

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 17 avril 2002 en la cause L. [CRM 2001-008])

Öffentliches Beschaffungswesen. Übereinstimmung des Angebots mit den Ausschreibungsbedingungen. Weigerung der Vergabestelle, die Instruktionen des Anbieters zu befolgen. Internationale oder nationale technische Normen. Auswahl der technischen Spezifikationen.

Art. 20 Abs. 1 Bst. a, Art. 21 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 BoeB. Art. 11 Abs. 1, Art. 48 und Art. 49 Bst. b VwVG.

- Ob ein Angebot genügend oder ungenügend und in welchem Mass die Ausschreibungsbedingungen, die technischen Spezifikationen und die verschiedenen Zuschlagskriterien erfüllt, hängt von der Würdigung der Angebote durch die Vergabestelle und - im Falle einer Beschwerde - von der Prüfung der Vorbringen ab; die Zulässigkeit der Beschwerde ist davon in der Regel nicht betroffen (E. 2).
 - Der ausgeschlossene Anbieter, der Beschwerde führt, kann nicht gezwungen werden, sich von einem unabhängigen, zur Vertretung befugten Anwalt vertreten zu lassen (E. 3).
 - Die Tatsache, dass eine unbedeutende Ausschreibungsbedingung nicht (oder ungenügend) erfüllt worden ist, zieht lediglich einen entsprechenden Nachteil in der Evaluation des Angebots nach sich; ein unvollständiges oder den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprechendes Angebot muss hingegen grundsätzlich ausgeschlossen werden (E. 5).
 - Der geringe Unterschied zwischen dem Betrag des Angebots des ausgeschlossenen Anbieters und des Endbetrags des Zuschlags reicht nicht aus, um daraus Verhandlungen abzuleiten (E. 7).
 - Die Rekurskommission erlegt sich Zurückhaltung auf, sobald es im Wesentlichen technische Probleme zu berücksichtigen und reine Ermessensfragen zu entscheiden gilt. Nur wenn die für den Ausgang des Streitfalls massgebenden Tatsachen am Ende der Beschwerdeinstruktion nicht genügend erhellt worden sind und die besonderen Kenntnisse eines Spezialisten sie klären könnten, kann ein Gutachten eingeholt werden (E. 8).
 - Die Weigerung der Vergabestelle, die Gebrauchsanweisungen eines angebotenen Produkts zu befolgen, muss sich insbesondere dann, wenn dadurch die Leistungen des angebotenen Produkts herabgesetzt werden könnte, auf objektive Gründe, auf die Spezifikation und den bestimmungsgemässen Gebrauch des Gegenstands stützen können (E. 9a).
 - Die Vergabestelle muss sich soweit als möglich auf internationale technische Normen stützen, selbst wenn diese nicht Teil der schweizerischen Rechtsordnung sind, oder auf anerkannte nationale technische Normen. Indes kann die Vergabestelle technische Spezifikationen vorschreiben, die von den internationalen Normen abweichen, wenn dies notwendig, durch objektive und nicht diskriminierende Gründe gerechtfertigt ist (E. 9d).
 - Obwohl die Vergabestelle über einen sehr grossen Ermessensspielraum bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes verfügt, kann sie technische Spezifikationen nicht willkürlich festlegen, sondern muss sie der verlangten Leistung anpassen (E. 9e).
- Marchés publics. Conformité de l'offre aux conditions de l'appel d'offres. Refus du pouvoir adjudicateur de suivre les instructions données par le soumissionnaire. Normes techniques internationales ou nationales. Choix des spécifications techniques.
- Art. 20 al. 1 let. a, art. 21 al. 1, art. 26 al. 1 LMP. Art. 11 al. 1, art. 48 et art. 49 let. b PA.
- La question de savoir si une offre remplit ou non, de manière suffisante ou insuffisante et à quel degré les conditions de l'appel d'offres, les spécifications techniques et les divers critères d'adjudication relève de l'appréciation des offres par le pouvoir adjudicateur et, en cas de recours, de l'examen du fond; elle ne concerne en principe pas la recevabilité du recours (consid. 2).
 - Le soumissionnaire évincé qui recourt ne saurait être contraint à se faire représenter par un avocat indépendant titulaire d'une autorisation de pratiquer (consid. 3).
 - Le fait de ne pas remplir (totalement) une condition de l'appel d'offres sur un point mineur de la définition de l'objet du marché entraîne uniquement une pénalité correspondante dans l'évaluation de l'offre au regard des critères d'adjudication, alors que l'offre incomplète ou ne correspondant pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue (consid. 5).
 - La proximité du montant de l'offre du soumissionnaire évincé et du montant final de l'adjudication ne suffit pas à déduire l'existence de négociations (consid. 7).
 - La Commission de recours fait preuve de retenue, lorsqu'il s'agit de prendre en compte des problèmes de nature essentiellement technique et de trancher de pures questions d'appréciation. Ce n'est que si des faits pertinents pour l'issue du litige restent insuffisamment éclaircis au terme de l'instruction du recours et que les connaissances spéciales d'un spécialiste permettraient de les élucider, qu'une expertise peut être envisagée (consid. 8).
 - Le refus par le pouvoir adjudicateur de suivre les instructions d'utilisation accompagnant un produit offert, en particulier lorsque ce refus est susceptible de réduire les performances du produit offert, doit reposer sur des motifs objectifs, sur la base des spécifications techniques relatives à l'objet du marché et en fonction de l'usage auquel cet objet est destiné (consid. 9a).
 - Le pouvoir adjudicateur doit autant que possible se baser sur des normes techniques internationales même si celles-ci ne sont pas incorporées dans l'ordre juridique suisse ou, à défaut, sur des normes techniques nationales reconnues. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut prescrire des spécifications techniques qui s'écartent des normes internationales existantes lorsque ce choix est nécessaire et justifié par des motifs objectifs et non discriminatoires (consid. 9d).
 - Bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'une très grande marge d'appréciation dans la détermination de l'objet du marché, les spécifications techniques ne peuvent être fixées de manière arbitraire, mais doivent l'être en fonction de la prestation requise (consid. 9e).

Acquisti pubblici. Conformità dell'offerta alle condizioni del bando di concorso. Rifiuto dell'ente aggiudicatore di seguire le istruzioni date dall'offerente. Norme tecniche internazionali o nazionali. Scelta delle specificità tecniche.

Art. 20 cpv. 1 lett. a, art. 21 cpv. 1, art. 26 cpv. 1 LAPub. Art. 11 cpv. 1, art. 48 e art. 49 lett. b PA.

- La questione di sapere se un'offerta soddisfa in modo sufficiente o insufficiente e in quale misura le condizioni del bando di concorso, le specificità tecniche e i diversi criteri di aggiudicazione viene risolta dall'ente aggiudicatore quando apprezza le offerte; in caso di ricorso, tale questione rientra nell'esame del merito e, in linea di principio, non concerne la ricevibilità del ricorso (consid. 2).

- L'offerente escluso che ricorre non può essere costretto a farsi rappresentare da un avvocato indipendente titolare di un'autorizzazione di praticare (consid. 3).

- Il fatto di non soddisfare (totalmente) una condizione del bando di concorso su un punto minore della definizione dell'oggetto dell'acquisto comporta unicamente una penalità nella valutazione dell'offerta per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, mentre l'offerta incompleta o che non corrisponde alle condizioni del bando di concorso deve in linea di principio essere esclusa (consid. 5).

- Il fatto che la cifra dell'offerta rifiutata e la cifra finale dell'aggiudicazione siano vicine non è sufficiente per dedurre che vi siano state trattative (consid. 7).

- La Commissione di ricorso opera con prudenza quando occorre valutare problemi di natura essenzialmente tecnica e decidere su pure questioni di apprezzamento. Si può prendere in considerazione una perizia solamente se fatti pertinenti per l'esito del litigio non risultano essere sufficientemente chiari al termine dell'istruzione del ricorso e se le conoscenze speciali di un esperto della materia permetterebbero di chiarirli (consid. 8).

- Il rifiuto dell'ente aggiudicatore di seguire le istruzioni d'utilizzo allegate ad un prodotto offerto, in particolare quando questo rifiuto può ridurre le prestazioni di tale prodotto, deve essere fondato su motivi oggettivi, sulle specificità tecniche e sull'uso al quale l'oggetto è destinato (consid. 9a).

- L'ente aggiudicatore deve basarsi il più possibile su norme tecniche internazionali, anche se esse non sono incorporate nell'ordinamento giuridico svizzero o, in mancanza di simili norme, su norme tecniche nazionali riconosciute. Tuttavia, l'ente aggiudicatore può prevedere specificità tecniche che si scostano dalle norme internazionali esistenti se tale scelta è necessaria e giustificata da motivi oggettivi e non discriminatori (consid. 9d).

- Anche se l'ente aggiudicatore dispone di un ampio margine di apprezzamento nella determinazione dell'oggetto dell'acquisto, le specificità tecniche non possono essere fissate in modo arbitrario, ma in funzione della prestazione richiesta (consid. 9e).

Résumé des faits:

L'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP) publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte. Le marché portait sur la fourniture de 10 à 18 appareils pour l'étalonnage des analyseurs des émissions de gaz dans les stations de mesure NABEL (réseau national d'observation des polluants atmosphériques). L'évaluation était effectuée par le Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (EMPA) à Dübendorf, à qui l'OFEFP avait aussi délégué l'exploitation du réseau NABEL. Selon le point 19 de l'appel d'offres, les négociations étaient réservées. Les critères d'adjudication étaient (par ordre d'importance décroissante) les suivants:

1. conformité aux performances requises selon le ch. 3b;
2. bonne stabilité, reproductibilité et temps de montée brefs;
3. facilité d'exploitation et d'entretien;
4. rentabilité, rapport prix/performances, temps de réaction pour les travaux de services et d'entretien ainsi que coûts/tarifs de ses travaux;
5. organisation après-vente;
6. réputation du fabricant;
7. garantie, garantie de livraison des pièces de rechange.

Trois offres furent soumises à l'EMPA. Par publication dans la FOSC et courrier à L., l'OFEFP, respectivement l'EMPA, communiquèrent que le marché avait été adjugé à D.

Par courrier à l'OFEFP, L. évoqua des erreurs d'utilisation de ses appareils et demanda un réexamen partiel de ces derniers. L'EMPA contesta avoir commis des erreurs de manipulation et indiqua les principales raisons du rejet de l'offre.

L. (ci-après: la recourante) a formé recours devant la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM, la Commission de recours ou la Commission de céans) contre la décision d'adjudication. Elle invoque en premier lieu la constatation inexacte des faits pertinents au sens de l'art. 49 let. b de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), dans la mesure où les résultats comparativement peu satisfaisants de ses appareils seraient dus à des erreurs de manipulation de ceux-ci par les techniciens de l'EMPA. En second lieu, elle estime que le pouvoir adjudicateur aurait violé l'art. 20 de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP, RS 172.056.1) et l'art. 26 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP, RS 172.056.11) en procédant à des négociations avec une seule des soumissionnaires. En conséquence, elle conclut à l'octroi de l'effet suspensif, à l'annulation de la décision d'adjudication du 24 juillet 2001, à la réalisation d'une expertise et à la prise d'une nouvelle décision d'adjudication par la Commission de recours, sous suite de frais et dépens.

Le Président de la Commission de recours a informé l'OFEFP du dépôt d'un recours et lui a imparti un délai pour se prononcer.

L'OFEFP a fait parvenir sa réponse sur le fond, accompagnée de deux bordereaux de pièces, distinguant les pièces confidentielles et non confidentielles. Les deux pièces considérées comme confidentielles étaient l'offre de D. et un rapport d'évaluation de l'EMPA. L'OFEFP conclut principalement à l'irrecevabilité du recours. Subsidièrement, le pouvoir adjudicateur conclut au rejet du recours, avec suite de frais et dépens.

La recourante a demandé la consultation de l'intégralité des pièces du pouvoir adjudicateur. Elle observe que l'OFEFP base à plusieurs reprises sa réponse sur le fond sur les pièces désignées comme confidentielles et qui sont pertinentes pour l'issue du litige. Elle souligne aussi que le refus de communication d'une pièce en raison de sa confidentialité est une exception, soumise de surcroît au principe de proportionnalité. L'OFEFP a confirmé son opposition à la transmission des pièces considérées comme confidentielles. Il souligne que le rapport d'évaluation de l'EMPA serait exclusivement destiné à la formation interne de la volonté du pouvoir adjudicateur et n'aurait pas pour but d'informer la recourante. Par décision incidente, la Commission de recours a ordonné la communication notamment du rapport d'évaluation de l'EMPA; elle a rejeté la demande de la recourante tendant à la communication de l'offre de D.

Dans sa réplique, la recourante soutient que certaines pièces du pouvoir adjudicateur devraient être éliminées de la procédure de recours, car il s'agirait de diagrammes de mesures établis par l'EMPA postérieurement à l'adjudication, et destinés à étoffer l'évaluation initiale défailante des offres ainsi qu'à fonder la réponse au recours. Même s'ils étaient admis dans la procédure de recours, les diagrammes n'auraient aucune valeur probatoire sérieuse. Sur cette base, la recourante modifie partiellement ses conclusions initiales. Elle conclut préalablement à l'irrecevabilité des pièces précitées, et à la désignation d'un expert indépendant dont la mission devrait être impérativement définie par la Commission de recours. Sur le fond, la recourante conclut principalement à la nullité de la décision d'adjudication, en raison d'une évaluation du prix des offres basée sur des prestations différentes selon les soumissionnaires. Elle conclut subsidiairement à l'annulation de la décision ainsi qu'à une nouvelle adjudication par la Commission de recours sur la base d'une nouvelle évaluation des offres par l'expert.

Les autres faits sont repris, pour autant que besoin, dans les considérants «En droit» de la présente décision.

Extraits des considérants:

(...)

2. L'OFEFP conteste la qualité pour agir de la recourante au motif que l'appareil offert par celle-ci ne satisferait pas à une exigence minimale de l'appel d'offres. L'EMPA a relevé dans les tests d'évaluation effectués sur cet appareil que la concentration d'ozone (O3) y était influencée par le canal de monoxyde d'azote (NO). Cette constatation démontrerait que l'appareil de la recourante ne répond pas à l'exigence figurant au point 3b de l'appel d'offres, selon laquelle les différents canaux doivent être indépendants les uns des autres - pour ce qui est de l'amenée des gaz et de leur commande -, à l'exception de l'oxyde d'azote (NO2). Implicitement, le pouvoir adjudicateur conteste que la recourante ait un intérêt pratique à l'issue du recours. Dès lors que l'appareil de la recourante ne serait pas conforme à une condition de l'appel d'offres, l'offre de L. devrait être exclue. L'OFEFP en déduit que L. n'aurait aucun intérêt pratique digne de protection à recourir, dès lors qu'elle ne pourrait pas obtenir l'adjudication du marché.

a. (Conditions générales de la qualité pour recourir, voir JAAC 65.78 consid. 1b/aa et renvois).

L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Le recourant doit disposer d'un intérêt pratique à l'issue du recours, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir tirer un avantage réel de la modification de la décision qu'il conteste. Cette exigence vise à écarter de simples actions populaires. En règle générale, les destinataires d'une décision disposent d'un intérêt digne de protection à recourir contre celle-ci (ATF 121 II 176, consid. 2a, ATF 119 Ib 374, consid. 2a/aa; André Moser, in: Moser/Uebbersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.23; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2è éd., Zürich 1998, ch. 538-541; sur l'analogie entre la qualité pour agir du candidat écarté d'un poste et celle du soumissionnaire évincé, voir aussi Isabelle Häner, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zurich 2000, p. 350 s.). En matière de marchés publics, toute violation résulte en définitive en une atteinte aux garanties de concurrence, d'égalité de traitement, de transparence et d'impartialité garanties par la loi à tous les soumissionnaires, et porte ainsi atteinte à leurs chances d'obtenir le marché. C'est en se fondant aussi sur ces considérations que le Tribunal fédéral a reconnu la légitimation des soumissionnaires évincés dans un recours de droit public. Les soumissionnaires et candidats disposent d'un intérêt juridiquement protégé non seulement pour soulever des griefs se rapportant au déroulement formel de la procédure de passation, mais encore pour contester le bien-fondé matériel de l'adjudication (ATF 125 II 95 consid. 4). La question de savoir si une offre remplit ou non, de manière suffisante ou insuffisante, et à quel degré, les conditions de l'appel d'offres, les spécifications techniques et les divers critères d'adjudication, relève de l'appréciation des offres par le pouvoir adjudicateur et, par la suite, de l'examen du recours sur le fond. Elle ne concerne en principe pas la recevabilité du recours. Ainsi, la qualité pour agir en recours de droit public a été admise sans autre dans le cas d'un soumissionnaire dont l'éviction résultait pourtant du fait qu'il n'avait pas déposé les plans

expressément exigés dans les documents d'appel d'offres (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 13 février 2001 [2P.231/2000]). Ce n'est que lorsqu'un recours est soulevé dans le cadre d'une procédure de gré à gré que le Tribunal fédéral pose une exigence supplémentaire destinée à éviter une action populaire, en vérifiant que le recourant aurait pu être un concurrent potentiel, c'est-à-dire qu'il fournit au moins des biens ou services du type de ceux faisant l'objet du marché (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 2 mars 2000 [2P.282/1999] consid. 1c et 3). Les considérations servant à fonder un intérêt juridiquement protégé dans le cadre d'un recours de droit public doivent, a fortiori, être suffisantes pour légitimer un simple intérêt digne de protection dans le cadre d'un recours administratif. Il en résulte que le candidat ou soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt pratique suffisant à demander l'annulation de la décision attaquée du seul fait qu'il obtient un rétablissement de ses chances - quelles qu'elles soient - s'il est réintégré dans la procédure de passation. Il serait excessif d'exiger que le recourant ait pu obtenir le marché sans la violation (Evelyn Clerc, *L'ouverture des marchés publics*:

Effectivité et protection juridique, thèse, Fribourg 1997, p. 525 s.). Un recourant a en règle générale qualité pour agir même s'il apparaît en définitive que son offre devait être exclue du fait qu'elle ne remplissait pas une condition essentielle de l'appel d'offres (implicitement en ce sens, décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 7 novembre 1997, publiée dans la JAAC 62.32 II consid. 3a et du 22 janvier 2001, publiée dans la JAAC 65.78).

b. En l'espèce, L. est destinataire de la décision d'adjudication contestée qui écarte son offre. Elle a un intérêt pratique suffisant à recourir, car elle obtiendrait un rétablissement de ses chances d'obtenir le marché en cas d'acceptation du recours. En conséquence, L. dispose de la qualité pour agir dans le présent recours.

3. L'OFEFP conteste la recevabilité du recours au motif que L. n'est pas représentée par un avocat indépendant titulaire d'une autorisation de pratiquer, mais par I.

L'art. 11 al. 1 PA autorise une partie à se faire représenter dans toutes les phases de la procédure. Celui qui représente ou assiste la partie doit jouir des droits civiques. La doctrine et la jurisprudence admettent de manière unanime qu'il n'est pas nécessaire que le représentant soit un avocat (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 184 s.; Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 1997, p. 113; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996 ch. 1116; Moser, op. cit. ch. 3.2; JAAC 61.36 consid. 3.4, JAAC 42.39, JAAC 38.77; pour comparer en recours de droit public, voir art. 29 al. 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 [OJ], RS 173.110 a contrario et ATF 105 la 67 consid. 1a).

La Commission de recours observe qu'il ressort clairement de l'art. 11 al. 1 PA que L. ne saurait être contrainte à se faire représenter par un avocat indépendant titulaire d'une autorisation de pratiquer. I. est une société coopérative inscrite au Registre du commerce, qui dispose de la personnalité morale selon l'art. 838 du Code des obligations du 30 mars 1911 [CO], RS 220). En conséquence, L. est valablement représentée par I. Le recours est recevable à ce titre également.

5. Le pouvoir adjudicateur considère que l'offre de la recourante devrait être écartée au motif que son appareil ne remplirait pas la condition posée au point 3b de l'appel d'offres, selon laquelle les différents canaux doivent être indépendants les uns des autres - pour ce qui est de l'amenée des gaz et de leur commande -, à l'exception du NO2. Selon les tests réalisés sur l'appareil de L., la concentration d'ozone y serait influencée par le canal de monoxyde d'azote.

a. La conformité de l'offre aux conditions d'appel d'offres, et en particulier aux spécifications techniques du marché, constitue un critère préalable d'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier («adéquation de la prestation» selon l'art. 21 al. 1 LMP). En conséquence, une offre qui est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue (art. XIII § 4 let. a et c de l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 [AMP], RS 0.632.231.422). Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avèreraient minimes. Le respect des exigences de la mise en soumission s'impose aussi bien aux soumissionnaires qu'au pouvoir adjudicateur. Cette règle est nécessaire pour garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les soumissionnaires et pour assurer le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires garanti par l'art. 8 al. 1 let. a LMP (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 7 novembre 1997, publiée dans la JAAC 62.32 II consid. 3a, décision du 22 janvier 2001, publiée dans la JAAC 65.78 consid. 3a, décision du 29 juin 1998, publiée dans la JAAC 63.15 consid. 3b/bb non publié; décision non publiée de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 31 août 1999, en la cause S. [CRM 1998-014], consid. 3a; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, N° 400; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, Aktuelle Juristische Praxis 12/2001, p. 1406; pour comparer en droit européen, affaire Commission c/ Danemark, C-243/89, Rec. 1993 p. I-3353, point 37).

C'est essentiellement une question de degré et d'appréciation que de déterminer si une offre ne remplit pas du tout une condition de l'appel d'offres ou une spécification technique ou si elle ne remplit une condition que de manière insatisfaisante, et devrait être évaluée comme telle par le pouvoir adjudicateur au regard des critères d'adjudication. La frontière entre le non-respect d'une condition d'appel d'offres et le respect insatisfaisant d'une telle condition est ténue. De plus, toutes les conditions de l'appel d'offres ne revêtent pas la même importance dans la définition de l'objet du marché, de sorte que leur non-respect ne saurait entraîner la même sanction. Dans la pratique des marchés publics aussi, on observe que le respect insuffisant ou même le non-respect d'une condition n'entraîne généralement pas ipso facto l'exclusion d'une offre, mais résulte le plus souvent uniquement en une note insuffisante. Il faut distinguer, en fonction des circonstances du cas d'espèce, les divergences affectant des éléments mineurs de la définition de l'objet du marché de celles qui concernent des conditions essentielles de celui-ci. Seul le non-respect d'une condition essentielle de l'objet du marché doit entraîner une exclusion de celui-ci. Une telle conclusion résulte déjà de l'art. XIII § 4 let. a AMP, qui prévoit que: «pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions devront être conformes, au moment de leur ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres [...]». Elle découle aussi des droits et principes constitutionnels régissant l'activité administrative: la faculté du pouvoir adjudicateur d'exclure une offre qui ne remplit pas ou seulement imparfaitement les conditions de l'appel d'offres doit être exercée dans le respect du principe de proportionnalité et conformément à la prohibition du formalisme excessif. Dès lors, une condition non ou insuffisamment remplie sur un point mineur dans la définition de l'objet du marché entraîne uniquement une pénalité correspondante dans l'évaluation de l'offre au regard des critères d'adjudication (dans le même sens en droit cantonal, voir arrêt du Tribunal administratif vaudois du 21 octobre 1998, résumé dans la Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 1999 la partie p. 281; arrêt du Tribunal administratif zurichois du 15 décembre 1999, BEZ 1/2000, N° 6, consid. 4; Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 la partie p. 394; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2000, p. 235).

b. En regard du point 1.2 de la grille d'évaluation, relatif au critère de l'indépendance des canaux de gaz, le pouvoir adjudicateur a marqué «ja» avec 4 points pour L. Dans l'échelle de 1 à 5 choisie par le pouvoir adjudicateur, une note de 4 correspond à une appréciation bonne. Ce n'est que dans la rubrique finale de la grille d'évaluation, et seulement au titre des «Inconvénients», que le pouvoir adjudicateur a mentionné l'influence du canal de monoxyde d'azote sur celui d'ozone. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur a lui-même considéré que la condition d'appel d'offres en cause était remplie, bien qu'imparfaitement. Ce n'est que dans la procédure de recours que le pouvoir adjudicateur a soutenu que l'appareil de L. ne remplit pas du tout une condition de l'appel d'offres, et que ce manquement serait tel qu'il devrait entraîner l'exclusion de l'offre de L. (et même priver cette dernière de toute voie de recours, cf. consid. 2). La Commission de recours observe par ailleurs que le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché à D. alors même que le module d'ozone de l'appareil de l'adjudicataire est - de l'aveu même du pouvoir adjudicateur - à ce point instable qu'il est inutilisable. Le pouvoir adjudicateur a exposé avoir considéré comme un désavantage mineur le mauvais fonctionnement du module d'ozone, car l'étalonnage de l'ozone est réalisé avec un photomètre, l'appareil d'étalonnage ne servant que de check-point. Or, le module d'ozone est aussi exigé par le point 3b

de l'appel d'offres. Si l'on devait suivre le raisonnement du pouvoir adjudicateur et exclure l'offre de L. en raison de l'influence du canal NO sur le canal O3, il faudrait logiquement aussi exclure l'offre de D. en raison de l'insuffisance totale de son module O3. A l'évidence, toute insuffisance d'une offre au regard de la définition de l'objet du marché et des critères d'adjudication ne résulte ainsi pas automatiquement en l'exclusion de celle-ci.

En conséquence, on ne saurait considérer que l'offre de L. ne remplissait pas une condition centrale de la définition de l'objet du marché, ni qu'elle devrait être éliminée de ce fait.

7. La recourante invoque une violation des dispositions légales régissant les négociations (art. 20 LMP et art. 26 OMP). Elle déduit de la proximité du montant de sa propre offre et du montant final de l'adjudication que des négociations ont probablement eu lieu entre le pouvoir adjudicateur et D. en vue de permettre à celle-ci d'abaisser son prix au-dessous du prix offert par L.

En l'espèce, la possibilité de négociations était réservée par l'appel d'offres, de sorte que le pouvoir adjudicateur aurait pu engager des négociations conformément à l'art. 20 al. 1 let. a LMP. Toutefois, la Commission fédérale de recours observe que la proximité des deux prix soulignés par la recourante est en l'espèce entièrement fortuite. Elle ne résulte pas de négociation sur les prix entre l'OFEFP et D., mais du fait que L. se fonde sur le prix de sa propre offre avec taxe sur la valeur ajoutée (TVA), alors que la comparaison de prix effectuée par le pouvoir adjudicateur repose sur les prix sans TVA.

Par ailleurs, l'offre déposée par D. contenait déjà des indications détaillées sur un rabais de 12% accordé à partir d'une commande de Fr. 200'000.-. Le pouvoir adjudicateur a intégré ce rabais dans la comparaison des prix entre les soumissionnaires, sans ouvrir aucune négociation avec D. Quant au nombre final de modules commandés par le pouvoir adjudicateur à D., il a été déterminé unilatéralement par l'EMPA, sans aucune consultation avec D. Enfin, le «Rundungsrabatt» figurant dans le contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et D. arrondit le prix net des équipements commandés. Ce rabais final n'a pas été introduit dans la comparaison des prix en vue de l'adjudication du marché. Il a été convenu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire postérieurement à l'adjudication. Compte tenu aussi du fait que ce rabais final ne représente que 1,48% du prix total de la commande, on peut admettre que ce rabais négocié après l'adjudication ne contourne pas les dispositions légales sur les négociations, mais qu'il entre dans la possibilité limitée de négociations précontractuelles que le pouvoir adjudicateur peut mener avec l'adjudicataire en vue de finaliser les détails du contrat, et tout en respectant la décision d'adjudication (Clerc, op. cit., p. 497-499).

Il ressort enfin de l'instruction du recours qu'un représentant du pouvoir adjudicateur a téléphoné à L. afin de savoir si «le prix de l'offre était toujours valable». L'OFEFP a exposé dans le cadre du recours que cette question visait à savoir si L. serait prête à offrir un prix plus bas. Sans comprendre qu'une possibilité de négociation sur les prix lui était ainsi implicitement offerte, le représentant de L. a répondu directement à la question en confirmant seulement que le prix était toujours valable. La Commission de recours observe qu'une telle invitation indirecte à négocier est difficilement compatible avec les règles de la transparence et de la bonne foi applicables en procédure administrative. Lorsqu'il entend ouvrir des négociations, le pouvoir adjudicateur doit en informer les soumissionnaires concernés de manière claire et sans ambivalence. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher définitivement cette question dans le cas d'espèce, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a finalement pas ouvert de négociations formelles entre les soumissionnaires.

En conséquence, et même si elle n'est pas exempte de critique, la procédure suivie par le pouvoir adjudicateur n'a pas violé les dispositions légales relatives aux négociations.

8. La recourante invoque une mauvaise constatation des faits et, plus largement, un abus du pouvoir d'appréciation dans l'évaluation de son offre au regard des critères d'adjudication. Elle a requis une expertise.

a. La constatation des faits est inexacte au sens de l'art. 49 let. b PA lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve, ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces par exemple. L'autorité de recours dispose d'un pouvoir de cognition complet sur les questions de fait (Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 395 s.; Kölz/Häner, op. cit. ch. 630; Zimmerli/Kälin/Kiener, op. cit., p. 97; Rhinow/Koller/Kiss, op. cit. ch. 1301; Moser, op. cit. ch. 2.72; Clerc, op. cit., p. 536 et 539). En revanche, la Commission de recours s'impose une certaine retenue lorsqu'il s'agit de prendre en compte des problèmes de nature essentiellement technique et de trancher de pures questions d'appréciation. La Commission de recours ne saurait substituer son appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse à celle du pouvoir adjudicateur. De plus, elle ne peut contrôler l'opportunité des décisions du pouvoir adjudicateur (art. 31 LMP); (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée dans la JAAC 63.15 consid. 3a; RDAF 1999 le partie p. 37 s.; dans le même sens le recours de droit public: ATF 125 II 86 consid. 6; Clerc, op. cit., p. 536 s.).

Un expert intervient lorsque le juge doit être éclairé sur des circonstances de la cause qui exigent des connaissances spéciales (art. 22 al. 1 de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage [RS 173.31] et art. 12 let. e PA; art. 19 PA en relation avec l'art. 57 al. 1 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale [PCF] RS 273; Kölz/Häner, op. cit. ch. 280). L'expertise, comme les autres moyens de constatation des faits, doit porter sur des faits pertinents pour l'issue du litige. Lorsque les faits ressortent déjà suffisamment clairement du dossier, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à l'administration d'autres preuves (Moser, op. cit. ch. 3.66). Ce n'est que si des faits pertinents pour l'issue du litige restent insuffisamment éclaircis au terme de l'instruction du recours et que les connaissances spéciales d'un spécialiste permettraient de les élucider, qu'une expertise peut être envisagée.

En l'espèce, la Commission fédérale de recours a renoncé à ordonner immédiatement une expertise. Elle a fait procéder à un double échange d'écritures, puis a ordonné une audience d'instruction. La Commission de recours a ensuite ordonné que des tests complémentaires soient effectués à l'EMPA durant 5 jours, et en présence d'un représentant de la recourante. Ces tests devaient permettre de déterminer si l'EMPA avait commis des erreurs dans le montage ou la manipulation de l'appareil de L., erreurs qui auraient résulté en une mauvaise constatation des faits par le pouvoir adjudicateur. Les deux parties ont eu enfin l'occasion de se déterminer sur les résultats de ces tests complémentaires, ainsi que sur les documents additionnels fournis dans le cadre de l'instruction complémentaire des faits. Cette instruction du recours a suffisamment éclairci les faits pertinents pour permettre de trancher les griefs soulevés par la recourante. Les faits non élucidés, en particulier l'effet de l'utilisation d'air humide sur les régulateurs de pression de l'appareil de la recourante, se sont avérés non déterminants pour l'issue du recours. En conséquence, la requête d'expertise de la recourante est rejetée.

Il se justifie de rejeter pour les mêmes motifs la requête de L. quant à des tests supplémentaires.

9. La recourante reproche à l'EMPA de ne pas avoir respecté sur trois points le manuel d'utilisation de son appareil. Le long temps de stabilisation et la lente dérive subséquente reprochés à son appareil seraient ainsi le résultat (i) de l'utilisation d'air ambiant humide au lieu d'air sec comme gaz de dilution, (ii) de la non-utilisation de la fonction «purge» et surtout (iii) de la procédure de test selon une séquence «span-zero» au lieu de «zero-span».

La Commission de recours revoit d'office l'application du droit fédéral, sans être liée par les conclusions et motifs invoqués par les parties (art. 26 al. 1 LMP et art. 62 al. 4 PA; de même art. 114 al. 1 OJ). Dès lors, elle peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux indiqués par le recourant ou rejeter le recours et confirmer la décision litigieuse avec une motivation différente de celle retenue par le pouvoir adjudicateur (substitution de motifs: voir ATF 127 II 268 consid. 1b, ATF 121 III 274 consid. 2c; décision de la Commission de recours en matière de marchés publics du 22 janvier 2001, publiée dans la JAAC 65.78 consid. 4a et la doctrine citée). Bien que la recourante conteste l'utilisation d'air humide, l'exclusion de la fonction «purge» et la séquence «span-zero» en invoquant une mauvaise constatation des faits ainsi qu'un abus du pouvoir d'appréciation, la Commission de recours examine aussi ce grief sous l'angle de la mauvaise application du droit, et en particulier des dispositions légales relatives aux spécifications techniques.

a. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une très grande marge de liberté quant à la définition de l'objet du marché, aux spécifications techniques de celui-ci et à l'usage qu'il entend faire de cet objet. Toutefois, selon l'art. VI AMP, l'art. 12 LMP et l'art. 18 al. 1 let. b OMP, le pouvoir adjudicateur ne peut fixer de spécifications techniques discriminatoires et doit se baser autant que possible sur des normes techniques internationales ou, à défaut, sur des normes techniques nationales reconnues (Message 1 GATT, FF 1994 IV 352; Message 2 GATT, FF 1994 IV 1229; JAAC 66.38 consid. 5b). Les spécifications techniques ne sont pas fixées par le pouvoir adjudicateur de manière arbitraire, mais en fonction de la prestation requise, c'est-à-dire «en fonction des propriétés d'emploi du produit» (art. VI § 2 let. a AMP; art. 18 al. 1 let. b OMP). En outre, selon les principes de la bonne foi et de la transparence, il est nécessaire que les soumissionnaires soient informés des spécifications techniques essentielles relatives à l'objet du marché, afin qu'ils puissent évaluer l'opportunité de déposer une offre en fonction de leur chance d'obtenir le marché, et de sorte qu'ils offrent un objet correspondant le mieux possible aux attentes du pouvoir adjudicateur (Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit. ch. 220-222; Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, ch. 8.1). Les spécifications techniques doivent figurer dans la documentation relative à l'appel d'offres (art. 18 al. 1 let. b OMP). L'art. XII § 2 let. g AMP prévoit que la documentation relative à l'appel d'offres contient «la description complète des produits ou services demandés ou de toutes exigences, y compris les spécifications techniques et la certification de conformité, auxquelles il faut satisfaire, et les plans, dessins et instructions nécessaires». Les spécifications techniques, si elles ne sont pas expressément formulées dans la documentation relative à l'appel d'offres, peuvent découler implicitement de l'usage auquel sera affecté l'objet du marché, lorsque cet usage figure dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres ou qu'il est généralement connu des soumissionnaires ou qu'il peut l'être facilement du fait notamment des publications du pouvoir adjudicateur et des autres informations librement accessibles sur le site web de celui-ci. Dans le cadre de la procédure de passation du marché, le pouvoir adjudicateur doit évaluer l'adéquation des offres par rapport à l'objet du marché («adéquation de la prestation» selon l'art. 21 al. 1 LMP), y compris au regard des spécifications techniques.

Le refus par un pouvoir adjudicateur de suivre les instructions d'utilisation accompagnant un produit offert, en particulier lorsque ce refus est susceptible de réduire les performances du produit offert, doit reposer sur des motifs objectifs, sur la base des spécifications techniques relatives à l'objet du marché et en fonction de l'usage auquel cet objet est destiné. A défaut de justifications objectives, un tel refus est arbitraire et constitue un abus du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur. L'autorité commet un abus du pouvoir d'appréciation si, tout en respectant les conditions et les limites légales, elle ne se fonde pas sur des motifs sérieux et objectifs, se laisse guider par des éléments non pertinents ou étrangers au but des règles, ou viole des principes généraux tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la bonne foi ou le principe de la proportionnalité (ATF 123 V 150 consid. 2; Bovay, op. cit., p. 395; Kölz/Häner, op. cit., ch. 627).

d. La recourante reproche à l'EMPA d'avoir utilisé durant tous ses tests une séquence de calibrage «span-zero», alors que le manuel d'utilisation de son appareil mentionnerait clairement dans les menus d'utilisation de tous les canaux que l'étalonnage doit être effectué chronologiquement selon le cycle «zero-span». La recourante soutient en outre que la procédure «zero-span» serait recommandée par des projets de normes internationales CEN (Centre européen de normalisation) ainsi que par la norme ISO 9169 de l'Organisation internationale de normalisation et qu'elle serait utilisée de facto internationalement par les entités exploitant des réseaux de mesure des polluants atmosphériques, comme le démontreraient le manuel du langage de commande des stations de mesures utilisé en France ainsi que deux documents techniques émanant de l'agence américaine de protection de l'environnement (EPA). Selon la recourante, le temps de montée très court obtenu lors des tests réalisés avec une séquence «zero-span» (tests réalisés par la recourante dans ses laboratoires et test unique effectué par l'EMPA le 21 janvier 2002) prouverait que les temps longs mesurés antérieurement par l'EMPA résultent de l'utilisation de la séquence «span-zero». Dans sa détermination, le pouvoir adjudicateur a admis que le lent temps de montée de l'appareil de L. résulte des conditions de tests choisies par l'EMPA, soit de la séquence «span-zero». L'OFEP a exposé que le choix de la séquence «span-zero» est mieux adapté à l'exploitation des stations du réseau NABEL.

aa. En vue d'assurer l'ouverture des marchés à la concurrence et d'éviter toute discrimination, le pouvoir adjudicateur doit autant que possible se baser sur des normes techniques internationales ou, à défaut, sur des normes techniques nationales reconnues (art. VI § 2 let. b AMP; art. 12 al. 2 LMP et art. 18 al. 1 let. b OMP; supra consid. 9a). On ne saurait suivre l'interprétation restrictive du pouvoir adjudicateur selon laquelle l'art. VI AMP et l'art. 12 LMP ne se référerait qu'à des normes techniques internationales incorporées dans l'ordre juridique suisse, directement ou par renvoi, et dotées de ce fait d'un caractère impératif. Une telle interprétation méconnaît le sens et le but de l'art. VI AMP et de l'art. 12 LMP et aurait pour effet de vider ces dispositions de toute portée propre. Les normes techniques internationales que le législateur a choisi d'incorporer dans l'ordre juridique suisse s'imposent déjà aux pouvoirs adjudicateurs par le seul effet de la disposition légale qui les a rendues obligatoires, comme par exemple l'art. 4 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les produits de construction (LPCo, RS 933.0; Message du Conseil fédéral du 2 septembre 1998 à l'appui d'une loi fédérale sur les produits de construction, FF 1998 4763 et 4765). Une simple répétition de cette obligation par l'art. VI AMP et l'art. 12 LMP serait superflue. Le but poursuivi par l'art. VI AMP est d'empêcher les pouvoirs adjudicateurs d'établir une discrimination à l'encontre des produits et des fournisseurs étrangers et entre ceux-ci par le biais des caractéristiques techniques des produits et des services qu'ils spécifient (voir art. VI § 1 in fine AMP; Secrétariat de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), Aperçu de l'accord sur les marchés publics, http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/over_f.htm). La référence à des normes techniques internationales harmonisées, faisant l'objet d'un large consensus, largement diffusées et facilement accessibles, favorise la transparence et l'ouverture des marchés publics à la concurrence, en permettant à un plus grand nombre de soumissionnaires

d'offrir un objet conforme aux exigences relatives à l'objet du marché. Sur le plan intérieur suisse, une spécification technique discriminant des produits ou des soumissionnaires suisses entre eux serait contraire, pour un marché fédéral, à l'art. 1 al. 2 et à l'art. 8 al. 1 let. a LMP, ainsi qu'à l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) qui prescrit l'égalité de traitement des concurrents économiques (Mess-2 GATT, p. 1218 et 1226) et, pour un marché cantonal ou communal, à l'art. 5 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02) et à l'art. 13 let. b de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP, RS 172.056.4). L'obligation faite au pouvoir adjudicateur de se référer aux normes techniques internationales ne signifie pas que la norme internationale est un instrument de facto obligatoire dans tous les cas. Selon l'art. VI § 1 in fine AMP, les spécifications techniques ne doivent pas être «établies, ni appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, ni de telle façon qu'elles aient cet effet». Il en découle qu'un pouvoir adjudicateur peut prescrire des spécifications techniques qui s'écartent de normes internationales existantes, lorsque ce choix est nécessaire et justifié par des motifs objectifs et non discriminatoires. Tel est notamment le cas lorsque la norme internationale obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures incompatibles avec des installations déjà utilisées ou entraîneraient des coûts disproportionnés ou des difficultés techniques disproportionnées du fait, par exemple, d'une mauvaise interopérabilité, ou lorsque la norme internationale serait en retard par rapport au progrès technique (pour comparer, voir en droit européen: art. 8 § 3 let. a, c et d de la directive 94/36/CEE du Conseil de la Communauté européenne, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, Journal officiel des Communautés Européennes [JOCE] 1993 L 199/1; voir aussi l'art. 24 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, Communication de la Commission COM(2000) 275 final du 10.5.2000; Pierre Didier, Le Code sur les marchés publics du Cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté, Cahiers de droit européen [CDE] 1996, p. 291). Ainsi, le litige OMC entre la Communauté européenne et le Japon en relation avec la norme technique américaine prescrite par un pouvoir adjudicateur japonais pour l'extension des capacités d'un satellite de navigation aérienne (- ce qui excluait les entreprises communautaires utilisant les normes européennes -) a été résolu par un accord amiable réservant expressément l'interopérabilité des normes techniques (Japan - Procurement of a satellite navigation system, GPA/M/8 du 18 février 1998, point L.31, résumé in Evelyn Clerc, La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics, in: Didier Batselé et al., Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle, Bruxelles 2000, p. 177).

Dès lors, l'argument de la recourante selon lequel la séquence «zero-span» serait recommandée par des projets de normes ou normes internationales et/ou serait internationalement admise et utilisée par les organismes exploitant des stations de mesure des polluants atmosphériques, ainsi que les éléments de preuve destinés à prouver cette allégation, sont pertinents pour l'issue du recours. La recourante cherche ainsi à démontrer que la spécification technique choisie par le pouvoir adjudicateur (in casu la séquence «span-zero») serait arbitraire, en ce qu'elle écarterait des normes techniques internationales et/ou une pratique internationalement admise par les organismes compétents en matière d'analyse des polluants atmosphériques. Dès lors que la séquence «zero-span», prescrite par le manuel d'utilisation de l'appareil de L., permet d'obtenir de cet appareil un temps de montée court, la question de la justification de la spécification technique choisie par le pouvoir adjudicateur est même déterminante pour l'issue du recours.

bb. En l'espèce, la Commission de recours observe que les pré-normes CEN pour la mesure de la concentration des gaz CO, SO₂ et NO dans l'air ambiant, dont des extraits ont été fournis par la recourante, ne prescrivent pas directement de séquence pour l'étalonnage. S'il est vrai que le texte de nombreuses dispositions des projets de normes CEN précités contient les termes «zero and span», respectivement «Null und Spann», ces dispositions n'ont pas pour objet de déterminer expressément la séquence des tests, mais d'en indiquer la fréquence ou le résultat attendu. On ne saurait non plus déduire de la formulation utilisée dans les projets de normes CEN une reconnaissance implicite de la séquence «zero-span» comme allant de soi par le comité technique 264 du CEN, auteur des projets de normes. Outre les formules «zero and span» soulignées par la recourante, les projets de normes comportent d'autres passages utilisant une formulation inverse. Ainsi, le tableau 5 relatif au projet de norme pour la concentration du monoxyde de carbone mentionne le terme «zero» avant celui de «span» dans la première colonne «Checks and calibration», mais il fait figurer sur la même ligne la mesure du «span» avant celle du «zero» dans la troisième colonne «Action criteria». De même, le point 7.4.13, «Averaging test» du projet de norme pour la concentration d'oxyde d'azote mentionne que «the time period (TNO) for the NO concentration shall be 45 seconds followed by a period (Tzero) of 45 seconds of zero concentration». Du reste, même le rapport technique de l'EMPA utilise la formule «Nullpunkt- und Spannpunkt-Überprüfung», alors que son schéma de test montre clairement que la séquence «span» précède la séquence «zero». Selon la personne responsable au sein de l'EMPA pour le marché en cause, et qui est membre du comité technique TC 264 du CEN élaborant les normes en matière de qualité de l'air ambiant, les pré-normes citées par la recourante ne prescrivent pas de séquence pour l'étalonnage des instruments de mesure. En conséquence, le contenu des pré-normes CEN citées par la recourante ne permet pas de conclure à une norme ou à un consensus scientifique international en faveur d'une séquence «zero-span» pour l'étalonnage des instruments de mesure.

cc. (A l'appui de son grief lié à l'existence d'une norme internationale prescrivant la séquence «zero-span», L. produit aussi le texte de la norme ISO 9169: 1994 «Qualité de l'air - Détermination des caractéristiques de performance des méthodes de mesurage». L'OFEFP conteste d'abord toute pertinence à la norme ISO 9169, au motif que celle-ci n'aurait pas été déclarée obligatoire en Suisse. La Commission de recours ne saurait suivre l'argument du pouvoir adjudicateur sur ce point. Poursuivant des objectifs de transparence et d'ouverture à la concurrence, l'article VI AMP, transposé en droit fédéral par l'art. 12 LMP, prescrit à un Etat Partie de se référer à toute norme technique internationale existante, et non aux seules normes d'ores et déjà déclarées obligatoires par le droit national de cet Etat et intégrées de ce fait dans l'ordre juridique interne (supra consid. 9d/aa). La norme ISO 9169 émane de l'Organisation internationale de normalisation (ISO), qui est la fédération mondiale des organismes nationaux de normalisation et dont fait partie l'Association suisse de normalisation (SNV). L'ISO oeuvre en partenariat avec les organisations internationales, les gouvernements, l'industrie, le monde économique et les représentants des consommateurs. Les normes internationales élaborées au sein de l'ISO doivent en outre être approuvées par 75% de l'ensemble des membres votants. La plupart des normes sont revues périodiquement afin de tenir compte de l'évolution des techniques, des méthodes nouvelles et nouveaux matériaux et des exigences nouvelles en matière de qualité et de sécurité. Du fait du consensus qu'elles incarnent dans les domaines concernés, les normes ISO font mondialement autorité en matière de normalisation. Même si la norme ISO 9169 n'a pas été reprise comme norme suisse [SN] ISO ou intégrée par renvoi dans un texte légal, son contenu reste un élément de preuve qui doit être pris en compte afin de vérifier l'existence d'une norme internationale et/ou d'un consensus international sur la question de la séquence (zero/span ou span/zero) à utiliser pour l'étalonnage des instruments de mesure de la qualité de l'air ambiant.

La Commission de recours note, comme le souligne l'OFEFP, que la norme ISO 9169 a pour objet la détermination des caractéristiques de performance des méthodes de mesurage. En d'autres termes, cette norme concerne les essais

d'homologation des appareils d'analyse des polluants atmosphériques ainsi que la validation des méthodes de mesure, et non pas les tests de contrôle des appareils d'étalonnage. De plus, les passages soulignés par la recourante dans la norme ISO 9169 n'indiquent pas expressément une séquence (zero/span ou span/zero) pour l'étalonnage des instruments de mesure. En outre, le point 5.3 de la norme ISO 9169 prescrit de «faire les essais dans des conditions explicites qui doivent être représentatives des mesurages de fonctionnement». Si tant est qu'elle puisse être étendue à l'étalonnage, cette prescription tend plutôt à justifier le choix de l'EMPA de tester les appareils d'étalonnage selon la même séquence «span-zero» qui est utilisée dans les stations du réseau NABEL. La Commission de recours conclut que le contenu de la norme internationale ISO 9169 ne prescrit pas clairement de suivre une séquence «zero-span» pour le calibrage des instruments de mesure des polluants atmosphériques.

dd. L. se réfère aussi au «Manuel du langage de commande des stations d'acquisition de données - version 4.0», adopté en mars 2001 par l'Agence française de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie (Ademe). Contrairement aux objections soulevées par le pouvoir adjudicateur, ce manuel n'est pas irrecevable du simple fait de son origine française. Si le manuel utilisé dans les stations de mesure françaises n'a à l'évidence pas force contraignante en Suisse, il constitue en revanche un moyen de preuve pertinent à l'appui de l'allégation de la recourante quant à une pratique internationalement admise dans les Etats occidentaux tendant à l'utilisation d'une séquence «zero-span» pour le calibrage des analyseurs de gaz. A défaut d'une norme technique internationale, une pratique internationalement admise dans les Etats occidentaux appliquant des contrôles de pollution de l'air d'un niveau comparable à ceux pratiqués en Suisse est un élément à prendre en compte dans le cadre de la contestation des spécifications techniques retenues en l'espèce par le pouvoir adjudicateur. Il convient d'examiner à ce titre le contenu et la portée du manuel français.

Sur le fond, l'OFEFP considère ce manuel comme non pertinent au motif qu'il ne concernerait que l'étalonnage manuel des appareils de mesure, et non l'étalonnage automatique. Le pouvoir adjudicateur n'indique aucun passage du manuel français susceptible de démontrer son allégation. Citant seulement des informations fournies par des représentants français non identifiés au sein du comité CEN, le pouvoir adjudicateur allègue que le réseau de mesure français n'effectuerait actuellement aucun étalonnage automatique. Or, les deux types d'étalonnage, manuel et automatique, seraient opérés de manière différente et poursuivraient des buts différents. Dans les stations du réseau NABEL, l'étalonnage manuel est effectué par un technicien, toutes les deux semaines, et selon une séquence «zero-span»; il a pour but d'ajuster l'appareil de mesure. En revanche, l'étalonnage automatique est effectué toutes les 25 heures dans les stations NABEL et selon une séquence «span-zero»; il sert à la corrélation ultérieure des données mesurées par l'analyseur, et non à l'ajustement de cet analyseur. Dès lors que l'analyse de l'air ambiant ne peut être effectuée durant l'étalonnage automatique de l'analyseur, la durée de cet étalonnage doit être la plus courte possible, afin d'éviter une perte sensible de données. Dans le cadre du marché en cause, l'EMPA a testé la fonction d'étalonnage automatique des appareils de calibrage soumis, ce qui justifiait l'utilisation de la séquence «span-zero». La Commission fédérale de recours rejette l'argument du pouvoir adjudicateur selon lequel le manuel français soumis par la recourante ne concernerait que le calibrage manuel. Outre qu'il n'est démontré par aucun moyen de preuve vérifiable, cet argument est contraire au texte du manuel français. Le manuel français prévoit expressément que les opérations de calibrage peuvent être réalisées de façon périodique et/ou ponctuelle. En outre, plusieurs indications figurant dans le manuel tendent à confirmer l'existence d'un calibrage du type de celui effectué toutes les 25 heures dans les stations NABEL. Ainsi, lorsqu'un contrôle de calibrage sort des limites acceptées, la station génère un code de qualité P, qui est appliqué rétroactivement à toutes les données acquises entre l'instant du calibrage défectueux et l'instant du dernier calibrage correct. Lorsqu'un code de maintenance M est activé sur une mesure, la station suspend les calibrages périodiques et annule les calibrages ponctuels, lorsque ceux-ci devaient s'activer durant la période de maintenance. Le manuel précise aussi que «pour certains analyseurs, les cycles internes de calibrage doivent être supérieurs à 24 heures», ce qui tend à indiquer, a contrario, qu'un calibrage est généralement opéré toutes les 24 heures. Enfin, le manuel prévoit que les fichiers historiques de calibrage sont effacés au-delà de 10 jours. Si le réseau français n'effectuait qu'un calibrage manuel du type de celui effectué toutes les deux semaines sur le réseau NABEL, il est difficile de concevoir quels fichiers historiques de calibrage pourraient être effacés au-delà de 10 jours. En conséquence, la Commission de recours admet que le manuel français prévoit un calibrage périodique suffisamment comparable au contrôle automatique exercé toutes les 25 heures dans les stations NABEL. En conséquence, le manuel français est un moyen de preuve pertinent quant à une éventuelle pratique internationalement admise dans les Etats occidentaux tendant à l'utilisation d'une séquence «zero-span» pour le calibrage des analyseurs de gaz.

Au surplus, le pouvoir adjudicateur ne se prononce pas sur les séquences d'étalonnage prévues dans le manuel français, alors que la faculté lui en était donnée par l'ordonnance présidentielle du 13 mars 2002. Tout en regrettant le défaut de collaboration du pouvoir adjudicateur au sens de l'art. 13 al. 1 PA, la Commission fédérale de recours applique en l'espèce la maxime inquisitoire de l'art. 12 PA et examine d'office la séquence de calibrage prescrite par le manuel français. Le manuel français mentionne des séquences d'étalonnage «zéro - consigne - gaz1 - gaz2 - gaz3», ce qui accredit une pratique française du calibrage selon la séquence «zero-span». Toutefois, le manuel français mentionne par ailleurs le fait que les fichiers de calibrage et de configuration sont totalement paramétrables. En particulier, le point 5.5.1 relatif au calibrage précise que «le calibrage enchaîne les manipulations de vérification de zéro(s) et/ou consigne(s) et/ou gaz1 et/ou gaz2 et/ou gaz3 si les paramètres correspondants sont bien présents et corrects dans le fichier de calibrage ou de configuration. Si on désire ne faire qu'une seule de ces vérifications, selon la manipulation choisie, les arguments correspondants de MACA seront positionnés à 0».

La Commission de recours observe ainsi que, même si la pratique ordinaire de calibrage dans les stations de mesure françaises semble suivre une séquence «zero-span», elle n'exclut pas que l'étalonnage immédiat d'un gaz (soit sans génération préalable du zéro) soit effectué. Il faut en conclure que la séquence «zero-span» ne constitue pas une prescription absolue dans la pratique française, telle que résultant du manuel soumis par la recourante.

ee. Enfin, la recourante produit deux documents techniques émanant de l'agence américaine de protection de l'environnement, le Technical Assistance Document for the Chemiluminescence Measurement of Nitrogen Dioxide, EPA-600/4-75-003, December 1975, et le Technical Assistance Document for the Calibration of Ambient Ozone Monitors, EPA-600/4-79-057, September 1979. Même s'ils n'ont pas force contraignante en Suisse, ces deux documents constituent, comme le manuel français précité un moyen de preuve pertinent à l'appui de l'allégation de la recourante quant à une pratique internationalement admise dans les pays occidentaux tendant à l'utilisation d'une séquence «zero-span» pour le calibrage des analyseurs de gaz.

S'agissant du document technique relatif à l'étalonnage de l'ozone (EPA-600/4-79-057), l'OFEFP objecte que cette directive date de septembre 1979, qu'elle ne serait pas conforme à l'état actuel de la technique et qu'elle ne décrirait que la procédure d'étalonnage manuel. La Commission de recours rappelle que l'EMPA a exposé que le calibrage pour l'ozone est réalisé avec un photomètre dans les stations du réseau NABEL, et que l'appareil de calibrage ne sert que de check-point. Cette procédure nouvelle d'étalonnage a été développée par l'EMPA, qui a été désigné comme centre d'étalonnage mondial pour l'ozone. Elle est

appliquée dans le réseau de mesure Global Atmosphere Watch sous l'égide de l'Organisation météorologique mondiale (OMM). La Commission de recours constate ainsi que l'EMPA est bien fondée à appliquer un standard technique dont elle est à l'origine, qui est reconnu au plan mondial par l'OMM et qui est plus récent que celui recommandé par le document technique américain de 1979. La recourante échoue dans sa démonstration d'une pratique internationale prescrivant une séquence «zero-span» pour le calibrage de l'ozone.

S'agissant du document technique relatif à l'étalonnage du dioxyde d'azote (EPA-600/4-75-003), l'OFEFP oppose d'abord l'argument qu'il s'agit d'une très ancienne prescription de décembre 1975, ce qui la rendrait contestable au vu du progrès technique intervenu depuis lors. La Commission fédérale de recours applique le droit d'office. Elle note que le document technique précité, qui figurait dans le Titre 40, Partie 50, Annexe F du «U.S. Code of Federal Regulation (CFR)», a été remplacé par un nouveau document intitulé «Measurement Principle and Calibration Procedure for the Measurement of Nitrogen Dioxide in the Atmosphere (Gas Phase Chemiluminescence)» (40 CFR Part 50 Appendix F, texte vérifié à jour au 25 février 2002). Or, la nouvelle réglementation américaine prescrit, comme déjà le document technique cité par la recourante, une séquence de test «zero-span». Par ailleurs, l'OFEFP considère que le document technique américain comme non pertinent, car il traiterait de l'étalonnage des analyseurs d'oxydes d'azote (NOx) avec du gaz de dioxyde d'azote (NO2), alors que l'étalonnage aurait été réalisé en l'espèce avec du monoxyde d'azote (NO). Cet argument purement littéral ne saurait être suivi. Les documents techniques de

l'EMPA, comme les tests complémentaires effectués le 21 janvier 2002, indiquent clairement que la même méthode de mesure (chimiluminescence) est utilisée pour les oxydes d'azote (NO et NO2). Le procédé de chimiluminescence fait intervenir les trois gaz NO/NOx/NO2. En conséquence, la séquence de calibrage figurant dans le document technique américain EPA-600/4-75-003, et reprise dans la prescription 40 CFR Part 50 Appendix F ayant remplacé ledit document, est un moyen de preuve pertinent quant à une éventuelle pratique internationalement admise dans les Etats occidentaux tendant à l'utilisation d'une séquence «zero-span» pour le calibrage des analyseurs de gaz. Au surplus, la Commission de recours note que le pouvoir adjudicateur n'a formulé aucune observation sur la séquence prescrite par le document technique américain. La question de savoir si on peut déduire du document précité, ou de sa version actuelle similaire sur la question du calibrage, une séquence «zero-span» généralement suivie par les autorités américaines chargées de la mesure des polluants atmosphériques, peut toutefois rester ouverte.

En effet, en admettant même que la pratique américaine pour le calibrage du NO/NO2 prescrive une séquence «zero-span», la recourante n'a pas démontré qu'une séquence équivalente serait aussi suivie pour le gaz SO2, également en cause en l'espèce. En conséquence, la seule pratique américaine - pratique limitée à un seul gaz -, et alors que le manuel français ne prescrit pas de manière absolument univoque une séquence «zero-span», et qu'une norme technique internationale claire en la matière n'a pas été démontrée, ne suffit pas à prouver une pratique internationalement admise dans les Etats occidentaux tendant à l'utilisation d'une séquence «zero-span» pour le calibrage. Sur la base des éléments de preuve dont elle dispose au terme de l'instruction du recours, la Commission de recours ne saurait admettre l'existence d'une norme technique internationale ou d'une pratique internationale prescrivant une séquence «zero-span» pour le calibrage des instruments de mesure des polluants atmosphériques.

e. La recourante considère que le pouvoir adjudicateur a fait un usage abusif de son pouvoir d'appréciation en refusant d'utiliser la séquence «zero-span» prescrite par le manuel d'utilisation de son appareil. En substance, ce grief allègue une fixation et une application arbitraire des spécifications techniques par le pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une très grande marge d'appréciation dans la détermination de l'objet du marché. Toutefois, les spécifications techniques ne peuvent être fixées de manière arbitraire, mais en fonction de la prestation requise, c'est-à-dire «en fonction des propriétés d'emploi du produit» (art. VI § 2 let. a AMP; art. 18 al. 1 let. b OMP).

La Commission de recours observe liminairement que la spécification technique relative à la séquence de calibrage «span-zero» ne figurait pas dans les documents relatifs à l'appel d'offres, mais qu'elle était toutefois connue de la recourante. D'une part, un représentant de l'EMPA avait abordé la question de l'étalonnage lors de sa visite en mai 2000 auprès de L. D'autre part, le rapport technique 2000 sur le réseau NABEL indique aussi clairement que le réseau NABEL utilise depuis plusieurs années une séquence de calibrage «span-zero». En conséquence, le pouvoir adjudicateur a respecté l'obligation de transparence relative à la spécification technique en cause. Il était dès lors justifié de tester l'appareil de la recourante selon les conditions réelles dans lesquelles ce calibrateur serait appelé à fonctionner dans les stations NABEL.

S'agissant du choix de la séquence de calibrage, on peut retenir en faveur de l'utilisation de la séquence «zero-span» le fait que le manuel d'utilisation de l'appareil de L. prescrit dans tous ses menus descriptifs une procédure «zero-span». De plus, les tests menés par la recourante dans ses laboratoires ainsi que par l'EMPA le 21 janvier 2002 ont démontré - de l'avis unanime des deux parties - que cette séquence permet d'obtenir de l'appareil de L. de brefs temps de montée, qui correspondent à la fois aux performances annoncées pour cet appareil par la recourante, et aux exigences essentielles du pouvoir adjudicateur quant aux capacités attendues de l'objet du marché. Bien que le nombre de tests effectués selon une séquence «zero-span» soit très inférieur à celui des tests réalisés durant trois mois par l'EMPA avec une séquence «span-zero», ce qui y attache une certaine incertitude, il faut noter que le pouvoir adjudicateur lui-même a souligné l'excellente reproductibilité des résultats obtenus avec les tests réalisés sur l'appareil de L.. Dès lors, rien n'indique que le bref temps de montée obtenu avec une séquence de calibrage «zero-span» ne serait pas reproductible avec un plus grand nombre de mesures.

Cependant, la Commission de recours note que la génération du «zero» préalablement au «span» pourrait n'être que la cause indirecte, et non immédiate, du bref temps de montée. Comme la recourante l'admet elle-même, la génération préalable du zero permettrait de neutraliser la dégradation observée de trois des régulateurs de pression de son appareil. Les tests réalisés sur les régulateurs de pression ont en effet révélé que la perte initiale rapide de pression observée au début du premier test ne se reproduisait jamais par la suite lorsque la pression était stabilisée. Ainsi, on ne peut exclure que le court temps de montée résulte non pas de la séquence de test «zero-span» en tant que telle, mais plutôt de la stabilisation des régulateurs de pression défectueux procurée par la génération initiale du zero. La question de savoir si la recourante peut se plaindre de l'utilisation de la séquence «span-zero» dépendrait alors de celle de savoir si la dégradation des régulateurs de pression est imputable au pouvoir adjudicateur ou à L. elle-même. Or, à l'issue de l'instruction du recours, ce point n'a pu et ne peut être établi. La question peut rester indécise.

En effet, le pouvoir adjudicateur s'est basé sur des raisons objectives et non arbitraires pour choisir la séquence de calibrage «span-zero», et écarter la séquence «zero-span» prescrite par le manuel d'utilisation de l'appareil de L. L'OFEFP a exposé que, dans plus de la moitié des stations NABEL, la concentration de polluants dans l'air ambiant est très basse. De plus, en raison de

leurs caractéristiques techniques, les analyseurs de gaz utilisés dans les stations NABEL fournissent des mesures précises plus rapidement lorsque la concentration de gaz analysée varie fortement en passant d'une séquence à l'autre, plutôt que lorsque cette concentration varie faiblement. Si, dans une station où la concentration de polluants dans l'air ambiant mesuré en permanence est faible, l'analyseur est calibré en étant d'abord alimenté en air zéro, la variation de concentration qui en découle est faible. Le temps nécessaire à l'analyseur pour atteindre la valeur zéro est alors, selon le pouvoir adjudicateur, trop longue pour les besoins d'un étalonnage automatique. En revanche, si l'étalonnage débute avec une première étape «span», la différence de concentration par rapport à la faible concentration de polluants dans l'air ambiant est plus grande. Dans la seconde étape, l'analyseur passe de «span» à «zero», ce qui représente à nouveau une grande différence de concentration. Ainsi, la séquence «air ambiant extérieur - span - zero» présente d'importantes différences de concentration entre chacune des trois étapes, ce qui permet à l'analyseur de mesurer rapidement des valeurs précises. Or, la durée de l'étalonnage automatique, qui est effectué chaque jour, est actuellement limitée à 30 minutes dans les stations NABEL. Dès lors que l'analyse de l'air ambiant extérieur ne peut pas être effectuée durant l'étalonnage, il importe que cette opération soit la plus courte possible, afin d'éviter une perte sensible de données. Plus longue est la durée de l'étalonnage, plus grande est la marge d'erreur entre les concentrations journalières mesurées et réelles de polluants. Alors que la séquence «span-zero» utilisée jusqu'ici dans les stations NABEL permet de limiter la durée de l'étalonnage automatique à 30 minutes, l'utilisation de la séquence «zero-span» requise par l'appareil de L. aurait allongé sensiblement cette durée. La Commission fédérale de recours constate que le pouvoir adjudicateur s'est basé sur des raisons techniques objectives et non discriminatoires, liées aux faibles concentrations de polluants dans l'air ambiant extérieur et aux caractéristiques des analyseurs utilisés dans les stations NABEL, pour choisir la séquence «span-zero». Seule cette séquence est propre à permettre au pouvoir adjudicateur de conserver le standard de qualité atteint à ce jour dans la durée de l'étalonnage et la précision corrélative des données mesurées de polluants

atmosphériques. Ainsi, le pouvoir adjudicateur n'a pas écarté arbitrairement la séquence «zero-span» prescrite par le manuel de l'appareil de la recourante.

En conclusion, il apparaît que l'appareil de L., utilisé selon les instructions figurant dans son manuel d'utilisation (en particulier la fonction «purge», l'usage d'air sec et la séquence «zero-span»), permet de courts temps de montée jusqu'à la stabilisation, conformes à ceux annoncés par la recourante. Il n'est pas possible de déterminer si le mauvais fonctionnement des régulateurs de pression est imputable à la recourante ou à une mauvaise manipulation par le pouvoir adjudicateur (utilisation d'air humide). Il n'est en conséquence pas non plus possible d'établir si le lent temps de montée mesuré par le pouvoir adjudicateur avec ses propres conditions de tests est causé directement soit par la séquence «span-zero», soit par la dégradation des régulateurs de pression, soit par une combinaison de ces deux éléments. En tout état de cause, le choix de la séquence de calibrage «span-zero» choisie par le pouvoir adjudicateur repose sur des motifs objectifs et non arbitraires. En conséquence, le choix des spécifications techniques retenues par le pouvoir adjudicateur ne viole pas le droit. On ne saurait non plus reprocher au pouvoir adjudicateur une mauvaise constatation des faits. Enfin, le pouvoir adjudicateur n'a pas dépassé les limites de la latitude de jugement que la Commission de recours lui reconnaît et il n'a commis ni excès, ni un abus de son pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des capacités de l'appareil de L. en fonction des spécifications d'usage déterminées par l'EMPA pour les stations NABEL.

Dokumente der BRK