



QORTI TAL-APPELL

IMĦALLFIN

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

Seduta ta' nhar it-Tlieta, 6 ta' Settembru, 2022.

Numru 2

Appell numru 223/2022/1

Vivian Corporation Limited (C-68)

v.

- i. *Central Procurement and Supplies Unit;*
- ii. *L-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni fi ħdan l-Awtorità Maltija għall-Kompetizzjoni u għall-Konsumatur;*
- iii. *Alfred Gera & Sons Limited (C-120);*
- iv. *Pemix Distributors Limited (C-51137) għal kull interess li jista' jkollha*

1. Dan huwa appell ta' *Vivian Corporation Limited* ["*Vivian*" jew "l-appellanti"] minn deċiżjoni tat-13 ta' Mejju 2022 tal-Bord ta' Revizjoni dwar Kuntratti Pubbliċi ["il-Bord ta' Revizjoni"], imwaqqaf taħt ir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbiku ["L.S. 601.03" jew "ir-Regolamenti"], li ċaħad talba tagħha, magħmula taħt ir-reg. 270 tal-L.S. 601.03, biex titfassar sejha għal offerti.

2. Il-fatti rilevanti seħnew hekk: kienet saret sejha mis-*Central Procurement and Supplies Unit* [“CPSU” jew “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 jitwiellu qabel il-waqt u oħra għal trabi mit-twelid sa sitt xhur. Il-kriterju għall-għażla kellu jkun biss il-prezz – “*cheapest priced offer satisfying the administrative and technical criteria*” – li, fil-fehma tal-appellanti, ifisser illi prodott wieħed biss jista’ jintgħażel għal kull sejha. Kien hemm erba’ offerti, fosthom dik tal-appellanti u dik ta’ *Pemix Distributors Limited* [“*Pemix*”].
3. B’ittra tad-29 ta’ Ottubru 2021 l-awtorità kontraenti għarrfet lill-appellanti illi, waqt li tħassret l-ewwel parti tas-sejha – dik għal *ready made feeds for preterm babies* – sejra tintlaqa’ l-offerta ta’ *Pemix* għat-tieni parti billi kienet “*the cheapest technically compliant bid*”.
4. Billi ma qablitx ma’ din id-deċiżjoni l-appellanti b’ittra tat-8 ta’ Novembru 2021 ressqet oġġezzjoni quddiem il-Bord ta’ Reviżjoni taħt ir-reg. 270¹ tal-L.S. 601.03 u talbet illi l-bord:
 - »(i) cancel Lot 2 of the tender in terms of regulation 90(3)² of the Public Procurement Regulations; and/or
 - »(ii) direct CPSU to adhere, or at the very least, give considerable weight, to the conclusions and recommendations of the report³ in

¹ **270.** Fejn il-valur stmat ta’ kuntratt pubbliku jilhaq jew jeċċedi ħamest elef euro (€5,000) kull offerent jew kandidat konċernat, jew kull persuna li għandha jew li kellha xi interess jew li sofriet dannu jew ttriskja li ssofri dannu b’xi allegat ksur jew b’xi deċiżjoni meħuda inkluż l-għoti propost fil-kisba ta’ kuntratt, rifjut ta’ offerta jew il-kancellament ta’ sejha għal offerti wara li jiskadi l-perijodu tal-pubblikazzjoni, tista’ tappella permezz ta’ oġġezzjoni quddiem il-Bord ta’ Reviżjoni, liema oġġezzjoni għandu jkun fiha r-raġunijiet għall-ilmenti tagħhom b’mod l-aktar ċar.

² **90.** (3) Fid-deċiżjoni tiegħu l-Bord ta’ Reviżjoni jkollu s-setgħa li jħassar il-proċess tas-sejha jekk huwa jidhirlu li din tkun l-aqwa soluzzjoni fiċ-ċirkostanzi tal-każ; f’dan il-każ l-ebda parti ma jkollha ebda jedd li titlob għad-danni minħabba f’tali deċiżjoni li tiġi mħassra s-sejha.

the design and structure of its future procurement practices as directed by the Court of Appeal; and/or

»(iii) order the refund of the deposit paid by the appellant.«

5. Ir-rapport imsemmi fit-tieni talba tal-appellanti kien maħruġ mill-Awtorità ta' Malta għall-Kompetizzjoni u għall-Affarijiet tal-Konsumatur u kien heġġeġ lill-awtorità kontraenti *“to better its procurement process for the well-functioning of the secondary markets. The Office has formulated specific recommendations that it considers absolutely necessary, appropriate, and in accordance with the principle of proportionality to create conditions of effective competition”*.
6. Bid-deċiżjoni tat-13 ta' Mejju 2022 il-Bord ta' Reviżjoni iddeċieda hekk:

»The board having noted the objection filed by *Vivian Corporation Ltd* (hereinafter referred to as the Appellant) on 8th November 2021, refers to the claims made by the same Appellant with regard to the tender of reference CFT 019-1174/20 (CPSU 3648/20) listed as case N^o 1715 in the records of the Public Contracts Review Board, whereby, the Appellant contends that:

- »a) by means of this appeal, it seeks the exceptional remedy that this Lot 2 is cancelled on the basis that it appears to be the best solution in the circumstances of the case and this in terms of regulation 90(3) of the PPR;
- »b) a tender may be cancelled either by the Director of Contracts or by the contracting authority in the prescribed instances in the General Rules governing Tenders:
 - »(a) the tender procedure has been unsuccessful, namely where no qualitatively or financially worthwhile tender has been received or there has been no response at all;
 - »(b) the economic or technical parameters of the project have been fundamentally altered;
 - »(c) exceptional circumstances or *force majeure* render normal performance of the project impossible;

³ *“Final report on the sector inquiry on the supply of infant milk formula in the public health sector and the impact of that supply on the private retail market for: a) from birth infant formula, b) follow-on formula and c) toddler milk or other formula for the period 2013-2019”* maħruġ mill-Awtorità ta' Malta għall-Kompetizzjoni u għall-Affarijiet tal-Konsumatur.

- »(d) all technically compliant tenders exceed the financial resources available;
 - »(e) there have been irregularities in the procedure, in particular where these have prevented fair competition;
 - »(f) the only administratively and technically compliant offer is an unjustified abnormally low offer.
- »c) The Appellant submits that the circumstances of this case, in particular, in view of the publication of the MCCA Report, but also given the historical and factual background, merit the cancellation of the tender and this is so *inter alia* for the following reasons:
- »i. CPSU's insistence to proceed with the recommended award of the tender is an act of disrespect and contempt towards the authority of the Court of Appeal which has, in no unclear terms, directed CPSU to "*tqis u tagħti piż xieraq lill-fehma u parir tad-Direttur Generali (Kompetizzjoni) dwar l-effetti potenzjalment anti-kompetitivi tal-għażla tagħha*".
 - »ii. CPSU's stubbornness is unmistakably in utter disregard of the OC's authority and responsibilities.
 - »iii. The report, which has been published after this tender was issued and closed, confirms definitively that CPSU's procurement practices and conduct is having the effect of distorting competition on the markets, both public and private, and therefore, for such harmful effects to be avoided, this tender should be cancelled.
 - »iv. The report also sets out very clear recommendations on alternative procurement models which either remove completely any distortive impact of CPSU's procurement practices, or at the very least, mitigate the same. The very existence of the tender is incompatible with those recommendations and fundamentally different from alternative procurement models proposed by the OC in the report.
 - »v. CPSU's procurement practices, including this tender, and conduct is harmful and to the detriment of the best interests and well-being of the patient, being here the mothers and infants. This is an overriding general principle of public procurement in health tenders and ought to be duly considered by this honourable board in its decision.

»This board also noted the contracting authority's reasoned letter of reply filed on 18th November 2021 and its verbal submission during the virtual hearing held on 28th April 2022, in that:

- »a) CPSU submits that the request for cancellation of the tender process has already been put forward for the same reason in its action on the basis of regulation 262 of the Public Procurement Regulations filed on the 11th of Nov-

ember 2020. This honourable board has already rejected the request for cancellation by means of a decision dated 29th December 2020, confirmed by a decision of the honourable Court of Appeal of the 17th of March 2021. The Appellant highlights paragraph (b) of clause 18.3 of the General Rules governing Tenders which provides that:

»“18.3 “Cancellation may occur where:

»“...

»“(b) the economic or technical parameters of the project have been fundamentally altered;”

- »b) By the above quoted, the Appellant is implying that it is filing the present appeal and requesting the cancellation of this tender cycle because there has been some fundamental alteration in the economic and technical parameters of the project which arose due to the decision of the Court of Appeal and the Report of the Officer of Competition;
- »c) CPSU humbly submit with utmost respect to the Office for Competition within the Malta Competition and Consumer Authority that although this report was published on the 13th of September 2021, the gist of report has already been outlined and explained in the testimony of Mr Godwin Mangion, Director General of the Office for Competition, on the 14th of December 2020 before this honourable board in case 1522. Despite the testimony of Mr Mangion, this honourable board still rejected the claim of the appellant.
- »d) With regard to the recommendations to the contracting authority made as *obiter dicta* (non-binding recommendation / opinion) by the honourable Court of Appeal, the same Court of Appeal still rejected the appeal of the appellants. If there is a party which is disrespecting the honourable Court of Appeal, it is indeed the Appellant who, despite a crystal clear and unequivocal judgment, is by the present vexatious appeal trying to obtain a decision which runs counter to a *res judicata* by the Court of Appeal.
- »e) CPSU submits that the continuation of this tender cycle is in no way a disrespect to the Office for Competition (even though its decision is not legally binding) and in no way a disrespect towards the *obiter dicta* of the Court of Appeal, but this honourable board has to consider that this tender cycle was initiated on the 30th of October 2020, long before the decision of the Court of Appeal of the 17th of March 2021 (which rejected the request for cancellation and ordered the tender process to commence) and long before the non-binding report of the Office for Competition.
- » f) CPSU also submit that, from the numerous appeals filed by the Appellant in the present tender cycle, this board can certainly note that the difficulty of the appellants is not

that the tender is distorting competition, but rather the motivation of these appeals is solely that the applicant is not the recommended bidder. Moreover, and without prejudice to the above submitted, the CPSU humbly submits that the situations quoted in the appeal application refer to instances where the contracting authority is justified in cancelling a tender, and not the instances where an economic operator may request the cancellation of a tender. Furthermore, the paragraph (b) in the appeal application is applicable when parameters change in a way that the scope of the tender has changed and the service / product as specified in the tender document is no longer required. This is surely not the case with regard to the specifications of the product being procured under this call for tenders – readymade feeds for preterm or new born babies;

- »g) CPSU submit that since the tender process is in conformity with the law, particularly the Public Procurement Regulations, there is no legal basis for the cancellation of the tender cycle.

»This Board also noted the interested party AGS's [*Alfred Gera & Sons Limited*] reasoned letter of reply filed on 12th November 2021 and its verbal submission during the virtual hearing held on 28th April 2022, in that:

- »a) AGS is an interested party and therefore permitted to make submissions in terms of Regulation 276(c) of the Public Procurement Regulations.
- »b) AGS submits that the critical issue at stake in these proceedings is whether a contracting authority may design, administer and award a tendering process which has been found, by an official government authority, to be likely if not certain to create an outcome which is contrary to law, insofar as it is harmful to free and fair competition and, ultimately, to consumer welfare.
- »c) It is somewhat ironic that – in this particular instance – the violation of law that will be created is a violation of the laws on competition. The irony arises as a result of the fact that the principal aim of the PPRs is, in fact, to promote competition. Indeed, in Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leun the European Court stated the following:

»“On this point, the principal objective of the Community rules in the field of public procurement, as stated in connection with the answer to Question 1, should be recalled, namely the free movement of services and the opening-up to undistorted competition in all the Member States. That involves an obligation on all contracting authorities to apply the relevant Community rules where the conditions for such application are satisfied.”

- »d) This idea has been explained, even more clearly, in the Opinion of Advocate General StixHackl in the Sintesi case:
- »“33. The principle of competition is therefore one of the fundamental principles of Community law on the award of public contracts.
- »“36. Thirdly, the principle of competition is designed to protect competition as an institution.”
- »e) It is AGS's firm view that the report of the Office clearly indicates that the present procurement process as designed by the contracting authority does not protect competition as an institution – on the contrary, the Office has unambiguously stated that “the current procurement process adopted by the CPSU distorts competition in the secondary markets” and “distorts competition in the secondary markets by providing an unfair advantage to the winning bidder by enabling it to gain significant market share in the secondary retail markets”.
- »f) In the light of this, therefore, it is unconscionable for the contracting authority to insist on proceeding with the award of the tender as designed, and it should be clear that the tender ought to be cancelled.

»This board also noted the interested party MCCAAs reasoned letter of reply filed on 16th November 2021 and its verbal submission during the virtual hearing held on 28th April 2022, in that:

- »a) The Office for Competition (hereinafter 'the Office') is intervening in these proceedings as an interested party in terms of regulation 276(c) of the Public Procurement Regulations and is hereby filing its reply.
- »b) The Office conducted a sector inquiry in terms of the Competition Act precisely on the market which is the subject matter of these appeal proceedings, *i.e.* on the supply of infant milk formula for new born babies in the public health sector. The sector inquiry conducted by the Office clearly concluded that the tendering process for the supply of infant formula at Mater Dei Hospital whereby one supplier wins the tender for the procurement of infant formula in the public health service is distorting competition in a number of secondary markets in the private retail market.
- »c) As stated in the report of the sector inquiry, the Office considers that public procurement must not be seen as separate and distinct from the competitive effects it may create on the market. Indeed, the public procurement rules were inspired by the desire to promote competition and are built on the principle of competition. As Sanchez-Graells explains:
- »“Therefore, the clear competition objective guiding public procurement rules and the ensuing obligation of contracting authorities to protect competition as an institution – if not to develop competition in the public

procurement field – was synthesised in the principle of competition embedded in EU public procurement directives, and now consolidated in Article 18(1) of Directive 2014/24.”

- »d) Therefore, public procurement practices should complement competition rules, something which according to the Office is absent in the procurement practice adopted by the CPSU. In this spirit, Sanchez Graells explains:

»“From this perspective, competition requirements should be understood as determining that public procurement rules have to be designed and implemented in such a way that existing competition is not distorted. In other words, it is submitted that public procurement rules cannot generate distortions in the dynamic competition processes that would take place in the market in their absence. Or, even more clearly, public procurement rules must not distort competition between undertakings”

- »e) In its sector inquiry the Office has urged the CPSU to change its current procurement practices to avoid harming competition any further and adopt one of the recommendations of the Office which recommendations seek to promote consumer choice, diversity of supply and sustainable market competition.

»This board, after having examined the relevant documentation to this appeal and heard submissions made by all the interested parties, will now consider Appellant’s grievances as follows:

- »a) Initially this board will list down what information it considers to be most relevant for this case:

- »i. In the board’s opinion, the Appellant’s case is mainly built around the publication and findings of the Malta Competition and Consumer Affairs Authority (“MCCAA”) report which was issued post the judgement of the Court of Appeal sentence. The concluding paragraph of the executive summary of said report states

»“Following the public consultation period, the Office for Competition is publishing this final sector inquiry report, recommending actions to the Central Procurement and Supplies Unit to better its procurement process for the well-functioning of the secondary markets. The Office has formulated specific recommendations that it considers absolutely necessary, appropriate, and in accordance with the principle of proportionality to create conditions of effective competition.”

- »ii. Court of Appeal 12/2021/1 judgement of 17th March 2021 paragraphs 18, 19, 20, 21 and 28 whereby:

»“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 choose 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 irrimedju 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.

»"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 tghidx 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."

- »b) The board notes that the Court of Appeal raised a very important point in paragraph 19 when it said *"19. 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"*
- »c) This board therefore felt it relevant to analyse the findings of the MCCA report and compare them to the conclusions delivered by the Court of Appeal judgement in paragraph 19. The substance of the MCCA report is essentially putting pen to paper the testimony of Mr Godwin Mangion, Director General of the Office for Competition, who testified in front of the Public Contracts Review Board on the 14th December 2020 in case 1522. Therefore, both the PCR and the Court of Appeal have already taken this argument into consideration. Moreover, nowhere in such report is there evidence of such possible abuse by the economic operator with the largest market share. Hence, at this stage, this board opines that the

contracting authority is well within its lawful rights to proceed with this tender procedure.

»Therefore, this board does not uphold the Appellant's grievances.

»However, and on a final note, this board will again emphasize what the Court of Appeal stated in paragraph 28 "... .. 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". Due to the potential risks discussed in the report issued by MCCA on 13th September, and the possibility of eventual abuse by an economic operator enjoying a monopoly or quasi-monopoly in a particular secondary market, the contracting authority should revisit future tender procedures and take on board the recommendations of the MCCA.

»The board, having evaluated all the above and based on the above considerations:

- »a) does not uphold Appellant's letter of objection and contentions,
- »b) upholds the contracting authority's decision in the recommendation for the award of the tender,
- »c) directs that the deposit paid by Appellant not to be reimbursed.«

7. *Vivian Corporation Limited* appellat b'rikors tat-2 ta' Ġunju 2022 li għalih wiegħbu *Alfred Gera & Sons Limited* fit-2 ta' Ġunju 2022, l-awtorità kontraenti fl-24 ta' Ġunju 2022 u l-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni fil-5 ta' Lulju 2022.
8. Fl-ewwel aggravju l-appellanti tgħid illi illum hemm "ċirkostanzi differenti" minn dawk li wasslu lil din il-qorti biex bis-sentenza⁴ tas-17 ta' Marzu 2021 msemmija fid-deċiżjoni tal-Bord ta' Revizjoni tiċħad l-appell tagħha f'każ li jixbah lil dan tallum. Qabel ma nqisu dan l-aggravju naraw dwar xiex kienet dik is-sentenza.
9. F'dak il-każ, li wkoll kien dwar sejha għal offerti għall-istess prodott bħal tallum, il-kuntratt kellu jingħata lil min jagħmel l-orħos offerta, u għalhekk

⁴ *Vivian Corporation Limited v. Central Procurement and Supplies Unit et*, Appell nru 12/2021, Q.A. 17 ta' Marzu 2021

jingħata lil oblatur wieħed. Dan, qalet l-appellanti, irażżan il-kompetizzjoni billi 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.

10. L-appellanti għalhekk b'rikors magħmul taħt ir-reg. 262⁵ tal-L.S. 601.03 kienet talbet illi l-Bord ta' Revizjoni *inter alia*:

- »a.
- »b. orders CPSU to modify, amend and/or vary the ... tender 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 ... 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.«

11. Il-Bord ta' Revizjoni ċaħad it-talbiet tal-appellanti, li mbagħad ressqet appell quddiem din il-qorti, li iżda ċaħdet l-appell. Siltiet relevanti mis-sentenza huma riprodotti fuq fid-deċiżjoni tal-bord.

12. L-appellanti qiegħda issa tgħid illi ċ-ċirkostanzi f'dan il-każ tallum huma differenti minn dak deċiż bis-sentenza tas-17 ta' Marzu 2021, u tgħid illi dawn iċ-ċirkostanzi differenti" huma:

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

»... ..

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

- »i. ir-rapport tal-inkjesta settorjali tal-Uffiċċju tal-Kompetizzjoni kien fih innifsu jikkonsisti f'ċirkostanza ġdida;
- »ii. il-baži legali tal-azzjoni fil-każ 1522⁶ hija differenti mill-każ odjern;
- »iii. is-CPSU uriet biċ-ċar li trid tibqa' twebbes rasha akkost li tagħmel ħsara fis suq.«

13. Il-qorti ma tarax li l-ewwel raġuni hija tassew "ċirkostanza ġdida". Għa' fil-każ ta' qabel, il-qorti kienet f'adett nota tax-xieħda mogħtija mid-Direttur Ġenerali (Kompetizzjoni) quddiem il-Bord ta' Revizjoni meta qal illi:

»Li kien f'areġ 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 tiddlux 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 daqxejn diffiċli biex ditti oħrajn jidhlu fis-suq speċjalment hawn-hekk 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 jikkombacjaw dan it-teži, jiġifieri min jirbaħ it-*tender* u jkun hemm *supplier* wieħed, hemm ċans li ser jiggwadanja fis-suq sekondarju.«

14. Kompla jgħid illi "*having one sole supplier is distorting competition in the secondary market and creating barriers to entry of other suppliers*", u l-parir tiegħu kien "*to have all products available in hospitals and let the mothers choose their brand*" u "*to have an open procedure with a choice of brands*". Li għamel ir-rapport tal-Awtorità ta' Malta għall-Kompetizzjoni u għall-Affarijiet tal-Konsumatur kien li saħħaħ u wettaq din il-konklużjoni

⁶ Dak deċiż bis-sentenza tas-17 ta' Marzu 2021

b'*data* empiriċi; il-konklużjoni – li kienet aċċettata minn din il-qorti – baqgħet l-istess.

15. L-istess jingħad għat-tielet raġuni, li l-awtorità kontraenti “trid tibqa’ twebbes rasha” minkejja r-rapport fuq imsemmi u minkejja dak li irrakkomandat din il-qorti illi l-awtorità kontraenti “tqis u tagħti piż xieraq lill-fehma u parir tad-Direttur Ġenerali (Kompetizzjoni) dwar l-effetti potenzjalment anti-kompetitivi tal-għażla tagħha”. Ir-rapport, kif rajna, saħħaħ dak li għa kien magħruf u r-rakkomandazzjoni ta’ din il-qorti kienet biss, appuntu, rakkomandazzjoni li ma torbotx.
16. Li għandu jitqies bħala ċirkostanza ġdida rilevanti huwa t-tieni raġuni msemmija mill-appellanti, *viz.* illi waqt li l-każ deċiż bis-sentenza tas-17 ta’ Marzu 2021 (il-każ 1552) kien imsejjes fuq ir-reg. 262(1)(e), il-każ tallum jistrieħ fuq ir-reg. 90(3) u 286(3). L-aggravju ġie mfisser hekk:

»Fil-każ 1522, il-baži legali li s-soċjetà appellanti setgħet tistrieħ fuqu bħala rimedju qabel l-għeluq tas-sejha għal kompetizzjoni kien ir-regolament 262(1)(e) tar-Regolamenti li jipprovdi:

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

»“... ..

»“(e) biex jikkancelaw 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.«

»Għaldaqstant il-Qorti tal-Appell fl-appell mill-każ 1522 kellha idejha marbutin billi hi riedet bilfors issib ksur ta’ liġi biex tkun tista’ takkolji t-talba tas-soċjetà appellanti. Filfatt il-Qorti tal-Appell ċaħdet it-talbiet tas-soċjetà appellanti għaliex ma sabitx ksur ta’ liġi *per se* tant li fis-sentenza tagħha spjegat:

»“17. ... fil-fehma tal-qorti, ... l-iskrutinju ... jestendi ... 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.

»“19. Għandu jingħad, iżda, illi posizzjoni ta’ dominanza fis-suq *per se* ma hijiex 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 tid-disturba d-diskrezzjoni tal-awtorità kontraenti fil-mod kif din għażlet li tikseb il-prodotti li teħtieġ.

»“... ..

»26. Madankollu, ladarba l-konsegwenza negattiva li tista' twassal għaliha din l-għażla ma hijiex fiha nfisha kontra l-liġi, din il-qorti, bħala qorti ta' revizzjoni fuq materja ta' akkwist pubbliku, ma għandhiex tindañal 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' Revizzjoni.”

»Mill-banda l-oħra, fil-każ odjern is-soċjetà appellanti quddiem il-bord strażet bħala bażi legali fuq ir-regolament 90(3) Infatti fil-paragrafu 2 tar-rikors tagħha quddiem il-bord tgħid:

»“2. That, by means of this appeal, the appellant seeks the exceptional remedy that this Lot 2 is cancelled on the basis that it appears to be the best solution in the circumstances of the case and this in terms of regulation 90(3) of the PPR.

»Ir-regolament 90(3) jipprovdi:

»“Fid-deċiżjoni tiegħu l-Bord ta' Revizzjoni jkollu s-setgħa li jfassar il-proċess tas-sejha jekk huwa jidhirlu li din tkun l-aqwa soluzzjoni fiċ-ċirkostanzi tal-każ; f'dan il-każ l-ebda parti ma jkollha ebda jedd li titlob għad-danni minhabba f'tali deċiżjoni li tiġi mħassra s-sejha.”

»F'dan l-istadju, u peress li s-soċjetà appellanti qed tissottometti dan ir-rikors tal-appell għas-savju gudizzju ta' din l-onorabbli qorti, is-soċjetà appellanti qed titlob issa anke lil din il-qorti sabiex tfassar it-tender billi teżerċita l-poter tagħha *ai termini* tar-regolament 286(3) li jipprovdi:

»“Fid-deċiżjoni tagħha l-qorti għandha s-setgħa li tfassar il-proċess tas-sejha jekk hija jidhirilha li din tkun l-aqwa soluzzjoni fiċ-ċirkostanzi tal-każ, b'dana li l-ebda parti ma jkollha jedd li titlob għad-danni minhabba tali deċiżjoni li tiġi mħassra s-sejha.”

»Minn qari taż-żewġ regolamenti, joħrog biċ-ċar li r-regolament 90(3) (kif ukoll ir-regolament 286(3)) huwa ferm aktar wiesa' mir-regolament 262(1)(e), billi l-bord u din l-onorabbli qorti għandu diskrezzjoni wiesgħa u m'għandux bżonn isib ksur ta' liġi biex jiddeċiedi li fiċ-ċirkostanzi tal-każ ikun għaqli li *tender* jitfassar.

»Isegwi li fil-każ odjern il-bord kellu jeżamina b'mod indipendenti mid-deċiżjoni tal-Qorti tal-Appell (li l-bażyi legali tagħha kien differenti kif fuq sjegat) jekk iċ-ċirkostanzi tal-każ, u *cioè* l-ħsara attwali u potenzjali fuq is-suq kif spjegat fir-rapport tal-inkjesta settorjali, kinux jirrikjedu li t-

tender jithassar. Dan l-eżercizzju l-bord żbaljatament m'għamlux. Minflok, il-bord ħassu erronjament kostrett bis-sentenza tal-Qorti tal-Appell u ddeċieda bħall-Qorti tal-Appell li s-CPSU kellha dritt tip-proċedi bil-proċess tas-sejġha għax ma kinetx qed tikser il-ligi minflok ma għamel analiżi indipendenti biex jara jekk iċ-ċirkostanzi kinux jeftieġu li t-*tender* jithassar. Dan jidher mis-segwenți paragrafi tad-deċiżjoni tal-bord:

»“b) The board notes that the Court of Appeal raised a very important point in paragraph 19 when it said “19. illi posizzjoni ta’ dominanza fis-suq per se ma hijjex bi ksur tal-ligi; huwa l-abbuż ta’ dik id-dominanza li jkun bi ksur tal-ligi. Jekk operatur ekonomiku jinqeda bid-dominanza li jgawdi fis-suq biex jimponi prezzijiet aktar milli huwa xieraq, dak ikun bi ksur tal-ligi”.

»“c) This board therefore felt it relevant to analyse the findings of the MCCA report and compare them to the conclusions delivered by the Court of Appeal judgement in paragraph 19. nowhere in such report is there evidence of such possible abuse by the economic operator with the largest market share. Hence, at this stage, this board opines that the contracting authority is well within its lawful rights to proceed with this tender procedure”.

«Il-Qorti tal-Appell korrettament ikkonkludiet li dominanza *per se* mhijjex illegali iżda l-abbuż tagħha biss huwa illegali u li fil-każ quddiemha għax ma kienx instab abbuż ta’ dominanza ma setgħetx takkolji t-talba tal-esponenti taht r-regolament 262(1)(e). Però fil-każ odjern il-bord ried jifhem li l-inkwiet tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni ma kienx l-abbuż ta’ dominanza, iżda l-ħsara reali fis-suq liema ħsara ma kinetx qed tirriżulta minn abbuż ta’ dominanza jew ksur ta’ ligi, iżda sempliċiment mit-*tender*. Fi ftit kliem, biex il-ħsara msemmija fir-rapport tal-inkjesta settorjali isseħħ (filfatt għa seħħet) m’għandikx bżonn abbuż ta’ dominanza jew ksur ta’ ligi.

»Infatti jekk b’riżultat tat-*tender* issaħħet il-posizzjoni ta’ operatur wieħed (mhux abbażi ta’ mertu) a skapitu tal-operaturi l-oħra li jithabtu kemm jithabtu ma jistgħux jieħdu r-ruħ fuq is-suq, jekk ikun hemm *foreclosure* tal-operaturi l-oħra u allura awtomatikament tonqos l-għażla fis-suq, jekk niġu kostretti li nistrieħu fuq fornitur wieħed jew ftit u allura tonqos is-*security of supply* għall-prodott essenzjali li tarbija ma tistax tgħix mingħajru, jekk jogħlew il-prezzijiet minħabba n-nuqqas ta’ kompetizzjoni (m’aħniex qed nitkellmu hawn fuq prezzijiet eċċessivi iżda sempliċiment prezzijiet ogħla li ma jammontawx għal abbuż), la s-CPSU u l-anqas l-oblatur rakkomandat ma jistgħu jiġu akkuzati li kisru l-ligi dwar il-kompetizzjoni, tant li l-uffiċċju ma fetaħx proċeduri taht l-Att dwar il-Kompetizzjoni, *nonostante* li l-ħsara għa sabha. Però, *nonostante* l-makanza ta’ ksur ta’ ligi, il-ħsara fis-suq seħħet xorta waħda daqs li kieku kellek abbuż ta’ dominanza jew ksur ta’ ligi.

»Waqf li dawn iċ-ċirkostanzi negattivi fuq is-suq il-Qorti tal-Appell ma setgħetx tindirizzahom fis-sentenza tagħha minħabba li l-baži legali ta’ dik il-kawża ma kienx jippermettilha, il-bord fil-kawża odjerna kellu d-dmir li jaqbad il-barri minn qrunu u jagħti widen lill-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni li fil-qadi ta’ dmirijietu taht il-ligi sab din il-ħsara u taht l-artiklu 90(3) iħassar it-*tender* ħalli f’gieħ l-interess pubbliku ma tkomplix isseħħ aktar ħsara f’dan is-suq.

»Għaldqstant il-bord naqas meta ma għarafx li l-kompitu tiegħu f'dawn il-proċeduri kien differenti minn dak tal-Qorti tal-Appell fil-każ 1522 u ċaħad it-talbiet tas-soċjetà appellanti għax ma sabx abbuż ta' dominanza. Minflok, il-bord kellu jilqa' t-talbiet tas-soċjetà appellanti għax kif joħroġ ampjament ċar mir-rapport tal-inkjesta settorjali kienet qed issir ħsara fuq is-suq b'detriment għall-*consumer* u *economic welfare* u din fiha nnifisha hija ġustifikazzjoni objettiva biex jiġi ikkanċellat it-*tender*.«

17. Ir-reg. 90(3) ma għandux jinqara f'izolament iżda fil-kuntest tas-setgħat tal-Bord ta' Revizjoni. Li jgħid ir-reg. 90(3) hu illi l-bord għandu s-setgħa li jħassar mhux biss il-proċess tal-għażla iżda wkoll il-proċess tas-sejħa, sakemm dan ikun "l-aqwa soluzzjoni fiċ-ċirkostanzi tal-każ". Iżda l-Bord ta' Revizjoni jinqeda b'din is-setgħa mhux biex jissostitwixxi d-diskrezzjoni tiegħu għal dik tal-awtorità kontraenti; jinqeda b'dik is-setgħa meta tintwera irregolarità fil-proċess tas-sejħa li l-aħjar mod kif tissewwa jkun billi jithassar il-proċess innifsu. Iżda jekk ma tintwera ebda irregolarità la l-Bord ta' Revizjoni u lanqas din il-qorti ma għandhom jinqdew bis-setgħa li jħassru l-proċess tas-sejħa.
18. Fil-każ tallum l-appellanti stess tistqarr illi ma hemm ebda ksur ta' liġi, u għalhekk ma hijiex tistrieħ fuq id-disposizzjonijiet tar-reg. 262(1)(e). Effettivament l-appell huwa msejjes fuq il-fatt illi l-awtorità kontraenti ma qagħditx fuq il-parir tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni. Il-kwistjoni għalhekk hija jekk nuqqas ta' tħaris tar-rakkomandazzjonijiet tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni jistax jitqies bħala irregolarità li għandha twassal biex jithassar il-proċess tas-sejħa.
19. L-art. 14(1)(h) tal-Att dwar l-Awtorità ta' Malta għall-Kompetizzjoni u għall-Affarijiet tal-Konsumatur ["Kap. 510"] jagħti lill-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni s-setgħa "li jagħti parir lill-awtoritajiet pubbliċi dwar ħwejjeġ ta' kompetizzjoni li jistgħu jqumu fit-twettiq tal-funzjonijiet tagħhom". Dan il-parir,

għalkemm ma jorbotx, ma jingħatax għalxejn u għalhekk l-awtorità pubblika għandha tqis dak il-parir fil-qadi ta' dmirijietha. Madankollu, għalkemm dak il-parir ċertament għandu jkun fattur rilevanti, ma huwiex il-fattur waħdieni li għandu jitqies; li kien hekk, l-art. 14(1)(h) tal-Kap. 510 ma kienx jagħti lill-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni s-setgħa li jagħti biss parir lill-awtoritajiet pubbliċi iżda kien jagħtih is-setgħa li jagħti direttivi vinkolanti. Għalkemm għall-uffiċċju materja ta' kompetizzjoni tista' tkun il-konsiderazzjoni ewlenija u forsi wkoll waħdanija, dan mhux bilfors ikun hekk għall-awtoritajiet l-oħra, li jkollhom fatturi oħrajn xi jqisu. Dawn ikunu fatturi li lkoll għandhom jitqiesu mill-awtorità meta tiġi biex tingqeda bid-diskrezzjoni tagħha dwar kif taqdi d-dmirijiet tagħha.

20. Effettivament dak li qiegħda tagħmel l-attriċi hu illi tistieden lil din il-qorti, u lill-Bord ta' Revizjoni qabilha, sabiex tagħmel sħarriġ dwar kif l-awtorità kontraenti nqdiet bid-diskrezzjoni tagħha. Għalkemm din hija kawża dwar akkwist pubbliku u mhux ta' sħarriġ ġudizzjarju ta' għemil amministrattiv, l-awtorità kontraenti issottomettiet li hemm konsiderazzjonijiet oħra, marbuta mal-amministrazzjoni interna tat-tqassim tal-prodott fl-isptar, li wassluha biex ma toqgħodx fuq il-parir tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni għax dehrulha li kienu aktar ta' piż.
21. Kif ingħad, din il-qorti ma għandhiex tissostitwixxi d-diskrezzjoni tagħha għal dik tal-awtorità kontraenti u lanqas ma ntwera li l-awtorità nqdiet b'mod kapriċċuż jew irragonevoli bis-setgħa tagħha. Fiċ-ċirkostanzi ma jistax jingħad, kif irid l-appellant, illi "s-CPSU wriet biċ-ċar li trid tibqa' twebbes rasha akkost li tagħmel ħsara fis-suq".

22. Il-qorti għalhekk hija tal-fehma illi ma ntweriet ebda irregolarità jew raġuni oħra gravi biżżejjed biex tinqeda bis-setgħa tagħha taħt ir-reg. 286(3).

23. Dan l-aggravju hu għalhekk miċħud.

24. L-aħħar aggravju huwa fis-sens illi l-ħsara fis-suq hija ċirkostanza gravi biżżejjed biex twassal li titħassar is-sejha għal offerti. L-aggravju ġie mfisser hekk:

»Is-soċjetà appellanti hija aggravata bil-fatt li l-bord ma kkunsidrax *ai termini* tar-regolament 90(3) li *in vista* tal-ħsara fis-suq ikun aħjar li *tender* jitħassar.

»Žgur m'għandux ikun hemm dubbju wara r-rapport tal-inkjesta settorjali li l-ħsara fuq is-suq ġà seħħet (tant li l-fornituri mhux magħżula tilfu parti sostanzjali mill-*market shares* tagħhom mingħajr ħtija u l-ommijiet fl-isptar pubbliku gew imċaħħda mill-*brand* tal-għażla tagħhom), il-ħsara għadha qed isseħħ u ser tibqa' seħħ. Žgur ukoll m'għandux ikun hemm dubbju li ħsara fuq is-suq, misjuba u kkonfermata bil-provi mill-gwardjan pubbliku tas-swieq f'Malta, mhijiex permissibli u għandha tkun ċirkostanza li tiġġustifika l-kancellament tat-*tender ai termini* tal-regolament 90(3). Tali kancellament għaldaqstant kien ikun kompatibbli mal-kriterji ta' proporzjonalità u raġonevol-ezza.

»Tali ġustifikazzjoni toħroġ ukoll mis-sentenza nnifisha tal-Qorti tal-Appell li, minkejja li ma laqgħitx it-talba tal-esponenti għax kif sjegat kellha idejha marbutin, qieset li s-sitwazzjoni miġjuba fuq is-suq b'konsegwenza tad-*tender* ma kinetx desiderabbli:

»“Ċertament huwa desiderabbli li ma jitteħdux inizjattivi li jistgħu jwasslu għal sitwazzjoni fejn operatur ekonomiku jkollu dominanza fis-suq.”

»Tant il-Qorti tal-Appell hasset li din is-sitwazzjoni ma kinetx xierqa, li hasset il-bżonn li tagħti s-segventi direzzjoni mill-aktar ċara lis-*CPSU*:

»“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 tniessel 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.”

»Il-Qorti tal-Appell ukoll ikkonfermat li “l-kwistjonijiet imqanqlin f'dan l-episodju huma ta' interess pubbliku”.

»Ironikament il-bord, għalkemm ma laqax l-appell tas-soċjetà appellanti, ċertament kien konxju tal-ħsara li jista' jikkawża t-*tender* tant li hasset il-bżonn li jagħmel ir-rakomandazzjoni tal-Qorti tal-Appell tiegħu:

»“ However, and on a final note, this board will again emphasize what the Court of Appeal stated in paragraph 28 “... .. *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*”. Due to the potential risks discussed in the report issued by MCCA on 13th September, and the possibility of eventual abuse by an economic operator enjoying a monopoly or quasi monopoly in a particular secondary market, the contracting authority should revisit future tender procedures and take on board the recommendations of the MCCA.”

»Wieħed naturalment jistaqsi illi jekk il-bord ħass il-bżonn li jordna lis-CPSU għal *tenders* futuri li ssegwi r-rakkomandazzjonijiet tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni, kif ma ħassx il-bżonn li fil-każ odjern (fejn il-ħsara ma tistax tkun ippruvata aktar milli għa għet ippruvata) jeżamina ċ-ċirkostanzi kif kellu jagħmel, jikkundanna l-ħsara u jħassar it-*tender*. Għaliex il-bord ħass dan il-bżonn għal *tenders* futuri biss u mhux ukoll għal *tenders* preżenti li għa qed jikkawżaw ħsara? Kien ikun ħafna aktar għaqli li kieku l-bord ra l-ħsara li għa qed isseħħ, u ha *a nip it in the bud approach* billi indirizza l-problema mill-għeruw tagħha u kkanċella t-*tender*.

»Meta injora l-impatt ta’ dan it-*tender* fuq il-kompetizzjoni fis-suq u l-interess pubbliku, il-bord kien qed iqis ir-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku fejn jidhol dan it-*tender* f’vakwu, bħallikieku dawn ir-regolamenti jistgħu jiġu applikati b’mod indifferenti u lil hinn minn liġijiet oħra u l-ispirtu tagħhom. Infatti, il-liġijiet ta’ pajjiż jiffurmaw qafas wieħed u għaldaqstant għandhom jinqraw b’sinerġija u b’konsistenza flimkien, b’tali mod li waħda m’għandhiex tinnewtralizza l-iskop jew spirtu ta’ liġi oħra u kwalunkwe kunflitt bejniethom għandu jiġi evitat. X’inhu l-iskop li jkollok liġi dwar il-kompetizzjoni u awtorità pubblika tal-kompetizzjoni li jippromwovu *well-functioning markets* meta f’nifs wieħed l-awtorità kontraenti tħossha li għandha dritt taġixxi ‘l fuq mill-għanijiet tal-liġi dwar il-kompetizzjoni u l-pariri tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni bi ħsara għas-suq u l-interess pubbliku?

»Għaldaqstant, in-nuqqas tal-bord li jħassar it-*tender* minħabba l-impatt negattiv fis-suq kienet mankanza serja fil-kuntest tar-regolament 90(3) billi l-bord kellu jqis l-impatt negattiv fuq il-kompetizzjoni fis-suq bħala ċirkostanza importanti li tiġġustifika t-tħassir tat-*tender ai termini* tar-regolament 90(3). Minflok, il-bord għalaq għajnejh quddiem dik il-ħsara bħallikieku l-ħsara hija permissibli u ġustifikata u kien ippreparat li jħalli l-ħsara tippersisti u s-suq jikkrolla quddiemu.

»Din l-onorabbli qorti ma għandiex tirrepeti dan l-iżball u anzi għandha tikkorreġih bis-savju ġudizzju tagħha. Taħt ir-regolament 286(3) tar-Regolamenti, din l-onorabbli qorti wkoll għandha “s-setgħa li tħassar il-proċess tas-sejħa jekk hija jidhirilha li din tkun l-aqwa soluzzjoni fiċ-ċirkostanzi tal-każ”. Is-soċjetà appellanti għaldaqstant qed taderixxi [*sic*] lil din l-onorabbli qorti tuża din is-setgħa biex fid-dawl tar-rapport tal-inkjesta settorjali tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni issalva dan is-suq milli jkompli jsofri aktar ħsara u tikkandella dan it-*tender*.

»Fil-fatt din il-ħsara tista’ biss tiġi indirizzata minn din il-qorti, billi l-uffiċċju ma jistax jipproċedi kontra s-CPSU jew l-oblatur rakkomandat għall-ksur ta’ liġi. Fin-nuqqas, dan is-suq, li għa fih numru limitat ħafna ta’ operaturi u fejn il-kompetizzjoni hija għa mrażżna bil-

preżenza ta' operatur wieħed b'saħħtu, ser jikkrollaw u nispiċċaw f'sitwazzjoni ta' monopolju bl-*anti-competitive effects* kollha li monopolju jgħib miegħu fuq is-suq u bil-ħsara li rriżultat mir-rapport tal-inkjesta settorjali, mingħajr ma l-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni jista' jagħmel xejn għax is-*CPSU* mhijiex intrapriża u mhemmx ksur ta' liġi da parti tal-oblatur.

»Meta l-bord naqas li jieħu in konsiderazzjoni ċ-ċirkostanzi kollha msemmin aktar 'il fuq f'dan ir-rikors tal-appell huwa żbalja u naqas li jagħmel dak mistenni minnu, u *cioè* li jwieżen iċ-ċirkostanzi fattwali u legali rilevanti għall-każ u li jindirizza l-mistoqsija quddiemu, *cioè* li jiddeċiedi jekk l-aqwa soluzzjoni fiċ-ċirkostanzi tal-każ kienet li jħassar il-proċess tas-sejħa. Għaldaqstant id-deċiżjoni tal-bord għandha tiġi skartata minn din l-onorabbli qorti.«

25. Ċertament ir-rapport tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni huwa studju dettaljat imsaħħah b'*data* empiriċi u jkompli juri dak li għa ntwera fil-proċeduri li kienu saru taħt ir-reg. 262(1)(e) tal-L.S. 601.03, *viz.* illi l-għoti tal-kuntratt lil oblatur wieħed sejjer joħloq sitwazzjoni fejn operatur ekonomiku wieħed jikseb posizzjoni ta' dominanza fis-suq.

26. F'dan il-kuntest jikseb relevanza l-artikolu 18(1) tad-Direttiva 2014/24/UE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill dwar l-akkwist pubbliku:

»1. L-awtoritajiet kontraenti għandhom jittrattaw lill-operaturi ekonomiċi bl-istess mod u mingħajr diskriminazzjoni u għandhom jaġixxu b'mod trasparenti u proporzjonat.

»It-tfassil tal-akkwist ma għandux isir bil-ħsieb li l-akkwist jiġi eskluż mill-kamp ta' applikazzjoni ta' din id-Direttiva jew 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 mistfoqq lil ċerti operaturi ekonomiċi«

27. Dak li trid id-Direttiva ġie implementat fir-reg. 39 tal-L.S. 601.03:

»39. (1) Awtoritajiet kontraenti għandhom jittrattaw operaturi ekonomiċi b'mod ugwali u mingħajr diskriminazzjoni u għandhom jaġixxu b'mod trasparenti u proporzjonali.

»... ..

»(3) Id-disinn tal-akkwist pubbliku ma għandux isir bl-intenzjoni li jeskludi mill-kamp tiegħu ta' applikazzjoni dawn ir-regolamenti jew 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 ingustifikat jew ikun ta' żvantaġġ għal ċerti operaturi ekonomiċi.«

28. Ma huwiex kontestat li l-proċess tas-sejha u tal-għażla fih innifsu kien regolari u miftuħ għall-oblaturi kollha bla diskriminazzjoni, u l-għażla saret b'mod trasparenti u proporzjonali. Il-qofol tal-kontestazzjoni ma huwiex il-mod kif jintgħażel oblatur wieħed iżda l-konsegwenzi tal-għoti tal-kuntratt lil oblatur wieħed.
29. Iżda għalkemm li jiġu evitati konsegwenzi anti-kompetitivi hija haġa ċertament desiderabbli, ir-Regolament u d-Direttiva ma jgħidux illi proċess illi jista' jkollu dak l-effett huwa *ipso facto* hażin u għandu jithassar: li jgħidu hu li l-proċess għandu jithassar meta jsir speċifikament bil-ħsieb "li jiffavorixxi b'mod ingustifikat jew ikun ta' żvantaġġ għal ċerti operaturi ekonomiċi".
30. Ma hemm ebda allegazzjoni illi s-sejha saret b'dak il-ħsieb. L-effett anti-kompetitiv kien biss wieħed mill-fatturi li kellhom jitqiesu u l-fatt illi l-awtorità kontraenti għażlet li tkompli miexja bil-proċess ma jfissirx li dan għamlitu bil-ħsieb li tiffavorixxi operatur flok ieħor. Fil-fatt kull oblatur kellu l-istess opportunità li jagħmel l-offerta tiegħu, u rebaħ min għamel l-aħjar offerta, bħalma kienet tirbaħ l-appellanti li kieku l-offerta tagħha kienet l-aħjar. Ċertament, l-appellanti ma tefgħetx l-offerta tagħha bil-ħsieb li ma tintgħażilx, u lanqas ma ntrabtet permezz ta' *performance guarantee* li tiffirma l-kuntratt jekk tintgħażel l-offerta tagħha meta l-ħsieb tagħha kien li, anke jekk tintgħażel, il-kuntratt ma tiffirmahx minħabba l-konsegwenzi anti-kompetitivi tiegħu.

31. Għal dawn ir-raġunijiet din il-qorti hija tal-fehma illi ma ntwerewx irregolaritajiet gravi biżżejjed fil-proċess tas-sejha li jiġġustifikaw it-tfassir tal-proċess. Dan l-aggravju wkoll għalhekk għandu jiġi miċhud.
32. Incidentalment, u biss bħala kumment magħmul *obiter*, għandu jingħad ukoll illi għalkemm l-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni fil-kopja pubblika tar-rapport dwar l-inkjesta settorjali ma inkludix id-*data* numeriċi dwar l-ishma fis-suq tal-operaturi ekonomiċi u kif dawn l-ishma ntlaqtu bl-għoti ta' kuntratti pubbliċi, għax dak it-tagħrif tqies kunfidenzjali, madankollu għamel din l-osservazzjoni li ma hijiex irrelevanti għall-għanijiet tal-argument imsejjes fuq konsegwenzi anti-kompetitivi:

»The above market share analysis confirms the supplier that won Tender 2 has been the market leader since 2013, enjoying a [0-10] percentage points lead from the next largest brand in 2013. The gap between the market leader and the next largest brand further increased by [20-30] percentage points in 2019 when compared to 2013.

»The effect of the tender emerges from that fact that, between 2013 and 2015, the brand supplied by the winner of Tender 1 registered an increase in its market share of between of [0-5] percentage points. However, the same brand registered a gradual decrease in market share of between [10-20] percentage points during the period 2015 and 2019.

»As soon as Tender 2 was awarded to another supplier in 2015, the winning bidder registered a significant increase in its market share in 2016 which market share kept on increasing year after year.«

33. Din l-osservazzjoni tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni turi illi l-vantaġġ mogħti lill-oblatur magħżul ma huwiex wieħed bilfors permanenti iżda jseħh daqskemm idum iseħh il-kuntratt pubbliku, b'mod li jekk fiċ-ċiklu sussegwenti oblatur ieħor jagħmel offerta aħjar, il-vantaġġ li jkollu l-oblatur li rebaħ l-ewwel kuntratt jibda jitnaqqar. Il-fatt li l-ħsara fis-suq ma tkunx bilfors waħda permanenti ssaħħaħ l-argument – għalkemm forsi fuq bażi fattwali aktar milli legali – illi l-awtorità kontraenti ma għandhiex tiġi

mġiegħla titef il-vantaġġ illi tagħtiha l-għażla tal-orħos prodott li jħares il-ħtiġijiet amministrativi u tekniċi.

34. Il-qorti għalhekk tiċhad l-appell u tikkonferma d-deċiżjoni appellata tal-Bord ta' Reviżjoni.

35. L-ispejjeż ta' dan l-episodju tħallashom l-appellanti, ħlief l-ispejjeż tal-Uffiċċju għall-Kompetizzjoni u dawk ta' *Alfred Gera & Sons Limited*, li għandhom iħallsu l-ispejjeż tagħhom stess.

Mark Chetcuti
President

Giannino Caruana Demajo
Imħallef

Anthony Ellul
Imħallef

Deputat Reġistratur
gr