

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 5 novembre 2004

Statuant sur le recours interjeté le 12 juillet 2004
(2A 04 59)

par

la société **BATIGROUP AG Tunnelbau**, Wabernstrasse 40, 3023 Berne,
représentée par Me Nicolas Charrière, avocat à Fribourg,

contre

la décision rendue le 23 juin 2004 par le **Conseil d'Etat**, représenté par Me Denis
Esseiva, avocat à Fribourg, adjugeant les travaux de réalisation du tunnel sous la
Trême de la route d'évitement de Bulle (H189) au **Consortium Zschokke Locher
AG - Walo Bertschinger AG - Grisoni-Zaugg SA**, représenté par Me Christophe
Claude Maillard, avocat à Bulle;

(Marchés publics)

Considérant :

En fait:

- A. Dans le cadre des travaux de réalisation de la route d'évitement Bulle-La Tour-de-Trême (H 189), l'Etat de Fribourg a mis en soumission différents lots relatifs à la réalisation de cet objet.

Le 31 octobre 2003, agissant au nom de l'Etat, le Service des ponts et chaussées a publié un appel d'offres en procédure ouverte pour le lot 212. L'objet du marché concerne la réalisation de divers travaux à ciel ouvert et surtout la construction d'un tunnel sous la Trême, avec aménagement préalable d'une galerie de drainage.

Il ressort des documents d'appel d'offres (Conditions particulières) et du procès-verbal d'une séance d'information organisée par l'adjudicateur avec les soumissionnaires intéressés, le 1^{er} décembre 2003, que l'ouvrage aura les caractéristiques suivantes:

- Ouvrage d'importance extrême (classe III), ce qui signifie que des carences même isolées dans le projet ou l'exécution ont des conséquences graves.
- Tunnel à deux sens de circulation d'une longueur de 580 m et d'une largeur de 10 m;
- Construction en milieu urbain;
- Faible couverture en dessus du tunnel (par exemple, 2 mètres en dessous de la piscine municipale; en moyenne 7 à 8 mètres des habitations);
- Construction dans un terrain meuble constitué d'alluvions, de moraines et d'autres dépôts géologiques;
- Construction dans deux nappes phréatiques.

Compte tenu de ces contraintes importantes, le maître de l'ouvrage a fixé cinq étapes de réalisation. Il est prévu tout d'abord une phase de drainage de manière à permettre une excavation hors nappe; vient ensuite la phase d'excavation du tunnel en sections divisées et la réalisation de l'anneau extérieur, puis la phase d'étanchéité (dans la mesure où, après la fin des travaux, le tunnel se situera à nouveau dans la nappe phréatique, il doit être

complètement étanche). Cela fait, l'entrepreneur devra réaliser les travaux intérieurs avant de terminer par la phase de rétablissement de la nappe phréatique.

La phase d'excavation se compose elle-même de différentes étapes qui peuvent être résumées comme suit:

1. Stabilisation du terrain au moyen de 37 colonnes de jetgrouting formant une voûte protectrice d'une longueur de 15 mètres (chaque colonne ayant un diamètre de 60 cm).
2. Excavation de la moitié supérieure du tunnel (calotte); pose des cintres métalliques et du béton projeté pour stabiliser la voûte par étapes de un mètre au maximum.
3. Exécution à l'avancement de colonnes de jetgrouting subvertical, en pieds de cintre, d'un diamètre de 60 cm et d'une longueur de 6.50 m, avec un espacement chaque mètre.
4. Exécution d'un radier provisoire de fermeture.
5. A 60 m en arrière du front d'attaque, le noyau est excavé en aménageant une rampe.
6. A une distance maximale de 96 m du front d'attaque, le 1er piedroit est excavé et bétonné par étapes de 2 à 4 m.
7. En décalage, d'une longueur maximale de 12 m, le 2ème piedroit est excavé et bétonné.
8. Une fois ces opérations effectuées, le reste de la partie inférieure du tunnel est excavée et, à une distance maximale de 108 m du front d'attaque, le radier est bétonné.

Les documents d'appel d'offres précisent en outre que les variantes de projet ne sont pas acceptées alors que les variantes d'exécution le sont à certaines conditions. En annexe, les conditions particulières énoncent les critères d'aptitude et les critères d'adjudication retenus. S'agissant de ces derniers, il faut constater que le prix intervient à raison de 60% dans l'appréciation, les 40% restants étant répartis entre la qualité du management (15%), les prestations proposées (20%) et d'autres critères (références, apprentis, clarté du dossier; 5%).

- B. Le 16 janvier 2004, le Service des ponts et chaussées a transmis aux soumissionnaires la réponse aux différentes questions posées et a prolongé le délai pour déposer les offres au 13 février 2004.

Six entreprises et consortiums d'entreprises ont déposé une offre dans le délai. La société Batigroup SA a proposé une offre de base, intitulée "Projet officiel", pour un montant de 43'050'843 fr. 50 TTC et une variante d'exécution, pour un montant de 41'865'659 fr. 65 TTC. Pour sa part, le consortium Zschokke Locher AG - Walo Bertschinger AG - Grisoni-Zaugg SA a proposé de réaliser le marché à un prix de 44'623'236 fr. 60 TTC pour le projet de base ou de 43'821'675 fr. 80 TTC pour sa variante d'exécution.

Le 17 mars 2004, le Service des ponts et chaussées a envoyé aux soumissionnaires une liste de questions et de demandes de régularisation. A réception des réponses, une première analyse technique des dossiers a été effectuée au terme de laquelle il a été décidé de convier à un audit de compréhension les deux entreprises entrant en considération pour l'adjudication. Le premier audit s'est déroulé le 1^{er} avril 2004 sur la base d'un ordre du jour identique pour chaque soumissionnaire. Après une présentation de l'offre et de la variante, les questionnaires ont été parcourus et divers éléments spécifiques ont été précisés par les entreprises. Un deuxième audit consacré à des questions complémentaires a été organisé le 6 mai 2004. Des informations supplémentaires ont été requises des entreprises qui ont répondu par courriers annexés au procès-verbal des audits.

A l'issue du processus d'appréciation des offres, le Service des ponts et chaussées a établi le tableau comparatif définitif tenant compte des offres épurées.

Ce tableau a la teneur suivante (seules les 4 meilleures offres sont indiquées ci-après, l'original mentionne le classement des 8 offres et variantes reçues):

Entreprise / Association d'entreprises ou Consortium				Zschokke Locher AG Walo Bertschinger AG Grisoni-Zaugg SA VARIANTE	Batigroup SA Bern	Batigroup SA Bern	Zschokke Locher AG Walo Bertschinger AG Grisoni-Zaugg SA p.a. Zschokke Locher AG Wallisellen	
Rang				1	2	3	4	
Critères	Indicateurs	Note	Pondération	nbre de points	nbre de points	nbre de points	nbre de points	
1 Management de la qualité				15%	36	31.5	31.5	36
1.1 Organigramme de l'entreprise	en adéquation	3	1	3.00	3.00	3.00	3.00	
	incomplet	2						
	insuffisant	1						
	non remis	0						

1.2 Organigramme du chantier	en adéquation	3	2	6.00	6.00	6.00	6.00
	incomplet	2					
	insuffisant	1					
	non remis	0					
1.3 Programme des travaux	avec avantage (s)	3	2	4.00	4.00	4.00	4.00
	en adéquation	2					
	sommaire	1					
	non remis	0					
1.4 Formation et qualification des cadres techniques	en adéquation	3	4	10.00	8.00	8.00	10.00
	satisfaisant	2					
	insatisfaisant	1					
	non remise	0					
1.5 Procédure d'achat	en adéquation	3	1	3.00	2.00	2.00	3.00
	satisfaisant	2					
	insatisfaisant	1					
	non remise	0					
1.6 Activités ayant une influence sur la qualité	approfondie	3	3	6.00	4.50	4.50	6.00
	en adéquation	2					
	sommaire	1					
	non remise	0					
1.7 Déclaration d'intention	en adéquation	3	2	4.00	4.00	4.00	4.00
	satisfaisant	2					
	insatisfaisant	1					
	non remise	0					

2 Prestations proposées			20%	45.5	40.5	35.5	45.5
2.1 Maîtrise technique	avec avantage (s)	3	10	20.00	20.00	15.00	20.00
	en adéquation	2					
	sommaire	1					
	non remise	0					
2.2 Installation de chantier	en adéquation	3	4	12.00	10.00	10.00	12.00
	satisfaisant	2					
	insatisfaisant	1					
	non remise	0					
2.3 Environnement	avantageux	3	3	6.00	6.00	6.00	6.00
	en adéquation	2					
	désavantageux	1					
	non remise	0					

2.4 Sécurité au travail	approfondie	3	3	7.50	4.50	4.50	7.50
	en adéquation	2					
	sommaire	1					
	non remise	0					
3 Autres critères			5%	13	9.5	9.5	13
3.1 Référence spécifique à l'ouvrage	similaire	3	3	7.50	4.50	4.50	7.50
	en adéquation	2					
	en rapport lointain	1					
	non remise	0					
3.2 Formation des apprentis	form techn et com	3	1	3.00	3.00	3.00	3.00
	form tech uniquem	2					
	form com uniquem	1					
	pas d'apprenti	0					
3.3 Clarté du dossier remis	en adéquation	3	1	2.50	2.00	2.00	2.50
	satisfaisant	2					
	insatisfaisant	1					
	non remise	0					
4 Prix			60%	166.8	179.3	180.0	158.6
4.1 Notation selon formule ci-dessous (1)	le plus bas	3	60	166.80	179.30	180.00	158.60
	répartition						
	le plus élevé	1					

Totaux	- nbre de points	max 300	261.3	260.8	256.5	253.1
	- pourcentage	100%	87.10 %	86.93 %	85.50 %	84.37 %
Montant net de l'offre y compris TVA en fr.			43'999'156.60	43'050'843.50	42'995'801.80	44'623'236.60
Différence en Fr.			1'003'354.80	55'041.70	0.00	1'627'434.80
Différence en %			2.33%	0.13%	0.00%	3.79%

(1) Formule du DAEC du canton de Fribourg : $(\text{offre max} - \text{offre analysée}) : (\text{offre max} - \text{offre min}) \times 2 + 1$

Il ressort du tableau comparatif que la variante d'exécution du consortium Zschokke Locher AG - Walo Bertschinger AG - Grisoni-Zaugg SA a obtenu 261,3 points contre 260,8 points pour le projet de base de la société Batigroup SA. La variante d'exécution de Batigroup SA n'a reçu, pour sa part, que 256,5 points en raison de solutions techniques jugées inadaptées par l'adjudicateur qui s'est appuyé, dans ce cadre, sur une expertise externe.

Le 23 juin 2004, suivant la proposition de son service spécialisé, le Conseil d'Etat a adjugé le marché au consortium Zschokke Locher AG - Walo

Bertschinger AG - Grisoni-Zaugg SA pour le prix de 43'999'156 fr. 60 afin de réaliser la variante d'exécution. La décision d'adjudication a été notifiée aux parties le 30 juin 2004.

Le 5 juillet 2004, donnant suite à une requête de Batigroup SA, le Service des ponts et chaussées lui a communiqué des informations complémentaires concernant la notation de son offre, notamment les tableaux intitulés "justification de la notation des critères d'adjudications - par entreprise", et l'a autorisée à consulter l'offre de l'adjudicataire, épurée de la page 11 de son rapport technique ainsi que de la liste des prix.

- C. Agissant le 12 juillet 2004, la société Batigroup SA a contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication du 23 juin 2004 dont elle demande l'annulation. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que le marché lui soit adjugé pour le prix de 42'995'801 fr. 80 (variante d'exécution) ou pour le prix de 43'050'843 fr. 50 (offre de base). Subsidiairement, la recourante requiert que le dossier soit renvoyé au Conseil d'Etat, respectivement au Service des ponts et chaussées, pour nouvelle décision.

Sur le plan procédural, la recourante demande que son recours soit doté de l'effet suspensif, qu'elle soit autorisée à consulter le dossier complet du Conseil d'Etat, y compris l'offre de l'adjudicataire et qu'elle puisse compléter ses moyens.

A l'appui de ses conclusions au fond, la recourante se plaint d'une motivation insuffisante de l'évaluation du critère 2.1 "Maîtrise technique" de sa variante d'exécution (dans la mesure où, dans son mémoire du 3 septembre 2004 - cf. ci-dessous, lettre J. - la recourante déclare renoncer à critiquer cet aspect de la décision attaquée, il n'y a pas lieu d'explicitier plus avant ce grief devenu sans objet; pour le même motif, les réponses de l'Etat et de l'intimée à ce propos ne seront pas reprises ci-après).

Elle se plaint également d'une constatation inexacte des faits pertinents en relation avec les critères 1.4 "Formation et qualification des cadres techniques", 3.1 "Référence spécifique à l'ouvrage" et 2.2 "Installation de chantier".

- Critère 1.4: elle estime que la motivation de la note moyenne de 2 - à savoir que les cadres techniques seraient sans expérience spécifique tunnel en terrain meuble sous voûte jetgrouting - est en contradiction avec les faits du dossier puisque le responsable de la société Rodio Geotechnik SA, sous-traitante, qui se chargera des travaux sous voûte jetgrouting peut faire état de nombreuses références en la matière. Deux cadres internes à la recourante peuvent également faire état de

références pour des travaux sous voûte parapluie, notamment au tunnel Hafnerberg.

- Critère 3.1: contrairement à ce que retient l'autorité - références en rapport plus ou moins lointain, pas d'excavation sous voûte jetgrouting et terrain meuble - la recourante indique avoir fait état de nombreuses références à l'annexe 3 de son offre, notamment sa réalisation du tunnel de Concise et celui du Hafnerberg. De plus, en annexe 2, elle a expressément mentionné qu'elle allait sous-traiter la réalisation des travaux spécifiques à l'entreprise Rodio Geotechnik AG dont les travaux sont cités en références spécifiques par le consortium adjudicataire.
- Critère 2.2: selon la recourante, l'adjudicateur s'est trompé lorsqu'il a considéré qu'elle n'avait pas prévu de décantation d'eaux jetgrouting et de revêtement de ses pistes de chantier. Dans son annexe 17 en relation avec l'annexe 21, elle a expressément prévu les bacs litigieux. Il ressort également de l'annexe K produite dans l'envoi du 22 avril 2004 que les pistes de chantier seront enrobées.

Compte tenu des points supplémentaires auxquels elle a droit si l'on se fonde sur le dossier complet qu'elle a produit, la recourante constate qu'avec son offre de base, elle obtient largement plus de points que la variante d'exécution de l'adjudicataire.

La recourante invoque enfin un excès du pouvoir d'appréciation relativement au critère 1.5 "Procédure d'achat", 2.2.4 "Sécurité au travail", 1.6 "Activité ayant une influence sur la qualité" et 3.3 "Clarté du dossier remis".

- Critères 1.5 et 2.2.4: tout en reconnaissant n'avoir pas reproduit in extenso divers documents relatant des procédures d'achat et des procédures en matière de sécurité au travail, la recourante relève que ces procédures sont forcément connues puisqu'elles sont soit certifiées, soit la résultante de directives CNA.
- Critère 1.6: en page 6 du Document MQ, la recourante a établi une liste de 12 activités individualisées déployées par rapport à l'objet et pouvant influencer la qualité finale. Comparée à l'offre de l'adjudicataire, qui s'est borné à faire une liste des dangers généraux du chantier et de la réalisation sans indiquer en quoi ces points pourraient influencer sur la qualité, la recourante s'estime lésée par l'attribution d'une note de 1.5 alors que sa concurrente a obtenu 2 points.
- Critère 3.3: dans la mesure où la recourante a déjà été sanctionnée dans l'appréciation des critères précédents, il est excessif de le faire une nouvelle fois dans l'appréciation de la clarté du dossier.

A l'appui de ses requêtes de procédure, la recourante a expliqué qu'elle n'a pas pu consulter le rapport technique relatif à la variante du consortium adjudicataire et qu'elle n'en connaît donc pas les caractéristiques. Elle estime qu'elle doit être en mesure de prendre connaissance de cette variante pour pouvoir contrôler en quoi la différence de prix de l'ordre de 624'080 fr. entre l'offre de base et la variante peut se justifier.

- D. Par décision superprovisionnelle du 14 juillet 2004, le Juge délégué à l'instruction du recours a interdit toute mesure d'exécution de la décision attaquée.
- E. Le 26 juillet 2004, le Conseil d'Etat a déposé sa réponse au recours dont il conclut - sous suite de frais et dépens - au rejet dans la mesure où il est recevable.

Sur le plan procédural, l'autorité intimée constate qu'il n'existe pas de société Batigroup AG Tunnelbau, à Berne. Dans ces conditions, faute d'existence juridique de la recourante, son recours, mais aussi son offre, doivent être déclarés irrecevables.

S'agissant de la constatation des faits pertinents, l'autorité intimée conteste toute erreur.

- Critère 1.4 "Formation et qualification des cadres techniques": l'adjudicateur constate que M. Mario Danti, conducteur de travaux de la recourante, est sans expérience pour un tunnel en terrain meuble avec voûte jetgrouting. Le fait que le sous-traitant dispose d'expérience est sans pertinence dès lors que l'évaluation portait sur les cadres du soumissionnaire et non pas sur ceux des sous-traitants.
- Critère 1.3 "Référence spécifique à l'ouvrage": l'autorité intimée, qui a pris en considération toutes les références indiquées par la recourante dans son offre, maintient qu'elle ne dispose pas de références pour un ouvrage similaire au marché litigieux. Il lui est arrivé certes qu'une partie des tunnels qu'elle a bâtis soit située en terrain meuble; elle n'a pas d'expérience cependant dans le cas d'un tunnel situé entièrement dans un tel environnement. S'agissant du tunnel de Concise et de la Lance, l'adjudicateur relève que cette référence n'a pas été jugée similaire au projet actuel en raison de plusieurs éléments objectifs: a) le pilote du consortium n'était pas la recourante, mais l'entreprise Frutiger; b) les travaux de jetgrouting ont été exécutés en sous-traitance; c) seuls 120 m de jetgrouting ont été réalisés, le reste du tunnel se trouvant pour l'essentiel en rocher.

- Critère 2.2 "Installation de chantier": l'adjudicateur maintient qu'il ne ressortait pas clairement du dossier de quelle manière les eaux de jetgrouting seraient décantées et acheminées jusqu'aux canalisations prévues à cet effet par les conditions particulières. Par ailleurs, si la recourante a effectivement planifié des emplacements revêtus d'un enrobé bitumeux, elle a omis d'en prévoir pour la piste d'accès au tunnel, ce qui aurait constitué un avantage pour le maître de l'ouvrage. Enfin, l'intéressée a prévu l'implantation du portique d'accès au puits de la galerie de drainage dans la zone du portail du tunnel. Même si ce défaut a été retravaillé suite aux audits, il n'en demeure pas moins que la solution pose des problèmes d'interférence lors de l'exécution des travaux sur la galerie de drainage et sur le portail du tunnel. La note de 2.5 "satisfaisant" n'est donc pas sans base concrète dans les faits.

En ce qui concerne les griefs d'excès du pouvoir d'appréciation, l'autorité intimée relève tout d'abord que l'évaluation des offres a été effectuée sur une base comparative. Dans le détail, elle se détermine comme suit:

- Critère 1.5 "Procédure d'achat" et 2.4 "sécurité au travail": l'autorité intimée estime que si l'on compare les offres de l'adjudicataire et de la recourante (notes de 3 et 2.5 contre 2 et 1.5), on doit constater que l'offre de l'adjudicataire est beaucoup plus complète et liée à l'objet que celle de la recourante. Cette dernière s'est contentée d'assertions générales et succinctes et s'est bornée à renvoyer à des documents qui ne figurent pas dans l'offre.
- Critère 1.6 "Activité ayant une influence sur la qualité": l'adjudicateur souligne que l'offre de l'adjudicataire est meilleure parce qu'elle présente une liste plus complète (17 points au lieu de 12 pour la recourante) et particulièrement détaillée des activités ayant une influence sur la qualité.
- Critère 3.3 "Clarté du dossier": l'autorité intimée estime que l'adjudicataire a établi une offre en prenant soin d'adapter les documents à l'objet mis en soumission. Son dossier - très détaillé - n'est pas constitué de déclarations générales. En comparaison, l'offre de la recourante a été rédigée de manière beaucoup plus générale et moins liée à l'objet. De plus, l'adjudicateur a dû demander à la recourante un nombre plus important de précisions sur l'offre que ce qui a été le cas pour l'adjudicataire.

F. Le 26 juillet 2004, l'adjudicataire a déposé sa réponse au recours. Il conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement à son rejet, sous suite de frais et dépens.

Il motive sa conclusion d'irrecevabilité en constatant que, faute de jouir de la capacité juridique, la succursale est dépourvue de la capacité d'être partie en justice.

Sur le fond, de manière générale, l'adjudicataire estime que l'autorité intimée a été trop généreuse avec la recourante ou trop sévère avec elle-même et que le faible écart séparant les deux soumissionnaires dans la notation finale ne reflète pas la différence de qualité entre les deux offres. En réalité, son offre aurait dû s'imposer de manière beaucoup plus nette.

Dans le détail, l'adjudicataire rejette les critiques de la recourante relatives à une constatation inexacte des faits pertinents. Il conteste que le tunnel de Concise puisse servir de référence spécifique à la recourante. Si cet ouvrage a effectivement nécessité des travaux de jetting et de voûte parapluie, ce n'est pas la recourante qui les a effectués, mais une sous-traitante qui a fait faillite. La recourante était dans le consortium d'entreprises chargé des travaux, mais n'assurait pas son pilotage, confié à l'entreprise Frutiger. Quant au tunnel du Hafnerberg et à celui de Sissach, il y avait des travaux de voûte parapluie, mais pas de jetgrouting. L'adjudicataire souligne en outre que l'expérience de Rodio Geotechnik AG ne peut pas être imputée à la recourante dès lors que cette société n'est mentionnée que comme alternative à Batigroup AG Travaux spéciaux pour les travaux de jetgrouting et de voûte parapluie (cf. Annexe 2 de l'offre). La recourante n'offre donc aucune garantie qu'elle aura recours à Rodio. L'adjudicataire doute de la réalité du contrat que la recourante affirme actuellement avoir passé avec cette entreprise. De toute manière, cette allégation est tardive. En ce qui concerne la référence de Maurizio Caprara de Rodio, l'adjudicataire remarque que cette personne est chef de projet pour la Suisse. On peut donc douter qu'il sera présent chaque matin sur le chantier. De plus, il n'est pas mentionné comme référence en jetgrouting.

Contrairement aux critiques de la recourante, l'adjudicataire indique qu'elle a effectivement réalisé des travaux de jetgrouting dans le Aeschertunnel; il y avait deux machines qui se sont réparties le travail, l'une appartenant à Zschokke Locher, l'autre à Rodio.

En ce qui concerne l'installation du chantier, l'adjudicataire admet que le rapport technique de la recourante et son schéma d'épuisement des eaux mentionnent l'aménagement de bacs de décantation. Toutefois le plan d'installation produit dans l'annexe 17 ne comporte aucun élément permettant de saisir le processus d'acheminement et traitement des eaux du jetting. Il n'est ainsi pas possible de comprendre comment les eaux du jetting arriveront dans les deux bacs de décantation mentionnés en 11 sur le plan. De plus, selon l'adjudicataire, il n'est pas possible d'avoir une installation de décantation au front.

L'adjudicataire répond également au grief d'excès du pouvoir d'appréciation. S'agissant des critères 1.5 et 2.4, il constate que la recourante elle-même admet que ses documents sont incomplets. Pour le critère 1.6, l'adjudicataire compare dans le détail son offre avec celle de la recourante pour constater que cette dernière s'est contentée de reproduire la liste de certains travaux à effectuer, alors que lui-même s'est attaché à décrire de manière plus précise et spécifique les activités à risques, en rapport avec le chantier. La note de 1.5 paraît ainsi bien généreuse comparée à la note 2 attribuée à l'adjudicataire.

En définitive, l'adjudicataire estime qu'une révision de l'adjudication amènerait une péjoration de la notation de la recourante, respectivement un plus grand écart entre les deux offres. Pour le critère 2.4 "Sécurité au travail" la présentation très succincte de la recourante ne devrait lui valoir que la note 1, soit 3 points seulement. Idem pour le critère 1.5 "Procédure d'achat", qui devrait se traduire par une note de 1. Le critère 1.6 ne mérite pas mieux que la note 1, de sorte que l'écart entre les deux offres serait ainsi augmenté de 1.5 points au minimum. En ce qui concerne le critère 1.7 "Déclaration d'intention", l'adjudicataire constate que la recourante n'a pas signé cette déclaration contrairement à ce qui lui était demandé, de sorte qu'elle ne mérite aucun point à ce titre. Il en résulte une décote de 4 points par rapport à l'adjudicataire. Enfin, au titre de "programme des travaux", critère 1.3, l'adjudicataire constate qu'il a reçu la même note que son concurrent alors qu'il a produit un programme détaillé des activités au Portail Sud, qui n'a pas son équivalent chez la recourante. Alors même que l'adjudicateur a relevé ce plus dans son commentaire, il n'en a pas tiré les conséquences au niveau de la cotation. Un écart de 0.5 au minimum devrait marquer cette différence.

- G. Le 6 août 2004, la recourante a déposé sa réplique. Se référant aux critiques des parties adverses relatives l'indication de la succursale bernoise en lieu et place de la maison-mère comme auteur de l'offre, elle considère qu'une irrecevabilité du recours pour ce motif constituerait un formalisme excessif. La recourante maintient, par ailleurs, sa demande de pouvoir consulter toutes les pièces du dossier relatives à la variante d'exécution de l'adjudicateur. Elle motive sa requête en soulignant que l'économie alléguée de 580'000 fr. est douteuse et qu'il convient de connaître la façon dont l'adjudicateur a calculé cette moins-value. Ayant examiné elle-même la possibilité de réduire la durée du décoffrage et de la cure des bétons, elle était arrivée à la conclusion que cette opération ne modifiait pas le prix; elle se dit dès lors surprise que son concurrent puisse en tirer une économie aussi substantielle.

Prenant acte des explications reçues dans les réponses à son recours, la recourante déclare qu'elle retire purement et simplement son offre relative à

la variante d'exécution. Dans la mesure où les informations motivant la mauvaise appréciation de cette variante ne lui ont été fournies qu'en procédure de recours, la recourante requiert qu'il soit tenu compte de cette circonstance dans l'appréciation des frais et dépens.

Pour le surplus, la recourante reprend en les complétant les arguments déjà mentionnés concernant la mise en œuvre des critères d'adjudication.

- H. Le 16 août 2004, l'autorité intimée a déposé ses observations sur la réplique. Elle estime qu'en raison du retrait de la variante, le recours doit être déclaré irrecevable car la recourante a modifié son offre. De plus, elle juge qu'en agissant de la sorte, l'intéressée a transgressé son engagement à maintenir la variante pendant un certain délai; cet engagement n'était donc pas conforme à la réalité, ce qui justifie la révocation de l'offre. Par ailleurs, l'autorité intimée constate une fois encore que la nature juridique exacte de la recourante n'a pas été indiquée lors de la procédure d'adjudication, alors qu'il est fondamental pour le pouvoir adjudicateur d'identifier précisément l'auteur de l'offre. En tous les cas, à défaut d'entraîner l'irrecevabilité de l'offre, l'informalité justifie une modification de la notation du critère "clarté du dossier remis" et d'accorder une note de 1.5 au lieu de 2 pour ce critère.

L'autorité intimée conteste ne pas avoir communiqué à la recourante une motivation suffisante avant l'expiration du délai de recours. Il ne saurait être question dès lors de mettre les dépens à la charge de l'Etat en cas de rejet du recours. La recourante a obtenu tous les renseignements désirés. Elle n'a présenté aucune demande de renseignements supplémentaires après avoir pu consulter l'offre de l'adjudicataire et la réponse de l'autorité du 5 juillet 2004.

Sur la variante d'exécution de l'adjudicataire, l'autorité intimée souligne que la proposition de ce dernier implique effectivement une économie de 580'000 fr. pour le maître de l'ouvrage. En bref, la solution implique de commencer les travaux de bétonnage de l'anneau intérieur non pas en janvier 2007, mais en janvier 2008, soit à un moment où l'exécution de l'excavation et de l'anneau extérieur du tunnel sera terminée. Cette variante d'exécution (par rapport au programme des travaux de l'offre de base) permet de dissocier les opérations relatives à l'anneau intérieur et celles concernant l'excavation. Il n'est donc plus nécessaire de disposer d'un pont pour l'exécution de l'anneau intérieur (ce qui aurait été le cas dans l'hypothèse d'une exécution simultanée).

Pour le surplus, l'autorité intimée maintient ses observations initiales, tout en les complétant.

- I. L'adjudicataire s'est déterminé sur la réplique le 19 août 2004. Il prend acte que la recourante persiste à utiliser la dénomination de Batigroup AG Tunnelbau, à Berne, pour recourir en qualité de succursale de Batigroup AG, Bâle. Il constate cependant qu'aucune société n'existe au registre du commerce sous la dénomination Batigroup AG Tunnelbau; en maintenant une fausse raison sociale, la recourante affirme sa volonté d'agir sous une entité qui n'existe pas juridiquement. Il s'ensuit, à son avis, obligatoirement l'irrecevabilité du recours.

Par ailleurs, l'adjudicataire se joint à l'autorité intimée pour considérer qu'en raison du retrait de la variante, l'offre de la recourante doit être exclue de la procédure d'adjudication. Au demeurant, en s'en prenant à la conception du projet de base, la recourante critique ouvertement le projet pour lequel elle demande l'adjudication et qu'elle qualifie de risqué. Ce faisant, elle renierait son engagement d'adhérer au projet sans restriction. Cela justifie, pour l'adjudicateur, une exclusion de l'offre de Batigroup ou à tout le moins son comportement devrait être sanctionné par une péjoration de sa note relative à la maîtrise technique du projet qui n'est plus garantie.

S'agissant du gain de 580'000 francs découlant de la variante d'exécution, il provient de la renonciation au pont provisoire. Une éventuelle réduction de la durée du décoffrage et de cure des bétons est sans importance à ce sujet.

Pour le surplus, l'adjudicateur a confirmé ses observations antérieures en les précisant.

- J. Compte tenu des griefs d'irrecevabilité invoqués par l'autorité intimée et l'adjudicataire consécutivement au retrait de la variante par la recourante, le Juge délégué à l'instruction du recours a invité cette dernière à se déterminer à ce sujet.

Elle l'a fait par mémoire du 3 septembre 2004; elle a utilisé cette faculté non seulement pour se prononcer sur le point requis, mais pour revoir tous ses arguments.

S'agissant de la question de la recevabilité du recours, elle relève que personne n'a été trompé par l'adjonction de "Tunnelbau" à la raison sociale Batigroup AG. De plus, le fait que la succursale de Berne ait agi est sans importance. Les personnes ayant signé l'offre et donné mandat pour recourir ont la compétence pour engager Batigroup AG.

En ce qui concerne une éventuelle exclusion de la procédure suite au retrait de la variante, la recourante indique que, dans la mesure où la déclaration de retrait ou de révocation d'une offre adressée avant l'échéance du délai de validité de l'offre est sans effet, le retrait de la variante doit être considéré

comme nul et non avenu. En revanche, la recourante reformule sa déclaration en ce sens que les griefs relatifs à la notation de sa variante d'exécution sont purement et simplement retirés.

Pour le reste, les critiques qu'elle a adressées au projet de base ne doivent pas être interprétées comme une marque de défiance à l'égard du maître de l'ouvrage, mais comme preuve de la maîtrise des risques et des difficultés du marché en cause.

En ce qui concerne l'économie de 580'000 francs de la variante de l'adjudicataire, la recourante estime que la suppression du pont provisoire n'implique pas une moins-value plus importante que 250'000 francs au maximum. De plus, elle relève une incohérence entre les affirmations contenues dans le mémoire de l'adjudicataire et le dossier d'offre où il était question de minimiser le poids du pont. De plus, la recourante constate qu'à son avis, la variante qui prévoit le bétonnage de l'anneau intérieur en janvier 2008 est en contradiction avec les conditions particulières, "contraintes organisationnelles", dès lors que le tunnel doit permettre le transit des camions sans attendre l'achèvement des travaux de bétonnage. Par ailleurs, s'agissant du temps de décoffrage, la recourante estime que la réduction de cette durée soit ne justifie pas une économie de 580'000 francs, soit s'avère contraire aux conditions particulières et doit entraîner une conséquence quant à la notation.

- K. A réception du mémoire, le Juge délégué a invité l'autorité intimée à se déterminer sur ces critiques et à lui communiquer les extraits de pièces de l'offre permettant de juger de la moins-value de 580'000 francs.

Le 23 septembre 2004, l'autorité intimée a communiqué les pièces requises et a répondu à la recourante. Elle estime que cette dernière ne pouvait pas invoquer des faits nouveaux et qu'elle aurait dû se limiter à une détermination sur la recevabilité du recours, comme cela lui était demandé.

S'agissant de la réalité de l'économie de 580'000 francs, l'Etat souligne que, compte tenu des explications données par l'adjudicataire en page 11 de son rapport technique, la dissociation des travaux pour l'anneau intérieur et des travaux d'excavation de l'anneau extérieur signifiait nécessairement que le pont de service du radier de l'anneau intérieur n'était plus nécessaire. Le fait que l'entreprise ait utilisé le terme "minimiser" le poids du pont de service n'est pas en contradiction avec cette constatation: le renvoi au chapitre 3.4.8 du rapport technique est clair: l'importance des installations de chantier relatives aux deux ponts de service est minimisée dans le sens de la suppression du pont du radier de l'anneau inférieur. Cette interprétation a d'ailleurs été confirmée par l'adjudicataire lors de la transmission du

programme général des travaux pour la variante d'exécution, du 21 avril 2004. Il ressort en effet de ce document que les opérations relatives à l'anneau extérieur et à l'anneau intérieur sont dissociées. L'économie de 580'000 francs offerte par l'adjudicataire et confirmée à plusieurs reprises a été jugée acceptable par l'adjudicateur. Deux motifs rendent cette moins-value crédible:

- La suppression des "empêchements" liés à la non-dissociation des travaux pour l'anneau intérieur et des travaux pour l'anneau extérieur du tunnel;
- La suppression du pont de service du radier de l'anneau intérieur.

L'adjudicateur souligne en outre que la variante respecte les conditions particulières de l'appel d'offres. Le bétonnage de l'anneau intérieur au moyen d'anneaux de coffrage permet le transit des camions dès lors que les anneaux de coffrage autorisent le passage des bétonnières à l'intérieur de leur structure (tableau 9 de la présentation de l'adjudicataire du 1^{er} avril 2004). En ce qui concerne les prescriptions en matière de cure et de protection du béton, l'adjudicateur souligne qu'une réduction du délai de décoffrage pouvait être admise pour autant que la durée minimale globale reste fixée à 6 jours. Il est donc sans importance qu'initialement, l'adjudicataire ait réduit le délai de décoffrage de 72 à 35 heures; la recourante avait elle-même prévu de réduire ce délai à 24 heures.

- L. L'adjudicataire s'est prononcé également le 24 septembre 2004. Il explique en détail les avantages de la suppression du pont provisoire et justifie l'économie de 580'000 francs A cet égard, il chiffre le gain découlant de la renonciation au pont à 298'000 francs et la moins-value en ressources humaine à 286'218 francs, l'amélioration du rendement suite à la suppression des interférences entre travaux d'excavation et travaux de bétonnage de l'anneau intérieur permettant d'économiser 1.5 à 2 hommes. Le coût d'un atelier de coffrage supplémentaire est compensé par une réduction du chantier de 2.5 semaines. Pour le surplus, l'entreprise établit que sa variante est conforme aux conditions particulières de l'appel d'offres. Le détail de ses remarques - qui recouvrent largement celles de l'autorité intimée - sera repris dans la partie droit.
- M. La recourante a été invitée à se déterminer sur les explications reçues quant à la légalité et au coût de la variante de l'adjudicataire. Elle l'a fait le 4 octobre 2004 après avoir eu accès aux pièces nécessaires. Elle prend acte des explications concernant la suppression d'un pont de service ainsi que de la justification de la moins-value de 580'000 francs. Elle maintient toutefois ses critiques. A son avis, la moins-value de 580'000 francs, telle

qu'annoncée avec le dépôt de l'offre le 13 février 2004, n'était pas fondée sur les mêmes motifs. La recourante reproche à l'adjudicataire d'avoir modifié le contenu de sa variante d'exécution dans le cadre de l'audit du 6 mai 2004 afin d'augmenter la durée du délai de décoffrage de 35 à 72 heures, tout en affirmant pouvoir maintenir la moins-value de 580'000 francs. On ignore sur quelle base l'entreprise s'est fondée pour affirmer la mise en conformité de la variante d'exécution et le maintien de l'économie de 580'000 francs. La recourante doute qu'entre le 13 février 2004 et le 6 mai 2004, le consortium adjudicataire ait réellement effectué tous les calculs qu'il présente actuellement pour justifier son prix.

S'agissant des contraintes opérationnelles relatives au transit à travers le tunnel, la recourante constate que le passage des camions ne sera possible qu'à partir de fin mai 2008, à un moment où les travaux de bétonnage des lots au Nord du tunnel seront déjà fort avancés. Jusqu'à cette date, le trafic devra s'effectuer à travers de l'agglomération bulloise, ce qui était justement à éviter. De plus, le chiffre 6.3 des conditions particulières imposait de prévoir un programme de réalisation des travaux permettant le transit non seulement après la réalisation du coffre du tunnel, mais aussi avant le début des travaux de bétonnage de l'anneau intérieur. La variante de l'adjudicataire permet le passage des camions près de 4 mois après le début de ces travaux, de sorte que les exigences du maître de l'ouvrage ne sont pas respectées.

Pour la durée de décoffrage et de cure du béton, la recourante estime que l'adjudicataire a modifié sa variante d'exécution lorsqu'il a constaté qu'elle n'était pas conforme. Elle affirme, sur la base du procès-verbal d'audit du 6 mai 2004, que, postérieurement à l'échéance du délai pour déposer son offre, l'adjudicataire a été autorisé à "récupérer" sa variante d'exécution en indiquant que, pour le même prix, il proposait un second atelier de coffrage, afin de respecter la durée globale de décoffrage et de cure, soit 6 jours. Il ne s'agit plus, pour la recourante, d'une épuration ou d'un complément de l'offre, ni de la correction d'une simple informalité.

La recourante souligne enfin qu'en cas d'égalité des offres, l'adjudication ne doit pas intervenir sur la base de critères annexes, mais sur les critères qui bénéficient du plus fort coefficient de pondération.

- N. Le 13 octobre 2004, l'autorité intimée a déposé ses observations finales. Elle conteste la recevabilité des derniers mémoires de la recourante dans la mesure où ceux-ci contiennent des allégués de fait et des arguments juridiques nouveaux. En particulier, la recourante prétend que la variante de l'adjudicataire serait le résultat de négociations prohibées. Or, l'intéressée a eu connaissance complète des faits à réception des observations de

l'autorité intimée du 26 juillet 2004. C'est à cette occasion que l'Etat a précisé que la proposition de travailler avec deux ateliers de coffrage avait été formulée par l'adjudicataire à l'occasion de la séance d'audit du 6 mai 2004. Partant, si la recourante avait voulu contester le recours à un 2^{ème} jeu de coffrage, elle aurait dû le faire au plus tard dans ses observations du 6 août 2004.

Revenant sur le respect des prescriptions en matière d'ouverture du tunnel au trafic nécessaire aux autres lots, l'Etat souligne qu'il n'a jamais fixé une date impérative pour l'ouverture du tunnel. Les seules dates à respecter résultent de la période de début (23 août 2004) et de fin des travaux (fin septembre 2008). En outre, conformément au chiffre 6.3 des conditions particulières, le passage ne doit être assuré que dès le moment où le coffre du tunnel sera remblayé sur toute la longueur du tunnel. Les soumissionnaires étaient libres d'établir le programme des travaux et, par conséquent, de fixer la date à partir de laquelle le transit des camions-bétonnières devait être assuré. L'autorité intimée relève au passage que la recourante elle-même ne garantit pas l'accès du tunnel au transit des camions dès le début des travaux de bétonnage de l'anneau intérieur.

Pour ce qui a trait aux prescriptions en matière de cure et de protection du béton, l'autorité intimée souligne que l'adjudicataire respecte clairement la durée minimale de cure du béton de 6 jours, comme le prouve son "programme jour par jour du béton". Il est vrai que la variante qu'il a déposée prévoyait un délai de décoffrage de 35 heures et que, lors de l'audit du 6 mai 2004, ce délai est passé à 72 heures. Cette modification relève de la simple procédure d'épuration des offres. Dans la mesure où la recourante a elle-même aussi bénéficié du même traitement - il faut rappeler que sa variante présentait une moins-value de 1'101'472 fr. et qu'après épuration, destinée à lui faire respecter les conditions particulières, la moins-value s'est résumée à 51'154 fr. - l'Etat juge que ses critiques visant l'épuration de la variante de l'adjudicataire contreviennent au principe de la bonne foi.

Au demeurant, le procédé choisi n'est en rien contraire à l'art. 11 let. c de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2). L'Etat relève que la procédure d'épuration des offres sert spécialement à clarifier des positions d'appel d'offres qui ont été mal comprises par les soumissionnaires. En l'espèce, face à un marché aussi complexe, et compte tenu du peu de temps dont ont disposé les soumissionnaires pour prendre connaissance des documents d'appel d'offres et préparer l'offre, il n'était pas possible de déposer, à la date prévue, une offre qui soit entièrement conforme aux conditions. Aucune offre reçue ne l'était. Cela n'empêchait pas l'adjudication dès lors que, pour l'adjudicataire, les divergences par rapport aux conditions particulières, étaient excusables et ne relevaient pas de l'informalité grave. En l'occurrence, la formulation de la page 84 des

conditions particulières laissait subsister un certain flou en ce qui concerne la durée minimale de décoffrage. S'il était clairement spécifié que la durée minimale de cure était impérativement de 6 jours, les soumissionnaires pouvaient avoir des doutes sur le caractère impératif du décoffrage du revêtement intérieur à 72 heures. La recourante a ainsi prévu 24 heures et l'adjudicataire 35 heures. Cette situation n'impliquant pas une grave informalité, il était justifié que l'autorité intimée laisse la possibilité de compléter l'offre pour respecter le délai de 72 heures. Il n'en est pas résulté des négociations prohibées.

- O. Le 14 octobre 2004, l'adjudicataire a également pris position sur le mémoire de la recourante du 23 septembre 2004. Il expose le même point de vue que l'autorité intimée en relevant qu'en proposant un temps de décoffrage réduit à 24 heures et 35 heures, les deux soumissionnaires ont fait, de bonne foi, la même interprétation des conditions particulières. Il était normal qu'elles puissent adapter leur offre à l'exigences d'un temps de décoffrage de 72 heures. S'agissant de l'économie de 580'000 fr., l'adjudicataire estime avoir expliqué en détail sa calculation.

- P. Par lettre du 19 octobre 2004, la recourante a contesté que l'adjudicataire ait respecté le temps de cure du béton de 6 jours. Elle affirme qu'à l'origine seuls 3 jours étaient prévus et que l'offre a été corrigée à l'occasion des audits des 1^{er} avril et 6 mai 2004. Cette modification n'entrerait donc pas dans une démarche d'épuration des offres dans la mesure où elle porte sur une condition essentielle mentionnée comme telle dans les documents d'appel d'offres.

- Q. Le 22 octobre 2004, l'Etat a réagi en soulignant que la variante de l'adjudicataire a toujours respecté les conditions particulières qui exigeaient un temps de cure du béton de 6 jours (cf. pièce 44 produite par l'adjudicataire).

L'adjudicataire est intervenu dans le même sens, le 26 octobre 2004.

En droit:

- 1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits par l'art. 15 AIMP, le présent recours est en principe recevable en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1).

- b) Les parties adverses de la recourante contestent tout d'abord la recevabilité du recours en alléguant qu'en agissant sous la raison de commerce "Batigroup AG Tunnelbau" à Berne qui n'existe pas, la recourante n'aurait pas la capacité de partie.

Il est vrai que, formellement, une telle dénomination ne figure pas au registre du commerce. Une succursale de Batigroup AG existe cependant bel et bien à Berne à l'adresse indiquée, Wabernstrass 40, de sorte que personne n'a jamais été trompé par l'adjonction "Tunnelbau".

Or, même si la procédure d'adjudication doit - jusqu'à un certain point - être formaliste sous peine d'aboutir rapidement à l'anarchie et de conduire à des abus, il y a lieu de constater que les pouvoirs adjudicataires visés par l'art. 8 AIMP sont soumis aux règles du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1) pour autant que ces dispositions soient compatibles avec la législation spéciale sur les marchés publics (cf. P. GALLI, D. LEHMANN, P. RECHSTEINER, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurich 1996, p. 170). Cela signifie notamment que les principes généraux du droit administratif sont applicables à la procédure et en particulier les principes de la proportionnalité, de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire comme aussi l'interdiction du formalisme excessif (art. 8 CPJA; cf. Message du Conseil d'Etat accompagnant le projet de loi d'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics, BGC 1995 p. 1521).

Du moment que la recourante est effectivement une succursale de la maison-mère et que les personnes ayant signé le recours, comme aussi les offres, sont habilitées à engager Batigroup AG, l'adjonction fantaisiste d'une spécialisation après l'indication de la raison de commerce est sans importance. Dénier à la recourante toute existence juridique pour ce motif constituerait avec certitude un excès de formalisme. Vu la dénomination utilisée (Batigroup AG), l'adresse de la succursale et les personnes qui représentent concrètement la société dans la présente affaire, il n'existe aucun doute quant à la titularité de l'offre et à la qualité pour agir de Batigroup AG.

- c) Il ne saurait non plus être question de déclarer le recours irrecevable sous prétexte qu'en cours de procédure, la recourante a déclaré retirer sa variante afin de se concentrer sur son offre de base.

Comme la recourante le souligne à juste titre, elle n'avait pas le pouvoir de retirer sa variante dès lors qu'elle s'est engagée à respecter un délai de validité de l'offre qui n'est pas encore échu. Conformément aux règles de droit privé correspondantes (art. 3 CO), sa déclaration est donc sans effet

(B. SCHMIDLIN, Berner Komm. VI/I, ad art. 3 n° 20) et elle reste liée par la variante qu'elle a proposée. Dans cette mesure, il n'y a donc pas de modification de l'offre déposée par Batigroup AG. Rien ne justifie dès lors d'écarter cette offre ou indirectement de déclarer le recours irrecevable en raison de l'exclusion de l'offre de la recourante.

En revanche, il y a lieu de prendre acte des explications fournies par la recourante dans son mémoire du 3 septembre 2004 et de considérer que la déclaration de retrait de la variante constitue en réalité un retrait du recours en tant qu'il visait, à l'origine, l'appréciation de la variante en cause par l'autorité intimée.

- d) Dans la mesure où une adjudication crée ou refuse des droits "civils" au sens de l'art. 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme (J.-B. ZUFFEREY, C. MAILLARD, N. MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 73), les parties disposent du droit de prendre connaissance de toutes les pièces et observations présentées au juge et de les discuter (Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause Ziegler c/ Suisse, JAAC 66/2002 p. 1307 n° 113; ATF 5P.446/2003 du 2 mars 2004 et 1P.150/2004 du 6 septembre 2004). Du moment qu'en l'espèce, au-delà du premier double échange d'écritures, des questions restaient ouvertes quant à la recevabilité du recours, puis quant à la légalité de la variante de l'adjudicataire, les parties n'ont fait qu'utiliser leur droit à un procès équitable en prenant position sur ces questions. Le fait qu'elles aient profité à chaque fois de la communication d'un mémoire pour développer des arguments déjà invoqués précédemment ne rend pas ces nouveaux développements irrecevables.

Cet échange sans fin des mémoires provoqué par la jurisprudence de Strasbourg - chaque partie ayant chaque fois le droit de réagir au mémoire de son adversaire - n'a pas rendu caduc l'art. 93 CPJA relatif aux nouveaux allégués selon lequel, en cours de procédure, seuls peuvent être invoqués des faits et moyens de preuve qui ne pouvaient pas l'être lors de l'échange d'écritures au sens de l'art. 89 CPJA. En d'autres termes, une partie doit invoquer immédiatement les allégués dont elle entend se prévaloir sans attendre un échange ultérieur d'écritures.

Dans le cas particulier, il faut constater que la recourante n'a invoqué l'existence de négociations illégales et une modification tardive de la variante de l'adjudicataire que dans le cadre de son mémoire du 4 octobre 2004. Or, elle savait depuis le 26 juillet 2004, date de la notification de la réponse de l'Etat que, suite aux audits, l'adjudicataire avait reçu l'autorisation de modifier sa variante pour y intégrer un 2^{ème} atelier de décoffrage. Elle aurait donc dû

invoquer ces nouveaux allégués dans son mémoire du 6 août 2004, ce qu'elle n'a pas fait. Il est donc douteux que ces allégués soient recevables.

Dans la mesure, toutefois, où ces griefs sont dépourvus de pertinence (cf. consid. 10 ci-dessous), la question de leur recevabilité peut demeurer indécise.

- e) Sous réserve des précisions qui précèdent, le Tribunal administratif peut entrer en matière sur le recours.
2. Selon l'art. 16 AIMP, le recours devant le Tribunal administratif peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (lettre b). En revanche, le Tribunal administratif ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité.

En matière de marchés publics, l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer quelle offre est économiquement la plus favorable; lorsque l'autorité de recours se prononce sur la mise en œuvre de cette notion, elle doit faire preuve d'une retenue, qui sera d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques particulières (JAB 1998 p. 59; RDAF 1999 p. 37; ATA non publié du 7 avril 2000 publié sur le site www.fr.ch/tad).

- 3. a) La recourante prétend tout d'abord que l'autorité intimée aurait mal constaté les faits pertinents en retenant, sous critère 1.4 "Formation et qualification des cadres techniques", que ses cadres seraient sans expérience spécifique relative à la construction de tunnels en terrain meuble sous voûte jetgrouting.

Sous l'annexe 6 chiffre 1.4 des conditions particulières, la maître de l'ouvrage a exigé des soumissionnaires qu'ils remettent un "listing de qualification du personnel pouvant être concerné au moment de l'adjudication sous forme de CV pour: - le conducteur de travaux responsable; - les éventuels spécialistes.

En l'occurrence, il n'est pas contesté que M. Danti, décrit comme "conducteur de travaux" dans l'organigramme produit par la recourante sous annexe 8B ne dispose pas d'expérience dans le domaine indiqué. Compte tenu des exigences précises des documents d'appel d'offres, il ne saurait dès lors être question de constatation inexacte des faits pertinents. Le fait que le chef de chantier, M. Giovanni, soit le supérieur hiérarchique de M. Danti, ait une expérience en la matière est sans importance dès lors que ce n'est pas ce qui était demandé.

Il n'est pas contestable non plus que M. Caprara, mentionné comme responsable des travaux spéciaux de jetting, bénéficie certainement de l'expérience requise. Il faut cependant constater que cette personne n'est pas un collaborateur de la recourante, mais de la société Rodio Geotechnik AG. Or, l'évaluation ne portait pas sur les cadres des sous-traitants, mais sur ceux du soumissionnaire.

Il n'y a donc pas de violation du droit dans le cadre de la constatation des faits relatifs à la formation et à la qualification des cadres.

- b) Le grief de violation de l'égalité de traitement que la recourante a invoqué dans ses dernières interventions en relation avec ce critère ne sont pas non plus pertinentes.

Contrairement à ce qu'elle prétend, l'offre de l'adjudicataire ne présente aucune discussion quant aux qualifications de la personne désignée comme conducteur de travaux. Dans son rapport technique du 13 février 2004, l'adjudicataire a indiqué comme conducteur des travaux Eric Liardon ou Jürg Winz, tous deux disposant de l'expérience requise. Lors de l'audit du 1^{er} avril 2004, elle a défini que J. Winz serait chef d'avancement et E. Liardon chef du bureau technique. Il n'y a donc ni modification de l'offre, ni inégalité de traitement au préjudice de la recourante dont le conducteur des travaux n'a pas l'expérience requise pour obtenir le maximum de points quant à sa qualification.

En dépit de ce que veut laisser croire la recourante, l'organigramme de l'adjudicataire ne donne lieu à aucune confusion. Même si la position de chef de chantier est complétée par une mention "conducteur de travaux" entre parenthèse, le conducteur des travaux d'avancement est clairement défini à part comme son subordonné, de la même manière que dans l'organigramme de Batigroup AG. Sur la base du contenu du rapport technique, l'attribution des rôles ne pose donc aucun problème d'interprétation. Cette constatation - qui ressort directement des pièces - est confirmée par les explications de l'autorité intimée (mémoire du 23 septembre 2004 p. 18) qui souligne que c'est avant tout l'exécution de l'anneau extérieur du tunnel qui est particulièrement délicate; or, la responsabilité des travaux sur l'anneau extérieur relève de la compétence du conducteur des travaux, soit M. Winz pour l'adjudicataire et M. Danti pour la recourante.

- c) Dans la mesure où la recourante a placé à un poste clé une personne qui n'a pas l'expérience requise et qui devra se faire appuyer par son supérieur ou par un cadre d'un sous-traitant pour exercer sa tâche, il n'est en aucun cas déraisonnable de ne lui attribuer qu'une note de 2 "satisfaisant" au titre de la formation et de la qualification des cadres. Cela est d'autant plus vrai

que l'adjudicataire n'a pas obtenu non plus la note maximale (2.5 sur 3) alors que, sur ce point, son dossier est manifestement meilleur.

4. a) La recourante se plaint d'une autre constatation erronée des faits en affirmant que l'autorité intimée aurait ignoré certaines références dans le cadre du critère 3.1 "référence spécifique à l'ouvrage". Elle allègue que les références produites en annexe 3 de son offre se rapporteraient à des ouvrages démontrant sa maîtrise technique de la réalisation en terrain meuble avec voûte parapluie et jetgrouting. Elle relève également avoir mentionné qu'elle allait sous-traiter les travaux spéciaux à l'entreprise Rodio Geotechnik AG et qu'il convenait dès lors de prendre en considération les références de cette entreprise.
- b) Dans les conditions particulières, sous annexe 7 "critères d'aptitude et d'adjudication des offres", il est demandé au soumissionnaire de présenter une réalisation similaire à l'ouvrage à exécuter (chiffre 2.3.1).

Comme l'autorité intimée l'a constaté et comme cela a été admis par la recourante dans son mémoire du 3 septembre 2004, Batigroup AG n'a elle-même directement ou par l'intermédiaire d'une entreprise sous-traitante pas été en mesure de présenter une référence spécifique aussi pertinente que le Aeschertunnel, dont les caractéristiques sont similaires au tunnel à construire sous la Trême. L'adjudicataire, en revanche, par l'entreprise Zschokke Locher AG était pilote du consortium qui a construit le Aeschertunnel et a assumé à l'égard du maître de l'ouvrage la responsabilité du jetgrouting. L'adjudicataire pouvait en plus se prévaloir de trois autres références en rapport étroit avec l'ouvrage à construire (tunnel de Flimserstein, tunnel de Kirchenwald, tunnel de Sauerländer).

Le fait que l'autorité intimée n'ait pas pris en considération l'expérience de l'entreprise Rodio Geotechnik AG - qui a effectué les travaux de jetgrouting dans le Aeschertunnel comme sous-traitant sous la direction de l'adjudicataire - ne constitue aucun abus ou excès du pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre du critère. Dans la mesure où l'adjudicateur attribue le marché et passe contrat avec un soumissionnaire spécifique et non pas avec un sous-traitant de ce soumissionnaire, il est en droit de poser comme exigence à l'attribution du marché que le soumissionnaire lui-même - qui sera responsable du projet envers lui - ait réalisé, en propre ou comme pilote d'un consortium, un ouvrage le plus similaire possible de celui qui est à construire. Il est d'ailleurs à relever que les conditions particulières n'exigent qu'une seule référence de la part du soumissionnaire. Vu la place qu'elle occupe parmi les critères d'adjudication et sa formulation, cette exigence ne

peut pas être comprise par un soumissionnaire comme l'autorisant à se prévaloir d'une référence d'un sous-traitant.

Il n'y a donc aucune violation du droit dans l'appréciation qui a été faite par l'adjudicateur des références de la recourante. Au demeurant, dans la mesure où l'adjudicataire a non seulement piloté le consortium du Aeschertunnel, mais y a également effectué une partie des travaux de jetting, la différence de notation qui résulte de l'appréciation de la référence (7.50 contre 4.50) ne saurait être sérieusement critiquée. Compte tenu des explications de l'autorité intimée sur la nature des ouvrages cités comme références par la recourante, spécialement sur les conditions de réalisation du tunnel de Concise, une note de 1.5 (avant pondération) située à mi-chemin entre le 1 "en rapport lointain" et le 2 "en adéquation" n'apparaît pas déraisonnable.

5. a) La recourante a fait valoir une constatation erronée des faits pertinents en relation avec son plan d'installation de chantier. L'autorité intimée se serait trompée en retenant que Batigroup AG n'a pas prévu de décantation d'eaux de jetgrouting et un revêtement de ses pistes de chantier.
- b) S'il est vrai que, dans l'annexe 17 de son offre en relation avec l'annexe 21, la recourante a indiqué la présence de bacs de décantation, il faut cependant constater avec l'autorité intimée qu'aucune indication n'est donnée sur la manière dont les eaux de jetgrouting seront acheminées jusqu'aux canalisations prévues à cet effet. Le dossier est donc incomplet. L'intimée va même jusqu'à douter de la possibilité technique d'aménager un bac de décantation au front comme indiqué par la recourante.

Cette dernière a reconnu en outre qu'elle avait omis d'indiquer dans ses plans que les pistes de chantier seront revêtues d'un enrobé bitumeux. Elle admet également que l'implantation du portique d'accès au puit de la galerie de drainage dans la zone du portail du tunnel peut gêner le déroulement des travaux de préparation du portique du tunnel.

Il ne saurait être question dès lors d'une constatation erronée des faits pertinents.

Compte tenu de ces imperfections techniques dans l'installation du chantier, l'attribution d'une note de 2.5 "satisfaisant" ne constitue pas non plus un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée.

6. a) Selon l'annexe 6, chiffre 1.5, "Procédure d'achat", des conditions particulières, le maître de l'ouvrage a exigé la remise des documents

concernant, d'une part, "la procédure d'achat des matériaux du système qualité de l'entreprise, d'où devront ressortir notamment les critères de choix, le modèle de contrôle" et, d'autre part, "la procédure de choix des sous-traitants du système qualité de l'entreprise, d'où devra se dégager la procédure de transmission des données".

En guise de réponse à cette exigence (classeur 1/3, chap. 2 ch. 5.1), la recourante s'est limitée à un résumé lapidaire de ses procédures d'achat qui confine à une succession de lapalissades et s'est référée pour le surplus au système qualité de Batigroup SA Travaux souterrains, dont elle s'est bornée à présenter les certificats en annexe 6. Pour cette présentation, elle a obtenu une note de 2 "satisfaisant".

L'adjudicataire, pour sa part, a présenté le détail des procédures qu'il applique en produisant un document particulier pour la procédure d'approvisionnement et un autre pour les sous-traitants et fournisseurs. Sa démarche a été jugée "en adéquation" et a été créditée d'une note de 3.

Il ne fait aucun doute que la réponse complète de l'adjudicataire est plus favorable au maître de l'ouvrage que le document quasiment sans intérêt présenté par la recourante. Il ne saurait dès lors être question d'un quelconque abus ou excès du pouvoir d'appréciation dans la différence de notation des deux concurrents.

La certification ISO 9001:2000 dont bénéficie la recourante ne dispensait pas cette dernière de répondre de manière complète aux exigences du maître de l'ouvrage. Ce dernier est en droit de demander à disposer du détail des procédures mises en place par l'entreprise pour juger par lui-même de l'adéquation de ces procédures en fonction du chantier à venir. Le fait de savoir que l'entreprise bénéficie d'une certification ISO ne donne aucune information à ce sujet. En d'autres termes, même si le document à fournir à l'adjudicateur reprend quasiment les procédures certifiées, le soumissionnaire ne peut pas y renoncer pour se limiter à se référer à sa certification.

Le choix de se contenter d'un certificat de qualité ou de demander le détail des procédures d'achat relève de l'autonomie de l'adjudicateur. En l'occurrence, les exigences posées dans les conditions particulières étaient claires. Il faut rappeler, pour mémoire, que les entreprises étaient déjà requises de produire une attestation de certification dans le cadre des critères d'aptitude; elles ne pouvaient pas raisonnablement croire que la production du même certificat suffirait pour répondre au critère d'adjudication relatif aux procédures d'achat. Ainsi, pour ne pas avoir donné une réponse complète, la recourante a été sanctionnée d'un point de moins que sa concurrente. Cette décision de l'autorité intimée échappe à la critique.

- b) La même remarque s'applique à l'appréciation du critère 2.2.4 "sécurité au travail". Dans ce cadre, il était demandé aux soumissionnaires d'indiquer les mesures de sécurité qui seront prises par l'entrepreneur en rapport avec son analyse de risques.

Alors que l'adjudicataire a déposé un document très complet avec références concrètes au chantier sous la Trême, la recourante s'est contentée d'un plan de mesures et d'un concept sommaires en renvoyant à son dossier d'assurance qualité (non produit) et aux directives de la Caisse nationale d'accident. L'autorité intimée pouvait, sans violer la loi, tenir compte de cette différence patente de qualité de l'offre pour accorder plus de points à l'adjudicataire. Le fait qu'elle ait décidé d'accorder 2.5 points à ce dernier et 1.5 à la recourante relève de son pouvoir d'appréciation.

7. Sous chiffre 1.6 de l'annexe 6 des conditions particulières, l'adjudicateur a demandé une énumération des activités ayant une incidence sur la qualité du point de vue de l'entrepreneur. Il a prescrit aux soumissionnaires de procéder en interne à une analyse des risques et de remettre avec l'offre une "liste des activités ou une liste des points critiques".

Dans la mesure où l'adjudicateur n'a pas voulu le détail de l'analyse des risques, qu'il demande aux soumissionnaires d'effectuer en interne, mais uniquement une liste des activités ou des points critiques, la probabilité existait que les documents fournis par les entreprises ne soient pas très informatifs. Il appartenait cependant à chacune d'agir dans le sens du maître de l'ouvrage et de s'efforcer à donner une information utilisable sans se limiter à fournir un papier alibi permettant d'affirmer qu'il a été répondu à l'exigence de l'appel d'offres.

La liste fournie par la recourante - qui s'adresse pourtant à des professionnels de la construction - ne contient aucune information utile pour le maître de l'ouvrage. Il s'agit d'une juxtaposition d'évidences qui n'aide en rien l'adjudicateur. Sa seule justification est de répondre à l'exigence formelle du dépôt d'un document spécifique, telle que formulée par les documents d'appel d'offres. L'intérêt de ce document pour l'adjudicateur est quasiment nul. La recourante a néanmoins obtenu 1.5 points pour ce travail.

L'adjudicataire, pour sa part, a établi la liste des points critiques qui se présenteront ou pourront se présenter lors du chantier. Elle a esquissé ensuite une intégration de cette liste dans les procédures d'exécution, annexe 14. Si l'on compare cette présentation avec celle de la recourante, il ne fait aucun doute que l'information transmise est d'une qualité supérieure. On ne saurait dès lors reprocher à l'adjudicateur d'avoir attribué au consortium adjudicataire un demi-point supplémentaire.

Au demeurant, contrairement à ce que prétend la recourante, les soumissionnaires n'étaient pas obligés par l'annexe 6 des conditions particulières d'établir une liste "d'activités", mais pouvaient aussi choisir une liste de "points critiques". La liste déposée par l'adjudicataire répondait dès lors aussi à la demande.

8. La recourante estime que, dans la mesure où elle a déjà été sanctionnée pour l'absence de clarté de son dossier dans le cadre de l'appréciation des critères précédents, il serait excessif de le faire une nouvelle fois dans le cadre du critère 3.3 "clarté du dossier".

On peut se demander si, par ce biais, la recourante ne remet pas en cause la pertinence du critère d'adjudication et si, dès lors, son grief est recevable dans la mesure où il aurait pu faire l'objet d'un recours contre l'appel d'offres. La question peut demeurer indéterminée dans la mesure où la critique est de toute manière infondée.

Il relève de la liberté de l'adjudicateur de fixer l'importance qu'il attache à chaque critère. Dans ce sens, il peut décider de noter également la clarté générale du dossier en plus de la notation qui ressort à chaque critère individuellement. A cet égard, il ne fait aucun doute au vu de ce qui précède que le dossier de l'adjudicataire est mieux conçu que celui de la recourante. Il est plus informatif, plus concret. Sur les points qui ont été examinés précédemment, on ne peut s'empêcher de penser que la notation de la recourante a même été trop bienveillante par rapport aux notes de l'adjudicataire et que l'écart aurait pu être plus grand entre les deux concurrents. On peut prendre acte également de la position de l'adjudicateur qui relève avoir dû demander à la recourante un nombre plus important de précisions sur l'offre que cela n'a été le cas de l'adjudicataire.

Dans ce cas, également, une différence d'un demi-point entre les deux concurrents ne constitue aucun abus ou excès du pouvoir d'appréciation.

9. A l'issue de la procédure d'instruction, la recourante a fait valoir que le marché ne peut pas être adjugé à son concurrent dès lors que la variante retenue par l'adjudicateur ne respecte pas les exigences du maître de l'ouvrage. Elle estime que la variante n'est pas conforme parce qu'elle ne permet pas le transit des camions dans le tunnel en temps voulu et parce qu'elle ne respecte pas la durée de décoffrage et de cure du béton.
 - a) Le chiffre 6.3 des conditions particulières prévoit que "le tunnel sera ouvert au transit des camions bétonnières pour le bétonnage des lots situés au Nord du tunnel dès que le coffre du tunnel sera remblayé, avant que ne

commence la pose de l'étanchéité et le bétonnage en voûte et au droit des piédroits de l'anneau intérieur". La recourante prétend qu'avec la suppression du pont provisoire du radier de l'anneau intérieur du tunnel, telle que prévue par la variante de l'adjudicataire, cette prescription n'est plus respectée, l'ouverture du tunnel au trafic des camions intervenant trop tard.

Comme l'explique l'adjudicateur, le passage pour les camions doit être assuré dès que le coffre est remblayé, à savoir après l'exécution du radier de l'anneau intérieur. Une fois ce radier et le coffre du tunnel remblayés, le passage des camions nécessaires au bétonnage des autres lots est possible sans pont de service. En effet, les travaux qui doivent être entrepris ensuite, en particulier le bétonnage de l'anneau intérieur au moyen des anneaux de coffrage, permettent le transit des camions. Il est relevé en particulier que les anneaux de coffrage sont ainsi conçus qu'ils permettent aux bétonnières de passer à l'intérieur de leur structure.

Contrairement aux affirmations de la recourante, le maître de l'ouvrage n'a pas donné de date butoir à partir de laquelle le transit doit être assuré. Selon le chiffre 6.3 des dispositions particulières, l'adjudicateur n'a pas voulu exiger que les travaux d'étanchéité et de bétonnage de la voûte et des piédroits de l'anneau intérieur ne commencent qu'après que le radier soit terminé. Les deux concurrents ont prévu dans leur programme un chevauchement des deux opérations. Ce qui est déterminant est que le tunnel soit ouvert au transit des camions dès que la piste est achevée et que les installations des soumissionnaires permettent ce trafic durant l'exécution de l'étanchéité et le bétonnage de la voûte et des piédroits de l'anneau intérieur. Ce qui est garanti par l'adjudicataire.

- b) Il ne fait pas de doute que la variante de l'adjudicataire, telle qu'elle a été retenue après épuration des offres et qui fait l'objet de l'adjudication, respecte l'exigence d'un coffrage à 72 heures et, au total, de 6 jours de cure du béton. La question n'est donc pas celle d'un non-respect des conditions particulières, mais celle d'une éventuelle modification irrégulière de l'offre au cours de la procédure d'épuration, ce qui sera examiné ci-dessous.
10. a) Selon l'art. 11 let. c AIMP, le principe de la renonciation à des rounds de négociation s'applique à la passation des marchés soumis à ce concordat. Ce principe a été repris à l'art. 28 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11).

Il convient cependant de distinguer les négociations illicites de la procédure d'épuration des offres qui se fonde, elle, sur l'art. 27 RMP et qui n'a rien de contraire au droit.

En l'occurrence, il faut constater que les deux soumissionnaires ont interprété le chiffre 7.2.6.12 des conditions particulières de la même manière, à savoir que la durée minimale de la cure du béton est impérativement de 6 jours, mais qu'en revanche, le temps de décoffrage fixé à 72 heures pouvait être réduit dans le cadre des variantes d'exécution. La recourante l'a réduit à 24 heures et l'adjudicataire à 72 heures. Or, à la différence de ce qu'ont crû les soumissionnaires, le maître de l'ouvrage a estimé que le temps de décoffrage de 72 heures n'était pas compressible. Il a dès lors demandé aux deux soumissionnaires de corriger leur variante pour en tenir compte.

Dans la mesure où, à la différence du temps total de cure de 6 jours, la durée de 72 heures ne constitue pas un élément essentiel du marché, et considérant que l'égalité de traitement a été garanti entre les deux concurrents dont les offres entraient en considération pour l'attribution du marché, la possibilité donnée aux soumissionnaires de modifier leur variante pour la rendre compatible avec l'exigence du maître de l'ouvrage ne sort pas du cadre de la procédure d'épuration des offres. Face à des variantes d'exécution, il est normal qu'une discussion s'engage avec l'adjudicateur de manière à rendre ces variantes comparables entre elles et avec les offres de base. Dans la mesure où la variante implique, de bonne foi, une modification d'une donnée secondaire (en l'espèce, le temps de décoffrage) que l'adjudicateur ne veut pas accepter, il n'est pas illégal de laisser au soumissionnaire la faculté d'adapter sa variante en conséquence. A défaut, le maître de l'ouvrage devrait écarter la variante - alors même que la solution qu'elle préconise peut lui être favorable - pour un motif insignifiant à l'échelle du marché en cause (dans ce sens, P. GALLI, A. MOSER, E. LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich, Bâle, Genève 2003, n° 340; voir aussi DC 2/2004 p. 70 n° S37).

En l'occurrence, confronté à l'obligation de respecter le délai de 72 heures, l'adjudicataire a choisi d'adapter sa variante en prévoyant un 2^{ème} atelier de décoffrage. Comme il a été dit ci-dessus, cette solution ne constitue pas le résultat d'une négociation, ni une modification illégale de l'offre. Il s'agit d'une simple mise à niveau de sa variante pour tenir compte de l'interprétation faite par l'adjudicateur du chiffre 7.2.6.12 des conditions particulières. Cette correction ne modifie en rien la solution technique préconisée par la variante qui garde toutes les caractéristiques énoncées au moment du dépôt de l'offre.

- b) La recourante estime que l'adjudicataire n'a pas tenu compte des coûts supplémentaires engendrés par son 2^{ème} atelier de coffrage et qu'il ne pouvait pas le prévoir sans augmenter parallèlement ses prix. Elle considère

dès lors que la moins-value de 580'000 francs mentionnée dans la variante serait artificielle.

A cet égard, il faut rappeler tout d'abord à la recourante que le soumissionnaire est en principe maître de son prix. En l'espèce, les prix articulés par l'adjudicataire figurent expressément dans son offre, de sorte qu'il n'y a pas eu modification de ceux-ci entre le dépôt de l'offre et l'adjudication. Il est vrai qu'en cours de procédure, l'adjudicataire a été amené à prévoir un 2^{ème} atelier de coffrage qui n'a pas eu d'incidence sur le prix, l'avantage de la variante restant fixé à 580'000 francs. Interrogé sur la réalité de cette moins-value, l'intéressé a produit un calcul qui démontre de manière raisonnable comment se justifie l'économie indiquée. Il est établi que même avec l'adaptation qu'elle a subie la variante dégage encore l'économie annoncée dans l'offre. En particulier, l'adjudicataire a pu rendre vraisemblable que le coût du 2^{ème} atelier de coffrage est compensé par une économie supplémentaire (mémoire du 23 septembre 2004, ch. II.7). Face à cette situation, aucune informalité n'est à constater dans le déroulement de la procédure.

- c) Dans sa dernière intervention du 19 octobre 2004, la recourante reproche à l'adjudicataire de ne pas avoir respecté le délai de cure du béton de 6 jours, mais d'avoir initialement planifié une durée globale de décoffrage et de cure de 4,5 jours (36 heures de décoffrage et 3 jours de cure).

A l'examen du dossier, on ne trouve cependant aucune indication appuyant la version de la recourante.

Dans sa variante d'exécution, produite le 13 février 2004, l'adjudicataire n'a pas précisé la durée totale de la cure; sous chapitre 2.5 "Série de prix, Variante d'entreprise", il s'est limité à proposer un temps de décoffrage réduit de 72 à 35 heures. On peut en déduire que, pour le surplus - à savoir pour la durée totale de cure - il s'en tenait à la solution de l'offre de base. Or, sous chiffre 3.4.10 du rapport technique de l'offre de base, il était indiqué que "le traitement du béton (cure) est prévu selon les conditions particulières". Invité à préciser sa position lors de l'audit du 1^{er} avril 2004, l'adjudicataire a expressément confirmé avoir prévu dans l'offre de base une durée de cure de 6 jours. Le 21 avril 2004, l'intéressé a levé les derniers doutes en produisant le programme jour par jour béton de sa variante d'exécution d'où il ressort clairement que le délai de cure de 6 jours est bien respecté. On cherche dès lors en vain dans le dossier la moindre indication à l'appui de la thèse de la recourante concernant un temps de cure de 3 jours seulement.

11. Il ressort de ce qui précède que le résultat de l'appréciation des offres n'est pas contraire au droit. Du moment que, pour sa variante, le consortium

Zschokke Locher AG - Walo Bertschinger AG - Grisoni-Zaugg SA a obtenu plus de points que la recourante, il est normal que le marché lui soit attribué. Contrairement aux affirmations de Batigroup AG, les concurrents ne sont pas à égalité, même si la différence entre eux est minime. Toute l'argumentation - des plus discutable - développée dans le recours concernant la prétendue priorité qu'il faudrait accorder à l'offre la moins chère en cas d'égalité est donc sans pertinence.

12. Dès lors que toutes les pièces nécessaires à la compréhension de l'affaire ont été communiquées à la recourante, ses requêtes procédurales tenant à un accès plus étendu au dossier doivent être rejetées.
13. Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA) et de verser une indemnité de partie à l'adjudicataire qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA).

La recourante ne peut pas prétendre à une autre répartition des frais et dépens sous prétexte qu'elle aurait été forcée de recourir en raison du manque de motivation de la décision attaquée et des incertitudes qui planaient sur les raisons de l'adjudication. Du moment que l'adjudicateur n'est tenu qu'à motiver sommairement la décision d'adjudication (art. 34a al. 2 RMP; art. 13 let. h AIMP), on ne saurait considérer que sa décision du 23 juin 2004 était insuffisamment motivée. De plus, en application de l'art. 34a al. 3 RMP, il a communiqué, le 5 juillet 2004, à la recourante toutes les informations requises par cette dernière et lui a permis de consulter l'essentiel de l'offre de l'adjudicataire. Enfin, l'intéressée n'a pas présenté de demande de renseignements supplémentaires avant de déposer son recours. Il apparaît dès lors que la recourante a disposé, pour agir, de tous les éléments auxquels le droit des marchés publics lui donnait accès. Le fait qu'elle se soit rendue compte en cours de procédure que ses critiques relatives à l'appréciation de sa variante étaient vouées à l'échec ne change rien à cette constatation. Dès l'instant où le législateur protège expressément la confidentialité des offres des concurrents et limite le devoir de motiver de l'adjudicateur, il tombe sous le sens que les soumissionnaires évincés courent le risque de se tromper de cible en recourant. Lorsque, comme en l'espèce, on ne peut pas faire de reproche à l'adjudicateur sous l'angle de la motivation de la décision d'adjudication et des informations transmises à la demande du soumissionnaire évincé, cette situation est sans incidence sur l'attribution des frais et dépens. De plus, il faut constater que, dans la présente affaire, l'essentiel du recours a été maintenu et qu'il est dès lors juste de faire supporter les frais de justice à la partie qui succombe.

Dans la mesure où la présente affaire présente une ampleur et une complexité particulière, le montant maximum ordinaire des honoraires de 5'000 francs ne saurait être appliqué. Selon l'art. 8 al. 1 du Tarif des frais de procédure et des indemnités en matière administrative (RSF 150.12), il est possible d'aller au-delà, jusqu'à un maximum de 20'000 francs. Dans la mesure où le mandataire de l'adjudicataire demande plus que ce maximum, il convient de ramener ses honoraires à ce montant auquel s'ajoutent ses frais et la TVA.

L'Etat, pour sa part, n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 139 CPJA).

210; 210.8.1