

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3105/2020-MARPU

ATA/1177/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 novembre 2020

dans la cause

SMARTWAVE SA

représentée par Me Christophe Gal, avocat

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

EN FAIT

- 1) Par décision du 17 septembre 2020, la direction générale des finances de l'État (ci-après : DGFE) a informé Smartwave SA (ci-après : Smartwave ou la société) que l'offre qu'elle avait déposée dans le cadre de l'appel d'offres pour l'acquisition d'une solution de virtualisation des données avait été classée au deuxième rang sur deux offres valables. Le marché avait été attribué à Thinko Sàrl à Genève. L'analyse de l'offre de Smartwave l'avait placée au second rang pour chacun des trois critères d'adjudication, soit, premièrement, la qualité, notamment de la plateforme et des services liés ainsi que les résultats des tests, pour une pondération de 70 % ; deuxièmement le prix, à hauteur de 24 % et troisièmement la qualité de l'entreprise, pondérée à 6 %, en fonction de deux sous-critères, portant sur la contribution à la composante sociale et environnementale du développement durable.
- 2) Par courriel du mercredi 23 septembre 2020 à 17h28, le responsable de la société a sollicité de la DFGÉ un entretien. Il avait reçu le matin même la décision susmentionnée.
- 3) Un entretien s'est tenu le jeudi 1^{er} octobre 2020 en présence de quatre représentants de l'État de Genève.
- 4) Par acte daté du vendredi 2 octobre 2020, timbré du dimanche 4 octobre 2020, affranchi avec un autocollant « recommandé prepaid », la société a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication précitée.
- 5) Interpellée par la chambre de céans sur les motifs pour lequel son recours aurait, éventuellement, été déposé tardivement, Smartwave a précisé que Madame Corinne GOOSSENS, représentant la Centrale commune d'achat de l'État (ci-après : CCA) qui avait participé à l'entretien du 1^{er} octobre 2020, lui avait indiqué que le délai de recours arriverait à échéance le lundi 5 octobre 2020. La société n'avait jamais déposé de recours en vingt années d'activité. Cette démarche était importante. Elle s'était fiée à l'information donnée par l'autorité intimée.
- 6) Interpellée, la CCA a précisé que l'information avait été donnée sur la base du courriel du mercredi 23 septembre 2020 de la société précisant qu'elle avait reçu la décision le jour même. Or, il s'avérait qu'elle l'avait reçue le mardi 22 septembre 2020. La société ne pouvait pas invoquer sa bonne foi et prétendre avoir déposé son recours dans le délai en s'en remettant au calcul du délai de l'intimée dès lors qu'elle avait fourni une information erronée sur le dies a quo du délai.

- 7) Sous la plume d'un conseil, la société a précisé ses conclusions sur le fond du recours, y compris des conclusions préalables sur mesures superprovisionnelles et sur mesures provisionnelles tendant à la restitution [recte : l'octroi] de l'effet suspensif au recours et à ce qu'il soit fait interdiction à l'État de Genève de conclure avec Thinko Sàrl le contrat résultant de la décision d'adjudication. Au fond, la décision devait être annulée et, cela fait, le marché concerné attribué à Smartwave.

Elle avait mis le recours sous pli le vendredi 2 octobre 2020 dans l'après-midi, ce dont pouvait témoigner la personne qui s'en était occupée. Elle pourrait de même confirmer que le directeur de la société s'était rendu le jour même à la boîte aux lettres sise en face de ses bureaux pour y déposer ledit courrier. La confusion résultait du fait qu'elle avait procédé à son envoi par « recommandé prepaid », ce qui impliquait qu'une étiquette prépayée, contenant un code-barres, soit apposée sur l'enveloppe, cette dernière pouvant être déposée directement dans une boîte aux lettres. Une telle façon de faire avait l'inconvénient de ne pas générer d'attestation de dépôt, dans l'hypothèse où le courrier n'était pas remis à un guichet ou à un automate My Post 24. Or, se fiant aux informations erronées qui lui avaient été communiquées par le pouvoir adjudicateur, Smartwave n'avait pas jugé utile de s'assurer qu'une attestation de dépôt datée du 2 octobre 2020 lui serait remise. Toutefois, le recours avait été remis à une poste suisse le 2 octobre 2020. Cette réalité était attestée par le fait que le courrier contenant le recours avait été trié en date du dimanche 4 octobre 2020, soit un jour de fermeture des guichets postaux, mais également par le fait qu'un tel tri impliquait un dépôt dans la boîte aux lettres concernée avant la levée de 8h le samedi matin, conformément à la photo de la boîte aux lettres qu'elle joignait à ses écritures. Pour le surplus, les bureaux de la société étaient fermés le samedi et son directeur, signataire du recours et qui avait déposé l'envoi, résidait en France, de sorte qu'on le voyait mal revenir « aux aurores » un samedi matin pour poster un courrier dont il était persuadé qu'il pouvait l'être le lundi.

En application du principe de la confiance et du fait que le recours avait été remis à une poste suisse dans le délai légal prévu pour ce faire, soit le 2 octobre 2020, le recours devait être déclaré recevable à la forme.

- 8) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.
- 9) Par courrier spontané du 20 novembre 2020 à la chambre de céans, Smartwave a rappelé sa requête en mesures superprovisionnelles et provisionnelles

EN DROIT

- 1) Interjeté devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous cet aspect (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Le marché public litigieux est soumis aux accords internationaux, ainsi qu'aux dispositions de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP, du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Le droit des marchés publics est formaliste, ce que la chambre administrative a rappelé à plusieurs reprises (ATA/243/2020 du 3 mars 2020 consid. 4d et les références citées).
- 3)
 - a. Selon l'art. 17 ch. 1 LPA, les délais commencent à courir le lendemain de leur communication ou de l'événement qui les déclenche.
 - b. Les délais de réclamation et de recours fixés par la loi sont des dispositions impératives de droit public. Ils ne sont, en principe, pas susceptibles d'être prolongés (art. 16 al. 1 LPA), restitués ou suspendus, si ce n'est par le législateur lui-même. Celui qui n'agit pas dans le délai prescrit est forclos et la décision en cause acquiert force obligatoire (ATA/1476/2017 du 14 novembre 2017 consid. 2b et les références citées).
 - c. Selon l'art. 16 al. 3 LPA, la restitution pour inobservation d'un délai imparti par l'autorité peut être accordée si le requérant ou son mandataire a été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé. La demande motivée doit être présentée dans les dix jours à compter de celui où l'empêchement a cessé. Comme cela ressort expressément du texte légal, cette disposition ne s'applique toutefois qu'aux délais fixés par l'autorité, et non aux délais légaux comme dans la présente espèce.
 - d. Le strict respect des délais légaux se justifie pour des raisons d'égalité de traitement et n'est pas constitutif de formalisme excessif (ATF 142 V 152 consid. 4.2 in fine).
- 4) L'adjudication est une décision susceptible de recours, lequel doit être déposé dans les dix jours dès la notification de la décision (art. 15 al. 1bis let. e et al. 2 AIMP ; art. 56 RMP).
- 5) En l'espèce, la décision querellée est une décision d'adjudication, qui a été reçue par la recourante le mardi 22 septembre 2020, ce qu'elle ne conteste pas.

En conséquence, le premier jour du délai était le mercredi 23 septembre 2020 et le dernier jour le vendredi 2 octobre 2020.

Le recours, timbré du dimanche 4 octobre 2020, est dès lors tardif.

- 6) Les cas de force majeure sont réservés, conformément à l'art. 16 al. 1 2^{ème} phr. LPA. Tombent sous le coup de cette notion les événements extraordinaires et imprévisibles qui surviennent en dehors de la sphère d'activité de l'intéressé et qui s'imposent à lui de façon irrésistible (ATA/1051/2017 précité consid. 5 ; ATA/105/2014 précité consid. 5).

La recourante ne se prévaut pas d'un tel cas.

- 7) Dans un premier temps, la recourante a allégué avoir respecté le délai, échéant le lundi 5 octobre 2020, conformément aux indications que lui avait données le pouvoir adjudicateur. Elle invoque le principe de la bonne foi.

a. Découlant directement de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 8D_4/2017 du 26 avril 2018 consid. 5.5). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (1) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (2) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (3) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore (4) qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et (5) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_906/2017 du 7 mai 2018 consid. 3.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, p. 206 s n. 578 s).

b. En l'espèce, la recourante ne peut se prévaloir du principe de la bonne foi et être protégée dans la confiance qu'elle a mise dans le renseignement fourni par la CCA dès lors que non seulement il n'appartient pas à cette dernière de calculer le délai de recours à l'encontre de sa propre décision, mais que, de surcroît, il aurait appartenu à la société de fournir un renseignement exact sur la date de réception de la décision, voire qu'elle se rende compte qu'elle avait fourni un renseignement inexact à la base du raisonnement de l'autorité intimée. En conséquence, la

troisième condition pour l'application du principe de la bonne foi n'est en tous les cas pas remplie.

8) Dans ses dernières écritures, sous la plume d'un conseil, la recourante se prévaut d'avoir posté le recours le vendredi 2 octobre 2020 et d'avoir ainsi respecté le délai.

a. Il ressort expressément du document relatif au « recommandé prepaid » que, pour obtenir une attestation de dépôt, il est indispensable de remettre l'envoi au guichet ou à l'automate My Post 24. Le document, dont l'autocollant prepaid est issu, précise qu'en cas de dépôt dans une boîte aux lettres, la date de dépôt correspond à la première saisie électronique du code à barres par la Poste. En l'espèce, la première saisie électronique a été effectuée le dimanche 4 octobre 2020. Le dernier délai pour déposer le recours étant le vendredi 2 octobre 2020, celui-ci est tardif et doit être déclaré irrecevable.

b. Dans ses écritures du 10 novembre 2020, la recourante a offert de prouver, par témoins, le dépôt du recours dans la boîte aux lettres le vendredi 2 octobre 2020.

La date du dépôt d'un acte de procédure est présumée coïncider avec celle du sceau postal (ATF 142 V 389 consid. 2.2 ; 124 V 372 consid. 3b). La partie qui prétend avoir déposé son acte la veille de la date attestée par le sceau postal a cependant le droit de renverser cette présomption par tous moyens de preuve appropriés (ATF 142 V 389 consid. 2.2 ; 124 V 372 consid. 3b). La présomption ne saurait être renversée au moyen d'une preuve offerte après l'expiration du délai de recours (arrêt du Tribunal fédéral 6B_157/2020 du 7 février 2020 consid. 2.4 paru in SJ 2020 I 232). Ainsi, indiquer à l'autorité judiciaire, pour la première fois après l'expiration du délai de recours, que le pli litigieux aurait été déposé en présence de témoins n'est pas admissible (arrêt du Tribunal fédéral 6B_157/2020 précité consid. 2.4).

L'avocat qui se contente de déposer son pli dans une boîte postale n'est pas sans ignorer le risque qu'il court que ce pli ne soit pas enregistré le jour même de son dépôt, mais à une date ultérieure. S'il souhaite renverser la présomption résultant du sceau postal apposé sur l'enveloppe ayant contenu un acte de procédure, on est en droit d'attendre de lui qu'il indique spontanément - et avant l'échéance du délai de recours - à l'autorité compétente avoir respecté le délai, en présentant les moyens probatoires en attestant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_503/2019 du 20 décembre 2019 consid. 4.1 et les références citées; 8C_696/2018 du 7 novembre 2018 consid. 3.4; 6B_397/2012 du 20 septembre 2012 consid. 1.2). Est notamment admissible, à titre de preuve, l'attestation de la date de l'envoi par un ou plusieurs témoins mentionnés sur l'enveloppe concernée (ATF 142 V 389 consid. 2.2 et les références citées). La présence de signatures sur l'enveloppe n'est pas, en soi, un moyen de preuve du dépôt en temps utile, la

preuve résidant dans le témoignage du ou des signataires; il incombe dès lors à l'intéressé d'offrir cette preuve dans un délai adapté aux circonstances, en indiquant l'identité et l'adresse du ou des témoins (arrêts 5A_972/2018 du 5 février 2019 consid. 4.1; 8C_696/2018 précité consid. 3.3).

c. En l'occurrence, dès lors que le sceau postal sur le pli ayant contenu le recours mentionne la date du 4 octobre 2020, ledit recours est présumé avoir été déposé à cette date, donc tardivement. Ni le pli ayant contenu le recours, ni le mémoire de recours, ne comportent d'explications relatives à un éventuel dépôt, le vendredi 2 octobre 2020. Ce n'est que le 10 novembre 2020, soit après l'expiration du délai de recours, après interpellation du recourant par la chambre de céans sur le respect dudit délai, puis de l'autorité intimée sur les éventuelles assurances données à la recourante que la société a mandaté un avocat, lequel a fait état d'un dépôt deux jours avant la date du timbre postal, tout en évoquant un moyen de preuve tenu à la disposition de la chambre de céans. Ce n'est dès lors que plus d'un mois après le dépôt du recours, que la société a invoqué l'existence de témoins pour prouver la date du dépôt de son acte. Une telle manière de procéder n'est pas admissible et ne permet pas au recourant de renverser la présomption découlant du sceau postal, ni celle de tardiveté du recours (arrêt du Tribunal fédéral 6B_157/2020 précité consid. 2.4 ; 8C_696/2018 précité consid. 3.4). Le fait que la société n'ait pas bénéficié des conseils d'un mandataire avant ses dernières écritures est sans incidence sur ce qui précède. En effet, persuadée que le délai de recours arrivait à échéance le lundi 5 octobre 2020, elle n'aurait pas offert spontanément de prouver le dépôt de celui-ci le 2 octobre 2020. Les échanges d'écritures qui ont suivi ont servi à établir les faits en lien avec le renseignement fourni par le pouvoir adjudicateur.

Au vu de ce qui précède, le recours doit donc être déclaré irrecevable.

- 9) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 4 octobre 2020 par Smartwave SA contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 17 septembre 2020 ;

met à la charge de Smartwave SA un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christophe Gal, avocat de la recourante, à la direction générale des finances de l'État, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, Mmes Payot
Zen-Ruffinen et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :