



QORTI TAL-APPELL

IMĦALLFIN

S.T.O. PRIM IMĦALLEF MARK CHETCUTI
ONOR. IMĦALLEF GIANNINO CARUANA DEMAJO
ONOR. IMĦALLEF ANTHONY ELLUL

Seduta ta' nhar l-Erbgħa, 17 ta' Marzu, 2021.

Numru 17

Appell numru 12/2021/1

Vivian Corporation Limited (C68)

v.

- i. Central Procurement and Supplies Unit**
- ii. Alfred Gera & Sons Limited (C120)**
- iii. Pemix Distributors Limited (C51137) *qua* parti involuta fil-proceduri quddiem il-Bord**
- iv. Cherubino Limited (C3677) *qua* parti involuta fil-proceduri quddiem il-Bord**

1. Dan huwa appell ta' *Vivian Corporation Limited* ["*Vivian*"] jew "l-appellanti"] minn deċiżjoni tad-29 ta' Diċembru 2020 tal-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi ["il-Bord ta' Reviżjoni"], imwaqqaf taħt ir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbiku ["L.S. 601.03" jew "ir-Regolamenti"], li ċaħad talba tagħha, magħmula taħt ir-reg. 262 tal-L.S. 601.03, għal rimedju qabel id-data tal-għeluq ta' sejħa għal kompetizzjoni.

2. Il-fatti rilevanti seħnew hekk: kienet saret sejha mis-*Central Procurement and Supplies Unit* [“l-awtorità kontraenti”] għal offerti għall-provvista ta’ *ready made feeds for preterm and newborn babies*. Is-sejha hija maqsuma fi tnejn: waħda għal trabi li jitwiieldu qabel il-waqt u oħra għal trabi mit-twelid sa sitt xhur. Il-kriterju għall-għażla kellu jkun biss il-prezz li, fil-fehma tal-appellanti, ifisser illi prodott wieħed biss jista’ jintgħażel għal kull sejha. Dan, tgħid l-appellanti, irażżan il-kompetizzjoni għax jagħti vantaġġ ingust fis-suq lill-oblatur li jintgħażel il-prodott tiegħu għax l-ommijiet li wliedhom ikunu ngħataw minn dak il-prodott sakemm ikunu għadhom l-isptar wara li jwelledu x’aktarx illi jkomplu jixtru minnu fix-xhur wara li joħorġu mill-isptar. Dan iwassal biex prodotti tal-kompetituri jiġi “emarginati”, b’effett ħażin fuq is-suq.
3. L-appellanti għalhekk b’rikors tal-11 ta’ Novembru 2020 magħmul taħt ir-reg. 262 tal-L.S. 601.03, wara li osservat illi sejha preċedenti għall-istess prodott kienet tħassret wara li xi oblaturi għamlu offerti baxxi b’mod anormali, talbet illi l-Bord ta’ Revizjoni:
- »a. orders that file in Case 1400 mentioned above¹ forms part of these proceedings and that the evidence collected in that case constitutes evidence in this present case;
 - »b. orders CPSU to modify, amend and/or vary the 2020 Tender² such that multiple brands are purchased at a fixed reasonable price to be determined after a market study;
 - »c. in the alternative and if demand b. is not upheld, orders the cancellation of the 2020 Tender and directs CPSU to consider its recommendation that multiple brands are purchased at a fixed reasonable price to be determined after a market study in any eventual re-issue of the procurement procedure;
 - »d. refunds the applicant the deposit paid with this application. «

¹ Il-każ fejn kienu saru offerti baxxi.

² Il-każ li dwaru sar l-appell tallum.

4. Il-Bord ta' Revizjoni iddeċieda hekk:

»This board, having noted this “Call for Remedy Prior to the Closing Date of Competition” filed by *Vivian Corporation Ltd* (hereinafter referred to as the Appellants) on 11th November 2020, refers to the claims made by the same Appellants with regard to the tender of reference CFT 019-1174/20 listed as case n^o 1522 in the records of the Public Contracts Review whereby the Appellants contend that:

- »a. reference should be made by PCR, to the tender issued in 2019 so that the board would take into consideration certain issues relative to this appeal;
- »b. the fact that the tender is requesting only one brand of the product does lead to an unfair advantage in the private market for the successful economic operator. In this regard, Appellants contend that such an instance will eventually lead to the dropping off of competing bidders that can participate in future and thus result in lack of genuine competition;
- »c. the tender document should be formulated so as to request the various brands of the product on the market so that, the consumer at the hospital will have a choice of their own.

»This board noted the submission made by *Alfred Gera and Sons Ltd*, an interested party.

»This board also noted the Contracting Authority’s “letter of reply” dated 17th November 2020 and its verbal submissions during the virtual hearing held on 14th December 2020, in that:

- »a. the Authority maintains that, this is a completely new tender so that, it objects to any reference being made to the tender published in 2019;
- »b. with regard to Appellants’ second grievance, the authority insists that the tender document is not restrictive to open competition. In this regard, any of the available products on the market, can compete without any restrictive measures being imposed;
- »c with regard to Appellants’ third contention, the Authority claims that it does not have the administrative structure and methodology necessary to make available all the brands available on the market to ensure genuine freedom of choice and eradication of waste of products.

»This same board also noted the testimony of the witnesses

»This Board, after having examined the relevant documentation to this “call for remedies” and heard submissions made by all the interested parties including the testimony of the witnesses duly summoned, opines that the issues that merit consideration are three-fold namely:

- »a) reference to issues of tender 2019³;
- »b) tender requesting one brand of product;
- »c) availability to all brands of the product in hospitals.

³ Case 1400 dwar offerti baxxi, imsemmi fuq.

- »1. Reference to tender issued in 2019
- »1.1 With regard to Appellants' first contention this board would respectfully point out that the issues raised in Appellants' objection relate directly to this particular tender so that all considerations and treatment of appeal will be directly related to this tender without any reference to previous issues relating to any other tenders.
- »1.2 This board also respectfully points out that it had dealt with the issues raised in the appeal pertaining to the tender issued in 2019 and the decision thereto does not, in any particular way whatsoever, relate to the issues being raised now by the appellants. This appeal relates to a new tender having different parameters and is not to be considered as a continuation of the previous tender issued in 2019.
- »2. One brand of product
- »2.1 Appellants' second contention relates to the alleged fact that, since only one brand of the product will be successful for the supply to hospitals, same product will have an unfair advantage in the private open market and such a situation will enhance the possibility of the dropping off of economic operators which eventually will lead to a lack of genuine competition.
- »2.2 The product being offered by [*recte*, to] the Authority consists of a "ready-made feed" for preterm and new-born babies. From the submission made and testimony of Mr Yan Grima, pharmacist, employed with Appellants' company, it was established that such a tendered product will be in liquid form and will usually be consumed at the hospitals for two or three days, under normal childbirth conditions. At the same instance, this board was also made aware by the same witness that, once [*sc.* the babies are] discharged from hospital, the feeds available for new-born babies are all in powder form.
- »2.3 In this particular case, Appellants and the interested parties are claiming that the tender document is requesting only one brand out of the products available on the open market and in this respect it is limiting competition by giving an unfair advantage to the successful bidder on the private market for the same product.
- »2.4 The arguments brought forward by the Appellants and the interested parties centred around the fact that the tender is restricting the scope of open competition for the unsuccessful products on the private market and this board will treat such an issue based on facts and submissions made during this hearing.
- »2.5 This board will also point out that the Authority has every right to stipulate certain technical specifications and conditions which it deems appropriate to achieve the desired results. The tender issued by the Authority is a normal call for the supply of a particular product used in hospitals on new born babies for a very short period of time. From the submissions of the

witnesses, such a stay in hospital does not exceed three days, under normal conditions.

»2.6 The tender document itself allows any bidder to participate without any restrictions and open competition is vividly present. Furthermore, the technical specifications and the conditions stipulated therein do not indicate any advantage to a particular product that is available on the market. However, Appellants' concern, in this respect, is the ripple effect of the unsuccessful products on the private market.

»2.7 In this regard, this board opines that the tender document does not, in any particular way, distort competition as it is open to all potential economic operations without any restrictions or advantages to any product that is available on the market.

»3 Availability of choice of brands

»3.1 Appellants are claiming that, since the Authority requested one brand of the product, the unsuccessful products will have a negative ripple effect on the private market so that an equitable solution would be for the Authority to allow the mothers to have a choice of the various brands available during their brief stay at the hospital.

»3.2 This board cannot but commend such a proposal; however, one must also weigh the balance between ideals and practicality. In this regard, this board opines that, to implement such a choice of brands, the Authority must have the necessary administrative procedures in place to ensure that there will be genuine freedom of choice thus suppressing abuses. It should also be pointed out that the introduction of choice of brands in hospitals will create additional administrative stress and pressure on medical staff that can be utilised on more professional duties. From the submissions made by the Authority it is not in an ideal situation to implement such a choice of brands for liquid feeds for newborns.

»3.3 This board also takes into consideration the fact that, under normal circumstances, the duration of stays in hospitals is two or three days, so that, once discharged from hospital, the mother can choose any other brand available on the market.

»In conclusion, this board opines that,

»a) the technical specifications and conditions as stipulated in the tender document do not breach any of the regulations contained in the Public Procurement Regulations;

»b) the tender specifications do not restrict the scope of open competition nor do they favour any particular brand of the product available on the open market;

»c) the duration of the stay in hospital is too short to dictate the brand which is most suitable for the baby so that the same brand used in hospital will not necessarily rubber stamp the same brand once released from hospital;

- »d) the Authority does not have the administrative mechanism to implement a choice of baby feeds at the hospitals at present; however, such a proposal should not be shelved but rather considered for future tenders once the hospital administration can administer such a choice.
- »In view of the above, this board:
 - »i. confirms that the technical specifications and conditions, as stipulated in the tender dossier, do not restrict in any manner open competition and they do not favour or give any advantage to any particular brand of the products available on the market;
 - »ii. upholds the fact that, at present, the Authority does not possess the administrative set-up and monitoring methodology necessary to introduce a choice of brands of the product. Moreover, through such an introduction, the Authority must ensure that, once in operation, there will be a genuine freedom of choice without any abuses and, in this regard, such an innovation will create undue additional burden on the hospital administration;
 - »iii. does not uphold the fact that reference should be considered by this board to the previous tender issued in 2019. This is a new tender and all the issues treated by this board refer to the tender issued on 30th October 2020;
 - »iv. directs the Authority to resume the tendering procedure;
 - »v. directs that the new closing date of this tender will be the 18th January 2021;
 - »vi. directs that an amount of €300 be refunded from the deposit paid by Appellants.«

5. *Vivian* rressqet appell minn din id-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni b'rikors tat-18 ta' Jannar 2021. Għal dan ir-rikors wiegħbu *Cherubino Limited* fit-2 ta' Frar 2021 u l-awtorità kontraenti fil-5 ta' Frar 2021.

6. Fir-rikors tal-appell *Vivian* talbet illi l-qorti (i) tħassar id-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni, (ii) tordna li jintraddulha l-mitt euro (€100) li fadal mid-depożitu li ħallset biex rressqet ir-rikors quddiem il-bord, u (iii) tordna li titħassar is-sejħa għal offerti. Fl-ewwel aggravju tgħid illi s-sejħa għal offerti hija "inkompatibbli mal-liġi" u tkompli tfigħer l-aggravju hekk:

»... .. is-soċjetà appellanti tissottometti li dan l-aggravju huwa l-qofol ta' dan ir-rikors tal-appell fis-sens li d-deċiżjoni tal-bord hija waħda deliberatament superfiċjali li ħadet it-*tender* in kwistjoni *at face*

value u ma sabet xejn strettament hażin fih għaliex skont il-bord it-*technical specifications* għall-prodotti nfishom ma jiddiskriminawx bejn marka u oħra tal-*infant formula* in kwistjoni.

»Illi filwaqt li mhux kontestat li t-*technical specifications* tat-*tender* huma miktubin b'tali mod li l-konkorrenza għall-kuntratt pubbliku hija miftuħa għall-marki tal-ħalib li hemm preżenti fis-suq, il-bord naqas milli jddentifika l-illegalità inerenti fih u jikkundanna l-ħsara li dan it-*tender* qed jikkağuna lil varji konkorrenti fuq is-suq liberu u privat.

»... ..

»Illi b'referenza għall-baži legali tar-rimedju mitlub mis-soċjetà appellanti quddiem il-bord u issa quddiem din l-onorabbli qorti huwa preċiżament dan: li t-*tender* kif mahrug "*is in violation of any law or is likely to violate a particular law if it is continued*" ai termini tar-Regulation 262(1)(e) tar-Regolamenti

»... ..

»Illi, kif ser jiġi spjegat taħt it-tieni aggravju, dan it-*tender* li jallokka l-provvista tal-*infant formula* fl-isptar lil impriża waħda u marka waħda, minflok sistema fejn aktar minn marka waħda tal-*infant formula* tkun preżenti fl-isptar, għandu konsegwenzi serji fis-suq privat tal-*infant formula*. Illi dan jirriżulta minħabba l-karatteristiċi partikolari ta' dan il-prodott u l-*consumer behaviour* tal-omm li tibqa' tuża dik il-marka li ġiet offruta lilha fl-isptar wara li toħroġ mill-isptar, U sabiex l-omm timminimizza kull riskju li jista' jiġri lit-tarbija tagħha (tenut kont tal-fragilità tat-tarbija u l-vulnerabilità tal-omm fejn tidhol it-tarbija tagħha) hija ma tazzardax tbiddel il-marka tal-*infant formula* jekk it-tarbija tkun sejra tajjeb biha.

»Illi din il-konsegwenza tagħti vantaġġ lill-oblatur rebbieħ fil-provvista tal-prodott tiegħu fis-suq privat, filwaqt li tikkawża *foreclosure effect* fuq dawk l-oblaturi l-oħra li ma jintgħażlux, b'detriment għall-*consumer welfare*.

»Illi ħsara oħra li jġib miegħu *tender* bħat-*tender* odjern hija li impriża, ġaladarba tagħraf li (i) s-suq privat jista' faċilment jiġi monopolizzat jew iddominat jekk jintrebaħ it-*tender* tal-gvern u (ii) l-introjt tant lukrittiv fil-fatt qiegħed fis-suq privat u mhux derivat mit-*tender* tal-gvern, jaqbilha tissottometti prezz baxx ħafna għat-*tender* tal-gvern u dan dejjem jekk tkun finanzjarjament b'saħħitha biżżejjed. Dan ħareġ evidenti mill-2019 *tender* mertu tal-każ 1400 quddiem il-bord fejn ġew sottomessi offerti finanzjarji ridikoli ta' € 0.01 u € 0.10 għal kull flixxun meta dawn il-prodotti jiswew ħafna u ħafna iżjed minn hekk.

»Illi spjegati dawn l-effetti negattivi tat-*tender* fuq is-suq privat, joħroġ biċ-ċar li t-*tender* minnu innifsu huwa intrinsikament illegali billi fi kliem Sanchez-Graells⁴ ma jiproteġix il-kompetizzjoni bhala istituzzjoni iżda qiegħed ikkissirha fejn jidhol dan is-suq u qed joħloq *an anti-competitive distortive effect* qawwi bejn il-kompetituri fuq is-suq privat. Jiġifieri l-konsegwenzi ta' dan it-*tender* qed imur djametrikament fid-direzzjoni opposta ta' dak li jppriedka Sanchez-Graells li "*competition requirements should be understood as determining that public*

4

A. Sanchez-Graells, *Competition Law and Public Procurement* in JA Moreno Molina & E Diaz Bravo (eds), *Contratación Pública Global: visiones comparadas* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2020).

procurement rules have to be designed and implemented in such a way that existing competition is not distorted” u li “public procurement rules cannot generate distortions in the dynamic competitive processes that would take place in the market in their absence”.

»... ..

»Illi l-bord, bħall-appellata CPSU naqas li japprezza n-nexus integrali bejn *competition policy* u l-liġi dwar il-kompetizzjoni (li wkoll huma mħaddnin fuq livell nazzjonali kif ukoll Ewropew) u d-dritt dwar l-akkwist pubbliku u għalhekk il-bord għamel apprezzament ħażin tal-liġi rilevanti.«

7. Fit-tieni aggravju mbagħad l-appellanti tkompli tfisser għala l-għoti ta' kuntratt lil oblatur wieħed iwassal għal distorsjoni fil-kompetizzjoni u l-ħolqien ta' sitwazzjoni li toqrob lejn monopolju:

»... .. il-bord injora l-opinjoni esperta u anke studjata tad-Direttur Ġenerali tal-Kompetizzjoni li anzi sab f'żewġ investigazzjonijiet separati li t-tendenza hija li l-omm ma tbiddilx il-marka tal-ħalib meta jingħata fl-isptarijiet tal-gvern u għalhekk l-istess Direttur Ġenerali ikkonkluda li l-marka li tirbah it-*tender* ikollha vantaġġ kbir fuq il-marki l-oħra fis-suq privat meta l-omm toħroġ mill-isptar, tant li jista' jkollha l-effett li jiġu esklużi barra mis-suq il-kompetituri l-oħra bi ħsara għall-*consumer welfare*.

»Illi Godwin Mangion, Direttur Ġenerali tal-Kompetizzjoni fi ħdan l-Uffiċċju tal-Kompetizzjoni *fl-Malta Competition and Consumer Affairs Authority* fix-xieħda tiegħu fis-seduta spjega hekk:

»“Li kien ħareġ mill-ewwel investigazzjoni tagħna u rajna wkoll aħna xi studji saru f'pajjiżi oħra, kien joħroġ li min jirbaħ it-*tender*, li jwelledu u ma jmorrux għall-*breast feeding* imma jmorru għat-trab tal-ħalib, hemm ċans kbir li jibqgħu jużaw l-istess ditta ta' ħalib li huma jkunu qed jużaw l-isptar. Allura li kien qed jiġri huwa li f'moħħ l-omm hija li dak il-ħalib huwa importanti li ma tbiddlux u allura kif joħorġu mill-isptar jibqgħu l-istess jużaw l-istess ditta ta' ħalib li huma kienu jużaw f'dik il-ġurnata jew tnejn li kienu l-isptar. Allura f'dak il-każ imbagħad kienet tkun daqxajn diffiċli biex ditti oħrajn jidhlu fis-suq speċjalment hawnhekk fejn riklami ma jistgħux isiru. Dak li jkun bħala ġenitur jirraġuna li l-ħalib jaqbel mat-tarbija tiegħi, jiena nibqa' nuża l-istess ħalib sakemm ma jkunx hemm xi *adverse reactions* u minħabba f'hekk imbagħad forsi jirriżulta li dak li jkun ibiddel id-ditta tal-ħalib li jkun qed juża meta kien l-isptar.

»“... ..”

»“Aħna sussegwentement konna għamilna *market study*, jiġifieri konna qed naraw is-suq kif qed jaħdem u fil-fatt konna tlabna l-informazzjoni lis-*suppliers* li hemm fis-suq u fil-fatt jidher li jikkombaw dan it-teżi, jiġifieri min jirbaħ it-*tender* u jkun hemm *supplier* wieħed, hemm ċans li ser jiggwadanja fis-suq sekondarju.”

»... ..

»Illi, fi ftit kliem, ir-realtà li din l-onorabbli qorti għandha quddiemha u li s-soċjetà appellanti, flimkien ma' impriži oħra, qed iħabbtu wiċċhom magħha hija li dik il-marka li tirbañ it-*tender* maħruġ mill-gvern, u għalhekk ikun l-uniku fornitur fuq is-suq pubbliku, awtomatikament u *by default* għandu introjtu garantit mis-suq privat. Dan minħabba s-segwenti fatti li ġew pruvati quddiem il-bord:

- »a. 99.1% tat-trabi mwielda f'Malta jitwiellu fi sptarijiet tal-gvern;
- »b. *on average* 50% tal-ommijiet jibdew *breast feeding* u 50% oħra jibdew il-*bottle*. Jiġifieri r-rata hija pjuttost għolja ta' *babies* li jibdew *bottle* u t-tendenza ta' *bottle* iktar qed tikber iżjed ma jgħaddi ż-żmien;
- »ċ. fl-isptarijiet tal-gvern hemm marka waħda biss preżenti u dan minħabba li t-*tenders* li toħroġ is-*CPSU* għallinqas mis-sena 2014 jagħżlu marka waħda biss u dan skont liema offerta tkun l-orħos;
- »d. għal din ir-raġuni, ommijiet li jkunu welldu fl-isptarijiet tal-gvern ma jkollhomx għażla bejn marka u oħra u lit-tarbija tinghata dik il-marka li tkun rebħet it-*tender*;
- »e. la darba tarbija tkun bdiet b'marka partikolari ta' *infant formula*, ma hemmx tendenza li l-omm tbiddel il-marka la toħroġ mill-isptar u tmur tixtri l-istess *infant formula* mis-suq privat;
- »f. fl-aħħarnett, ir-reklamar tal-*infant formula* huwa projbit bil-liġi u, kif spjega d-Direttur Ġenerali tal-Kompetizzjoni: "allura f'dak il-każ imbagħad kienet tkun daqsxejn diffiċli biex ditti oħrajn jidhlu fis-suq, speċjalment hawnhekk fejn riklami ma jistgħux isiru.«

8. L-awtorità kontraenti wieġbet hekk:

»Illi l-awtorità kontraenti fl-ewwel nett itteni li l-kompetenza tal-bord hija preċiżament dik li jassigura li l-kuntratti pubbliċi ma jmorrux kontra r-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku u dan billi f'dan il-każ jassigura li s-suq pubbliku in kwantu għas-sejħiet pubbliċi għall-kuntratti pubbliċi jkun miftuħ għal kullhadd u li ma jkunx hemm limitazzjoni fis-suq pubbliku.

»Illi l-argumenti kollha tal-appellanti u kif ukoll tal-partijiet interessati huma kollha rigward is-suq privat u kollha ibbażati fuq assunzjonijiet li omm tibqa' tuża l-prodott li ntuża ġewwa l-isptar.

»... ..

»Illi l-argumentazzjoni u kwotazzjoni tad-Direttiva 2014/24/EU li parti minnha ġiet riprodotta fl-appell għandu jiġi interpretat kif effettivament ried il-leġislatur u mhux kif qed jipprovaw jargumentaw l-appellanti u dan billi d-Direttiva tgħid:

»"The award of public contracts by or on behalf of Member States' authorities has to comply with the principles of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and in particular the free movement to provide services, as well as the principles deriving therefrom, such as equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency. However, for public contracts above a certain value, provisions should be drawn up coordinating national procurement procedures so as to

ensure that those principles are given practical effect and public procurement is opened up to competition.”

»Illi l-mod kif ġiet magħmula s-sejha in kwistjoni tikkonforma kompletament mad-Direttiva citata da parti mill-appellanti u dan billi ma hemm l-ebda limitazzjoni ta' kompetizzjoni jew xi forma ta' restrizzjoni fuq is-suq liberu, u dan kif effettivament jitolbu r-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku (*Public Procurement Regulations*).

»Illi *in vista* ta' dan, dan l-aggravju wkoll huwa infondat fil-fatt u fid-dritt u konsegwentement għandu jiġi miċħud fl-intier tiegħu.

»Illi s-soċjetà appellanti tallega wkoll li hemm tendenzi tal-konsumatur fis-suq u l-ħsara fuq is-suq privat u s-suq pubbliku, li ommijiet ikomplu jixtru l-istess prodott li ntuża ġewwa l-isptar.

»Illi l-esponenti awtorita kontraenti ssostrni li dan mhux minnu, u dan billi ma hemm l-ebda provi li min jirbaħ is-sejha se jkun qiegħed jirbaħ is-suq privat billi l-ommijiet imorru jixtru l-istess prodott, u/jew li ħa jkun hemm kaġun ta' ħsara fuq is-suq privat u s-suq pubbliku.

»Illi s-soċjetà appellanti ma għabiet l-ebda prova li verament turi li tali aġir mill-ommijiet effettivament isir

»Illi in kwantu għax-xhud Godwin Mangion⁵, din l-onorabbli qorti għandha tqis jekk effettivament huwa minnu li s-sejha in kwistjoni qiegħda tillimita l-kompetizzjoni jew jekk hijiex konformi mar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku.

»... ..

»Illi hawnhekk jirriżulta b'mod ċar, u wara li l-awtorità kontraenti kienet kostretta tixtri l-prodott mertu tas-sejha minn fornitur barra minn Malta, ma kien hemm l-ebda restrizzjoni jew effett negattiv fuq is-suq Malta.

»Prova aħjar minn dan effettivament ma' tistax tingieb u għalhekk tali argument imqajjem mis-soċjetà appellanti ma jistax jiġi aċċettat u konsegwentement dan l-aggravju għandu jiġi miċħud.«

9. Kif jidher minn din it-tweġiba, l-argumenti tal-awtorità kontraenti huma effettivament tnejn: i. illi “l-kompetenza tal-bord hija preċiżament dik li jassigura li l-kuntratti pubbliċi ma jmorrux kontra r-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku u dan billi f'dan il-każ jassigura li s-suq pubbliku in kwantu għas-sejħiet pubbliċi għall-kuntratti pubbliċi jkun miftuħ għal kullħadd u li ma jkunx hemm limitazzjoni fis-suq pubbliku” – fi kliem ieħor illi l-Bord ta' Reviżjoni, u konsegwentement ukoll din il-qorti, għandu kompetenza biss biex jara li l-proċess tas-sejha jkun miftuħ

⁵ Id-Direttur Ġenerali tal-Kompetizzjoni.

għal kulhadd u għalhekk għandu jqis biss l-effett tas-sejha fuq is-suq pubbliku u mhux ukoll fuq dak privat; u ii. f'kull każ ma ntweriex li kien hemm xi effett anti-kompetitiv fuq is-suq privat. L-ewwel argument huwa essenzjalment legali u t-tieni wieħed dwar kwistjoni ta' fatt.

10. Jingħad qabel xejn illi ma hemm ebda kontestazzjoni illi s-sejha nfisha hija kompatibbli mal-ħtieġa li tkun miftuħa għall-operaturi ekonomiċi kollha fil-qasam relevanti; ma hemm ebda kwistjoni li fil-kuntest tas-sejha speċifika, u fl-akkwist tal-prodott speċifiku mill-awtorità kontra-enti, hemm elementi anti-kompetitivi.
11. Għalkemm jidher illi l-Bord ta' Reviżjoni effettivament illimita l-iskrutinju tiegħu għal dan l-aspett, ma kienx dan l-ilment tal-appellanti. L-ilment tal-appellanti hu illi l-effett anti-kompetitiv huwa konsegwenza tal-għażla ta' prodott wieħed biss biex jingħata lill-ommijiet fl-isptar, għax dan iwassal għal konsegwenzi fis-suq privat u fl-imġieba tal-konsumaturi privati.
12. Qabel naraw jekk hemmx tassew dak l-effett fuq is-suq privat – il-kwistjoni “fattwali” mqanqla fit-tieni kontestazzjoni tal-awtorità kontra-enti – jinħtieġ illi nqisu jekk il-qorti għandhiex, bħal ma għamel il-Bord ta' Reviżjoni, tillimita l-istħarriġ tagħha fil-kuntest tas-sejha biss jew għandhiex ukoll tqis l-effetti li din ikollha fuq is-suq privat.
13. Fil-fehma tal-qorti t-tweġiba nsibuha fir-reg. 39(3) tal-L.S. 601.03:

»39. (3) Id-disinn tal-akkwist pubbliku ma għandux isir bl-intenzjoni ...
... li b'mod artifiċjali jnaqqas il-kompetizzjoni. Il-kompetizzjoni titqies
li għet imnaqqsa b'mod artifiċjali meta d-disinn tal-akkwist pubbliku jsir

bl-intenzjoni li jiffavorixxi b'mod inġustifikat jew ikun ta' żvantaġġ għal ċerti operaturi ekonomiċi.«

14. Dan ir-regolament huwa implimentazzjoni tat-tieni paragrafu tal-artikolu 18(1) tad-Direttiva 2014/24/UE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tas-26 ta' Frar 2014 dwar l-akkwist pubbliku:

»It-tfassil tal-akkwist ma għandux isir bil-ħsieb biex b'mod artifiċjali jnaqqas il-kompetizzjoni. Il-kompetizzjoni għandha titqies bħala artifiċjalment imnaqqsa meta d-disinn tal-akkwist isir bl-intenzjoni li jagħti vantaġġ jew żvantaġġ mhux mistfhoqq lil ċerti operaturi ekonomiċi. «

15. Il-kwistjoni tibqa' jekk il-vantaġġ jew żvantaġġ ikunx biss fil-proċess tal-għażla – fis-sens li oblatur jingħata possibiltà aħjar minn oblaturi oħra li tintgħażel l-offerta tiegħu – jew ukoll b'mod aktar ġenerali fis-suq usa'.

16. It-tweġiba fil-fehma tal-qorti nsibuha fir-reg. 262(1)(e) tal-L.S. 601.03 dwar rimedji li jistgħu jingħataw qabel id-data tal-għeluq ta' sejha għal kompetizzjoni:

»**262.** (1) Kandidati prospettivi u offerenti jistgħu, fl-ewwel żewġ terzi taż-żmien allokat fid-dokument tas-sejha għat-tfiġh tal-offerti, jipprezentaw rikors b'raġunijiet quddiem il-Bord ta' Revizjoni:

»... ..

»(e) biex jikkancellaw is-sejha għall-kompetizzjoni għar-raġuni li s-sejha għall-kompetizzjoni tkun bi ksur ta' xi liġi jew x'aktarx tikser xi liġi partikolari jekk titkompla.«

17. Dan, fil-fehma tal-qorti, juri illi l-iskrutinju ma għandux ikun limitat għall-ambitu tas-sejha nfisha u tal-proċess tal-għażla, iżda wkoll jestendi, kif tippretendi l-appellanti, għal kontest usa' biex iqis jekk fost l-effetti tas-sejha u tal-għażla tal-prodott għall-akkwist pubbliku jkunx hemm konsegwenzi bi ksur ta' dak li tgħid u trid il-liġi li tirregola l-

kompetizzjoni, fosthom dawk li jistgħu *de facto* jwasslu għall-ħolqien ta' monopolju.

18. Ċertament huwa desiderabbli li ma jitteħdux inizjattivi li jistgħu jwasslu għal sitwazzjoni fejn operatur ekonomiku jkollu dominanza fis-suq. Relevanti f'dan il-kuntest ix-xieħda mogħtija mid-Direttur Ġenerali (Kompetizzjoni) quddiem il-Bord ta' Reviżjoni fis-sens illi "*having one sole supplier is distorting competition in the secondary market and creating barriers to entry of other suppliers*", u l-parir tiegħu "*to have all products available in hospitals and let the mothers chose their brand*" u "*to have an open procedure with a choice of brands*".
19. Għandu jingħad, iżda, illi posizzjoni ta' dominanza fis-suq *per se* ma hijjex bi ksur tal-liġi; huwa l-abbuż ta' dik id-dominanza li jkun bi ksur tal-liġi. Jekk operatur ekonomiku jinqeda bid-dominanza li jgawdi fis-suq biex jimponi prezzijiet aktar milli huwa xieraq, dak ikun bi ksur tal-liġi u l-Awtorità għall-Kompetizzjoni tkun imbagħad tista' tintervjeni.
20. Fi kliem ieħor, l-għażla tal-awtorità kontraenti li timxi kif imxiet f'dan il-każ tista' twassal għal sitwazzjoni mhix desiderabbli iżda mhix bil-fors bi ksur tal-liġi, u, jekk twassal għal ksur tal-liġi, jista' jinkiseb ir-rimedju meħtieġ fil-waqt opportun.
21. F'dawn iċ-ċirkostanzi, għalhekk, il-qorti ma għandhiex tiddisturba d-diskrezzjoni tal-awtorità kontraenti fil-mod kif din għażlet li tikseb il-prodotti li teħtieġ.
22. Dawn l-aggravji huma għalhekk miċħuda.

23. Fit-tielet aggravju – li ostakoli amministrativi mhumieq difiża għal ksur ta' liġi – l-appellanti tattakka l-argument tal-Bord ta' Reviżjoni li l-awtorità kontraenti ma għandhiex l-apparat amministrativ biex toħloq sitwazzjoni fejn l-ommijiet fl-isptar ikollhom għażla ta' prodotti. Tagħmel ukoll dan l-argument:

»... .. din id-deċiżjoni [tal-Bord ta' Reviżjoni] tikkontjeni kontra-dizzjoni fiha nnifisha fis-sens li jekk ma hemm xejn taħt *tender*, kif jišhaq il-bord, mela l-assenza ta' *administrative set-up and monitoring methodology* hija immaterjali (u fi kwalunkwe każ mhux difiża valida skont il-liġi) u l-bord ma messux aċċenna għaliha. Is-soċjetà appellanti hawn umilment tissottometti li l-bord fis-sustanza jaqbel mal-appellanti u jemmen li l-gvern għandu jixtri aktar minn marka waħda u l-ommijiet għandhom ikollhom għażla.

»... ..

»Illi, apparti l-kontradizzjoni inerenti fil-posizzjoni tal-bord fuq din il-kwistjoni, wieħed irid jgħid li d-diffikultà amministrattiva qatt u qatt ma tista' tikkostitwixxi difiża għall-ksur ta' liġi

»... ..

»Illi d-drittijiet ċivili, inkluż dawk taħt ir-Regolamenti, ma jiġux deċiżi skont il-konvenzjoni jew il-pratticità, iżda skont dak li huwa sewwa u skont il-liġi kif ġie spjegat fid-dettall taħt l-ewwel aggravju.«

24. Għandu jingħad qabel xejn illi l-argument imsejjes fuq diffikultajiet amministrativi ma kienx il-motivazzjoni waħdanija u lanqas ewlenija għad-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni. Ukoll mingħajr dan l-argument, id-deċiżjoni tal-bord tibqa' motivata.

25. Tassew illi *adducere inconveniens non est solvere agrumentum*.

M'intix ġustifikat li tikser il-liġi għax tgħid illi *tropo fatica* li tħarisha.

26. Huwa minnu wkoll illi l-Bord ta' Reviżjoni jidher li jaqbel mal-appellanti illi l-għażla tal-awtorità kontraenti li tinqeda b'dan is-sistema ta' akkwist ma hijjex ideali u tista' twassal għal konsegwenzi eventwalment sfavorevoli. Madankollu, ladarba l-konsegwenza negattiva li

tista' twassal għaliha din l-għażla ma hijjex fiha nfisha kontra l-liġi, din il-qorti, bħala qorti ta' reviżjoni fuq materja ta' akkwist pubbliku, ma għandhiex tindaħal fil-mod kif l-awtorità kontraenti għażlet li tinqeda bid-diskrezzjoni tagħha.

27. Dan l-aggravju għalhekk ma għandux iwassal biex titfassar id-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni.

28. Din il-qorti iżda tkun qiegħda tonqos jekk – kompatibilment mad-dmir u s-setgħa tagħha li tara li titħares il-liġi, u li titħares il-liġi kollha mhux biss dik tal-akkwist pubbliku għalkemm dan il-każ tnissel fil-qafas ta' din il-liġi – ma tgħidx li tkun għaqlija l-awtorità kontraenti jekk tqis u tagħti piż xieraq lill-fehma u parir tad-Direttur Ġenerali (Kompetizzjoni) dwar l-effetti potenzjalment anti-kompetitivi tal-għażla tagħha.

29. Ir-raba' aggravju tal-appellanti jolqot id-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni illi ma jqisx dak li seħħ fis-sejha preċedenti – dik tal-2019 fejn kienu saru offerti baxxi b'mod anormali – u ġie mfisser hekk:

»... .. il-bord kien żbaljat meta injora kompletament iċ-ċirkustanzi relatati mat-*tender* li kien inħareġ fis-sena 2019 u l-każ 1400 li ġie deċiż mill-istess bord, u l-bord rispettożament żbalja meta ddeċieda li l-kwistjonijiet li tqajjmu fil-każ 1400 ma għandhom l-ebda rilevanza għall-każ odjern.

»Illi l-każ 1400 huwa rilevanti għax jikkostitwixxi prova rifjutabbli tal-ħsara li qed issir anke fuq is-suq pubbliku fis-sens li l-2019 *tender* u issa anke *t-tender* joħolqu incentiv sabiex l-oblaturi jifgħu l-orħos prezz possibli għall-*infant formula* u dan sabiex jikkonsolidaw u jim-monopolizzaw jew jiddominaw is-suq privat meta jirbħu *t-tender* tal-gvern u l-marka tagħhom tkun biss [*recte*, biss tkun] fornita fl-isptar-ijiet.«

30. Effettivament dak li riedet turi l-appellanti bir-referenza għas-sejha preċedenti hu li tant l-oblaturi jafu li min jirbaħ il-kuntratt sejjer jingħata

vantaġġ qawwi fis-suq li kien hemm min kien lest illi jbigħ il-prodott lill-awtorità kontraenti b'telf kbir għax jaf li kien sejjer jagħmel qligħ akbar meta jbigħ il-prodott lill-konsumatur privat, b'abbuż tal-posizzjoni dominanti li jkun kiseb. Dan il-punt l-appellanti xorta għamlitu għalkemm it-talba tagħha li jitqies ukoll il-proċess tas-sejha preċedenti għet miċħuda, u, f'kull każ, għar-raġunijiet mogħtija fil-konsiderazzjonijiet dwar l-ewwel u t-tieni aggravji, ma jwassalx bilfors għall-konklużjoni li trid l-appellanti.

31. Barra minn hekk, il-kwistjoni ta' prezz baxx b'mod anormali ma huwiex il-qofol tal-argument tal-appellanti. L-effett anti-kompetitiv fis-suq jinħass ukoll jekk l-offerta li tingħażel tkun waħda bi prezz raġonevoli.
32. Fl-aħħar aggravju l-appellanti titlob li jintraddulha l-mitt euro (€100) li fadal mid-depożitu li ħallset biex ressqet l-oġġezzjoni tagħha quddiem il-Bord ta' Revizjoni.
33. Għalkemm l-awtorità kontraenti opponiet għal din it-talba, li fiċ-ċirkostanzi din il-qorti tqisha bħala waħda *de minimis*, il-kwistjonijiet imqanqlin f'dan l-episodju huma ta' interess pubbliku u t-talba ewlenija tal-appellanti ma kinitx għalkollox mingħajr meritu; anzi, kif rajna, jistħoqqilha konsiderazzjoni sejra mill-awtorità kontraenti.
34. Dan l-aħħar aggravju għalhekk sejjer jintlaqa'.
35. Għal dawn ir-raġunijiet il-qorti tiddisponi mill-appell billi tiċħdu ħlief fejn jolqot ir-radd tad-depożitu; għalhekk tikkonferma d-deċiżjoni tal-Bord ta' Revizjoni ħlief fejn ordna li ma jintraddx id-depożitu kollu li sar biex

l-appellanti setgħet tressaq l-oġġezzjoni tagħha quddiemu, u tordna, minflok, li jintraddu lill-appellanti l-mitt euro (€100) li fadal mid-depożitu li ħallset.

36. Għar-raġuni msemmija fil-para. 33 ta' din is-sentenza, l-ispejjeż ta' dan l-appell jinqasmu bin nofs bejn l-appellanti u l-awtorità kontraenti b'dan iżda illi t-tliet intimati l-oħra jħallsu l-ispejjeż tagħhom stess.

Mark Chetcuti
President

Giannino Caruana Demajo
Imħallef

Anthony Ellul
Imħallef

Deputat Reġistratur
gr