

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°2009189-2009799

Société EDF

Mme Ghaleh-Marzban
Rapporteur

Audience du 15 juillet 2020
Lecture du 22 juillet 2020

39-08-015-02
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés sous le numéro 209189, respectivement le 29 juin 2020 et le 10 juillet 2020, la société Electricité de France (EDF), représentée par Me Alonso Garcia, associé au sein du cabinet Alma (Aarpi), demande au juge des référés dans le dernier état de ses écritures, à titre principal sur le fondement de l'article L. 551-11 du code de justice administrative et à titre subsidiaire sur le fondement de l'article L.551-13 du même code:

1°) à titre principal, d'annuler les décisions d'attribution des marchés subséquents MS3, MS4 et MS5 à la société Hydroption, d'annuler les décisions de rejet des offres qu'elle a déposées pour lesdits marchés et d'enjoindre à l'Etat de reprendre la procédure de passation des marchés subséquents ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler les marchés subséquents MS3, MS4 et MS5.

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que la DAE a manqué à plusieurs de ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence, tiré de ce que :

– l'information délivrée à EDF par la DAE sur les motifs de rejet de son offre est insuffisante au regard de l'article R.2181-1 du code de la commande publique tant dans la lettre de rejet de ses offres que dans la réponse à ses demandes de motifs détaillés. En refusant de lui communiquer le prix global de la société Hydroption et ses notes sur les sous-critères de la valeur technique et du prix alors que le risque d'une atteinte au secret des affaires ne saurait être opposé dans une telle hypothèse, la DAE rend impossible toute vérification sur la question de l'offre anormalement basse ;

– la société Hydroption ne dispose pas des capacités financières et techniques pour

assurer l'exécution des marchés dès lors qu'elle a fait l'objet de plusieurs procédures de sauvegarde en 2017 et 2018 et d'une procédure de liquidation judiciaire en 2017 et qu'elle tire son actuel chiffre d'affaires des différents marchés de l'Etat qu'elle remporte ce qui la place en situation de dépendance fragilisant sa situation économique alors que le code de la commande publique permet à l'acheteur public d'exiger que les candidats réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal et que l'admission de la candidature d'une société ne présentant pas les garanties financières techniques et professionnelles requises compte tenu de son chiffre d'affaires est irrégulière ; que par ailleurs tout attributaire doit informer le pouvoir adjudicateur en cours d'exécution s'il n'est plus à jour de ses obligations fiscales et / ou sociales ou s'il placé en liquidation judiciaire ;

- les offres de la société Hydroption sont anormalement basses. Les écarts de prix sont supérieurs à 35% ce qui ne peut s'expliquer que par une sous-évaluation manifeste des prix de la société Hydroption notamment sur certaines composantes, bien déterminables compte tenu de la structure du prix de l'électricité, pour lesquels Hydroption a dû proposer un coût nul voire négatif pour au moins trois d'entre elles. Cette politique de prix bas ne peut que fragiliser la stabilité économique de l'entreprise et la DAE aurait dû rejeter les offres et à tout le moins lancer la procédure de demande d'explication.

- si les offres de Hydroption ne sont pas anormalement basses alors les écarts de prix sont liés soit à l'incomplétude des bordereaux de prix unitaires rendant ses offres irrégulières soit à un erreur de la DAE lors de l'examen des offres.

- la méthode de notation appliquée est irrégulière dès lors que la pondération du critère prix à hauteur de 95% conduit à neutraliser le critère de la valeur technique.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 juillet 2020, le ministre de l'économie, des finances et de la relance, représenté par la Selarl Landot et associés, conclut au rejet de la requête en référé précontractuel en raison de la signature des trois marchés subséquents, au rejet de la requête en référé contractuel et ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société EDF au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la requête en référé précontractuel est irrecevable, les marchés subséquents ayant été signé antérieurement à la date d'enregistrement de la requête ;

- la société EDF n'est pas fondée à demander l'annulation du marché en cause dès lors qu'aucun des moyens soulevés ne font partie des moyens susceptibles de prospérer dans le cadre de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

A titre subsidiaire :

- la direction des achats de l'Etat (DAE) a correctement informé la société EDF des motifs de rejet de ses offres au regard des exigences réglementaires et de la jurisprudence relative à la communication restreinte de certaines information ; les éléments de prix global et de note technique n'ont pas été communiqués afin de préserver, dans le contexte de marchés subséquents à un accord cadre, la stratégie commerciale de la société attributaire alors que les marchés portent sur les prestations extrêmement proches et présentant les mêmes problématiques de prix et qu'il y a lieu de préserver le libre jeu de la concurrence et le secret des affaires ;

- dans le contexte d'un accord-cadre, la vérification des capacités techniques économiques et financières des candidats s'effectue lors de la sélection des attributaires à l'accord-cadre et non au stade des marchés subséquents ; l'avis d'attribution a été publié le 1^{er} février 2019 avec le nom des sept attributaires et EDF en avait alors connaissance ; la procédure de sauvegarde de la société Hydroption était déjà connue de la DAE et ne constitue pas un obstacle à son choix comme attributaire dès lors qu'elle est habilitée à poursuivre son activité économique ; la société n'est pas en situation de dépendance économique vis-à-vis de

l'Etat, ce qui en tout état de cause ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence ;

- Les offres proposées ne sont pas manifestement sous évaluées et ne contenaient aucun indice en ce sens ; le seul écart de prix entre les offres n'est pas un motif suffisant pour relever le caractère anormalement bas de l'offre qui s'apprécie par rapport au prix global et non pas sur un prix ou plusieurs composantes du prix de l'offre ; que les écarts entre les offres de prix des deux sociétés sont de fait nettement inférieurs à 35% ainsi que cela ressort des analyses des offres ; que les extrapolations de EDF reposent sur des présupposés erronés ; les offres de la société Hydroption ne présentaient aucun indice d'anormalité, ni d'irrégularité quant à la complétude du bordereau de prix unitaire et la DAE n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation dans l'analyse qu'elle en a faite

- la pondération des critères a été fixée lors de la passation de l'accord-cadre,. Aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être retenue notamment au regard au type de marchés de fournitures dont il s'agit dans lequel la part des services autres que la fourniture de l'énergie est très accessoire ne représente pas plus de 5% du montant total des marchés

- aucune lésion ne peut être démontrée par la requérante pour aucun des manquements dont elle soutient qu'ils seraient constitués ;

- au regard d'une raison impérieuse d'intérêt général, les marchés subséquents mis en cause ne peuvent être annulés ou résiliés en raison du caractère sensible de la fourniture d'électricité, des coûts financiers qu'engendreraient une telle situation.

Par un mémoire en observation, enregistré le 15 juillet 2020, la société Hydroption, représentée par Me Labayle-Pabet associé au sein du cabinet Ravetto (Aarpi), conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société EDF en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête en référé précontractuel est irrecevable les marchés ayant été signés préalablement à la saisine du tribunal ;

- les demandes d'annulation présentées au titre du référé contractuel sont irrecevable dès lors que les moyens de la requête ne renvoient à aucun des cas de l'article L511-18 du code de justice administrative limitativement énumérés ;

à titre subsidiaire que :

-: les informations fournies par la DAE dès le stade des lettres de rejet de ses offres en application des articles L.2181-1 et R.2181-1 et suivants du code de la commande publique étaient suffisantes pour chacun des marchés litigieux dès lors qu'elles contenaient les informations sur le nom de l'attributaire, sa note globale ainsi que celle obtenue par EDF et son classement et le motif du choix de l'attributaire ;

- sa capacité financière et technique ne peut être remise en question dès lors qu'aucune disposition de l'accord-cadre ne prévoit un minima de capacité ; que la mise en procédure de sauvegarde en 2018 s'explique par la conjoncture sur les marchés de gros d'électricité à cette époque nécessitant une adaptation du modèle économique trouvé depuis ; que la société gère déjà la fourniture de 16 000 points de livraison sans difficulté et que l'ensemble des cinq marchés porte sur 1092 points de livraison supplémentaires ; que l'évolution du marché de l'électricité qui s'est fortement digitalisé a un impact sur les modèles économiques des entreprises du secteur ; qu'en septembre 2019 elle a scindé son activité de vente aux particuliers et petits professionnels et son activité de vente aux professionnels ; que son chiffre d'affaires est en constante augmentation et qu'elle est en règle de ses obligations fiscales et sociales ;

- l'offre ne présente pas un caractère anormalement bas ; le seul écart entre les offres ne suffit pas à l'établir et à le supposer établi, il est parfaitement soutenable dans l'ensemble des

marchés tant par les différents entre les structures des sociétés qui n'ont pas les mêmes coûts de fonctionnement, quant à l'utilisation de la franchise des certificats d'économies d'énergies dont l'utilisation permet de valoriser le prix de l'électricité, les modalités de gestion EDF n'établit pas que les offres seraient sous-évaluées ;

- la méthode de notation n'est pas irrégulière du fait de la pondération notamment au regard de l'objet des marchés qui constitue pour l'essentiel une fourniture d'électricité standardisée ;

II. Par une requête et un mémoire complémentaire enregistrés sous le numéro 209799, enregistrés respectivement le 7 juillet 2020 et le 10 juillet 2020, la société Electricité de France (EDF), représentée par Me Alonso Garcia, associé au sein du cabinet Alma (Aarpi) demande au juge des référés, à titre principal sur le fondement de l'article L. 551-11 du code de justice administrative et à titre subsidiaire sur le fondement de l'article L.551-13 du même code dans le dernier état de ses écritures :

1°) à titre principal, d'annuler les décisions d'attribution des marchés subséquents MS1 et MS2 à la société Hydroption, d'annuler les décisions de rejet des offres qu'elle a déposées pour lesdits marchés et d'enjoindre à l'Etat de reprendre la procédure de passation des marchés subséquents ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler les marchés subséquents MS1 et MS2.

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle invoque les mêmes moyens que ceux précédemment développés dans la requête n° 209189.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 juillet 2020, le ministre de l'économie, des finances et de la relance, représenté par la Selarl Landot et associés, conclut au rejet de la requête en référé précontractuel en raison de la signature des deux marchés subséquents, au rejet de la requête en référé contractuel et ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société EDF au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le ministre de l'économie, des finances et de la relance invoque les mêmes moyens que ceux précédemment développés dans le mémoire en défense présenté dans la requête n° 209189.

Par un mémoire en observation, enregistré le 15 juillet 2020, la société Hydroption, représentée par Me Labayle-Pabet associé au sein du cabinet Ravetto (Aarpi), conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société EDF en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Hydroption invoque les mêmes moyens que ceux précédemment développés dans le mémoire en défense présenté dans la requête n° 209189.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics,
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics,

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Ghaleh-Marzban, vice-présidente de section, comme juge des référés, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Gigoi, greffière :

- le rapport de Mme Ghaleh-Marzban,

- les observations de Me Sérégé pour la société EDF, qui prend acte de la signature des cinq marchés à une date antérieure à celle de l'enregistrement des requêtes et indique maintenir l'ensemble des moyens dans le cadre du référé contractuel. Me Sérégé reprend ses observations écrites en les développant.

- les observations de Me Landot pour le ministre de l'économie, des finances et de la relance qui reprend ses observations écrites en les développant,

- les observations de Me Labayle-Pabet pour la société Hydroption qui reprend ses observations écrites en les développant.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Une note en délibéré a été présentée pour la société Hydroption le 16 juillet 2020.

Une note en délibéré a été présentée pour la DAE le 17 juillet 2020.

Deux notes en délibéré ont été présentées pour la société EDF le 17 juillet 2020.

Les notes en délibéré n'ont pas été communiquées.

1. Les requêtes enregistrées sous les numéros 209189 et 209799 présentent à juger les mêmes questions et ont fait l'objet d'une instruction commune. Il y a lieu de les joindre pour statuer en un seul jugement.

2. Par un avis de marché publié le 28 septembre 2018 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, la direction des achats de l'Etat (DAE) a lancé une procédure ouverte en vue de l'attribution d'un accord-cadre multi-attributaires portant sur la fourniture et l'acheminement d'électricité et les services associés pour des points de livraison existants ou nouveaux pour le compte des services de l'Etat et de certains établissements publics. A l'issue de la procédure d'attribution de l'accord-cadre dont l'avis a été publié le 1^{er} février 2019, sept sociétés ont été retenues pour le lot 1 Gros électricité » dont notamment les sociétés EDF et Hydroption. Une première vague de marchés subséquents correspondant à ce lot 1 a été attribués pour la période courant du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 202. Par deux lettres de consultation datées du 15 et du 30 avril 2020, la DAE a engagé une deuxième vague de procédure de mise en concurrence pour la passation de cinq marchés mono-attributaire subséquents du lot 1 pour la période courant du 1^{er} janvier 2022 au 31 décembre 2023. Par des lettres du 18 juin 2020 et du 26 juin 2020, la DAE a informé la société EDF, d'une part, du rejet de ses offres sur les marchés subséquents 3, 4 et 5 et des marchés subséquents 1 et 2 au motif qu'elles n'étaient pas économiquement les plus avantageuses et, d'autre part, de l'attribution à la société Hydroption de ces cinq marchés. Par lettre du 19 juin 2020 et du 26 juin 2020, la société EDF a demandé à la DAE de procéder à une nouvelle analyse détaillée des offres présentées pour l'ensemble des marchés au motif qu'il existe des raisons sérieuses de

penser soit que l'offre de la société attributaire est anormalement basse, soit que le bordereau de l'entreprise attributaire n'a pas été renseigné de façon appropriée et requiert une régularisation de la part du candidat, soit qu'une erreur dans l'analyse des offres a été commise. Par deux lettres du 3 juillet 2020, la DAE a répondu à la société EDF. Cette dernière a saisi le tribunal administratif de deux requêtes dirigée pour la première contre les marchés subséquents 3,4 et 5 et pour la seconde contre les marchés subséquents 1 et 2 afin de demander à titre principal au juge du référé précontractuel d'annuler les décisions d'attributions des marchés subséquents « n°Lot1_AC_Elec MS1_2020», «n° Lot1_AC_Elec MS2_2020», «n° Lot1_AC_Elec MS3_2020», «n° Lot1_AC_Elec MS4_2020» et «n° Lot1_AC_Elec MS5_2020».et les décisions de rejet de ses offres et d'enjoindre à la DAE de reprendre la procédure de passation et à titre subsidiaire au juge du référé contractuel, d'annuler les marchés subséquents précités.

Sur les conclusions présentées au titre des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

3. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Il résulte de ces dispositions que l'office du juge du référé précontractuel prend fin à la signature du contrat en cause.

4. Il résulte de l'instruction, et n'est pas contesté, que les actes d'engagement des cinq marchés subséquents pour lesquels la société EDF s'était portée candidate ont été signés par le pouvoir adjudicateur le 18 juin 2020 pour les marchés subséquents 3, 4 et 5 et le 26 juin 2020 pour les marchés subséquents 1 et 2, antérieurement à la date d'enregistrement des deux requêtes. Il s'ensuit que les conclusions de la société EDF tendant à ce que le juge du référé précontractuel décide des mesures tendant à l'annulation de la procédure de passation de ces marchés étaient sans objet lorsque le tribunal a été saisi le 29 juin 2020 et le 7 juillet 2020 et ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les conclusions présentées au titre des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :

5. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* ». Aux termes du 2^o alinéa de l'article L. 551-18 de ce code : « (...) *La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. (...)* » Aux termes de l'article L. 551-19 : « *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L.551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et*

que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public. ».

6. Aux termes de l'article 101 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 : « I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au deuxième alinéa du II de l'article 99 et la date de signature du marché public par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique. / II. - Le respect du délai mentionné au I n'est pas exigé : (...) / 2° Pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique. »

7. Il résulte des dispositions précitées que les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont limitativement définis. Lorsque le marché n'est pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de respecter un délai minimal entre la notification de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une offre et la signature du contrat, l'annulation d'un tel contrat de ne peut résulter que, soit du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, soit de ce que le contrat a été signé, en méconnaissance des dispositions des articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code, alors que le tribunal administratif était saisi d'une demande en référé précontractuel.

8. Pour demander l'annulation des cinq marchés subséquents litigieux conclus entre la DAE et la société Hydroption, la société EDF soutient en se fondant sur le deuxième alinéa de l'article L.551-18 du code de justice administrative que la DAE a méconnu les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des marchés subséquents litigieux en retenant les offres de la société Hydroption alors que, d'une part, l'information délivrée par la DAE sur les motifs de rejet de ses offres est insuffisante, d'autre part, que la société Hydroption ne dispose pas des capacités techniques et financières suffisantes pour assurer l'exécution des cinq marchés, ensuite que les offres sont anormalement basses, ou présentent un caractère irrégulier, que la DAE a commis une erreur lors de leurs examens et enfin que la méthode de notation est irrégulière en ce que la pondération choisie a conduit à neutraliser le critère de la valeur technique.

9. En premier lieu, la société EDF ne peut utilement contester l'insuffisance de la motivation des notifications du rejet de ses offres, tant dans les lettres de rejet que dans les réponses apportées à ses demandes d'information, dès lors qu'une telle irrégularité, à la supposer établie, n'a en tout état de cause pas affecté ses chances d'obtenir les marchés en litige.

10. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que les marchés subséquents litigieux, dont l'objet est l'approvisionnement en électricité de points de livraison prédéfinis, s'inscrivent dans l'accord-cadre pour lequel les candidatures des attributaires, connus le 1^{er} février 2019 et au nombre desquels figurent les sociétés EDF et Hydroption, ont été précisément examinées par le pouvoir adjudicateur. Dans le cadre de l'attribution de cet accord-cadre, la DAE a ainsi pu analyser les éléments relatifs à la capacité techniques et financières de l'ensemble des candidats dont ceux de la société Hydroption. A cette date, la procédure de sauvegarde initiée par cette dernière et dont la société EDF fait état pour étayer son argumentation, était connue et prise en compte par la DAE. Au surplus, la société Hydroption justifie par les pièces produites de ce qu'à la date de passation des marchés subséquents les 18 et 26 juin 2020 elle était en règle au regard de ses obligations fiscales et sociales. Ainsi, au stade de la passation des marchés subséquents, la question de la capacité financière et techniques de l'attributaire, dont la candidature a déjà été sélectionnée par le pouvoir adjudicataire dans le cadre de la procédure de passation de l'accord-

cadre multi-attributaires ne saurait constituer une modalité de remise en concurrence au sens du deuxième alinéa de l'article L.551-18 2e alinéa code de justice administrative. Ainsi, le moyen tiré de ce que la DAE aurait méconnu les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre du fait que la société Hydroption ne disposerait pas des capacités financières et techniques nécessaires à l'exécution des marchés ne peut être utilement soulevé et doit dès lors être écarté.

11. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que l'article 3-1 du cahier des clauses particulières de l'accord-cadre stipule que : « *Pour chaque remise en concurrence, une lettre d'invitation qui fixe les modalités de remise des offres et les documents de la consultation est transmise au titulaire de l'accord-cadre* ». L'article 3.5 prévoit que l'offre retenue sera celle économiquement la plus avantageuse, avec une note prix sur 20 points pondérée à 95 % et une note technique sur 20 points pondérée à 5 %. Le même article prévoit que la note technique attribuée au stade de l'accord-cadre sera reprise pour l'attribution des marchés subséquents. Par ailleurs, les soumissionnaires doivent remplir deux annexes dont un bordereau des prix unitaires. Dans ces conditions, le critère du prix doit être regardé comme prépondérant dans les modalités de remise en concurrence des marchés subséquents. Dès lors, les moyens tirés de l'offre anormalement basse, de la régularité de l'offre et de l'irrégularité de la méthode de notation du fait de la pondération entre les critères peuvent être utilement invoqués par la société requérante dans le cadre de son référé contractuel.

12. D'une part, de l'article 59 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 :« *I. - L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées. / Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.* » ; » Aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. / Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire.* » Aux termes de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *I - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter./ (...) II. - L'acheteur rejette l'offre : 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés (...)* ».

13. La société EDF fait valoir que les écarts entre ses offres et celles présentées par la société Hydroption sont supérieurs de 35 %. Elle soutient que les prix de la société attributaire sont manifestement sous-évalués ce qui est susceptible de mettre en péril la bonne exécution des marchés. Elle produit, à partir des formules de prix de l'article 3.5.3 du cahier des clauses particulières ainsi que de la structure du prix de l'électricité, une reconstitution des prix de différentes composantes dont elle suppose qu'ils sont ceux pouvant avoir été proposés par la société Hydroption. La société EDF en déduit que l'écart de 35 % auquel elle parvient a été réalisé exclusivement sur quatre de ces composantes à savoir les coûts liés aux certificats d'économies d'énergie, le coefficient « P0 » qui couvre les frais de gestion, marges et risques, les additifs « marks up » pour des couvertures en cours de clôture et la majoration de prix pour approvisionnement en électricité 100 verte, ce qui la conduit à en déduire que la société Hydroption n'a pu que proposer un prix nul voir négatif sur les trois dernières de ces composantes. Cet écart de prix, à le supposer établi, ne suffit pas, à lui seul, à démontrer

que les prix proposés par la société Hydroption sont nettement inférieurs à ceux de la société EDF et que les prix ainsi proposés par la société attributaire sont manifestement sous-évalués et susceptibles de compromettre la bonne exécution des marchés alors que le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global et que les conditions du marché de la vente d'électricité sont évolutives.

14. D'autre part, la société soutient que si les offres présentées par la société Hydroption ne sont pas anormalement basses, l'écart de prix entre les offres ne peut trouver son explication que dans l'incomplétude des offres remises par la société Hydroption et dans l'erreur commise par la DAE. Toutefois, elle n'assortit son moyen d'aucun élément permettant d'en apprécier le bien-fondé.

15. Enfin, aux termes de l'article 62 du décret du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics « (...) II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : 1° Soit sur un critère unique qui peut être : a) Le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ; b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63 ; 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux.. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ; c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution (...) ».

16. Si la société EDF soutient que la méthode de notation de la DAE est irrégulière en raison de la pondération choisie entre les critères prix et technique, la nature même de la prestation attendue à savoir la fourniture et l'acheminement d'électricité vers des points de livraison présente manifestement un caractère standardisé, dont il n'est pas établi qu'il nécessiterait une technicité particulière à prendre en considération dans l'approche globale des marchés, qui ne rend pas disproportionné un critère de prix pondéré à 95 % et d'un critère de valeur technique pondéré à 5 %. Dès le moyen tiré de l'irrégularité de la méthode de notation doit être écarté.

17. Il résulte de tout ce qui précède que la société EDF n'est pas fondée à soutenir que la DAE aurait méconnu les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des marchés subséquents « n° Lot1_AC_Elec MS1_2020 », « n° Lot1_AC_Elec MS2_2020 », « n° Lot1_AC_Elec MS3_2020 », « n° Lot1_AC_Elec MS4_2020 » et « n° Lot1_AC_Elec MS5_2020 ». Ainsi, les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation de ces cinq marchés ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

18. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande la société requérante au titre des frais non compris dans les dépens. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société EDF le versement à l'Etat et à la société Hydroption d'une somme de 2 000 euros chacun au titre de ces mêmes dispositions.

ORDONNE :

Article 1^{er} : Les requêtes de la société Electricité de France sont rejetées.

Article 3 : La société Electricité de France versera à l'Etat et à la société Hydroption, chacun, une somme de 2 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Electricité de France, au ministre de l'économie, des finances et de la relance et à la société Hydroption.

Fait à Paris, le 22 juillet 2020.

La juge des référés,

S. GHALEH-MARZBAN

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de la relance en ce qui le concerne ou à tous huissiers 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.