

# TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

IIe COUR ADMINISTRATIVE

**Séance du 8 mars 2007**

Statuant sur le recours interjeté le 22 janvier 2007  
**(2A 07 5)**

par

**X.** et le **Bureau Z. SA**, tous deux représentés par Me Alexandre Emery, avocat à Fribourg,

contre

l'appel d'offres publié par **la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions** pour le marché de service à adjudger dans le cadre du projet du pont et du tunnel de la Poya et de mise à 4 voies de la route de Morat;

**(Marchés publics / recours contre l'appel d'offres; soumissionnaires pré-impliqués)**

## **C o n s i d é r a n t :**

### **En fait:**

- A. En date du 5 janvier 2007, la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) a fait publier un appel d'offres relatif à l'attribution d'un marché de services pluridisciplinaires d'études et de réalisations dans le cadre du projet du pont et du tunnel de la Poya et de mise à 4 voies de la route de Morat. Cet appel d'offres, qui comprend un document intitulé « Fascicule A: Cahier général et clauses administratives » ainsi qu'un document intitulé « Fascicule B: Cahier des charges et documents d'offres », prévoit que seuls des groupements d'ingénieurs et spécialistes pilotés par un spécialiste en génie civil peuvent se voir attribuer le marché. Le 12 janvier 2007, le même appel d'offres a fait l'objet d'une deuxième publication dans la Feuille officielle.

La DAEC a organisé une vision locale le 22 janvier 2007 à laquelle ont participé 33 représentants des soumissionnaires intéressés. Lors de cette inspection des lieux, le maître de l'ouvrage a indiqué que les devis mentionnés dans les documents d'appel d'offres étaient caducs et que seuls les devis correspondant à l'octroi du crédit par le Grand Conseil étaient valables.

- B. Agissant le 22 janvier 2007, X. et le Bureau Z. SA ont déposé un recours devant le Tribunal administratif contre l'appel d'offres dont ils demandent l'annulation, sous suite de frais et dépens. Ils requièrent en outre que la DAEC procède à un nouvel appel d'offres et qu'il y soit indiqué que les bureaux d'ingénieurs ou autres bureaux ayant réalisés des études du projet Poya et de la mise à 4 voies de la route de Morat ne sont pas autorisés à participer au marché. Ils sollicitent également l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Les recourants invoquent que l'appel d'offres viole les principes de l'égalité de traitement des soumissionnaires et de la concurrence efficace. Ils exposent qu'en autorisant le groupement A., conduit par B. SA, le groupement C., mené par D. SA, ainsi que le bureau E. SA, auteurs respectivement des études du pont, du tunnel et de la mise à 4 voies de la route de Morat, à présenter une offre, l'autorité intimée a enfreint l'art. 6b du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11). En référence à divers ouvrages de doctrine et arrêts des tribunaux cantonaux, les recourants estiment qu'un mandataire ayant participé de quelque manière que ce soit à

la définition du marché ou à la rédaction des documents de soumission de manière à pouvoir influencer l'adjudication en sa faveur possède un avantage sur ses concurrents, ce qui implique qu'il doit être exclu de la procédure. A leur sens, une simple apparence d'une violation de la garantie de la concurrence efficace est suffisante.

Les recourants prétendent que les mandataires précités ont collaboré à l'élaboration de l'appel d'offre, dès lors qu'ils en ont défini précisément l'objet, dans tous ses aspects techniques et financiers. Ces derniers disposent ainsi d'un avantage certain, dans la mesure où ils bénéficient d'une connaissance complète du dossier, ce avant toute procédure d'appel d'offres. Ce privilège leur permettra notamment de présenter une offre sensiblement moins onéreuse que leurs concurrents, dès lors qu'ils devront consacrer moins de temps à l'étude du projet. De ce fait, ils seront également avantagés du point de vue du critère d'adjudication des prestations spécifiques au marché, vu qu'ils pourront se fonder sur des analyses auxquelles ils ont déjà procédé.

Les recourants soutiennent en outre que les auteurs du projet sont avantagés par le fait qu'ils sont déjà constitués en groupement comme l'exige l'appel d'offres, alors que leurs concurrents devront quant à eux constituer un groupement dans le délai d'appel d'offres, ce qui réduira le temps qu'ils pourront consacrer à l'examen du dossier et à l'élaboration d'une offre.

Ils critiquent également la pondération du critère du prix qui n'est que de 20%, alors que celle-ci est de 30% pour le critère du management du marché et de 34% pour le critère des prestations spécifiques au marché.

Ils estiment enfin que le délai imparti pour le dépôt des offres est insuffisant pour un projet d'une telle ampleur et en raison de la pré-implication des auteurs des projets.

- C. Par ordonnance de mesures super-provisionnelle du 13 février 2007, le Juge délégué à l'instruction de la cause a suspendu la procédure d'appel d'offres contesté.
- D. L'autorité intimée a produit ses observations le 26 février 2007. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que le recours soit rejeté, subsidiairement à ce que le délai pour la remise des offres soit prolongé de 30 jours. Elle propose également le rejet de la demande d'effet suspensif au recours.

La DAEC considère que la jurisprudence autorise un dialogue technique entre le pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire dans la mesure où il ne porte pas atteinte ultérieurement à l'égalité de traitement entre

soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence. En outre, il n'y a lieu d'exclure un soumissionnaire pré-impliqué que dans le cas où ce dernier participe à la définition du marché, à la préparation de l'appel d'offres ou à la procédure de passation du marché.

La DAEC allègue avoir fait appel à un bureau d'appui du maître de l'ouvrage (BAMO), soit le bureau Y. SA, pour l'organisation de la procédure d'appel d'offres, l'établissement du dossier d'appel d'offres, l'analyse des offres et la proposition d'adjudication. Les plans et rapports établis par A., B. et H. ont été simplement transmis au BAMO; ces derniers n'ont donc pas participé à l'élaboration de l'appel d'offres et des documents y relatif et ne sont par conséquent pas en mesure d'influencer l'adjudication en leur faveur. Quant au bureau Y., sa participation à la procédure d'appel d'offres a été exclue. L'autorité intimée est d'avis que tous les soumissionnaires bénéficient des mêmes connaissances liées au projet que les membres de A., C. et H. SA, vu que tous les documents mis à leur disposition représentent la mise en forme de l'intégralité des études de la variante actuelle des projets qui seront réalisés. La DAEC reconnaît que « les auteurs des projets ont défini l'objet financièrement pour ce qui concerne les travaux », devis qui ont été communiqués à tous les participants, mais prétend qu'ils ne lui ont pas fourni le calcul du devis des honoraires correspondant au marché de direction des travaux en cause.

L'autorité adjudicatrice estime que l'argument selon lequel les auteurs des projets seraient privilégiés du fait qu'ils constituent déjà un groupement répondant aux exigences de l'appel d'offres du 12 janvier 2007 est infondé, dès lors qu'un tel groupement peut facilement se constituer sur la base d'un premier contact qui a eu lieu lors de la vision locale du 22 janvier 2007.

S'agissant du grief relatif à la pondération du critère du prix, l'autorité intimée considère que celle-ci est conforme à la jurisprudence (ATF 129 II 313). Elle estime enfin que le délai imparti pour le dépôt des offres est suffisant, dans la mesure où il correspond aux délais accordés lors de procédures d'importance et de complexité similaires.

- E. Les membres de A., C. et H. SA, intimés, ont déposé leurs observations le 26 février 2007. Ils concluent, sous suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. Ils demandent en outre le rejet de la requête d'effet suspensif, subsidiairement qu'interdiction soit faite à la DAEC d'adjuger le marché litigieux, la procédure d'appel d'offres pouvant toutefois suivre son cours jusqu'à la proposition d'adjudication au Conseil d'Etat. En cas d'octroi de l'effet suspensif, ils requièrent que les recourants soient condamnés à verser des sûretés d'un montant minimum de 10'000.- fr. en

application de l'art. 17 al. 3 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2).

Les intimés relèvent préliminairement que le recours du 22 janvier 2007 est tardif, l'appel d'offres du marché litigieux ayant été publié une première fois le 5 janvier 2007.

Ils considèrent à l'instar de la DAEC que l'effet suspensif ne saurait être accordé, le recours étant mal fondé, et que son octroi aurait pour conséquence de causer un dommage considérable à l'autorité intimée en raison de l'urgence que présente le traitement de ce marché.

S'agissant de leur pré-implication dans la procédure d'appel d'offres, les intimés invoquent également la jurisprudence autorisant un dialogue technique entre un candidat potentiel et l'adjudicateur du moment que ce dialogue ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement et n'empêche pas la concurrence. Ils mentionnent certaines mesures préventives indiquées par la doctrine et la jurisprudence permettant d'éviter que les principes de l'égalité de traitement et de la concurrence effective ne soient violés. Ils estiment de plus qu'en vertu de la jurisprudence, la preuve d'une violation effective de l'égalité de traitement incombe aux recourants.

Les intimés allèguent qu'en l'espèce les documents d'appel d'offres A et B qui arrêtent les conditions administratives et financières, qui définissent l'ampleur de la prestation mise en concurrence ainsi que les critères d'aptitude et d'adjudication et qui déterminent le contenu de l'offre ont été entièrement établis par la DAEC. Selon eux, seules les annexes 1 et 2 du fascicule A ont été élaborés par leurs soins. Ils indiquent que les documents figurant dans ces annexes permettent aux soumissionnaires remplissant les critères d'aptitude de se faire une idée claire, complète et précise de la nature et de l'ampleur du projet. Ils précisent que deux documents de l'annexe 1 méritent une attention particulière, soit le mémoire technique et la convention d'utilisation préliminaire. Ces documents ont pour fonction de décrire dans le détail les différentes parties d'ouvrages qui font l'objet du projet Poya, d'identifier les objectifs d'utilisation et de protection du maître de l'ouvrage résultant de l'utilisation prévue, les conditions, exigences et prescriptions fondamentales relatives à l'élaboration du projet, l'exécution et l'utilisation de la construction et de définir les risques liés à l'exécution du projet.

Dès lors que les documents susmentionnés ont été portés à la connaissance des soumissionnaires, les intimés considèrent que le principe de l'égalité de traitement a été respecté.

S'agissant des autres griefs soulevés par les recourants, les intimés reprennent pour l'essentiel les arguments développés par la DAEC dans ses observations du 26 février 2007.

- F. En date du 26 février 2007, le Juge délégué a procédé à une séance d'instruction en présence des parties. Lors de celle-ci, les recourants ont déclaré qu'ils estimaient à 80 jours le temps nécessaire à la préparation de leur offre pour le marché litigieux et qu'ils ne désiraient pas investir du temps et de l'argent dans l'élaboration d'une offre avant droit connu sur le fond du litige. La DAEC a quant à elle déclaré que le délai pour le dépôt des offres échéant le 23 mars 2007 serait prolongé d'un mois.
- G. Dans leurs contre-observations du 5 mars 2007, les recourants ont maintenu leurs conclusions. Ils contestent notamment que le recours ait été déposé hors délai. Ils confirment également que le délai imparti pour la remise des offres, au 23 mars 2007, est manifestement trop bref pour permettre aux soumissionnaires intéressés de rattraper leur retard de connaissance par rapport aux soumissionnaires pré-impliqués. Si l'égalité des chances avait été d'emblée garantie par l'exclusion des bureaux d'ingénieurs intimés, un délai de 80 jours aurait été suffisant, bien qu'assez bref, pour formuler des offres. Après l'annulation de l'appel d'offres combattu et l'éviction des bureaux d'ingénieurs pré-impliqués, les recourants estiment nécessaire et suffisant de fixer publiquement un nouveau délai de 80 jours pour la remise des offres. Cela étant, il réaffirme que dans la situation actuelle, c'est-à-dire aussi longtemps que les bureaux d'ingénieurs pré-impliqués sont autorisés à participer à cet appel d'offres et que l'égalité des chances n'est pas rétablie, ils n'entendent pas investir du temps et de l'argent dans la préparation et le dépôt d'une offre dont les chances de succès seraient quasi nulles. Ce n'est qu'en cas d'admission de leur recours qu'ils le feront, dans le nouveau délai qui devra être fixé à cette fin.

**En droit:**

1. a) Selon l'art. 15 al. 1 AIMP, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale. La décision d'appel d'offres est sujette à recours (art. 15 al. 1bis AIMP).

Le Tribunal administratif est compétent pour connaître du présent recours en vertu de l'art. 2 al. 1 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1).

- b) Aux termes de l'art. 15 al. 2 AIMP, le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours qui suivent la notification de la décision.

En l'espèce, le présent recours a été formé le 22 janvier 2007, soit dix jours après la publication de l'appel d'offres du 12 janvier 2007. Les intimés font valoir que le recours est tardif et partant irrecevable, celui-ci ayant été introduit plus de dix jours après la première publication de l'appel d'offres le 5 janvier 2007.

Selon le principe de la confiance, composante du principe de la bonne foi, l'Etat doit respecter la sécurité juridique et l'administré n'est tenu de faire quelque chose ou n'en est dispensé que dans la mesure où il pouvait ou devait le comprendre (BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, p. 105). La jurisprudence considère que celui qui s'aperçoit du vice affectant l'indication de la voie ou du délai de droit ou qui devait s'en apercevoir en faisant usage de la prudence que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui, ne peut se prévaloir d'une indication inexacte ou incomplète sur ces points (ATF 121 II 72; ATF 119 IV 330; ATF 118 Ib 326).

La Cour estime que dans le cas particulier, les recourants pouvaient considérer de bonne foi que le délai de recours de dix jours avait commencé à courir dès le 12 janvier 2007. En effet, tout candidat intéressé qui aurait pris connaissance de l'appel d'offres dans la Feuille officielle du 12 janvier 2007 - qui ne contenait aucune référence à une précédente publication - pouvait légitimement penser qu'il s'agissait de la première publication de cet appel d'offres et donc qu'il disposait d'un délai de dix jours s'il comptait formé un recours.

L'avance de frais a été versée dans le terme fixé et le recours a été interjeté dans le délai et les formes prescrits, il est dès lors recevable.

Il appartient par conséquent au tribunal d'entrer en matière sur ses mérites.

2. a) Le principal grief des recourants à l'égard de l'appel d'offres a trait à la pré-implication des membres de A., C. et H. SA dans l'élaboration des études des projets Poya et de mise à 4 voies de la route de Morat. Les recourants estiment en effet que les intimés ont de ce fait eu le privilège de connaître l'ensemble du dossier avant même la publication de l'appel d'offres, ce qui a pour conséquence de leur procurer un avantage technique et financier dans la préparation de leur offre.

Ils considèrent en outre que les intimés sont avantagés temporellement du fait qu'ils constituent déjà un groupement répondant aux exigences de l'appel d'offres, alors que les autres candidats doivent quant à eux encore consacrer du temps à la constitution d'un tel groupement.

Ce dernier moyen peut être rejeté d'emblée. En effet, on ne saurait considérer que cet état de fait constitue un avantage pour les intimés, sans quoi il conviendrait d'exclure tout groupement remplissant les critères prévus dans l'appel d'offres, constitué antérieurement par exemple dans le but de réaliser d'autres projets, sous prétexte qu'ils bénéficieraient d'un tel avantage.

Il convient dès lors d'examiner si les intimés ont bénéficié d'un avantage anticoncurrentiel dans l'élaboration de leur offre du fait des études de projets qui leur ont été confiées.

- b) Selon l'art. 1 al. 3 let. a et b de l'AIMP, la réglementation relatives aux marchés publics a notamment pour objectifs d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de leur garantir l'égalité de traitement et d'assurer l'impartialité de l'adjudication.

L'art. 6b RMP prévoit que les personnes et entreprises qui participent à la préparation de l'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics de manière à pouvoir influencer l'adjudication en leur faveur ne peuvent présenter une offre.

Selon la doctrine, la question de la pré-implication d'un soumissionnaire doit être interprétée à la lumière de l'art. VI ch. 4 de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP; RS 0.632.231.42), « qui interdit aux autorités d'adjudication de solliciter ou d'accepter d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché. On en déduit le principe selon lequel les planificateurs ou les entrepreneurs qui ont contribué à la préparation de l'appel d'offres doivent être exclus de la procédure d'adjudication qui suit. Ces soumissionnaires disposent en effet d'une longueur d'avance dans la connaissance du projet, ce qui compromet l'égalité des chances des autres soumissionnaires et, par voie de conséquences, le bon fonctionnement de la concurrence entre les soumissionnaires » (P. GAUCH/H. STÖCKLI, Thèse sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 15).

D'autres auteurs considèrent également qu'un entrepreneur ou mandataire qui a collaboré à l'élaboration de l'appel d'offres (proposition de concepts ou mise au point du dossier) devrait être exclu de la procédure d'adjudication. En effet, « un adjudicateur ne peut pas associer un futur soumissionnaire à la configuration du marché (par exemple pour le calcul du devis) ou à la préparation des documents d'appel d'offres » (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N.

MICHEL, Droit des marchés publics: Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 102).

- c) Les intimés semblent considérer que les principes décrits ci-dessus ont été respectés, dès lors qu'à leur sens, ils n'ont pas préparé eux-mêmes les documents d'appel d'offres. Ils estiment que les études de projet qui leur ont été confiés constituent un simple dialogue technique avec l'adjudicateur en vue de l'élaboration des documents d'appel d'offres.

Selon la jurisprudence et la doctrine, il est interdit à un entrepreneur qui a été chargé par l'adjudicateur d'élaborer les documents de soumission d'intervenir tant au stade de la planification que lors du dépôt des offres (DC 4/1998, p. 129 no 341; P. GAUCH/H. STÖCKLI, op. cit., p. 15). Cependant, un dialogue technique entre pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire qui a pour but d'assister le premier nommé dans la définition de l'objet du marché est licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte ultérieurement à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (TF 2P.122/2000 consid. 3; J.-B. ZUFFEREY, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Fribourg 2003, p. 49 no 2 et la jurisprudence citée). Par ailleurs, le principe selon lequel les soumissionnaires pré-impliqués doivent être exclus de la procédure d'adjudication connaît certaines limites. Dans le cas où un planificateur ou un entrepreneur n'a participé que de façon secondaire à la préparation de l'appel d'offres, en fournissant par exemple quelques renseignements ou des conseils à l'adjudicateur, la renonciation à son exclusion peut se justifier (P. GAUCH/H. STÖCKLI, op. cit., p. 16). Les auteurs précités indiquent d'ailleurs que la jurisprudence argovienne a jugé que « la réalisation d'études et d'avant-projets ou l'établissement d'offres indicatives ne constituait en principe pas une pré-collaboration illicite empêchant toute participation à un appel d'offres subséquent » (TA AG du 16 juillet 1998, *in* DC 4/1998, p. 129, no 341).

S'agissant du dialogue technique, la Cour de céans a estimé dans un précédent arrêt que « la participation de l'entreprise que l'adjudicateur ou l'architecte mandaté par celui-ci a consulté dans la phase de planification ou de projet ne viole pas en soi l'égalité de traitement, mais elle n'est permise qu'à un certain nombre de conditions déterminées. En particulier, il faut s'assurer que l'entrepreneur concerné ne peut influencer en sa faveur la procédure de soumission, notamment lorsque le contenu de l'appel d'offres ou les documents concernant la soumission sont adaptés aux propres capacités de cet entrepreneur. Par ailleurs, l'étendue et l'intensité de la participation d'un entrepreneur à la préparation de la soumission ne sauraient être illimitées » (RDAF 2004 I p. 275 consid. 3a). En cas de dialogue technique, la doctrine recommande en outre de prendre certaines

précautions supplémentaires à celle mentionnée ci-dessus, soit d'indiquer aux autres soumissionnaires qui a participé à la préparation de l'appel d'offres et dans quelle mesure, de faire en sorte que le soumissionnaire pré-impliqué partage avec les autres soumissionnaires les connaissances liées au projet (know-how) qu'il a acquises du fait de sa participation et de fixer des délais de demandes de participation et de dépôt des offres suffisamment longs de façon à permettre aux autres soumissionnaires de combler leur retard (P. GAUCH/H. STÖCKLI, op. cit., p. 16; J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, op. cit., p. 103).

- d) Outre le fait de pouvoir influencer l'adjudication en sa faveur, certaines instances cantonales ont considéré comme évident qu'un soumissionnaire qui participe de quelque manière que ce soit à la définition du marché ou à la rédaction des documents de soumission possède des avantages certains sur ses concurrents du point de vue des informations et du temps à disposition. Il n'importe donc pas que ledit soumissionnaire ait ou non effectivement profité d'un avantage voire que cet avantage ait été décisif ou minime. L'apparence que la concurrence efficace n'est plus garantie suffit à ce que le soumissionnaire pré-impliqué ne soit pas admis à présenter une offre (J.-B. ZUFFEREY, op. cit., p. 51 no 7 et jurisprudence citée).

Le Commission fédérale de recours en matière de marchés publics semble également admettre que le soumissionnaire pré-impliqué dispose d'un avantage sur ses concurrents du simple fait des connaissances qu'il a acquises lors du dialogue technique, mais confirme qu'en pareil cas, l'égalité de traitement et la concurrence peuvent être garanties si les documents élaborés par le soumissionnaire pré-impliqué sont communiqués aux autres soumissionnaires et si ces derniers disposent de délais suffisamment longs pour en prendre connaissance (CRM 2004-004 in JAAC 68.89).

- e) Comme relevé plus haut, la jurisprudence cantonale ainsi qu'une partie de la doctrine estiment que la simple apparence de privilège doit être évitée (BEZ 2001/2, p. 27 no 24; DC 2/1999, p. 56 S8; J.-B. ZUFFEREY, op. cit., p. 50). Toutefois, le Tribunal fédéral a jugé que « ein Unternehmer muss sich demgegenüber seinen Ausschluss von einer Submission nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen ist » (TF 2P.164/2004). Selon cet arrêt, le fardeau de la preuve d'avantages concurrentiels illicites obtenus par un soumissionnaire pré-impliqué incombe au recourant, dès lors que les règles relatives à la récusation ne sont pas applicables. Une réelle violation des principes de l'égalité de traitement et de la concurrence effective doit être démontrée.

- f) En résumé, il ressort de la jurisprudence et de la doctrine susmentionnées qu'un soumissionnaire ayant été chargé d'élaborer les documents d'appel d'offres doit dans tous les cas être exclu de la procédure d'adjudication. Un dialogue technique est en revanche autorisé dans la mesure où il n'a pas pour effet de violer l'égalité de traitement et de supprimer la concurrence, notamment du fait que le soumissionnaire pré-impliqué serait en mesure d'influencer l'adjudication en sa faveur. Comme relevé plus haut, il faut également considérer qu'un soumissionnaire pré-impliqué est privilégié par rapport aux autres candidats dans la mesure où il bénéficie de meilleures connaissances du projet et par le fait qu'il dispose de plus de temps pour établir son offre. Les principes de l'égalité de traitement et de la concurrence efficace peuvent cependant être garantis, si un certain nombre de mesures préventives sont mises en place.
- g) Dans le cas d'espèce, il faut relever que les intimés ne se sont pas vus confier l'élaboration de l'appel d'offres, mais des mandats d'étude de projets. L'autorité intimée n'avait par conséquent pas à les exclure d'emblée de la procédure d'appel d'offres.

Cela étant, la Cour de céans est d'avis que les intimés ont disposé de connaissances privilégiées en raison des mandats d'études qui leur ont été confiés. En effet, il ressort des documents d'appel d'offres que l'ensemble des plans relatifs aux projets Poya et de mise à 4 voies de la route de Morat, ainsi qu'un important mémoire technique et une convention d'utilisation préliminaire ont été entièrement établis par les membres de A., C. et H. SA. Ces documents, indispensables à tout candidat désireux de participer à la procédure d'adjudication pour lui permettre d'étudier le projet et d'élaborer son offre, représentent une partie substantielle des documents de l'appel d'offres en cause. Vu l'ampleur et la technicité des documents établis par les intimés, force est de constater que ces derniers ont bénéficié, antérieurement à la mise en soumission du marché, d'informations essentielles à l'élaboration de leur offre, ce qui constitue un avantage.

Toutefois, la doctrine estime en pareil cas qu'on ne devrait exclure le soumissionnaire pré-impliqué qu'à la condition que cette mesure se justifie également sous l'angle de la proportionnalité (P. GAUCH/H. STÖCKLI, op. cit., p. 16).

Or, dans le cas particulier, il faut relever que les mesures préventives indiquées plus haut ont été prises par l'autorité intimée, dès lors que tous les documents établis par les membres de A., C. et H. SA ont été mis à disposition des candidats et que la pré-implication des intimés ainsi que la nature et l'étendue de celle-ci ont été indiquées dans l'appel d'offres du 12 janvier 2007. Au demeurant, il faut relever que l'autorité intimée ne

s'oppose pas à la prolongation d'un mois la durée de la procédure d'appel d'offres.

- h) Compte tenu de l'ensemble des considérants qui précèdent et au regard de du principe de la proportionnalité, la Cour est d'avis que l'exclusion des intimés serait une mesure extrême qui, en l'occurrence, ne se justifie pas. En effet, les études réalisées par les intimés sont accessibles à tous les soumissionnaires, en particulier aux recourants. Leur examen donne une idée complète de la nature et de l'ampleur du projet. Les recourants ne démontrent pas dans quel domaine les intimés auraient pris un avantage tel que même une étude approfondie du dossier ne leur permettrait pas de combler ce handicap. En revanche, il est incontestable que les intimés sont au bénéfice d'un gain de temps important par rapport aux autres soumissionnaires. A cet égard, la Cour estime qu'il y a lieu de prolonger le terme pour le dépôt des offres. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, notamment des affirmations des recourants selon lesquelles un délai de 80 jours est indispensable pour préparer sérieusement leur offre, il paraît équitable d'arrêter au 30 mai à 09h00 la date pour la remise des soumissions. Ce délai donnera la possibilité à tous les soumissionnaires de combler leur retard par rapport aux intimés. Il semble également suffisant pour permettre à l'autorité intimée d'examiner les offres et de prendre sa décision.
3. Les recourants font également grief à l'autorité intimée d'avoir sous-pondéré le critère d'adjudication du prix (20%) par rapports aux critères des prestations spécifiques au marché (34%) et du management du marché (30%).

Selon la jurisprudence et la doctrine, le pouvoir adjudicateur attribue une pondération importante du prix lorsqu'il s'agit d'un marché simple (60 à 80%) et une pondération plus faible en cas de marché complexe (ATF 129 I 313). Un faible indice de pondération est par contre inadmissible s'il apparaît come négligeable par rapport aux autres critères d'adjudication (ATF 130 I 241). Le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics (version du 7 juin 2006) recommande dans son annexe G1 une pondération du critère du prix de 20% pour un marché de service jugé très complexe à adjuger en procédure ouverte, ce qui correspond à la limite inférieure de ce que la doctrine et la jurisprudence considèrent comme admissible (ATF 129 I 313; DC 2001 p. 153).

Le grief selon lequel la pondération du prix de 20% prévue par l'appel d'offres du 12 janvier 2007 serait insuffisante doit donc être rejeté en l'espèce.

4. Il ressort de l'ensemble des considérants qui précèdent que, sous réserve du délai fixé aux soumissionnaires pour examiner le dossier d'appel et déposer leurs offres, l'autorité intimée a respecté les principes de l'égalité de traitement entre soumissionnaires et de la concurrence efficace. Partant, la date pour la remise des soumissions conséquent est prolongée au 30 mai à 09h00.
5. La cause étant liquidée au fond, la demande d'effet suspensif devient sans objet.
6. Vu l'issue du recours, les frais de procédure doivent être mis à la charge des recourants et des intimés, chacun par moitié (art. 131 et 132 CPJA). Pour les mêmes motifs, chacune des parties supporte ses dépens (art. 137 et 141 al. 1 CPJA).

*210.2; 210.2.1*