

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 20 juillet 2005

Statuant sur le recours interjeté le 7 février 2005
(**2A 05 14**)

par

le **consortium des entreprises X. SA – Y. SA**, représenté par Me Christophe Claude Maillard, avocat à Bulle,

contre

la décision prise le 25 janvier 2005 par le **Conseil d'Etat** d'adjuger les travaux de construction "Accrochage Sud, tracé Pré-du-Chêne - les Granges" de la route cantonale Evitement Bulle - La Tour-de-Trême (B 104) au consortium des entreprises **ROUTES MODERNES SA - WEIBEL SA**, représenté par Me Jean-Yves Hauser et Me Christoph Joller, avocats à Fribourg;

(Marchés publics)

Considérant :

En fait:

- A. Par publication dans la Feuille officielle du 23 juillet 2004, l'Etat de Fribourg a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres pour le lot 311 "Accrochage Sud, tracé Pré-de-Chêne - Les Granges" du projet de route d'évitement de Bulle - La Tour-de-Trême (H 189).

Les travaux mis en soumission concernent un ouvrage de classe III selon la classification de l'Office fédéral des routes, soit un ouvrage d'importance extrême où des carences, mêmes isolées, dans le projet ou l'exécution ont des conséquences graves. La complexité des travaux est due essentiellement à une difficulté hydrogéologique. La chaussée, en infrasol, en moyenne à moins 4 mètres, est construite dans une nappe phréatique qui doit être rabattue pendant les travaux, pour ensuite être restituée au plus proche de son état naturel, ceci pour respecter les exigences de l'ordonnance fédérale sur la protection des eaux qui interdit de drainer les eaux souterraines situées au-dessous du niveau moyen de la nappe. Pour garantir ce résultat, le bureau technique de l'adjudicateur (l'Association Sud-Ingénieurs; ASI) a développé, dans la solution de base mise en soumission, un concept d'étanchéification consistant à mettre en place sous la structure de la route une membrane étanche composée de nattes géotextiles et d'une couche minérale (bentonite). Compte tenu de la présence de l'eau et de la nécessité de préserver le niveau de la nappe, il a été prévu de limiter la longueur d'étape d'exécution des travaux de terrassement à 40 mètres au maximum afin de ne pas devoir mettre en place des drainages qui ne serviraient qu'à l'état provisoire. En d'autres termes, il est impératif d'éviter que des drainages subsistent sous la route étanche une fois les travaux terminés, ces drainages étant de nature à modifier l'écoulement de l'eau souterraine.

Le chiffre 1.3.4.3 des conditions particulières de l'appel d'offres énonçant le concept de rabattement de la nappe rappelle d'ailleurs que, dans son préavis du 3 novembre 2000, l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage a interdit, en application de l'ordonnance sur la protection des eaux, de drainer les eaux souterraines situées au-dessous du niveau moyen de la nappe.

- B. Une inspection des lieux s'est déroulée le 1^{er} septembre 2004, en présence des soumissionnaires intéressés. Les réponses aux questions posées par

ceux-ci ont été communiquées à tous les soumissionnaires le 24 septembre 2004. Le maître de l'ouvrage leur a également transmis des compléments les 1^{er} et 2 octobre 2004.

Dans le délai prescrit au 22 octobre 2004, le consortium X. SA – Y. SA et le consortium Routes Modernes SA - Weibel SA ont déposé leur offre de base assortie d'une variante d'exécution. Le tableau d'ouverture des offres signé par les participants plaçait le consortium X. SA – Y. SA en tête avec sa variante pour un prix de 9'855'265 fr. 20; l'autre consortium le suivait en 2^{ème} position avec sa variante pour un prix de 10'313'519 fr. 50.

- C. Sommairement décrite, la variante du consortium Routes Modernes SA - Weibel SA concerne le phasage des travaux et a pour but d'augmenter sensiblement les longueurs d'étape de terrassement (qui peuvent aller jusqu'à 500 m au lieu des 40 m prévus dans la solution de base). Pour rabattre la nappe phréatique, il est prévu de mettre en place un ou plusieurs drains sous la natte d'étanchéité, avec, tous les 50 m, la création de pipes de décompression. Ces pipes de décompression permettent d'obturer les drainages à la fin des travaux par injection de béton SCC (béton liquide "self compacting") et ainsi de rétablir quasiment l'état naturel de la nappe.

La variante proposée par le consortium X. SA – Y. SA se compose de trois objets:

1. Le soumissionnaire prévoit également comme son concurrent une modification des phases de terrassement. Sur ce point, la variante vise à installer trois drainages en fond de forme sous la natte étanche pour rabattre la nappe phréatique et permettre ainsi d'obtenir des étapes de terrassement de l'ordre de 80 à 100 m. A la fin des travaux, il ne sera procédé à l'obturation des drainages que ponctuellement et par secteur, la natte étant alors coupée afin de bétonner transversalement les drainages sur une largeur d'un mètre.
2. La variante porte sur la réalisation des murs New-Jersey, non pas en mur continu, mais avec un sciage des portions de mur tous les 15 m, reliées par des joints permanents.
3. Le consortium propose enfin en ce qui concerne les bordures 12/15/25 que les lignes droites soient posées en béton coulé en continu (méthode Slipform).

- D. Les deux soumissionnaires ont été entendus dans le cadre d'un audit le 30 novembre 2004, à l'issue duquel ils ont été invités à fournir des documents complémentaires. A cette occasion, la proposition du consortium

X. – Y. SA relative aux bordures n'a pas été acceptée par le maître de l'ouvrage pour des raisons techniques.

Un deuxième audit prévu en décembre 2004 a été annulé.

E. Par décision du 25 janvier 2005, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux mis en soumission au consortium Routes Modernes SA - Weibel SA. Il ressort du tableau de pondération des critères d'adjudication que, pour leur variante respective, l'adjudicataire a obtenu 267,93 points sur un maximum de 300 alors que son concurrent en a obtenu 264. Sur l'ensemble des critères mis en œuvre, les deux soumissionnaires ont réalisé le même nombre de points sauf sur les critères suivants:

- Procédure d'achat: adjudicataire: 3 points contre 1,5 points pour son concurrent;
- Activité ayant une influence sur la qualité: 9 point contre 4,5 points;
- Maîtrise technique: 20 points contre 10 points;
- Prix: 167.93 points contre 180 points. Remarque: la variante du consortium X. SA – Y. SA concernant le mur New Jersey a été écartée, car jugée non-conforme, de sorte que le prix retenu ne concerne que la variante limitée au phasage des travaux.

Dans un document intitulé "justification de la notation des critères d'adjudication", l'ASI s'est déterminé comme suit:

Consortium X. SA – Y. SA, variante		
Procédure d'achat	Insatisfaisant / satisfaisant	Achats: procédure remise. Critères de choix: selon indications conditions pour AO, approbation fournisseur, sélection par FO. Modèle de contrôle: procédure conformité des fournitures remises, contrôle fournisseur. Sous-traitant: peu d'indications sur la transmission des données. Evaluation sous-traitant remise
Activités ayant une influence sur la qualité	Sommaire / en adéquation	Liste des points critiques et analyse de risques: succincte, générale (natte bentonite,...)
Maîtrise technique	Sommaire	Pour la variante: très sommaire

		<p>Le rapport fourni est formulé de manière générale, il est très peu lié à l'analyse des risques. Les moyens de production sont décrits par étape de travaux.</p> <p>Pts faibles: sciage tous les 15 m sur 4 cm des murs New-Jersey, cancellements ponctuels des drainages par mise en place de longrines en béton armé avec découpage préalable de la natte et réparation !</p>
--	--	---

Consortium Routes Modernes SA - Weibel SA, variante		
Procédure d'achat	En adéquation	Achats: procédure remise. Critères de choix: selon liste interne avec FO "Attestation de conformité". Modèle de contrôle: délais, quantité, qualité, avec FO.
Activités ayant une influence sur la qualité	Approfondie	Liste des points critiques et analyse de risques: détaillée (mention natte bentonite, enceinte restreinte pour circulation, fluctuation nappe, conditions géologiques difficiles-inconnues, points de coordination, fourniture par MO, catastrophes naturelles). Procédure sur exécution travaux, contrôle produit, produit fourni par client.
Maîtrise technique	En adéquation	Les moyens prévus sont décrits (nbre de personnes, cadence journalière, plan de pose de la natte bentonite, lien avec analyse de risques, Liste essais préalables remis. Mise en place de pipettes de décompression. Cancellation complet des drainages par injection béton SCC. Au droit des pipettes, mise en place de mortier de bentonite en sac avec percement de la natte, avec recréation de l'étanchéité. Pipettes coupées à moins de 10 cm du matériau de lestage (grave II sous coffre). Pt d'attention: mode de recouvrement de la natte à mi-talus, percement de la natte au droit des pipettes.

- F. Agissant le 8 février 2005, le consortium X. SA – Y. SA a contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication du 25 janvier 2005 dont il demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Il conclut à l'adjudication

des travaux litigieux pour le prix net de 9'958'588 fr. 65. (une conclusion subsidiaire a été retirée par lettre du 20 juin 2005). A titre subsidiaire, le recourant requiert le renvoi du dossier à l'autorité intimée pour nouvelle décision.

A l'appui de ses conclusions, le recourant invoque une constatation inexacte des faits pertinents (art. 16 al. 1 let. b de l'accord intercantonal sur les marchés publics; AIMP; RSF 122.91.2), un excès du pouvoir d'appréciation (art. 16 al. 1 let. a AIMP), une inégalité de traitement (art. 1 al. 3 let. b AIMP) ainsi que la violation du principe d'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let d AIMP).

Avant d'aborder la problématique de sa variante, le recourant conteste tout d'abord l'appréciation de sa maîtrise technique relative à la solution de base pour considérer que son dossier n'est pas moins bien étudié que celui de l'adjudicataire. Son rapport technique est concis, mais précis et contient toutes les données nécessaires, notamment celles sur la natte minérale étanche. Il juge également que la description des moyens de production par étapes de travaux est conforme aux conditions particulières et rappelle qu'il a porté une attention particulière à la démolition du rural, mettant en évidence son concept de broyage du bois sur place et son utilisation à la centrale de chauffage X. Il a également répondu parfaitement aux questions posées aux soumissionnaires lors de l'audit. En conséquence, il ne méritait pas la note 1.5 qui lui a été attribuée.

Venant ensuite sur la variante, le recourant conteste que la solution qu'il préconise pour la modification de la phase des travaux de terrassement présente un risque. A son avis, les drains prévus ont toute la résistance voulue. L'obturation ponctuelle des drains est étudié pour garantir une mise hors service adéquate du système provisoire de drainage et enfin, la coupe et la réfection ponctuelle de la natte n'engendrent aucun problème qualitatif. A l'appui de ses critiques, le recourant a produit un avis géotechnique du bureau Karakas & Français SA du 7 février 2005 d'où il ressort que l'écrasement des tuyaux ou la formation de cavités par entraînement de matériaux fins est exclu; il n'y aurait pas non plus de risque de modification sensible du régime d'écoulement de la nappe. Le système présenterait même des avantages en favorisant le rétablissement du régime hydrologique local et en mettant à l'écart un cheminement préférentiel longitudinal en raison du bétonnage transversal.

Critiquant la variante de l'adjudicataire, le recourant estime qu'il n'est pas admissible de retenir un système de drainage qui ne serait mis en œuvre que dans l'éventualité d'un abaissement insuffisant de la nappe phréatique. Il affirme que, dans cette logique virtuelle, l'adjudicataire n'a pas tenu compte du système de drainage dans sa liste de prix. Il n'a indiqué aucune plus-

value liée aux drains alors que lui-même a expressément rajouté 60'000 fr. de frais. La variante ne serait dès lors pas recevable dès lors que l'adjudicataire n'a pas répercuté sur le prix le coût du drainage, contrairement à la position 260.400 des conditions particulières. Du point de vue technique, la variante de l'adjudicataire est risquée du fait qu'un remplissage complet et efficace n'est pas garanti.

En ce qui concerne le critère des "activités ayant une influence sur la qualité", le recourant estime que sa liste de 12 points constitue un document complet renvoyant si nécessaire aux procédures d'exécution. S'il est vrai que la liste de l'adjudicataire est plus longue, elle ne contiendrait qu'une juxtaposition d'évidences sans intérêt. Le fait que son concurrent ait produit des pièces sur la procédure d'exécution des travaux et de contrôle des produits ne constitue aucun avantage. La suite de banalités et l'organigramme peu lisible qui l'explique ne serait d'aucune utilité pour le maître de l'ouvrage. Examinant la notation des autres soumissionnaires qui ont obtenu des notes supérieures ou égales au regard des commentaires de l'adjudicateur, le recourant estime avoir été sanctionné d'une manière inadmissible et que l'écart de 1.5 points, respectivement de 4.5 points après pondération échappe à toute logique.

Le recourant conteste également sa notation sous l'angle de la procédure d'achat et de l'environnement. Compte tenu des commentaires de l'adjudicateur, il constate que le seul point négatif vise la procédure de transmission qui contient peu d'indications. Or, le recourant rappelle qu'il a défini le processus de transmission des données dans l'évaluation des fournisseurs/sous-traitants et que, pour les achats, le processus s'applique aussi aux sous-traitants comme cela est indiqué expressément. Comparant à nouveau sa notation avec celle des autres soumissionnaires, il estime avoir été injustement pénalisé; surtout si l'on considère que dans une autre procédure de marché public (lot de Bossonnens), il a obtenu du même adjudicateur la note maximale quand bien même le dossier était moins complet.

Sous l'angle du critère de l'environnement, le recourant et l'adjudicataire ont obtenu les mêmes notes. Le recourant considère cependant que son dossier était plus complet comme il ressort des commentaires de l'adjudicateur. L'adjudicataire aurait donc dû obtenir une moins bonne note.

Enfin, le recourant se demande si le fait que l'adjudicataire a dû compléter les documents à fournir pour prouver son aptitude en cours d'audit (preuve du paiement des impôts, des charges sociales...) n'aurait pas dû entraîner son élimination. De toute manière, il aurait fallu tenir compte de cette situation dans le cadre de l'appréciation du critère "clarté du dossier", ce qui excluait l'attribution de la note 3 obtenue par l'adjudicataire.

Sur le plan procédural, le recourant conclut à l'octroi de l'effet suspensif au recours. Il demande à pouvoir consulter les dossiers des autres soumissionnaires et requiert une expertise judiciaire sur l'adéquation de la solution technique préconisée dans sa variante.

Le recourant, qui avait également contesté le rejet de sa variante pour le mur New Jersey par l'adjudicateur, a retiré ce grief le 20 juin 2005.

- G. Dans sa réponse du 1^{er} mars 2005, l'Etat conclut au rejet du recours. Sur la solution de base, il relève que le rapport technique est formulé de manière très générale et très peu lié à l'analyse de risques. Les activités pour le marché sont très peu détaillées. A la différence de l'adjudicataire, il ne décrit pas en détail la pose de la natte d'étanchéité en plusieurs étapes et se contente d'évoquer le fait qu'une natte doit être posée. Il en est de même pour ce qui est du rabattement de la nappe, de la protection de la nappe et des ouvrages en béton. L'écart – faible – avec l'adjudicataire aurait pu être plus important.

Pour la variante, l'Etat rappelle qu'en réalité, le recourant avait déposé un document comportant trois volets, dont deux ont été écartés. Constatant que l'entreprise avait offert un rabais supplémentaire applicable à toute la série de prix, l'adjudicateur a accepté de tenir compte de ce rabais nonobstant la mise à l'écart de deux variantes sur trois dans la mesure où celui-ci semble plus lié à la modification du phasage des travaux de terrassement qu'aux deux autres objets.

L'adjudicateur souligne qu'il ne disposait pas de détail sur la procédure d'obturation des drains par le recourant avant l'adjudication. De toute manière, le système proposé n'est techniquement pas satisfaisant du fait que ceux-ci ne sont pas obturés sur toute leur longueur. De plus, en cas de problème au droit de ces drainages - sans aucun contrôle ultérieur possible - (affaissement des tuyaux, surpression d'eau localisée), des travaux importants doivent être entrepris. Sous l'angle géotechnique, l'adjudicateur conteste la pertinence de l'avis du bureau Karakas & Français du 7 février 2005 parce qu'il est postérieur à la décision d'adjudication et complète le dossier d'offres du recourant. C'est seulement à la lecture de cet avis que le pouvoir adjudicateur a pris connaissance du type de tuyau choisi et de la longueur des secteurs entre les zones d'obturation des drainages. Au demeurant, cet avis n'enlève aucunement les craintes quant à la durabilité de l'ouvrage et les inconvénients constatés, soit:

- l'existence et le maintien d'un drain dans une sous-couche difficile d'accès;
- la difficulté d'obturation des drains;

- le maintien d'un risque de désordre dans l'écoulement du fait de l'effet de barrage sur les écoulements longitudinaux;
- la génération, dans les environs du barrage, d'une surpression avec augmentation locale des vitesses d'écoulement, accompagnée en ce cas des inconvénients que sont le lessivage et les risques d'instabilité locale;
- le régime d'écoulement de la nappe s'éloigne encore plus de la restitution du régime naturel recherché.

L'adjudicateur souligne qu'il a hésité à attribuer une note moins bonne à la variante du recourant, voire à l'éliminer.

S'agissant de la variante de l'adjudicataire, l'Etat relève qu'elle permet de restituer le régime d'écoulement de la nappe, une fois les travaux effectués, de manière plus proche de l'écoulement à l'état naturel. Elle est conforme également à la norme VSS 640.535 qui prescrivait de boucher (en allemand "zu schliessen") et qui prescrit dès le 1^{er} février 2005 de remplir les drains ("zu verfüllen"). Contrairement aux affirmations du recourant, l'adjudicataire n'a pas proposé un système virtuel, mais un drainage comportant au moins un drain sur tout le tronçon étanche. Le procédé d'obturation choisi (avec dispositions particulières aux points de passage des pipes à travers la natte d'étanchéité) sur toute la longueur du drain n'est pas comparable à la solution du recourant qui consiste à ne fermer qu'un mètre par secteur. De plus, le recourant n'a pas apporté d'indication sur les mesures à prendre pendant la phase d'exécution d'obturation des drainages, phase durant laquelle ces derniers peuvent être sous pression d'eau.

L'adjudicateur constate également qu'il n'a donné que les positions modifiées de sa série de prix alors que l'adjudicataire a produit une série de prix complète pour sa variante.

Pour le critère des activités ayant une influence sur la qualité, l'adjudicateur relève que l'offre du recourant est sommaire dans la mesure où il a remis une liste de points critiques succincte et générale de 12 points seulement. L'adjudicataire a remis un document comprenant une liste détaillée de 24 points critiques spécifiques au lot sur 73 décrits (49 autres étant mentionnés avec un degré de risque nul). Cet élément objectif justifie la différence de notation. L'autorité intimée estime que l'examen de la notation des autres soumissionnaires n'est pas de nature à modifier ce qui a été dit ci-dessus.

Pour ce qui a trait au critère de la procédure d'achat, l'Etat rappelle qu'il avait demandé de remettre les documents suivants:

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

En l'occurrence, l'adjudicateur estime que le recourant n'a pas décrit les critères de choix pour les achats et les sous-traitants, pas plus que le contrôle de ceux-ci. De plus, la procédure indiquée est succincte.

L'Etat constate en revanche que l'adjudicataire a indiqué:

- 1) la transmission des documents d'offre (libellé soumission, conditions générales et particulières, plans, PV, ...)
- 2) le contrôle des offres et conditions (concordance avec les exigences du maître de l'ouvrage)
- 3) le choix des sous-traitants
- 4) le contrôle du produit (sous-traitant et achat) selon une procédure ad hoc qui décrit notamment l'analyse de risques, le contrôle des sous-traitants, le contrôle des procédures, essais, suivis et maintenance.

Pour le critère de l'environnement, l'adjudicateur explique que les conditions particulières, dans l'annexe 5, demandent les mesures prises pour l'élimination et la valorisation des déchets et l'économie des moyens de transport. Dans ce cadre, la note 2 correspond à des mesures en adéquation avec le marché. Seules les propositions de mesures offrant un avantage du point de vue environnemental justifieraient une note supérieure. Or, les deux soumissionnaires ont déposé une offre avec désavantages. Aucune proposition faite ne contient un avantage. Le recourant a traité plus en détail l'aspect en relation avec l'économie des moyens de transport. Il indique simplement le nom du responsable environnemental du projet. L'adjudicataire pour sa part a traité plus en détail les aspects en relation avec l'élimination et la valorisation des déchets. Il a également remis et signé une déclaration sur la politique environnementale du consortium prévue pour ce chantier. Il apparaît ainsi, à son avis, que, sur ce point, la qualité des dossiers des deux soumissionnaires est équivalente.

Enfin, s'agissant des critères d'aptitude, l'Etat constate que l'entreprise Weibel SA avait bien remis une attestation de paiement des impôts dans le délai. A la suite de l'audit, il a simplement été précisé que cette attestation des autorités bernoises était également valable pour les impôts à la source.

- H. Dans ses observations du 28 février 2005, l'adjudicataire conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable et à la confirmation de l'attribution à son consortium des travaux litigieux.

S'agissant de la maîtrise technique de la solution de base, la partie rappelle que le maître de l'ouvrage a considéré son dossier comme étant de très bonne qualité alors que celui du recourant a été jugé uniquement de bonne qualité. Avant de déposer son offre l'adjudicataire a procédé à une analyse approfondie des caractéristiques du chantier; il a ainsi produit un rapport technique détaillé propre aux spécificités du chantier. Le document de son concurrent est un simple rapport standard, non spécifique à l'ouvrage. Il ne contient pas d'indications quant à la pose de la natte, ni d'indication de rendement. Il n'indique pas de liste d'essais préalables, ni ne mentionne les tests à exécuter durant les travaux. L'adjudicataire rappelle que son plan de gestion des déchets comprend non seulement le broyage du bois pour le chauffage, mais aussi le traitement des autres déchets différenciés selon leur nature. A son avis, la notation du dossier technique de son offre de base aurait dû être plus élevée. En revanche, celle du recourant est juste, étant entendu qu'il aurait fallu tenir compte du manque de clarté de son dossier sous l'angle du critère de la clarté du dossier (critère 3.3) où il méritait au plus une note 2.

Abordant ensuite les variantes, l'adjudicataire remarque que ces dernières devaient être jointe à l'offre de base dans un document séparé et devaient contenir toutes les données permettant de les juger sous l'aspect technique et financier (ch. 261.400 des conditions particulières, partie A CAN 102). Face à ces exigences, il estime que la variante déposée par le recourant n'est pas conforme aux règles et qu'elle aurait dû être écartée. Au moment du dépôt de l'offre, il manquait le programme des travaux ainsi que tout document explicatif du phasage des travaux (rapport technique). La variante n'atteignait donc pas le niveau d'élaboration de l'offre de base. De plus, le recourant n'a pas déposé une liste de prix complète, uniquement la liste des articles modifiés. Or, la variante devait comprendre le devis descriptif rempli de la variante, indiquant les articles non modifiés, ainsi que les articles modifiés, nouveaux ou supprimés. Compte tenu de l'importance de l'ouvrage à réaliser l'offre du recourant était lacunaire sur des pièces essentielles, ce qui devait entraîner l'élimination de l'offre.

L'adjudicataire conteste par ailleurs qu'on puisse réunir dans une seule offre trois variantes distinctes. Dans la mesure où les trois volets proposés offrent huit combinaisons possibles, il n'y a pas de prix fixe pour la variante. De plus, compte tenu de cette modularité, l'adjudicataire constate en raisonnant par l'absurde que si l'Etat devait refuser les trois volets, le prix des prestations de base offert ne serait pas identique dans la variante et dans l'offre de base. De toute manière quelle que soit l'hypothèse retenue, on

arrive à un prix pour lequel aucune offre n'a été déposée. En l'occurrence, aucune offre n'a été déposée pour le prix de 9'958'588 fr. 65.

En ce qui concerne la modification du phasage d'exécution des travaux de terrassement, l'adjudicataire relève tout d'abord qu'en réalité, le gain de temps de la variante du recourant, prétendument de 11 mois, n'est que de 8.5 mois si l'on se réfère au programme des travaux remis après l'audit.

Il relève également concernant le réseau de drainage que l'offre du recourant ne mentionne ni le nombre d'obturations, ni le nombre de secteurs, ni encore la situation des obturations. Pour sa part, il a remis à l'adjudicateur un plan des drainages, avec situation des pipettes d'obturation et a donné toutes les informations complémentaires souhaitées lors de l'audit.

Du point de vue technique, l'adjudicataire rejoint le point de vue de l'Etat, déjà développé ci-dessus. Il s'étonne en outre de l'offre anormalement basse du recourant concernant le drainage. Le seul coût de revient de la fourniture des tuyaux est déjà supérieur aux 60'000 fr. prévus par le recourant, ceci sans compter la fouille, la pose des trois drains et sans filtre du drainage. Il s'agit dès lors, à son avis, d'une sous-enchère qui doit être écartée.

Concernant sa propre variante, l'adjudicataire souligne que la précision que l'obturation des drainages sera effectuée avec du béton SCC a été donnée lors de l'audit du 30 novembre 2004. Il n'était pas nécessaire en outre de préciser l'ancrage de la natte bentonite à mi-talus dès lors que la pose de la natte s'effectue comme dans l'offre de base. L'adjudicataire indique avoir tenu compte du coût relatif au système de drainage dans la position d'installation de chantier; il s'agit en effet d'éléments de chantier provisoires. Il affirme en outre que le procédé d'obturation qu'il a proposé est parfaitement maîtrisé et contrôlable. Sa solution exclut les risques résiduels inhérents à la variante du recourant.

Sur la question des activités ayant une influence sur la qualité, l'adjudicataire indique avoir basé son analyse des risques sur le modèle établi par la SIA (norme SIA 2007). Les extravagances relevées par le recourant figurent dans la liste SIA. De toute manière, l'adjudicataire estime que, comparée à celle du recourant, sa présentation est d'une qualité supérieure.

Il en va de même pour le critère lié à la procédure d'achat et l'environnement. Alors que lui-même a déposé des documents complets, le recourant a ignoré les "procédures de sous-traitant" et "produits fournis par le client". Il s'est également contenté de remettre des documents non spécifiques. L'adjudicataire considère que ces oublis sont graves. En effet, pour le chantier en question, plus de 80 % des matériaux graveleux et béton

sont fournis par le maître de l'ouvrage. Il est dès lors important de définir la procédure concernant le produit fourni par le client. L'adjudicateur relève également que le recourant s'attache à examiner la notation sur la base des commentaires succincts figurant dans le rapport d'adjudication alors que cette notation se base sur les documents contenus dans les offres. Ce sont les documents fournis qui doivent être comparés, non pas les commentaires.

Sous l'angle de l'environnement, l'adjudicataire indique que, contrairement à ce qui figure dans les commentaires au rapport d'adjudication où il est dit qu'il n'aurait pas traité les mesures d'économie des moyens de transport, ce point figure dans le rapport technique, sous chiffre 2.4.

Enfin, l'adjudicataire confirme les indications données par l'Etat sur l'attestation du paiement des impôts. Les documents fournis étaient complets. Toutefois conformément au vœu de l'adjudicateur, une précision à l'attestation de la Ville de Berne a été produite. Les critères d'aptitude sont ainsi clairement remplis. En revanche, l'adjudicataire constate que les conditions particulières de l'offre du recourant ne sont pas signées valablement, dès lors que M. Biemann n'a pas la signature pour X. SA et que M. Doutaz n'a pas la signature individuelle pour Y. SA. Faute de signature valable, l'offre aurait dû être écartée.

- I. Le 8 avril 2005, le recourant a déposé deux documents distincts, l'un contenant sa réplique à la réponse de l'Etat, l'autre sa réplique à celle de l'adjudicateur.
 - a) S'agissant tout d'abord des observations de l'Etat, le recourant reprend ses critiques relatives à la notation de son offre de base avant de se concentrer sur les variantes proposées. Il relève à cet égard des incohérences dans les dates des tableaux de notation; il en déduit que d'autres documents existent sur lesquels l'ASI et le Service des ponts et chaussées se sont fondés pour établir le rapport du 10 janvier 2005. Il en exige la production.

Revenant sur les hésitations de l'Etat à l'éliminer, le recourant rappelle que l'adjudicateur savait à quoi il s'engageait en admettant d'étudier la variante et que sa variante est arrivée en 2^{ème} position. Il produit à l'appui de ses critiques de l'appréciation de l'adjudicateur une nouvelle expertise du bureau Aba-Geol SA (Bertchen) en soulignant que le but des deux expertises (celle-ci et celle du bureau Karakas & Français SA) ne vise pas à compléter l'offre, mais à contester les critiques de mauvaise qualité technique de la variante.

En ce qui concerne la longueur des secteurs entre les zones d'obturation des drainages, le recourant indique que ses représentants ont mentionné lors de l'audit que les étapes de terrassement sont de l'ordre de 80 à 100 m.

Il n'y aurait aucune ambiguïté sur le fait que ces étapes définissent la cadence des rétablissements. L'expertise Karakas & Français reprend d'ailleurs cette distance lorsqu'elle évoque l'écartement des obturations.

Se fondant sur l'expertise Bertchen, le recourant affirme que sa solution est meilleure sous l'angle hydrologique que celle de l'adjudicataire. Il relève que l'expert a également livré quelques conseils permettant d'optimiser la variante, à savoir d'ajouter des barrages supplémentaires ou de modifier la position des drains latéraux ainsi que d'effectuer lors de l'exploitation de la route un contrôle de la compensation de la pression hydrostatique à l'endroit du drain latéral situé au-dessous du tuyau de récolte des eaux superficielles.

En ce qui concerne la variante de l'adjudicataire, le recourant réitère sa critique relative à l'aspect éventuel de la pose de drains. Or, le recourant affirme qu'il n'a pas été tenu compte des drains dans la liste de prix, l'adjudicataire spéculant sur le fait de ne pas devoir en poser. Dans ces conditions, sa variante aurait dû être écartée.

Du point de vue technique, le recourant estime qu'il n'est pas possible de remplir les drains par la mise en place de pipes d'injection de béton tous les 50 m. Cette injection ne permettrait pas de colmater le massif drainant qui entoure les drains, de sorte qu'il subsistera un écoulement préférentiel dans la direction du drain et non pas dans celle des écoulements naturels. Se référant à l'expertise Bertchen, le recourant affirme que cette méthode va à l'encontre des objectifs à long terme en matière de protection des eaux souterraines et ne répond pas aux exigences légales.

En ce qui concerne le respect de la nouvelle norme VSS 640.535 C, le recourant s'en tient à la langue de la soumission qui est le français pour dénier toute valeur à l'exigence de remplir le drain, la version française indiquant que le drain doit être démonté ou bouché à la fin des travaux. De plus, cette norme n'était pas en usage au moment de l'offre.

Pour les autres critères (activités ayant une influence sur la qualité, procédure d'achat et environnement), le recourant maintient sa requête visant à obtenir une comparaison globale de tous les soumissionnaires et pas seulement celle des deux concurrents parties à la procédure. Il exige également qu'il soit tenu compte de la soumission de Bossonnens où l'ouvrage devait obéir aux mêmes exigences. Dans la mesure où le dossier de X. SA a obtenu une note maximale dans l'autre affaire, le recourant estime qu'il y a un comportement contradictoire de la part de l'Etat.

- b) Le recourant s'est également prononcé dans un deuxième document du 8 avril 2005 sur la réponse de l'adjudicataire.

Il reconnaît ne pas avoir produit une série de prix complète pour sa variante. Il estime cependant qu'il ne s'agissait pas d'une condition essentielle d'admissibilité de la variante. Du moment qu'il a clairement déclaré les positions de prix modifiées par la variante, il est logique que ce qui n'est pas modifié est maintenu.

En admettant avoir produit trois variantes d'exécution, le recourant rappelle avoir détaillé les économies en fonction des différentes variantes, de sorte que l'adjudicateur n'a eu aucune peine à retenir le prix net pour l'évaluation (compte tenu des rabais).

En ce qui concerne les tuyaux PVC, le recourant conteste qu'il y ait une modification de l'offre déposée. Le diamètre extérieur est de 160 mm et le diamètre intérieur est de 150 mm, les praticiens parlent de tuyau PVC diam. 150 pour désigner ce type de tuyau, Il ne peut s'agir en outre que d'un tuyau renforcé. Pour le prix de la pose des tuyaux, le recourant a compté 60'000 fr., soit 40'000 fr. de matériel et 20'000 de fouille, de pose et de filtre de drainage.

Il souligne une fois encore que le système de drainage de l'intimé ne sera installé qu'en cas de besoin, de sorte qu'il conteste que le prix y afférent ait été compris dans la position installation de chantier. N'ayant pas accès aux listes de prix, il prend note que le Tribunal administratif va contrôler d'office si le coût du système de drainage y est indiqué.

- J. L'expertise Bertchen du 16 mars 2005 indique en particulier que la présence de tuyaux vides sous la route n'entraîne, sous l'effet des charges sur la route, qu'une déformation insignifiante de l'ordre du dixième de millimètre. La présence des tuyaux est donc négligeable sous cet angle. L'expert a également examiné les conséquences extrêmes d'une rupture du tuyau. Tout en relevant que cette hypothèse est peu probable, il a calculé que les conséquences sur la chaussée se limiteraient à une déformation en surface d'environ 10 mm.

Du point de vue hydrologique, l'expert estime que la variante du recourant permet de supprimer l'influence du drain sur les écoulements souterrains. Le drain n'a alors plus qu'un rôle d'emménagement de l'eau. La variante a aussi pour effet de favoriser les écoulements transversaux, d'un côté à l'autre de la route, les "extrémités des barrages touchant de part et d'autre les terrains naturels". Une fois les travaux terminés, les écoulements naturels transiteront par le drain et le massif filtrant, mais "les vitesses d'écoulement de la nappe seront contrôlées non pas par ces derniers mais par les terrains naturels encaissants", l'impact de la route sur la nappe étant ainsi minimisé. La solution du recourant permet enfin de contrôler la qualité

des travaux de suppression de l'effet de drainage. En effet cette solution est uniquement tributaire du soin apporté aux interfaces du barrage avec les terrains naturels. Or, ce soin peut facilement être contrôlé visuellement lors des travaux.

En ce qui concerne la variante de l'adjudicataire, l'expert part du point de vue que le remplissage ne supprime pas l'effet drainant du massif filtrant et dénie par conséquent toute valeur à cette solution.

Précisant le détail des travaux de mise hors service des drains, l'expert a calculé la pression hydrostatique aux points de découpage de la natte de bentonite, cette dernière devant être inférieure à la charge en matériaux mis en place sur cette même natte.

En conclusion, l'expert estime la solution du recourant supérieure à celle de son concurrent. L'adjonction de barrages supplémentaires, voire la modification des drains latéraux l'améliorera encore. Il conviendra de bien documenter la gestion des eaux souterraines et le mode de mise en place des barrages en fonction de la position des drains.

- K. Le 15 mars 2005, sur demande du Juge délégué, l'adjudicataire a produit deux pièces. L'une contient une déclaration émanant du consortium intimé selon laquelle les prestations relatives au coût de ce drainage sont incluses dans le forfait d'installation de chantier de la variante, à l'exclusion de tout autre poste. La seconde contient la calculation interne de l'installation de chantier d'où il ressort que les frais de drainage ont été inclus dans le prix offert pour la variante. L'adjudicataire relève à ce propos qu'à la différence de l'offre de base, le maître de l'ouvrage n'a pas demandé une calculation détaillée de son installation de chantier pour la variante, raison pour laquelle cette liste de prix détaillée est demeurée interne au consortium.

L'adjudicataire a insisté sur le fait que cette communication était faite à titre strictement confidentiel.

- L. a) Le 11 mai 2005, l'Etat a déposé sa duplique. Pour la solution de base, il confirme que le rapport technique du recourant n'est pas suffisant du point de vue de l'analyse des risques. Il attendait des soumissionnaires qu'ils donnent la liste des points d'attention, des activités critiques et qu'ils décrivent les mesures à prendre, Il ne suffisait donc pas de se référer aux directives contenues dans les conditions particulières, puisque celles-ci ne contiennent pas cette analyse. Concrètement, l'Etat constate que le rapport du recourant ne contient pas l'analyse des risques demandée pour l'exécution du système d'étanchéité. Il en va de même pour l'exécution du mur New-Jersey. Quant à la démolition du rural, la description qui en est

faite est disproportionnée par rapport à son importance. Contrairement aux affirmations du recourant, l'Etat constate que l'adjudicataire a décrit le système de coffrage et a remis en annexe un plan de coffrage qui n'est pas standard, mais spécifique à l'ouvrage à réaliser.

L'adjudicateur confirme qu'à son avis, la variante du recourant aurait pu être éliminée déjà pour des motifs formels, son contenu étant lacunaire. Il n'a pas retenu cette solution afin d'évaluer la variante également du point de vue matériel. L'adjudicateur relève qu'avec les avis d'experts successifs, le recourant tente de compléter une offre incomplète. Il tente par ce biais de montrer comment sera exécutée sa variante, alors qu'aucun élément ne figure à cet égard dans l'offre produite. L'Etat souligne que le choix du type de tuyau utilisé pour les drains ne va pas de soi. Compte tenu de l'enjeu de sécurité, il n'avait pas à deviner le type de tuyau utilisé par le consortium recourant. Il n'est pas non plus évident que les étapes de terrassement sont naturellement égales aux étapes d'obturation. En effet, les travaux d'obturation ne commenceront qu'à l'issue des travaux de terrassement. Rien n'oblige à ce que les étapes de ces deux sortes de travaux soient les mêmes. Lors de l'audit, l'adjudicateur a demandé des documents et renseignements complémentaires, notamment un rapport explicatif contenant le schéma d'intervention pour le cancellement des drainages et le croquis du profil type au stade définitif (cf. PV de l'audit du 30 novembre 2004). L'Etat estime qu'il n'était pas suffisamment renseigné et que la variante proposée par le recourant n'a pas été analysée jusqu'au bout de son exécution.

En ce qui concerne les expertises, l'autorité intimée considère que leurs auteurs ne les ont pas établies en pleine connaissance de cause; ce qu'ils admettent eux-mêmes dans les réserves qu'ils émettent à la fin de leur avis. Matériellement, l'Etat constate que les simulations hydrodynamiques effectuées par son bureau spécialisé montrent de façon évidente que, dans la variante litigieuse, l'influence du drain ne sera pas supprimée. Le dispositif "drain – massif filtrant" toujours en place va générer un cheminement préférentiel de l'eau. Si les barrages vont créer un obstacle physique aux écoulements, ils ne permettent pas de supprimer la relation hydraulique d'un tronçon à l'autre, puisque les écoulements les contourneront. L'augmentation des vitesses d'écoulement aux environs des barrages pourrait entraîner un lessivage des terrains fins et donc un risque d'instabilité. Les vitesses ne seront contrôlées que partiellement par les terrains naturels (loi de Darcy). L'Etat remarque également que le recourant n'a pas décrit comment maîtriser les venues d'eau lors de la mise en place des bouchons (l'expert propose à cet égard un complément à la variante), ni comment réaliser l'interface entre le barrage et le terrain naturel. Il n'a pas non plus expliqué comment il va exécuter les barrages des drainages latéraux dans l'encombrement des installations de la route.

En ce qui concerne les possibles conséquences sur la chaussée d'une rupture de la canalisation, l'adjudicateur prend acte que les déformations en surface dépasseraient ce qui est admis par la norme SN 641 522 qui autorise un orniérage maximum de 4 mm sous une règle de 4 m. Même s'il ne s'agit que d'une hypothèse, celle-ci n'est pas acceptable.

Se référant à ses spécialistes, l'Etat estime que le remplissage du dispositif par du béton, tel que prévu par l'adjudicataire, va empêcher l'eau de circuler dans cet ensemble. On se retrouve ainsi avec un "corps" imperméable disposé dans l'axe d'écoulement de la nappe. L'effet de drainage ou de cheminement préférentiel de l'eau sera supprimé sur la longueur du tronçon.

Enfin, s'il ne conteste pas que la norme VSS 640 535 n'était pas encore en vigueur au moment de la procédure d'adjudication, l'Etat constate cependant que la variante de l'adjudicataire en tient compte, ce qui n'est pas le cas de celle du recourant.

En compléments aux conclusions du 1^{er} mars 2005, l'Etat requiert l'octroi d'une indemnité de partie afin de couvrir les frais supplémentaires engagés pour l'intervention du bureau technique en relation avec la présente affaire.

- b) A l'appui de sa détermination, l'Etat a produit deux rapports. Le premier, émanant de l'ASI, intitulé "Avis hydrologique du Groupe IV sur le rapport de M. Bertchen" du 10 mai 2005, aboutit à la conclusion que la variante du recourant ne répond pas aux dispositions légales en vigueur concernant la protection des eaux souterraines. Reprenant le contexte hydrogéologique du "Dossier géotechnique de base – 410.PD.4.GEA.151" du 31 janvier 2002, l'ASI rappelle notamment que les caractéristiques de la piézométrie sont un gradient hydraulique orienté NNO – SSE, assez régulier et fort, de 2 à 4 % et, surtout, une direction d'écoulement en gros parallèle à l'axe du projet. Le second rapport du même auteur est intitulé "Détermination de l'auteur du projet sur les variantes des soumissionnaires (...)". Il conclut que la variante du recourant comporte des inconvénients majeurs pour lesquels les explications fournies par le consortium ne permettaient pas de l'habiliter et, par là, de la recommander au maître de l'ouvrage pour son exécution.
- M. L'adjudicataire a déposé sa propre duplique le 13 mai 2005. En ce qui concerne l'offre de base, il rappelle que, sous point 2.2 "prestations proposées, maîtrise technique" de l'annexe 3, le maître de l'ouvrage a exigé un rapport technique présentant le résultat des réflexions de l'entrepreneur, en fonction de l'analyse des risques et des besoins du marché, par rapport aux activités ayant une influence sur la qualité. De ce point de vue le rapport technique du recourant n'est qu'un rapport type et que les points spécifiques

de l'ouvrage mis en soumission n'ont pas été développés de manière satisfaisante et suffisante alors que le sien est d'excellente facture.

L'adjudicataire partage l'avis de l'Etat selon lequel les avis d'experts constituent en réalité des compléments de l'offre qui doivent être évincés du dossier. En ce qui concerne les tuyaux de drainage utilisés par le recourant, il relève des contradictions patentes. Il rappelle en effet que, dans l'offre, il était question d'un tuyau de 150 mm, que l'expertise Karakas parle de tuyaux renforcés d'un diamètre de 160 mm et que l'avis Bertchen se base sur l'utilisation d'un "tuyau en PVC diamètre 150 de faible rigidité relative". Dans les contre-observations, enfin, le recourant déclare "évident qu'il ne peut s'agir que d'un tuyau renforcé".

Revenant sur l'aspect technique de la variante du recourant, l'adjudicataire insiste sur les difficultés que ne manquera pas de présenter la mise en place de la membrane étanche et de sa protection qui devra être réalisée avec la présence de l'eau. Le recourant n'a pas expliqué comment il entend pomper l'eau provenant d'une nappe phréatique située à 1.70 m, voire jusqu'à 2.50 m plus haut que le fil d'eau de drainage, ni comment évacuer l'eau s'écoulant par les drainages dans la tranchée à bétonner. De plus, il est à son avis impossible de réaliser les barrages des drainages latéraux sans risque majeur pour l'ouvrage définitif, en particulier pour ses conduites et leurs enrobages.

De manière plus générale, l'adjudicataire indique que, depuis de nombreuses années, toutes les conduites provisoires ou ancienne, repérées sous des ouvrages ou des routes sont remplies soit avec du gravier concassé, soit avec du béton car personne ne prend plus le risque d'un affaissement à court ou à long terme qui provoque des frais d'assainissement extrêmement lourds. Il lui paraît évident que l'adjudicateur ne peut pas accepter de laisser des tubes longitudinaux sous l'ouvrage et, en plus, dans la nappe. Il rappelle à cet égard que l'expert Bertchen a calculé qu'en cas de rupture d'un tuyau, la déformation de celui-ci peut provoquer des tassements de l'ordre de 10 mm sur la chaussée.

Quant à son propre projet, l'adjudicataire affirme qu'en pompant du béton SCC dans un tuyau perforé, les laits de ciment colmatent à plus de 75 % le massif filtrant extérieur et que, par conséquent, le remplissage du drain et du massif filtrant supprime l'effet drainant.

- N. Afin de clarifier la situation sur le plan technique, le Juge délégué à l'instruction du recours a organisé une séance d'information contradictoire, le 8 juin 2005, à l'issue de laquelle les parties ont été autorisées à déposer les

documents qui ont été utilisés à l'appui de leurs démonstrations. Il a été tenu un procès-verbal sommaire de la séance.

- a) L'adjudicataire a produit notamment un rapport ainsi qu'une vidéo et un échantillon démontrant la pertinence du procédé d'obturation du drain et du massif filtrant par injection de béton SCC. Il indique que le béton est confectionné dans sa propre centrale Fribéton SA, basé sur une recette élaborée par le directeur de la centrale. Un contrôle positif de qualité de béton résistant à la compression a, selon ses dires, déjà été élaboré. L'essai effectué – documenté par vidéo et échantillon – sur une longueur que quelques mètres permet de constater que le drain et le massif drainant sont colmatés.
- b) Le recourant a, pour sa part, déposé un rapport sur un essai de colmatage d'une tranchée drainante par du béton SCC effectué par l'Ecole polytechnique fédérale de juin 2005. Pour les auteurs de l'essai, la méthode de colmatage du drain et du massif filtrant par du béton SCC n'est pas efficace, le béton ne s'est pas propagé dans le gravier.
- c) Le recourant a également présenté un document intitulé "Modélisation hydrologique" établi sur demande d'ABA-GEOL SA le 26 mai 2005 par le bureau GeoMod Ingénieurs conseils SA. Ce dernier a modélisé les flux sous la route en fonction de deux hypothèses. La première concerne un flux strictement parallèle à l'ouvrage à construire, la deuxième prévoit un angle de 20° entre le gradient et l'ouvrage. A son avis, seul le cas où le flux est parallèle à la route permet de considérer que le colmatage complet du drain (préconisé par l'adjudicataire) est meilleur que le colmatage ponctuel (du recourant). Dans les autres cas, (angle de 20°) le colmatage ponctuel crée les mêmes perturbations locales, mais est le plus apte à minimiser l'impact de l'ouvrage sur l'aquifère à l'échelle régionale, en laissant circuler au mieux les eaux sous l'excavation; le colmatage complet crée un effet de barrage qui perturbe les flux.
- d) Enfin, le recourant a produit un rapport d'ABA-GEOL SA du 17 juin 2005. Ce document conteste le parallélisme admis jusqu'à ce jour entre l'écoulement de la nappe et l'ouvrage en rappelant que les écoulements transversaux ont déjà été évoqués dans le rapport du 16 mars 2005. Se référant au plan produit par l'ASI, l'expert estime que le tracé des équipotentielles est inexact.

Alors que précédemment, il partait du point de vue que le colmatage par béton SCC était impossible (rapport du 16 mars 2005), l'expert considère désormais qu'une obturation complète du drain et du massif drainant par

l'adjudicataire va créer un barrage qui va provoquer une réduction de l'écoulement qui, à son avis, est contraire à l'annexe 4 ch.211 al. 2 de l'ordonnance sur la protection des eaux. La quantification de l'effet barrage ne peut pas être faite puisque les données hydrologiques manquent sur la section d'écoulement située à l'est de la colline Sautaux.

Pour le surplus, l'expert considère que l'adjudicataire n'a pas utilisé du béton SCC pour l'obturation des drains, mais un mortier très fluide.

Enfin, s'agissant de l'écrasement du drain, très aléatoire, un tel fait ne pourrait être dû, selon lui, qu'à une malfaçon lors de l'exécution.

- O. Le 20 juin 2005, le recourant a déposé une brève détermination. Après s'être étonné de l'établissement d'un procès-verbal de la séance du 8 juin 2004 qui serait lacunaire, il demande de pouvoir disposer de l'échantillon de béton SCC à des fins d'analyse. Il a maintenu sa requête d'expertise judiciaire qui devrait porter tant sur les aspects géotechniques qu'hydrogéologiques du dossier. Sur ces questions, il considère que l'avis de son expert est plus fiable que celui de l'ASI puisqu'il a tenu compte de l'écoulement latéral NNO -SSE de la nappe contrairement aux hydrogéologues de l'Etat.

Prenant acte des explications reçues concernant le mur New-Jersey, le recourant retire ses griefs et modifie ses conclusions en conséquence pour demander une adjudication au prix de 9'958'588 fr. 65.

Enfin, il requiert des informations sur les investigations qui ont été entreprises en relation avec l'intégration des coûts du drainage dans la liste de prix de la variante de l'adjudicataire.

- P. Le 21 juin 2005, le Juge délégué à l'instruction du recours a indiqué qu'à l'issue de la séance technique du 8 juin 2005, il avait mis un terme à la procédure d'enquête, de sorte qu'il rejetait les demandes de preuves complémentaires. Il a informé le recourant de la substance de la lettre de l'adjudicataire du 15 mars 2005 et du fait qu'il ressortait des pièces produites que le coût du drainage a effectivement été compris dans le prix proposé. S'agissant d'une liste de prix, les documents produits par la partie adverse étaient confidentiels et ne pouvaient donc pas être transmis.

- Q. Un échange de lettres a eu lieu les 22, 23, 29, 30 juin et 4 juillet 2004 entre le Juge délégué et le recourant.

En résumé, le recourant a fait valoir que le procès-verbal de la séance du 8 juin 2005 n'avait pas été rédigé dans les formes et qu'il ne pouvait dès lors

en être tenu compte. Il a contesté catégoriquement la manière secrète dont la question du prix de la variante a été instruite et invoque une violation de son droit d'être entendu. Evaluant le coût du drainage à 100'000 fr., il doute que la moins value engendrée par un gain de deux mois sur la durée du chantier puisse permettre de faire une économie de cette ampleur.

- R. Le 29 juin 2005, l'Etat est intervenu pour confirmer la justesse des avis géologiques et hydrologiques de l'ASI. Se fondant sur le dossier technique disponible, notamment sur le plan n° 410.PD.4.GEO.155, établi sur la base de mesures mensuelles du niveau de la nappe depuis 1997 qui détermine le sens des écoulements, il juge complète la cohérence entre les mesures de niveau effectuées et leur interprétation (carte des isopèzes). A son avis, il n'y a pas lieu d'apporter d'autres hypothèses non vérifiées sur le terrain concernant les écoulements au niveau du tracé de la route. Dans cette perspective, la variante retenue ne perturbe pas l'organisation de l'écoulement des eaux. Au demeurant, dans le dossier géotechnique de base, la direction NNO-SSE se rapporte au secteur 400 et non au secteur 500.
- S. Le 8 juillet 2005, l'adjudicataire a réagi à l'écriture du recourant du 4 juillet 2005. Il indique que sa variante d'exécution entraîne une diminution importante du nombre des étapes qui permet une rationalisation importante du travail (utilisation rationnelle des machines et de la main-d'œuvre, durée plus courte du chantier). La moins-value engendrée par la rationalisation du chantier est partiellement compensée par le coût du système de drainage, de sorte que l'économie de prix qui en résulte est de 138'000 fr.
- T. Sur demande du Juge délégué, l'Etat a produit, le 11 juillet 2005, une détermination sur la liste de prix de l'installation de chantier - confidentielle - déposée par l'adjudicataire. Après examen des documents, il est confirmé que la mise en place du drainage et son cancellement apparaissent clairement dans la variante. Le solde du montant de l'installation de chantier est correct; il tient compte des avantages principaux cités par le soumissionnaire dans sa variante, notamment le fait que le tri de matériaux est facilité par le phasage proposé et que la durée des travaux est réduite d'environ deux mois. Ainsi, pour l'adjudicateur, les montants de l'installation de chantier de l'offre de base et de la variante soutiennent la comparaison.

Le 12 juillet 2005, l'adjudicataire a déposé, également sur demande du Juge délégué, une attestation selon laquelle les trois drainages longitudinaux ont été intégrés dans la soumission et que leurs coûts sont couverts dans le forfait "Installation de chantier".

En réaction à la communication de ces dernières pièces, le recourant est intervenu le 18 juillet 2005 pour affirmer que ces attestations montrent que le coût du drainage n'a pas été prévu dans l'offre de son concurrent. Le recourant a réitéré sa requête visant à pouvoir consulter la liste de prix relative à l'installation de chantier ainsi que toutes les pièces y afférent.

- U. Le 9 juillet 2005, le recourant a déposé sa liste de frais comportant les honoraires et débours du mandataire ainsi que divers frais, notamment des experts ABA-GEOL et GEOMOD.

Le 15 juillet 2005, l'adjudicataire a agi de même en requérant, en plus des honoraires et débours des mandataires, le remboursement des frais occasionnés aux entreprises membres du consortium pour le travail et les frais fournis par leurs collaborateurs.

Le 18 juillet 2005, l'Etat a sollicité l'octroi d'une indemnité de partie afin de couvrir les frais correspondant à l'engagement des mandataires de l'ASI. Compte tenu de la nature de l'affaire où la partie adverse a contesté tous les aspects techniques du dossier avec plusieurs expertises privées à l'appui, l'Etat s'est estimé contraint de faire appel à ses spécialistes qui suivent ce dossier d'appel d'offres depuis le début. Il affirme que sans eux, il lui aurait été impossible de se déterminer en toute connaissance de cause. La facture de l'ASI s'élève à 87'212 fr. 65.

- V. En déposant son recours, le recourant a requis l'octroi de l'effet suspensif. L'Etat a fait savoir immédiatement qu'il n'entendait pas poursuivre l'exécution de la décision attaquée avant que le pourvoi ne soit tranché, de sorte qu'il était inutile pour le Tribunal administratif de se prononcer formellement sur la requête. L'adjudicateur se réservait toutefois de demander une décision sur ce point si la durée de la procédure l'exigeait.

En droit:

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

- c) En vertu de l'art. 93 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), 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.

Dans le cas particulier, le recourant a attendu la séance technique du 8 juin 2005 pour contester les données hydrologiques de l'adjudicateur relatives à la pente d'écoulement de la nappe. Les documents de base contestés étaient cependant disponibles déjà pour l'établissement des offres et n'ont jamais fait l'objet de la moindre critique avant l'ultime séance d'instruction (hormis une vague allusion dans l'avis d'expert du 16 mars 2005). Le recourant ne peut pas prétendre que son nouvel allégué ne pouvait pas être invoqué avant dès lors que les relevés hydrologiques sur laquelle la décision attaquée se fonde étaient connus. Leur caractère prétendument lacunaire aurait dû être invoqué dans le mémoire de recours.

Au demeurant, il faut rappeler au recourant qu'il agit dans le cadre d'un marché public et non pas dans un litige relatif à la protection des eaux. C'est le maître de l'ouvrage qui fixe les conditions cadres du marché et qui en porte la responsabilité. Celles-ci ne peuvent pas être remises en cause par les soumissionnaires qui doivent se plier aux conditions posées dans l'appel d'offres. Un soumissionnaire qui constate une erreur dans la solution choisie peut attirer l'attention de l'adjudicateur sur celle-ci, voire émettre des réserves expresses sur la faisabilité du marché. Il ne lui appartient pas en revanche d'adapter le projet en fonction de sa propre conception, notamment en modifiant les données de base de manière à rendre son offre plus attractive. En l'occurrence, informé des critiques du recourant, l'Etat a confirmé le 29 juin 2005 la validité des données de base retenues pour l'appel d'offres, en particulier la pente d'écoulement de la nappe parallèle à l'ouvrage. Ce sont ces données, connues de tous les soumissionnaires, qui sont applicables à la présente procédure de marché public à l'exclusion de toute autre. Il s'ensuit que les objections du recourant quant à la pente de la nappe ne concernent pas le projet mis en soumission tel que défini par l'adjudicateur et doivent être écartées.

- d) Dans la mesure où l'instruction de la cause – notamment la séance technique du 8 juin 2005 et les documents qui s'y réfèrent - a permis de clarifier l'état de fait de manière complète, la demande d'expertise judiciaire requise par le recourant doit être rejetée.

Il convient également de refuser de verser au dossier les offres des autres soumissionnaires qui n'entrent pas en considération pour l'attribution du marché. Seules sont à prendre en compte l'offre du recourant et celle de l'adjudicataire. C'est entre ces deux offres qu'il faut examiner si des différences justifient une notation différente. La manière dont les autres concurrents ont été notés – même s'ils l'ont été trop bien par rapport au recourant - n'est à cet égard d'aucune utilité.

Il tombe sous le sens également que l'appréciation des offres effectuée dans un autre marché, en l'occurrence celui de Bossonnens, est sans pertinence pour examiner la présente décision d'adjudication. Cette dernière ne porte pas sur des produits standards, mais sur un ouvrage de classe III qui pose des problèmes techniques nécessairement différents de celui de Bossonnens. Une comparaison entre plusieurs marchés différents comporterait des difficultés énormes d'égalité de traitement et s'avère ainsi inapplicable. De plus, en l'occurrence, il a été expressément indiqué dans l'Annexe 5 des conditions particulières relative à la "Méthode d'évaluation des critères d'adjudication" que les offres seraient évaluées sur une base comparative. Cela implique que la notation va varier en fonction de la qualité des offres à comparer et que, par conséquent, un même dossier ne sera pas forcément noté de manière identique d'un marché à l'autre. En conséquence, la demande du recourant d'ordonner l'apport de la procédure d'adjudication d'un autre marché doit être rejetée.

- e) Selon la jurisprudence, les soumissionnaires ne peuvent pas tirer des garanties minimales offertes par l'art. 8 Cst. un droit de consulter l'offre de concurrents. Il ressort du principe de confidentialité prévu par l'art. 11 let. g AIMP qu'en droit des marchés publics, les garanties habituelles d'accès au dossier cèdent le pas aux préoccupations de confidentialité. Cette particularité doit être prise en considération également dans la procédure de recours, dès lors qu'à défaut, la confidentialité des offres pourrait être remise en question. Il n'y a donc pas de place pour une pondération des intérêts en présence. La protection du recourant est garantie par le fait que l'instance de recours contrôle la décision d'adjudication en toute connaissance de cause, tous les actes étant en effet à sa disposition (Arrêt du Tribunal fédéral publié in: Pra 2000 n° 134).

En l'occurrence, dès le dépôt du recours, les parties ont informé le Tribunal administratif qu'elles considèrent leurs listes de prix et certains autres documents comme étant confidentiels. En conformité avec la jurisprudence indiquée ci-dessus, il y a lieu d'en prendre acte et de refuser l'accès au dossier en tant qu'il concerne ces pièces. Partant, la liste de prix relative à l'installation de chantier de l'adjudicataire déposée dans le cadre de sa variante ne peut pas être communiquée au recourant.

2. a) Selon le chiffre 261.500, partie A, CAN 102 des conditions particulières, les variantes d'exécution doivent correspondre à l'offre de base en ce qui concerne l'utilisation, la fiabilité et la sécurité de l'ouvrage projeté. A cet égard, le chiffre 1.3.4.3, partie B, des conditions de l'ouvrage fixent le concept de rabattement de la nappe en précisant expressément l'existence de l'interdiction de drainer les eaux souterraines situées au-dessous du niveau moyen de la nappe. Si l'on considère que, pour la solution de base et dans le but d'éviter la pose de drains sous la natte d'étanchéité, le maître de l'ouvrage a accepté les contraintes très sévères et les surcoûts importants liés à des phases de terrassement de 40 m seulement, l'importance fondamentale pour lui de l'interdiction des drains ne peut avoir échappé aux soumissionnaires. Si la variante qu'ils ont choisi de déposer comporte malgré tout l'installation de drains sous la natte, ils devaient être conscients que l'exigence fondamentale de l'interdiction du drainage subsiste, au moins une fois l'ouvrage terminé.

Or, le recourant ne peut pas sérieusement contester qu'avec sa variante, il laisse subsister des drains actifs sous la natte d'étanchéité. Il ressort aussi bien des rapports de l'ASI, notamment des schémas produits lors de la séance du 8 juin 2005, que du rapport GeoMod du 26 mai 2005 (pour le jeu de conditions aux limites 1, seul conforme aux données de base fixées par le maître de l'ouvrage), que l'obturation ponctuelle du drainage qu'il propose entraîne des perturbations hydrauliques importantes.

Compte tenu de l'importance évidente que le maître de l'ouvrage attache à l'absence de drain sous la route, on doit constater que la solution que le recourant veut imposer à l'Etat ne correspond pas à une conception fondamentale de l'ouvrage. En d'autres termes, par sa variante, le recourant entend forcer l'adjudicateur à construire autre chose que ce qu'il veut réaliser. Dans ces conditions, la variante, non-conforme à une condition essentielle fixée pour l'ouvrage, aurait dû être écartée purement et simplement, de la même manière que l'ont été les variantes concernant les bordures ou le mur New-Jersey.

Il est donc exclu, pour ce seul motif, d'attribuer le marché au recourant.

- b) La variante de l'adjudicataire prévoit également la pose de drains sous la natte d'étanchéité. Toutefois, à la différence du recourant, ce soumissionnaire a prévu un dispositif technique pour obturer complètement les drains et le massif filtrant, de manière à restituer quasiment l'état naturel des flux, comme en atteste les documents produits. Il respecte dès lors la condition fondamentale posée par le maître de l'ouvrage en relation avec le rabattement de la nappe.

Certes, cela suppose de maîtriser la technique d'obturation. La démonstration effectuée par l'adjudicataire et l'échantillon ainsi réalisé démontrent qu'il est possible de colmater complètement le drainage en utilisant le système proposé. Il tombe sous le sens que le béton utilisé par l'adjudicataire – selon sa propre recette – n'est pas le même que celui employé par l'Ecole polytechnique fédérale lors de son test négatif et l'on peut douter que la méthode d'injection ait été identique dans les deux cas. Le résultat concret obtenu par l'adjudicataire ne peut cependant être contesté sérieusement. Quant à savoir si le pourcentage de granulats mérite l'appellation béton ou mortier, il s'agit d'un détail qui ne modifie en rien la constatation selon laquelle le drainage est obturé.

Au demeurant, il faut rappeler que le processus mis en œuvre (remplissage par des pipettes disposées tous les 50 m) permet de contrôler l'effectivité de l'obturation et diminue considérablement les risques de colmatage imparfait.

En d'autres termes, alors que le recourant propose une solution qui laisse de toute manière un drainage actif sous la route, l'adjudicataire s'emploie à fermer les drains. Selon cette variante, seul un simple risque résiduel de colmatage imparfait doit être pris en considération par le maître de l'ouvrage. De plus, même dans ce cas exceptionnel, inhérent à chaque activité de génie civil délicate, la situation du maître de l'ouvrage est plus favorable avec la solution de l'adjudicataire qu'avec celle du recourant (cf. rapport GeoMod du 26 mai 2005, variante 3).

Il apparaît ainsi que le défaut dirimant de la variante du recourant ne se retrouve pas dans la variante de l'adjudicataire, qui pouvait dès lors être choisie nonobstant l'aménagement d'un drainage sous la natte d'étanchéité lors de la phase de construction.

3. Le fait que l'adjudicataire n'ait pas écarté la variante du recourant lors de la procédure d'adjudication n'exclut pas que, dans le cadre du recours, le Tribunal administratif constate la non-conformité fondamentale de l'offre pour confirmer l'attribution du marché à l'adjudicataire (art. 95 al. 3 CPJA). Cela étant, l'examen du dossier montre que même si l'on entre en matière sur une appréciation comparative de l'offre du recourant fondée sur l'intégralité des critères d'adjudication – ce que la non-conformité de sa variante devrait exclure car on ne peut pas comparer ce qui ne correspond pas au marché – la solution finale choisie par l'Etat ne peut être que confirmée.
4. S'agissant tout d'abord de la maîtrise technique dans la solution de base – qui n'a qu'une importance très relative vu les défauts majeurs de la variante – il faut constater à la lecture du rapport technique que ce dernier est

essentiellement un document standard très peu axé sur l'ouvrage concret à construire et sur l'analyse de risques qui en découle. S'il n'est pas inutilisable, il n'a pas cependant la précision requise sous le point 2.2.1 de l'Annexe 3 des conditions particulières. En particulier, il faut remarquer que le recourant s'est contenté de produire un simple prospectus pour la natte minérale alors que, vu l'importance de cet objet, on aurait pu attendre des explications concrètes sur la manière dont la natte serait posée, ce qu'a fait l'adjudicataire. Le rapport technique de ce dernier est plus complet et mérite clairement une meilleure note. Le fait que le recourant ait développé l'aspect relatif à la démolition du rural est très accessoire et, de toute manière, l'adjudicataire a également déposé un concept complet de gestion des déchets, y compris pour le bois.

5. a) Le défaut fondamental de la variante du recourant – qui fonde la non-conformité de l'offre (cf. consid. 2) – exclut toute discussion sur la notation de la maîtrise technique.

De plus, même si l'on fait abstraction de cette non-conformité de principe, il apparaît que l'appréciation de la maîtrise technique de la variante proposée ne pouvait pas être meilleure que celle obtenue.

Contrairement à la variante de l'adjudicataire, qui dès le dépôt de l'offre, mais en tout cas après l'audit du 30 novembre 2004, a fait l'objet d'explications et de plans détaillés, celle du recourant n'a pas dépassé le niveau de la simple esquisse de solution. Ce n'est qu'après l'adjudication, dans la procédure de recours, que l'intéressé a fourni graduellement les documents et explications indispensables à la bonne compréhension de son offre. Ainsi, malgré la demande formelle d'explication avec schéma d'intervention pour le cancellement des drainages figurant dans le procès-verbal d'audit du 30 novembre 2004, aucun document de ce genre n'a été fourni avant l'adjudication. La première représentation sommaire de la manière concrète d'effectuer l'obturation partielle des drains au moyen de barrages figure en annexe du rapport d'expert du 16 mars 2005. Au moment de l'adjudication, le recourant n'avait pas précisé le nombre et l'emplacement des barrages, ni le nombre de secteurs pris en considération. L'explication tardive énoncée lors de la procédure de recours selon laquelle les barrages seraient évidemment installés tous les 50 m conformément aux phases de terrassement est dépourvue de sens. En effet, du moment que l'aménagement des barrages est prévue à la fin des travaux de terrassement, il n'y a pas de relation nécessaire entre les phases de terrassement et l'emplacement des barrages. L'évidence relevée par le recourant n'en est pas une et devait être documentée avec l'offre.

De manière plus précise, on cherche également en vain dans le dossier une description de l'aménagement des barrages sur les drains latéraux, étant rappelé qu'au droit de ceux-ci se trouve vraisemblablement le système technique de la route. Aucune explication ne permet de déterminer comment atteindre les drains sous la natte sans porter atteinte au système technique existant (cf. schéma produit par l'adjudicataire en annexe à sa duplique).

Enfin, il faut rappeler aussi que l'aménagement des barrages devrait se faire en perçant la natte d'étanchéité alors que les drains sont actifs. Rien n'a cependant été présenté par le recourant pour dire comment il prévoit effectuer cette intervention délicate et placer les barrages, en présence de l'eau.

On pourrait certainement trouver encore d'autres imprécisions techniques de la variante. Celles qui sont citées ci-dessus justifient largement la différence de notation entre l'adjudicataire et le recourant. Indépendamment de la non-conformité de la variante, la différence entre les deux concurrents aurait pu être plus importante que les 10 points litigieux.

- b) Le recourant prétend que la variante de l'adjudicataire aurait dû être écartée parce qu'elle prévoit un système virtuel de drainage qui ne doit être mis en place qu'en cas de nécessité et qui, pour ce motif, n'a pas été compris dans la liste de prix.

Constatant que la liste de prix pour l'installation de chantier spécifique à la variante n'avait pas été requise par le maître de l'ouvrage et ne figurait donc pas dans les documents disponibles, le Juge délégué a enjoint l'adjudicataire de la produire, ce qui a été fait, le 15 mars 2005. Il en ressort que le drainage a été compris dans le coût de l'installation de chantier pour un prix supérieur à 100'000 fr. Invité à se déterminer sur la crédibilité des chiffres indiqués, l'adjudicateur a confirmé, le 11 juillet 2005, qu'ils n'apparaissent pas déraisonnables compte tenu des prestations à fournir. On peut donc retenir que le montant offert par l'adjudicataire pour son installation de chantier contient effectivement le coût du drainage. Il s'agit là du coût du drainage complet pour les trois drains prévus (cf. attestation du 12 juillet 2005). Le fait que l'entreprise entende moduler le drainage effectivement posé en fonction des circonstances – en renonçant à l'un ou l'autre si l'abaissement de la nappe est suffisant - est donc sans importance au niveau de la comparaison des offres. Il faut rappeler cependant que le drainage central sera installé dans tous les cas sur toute la longueur du chantier (cf. réponse à l'audit du 30 novembre 2004, p. 3).

On peut certes se demander avec le recourant si - nonobstant l'absence de requête expresse de l'adjudicateur, notamment lors de l'audit - la liste de prix

n'aurait pas dû figurer d'office dans le dossier d'offre, conformément au chiffre 261.400 des conditions particulières. Cette éventuelle informalité - qui a été corrigée - n'est pas suffisante pour écarter l'offre de l'adjudicataire dans la mesure où l'examen du prix ne permet pas de déceler une quelconque manipulation de la part de l'adjudicataire. Le montant de l'installation de chantier indiqué dans l'offre de la variante englobe le drainage provisoire et le coût du solde de l'installation de chantier (déduction faite du coût du drainage) reste encore crédible.

6. En ce qui concerne le critère des "activités ayant une influence sur la qualité", l'avis de l'autorité intimée selon lequel l'analyse des risques et dangers du marché est plus poussée chez l'adjudicataire que chez le recourant ne concrétise aucun abus ou excès du pouvoir d'appréciation. Il n'est pas contestable que la liste des points critiques énoncée par l'adjudicataire est plus complète et, surtout, plus axée sur les conditions concrètes du marché à adjuger. Cela suffit pour justifier la différence de notation.
7. Le recourant se fonde exclusivement sur les commentaires sommaires du tableau de justification de la notation des critères pour prétendre que le seul point négatif constaté concerne la procédure de transmission qui contient peu d'indications. Il conteste cette appréciation en invoquant le processus de transmission des données figurant dans l'évaluation des fournisseurs/sous-traitants qu'il a produit et en rappelant que le même processus s'applique aux sous-traitants.

Il perd de vue cependant les exigences qui étaient posées par le maître de l'ouvrage sous chiffre 1.5 de l'annexe MQ au dossier d'appel d'offres. Il était précisé qu'il y avait lieu de remettre les documents suivants:

- Procédure d'achat des matériaux du système qualité de l'entreprise, d'où devront ressortir les critères de choix, le modèle de contrôle;
- Procédure de choix des sous-traitants du système qualité de l'entreprise, d'où devra se dégager la procédure de transmission des données.

Or, le recourant n'a pas décrit les critères de choix pour les achats et les sous-traitants, pas plus que le contrôle de ceux-ci. Quant à la procédure dont il se prévaut, elle a été jugée succincte par l'Etat. Dans ces conditions, l'intéressé ne pouvait pas espérer une note supérieure à 1.5 et il n'a aucun abus ou excès du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur sur ce point.

Les documents remis par l'adjudicataire - tels que mentionnés par l'Etat dans sa réponse du 1er mars 2005 - sont en revanche complets, de sorte qu'une

différence sensible de notation n'est pas déraisonnable ou manifestement injuste.

8. En matière d'environnement, l'adjudicateur a clairement expliqué qu'une note supérieure à 2 aurait impliqué des propositions du soumissionnaire offrant un avantage environnemental et qu'aucune offre ne propose un tel avantage, chacune se contentant à des degrés divers de gérer les déchets. Dans cette perspective, l'Etat estime que les deux concurrents ont présenté des offres de qualité égale, l'un insistant sur l'économie des moyens de transport, l'autre sur l'élimination des déchets.

Même si, à l'examen, le document du recourant semble légèrement mieux conçu que celui de l'adjudicataire, l'appréciation de l'adjudicateur quant à l'égalité de valeur des prestations ne sort pas des limites qui lui sont reconnues en la matière et ne concrétise dès lors aucune violation de la loi.

9. Il apparaît enfin que les critiques du recourant concernant le respect des critères d'aptitude par l'adjudicataire sont manifestement sans fondement. Il ressort en effet des explications fournies que la demande de précision de l'attestation de paiement des impôts adressée à l'adjudicataire était due à une différence de pratique entre les autorités fribourgeoises et bernoises, l'attestation bernoise déposée avec l'offre étant déjà suffisante.
10. Mal fondé, le recours doit être rejeté. Dès lors que la Cour se prononce directement sur le fond du litige, la demande d'effet suspensif est devenue sans objet.
11. Il appartient au recourant qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA. Il convient de tenir compte de l'ampleur et de la complexité particulière de l'affaire pour fixer ces frais au maximum prévu par l'art. 1 al. 2 du tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (ci-après, le tarif, RSF 150.12).
12. a) Selon l'art. 139 CPJA, aucune indemnité de partie n'est allouée aux collectivités publiques visées à l'art. 133, sauf dans les cas où leurs intérêts patrimoniaux sont en cause ou que des circonstances particulières ont rendu nécessaire l'appel à des mandataires extérieurs.

En l'espèce, l'Etat requiert le versement d'une indemnité de partie afin de couvrir les frais spéciaux qu'il a encourus lorsqu'il a mandaté l'ASI pour répondre aux expertises produites par le recourant. Il fait valoir que l'appel à ces spécialistes - qui ont conçu le projet de base - était incontournable, de

sorte que l'affaire présente des circonstances particulières au sens de l'art. 139 CPJA.

Il apparaît effectivement que, du point de vue de l'adjudicateur, l'intervention du bureau spécialisé, seul véritablement au courant des détails du projet, était indispensable. Il se justifie dès lors de faire droit à la requête de l'Etat et de lui allouer une indemnité.

- b) Cela étant, il faut constater que, selon l'art. 8 du tarif, les honoraires alloués pour la représentation ou l'assistance de la partie sont fixés entre 200 et 5'000 fr. Dans les affaires d'une ampleur ou d'une complexité particulière, le maximum s'élève à 20'000 fr.

Cette disposition n'ayant pas été modifiée lors de l'entrée en vigueur de la législation sur les marchés publics, elle continue à s'appliquer nonobstant le fait que les litiges relatifs à certains marchés publics impliquent des frais de représentation et d'assistance bien supérieurs aux maximums fixés par le tarif.

En conséquence, considérant que l'activité de l'ASI au profit de l'Etat a consisté à assurer l'assistance technique du maître de l'ouvrage, le maximum que le tarif permet d'accorder à la collectivité publique, compte tenu de la complexité extraordinaire de l'affaire, est limité à 20'000 fr. A cela s'ajoutent les frais de déplacement et de reproduction ainsi que la TVA calculée sur le tout.

L'Etat a donc droit à une indemnité comprenant:

20'000.-	de frais d'assistance ASI,
606.-	de frais de déplacement,
690.-	de frais de reproduction
1'618.50	de TVA

22'914.50 Total

13. a) L'adjudicataire qui obtient gain de cause et qui a fait appel aux services de mandataires professionnels pour défendre ses intérêts a également droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA).

Comme il a déjà été dit ci-dessus, l'ampleur et la complexité particulière de l'affaire justifient d'ignorer le montant maximum ordinaire des honoraires de 5'000 fr. et d'aller au-delà, jusqu'à un maximum de 20'000 fr. Dans la mesure où les mandataires de l'adjudicataire demandent plus que ce maximum, il

convient de ramener leurs honoraires à ce montant auquel s'ajoutent les frais et la TVA.

b) L'adjudicataire requiert également une indemnité pour les autres frais au sens de l'art. 10 du tarif afin de couvrir le coût des heures que ses collaborateurs ont dû passer pour répondre au recours. Cette requête ne peut pas être admise. En effet, il n'a jamais été prévu par le législateur d'indemniser une partie pour l'activité qu'elle exerce dans la défense de ses droits. Le fait de participer à une procédure de marché public implique également de répondre à un recours contestant l'adjudication. Il convient donc d'écarter la requête de l'adjudicataire en ce qui concerne les frais en personnel que lui a occasionnés le recours. Il a droit en revanche, au titre des autres frais de la partie, à l'indemnisation de ses débours et des matériaux utilisés pour confectionner l'échantillon.

c) En résumé, l'adjudicataire a droit à une indemnité comprenant:

20'000.-	d'honoraires pour la représentation et l'assistance,
264.80	de débours d'avocats,
1'540.15	de TVA sur facture d'avocats,
2'369.50	de matériaux,
1'873.50	de débours de la partie
<hr/>	
26'047.95	Total

14. Le recourant qui succombe n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA).

210.2; 210.8.2; 210.4