

QORTI TAL-APPELL

IMĦALLFIN

S.T.O. PRIM IMĦALLEF JOSEPH AZZOPARDI
ONOR. IMĦALLEF GIANNINO CARUANA DEMAJO
ONOR. IMĦALLEF NOEL CUSCHIERI

Seduta ta' nhar it-Tnejn 30 ta' Lulju 2018

Numru 1
Appell numru 234/2018

***Bonnici Bros Projects Limited (C-83649)
u Shapoorji Pallonji (Malta) Limited (C-
74260), it-tnejn formanti l-konsorzju
SP BB International JV***

v.

**Onorevoli Ministru għas-Saħħa in
rappreżentanza tal-Ministeru għas-
Saħħa; id-Direttur tal-Kuntratti;
*FMM Joint Venture***

1. Dan huwa appell tal-konsorzju *SP BB International JV* ["*SP BB*"] minn deċiżjoni tat-8 ta' Ġunju 2018 tal-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi ["il-Bord ta' Reviżjoni"], imwaqqaf taħt ir-Regolamenti tal-2016 dwar l-Akkwist Pubbiku ["L.S. 174.04"], li laqa' oġġezzjoni ta' *FMM Joint Venture* ["*FMM*"] kontra deċiżjoni tal-Ministeru għas-Saħħa ["il-Ministeru"] illi kuntratt pubbliku jingħata lil *SP BB* wara li titwarrab l-offerta ta' *FMM* għall-istess kuntratt u ordna, minflok, illi l-proċess tal-

għażla tal-offerta jsir mill-ġdid wara li jitqiesu l-offerti kollha, fosthom ukoll dik ta' *FMM*.

2. Il-fatti rilevanti seħnew hekk: kienet saret sejha mill-Ministeru għal offerti għal kuntratt biex jinbena ċentru tas-saħħa reġjonali f'Casal Paola. Saru diversi offerti, fosthom dawk ta' *SP BB* u ta' *FMM*. Il-kumitat tal-għażla mwaqqaf mill-Ministeru xtaq xi kjarifiki dwar l-offerta ta' *FMM* u għarraf lil *FMM* b'dan permezz ta' posta elettronika mibgħuta fl-indirizz elettroniku li *FMM* kien indika, meta tefa' l-offerta, bħala l-indirizz fejn kellhom jintbagħtu komunikazzjonijiet dwar l-offerta tiegħu.
3. Ġara iżda illi l-persuna li kellha aċċess għall-indirizz elettroniku indikat minn *FMM* ma baqgħetx impjegata ma' *FMM* fiż-żmien meta ntbagħtet il-posta elettronika mill-kumitat tal-għażla; għalhekk it-talbiet għal kjarifika baqgħu ma waslux għand *FMM* li, konsegwentement, ma wegibx għalihom. Il-kumitat tal-għażla għalhekk warrab l-offerta ta' *FMM* u, wara li qies l-offerti l-oħra li kienu saru, għażel dik ta' *SP BB*.
4. Imbagħad, b'ittra tal-20 ta' Marzu 2018 il-Ministeru għarraf lil *FMM* illi l-kuntratt kien sejjer jingħata lil *SP BB* u illi l-offerta tiegħu kienet twarrbet bħala "*administratively not compliant*" għax:

»Tenderer failed to submit the rectifications requested.«
5. *FMM* ressaq oġġezzjoni quddiem il-Bord ta' Revizjoni b'ittra tat-2 ta' April 2018. Il-Bord ta' Revizjoni b'deċiżjoni tat-8 ta' Ġunju 2018 laqa' l-oġġezzjoni, ħassar id-deċiżjoni tal-Ministeru u ordna li l-proċess tal-għażla tal-offerti jsir mill-ġdid wara li titqies ukoll l-offerta ta' *FMM*. Il-

Bord ta' Reviżjoni fisser hekk ir-raġunijiet li wassluh għal din id-deċiżjoni:

»This board,

»having noted this objection filed by *FMM Joint Venture* (hereinafter referred to as the Appellant¹) on 2 April 2018, refers to the contention made by [*FMM*] with regards to the award of tender awarded by the Ministry of Health (hereinafter referred to as the Contracting Authority),

»... ..

»whereby [*FMM*] contend that:

- »a) they were not aware that, during the evaluation process, the evaluation board requested clarifications on their offer. In this regard, *FMM Joint Venture* maintain that their offer was not treated on the same playing field as the other competing bids, so that their offer was disadvantaged at the administrative stage of evaluation without their knowledge;
- »b) the evaluation board should have applied the principle of proportionality in this particular circumstance.

»The board also noted the Contracting Authority's letter of reply dated 13 April 2018 and its verbal submissions during the public hearing held on 10 May 2018, in that:

- »a) in requesting clarifications on [*FMM*]'s offer, the Ministry of Health had submitted such requests on the e-mail address so chosen by [*FMM*] to be associated with their offer and, in this regard, the Ministry for Health insists that it had acted upon the information so opted by [*FMM*];
- »b) with regards to *FMM Joint Venture*'s second grievance, the Ministry for Health maintains that it had carried out the evaluation process in a fair and transparent manner.

»... ..

»This board, after having examined the relevant documentation and heard submissions made by the parties concerned, including the testimony of the witnesses duly summoned, would, prior to the consideration of the issues raised by *FMM Joint Venture*, refer to the bid bond issued by the declared preferred bidder, namely *SP BB International JV*; such information was included in the documentation submitted to this board by the Ministry for Health.

»In this regard, this board cannot but notice that the bid bond issued, allegedly referring to *SP BB International JV*, is not in accordance with the decisions taken by this board and confirmed by the Court of Appeal. One should refer to the decisions decided by this board in Case 1043 on 9 May 2017 and Case 1066 decided on 21 July 2017,

¹ Biex ma tinħoloqx konfużjoni, billi għall-għanijiet ta' din is-sentenza l-appellanti huwa l-konsorzju *SP BB International JV*, kull fejn fid-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni tissemma "*the Appellant*" sejjer jitniżżel "[*FMM*]" minflok.

wherein it was adjudicated that the bid bond should be issued by the bidder. In this particular case, the Bidder was *SP BB International JV* whilst the guarantee was issued by *Bonnici Brothers Limited*, one of the members of this *joint venture*², without stating that this bond is issued on behalf of the latter.

»As has been emphasized on various occasions, the tender guarantee (bid bond) is intended as a pledge that the bidder will not retract his offer up to the expiry date of the guarantee, and, if successful, that he will enter into a contract with the Contracting Authority. The recommended bidder in this case is *SP BB International JV* and nowhere is this *joint venture* mentioned in the bid bond issued by *Bonnici Brothers Limited*. In this regard, this board noted that the evaluation committee failed to take this issue into consideration in the evaluation process, and such deficiency in the evaluation process will be reflected in the final adjudication of this appeal.

»1. With regards to *FMM Joint Venture's* first contention, this board, in its adjudication, had to rely substantially on the electronic public procurement system's technical testimony given by the witness, namely, Mr Jason Grech. In this particular case, [*FMM*] are alleging that they did not receive any communication regarding a request for clarifications. At the same instance, *FMM Joint Venture* [*recte*, the Contracting Authority (?)], through an audit trail of the electronic public procurement system, provided concrete evidence that such requests by the appellants [*recte*, the Contracting Authority (?)] were in fact submitted on 25 January 2018 and 9 February 2018. Such correspondence was activated *via* the email address *ncurmi@fsh.com.mt*, the latter of which was chosen by *FMM Joint Venture* to be associated with their offer. At this stage of considerations, this board was also made aware that such an e-mail address was still active as at 27 March 2018, hence the requests of clarifications sent on 25 January 2018 and 9 February 2018 could be accessed and read.

»From the credible testimony of the witness, the latter provided a vivid explanation of how the system is set up and functions through the tendering process. One of the characteristics of the system is that the bidder, in his submission, opts for a username and an e-mail address associated with such an offer. In this particular case, [*FMM*] chose the e-mail address *ncurmi@fsh.com.mt*, so that it had been credibly established that all correspondence and requests are communicated through such an e-mail.

»... .. it is evidently clear that once a username is associated with the particular offer, only that username chosen by the bidder to be associated with his offer is informed of any correspondence or requests. So that, in this case, the chosen username was *ncurmi@fsh.com.mt* and in fact the requests for clarifications were only communicated through such an address. In this regard, this board cannot comprehend how such a substantial tender was not closely monitored by [*FMM*], in so far as progress is concerned, and, at the same instance, the user associated with the offer was still unaware of the requests for clarifications, when, at the same time,

² Fil-fatt *Bonnici Bros Limited* (C-3905) ma hijjex membru tal-*joint venture*; il-membru hija *Bonnici Bros Projects Limited* (C-83649).

such a username was still active, even after Perit Nadia Curmi left the employment of [FMM].

»With regards to *FMM Joint Venture*'s claim that the Ministry of Health had two other e-mails where such clarifications could have been sent, this board has clearly established that since [FMM] chose only one username to be associated with their offer, all correspondence was directed through the chosen e-mail address, namely, *ncurmi@fsh.co.mt*.

»2. With regards to [FMM]'s second contention, this board opines that one has to acknowledge and appreciate the fact that, in its deliberations, the evaluation board has to adhere to the principle of self-limitation; however, after hearing all the submissions and testimony of the witnesses, this board is convinced that [FMM]'s lack of response to the request for clarifications did not occur capriciously. In this regard, this board finds it strange and uncommon for a bidder of a substantial tender to ignore or disregard requested clarifications on his particular offer. In this respect, this board would have expected that the evaluation committee would investigate further as to why such a bidder is ignoring replies to clarifications on his offer.

»This board is by no means implying that the evaluation board had erred, but taking into consideration the magnitude of the tendered project and the possible inclusion of another offer, would render a benefit to the Contracting Authority itself. In this regard, this board opines that a more practical communication method could have been adopted (after the lack of response by [FMM] to the requests for clarification), so as to determine and establish why *FMM Joint Venture* are not replying to these clarifications at this particular stage of administrative evaluation process.

»3. On a general note, this board is not comfortably convinced that the evaluation process was carried out in a transparent and diligent manner and, as duly noted in the opening paragraphs of this adjudication report, this board opines that the evaluation committee should have adopted the principle of equal treatment throughout the assessment procedure of each offer. One must consider the magnitude of this project and the voluminous documentation which each bidder had to provide and the respective financial outlay thereto. At the same instance, this board also takes into consideration the fact that all the financial aspects of each bid are known to all.

»In this regard, this board opines that it will not be beneficial for the Contracting Authority to cancel the tender, and every effort should be made to save the tender as, in actual fact, the tendering procedure was correct and appropriate. However, in the opinion of this board, the doubtful issue lies in the evaluation process which was carried out.

»In view of the above, this board:

- »a) has serious doubts as to how the evaluation procedure was executed;
- »b) does not uphold the Ministry of Health's decision in the award of the tender;
- »c) refers back *FMM Joint Venture*'s offer, together with all the other competing bids for re-evaluation by an

evaluation board composed of different members, taking into consideration this board's decision;

»d) recommends that the deposit paid by [FMM] should be fully refunded.«

6. *SP BB* ressaq appell minn din id-deċiżjoni b'rikors tat-28 ta' Ġunju 2018 li għalih id-Direttur tal-Kuntratti wieġeb fit-12 ta' Lulju 2018, il-Ministeru wieġeb fit-13 ta' Lulju 2018 u *FMM* ukoll wieġeb fit-13 ta' Lulju 2018..

7. Fl-ewwel aggravju *SP BB* iġhid illi l-Bord ta' Revizjoni ma kienx messu qanqal il-kwistjoni tal-validità tal-garanzija bankarja meta din il-kwistjoni ma kienet tqajmet minn ebda waħda mill-partijiet interessati:

»Illi kif jidher *ictu oculi* mid-deċiżjoni appellata, il-kwestjoni marbuta mal-*bid bond* provvduta mill-konsorzju esponenti ma kinitx waħda illi tqajmet minn xi hadd mill-partijiet. Għall-kuntrarju, kien il-bord illi *arte proprio* dehrlu li għandu jqajjem allegati nuqqasijiet jew preokkupazzjonijiet marbuta mal-garanzija mressqa mill-konsorzju appellant.

»Illi huwa umilment sottomess illi proċeduralment il-bord ma kellu ebda jedd u/jew diskrezzjoni illi jagħmel dan.

»Il-proċedura ta' appelli qiegħda mniżżla b'mod dettaljat fir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku, senjatament fl-artiklu 276 tar-Regolamenti, li jagħlaq billi jgħid:

»“wara li jgħarbel l-evidenza kollha u wara li jikkunsidra s-sottomissjonijiet kollha mressqa mill-partijiet, il-Bord ta' Revizjoni għandu jiddeċiedi dwar jekk għandux jilqa' jew jiċċhad l-appell jew anke li jhassar is-sejha jekk hekk ikun jidhirlu li jkun l-aħjar fiċ-ċirkostanzi tal-każ”.

»Imkien ma jingħad illi l-bord għandu d-diskrezzjoni illi jwettaq huwa stess l-evalwazzjoni mill-ġdid u li jfli dokumentazzjoni illi mhijiex marbuta u/jew relevanti għall-oġġezzjonijiet imressqa mill-partijiet.

»Illi huwa ċar illi mkien fis-sottomissjonijiet tad-diversi partijiet ma tqajjem xi gravam jew xi preokkupazzjoni marbuta mal-garanzija mressqa mill-konsorzju esponenti. Għalhekk dan il-punt ma setax jitqajjem mill-bord.

»... ..

»Illi mingħajr preġudizzju għal dan, u b'rabta mal-istess aggravju, huwa sottomess illi minbarra l-fatt illi d-deċiżjoni appellata hija minn dan il-lat proċeduralment erronja, hija wkoll żbaljata mil-lat ta' principji ta' ġustizzja naturali, partikolarment b'rabta mad-dritt tal-partijiet għal smiġħ xieraq. Dan għaliex il-partijiet interessati – *in primis* il-konsorzju esponenti – safa sorpriż fid-deċiżjoni b'punt illi mhux biss ma kienx

taqajjem mill-partijiet, iżda, agħar minn hekk, li ma kienx ingħata l-opportunità li jagħmel sottomissjonijiet dwaru. Huwa għalhekk sottomess illi anke li kieku, *dato ma non concesso*, il-bord kellu d-diskrezzjoni li jikkunsidra l-għamla tal-*bid-bond* ċertament ma setax jaħsad lill-partijiet billi jgħajjem dan il-punt biss fid-deċiżjoni appellata. «

8. Il-proċess ta' għażla ta' offerti għal kuntratt pubbliku, ladarba jolqot flus pubbliċi, huwa ta' interess pubbliku u huwa wkoll fost id-dmirijiet tal-Bord ta' Revizjoni li jara li jithares dak l-interess. Jekk lill-bord deherlu li kien hemm irregolarità fl-offerta rebbieħa kellu mhux biss is-setgħa iżda wkoll id-dmir li jqanqal il-kwistjoni; kien jonqos mid-dmir tiegħu li kieku ma għamilx hekk
9. Dwar it-tieni parti tal-aggravju – li l-Bord ta' Revizjoni ċaħħad lill-partijiet mill-jedd għal smiġħ xieraq – il-qorti tosserva illi l-bord effettivament ma ta ebda deċiżjoni finali dwar il-validità tal-garanzija bankarja u ma skwalifikax l-offerta ta' *SP BB* minħabba fl-irregolarità: li għamel il-bord hu li ħassar il-proċess ta' għażla b'dan li jerggħu jitqiesu l-offerti kollha. Għalhekk ma ċaħħadx lil *SP BB* mill-fakoltà li jagħmel sottomissjonijiet fuq il-validità tal-garanzija.
10. L-ewwel aggravju hu għalhekk miċħud.
11. It-tieni aggravju fil-fatt jolqot il-meritu tal-validità tal-garanzija u jgħid hekk:

»... .. il-*bid bond* hija waħda valida u għalhekk il-preokkupazzjonijiet tal-bord m'għandhomx mis-sewwa.

»L-artiklu 8 tas-sejġha għall-offerti kien jistabilixxi kif ġej:

»“The tender guarantee is set at €60,000 and must be an original and valid guarantee presented in the format available to peruse from www.etenders.gov.mt. In the case where a tenderer is submitting an offer for one or more of the lots, only one tender guarantee is required to be submitted but it must be made for the total amount of the lots being tendered for. The guarantee must

be issued by a local Maltese Bank or a Financial Institution licensed by a recognised Financial Regulator in the country where the company is located and who assumes responsibility for claims and payments to the amount as stated above. It must remain valid up to and including the 21st February 2018. The tender guarantee must be drawn up in the name of Director General Contracts.”

»... ..

»Mhuwiex kontestat illi, fil-każ tal-konsorzju appellanti, il-garanzija tal-offerta ġiet provvduta minn *Bonnici Bros Limited* (C-3905), li hija l-*holding company* u *sole shareholder* tal-kumpanija *Bonnici Bros Projects Limited* (C-83649), membru tal-konsorzju offerenti. Hija l-umli fehma tal-esponenti illi l-fatt li l-*bid bond* ma nħariġx f'isem il-konsorzju bl-ebda mod ma jxejjen il-validità tal-istess *bid bond*.

»Jingħad l-ewwelnett illi ladarba l-bord għażel illi jifli l-*bid bond* provvduta (xi ħaġa li l-appellanti jsostnu illi l-bord ma setax jagħmel), kellu mbagħad almenu jmur *oltre* eżami *prima facie* tad-dokument u kellu jqis jekk il-*bid bond* kinitx tilħaq l-għan tagħha, ċjoè dak li tkun “*a pledge that the tenderer will not retract his offer*”. B'rabta ma' dan, il-konsorzju appellanti jinnotta illi f'każ li ġara dak li jsemmi l-artiklu 8 (ċjoè, illi l-konsorzju jirtira l-offerta tiegħu) il-garanzija kienet tkun onorata mill-Bank dan għaliex:

- »• mid-diċitura tal-garanzija ma jista' jkun hemm ebda dubbju illi l-garanzija nħarġet b'rabta ma' din is-sejha għall-offerti partikolari u mal-unika offerta illi fiha *Bonnici Bros Limited* kienet involuta (*tramite s-sussidjarja tagħha Bonnici Bros Projects Limited*);
- »• il-konsorzju esponenti jżid jgħid illi fil-każ tal-offerta tiegħu, *Bonnici Bros Limited* ipprovdi ukoll rabta bil-miktub illi l-konsorzju *qua* offerent seta' jistrieħ fuq il-ħiliet finanzjarji tagħha *ai termini* tar-regolament 235 tal-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku. Il-*bid bond* hija garanzija ta' natura finanzjarja u għalhekk dan il-*commitment* iserraħ moħħ l-awtorità kontraenti illi l-*bid bond* kienet tali illi setgħet tinvokah f'każ ta' *default* min-naħa tal-konsorzju offerent.

»Illi f'dan ir-rigward, issir referenza għad-deċiżjonijiet li jagħmel referenza għalihom il-*PCRB* biex jiġġustifika l-osservazzjoni tiegħu dwar il-*bid bond*, senjatament il-każijiet 1043 u 1066. Il-konsorzju esponenti jinnotta qabel xejn u għal kull bwon fini illi dawn huma deċiżjonijiet li ma ġewx appellati. Iżid jgħid illi wieħed irid iħares lejn iċ-ċirkustanzi kollha tal-każ. Hekk, ngħidu aħna, fil-każ 1066, il-*bid-bond* tqieset mhux aċċettabbli mhux tant għaliex tressqet minn membru wieħed biss tal-konsorzju, imma pjuttost għaliex “*the format presented by Ozo Marine Joint Venture does not give any relevance to the awarded tender and the successful applicant*”. Dan ma jistax jingħad f'dan il-każ fejn il-garanzija tagħmel referenza ċara u korretta għas-sejha għall-offerti partikolari u għalhekk ċertament m'hemmx ombra ta' dubbju illi kienet intiża għal din is-sejha u għall-offerta mressqa mill-konsorzju illi fih *Bonnici* kienu parti.«

12. Il-qorti tapprezza l-għaqaq li wera d-Direttur tal-Kuntratti fit-tweġiba

tiegħu meta qal illi:

»... .. ma jhossx li fil-mument huwa jista' jesprimi ruħu dwar is-siwi tal-*bid-bond* mogħtija mill-konsorzju appellanti. [I]-Bord ta' Revizjoni dwar il-Kuntratti Pubbliċi ordna li din l-offerta għandha terġa' tiġi meqjusa mill-ġdid u għalhekk id-direttur ma jixtieqx jippreġudika din l-evalwazzjoni ġdida b'kummenti magħmula f'din it-twegiba.«

13. Bħad-Direttur tal-Kuntratti, il-qorti f'dan l-istadju tgħid biss illi ċertament il-preokkupazzjonijiet tal-Bord ta' Revizjoni kienu ġustifikati. L-obbligazzjoni tal-bank li jhallas taħt il-garanzija tqum biss jekk "*Bonnici Bros Ltd... .. (hereinafter referred to as the tenderer) withdraws his tender before the expiry of the period of the guarantee*". L-offerta ma saritx minn *Bonnici Bros Limited*, li lanqas ma hija membru tal-konsorzju, u għalhekk din ma tistax tirtira offerta li qatt ma għamlet. Li kieku *SP BB* irtira l-offerta li għamel kien ikollu għallinqas argument plawsibbli l-bank li jirrifjuta li jhallas għax ma tkunx seħħet il-kondizzjoni għall-ħlas tal-garanzija³. Għamel sew għalhekk il-Bord ta' Revizjoni li wera preokkupazzjoni dwar il-garanzija.

14. It-tieni aggravju wkoll huwa għalhekk miċħud.

15. Fit-tielet aggravju *SP BB* igħid illi d-deċiżjoni tal-Bord ta' Revizjoni hija "manifestament kontradittorja"; kompla jfisser l-aggravju hekk:

»... .. il-bord mhux biss ċaħad l-ewwel gravam ta' *FMM* iżda bi kliem pjuttost iebes iċċensura lil *FMM* li ma segwewx l-andament tat-*tender*.

»Il-konsorzju esponenti jaqbel ma' dawn l-osservazzjonijiet tal-bord u dan partikolarment fid-dawl tax-xieħda dettaljata mogħtija waqt is-seduta quddiem il-bord, li partijiet sħaħ minnha huma riportati fid-deċiżjoni nfisha. Jidher ċar illi kien hemm negliġenza min-naħa ta' *FMM* li ma wriet ebda interess fl-andament tal-evalwazzjoni sakemm Johann Farrugia ma ndunax b'kumbinazzjoni illi l-kuntratt kien ġie aġġudikat.

»F'dan ir-rigward ma jridx jintesa illi kull oblatur għandu jġib ruħu bħala '*a reasonable well-informed and normally diligent tenderer*' (ara f'dan

³ Ara e.g. *Quattro Labs Limited et v. Malta College of Arts, Science and Technology et*, App. 13 ta' April 2018.

is-sens C-19/00 *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, para 42; C-448/01 *ENV and Wienstrom* [2003] ECR I-14524 para. 57; u l-opinjoni tal-Avukat Ġenerali ipprezentata fit-8 ta' Settembru, 2005 fil-każ C-331/04 *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc & Others vs. AC TV Venezia Spa & Others*, para. 31). Fil-parametri tat-test stabbilit mill-Qorti Ewropea tal-Ġustizzja, l-oneru fuq offerent li joqgħod għar-reqwiziti ta' dik l-offerta jimporta kompetenza oġġla minn dik ordinarja u dana billi jinkombi fuq l-istess konkorrent li jkun iffamiljarizza ruħu bis-sħiħ mar-reqwiziti mitluba u li jkollu għarfien tajjeb tal-proċedura li jrid isegwi.

»Illi f'dan il-każ, in-negliġenza ta' *FMM* (għaliex ma tistax' tgħidliha mod ieħor!) wasslet biex dawn ma rrispondewx għat-talbiet tal-awtorità kontraenti għall-kjarifiċi, b'dan illi l-oblatur spiċċa biex ġie eskluż. Dan in-nuqqas huwa kollu tort ta' *FMM*, kif irrikonoxxa l-istess bord.

»Fid-dawl ta' dan, hija kontradittorja s-sentenza fejn minn banda tagħti t-tort lil *FMM* u fl-istess waqt tgħid illi l-offerta tagħhom għandha tiġi ri-ammessa.«

16. Il-fatt illi l-Bord ta' Revizjoni qies l-argumenti kemm favur u kemm kontra l-imġieba ta' *FMM* ma jurix atteġġjament kontradittorju iżda juri li l-bord qies il-fatturi kollha relevanti, fosthom ukoll dawk li setgħu wasslu għal deċiżjoni differenti. Dan il-fatt isaħħaħ aktar milli jdgħajjed il-konkluzjoni li wasal għaliha l-bord għax juri li l-bord ta l-piż mistħoqq lill-fatturi kollha li kellhom relevanza għad-deċiżjoni tiegħu. Wara kollix il-bord ma qalx illi l-kuntratt għandu jingħata lil *FMM*; qal biss li l-offerta ta' dan għandha titqies mill-gdid flimkien mal-offerti l-oħrajn kollha. Naturalment, jekk in-nuqqas ta' *FMM* li jagħti l-kjarifiċi meħtieġa ma jistax, bla ma jagħti vantaġġ kompetittiv lil *FMM*, jissewwa f'dan l-istadju – issa li l-offerti kollha huma miftuħa u magħrufa – dan ikun fattur ieħor li jkollu jqis il-kumitat tal-għażla meta l-każ jerga' jiġi quddiemu.

17. Dan it-tielet aggravju wkoll għalhekk huwa miċħud.

18. Fir-raba' aggravju *SP BB* jikkritika l-istqarrija tal-Bord ta' Revizjoni li l-kumitat tal-għażla kien messu nqeda b'mezzi oħra – barra l-indirizz

elettroniku indikat fl-offerta – biex jagħmel kuntatt ma' *FMM*. Kompla fisser l-aggravju hekk:

»... ..l-awtorità kontraenti stiednet lil *FMM* permezz ta' talba ta' kjarifika sabiex tindirizza xi aspetti neqsin fl-offerta tagħha. *FMM*, għal raġunijiet li huma manifestament tort tagħha, naqset li tagħmel dan.

»Id-deċiżjoni tal-bord donnha tissuggerixxi illi l-kumitat ta' evalwazzjoni, meta ra li ma rċevix risposta *entro* t-terminu mogħti, kellu jara kif jagħmel u jikkuntattja lil *FMM* "b'modi oħra" (li mhux spjegati). Dan però kien kieku jmur kontra t-termini imposti mill-awtorità kontraenti stess, bi ksur tar-regolament 62(2). Tmur ukoll kontra prinċipji ta' trasparenza u ugwaljanza għax effettivament kien ikun ifisser li *FMM* tingħata daqqa t'id, waqt li l-kompetituri tagħha jingħataw gambetta! Il-prinċipju ta' "proporzjonalità" invokat mill-bord ma jiggustifikax dan l-aġir. «

19. Għalkemm huwa minnu li ma jkunx għaqli li jsiru komunikazzjonijiet "informali" bejn il-kumitat tal-għażla u l-oblaturi meta hemm mezz "uffiċjali" ta' komunikazzjoni li għandu l-meritu, fl-interess tat-trasparenza, li jhalli *trail* u *record* ta' kull komunikazzjoni, il-qorti ma tarax li, f'dan l-istadju, dan il-fattur għandu relevanza għall-appell. Il-Bord ta' Revizjoni ħassar l-għażla tal-offerta mhux għax il-kumitat tal-għażla ma sabx mod kif jikkomunika ma' *FMM* iżda għax il-bord kellu dubbji – li l-qorti sejra tqishom mal-ħames aggravju – li ma ħallewx konvint u seren li l-għażla saret sew.
20. Il-qorti għalhekk, għalkemm tikkondividi l-ħsieb ta' *SP BB* fuq dan il-punt, ma tarax illi dan l-aggravju għandu jwassal biex titħassar id-deċiżjoni tal-Bord ta' Revizjoni.
21. L-añħar aggravju ta' *SP BB* jgħid hekk:

»Illi l-añħar aggravju tal-konsorzju esponenti jirreferi għal dik il-parti tad-deċiżjoni fejn il-bord iddikjara illi kellu *serious doubts as to how the evaluation procedure was executed*. Jidher illi proprju din il-kunsider-

azzjoni illi wasslet sabiex il-bord jordna li l-evalwazzjoni ssir mill-ġdid, b'bord rikompost, u bl-offerti tal-appellanti kollha riammessi fil-ġirja.

»Illi l-esponenti bl-ebda mod ma taqbel ma' din il-konklużjoni tal-bord. Jibda biex jingħad illi għalkemm l-appellanti diversi naturalment ma kinux qed jabqlu mal-konklużjonijiet tal-bord, f'hadd minnhom ma wasal biex għamel l-allegazzjoni serja illi l-proċess t'evalwazzjoni sar b'xi mod "dubbiż" jew "mhux diliġenti". Wieħed għalhekk isibha diffiċli jifhem kif il-bord wasal għal din il-konklużjoni *sua sponte*. Dan min-barra l-fatt illi, fuq il-maġġoranza tal-aggravji, il-bord saħansitra ta raġun lill-kumitat t'evalwazzjoni jew saħanistra faħħru li għamel *due diligence* bir-reqqa

»Illi fiċ-ċirkustanzi, l-esponenti ssostni illi d-deċiżjoni tal-bord safejn imsejsa fuq il-kunsiderazzjoni illi l-kumitat t'evalwazzjoni għamel evalwazzjoni "dubbiża" hija għal kollox bla sisien legali u fattwali. Għalhekk ma hemm ebda ġustifikazzjoni għall-ordni tal-bord li l-evalwazzjoni ssir mill-ġdid b'kumitat t'evalwazzjoni ġdid, u wisq anqas illi f'tali evalwazzjoni jiġu riammessi oblaturi li – b'hal *FMM* – irriżulta li kellhom nuqqasijiet fl-offerta tagħhom (kif irrikonoxxa, ironikament, l-istess bord).«

22. Il-qorti taqbel perfettament mal-osservazzjoni tad-Direttur tal-Kuntratti

meta fit-tweġiba tiegħu għal dan l-aggravju qal illi:

»Jidher li dak li wassal lill-Bord ta' Revizjoni biex jikkancella r-riżultat tal-evalwazzjoni kien imsejjes fuq il-fatt li l-kumitat tal-għażla ma għamilx għarbiel korrett tal-offerti kif hekk kellu jagħmel skont id-dokument tas-sejha. M'hemmx dubju li l-Bord ta' Revizjoni b'hal organu ġudizzjarju għandu responsabbiltà kbira fuqu li jiżgura lin-nies hemm barra li l-kuntratti pubbliċi qegħdin jiġu mogħtija kif jixraq u li għalhekk flushom qegħdin jintefqu kif imiss. Għalhekk ladarba l-bord esprima t-tħassib tiegħu dwar ir-regolarità tal-evalwazzjoni, sal-punt li ordna li din għandha ssir mill-ġdid, huwa xieraq u prudenti f'għieħ is-serjetà u t-trasparenza li din terġa' ssir mill-ġdid.

»Wara kollox wieħed ma jridx iwarrab minn quddiem għajnejh ukoll li fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi tilgħab parti importanti mhux biss it-trasparenza u n-nuqqas ta' trattament differenti imma wkoll il-perċezzjoni tal-pubbliku. Peress li l-aġġudikazzjoni ta' kuntratti pubbliċi jolqot il-mod ta' kif joħorġu flus il-poplu allura huwa importanti li l-poplu jkollu fiduċja li dan il-proċess qed jitmexxa kif suppost. Dan jgħodd aktar b'qawwa f'dan il-każ minħabba li l-proġett jiswa 'l fuq minn f'amsa u għoxrin miljun euro.

»La nxeħtet iż-żerriegħa tad-dubju, huwa siewi li dan id-dubju jiġi meqrud għalkollox b'evalwazzjoni ġdida. F'hadd mill-partecipanti ma hu f'ha jiġi ippreġudikat b'daqshekk, inkluż il-konsorzju appellanti, għaliex l-offerenti kollha f'ha jerġgħu jiġu meqjusa mill-ġdid minn kumitat tal-għażla ġdid.«

23. Għalkemm forsi din il-parti tad-deċiżjoni tal-Bord ta' Revizjoni setgħet

kienet motivata aħjar, u mhux biss billi l-Bord ta' Revizjoni jgħid illi,

“b’mod ġenerali”, ma huwiex “*comfortably convinced*” bil-korrettezza tal-proċess tal-għażla, din il-qorti wkoll hija mħassba bil-fatt illi l-kumitat tal-għażla ma ntebaħx bl-irregolarità tal-garanzija bankarja ta’ *SP BB* u dan joħloq dubju jekk kienx hemm fatturi oħra li wkoll ma ntebaħx bihom. Aktar u aktar, għalkemm mhux biss, meta l-għażla tolqot kuntratt b’valur daqs dak tal-kuntratt tallum, huwa xieraq li kull dubju jitneħħa.

24. Dan l-aggravju wkoll huwa għalhekk miċħud.
25. Il-qorti għalhekk tiċħad l-appell, tikkonferma d-deċiżjoni tal-Bord ta’ Revizjoni u tordna li l-proċess tal-għażla tal-offerti jsir mill-ġdid b’dan li titqies ukoll l-offerta ta’ *FMM* flimkien mal-offerti validi, u b’dan ukoll illi, issa li l-offerti huma magħrufa, ebda oblatur ma għandu jithalla jieħu vantaġġ minn dan il-fatt.
26. Fiċ-ċirkostanzi, billi jidher li kien hemm nuqqasijiet minn kulhadd, huwa xieraq illi l-ispejjeż jinqasmu ndaqs bejn il-partijiet: il-Ministeru u d-Direttur tal-Kuntratti jħallsu sehem minn tlieta ($\frac{1}{3}$) flimkien, *FMM* iħallas sehem minn tlieta ($\frac{1}{3}$) u *SP BB* jħallas is-sehem l-ieħor minn tlieta ($\frac{1}{3}$).

Joseph Azzopardi
President

Giannino Caruana Demajo
Imħallef

Noel Cuschieri
Imħallef

Deputat Registratur
mb