus cette possibilité. Nous postulons que cette modification est due au fait que l'art. 37 al. 4 AIMP 2019, entré en vigueur dans le canton de Vaud le 1^{er} janvier 2023, prévoit que les procès-verbaux d'ouverture des offres ne peuvent être remis, sur demande, qu'aux soumissionnaires et non pas à d'éventuels tiers.

On précisera cela dit que l'art. 26 OMP prévoit que la commission fédérale de la concurrence a, sur demande, accès aux procès-verbaux d'ouverture des offres. On peut constater que, pour que la commission fédérale de la concurrence puisse avoir accès à ces documents, il a été nécessaire d'adopter une base réglementaire expresse le prévoyant. Cela confirme selon nous que, à teneur du droit genevois actuel, la transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres à la FMB n'est pas licite.

27. Il nous semble que, à teneur du droit actuel, il n'est guère envisageable de transmettre à la FMB les procès-verbaux d'ouverture des offres, faute de disposition légale l'autorisant expressément. Une telle transmission, en dehors de ne pas reposer sur une base légale, se heurterait par ailleurs au principe de la confidentialité qui prévaut, de manière générale, en droit des marchés publics.
28. Nous doutons même que, à la supposer existante, une base légale spécifique puisse encore réserver aux pouvoirs adjudicateurs une telle possibilité.
29. En effet, comme nous l'avons vu, le canton de Vaud a, ensuite de son adhésion à l'AIMP 2019, supprimé la faculté accordée aux pouvoirs adjudicateurs de transmettre les procès-verbaux d'ouverture des offres aux associations professionnelles (cf. art.31 al. 3 aRLMP-VD).
30. Cela tient selon nous au fait que l'art. 37 al. 4 AIMP 2019 dispose désormais expressément que les procès-verbaux d'ouverture des offres ne peuvent être transmis qu'aux autres soumissionnaires et à eux-seuls. L'ancienne mouture de l'AIMP ne prévoyait aucune règle à cet égard de sorte que les cantons conservaient la compétence de régler cette question dans leur propre arsenal législatif et nous avons vu que certains d'entre eux, comme Genève, avaient fait le choix de ne prévoir une transmission qu'aux seuls soumissionnaires, tandis que d'autres, à l'image de Vaud et du Valais, avaient opté pour la possibilité de les transmettre à des associations professionnelles.
31. Du moment que cette question est désormais expressément réglée à l'art. 37 al. 4 AIMP 2019, nous sommes d'avis que les cantons ne peuvent plus étendre les possibilités de transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres à d'autres

personnes que les soumissionnaires et qu'ils ne sauraient dès lors les communiquer à des tiers à l'encontre des associations professionnelles²⁵.

32. En conclusion, il n'est selon nous pas possible, en l'état actuel du droit genevois – solution qui prévaudra *a fortiori* lorsque le nouvel AIMP 2019 sera en vigueur à Genève – de communiquer les procès-verbaux d'ouverture des offres à la FMB.
33. Nous sommes donc d'avis que la pratique de l'OCBA n'est pas conforme à la loi et rejoignons donc l'analyse qui est faite par les TPG, les SIG et l'AIG.

D. Pistes de réflexions

34. Le constat d'illicéité de la pratique suivie actuellement par l'OCBA ne prive pour autant pas la FMB de tout moyen de contrôle. En effet, les décisions d'adjudication sont publiées sur la plateforme SIMAP (art. 52 al. 2 RMP). Cette publication doit notamment renseigner sur l'identité de l'adjudicataire et le montant de son offre (art. 52 al. 2 let. d et e RMP). Du moment que la plateforme SIMAP est librement accessible, la FMB peut donc prendre connaissance de toutes les adjudications intervenues dans les marchés de construction, de l'identité de l'adjudicataire et du montant de l'offre retenue. Aussi, nanti de ces informations, elle peut donc procéder aux contrôles qu'elle juge nécessaires sans avoir besoin encore de recevoir les procès-verbaux d'ouverture des offres de la part des pouvoirs adjudicateurs.
35. Certes, il serait certainement plus simple pour la FMB recevoir directement des pouvoirs adjudicateurs tous les procès-verbaux d'ouverture des offres (dans les marchés de construction). Néanmoins, une consultation périodique de la plateforme SIMAP lui permettrait déjà de distinguer les chantiers potentiellement

Evidemment, un canton qui n'aurait pas encore adhéré au nouvel AIMP 2019 pourrait conserver cette possibilité. Elle ne deviendrait problématique que du moment où l'AIMP 2019 entrerait en vigueur.

problématiques vu qu'elle a accès aux montants des offres ayant emporté les marchés de construction adjugés par les divers pouvoirs adjudicateurs.

36. Enfin, il sied de relever que, de manière générale, la crédibilité du montant des offres – circonstance qui est à même de faire suspecter de potentiels abus au stade de l'exécution des travaux – doit déjà être appréciée par les pouvoirs adjudicateurs lesquels sont tenus, en vertu de l'art. 41 RMP, d'analyser de manière consciencieuse et circonstanciée les prix proposés par les participants et sont tenus de demander des explications et des justifications à ceux dont l'offre paraît anormalement basse, ce qui est le cas si elle se situe plus de 30% en-dessous du prix moyen des offres rentrées²⁶. Si un soumissionnaire ne parvient pas à justifier ses prix, alors son offre est exclue d'office par le pouvoir adjudicateur (art. 42 al. 1 let. e RMP).
37. Ce contrôle, même s'il ne permet pas d'éviter toute situation d'abus – l'histoire récente le confirme hélas –, doit néanmoins permettre de minimiser les risques contre lesquels la FMB entend lutter et pour lesquels elle demande aux pouvoirs adjudicateurs la communication des procès-verbaux d'ouverture des offres dans les marchés de construction.
38. On pourrait donc retenir à ce stade du raisonnement que la législation sur les marchés publics aménage des garde-fous qui sont ont suffisants si bien qu'il n'est pas encore nécessaire de transmettre les procès-verbaux d'ouverture des offres à la FMB. C'est en premier lieu aux pouvoir adjudicateurs qu'il appartient de vérifier si les prix proposés, spécialement par l'adjudicataire, sont cohérents et permettent d'assurer qu'il respectera la législation sur les marchés publics – et la législation en général – au stade de l'exécution du contrat.

ATA/652/2020 du 7 juillet 2020, consid. 4a ; ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019, consid. 7a.

39. En conclusion, même si elle est peut-être pertinente²⁷, la transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres à la FMB ne saurait intervenir sans base légale ou sans le consentement des soumissionnaires concernés. En cela nous rejoignons l'analyse qui est celle des SIG, des TPG et de l'AIG et pensons donc que la pratique de l'OCBA n'est pas conforme à la loi.
40. Une manière de remédier à ce constat consisterait à insérer, dans les futurs appels d'offres, une clause à teneur de laquelle les soumissionnaires consentent à ce que les procès-verbaux d'ouverture des offres soient communiqués par les pouvoirs adjudicateurs à la FMB.
41. Dans pareille occurrence, de deux choses l'une : soit les soumissionnaires ne recourent pas contre l'appel d'offres²⁸ avec la conséquence qu'ils ne sont plus admis, au stade d'un recours contre la décision d'adjudication, à s'en plaindre²⁹ soit, hypothèse inverse, un ou plusieurs soumissionnaires recour(en)t contre l'appel d'offres en faisant valoir que cette clause est contraire à l'art. 37 al. 3 RMP et au principe de confidentialité qui gouverne le droit des marchés publics et, dans ce cas, il y a de grandes chances que la Chambre administrative de la Cour de justice parvienne à la conclusion que cette disposition n'est en effet pas conforme à l'art. 38 al. 3 RMP et n'ait d'autre choix que de la censurer.
42. Cela dit, il paraît toutefois difficile d'envisager un soumissionnaire se plaindre de ce que le procès-verbal d'ouverture des offres soit communiqué à la FMB, au risque de donner l'impression qu'il ne souhaite pas que cette dernière puisse être informée

En effet, des abus ont été constatés en pratique sur des chantiers qui faisaient suite à une adjudication en procédure ouverte, ce qui signifie que le contrôle effectué par les pouvoirs adjudicateurs au stade de l'analyse des offres est nécessaire mais pas suffisant. Dès lors, l'intervention de la FMB au stade de l'exécution des travaux est indispensable.

On rappellera que l'appel d'offres est sujet à recours dans un délai de 10 jours à compter de sa publication (art. 55 let. a et 56 al. 1 RMP).

ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017, consid. 4e et les références citées.

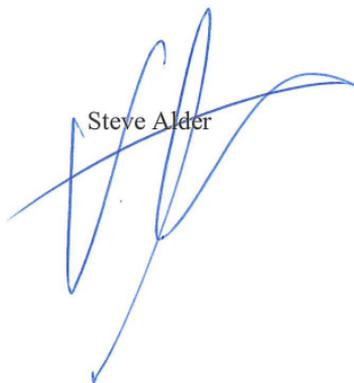
du montant de l'adjudication, avec toutes les suspicions qu'une telle attitude est susceptible d'éveiller chez le pouvoir adjudicateur.

43. Finalement, et en suivant la proposition de résolution R 1018, il serait possible de modifier l'art. 38 al. 3 RMP afin de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de transmettre à la FMB les procès-verbaux des marchés de constructions adjugés au terme d'une procédure ouverte ou sélective.
44. Selon nous, cette solution ne peut être que temporaire car, comme mentionné *supra* n°28-32, du moment où Genève aura adhéré au nouvel AIMP, l'art. 37 al. 4 AIMP 2019 empêchera les cantons de prévoir dans leur arsenal législatif une transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres à d'autres personnes que les soumissionnaires ayant pris part au marché adjugé.

E. Conclusions

45. Au terme de notre analyse, nous pouvons indiquer que la pratique actuelle de l'OCBA consistant à transmettre spontanément les procès-verbaux d'ouverture des offres des marchés de construction à la FMB nous apparaît dépourvue de base légale et, partant, illicite.
46. Une manière de "remédier" à cette illicéité pourrait consister pour les pouvoirs adjudicateurs à insérer, dans leurs futurs appels d'offres, une clause prévoyant expressément cette transmission. Néanmoins, en cas de recours direct contre une telle clause, il est à craindre qu'elle soit censurée au motif qu'aucune base légale n'habilite les pouvoirs adjudicateurs à opérer une telle transmission et que cette transmission heurte le principe de la confidentialité qui gouverne, de manière générale, le droit des marchés publics.

47. Il pourrait également être envisagé, répondant en cela à la proposition de résolution R 1018, de modifier l'art. 38 al. 4 RMP de sorte à prévoir la transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres non seulement aux soumissionnaires, mais également aux associations professionnelles.
48. Cela dit, cette solution ne peut être que transitoire car elle sera contraire à l'art. 37 al. 4 AIMP 2019 à compter du moment où le canton de Genève aura adhéré à ce nouvel accord intercantonal.



Steve Alder



Tiffany Sutter

Nom	Commission consultative sur les marchés publics	Rapports	Dpt	N°
			DT	127
Nom	Fonction	Représente	I	
M. AEGERTER Philippe	Membre	Association des communes genevoises	CE	
Mme BARSCHEL ORVILLE Adria	Membre	Ville de Genève	CE	
Mme CALPE Alicia	Membre	Direction de la centrale commune d'achats	CE	
M. FRIEDLI David	Membre	Services industriels de Genève	CE	
Mme GUEORGUIEV Carole	Membre	Office cantonal des bâtiments	CE	
M. GUILLOT Michel	Membre	Communauté genevoise d'action syndicale	CE	
M. LEUTWYLER René	Membre	Union des associations patronales genevoises	CE	
M. MASSAS Carlos	Membre	Communauté genevoise d'action syndicale	CE	
M. MICHEL Thierry	Membre	Office cantonal du génie civil	CE	
M. MORAGA Philippe	Membre	Aéroport International de Genève	CE	
M. RUFENER Nicolas	Membre	Union des associations patronales genevoises	CE	
M. SEBASTIAO INACIO José	Membre	Communauté genevoise d'action syndicale (UNIA GE)	CE	
M. STARREBERGER Daniel	Membre	Union des associations patronales genevoises	CE	
Mme STOLL Christina	Membre	Office cantonal de l'inspection et des relations du travail	CE	
M. VARONE Joël	Membre	Communauté genevoise d'action syndicale	CE	
M. ZUMBINO Carlo	Membre	Union des associations patronales genevoises	CE	



RECOMMANDE

Fédération genevoise des métiers du bâtiment (FMB)

Nicolas Rufener, Secrétaire général
Centre de formation Pont-Rouge
Rampe du Pont-Rouge 4
1213 Petit-Lancy

Contact **David Friedli**
david.friedli@sig-ge.ch

Référence DR/dfi

Genève, le **11 AVR. 2023**

Votre courrier du 2 décembre 2022

Monsieur Rufener,

Pour faire suite à votre courrier du 2 décembre 2022 et ainsi qu'à la séance du 6 mars 2023 de la Commission consultative sur les marchés publics, nous vous confirmons par la présente qu'en raison de l'absence de base légale expresse dérogeant à la procédure administrative genevoise (I) et au droit des marchés publics genevois (II) en vigueur, la transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres ne peut pas être envisagée par SIG.

I. Législation en matière de procédure administrative genevoise

Le procès-verbal d'ouverture des offres fait partie des pièces du dossier dans le cadre d'une procédure administrative régie par la loi sur la procédure administrative (LPA). Les pièces d'un dossier sont accessibles uniquement aux parties à la procédure conformément à l'article 7 LPA dont la teneur est reprise comme suit :

Art. 7 Parties

Ont qualité de partie les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision.

Or, dans le cadre d'une procédure de soumission, les décisions à prendre ne concernent pas directement les associations professionnelles, mais uniquement les soumissionnaires participant à ladite procédure. De plus, les associations professionnelles ne disposent pas d'un droit de recours contre des décisions prises dans le cadre d'une procédure de soumission.

Fort de ce constat, indépendamment des dispositions spéciales sur le droit des marchés publics, les associations professionnelles, sur la base des dispositions générales de procédure administrative, n'ont pas accès au dossier au motif qu'elles n'ont pas la qualité de partie.

II. Législation en matière de droit des marchés publics

Hormis les règles relatives à la procédure administrative, le droit des marchés publics prévoit également une réglementation relative à la confidentialité des documents, à savoir l'article XV paragraphe 1 de l'Accord international sur les marchés publics, qui a été repris dans l'Accord intercantonal sur les marchés publics applicable à Genève (AIMP) à l'article 11 lettre g, puis l'article 22 du Règlement genevois sur la passation des marchés publics (RMP) (voir extraits ci-après) :

Accord international sur les marchés publics

Article XV – Traitement des soumissions et adjudication des marchés

1. Une entité contractante recevra, ouvrira et traitera toutes les soumissions selon des procédures qui garantissent l'équité et l'impartialité du processus de passation des marchés, ainsi que la confidentialité des soumissions.

Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)

Art. 11 Principes généraux

Lors de la passation de marchés, les principes suivants doivent être respectés :

(...)

- g) traitement confidentiel des informations.

Règlement genevois sur la passation des marchés publics (RMP)

Art. 22 Confidentialité et droits d'auteur

¹ Les informations mises à disposition par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, sont traitées de façon confidentielle.

² L'autorité adjudicatrice ne peut faire usage ou transmettre à des tiers les offres écartées ou non retenues qu'avec l'accord des intéressés.

³ Les travaux et délibérations concernant l'évaluation des offres sont confidentiels.

⁴ Les soumissionnaires conservent leurs droits d'auteur sur tous les documents, pièces ou supports qu'ils transmettent à l'autorité adjudicatrice.

⁵ Dès l'adjudication, les documents élaborés par l'adjudicataire deviennent propriété de l'autorité adjudicatrice, qui peut les utiliser pour le marché considéré.

Pour comprendre le champ d'application de cette confidentialité, le Conseil fédéral s'est prononcé le 23 juin 1999 sur la question du caractère confidentiel de toutes les indications fournies par les soumissionnaires suite à une motion parlementaire n° 99-3118 intitulée « Davantage de transparence dans les marchés publics » :

« Dans le cadre de la procédure d'adjudication, toutes les indications fournies par les soumissionnaires, donc également le fait qu'une entreprise soumissionne un marché, doivent être traitées de manière confidentielle. Dans le cas des marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres, la confidentialité s'étend par ailleurs à l'ouverture des offres et au procès-verbal de l'ouverture » (...).

La position du Conseil fédéral en 1999 en matière de confidentialité était quasi-absolue car, dans la législation fédérale applicable avant le 1^{er} janvier 2021, le procès-verbal n'était pas accessible aux soumissionnaires participants ni aux tiers. Les cantons ont permis cet accès aux soumissionnaires dans leur législation spéciale sur les marchés publics et, pour Genève, l'article 38 alinéa 3 du Règlement genevois sur la passation des marchés publics prévoit l'accès au procès-verbal d'ouverture aux soumissionnaires uniquement qui en font la demande.

Au vu de ce qui précède, indépendamment de la pratique des autres maîtres d'ouvrages publics genevois dont vous faites mention dans votre courrier, la législation genevoise en matière de procédure administrative ainsi qu'en matière de marchés publics fait actuellement obstacle à l'accès par des associations professionnelles au procès-verbal

d'ouverture des offres et SIG ne peut transmettre de tels documents à des tiers sans base légale expresse.

En vous souhaitant bonne réception du présent courrier, veuillez recevoir, Monsieur Rufener, nos meilleures salutations.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D. Friedli', with a large, sweeping flourish extending to the right.

David Friedli
Directeur Droit

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Oproiu', with a large, sweeping flourish extending to the right.

René Oproiu
Juriste

Date de dépôt : 26 janvier 2024

RAPPORT DE LA MINORITÉ

Rapport de André Pfeffer

Cette résolution souhaiterait renforcer la transparence pour les marchés publics, le combat contre la sous-enchère ou la concurrence déloyale et surtout éviter des échecs tels que le chantier TPG « En Chardon ». Cet objectif est évidemment partagé par tout le monde.

Cette résolution, comme l'indique l'unique invite, demande la transmission des procès-verbaux d'ouverture des offres aux membres de la commission consultative. Cette réglementation supplémentaire est indiscutablement peu efficace et, probablement, ne résoudra pas les problèmes liés aux marchés publics.

Le scandale du chantier TPG « En Chardon » a eu lieu... malgré la transmission dudit procès-verbal !

Pour rappel, le scandale du chantier TPG « En Chardon » concernait des travaux d'électricité estimés à environ 13 millions de francs qui avaient été adjugés pour un montant de 7 millions à une entreprise qui a failli et qui avaient été exécutés, pour finir, pour un montant de 25 millions !

A ce sujet, M. L'Hôte, président de la FMB a expliqué, en tant que membre de la commission consultative, que la FMB avait obtenu le PV d'ouverture pour ce chantier et, il est vrai, avait signalé un éventuel problème. Cela signifie qu'avec ou sans cette résolution RIEN N'AURAIT CHANGÉ !

Les éventuelles remarques de la commission consultative ne sont pas contraignantes !

Les membres de la commission consultative, issus d'instituts de droit public ou du partenariat social, n'ont ni la fonction, ni la compétence, ni les outils adéquats pour évaluer et chiffrer une adjudication souvent complexe !

Est-ce qu'il est nécessaire de solliciter ce « 3^e organe » de contrôle ?

Pour un marché public, il y a les intervenants suivants :

1. le maître de l'ouvrage, soit le département ou service public assisté par l'office des bâtiments, l'OCIRT, etc. ;

2. l'autorité adjudicatrice... en principe sélectionnée en fonction de ses compétences et de son professionnalisme (!) ;
3. ladite... commission consultative dont les membres proviennent du partenariat social, des instituts de droit public, ainsi que de l'office cantonal des bâtiments, la centrale commune d'achats, l'office cantonal du génie civil et l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (annexe 1 : liste des membres de cette commission).

Il est aussi surprenant que les membres « professionnels » de la commission consultative, respectivement de l'office cantonal des bâtiments, la centrale commune d'achats, l'office cantonal du génie civil et l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, soient déjà impliqués dans l'établissement de l'offre public (cahier des charges, techniques et autres).

Dans tous les cas, ce procès-verbal d'ouverture d'offres contient uniquement les éléments suivants :

1. le nom des personnes présentes ;
2. le nom des soumissionnaires + les dates de réception ;
3. les prix des offres... point (annexe 2).

M. Brunier, directeur des SIG, a indiqué que, pour les entreprises problématiques, les régies publiques reçoivent une fiche de l'OCIRT qui indique si l'entreprise respecte les usages de la branche, et n'a pas de contentieux. Il n'y a plus de problèmes tels que l'affaire du chantier TPG « En Chardon ».

Il rappelle qu'historiquement, il existait la pratique des PV d'ouvertures d'offres publiques qui avait été abolie avec l'AIMP (Accord intercantonal sur les marchés publics) et les restrictions internationales.

Les SIG ont procédé à une analyse pour savoir s'il serait possible de soumettre les protocoles d'ouverture, mais la réponse a été négative !

Cette résolution propose d'alourdir la réglementation avec une mesurette !

Pour combattre le fléau qu'est le travail au noir, les collaborateurs sans titre de séjour et la pratique d'engager « au gris » à temps partiel très faible (employé payant les cotisations et assurances, mais sans l'autorisation de travail), il faudrait utiliser des outils adéquats !

La mesure efficace reste le contrôle systématique des titres de séjour.

Cette résolution est un règlement supplémentaire et inefficace. Je recommande de la refuser.

Règlement sur la passation des marchés publics (RMP)

Art. 59 – Commission consultative

¹ Il est institué une commission consultative chargée de traiter des thématiques liées à l'application du droit des marchés publics dans les domaines des fournitures, des services et de la construction. Elle constitue une plateforme d'échange en la matière et formule toute proposition utile à l'attention du Conseil d'Etat.

² **La commission se compose :**

- a) de **4 membres proposés par les services concernés de l'Etat**, à savoir
les représentants des principales autorités adjudicatrices, respectivement
de l'autorité de contrôle des conditions de travail :
 - 1° l'office cantonal des bâtiments,
 - 2° la centrale commune d'achats,
 - 3° l'office cantonal du génie civil,
 - 4° l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail ;
- b) d'un **membre proposé par la Ville de Genève** ;
- c) d'un membre proposé par l'**Association des communes genevoises** ;
- d) d'un membre proposé par l'**Aéroport international de Genève** ;
- e) d'un membre proposé par les **Services industriels de Genève** ;
- f) d'un membre proposé par les **Transports publics genevois** ;
- g) de **5 membres proposés par l'Union des associations patronales genevoises** ;
- h) de 5 membres proposés par la Communauté genevoise d'action syndicale.

³ **La commission consultative est présidée par le conseiller d'Etat** chargé du département du territoire ou par un haut fonctionnaire désigné par lui.

Règlement sur la passation des marchés publics (RMP)

Art. 38 Ouverture des offres

¹ Seules les offres parvenues dans les délais fixés dans les documents d'appel d'offres sont ouvertes.

² Dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective, **un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il contient notamment le nom des personnes présentes, le nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres.**

³ **Les soumissionnaires ont le droit, sur demande, de consulter ce procès-verbal.**