

*Date de dépôt : 26 août 2010*

## **Rapport du Conseil d'Etat**

**au Grand Conseil sur la motion de MM. Gabriel Barrillier, David Amsler, Hugues Hiltpold, René Desbaillets, Jean-Marc Odier, Alain Meylan, Christophe Aumeunier, Luc Barthassat et Pierre Ducrest pour une politique de soumission et d'adjudication durable et non plus basée sur le seul prix**

Mesdames et  
Messieurs les députés,

En date du 3 mai 2007, le Grand Conseil a renvoyé au Conseil d'Etat une motion qui a la teneur suivante :

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

- *les règles régissant la passation des marchés publics qui prescrivent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse (offre la « mieux-disante »);*
- *que cela nécessite d'analyser et comparer toutes les offres selon différents critères, de façon à déterminer l'offre la « mieux-disante »;*
- *que les expériences les plus récentes montrent que les autorités adjudicatrices se dispensent le plus souvent de procéder à cette évaluation, se contentant d'adjuger les marchés à l'offre la « moins-disante » (pris le plus bas);*
- *que ce faisant, le seul critère effectivement à utiliser pour distinguer les offres est le prix, qu'il s'agisse d'honoraires de mandataires ou du coût de travaux de construction;*

- *que si l'utilisation parcimonieuse des deniers publics est certes un des principes fondamentaux de la passation des marchés publics, surtout dans le contexte financier que connaissent actuellement la plupart des collectivités publiques, il ne saurait primer systématiquement sur tous les autres;*
- *que la législation en matière de passation des marchés publics comprend une série exemplative de critères d'adjudication et qu'elle stipule que dans l'évaluation des offres, en dehors du prix, les avantages directs et indirects pour l'autorité adjudicatrice peuvent être pris en considération (article 39 du Règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997, L 6 05.01 et article 35 du Règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services, L 6 05.03);*
- *que l'Etat de Genève s'est doté d'une Loi sur l'action publique en vue d'un développement durable (Agenda 21);*
- *que le projet de loi 9874 déposé le 7 juin 2006 par le Conseil d'Etat devant le Grand Conseil vise à modifier cette loi, entre autres en introduisant un article 9A qui stipule que "dans le cadre de sa politique d'achats et d'investissements, l'Etat applique les principes du développement durable de façon compatible avec les impératifs d'utilisation parcimonieuse des deniers publics";*
- *que dans ce contexte, des éléments tels que la formation professionnelle (transmission des savoir-faire et offres d'apprentissage), le maintien de l'emploi, l'application de conditions de travail modernes et attrayantes, la proximité (disponibilité, limitation des transports sous l'angle de la charge environnementale et de la sécurité des travailleurs, service après-vente, etc.), le respect des règles en matière d'hygiène et de sécurité, etc., doivent être pris en considération;*
- *que les autorités des autres cantons pratiquent déjà les marchés publics de cette manière, ce qui leur permet de favoriser des entreprises, et mandataires locaux, sans pour autant discriminer les soumissionnaires extérieurs;*
- *que c'est au moment de la préparation des dossiers d'appels d'offres que ces critères doivent être choisis, tout étant "déjà joué" au moment de l'adjudication;*

- *qu'il s'agit d'un choix politique qui doit dicter la façon de choisir des prestataires, non la peur du recours comme c'est trop souvent le cas actuellement;*
- *que cela signifie de choisir les prestations de conception et d'exécution qui favorisent l'aspect durable des constructions, non celles qui proposent les coûts les plus faibles en matière d'honoraires et de travaux;*
- *que dans ce contexte, une fois les mandataires choisis, les autorités doivent aussi leur imposer leurs choix, eux qui jouent un rôle clé qui excède la simple classification des offres de la moins chère à la plus chère;*
- *que surtout, le choix d'autres critères que le seul prix doit permettre de départager les prestataires, non se donner bonne conscience, de les noter de façon équivalente et de, malgré tout, finalement ne faire de différence que sur le seul prix;*

*invite le Conseil d'Etat*

- *à mener dorénavant une politique d'adjudication des marchés publics en réelle adéquation avec les principes du développement durable en fixant des critères d'adjudication liés à la formation professionnelle et continue (place de stages et d'apprentissages), à l'emploi, à la protection de l'environnement (transport, traitement des déchets), aux conditions de travail, d'hygiène et de sécurité et la participation à la vie locale;*
- *à inciter les communes et tous les maîtres d'ouvrage publics à en faire de même, cas échéant en leur offrant l'aide et le soutien nécessaire pour y parvenir, en collaboration avec l'ACG et les partenaires sociaux (article 53 du Règlement L 6 05.01 et 45 du Règlement L 6 05.03);*
- *à donner les directives et la formation nécessaires aux services de l'administration cantonale et à agir auprès des mandataires et de tous les partenaires de la passation des marchés publics pour atteindre cet objectif.*

## RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

### 1. Cadre légal et réglementaire

La passation des marchés publics est régie par un cadre légal et réglementaire complexe composé :

- au niveau international, de l'accord OMC sur la passation des marchés publics, du 14 avril 1994 (RS 0.632.231.422) et l'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);
- au niveau fédéral, de la loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1), son ordonnance d'application, du 11 décembre 1995 (RS 172.056.11) qui s'appliquent uniquement aux marchés publics lancé par les autorités et les organes fédéraux, et de la loi fédérale sur le marché intérieur, du 6 octobre 1995 (RS 943.02);
- au niveau intercantonal, de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP), dont la version révisée (AIMP rév.), du 15 mars 2001, est entrée en vigueur à Genève début 2008;
- au niveau cantonal, de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord sur les marchés publics, du 12 juin 1997 (L 6 05.0) et du règlement sur la passation des marchés publics, du 17 décembre 2007 (RMP-L 6 05.01).

### 2. Critères d'évaluation des offres

Les autorités adjudicatrices disposent d'une grande liberté dans la fixation des critères d'évaluation des offres qu'elles reçoivent dans le cadre d'un appel d'offres. Elles doivent néanmoins respecter les règles suivantes :

- le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail doit être garanti dans le cadre des procédures d'adjudication (article 11 let. e AIMP);
- la procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires s'effectue selon des critères objectifs et vérifiables (article 13 let. d AIMP);
- les critères d'attribution sont fixés de manière à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (article 13 let. f AIMP);
- toute discrimination des prestataires, en particulier par la fixation des spécifications techniques inévitables, est interdite (article 16 al. 1 RMP).

La jurisprudence a par ailleurs précisé :

- que les critères d'aptitude, se rapportant aux prestataires, et les critères d'attribution, se rapportant à l'offre, doivent être clairement distingués les uns des autres (CRM 2004-010);
- que les critères d'adjudication ne doivent pas être étrangers au marché. Sont notamment considérés comme étrangers à l'adjudication les critères de politique régionale, fiscale ou structurelle (DC 2/2000 p. 57, § 10);
- qu'il est interdit de prendre en considération uniquement le prix pour attribuer les marchés;
- que la prise en compte de critères environnementaux est partiellement admissible lorsque le marché comprend une prestation de transport (ATF du 31 mai 2000; DC 2/2001, p. 64);
- que les critères d'aptitude fixés doivent être nécessaires pour contrôler la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché et ne pas poser d'exigence disproportionnée par rapport à la nature et à l'importance du marché (DC 2/2001, p. 70);
- certaines jurisprudences (TG ou ZH) considèrent le critère de la formation professionnelle comme étranger à l'offre et, par conséquent, inadmissible; d'autres (FR, AG) l'admettent, pour autant qu'il ne joue pas un rôle décisif dans l'adjudication, mais serve à départager des offres quasiment semblables (ATF 129 I 313).

### **3. La politique du Conseil d'Etat**

#### ***3.1 Au regard du respect des conditions de travail***

Depuis l'entrée en vigueur de l'AIMP à Genève, en 1997, le Conseil d'Etat a toujours exigé strictement le respect, par les soumissionnaires, des conditions de travail locales. Cette obligation figure à l'article 20 RMP.

Erigée en condition de participation, cette exigence ferme l'accès aux marchés publics du canton à tous les soumissionnaires qui n'auraient pas adhéré à une convention collective applicable à Genève ou n'auraient pas pris, auprès de l'OCIRT, un engagement à respecter les usages applicables dans le canton. Un contrôle systématique du respect de cette condition est effectué pour chaque marché.

La conformité de cette pratique avec la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) a plusieurs fois été remise en cause. En effet, l'article 3 LMI consacre le libre accès aux marchés selon les prescriptions du lieu de provenance du prestataire.

Face à ces critiques, le Conseil d'Etat a toujours maintenu sa position selon laquelle la restriction d'accès, imposée par le règlement genevois, préservait des intérêts publics prépondérants (article 3, alinéa 1, lettre b LMI).

### ***3.2 Au regard de l'emploi***

Dans chaque appel d'offres, le Conseil d'Etat exige du soumissionnaire la production d'une attestation indiquant l'effectif permanent de sa main-d'œuvre (article 33, lettre b, RMP). Cette indication permet à l'autorité adjudicatrice d'apprécier l'aptitude du prestataire à réaliser le marché.

Ce critère permet également à l'autorité adjudicatrice de se prémunir face à des pratiques peu souhaitables de sous-traitance abusive, de location de personnel, de travail sur appel ou de travail au noir.

### ***3.3 Au regard de la formation professionnelle ou continue***

Courant 2008, la question de l'introduction du critère de la formation professionnelle pour l'évaluation des offres d'entreprises de la construction a été soumise à un groupe de travail composé de représentants de la Fédération des métiers du bâtiment, du Syndicat interprofessionnel des travailleurs et du département des constructions et des technologies de l'information (DCTI). Le rapport de groupe arrive à la conclusion qu'il n'est pas opportun d'imposer ce critère par voie réglementaire et qu'il peut avoir des effets pervers.

Depuis avril 2009, le DCTI utilise ce critère dans ses appels d'offres, avec une pondération de 5% conforme aux recommandations de la jurisprudence. Le soumissionnaire doit indiquer le nombre d'apprentis formés au cours des 5 dernières années et cet élément est pris en compte proportionnellement à l'effectif total de l'entreprise.

### ***3.4 Au regard de la protection de l'environnement***

En 2001, le DAEL (devenu le DCTI) a édicté un catalogue de prescriptions contenant les normes écologiques à respecter, une série de recommandations, ainsi que la liste des matériaux à éviter dans les bâtiments de l'Etat.

En 2002, le Conseil d'Etat a également adopté une directive pour l'élimination des déchets de construction. Cette directive contient notamment un chiffre 5 concernant la minimisation des transports.

Les documents de soumission ont aussi été complétés, en juin 2006, par une nouvelle directive pour le choix des matériaux de construction, contenant les interdictions et les restrictions d'usage de certains matériaux. Une brochure d'information sur cette instruction a été éditée par Ecologie au travail et largement diffusée dans les services de l'Etat.

Ces différentes directives sont intégrées dans le cahier des charges des soumissions et sont contraignantes pour tous les prestataires. Les offres qui ne respectent pas ces prescriptions pourront être écartées. Pour le choix des matériaux, le soumissionnaire doit signer, au moment du dépôt de l'offre, un engagement exprès à respecter les directives.

Pour les marchés de fournitures et de services non liés à la construction, l'activité de la centrale commune d'achats (CCA) est régie par un règlement (B 4 20.03), dont l'article 9, alinéa 2, a la teneur suivante : « *La centrale adopte une politique d'achat conforme aux critères du développement durable, en favorisant notamment l'utilisation économe et rationnelle des ressources naturelles* ». Depuis 2004, la CCA a, progressivement et en collaboration avec Ecologie au travail, intégré des critères environnementaux, soit dans le cahier des charges, soit en tant que critère d'adjudication, dans la plupart de ses appels d'offres publics ou sur invitation.

### ***3.5 Au regard de l'hygiène et de la sécurité***

En 2003, un groupe de travail composé de représentants de l'Etat de Genève, des associations professionnelles du bâtiment et des mandataires, a été chargé d'examiner les mesures à mettre en place pour une mise en œuvre optimale des dispositions légales en matière de santé et de sécurité, dans le cadre des chantiers dont l'Etat de Genève est maître d'ouvrage. Les conclusions de ce groupe de travail portent sur:

- l'adaptation des documents de soumission;
- les compléments aux descriptifs des critères de présélection et d'adjudication;
- l'amendement des conditions générales du contrat d'entreprise;
- l'élaboration d'un cahier des charges hygiène et sécurité.

Ces mesures ont été mises en œuvre immédiatement. Le cahier des charges hygiène et sécurité est intégré dans les documents de soumission et les informations requises doivent être fournies par le soumissionnaire, à défaut l'offre est déclarée incomplète.

Le règlement L 6 05.01 prévoit également qu'une offre peut être écartée (article 42) ou qu'une adjudication peut être révoquée (article 48), si le prestataire ne respecte pas les prescriptions concernant la santé et la sécurité au travail.

### ***3.6 Au regard de la participation à la vie locale***

Le Conseil d'Etat a été sensible aux arguments développés dans le rapport relatif à la motion M 1712 et concernant la participation des entreprises à la vie associative locale. Ces initiatives privées doivent certes être soutenues, mais par d'autres moyens que l'adjudication des marchés publics : il s'agit manifestement d'un critère de politique régionale, étranger à l'offre, prohibé par la jurisprudence (cf. ci-dessus, chapitre 2).

## **4. Les autres autorités adjudicatrices publiques**

En vertu de l'article 5 de la loi d'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (L 6 05.0) et de l'article 59 RMP, le Conseil d'Etat a nommé une commission consultative chargée de veiller à la juste application des dispositions régissant l'adjudication de marchés publics. Elle est composée de représentants des principales autorités adjudicatrices, des associations d'entrepreneurs, des associations de mandataires de la construction et des syndicats des travailleurs.

Cette commission, qui siège environ 4 fois par année, est un lieu d'échange d'expériences et de recommandations en vue d'une harmonisation des pratiques. Toutes les grandes autorités adjudicatrices, ainsi que l'Association des communes genevoises, y siègent et elle est présidée par le DCTI. Ainsi, toutes les mesures prises par le Conseil d'Etat et dont il a été question au chapitre 3, peuvent être communiquées et recommandées par cette voie.

Le DCTI est également à l'origine du développement de différents outils d'aide aux chefs de projets dans l'organisation des procédures. Il s'agit, d'une part, du Guide romand pour les marchés publics, qui contient des modèles et recommandations intégrant les préoccupations du Conseil d'Etat en ce qui concerne le développement durable (conditions de participation, liste de critères, cahiers des charges, etc.) et d'autre part, du système d'information sur les marchés publics (simap.ch). Ce site est utilisé par les différentes autorités adjudicatrices du canton, y compris par certaines communes. Il facilite l'organisation des procédures et garantit une harmonisation des pratiques.

## 5. Directives et formation

Des programmes de formation ont régulièrement lieu, soit en interne au sein du DCTI ou de la CCA, soit par l'intermédiaire du centre de formation de l'Etat de Genève. Ce dernier a organisé, à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'AIMP révisé, début 2008, un cours destiné aux collaborateurs de l'administration et portant sur les nouvelles règles sur les marchés publics. A cette occasion, il a été rappelé les conditions de participation à un appel d'offres (production des attestations), ainsi que les critères d'aptitude concernant le respect des composantes du développement durable (article 33 RMP).

L'article 12 du règlement de la centrale d'achat prévoit que ce service du DF est l'instance de conseil pour les services de l'administration pour les procédures d'appels d'offres concernant les fournitures et les services non liés à la construction. Dans ce cadre, les règles et leur interprétation jurisprudentielle sont rappelées régulièrement. Il en va de même pour les autorités adjudicatrices extérieures à l'Etat (les communes notamment) qui font également régulièrement appel aux conseils du service juridique de la CCA dans ces domaines.

Par ailleurs, les mandataires chargés de réaliser des appels d'offres pour le compte des services de l'administration reçoivent des instructions claires sur la manière de procéder. Le cahier des charges intégré à leur contrat stipule expressément que les appels d'offres doivent être organisés en conformité avec la réglementation sur les marchés publics et au moyen des outils (simap.ch) mis en place par le maître d'ouvrage. La fixation des critères, ainsi que la décision d'adjudication, restent de la compétence du maître d'ouvrage. Ainsi, l'Etat de Genève garde la maîtrise sur le déroulement des procédures.

## 6. Conclusions

Dans le respect du cadre légal et réglementaire régissant la passation des marchés publics, le Conseil d'Etat a donc progressivement mis en place des outils et adopté des pratiques permettant une meilleure prise en compte des principes du développement durable dans ses procédures d'adjudication.

Cette politique s'exprime :

- par une exclusion systématique des prestataires n'étant pas en mesure d'attester de leur respect des conditions de travail en vigueur à Genève et du paiement de leurs cotisations sociales;
- par un contrôle de l'effectif permanent de la main-d'œuvre du soumissionnaire et de son adéquation avec l'ampleur du marché;

- en obligeant chaque entreprise à indiquer dans son offre le nombre d'apprentis qu'elle forme et en prenant en compte l'effort de formation par rapport à l'effectif total de l'entreprise;
- en intégrant dans les cahiers des charges des prestataires des directives contraignantes sur le choix des matériaux, l'élimination des déchets, l'hygiène et la sécurité;
- en intégrant dans le cahier des charges, pour certaines acquisitions, des directives en matière écologique;
- en fixant, pour les marchés de fournitures, un critère d'adjudication "produit respectueux de l'environnement".

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les Députés, à prendre acte du présent rapport.

#### AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

La chancelière :  
Anja WYDEN GUELPA

Le président :  
François LONGCHAMP