

# **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  
décrète ce qui suit :

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.

### **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 caisses de pension publiques,
- c) les fondations immobilières de droit public instituées par l'article 14A de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977.

## **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 dispositions relatives au droit du travail en vigueur à Genève telles que définies à l'article 3, lettres d et e de l'accord, dont le salaire minimum cantonal prévu à l'article 39K de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004 (ci-après : conditions de travail usuelles à Genève).

<sup>2</sup> Il en va de même des soumissionnaires ayant leur siège ou un établissement dans un autre canton suisse, si les conditions de travail usuelles à Genève n'ont pas d'équivalent au siège ou à l'établissement du prestataire en Suisse.

<sup>3</sup> Le conseil de surveillance du marché de l'emploi institué par la loi sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992, détermine les critères d'équivalence.

<sup>4</sup> Les sous-traitants ainsi que tout intervenant dans l'exécution d'un marché public sont également tenus de respecter les exigences définies aux alinéas 1 et 2.

### **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 tient compte du développement durable dans ses marchés dès la conception du projet.

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

<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 tout intervenant 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      Attestations et moyens de preuves**

<sup>1</sup> Les soumissionnaires doivent transmettre à l'adjudicateur, tant pour eux-mêmes que pour leurs sous-traitants et tout intervenant dans l'exécution du marché, tous 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, la non production de ces documents entraîne l'exclusion de l'offre; lors de l'exécution du marché, elle peut entraîner la révocation de l'adjudication.

## **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 attestations et moyens de preuves nécessaires de l'article 8.

<sup>3</sup> Tout changement de sous-traitant 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 justifiée par 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.

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

### **Art. 11      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 18 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. 12      Réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux (art. 46, al. 4 de l'accord)**

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

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

### **Art. 13      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. 14 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 contre les décisions prises dans les procédures de gré à gré ordinaires visées à l'article 21, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'accord.

**Art. 15 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. 16 Centre de compétences**

<sup>1</sup> Le canton institue un centre de compétences en matière de marchés publics 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 genevois concernant l'application de la législation sur les marchés publics 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 et édicter des recommandations à l'attention des adjudicateurs.

<sup>5</sup> Il participe aux projets législatifs relatifs à la réglementation sur les marchés publics.

**Art. 17 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. 18 Autorité cantonale de surveillance**

<sup>1</sup> Il est institué, en tant qu'autorité cantonale de surveillance en matière de marchés publics, une autorité collégiale, rattachée au Conseil d'Etat, composée des offices suivants :

- a) l'office cantonal des bâtiments,

- b) la centrale commune d'achats,
- c) l'office cantonal du génie civil,
- d) l'office cantonal des transports,
- e) l'office cantonal des systèmes d'information et du numérique
- f) l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail,
- g) l'office cantonal de l'environnement.

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

- a) 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;
- b) annoncer à l'autorité intercantonale ainsi qu'au centre de compétence visé à l'article 16 de la présente loi les exclusions entrées en force prononcées en vertu de l'article 45, alinéa 1, de l'accord;
- c) 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;
- d) 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 entreprises mises 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> L'autorité cantonale de surveillance peut édicter un règlement de fonctionnement. Le règlement ainsi que ses modifications ultérieures ne sont valables qu'après leur approbation par le Conseil d'Etat.

<sup>6</sup> La loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985, est applicable.

## **Chapitre 10 Dispositions finales**

### **Art. 19 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> La procédure d'adjudication est clôturée par le prononcé de la décision d'adjudication.

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

Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution. Il est notamment 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) à abroger la décision du ..... 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. 21 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. 22 Entrée en vigueur**

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

\* \* \*

Certifié conforme

La chancelière d'Etat : Michèle RIGHETTI-EL ZAYADI

## **EXPOSÉ DES MOTIFS**

Mesdames et  
Messieurs les Députés,

### **I. Contexte**

L'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (AMP 1994; RS 0.632.231.422), auquel la Suisse est partie, a été révisé en 2012. La Confédération et les cantons ont choisi de transposer simultanément et de manière cohérente, les dispositions contraignantes pour la Suisse découlant de ce texte. De plus, les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics présentaient de nombreuses différences, ce qui accroissait la complexité des marchés publics et entraînait des coûts inutiles pour les participants aux procédures. La Confédération et les cantons ont décidé d'harmoniser autant que possible, dans le respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons, leurs législations en matière de marchés publics, démarche qui était requise depuis longtemps par les milieux économiques et certains parlementaires fédéraux.

Le 21 juin 2019, l'Assemblée fédérale a entériné la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP- RS 172.056.1), dont l'entrée en vigueur est intervenue le 1er janvier 2021. Pour leur part, les cantons ont adopté à l'unanimité l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP<sub>2019</sub>) lors d'une assemblée extraordinaire de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) qui s'est tenue le 15 novembre 2019. Le processus de ratification dans les cantons a alors commencé. L'accord est entré en vigueur au 1er juillet 2021, suite à l'adhésion des 2 premiers cantons, soit Appenzell Rhodes-Intérieures et Argovie, suivis de Turgovie et Berne. A ce jour, tous les cantons ont adhéré ou initié la procédure d'adhésion à l'AIMP<sub>2019</sub>, sauf Genève, le Tessin et Appenzell Rhodes-Extérieures.

L'objectif d'harmonisation du droit fédéral et du droit intercantonal a été atteint : le texte de l'AIMP<sub>2019</sub> diverge très peu de la nouvelle loi fédérale. Il concrétise de nombreux éléments issus de la jurisprudence et de la doctrine en matière de marchés publics. Par conséquent, les règles qu'il instaure sont pour la plupart d'ores et déjà largement appliquées par les cantons et intégrées dans leurs dispositions d'exécution actuelles. Certaines nouveautés sont toutefois à relever (dialogue, enchères électroniques, etc.), elles seront présentées ci-dessous.

Contrairement à l'AIMP actuellement en vigueur, qui est un accord-cadre, l'AIMP<sub>2019</sub> règle les procédures de marchés publics quasiment dans leur ensemble. Il compte désormais 65 articles, répartis en 10 chapitres, et 4 annexes. Par conséquent, la faculté laissée aux cantons d'adopter des dispositions d'exécution est restreinte. Par ailleurs, une adhésion sous réserve, comme voulait le faire le canton de Berne, n'est pas possible.

## **II. Procédure d'adhésion**

*(A compléter après consultation)*

## **III. Présentation de l'accord**

*Article relatif au but*

L'article relatif au but n'exige plus seulement une utilisation des deniers publics qui soit économique, encore faut-il que cette utilisation ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables (art. 2 AIMP<sub>2019</sub>). Les trois dimensions du développement durable sont ainsi expressément couvertes. Cet ajout tient compte de la prise de conscience accrue de la société en faveur d'une action durable.

L'article relatif au but sert à interpréter les dispositions suivantes. L'ordre d'énumération à l'art. 2 AIMP<sub>2019</sub> ne signifie pas que le premier but revêt une importance prioritaire par rapport aux suivants. Tous les buts méritent la même attention.

*Clarification des notions et du champ d'application*

L'AIMP<sub>2019</sub> contient désormais une courte liste de définitions (art. 3) qui comprend notamment les termes « entreprise publique » et « organismes de droit public ». Le champ d'application subjectif concernant les adjudicateurs a été précisé (art. 4). En ce qui concerne le champ d'application objectif, une définition du terme « marchés publics » a été intégrée (art. 8).

La délégation de tâches publiques et l'attribution de concession sont désormais expressément traitées comme des marchés publics (art. 9). L'AIMP<sub>2019</sub> prévoit que la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Les dispositions spéciales du droit fédéral et cantonal demeurent réservées. Ainsi, par exemple, les concessions dans le domaine des forces hydrauliques ne sont pas concernées par ce nouvel article.

Les exceptions au champ d'application (art. 10) ont été redéfinies et élargies. Ainsi, il est prévu que l'accord ne s'applique pas aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (art. 10, al. 1, let. e) ou aux institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales (art. 10, al. 1, let. g). L'AIMP<sub>2019</sub> confère aux cantons le droit de modifier, dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales, l'assujettissement pour ce qui a trait aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle et pour ceux des institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales. Pour finir, même si la doctrine et la jurisprudence l'admettent déjà, l'AIMP<sub>2019</sub> exempte quatre types de marchés : les monopoles de soumissionnaires, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house* (art. 10, al. 2).

#### *Marchés publics axés sur la qualité*

L'un des principaux buts de la révision était d'accorder davantage d'importance à une pratique des marchés publics axée sur la qualité. Suite à une enquête menée auprès des cantons durant l'été 2019, ces derniers ont largement salué ce changement de paradigme opéré dans l'AIMP<sub>2019</sub>.

Dès lors, il est désormais obligatoire de prendre en compte le critère de la qualité, au même titre que le critère du prix, en tant que critère d'adjudication dans le cadre de l'évaluation des offres. Seuls les marchés portant sur des prestations standardisées ne sont pas concernés, de sorte qu'ils peuvent, comme actuellement, être attribués sur la base du prix global le plus bas (art. 29, al. 1 et 4, AIMP<sub>2019</sub>).

Par ailleurs, l'article 41 AIMP<sub>2019</sub> prévoit le nouveau concept de l'offre « la plus avantageuse » en lieu et place de l'offre « économiquement la plus avantageuse ». Il s'agit de l'offre présentant le meilleur rapport prix-prestation ou de l'offre satisfaisant globalement le mieux aux critères prescrits.

Cela montre que la course à l'excellence doit dorénavant avoir encore plus de poids que la concurrence par les prix. Outre les critères de la qualité et du prix, l'adjudicateur doit tenir compte, selon l'objet de la prestation, d'autres critères équivalents tels que l'adéquation, les délais, les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc.

La prise en compte d'objectifs secondaires (tels que l'insertion sociale, les places de formation dans la formation professionnelle initiale) est également possible, mais ne doit pas se traduire par une discrimination ou un refus injustifié de l'accès au marché (cf. art. 29 AIMP<sub>2019</sub> et ci-dessous).

### *Développement durable*

Le développement durable joue un rôle central dans l'accord révisé. Les dispositions correspondantes figurent aux art. 2, 12, 26, 27, 29 et 30. L'inscription dans l'art. 2 marque un changement de paradigme, dans le sens que le développement durable, autrefois considéré comme un principe étranger au marché, présente désormais un caractère égal aux autres principes des marchés publics que sont la transparence, l'égalité de traitement et la concurrence efficace. Il doit donc être appliqué avec le même degré de priorité. Ainsi, une plus grande marge de manœuvre sera accordée aux pouvoir adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable dans ses dimensions économique, sociale et écologique. Ce renforcement du développement durable devrait influencer et influencera de plus en plus la définition du besoin ainsi que la conception des spécifications techniques et des critères d'adjudication dans les appels d'offres futurs.

Demeure toutefois interdite l'utilisation du développement durable à des fins protectionnistes. L'égalité de traitement commande qu'un standard de durabilité tout aussi élevé soit exigé des soumissionnaires suisses et étrangers.

### *Modification des valeurs seuils*

Dans un souci d'harmonisation, la valeur seuil pour les marchés de fournitures dans les procédures de gré à gré a été relevée de CHF 100'000.- à CHF 150'000.-. Elle est donc désormais alignée sur les valeurs seuils des procédures de gré à gré des marchés de services et de construction de second œuvre.

### *Critères d'adjudication sociaux*

L'AIMP<sub>2019</sub> introduit la possibilité pour l'adjudicateur de prendre en compte des critères d'adjudication dits «étrangers» aux marchés publics, soit des critères d'adjudication n'ayant pas de lien direct avec le marché. Ces critères, énoncés à l'article 29, alinéa 2, ne peuvent être utilisés que pour les acquisitions relatives aux marchés non soumis aux accords internationaux. L'adjudicateur peut ainsi prendre en compte, à titre complémentaire, la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée. Ce faisant, il doit évidemment veiller à respecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

### *Davantage de transparence*

Le recours à des technologies de l'information modernes améliore la transparence des marchés publics et facilite l'accès au marché. Dans les procédures ouverte ou sélective, l'appel d'offres, l'adjudication et

l'interruption de la procédure devront obligatoirement être publiés sur la plateforme Internet pour les marchés publics, exploitée conjointement par la Confédération et les cantons (aujourd'hui simap.ch). Il en va de même des adjudications de gré à gré de marchés soumis aux accords internationaux (art. 48 AIMP<sub>2019</sub>). Outre la Confédération et les cantons qui utilisent déjà simap.ch de manière obligatoire, tous les autres adjudicateurs devront désormais également publier sur simap.ch les marchés dans les procédures ouvertes et sélectives. Les cantons restent par ailleurs libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

*Lutte contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption*

L'amélioration des conditions-cadres pour la concurrence est au cœur de la révision de l'AMP. Cet objectif doit principalement être atteint grâce à une transparence accrue et à une lutte plus systématique contre la corruption qui fausse ou entrave la concurrence. La corruption peut prendre différentes formes. L'élément déterminant est l'octroi et l'acceptation d'avantages pécuniaires qui ne reposent sur aucune base légale.

Outre l'article 2, lettre d, AIMP<sub>2019</sub>, relatif au but qui rappelle le principe de la lutte, l'article 11 oblige les adjudicateurs à prendre des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption.

Par ailleurs, il y a lieu de sanctionner, par l'exclusion ou la révocation, tout soumissionnaire qui enfreindrait les dispositions sur la lutte contre la corruption ou qui conclurait un accord illicite affectant la concurrence (cf. art. 44 et 45 AIMP<sub>2019</sub>). A noter que si l'adjudicateur soupçonne un tel accord, il doit en informer la Commission de la concurrence (art. 45 al. 2 AIMP<sub>2019</sub>).

*Catalogue des sanctions*

Les sanctions pouvant être prises dans le cadre de l'adjudication de marchés publics ne se limitent pas à l'exclusion de la procédure. Un arsenal juridique efficace doit également permettre de radier un soumissionnaire d'une liste officielle, de révoquer une adjudication ou de l'exclure des prochains appels d'offres. Les adjudicateurs disposent en la matière d'un large pouvoir d'appréciation.

L'article 44 AIMP<sub>2019</sub> contient une liste de circonstances justifiant une exclusion, une révocation de l'adjudication ou la radiation d'une liste. L'alinéa 1 énumère de manière exhaustive les faits qui doivent être avérés pour motiver une telle sanction. A cet égard, le fait que l'adjudicateur puisse tenir compte des expériences négatives faites à l'occasion de marchés antérieurs, tout comme des résultats d'investigations menées par la COMCO

(accords de soumission, collusion) représente une nouveauté capitale (let. h). L'alinéa 2 comprend une liste non exhaustive de circonstances qui appellent des mesures dès que l'on dispose des «indices suffisants» quant à leur existence. Si l'exclusion ou la révocation se fondent sur un motif non énoncé, l'adjudicateur doit à chaque fois disposer d'indices suffisants.

L'art. 45 AIMP<sub>2019</sub>, quant à lui, inscrit désormais expressément l'avertissement, l'exclusion (jusqu'à cinq ans) et l'amende (jusqu'à 10% du prix final de l'offre) en tant que sanctions. Une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés est tenue par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp).

Le nouvel accord prévoit encore des mesures qui peuvent être prises à l'encontre des adjudicateurs qui contreviendraient aux dispositions de l'AIMP<sub>2019</sub>, notamment la suppression des éventuelles subventions allouées (art. 45 al. 5 AIMP<sub>2019</sub>).

#### *Nouveaux instruments*

L'AIMP<sub>2019</sub> entend offrir aux adjudicateurs et aux soumissionnaires la plus grande marge de manœuvre possible – dans le respect des principes du droit des marchés publics – et encourager le recours aux technologies modernes de l'information dans les marchés publics, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Matériellement, les modifications proposées consistent en particulier dans l'introduction d'instruments d'acquisition flexibles, qui permettent à leur tour l'élaboration de solutions innovantes. Ainsi, des instruments tels que le concours et le mandat d'études parallèles (art. 22), le dialogue entre l'adjudicateur et les soumissionnaires (art. 24), la possibilité de conclure des contrats-cadres et des contrats subséquents (art. 25), ainsi que la conduite d'enchères électroniques (art. 23), sont désormais ancrés dans l'AIMP<sub>2019</sub>. Ils sont exposés brièvement dans les lignes qui suivent.

Les concours et les mandats d'études parallèles, outils bien connus dans le domaine de la construction, sont dorénavant cités à l'art. 22 AIMP<sub>2019</sub> parmi les différentes procédures de mise en concurrence. Les adjudicateurs peuvent se référer aux règles éditées par les associations professionnelles (par exemple les normes SIA) pour organiser des concours ou des mandats d'études parallèles, pour autant qu'ils respectent les principes de l'accord.

Une enchère électronique ne constitue pas une procédure d'adjudication en soi, mais un instrument pouvant être utilisé dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ou lors de la conclusion de contrats subséquents fondés sur des contrats-cadres. Sa particularité réside dans le fait que les offres sont évaluées selon une procédure automatisée et itérative. Cet

instrument ne peut être utilisé que pour l'acquisition de prestations standardisées. L'enchère électronique est précédée d'une phase de pré-qualification, lors de laquelle l'adjudicateur vérifie les critères d'aptitude et les spécifications techniques, puis procède à une première évaluation des offres. Ce n'est que dans un deuxième temps que l'enchère à proprement parler intervient dans la procédure, plusieurs phases d'évaluation étant possibles. Seule la pratique permettra de déterminer les cas dans lesquels ce nouvel instrument pourra avantageusement être utilisé.

L'instrument du dialogue n'est ni prévu dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012, mais dans le droit européen. Une variante suisse du dialogue a été introduite au niveau fédéral en 2010 ; il ne s'agit pas ici d'une procédure autonome, comme c'est le cas dans la législation européenne, mais d'un instrument utilisable dans une procédure ouverte ou sélective. De fait, en cas de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou de prestations innovantes, il est souvent très difficile de décrire et de délimiter le contenu du marché de façon suffisamment précise dans un cahier des charges. Dans le cadre du dialogue, l'adjudicateur peut élaborer des solutions ou des procédés en collaboration avec les soumissionnaires choisis dans le but de parvenir à une définition des prestations qui, d'une part, réponde à ses exigences et, d'autre part, corresponde aux compétences des soumissionnaires. Grâce à cet instrument, il peut mobiliser les connaissances spécifiques des soumissionnaires et promouvoir l'innovation. L'avantage du dialogue pour les soumissionnaires est qu'ils ne doivent pas concevoir leur offre dans les moindres détails au début de la procédure, mais peuvent la préciser progressivement, ce qui permet d'éviter les interruptions de procédure ou le lancement de nouveaux appels d'offres. Il est toutefois évident que le dialogue ne peut pas être utilisé dans le but de négocier les prix offerts (cf. art. 11, let. d, AIMP<sub>2019</sub>).

L'instrument des contrats-cadres n'est également ni prévu dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. Cependant, il est utilisé depuis longtemps au sein des Etats membres de l'UE. Dans les contrats-cadres, l'appel d'offres ne porte pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit de l'adjudicateur d'acquérir certaines prestations au cours d'une période donnée. Les contrats-cadres sont conclus notamment pour des raisons économiques, pour éviter une dépendance vis-à-vis d'un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d'approvisionnement. Lorsqu'il s'agit d'acheter de grandes quantités, cet instrument contribue à l'amélioration du jeu de la concurrence et à la rationalisation des marchés publics. La conclusion d'un contrat-cadre ne fait pas l'objet d'une procédure particulière. Les appels d'offres portant sur des contrats-cadres et la conclusion de ces derniers interviennent dans le

cadre des procédures d'adjudication existantes. La durée du contrat-cadre ainsi que les prix doivent au moins être fixés. L'objet du contrat doit également être défini de manière aussi concrète et exhaustive que possible pour obtenir des prix facturables. L'AIMP<sub>2019</sub> distingue entre le contrat cadre avec un adjudicataire (cf. art. 25, al. 4) et celui avec plusieurs adjudicataires (cf. art. 25, al. 5). Des « raisons suffisantes » sont en outre exigées pour le contrat-cadre avec adjudication multiple.

Pour finir, l'article 34, alinéa 2, AIMP<sub>2019</sub> prévoit désormais que les offres peuvent être remises par voie électronique, à condition que les soumissionnaires qui les présentent puissent être identifiés avec certitude. Les exigences de forme y relatives, notamment les obligations de respecter le délai de remise des offres et de présenter une offre complète, doivent être définies dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

#### *Voies de droit*

A l'heure actuelle, le délai de recours est de 10 jours dans le domaine des marchés publics. Celui-ci s'avère être particulièrement court en comparaison des délais de recours rencontrés dans les autres domaines du droit, qui sont généralement de 30 jours. Le délai de recours ne doit pas être trop long en raison de l'impératif de célérité et de la volonté d'achever rapidement le processus d'acquisition. S'il est trop court, il risque cependant d'y avoir des recours spontanés infondés. Le délai de recours a donc été allongé à 20 jours, ce qui permet d'assurer l'harmonisation entre le droit fédéral et le droit cantonal (art. 56 AIMP<sub>2019</sub>).

L'article 52, alinéa 1, AIMP<sub>2019</sub> prévoit quant à lui que le tribunal administratif cantonal statue en tant qu'instance cantonale unique, pour autant que la valeur du marché atteigne au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (art. 52 AIMP<sub>2019</sub>). Par ailleurs, l'instance de recours pourra désormais statuer sur les éventuelles demandes en dommages-intérêts, en même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit (art. 58 AIMP<sub>2019</sub>), ce qui n'était pas le cas jusqu'à présent.

Enfin et comme c'est déjà le cas, les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas et le recours n'a pas d'effet suspensif.

Pour le surplus, il est renvoyé au message type relatif à la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 ([FR Musterbotschaft IVoeB inkl. Vereinbarungstext und Anhaenge 1-4.pdf \(bpuk.ch\)](#))

#### **IV. Avantages, inconvénients d'une adhésion**

Comme indiqué ci-dessus, l'objectif principal de cette révision est l'harmonisation des législations. L'adhésion à l'AIMP<sub>2019</sub> permet donc à Genève d'adopter les mêmes dispositions que dans les autres cantons et au niveau fédéral. Ainsi les règles seront plus claires pour les soumissionnaires. Par exemple, la négociation des offres est dorénavant interdite dans tous les marchés publics cantonaux et fédéraux. Cette harmonisation des règles permettra également de mieux standardiser les documents d'appel d'offres et de simplifier les procédures.

L'AIMP<sub>2019</sub> accorde davantage d'importance à la qualité des offres par rapport au prix, ce qui permet aux entreprises genevoises de mieux se positionner sur le marché suisse. Cet avantage a été largement mis en avant dans la cadre de l'adoption de la résolution R 1017 : *AIMP révisé : il est urgent que Genève adhère*.

Le développement durable est dorénavant inscrit dans l'AIMP<sub>2019</sub> comme un objectif de l'accord. Ainsi, même si l'utilisation du développement durable à des fins protectionnistes demeure interdit, il pourra être mieux pris en compte par les autorités adjudicatrices lors de la conception du projet, de l'établissement du cahier des charges ou dans l'évaluation des offres.

Compte tenu de la systématique de l'accord, qui se veut quasi exhaustif, il faut être conscient que l'adhésion entraîne une perte d'autonomie du canton pour légiférer sur les procédures : tout est dorénavant réglé au niveau intercantonal. Tel est notamment le cas des dispositions régissant les sanctions qui peuvent être infligées aux soumissionnaires qui ne respectent pas leurs obligations ou celles relatives à l'examen et l'évaluation des offres.

Le corollaire de cette centralisation des règles est le renforcement de la surveillance, tant au niveau de l'Autorité intercantonale (AiMp) qu'au niveau cantonal (création d'une autorité cantonale de surveillance). Ceci génère des coûts, puisque des ressources supplémentaires seront nécessaires. Pour le Centre de compétences (art. 16) et l'Autorité de surveillance (art. 18), on estime les besoins à 2 ETP, soit un 1 ETP pour les tâches de coordination et de communication (secrétariat mutualisé) et 1 ETP pour le traitement des dossiers (juriste). Ce dernier poste pourrait être assumé par les ressources existantes. Des ressources supplémentaires devront être octroyées si le Centre de compétences organise des formations.

Au moment de l'entrée en vigueur de l'AIMP<sub>2019</sub> à Genève, chaque autorité adjudicatrice devra également investir dans la mise à jour de sa documentation et la formation de son personnel.

L'adhésion de Genève à l'AIMP<sub>2019</sub> comporte également des risques, principalement celui de ne pas pouvoir maintenir son obligation envers les soumissionnaires exécutant des prestations sur le canton de respecter les conditions de travail locales (art. 20 al. 1 RMP). Même si cette dernière n'est pas formellement contraire au nouvel accord, elle entre en conflit avec les règles de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI – RS 943.02) et les travaux préparatoires de la révision ont mis en évidence l'obligation pour les cantons de respecter le principe du lieu de provenance consacré par la LMI. Le présent projet de loi propose une solution (art. 4 AVPL) compatible avec le droit supérieur, mais qui s'écarte de la pratique actuelle.

Finalement, il n'est pas possible d'évaluer les conséquences économiques d'une non adhésion, notamment les restrictions d'accès aux marchés publics des autres cantons. Certes, les entreprises genevoises restent protégées par la LMI qui leur garantit un libre accès au marché dans toute la Suisse, mais en pratique certaines contraintes administratives liées à l'absence d'harmonisation des procédures pourraient constituer des obstacles.

## **V. Présentation du projet de loi**

L'adhésion à l'AIMP<sub>2019</sub> implique pour le canton de Genève une refonte complète de sa législation en matière de marchés publics, soit l'adoption d'une nouvelle loi d'adhésion, objet du présent PL, et la révision complète du règlement sur la passation des marchés publics (RMP). En effet, la systématique de la législation est complètement inversée puisque l'AIMP<sub>2019</sub> régit quasi intégralement la matière. Les cantons conservent cependant une compétence législative résiduelle, consacrée par l'art. 63 al. 4 AIMP<sub>2019</sub>, au niveau des exceptions au champ d'application de l'accord (art. 10 AIMP<sub>2019</sub>), du respect des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes et du droit de l'environnement (art. 12 AIMP<sub>2019</sub>) ainsi que des conditions de participation (art. 26 AIMP<sub>2019</sub>). Le droit supérieur et les engagements internationaux de la Suisse doivent néanmoins être respectés par le droit cantonal.

## **Commentaires article par article**

### ***Intitulé de la loi***

L'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (ci-après : l'AIMP<sub>2019</sub>) réserve une certaine marge aux cantons. Le présent projet de loi constitue dès lors une loi d'adhésion ainsi qu'une loi d'application, conformément à l'intitulé du présent projet de loi (ci-après : PL)

### *Considérants*

Le projet de loi est basé, d'une part, sur l'article 93 de la Cst-GE permettant au Grand Conseil d'autoriser le Conseil d'Etat à ratifier des conventions intercantionales et, d'autre part, sur l'accord intercantonal concerné.

#### *Art. 1 (Objet)*

L'alinéa 1 mentionne pour objet du présent PL l'adhésion à l'AIMP<sub>2019</sub>. Pour des raisons pédagogiques, la clause reprend la teneur de l'article 1 AIMP<sub>2019</sub> qui stipule l'application de l'AIMP<sub>2019</sub> à tout marché public, qu'il soit soumis ou non aux accords internationaux.

L'alinéa 2 mentionne que la présente loi a en outre pour objet de déterminer les modalités d'application de l'AIMP<sub>2019</sub>. Certaines dispositions doivent en effet figurer dans une loi au sens formel. Tel est le cas notamment des dispositions relatives aux critères d'aptitude pris en compte dans le canton de Genève et celles relatives aux autorités cantonales compétentes.

#### *Art. 2 (Adhésion à l'accord)*

Cette disposition n'appelle pas de commentaire, étant rappelé qu'en vertu de l'article 93 de la Cst-GE, le Conseil d'Etat ne peut ratifier un accord intercantonal sans en avoir obtenu l'autorisation du Grand Conseil.

#### *Art. 3 (Exceptions)*

Cette disposition fixe les exceptions au champ d'application de l'AIMP<sub>2019</sub> qui viennent compléter, respectivement préciser, celles mentionnées à l'article 10 AIMP<sub>2019</sub>, dans les limites fixées par le droit intercantonal.

La **lettre a** exclut totalement du champ d'application du droit des marchés publics la Banque cantonale de Genève dans la mesure où la majeure partie de son activité revêt un caractère commercial.

La **lettre b** prévoit aussi une exclusion totale pour les caisses de pensions publiques, cantonales et communales comme l'autorise l'article 10 alinéa 1 lettre g) AIMP<sub>2019</sub>, ce qui est nouveau par rapport au droit actuellement en vigueur qui ne prévoit qu'une exonération partielle des caisses de pension.

L'exonération des fondations immobilières de droit public, introduite à l'article 7 al. 3 RMP en 2017, est maintenue à la **lettre c** du présent projet de loi avec la précision qu'il s'agit uniquement des fondations immobilières de droit public instituées par l'article 14A de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977.

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

**L'alinéa 1** pose pour principe l'obligation pour les entreprises genevoises et étrangères souhaitant soumissionner à un marché public de respecter, pour leur personnel intervenant sur le territoire genevois, les dispositions de droit privé et public en vigueur à Genève, intitulées "conditions de travail usuelles à Genève". Celles-ci font l'objet, dans le canton de Genève, de documents écrits établis par l'office cantonal de l'inspection et des relations collectives de travail, sur la base des directives du Conseil de surveillance du marché de l'emploi (CSME), conformément à l'article 23 de la loi genevoise sur l'inspection et les relations du travail (LIRT – rsGE J 1 05). Ces documents ont l'avantage de renseigner les entreprises sur les dispositions relatives au droit du travail qui sont applicables à leur secteur d'activité et qu'il convient de respecter. Cette information consolidée est essentielle pour garantir le respect du principe susmentionné.

Les **alinéas 2 et 3** règlent le régime applicable aux entreprises qui ont leur siège ou leur établissement dans un autre canton suisse. Ces clauses tiennent compte de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI – RS 943.02). L'alinéa 2 ne prévoit l'application des conditions de travail usuelles à Genève que dans l'hypothèse où les conditions du lieu de provenance ne sont pas équivalentes. L'alinéa 3 stipule qu'il revient au CSME de déterminer les critères d'équivalence. Il est précisé que le CSME est la commission tripartite cantonale chargée de la politique générale du marché du travail ainsi qu'il ressort de l'article 18 LIRT.

**L'alinéa 4** précise que les dispositions relatives au droit du travail doivent être respectées non seulement par les soumissionnaires mais également par leurs sous-traitants et par toute autre entreprise intervenant dans l'exécution du marché, notamment celles pratiquant la location de services.

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

Cette disposition développe les principes institués par l'AIMP<sub>2019</sub> en matière de développement durable.

**L'alinéa 1** stipule que l'adjudicateur tient compte du développement durable dès la conception du projet et à chaque étape de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché.

**L'alinéa 2** autorise l'adjudicateur à prévoir des critères et spécifications techniques permettant de garantir le respect des objectifs de développement durable. Il est précisé que ces critères ne peuvent pas être utilisés avec pour seul objectif de favoriser l'économie locale, par exemple en imposant aux soumissionnaires le respect d'écolabels genevois. Cela serait en effet

contraire aux accords internationaux, respectivement à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

**L'alinéa 3** renvoie à l'article 12, alinéa 3 AIMP<sub>2019</sub>, qui stipule que le marché public ne peut être octroyé qu'à des entreprises respectant strictement le droit de l'environnement, y compris celui fondé sur des conventions internationales.

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

**L'alinéa 1** reprend en substance la teneur de l'article 5 al.3 et 4 L-AIMP actuellement en vigueur.

**L'alinéa 2** est nouveau. Il institue un contrôle en matière de protection de l'environnement. Celui-ci s'impose au vu de l'importance du domaine.

**L'alinéa 3** précise que la coordination entre les autorités de contrôle et les adjudicateurs sera concrétisée par voie réglementaire.

**Art. 7 (Procédure sur invitation)**

Cette disposition complète les règles applicables à la procédure sur invitation, lesquelles ne sont pas explicitement mentionnées à l'article 20, al. 2, AIMP<sub>2019</sub>. Le Message type de l'AIMP<sub>2019</sub> du 15 novembre 2019 apporte en revanche les précisions suivantes: « De manière générale, les règles de la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des règles en matière de publication ». Par souci de la sécurité du droit, la solution préconisée dans le message susmentionné est reprise dans le présent article 7. Il est en outre précisé que ces règles correspondent à la pratique actuelle, de sorte que cette disposition n'emporte pas de changement pour l'adjudicateur.

**Art. 8 (Attestations et moyens de preuve)**

A teneur de **l'alinéa 1** les entreprises participant aux marchés publics ont l'obligation de présenter des attestations et autres moyens de preuves permettant à l'adjudicateur de vérifier le respect des conditions de participation, dont notamment les dispositions relatives au droit du travail et de l'environnement.

**L'alinéa 2** stipule que l'adjudicateur peut être amené à solliciter l'apport de ces preuves en tout temps. Conformément à l'article 26, al. 1, AIMP<sub>2019</sub>, les conditions de participation doivent en effet être respectées "lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjugé".

**L'alinéa 3** précise que la non-production des documents requis lors de la procédure d'adjudication entraîne l'exclusion de l'offre, comme c'est déjà le cas aujourd'hui. Lorsque la non-production de documents requis intervient

lors de l'exécution du marché, l'adjudicateur conserve la faculté de révoquer l'adjudication comme prévu à l'article 44 AIMP<sub>2019</sub>.

A noter que la liste des documents à produire en vue de l'adjudication devra être concrétisée par voie réglementaire pour garantir une meilleure sécurité du droit.

**Art. 9 (Sous-traitance)**

**L'alinéa 1** vise à réglementer la sous-traitance, laquelle est, selon l'article 31, al. 1 AIMP<sub>2019</sub>, admise si elle n'a pas été exclue ou limitée par l'adjudicateur dans l'appel d'offres. Le régime actuellement applicable, selon lequel la sous-traitance nécessite l'accord de l'adjudicateur (article 4 al. 3 L-AIMP), est ainsi modifié.

**L'alinéa 2** fixe les conditions d'annonce à respecter par les soumissionnaires, lors de la remise des offres, afin de sous-traiter certaines prestations pour l'exécution du marché. Il reprend à l'identique l'actuel article 35 al. 1 RMP. Cette disposition complète l'article 12, alinéa 4 AIMP<sub>2019</sub>, lequel prévoit que les sous-traitants sont tenus de respecter les conditions de participation durant la procédure d'adjudication et lors de l'exécution des prestations. Il est précisé que même les potentiels sous-traitants doivent être annoncés lors de la remise des offres afin que l'adjudicateur puisse s'assurer que les conditions de participation sont satisfaites par ces derniers.

**L'alinéa 3** règle quant à lui le changement de sous-traitant après l'adjudication qui ne peut intervenir qu'à des conditions restrictives. Un tel changement nécessite ainsi l'existence de justes motifs – comme par exemple la faillite du sous-traitant – et doit être approuvé par l'adjudicateur avant que le nouveau sous-traitant puisse débiter ses prestations.

**L'alinéa 4** stipule que le recours à la sous sous-traitance (ou sous-traitance de deuxième degré) est en principe interdit. Cet alinéa reprend à l'identique l'actuel article 35 al. 6 RMP. Une telle interdiction vise notamment à éviter une perte de contrôle de l'adjudicateur sur les entreprises qui participent à l'exécution du marché et une dilution des responsabilités. Le recours à la sous-traitance de deuxième degré ne peut être autorisé par l'adjudicateur que de manière restrictive, en cas de situation exceptionnelle. L'on peut citer par exemple le cas d'un marché très complexe nécessitant une intervention ponctuelle d'un spécialiste. Il est finalement précisé qu'il incombe au soumissionnaire de s'assurer que l'interdiction de la sous-traitance de deuxième degré est respectée, tant lors du dépôt des offres que de l'exécution des prestations.

**Art.10 (Main-d'œuvre temporaire)**

Cette disposition reprend à l'identique l'article 4 al. 5 à 7 de la L-AIMP actuellement en vigueur. Dans une procédure d'appel d'offres, l'adjudicateur définit des critères d'aptitude lui permettant d'évaluer la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché. Cette évaluation ne doit pas être faussée, au moment de l'exécution du marché, par un recours trop important à la main-d'œuvre temporaire. L'adjudicataire doit néanmoins pouvoir compléter son effectif par des intérimaires si le déroulement des travaux l'exige, au vu notamment des exigences du maître d'ouvrage en matière de délais d'exécution. Il est précisé que la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève avait été saisie d'un recours contre l'actuel article 4 al. 5 à 7 L-AIMP. Cette dernière a eu l'occasion de confirmer, par un arrêt rendu le 16 février 2023, que cette disposition est conforme au droit et notamment à la liberté économique. La disposition est dès lors reprise à l'identique dans le projet de loi.

**L'alinéa 1** concerne la capacité du soumissionnaire à réaliser la prestation et exige de sa part la justification, au moment du dépôt de son offre, qu'il dispose du nombre d'employées ou employés nécessaires à la réalisation de la prestation, en respectant la limitation du travail temporaire prévue à l'alinéa 2.

**L'alinéa 2** fixe quant à lui le nombre, respectivement le pourcentage d'employées ou d'employés temporaires maximum par rapport aux employées ou employés fixes affectés à l'exécution du marché. A partir de 21 employées ou employés fixes sur un chantier, la proportion d'employées ou d'employés temporaires doit être d'au maximum 20%. Ce taux avait été fixé d'entente avec les partenaires sociaux de la construction afin de tenir compte des besoins de l'économie tout en protégeant les employées et employés. En-dessous de 21 employées ou employés fixes sur un chantier, le quota à respecter est fixé en nombre. Sur un chantier nécessitant 5 ou 6 travailleuses ou travailleurs fixes, le fait d'avoir 2 ou 3 intérimaires ne devrait pas poser problème. Une certaine souplesse d'organisation doit être laissée aux petites entreprises composant l'essentiel du secteur de la construction.

**L'alinéa 3** permet au Conseil d'Etat de prévoir des dérogations en fonction de la nature du marché ou de conditions particulières qui pourraient contraindre l'entreprise à recourir au travail temporaire dans une mesure excédant les limites fixées. Ainsi, et à titre d'exemple, des exceptions pourraient être prévues en raison de circonstances imprévues non imputables à l'entreprise ou en raison de l'obligation de recourir à une ou un spécialiste ne faisant pas partie de l'effectif standard de l'entreprise.

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

Cette disposition précise pour l'adjudicateur la notion *d'indices suffisants* figurant à l'article 44 al. 2 AIMP<sub>2019</sub> s'agissant de violations des dispositions relatives au droit du travail.

**L'alinéa 1** reprend pour l'essentiel la teneur de l'article 42, al. 1, let. f, RMP, qui exige l'exclusion de la procédure d'adjudication des entreprises ayant fait l'objet d'une décision prononcée par l'office cantonal de l'inspection du travail (OCIRT).

Dans la mesure où des "indices suffisants" permettent désormais de prononcer les mesures fondées sur l'article 44 AIMP<sub>2019</sub>, le présent article 11 n'exige pas que la décision prononcée par l'OCIRT soit "entrée en force". Cette solution s'impose pour des motifs évidents de diligence et de célérité.

**L'alinéa 2** stipule que la coordination mise en place pour informer les adjudicateurs du prononcé des décisions susmentionnées fera l'objet d'une concrétisation dans le règlement. Une information systématique de l'OCIRT adressée au centre de compétences pourra dans ce contexte être prévue.

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

L'article 12 règle la réduction des délais pour les marchés non-soumis aux accords internationaux en cas d'urgence. Pour ce cas de figure, l'AIMP<sub>2019</sub> ne fixe en effet pas de règles. L'article 46 de l'AIMP<sub>2019</sub>, qui traite des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux, se borne en effet à stipuler que le délai de remise des offres est "en général" d'au moins 20 jours et que ce délai peut être réduit à 5 jours pour les prestations "largement standardisées" (art. 46, al. 4 AIMP<sub>2019</sub>). Le présent article 12 complète ce régime en prévoyant la possibilité, en cas "d'urgence dûment établie", de fixer des délais minimaux de 10 jours. Il est précisé que cette solution correspond aux délais minimaux prévus pour les marchés publics soumis aux accords internationaux en cas d'urgence (art. 47, al. 1, de l'AIMP<sub>2019</sub>).

***Art. 13 (Autorité de recours)***

Cette disposition désigne l'autorité judiciaire amenée à juger les recours contre les décisions des adjudicateurs. L'autorité judiciaire intervient à cet égard en instance unique, comme le prévoit l'article 52, al. 1 de l'AIMP<sub>2019</sub>. L'arrêt rendu ne pourra ensuite être contesté que devant le Tribunal fédéral.

Il est précisé que c'est d'ores et déjà la chambre administrative de la Cour de justice qui est amenée à juger ces recours actuellement, en tant qu'instance unique. Le présent projet de loi maintient le régime actuel sur ce point.

***Art. 14 (Objets du recours)***

**L'alinéa 1** ouvre une voie de droit pour les décisions de l'adjudicateur visées à l'article 53, al. 1 AIMP<sub>2019</sub> prises dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation, indépendamment de la valeur du marché.

**L'alinéa 2** ouvre également une voie de recours permettant de contester des décisions prises dans le cadre des procédures de gré à gré dites exceptionnelles, visées à l'article 21, al. 2 AIMP<sub>2019</sub>. Le gré à gré exceptionnel consiste à adjuger un marché de gré à gré alors que compte tenu de sa valeur, il serait en principe soumis à une autre procédure (sur invitation, ouverte, sélective). Les conditions restrictives pour procéder de la sorte, par exemple en cas d'urgence, sont fixées à l'article 21 al. 2 let. a à i AIMP<sub>2019</sub>. L'alinéa 2 permet de se conformer à l'article 52 al. 1 de l'AIMP<sub>2019</sub> qui stipule qu'une voie de droit doit être ouverte lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation.

**L'alinéa 3** précise qu'aucune voie de droit n'est ouverte dans le cadre de procédures de gré à gré ordinaires au sens de l'article 21, al. 1 AIMP<sub>2019</sub>, dont la valeur du marché est en deçà de la valeur seuil d'une procédure sur invitation.

**Art. 15 (Délai de recours)**

Cette disposition traite du délai de recours et reprend à cet égard la teneur de l'article 56, al. 1 et 2 de l'AIMP<sub>2019</sub>. Cette répétition est souhaitable, car l'accord apporte une différence notable par rapport au régime actuellement en vigueur. Alors que les autres règles de procédure spéciales instituées par l'AIMP<sub>2019</sub> reprennent le régime actuellement applicable, le délai de recours qui est aujourd'hui de 10 jours seulement est prolongé à 20 jours sous l'égide de l'AIMP<sub>2019</sub>. Cette prolongation du délai garantit aux soumissionnaires une meilleure protection juridique. Pour les adjudicateurs, la prolongation du délai de recours aura des répercussions sur le planning des procédures de marchés publics, puisqu'il n'est pas possible de conclure de contrats avant l'échéance du délai de recours.

**Art. 16 (Centre de compétences)**

**L'alinéa 1** prévoit la mise en place d'un centre de compétences en matière de marchés publics, ce qui est nouveau par rapport au dispositif actuellement en vigueur.

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.

Comme indiqué au chapitre IV, la création de ce centre de compétences nécessite des ressources supplémentaires, lesquelles pourront en partie être

mutualisées avec celles de l'autorité de surveillance (cf ci-dessous commentaire article 18).

La mise en œuvre du droit sur les marchés publics étant décentralisée, car assurée individuellement par l'ensemble des adjudicateurs du canton, ceci ne favorise pas une application harmonisée. La mise à disposition d'un centre de compétences permettra de pallier cet inconvénient, étant rappelé que l'harmonisation est l'un des objectifs de la révision des législations fédérales et cantonales en matière de marchés publics.

**L'alinéa 2** stipule que le centre de compétences a pour mission principale d'informer et de répondre aux questions des adjudicateurs genevois. Il ne va donc ni réaliser des appels d'offres ni valider des documents. Il pourra en revanche publier spontanément toute information utile sur le site Internet du canton de Genève.

**L'alinéa 3** dispose que le centre de compétences peut également renseigner les entreprises participant aux marchés genevois. Il est précisé que, pour les entreprises participant aux marchés genevois, le centre de compétences se bornera à répondre aux questions générales qui lui seront posées; il n'a pas vocation de donner des conseils.

**L'alinéa 4** mentionne quant à lui la faculté du centre de compétences de mettre en place des formations et d'édicter des recommandations à l'attention des adjudicateurs.

Enfin, **l'alinéa 5** permet au centre de compétences de participer à toute modification du droit des marchés publics, afin d'en garantir la cohérence du dispositif et sa conformité au droit supérieur.

**Art. 17 (Commission consultative)**

Cette disposition reprend en substance l'article 5, al. 2 de la Loi d'adhésion actuellement en vigueur.

Actuellement, les membres de la commission consultative sont désignés à l'article 59 al.2 RMP. Il s'agit de représentants des principaux adjudicateurs du canton, des partenaires sociaux ainsi que des organes de contrôle des conditions de travail. Au vu de l'importance accordée par l'AIMP<sup>2019</sup> au droit de l'environnement, la composition de la commission consultative pourrait être reconsidérée.

Les attributions de la commission devront être revues, en tenant compte des compétences attribuées aux différentes instances cantonales prévues par le présent projet de loi.

La commission devra ainsi être envisagée comme une plateforme d'échange entre adjudicateurs, partenaires sociaux et organes de contrôle.

Elle pourra dénoncer à l'autorité cantonale de surveillance les cas de violation de l'accord portés à sa connaissance.

**Art. 18 (Autorité cantonale de surveillance)**

**L'alinéa 1** prévoit l'institution d'une autorité cantonale de surveillance en matière de marchés publics, ce qui est une nouveauté par rapport à la situation actuelle. Cette disposition concrétise l'obligation découlant de l'article 62 alinéa 1 de l'accord.

La portée de sa mission concerne tous les types de procédures et de marchés soumis au droit des marchés publics menés dans le canton, et tous les acteurs intervenant dans les procédures de marchés publics. Sa composition collégiale et son rattachement au Conseil d'Etat garantit la neutralité et l'impartialité des décisions prononcées.

Le fait que l'autorité de surveillance soit composée d'adjudicateurs ne remet pas en cause son objectivité ni sa neutralité. En effet, l'autorité ne prononce pas de sanction contre les adjudicateurs et peut uniquement édicter des instructions à leur encontre. L'autorité de surveillance doit en outre respecter les règles de droit administratif et notamment celles applicables en matière de récusation.

Les situations justifiant l'intervention de l'autorité de surveillance resteront a priori relativement rares, si l'on observe le volume des infractions graves commises à Genève ou dans les autres cantons, ces dernières années. Pour cette raison, le Conseil d'Etat estime que les ressources internes pourraient suffire au fonctionnement de l'autorité de surveillance, sauf pour le secrétariat (cf. ci-dessus chapitre IV).

**Alinéa 2** : Conformément à la possibilité laissée par l'article 45 al. 1 de l'accord, la compétence de prononcer les sanctions consistant en l'exclusion des futurs marchés publics, une amende ou un avertissement, est attribuée exclusivement à l'autorité cantonale de surveillance, lesdites sanctions ne peuvent donc pas être prises par l'adjudicateur. Cette centralisation a pour but de préserver les relations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires et d'éviter ainsi des conflits et des tensions pouvant entraver la délivrance de la prestation publique. Les adjudicateurs conservent toutefois le pouvoir de prendre les mesures prévues à l'article 44 de l'accord, soit l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication.

**Lettre a**: Les sanctions prévues à l'article 45 al.1 de l'accord sont l'exclusion des marchés publics pendant 5 ans au plus, l'amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre, ou l'avertissement. Les sanctions sont prononcées en respectant le principe de la proportionnalité. L'exclusion des futurs marchés publics est étendue à tous les marchés cantonaux et

communaux menés dans le canton et n'est donc pas restreinte aux seuls marchés d'un adjudicateur.

**Lettre b:** Concrétise l'obligation instaurée à l'article 45 al. 3 de l'accord de communiquer les exclusions des futurs marchés entrées en force à l'autorité intercantonale des marchés publics (AiMp), qui doit en tenir la liste. Cette obligation est également faite aux adjudicateurs de la Confédération. Ainsi, l'AiMp et la Confédération tiennent une liste des fournisseurs exclus des futurs marchés publics et échangent de façon appropriée les données ainsi collectées.

**Lettre c:** Concrétise pour l'autorité de surveillance, l'obligation de l'article 45 alinéa 2 de l'accord de communiquer à la Commission de la concurrence (COMCO), indépendamment du prononcé d'une sanction à l'encontre du soumissionnaire, tout soupçon d'accord illicite affectant la concurrence.

**Lettre d:** L'autorité de surveillance peut édicter envers les adjudicateurs, les instructions visées à l'article 45 alinéa 4 de l'accord et en assurer le respect. Ces instructions sont contraignantes.

**Alinéa 3:** Cet alinéa énonce les divers moyens dont dispose l'autorité cantonale de surveillance pour exécuter ses tâches suite à une dénonciation ou d'office lorsqu'elle a connaissance de cas relevant de sa compétence. L'adjudicateur, les soumissionnaires participant au marché ou tout tiers peuvent porter à la connaissance de l'autorité cantonale de surveillance des situations relevant de sa compétence. De même, les organes de contrôle institués par la loi concernant le droit du travail et de l'environnement, ainsi que les organes de contrôle des adjudicateurs et de surveillance institués par la loi sur la surveillance de l'Etat peuvent également annoncer à l'autorité cantonale de surveillance les cas pouvant donner lieu au prononcé des sanctions prévues à l'article 45 de l'accord, notamment lorsque leur intervention n'est pas ou peu suivie d'effet.

**Alinéa 4:** Cet alinéa impose un devoir de collaboration envers l'autorité de surveillance de la part de toutes les entités ayant participé au marché. C'est le pendant du droit d'accès de l'autorité de surveillance aux informations et documents, pour la bonne exécution de sa mission. Le secret de fonction et les secrets d'affaires ne peuvent lui être opposés dans le cadre de l'instruction du cas spécifique.

**Alinéa 5:** Cet alinéa précise qu'un règlement de fonctionnement pourra être adopté. Un tel règlement visera notamment à indiquer les modalités de désignation des personnes appelées à siéger au sein de ce collège, les majorités nécessaires à la prise de décision, etc.

**Alinéa 6:** Il est rappelé que la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 est applicable, s'agissant de décisions qui seront rendues par une autorité administrative.

**Art. 19 (Disposition transitoire)**

Afin de respecter les règles de droit transitoire, l'alinéa 1 prévoit l'application de l'accord intercantonal ainsi que de la loi d'adhésion actuellement en vigueur, pour les procédures d'adjudication déjà en cours.

Il est précisé que seule la procédure d'adjudication, depuis son lancement jusqu'à sa clôture, est visée, de sorte que l'AIMP<sub>2019</sub> s'applique pleinement après adjudication du marché.

L'**alinéa 2** précise, par souci de la sécurité du droit, le moment déterminant à partir duquel la procédure est réputée lancée, selon le type de procédure.

L'**alinéa 3** précise quant à lui, le moment déterminant pour la clôture de la procédure, à savoir la décision d'adjudication.

**Art. 20 (Dispositions d'exécution)**

Cette clause permet au Conseil d'Etat d'édicter, par voie réglementaire, toute disposition d'exécution jugée utile, en sus de celles expressément mentionnées dans le présent projet de loi. Certaines délégations de compétences sont d'ores et déjà prévues en faveur du Conseil d'Etat, à savoir la conclusion d'éventuels accords transfrontaliers (lesquels sont visés à l'article 6, al. 4 de l'AIMP<sub>2019</sub>). Le Conseil d'Etat est également habilité à ratifier les modifications d'une importance mineure de l'AIMP<sub>2019</sub> et abroger la décision sur l'adhésion à l'Accord intercantonal du 15 mars 2001 sur les marchés publics, lorsque tous les cantons auront adhéré à l'AIMP<sub>2019</sub>.

**Art. 21 (Clause abrogatoire)**

Cette disposition abroge la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997, puisque le présent projet de loi est une refonte de cette dernière.

**Art. 22 (Entrée en vigueur)**

Cette disposition prévoit que le Conseil d'Etat fixe l'entrée en vigueur de la loi, afin de garantir une entrée en vigueur simultanée de la loi et de son règlement d'exécution.

Au bénéfice de ces explications, nous vous remercions de réserver un bon accueil au présent projet de loi.