

Date de dépôt : 27 janvier 2016

Rapport du Conseil d'Etat

au Grand Conseil sur :

- a) M 2169-B Motion de M^{mes} et M. Sophie Forster Carbonnier, Morgane Odier-Gauthier, François Lefort, Esther Hartmann, Catherine Baud, Brigitte Schneider-Bidaux, Emilie Flamand-Lew, Magali Origa, Jacqueline Roiz, Sylvia Nissim pour une meilleure pondération des critères sociaux et environnementaux dans l'attribution des marchés publics et un soutien aux petites et moyennes entreprises genevoises lors des soumissions**
- b) M 2248-A Motion de M^{mes} et MM. Gabriel Barrillier, Jacques Béné, Sophie Forster Carbonnier, Irène Buche, Bertrand Buchs, Thierry Cerutti, Antoine Droin, Christo Ivanov, Eric Leyvraz, Magali Orsini, Daniel Sormanni, Eric Stauffer, Alberto Velasco, Pierre Weiss, Daniel Zaugg pour une application harmonisée de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) à toutes les entités soumises à Genève et pour une coopération plus étroite entre les cantons : création d'un centre de compétences et de formation cantonal**

Mesdames et
Messieurs les députés,

En date du 5 décembre 2014, le Grand Conseil a renvoyé au Conseil d'Etat deux motions dont les textes sont joints en annexe. Ces motions ont fait l'objet d'un rapport unique de la commission de contrôle de gestion. Dès lors, et au regard du lien étroit qui lie ces deux motions, le Conseil d'Etat ne vous présente qu'un seul et unique rapport.

RÉPONSE DU CONSEIL D'ÉTAT

Considérations juridiques

Les marchés publics sont régis par l'Accord sur les marchés publics (AMP-OMC) signé le 15 avril 1994 à Marrakech, auquel la Suisse a adhéré. Pour harmoniser l'application de l'AMP-OMC au plan cantonal, les cantons ont défini un cadre commun sous la forme de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP).

L'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; L 6 05), dans sa version entrée en vigueur en 2008 à Genève, prévoit le respect du principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 11, lettre f) ainsi que des dispositions relatives à la protection des travailleurs (art. 11, lettre e). Il impose aux cantons l'adoption de dispositions d'exécution garantissant :

- une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (art. 13, lettre d, AIMP);
- des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13, lettre f, AIMP).

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire Suisse (art. 1). Des restrictions à l'accès au marché ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3). Par ailleurs, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal (art. 5).

Le règlement sur la passation des marchés publics (RMP; L 6 05.01), dans sa version entrée en vigueur en 2008, impose lui aussi les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement (art. 16) ainsi que de respect des conditions de travail locales (art. 20 et 32) et d'égalité entre femmes et hommes

(art. 21 et 32). Ces deux derniers principes sont même érigés en tant que conditions de participation.

De plus, il impose des critères d'adjudication en rapport au marché (art. 24) permettant de réaliser une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse, soit l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix (art. 43). Il permet aux autorités adjudicatrices de définir des critères d'aptitude pouvant exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur le plan du respect de la composante du développement durable (art. 33). Outre le prix, d'autres critères peuvent être pris en considération, dont le respect de l'environnement (art. 43, al. 3). La liste n'étant pas exhaustive, d'autres critères sont en effet admissibles.

La jurisprudence considère cependant que les critères d'adjudication doivent se rapporter directement à l'objet du marché lui-même et indiquer au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée. Un tel lien fait défaut si les critères pris en compte sont sans incidence sur la prestation à fournir. Le Tribunal fédéral n'exclut toutefois pas le recours à des critères sociaux ou environnementaux qui n'ont pas de lien direct avec l'objet du marché en cause, dès lors que ceux-ci sont prévus par une disposition légale (ATF 140 I 285, c. 7.1 et jurisprudences citées).

Les critères motivés par des considérations de politique régionale ou structurelle, fiscale ou encore macroéconomique (par exemple domicile de l'entreprise ou siège fiscal) ne sont en revanche pas admis. En effet, ils discriminent en particulier les soumissionnaires étrangers, qui ne peuvent d'emblée remplir ces critères d'ordre national ou régional (ATA/713/2013 c. 12c et jurisprudences citées).

Révision de l'AIMP : opposition du canton de Genève

Depuis l'entrée en vigueur en 1997 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) dans notre canton, la politique de soumission et d'adjudication des marchés publics a fait l'objet de nombreuses interventions au Grand Conseil. D'une manière générale, et comme mentionné dans le rapport de la commission de contrôle de gestion sur ces deux motions, l'existence et l'utilité de la politique des marchés publics ne sont pas remises en cause, en raison notamment du principe de non-discrimination et de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics. Le Conseil d'Etat est toutefois conscient qu'il s'agit d'un sujet délicat qui revêt une grande importance pour les PME de notre canton. Il a pris connaissance avec le plus grand intérêt du résultat des travaux de la commission de contrôle de gestion, dont il s'est inspiré pour étayer sa position à l'occasion de la procédure de consultation sur la révision de l'AIMP menée début 2015.

Dans la droite ligne de la position défendue par les députés du Grand Conseil genevois et des discussions menées au sein de la commission de contrôle de gestion, le Conseil d'Etat a fait connaître son opposition au projet de révision tel que proposé par l'autorité intercantonale, en insistant notamment sur :

- l'importance que revêt l'intégration des critères sociaux, environnementaux, de formation et d'emploi des personnes souffrant d'un handicap, dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics;
- la nécessité de respecter les dispositions relatives aux conditions de travail et de protection des travailleurs au lieu d'exécution de la prestation;
- la nécessité de préserver l'autonomie des cantons, l'AIMP devant rester un accord-cadre;
- le risque important pesant sur les principes essentiels prévalant en matière de marché public (transparence, non-discrimination, concurrence loyale) en cas d'introduction des enchères électroniques et de la possibilité de négocier.

Le président du Grand Conseil genevois figurait en copie de la prise de position du canton envoyée, le 14 janvier 2015, par le Conseil d'Etat à l'autorité intercantonale pour les marchés publics (cf. annexe 3). Le Conseil d'Etat continuera à consulter le Grand Conseil lors de toutes autres modifications à venir de l'AIMP.

Statistiques cantonales et analyse des impacts des marchés publics

Le canton de Genève établit chaque année une statistique des adjudications prononcées par les autorités adjudicatrices cantonales. Cette statistique est élaborée sur la base des données publiées sur le site internet simap.ch, soit la plateforme officielle du système d'information sur les marchés publics en Suisse, et concerne les marchés soumis aux traités internationaux. Elle est décomposée en trois volets mentionnant :

- la valeur globale des marchés attribués par entités adjudicatrices;
- la valeur totale des marchés ventilés par entités et catégories de produits et services;
- le nombre total et la valeur totale des marchés attribués par le canton.

Cette statistique est adressée à la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement. Les statistiques cantonales sont ensuite remises au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) qui compile les statistiques de tous les cantons. Pour pouvoir réaliser une telle statistique, le règlement sur la passation des marchés publics (RMP) a été modifié aux fins de rendre obligatoire l'utilisation

de la plateforme simap.ch pour les publications en matière d'appels d'offres publics.

Si le canton entend poursuivre son travail de statistiques, il ne peut en revanche pas s'engager à mener une analyse de l'impact des marchés publics passés par les autorités adjudicatrices genevoises sur le tissu économique cantonal. Une telle étude impliquerait de définir le périmètre des autorités adjudicatrices, de déterminer l'information à récolter, de mettre en œuvre et d'incrémenter des outils de récolte d'informations, et bien sûr de récolter et d'analyser l'information reçue. Cela demanderait des moyens financiers, humains et des outils qui font aujourd'hui défaut à l'Etat de Genève. D'autre part, l'Etat de Genève n'aurait aucune autorité pour contraindre les autorités adjudicatrices à utiliser ces outils et à remettre cette information.

C'est la raison pour laquelle, comme l'a relevé la Cour des comptes dans son audit n° 56, « *les analyses économétriques de l'impact économique de la réglementation en matière de marchés publics sont quasi inexistantes en Suisse. Selon la Cour, on ne trouve qu'un rapport publié en 2002 par le Contrôle parlementaire de l'administration qui révèle que l'amélioration de la transparence et l'intensification de la concurrence ont effectivement conduit à une baisse des prix, du moins pour certains biens de base, ainsi qu'une expertise consacrée aux répercussions de la libéralisation des marchés publics sur le secteur de la construction en Suisse entre 1990 et 2006, qui a conclu à une diminution des prix d'adjudication.* »¹

Constitution d'une commission consultative unique

Par arrêté du Conseil d'Etat du 4 novembre 2015, les membres de la nouvelle commission consultative en matière de marchés publics ont été nommés. La constitution de cette commission, dont le champ d'activité couvrira l'ensemble des marchés (fournitures, services et construction), permet d'améliorer la gouvernance en matière de marché public et de répondre à la recommandation de la Cour des comptes (audit n° 56).

La commission est présidée par le conseiller d'Etat chargé des finances et se compose de la façon suivante :

- 4 membres proposés par les services concernés de l'Etat (office des bâtiments, centrale commune d'achats, direction générale du génie civil, direction générale de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail),

¹ Cour des comptes, Rapport n° 56, juin 2012, « Passation des marchés publics de services et de fournitures », page 14.

- 1 membre proposé par la Ville de Genève;
- 1 membre proposé par l'Association des communes genevoises;
- 1 membre proposé par l'Aéroport international de Genève;
- 1 membre proposé par le secrétariat des fondations immobilières de droit public;
- 1 membre proposé par les Services industriels de Genève;
- 5 membres proposés par l'Union des associations patronales genevoises;
- 5 membres proposés par la Communauté genevoise d'action syndicale.

Lieu d'échange d'expériences et de points de vue, cette commission permettra de récolter des informations visant à améliorer le déroulement des procédures et de définir des bonnes pratiques en matière de passation des marchés publics. Elle contribuera ainsi à améliorer la coordination des instances et des compétences dans l'application de l'AIMP à tous les échelons des entités concernées, tel que souhaité par les auteurs des deux motions. Elle pourra également formuler toute proposition utile à l'attention du Conseil d'Etat.

A noter encore que la commission consultative en matière de marchés publics peut également constituer des sous-commissions pour traiter des objets particuliers.

L'Etat de Genève transmettra sa statistique annuelle à la nouvelle commission consultative. Celle-ci pourra, si elle le souhaite, se voir confier la tâche d'analyser l'impact des marchés publics attribués par les autorités adjudicatrices genevoises sur le tissu économique cantonal.

Harmonisation des conditions d'application de l'AIMP

L'harmonisation des pratiques concernant l'application de l'AIMP ne peut se réaliser que sur la base volontaire de chaque autorité adjudicatrice. En effet, le seul moyen qu'a l'Etat de Genève d'imposer un fonctionnement auprès des autorités adjudicatrices du canton est de le faire au travers d'un règlement. Or, de par sa définition, ce dernier doit émettre les principes généraux afin qu'ils puissent être appliqués par l'ensemble des autorités adjudicatrices et ainsi respecter leurs fonctionnements. En outre, il ne peut entrer dans un niveau de détail qui relèverait plus du mode opératoire (lotissements, P.V. d'ouverture, etc.) que d'une base légale.

De même, il n'est pas possible de définir de manière uniforme des pondérations fixes imposables aux autorités adjudicatrices. Les pondérations doivent d'une part dépendre de l'objet du marché et, d'autre part, de la répartition des pondérations entre les différents critères.

La création d'un centre de compétences présente quant à lui certaines difficultés, comme exposé par le Conseil d'Etat dans le cadre du rapport de la Cour des comptes n° 56, à savoir :

- l'Etat de Genève ne peut pas imposer aux entités adjudicatrices autonomes qui ne sont pas sous le contrôle de l'Etat (communes, AIG, SIG, etc.) de recourir au centre de compétences, de suivre ses conseils ou recommandations, ni d'appliquer ses pratiques;
- l'activité d'un tel centre, soit d'aider de nombreuses autres autorités adjudicatrices, implique une charge de travail conséquente et des ressources supplémentaires importantes à mettre à disposition, notamment financières et humaines, qui font aujourd'hui défaut à l'administration cantonale;
- le centre de compétences ne pourrait pas être placé sous la responsabilité de la commission consultative car celle-ci intervient en qualité d'expert et non pas comme autorité décisionnelle.

Il existe toutefois différents outils permettant de renforcer l'harmonisation des pratiques en matière d'application de l'AIMP, tout en gardant l'autonomie de chaque autorité adjudicatrice, notamment :

- a) le Guide romand des marchés publics qui propose des explications et des documents concernant les différents types de procédures d'appels d'offres ainsi que des méthodologies de notations pouvant être utilisées par les autorités adjudicatrices;
- b) la plateforme d'information www.simap.ch;
- c) les échanges qui auront prochainement lieu au sein de la nouvelle commission consultative;
- d) le Guide des achats professionnels responsables édité par les cantons de Genève et Vaud;
- e) l'animation de groupes d'échange d'expériences des établissements publics autonomes dans les achats responsables menés par le Service cantonal du développement durable;
- f) le site internet de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT) : https://www.ge.ch/ocirt/marches_publics/.

Renforcement du critère du développement durable

A. Intégration des personnes handicapées et des demandeurs d'emploi : élaboration de deux projets de loi

Deux projets de loi portant respectivement sur une modification de la loi en matière de chômage (J 2 20) et de la loi sur l'intégration des personnes

handicapées (K 1 36) ont été élaborés en 2015 par le département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé. Ces deux projets de loi, adoptés par le Conseil d'Etat le 16 décembre 2015, sont en mains du Grand Conseil sous les références respectives PL 11789 et PL 11795.

Ces projets de loi s'inscrivent dans la ligne insufflée au travers des deux motions dont il est question ici et qui invitent le Conseil d'Etat à intégrer et renforcer les critères sociaux dans la liste des critères pris en considération lors de l'adjudication d'un marché public.

Dans le but de donner une impulsion à la lutte contre le chômage et de favoriser l'emploi de personnes handicapées, ces projets de loi ouvrent la possibilité – et non l'obligation – pour les autorités adjudicatrices, dans le cadre des marchés publics non soumis aux traités internationaux, de fixer dans un critère d'adjudication relatif au développement durable, l'engagement des soumissionnaires en faveur des demandeurs d'emploi et du recrutement de personnes handicapées pouvant exercer une activité lucrative.

En cas d'adoption de ces modifications légales par le Grand Conseil, le règlement sur la passation des marchés publics (RMP) sera modifié en conséquence. Les autorités adjudicatrices genevoises qui sont assujetties à cette législation pourront alors déterminer si elles souhaitent intégrer ce critère dans leurs futurs appels d'offres, de quelle manière le considérer et pour quelle pondération.

B. Procédures d'adjudication par l'Etat : état des lieux et nouveautés

Dans le respect du cadre légal et réglementaire international et intercantonal régissant la passation des marchés publics, le Conseil d'Etat a 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'apprenants 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 les cahiers des charges, pour certaines acquisitions, des directives en matière écologique;
- en incluant, pour les marchés de fournitures, un sous-critère d'adjudication lié à la qualité environnementale du produit.

Centrale commune d'achats

En application de la loi sur l'action publique en vue d'un développement durable, la centrale commune d'achats a mis en place en 2010, en collaboration avec le service cantonal du développement durable, un critère d'adjudication concernant la composante au développement durable relatif au soumissionnaire. Ce critère tient compte de différents éléments relevant, d'une part, de l'aspect social du développement durable (par exemple : formation des apprenants et continue des employé-e-s, engagement des soumissionnaires en faveur des demandeurs d'emploi) et, d'autre part, de l'aspect environnemental. Ce dispositif sera, cas échéant, complété afin de tenir compte de l'engagement des soumissionnaires en faveur du recrutement de personnes handicapées (cf. point A ci-dessus).

Office des bâtiments

L'office des bâtiments a quant à lui mené, courant 2015, des réflexions avec les milieux professionnels du secteur du nettoyage afin de mettre en pratique les standards suivants :

- privilégier les fournisseurs offrant des conditions favorables à leur personnel;
- confier des prestations à des entreprises occupant un personnel valorisé dans ses fonctions, notamment au travers de la formation professionnelle continue;
- préserver la valeur patrimoniale des bâtiments et améliorer la qualité de l'accueil du public grâce à un entretien approprié effectué par un personnel dont les compétences sont reconnues.

Ainsi, dès le 1^{er} janvier 2016, l'Etat de Genève modifiera ses critères d'attribution des mandats de nettoyage. Comme indiqué dans sa réponse à la pétition P 1932-B, les entreprises retenues devront, en plus de respecter les obligations légales et conventionnelles vis-à-vis de leur personnel, fournir à celui-ci des conditions de travail plus favorables que le strict minimum légal, ainsi que de réelles possibilités de formation et d'évolution professionnelle. Autre changement : la pondération du critère du prix baissera de 40% à 30% afin d'augmenter de 5% chacun les critères de la formation professionnelle ainsi que du management de la qualité et de l'environnement.

L'objectif de ces modifications consiste à affirmer plus clairement la règle du « mieux-disant ». Elles permettront à l'office des bâtiments d'apprécier la performance globale du marché et de porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect des modalités d'exécution du marché.

Renforcement du contrôle des conditions de travail et de la lutte contre le dumping salarial

Le Conseil d'Etat a modifié, en février 2014, le règlement sur la passation des marchés publics (RMP) afin de renforcer la lutte contre la sous-traitance sauvage dans les marchés publics. Dans le secteur de la construction, un sous-traitant non-annoncé est désormais suspendu jusqu'à ce que le respect des conditions de travail soit établi. L'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT) procède actuellement à plusieurs suspensions de sous-traitants par semaine.

L'exposé des motifs de la motion 2248 fait par ailleurs état de discussions en cours entre l'OCIRT et les commissions paritaires concernant l'établissement d'une délégation de compétences vers les commissions paritaires. Cette mesure est aujourd'hui réalisée. Des contrats de prestations ont été conclus entre le département de la sécurité et de l'économie (DSE) et six commissions paritaires (gros œuvre, second œuvre, métallurgie du bâtiment, parcs et jardins, nettoyage et commerce de détail). Ces contrats de prestations prévoient une délégation de compétences en matière de contrôle des conditions de travail dans les marchés publics et de lutte contre le travail au noir.

Le Conseil de surveillance du marché de l'emploi (CSME), composé de représentations des syndicats, d'organisations patronales et de l'Etat, a mis en place, en mars 2014, une cellule de crise « *marchés publics* ». En cas de sous-enchères crasses constatées dans un marché public, cette cellule de crise permet de réunir très rapidement l'ensemble des acteurs concernés (autorité adjudicatrice, organisations syndicales et patronales, commission paritaire, DSE) afin de coordonner les actions à entreprendre et émettre des recommandations concernant d'éventuelles sanctions à prononcer.

Enfin, le 13 novembre 2015, le Grand Conseil a accepté, à l'unanimité, un contreprojet tripartite à l'initiative populaire cantonale IN 151 « Pour un renforcement du contrôle des entreprises. Contre la sous-enchère salariale ». Ce résultat témoigne de la volonté de l'ensemble des acteurs politiques, économiques et sociaux genevois de renforcer le dispositif de surveillance du marché du travail dans le canton de Genève en instituant un nouvel acteur : l'inspection paritaire des entreprises (IPE). La mise sur pied d'une IPE pouvant

agir dans l'ensemble des secteurs permettra d'augmenter la détection de cas potentiels d'infractions aux conditions de travail et favorisera une intervention rapide des instances compétentes. L'IPE prendra la forme d'une commission officielle au sens de la loi sur les commissions officielles, du 18 septembre 2009 (LCOF). Elle sera composée paritairment de représentants des employeurs et des travailleurs, nommés par le Conseil d'Etat. Les compétences attribuées par la loi sur l'inspection et les relations du travail (LIRT) aux autorités existantes – notamment l'OCIRT – ne sont pas modifiées en raison de la création de l'IPE.

Conclusion

Le Conseil d'Etat a pris connaissance avec grand intérêt des travaux menés au sein de la commission de contrôle de gestion. Il partage les préoccupations des députés s'agissant, entre autres, de l'intégration des critères sociaux, environnementaux, de formation et d'emploi des personnes souffrant de handicap dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics. Il est déterminé à rendre les procédures de marchés publics plus harmonieuses pour les soumissionnaires et à corriger d'éventuelles situations irrégulières.

La constitution de la commission consultative sur les marchés publics, l'élaboration de deux projets de loi visant à renforcer les critères sociaux pris en considération lors de l'adjudication d'un marché public, ou encore la création d'une inspection paritaire des entreprises témoignent de cette volonté. Le Conseil d'Etat entend poursuivre sur cette voie et associera le Grand Conseil à ses réflexions.

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'ÉTAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
François LONGCHAMP

Annexes :

- 1) Motion 2169
- 2) Motion 2248
- 3) Lettre du Conseil d'Etat du 14 janvier 2015 à l'autorité intercantonale

Motion 2169

pour une meilleure pondération des critères sociaux et environnementaux dans l'attribution des marchés publics et un soutien aux petites et moyennes entreprises genevoises lors des soumissions

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

- la réglementation internationale en matière d'attribution des marchés publics ;
- l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) ;
- la forte concurrence internationale existant dans l'attribution des marchés publics ;
- la difficulté pour certaines PME locales de soumissionner pour un marché public en raison de la complexité de l'arsenal juridique et des procédures administratives ;
- la nécessité de soutenir les entreprises formatrices régionales, ainsi que les entreprises exemplaires en matière de respect de l'environnement,

invite le Conseil d'Etat

- à intégrer des critères sociaux, notamment la formation ou l'emploi de personnes souffrant d'un handicap, dans la liste des critères pris en considération lors de l'adjudication d'un marché public ;
- à augmenter la pondération des critères sociaux et environnementaux dans l'attribution d'un marché public.

Motion 2248

pour une application harmonisée de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) à toutes les entités soumises à Genève et pour une coopération plus étroite entre les cantons : création d'un centre de compétences et de formation cantonal

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

- l'importance des marchés publics dans notre canton (entre 3.0 et 3.5 milliards F par année, soit entre 7 et 8 % du PIB cantonal) ;
- le volume substantiel d'investissements à réaliser ces prochaines décennies en matière de mobilité et de formation ;
- l'impact des marchés publics sur le tissu économique cantonal, l'insertion et la formation professionnelle et l'emploi ;
- les besoins soutenus en équipements et médicaments dans le domaine de la recherche médicale et de la consommation de médicaments aux HUG ;
- la nécessité de rationaliser et d'uniformiser les procédures et les modèles de documents utilisés par les acteurs de ces marchés ;
- de mieux tenir compte des capacités des entreprises locales en-dessous des seuils internationaux ;
- de garantir une concurrence et une transparence optimales, tout en luttant contre les sous-enchères dommageables socialement et économiquement ;
- le manque de coordination avec les autres cantons dans l'application de l'Accord ;
- la procédure de ratification en cours par la Confédération de la révision de l'Accord sur les marchés publics (AMP) dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC),

invite le Conseil d'Etat

- à examiner annuellement l'évolution du volume des marchés publics de l'ensemble des entités soumises à Genève à l'AIMP ;
- à soumettre un rapport annuel à la commission instituée à cet effet réunissant les principales entités concernées avec les mandataires et les partenaires sociaux ;

-
- à harmoniser les conditions d’application de l’AIMP par la création d’un centre de compétences et de formation à partir des expertises existantes dans le canton ;
 - à collaborer plus étroitement avec les autres cantons au sein de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l’aménagement du territoire et de l’environnement et demander une évaluation du fonctionnement et des effets à long terme de cet Accord en participant aux relevés statistiques indispensables ;
 - à renforcer la collaboration avec les partenaires sociaux pour mieux lutter contre les risques de la sous-enchère avant et après la passation d’un marché ;
 - à renforcer les critères sociaux, environnementaux et de formation professionnelle ;
 - à s’assurer que tous les services concernés et les chefs de projet utilisent systématiquement, au maximum, les critères sociaux et environnementaux ;
 - à consulter le Grand Conseil lors de toutes modifications de l’AIMP.



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

Genève, le 14 janvier 2015

Le Conseil d'Etat

226-2014

Autorité intercantonale pour les marchés publics
Monsieur Paul Federer
Président
Maison des cantons
Speichergasse 6
3000 Berne 7

Concerne : révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) – consultation fédérale

Monsieur le Président,

Le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève a pris connaissance avec grand intérêt du projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP), pour lequel une consultation a été ouverte en septembre 2014.

En préambule, nous souhaitons faire référence à notre constitution qui détermine l'inscription de l'activité publique dans le cadre d'un développement équilibré et durable. Dans ce sens, nous soulignons l'importance que représente, l'intégration des critères sociaux, environnementaux, de formation et d'emploi des personnes souffrant d'un handicap, dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics. Le Grand Conseil genevois a d'ailleurs accepté à l'unanimité, le 4 décembre dernier, deux motions relatives aux AIMP qui demandent une meilleure pondération de ces critères dans l'attribution des marchés publics.

Dans ce sens, notre Conseil n'est pas en mesure d'accepter l'équivalence imposée à l'article 13 alinéa 2 du P-AIMP, concernant le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail. Le canton de Genève est particulièrement exigeant en matière de salaire minimum ou d'horaires de travail. Dès lors, outre le fait que cette équivalence reviendrait à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires genevois et nationaux, cette disposition visant à accepter que des travailleurs interviennent à Genève, sans que l'employeur ne respecte les conditions et usages en vigueur dans le canton, serait contraire à notre législation. Tous les soumissionnaires, qu'ils soient nationaux ou étrangers, doivent en effet respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs en vigueur au lieu d'exécution de la prestation. Cette remarque vaut aussi pour les sous-traitants participants à l'exécution du marché. Or, nous constatons que pour ces derniers la réglementation prévue à l'article 13 et 28 P-AIMP est également très insuffisante.

D'une manière générale, le canton de Genève constate que le P-AIMP est particulièrement détaillé et ne laisse pratiquement plus de place à l'autonomie cantonale. Or, de notre point de vue, l'AIMP doit rester un accord-cadre de sorte à laisser au canton une marge de manœuvre quant à l'application de l'AIMP.

- 2 -

En vue de répondre à votre demande, notre Conseil a procédé à une consultation des partenaires sociaux et des autorités adjudicatrices importantes du canton. Dans le délai accordé, le canton de Genève vous communique sa position, au moyen des documents suivants :

- la grille de questions dûment complétée ;
- les courriers et les grilles de questions reçues lors de la consultation du canton de Genève auprès des partenaires sociaux et des autorités importantes du canton, à savoir :
 - o la Communauté genevoise d'action syndicale
 - o la Fédération des associations d'architectes et d'ingénieurs de Genève
 - o les Hôpitaux Universitaires de Genève et du Centre hospitalier universitaire vaudois
 - o les Services industriels de Genève
 - o l'Union des associations patronales genevoises
 - o les Transports publics genevois
 - o l'Aéroport International de Genève
 - o la Fondation Immobilières de Droit Public
 - o la Fédération genevoise des métiers du bâtiment

et répond aux questions spécifiques suivantes :

1. Pouvez-vous adhérer à la proposition d'introduire des négociations conformément à l'art. 24 P-AIMP (projet) ?

L'introduction des enchères électroniques inversées, des négociations et du dialogue font porter des risques importants à certains principes essentiels prévalant en droit des marchés publics (notamment la non-discrimination, la concurrence loyale et la transparence des procédures) et pourraient avoir des conséquences fâcheuses, à savoir :

- ne pas obtenir l'offre la plus avantageuse (les soumissionnaires gardant une marge pour les négociations) ;
- exercer une pression trop importante sur les prix (pouvant fragiliser financièrement les entreprises) ;
- diriger l'adjudication vers un soumissionnaire particulier ;
- favoriser de potentielles corruptions.

De tous ces risques découlent des motifs supplémentaires de recours.

D'autre part, de tels outils, même s'ils apportent une certaine souplesse aux autorités adjudicatrices, allongent et complexifient les procédures d'appels d'offres. Cette situation impacte principalement les petites et moyennes entreprises qui n'ont pas toujours les ressources pour y répondre.

Ainsi, notre Conseil est opposé à l'introduction de la possibilité de négocier mais également celle des enchères électroniques et du dialogue.

2. Pouvez-vous adhérer à la proposition d'accorder des voies de droit à partir d'une valeur de marché de 150 000 francs conformément aux art. 52 et 53 P-AIMP ?

S'agissant des voies de recours, le projet fixe à CHF 150'000.- le montant à partir duquel les décisions des adjudicateurs peuvent être contestées.

Le canton de Genève considère qu'instaurer un seuil pour les recours, sans tenir compte des types de procédures, n'est pas satisfaisant. En effet, ce seuil de CHF 150'000.- soustrait au recours une partie des procédures sur invitation pour les marchés de fournitures.

La délimitation des voies de recours doit pouvoir être réalisée en fonction du type de procédure de marchés publics - procédures sur invitation, sélectives et ouvertes, soumises ou non aux traités internationaux - et non pas en fonction d'un montant.

Au vu de ces remarques, notre Conseil s'oppose à la proposition visant à accorder des voies de droit à partir d'une certaine valeur telle que proposée aux articles 52 et 53 du P-AIMP.

Aux yeux de notre Conseil, cette révision ne permet donc ni de décharger l'administration, ni d'augmenter la transparence, pas plus que de maintenir l'équité des chances ou l'autonomie cantonale. Il convient par ailleurs de relever que les associations professionnelles et les syndicats genevois consultés sont opposés au projet et demandent à ce qu'il soit revu. Les autorités adjudicatrices lui font un meilleur accueil.

Le canton de Genève s'oppose au projet en l'état, dans l'hypothèse où l'accord ne serait pas revu selon les remarques formulées ci-dessus et en annexe.

Pour terminer, en cas de décision d'adhésion à un nouvel AIMP, le canton de Genève ne souhaite pas utiliser le modèle de loi d'adhésion proposé dans le cadre de la consultation, mais entend élaborer sa propre loi d'adhésion en y incorporant toutes les dispositions qu'il jugera nécessaires et utiles, notamment pour mener sa politique en matière de protection des travailleurs, de contrôles et de sanctions.

En vous remerciant par avance de l'attention portée à notre position, nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre considération distinguée.

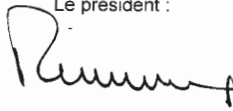
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



François Longchamp

Annexes : - la grille de questions complétée par la République et canton de Genève
- les courriers et les grilles de questions reçues lors de la consultation du canton de Genève auprès des partenaires sociaux et des autorités importantes du canton

Copie : - Mme Regina Füeg – regina.fueeg@bpuk.ch
- Monsieur Antoine Droin, Président du Grand Conseil genevois