

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 11 ta' Marzu 2019

Numru 5
Appell numru 290/2018

Virtù Holdings Limited (C 30642)

v.

*Gozo Channel (Operations) Limited (C 76704) u
Islands Ferry Network Limited (C 85742)*
għal kull interess li jista' jkollha

1. Dan huwa appell ta' *Virtù Holdings Limited* ["*Virtù*"] minn deċiżjoni tal-31 ta' Awissu 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" jew "ir-Regolamenti"]. Il-fatti rilevanti huma dawn:
2. Fis-28 ta' April 2017 il-Ministeru għat-Trasport u Infrastruttura ["il-Ministeru"] kien ńareġ "*Request for proposals for a Public Service Concession Contract for the provision of passenger and vehicle ferry*

services between Malta and Gozo". B'dan id-dokument il-Ministeru stieden offerti għal servizz għat-trasport ta' passigġieri u vetturi bejn iċ-Ċirkewwa u l-Imġarr, Għawdex, permezz ta' bastiment konvenzjonali, u għal servizz għat-trasport ta' passigġieri bejn il-Belt Valletta u l-Imġarr permezz ta' *fast ferry*.

3. Fit-13 ta' Ġunju 2017 *Gozo Channel (Operations) Limited* ["*Gozo Channel*"] ħarġet dak li sejthet "*Preliminary Market Consultation*" bi stedina għal operaturi ekonomiċi biex flimkien magħha jittgħu offerta waħda għas-sejha tal-Ministeru. Għal din l-istedina ta' *Gozo Channel* wiegħbet *Virtù* fost oħrajn, u l-kumitat ta' għażla mwaqqaf minn *Gozo Channel* kien tal-fehma illi l-offerta ta' *Virtù* kienet l-aktar waħda vantaġġuza u illi dik l-offerta biss kienet teknikament konformi mal-kondizzjonijiet tal-istedina.
4. Ġara iżda illi l-Ministeru ħassar is-sejha għal offerti li kien għamel fit-28 ta' April 2017 u ħareġ oħra fis-26 ta' Jannar 2018. Din id-darba saret sejha għal offerti għal servizz ta' trasport mhux biss bejn iċ-Ċirkewwa u l-Imġarr u bejn il-Belt Valletta u l-Imġarr, bħal fl-ewwel sejha, iżda wkoll għal servizz ta' *fast ferry* bejn lokalitajiet oħrajn f'Malta. Għalhekk *Gozo Channel* reġgħet ħarġet "*Preliminary Market Consultation*" ieħor bi stedina għal operaturi ekonomiċi biex flimkien magħha jittgħu offerta waħda għal din it-tieni sejha tal-Ministeru.
5. *Virtù* reġgħet wiegħbet għal din it-tieni stedina ta' *Gozo Channel* u wiegħbet ukoll, fost oħrajn, *Islands Ferry Network Limited* ["*Islands Ferry*"].

6. B'ittra tat-13 ta' April 2018 *Gozo Channel* għarrfet lil *Virtù* illi l-offerta tagħha ma kinitx sejra tintlaqa' u illi sejra tintlaqa', minflok, l-offerta ta' *Islands Ferry*. Sussegwentement sar ftehim ta' *charterparty* bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* li bih *Islands Ferry* ntrabtet li tikri bi flas *fast ferry* lil *Gozo Channel* fil-każ illi din tingħata l-kuntratt mill-Ministeru.
7. B'ittra tal-20 ta' April 2018 *Virtù* ressqet oġġezzjoni quddiem il-Bord ta' Revizjoni b'talba biex titħassar id-deċiżjoni ta' *Gozo Channel* għar-raġuni illi *Islands Ferry* ma kellhiex:
 - »i. the technical capabilities to meet the requirements set (directly or indirectly) by *Gozo Channel*;
 - »ii. the necessary experience to meet the requirements set (directly or indirectly) by *Gozo Channel*;
 - »iii. the necessary economic standing to meet the requirements set (directly or indirectly) by *Gozo Channel*.«
8. Bid-deċiżjoni tal-31 ta' Awissu 2018, li minnha sar dan l-appell, il-Bord ta' Revizjoni iddeċieda, effettivament, illi l-istedina magħmula minn *Gozo Channel* ma kinitx sejra għal kuntratt pubbliku li jaqa' taħt ir-Regolamenti u li għalhekk ma kellux ġurisdizzjoni biex iqis l-oġġezzjoni.
9. Fisser hekk id-deċiżjoni li ma jqisx l-oġġezzjoni ta' *Virtù*:
 - »This board,
 - »having noted the objection filed by *Virtù Holdings Limited* (hereinafter referred to as the Appellant) on 20 April 2018, refers to the contentions made by the same Appellants with regards to the "Preliminary Market Consultation – Fast Ferry Services" issued by *Gozo Channel (Operations) Limited*
 - »... ..
 - »Whereby the Appellants contend that:
 - »a) on a preliminary basis, they informed this board that they had filed a complaint to the Director of Contracts to sanction the action taken by *Gozo Channel (Operations)*

Limited, for having failed to abide by the provisions of the Public Procurement Regulations and in this regard *Virtù Holdings Limited* are requesting that the decision of this board on this Appeal should be suspended until the Director of Contracts decides on the complaint so submitted by them.

- »b) without prejudice to the above, the Appellants' main grievances are:
 - »i) that the chosen partner by *Gozo Channel (Operations) Limited (Gozo Channel)* do not possess the necessary capabilities to operate a "fast ferry service";
 - »ii) same chosen partner does not have the necessary experience to meet the requirements in operating a "fast ferry service";
 - »iii) that the chosen partner does not have the required economic standing to achieve the desired objective.

»This board has also considered *Gozo Channel (Operations) Limited's* reasoned letter of reply dated 27 April 2018 and its verbal submissions during the public hearing held on 25 June 2018, in that:

- »a) on a preliminary basis, *Gozo Channel (Operations) Limited* insists that:
 - »i) the remedies provided in the Public Procurement Regulations do not apply to "Preliminary Market Consultations";
 - »ii) the objective of the "Preliminary Market Consultations" does not, in any way, involve a form of public procurement;
 - »iii) in this specific case, *Gozo Channel (Operations) Limited* cannot be considered as the authority for a public procurement, but rather as a prospective bidder for the second PSO¹ tender;
 - »iv) without prejudice to the above, the Appellants maintain that their grievances, brought forward in this appeal, were never contested by the same and, in fact, *Virtù Holdings (Limited)* submitted their offer in the first place.

»... ..

»This board would respectfully point out that it had decided to hear all the issues raised by the Appellants so as to establish and determine the nature of this "Preliminary Market Consultation" and whether such an invitation constitutes a public procurement which is regulated by the Public Procurement Regulations.

- »i) With regards to *Virtù Holdings Limited's* preliminary plea whereby the latter requested that the decision of this board is not delivered pending the reply to their letter to the

¹ Public Service Obligation.

Director of Contracts, this board does not find any justifiable reason to comply with such request as a possible reply from the Director of Contracts will not affect the issues and their outcome which are being considered by this board;

- »ii) On a preliminary basis, *Gozo Channel (Operations) Limited* is insisting that this appeal cannot be considered as a remedy, simply due to the fact that the remedies available in the Public Procurement Regulations do not apply to the “Preliminary Market Consultations”. In this regard, prior to entering into the merits of such a plea, this board would establish what constitutes a “Preliminary Market Consultation”.

»Prior market consultations are particularly relevant for complex procurements that require significant preparation, such as framework agreements and procurements of innovative solutions. In particular, the contracting Authority may need to assess whether the procurement it is planning is feasible from a technical, financial and operations point of view. In terms of market structure, the consultations may assess whether there is sufficient number of participants in the market to guarantee effective competition. From the input and feedback received, the contracting authority can apply more accurate and practical specifications and such consultations will also enable the latter to obtain a more effective feel of the market. At this stage of consideration, this board would point out that it is the contracting authority who conducts the preliminary market consultation.

»This board is aware that the sole objective of this “Preliminary Market Consultation” is for *Gozo Channel (Operations) Limited* to be able to submit its offer for conventional and fast ferry service concession issued by the Ministry for Transport and Infrastructure. At this point in time, this board opines that *Gozo Channel (Operations) Limited* cannot be considered as the contracting authority but rather a prospective bidder for the concession. At the same instance, it is a known fact that *Gozo Channel (operations) Limited* does not have the necessary resources and experience to operate a fast ferry service, so that the latter, the prospective bidder, is purely seeking a partner for the fast ferry service operation, so as to submit its offer for the concession issued by the Ministry for Transport and Infrastructure. In this regard, this board opines that the invitation issued by *Gozo Channel (Operations) Limited* should have been designated as a “Call for Interest” to participate and not as a “Preliminary Market Consultation”, the latter of which caused a confusion of interpretation of the action taken by the same in seeking a partner for fast ferry service. This board would respectfully emphasize the fact that, under normal circumstances, a “Preliminary Market Consultation” is issued by a contracting authority and this board has

established that *Gozo Channel (Operations) Limited* cannot be regarded as the contracting authority but only as a prospective bidder to the concession.

»iii) This board would also point out that its jurisdiction is clearly laid out in regulation 87 of the Public Procurement Regulations as follows:

»“It shall be the function of the Review Board to address in particular:

»“(a) concerns or complaints raised before the closure of a submission of a tender by candidates or persons having an interest in obtaining a particular public contract;

»“(b) complaints raised by tenderers or candidates relating to exclusions, non-compliant offers, contract award decisions or cancellations of a procurement procedure after the closing date and time set for the submission of the said call;

»“(c) requests for the ineffectiveness of a public contract as established in these regulations;

»“(d) to hear and determine any cases assigned to it under these regulations or any other law; and

»“(e) to hear and determine any cases assigned to it in a public call for tenders or quotations, even if such call does not involve procurement.”

»From the above provisions stipulated in the Public Procurement Regulations, this board’s jurisdiction is to hear and treat any requests, complaints, appeals *etc.* but only concerning public calls for tenders or quotations. In this regard and in this particular case, this board could not credibly establish that the “Preliminary Market Consultation” issued by *Gozo Channel* could be possibly interpreted to mean a tender or a quotation, even less to include an indicative form of a public procurement.

»iv) With respect to what constitute a “Public Contract”, this board would refer to the definition as dictated in the Public Procurement Regulations, as follows:

»“Public Contract means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more Economic Operators and one or more Contracting Authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services.”

»This definition deserves an in-depth interpretation as it mentions three important elements that constitute a “Public Contract”, as follows:

»• there must be a contract – In this particular case, there is a call for interest from one economic operator to another operator to participate in partnership for the sole objective to submit an offer for a public service obligation tender;

- »• there must be pecuniary interest – In this particular case, there exists no financial element in seeking a partner for the submission of an offer to a tender;
- »• there must be two parties to the contract, namely, the contracting authority or authorities and the economic operator or operators – In this instance, there is no contracting authority involved, but two prospective bidders, namely, *Gozo Channel (Operations) Limited* and *Virtù Holdings Limited* to the public service obligation. In this regard, this board does not find any credible justification to establish the identity of a contracting authority nor can it detect evidence that there was pecuniary interest involved in this call for a “Preliminary Market Consultation”, which, in this board’s opinion, was inappropriately designated as such.

In view of the above, this Board:

- »i. does not uphold *Virtù Holdings Limited’s* preliminary plea to suspend this board's decision to this appeal, pending the reply to the letter sent to the Director of Contracts by the Appellants;
- »ii. upholds *Gozo Channel (Operations) Limited’s* preliminary pleas, in that:
 - »• *Gozo Channel (Operations) Limited* is not the contracting authority in this appeal;
 - »• the “Preliminary Market Consultation” issued by *Gozo Channel (Operations) Limited* to seek a partner does not constitute any form of public procurement;
 - »• the Public Procurement Regulations do not provide remedies to be heard by this board in respect of “Preliminary Market Consultations”;
 - »• concludes that the sole objective for the issue of the “Preliminary Market Consultations” by *Gozo Channel (Operations) Limited* does not constitute a direct objective to represent a call for a tender or a call for concession«

10. *Virtù* ressqet appell minn din id-deċiżjoni b’rikors tad-19 ta’ Settembru 2018 li għalih *Gozo Channel* wieġbet fl-10 ta’ Ottubru 2018, u *Islands Ferry* wieġbet fis-17 ta’ Ottubru 2018.

11. Qabel ma tqis l-appell ta’ *Virtù* il-qorti sejra tibda billi tqis eċċezzjonijiet preliminari mressqa minn *Islands Ferry*. Fl-ewwel eċċezzjoni *Islands Ferry* tgħid illi l-appell “huwa null, irritwali u bla effett peress li ma jista’

jkun hemm ebda proċedura ta' oġġezzjoni u/jew appell minn *Preliminary Market Consultation*" u jkompli hekk:

»L-esponenti tikkontendi li l-proċeduri adoperata minn *Virtù* hija inammissibbli peress li ma hemm ebda dritt ta' oġġezzjoni u/jew ta' appell mid-dokument li *Gozo Channel* ippubblikat bl-avviż tal-1 ta' Frar 2018. Jirriżulta li *Gozo Channel* ippubblikat, għall-finijiet ta' trasparenza u inkluzjoni, sejha għal operaturi ekonomiċi biex jipparteċipaw ma' *Gozo Channel* fil-*PSO Tender* inniedi mill-Ministeru għat-Trasport u l-Infrastruttura.

»Wara li *Gozo Channel* għarraf lil *Virtù* li huwa kien bi ħsiebu jagħżel lil ħaddiehor bħala sieħeb jew *partner* biex jissottometti l-offerta tiegħu fil-*PSO Tender*, *Virtù* intavolat oġġezzjoni quddiem il-bord li permezz tagħha talbet li l-bord:

»“a. to order *Gozo Channel* to eliminate the selected bidder from the tender process, on the basis of the grounds set forth in paragraph 4 above;

»“b. to order *Gozo Channel* to carry out a correct re-evaluation of the Appellant's bid and (in the event that the board does not declare the selected bidder's elimination pursuant to (a) above) to carry out a correct re-evaluation of the selected bidder's bid”.

»Minn sempliċi qari tat-talbiet ta' *Virtù* fl-ittra ta' oġġezzjoni tagħha, u anke minn dak li tiddikjara l-istess *Virtù* (u *cioè* li l-oġġezzjoni tagħha saret a tenur tal-Legislazzjoni Sussidjarja 174.04) jirriżulta bla ebda dubju li l-oġġezzjoni ta' *Virtù* hija msejsa fuq il-presuppost li l-proċedura adoperata minn *Gozo Channel* hija wahda li għandha l-karatteristiċi kollha ta' "sejha pubblika" taħt ir-regolamenti Maltin u dawk Ewropej.

»B'kull dovut rispettt, *Virtù* qed tiskarta għal kollox li l-proċedura użata mill-*Gozo Channel* hija wahda bażata fuq l-artikolu 47 tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku (L.S. 174.04) li jgħid hekk:

»“Qabel ma jniedu proċedura ta' akkwist, l-awtorità jiet kontraenti jistgħu jwettqu konsultazzjonijiet dwar is-suq bil-ħsieb li jitfejja l-akkwist u jiġu infurmati l-operaturi ekonomiċi dwar il-pjanijiet tagħhom dwar l-akkwist u r-reqwiżiti”.

»... ..

»Huwa minnu li *Gozo Channel* ma kinitx hi stess ser tfejji u tikkummissjona l-akkwist ta' servizz, iżda kien il-Ministeru għat-Trasport u l-Infrastruttura li kien għa' fejja l-*PSO Tender* u li, għalhekk, kien l-istess ministeru li kien ser jagħżel l-ahjar offerent fil-*PSO Tender* u eventwalment jgħaddilu l-fondi pubbliċi.

»Madankollu, xorta wahda jibqa' l-fatt li l-*Gozo Channel*, f'dan l-istadju, sempliċement ħarġet sejha għal interess sabiex operaturi ekonomiċi jindikaw humiex interessati jissieħbu mal-istess *Gozo Channel* f'offerta li hija ser tissottometti mal-Ministeru għat-Trasport u l-Infrastruttura għal dak li huwa l-*PSO Tender*. Konsegwentement, ma kien hemm ebda sejha pubblika, ebda awtorità kontraenti, ebda kuntratt pubbliku, u ċertament, ebda fondi pubbliċi li ngħaddew.

»B’ħarsa lejn id-disposizzjonijiet tar-Regolament dwar l-Akkwist Pubbliku jirriżulta mingħajr dubju li l-proċedura ta’ konsultazzjoni preliminari mas-suq hija proċedura li ma tgawdix minn xi rimedju ta’ oġġezzjoni quddiem il-bord, u wisq anqas minn rimedju ta’ appell quddiem din l-onorabbli qorti. Lanqas id-Direttivi Ewropej ma jikkunsidraw il-possibilità ta’ xi *right of recourse* quddiem il-qrati muniċipali jew Ewropej wara *preliminary market consultation*.

»Konsegwentement, l-appell odjern intavolat minn *Virtù* huwa null, irritwali u bla effett skond il-liġi u għandu jiġi miċħud bl-ispejjeż kontra l-istess *Virtù*.«

12. Din l-eċċezzjoni titlaq mill-premessa illi dak li ssejjaħ “*Preliminary Market Consultation*” kien tassew *preliminary market consultation – quod est demonstrandum* – u mhux sejħa għal offerti għal servizz lil awtorità kontraenti pubblika. Ma tistax loġikament tuża l-*quod demonstrandum* bħala premessa ta’ argument qabel ma tkun għamilt il-prova tiegħu. F’dan l-istadju għalhekk l-eċċezzjoni għalkemm preliminari hija intempestiva u ma tistax tingħata decizjoni dwarha qabel ma l-qorti tkun rat jekk dak li għamlet *Gozo Channel* kienx tassew *preliminary market consultation* jew sejħa għal offerti, li, jista’ jingħad minn issa, hija tassew il-qofol tal-kwistjoni.

13. It-tieni eċċezzjoni preliminari tixbah lill-ewwel waħda fis-sens li hija msejsa fuq argument illi wkoll *est demonstrandum*, viz. illi dak li għamlet *Gozo Channel* ma kinitx sejħa għal offerti għal servizz pubbliku:

»Fid-definizzjoni ta’ *procurement* jew ‘kuntratti pubbliċi’ taħt ir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku, jingħad li kuntratti tfisser:

»“kuntratti pubbliċi’ tfisser kuntratti b’titolu oneruż konklużi bil-miktub bejn operatur ekonomiku wieħed jew aktar u awtorità kontraenti waħda jew aktar u li għandhom bħala s-suġġett tagħhom l-eżekuzzjoni tax-xogħlijiet, il-provvista ta’ prodotti jew il-provvista ta’ servizzi;”

»Fil-fehma tal-esponenti, l-elementi kostituttivi tad-definizzjoni mogħtija fil-liġi jfallu fuq diversi binarji meta wieħed jeżamina l-fatti tal-każ odjern.

»L-ewwel u qabel kollox, fil-każ odjern, *Gozo Channel* mhijjex 'awtorità kontraenti' kif titlob il-liġi.

»Il-fatt li *Gozo Channel* hija indikata bħala awtorità kontraenti fl-Ewwel Skeda tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku huwa għal kollox irrelevanti. Gjaladarba, *ex lege*, awtorità kontraenti tista' tissottometti hi wkoll offerta f'sejha pubblika pubblikata minn awtorità kontraenti oħra, f'dik l-istanza l-entità pubblika offerenti ma tista' bl-ebda tiġbid tal-immaginazzjoni titqies hija wkoll bħala 'awtorità kontraenti'. Ir-regolament 56 tal-L.S. 174.04 stess jgħid li offerent jista' jkun kwalunkwe persuna fiżika jew ġuridika, anke jekk "entità pubblika". Naturalment, m'hemmx dubju li huwa għal kollox immaterjali li *Gozo Channel*, f'sitwazzjonijiet oħra, tilbes il-kappell ta' awtorità kontraenti u toħroġ (hekk kif għamlet u għadha tagħmel) sejhiet pubbliċi għal xogħlijiet jew servizzi. Madankollu, fil-każ odjern, ma hemmx dubju li *Gozo Channel* hija merament 'operatur ekonomiku' li bi ħsiebha tagħmel offerta fil-*PSO Tender* imniedi mill-Ministeru għat-Trasport u l-Infrastruttura, liema *PSO Tender* huwa regolat, fost oħrajn, mir-Regolamenti dwar Kuntratti ta' Konċessjoni (S.L. 174.10). Taħt dawn ir-regolamenti, operatur ekonomiku jinsab definit hekk:

»"operatur ekonomiku' t'fisser kwalunkwe persuna fiżika jew ġuridika, jew entità pubblika, jew grupp ta' persuni jew entitajiet bħal dawn, inklużi assoċjazzjonijiet temporanji ta' impriżi, li joffri li jwettaq xogħlijiet u, jew biċċa xogħol, li jipprovdi prodotti jew li jforni servizzi fis-suq."

»Għaldaqstant, l-argumenti u l-aggravji miġjuba minn *Virtù* li *Gozo Channel* hija fil-fatt awtorità kontraenti huma għal kollox infondati. Mhuwix relevanti li entità ġuridika hijjex elenkata fl-Ewwel Skeda tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku iżda wieħed għandu jkoll sempliċemenet u jeżamina, każ b'każ, jekk dik l-entità hijjex taġixxi bħala awtorità kontraenti, bl-intenzjoni li tikkummissjona xogħlijiet pubbliċi u tgħaddi fondi pubbliċi, jew jekk altrimenti, bħal f'dan il-każ, hijjex taġixxi merament bħala operatur ekonomiku, li hu stess jixtieq jipparteċipa bħala *tenderer* f'sejha mnedija mill-awtorità kontraenti.

»Barra minn hekk, ma hemmx dubju li meta *Gozo Channel* qieset li l-esponenti kienet l-aħjar kandidat biex tkun is-sieħba tagħha fis-sottomissjoni ta' offerta għall-*PSO Tender*, *Gozo Channel* ma għamlet ebda għażla *qua* awtorità kontraenti u l-esponenti, bid-deċiżjoni ta' *Gozo Channel*, ma hija ser tipprovdi ebda servizz, u ċertament ma hija ser tieħu ebda flejjes. Kollox ser jiddependi mill-evalwazzjoni u d-deċiżjoni finali tal-Ministeru għat-Trasport u l-Infrastruttura fil-*PSO Tender*, li naturalment, ikun soġġett għal dawk l-iskrutinji u rimedji legali taħt ir-Regolamenti dwar Kuntratti ta' Konċessjoni u taħt il-liġijiet Ewropej.

»... *Gozo Channel* ma tissoddisfax ir-rekwiżiti legali bħala korp regolata mil-liġi pubblika. L-esponenti żżid ukoll li huwa evidenti li f'dan il-każ *Gozo Channel*, bħala operatur ekonomiku, ippubblikat id-dokument imsejjaħ "*Preliminary Market Consultation*" esklussivament fl-interess industrijali u kummerċjali tagħha bil-għan li tissieħeb mal-aktar kandidat adegwat biex irebbaħha l-*PSO Tender* maħruġ mill-Ministeru għat-Trasport u l-Infrastruttura.

»... ..

»... .. anke fil-fehema tal-bord, l-elementi ta' sejha pubblika ma jirriżultawx f'dan il-każ u għalhekk ma jeżisti ebda rimedju ta' oġġezzjoni quddiem il-bord. Isegwi, għalhekk, li wisq anqas jeżisti r-rimedju tal-appell li qed tippretendi li għandha l-appellanti *Virtù* a tenir tal-Legislazzjoni Sussidjarja 174.04.«

14. Għall-istess raġuni mogħtija dwar l-ewwel eċċezzjoni preliminari, din it-tieni eċċezzjoni wkoll f'dan l-istadju hija intempestiva billi ma tistax tingħata deċiżjoni dwarha qabel ma tkun ingħatat deċiżjoni dwar il-kwistjoni ewlenija li hija l-meritu tal-appell, *viz.* jekk dak li għamlet *Gozo Channel* għamlitux bħala "awtorità kontraenti" u jwassalx għall-formazzjoni ta' kuntratt ta' akkwist pubbliku.

15. L-istess argument igħodd għat-tielet eċċezzjoni preliminari, li hija msejsa fuq l-ewwel żewġ eċċezzjonijiet għax tgħid illi, ladarba dan ma kienx każ ta' akkwist pubbliku – għal darb'oħra *quod est demonstrandum* – mela ma jaqax fil-ġurisdizzjoni tal-Bord ta' Reviżjoni:

»Il-bord, fid-deċiżjoni tiegħu, jgħid li huwa ma kellux ġurisdizzjoni biex jisma' l-każ. Il-bord jagħmel referenza għar-regolament 87 tal-L.S. 174.04

»... ..

»Għar-raġunijiet ġà spjegati hawn fuq, il-bord ma kienx rinfacċjat b'sejha pubblika jew kuntratt pubbliku, u għalhekk il-ġurisdizzjoni tiegħu skond paragrafi (a), (b) u (ċ) ma tirriżultax. Lanqas ma jirriżulta li l-każ kien assenjat lilu taħt ir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku jew taħt xi liġi oħra kif jgħid paragrafu (d). *Inoltre*, *Gozo Channel* imkien ma assenjat lill-bord id-dritt li jisma' u jiddetermina lmenti relatati mad-dokument tagħha tal-1 ta' Frar 2018 ("*Preliminary Market Consultation*"). Dan il-paragrafu fil-fatt japplika għal dawk is-sitwazzjonijiet fejn entità li ma tikkwalifikax bħala awtorità kontraenti tkun, minkejja li mhijiex marbuta tagħmel hekk, tinkludi b'mod espress fis-sejha jew fil-komunikazzjoni pubblika tagħha rimedju quddiem il-Bord ta' Reviżjoni. L-istess paragrafu jkun japplika wkoll għal dawk is-sitwazzjonijiet fejn minkejja li l-entità konċernata setgħet kienet awtorità kontraenti f'ċirkostanzi oħra, is-sejha nfisha ma tkunx tinvolvi akkwist pubbliku. F'dan il-każ, però, *Gozo Channel* imkien ma tat dan ir-rimedju. Anke fl-ittra tagħha mibgħuta lil *Virtù*, fejn *Gozo Channel* għarrfitha li l-proposta tagħha għas-sħubija ma kinitx dik preferuta,

imkien ma jingħad li *Virtù* għandha xi dritt ta' appell jew terminu sabiex tressaq l-ilment tagħha quddiem il-bord. Konsegwentement, l-ebda waħda miċ-ċirkostanzi kontemplati taħt ir-regolament 87 tal-L.S. 174.04 ma jirriżultaw u għalhekk il-bord ma kellu ebda ġurisdizzjoni jisma' l-każ odjern.

»Isegwi, għalhekk, li la darba l-bord ma kellu ebda ġurisdizzjoni biex jisma' l-każ odjern *stante* li r-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku ma japplikawx, *Virtù* ma tistax illum tkompli tippretendi li hija għandha dritt tużufuwixxi mir-rimedju mogħti taħt l-istess regolamenti senjatament fir-regolament 284 *et seqq.* tal-istess leġislazzjoni sussidjarja.

»Konsegwentement, l-esponenti tissottometti umilment li din il-qorti għandha tiċħad l-aggravji kollha tal-appellanti *Virtù* bl-ispejjeż kollha kontra tagħha.

16. Għall-istess raġunijiet mogħtija fuq, ma tistax tingħata deċiżjoni dwar din l-eċċezzjoni qabel ma tingħata deċiżjoni fuq il-meritu ewlieni tal-appell.

17. Fir-raba' eċċezzjoni preliminari *Islands Ferry* tgħid illi, meta wriet interess illi tagħmel offerta, f'isimha, wara s-sejħha tal-Ministeru għal offeriti, *Virtù* "espressament irrinunzjat għall-interess ġuridiku tagħha" fil-proċeduri tallum u irrinunzjat ukoll għal kull interess illi tagħmel offerta bi sħubija ma' *Gozo Channel*. Komplet tfisser l-eċċezzjoni hekk:

»Tajjeb jingħad li fid-dokument intestat "*Preliminary Market Consultation*" maħruġ minn *Gozo Channel* fil-1 ta' Frar 2018, jingħad hekk:

»"*Gozo Channel* is looking for a partner with whom to submit the bid for the Tender (the 'Partner') which has the necessary experience, expertise or resources to provide fast ferry services (and the Concessionaire Additional Services). Any interested party is expected to prove to *Gozo Channel* that it is in a position to meet the applicable specifications, requirements and criteria applicable to the fast ferry services as required by the Tender.

»"The Partner is expected to commit exclusively to *Gozo Channel's* bid and it may not submit its own bid, participate as a member in a third party joint venture, consortium or other economic association, or accept to be named as a sub-contractor in a third party's bid. *Gozo Channel* will be the lead member of any commercial arrangement reached with the Partner on submitting the bid.

»“Any interested parties who would be open to form an exclusive commercial arrangement with *Gozo Channel* for the submission of the bid for the Tender are requested to express their interest by sending an e-mail to eoisubmission@gozochannel.com by not later than 1700hrs CET of the 23 February 2018.

»Fil-kors tal-proċeduri odjerni, fuq domanda tal-esponenti, ix-xhud Matthew Portelli, direttur ta' *Virtù*, jgħid hekk:

»“Aħna bħala *Virtù* we have been interested in Malta-Gozo route since 1990 so it's something that we are extremely interested in. Issa either partnership with *Gozo Channel* or going for the route directly with other partners is something that we're going to consider ... Aħna ha nitfgħu jew mal-*Gozo Channel* jew ħa nitfgħu għal rasna ... We are pursuing both options”.

»Anke l-Prim'Awla tal-Qorti Ċivili fid-digriet tagħha għall-mandat ta' inibizzjoni preżentat minn *Virtù* tikkummenta dwar il-konfużjoni fl-interess ta' *Virtù* meta *ex admissis* tgħid li għandha interess tipproċedi kemm bħala sieħba ta' *Gozo Channel*, kif ukoll direttament f'isimha ma' *partners* oħra.

»L-interess dirett ta' *Virtù* li tissottometti hi waħedha, jew ma' *partners* oħra, offerta fil-*PSO Tender* tal-Ministeru għat-Trasport u l-Infrastruttura jirriżulta inekwivoku wkoll mill-proċeduri li hija stess istitwiet quddiem il-bord, u sussegwentement quddiem din il-Qorti tal-Appell, taħt ir-regolament 98 tal-L.S. 174.10. L-imsemmi appell fl-ismijiet *Virtù Ferries Limited v. Ministeru għat-Trasport, Infrastruttura u Proġetti Kapitali et* (appell numru 288/2018) jinsab pendenti quddiem din l-onorabbli qorti. Il-mertu ta' dan l-appell jikkonċerna *pre-closing remedy* ta' *Virtù* b'ilmenti dwar ċertu kundizzjonijiet u termini tal-*PSO Tender* innifsu.

»*Virtù*, bl-aġir tagħha u bid-dikjarazzjonijiet espressi tagħha, irrinunzjat għal kwalunkwe dritt li hija seta' kellha fil-proċeduri ta' sħubija ma' *Gozo Channel* u dan *stante* li l-istess proċeduri ma jippermettux li l-operatur ekonomiku jkollu interess jew li jippartecipa fil-*PSO Tender* tal-gvern ħlief bħala sieħeb ta' *Gozo Channel*.

»Għal dawn ir-raġunijiet ukoll, l-appell ta' *Virtù* għandu jigi miċħud fis-sħiħ, bl-ispejjeż kontra l-appellanti.«

18. L-obbligazzjoni ta' *Virtù* li ma tagħmilx offerri f'isimha jew ma' terzi għas-sejħa tal-Ministeru torbotha biss fil-każ li tintgħażel bħala sieħeb (jew sub-kuntrattur) ma' *Gozo Channel*, li, fil-preżent, ma huwiex il-każ ladarba ma ntgħażlitx minn *Gozo Channel*. Jekk tassew għandha dritt tressaq dan l-appell – kwistjoni li għad trid tingħata decizjoni dwarha – ma għandhiex, bħala prezz biex tfittex rimedju li l-liġi tagħtiha, tirrinunzja għad-dritt l-ieħor tagħha li tagħmel offerta f'isimha jew ma'

terzi. Naturalment, jekk tingħata raġun f'dawn il-proċeduri tallum u eventwalment tintgħażel bħala sieħeb jew sub-kuntrattur ta' *Gozo Channel* ma tkunx tista' titfa' offerta weħedha jew ma' terzi għas-sejha tal-Ministeru, iżda biex iżzomm dik il-possibilità miftuħa – ladarba għadha ma tafx jekk hijiex sejra tintgħażel minn *Gozo Channel* – ma għandhiex tkun imġiegħla tirrinunzja għad-dritt ta' aċċess għal qorti, li, wara kolloxx, huwa dritt fundamentali.

19. Din l-eċċezzjoni preliminari ta' *Islands Ferry* hija għalhekk miċħuda.

20. Fl-añhar eċċezzjoni preliminari tagħha *Islands Ferry* tgħid illi, jekk *Gozo Channel* titqies marbuta bir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku fis-sejha li għamlet, dan ikun “jammonta għal ksur lampanti tal-principji ta' diskriminazzjoni fil-konfront ta' *Gozo Channel* bħala offerent prospettiv fil-*PSO Tender*”:

»Fil-kors tas-sejha għall-interess ta' *Gozo Channel* sabiex operatur ekonomiku jissieħeb magħha fl-offerta li hija bi ħsiebha tagħmel fil-*PSO Tender*, *Virtù* qatt ma oġġezzjonat għall-mod li bih l-istess *Gozo Channel* mexxiet il-proċeduri tagħha. Fil-fatt, *Virtù* ppartecipat fil-proċess, għamlet l-offerta tagħha lil *Gozo Channel* u rrispondiet għad-diversi talbiet għal informazzjoni li kienu sarulha. Illum, bħal donnha tixtieq li xxejjen dak il-proċess kollu, evidentement, biss għax ma ntgħażlitx.

»Iżda jekk *gratia argumenti* din il-qorti kellha tikkunsidra li l-proċess inizjat minn *Gozo Channel* kien wieħed li jinkwadra ruħu fir-rekwiziti tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku, jibqa' inkonċepibbli kif *Gozo Channel*, imbagħad, bħala operatur ekonomiku li għandha interess tippartecipa f'sejha pubblika ta' awtorità kontraenti oħra, setgħet effettivament tagħmel dan.

»Fil-fatt, li kieku dak li *Gozo Channel* sejhitlu “*Preliminary Market Consultation*” kellu jgħaddi mill-proċeduri kollha taħt ir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku, bit-termini minimi kollha imposti mil-ligi domestika u dik Ewropea, u bir-rimedji ta' appell kollha mogħtija lill-offerenti prospettivi, *Gozo Channel* kienet tkun fl-impossibilità li tippartecipa fil-*PSO Tender* maħruġ mill-Ministeru għat-Trasport u l-Infrastruttura.

»Li kieku kellu jkun hemm [hekk?], *Gozo Channel* kienet tkun qed tiġi żvantaġġata u diskriminata meta mqabbla mal-operaturi ekonomiċi l-

oñrajn, inkluż fil-konfront ta' *Virtù*, li dikjaratament ser tipparteċipa fil-*PSO Tender* indipendentement minn *Gozo Channel* u s-sħubija li qed tfittex b'dawn il-proċeduri.

»Ġjaladarba operaturi ekonomiċi jistgħu jkunu entitajiet pubbliċi skond ir-Regolamenti L.S. 174.10 u skond il-liġijiet Ewropej, isegwi li l-operaturi ekonomiċi kollha, privati jew pubbliċi, għandhom igawdu minn trattament ugwali u mhux diskriminatorju f'sejħa pubblika u fil-kwalità tagħhom ta' offerenti. Li kieku għall-grazzja tal-argument, *Gozo Channel* kellha verament issejjaħ għal sieħeb biex, flimkien magħha, tintefa' offerta fil-*PSO Tender*, b'sejħa pubblika taħt ir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku, dan ikun effettivament qed jeskludi l-parteċipazzjoni ta' *Gozo Channel* u ta' kwalunkwe entità pubblika, a favur ta' entitajiet privati – ħaġa li la r-Regolamenti domestiċi, u lanqas id-Direttivi Ewropej ma jsemmu, anzi, espressament jeskludu.

21. Għalkemm huwa dubbjuż l-interess ta' *Islands Ferry* illi tħares dritt li ma huwiex tagħha iżda ta' *Gozo Channel* – fil-fatt *Gozo Channel* ukoll tressaq ilment simili fit-twegiba tagħha għall-ewwel aggravju ta' *Virtù* –, il-qorti sejra tqis dan l-aggravju aktar 'il quddiem, wara li tkun iddeċidiet jekk dak li għamlet *Gozo Channel* kienx tassew sejħa għal offeriti għal kuntratt pubbliku.
22. Il-qorti sejra għalhekk tgħaddi biex issa tqis l-aggravji ta' *Virtù* u l-meritu tal-appell.
23. Fl-ewwel aggravju *Virtù* tgħid illi l-Bord ta' Revizjoni qal ħażin meta qal illi *Gozo Channel* ma hijiex "awtorità kontrenti":

»Mid-deċiżjoni tal-bord jidher ċar illi l-istess bord iddeċieda li *Gozo Channel* mhijiex awtorità kontraenti. Qabel xejn – u fuq kollox – irid jingħad illi r-Regolamenti jipprovdu, mingħajr ambigwiżità, mod ieħor. Infatti l-Iskeda numru 1 anness mar-Regolamenti (bit-titolu: Lista ta' Awtoritajiet Kontraenti) jinkludi fih, iswed fuq l-abjad, lil *Gozo Channel (Operations) Ltd*. Barra minn hekk, ingiebet prova quddiem il-bord ta' okkażjonijiet oħra meta *Gozo Channel* ħarġet *tenders* skond ir-Regolamenti, u bħala awtorità kontraenti, biex tixtri prodotti jew servizzi.

»Għalhekk huwa ċar illi fil-passat *Gozo Channel* aġixxiet bħala awtorità kontraenti u li, sallum, hija elenkata fir-Regolamenti proprju bħala awtorità kontraenti.

»Għaldaqstant huwa evidenti li, in kwantu l-bord ikkonkluda illi *Gozo Channel* mhijjex awtorità kontraenti, l-istess bord wasal għal konklużjoni li legalment hija skorretta.«

24. *Gozo Channel* wiegbet hekk:

»Illi l-konklużjoni tal-bord li l-appellata *Gozo Channel* mhux awtorità kontraenti fil-kuntest tal-*Preliminary Market Consultation* hija korretta u għandha tintlaqa' minn din l-onorabbli Qorti għar-raġunijiet segwenti.

»Illi l-fatt li l-appellata *Gozo Channel* hija indikata bħala awtorità kontraenti fir-Regolamenti jew altrimenti fil-passat f'arġet (u preżentement għadha toħroġ(!)) *tenders* skont ir-Regolamenti – huwa għal kollox immaterjali u irrilevanti. Entità għandha titqies awtorità kontraenti mhux skont jekk il-legiżlatur jelenkakx fil-Ewwel Skeda tar-Regolamenti imma titqies biss bħala tali wara li jsir evalwazzjoni fuq bażi individwali jekk ir-Regolamenti japplikawx *ratione personae*.

»Illi fil-każ *de quo* l-appellata *Gozo Channel* ma kinetx qed tittanta tixtri servizzi, provvisti jew xogħolijiet imma kienet sempliċiment qed tagħzel sieħeb sabiex tifta' offerta miegħu għall-*RfP*. Ir-Regolamenti stess jagħrfu li offerent (*tenderer*) 'jista' jkun jew persuna fiżika jew persuna ġuridika jew entità pubblika jew grupp ta' tali persuni u, jew entitajiet' u għalhekk l-appellata *Gozo Channel* għandha dritt skont il-liġi li tipparteċipa fl-*RfP*.

»Illi għalhekk irid jiġi stabbilit mill-ewwel li anke l-istess Regolamenti jagħrfu li "entità pubblika" tista tipparteċipa f'*tenders* maħruġa minn awtorità kontraenti. Kemm-il darba dan huwa l-każ – u dan ċertament huwa l-każ kemm skont il-liġi domestika kif ukoll skont il-liġi Ewropea u l-ġurisprudenza tal-Qorti Ewropea tal-Ġustizzja – allura mill-ewwel tinkixef l-evalwazzjoni legali skorretta a bażi tal-appell odjern. Dan għaliex huwa verament diffiċli li wieħed jirrikonċilja kif l-appellata *Gozo Channel* setgħet tipparteċipa effettivament fl-*RfP* li kieku l-għażla tas-sieħeb qabel it-*tender* innifsu *ukoll* kellha ssir permezz b'*tender* taħt ir-Regolamenti. Anke bil-benefiċċju ta' dawn il-proċeduri kollha li bdew, diffiċli wieħed jimagina kif l-appellata *Gozo Channel* setgħet teżawrixxi l-proċess tal-għażla, inkluż bir-reżoluzzjoni definittiva u finali tar-rimedji li seta' jkollhom l-appellata *Virtù* u *Islands Ferry Network Ltd* (li tista' tiegħu sa aktar minn sena jekk wieħed jinkludi l-appell), fil-ħin sabiex tifta' l-offerta tagħha flimkien ma' *Islands Ferry Network Ltd* qabel it-*tender submission deadline* tal-*RfP*.

»Allaħares ikun hekk għaliex inkella l-appellata *Gozo Channel* qiegħda fi żvantagġ sinifikanti fil-kuntest tal-*RfP* meta mqabbla ma' operaturi ekonomiċi oħrajn – inkluż l-istess grupp ta' kumpanniji *Virtù* li bid-dikjarar ser jipparteċipaw fl-*RfP* indipendentement mill-appellata *Gozo Channel*. Dan ma jkun xejn għajr ksur tal-prinċipju ġenerali tal-akkwist pubbliku li jirrikjedi trattament ugwali tal-operaturi ekonomiċi kollha irrispettivament jekk hux 'persuna fiżika jew persuna ġuridika jew entità pubblika jew grupp ta' tali persuni u, jew entitajiet'. Il-liġi tal-akkwisti pubbliċi ma tagħmilx differenza bejn offerent privat u dak pubbliku u ċertament m'għandhiex tiġi abbużata u m'għebbda b'tali mod illi effettivament teskludi parteċipazzjoni pubblika a favur ta' dik esklussivament privata.

»Illi mingħajr preġudizzju għas-suespost u fi kwalunkwe każ l-appellata *Gozo Channel* mhux awtorità kontraenti għaliex hija ma taqax fit-tifsira ta' awtorità kontraenti skont ir-Regolamenti – u dan minkejja li hija indikata bħala tali fl-Ewwel Skeda tar-Regolamenti kif ser jiġi spjegat aktar l-istess. Illi “awtoritàjiet kontraenti” ngħatat din it-tifsira skont ir-regolament 2:

»“l-awtoritàjiet Statali, reġjonali jew lokali, korpi regolati mil-liġi pubblika, jew assoċjazzjonijiet maħluqa minn dawn l-awtoritàjiet jew korpi regolati mil-liġi pubblika.

»L-appellata *Gozo Channel* taqa' taħt il-kappa ta' “korpi regolati mil-liġi pubblika” u din tal-aħħar għandha s-segweni tifsira skont ir-regolament 2 tar-Regolamenti:

»“korpi li jkollhom il-karatteristiċi li ġejjin:

»“(a) huma stabbiliti għall-għan speċifiku li jilħqu l-esiġenzi li jinqalgħu fl-interess ġenerali, mingħajr ma jkollhom ebda xeħta industrijali jew kummerċjali;

»“(b) ikollhom personalità ġuridika; u

»“(c) huma finanzjati, mill-biċċa l-kbira, mill-Istat, jew awtoritàjiet reġjonali jew lokali, jew korpi oħra regolati bid-dritt pubbliku; jew huma soġġetti għas-superviżjoni maniġerjali minn dawk l-awtoritàjiet jew korpi; jew ikollhom bord amministrattiv, maniġerjali jew superviżorju, li aktar minn nofs il-membri tiegħu jkunu maħtura mill-Istat, awtoritàjiet reġjonali jew lokali, jew minn korpi oħra regolati bid-dritt pubbliku;

»Illi dawn it-tifsiriet, kemm ta' “awtorità kontraenti” kif ukoll ta' “korpi regolati mil-liġi pubblika” huma armonizzati fl-Unjoni Ewropea skont id-Direttiva 2014/24 dwar l-akkwist pubbliku (id-‘Direttiva’) u għalhekk għandhom jiġu interpretati b’mod awtonomu u indipendenti. Skont il-ġurisprudenza tal-Qrati tal-Ġustizzja tal-Unjoni Ewropea (‘CJEU’) dawn it-tliet kriterji fit-tifsira ta' “korpi regolati mil-liġi pubblika” huma kumulattivi u għalhekk għandhom jiġu sodisfatti fl-intier tagħhom. Il-fatt li l-leġislatur jifja' entità bħala awtorità kontraenti fl-Ewwel Skeda tar-Regolamenti hija immaterjali u fil-fatt id-dritt Kommunitarju jrid li ssir evalwazzjoni ta' jekk dik l-entità hiex fil-verità awtorità kontraenti.

»Illi fid-dawl ta' dan jidher li l-appellata *Gozo Channel*:

»a. tissoddisfa t-tieni kriterju (b) u peress li għandha personalità ġuridika separata bħala kumpannija b'responsabbiltà limitata bi bord ta' diretturi li jieħdu deċiżjonijiet fl-aħjar interess tal-istess kumpannija biss u dan *ai termini* tal-Att dwar il-Kumpannija (Kap. 386 tal-Liġijiet ta' Malta); u

»b. tissoddisfa t-tielet kriterju (c) wkoll.

»Illi, però, l-appellata *Gozo Channel* tissottometti li hija ma tissodisfax l-ewwel kriterju (a) u dan peress li l-operat tal-appellata huwa ta' natura industrijali u kummerċjali u ċertament ma għandux l-għan speċifiku li jintlaħqu l-esiġenzi li jinqalgħu fl-interess ġenerali. Din is-sottomissjoni ssib il-komfort tal-ġurisprudenza tal-CJEU, kif ser jiġi muri aktar 'l isfel.

»Illi qabel xejn tajjeb li wieħed jifhem l-għan tad-Direttivi dwar l-akkwist pubbliku li jinkorporaw din it-tifsira ta' awtorità kontraenti, parti-

kolarment, id-Direttiva. Dawn huma s-segwent: it-tneħħija ta' ostakoli għall-moviment liberu ta' forniture ta' servizzi u l-protezzjoni tal-interessi ta' operaturi ekonomiċi stabbiliti fl-Unjoni Ewropea li jixtiequ joffru merkanzija jew servizzi lill-awtoritajiet kontraenti f'stat membru ieħor. Allura bilfors li l-għan ta' dawn id-Direttivi huwa li jiġi evitat ir-riskju li jkun hemm preferenza lejn offerenti nazzjonali fuq offerenti minn stat membru ieħor meta jkun qed jingħata kuntratt. Għal din ir-raġuni, il-ġurisprudenza tal-CJEU hija kostanti fis-sens li l-kriterji kumulattivi fuq riferiti għandhom jiġu interpretati b'mod wiesa' sabiex l-opportunità tal-akkwist tkun miftuħa għall-Maltin u anke għall-barranin.

»Il-kunċett ta' 'esiġenzi li jinqalgħu fl-interess ġenerali, mingħajr ma jkollhom ebda xeħta industrijali jew kummerċjali' mhux imfisser fid-Direttiva u lanqas fir-Regolamenti, u għalhekk, l-evalwazzjoni ta' dan għandha ssir fuq bażi ta' każ b'każ.

»Hemm diversi eżempji fil-ġurisprudenza tal-CJEU dwar dak li ġie meqjus bħala 'esiġenzi li jinqalgħu fl-interess ġenerali' – il-kunċett huwa interpretat b'mod kemm jista' jkun wiesa': produzzjoni ta' dokumenti uffiċjali (jiġifieri passaporti, liċenzji tas-sewqan u karti tal-identità), tneħħija u trattament ta' skart domestiku, attivitajiet funebri u l-lista tkompli. L-CJEU tidher li tindika li l-attività għandha tkun marbuta mal-ordni pubbliku, u għalhekk, l-istat għandu jkollu interess ċar li jeżerċita kontroll ta', jew influwenza deċiżiva fuq, l-attività jew l-aspetti tiegħu.

»Illi, però, mhux biżżejjed li l-attività hija meqjusa bħala tali. Il-liġi trid li dik l-attività ma jkollhiex xeħta industrijali jew kummerċjali. Li kieku mhux il-każ ma kinetx issir din id-distinzjoni fit-tifsira ta' korp regolati mil-liġi pubblika. Dan ġie mis-ħuq kemm-il darba mill-CJEU (ara C-360/96 *BFI Holding BV* (10 Novembru 1998) paras 31-36; C-223/99 u C-260/99 *Agora Srl* para 32; C-18/01 *Korhonen* (22 Mejju 2003), para 40).

»Illi fuq din in-nota *Korhonen* ta s-segwent gwiċa sabiex wieħed jara hemmx fil-verità' xeħta industrijali jew kummerċjali:

»“If the body operates in normal market conditions, aims to make a profit, and bears the losses associated with the exercise of its activity, it is unlikely that the needs it aims to meet are not of an industrial or commercial nature. In such a case, the application of the Community directives relating to the coordination of procedures for the award of public contracts would not be necessary, moreover, because a body acting for profit and itself bearing the risks associated with its activity will not normally become involved in an award procedure on conditions which are not economically justified.”⁴

»Ara wkoll C-283/00 *Kummissjoni tal-Unjoni Ewropea v Spanja* (16 Ottubru 2003) para 82

»Illi għalhekk huwa evidenti li l-appellata *Gozo Channel* mhux korp regolat mil-liġi tal-akkwisti pubbliċi. L-appellata *Gozo Channel* qiegħda topera f'suq liberu bil-għan li tagħmel profitt u bir-riskju li tagħmel telf li ser iġġarrbu hija biss – ġaladarba hi ma tistax tiddependi minn finanzjar mill-istat minħabba r-restrizzjonijiet fuq dan permezz tar-ġim ta' *EU State aid law*. Fil-verità' l-unika skop tal-eżistenza tal-grupp ta' kumpanniji *Gozo Channel* huwa l-parteciċipazzjoni fit-*tender* li

joħroġ mill-Gvern Malti sabiex tingħata b'mod esklussiv l-konċessjoni fuq ir-rotta Mġarr (Għawdex) – Ċirkewwa.

»L-appellata *Gozo Channel* trid tikkonkorri ma' operaturi ekonomiċi oħra sabiex tirbah l-istess *tender* u tingħata l-konċessjoni u fil-fatt jekk l-appellata *Gozo Channel* ma tirbaħx dan it-*tender* wieħed jista' jgħid li l-eżistenza tagħha tispicċa bla skop.

»Il-“karattru” jew “xeħta” industrijali u kummerċjali tal-konċessjoni hija inerenti fil-proċess kompetitiv, miftuħ, trasparenti u mhux diskriminatorju tat-*tender* li joħroġ il-Gvern Malti.

»Dan il-proċess kien immexxi prinċiparjament mill-bżonn tal-appellata *Gozo Channel* – b'viżjoni esklussivament industrijali u kummerċjali – sabiex iġġib l-aqwa offerta u l-aktar waħda kompetitiva sabiex tkun tista' tirbaħ l-*RfP*.

»Illi oriġinarjament l-grupp ta' kumpanniji *Gozo Channel* ġie inkorporat sabiex jintlaħqu l-esiġenzi li jinqalgħu fl-interess ġenerali (li ma kellhomx xeħta industrijali jew kummerċjali), u dan qed ngħidu lura fl-1979 – imma s-sitwazzjoni inbidlet ferm minn dakinhar.

»Minħabba l-isħubija ta' Malta fl-Unjoni Ewropea skatta obbligu, prinċiparjament emanenti mill-*Maritime Cabotage Regulations*, li jinfetaħ is-suq, speċifikament ir-rotta bejn l-iMġarr (Għawdex) u Ċirkewwa. Għal dan il-għan il-Gvern Malti organizza u ħareġ *tender* kompetitiv, miftuħ, trasparenti u mhux diskriminatorju fl-2011 sabiex offerent (*tenderer*) jitfa' l-offerta tiegħu jieħu ħsieb ir-rotta b'mod esklussiv u dan wara li jikkompeti ma' *tenderers* oħrajna għall-istess għan. Il-grupp tal-kumpanniji *Gozo Channel* għamlet dan u ħadd ma kkontestaha u għalhekk rebħet il-konċessjoni b'mod esklussiv.

»L-*RfP* in kwistjoni huwa fil-verità t-tiġrija sabiex tingħata l-konċessjoni wara li l-konċessjoni preċedenti (li preżentement qed topera l-appellata *Gozo Channel*) kienet waslet biex tiskadi u li issa effettivament skadiet fil-mori ta' dawn il-proċeduri ġudizzjarji mibdija mill-grupp ta' kumpanniji *Virtù*.

»Illi tajjeb li wieħed jgħid li l-*CJEU* qalet kemm-il darba li l-eżistenza ta' kompetizzjoni sinifikanti fuq is-suq, speċjalment, meta l-entità qiegħda taffaċċa konkorenza qalila minn operaturi ekonomiċi oħra, tista' tkun indikattiva tan-nuqqas ta' 'esiġenzi li jinqalgħu fl-interess ġenerali, mingħajr ma jkollhom ebda xeħta industrijali jew kummerċjali'. «

25. Dwar jekk *Gozo Channel* hijiex awtorità kontraenti ma hemmx wisq dubju meta tqis illi hija mniżżla fl-iSkeda 16 – “Lista ta' Awtoritàjiet Kontraenti li jamministraw l-akkwist pubbliku tagħhom skont id-disposizzjonijiet ta' dawn ir-Regolamenti ta' mitejn u ħamsin elf euro (€250,000)” – mehmuża mal-L.S. 174.04.

26. Tassew illi *Gozo Channel* tgħid fit-tweġiba tagħha illi ma hijiex awtorità kontraenti għax, skond kif tgħid it-tifsira mogħtija fir-reg. 2 tal-L.S. 174.04, “korpi regolati mil-liġi pubblika”, bħal ma hija *Gozo Channel*, jitqiesu awtorità kontraenti fil-każ biss illi “ma jkollhom ebda xeħta industrijali jew kummerċjali”, waqt illi l-attività ta’ *Gozo Channel* għandha dik ix-xeħta. Madankollu, ladarba huma r-Regolamenti stess illi jelenkaw lil *Gozo Channel* fl-iSkeda 16 fost il-korpi marbuta bil-proċeduri stabiliti fir-Regolamenti meta l-valur tal-kuntratt jilħaq il-valuri msemmija fir-Regolamenti, *Gozo Channel* ukoll trid tħares dawk ir-Regolamenti jekk tkun sejra tagħmel akkwist pubbliku.
27. Il-kwistjoni iżda ma hijiex tant jekk *Gozo Channel* hijiex awtorità kontraenti iżda jekk dak li għamlet fil-każ tallum għamlitux bħala awtorità kontraenti jew f’xi kapaċità oħra – speċifikament bħala oblatur prospettiv – ladarba r-reg. 56 tal-L.S. 174.04 jippermetti lil entitajiet pubbliċi li huma wkoll jagħmlu offerti wara sejha magħmula minn awtoritajiet kontraenti oħra.
28. Billi għalhekk għad irridu naraw jekk l-istedina li għamlet fil-każ tallum *Gozo Channel* għamlithiex fil-kwalità ta’ awtorità kontraenti, bħala sejha għal offerti għal kuntratt pubbliku, jew fil-kwalità ta’ oblatur prospettiv, bħala sejha għal min jithajjar jissieheb magħha biex tagħmel offerta wara s-sejha tal-Ministeru, il-qorti sejra tqis dan l-aggravju aktar ’il quddiem.

29. Fit-tieni aggravju *Virtù* tgħid illi l-Bord ta' Revizjoni qal ħażin meta qal illi ma sarx akkwist minn *Gozo Channel*. Komplet tfisser l-aggravju hekk:

»It-tieni aggravju jikkonċerna l-konkluzjoni tal-bord fis-sens illi l-proċess mertu tal-oġġezzjoni quddiem il-bord ma wassalx għal “akkwist”.

»Ir-Regolamenti jiddefinixxu t-terminu “akkwist” hekk:

»“akkwist” tfisser akkwist permezz ta' kuntratt pubbliku ta' xogħlijiet, provvisti jew servizzi minn awtorità kontraenti waħda jew aktar minn operaturi ekonomiċi, magħżula minn dawk l-awtoritàjiet kontraenti, kemm jekk il-provvisti, xogħlijiet jew servizzi huma maħsuba għal għan pubbliku sew jekk le;”

»Sabiex, allura, ikun hemm akkwist pubbliku, hemm bżonn li jikkonkorru tliet elementi:

- »a. hemm bżonn li jsir akkwist permezz ta' kuntratt pubbliku (“l-Ewwel Element”);
- »b. minn awtorità kontraenti (“it-Tieni Element”);
- »ċ. ta' servizz, provvisti jew prodotti (“it-Tielet Element”).

»L-għan tal-akkwist huwa irrelevanti – jista' jkun pubbliku jew le.

»Rigward l-Ewwel Element, ir-Regolamenti jiddefinixxu kuntratt pubbliku hekk:

»“kuntratti pubbliċi” tfisser kuntratti b'titolu oneruż konklużi bil-miktub bejn operatur ekonomiku wieħed jew aktar u awtorità kontraenti waħda jew aktar u li għandhom bħala s-sugġett tagħhom l-eżekuzzjoni tax-xogħlijiet, il-provvista ta' prodotti jew il-provvista ta' servizzi;

»M'hemmx dubbju li bejn il-*Gozo Channel* u *Islands Ferry* hemm kuntratt bil-miktub. Dan jikkonsisti f'*charterparty* bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* għall kirja tal-*fast ferry* jew *fast ferries* u li għalih *Gozo Channel* ser tħallas il-*hire*.

»M'hemmx dubbju lanqas li, għalkemm il-bord iddeċieda mod iehor, dan il-kuntratt – iċ-*charterparty* - fih titolu oneruż. Infatti, is-Sur Joe Cordina, rappreżentant tal-*Gozo Channel* xehed hekk quddiem il-bord:

“Dr Ann Fenech: Mela l-obbligu tal-*Island Ferries Network Limited* x'kien skond dal-kuntratt?”

»“Xhud: Biex tħaddem dan is-servizz.

»“Dr Ann Fenech: Biex tħaddem dan is-servizz. U l-obbligu tal-*Gozo Channel* skond dan il-kuntratt x'kien ser ikun?”

»“Xhud: L-obbligu kif?”

»“Dr Ann Fenech: Ħa nerġa' nispjegalek: talli l-*Island Ferries Network Limited* kienet ser ittik dan il-vapur, l-*Island Ferries Network Limited* x'kienet ser tieġu mill-kuntratt?”

»“Xhud: X’kienet ser tieġu? Ovvjament ħa jkun hemm il-kera tal-kuntratt.

»“Dr Ann Fenech: Il-kera tač-*charter* u dan *daily rate* kienet jew *per month*?

»“Xhud: Jien ma nafx kemm nista’ nagħti ħjiel għax m’għandix daqshekk informazzjoni.

»“Dr Ann Fenech: Tħallas ič-*charter* tagħha.

»“Xhud: Tħallas ič-*charter* u daqshekk.”

»Tenut kont is-suespost, il-konklużjoni tal-bord fis-sens li ma kien hemm ebda titolu oneruż hija inspjegabbli. Din hija xiehda ta’ rappreżentant għoli tal-*Gozo Channel* – mingħajr tlaqliq jew ekwi-vokazzjoni – li tikkonferma li kien hemm titolu oneruż. Gie, fi kliem sempliċi, miftiehem ħlas.

»Huwa evidenti, kif gie muri fil-kuntest tal-ewwel aggravju, illi *Gozo Channel (Operations) Ltd* hija awtorità kontraenti; huwa daqstant ieħor evidenti illi *Islands Ferry* hija “operatur ekonomiku”.

»Fl-aħħar – u dan li ser jingħad ikopri wkoll it-Tielet Element fuq insemmi – il-kuntratt konkluz bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* evidentement kien jittratta il-provvista ta’ servizz. Dan qalitu *Gozo Channel* stess. Infatti, il-*preliminary market consultation* li ħarġet il-*Gozo Channel* giet pubblikata fuq is-sit elettroniku tad-Dipartiment tal-Kuntratti fejn gie mniżżel ċarament illi l-*procurement type* kien ta’ “*Services*” u illi is-*CPV Code*² kien “606100000 – *Ferry Transport Services*”. Dan sempliċiment jikkonferma dak li, fil-verità, kulhadd jaf: *charter party agreement* bħal dak iffirmit bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* huwa kuntratt biex jiġi provdut servizz.

»Rigward it-Tieni Element, u *cioè* jekk *Gozo Channel (Operations) Ltd* hijjex awtorità kontraenti jew le, dan il-punt diġà gie indirizzat fil-kuntest tal-ewwel aggravju.

»Tenut kont is-suespost, il-konklużjoni tal-bord hija inspjegabbli, u skorretta.«

30. *Gozo Channel* wieġbet hekk:

»Illi l-apprezzament tal-liġi u tal-fatti tal-bord li fil-każ tal-għażla tas-sieħeb (*partner*) ma hemmx akkwist pubbliku mill-appellata *Gozo Channel* huwa korrett u ma għandux jiġi disturbat minn din l-onorabbli qorti.

»Illi kif gie spjegat aktar ’il fuq l-appellata *Gozo Channel* f’din l-istanza mhux awtorità kontraenti u għalhekk qatt ma jista jkun li kwalunkwe ftehim li tidħol fih ma’ terzi, inkluż, *Islands Ferry Network Ltd*, jiġi meqjus bħala akkwist pubbliku u dan għar-raġunijiet diġà mogħtija aktar ’il fuq.

»Illi anke li kieku wieħed jinjora dan il-fatt fundamentali, xorta waħda l-ftehim ma’ *Islands Ferry Network Ltd* (u seta’ kien mal-appellanti *Virtù(!)*) mhux akkwist pubbliku u dan għar-raġuni li l-ftehim viġenti la

² *Common Procurement Vocabulary Code.*

huwa kuntratt “konkluż” u lanqas huwa wieħed għall-eżekuzzjoni tax-xogħlijiet, il-provvista ta’ prodotti jew il-provvista ta’ servizzi, kif altrimenti jrid ir-regolament 2 tar-Regolamenti.

»Kif diġà ġie dikjarat *ex admissis* mill-appellata *Gozo Channel* f’varji proċeduri, il-ftehim ma’ *Islands Ferry Network Ltd* ma dañalx fis-seħħ u dan għaliex huwa soġġett għall-kondizzjoni suspensiva u *cioè* li jidhol fis-seħħ biss jekk il-Ministeru jaġudika l-*RfP*³ favur l-offerta tal-appellata *Gozo Channel* u *Islands Ferry Network Ltd*. Tajjeb li wieħed iżzomm f’moħħu li r-Regolamenti dwar il-Kuntratti ta’ Konċessjoni (Liġi Sussidjarja 174.10) jaġhti varji rimedji – li infatti diġà qed jiġu eżerċitati mill-grupp ta’ kumpanniji *Virtù* – inkluż l-*objection* jew aħjar l-appell minn deċiżjoni tal-Ministeru fl-evalwazzjoni tal-offerti.

»Għal din ir-raġuni l-obbligi naxxenti f’dak il-ftehim preżentement ma jeżistux sakemm il-ġrajja li fuqha daww l-obbligi jiddependu ma sseħħx u dan *ai termini* tal-artikolu 1063(2) tal-Kodiċi Ċivili (Kapiltu 16 tal-Liġijiet ta’ Malta).

»Għalhekk isegwi wkoll li la l-obbligi għadhom ma jeżistux il-ftehim *de quo* la għandu l-għan ta’ forniture ta’ servizzi u lanqas għandu l-element ta’ interess pekunjarju.

»Illi anke li kieku din l-onorabbli qorti kellha tara l-każ *de quo* mill-perspettiva tal-għanijiet u l-oġġettivi tad-Direttiva jidher li l-interpretazzjoni tal-liġi tal-appellanti *Virtù* sempliċement ma tregix. Kif ġie spjegat fuq, ... id-Direttivi Ewropej dwar l-akkwist pubbliku huma prinċiparjament intiżi sabiex jeliminaw il-barrieri fil-konfront tal-moviment liberu tal-forniture ta’ servizzi kif ukoll sabiex jiżguraw li operaturi ekonomiċi stabbiliti, perkażu Malta, ma jiġux preferuti fuq operaturi ekonomiċi minn stati membri oħra fil-kuntest ta’ xiri ta’ servizzi, oġġetti u xogħlijiet minn awtorità kontraenti.

»Huwa evidentissimu li f’dan il-każ ma hawn l-ebda dubbju ta’ xi diskriminazzjoni meta kemm l-appellanti *Virtù* kif ukoll *Islands Ferry Network Ltd* huma t-tnejn operaturi ekonomiċi stabbiliti Malta.

»Apparti minn hekk, dawn l-għanijiet u oġġettivi tad-Direttiva ser jiġu żgurati u mħarssa permezz tal-*RfP* fejn il-bord tal-evalwazzjoni mqabbd mill-Ministeru ser jevalwa kemm l-offerta tal-appellata *Gozo Channel* flimkien ma’ *Islands Ferry Network Ltd* u kif ukoll l-offerta tal-appellanti *Virtù* (waħedhom jew ma’ terzi). Jerġa’ jingħad li hawn rimedji appożiti f’dan ir-rigward.

»Illi jerġa’ jiġi ribadit li l-pożizzjoni li ħadet l-appellata *Gozo Channel* kienet ferm studjata u mhux waħda li ttieħdet leġġerment. Illi fin-nota ta’ sottomissjonijiet quddiem il-bord l-appellata *Gozo Channel* għamlet referenza għal sentenzi tal-CJEU, partikolarment, *CC-215/09 Mehiläinen Oy* (22 Diċembru 2010), para. 33, kif ukoll dokumenti maħruġa mill-Kummissjoni tal-Unjoni Ewropea kif ukoll minn stati membri (Irlanda u l-Ingilterra), li kienu l-baži. L-avukati sottoskritti wkoll kienu talbu 8 ditti legali b’uffiċju fi 8 stati membri sabiex jiddiskrivu l-pożizzjoni f’dak l-istat membru fuq l-għażla ta’ siefeb (*partner*).

»Illi jidher biċ-ċar li l-appellanti *Virtù* għażlu li jinjoraw dan kollu u qed jinsistu bl-interpretazzjoni skorretta tagħhom tal-liġi applikabbli ...

³ *Request for Proposals.*

sabiex jgħattu fatt wieħed – ma kinux l-aktar partner vijabbli għall-*Gozo Channel*.«

31. Essenzjalment *Gozo Channel* qiegħda tgħid (i) illi ma hijiex awtorità kontraenti; (ii) illi l-kuntratt li għamlet ma' *Islands Ferry* għall-kiri ta' *fast ferry* għadu ma dañalx fis-señh għax huwa soġġett għall-kondizzjoni illi l-kuntratt mal-Ministeru jingħata lil *Gozo Channel*; (iii) illi f'kull każ dak li jgħidu u jridu r-Regolamenti sejjer jithares meta jsir skrutinju mill-Ministeru tal-offerta ta' *Gozo Channel* li magħha jkun hemm ukoll il-ftehim ma' *Islands Ferry* li wkoll għalhekk jiġi skrutinat; u (iv) illi għandha l-konfort tas-sentenza tal-Qorti tal-Gustizzja tal-Unjoni Ewropea fil-każ ta' Mehiläinen Oy.
32. Dwar l-ewwel argument rajna illi f'kull każ *Gozo Channel* hija marbuta bir-Regolamenti jekk tfitte li tagħmel akkwist pubbliku li jilhaq il-valur imsemmi fir-Regolamenti u l-kwistjoni għalhekk hija jekk il-ftehim bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* kienx kuntratt pubbliku biex jingħata servizz lil *Gozo Channel* minn *Islands Ferry*.
33. Il-fatt hu illi biex tista' tagħti s-servizz li għalih saret sejha għal offerti mill-Ministeru, *Gozo Channel* kienet teħtieġ hi stess servizz u għalhekk dak li għamlet kien tassew sejha għal offerti għal servizz. Tant dak li għamlet *Gozo Channel* kien sejha għal offerti għal servizz, illi fil-fatt wassal għal kuntratt ta' *charterparty* bejnha u *Islands Ferry* biex jingħatalha dak is-servizz. Fi kliem ieħor, għalkemm, kif sewwa qal il-Bord ta' Revizjoni, *Gozo Channel* ma hijiex l-awtorità kontraenti fil-każ tal-kuntratt li saret sejha għal offerti għalih mill-Ministeru, hija l-awtorità kontraenti fil-każ tas-sejha li għamlet hi għal servizz li teħtieġ

hija stess, viz. is-servizz ta' *fast ferry* li teħtiegħ biex tista' tagħmel offerta sħiħa lill-Ministeru.

34. Il-ftehim ta' *charterparty* bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* jistipola illi *Gozo Channel* tħallas lil *Islands Ferry* għall-kiri ta' *fast ferry*; huwa għalhekk kontratt oneruż u mhux, kif qal il-Bord ta' Revizjoni, "*there exists no financial element*". Il-fatt illi l-ftehim huwa soġġett għal kondizzjoni sospensiva ma jnaqqas xejn min-natura oneruża tal-kuntratt. Il-fatt jibqa' li l-offerta ntlaggħet, l-għażla ta' min sejjer jagħti s-servizz bi nħlas saret u l-kuntratt sar. Barra minn hekk, meta sseħħ kondizzjoni l-effett ikun *ex tunc*⁴ ukoll jekk l-esekuzzjoni materjali ssir wara li tkun seħħet il-kondizzjoni. Li kieku kuntratti magħmula minn awtoritajiet kontraenti ma jibqgħux soġġetti għal dak li jgħidu u jridu r-Regolamenti għax jitqiegħdu taħt kondizzjoni sospensiva, kieku jkun faċli wisq li tevadi r-Regolamenti.
35. Għandu jingħad, f'dan l-istadju, illi l-kuntratt bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* jintlaqat bir-Regolamenti jekk jaqbeż il-valuri msemmija fir-Regolamenti. Madankollu m ngħibitx prova tal-valur tal-kuntratt u dan il-fattur ma tqiesx relevanti mill-partijiet għall-għanijiet ta' din il-kawża.
36. Dwar l-argument illi dak li jgħidu jridu r-Regolamenti sejjer f'kull każ jitħares għax l-offerta ta' *Gozo Channel* "flimkien ma' *Islands Ferry Network Ltd*" sejra tgħaddi mill-iskrutinju tal-evalwazzjoni li trid issir qabel ma tintgħazel offerta mill-Ministeru, il-qorti tosserva illi jista'

⁴ Art. 1061(1), Kod. Ċiv.

jagħti l-każ illi l-offerta li *Gozo Channel* tagħmel għas-sejha tal-Ministeru eventwalment tintgħażel għax, globalment, tkun l-aħjar waħda; dan ma jfissirx iżda li komponent wieħed tal-offerta – dak għal *fast ferry* – ma setax ikun aħjar u aktar vantaġġjuż għal *Gozo Channel* u, eventwalment, ukoll għall-Ministeru li kieku *Gozo Channel* għażlet lil haddieħor flok *Islands Ferry* biex jagħtiha dak is-servizz biex imbagħad hi tkun tista' tagħti servizz sħiħ lill-Ministeru.

37. *Gozo Channel* tistrieñ ukoll fuq is-sentenza tal-Qorti tal-Ġustizzja tal-Unjoni Ewropea fil-każ ta' Mehiläinen Oy, partikolarment dak li jingħad fil-para. 33:

»33. għandu jiġi osservat li l-istabbiliment, min-naħa ta' awtorità kontraenti u operatur ekonomiku privat, ta' impriza komuni ma jaqax, bħala tali, taħt il-kamp ta' applikazzjoni tad-Direttiva 2004/18. Barra minn hekk dan il-fatt huwa mfakkar fill-punt 66 tal-*Green Paper* tal-Kummissjoni dwar sħubijiet bejn is-settur pubbliku u l-privat u d-dritt Komunitarju dwar kuntratti u konċessjonijiet pubbliċi [COM(2004) 327 finali].«

38. Mhux anqas importanti iżda huwa dak li l-qorti kompliet tgħid fil-para. 34:

»34. Madankollu għandu jiġi osservat li, kif jirrizulta mill-punt 69 ta' din il-*Green Paper*, għandu jiġi żgurat li tranżazzjoni li tinvolvi kapital ma tkunx taħbi, fir-realtà, l-għoti lil sieħeb privat ta' kuntratti li jistgħu jiġu kklassifikati bħala kuntratti pubbliċi jew konċessjonijiet. «

39. Il-paragrafi rilevanti tal-*green paper* igħidu hekk:

»66. It should also be pointed out that Community law on public contracts is not as such intended to apply to transactions involving simple capital injections by an investor in an enterprise, whether this latter be in the public or the private sector.

»... ..

»69. In addition, good practice recommends ensuring that such a capital transaction does not in reality conceal the award to a private partner of contracts which might be termed public contracts, even concessions.«

40. Fil-każ tallum dak li għamlet *Gozo Channel* ma kienx sħubija bejnha u *Islands Ferry* biex jagħtu servizz flimkien, jew ñolqien ta' operatur ekonomiku ġdid bejniethom b'kontribut ta' kapital miż-żewġ partijiet; li sar huwa dak li effettivament sejjer ikun sub-kuntratt biex *Gozo Channel* tkun tista' tagħti s-servizz li jkun irid il-kuntratt eventwali mal-Ministeru.

41. Incidentalment din hija wkoll it-tweġiba għall-argument imressaq fit-tweġiba ta' *Gozo Channel* għall-ewwel aggravju, u wkoll għall-ħames eċċezzjoni ta' *Islands Ferry*, illi b'dan il-mod *Gozo Channel* tigi zvantagġjata meta mqabbla ma' oblaturi privati. Il-qorti tosserva illi dan jista' jkun minnu, iżda huwa konsegwenza mhux tal-fatt illi *Gozo Channel* titqies awtorità kontraenti iżda għall-mod kif imxiet f'dan il-każ, viz. illi fittxet illi tingħata servizz b'sub-kuntratt flok tidħol fi sħubija biex tagħmel offerta flimkien ma' ħaddieñor.

42. Dan l-aggravju ta' *Virtù* għalhekk jixraq illi jintlaqa', u konsegwentement għandu jintlaqa' wkoll l-ewwel aggravju ladarba dak li sar kien kuntratt pubbliku bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* (bla ħsara għal dak li ngħad fuq⁵ dwar il-valur tal-kuntratt). Għall-istess reġuni għandhom jiġu miċħuda l-ewwel tliet eċċezzjonijiet preliminari ta' *Islands Ferry*.

43. L-añhar aggravju ta' *Virtù* huwa konsegwenza tat-tnejn l-oñra u jgħid hekk:

⁵ Ara para. 35, *supra*.

»Mid-deċiżjoni tal-bord jidher ċar illi l-bord iddeċieda illi l-appellant m'għandu l-ebda rimedju quddiem il-bord fir-rigward tal-proċess mertu ta' dan l-appell. Jidher illi l-bord wasal għal din il-konklużjoni billi effettivament iddeċieda illi il-proċess mertu ta' dan l-appell kien jikkonsisti f'*preliminary market consultation* li, fil-fehma tal-bord, ma jistgħux jintalbu rimedju fil-konfront tiegħu quddiem il-bord.

«*Preliminary market consultation* huwa proċess ikkontemplat espliċitament mir-Regolamenti sabiex awtorità kontraenti li tixtieq eventwalment toħroġ sejha, tagħmel stħarriġ dwar x'hemm fis-suq qabel ma toħroġ is-sejha. Dwar *preliminary market consultations*, ir-Regolamenti jipprovdu kif ġej:

»“47. (1) Qabel ma jniedu proċedura ta' akkwist, l-awtoritajiet kontraenti jistgħu jwettqu konsultazzjonijiet dwar is-suq bil-ħsieb li jithejja l-akkwist u jiġu infurmati l-operaturi ekonomiċi dwar il-pjanijiet tagħhom dwar l-akkwist u r-rekwiziti.

»Huwa evidenti, għalhekk, illi *preliminary market consultation* vera u proprja huwa prekursor għal-proċedura ta' akkwist. *Preliminary market consultation* vera u proprja qatt ma għandu, waħdu, jwassal għal konklużjoni ta' kuntratt ma' operatur ekonomiku. Il-bord sewwa ikkonkluda li r-Regolamenti ma jipprovdux rimedju f'każ li awtorità kontraenti toħroġ *preliminary market consultation*. Ir-Regolamenti m'għandhomx bżonn jipprovdu rimedju għas-sempliċi raġuni li *preliminary market consultation* m'għandux iwassal, waħdu, għall-konklużjoni ta' kuntratt. La *preliminary market consultation* m'għandux iwassal sabiex kuntratt jingħata lill-operatur ekonomiku wieħed flok ieħor, ir-Regolamenti m'għandhomx bżonn jipprovdu rimedji billi operatur ekonomiku m'għandux jiġi ppreġudikat bis-sempliċi pubblikazzjoni ta' *preliminary market consultation*.

»Mill-fatti li rriżultaw quddiem il-bord huwa evidenti, però, li l-proċess mertu ta' dan l-appell ma kienx jikkonsisti f'sempliċi *preliminary market consultation*. Ġie ampjament ppruvat illi ġie ffirmat kuntratt ta' *time charter* bejn il-*Gozo Channel* u *Islands Ferry*. Billi *preliminary market consultation* ma jstax, waħdu u mingħar sejha sussegwenti, iwassal għall-konklużjoni ta' kuntratt, għandu jkun evidenti li l-proċess mertu ta' dan l-appell ma kienx *preliminary market consultation ai termini* tar-Regolamenti.

»Is-soċjetajiet appellati kontinwament għamlu l-argument li t-teżi tas-soċjetajiet appellanti hija żbaljata għaliex l-ebda flejjes pubbliċi ma huma ser jintefqu f'dan l-istadju. Ikomplu li l-flus pubbliċi ser jintefqu biss meta eventwalment jingħata s-sejha. Izda id-domanda kruċjali hija din: meta tingħata s-sejha u tirbħu *Gozo Channel*, *Gozo Channel* ser hi toħroġ *tender* kompetittiv u kif suppost sabiex tagħzel is-sieħeb li miegħu ser tidħol fi ftehim kummerċjali bħaċ-*charterparty*? Ir-risposta hija “Le”. Jekk *Gozo Channel* tirbaħ is-sejha, din ser takkwista s-servizzi u tattwa ċ-*charterparty* li diġà daħlet fih mal-*Island Ferries* għall-prezz u konsiderazzjonijiet li ġà ġew deċiżi mingħajr dan l-akkwist ma ġie regolat mir-Regolament. Dan hu l-punt. U għalhekk għal dak li jirrigwarda l-ispiża ta' flus pubbliċi għas-servizz li ser tagħti *Island Ferries* ma kien hemm u mhu ser ikun hemm ebda skrutinju pubbliku.

»Jingħad illi anki l-bord stess għaraf li l-proċess mertu ta' dan l-appell ma kienx *preliminary market consultation ai termini* tar-Regolamenti.

Infatti, il-bord issuġġerixxa (minkejja li mhuwiex ċar għalfejn) illi dan il-proċess messu ssejjaħ “*call for interest*”. Iżjed 'il quddiem fid-deċiżjoni il-bord ikkummenta illi dan il-*preliminary market consultation* “*was inappropriately designated as such*”. Minkejja dan, il-bord xorta ikkonkluda billi fid-*decide* tiegħu iddeċieda illi:

»“The Public Procurement Regulations do not provide remedies to be heard by this Board in respect of ‘Preliminary Market Consultations’.”

»Mhuwiex, bir-rispett kollu dovut lejn il-bord, ċar għalfejn il-bord sejjes id-deċiżjoni fuq din il-konklużjoni meta fi kliem il-bord stess dan il-proċess ma kienx *preliminary market consultation*.

»Il-verità hi li s-sempliċi bdil fin-nomeklatura ta’ dan il-proċess ma huwiex ser ibiddel dak li ġara. U dak li ġara huwa ċar daqs il-kristall: awtorità kontraenti daħlet f’kuntratt pubbliku biex takkwista servizz. Il-kwistjoni li trid verament tiġi determinata hija jekk awtorità kontraenti tistax – billi ssejjaħ proċess “*preliminary market consultation*” flok “*tender*” – taħrab l-iskrutinju tal-bord u ma ssegwix ir-Regolamenti. M’għandux għalfejn jiġi enfażizzat iżżejjed illi kieku jista’ jsir hekk dan ikun ifisser għajb kbir għall-finanzji pubbliċi, u l-infiq responsabbli ta’ flus li, fl-aħħar mill-aħħar, huma ta’ kulħadd. Huwa mingħajr ħjiel ta’ esaġġerazzjoni jew iperbole li l-esponenti jissottometti illi d-determinazzjoni korretta ta’ din il-kwistjoni hija fl-interess ta’ kulħadd, jew kwazi kulħadd.

»L-esponenti ma jsibx konfort – f’dak li qed jissottometti – biss fil-buon sens, iżda anki fil-liġi. Infatti, ir-Regolamenti jipprovdu illi l-bord għandu numru ta’ funzjonijiet:

»... ..

»... .. jidher li l-Bord iddeċieda li, effettivament, ma kellux ġurisdizzjoni sabiex jilqa’ t-talbiet tal-appellant billi, skond il-bord, il-proċess mertu ta’ dan l-appell ma kienx “*public call for tenders or quotations*” u kien minflok “*preliminary market consultation*.” Tenut kont illi, kif ġie muri fl-ewwel u t-tieni aggravju, dan kien kuntratt pubbliku mogħti minn awtorità kontraenti, huwa ċar illi din il-konklużjoni tal-bord kienet skorretta, u li din il-konklużjoni wasslet lill-bord sabiex jiddeċiedi, effettivament u erroneament, li ma kellux ġurisdizzjoni. «

44. *Gozo Channel* wieġbet hekk:

»Illi l-appellata *Gozo Channel* fuq dan l-aggravju ser tirmimti ruħha għas-savju ġudizzju ta’ din l-onorabbli qorti *stante* li fil-fehma tal-appellata dan l-aggravju mhux ġustifikat u jista’ jkun huwa biss riżultat ta’ nuqqas ta’ kjażza fil-kitba tad-deċiżjoni, kif ser jiġi spjegat hawn isfel.

»Illi l-appellata *Gozo Channel* diġà spjegat fit-trattazzjoni tagħha quddiem il-bord l-isfond li fih ittiegħdet id-deċiżjoni li tintuża l-proċedura tal-*preliminary market consultation*. Kif ġie spjegat aktar 'il fuq, wara studju profond tal-liġi applikabbli l-appellata *Gozo Channel* ħadet il-posizzjoni li r-Regolamenti ma japplikawx għall-għażla ta’ sieħeb għall-offerta tal-*RfP*. Madankollu, l-appellata *Gozo Channel* xorta xtaqet li jkun hemm xi forma ta’ proċess kompetitiv, miftuħ u trasparenti sabiex

I-appellata *Gozo Channel* tissieheb ma' operatur ekonomiku li jagħmel l-aktar offerta kompetitiva – u dan minħabba l-viżjoni esklussivament industrijali u kummerċjali tal-appellata *Gozo Channel*.

»Illi għal dan il-għan l-appellata *Gozo Channel* kellha intenzjoni li toħroġ xi forma ta' *expression for interest* jew sejha simili li kellha tkun rekalmata sew sabiex tkun mill-aktar trasparenti - però l-appellata *Gozo Channel* malajr tgħallmet li s-sistema tal-*eTenders* ma setgħetx ittella' *expression of interest* jew sejha simili u kien fuq rakkomandazzjoni tad-Dipartiment tal-Kuntratti stess li l-appellata *Gozo Channel* marret għall-*preliminary market consultation*. In fatti għal dan il-għan l-appellata *Gozo Channel* kisbet il-permess bil-miktub mid-Dipartiment tal-Kuntratti.

»Illi rrispettivament mill-forma tal-proċess, *cioè*, jekk hux *preliminary market consultation* jew *expression of interest*, jibqa' l-fatt li l-proċess ta' għażla ta' sieheb mill-appellata *Gozo Channel* kien wieħed li ġie reklammat fuq l-*eTenders*, fuq gazzetti lokali u anke fuq pubblikazzjonijiet internazzjonali fl-industrija.

»Illi l-appellata *Gozo Channel* ma tikkontestax l-osservazzjoni *obiter dictum* tal-Bord segwenti:

»“In this regard, this board opines that the invitation issued by *Gozo Channel (Operations) Limited* should have been designated as a “call for interest” to participate and not as a “preliminary market consultation”.

»u aktar 'il quddiem:

»“This call for a ‘preliminary market consultation’, which in this board’s opinion was inappropriately designated as such.”

»In fatti, kif ġie spjegat fit-trattazzjoni quddiem il-bord u anke f'dan ir-risposta quddiem din l-onorabbli qorti, l-għażla għall-*preliminary market consultation* kienet waħda rakkomandata mid-Dipartiment tal-Kuntratti u dejjem motivata bl-intenzjoni ġenwina tal-appellata *Gozo Channel* li l-proċess tal-għażla jkun reklammat adegwatament u għalhekk ċertament trasparenti.

»Illi fl-isfond ta' dan kollhu u anke tal-osservazzjoni magħmula mill-bord in *obiter* huwa evidenti li l-aggravju tal-appellanti mhux ġustifikat fis-sens li l-bord ma wasalx għad-deċiżjoni li r-Regolamenti ma jipprovdux rimedji għall-*preliminary market consultation* mhux minħabba d-dicitura tar-regolament 47 tar-Regolamenti imma għaliex l-għan tal-*preliminary market consultation* sempliċiment qatt ma kien għall-esekuzzjoni tax-xogħlijiet, il-provvista ta' prodotti jew il-provvista ta' servizzi – u għalhekk mhux akkwist pubbliku u għalhekk mhux suġġett għar-Regolamenti u r-rimedji f'dawk ir-Regolamenti.

»Illi għal dawn ir-raġunijiet l-appellata *Gozo Channel* fuq dan l-aggravju tirmetti ruħha għas-savju ġudizzju ta' din l-onorabbli qorti.«

45. Il-konklużjoni tal-Bord ta' Reviżjoni li ma kellux ġurisdizzjoni – imsejsa kif kienet fuq il-premessa li dik li għamlet *Gozo Channel* ma kinitx sejha għal offerti għal akkwist pubbliku – hija, fid-dawl tal-konsider-

azzonijiet magħmula fuq, ħażina. Dak li sar kien sejha għal offerti għal akkwist pubbliku regolat bil-L.S. 174.04 u għalhekk soġġett għal dak li jgħidu u jridu r-Regolamenti, fosthom il-ġurisdizzjoni tal-Bord ta' Revizjoni li jqis oġġezzjonijiet bħal dawk magħmula minn *Virtù*. B'hekk il-qorti ma hijjex qiegħda tgħid illi l-oġġezzjoni ta' *Virtù* għandha tintlaqa', iżda biss illi l-Bord ta' Revizjoni għandu ġurisdizzjoni biex iqisha u jiddeċiedi dwarha,

46. Fadal l-aħħar osservazzjoni magħmula minn *Island Ferries*, li tgħid hekk:

»Fl-aħħar nett, f'seduta ta' madwar tmien (8) sigħat quddiem il-bord, l-istess bord kellu l-opportunità u l-benefiċċju li jisma' u jeżamina bir-reqqa diversi xhieda li tressqu minn *Virtù* u minn *Gozo Channel*, u a bażi tal-istess xhieda u tad-disposizzjonijiet tal-liġi ċaħad fis-sħiħ l-oġġezzjoni ta' *Virtù*.

»*Virtù* tinsisti tgħid li l-esponenti ma għandhiex ir-rekwiziti mitluba mill-*Gozo Channel* u li, għalhekk, l-għażla ta' *Gozo Channel* hija ħażina u għandha titwarrab.

»Qabel xejn, f'kull istanza, *Virtù* konvenjentement tagħzel li ma ssemmix li r-rekwiziti mitluba minn *Gozo Channel* huma fil-verità dawk mitluba f'pagna 2 tad-dokument intitolat "*Preliminary Market Consultation*". Fil-fatt, mhuwiex minnu li *Gozo Channel* talbet li s-sieħeb tagħha jissoddifsa r-rekwiziti tal-*PSO Tender* kollha. Li kieku kien hekk, allura l-irwol ta' *Gozo Channel* fil-*PSO Tender* kien ikun superfluwu. Fil-kors tas-smiġn quddiem il-bord, ix-xhieda mressqa minn *Virtù* stess, inkluz l-Inġinier Gutteridge, repetutament ikkonferma li l-proposta tal-esponenti kienet assolutament konformi ma' dawk il-punti indikati f'paġna tnejn. L-istess xhud jikkonferma li, inizjalment, la l-esponenti iżda lanqas *Virtù* ma kienu jissoddifaw fis-sħiħ dawn il-punti, iżda, wara li ntalbu xi kjarifiki u rettifiki, iż-żewġ parteċipanti issoddifaw dawn ir-rekwiziti. Naturalment, hekk kif jikkonfermaw ix-xhieda l-oħra, inkluz iċ-*chairman* ta' *Gozo Channel*, Joe Cordina, l-esponenti kellha l-aktar proposta attraenti u vantaġġjuza għal *Gozo Channel*, u li biha *Gozo Channel* qieset li kienet tgawdi minn posizzjoni aħjar meta tiġi biex titfa' l-offerta tagħha fil-*PSO Tender* tal-Ministeru.

»Propriu għalhekk, *Gozo Channel* għażlet lill-esponenti. Bħala fatt, l-esponenti inizjalment kienet wriet l-interess tagħha bl-entità *Islands Ferry JV*, li kienet tikkonsisti f'*Magro Group* u *Fortina Group*, dan tal-aħhar jinkludi żewġ kumpanniji ta' esperjenza kbira u twila fil-qasam marittimu u *cioè* l-grupp *Captain Morgan* u l-*Marsamxetto Steamferry Services*. Kien waqt il-kors tal-process imniedi minn *Gozo Channel* li l-

istess *joint venture* gie konvertit fis-soċjetà esponenti, b'dana li żammet l-istess interess li kellha fil-*joint venture*, u konsegwentement l-istess kapaċità tal-entitatjiet li jikkostitwuha.

»Imkien fil-kors tal-proċeduri li wasslu għall-appell odjern *Virtù* ma għiebet prova li l-esponenti ma ssoddisfatx ir-rekwiżiti mitluba mill-*Gozo Channel*. Għall-kuntrarju, ix-xhieda tal-kumitat evalwattiv kollha kkonfermaw li l-esponenti ssoddisfat daww il-punti kollha li kienu mitluba mill-*Gozo Channel* u li, kumparata mal-*Virtù*, kienet aktar attraenti u vantaġġjuza.«

47. Din il-qorti għa osservat⁶ illi ma hijiex qiegħda tgħid illi l-oġġezzjoni li *Virtù* ressqet quddiem il-Bord ta' Reviżjoni għandha tintlaqa', iżda biss illi dak il-bord għandu ġurisdizzjoni biex iqisha u jiddeċiedi dwarha. Il-kwistjoni mqanqla f'din is-silta mit-twegiba ta' *Islands Ferry* għalhekk għadha miftuħa u ma hijiex il-meritu tal-proċeduri quddiem din il-qorti iżda għandha titqies mill-Bord ta' Reviżjoni issa li gie stabilit illi dan il-bord għandu ġurisdizzjoni biex jisma' l-oġġezzjoni li ressqet *Virtù*.
48. Għal dawn ir-raġunijiet il-qorti wara li tiċhad l-eċċezzjonijiet preliminari mressqa minn *Islands Ferry* tilqa' l-appell ta' *Virtù* u għalhekk tħassar id-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni u tibgħat l-atti lura lill-istess bord biex iqis l-oġġezzjoni mressqa quddiemu minn *Virtù* u jiddeċiedi dwarha.

⁶ Para. 45, *supra*.

49. L-ispejjeż flief dawk li dwarhom għa ngħatat deċiżjoni fil-provvediment tal-14 ta' Diċembru 2018 għandhom iħallsuhom *Gozo Channel* u *Islands Ferry* f'ishma ndaqs bejniethom.

Joseph Azzopardi
President

Giannino Caruana Demajo
Imħallef

Noel Cuschieri
Imħallef

Deputat Registratur
rm