



*Date: 23 janvier 2025*

---

**Avant-projet de loi d'adhésion et d'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019**

Rapport sur les résultats de la procédure de consultation

---

## Table des matières

1. Contexte
2. Élaboration de l'avant-projet de loi
3. Déroulement de la procédure de consultation
4. Résultats de la procédure de consultation
  - 4.1 Les participants
  - 4.2 Remarques générales
  - 4.3 Avis, analyse, décision
5. Texte du projet de loi à l'issue de la consultation

## 1. Contexte

Un nouvel accord intercantonal sur les marchés publics a été adopté par les cantons le 15 novembre 2019 (AIMP<sub>2019</sub>). Cet accord vise à transposer, de manière harmonisée avec la législation fédérale, les dispositions contraignantes pour la Suisse découlant de la révision en 2012 de l'accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP).

Il incombe dorénavant à chaque canton d'entreprendre la procédure d'adhésion à cette nouvelle version de l'AIMP<sub>2019</sub>. À Genève, en vertu de l'art. 93 de la constitution (Cst-GE), la ratification d'un accord intercantonal requiert l'autorisation du Grand Conseil.

L'avant-projet de loi mis en consultation a ainsi pour objectif de permettre au canton de Genève d'adhérer à l'AIMP<sub>2019</sub> et d'intégrer dans la législation genevoise les dispositions nécessaires à sa mise en œuvre. Cet accord étant important, il doit faire l'objet d'une consultation auprès des communes, des partis politiques et des milieux représentatifs (art. 110 Cst-GE).

## 2. Élaboration de l'avant-projet de loi

Le Conseil d'Etat a confié à un groupe de travail interdépartemental, composé de spécialistes et de praticiens de la matière, l'élaboration d'un avant-projet de loi visant une refonte complète de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997 (L-AIMP – L 6 05.0). Cette refonte doit tenir compte des exigences de l'AIMP<sub>2019</sub>, beaucoup plus exhaustif que la version précédente, tout en exploitant au maximum les possibilités pour le canton de maintenir les spécificités des procédures genevoises d'adjudications publiques.

Le 20 mars 2024, le Conseil d'Etat a validé le contenu de l'avant-projet de loi (ci-après : l'AVPL) et a décidé d'ouvrir la procédure de consultation.

## 3. Déroulement de la procédure de consultation

Conformément aux nouvelles pratiques en la matière, la procédure de consultation a fait l'objet d'un avis public sur le site <https://www.ge.ch/consultations-cantonales-federales>. Tous les documents utiles étaient librement accessibles. Les associations professionnelles, les syndicats, les partis politiques, les principales autorités adjudicatrices du canton et les communes ont été personnellement invités à se déterminer.

La procédure de consultation s'est déroulée du 12 avril au 17 juin 2024. A la demande de certaines entités consultées, quelques prolongations de délai ont été accordées pour le retour des prises de position.

## 4. Résultats de la procédure de consultation

### 4.1 Les participants

A l'issue du délai de participation, 19 entités ont répondu à la consultation, à savoir :

Pouvoir judiciaire (PJ)  
Cour des comptes (CdC)

---

Université de Genève (UNIGE)  
Hôpitaux universitaires de Genève (HUG)  
Genève Aéroport (AIG)  
Services industriels de Genève (SIG)  
Transports publics genevois (TPG)  
Haute école spécialisée de Suisse occidentale (HES-SO)  
Hospice général (HG)  
Fondations immobilières de droit public (FIDP)  
Fondations communales immobilières (FICL)  
Fondation Praille-Acacias-Vernets (FPAV)  
Association des communes genevoises (ACG)  
Partis politiques : Les Verts, Le Centre  
Fédération des entreprises romandes (FER)  
Fédération des associations d'architectes et d'ingénieurs de Genève (FAI)  
Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA)  
Fédération genevoise des métiers du bâtiment (FMB)

#### 4.2 Remarques générales

Globalement, le projet a été bien accueilli, certaines entités l'ont même soutenu sans aucune remarque. Les remarques purement formelles ne sont pas reportées dans le présent rapport.

L'adhésion de Genève à l'AIMP<sub>2019</sub> n'est pas remise en cause, sauf par l'AIG, les TPG et les SIG qui suggèrent, soit une adhésion partielle, soit l'adoption d'une législation cantonale autonome, au motif que le délai de recours prévu par l'art. 56 AIMP<sub>2019</sub> (20 jours) serait trop long.

L'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), dépositaire de l'accord, s'est plusieurs fois prononcée contre la possibilité pour les cantons d'adhérer partiellement à l'AIMP<sub>2019</sub>. Quant à l'adoption d'une législation autonome, qui consiste pour un canton à ne pas adhérer, mais à reprendre dans sa législation les dispositions de l'accord (à l'exclusion de celles qui ne lui conviennent pas), il s'agit de la solution retenue par le canton de Berne. Elle soulève plusieurs incertitudes juridiques et contrevient à la volonté des cantons d'harmoniser leurs législations.

Par ailleurs, l'allongement du délai de recours contre les décisions d'adjudication de 10 à 20 jours ne présente pas des inconvénients suffisants pour remettre en cause l'adhésion de Genève à l'AIMP<sub>2019</sub>. Outre l'adaptation de sa planification, l'une des possibilités pour l'adjudicateur permettant de minimiser l'impact de l'allongement du délai de recours, serait de notifier ses décisions par courrier A+ plutôt que par courrier recommandé. En recourant à la communication des décisions par le courrier A+, l'adjudicateur évite les 7 jours de délai de garde prévalant avec le courrier recommandé et peut donc conclure le contrat dès le 21<sup>ème</sup> jour. Il est également souligné que l'art. 51 al.1 AIMP<sub>2019</sub> stipule que l'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires soit par publication, soit par notification individuelle. Ainsi, l'adjudicateur peut également notifier par voie de publication, le délai de recours débutant alors le lendemain de la publication.

On peut même considérer l'allongement du délai de recours comme un avantage de disposer de plus de temps pour recevoir les soumissionnaires évincés et leur transmettre les compléments d'informations leur permettant de comprendre le bien-fondé de la décision et de renoncer à interjeter un recours.

#### 4.3 Avis, analyse, décision

##### **Art. 1 Objet**

Répondant à une suggestion d'**UNIGE**, l'art. 1 AVPL définissant l'objet de la loi a été complété pour indiquer que la loi contient également des dispositions complémentaires dans les domaines où l'accord n'est pas exhaustif.

##### **Art. 2 Adhésion à l'accord**

Cette disposition a fait l'objet d'une remarque de la part des **TPG**, des **SIG** et de l'**AIG** suggérant une adhésion partielle à l'accord, qui a été traitée ci-dessus au point 4.2.

##### **Art. 3 Exceptions**

Le groupe de travail n'a pas retenu la proposition d'**UNIGE** d'exempter les institutions de prévoyance publiques uniquement pour les marchés qui dépendent de la gestion de leur patrimoine financier. En effet, l'art. 10 let. g AIMP<sub>2019</sub> permet une exclusion complète des institutions de prévoyance publiques du champ d'application du droit des marchés publics, et cela répond à une demande expresse de ces dernières.

Les **FICL** ont demandé de bénéficier de la même exception que les FIDP. Elles sont soutenues dans cette demande par la **Ville de Genève**, **Le Centre** et l'**ACG**. Les motifs justifiant l'exemption des FIDP étant également valables pour les fondations communales, il a été décidé de supprimer la référence à l'art. 14A de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977 (LGL).

##### **Art. 4 Respect des dispositions relatives au droit du travail**

Cette disposition a suscité de nombreux commentaires puisqu'elle atténue l'obligation, pour les entreprises hors canton, de respecter les conditions de travail en vigueur à Genève, pour le personnel appeler à travailler sur le territoire genevois.

L'obligation de respecter les conditions de travail en vigueur à Genève formulée actuellement à l'art. 32 du règlement sur la passation des marchés publics (RMP – L 6 05.01) contrevient au principe de la liberté d'accès au marché, énoncé aux articles 2 et suivants de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI - RS 943.02).

L'AVPL propose donc de maintenir l'obligation de respecter les conditions de travail usuelles à Genève si elles n'ont pas d'équivalent au siège ou à l'établissement du prestataire en Suisse. L'art. 3 al. 1 et 2 LMI permet en effet de déroger au principe de l'obligation de respecter les conditions de travail applicables au siège pour sauvegarder des intérêts publics prépondérants et si

la protection de ces intérêts n'est pas déjà assurée par les prescriptions du lieu du siège.

Pour les raisons évoquées ci-dessus, la demande de **Les Verts** et de la **SIA** de revenir à une obligation de respect des conditions de travail au lieu d'exécution dans tous les cas n'a pas pu être retenue.

Par contre, la proposition de la **FER** et de la **FMB** de rendre obligatoire, au minimum, les dispositions des conventions collectives de travail (CCT) déclarées de force obligatoire, des contrats-types de travail (CTT) et le salaire minimum genevois a été analysée.

Plusieurs séances de travail, en présence de l'OCIRT et des partenaires sociaux ont été organisées à cet effet.

Finalement l'art. 4 de l'AVPL a été complété par un nouvel alinéa 3 qui exclut la condition de l'équivalence pour des conditions de travail qui seraient moins favorables que celles prévues par la convention collective de travail de force obligatoire ou le contrat-type de travail, en vigueur à Genève dans le secteur d'activités concerné. En effet, une convention collective est déclarée de force obligatoire lorsque l'on constate, dans une branche économique ou une profession, une situation de sous-enchère abusive et répétée (art. 1a de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail<sup>1</sup>). Il en va de même pour l'adoption d'un contrat type de travail (art. 360a CO). L'existence d'une convention collective de travail étendue ou d'un contrat-type de travail démontre donc la présence avérée du risque de dumping social. Or, la protection contre le dumping social constitue un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 3 LMI.

Par ailleurs, le canton de Genève ayant instauré un salaire minimum, le respect de ce dernier doit également être imposé dans les marchés publics, ce que prévoit également le nouvel alinéa 3 de l'article 4. Cet amendement répond à une remarque formulée par **le Centre** dans sa prise de position.

L'ancien alinéa 3, devenu le nouvel alinéa 4, de cette disposition a également été modifié à la demande des associations professionnelles. Il ne vise plus le Conseil de surveillance du marché de l'emploi (CSME), mais la commission tripartite cantonale instituée au sens de l'art. 7 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et au contrôle des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, du 8 octobre 1999<sup>2</sup>. Cette commission pourra définir d'autres conditions minimales de travail à respecter impérativement, lorsque leur application répond à un intérêt public prépondérant, notamment la lutte contre la sous-enchère salariale.

L'**ACG** ainsi que d'autres autorités adjudicatrices se sont inquiétées du contrôle du respect, par les soumissionnaires, des obligations en matière de conditions de travail. Cette question fait l'objet de l'art. 6 AVPL et les modalités de contrôle seront précisées dans les dispositions d'exécution.

---

<sup>1</sup> RS 221.215.311

<sup>2</sup> RS 823.20

L'article 4 a également été complété d'un alinéa 6 qui exposera les contrevenants à cette disposition aux mesures et sanctions prévues à l'art. 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004 (LIRT – J 1 05).

### **Art. 5 Développement durable et respect des dispositions relatives au droit de l'environnement**

**Les Verts** souhaitent que la législation genevoise soit plus ambitieuse en matière de développement durable. Ils demandent :

- 1) que chaque marché public cantonal, dans sa conception, dans sa réalisation et dans son exploitation, soit conforme aux objectifs plan climat cantonal (PCC);
- 2) que la loi genevoise s'inspire de la législation valaisanne et propose un outil de calcul du bilan carbone pour différencier les offres en fonction de leur impact climatique;
- 3) que la loi genevoise s'inspire également de la législation fribourgeoise et introduise un système de labels environnementaux ou écolabels, ainsi qu'un monitoring de la durabilité des achats.

La loi d'adhésion et d'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics est destinée à régir la passation des marchés publics de l'ensemble des autorités adjudicatrices assujetties à l'AIMP. Or, le PCC ne déploie pas d'effet contraignant pour toutes les autorités adjudicatrices. Il n'apparaît donc pas possible de donner suite ici à la première demande de Les Verts.

En ce qui concerne l'évaluation des offres en fonction de leur impact climatique, on notera que l'AIMP<sub>2019</sub> prévoit dorénavant la possibilité de prendre en considération des critères d'adjudication tels que le *développement durable* et les *coûts du cycle de vie* (art. 29 al. 1 AIMP<sub>2019</sub>). Par ailleurs, *l'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou protéger l'environnement* (art. 30 al. 4 AIMP<sub>2019</sub>). C'est donc par la mise en œuvre de ces dispositions que les autorités adjudicatrices pourront départager les offres selon leur impact carbone. Un outil de calcul de bilan carbone n'est qu'une des mesures permettant d'atteindre l'objectif poursuivi et il semble réducteur de s'en tenir à cet outil. Il n'est d'ailleurs pas pertinent pour la plupart des marchés de services. Quant aux marchés de construction, l'indication de spécifications techniques contraignantes dans le cahier des charges est bien plus efficace pour garantir la durabilité des marchés.

Pour renforcer les exigences légales en matière de développement durable, le groupe de travail propose donc de rédiger l'art. 5 al. 1 de la sorte :

*<sup>1</sup> L'adjudicateur intègre le développement durable dans la mise en œuvre de ses appels d'offres, que ce soit au stade de la conception du projet, de l'établissement du cahier des charges ou de l'évaluation des offres.*

Quant à l'usage des labels environnementaux ou écolabels, une disposition ad hoc pourra être introduite dans le règlement d'exécution, mais il ne se justifie pas de citer une telle mesure d'exécution au niveau de la loi.

Finalement, la demande concernant l'introduction d'un monitoring de la durabilité relève de la loi sur l'action publique en vue d'un développement durable (Agenda 21) et non de la législation sur les marchés publics.

L'**AIG**, les **TPG** et les **SIG** demandent la suppression des alinéas 3 et 4, au motif que les adjudicateurs n'ont pas compétence pour faire ces contrôles.

Les cantons ne peuvent pas se soustraire aux exigences de l'AIMP<sub>2019</sub>. Ils doivent donc mettre en œuvre l'art. 12 al. 3 AIMP<sub>2019</sub> qui impose le respect, par les soumissionnaires, des prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation. L'art. 5 al. 3 et 4 AVPL ne fait que rappeler cette obligation. L'art. 6 al. 2 AVPL prévoit que le contrôle du respect des dispositions relatives au droit de l'environnement incombe au département chargé de la protection de l'environnement. La demande de l'**AIG**, des **TPG** et des **SIG** n'a donc pas été retenue.

La **FER**, la **SIA** et la **FMB** souhaitent que les critères liés au développement durable soient évalués *en lien avec la prestation*. La **FER** demande même que le respect des dispositions relatives au droit de l'environnement soit exigé spécifiquement *dans le cadre de l'exécution de la prestation*.

Ces amendements restreignent considérablement la portée de la disposition. Ils excluent l'exigence par l'adjudicateur d'écolabels et pourraient conduire une collectivité publique à attribuer un marché à une entreprise qui ne respecte pas le droit de l'environnement sur un autre marché. Cela contreviendrait d'ailleurs à l'art. 12 al. 3 AIMP<sub>2019</sub> qui ne contient pas cette limitation.

Exiger que les critères liés au développement durable soient évalués *en lien avec la prestation* empêche également la prise en compte des critères liés à l'emploi et du critère de la formation professionnelle, ce qui n'est pas souhaitable.

Le groupe de travail considère que la notion de *critères pertinents* est préférable et suffisante pour exclure l'usage d'exigences complètement insolites. Il propose néanmoins une reformulation de l'alinéa 2 en ces termes :

*<sup>2</sup> Il peut prévoir des critères et des spécifications techniques pertinents portant sur les aspects environnementaux, sociaux et économiques du développement durable.*

L'ajout de l'aspect *économique du développement durable* répond à une demande de la **FMB**.

**Le Centre** souhaite que la loi impose l'usage du critère de la formation des apprentis. Une telle exigence ne serait pas compatible avec l'art. 29 al. 2 AIMP<sub>2019</sub> qui n'autorise l'usage du critère de la formation professionnelle initiale que pour les marchés non soumis aux traités internationaux, en application des principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires. Par ailleurs, certains marchés s'adressent à des fournisseurs actifs dans des secteurs qui ne connaissent pas la formation duale.

## **Art. 6 Contrôle des dispositions relatives au droit du travail et au droit de l'environnement**

**Les Verts** suggèrent de préciser que le droit de l'environnement englobe aussi le climat. Une telle précision pourrait trouver sa place dans le règlement.

**L'AIG**, les **TPG** et les **SIG** demandent la suppression de l'art. 6. Ceci semble contradictoire avec leurs remarques concernant l'impossibilité pour les adjudicateurs de contrôler le respect de l'art. 12 AIMP<sub>2019</sub>. Il importe que les services compétents procèdent aux contrôles qui relèvent de leur sphère d'activité.

Subsidiairement, **l'AIG**, les **TPG** et les **SIG** voudraient une "liste noire" des soumissionnaires ne se conformant pas au droit de l'environnement et au droit du travail. Une liste des entreprises en infraction (sanctionnées selon les articles 45 LIRT, 9 LDe<sup>3</sup> ou 13 LTN<sup>4</sup>) existe d'ores et déjà. Cette liste est publique, elle est publiée et mise à jour et publiée régulièrement par l'OCIRT. La pratique définira s'il est nécessaire d'établir une liste similaire pour les infractions au droit de l'environnement.

**UNIGE** veut des précisions sur les modalités de contrôle, en ajoutant que les risques de retard ou d'interruption de la procédure doivent être évités. Ces précisions pourront être données le cas échéant dans le règlement.

## **Art. 7 Procédure sur invitation**

**L'ACG** trouve que l'art. 7 AVPL apporte une confusion par rapport à l'art. 20 AIMP<sub>2019</sub> qui fixe déjà les règles applicables en procédure sur invitation. Elle demande la suppression de l'art. 7.

L'art. 20 AIMP<sub>2019</sub> est lacunaire. Il ne traite que des seuils applicables et de la manière d'inviter les soumissionnaires. L'art. 7 AVPL a pour but de le compléter sur des sujets comme les critères, l'examen et l'évaluation des offres, la décision d'adjudication etc... Il a donc toute son utilité et sera maintenu.

## **Art. 8 Attestations et moyens de preuve**

**Les Verts** souhaitent ajouter, dans cette disposition, l'obligation pour les soumissionnaires de présenter les documents requis par les organes de contrôle des commissions paritaires et des assurances sociales. Ces organes peuvent toutefois déjà obtenir de la part des soumissionnaires les documents nécessaires pour effectuer leurs contrôles sur la base des dispositions légales et réglementaires qui les instaurent. L'ajout demandé n'est donc pas opportun.

---

<sup>3</sup> Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 – RS 823.20

<sup>4</sup> Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 – RS 822.41

**L'AIG**, les **TPG** et les **SIG** formulent plusieurs remarques et propositions concernant cette disposition.

Ils demandent tout d'abord à ce qu'au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire et les sous-traitants remplissent une simple déclaration selon laquelle ils satisfont aux conditions de participation. Ce n'est qu'après l'analyse des offres que le soumissionnaire pressenti et ses sous-traitants devraient transmettre les attestations nécessaires à la vérification du respect des conditions de travail.

Le groupe de travail relève que le système consistant à demander toutes les attestations tant pour les soumissionnaires que leurs éventuels sous-traitants a fait ses preuves. Ce système implique que le soumissionnaire qui veut participer à un marché soit déjà en règle, tout comme ses sous-traitants, ce qui a un effet incitatif. Le soumissionnaire ne pourra pas se mettre en conformité uniquement si le marché lui est adjugé. Le groupe de travail propose donc de ne pas donner suite à cette proposition.

**L'AIG**, les **TPG** et les **SIG** demandent ensuite que les documents nécessaires à la vérification du respect des conditions de participation soient remis uniquement par les soumissionnaires et les sous-traitants, et non également par "tout intervenant dans l'exécution du marché" comme prévu par l'art. 8 al. 2 AVPL.

Le groupe de travail considère que la suppression proposée est opportune. Conformément à l'art. 4 al. 4 AVPL, les autres intervenants dans l'exécution du marché, notamment les sociétés pratiquant la location de services, doivent respecter les dispositions relatives au droit du travail. Il paraît excessif de leur demander également la production de toutes les attestations requises par l'adjudicateur, ce d'autant plus que ces intervenants sont souvent connus après l'adjudication. Le groupe de travail propose donc la reformulation suivante de l'art. 8 al. 1:

*<sup>1</sup> Les soumissionnaires doivent transmettre à l'adjudicateur, tant pour eux-mêmes que pour leurs sous-traitants, tous les documents nécessaires à la vérification du respect des conditions de participation applicables.*

**L'AIG**, les **TPG** et les **SIG** proposent également la mise en place d'une plateforme informatique permettant de centraliser les attestations dont la remise est exigée dans le cadre des marchés publics. La mise en place et l'utilisation d'une telle plateforme nécessite une base légale.

Le groupe de travail juge opportun de permettre aux adjudicateurs qui le souhaitent d'utiliser une plateforme qu'ils auraient mise en place pour le contrôle des attestations. Il propose de compléter l'art. 8 AVPL avec l'alinéa suivant:

*<sup>4</sup> L'adjudicateur peut autoriser les soumissionnaires et leurs sous-traitants à lui transmettre tous les documents nécessaires à la vérification du respect des conditions de participation applicables au moyen d'une plateforme informatique.*

Une prolongation de la durée de validité des attestations est par ailleurs demandée par **L'AIG**, les **TPG** et les **SIG** qui proposent également que cette

durée soit fixée par le Conseil d'Etat. La durée de validité des attestations est fixée par l'organisme qui les émet. Ces attestations ont en général une durée de validité de 3 mois au motif notamment que les cotisations sociales sont payées chaque 3 mois. Le groupe de travail suggère dès lors de ne pas donner suite à cette proposition.

L'**AIG**, les **TPG** et les **SIG** souhaitent l'ajout d'un nouvel alinéa permettant aux adjudicateurs d'échanger "toutes informations" concernant les soumissionnaires afin de limiter la charge administrative. Le groupe de travail considère qu'une telle manière de procéder causerait des problèmes en matière de protection des données, de confidentialité des offres et ouvrirait la porte à des abus. Il propose de ne pas compléter la disposition dans le sens demandé.

Enfin, l'**AIG**, les **TPG** et les **SIG** proposent de prévoir que si un soumissionnaire se voit adjuger un marché en procédure ouverte ou sur invitation par un adjudicateur genevois, il soit dispensé de produire les attestations pour toutes les procédures de gré à gré durant 12 mois.

Une telle proposition est contraire à l'art. 26 al. 1 AIMP<sub>2019</sub> selon lequel l'adjudicateur doit s'assurer que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation pour chaque marché, y compris de gré à gré. L'ajout proposé ne sera donc pas intégré.

## **Art. 9 Sous-traitance**

L'**AIG**, les **TPG** et les **SIG** demandent que les sous-traitants soient mentionnés dans l'offre uniquement si ceux-ci sont connus au moment du dépôt de l'offre. Le groupe de travail considère que l'évaluation de l'offre nécessite que tous les sous-traitants soient connus. Le soumissionnaire dispose de la possibilité de mentionner plusieurs éventuels sous-traitants s'il n'a pas encore choisi définitivement son sous-traitant au moment du dépôt de l'offre. Le groupe de travail considère toutefois que l'art. 9 al. 3 AVPL pourrait être modifié de manière à permettre à un soumissionnaire, en cas de justes motifs, de faire appel à un sous-traitant qui n'avait pas été annoncé dans son offre. Il propose la formulation suivante:

*<sup>3</sup> Tout changement dans la sous-traitance doit reposer sur de justes motifs, être annoncé par écrit à l'adjudicateur et être approuvé par ce dernier. L'exécution des prestations par le sous-traitant est suspendue jusqu'à réception de l'approbation de l'adjudicateur.*

En ce qui concerne les changements de sous-traitants, la **Ville de Genève** estime qu'il est trop restrictif de les autoriser uniquement pour justes motifs. Elle considère que le seul accord du maître d'ouvrage serait suffisant.

Il convient de relever que les offres des soumissionnaires sont évaluées en fonction de leur contenu et de leur qualité, y compris en ce qui concerne les sous-traitants. Un changement de sous-traitants équivaut à une modification de l'offre, laquelle est en principe intangible. Des justes motifs sont ainsi nécessaires pour déroger au principe d'intangibilité de l'offre et permettre un changement de sous-traitant par rapport à ce que le soumissionnaire avait indiqué dans son offre.

**Les Verts** suggèrent de restreindre davantage la possibilité de recourir à la sous-traitance de deuxième degré, en explicitant qu'elle est interdite et qu'elle ne peut être autorisée qu'à titre exceptionnel par l'adjudicateur. Le groupe de travail relève qu'il doit effectivement être précisé que la sous-traitance de deuxième degré nécessite d'être formellement approuvée par l'adjudicateur. Il propose de reformuler l'art. 9 al. 4 de la manière suivante:

*<sup>4</sup> La sous-traitance au deuxième degré est interdite, sauf si elle est autorisée par l'adjudicateur pour des raisons techniques ou organisationnelles. Le soumissionnaire doit s'assurer du respect de cette interdiction par ses sous-traitants lors du dépôt de l'offre, de la conclusion du contrat et pendant l'exécution des prestations sous-traitées.*

En revanche, le groupe de travail propose que la sous-traitance de deuxième degré puisse uniquement être autorisée si elle est justifiée pour des raisons techniques ou organisationnelles, sans l'usage du terme "notamment" comme le suggèrent **Les Verts** et **UNIGE**. Ces notions sont en effet suffisamment larges pour couvrir tous les cas de figures justifiant de faire appel à de la sous-traitance de deuxième degré.

La **SIA** estime que, de manière générale, pour les appels d'offres concernant des mandataires, les postes clés ou d'encadrement ne devraient pas pouvoir être sous-traités. La sous-traitance devrait être autorisée uniquement pour les prestations de moindre importance ou pour les spécialistes.

Chaque adjudicateur est libre de limiter voire d'exclure la sous-traitance selon les spécificités du marché, en fonction du cahier des charges. Le groupe de travail estime dès lors qu'un régime spécifique pour les mandataires n'a pas à figurer dans la loi.

## **Art. 10 Main-d'œuvre temporaire**

**Les Verts** proposent que le nombre de travailleuses et travailleurs temporaires ne dépasse pas 10%.

Le groupe de travail relève que la limite de 20% définie à l'art. 10 al. 2 let. e AVPL correspond à celle fixée actuellement à l'art. 4 al. 6 L-AIMP. Cette limite a été validée par la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève dans un arrêt du 16 février 2023 (ACST/3/2023). Saisie d'un recours, cette dernière a jugé la limite de 20% proportionnée et adéquate. Le groupe de travail propose dès lors de conserver cette limite de 20%.

**L'AIG**, les **TPG** et les **SIG** exposent quant à eux que les adjudicateurs ne disposeraient pas des moyens permettant de contrôler le nombre de travailleuses et travailleurs temporaires et que cette tâche devrait incomber aux commissions paritaires.

L'art. 10 AVPL est pourtant repris à l'identique de l'art. 4 L-AIMP actuellement en vigueur et les adjudicateurs sont d'ores et déjà tenus de respecter cette disposition. En outre, si les commissions paritaires se chargent d'effectuer des

contrôles sur les chantiers, ceci n'exclut pas que l'adjudicateur doive également procéder à ses propres contrôles.

### **Art. 11 Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication pour non-respect des dispositions relatives au droit du travail**

**Les Verts** demandent de compléter l'art. 11 al. 1 let. c AVPL. Ils estiment qu'une mesure prononcée en application de l'art. 44A LIRT devrait également constituer un indice suffisant que les conditions de travail ne sont pas respectées, ce qui justifie une exclusion du marché.

Il convient de relever que l'art. 44A LIRT est une mesure provisoire qui prévoit la suspension immédiate des travaux pour une durée maximale de trois jours dans les cas de figures visés par la disposition. Or, une mesure provisoire ne devrait pas permettre de justifier l'exclusion d'un marché, précisément en raison de son caractère provisoire. Le groupe de travail propose dès lors de conserver la formulation de l'art. 11 al. 1 AVPL selon laquelle une mesure prononcée en application de l'art. 45 LIRT peut constituer un indice suffisant pour prononcer l'exclusion, cette mesure n'ayant pas un caractère provisoire.

### **Art. 12 Réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux**

**L'AIG**, les **TPG** et les **SIG** souhaitent ajouter un alinéa à l'art. 12 AVPL en prévoyant que l'art. 47 al. 2 et 4 AIMP<sub>2019</sub> concernant la réduction des délais dans les marchés soumis aux accord internationaux doit s'appliquer par analogie aux marchés non soumis aux accords internationaux.

L'art. 47 al. 2 AIMP permet de réduire le délai de remise des offres – qui est de 40 jours – de 5 jours par condition remplie lorsque (i) l'appel d'offres est publié par voie électronique (let. a), (ii) les documents d'appel d'offres sont publiés simultanément par voie électronique (let. b) et (iii) les offres transmises par voie électronique sont admises (let. c). Si ces trois conditions sont satisfaites, le délai de remise des offres pour les marchés soumis aux accords internationaux peut ainsi être réduit de 15 jours, soit de 40 à 25 jours.

Pour les marchés non soumis aux accord internationaux, le délai minimal de remise des offres est de 20 jours (art. 46 al. 4 AIMP<sub>2019</sub>). Ce délai est plus court que le délai de 25 jours qui est actuellement applicable (art. 49 al. 1 RMP). En cas d'application par analogie de l'art. 47 al. 2 AIMP<sub>2019</sub> aux marchés non soumis aux accords internationaux comme le proposent **L'AIG**, les **TPG** et les **SIG**, le délai minimal de remise des offres pourrait être réduit à 5 jours. Il va de soi qu'un tel délai ne serait pas suffisant pour la remise des offres.

En revanche, l'application par analogie de l'art. 47 al. 4 AIMP<sub>2019</sub> pour les marchés non soumis aux accords internationaux est pertinente. Cette disposition permet la réduction du délai minimal de remise des offres à 10 jours lorsque l'adjudicateur acquiert des prestations nécessaires périodiquement et qu'il a

annoncé cette réduction de délai dans un précédent appel d'offres. Le groupe de travail propose de compléter l'art. 12 AVPL avec le second alinéa suivant:

*<sup>2</sup> Les délais minimaux de remise des offres ou des demandes de participation peuvent également être réduits à 10 jours lorsque l'adjudicateur acquiert des prestations nécessaires périodiquement et qu'il a annoncé cette réduction de délai dans un précédent appel d'offres.*

La **FER** et la **SIA** suggèrent qu'à des fins de sécurité du droit, la notion "d'urgence dûment établie" permettant de réduire les délais minimaux de remise des offres soit explicitée. L'exposé des motifs sera complété sur ce point en donnant notamment des exemples.

### Art. 13 Autorité de recours

**UNIGE** propose de mentionner dans la disposition que la chambre administrative de la Cour de justice est compétente pour statuer sur les recours formés contre "les décisions prises en application de l'accord et la réglementation d'exécution", et non uniquement contre "les décisions de l'adjudicateur", afin de couvrir également les demandes en dommages-intérêts.

La référence aux "décisions de l'adjudicateur" est celle utilisé à l'art. 52 al. 1 AIMP<sub>2019</sub>. Il est en outre expressément prévu à l'art. 58 al. 3 AIMP<sub>2019</sub> que l'autorité de recours statue sur une éventuelle demande en dommages intérêts. L'ajout demandé par **UNIGE** n'est donc pas nécessaire et le groupe de travail propose de conserver la formulation de l'art. 13 AVPL, par souci d'uniformité avec l'AIMP<sub>2019</sub>.

Dans le même sens, le groupe de travail suggère de ne pas supprimer la mention selon laquelle la chambre administrative est une instance cantonale unique, comme le propose la **Cour des comptes**. Certes, une telle mention n'est pas nécessaire étant donné que le tribunal administratif de première instance dispose d'une compétence d'attribution si la loi le prévoit. Le groupe de travail propose néanmoins de conserver cette mention à titre d'information pour les soumissionnaires et par souci d'uniformité avec l'art. 52 al. 1 AIMP<sub>2019</sub> – lequel prévoit que l'autorité de recours statue en tant qu'instance cantonale unique.

### Art. 14 Objets du recours

La **SIA** propose de compléter la disposition de manière à ce qu'une voie de recours soit ouverte lorsque le soumissionnaire se plaint du fait qu'un marché a été adjugé de gré à gré alors qu'il aurait dû être mis en concurrence.

Cette possibilité existe déjà. Il s'agit de l'adjudication *de facto*, intervenue sans aucune mise en concurrence préalable. Une telle "décision" est sujette à recours et peut faire l'objet d'une annulation, sans qu'il ne soit nécessaire de le prévoir expressément dans la loi.

### Art. 15 Délai de recours

Alors que la **SIA** estime que le délai de recours de 20 jours est insuffisant, l'**AIG**, les **TPG** et les **SIG** considèrent quant à eux que ce délai est trop long. Le délai de recours de 20 jours est toutefois expressément fixé par l'art. 56 AIMP<sub>2019</sub> et ne peut pas être modifié. L'art. 15 AVPL ne fait que rappeler la règle prévue dans l'AIMP<sub>2019</sub>.

Le **Pouvoir judiciaire** expose que l'allongement du délai de recours de 10 à 20 jours pourrait augmenter le contentieux et le travail de la Cour de justice. Si l'allongement de ce délai donne certes davantage de temps pour former un recours, il permet également de faciliter l'organisation d'entretiens entre les soumissionnaires non retenus et l'adjudicateur afin de donner des éclaircissements sur l'évaluation de l'offre, soit la manière dont les notes ont été attribuées ainsi que sur les appréciations. Comme déjà mentionné ci-dessus (cf. *supra*, 4.2), ces entretiens permettent souvent de désamorcer des situations conflictuelles et d'éviter des procédures de recours. L'allongement du délai de recours n'aura donc pas nécessairement pour conséquence une augmentation du nombre de recours et pourrait même avoir l'effet inverse.

Le **Pouvoir judiciaire** propose également de remplacer le terme utilisé de "fériés judiciaires" par celui de "suspensions" utilisé dans le droit cantonal. Le groupe de travail relève que le terme de fériés judiciaires est celui utilisé à l'article 56 al. 2 AIMP<sub>2019</sub>. Il propose donc l'usage de ce terme par souci d'uniformité avec l'AIMP<sub>2019</sub>.

La **FMB** considère que contrairement à ce qui a été mentionné dans l'exposé des motifs, l'allongement du délai n'a qu'un effet marginal sur le planning des procédures de passation des marchés publics.

Il est vrai que l'allongement du délai de recours ne devrait avoir qu'un impact limité sur la planification et que des possibilités existent pour le limiter, notamment par l'utilisation du courrier A+ pour la notification des décisions, ou la notification par voie de publication. L'exposé des motifs est adapté en sens.

### Art. 16 Centre de compétences

D'une manière générale, l'institution d'un centre de compétences a été bien accueillie par la plupart des entités consultées.

**Les Verts** souhaitent modifier les alinéas 2 et 4 de cette disposition afin d'imposer au centre de compétences une obligation de dispenser des formations aux adjudicateurs genevois et définir l'objet de ces formations.

**L'ACG** formule la même remarque, elle considère que le centre répond à un besoin des adjudicateurs et souhaite que le centre de compétences assure une formation aux adjudicateurs du canton.

Il est relevé que la tâche première du centre de compétences est de répondre aux questions des adjudicateurs et de les conseiller. Ainsi, les adjudicateurs du canton trouveront auprès de ce centre, de manière permanente, une source

experte d'informations et de conseils en matière de marchés publics sur laquelle ils pourront compter et s'appuyer. Une bonne partie des connaissances des adjudicateurs seront donc complétées de cette manière.

En outre, le centre de compétences doit pouvoir disposer de la marge de manœuvre nécessaire à la réalisation de formations adéquates, en temps voulu, au vu des besoins exprimés et constatés, de sorte que l'objet des formations n'a pas à être défini dans la loi.

En conséquence, la proposition des Verts et de l'ACG ne sera pas retenue, la formulation potestative de l'article 16 AVPL sera maintenue.

**L'UNIGE** propose d'ajouter "informer" à l'alinéa 2 et de préciser à l'alinéa 4 à qui sont destinées les formations.

Cette proposition apporte un complément et permet une meilleure lecture de cette disposition, aussi le texte de l'article 16 AVPL est modifié de la manière suivante:

*<sup>2</sup> Le centre de compétences a pour mission principale de répondre aux questions générales des adjudicateurs du canton concernant l'application de la législation sur les marchés publics, de les informer et de les conseiller.*

*<sup>4</sup> Le centre de compétences peut proposer des formations aux adjudicateurs et édicter des recommandations à leur attention.*

La **Cour des comptes** propose de prévoir le rattachement du centre de compétences à la centrale commune d'achats, qui dispose déjà de compétences en matière de commande publique.

Le groupe de travail prend acte de la proposition de la Cour des comptes. Le rattachement de ce centre de compétences relève de l'organisation interne de l'Etat et sera décidé ultérieurement par le Conseil d'Etat.

**La FMB** salue la création d'un centre de compétences en matière de marchés publics, il s'agit d'une évolution souhaitée de longue date. Elle attire l'attention sur le fait que les recommandations de ce dernier devront être en phase avec les guides et autres recommandations fédérales et intercantonales, ce qui sera bien sûr le cas.

**La FMB** souhaite en outre que le réseau d'experts comprenne des experts issus des associations professionnelles.

Concernant cette disposition le message précise: "*Le centre de compétences sera constitué d'un secrétariat et d'un réseau d'experts de l'administration cantonale, actifs dans l'application de la législation sur les marchés publics, y compris des experts en matière de contrôle des dispositions relatives au droit du travail et de l'environnement*".

Il en ressort que les associations professionnelles ne sont pas membres du centre de compétences. Il est en outre rappelé que le centre de compétences

conseille et répond à des questions d'ordre général, il n'est pas un consultant métier dans une procédure spécifique.

Par ailleurs, les associations professionnelles sont actuellement membres de la commission consultative des marchés publics (CCMP), dans laquelle elles sont actives. Elles auront ainsi le loisir de remonter au centre de compétences, directement ou via ladite commission, toutes problématiques constatées en matière de marchés publics. Le centre de compétences pourra alors s'il y a lieu, donner une information globale aux adjudicateurs, voire édicter une recommandation.

Aussi l'article 16 AVPL ne sera pas modifié sur ce point.

### **Art. 17 Commission consultative**

**Les SIG, l'AIG et les TPG** proposent de préciser la constitution de la commission consultative des marchés publics (CCMP) dans la loi.

L'article 17 AVPL délègue au Conseil d'Etat la tâche de constituer cette commission, sa composition figurera donc dans le nouveau règlement sur les marchés publics, comme c'est le cas actuellement.

**L'ACG** quant à elle se demande, vu les prérogatives attribuées au centre de compétences d'une part et à l'autorité cantonale de surveillance d'autre part, s'il y a lieu de maintenir la commission consultative des marchés publics.

Il est rappelé que cette commission est composée des principaux adjudicateurs du canton et des partenaires sociaux, pour permettre des échanges de vues et des réflexions communes. Elle est constituée en tant que plateforme d'échanges et n'est ni un centre de compétences ni une autorité de surveillance.

On notera que l'AVPL prévoit trois instances distinctes ayant des rôles bien spécifiques. D'une part, un centre de compétences pour le conseil, l'information et la formation (art. 16), d'autre part une autorité cantonale pour la surveillance des adjudicateurs et des soumissionnaires, avec la possibilité de prononcer des sanctions spécifiques (art. 18), et enfin la commission consultative des marchés publics en tant que plateforme d'échanges entre adjudicateurs et partenaires sociaux (art. 17).

### **Art. 18 Autorité cantonale de surveillance**

**La FMB** doute de l'utilité d'une autorité cantonale de surveillance qui ne répondrait pas à un besoin. L'article 62 AIMP<sub>2019</sub> ne contraint pas les cantons à créer une telle autorité ; il existe déjà la commission de surveillance des marchés publics, la commission consultative des marchés publics et les offices tels que l'OCIRT, l'OCE. La FMB considère que l'article 18 AVPL donne des compétences excessives à cette autorité, s'apparentant à un pouvoir de police, or certains offices comme l'OCIRT peuvent déjà demander la production de pièces en cas d'infractions à la loi sur l'inspection et les relations du travail (LIRT). La FMB

propose ainsi de renoncer à cette autorité cantonale de surveillance en conservant l'actuelle commission consultative des marchés publics qui a le mérite d'inclure les partenaires sociaux.

**Le Centre** quant à lui propose de remplacer cette autorité de surveillance par une commission tripartite, car il faudrait conserver le partenariat social.

Il est souligné que l'autorité cantonale de surveillance instituée par l'article 18 AVPL exerce les obligations de surveillance cantonale imposée aux cantons par l'art. 62 AIMP<sub>2019</sub>, et celles de sanctions dans le cadre spécifique décrit à l'article 45 AIMP<sub>2019</sub>. Il en ressort que le rôle de cette autorité cantonale est différent et son périmètre plus étendu que ceux des différentes entités (commissions et offices) existant actuellement. En outre, l'autorité cantonale n'est pas une autorité générale de police, elle prononce les sanctions prévues seulement dans les cas mentionnés à l'article 45 al. 1<sup>er</sup> AIMP<sub>2019</sub>.

En matière de sanctions, l'article 45 al.1<sup>er</sup> AIMP<sub>2019</sub> permet d'infliger une amende ou d'exclure un soumissionnaire ou un sous-traitant des futurs marchés du canton pour plusieurs années. Cette dernière sanction doit être prononcée par une entité étatique, dont la désignation a finalement été revue par le groupe de travail (cf. ci-dessous).

**Le Pouvoir judiciaire** se déclare d'accord avec l'institution d'une autorité cantonale de surveillance et souligne que les décisions de cette autorité sont susceptibles d'ouvrir de nouveaux contentieux.

Les décisions de cette autorité cantonale pourront effectivement faire l'objet de recours, par devant la Chambre administrative de la Cour de justice. Néanmoins, le droit actuellement en vigueur (art. 2 al.3 L-AIMP) prévoit d'ores et déjà que le Conseil d'Etat peut prononcer l'exclusion d'un soumissionnaire des futurs marchés pendant plusieurs années. Or, cette disposition n'a pas généré un contentieux important.

**La Ville de Genève** souligne qu'aujourd'hui les adjudicateurs peuvent infliger des amendes aux soumissionnaires et ordonner le rétablissement d'une situation conforme au droit. Les adjudicateurs suivent leur procédure, l'exécution contractuelle des marchés et sont à même de déceler les violations de marchés publics. La Ville de Genève ne souhaite donc pas que les adjudicateurs perdent cette possibilité de sanctionner les soumissionnaires, venant s'ajouter à l'exclusion des offres et la révocation de l'adjudication.

L'article 45 al.1 AIMP<sub>2019</sub> prévoit que les sanctions peuvent être infligées "soit par l'adjudicateur, soit par l'autorité compétente en vertu de la loi". Ainsi, l'adjudicateur conserve la faculté de prononcer, contre le soumissionnaire et ses sous-traitants, les sanctions visées par cette disposition. D'ailleurs, le message de l'AIMP<sub>2019</sub> relatif à cette disposition précise: "*au lieu de prononcer directement une sanction directe (sic), l'adjudicateur peut également dénoncer le soumissionnaire ou le sous-traitant fautif auprès d'une autorité spéciale*", en l'occurrence l'autorité cantonale de surveillance. Selon les cas, l'adjudicateur pourra donc décider de sanctionner lui-même ou de dénoncer le cas à l'autorité de surveillance.

**L'UNIGE** considère qu'il y a un manque de visibilité quant à l'impact des tâches de l'autorité cantonale de surveillance sur la procédure de passation des marchés publics. Elle demande de préciser au minimum l'intention et de définir clairement la compétence, soit la surveillance du respect de l'accord et de la législation cantonale.

La remarque de l'UNIGE sera prise en considération et l'alinéa 2 sera modifié de la manière suivante:

<sup>2</sup> *L'autorité cantonale de surveillance exerce les tâches suivantes:*

- a) *Veiller au respect de l'accord et de la législation cantonale en matière de marchés publics par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants*

**Les SIG, l'AIG et les TPG** s'étonnent que les établissements publics autonomes ne fassent pas partie de l'autorité cantonale de surveillance. Ces entités souhaitent la création d'une autorité de surveillance indépendante rattachée à la Chancellerie, ce qui permettrait de garantir l'équité et l'impartialité vis-à-vis des divers acteurs.

**La SIA** quant à elle regrette la composition exclusivement étatique de cette autorité.

**L'ACG** se questionne sur la composition de l'autorité cantonale (uniquement de services de l'Etat) au vu de l'indépendance dont doit faire preuve cette autorité, surtout dans le prononcé des recommandations et leur suivi. Elle demande de tenir compte des capacités organisationnelles des adjudicateurs dans leur devoir de collaborer, élément éventuellement à préciser dans le cadre du règlement.

Le groupe de travail a considéré les remarques et inquiétudes concernant la composition de l'autorité cantonale de surveillance et la garantie de son impartialité, et les a estimées pertinentes. Aussi a-t-il repris ses réflexions concernant cette disposition et la position impartiale que doit avoir l'autorité cantonale de surveillance, notamment au vu des sanctions lourdes et des instructions qu'elle peut prononcer envers les soumissionnaires et les adjudicateurs.

Finalement, le groupe de travail propose que l'autorité cantonale de surveillance soit le Conseil d'Etat. Tel est déjà le cas dans d'autres cantons, par exemple dans les cantons du Valais et du Jura. Ainsi, l'article 18 AVPL est modifié de la manière suivante, une partie de la mission ayant en outre été précisée à l'alinéa 2, lettre a) comme indiqué ci-dessus :

<sup>1</sup> *Le Conseil d'Etat est l'autorité cantonale de surveillance en matière de marchés publics (ci-après: l'autorité cantonale de surveillance)*

<sup>2</sup> *L'autorité cantonale de surveillance exerce les tâches suivantes:*

- a) *Veiller au respect de l'accord et de la législation cantonale en matière de marchés publics par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants*

**Les SIG, l'AIG et les TPG** considèrent que l'alinéa 4 n'est pas conforme aux articles 320 et ss du code pénal suisse (CP). L'art. 320 ch. 2 CP prévoit que "La révélation [du secret de fonction] n'est pas punissable si elle est faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure". L'art. 321 CP sur le secret professionnel prévoit à son ch. 3 que "Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice." Cette exception n'existe pas pour le secret de fonction, il faudrait donc faire la distinction entre ces deux secrets ce d'autant plus si on vise également les adjudicateurs.

**Les HES-SO** considèrent que le secret de fonction et d'affaires ne peuvent être opposés à l'autorité de surveillance, sans autre précision.

Le groupe de travail relève que dans le cadre de sa mission de surveillance, l'autorité cantonale doit avoir accès à toutes les informations et tous les documents utiles pour mener une instruction de manière complète et objective.

Ainsi, elle doit pouvoir compter sur la collaboration des adjudicateurs, des soumissionnaires et des sous-traitants, afin de réaliser correctement les tâches imposées par sa mission. Dans ce contexte, l'art. 18 AVPL prévoit que le secret de fonction et le secret d'affaires ne peuvent pas être opposés à l'autorité de surveillance lorsqu'elle exige des informations de la part d'un adjudicateur, soumissionnaire ou sous-traitant dans le cadre de sa mission.

L'art. 320 CP traite de la violation du secret de fonction et l'art. 321 CP concerne la violation du secret professionnel. L'art. 321 CP s'applique uniquement aux professions spécifiques listées dans la disposition (ecclésiastiques, avocats, notaires, etc.). Il ne concerne pas le secret d'affaires mentionné à l'art. 18 al. 4 AVPL.

En ce qui concerne le secret de fonction, d'autres dispositions du droit cantonal prévoient déjà que celui-ci n'est pas opposable dans certaines situations. Nul ne peut ainsi opposer le secret de fonction au service d'audit interne (art. 16 al. 1 LSURV<sup>5</sup>) ou à la Cour des comptes (art. 28 LSURV). Il doit en aller de même vis-à-vis de l'autorité de surveillance.

En conséquence, le groupe de travail suggère de conserver l'art. 18 al. 4 AVPL dans sa teneur actuelle sans autre précision.

### **Art. 19 Disposition transitoire**

**L'UNIGE** propose d'établir la limite ancien/nouveau droit uniquement selon le début de la procédure. Elle propose d'une part de supprimer à l'alinéa 1<sup>er</sup> les termes "jusqu'à leur clôture", et d'autre part de supprimer à l'alinéa 3 la phrase

---

<sup>5</sup> Loi sur la surveillance de l'Etat (LSURV) – D 1 09

"la procédure d'adjudication est clôturée par le prononcé de la décision d'adjudication" de façon à englober la révocation et les dommages et intérêts.

**Le Pouvoir judiciaire** quant à lui propose de remplacer les termes "jusqu'à leur clôture" par "jusqu'à leur terme". Il propose également de reformuler l'alinéa 3 de la manière suivante :

<sup>3</sup> *Le prononcé de la décision d'adjudication clôt la procédure d'adjudication*

En lieu et place de "La procédure d'adjudication est clôturée par le prononcé de la décision d'adjudication".

Afin d'éviter des contradictions ou des confusions dans l'interprétation, le texte de l'AVPL a, autant que faire se peut, gardé la même terminologie que celle utilisée dans l'accord. Ainsi, il est souligné que les termes *jusqu'à leur clôture* sont utilisés à l'art. 64 AIMP<sub>2019</sub>. La fin de la procédure de marchés publics est marquée par la décision d'adjudication, ce qui est précisé à l'alinéa 3. Les faits réalisés postérieurement à la fin de la procédure, seront traités par l'ancien ou le nouveau droit, selon à quel moment ils se sont réalisés.

Par contre, la proposition du Pouvoir judiciaire de modifier l'alinéa 3 est acceptée.

## **Art. 20 Dispositions d'exécution**

**L'UNIGE** se déclare d'accord avec la disposition et propose de compléter l'alinéa 1 en précisant que les dispositions d'exécution peuvent porter sur l'accord et sur la loi :

<sup>1</sup> *Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution de l'accord et de la présente loi.*

Cette précision est acceptée et l'alinéa 1<sup>er</sup> sera modifié en conséquence.

## **Autres remarques générales**

**Les SIG, l'AIG et les TPG** demandent encore que l'on puisse renoncer à la production des documents nécessaires à la vérification du respect des conditions de participation pour les marchés de peu d'importance passés selon la procédure de gré-à-gré. Cette proposition semble contraire à l'art. 26 al. 1 AIMP<sub>2019</sub> qui exige que l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, sans distinction relative au type de procédure.

Les moyens de preuve qui seront exigés et les vérifications qui seront pratiquées pourront cependant être adaptés selon l'importance du marché. L'art. 26 al. 2 AIMP<sub>2019</sub> permet par exemple d'exiger une simple déclaration ou l'inscription sur une liste. Le nouvel article 8 al. 4 de la loi ouvre aussi la possibilité de créer une plateforme informatique pour les échanges d'information.

**Les SIG, l'AIG et les TPG** voudraient également que la loi prévoie un régime spécifique pour les multinationales actives dans les marchés de services et fournitures. Cette question est régie par l'article 12 al. 2 AIMP qui stipule : "Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter à l'étranger ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 3. L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants et la production des preuves correspondantes ainsi que convenir de la mise en place de contrôles".

Ils demandent aussi une base légale régissant la location de personnel. Cette demande est justifiée et une nouvelle disposition sera introduite à l'article 11 sur la base du texte figurant actuellement à l'article 35B RMP *Mise à disposition occasionnelle de travailleuses et travailleurs*.

**L'AIG et les TPG** regrettent finalement que l'art. 10 al. 2 AIMP<sub>2019</sub> n'exclue pas la procédure de marché public pour les contrats conclus entre entités publiques. L'article 10 al. 2 AIMP<sub>2019</sub> régit de manière exhaustive et en codifiant la jurisprudence, le régime des marchés in state, in house et quasi-in house. Les cantons n'ont pas la possibilité de prévoir de nouvelles exemptions. Dans chaque situation, les parties au contrat devront vérifier si les conditions d'une exemption sont remplies.

#### 5. Texte du projet de loi à l'issue de la consultation

Le texte du projet de loi à l'issue de la consultation figure ci-dessous.

Il est précisé que dans le cadre de la procédure de consultation, le groupe de travail a mené des réflexions complémentaires qui n'étaient pas directement liées aux prises de positions reçues. Il s'agit de l'ajout d'un alinéa 4 à l'article 10 et d'un nouvel article 11 intitulé *Mise à disposition occasionnelle de travailleuses et travailleurs*. Ceci explique que la numérotation des articles de l'AVPL soit différente de celle du projet de loi.

## **Projet de loi d'adhésion et d'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics**

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève  
vu l'article 93 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012,  
vu l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019,  
décrète ce qui suit :

## Chapitre I      **Objet et adhésion**

### Art. 1      **Objet**

<sup>1</sup> La présente loi a pour objet l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019, lequel s'applique à la passation de marchés publics par les adjudicateurs qui lui sont assujettis, que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux.

<sup>2</sup> La présente loi règle également les modalités d'application de l'accord sur le territoire cantonal et contient les dispositions complémentaires dans les domaines où l'accord n'est pas exhaustif.

### Art. 2      **Adhésion à l'accord**

Le Conseil d'Etat est autorisé à adhérer, au nom de la République et canton de Genève, à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (ci-après: l'accord).

## Chapitre 2      **Champ d'application (art. 4 à 10 de l'accord)**

### Art. 3      **Exceptions (art. 10 de l'accord)**

Les entités suivantes ne sont pas soumises au droit des marchés publics:

- a) la Banque cantonale de Genève;
- b) les institutions de prévoyance de droit public,
- c) les fondations immobilières de droit public.

## Chapitre 3      **Principes généraux (art. 11 à 15 de l'accord)**

### Art. 4      **Respect des dispositions relatives au droit du travail (art. 12, al. 1, de l'accord)**

<sup>1</sup> Les soumissionnaires ayant leur siège ou un établissement à Genève ou à l'étranger sont tenus de respecter, pour leur personnel intervenant sur le territoire genevois, les conditions de travail usuelles à Genève définies à l'art. 23 de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004.

<sup>2</sup> Il en va de même des autres soumissionnaires, si les conditions de travail usuelles à Genève n'ont pas d'équivalent à leur lieu de provenance.

<sup>3</sup> En raison de l'intérêt prépondérant de protection contre la sous-enchère salariale, ne sont pas équivalentes au sens de l'alinéa 2 les conditions de travail moins favorables que celles prévues par la convention collective de travail de force obligatoire ou le contrat type de travail avec des salaires minimaux impératifs, en vigueur à Genève dans le secteur d'activités concerné. Dans tous les cas, le montant du salaire minimum prévu à l'article 39K de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004 doit être respecté.

<sup>4</sup> La commission tripartite cantonale instituée au sens de l'article 7 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, du 8 octobre 1999, peut au surplus définir d'autres conditions minimales de travail à respecter impérativement lorsque leur application répond à un intérêt public prépondérant, notamment la lutte contre la sous-enchère salariale.

<sup>5</sup> Les sous-traitants ainsi que tous les intervenants dans l'exécution d'un marché public sont également tenus de respecter les exigences définies aux alinéas 1 à 3.

<sup>6</sup> Le non-respect des conditions de travail visées dans le présent article expose le contrevenant aux mesures et sanctions prévues à l'art. 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004.

### Art. 5      **Développement durable et respect des dispositions relatives au droit de l'environnement (art. 12, al. 3, de l'accord)**

<sup>1</sup> L'adjudicateur intègre le développement durable dans la mise en œuvre de ses appels d'offres, que ce soit au stade de la conception du projet, de l'établissement du cahier des charges ou de l'évaluation des offres.

<sup>2</sup> Il peut prévoir des critères et des spécifications techniques pertinents portant sur les aspects environnementaux, sociaux et économiques du développement durable.

<sup>3</sup> Les soumissionnaires sont tenus de respecter les dispositions relatives au droit de l'environnement telles que définies à l'article 12, alinéa 3, de l'accord.

<sup>4</sup> Les sous-traitants ainsi que tous les intervenants dans l'exécution d'un marché public sont également tenus de respecter les exigences définies à l'alinéa 3.

**Art. 6      Contrôle des dispositions relatives au droit du travail, et au droit de l'environnement (art. 12, al. 5 et 6, de l'accord)**

<sup>1</sup> Les organes visés à l'article 26 de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004, sont chargés de contrôler le respect des dispositions relatives au respect du droit du travail. Sont réservées les compétences du département chargé de l'égalité.

<sup>2</sup> Le contrôle du respect des dispositions relatives au droit de l'environnement incombe au département chargé de la protection de l'environnement.

<sup>3</sup> Le Conseil d'Etat détermine les modalités de collaboration entre adjudicateurs et autorités de contrôle.

**Chapitre 4      Procédure d'adjudication (art. 16 à 25 de l'accord)**

**Art. 7      Procédure sur invitation (art. 20 de l'accord)**

Les règles régissant la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception de celles relatives à la publication.

**Chapitre 5      Conditions d'adjudication (art. 26 à 34 de l'accord)**

**Section 1      Conditions de participation (art. 26 de l'accord)**

**Art. 8      Moyens de preuve et attestations**

<sup>1</sup> Les soumissionnaires doivent transmettre à l'adjudicateur, tant pour eux-mêmes que pour leurs sous-traitants, les documents nécessaires à la vérification du respect des conditions de participation applicables.

<sup>2</sup> L'adjudicateur peut demander en tout temps la production de ces documents.

<sup>3</sup> Lors de la procédure d'adjudication, l'absence de production de ces documents entraîne l'exclusion de l'offre; lors de l'exécution du marché, elle peut entraîner la révocation de l'adjudication.

<sup>4</sup> L'adjudicateur peut autoriser les soumissionnaires et leurs sous-traitants à lui transmettre tous les documents nécessaires à la vérification du respect des conditions de participation applicables au moyen d'une plateforme informatique.

**Section 2      Aptitude (art. 27 et 31 de l'accord)**

**Art. 9      Sous-traitance**

<sup>1</sup> La sous-traitance est admise à moins que l'adjudicateur ne limite ou n'exclue cette possibilité dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

<sup>2</sup> Si la sous-traitance n'est pas exclue, le soumissionnaire doit indiquer dans son offre le type et la part des prestations qui seront sous-traitées, ainsi que le nom et le domicile ou le siège de ses sous-traitants. Il doit également démontrer que ceux-ci remplissent les conditions de participation applicables en produisant, pour ses sous-traitants, les moyens de preuves et attestations nécessaires de l'article 8.

<sup>3</sup> Tout changement dans la sous-traitance doit reposer sur de justes motifs, être annoncé par écrit à l'adjudicateur et être approuvé par ce dernier. L'exécution des prestations par le sous-traitant est suspendue jusqu'à réception de l'approbation de l'adjudicateur.

<sup>4</sup> La sous-traitance au deuxième degré est interdite, sauf si elle est autorisée par l'adjudicateur pour des raisons techniques ou organisationnelles. Le soumissionnaire doit s'assurer du respect de cette interdiction par ses sous-traitants lors du dépôt de l'offre, de la conclusion du contrat et pendant l'exécution des prestations sous-traitées.

**Art. 10      Main-d'œuvre temporaire**

<sup>1</sup> Pour les marchés de construction, les soumissionnaires doivent justifier dans leur offre qu'ils disposent du nombre d'employées ou employés nécessaires à la réalisation de la prestation, tenant compte des alinéas 2 et 3.

<sup>2</sup> L'adjudicataire ne peut recourir sur un chantier à un nombre de travailleuses et travailleurs temporaires dépassant les valeurs limites suivantes :

- a) de 1 à 3 employées ou employés fixes, maximum 2 travailleuses ou travailleurs temporaires;
- b) de 4 à 6 employées ou employés fixes, maximum 3 travailleuses ou travailleurs temporaires;

- c) de 7 à 11 employées ou employés fixes, maximum 4 travailleuses ou travailleurs temporaires;
- d) de 12 à 20 employées ou employés fixes, maximum 5 travailleuses ou travailleurs temporaires;
- e) dès 21 employées ou employés fixes, maximum 20% de travailleuses ou travailleurs temporaires (arrondis à l'unité supérieure).

<sup>3</sup> Le Conseil d'Etat prévoit des exceptions pour les situations particulières.

<sup>4</sup> Lorsque l'adjudicateur constate une infraction ou lorsque l'entreprise refuse de collaborer à l'établissement des faits, l'adjudicateur ordonne de retirer immédiatement du chantier les travailleuses et travailleurs temporaires excédentaires. Selon les circonstances, il peut prononcer une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre.

#### **Art. 11 Mise à disposition occasionnelle de travailleuses et travailleurs**

<sup>1</sup> La mise à disposition occasionnelle de travailleuses et travailleurs au sens de l'article 27, alinéa 4, de l'ordonnance fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 16 janvier 1991, est admise à condition que le personnel concerné ne provienne pas d'une entreprise ayant fait l'objet d'une sanction ou d'une mesure en vigueur visée à l'article 12, alinéa 1, de la présente loi.

<sup>2</sup> Lorsque l'adjudicateur constate une infraction ou lorsque l'entreprise refuse de collaborer à l'établissement des faits, l'adjudicateur ordonne de retirer immédiatement du chantier les travailleuses et travailleurs mis à disposition. Selon les circonstances, il peut prononcer une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre.

### **Chapitre 6 Déroulement de la procédure d'adjudication (art. 35 à 45 de l'accord)**

#### **Art. 12 Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication pour non-respect des dispositions relatives au droit du travail (art. 44, al. 2, lettres f et g de l'accord)**

<sup>1</sup> Peuvent notamment constituer des indices suffisants, au sens de l'article 44, alinéa 2, lettres f et g, de l'accord:

- a) une sanction prononcée en application de l'article 13 de la loi fédérale sur le travail au noir, du 17 juin 2005,
- b) une sanction prononcée en application de l'article 9 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, du 8 octobre 1999, ou
- c) une mesure prononcée en application de l'article 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004.

<sup>2</sup> Le Conseil d'Etat détermine les modalités de communication aux adjudicateurs des décisions susmentionnées prononcées par les autorités compétentes.

### **Chapitre 7 Délais (art. 46 et 47 de l'accord)**

#### **Art. 13 Réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux (art. 46, al. 4 de l'accord)**

<sup>1</sup> En cas d'urgence dûment établie, les délais minimaux suivants sont applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux:

- a) dans la procédure ouverte, 10 jours à compter de la publication de l'appel d'offres pour la remise des offres;
- b) dans les procédures sélectives, 10 jours à compter de la publication de l'appel d'offres pour la remise des demandes de participation, 10 jours à compter de l'invitation à remettre une offre pour la remise des offres;
- c) dans les procédures sur invitation, 10 jours à compter de l'invitation à remettre une offre pour la remise des offres.

<sup>2</sup> Les délais minimaux de remise des offres ou des demandes de participation peuvent également être réduits à 10 jours lorsque l'adjudicateur acquiert des prestations nécessaires périodiquement et qu'il a annoncé cette réduction de délai dans un précédent appel d'offres.

### **Chapitre 8 Voies de droit (art. 51 à 59 de l'accord)**

#### **Art. 14 Autorité de recours (art. 52, al. 1 de l'accord)**

La chambre administrative de la Cour de justice est l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur recours, en tant qu'instance cantonale unique, contre les décisions de l'adjudicateur.

#### **Art. 15 Objets du recours (art. 53, al. 1 de l'accord)**

<sup>1</sup> Les décisions de l'adjudicateur mentionnées à l'article 53, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'accord prises dans le cadre de procédures ouvertes, sélectives ou sur invitation sont sujettes à recours.

<sup>2</sup> Sont également sujettes à recours, les décisions prises dans le cadre de la procédure de gré à gré au sens de l'article 21, alinéa 2, de l'accord.

<sup>3</sup> Aucune voie de droit n'est ouverte dans les procédures de gré à gré ordinaires visées à l'article 21, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'accord.

#### **Art. 16 Délai de recours (art. 56, al. 1 et 2 de l'accord)**

Conformément à l'article 56 de l'accord, le recours, dûment motivé, doit être déposé par écrit dans un délai de 20 jours à compter de la notification de la décision; les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

## **Chapitre 9 Instances cantonales**

#### **Art. 17 Centre de compétences**

<sup>1</sup> Un centre de compétences en matière de marchés publics est institué. Il est constitué d'un secrétariat et d'un réseau d'experts.

<sup>2</sup> Le centre de compétences a pour mission principale de répondre aux questions générales des adjudicateurs du canton concernant l'application de la législation sur les marchés publics, de les informer et de les conseiller.

<sup>3</sup> Il répond également aux questions d'ordre général des entreprises participant aux marchés genevois.

<sup>4</sup> Le centre de compétences peut proposer des formations aux adjudicateurs et édicter des recommandations à leur attention.

<sup>5</sup> Il participe aux projets législatifs en lien avec la réglementation sur les marchés publics.

#### **Art. 18 Commission consultative**

Le Conseil d'Etat nomme une commission consultative chargée de traiter des thématiques liées à l'application des dispositions relatives aux marchés publics.

#### **Art. 19 Autorité cantonale de surveillance**

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est l'autorité cantonale de surveillance en matière de marchés publics (ci-après: l'autorité cantonale de surveillance).

<sup>2</sup> L'autorité cantonale de surveillance exerce les tâches suivantes:

- b) veiller au respect de l'accord et de la législation cantonale en matière de marchés publics par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants.
- c) prononcer les sanctions, prévues à l'article 45, alinéa 1, de l'accord, notamment l'exclusion pour une durée maximale de cinq ans de tous les futurs marchés menés dans le canton;
- d) annoncer à l'autorité intercantonale pour les marchés publics ainsi qu'au centre de compétence visé à l'article 17 de la présente loi les exclusions entrées en force prononcées en vertu de l'article 45, alinéa 1, de l'accord;
- e) communiquer à la commission de la concurrence tout soupçon d'accord illicite affectant la concurrence, conformément à l'article 45, alinéa 2, de l'accord;
- f) édicter les instructions visées à l'article 45, alinéa 4, de l'accord et en assurer le respect.

<sup>3</sup> Dans le cadre de ses attributions, l'autorité cantonale de surveillance peut notamment:

- a) procéder à des auditions;
- b) faire appel à des experts;
- c) accéder aux documents et données en lien avec toute procédure de marchés publics et requérir des soumissionnaires mis en cause, respectivement des adjudicateurs, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.

<sup>4</sup> Les entreprises mises en cause, respectivement les adjudicateurs sont tenus de collaborer avec l'autorité cantonale de surveillance. Le secret de fonction et les secrets d'affaires ne peuvent lui être opposés.

<sup>5</sup> La loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985, est applicable.

## **Chapitre 10 Dispositions finales**

#### **Art. 20 Disposition transitoire**

<sup>1</sup> Les procédures d'adjudication lancées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit jusqu'à leur clôture.

<sup>2</sup> La procédure d'adjudication débute:

- a) pour les procédures sélectives et ouvertes lorsque l'annonce d'appel d'offres public est publiée;
- b) pour les procédures sur invitation, lorsque les documents d'appel d'offres sont adressés aux soumissionnaires invités;
- c) pour les procédures de gré à gré, lorsque l'offre est demandée.

<sup>3</sup> Le prononcé de la décision d'adjudication clôt la procédure d'adjudication.

#### **Art. 21 Dispositions d'exécution**

<sup>1</sup>Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution de l'accord et de la présente loi.

<sup>2</sup>Il est également autorisé à:

- a) conclure, au nom de la République et canton de Genève, des accords avec des régions frontalières et des Etats voisins donnant accès aux marchés publics genevois sous réserve de réciprocité;
- b) ratifier les modifications de l'Accord intercantonal sur les marchés publics, pour autant qu'elles soient d'une importance mineure;
- c) abroger la décision du 17 décembre 2007 sur l'adhésion de la République et canton de Genève à l'Accord intercantonal du 15 mars 2001 sur les marchés publics, lorsque tous les cantons ont adhéré à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics.

#### **Art. 22 Clause abrogatoire**

La loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997, est abrogée.

#### **Art. 23 Entrée en vigueur**

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.