



QORTI TAL-APPELL

IMĦALLFIN

S.T.O. PRIM IMĦALLEF MARK CHETCUTI
PRESIDENT

ONOR. IMĦALLEF GIANNINO CARUANA DEMAJO

ONOR. IMĦALLEF ANTHONY ELLUL

Seduta ta' nhar it-Tnejn, 10 ta' Awwissu, 2020.

Numru 1

Appell numru 102/2020

Blue Lagoon Ferry Co-Op Limited
(Reġ n° 127); Clyde Muscat; Lawrence
Azzopardi u Ian Azzopardi

v.

L-Awtorità għat-Trasport f'Malta
u ***Comino Ferries Co-op***
Limited (Reġ n° 118);

1. Dan huwa appell ta' *Blue Lagoon Ferry Co-Op Limited*, Clyde Muscat, Lawrence Azzopardi u Ian Azzopardi ["l-Appellanti"] minn deċiżjoni tal-5 ta' Marzu 2020 tal-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi ["il-Bord ta' Reviżjoni"], imwaqqaf taħt ir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbiku [L.S. 601.03], li ċaħad talba tal-appellanti magħmula taħt ir-reg. 113 tar-Regolamenti dwar Kuntratti ta' Konċessjoni ["L.S.

601.09”] għal dikjarazzjoni ta' ineffettività ta' kuntratt ta' konċessjoni għal *ferry transport services*.

2. Il-fatti rilevanti seħħew hekk: kienet saret sejha mill-Awtorità għat-Trasport f'Malta [“l-Awtorità] għal “*proposals for a public service concession contract for the provision of passenger ferry services between Malta and Comino*”. Dokumenti relativi għas-sejha għal proposti ġew pubblikati fuq is-sistema elettroniku tad-Dipartiment tal-Kuntratti fis-27 ta' Mejju 2019 u fil-Ġurnal Uffiċjali tal-Unjoni Ewropea fid-29 ta' Mejju 2019. Il-kuntratt relativ ingħata lil *Comino Ferries Co-Op Limited* [“*Comino Ferries*”] fil-25 ta' Ottubru 2019.

3. Billi dehrilhom li dan sar bi ksur tal-liġi u tar-regolamenti applikabbli, għar-raġuni:

- »i. that this contract has been signed without following the legal procedure, without prior publication of a contract notice in the Official Journal of the European Union without this being permissible in accordance with Directive 2014/ 23/EC;
- »ii. due to the fact that ... no publication of the contract notice was made as already stated further above, interested parties were not notified through the Public Procurement Platform that the contract was awarded. For all intents and purposes at law, the time period within which one may file an objection (appeal) from the Contracting Authority's award has not yet commenced. Therefore, the contract subject matter of this application was concluded by a contracting authority with *Comino Ferries Co-Op Limited* before the expiry of the period for the filing of an appeal as provided for in regulation 106, Concession Contracts Regulations;
- »iii. whilst also breaching other provisions of EU legislation.«

l-Appellanti fit-23 ta' Jannar 2020 ressqu talba quddiem il-Bord ta' Revizjoni taht ir-reg. 113 tal-L.S. 601.09 għal dikjarazzjoni ta' ineffettività tal-kuntratt.

4. Bid-deċiżjoni tal-5 ta' Marzu 2020, li minnha sar dan l-appell, il-Bord ta' Reviżjoni iddeċieda hekk dwar l-oġġezzjoni tal-Appellanti:

»This board,

»having noted this objection filed by Mr Clyde Muscat, Mr Lawrence Azzopardi and Mr Ian Azzopardi, *Blue Lagoon Ferry Co-op* (hereinafter referred to as the Appellants) on 23 January 2020, refers to the claims made by the same Appellants with regard to the 'Request for Proposals' of reference RFP 001/2019 listed as case N^o 1427 in the records of the Public Contracts Review Board awarded by Transport Malta (hereinafter referred to as the Contracting Authority).

»... ..

»Whereby the Appellants contend that:

- »a) the 'Request for Proposal' (RFP) issued by Transport Malta should be declared ineffective for the following reasons:
 - »i. there was no prior publication of the notice of the proposal in the Official Journal of the European Union;
 - »ii. interested parties were not notified, through the Public Procurement Platform, that the contract was awarded.
- »b) The evaluation committee should have carried out the necessary investigation to establish whether the preferred bidder had the necessary 'tool of trade' policy and other necessary permits to be eligible to carry out such type of works.

»This board also noted the Contracting Authority's 'Letter of Reply' dated 31 January 2020 and its verbal submissions during the hearing held on 20 February 2020, in that:

- » a) the Authority maintains that:
 - »i. the contracts notice was published as per Directive 2014/23EC;
 - »ii. the award notice was also published through the Public Procurement Platform.

»... ..

»This board, after having examined the relevant documentation to this appeal and heard submissions made by the parties concerned, including the testimony of the witness duly summoned, opines that the issues that merit consideration are two-fold, namely:

- »a) prior publication notice of the RFP in the Official Journal of the European Union and; and
- »b) publication of award through the Public Procurement Platform.

»1. This board would respectfully refer to clause 113 (Concession Contracts) of the Public Procurement Regulations

»... ..

»2. With regard to Appellants' claim that there was no prior publication of the RFP in the European Journal, this board, after having carried out the necessary verifications, would confirm that such a prior notice was published in the Official Journal of the European Union on 29 May 2019 in edition number 103, so that such a prior publication was, in actual fact, effected by the Authority.

»3. With regard to the Appellants' claim that, in the publication process, the Authority should have applied under different European Union forms for the publication of the notice, this board, after hearing the credible testimony of tile witness, can comfortably affirm that the Authority applied the proper Common Procurement Value (CPV) code which was 60610000 and which refers specifically to ferry transport services under the European Union Directives. This board was also made aware that, under European Union system, when one enters the CPV code, which in this case was the correct one, the proper form to be used is generated automatically, so that the proper code chooses the proper form for the publication.

»4. In this particular case, the publication was properly effected by the Authority, so much so that such a prior notice was published in the European Journal included in issue of number 103.

»5. With regard to Appellants' second contention, in that the award notice was not published through the Public Procurement Platform, this board would respectfully refer to the notice of award published on 2 August 2019, through the Public Procurement Platform as follows:

»“The general public is hereby notified that *Transport Malta* made the recommendations indicated below:

»“*Tender Ref. N°: TM_RFP001/2019*

»“*Title: Request for Proposals for a Public Service Concession Contract for the provision of passenger service between Malta and Camino*

»“ *Decision: Award: Yes*

»“ *Fresh Call/Cancellation: No*

»“*Recommended Tenderer: Comino Ferries Co-OP Limited*

»“*Awarded Price exc. VAT €: € 562,258.00 for a period of 15 years*

»“*Appeals Deposit €: € 75,000.00*

»“Tenderers are informed that any objection to the decision listed above must reach the Public Contracts Review Board (PCRB) by not later than noon of 12 August 2019. Objections must be accompanied by deposit to the

amount indicated against each respective advert; otherwise will not be [sc. considered].

»“Tenderers are to note that this information does not imply any objection on the part of *Transport Malta* to actually implement any of the decisions indicated.

»“02 August 2019

»“Date.”

»The above-mentioned clause provides the necessary provision to ensure that the bidder must prove that he has enough resources for the ongoing service during the term of the contract.

»In this regard, it is affirmatively clear that the publication of the prior notice was carried out in an appropriate manner by the Authority.

»6. This board must express its dismay and somewhat surprise to learn that Appellants were prejudiced due to lack of knowledge of the publication of RFP, when one takes into consideration the fact that same Appellants had requested clarifications during the process, so that they were well aware of the existence of the contract.

»7. This board would also confirm that the whole procedure instituted and carried out by the Contracting Authority was in total conformity with provisions of domestic and European Union legislation.

»In conclusion, this board opines that:

»a) the publication of the prior notice of the RFP was appropriately effected in the Official Journal of the European Union, by the Contracting Authority;

»b) the notice of award was properly notified through the Public Procurement Platform;

»c) the whole procedure regarding the publication of the prior notice and award notice was in conformity with local and European Union Directives.

»In view of the above, this board:

» i) does not uphold Appellants' contention;

» ii) confirms that the contract is valid and effective.«

5. L-appellanti ressqw appell minn din id-deċiżjoni b'rikors tat-12 ta' Ġunju 2020 li għalih *Comino Ferries* wieġbet fis-6 ta' Lulju 2020 u l-Awtorità wieġbet fit-8 ta' Lulju 2020. L-aggravju ewlieni tal-appell huwa, effettivament, illi l-avviż tas-sejħa għal proposti ma ngħatax fil-forma u fiż-żmien li trid il-liġi.

6. Qabel ma tqis il-meritu tal-appell, iżda, il-qorti sejra tqis l-eċċezzjonijiet preliminari mressqa mill-Awtorità u minn *Comino Ferries*.
7. L-ewwel eċċezzjoni hija dik ta' dekadenza. Din l-eċċezzjoni tolqot mhux il-validità tal-appell quddiem din il-qorti iżda l-validità tal-oġġezzjoni mressqa quddiem il-Bord ta' Revizjoni fit-23 ta' Jannar 2020. Kemm *Comino Ferries* kif ukoll l-Awtorità rressqu l-eċċezzjoni, għalkemm *Comino Ferries* tgħid illi hija msejsa fuq ir-reg. 118(a)(ii) tal-L.S. 601.09 waqt illi l-Awtorità tistrieñ fuq ir-reg. 118(a)(i). Ir-reg. 118 igħid hekk:

»118. Rikorsi għall-ineffettività ta' kuntratt għandhom jitqiesu ammissibbli jekk ikunu magħmula:

»(a) qabel l-iskadenza mill-inqas tletin jum kalendarji b'effett mill-jum wara d-data li fiha:

»(i) l-awtorità kontraenti jew l-entità kontraenti pubblikat avviż ta' għoti ta' kuntratt, sakemm dan l-avviż jinkludi ġustifikazzjoni tad-deċiżjoni tal-awtorità kontraenti jew tal-entità kontraenti li tagħti l-kuntratt mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' kuntratt fil-Ġurnal Uffiċjali tal-Unjoni Ewropea; jew

»(ii) l-awtorità kontraenti jew l-entità kontraenti infurmat lill-offerenti u lill-kandidati konċernati dwar il-konklużjoni tal-kuntratt;

»(b) u f'kull każ ieħor qabel l-iskadenza ta' perjodu ta' mill-inqas sitt xhur b'effett mill-jum wara d-data tal-konklużjoni tal-kuntratt.«

8. Il-para. (a)(i) ma jgħoddx għall-każ tallum. Dak il-paragrafu jolqot il-każ fejn, qabel l-għoti tal-kuntratt, ma jkunx ingħata avviż ta' kuntratt, u għalhekk ma jkunx hemm offerenti jew kandidati ħlief dak li lillu jkun ingħata l-kuntratt. Il-każ tallum ma kienx wieħed fejn seta' validament ma jingħatax dak l-avviż. Bla preġudizzju għall-kwistjoni jekk l-avviż li ngħata kienx validu (li hija l-meritu ta' wieħed mill-aggravji tal-appell), il-każ tallum kien wieħed fejn kellu jingħata avviż u dak l-avviż ingħata

u kien pubblikat fil-Ġurnal Uffiċjali tal-Unjoni Ewropea fid-29 ta' Mejju 2019.

9. Lanqas il-para. (a)(ii) ma jolqot il-każ tallum, għax l-Appellanti ma kinux "offerenti" jew "kandidat"¹. Il-każ għalhekk jaqa' taħt ir-reg. 118(b) u t-talba quddiem il-Bord ta' Reviżjoni setgħet validament issir sa sitt xhur wara d-data tal-konklużjoni tal-kuntratt. Il-kuntratt sar fil-25 ta' Ottubru 2019 u r-rikors quddiem il-Bord ta' Reviżjoni sar fit-23 ta' Jannar 2020, anqas minn sitt xhur wara.
10. L-eċċezzjoni ta' dekadenza hija għalhekk miċhuda.
11. Tressqet ukoll eċċezzjoni ta' nuqqas ta' interess ġuridiku fl-appellanti.
12. *Comino Ferries* fissan l-eċċezzjoni hekk:

»... ..biex persuna tkun tista' tazzjona r-rimedju taħt l-artikolu 113, trid turi "interess". Għalhekk il-liġi tgħid "parti interessata" u mhux sempliciment "parti". Dan l-interess kellu jiġi ippruvat mill-appellanti, u kellu jiġi integrat u kostitwit mhux b'sempliċi interess ipotetiku jew akkademiku, imma bi prova li l-parti attriċi soffriet ħsara minħabba n-nuqqas allegat.

»... .. il-bord osserva korrettement li l-appellanti kienu lkoll konoxxenti dwar is-sejha mertu tal-każ, tant li talbu bosta kjarifiki mingħand l-Awtorità kontraenti. Konsegwentement, ikkonkluda korrettement il-bord, l-appellanti ma soffrew ebda preġudizzju anke *datum sed non concessum* li ġie pubblikat avviż b'ieħor, kif qed isostnu huma.

»Illi dwar din il-parti tad-deċiżjoni, l-appellanti jargumentaw li l-element ta' preġudizzju ma kellux jitqies neċessarju sabiex jintegra l-azzjoni tagħhom. Sussidjarjament, isostnu li n-nuqqas tal-Awtorità li tippubblika l-avviż korrett minnu nnifsu kkawżalhom preġudizzju (però ma jispjegawx kif), u li f'kull każ huma jinsabu ċerti li kien hemm min ma pparteċipax fis-sejha minħabba dan in-nuqqas (mingħajr ma jgħidu min).

»Għalhekk biss, l-azzjoni tagħhom tfalli.

¹ Ir-reg. 2 tal-L.S. 601.09 igħid illi »"kandidat" tfisser operatur ekonomiku li jkun wieġeb għal stedina jew li jkun ġie mistieden jieħu sehem fi proċedura tal-għoti ta' konċessjoni«.

»L-esponenti tirribadixxi li l-liġi stress tikkwalifika l-parti li tista' tazzjona l-artikolu 113(2) bħala "parti interessata". L-interpretazzjoni tal-appellanti tirrendi l-kelma "interessata" superfluwa, u interpretazzjoni li twassal għal dak ir-riżultat ma tista' qatt tkun interpretazzjoni tajba. L-appellanti kellhom juru li għandhom interess ġuridiku sabiex iressqu din l-istanza, u dak l-interess jista' biss jiġi integrat billi juru li n-nuqqas allegat minnhom wassal sabiex huma jgarrbu xi ħsara jew preġudizzju. Din il-prova l-appellanti ma għamlu hiex, u wisq inqas tista' titqies li saret f'din l-istanza permezz tal-konġetturi u ipoteżijiet esposti fir-rikors tal-appell.«

13. L-Awtorità fissret l-istess eċċezzjoni hekk:

»Illi l-appellanti kienu totalment estranji waqt li l-konċessjoni kienet miftuħa. Ma kinux offerenti, u l-unika attività li kellhom kienet waħda singolari, fejn kienu talbu xi kjarifika.

»Illi għalhekk wieħed jrid jara jekk fil-verità l-appellanti għandhom jitqiesu bħala parti interessata. Mill-*iter* proċesswolt jirriżulta biss li l-appellanti, jew min minnhom, kienu sempliċiment fi stadju wieħed talbu xi kjarifika. Hemm beda u ntemm l-unika azzjoni li kienet. [D]an l-hekk imsejjaħ 'interess' huwa ferm lillhinn minn dan li l-grati tagħna dejjem irrikonoxxu bħala l-interess ġuridiku rikjest biex wieħed jippromwovi azzjoni. Tant kemm hija wiesgħa d-definizzjoni li qegħdin jipproponu l-appellanti li għabu din l-azzjoni daqs li kieku kienet xi *actio popularis!*

»Illi għalhekk ukoll, dan ir-rekwiżit huwa nieqes u allura wkoll l-azzjoni odjerna għandha tiġi mwarrba.«

14. L-Appellanti jfissru l-interess tagħhom hekk:

»Illi fil-konsiderazzjonijiet tiegħu l-bord ikkonkluda illi l-esponenti ma sofrew ebda preġudizzju għal darbha huma talbu kjarifika waqt il-proċess u għalhekk kienu jafu bl-eżistenza tas-sejha *de quo*. Bid-dovut rispettt din il-konsiderazzjoni ma għandhiex mis-sewwa u dana peress li ... l-formalitajiet tal-pubblikazzjoni huma ta' ordni pubblika u komunitarja u anke jekk wieħed kellu jikkonkludl illi l-esponenti ma sofrewx preġudizzju dan l-istat ta' fatt ma jissanax il-proċeduri tal-pubblikazzjoni.

L-artikolu 113 tar-Regolamenti dwar Kuntratti ta' Konċessjoni ... jagħti l-fakultà lill-persuni interessati u kif ukoll lill-offerenti kollha li jkun ipparteċipaw fis-sejha li jipprezentaw rikors b'talba sabiex kuntratt ta' konċessjoni jiġi dikjarat ineffettiv. Offerent ikollu konjizzjoni tas-sejha aktar minn persuna interessata *stante* li ma jitlobx sempliċi kjarifika hekk kif għamlu l-esponenti iżda ikun saħansitra ipparteċipa bis-sħiħ billi jkun issottornetta l-offerta tiegħu. B'hekk il-fatt li l-appellanti kienu jafu li kien hemm is-sejha għall-proposti ma jxejjen bl-ebda mod il-proċedura odjerna.

»Illi l-element ta' preġudizzju ma huwiex rekwiżit sabiex it-talba għall-ineffettività ta' kuntratt tiġi milqugħa. L-artikoli 113 *et seq.* tar-Regolamenti dwar Kuntratti ta' Konċessjoni mkien ma jesigū li r-

rikorrent irid isofri xi preġudizzju u għalhekk japplika l-prinċipju *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Illi dan a differenza mill-proċedura ta' appell minn deċiżjonijiet meħuda wara d-data tal-għeluq għall-preżentazzjoni ta' offerta hekk kif ikkontemplata tażt l-artikolu 106 fejn il-liġi testendi l-fakultà ta' appell lill-persuni li ssirilhom ħsara jew li jirriskjaw li ssirilhom ħsara bl-għoti ta' kuntratt, rifjut ta' offerta jew tħassir ta' sejha għal offerta.

»Illi mingħajr preġudizzju għas-suespost l-esponenti jikkontendu illi n-nuqqas tal-Awtorità li timxi mal-liġi pertinenti jikkawża minnu nnifsu preġudizzju fil-konfront tal-appellanti.

»Illi *di più*, jingħad illi n-nuqqas tal-awtorità kontraenti żgur li wassal sabiex terzi persuni ma ipparteċipawx fis-sejha u dan peress li d-dettalji tal-konċessjoni kien mistur għalihom. Dan jixhdu l-fatt li għas-sejha saret offerta waħda biss. Dan l-istat ta' fatt holoq vantaġġ favur l-offerenti appellati.«

15. Il-fatt li r-reg. 113 innifsu jgħid illi rikors għal dikjarazzjoni ta' ineffettività ta' kuntratt jista' jitressaq minn "parti interessata jew offerent" juri illi mhux biss min ikun tefa' offerta jitqies li għandu l-interess meħtieġ. Ukoll ir-reg. 118, li jikkontempla termini differenti għal rikors magħmul minn offerent jew minn kandidat u rikors magħmul "f'kull każ ieħor", ikompli juri illi biex parti tista' titqies li jkollha interess mhux bilfors trid tkun offerent jew kandidat. Li hu meħtieġ hu li l-parti li tressaq ir-rikors turi x'inhu l-vantaġġ li qiegħda tfittex li tikseb, jew x'inhu l-ħsara li qiegħda tfittex li tevita, bit-talba tagħha.
16. Fil-każ tallum l-Appellanti kien ikollhom l-interess li trid il-liġi li kieku, ukoll jekk ma tefgħux offerta, seħħilhom juru li dan kien minħabba fin-nuqqasijiet fil-forma tal-avviż, li fuqu qegħdin isejsu l-appell. Madankollu waqt is-smiġħ tal-appell stqarrew illi ma kinitx dik ir-raġuni għala ma tefgħux offerta: ir-raġuni kienet li ma felhux jagħmlu l-investiment kapitali meħtieġ biex jistgħu jwettqu l-kuntratt. Ukoll li kieku l-avviż ingħata kif jidhrilhom huma li kellu jingħata, xorta ma kinux jifgħu offerta.

17. Qalu wkoll illi jekk il-kuntratt lil *Comino Ferries* jithalla jkollu effett, huma ma jkunux jistgħu jkomplu jagħtu servizz ta' trasport bil-baħar bejn Malta u Kemmuna. Dan, iżda, ikun il-każ ukoll jekk il-kuntratt jingħata validament, mingħajr l-irregolaritajiet li l-Appellanti jallegaw li kien hemm fl-avviż. L-Appellanti kienu jkunu jistgħu jkompu jagħtu dak is-servizz li kieku tefgħu offerta u ntlaggħet. Il-fatt illi, għal raġunijiet li ma għandhomx x'jaqsmu mal-aggravji tal-appell, għażlu li ma jifgħux offerta jfisser illi, f'kull każ, ma jistgħux ikompu jagħtu dak is-servizz, ladarba fost il-kondizzjonijiet tas-sejha hemm dik li s-servizz jingħata esklużivament mill-konċessjonarju li lili jingħata l-kuntratt².
18. L-Appellanti jgħidu wkoll illi, li kieku l-avviż tas-sejha ma kellux in-nuqqasijiet li jgħidu li għandu, kieku forsi ma kienx ikun hemm oblatur wieħed biss – *Comino Ferries* – iżda forsi kienu jithajru oblaturi oħra. Apparti l-fatt illi din hija biss allegazzjoni gratuwita, ma ntwerix li dan kien jaħgmel differenza għall-posizzjoni tal-Appellanti, ladarba xorta l-konċessjonarju magħżul, ukoll jekk ma jkunx *Comino Ferries*, kien ikollu l-esklużività. Kien ikun mod ieħor li kieku e.g. l-Appellanti wrew li oblatur potenzjali kien mhux biss jiffa' offerta li kieku l-avviż tas-sejha ma ngħatax bin-nuqqasijiet li l-Appellanti jaraw fih, iżda wkoll li kien ikun dispot jagħti sub-appalt lill-Appellanti, iżda ma tressqet ebda prova ta' hekk.
19. Fil-fehma tal-qorti, għalhekk, ma ntwerix illi l-Appellanti setgħu jitqiesu "parti interessata" għall-għanijiet tar-reg. 113 tal-L.S. 601.09.

² Section 4 – Terms of Reference, §1.4 tad-dokument tas-sejha għal proposti.

20. Il-qorti għalhekk ma tqisx aktar l-appell u teħles lill-Awtorità u lil *Comino Ferries* mill-ħarsien tal-gudizzju. L-ispejjeż ta' dan l-episodju jħallsuhom l-Appellanti.

Mark Chetcuti
President

Giannino Caruana Demajo
Imħallef

Anthony Ellul
Imħallef

Deputat Reġistratur
rm