

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PAU**

mc

N° 2101576

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE ELECTRICITE DE FRANCE (EDF)

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Lola Neumaier
Rapporteure

Le tribunal administratif de Pau

Mme Anne Beneteau
Rapporteure publique

(1^{ère} chambre)

Audience du 7 mars 2024
Décision du 29 mars 2024

39-02
C+

Vu la procédure suivante :

Par une requête et trois mémoires, enregistrés le 16 juin 2021, le 27 octobre 2021, le 3 mai 2022, et le 3 mars 2023, la société Electricité de France (EDF), représentée par Me Alonso Garcia, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler le lot n° 1 intitulé « Mix énergétique national » de l'accord-cadre à marchés subséquents relatif à la fourniture et à l'acheminement d'électricité et autres services attribué aux sociétés Engie, Total Direct Energie et Plum Energie le 12 avril 2021 ;

2°) à titre subsidiaire, d'en prononcer la résiliation ;

3°) de mettre à la charge de la communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées une somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- son recours est recevable ; en tant que concurrent évincé, elle dispose d'un intérêt pour agir ;
- sa requête n'est pas tardive, dès lors qu'elle a été introduite dans le délai franc de deux mois à compter de la publication du dernier avis de conclusion du contrat ;
- elle produit le contrat attaqué ;
- le contrat, en tant qu'il demande une valorisation des certificats d'économie d'énergie (CEE), est entaché de vices tirés de la méconnaissance des règles de la comptabilité publique et est illégal ;

* dès lors que les règles de comptabilité publique sont d'ordre public, elle peut se prévaloir de ces vices sans avoir à démontrer qu'ils sont en rapport direct avec son éviction ;

* le sous-critère « Valorisation des CEE générés par les membres » revient à opérer une double compensation et un paiement en nature ;

* les certificats d'économie d'énergie (CEE), qui constituent des biens meubles négociables en vertu des dispositions de l'article L. 211-8 du code de l'énergie, reposent sur une obligation triennale d'économies d'énergie imposée par les pouvoirs publics aux fournisseurs d'énergie dont les ventes atteignent un certain seuil, les « obligés », ces derniers se voyant délivrer des certificats lors de la réalisation d'opérations d'économie d'énergie ; ils peuvent également acheter des CEE à d'autres acteurs ; la détention d'un montant insuffisant de CEE expose leur titulaire à des sanctions ;

* la valorisation des CEE demandée par le pouvoir adjudicateur conduit à opérer une compensation entre la facture d'énergie issue de l'accord-cadre en litige, et la cession de CEE dans le cadre d'un contrat de vente ;

* le pouvoir adjudicateur sollicitait des candidats la mise en place d'un montage consistant en la cession des CEE qu'il a générés aux attributaires des marchés subséquents à l'accord-cadre, en contrepartie d'une réduction du montant de ses factures d'électricité ;

* ce faisant, le pouvoir adjudicateur et les titulaires du marché réalisent une double compensation ou un paiement en nature, le pouvoir adjudicateur faisant déduire de ses factures d'électricité le coût des CEE qu'il cède, et les attributaires imputant le coût de ces CEE, en moins-values, sur les factures d'électricité émises ; il est alors réalisé une double-compensation, d'une part de la part de la personne publique acheteuse, qui déduit de sa facture le coût des CEE qu'elle cède, et d'autre part du titulaire du marché, qui au lieu de payer le prix de vente des CEE, en déduit le coût de l'électricité qu'il cède à la personne publique acheteuse ;

* d'une part, cette double-compensation ou paiement en nature est contraire aux règles de la comptabilité publique ; lorsqu'une compensation est mise en œuvre par une personne publique à l'encontre d'une personne privée, elle est subordonnée à une même nature juridique de la dette et de la créance réciproques ; elle ne doit pas conduire à méconnaître le principe d'universalité régissant les finances publiques ; elle est en revanche interdite lorsqu'elle est opérée par une personne privée à l'encontre d'une personne publique ;

* d'autre part, le paiement en nature ne fait pas partie des instruments de paiement prévus par le code monétaire et financier ; pour les débiteurs d'une personne publique, la dation en paiement n'est possible que sur autorisation expresse d'une loi ou d'un règlement, conformément aux dispositions de l'article 25 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable ; or, aucune loi ou règlement n'autorise la dation en paiement en matière de fourniture d'électricité ;

* le paiement en nature ne fait pas intervenir le comptable public, en méconnaissance du principe de l'exclusivité de compétence du comptable public pour procéder au recouvrement des recettes publiques ;

* en l'espèce, la double compensation résultant de la valorisation des CEE générés par les membres est illégale dès lors que les deux créances, qui reposent sur des actes distincts, n'ont pas la même nature : la facture d'électricité repose sur le marché alors que le rachat de CEE repose sur une opération de travaux extérieure à ce contrat ;

* cette analyse est confirmée par la circonstance que trois des quatre soumissionnaires n'ont pas été en mesure de mettre en œuvre cette demande du pouvoir adjudicateur ;

* la méconnaissance des règles de comptabilité publique a conduit à attribuer le contrat à un candidat ayant présenté une offre irrégulière ;

- l'offre présentée par la société Engie aurait dû être écartée comme irrégulière dès lors qu'elle méconnaît la législation applicable ;

- le sous-critère de second rang relatif à la valorisation des CEE est sans lien avec l'objet du marché, qui est la fourniture et l'acheminement d'électricité et services associés,

en méconnaissance de l'article R. 2152-7 du code de la commande publique ; le ministère de l'économie n'envisage d'ailleurs la valorisation des CEE que comme un élément du prix, et que pour les seuls marchés de travaux ;

- ce sous-critère entraîne une violation des principes d'égalité des candidats à la commande publique et de transparence, dès lors que sa mise en œuvre conduit à discriminer les soumissionnaires selon que la réglementation les soumet ou non à des obligations en matière d'économie d'énergie ; ce critère est discriminatoire dès lors, notamment, que la société Plum Energie n'est pas une personne obligée figurant sur la liste établie par le ministère de l'économie et des finances, ni sur le registre EMMY ; la CAPBP ayant noté la société Plum Energie sur ce critère, elle a commis une erreur matérielle ou a entaché sa note d'une erreur manifeste d'appréciation ;

- les offres des sociétés Engie, Total Direct Energie et Plum Energie auraient dû être rejetées comme irrégulières dès lors qu'elles ont proposé une variante aux exigences minimales du cahier des charges en proposant un traitement des demandes courantes par le service client dans un délai maximum de 48 heures, alors que l'article 2.3. du règlement de la consultation précise expressément qu'aucune variante n'est autorisée et que l'article 5.1 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) prévoit que le traitement des demandes courantes par le service client sera réalisé au maximum dans un délai de cinq jours ouvrés ;

- la possibilité d'aller au-delà des exigences minimales posées par le mémoire technique n'était pas prévue par les documents de la consultation ; elle a obtenu la note de 3/5 à ce sous critère, car elle a indiqué que le traitement des demandes courantes serait effectué dans un délai de 5 jours ; les sociétés attributaires du contrat ont obtenu la note de 4/5 dès lors qu'elles ont indiqué que ce délai de traitement serait de 48 heures ; or, aucun document de consultation ne précisait qu'il était permis d'aller au-delà des exigences du cahier des charges ; ce comportement revient à mettre en œuvre un critère occulte et à méconnaître le principe de transparence ;

- le sous critère de la valeur technique relatif à la « gestion des garanties de capacité » n'était pas suffisamment défini, ce qui porte atteinte au principe de transparence ; le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et le CCTP précisaient seulement que les « candidats préciseront les modalités calculatoires de répercussion du coût de la capacité » ; le mémoire technique ne donnait que très peu d'informations aux candidats ;

- la pondération du critère du prix ne permet pas de retenir l'offre la plus économiquement avantageuse ; ce critère ne représente que 0,5 points sur 20, soit seulement 2,5 % de la note finale, ce qui conduit à ce qu'il n'ait aucune incidence sur le classement des offres ; si la particularité des accords-cadres de fourniture d'électricité peut justifier que ce critère soit pondéré plus faiblement, elle ne saurait toutefois conduire à sa neutralisation ;

- le critère du prix retenu n'est pas pertinent au regard de l'objet du marché ; ce critère a été noté de façon irrégulière.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 23 mai 2022 et le 6 mars 2023, la communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées, représentée par Me Labayle-Pabet, conclut à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire, au prononcé d'une mesure de régularisation du marché en vue de le purger d'une éventuelle illégalité, et en tout état de cause, à ce que soit mise à la charge de la société EDF une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête de la société EDF est irrecevable dès lors qu'elle n'est pas accompagnée d'une copie de l'acte d'engagement signé ;

- la société EDF ne saurait soutenir que le sous-critère relatif à la valorisation des CEE méconnaîtrait les règles de la comptabilité publique ;

* ce moyen est inopérant dès lors qu'il n'est pas en rapport direct avec l'éviction de la société EDF ; la suppression de cet élément de notation n'engendrerait aucun changement dans le classement final des offres ; par ailleurs, ce manquement n'est pas d'une gravité telle que le juge devrait le relever d'office ;

* un tel moyen n'est pas fondé dès lors que cette valorisation n'engendre aucune compensation illégale ; ce montage s'inscrit dans une démarche enserrée dans un cadre contractuel unique, où les dettes et les créances des parties sont issues de ce même contrat ; par ailleurs, le guide 2017 du syndicat national des directeurs généraux des collectivités territoriales relatif à la passation des marchés publics de fourniture d'électricité prévoit expressément la faculté pour les acheteurs publics de prendre en compte les CEE dans le cadre de la définition des mécanismes du prix du marché ; à supposer que ce mécanisme constitue une compensation, celle-ci ne serait pas irrégulière dès lors que la vente de CEE s'apparentant à celle d'un bien mobilier, elle constitue un contrat de droit privé et n'est dès lors pas soumise aux dispositions du code de la commande publique ; il résulte en outre d'une instruction budgétaire et comptable M14, modifiée en 2020, que les CEE produits et détenus par les membres du groupement de commande sont des éléments identifiables de leur patrimoine qui ont une valeur économique propre et peuvent être cédés ; dès lors, dans le cadre d'une relation contractuelle unissant les membres du groupement à un vendeur d'électricité, rien ne s'oppose à ce que les premiers cèdent au second leurs CEE en contrepartie d'une réduction de la facture énergétique, l'article 3.2 du règlement de consultation précisant à cet égard que les prestations seront financées sur les ressources budgétaires propres du pouvoir adjudicateur ;

* la créance ne repose pas sur une base litigieuse ; le code de l'énergie ne précise pas les modes d'acquisition possibles des CEE et ces derniers peuvent dès lors être cédés ou transférés selon des modalités variées ; rien ne s'oppose par suite à ce que le pouvoir adjudicateur cède ses CEE au titulaire du marché en contrepartie d'une réduction de sa facture ;

* les sommes faisant l'objet de la compensation sont en lien avec les relations contractuelles unissant les deux parties ;

* les dettes et créances en cause ont toutes deux la même nature contractuelle ;

* ce sous-critère n'emporte pas de dation en paiement irrégulière ; le Conseil d'Etat considère qu'une collectivité créancière peut mettre en œuvre des techniques de paiement prévues par le droit privé si leur mise en œuvre n'aboutit pas à la violation des règles de la commande publique ; or, la mise en œuvre de cette technique ne méconnaît aucune de ces règles, et l'article L. 1111-1 semble l'autoriser implicitement ; le juge administratif a, à plusieurs reprises, admis le paiement en nature des marchés, sous une autre forme que le règlement en numéraire ; à supposer que le tribunal considère que la valorisation des CEE constitue une dation en paiement, cette dernière ne saurait être regardée comme irrégulière ; cette position est confirmée par la direction générale de l'énergie et du climat dans une foire aux questions (FAQ) du 3 septembre 2021 ;

* ainsi, aucune règle de la comptabilité publique ne s'oppose à ce qu'une collectivité rémunère son cocontractant en lui cédant des CEE ;

* par ailleurs la notation sur deux points de l'élément d'appréciation « Valorisation des CEE générés par les membres » n'a eu aucune incidence sur le choix final des sociétés attributaires ;

* à titre subsidiaire, ce manquement n'est pas de nature à entraîner la nullité ou la résiliation de l'accord-cadre ; dans le cadre de leurs offres, les candidats ont été seulement invités à présenter des propositions de montage consistant en la valorisation des CEE émis par le groupement de commande ; le manquement invoqué n'a donc pas été commis ;

* la méconnaissance des règles de la comptabilité publique ne revêt pas les caractéristiques d'un vice d'une particulière gravité que le juge devrait relever d'office ;

- l'offre de la société Engie ne saurait être regardée comme irrégulière ;

- les offres des sociétés attributaires ne comportent aucune variante interdite ; s'agissant du délai de traitement des demandes par le service client, le CCTP prévoyait qu'il devait être réalisé au maximum dans un délai de 5 jours ; les sociétés attributaires du contrat se sont engagées sur un délai de traitement de 48 heures ; la faculté de proposer un délai inférieur à 5 jours était ouverte dans le cadre du mémoire technique ; aucune stipulation n'interdisait formellement aux candidats de s'engager sur un délai inférieur ;

- l'élément d'appréciation « Valorisation des CEE générés par les membres » ne saurait être regardé comme sans lien avec l'objet du marché ; ce lien est apprécié de manière souple par la jurisprudence ; l'accord-cadre en litige ayant pour objet la fourniture et l'acheminement d'électricité et services associés, ce critère est en lien avec l'objet du marché dès lors que les CEE sont obtenus grâce à la réalisation d'économies d'énergie ; les attributaires du marché sont des fournisseurs concernés par l'obtention de CEE ; ils peuvent dès lors témoigner d'un savoir-faire, de plus ou moins grande valeur technique, en matière de méthodes d'obtention de ces certificats ; dès lors, l'analyse des outils, services et moyens proposés pour la valorisation relève bien de la valeur technique de l'offre ;

- cet élément d'appréciation n'engendre aucune rupture d'égalité entre les candidats, dès lors qu'il n'a aucune incidence sur le choix des attributaires ; par ailleurs, la société EDF ne saurait se prévaloir de ce que la société Plum Energie ne figure pas parmi la liste des obligés pour considérer que cet élément d'appréciation est discriminatoire, dès lors qu'il n'est pas imposé que les candidats figurent dans cette liste, que le code de l'énergie ne limite pas aux seuls obligés la possibilité d'acquérir, détenir ou vendre des CEE sur le marché, et que la société EDF ne produit la liste des obligés que pour une période antérieure à l'exécution du contrat ; en tout état de cause, la société Plum Energie a obtenu la même note que la société EDF sur cet élément d'appréciation, ce qui n'a pas pu engendrer de différence de traitement entre ces deux candidats ;

- tous les éléments d'appréciation des offres ainsi que de leur pondération ont été portés à la connaissance des candidats ; l'acheteur n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ; l'article 5.1 du CCTP précisait expressément que le traitement des demandes par le service client devait être inférieur à cinq jours et le cadre de mémoire technique invitait les candidats à compter les dispositions du cahier des charges ;

- l'élément d'appréciation « Gestion des garanties de capacités » était suffisamment défini ; il s'agissait d'un élément d'appréciation complétant le sous-critère « Services proposés en matière d'optimisation financière » et était précisément défini par le mémoire technique et explicité dans l'article 5.3.5 du CCAP ;

- aucune irrégularité n'affecte le critère du prix ;

* le juge administratif n'exerce qu'un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation de l'acheteur quant à son choix de pondération des critères ; il n'est pas pertinent de retenir un critère financier à forte pondération au stade de la passation de l'accord-cadre dans le cas des marchés d'acheminement et de fourniture d'énergie, compte tenu de la volatilité du prix de l'électricité ; il sera loisible au pouvoir adjudicateur de prévoir, au stade de la passation des différents marchés subséquents, un critère prix doté d'une pondération plus importante, ainsi que le prévoit le CCAP ; en l'espèce, le critère du prix est noté 0,5/20, soit une pondération de 2,5 %, et rend compte du prix de l'une des composantes de la prestation à assurer par le fournisseur au titre de l'acheminement et de la fourniture d'électricité, ce qui est justifié par la particularité de l'accord-cadre en litige ;

* tous les candidats ayant reçu la même note de 0,5/20 s'agissant de ce critère, ce vice, à le supposer établi, n'a exercé aucune influence sur le choix des attributaires ou sur le classement des offres ; par ailleurs, il ne s'agit pas d'un vice d'une gravité telle que le juge devrait le relever d'office.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 30 juin 2022 et le 29 février 2024, la société Engie, représentée par Me Cabanes, conclut au rejet de la requête de la société EDF et

à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à sa charge sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions présentées par la société EDF et tendant à la résiliation de l'accord-cadre en litige, dès lors que celui-ci a été entièrement exécuté à la date du jugement ;

- la requête de la société EDF est irrecevable dès lors qu'elle est tardive et n'est pas accompagnée d'une copie de l'acte d'engagement ;

- le moyen tiré de ce que le sous-critère « Valorisation des CEE générés par les membres » serait contraire aux règles de la comptabilité publique doit être écarté comme inopérant dès lors que, même en excluant l'application de ce sous-critère, la société Engie aurait tout de même été déclarée attributaire du marché en litige ;

- ce moyen n'est pas fondé dès lors que :

* un contrat portant sur la seule cession de CEE ne constitue pas un marché public et peut être conclu de gré à gré ;

* par ailleurs, le code de l'énergie, qui ne précise pas les modalités d'acquisition de ces certificats, ne s'oppose pas à l'acquisition, dans le cadre d'un contrat de fourniture d'énergie, de CEE en contrepartie d'une réduction de la facture énergétique ;

* il n'existe dès lors aucune compensation, puisque l'acquisition de CEE en contrepartie d'une réduction de la facture d'électricité résulte d'une même opération contractuelle qui a été acceptée par les parties ;

* à supposer que ce mécanisme soit regardé comme une compensation, celle-ci ne peut être considérée comme contraire aux règles de la comptabilité publique dès lors que les créances sont toutes de nature contractuelle, puisque le mécanisme de valorisation est prévu dans le cadre de l'accord en litige ;

* par ailleurs, le paiement en nature ne se heurte pas aux règles de la comptabilité publique et le paiement du prix d'un marché public peut être autre que numéraire, ainsi que le reconnaît le Conseil d'Etat ; cette possibilité est également prévue par le code de la commande publique ;

- l'offre de la société Engie ne saurait être regardée comme irrégulière dès lors qu'ainsi qu'il a été dit, son offre était conforme aux règles de la comptabilité publique ;

- le moyen tiré de ce que les autres candidats auraient présenté une variante non autorisée n'est pas fondé dès lors que le CCTP applicable au marché en cause ne fixait que des exigences minimales en ce qui concerne le traitement des données courantes, et que rien n'empêchait les soumissionnaires de proposer un délai inférieur ;

- le sous-critère « valorisation des CEE générés par les membres » est en lien avec l'objet du marché, puisqu'il s'agit de la possibilité de valoriser, dans le cadre d'un marché public de fourniture d'électricité, les CEE des collectivités territoriales ; il importe peu que ce sous-critère soit rattaché à la valeur technique ou au prix de l'offre ;

- ce sous-critère n'emporte aucune rupture de l'égalité de traitement entre les candidats ;

* un tel moyen est inopérant dès lors que la société EDF est elle-même obligée, et qu'elle a par ailleurs obtenu la même note que la société Plum Energie sur ce sous-critère ;

* ce moyen n'est pas fondé puisque le code de l'énergie n'exclut pas la possibilité pour des entreprises non obligées d'acquérir des CEE ;

- il était précisé dans le mémoire technique que le sous-critère « services proposés en matière d'optimisation financière » incluait la question de la gestion des garanties de capacité ; au regard du mémoire technique, il était clair qu'étaient valorisées les modalités de « *sourcing* » de garanties de capacité que le candidat pouvait mettre en œuvre ; EDF, en tant que société spécialisée dans la fourniture d'électricité, était en mesure de comprendre et répondre à

ce sous-critère ; ce moyen est par ailleurs inopérant dès lors qu'elle n'a posé aucune question dans le cadre de la procédure d'attribution ;

- les moyens tirés de ce que la pondération du critère prix ne permettait pas d'obtenir la note la plus avantageuse et de ce que la méthode de notation de ce critère serait irrégulière doivent être écartés comme inopérants dès lors que la société EDF, à l'instar des autres candidats, a obtenu la note maximale sur ce critère ;

- ce moyen n'est pas fondé dès lors que l'article R. 2152-7 du code de la commande publique ne s'applique pas aux accords-cadres, qui ne peuvent être qualifiés de marchés publics mais de techniques d'achat ; en outre, l'acheteur est libre de déterminer la pondération des critères de choix des offres ; en matière de marché de fourniture d'énergie, et notamment d'électricité, le critère prix ne peut être qu'utilement apprécié au stade de l'attribution des marchés subséquents, et ce en raison de la volatilité des prix sur ces marchés ;

- à supposer qu'une irrégularité affecte le contrat en litige, la sauvegarde de l'intérêt général s'oppose à son annulation ou sa résiliation.

Un mémoire, présenté pour la société EDF, a été enregistré le 21 mars 2023.

Une note en délibéré, présentée pour la société Engie, a été enregistrée le 11 mars 2024.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de l'énergie ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Neumaier ;
- les conclusions de Mme Beneteau, rapporteure publique ;
- les observations de Me Alonso Garcia, représentant la société EDF ;
- et les observations de Me Anglars, représentant la société Engie.

Considérant ce qui suit :

1. La ville de Pau, le centre communal d'action sociale de Pau, le syndicat mixte Pau Béarn Pyrénées Mobilité (SMPBPM), le syndicat mixte pour le traitement des déchets ménagers et assimilés du Bassin Est (SMTD) – Valor Béarn, la société publique locale Pau Béarn Pyrénées Événements, la société publique locale Pau Béarn Pyrénées Restauration, la société publique locale d'exploitation des transports publics et des services à la mobilité de l'agglomération paloise (STAP) et la communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées (CAPB) ont formé un groupement de commandes pour la fourniture, l'acheminement d'électricité et des services associés. Par un avis publié au journal officiel de l'Union européenne le 30 novembre 2020, la communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées, en qualité de coordonnateur du groupement de commandes, a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation d'un accord-cadre à marchés subséquents multi-attributaire, sans maximum ni minimum. Cet accord-cadre, conclu pour une durée de trois ans sans reconduction possible, est divisé en deux lots, le premier intitulé « *Mix énergétique national* » et le second intitulé « *Électricité verte* ». Par un courrier du 23 février 2021, la

communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées a notifié à la société EDF le rejet de son offre pour le lot n°1 et lui a indiqué que les trois attributaires retenus sont les sociétés Engie, Total direct Energie et Plum Energie, et le contrat a été signé le 12 avril 2021. Par sa requête, la société EDF demande au tribunal d'annuler le lot n°1 de cet accord-cadre.

Sur les fins de non-recevoir opposées en défense :

2. En premier lieu, aux termes de l'article R. 412-1 du code de justice administrative : *« La requête doit, à peine d'irrecevabilité, être accompagnée, sauf impossibilité justifiée, de l'acte attaqué ou, dans le cas mentionné à l'article R. 421-2, de la pièce justifiant de la date de dépôt de la réclamation. / (...) ».*

3. La société EDF a produit, à l'appui de son mémoire enregistré le 3 mars 2023, une copie de l'acte d'engagement signé. Par suite, la fin de non-recevoir tirée de l'absence de production de l'acte attaqué doit être écartée.

4. En second lieu, le recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

5. Il résulte de l'instruction que l'avis d'attribution du marché en litige a été régulièrement publié le 16 avril 2021 au journal officiel de l'Union Européenne, et que, par suite, le délai de recours expirait le 17 juin 2021. Ainsi, à la date d'enregistrement de la requête au greffe du tribunal, soit le 16 juin 2021, le délai de deux mois ouvert aux tiers pour former le recours prévu au point 4 ci-dessus n'était pas expiré. Il suit de là que la fin de non-recevoir opposée par la société Engie en défense et tirée de la tardiveté de la requête de la société EDF doit être écartée.

Sur la validité du contrat :

6. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

7. Il revient au juge du contrat, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci.

8. Au soutien de sa requête, la société EDF soulève les moyens tirés de ce que le sous-critère de second rang « Valorisation des CEE générés par les membres » revient à opérer une double compensation et un paiement en nature en méconnaissance des règles de la comptabilité publique, de ce que l'offre présentée par la société Engie aurait dû être écartée comme irrégulière dès lors qu'elle méconnaît la législation applicable, de ce que le sous-critère de second rang « Valorisation des CEE générés par les membres » est sans lien avec l'objet du marché, de ce que ce sous-critère entraîne une violation des principes d'égalité des candidats à la commande publique et de transparence et est discriminatoire, de ce que les offres des sociétés Engie, Total Direct Energie et Plum Energie auraient dû être rejetées comme irrégulières dès lors qu'elles ont proposé une variante aux exigences minimales du cahier des charges en proposant un traitement des demandes courantes par le service client dans un délai maximum de 48 heures, de ce que la possibilité d'aller au-delà des exigences minimales posées par le mémoire technique n'était pas prévue par les documents de la consultation, de ce que le sous-critère de la valeur technique relatif à la « gestion des garanties de capacité » n'était pas suffisamment défini, de ce que la pondération du critère du prix ne permet pas de retenir l'offre la plus économiquement avantageuse, de ce que le critère du prix retenu n'est pas pertinent au regard de l'objet du marché, et que ce dernier critère a été noté de façon irrégulière.

En ce qui concerne les conclusions tendant à la résiliation du contrat :

9. Il résulte de l'instruction, et notamment des stipulations de l'article 4.1. du cahier des clauses administratives particulières applicables à l'accord-cadre en litige, que ce dernier a été conclu pour une durée maximale de trois années et s'achevait au 31 décembre 2023. En l'espèce, la durée du contrat n'ayant pas été prolongée, celui-ci était entièrement exécuté à la date du jugement. En conséquence, il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions de la requête tendant à sa résiliation, celles-ci étant devenues sans objet.

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation du contrat :

10. En application des principes rappelés au point 7 du présent jugement, et dès lors que les conclusions de la requête tendant à la résiliation du contrat en litige sont devenues sans objet, seuls les moyens relatifs à l'illicéité du contenu du contrat, à un vice de consentement dont il serait affecté ou à tout autre vice d'une particulière gravité devant être relevé d'office, soulevés par la société EDF à l'appui de ses conclusions aux fins d'annulation du contrat, doivent être examinés.

11. D'une part, aux termes de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique :
« Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux,

de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ». Aux termes de l'article R. 2152-7 du même code : « *Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : (...) 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution (...)* ».

12. D'autre part, aux termes de l'article L. 221-1 du code de l'énergie : « *Sont soumises à des obligations d'économies d'énergie (...) 2° Les personnes qui vendent de l'électricité, du gaz, de la chaleur ou du froid aux consommateurs finals et dont les ventes annuelles sont supérieures à un seuil défini par décret en Conseil d'Etat./Les personnes mentionnées aux 1° et 2° peuvent se libérer de ces obligations soit en réalisant, directement ou indirectement, des économies d'énergie, soit en acquérant des certificats d'économies d'énergie. (...)* ». Aux termes de l'article L. 221-2 du même code : « *A l'issue de la période considérée, les personnes mentionnées à l'article L. 221-1 justifient de l'accomplissement de leurs obligations en produisant des certificats d'économies d'énergie obtenus ou acquis dans les conditions prévues aux articles L. 221-7 et L. 221-8* ». Aux termes de l'article L. 221-7 du même code : « *Le ministre chargé de l'énergie ou, en son nom, un organisme habilité à cet effet peut délivrer des certificats d'économies d'énergie aux personnes éligibles lorsque leur action, additionnelle par rapport à leur activité habituelle, permet la réalisation d'économies d'énergie sur le territoire national d'un volume supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'énergie. Sont éligibles (...) : 2° Les collectivités territoriales, les groupements de collectivités territoriales et leurs établissements publics (...)* ». Enfin aux termes de son article L. 221-8 : « *Les certificats d'économies d'énergie sont des biens meubles négociables, dont l'unité de compte est le kilowattheure d'énergie finale économisé. Ils peuvent être détenus, acquis ou cédés par toute personne mentionnée aux 1° à 6° de l'article L. 221-7 ou par toute autre personne morale (...)* ».

13. La société EDF soutient que le sous-critère « *services proposés en matière d'optimisation financière* », lequel intègre un élément d'appréciation intitulé « *Valorisation des certificats d'économie d'énergie générés par les membres* » revient à opérer une double compensation et un paiement en nature, en méconnaissance des règles de la comptabilité publique, dès lors qu'une telle valorisation consiste en la mise en œuvre d'une compensation entre la facture d'énergie issue de l'accord-cadre en litige et la cession de CEE dans le cadre d'un contrat de vente, et peut être regardé comme un vice d'une particulière gravité qui doit être relevé d'office. Il résulte de l'instruction que le sous-critère « *services proposés en matière d'optimisation financière* » a été noté à hauteur de deux points sur l'élément d'appréciation « *valorisation des certificats d'économies d'énergie* ».

14. En vertu du principe d'universalité qui régit les finances publiques, des recettes publiques ne peuvent servir à compenser une somme due par l'administration et doivent être intégralement reversées au comptable public. Par ailleurs, le principe de non-compensation des créances publiques, lequel présente un caractère d'ordre public, fait obstacle à ce que puisse être invoquée à l'encontre des personnes publiques une compensation entre les créances détenues par elles et les créances détenues sur elles par un tiers.

15. Il résulte de l'instruction et notamment du cadre de mémoire technique que le candidat devait indiquer s'il était en mesure de valoriser les certificats d'économies d'énergie générés par les membres du groupement afin de les déduire des factures d'électricité, dans un cadre réglementaire approprié. Cette « *valorisation* » sollicitée consiste, pour le pouvoir adjudicateur, à céder les CEE générés par des opérations de travaux réalisées dans le cadre de marchés de travaux, aux fournisseurs d'énergie titulaires du contrat dans le cadre de marchés de fourniture d'électricité. Par suite, les contrats de fourniture d'électricité, d'une part, et les

contrats de cession de CEE, d'autre part, doivent être regardés comme étant nécessairement distincts. Ainsi, en prévoyant ce mécanisme, le sous-critère doit être regardé comme instituant un mécanisme de compensation illégal, en méconnaissance du principe de non-compensation des créances publiques.

16. Par ailleurs, si la société Engie fait valoir en défense que le guide publié par l'association Amorce en 2022 prévoyait que des collectivités puissent s'engager sur un prix de rachat des CEE, cette affirmation ne concerne que les marchés de travaux au sein desquels, pour un même marché, le paiement de travaux réalisés s'opère par la cession de ces certificats. Il résulte en outre de ce même guide que les recettes de cession des CEE s'inscrivent au compte 7788 – « Produits exceptionnels divers ». Or, les produits de cession des CEE ne peuvent être affectés au paiement des factures d'électricité en vertu du principe de non-affectation des recettes, lequel découle du principe d'universalité budgétaire précédemment décrit.

17. Par suite, l'élément d'appréciation prévoyant la valorisation de CEE venant en déduction de factures d'énergie doit être regardé comme étant contraire aux règles de la comptabilité publique, puisqu'il conduit d'une part à opérer une compensation entre les créances détenues par des personnes publiques et les créances détenues sur elles par un tiers et d'autre part, à affecter des recettes à des dépenses, en méconnaissance du principe d'universalité régissant les finances publiques. Un tel vice porte atteinte à l'ordre public financier et doit donc être regardé comme présentant un caractère de particulière gravité, insusceptible de faire l'objet d'une régularisation.

18. Il suit de là que la procédure d'attribution de l'accord-cadre en litige doit être regardée comme irrégulière. La société EDF est dès lors fondée à demander l'annulation du lot n°1 de l'accord-cadre attaqué.

Sur les frais de l'instance :

19. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société requérante, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie tenue aux dépens ou la partie perdante, une somme au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

20. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées, en qualité de coordonnateur du groupement de commandes, une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la société EDF et non compris dans les dépens.

D É C I D E :

Article 1^{er} : Il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions tendant à la résiliation de l'accord-cadre conclu le 12 avril 2021.

Article 2 : Le lot n° 1 « Mix énergétique national » de l'accord-cadre à marchés subséquents relatif à la fourniture et à l'acheminement d'électricité et autres services, attribué aux sociétés Engie, Total Direct Energie et Plum Energie le 12 avril 2021 est annulé.

Article 3 : La communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées, en qualité de coordonnateur du groupement de commandes, versera à la société Electricité de France la somme de 1 500 euros (mille cinq cents euros) sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société Electricité de France, à la communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées, à la société Engie, à la société Total Direct Energie, à la société Plum Energie, à la commune de Pau, au centre communal d'action sociale de Pau, au syndicat mixte pour le traitement des déchets ménagers et assimilés du Bassin Est - Valor Béarn, au syndicat mixte Pau Béarn Pyrénées Mobilité, à la société publique locale Pau Béarn Pyrénées Evénements, à la société publique locale Pau Béarn Pyrénées Restauration et à la société publique locale d'exploitation des transports publics et des services à la mobilité de l'agglomération paloise.

Délibéré après l'audience du 7 mars 2024, à laquelle siégeaient :

Mme Sellès, présidente,
Mme Crassus, conseillère,
Mme Neumaier, conseillère.

Rendue publique par mise à disposition au greffe le 29 mars 2024.

La rapporteure,

Signé

L. NEUMAIER

La présidente,

Signé

M. SELLÈS

La greffière,

Signé

M. DANGENG

La République mande et ordonne au préfet des Pyrénées-Atlantiques en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition,
La greffière,