QORTI TAL-APPELL

IMĦALLFIN

S.T.O. PRIM IMĦALLEF MARK CHETCUTI
ONOR. IMĦALLEF CHRISTIAN FALZON SCERRI
ONOR. IMĦALLEF JOSETTE DEMICOLI

Seduta ta' nhar il-Ħamis, 15 ta' Frar, 2024.

Numru 14

Rikors numru 538/23/1

Krypton Chemists Limited (C-8933)

v.

Central Procurement and Supplies Unit

Il-Qorti:

1. Din hija sentenza dwar appell imressaq minn Krypton Chemists Limited kontra deċiżjoni mogħtija mill-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi fid-9 ta' Ottubru, 2023, li ċaħad talba tagħha biex tingħata rimedju qabel id-data tal-għeluq tas-sejħa għaliex ma qabilx magħha li d-dokument tas-sejħa ġie mfassal b'tali mod li jnaqqas il-kompetizzjoni

b'mod artifiċjali.

Daħla

2. Fit-8 ta' Awwissu, 2023, is-Central Procurement and Supplies Unit (CPSU) ħabbar sejħa pubblika bin-numru ta' riferenza cfT020-3981/23 - CPSU 6705/23 għal min kien interessat ibiegħ lill-Gvern, «*Non-Adherent Tulle Dressing Containing Silver*» għall-perjodu ta' sena, b'għażla ta' tiġdid għal sitt xhur oħra.

3. Skont **Artikolu 1 tal-*Instructions To Tenderers***, f'paġna 3 tad-dokument tas-sejħa, din is-sejħa kienet maqsuma f'żewġ lottijiet differenti. L-ewwel lott kien għax-xiri ta' 8000 unità ta' *dressing* bil-qies ta' 5ċm x 5ċm b'valur stmat ta' €16,800.00 mingħajr VAT, filwaqt li t-tieni lott kien għax-xiri ta' 10,000 unità ta' *dressing* bil-qies ta' 10ċm x 10ċm b'valur stmat ta' €23,600.00 mingħajr VAT.

4. L-appell tal-lum jolqot biss it-tieni lott, dak dwar id-*dressing* bil-qies ta' 10ċm x 10ċm.

5. Fi **klawsola 1.1 tal-ispeċifikazzjonijiet** f'paġna 18 tad-dokument tas-sejħa hemm imniżżel li, «*This dressing is intended as a primary wound contact layer in the management of colonised and critically*

colonised wounds as it reduces the bioburden with very low levels of toxicity.»

6. Fost l-ispeċifikazzjonijiet tekniċi f'paġna 19 tad-dokument tas-sejħa, li huma rilevanti għal dan l-appell hemm **klawsola 2.7** li tgħid li, «*Dressing can be cut to the size of the wound*», u **klawsola 2.10** li ttenni li d-daqs tad-*dressing* ta' Lott 2 għandu jkun ta' 10ċm x 10ċm.

7. L-oblaturi ekonomiċi interessati fis-sejħa kellhom żmien sas-16 ta' Awwissu, 2023, biex jekk iridu, iressqu xi mistoqsijiet għall-kjarifika dwar it-termini tas-sejħa. Il-kumpanija appellanti Krypton Chemists Limited inqdiet b'din il-fakultà u ressqet din il-mistoqsija għall-kjarifika:

> *«With reference to Lot 2, Spec No. 2.10, "Size: 10cm x 10cm", please advise if any +/- tolerances in cm are being considered whereby there are other alternatives on the market with size 10x12cm which comprise of the same intended use and equivalent functional performance. For your consideration please and if rejected, kindly confirm the clinical reason/s for such.»*

8. It-tweġiba tas-CPSU għal din il-mistoqsija kienet din:

> *«Unfortunately, it is not acceptable that the product should be according to the published specification* [sic]. *The reason from a Clinical point of view a wound product has to be big enough to cover the entire wound/wound bed* [sic]. *For this reason and also cost effectiveness this product is requested in two different sizes, to avoid wastage and/or contamination of the product. The 2 sets of measurements are intended not to overlap. That way we cover different scenarios where the product size is neither too big for a small wound or too small for a large wound. This may be more of a technical reason rather than a clinical one but the size is a part of a set of specifications.»*

9. Mhux sodisfatta b'din it-tweġiba, Krypton Chemists Limited l-ewwel bagħtet osservazzjonijiet oħra lis-CPSU għall-kjarifika u billi dawn l-osservazzjonijiet tagħha baqgħu ma ġewx imwieġba mis-CPSU, fit-22 ta' Awwissu, 2023 hija ressqet rikors quddiem il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi sabiex tingħata rimedju qabel id-data tal-għeluq tas-sejħa skont ir-**Regolament 262 tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku (Leġislazzjoni Sussidjarja 601.03)**.

10. Fost ir-rimedji mitluba mill-kumpanija appellanti kien hemm dawk biex il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi: (i) jiddikjara li, «*the decision not to allow for any+/- tolerances in cm in Clause 2.10 of the technical specifications fot Lot 2 is unlawful and/or discriminatory*»; u (ii) biex jordna li, «*this clause is corrected to allow for any reasonable tolerances, including or not limited to +2cm, and to refund in full the deposit paid by Krypton Chemists Limited upon filing this application.*»

11. B'deċiżjoni mogħtija fid-9 ta' Ottubru, 2023, il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi, iddeċieda l-każ hekk:

> *«This Board, after having examined the relevant documentation to this appeal and heard submissions made by all the interested parties including the testimony of the witnesses duly summoned, will now consider Appellant's grievances.*
>
> *a) Relevant to this appeal is regulation 39(3) of the Public Procurement Regulations ("PPR") which states that «The design of the procurement shall not be made with the intention of excluding it from the scope of these regulations or of artificially narrowing competition. Competition **shall be considered** to be artificially*

narrowed where the design of the procurement is made with the ***__intention__*** *of* ***__unduly favouring or disadvantaging certain economic operators__****.» (bold & underline emphasis added)*

b) Therefore, what goes against the spirit of the law is the intention of either favouring or disadvantaging a specific economic operator.

c) Whilst it true that the appellant provided proof that a number of procurement procedures in Spain and Italy allowed for a tolerance level of +/- 20%, +/-25% and +/-30% respectively this does not necessarily mean that a tolerance level must always be provided.

d) What needs to be proven is that a particular specification, in this case specification 2.10 as per page 19 of the tender dossier, is going against a specific regulation the PPR.

e) It is this Board's opinion that:

i. The Contracting Authority was not intentionally favouring or disadvantaging a specific economic operator when it requested a standard size of the dressing.

ii. No proof was provided that the 10cm x 10cm is not a standard size of this particular product.

iii. No proof was provided that only a limited number of economic operators can provide such a product.

iv. No proof was provided on how the tolerance level of +/- 20% was arrived at. A natural question that comes to mind is «why not a tolerance level of +/- 10%? 15%? 25%?»

Therefore, this Board is of the opinion that the specification as listed in clause 2.10 is not unlawful and /or discriminatory in nature.

The Board,

Having evaluated all the above and based on the above considerations, concludes and decides:

a) Does not uphold the Appellant's concerns and grievances;

b) that the deposit is not to be refunded to the Appellant.»

12. Krypton Chemists Limited appellat minn din is-sentenza fis-27 ta' Ottubru, 2023 u talbet biex din il-Qorti fl-ewwel lok tħassar is-sentenza

tal-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi u tiddikjara li d-deċiżjoni tas-CPSU, li ma tippermettix tolleranzi ta' għoxrin fil-mija (+20%) jew kwalunkwe tolleranza li għandha l-istess użu kliniku, qiegħda tnaqqas il-kompetizzjoni ħielsa b'mod artifiċjali bi ksur tar-**Regolament 39(3) tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku**. Fit-tieni lok talbet lil din il-Qorti sabiex bit-tħaddim tar-**Regolament 262(1)(ċ) tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku** tordna lis-CPSU tbiddel **klawsola 2.10** tal-ispeċifikazzjonijiet tekniċi sabiex taċċetta din it-tolleranza. Fl-aħħar lok, il-kumpanija appellanti talbet ukoll li tingħata lura d-depożitu li hija ħallset biex ressqet l-ilment tagħha quddiem il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi.

13. L-erba' aggravji mressqa minn Krypton Chemists Limited huma mqasmin hekk: (i) li l-Bord żbalja meta qal li l-awtorità kontraenti ma kellha l-ebda intenzjoni li tiżvantaġġa lilha u lill-oblaturi l-oħra fis-suq; (ii) li l-Bord ma fehemx x'kien eżatt l-ilment tagħha; (iii) li tolleranza sa massimu ta' 20% hija meħtieġa b'applikazzjoni tal-prinċipju tal-proporzjonalità; u (iv) li t-talba għar-rimedju qabel id-data tal-għeluq tas-sejħa kellha ssir minħabba li l-awtorità kontraenti naqset milli twieġibha għat-tieni talba tagħha għall-kjarifika u għalhekk hija jistħoqqilha li tieħu lura d-depożitu li ħallset quddiem il-Bord.

14. Is-CPSU wieġbet għal dan l-appell fl-10 ta' Novembru, 2023 u fit-

tweġiba tagħha hija fissret l-għala dan l-appell għandu jiġi miċħud.

15. Inżamm smigħ fit-18 ta' Jannar, 2024 u minn hemmhekk il-kawża tħalliet biex tingħata s-sentenza llum.

Konsiderazzjonijiet:

16. Fl-**ewwel aggravju** tagħha, il-kumpanija appellanti tgħid li mhux minnu li l-awtorità kontraenti ma kellhiex il-ħsieb li tnaqqas il-kompetizzjoni. Fil-qosor, skont il-kumpanija appellanti, l-ispeċifikazzjoni teknika dwar kemm għandu jkun id-daqs eżatt tal-garża f'Lott 2 mhijiex raġonevoli fil-kuntest tar-raġuni klinika għalfejn hija meħtieġa din il-garża. Targumenta li Miriam Wubbles, li kienet responsabbli mill-abbozzar tad-dokument tas-sejħa, xehdet quddiem il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi, li hija kienet taf li fis-suq kien hemm *dressing* b'daqs differenti minn dawk ta' 10ċm x 10ċm, bħal dawk bid-dimensjonijiet ta' 10ċm x 12ċm u 10ċm x 12.7ċm.

17. Iżżid tgħid ukoll li Miriam Wubbles stess stqarret waqt il-kontroeżami tagħha quddiem il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi, li garza b'daqs ta' 10ċm x 12ċm għandha l-istess *clinical indications* bħal garża b'daqs ta' 10ċm x 10ċm u għalhekk il-kumpanija appellanti tisħaq li ż-żewġ daqsijiet ta' *dressing* jissodisfaw bl-istess mod il-funzjonalità

mistennija mill-prodott fis-sejħa.

18. Il-konklużjoni li tislet il-kumpanija appellanti hija li bl-identifikazzjoni ta' daqs speċifiku ta' 10ċm x 10ċm mingħajr ebda limitu ta' tolleranza fid-dimensjonijiet, l-awtorità kontraenti ġiet li ħolqot tnaqqis u xkiel artifiċjali fil-kompetizzjoni għas-sejħa, bi ksur tar-**Regolament 39(3) tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku**.

19. Imbagħad fit-**tieni aggravju** tagħha, il-kumpanija appellanti tgħid li tolleranza ta' għoxrin fil-mija għad-*dressing* hija prassi użata u aċċettata madwar l-Unjoni Ewropea, u fil-fatt issostni li quddiem il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi hija ressqet nota b'dokumentazzjoni, li turi li mill-inqas f'disa' sejħiet pubbliċi għall-akkwist ta' *dressing* maħruġa madwar l-Unjoni Ewropea, dawn dejjem aċċettaw tolleranza konsistenti ta' għoxrin fil-mija. Minħabba f'hekk, il-kumpanija appellanti targumenta li ma tarax għalfejn limitu ta' tolleranza bħal dan m'għandux ikun ukoll aċċettat f'Malta.

20. Fit-**tielet aggravju** tagħha l-kumpanija appellanti tqanqal favuriha l-prinċipju tal-proporzjonalità. Fih ittenni li m'hemmx raġuni fejjieda għaliex garża b'limitu ta' tolleranza ta' 20% iktar mill-qies ta' 10ċm x 10ċm għandu jitqaċċat 'il barra mill-kompetizzjoni, ladarba dawn huma funzjonalment ekwivalenti. Anzi hija tgħid li kif xehdet Beatrice Panzieri

(*clinical nurse specialist* ma' Urgo Medical fl-Italja, li hija l-*advanced wound care division,* fi ħdan il-grupp Urgo fl-industrija tal-farmaċewtika), garża b'daqs kemmxejn ikbar twassal għall-kwantità akbar ta' *dressing* għall-awtorità kontraenti biex iddewwi feriti akbar u dan bi prezz orħos.

21. Fuq kollox, il-kumpanija appellanti tgħid li m'hemm xejn ħażin li l-garża tkun ftit ikbar, meta wieħed iqis li skont il-**klawsola 2.7** tal-ispeċifikazzjonijiet tekniċi, l-awtorità kontraenti ħasbet għall-possibilità li taqta' l-garża skont id-daqs tal-ferita. Tfisser li din il-kundizzjoni dwar id-daqs tal-garża m'għandhiex tirkeb fuq l-għan ewlieni tas-sejħa, jiġifieri dak li l-awtorità kontraenti tikseb *dressing* għall-feriti bl-aħjar prezz. Għaldaqstant tisħaq li din il-Qorti għandha tuża r-**Regolament 262(1)(ċ) tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku** sabiex tbiddel din il-kundizzjoni tas-sejħa.

22. Min-naħa tagħha, is-CPSU twieġeb għal dawn it-tliet aggravji billi targumenta: (i) li kif stqarret Miriam Wubbles id-daqs ta' 10ċm x 10ċm huwa l-iktar daqs komuni fost il-manifatturi tal-garżi u għalhekk ma jistax jingħad li l-awtorità kontraenti kellha xi ħsieb li toħnoq il-kompetizzjoni, bi ksur tar-**Regolament 39(3) tal-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku**, meta għażlet dan il-qies; (ii) li l-awtorità kontraenti tant kemm ma riditx tnaqqas il-kompetizzjoni, li riedet tixtri żewġ qisien differenti ta' *dressing* taħt żewġ lottijiet differenti; (iii) li l-fatt li pajjiżi oħra jaċċettaw avarija ta'

20% huwa irrilevanti għaliex kull pajjiż ikollu l-eżiġenzi u l-prattiċi mediċi u loġistiċi speċifiċi tiegħu; (iv) li l-prinċipju tal-proporzjonalità ma jgħoddx f'każijiet ta' rimedji qabel id-data tal-għeluq tas-sejħa; (v) li dan il-prinċipju ma ġiex invokat mill-kumpanija appellanti quddiem il-Bord ta' Reviżjoni dwar il-Kuntratti Pubbliċi; u (vi) li f'kull każ il-kundizzjoni dwar il-qies hija waħda raġonevoli u proporzjonata.

23. Din il-Qorti tqis li dawn it-tliet aggravji tal-kumpanija appellanti huma sfumaturi tal-istess argument, *viz*. li l-ispeċifikazzjoni teknika mdaħħla fid-dokument tas-sejħa dwar id-daqs tal-garża toħloq xkiel biex oblaturi jieħdu sehem fis-sejħa. Dawn it-tliet aggravji għalhekk sejrin jiġu mistħarrġa flimkien.

24. Din il-Qorti titlaq billi tgħid li huwa mistenni li min jagħmel sejħa għall-offerti għandu kull jedd li jagħżel x'irid jakkwista. Mhux imħolli għalhekk lil min jista' jressaq offerta f'dik is-sejħa, illi jagħżel jew jiddetta x'imissu jew x'ma jmissux jiġi aċċettat mill-awtorità kontraenti, bħallikieku l-bejjiegħ jista' jiddetta lix-xerrej x'imissu jixtri u mhux x'għandu bżonn jixtri (ara ***Il-Kamra Maltija Għan-Negozji ż-Żgħar u Medji v. Onorevoli Prim Ministru et*** deċiża mill-Prim'Awla tal-Qorti Ċivili fis-27 ta' Lulju 2007).

25. Hekk pereżempju ngħad mill-Qorti tal-Appell fis-sentenza ***V.J.***

***Salomone Pharma Ltd v. Central Procurement and Supplies Unit tal-Ministeru tas-Saħħa et* (App. 336/2019)** deċiża mill-Qorti tal-Appell fit-28 ta' Frar, 2020, li hija fid-diskrezzjoni tal-awtorità kontraenti li tagħżel, jekk hekk jeħtiġilha, illi tixtri mediċina waħda, b'dana li oblatur ekonomiku ma jistax iġiegħla tixtri bilfors aktar minn mediċina waħda.

26. Iżda għalkemm l-awtorità kontraenti tgawdi minn diskrezzjoni li tagħżel xi trid tixtri, dan ma jfissirx illi l-istess awtorità kontraenti tista' allura tagħmel dak li trid. Dan għaliex ladarba hemm involuti flejjes pubbliċi, l-awtorità kontraenti xorta jeħtiġielha illi tħares il-prinċipji regolaturi fil-qasam tal-akkwisti pubbliċi, u ċjoè li tqis l-oblaturi ekonomiċi b'mod indaqs u mingħajr diskriminazzjoni u li tmexxi l-proċess kollu tas-sejħa b'mod trasparenti u proporzjonali, kif imfisser fir-**Regolament 39(1) tar-Regolamenti dwar il-Kuntratti Pubbliċi**.

27. Dawn l-obbligi ma jgħoddux biss waqt il-proċess tal-għarbiel tal-offerti li jkunu ġew mixħuta mill-offerenti, iżda jgħoddu f'kull stadju tal-proċess, inkluż ukoll fil-fażi tat-tfassil tagħha. Tassew daqskemm huwa ħażin u irregolari li l-awtorità kontraenti tagħmel preferenzi bejn l-oblaturi ekonomiċi meta tkun qiegħda tixtarr liema hi l-aħjar offerta li ġiet mixħuta minnhom, daqstant ieħor huwa ħażin u irregolari li l-awtorità kontraenti tfassal u timponi kriterji f'sejħa għall-offerti li jwasslu biex tnaqqas il-parteċipazzjoni ta' oblaturi ekonomiċi.

28. Kemm hu hekk, ir-**Regolament 39(3) tar-Regolamenti dwar il-Kuntratti Pubbliċi** jgħid li:

> *«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 ġiet 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.»*

29. L-istess prinċipju jinsab imtenni wkoll fir-**Regolament 53(6) tar-Regolamenti dwar il-Kuntratti Pubbliċi** li jgħid hekk:

> *«L-ispeċifikazzjonijiet tekniċi għandhom joffru aċċess ugwali tal-operaturi ekonomiċi għall-proċedura ta' akkwist u ma għandux ikollhom l-effett li joħolqu xkiel mingħajr ġustifikazzjoni għall-ftuħ tal-akkwist pubbliku għall-kompetizzjoni.»*

30. Rilevanti li dawn iż-żewġ regolamenti fuq riprodotti huma implimentazzjoni tal-**Artikoli 18(1)** u **42(2)** tad-**Direttiva 2014/24/UE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tas-26 ta' Frar 2014 dwar l-akkwist pubbliku**.

31. Il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja tal-Unjoni Ewropea tisħaq li l-prinċipju ta' proporzjonalità jfisser li awtorità kontraenti għandha l-obbligu li ssib bilanċ bejn il-ħtieġa li jiġi żgurat li tiġi pprovduta garanzija ta' eżekuzzjoni xierqa għall-kuntratt u l-interessi ta' operaturi ekonomiċi potenzjali li jixtiequ jipparteċipaw f'offerta.

32. Fil-fatt fis-sentenza tat-23 ta' Diċembru, 2009, fl-ismijiet ***Serrantoni Srl u Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano (C-376/08)***, il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat li sabiex jiġu mħarsa u jintlaħqu l-miri tat-trattament indaqs u tat-trasparenza hemm bżonn li f'sejħa għall-offerti tiġi żgurata l-ikbar parteċipazzjoni ta' offerenti possibbli. Barra minn hekk, l-awtorità kontraenti għandha tosserva l-prinċipju ta' proporzjonalità meta tkun qiegħda tiddetermina liema operaturi ekonomiċi ma jistgħux jipparteċipaw fil-proċeduri.

33. Il-ħtiġijiet speċifikati minn awtorità kontraenti sabiex oblatur ekonomiku jkun jista' jitħalla jieħu sehem f'sejħa għalhekk iridu jkunu raġonevoli fid-dawl ta' kemm huwa l-valur stmat tal-kuntratt, tal-karatteristiċi tal-oġġett li jrid jiġi akkwistat u tar-raġuni għalfejn dak l-oġġett irid jiġi mixtri. Fi kliem ħafif, l-operaturi ekonomiċi ma jistgħux jiġu mxekkla milli jipparteċipaw f'sejħa mill-bidu nett minħabba li r-rekwiżiti jkunu iebsa u onerużi żżejjed.

34. Naturalment filwaqt li mhuwiex mistenni li l-awtorità kontraenti tnaqqas dawn ir-rekwiżiti drastikament sabiex b'hekk kull oblatur ekonomiku, anke dak li ma jkunx kapaċi jidħol għall-kuntratt, ikun jista' jieħu sehem fis-sejħa; min-naħa l-oħra però l-awtorità kontraenti għandha d-dmir li tistabbilixxi rekwiżiti li jkunu jistgħu jintlaħqu minn għadd ta' operaturi ekonomiċi biex b'hekk ma tirrestrinġix il-kompetizzjoni ġusta.

35. Fit-tfassil ta' dawn ir-rekwiżiti, l-awtorità kontraenti għandha dejjem timxi bir-riga tal-proporzjonalità. F'dan is-sens għalhekk, kontra dak li tgħid is-CPSU fir-risposta tal-appell tagħha mhuwiex minnu li l-prinċipju tal-proporzjonalità jgħodd biss fl-evalwazzjoni tal-offerti. Tassew il-prinċipju tal-proporzjonalità għandu jitħaddem ukoll fl-istħarriġ ta' jekk rekwiżiti tekniċi li jkunu ġew imposti f'sejħa, illi jafu jillimitaw is-sehem ta' oblaturi ekonomiċi, humiex oġġettivament raġonevoli fil-kuntest tal-iskop tas-sejħa.

36. Kif tikteb il-***Professur Sue Arroswmith***, f'paġna 579 tal-ktieb tagħha ***The Law of Public and Utilities Procurement (Volume 2):***

> *«Compliance with the principle that specifications must not be drawn up in such a way as to exclude products/works/services that meet an entity's functional requirements can often be achieved by formulating specifications in terms of performance or functional specifications rather than detailed requirements.»*

37. Terġa' u tgħid hija l-liġi stess i.e. fir-**Regolament 262(1) tar-Regolament dwar l-Akkwist Pubbliku**, li tagħti l-jedd lill-oblatur ekonomiku li fi stadju qabel id-data tal-għeluq tas-sejħa, jista' jitlob li jitneħħew speċifikazzjonijiet tekniċi, ekonomiċi jew finanzjarji diskriminatorji li jkun hemm fis-sejħa għall-kompetizzjoni.

38. Bħalma operatur ekonomiku għandu l-jedd li jfittex jikseb rimedju taħt ir-**Regolament 262(1)(e) tar-Regolament dwar l-Akkwist Pubbliku**

sabiex iħassar is-sejħa għall-offerti nnifisha fuq il-bażi li dik is-sejħa tista' twassal għall-ħolqien ta' monopolju favur oblatur ekonomiku partikolari li jmur kontra l-liġi tal-kompetizzjoni (ara ***Vivian Corporation Limited v. Central Procurement and Supplies Unit et*** deċiża mill-Qorti tal-Appell fis-17 ta' Marzu, 2021), hekk ukoll oblatur ekonomiku għandu l-jedd li jfittex jikseb rimedju taħt ir-**Regolament 262(1)(ċ) tar-Regolament dwar l-Akkwist Pubbliku** sabiex jiġu mwarrba jew mibdula speċifikazzjonijiet tekniċi li għandhom l-effett li jirrestrinġu l-kompetizzjoni ġusta.

39. Fil-każ tagħna, il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi qatagħha li l-kumpanija appellanti ma seħħilhiex turi li l-awtorità kontraenti kellha l-ħsieb li tivvantaġġa jew tiżvantaġġa xi oblaturi ekonomiċi speċifiċi meta ffissat qies speċifiku ta' kemm għandu jkun id-daqs tal-garża. Il-Bord għafas fuq il-fatt li r-**Regolament 39(3) tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku** jgħid espressament li, «*Il-kompetizzjoni titqies li ġiet imnaqqsa b'mod artifiċjali meta d-disinn tal-akkwist pubbliku jsir bl-**<u>intenzjoni</u>** li jiffavorixxi b'mod inġustifikat jew ikun ta' żvantaġġ għal ċerti operaturi ekonomiċi.*»

40. Fil-fehma tal-Qorti dan ir-regolament għandu jiġi interpretat f'sens wiesgħa u mhux f'sens dejjaq, kif x'aktarx interpretah il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi.

41. Ifisser dan, li biex jintwera li l-kompetizzjoni tkun ġiet imnaqqsa b'mod artifiċjali, l-operatur ekonomiku m'għandux il-piż fuq spallejh li jipprova bilfors li l-awtorità kontraenti mxiet b'mod diżonest jew qarrieqi biex tagħti vantaġġ lill-oblatur ekonomiku jew biex tiżvantaġġa lill-oblaturi ekonomiċi oħrajn. Lanqas m'hemm bżonn li jiġi ppruvat li l-awtorità kontraenti tkun ikkonfoffat bil-moħbi ma' xi oblaturi ekonomiċi jew inkella tkun daħlet f'xi sura ta' kollużjoni magħhom.

42. Li kieku l-ħsieb wara r-**Regolament 39(3) tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku** kien li l-tnaqqis artifiċjali fil-kompetizzjoni għandu jgħodd biss f'każijiet bħal dawn allura l-leġislatur Ewropew u l-leġislatur Malti kien jikkwalifika l-kelma '*intenzjoni*', b'aġġettivi bħalma huma: '*diżonesta*' jew '*qarrieqa*'. Dan biex ma ngħidux ukoll li hija biċċa xogħol qalila ħafna li oblatur ekonomiku jipprova li awtorità kontraenti tkun imxiet b'rieda ħażina.

43. Għalhekk mill-mod ta' kif taraha din il-Qorti, l-intenzjoni li tnaqqas il-kompetizzjoni b'mod artifiċjali fir-**Regolament 39(3)** għandha tiġi interpretata fis-sens li meta wieħed janalizza l-kriterji tas-sejħa wieħed isib li dawn il-kriterji jkunu ġew introdotti fis-sejħa mhux biex ikun hemm kompetizzjoni miftuħa li titħalla tieħu l-kors naturali tagħha, iżda dawn il-kriterji jkunu ġew introdotti biex il-kompetizzjoni tiġi mnaqqsa b'mod inġustifikat ħalli b'hekk ikun hemm inqas operaturi ekonomiċi li jieħdu

sehem fis-sejħa. Dan kollu jrid jiġi interpretat fl-isfond tal-prinċipju ġenerali li l-awtoritajiet kontraenti għandhom joħolqu aċċess ugwali għall-offerenti, kif ukoll ill jagħmlu trasparenti l-proċess tal-akkwist.

44. Biex dan li qiegħed jingħad mill-Qorti jkun jista' jiġi mfisser aħjar, huwa tajjeb li wieħed jagħmel referenza għal xi deċiżjonijiet mogħtija mill-Qorti tal-Ġustizzja tal-Unjoni Ewropea.

45. Nibdew b'***EVN AG u Wienstrom GmbH v. Republik Österreich (Każ C-448/01)*** li kienet dwar il-produzzjoni tal-elettriku minn sorsi rinnovabbli. F'dan il-każ il-kuntratt kellu jingħata lil dak l-operatur ekonomiku li seta' jaqdi l-ogħla numru ta' konsumaturi. Minħabba f'hekk, l-offerenti kienu ntalbu sabiex jindikaw fl-offerta tagħhom l-akbar numru ta' konsumaturi li setgħu jaqdu. Irriżulta però li l-limitu (*threshold*) kien ogħla min-numru ta' konsumaturi li l-awtorità kontraenti riedet tforni. Il-Qorti tal-Ġustizzja saħqet għalhekk fuq l-importanza li jiġu provduti kriterji li huma marbuta mas-suġġett tal-kuntratt. F'dan il-każ għall-għanijiet tas-sejħa ma kienx hemm bżonn li jkollok operatur ekonomiku li jkun kapaċi jipprovdi provvista lil numru ta' konsumaturi aktar milli kien hemm bżonn, b'dana għalhekk li kriterju bħal dan ġie meqjus bħala wieħed mhux xieraq mal-prinċipju li ma jkunx hemm diskriminazzjoni bejn operaturi ekonomiċi għaliex dan il-kriterju kien maħsub li jivvantaġġa l-kumpaniji l-kbar fuq dawk żgħar peress li dawk tal-aħħar ma setgħux ifornu żżejjed.

46. Sentenza oħra hija dik ta' ***Il-Kummissjoni Ewropea v. L-Olanda (Każ C-368/10)*** li kienet dwar ix-xiri ta' magni tal-kafè. Skont id-dokument tas-sejħa, min jipprovdi ingredjenti li jkollhom it-tikketti EKO u/jew Max Havelaar seta' jikseb aktar punti minn dawk li ma kellhomx dawk it-tikketti. Il-Qorti tal-Ġustizzja iżda qalet li speċifikazzjonijiet tekniċi li jkunu marbuta ma' tikketti speċifiċi huma diskriminatorji għaliex jiżvantaġġaw lil dawk l-operaturi li m'għandhomx dawk it-tikketti iżda li jkollhom prodotti li teknikament ikunu tajbin daqs dawk il-prodotti li għandhom dawk it-tikketti.

47. Rilevanti wkoll hija s-sentenza ***Dirk Rüffert, fil-kwalità tiegħu ta' stralċjarju ta' Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG v. Land Niedersachsen (Każ C-346/06)*** fejn fiha ngħad li awtorità kontraenti ma tistax iddaħħal kundizzjonijiet f'sejħa għall-offerti li permezz tagħhom hija tgħid li tista' tagħżel biss bħala appaltaturi ta' kuntratti pubbliċi, dawk l-impriżi biss li meta jagħmlu l-offerti tagħhom jintrabtu bil-miktub li, bħala korrispettiv għall-prestazzjoni tas-servizzi kkonċernati, iħallsu lill-ħaddiema tagħhom tal-inqas il-paga stabbilita fil-ftehim kollettiv applikabbli fil-post fejn jiġu pprovduti l-imsemmija servizzi. Il-Qorti tal-Ġustizzja qieset kundizzjoni bħal din bħala illegali peress li kienet teskludi operaturi ekonomiċi minn ġurisdizzjonijiet oħra li f'pajjiżhom għandhom pagi aktar baxxi.

48. L-istess ġie mtenni fis-sentenza ***Bundesdruckerei GmbH v. Stadt Dortmund (Każ C-549/13)***, *viz*. illi f'sitwazzjoni fejn oblatur ekonomiku jkollu l-intenzjoni li jwettaq kuntratt pubbliku billi jinqeda esklussivament b'ħaddiema impjegati minn subappaltatur stabbilit fi Stat Membru ieħor li mhuwiex dak tal-awtorità kontraenti, allura l-awtorità kontraenti ma tistax iġġiegħel lil dak is-subappaltatur iħallas lill-ħaddiema tiegħu s-salarju minimu stabbilit fil-leġislazzjoni domestika tal-awtorità kontraenti.

49. Imħaddmin dawn il-prinċipji għall-każ tal-lum, din il-Qorti tasal biex taqbel mal-kumpanija appellanti li l-inklużjoni ta' daqs eżatt ta' kemm għandha tkun id-*dressing* mingħajr ebda aċċettazzjoni ta' limitu ta' tolleranza, għandha l-effett li toħloq barrieri inġusti li jagħlqu l-aċċess għall-oblaturi eknomiċi milli jieħdu sehem fis-sejħa.

50. Meta wieħed iqis li l-iskop funzjonali l-għala l-awtorità kontraenti riedet tixtri dan id-*dressing* kien biex din tużahom ħalli tgħatti u ddewwi l-feriti, u meta wieħed iqis li l-awtrorità kontraenti stess fil-**klawsola 2.7 tal-ispeċifikazzjonijiet tekniċi** tad-dokument tas-sejħa għamlitha ċara li hija kellha bżonn *dressing* li seta' jinqata' sabiex dan ikun jista' jintuża skont id-daqs tal-ġerħa, allura din il-Qorti ma tistax tifhem għaliex *dressing* li jkun qrib ħafna tad-daqs ta' 10ċm x 10ċm imsemmi fil-**klawsola 2.10 tal-ispeċifikazzjonijiet tekniċi** għandu jiġi rifjutat milli jitħalla jiġi offrut f'din

is-sejħa.

51. Fl-atti tal-kawża jirriżulta li ma hemm l-ebda raġuni klinika jew teknika għaliex *dressing* li hija ftit ikbar mid-daqs ta' 10ċm x 10ċm mhijiex tajba għall-użu tal-awtorità kontraenti. Anzi fis-sentenza tal-Bord ta' Reviżjoni hemm imniżżel li x-xhud tal-awtorità kontraenti, Miriam Wubbels, qalet li, «*On paper there is no difference in sizes*.»

52. Għalhekk la *dressing* li għandu daqs li huwa kemmxejn ikbar minn 10ċm x 10ċm joffri l-istess riżultat funzjonali daqs *dressing* ta' 10ċm x 10ċm, allura m'hemmx raġuni oġġettiva għaliex *dressing* li huwa ftit ikbar għandu jiġi eskluż mis-sejħa. Dan il-fatt jinsab imsaħħaħ ukoll mill-fatt li tolleranzi fid-daqs tad-*dressing* hija komuni u aċċettabbli f'sejħiet pubbliċi pproċessati f'pajjiżi oħra tal-Unjoni Ewropea.

53. Il-Qorti qiegħda żżomm f'moħħha wkoll li l-iskop wara din is-sejħa kienet biex il-Gvern jakkwista l-aħjar *dressing* bl-orħos prezz. Dan l-iskop mhuwiex ħa jintilef jekk kemm-il darba jiġi aċċettat *dressing* li huwa ftit ikbar minn 10ċm x 10ċm. Anzi bil-maqlub, jekk l-awtorità kontraenti tħalli li jieħdu sehem oblaturi ekonomiċi biex joffru *dressing* sa avarija massima ta' 20%, hemm mnejn li jiżdied iċ-ċans li aktar joffru oblaturi ekonomiċi u b'hekk jiżdiedu aktar l-opportunitajiet tal-awtorità kontraenti li tixtri *dressing* bi prezz aħjar għaliex tiżdied il-kompetizzjoni.

54. Ifisser dan li l-awtorità kontraenti għandha aktar x'tirbaħ milli x'titlef jekk taċċetta li ddaħħal livell ta' tolleranza sa massimu ta' 20% fid-daqs tad-*dressing*. Tassew għalhekk fid-dawl tan-natura tal-kuntratt u tar-raġuni għaliex irid jinxtara dan id-*dressing*, din il-Qorti qiegħda tasal għall-fehma li l-kumpanija appellanti għandha raġun tilmenta li hija sproporzjonata d-deċiżjoni tal-awtorità kontraenti li f'lott 2 taċċetta biss *dressing* f'daqs ta' 10ċm x 10ċm mingħajr ebda aċċettazzjoni ta' limitu ta' tolleranza.

55. Fl-istess waqt lanqas m'għandu raġun il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi meta fis-sentenza appellata qal li l-awtorità kontraenti ma kellhiex l-intenzjoni li tnaqqas il-kompetizzjoni b'mod artifiċjali meta imponiet il-kriterju tad-daqs f'lott 2. Ix-xhud stess tal-awtorità kontraenti, Miriam Wubbels, qalet quddiem il-Bord li hija kienet taf li fis-suq kien hemm qisien differenti ta' *dressing* u għalhekk meta l-awtorità kontraenti ddeċidiet li tmur biss għall-qies ta' 10ċm x 10ċm hija ħadet deċiżjoni intenzjonata li teskludi oblaturi ekonomiċi li joffru *dressing* li għandu qies qrib għal 10ċm x 10ċm.

56. Kif rajna aktar 'il fuq din id-deċiżjoni tal-awtorità kontraenti li teskludi *dressing* b'qies viċin 10ċm x 10ċm la hija proporzjonata u lanqas ma hija oġġettivament ġustifikata fid-dawl tal-prodott li jrid jixtri l-Gvern u fid-dawl

ta' kif il-Gvern kellu l-ħsieb li juża dan id-dressing.

57. F'dawn iċ-ċirkostanzi għalhekk il-mod kif ta' kif ġiet imfassla l-klawsola dwar id-daqs tad-*dressing* hija bi ksur tar-**Regolament 39(3) tar-Regolament dwar l-Akkwist Pubbliku** għaliex hija maħsuba biex tivvantaġġa b'mod li mhuwiex xieraq dawk l-oblaturi ekonomiċi li għandhom *dressing* b'qies ta' 10ċm x 10ċm fuq dawk l-oblaturi ekonomiċi li għandhom *dressing* ta' daqs li huwa kemmxejn ikbar. Hekk ukoll din il-klawsola hija bi ksur tar-**Regolament 53(6) tar-Regolamenti dwar il-Kuntratti Pubbliċi** għaliex għandha l-effett li toħloq xkiel mingħajr ġustifikazzjoni għall-kompetizzjoni.

58. Dawn l-ewwel tliet aggravji tal-kumpanija appellanti għalhekk qegħdin jiġu milqugħa u bħala riżultat ta' dan, il-Qorti sejra tipprovdi fil-parti dispożittiva ta' din is-sentenza biex l-ispeċifikazzjonijiet tekniċi dwar id-daqs tad-*dressing* jiġu mibdula ħalli b'hekk ikunu jistgħu jiġu aċċettati wkoll *dressing* b'daqs ikbar li ma jaqbiżx l-20%.

59. Jifdal biss l-**<u>aħħar aggravju</u>**, li jolqot id-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi fejn ordna li m'għandux jintradd lill-kumpanija appellanti d-depożitu minnha mħallas biex setgħet tressaq l-oġġezzjoni quddiem il-Bord.

60. Ladarba din il-Qorti sabet li l-kumpanija appellanti kellha raġun fl-ilment tagħha li ressqet quddiem il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi, allura l-konsegwenza loġika għandha tkun li l-kumpanija appellanti bħala l-parti rebbieħa jistħoqqilha li tiġbor lura d-depożitu illi hija ħallset biex ressqet dak l-ilment.

61. Dan l-aħħar aggravju għalhekk qiegħed jiġi milqugħ ukoll

Deċiżjoni

Għaldaqstant għal dawn ir-raġunijiet, il-Qorti qiegħda **tilqa'** l-appell billi tħassar is-sentenza tal-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi, tiddikjara li d-deċiżjoni tal-awtorità kontraenti li ma tħallix tolleranzi sa massimu ta' 20% fid-daqs tad-*dressing* għal Lott 2 hija bi ksur tar-**Regolament 39(3) tar-Regolament dwar l-Akkwist Pubbliku** u tordna lill-awtorità kontraenti sabiex tieħu ħsieb tbiddel l-ispeċifikazzjonijiet tekniċi tas-sejħa pubblika inkwistjoni sabiex dawn jippermettu l-proposti ta' *dressing* għal Lott 2, b'livell ta' tolleranza sa 20% ikbar mill-qies ta' 10ċm x 10ċm.

Tordna wkoll illi d-depożitu mħallas minn Krypton Chemists Limited biex setgħet tressaq l-ilment tagħha quddiem il-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi jintradd lura lilha.

Fl-aħħar nett tordna li l-ispejjeż ta' dan l-appell għandhom jitħallsu mis-Central Procurement and Supplies Unit.

Mark Chetcuti Prim Imħallef	Christian Falzon Scerri Imħallef	Josette Demicoli Imħallef

Deputat Reġistratur
rm