



MALTA

**QORTI TA' L-APPELL**

**S.T.O. PRIM IMHALLEF**

**SILVIO CAMILLERI**

**ONOR. IMHALLEF**

**GIANNINO CARUANA DEMAJO**

**ONOR. IMHALLEF**

**NOEL CUSCHIERI**

Seduta tat-30 ta' Mejju, 2014

Appell Civili Numru. 45/2014/1

***Island Insurance Brokers Limited***  
**(C10536) u *Marsh Limited* (Numru ta'**  
**Registrazzjoni Ingliż 1507274), it-tnejn**  
**f'isimhom proprju u fl-interess tal-**  
**konsorzju *Marsh Island***

**v.**

**Korporazzjoni *Enemalta*; Direttur tal-Kuntratti u *Allcare Insurance Brokers Limited* (C29741)**

1. Dan huwa appell ta' *Island Insurance Brokers Limited, Marsh Limited* u l-konsorzju *Marsh Island* ["l-Appellanti"] minn deċiżjoni tas-27 ta' Jannar 2014 tal-Bord ta' Reviżjoni dwar Kuntratti Pubbliċi ["il-Bord ta' Reviżjoni"], imwaqqaf taħt ir-Regolamenti tal-2010 dwar il-Kuntratti Pubbliċi ["L.S. 174.04"], illi ċaħdet appell ta' *Marsh Island* minn deċiżjoni tad-Dipartiment tal-Kuntratti ["id-Dipartiment"] illi kuntratt pubbliku għal *insurance brokerage services* lill-korporazzjoni *Enemalta* ["*Enemalta*"] jingħata lis-soċjetà *Allcare Insurance Brokers Limited* ["*Allcare*"].
2. Il-fatti rilevanti seħħew hekk: fid-9 ta' Novermbru 2012 saret sejħa minn *Enemalta* għal offerti għal *Framework agreement for the provision of insurance brokerage services for the Enemalta submarine cable interconnector*. FI-*instructions to tenderers*, taħt il-para. 7, *selection and award requirements*, sub-para. 7.1 parti (B), *selection criteria*, is-sub-sub-para. (ii)(3) iġħid hekk:

"The brokerage firm must provide information regarding brokerage services of similar nature and extent performed during the last five (5) years. The brokerage firm (the lead brokerage firm in the case of a joint venture/consortium) must have provided brokerage services on at least one interconnector of at least EUR 70 million contract value."

3. Fil-parti (A) tal-istess sub-para. 7.1 hemm nota li tgħid hekk:

“Note that a sub-contractor is not considered to be a partner for the purposes of this tender procedure.”

4. Saru tliet offerti: dik ta' *Allcare*, li kellha l-oħros offerta (€37,500); dik ta' *Mediterranean Insurance Brokers (Malta) Limited*, li kellha t-tieni orħos offerta (€60,000); u dik ta' *Marsh Island*, li kellha l-ogħla offerta (€247,000). B'ittra tad-29 t'Ottubru 2013 id-Dipartiment għarraf lill-Appellanti illi l-offerta ta' *Allcare* giet rakkomandata bħala l-aħjar waħda.
5. B'ittra tas-7 ta' Novembru 2013 l-Appellanti ressqu appell min din id-deċiżjoni quddiem il-Bord ta' Reviżjoni. Bid-deċiżjoni tas-27 ta' Jannar 2014, li minnha sar dan l-appell, il-Bord ta' Reviżjoni iddeċieda hekk:

“The Board,

“Having noted the Appellant's objection, in terms of the 'Reasoned Letter of Objection' dated 7<sup>th</sup> November 2013 and also through the Appellant's verbal submissions during the hearing held on 17<sup>th</sup> December 2013, had objected (*sic*) to the decision taken by the pertinent Authority, in that:

“a) The Appellant insisted that the Evaluation Board had to abide by the fact that the Mandatory experience clause stipulated in the tender document had to be strictly adhered to. In this regard, the Preferred Bidder did not satisfy such a requirement.

“b) The Appellant contends that the tender document prohibited the payment of commissions by any bidder. The Preferred Bidder's price raises doubts whether this condition is adhered to by the Preferred Bidder.

“Having considered the Contracting Authority's verbal submissions during the hearing held on 17<sup>th</sup> December 2013, in that:

“a) The Tender was issued for Insurance Brokerage services and not for the Insurance of the actual interconnector cable.

“b) The Preferred Bidder's offer was fully compliant and satisfied the purpose in all respects for which the tender was issued.

“Reached the following conclusions:

“1. A differentiation has to be made between Insurance Brokerage and Insurance Cover. This tender requested Brokerage Services and in this regard the Insurance Brokerage Company is contractually responsible to the Contracting Authority; however the ultimate safeguarding factor is the Insurance Company.

“2. The fact that the Preferred Bidder quoted a cheaper rate for the Brokerage services does not, in any way, undermine the Insurance Service to be provided for the coverage of the product.

“In view of the above, this Board finds against the Appellant and recommends that the deposit paid by the Appellant should not be reimbursed.”

6. L-Appellanti appellaw minn din id-deċiżjoni b'rikors tas-17 ta' Frar 2014. Id-Dipartiment wieġeb għall-appell fl-10 ta' Marzu 2014; *Enemalta* wieġbet fil-11 ta' Marzu 2014; u *Allcare* wieġbet fl-14 ta' Marzu 2014.
7. L-aggravji tal-Appellanti huma tnejn: i. illi *Allcare* ma tikkwalifikax billi ma għandhiex l-esperjenza li jrid il-para. 7.1(B)(ii)(3) miġjub fuq; u ii. illi l-offerta ta' *Allcare* ma hijiex ekonomikament fattibbli.
8. L-ewwel aggravju essenzjalment huwa fis-sens illi, biex turi li għandha l-esperjenza li jrid il-para. 7.1(B)(ii)(3), *Allcare* tistrieñ fuq l-esperjenza li għandha s-soċjetà *Jardine Lloyd Thompson Group plc* [“*JLT*”], li hija *sub-contractor* li flimkien magħha *Allcare* għandha l-ħsieb li twettaq il-kuntratt jekk dan jingħata lilha. L-Appellanti iżda jgħidu illi l-esperjenza li jrid il-para. 7.1(B)(ii)(3) għandha tkun tal-oblatatur innifsu jew tal-lead

*partner* f'konsorzju, u ma tistax tinqeda bl-esperjenza ta' *sub-contractor* billi l-para. 7.1(A)(vi) jgħid illi “*a sub-contractor is not considered to be a partner for the purposes of this tender procedure*”.

Komplew fissru dan l-aggravju hekk:

“9. L-appellata *Allcare* tistrieħ ... .. fuq l-assunzjoni li r-rekwiżit fi klawnsola 7.1(B)(ii)(3) tapplika wkoll għal *sub-contractors* indikati mill-offerenti u mhux speċifikament għall-offerenti nfisha. Biex tiġġustifika l-punt tagħha, *Allcare* tgħid li l-kliem użat f'din il-klawsola ma jgħidx li trid tkun l-offerenti li tissoddisfa r-rekwiżit tal-esperjenza iżda sempliċement il-“*brokerage firm*”. ... ..

“Fl-ewwel lok, klawnsola 7.1 tibda biex tgħid li “*tenderers must provide evidence that they meet or exceed certain minimum criteria described hereunder*”. Għalhekk, il-klawsoli kollha huma marbuta bil-kelma “*tenderers*” u mkien ma jingħad differenti. Fi klawnsola 7.1(B) ir-referenza ssir dejjem għat *tendering insurance broker*. Klawnsola 7.1(B)(ii)(1) tgħid li r-rekwiżiti minimi li trid iġġib l-offerenti huma “*evidence that the tendering insurance broker is authorised by the MFSA to operate in the insurance sector in Malta*”. *Di più*, it tieni paragrafu jgħid li “*in the case of a joint venture/consortium all the insurance brokerage companies (naturalment, li jiffurmaw parti mill-joint venture jew konsorzju) must provide the appropriate license from their competent regulatory authority ...*”. Klawnsola 7.1(B)(ii)(2) imbagħad tgħid li “*the brokerage firm is to submit a declaration to the effect that not more than 5% of the firm's income is derived from this assignment*”. Hawnhekk l-interest tal-awtorità kontraenti huwa kjarment dwar l-offerenti, u mhux xi *sub-contractor* – altrimenti t-*tender* kien jispeċifika li s-*sub-contractors* iridu jagħmlu din id-dikjarazzjoni.

“10. Klawnsola 7.1(B)(ii)(3) imbagħad tgħid li “*the brokerage firm must provide information regarding brokerage services of similar nature and extent performed during the last five (5) years*”. Konvenjentement, fis-sottomissjonijiet tagħha quddiem il-Bord, *Allcare* ma tkomplix tiċċita l-kumpliment tal-istess klawnsola, li tgħid “*the brokerage firm (the lead brokerage firm in the case of a joint venture/consortium) must have provided brokerage services on at least one interconnector of at least EUR 70 million contract value*”. Hawnhekk huwa altru milli ċar li s-sejħa timponi fuq l-offerenti jew fuq il-*lead partner* tal-offerenti (f'każ ta' konsorzju/*joint venture*) l-obbligu li jgħib prova tal-esperjenza fl-aħħar 5 snin u ta' servizz ta' *brokerage* ta' valur ta' mhux anqas minn EUR 70,000,000. Tant hu hekk li l-*Evaluation Committee* espressament irriżerva d-dritt li jagħmel kuntatt mal-klijenti tal-offerenti biex jivverfika u jaċċerta ruħu li l-offerent verament għandu l-esperjenza dikjarata (“*In so listing the end clients the tenderer is giving his consent to the Evaluation Committee so that the latter may if it deems necessary, contact the relevant clients with a view to obtain from them*”).

*an opinion on the works provided to them by the tenderer” – 7.1(B)(3) paragrafu 2 tat-tender document).”*

9. Dwar dan l-aggravju d-Dipartiment josserva illi s-sejha għal offerti tagħmel distinzjoni bejn *brokerage firm* u *tendering insurance broker*, u illi l-ħtieġa tal-esperjenza li jrid il-para. 7.1(B)(ii)(3) tgħodd għall-*brokerage firm* u mhux speċifikament għat-*tendering insurance broker*. Għalhekk ma hemmx il-ħtieġa illi d-ditta oblatrici nfisha jkollha l-esperjenza; biżżejjed li jkollha dik l-esperjenza *brokerage firm* li tkun *sub-contractor* tal-oblatrici.

10. Dan l-argument, igħid id-Dipartiment, huwa msaħħaħ bid-disposizzjonijiet tar-reg. 52(3) tal-L.S. 174.04:

“52. (3) Operatur ekonomiku jista', meta jkun xieraq u għal xi kuntratt partikolari, jiddependi fuq il-kapaċitajiet ta' entitajiet oħra, irrISPETTIVAMENT min-natura legali tal-konnessjoni li jkollu magħhom. F'dak il-każ għandu jagħti prova lill-awtorità kontraenti li ser ikollu disponibbli r-rizorsi meħtieġa, għall-eżekuzzjoni tal-kuntratt, per eżempju, billi jipproduċi garanzija minn dawk l-entitajiet li jagħmlu dawk ir-rizorsi disponibbli għall-operatur ekonomiku.”

11. Dan ir-regolament jimplimenta l-artt. 47(2) u 48(3) tad-Direttiva 2004/18/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tal-31 ta' Marzu 2004 fuq kordinazzjoni ta' proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi [“id-Direttiva 2004/18/KE”]. Dawk id-disposizzjonijiet tad-Direttiva 2004/18/KE ġew interpretati hekk mill-Qorti tal-Ġustizzja tal-Unjoni Ewropea fis-sentenza tal-10 ta' Ottubru 2013 fil-kawża C-94/12 fl-

ismijiet *Swm Costruzioni 2 SpA u Mannocchi Luigino DI v. Provincia di*

Fermo:

“L-Artikoli 47(2) u 48(3) tad-Direttiva 2004/18 tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 2004, fuq koordinazzjoni ta' proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi [kuntratti pubbliċi għal xogħlijiet, għal provvisti u għal servizzi], moqrija flimkien mal-Artikolu 44(2) ta' din id-direttiva, għandhom jiġu interpretati fis-sens li jipprekludu dispożizzjoni nazzjonali ... .. li tipprojbixxi, bħala regola ġenerali, lill-operaturi ekonomiċi li jipparteċipaw fi proċedura għall-għoti ta' kuntratt pubbliku għal xogħlijiet milli jirrikorru, għall-istess kategorija ta' kwalifika, għall-kapaċitajiet ta' diversi impriži.”

12. Il-qorti waslet għal dik il-konklużjoni wara li qieset illi:

“Għal dan il-għan, din l-awtorità kontraenti għandha tiegħu in kunsiderazzjoni d-dritt li l-Artikoli 47(2) u 48(3) tad-Direttiva 2004/18 jagħtu lil kull operatur ekonomiku li jirrikorri, għal kuntratt partikolari, għall-kapaċitajiet ta' entitajiet oħra, irrispettivament min-natura tar-rabtiet li huwa għandu ma' dawn l-entitajiet, bil-kundizzjoni li huwa juri lill-awtorità kontraenti li ser ikollu għad-dispożizzjoni tiegħu r-rizorsi neċessarji għall-eżekuzzjoni ta' dan il-kuntratt.”<sup>1</sup>

13. Għalkemm f'dik il-kawża l-kwistjoni ma kinitx jekk l-oblatur setax jistrieħ fuq l-esperjenza ta' *sub-contractor* iżda jekk setax “jaċċetta l-użu ta' iktar minn impriża awżiljari waħda minħabba l-valur [tal-kuntratt] jew tan-natura partikolari tas-servizzi”<sup>2</sup>, il-konklużjoni tolqot il-każ tallum ukoll għax jekk huwa leċitu għall-oblatur li jirrikorri għal aktar minn impriża waħda oħra għall-esperjenza meħtieġa, ċertament huwa leċitu illi jirrikorri għal impriża waħda oħra, u d-Direttiva 2004/18/KE tipprekludi kull disposizzjoni oħra li żżommu milli jagħmel hekk.

---

<sup>1</sup> Para. 29 tas-sentenza.

<sup>2</sup> Para. 22 tas-sentenza.

14. Din il-qorti tapprezza l-argument tal-Appellanti msejjes fuq il-ħtieġa li “*the brokerage firm (the lead brokerage firm in the case of a joint venture/consortium) must have provided brokerage services on at least one interconnector of at least EUR 70 million contract value*”. Partikolarment il-parti fil-parentesi – “*the lead brokerage firm in the case of a joint venture/consortium*” – donnha trid illi, f'każ ta' konsorzju, il-*lead partner* innifsu jrid ikollu l-esperjenza meħtieġa, u ma jistax jinqeda bl-esperjenza tal-*partners* l-oħra u wisq inqas b'dik ta' *sub-contractor*. Madankollu, fid-dawl tar-reg. 52(3) tal-L.S. 174.04 u tal-interpretazzjoni mogħtija mill-Qorti tal-Għustizzja tal-Unjoni Ewropea, din il-qorti ma tarax kif tista' validament tinterpretar l-para. 7.1(B)(ii)(3) tas-sejħa għal offerti mod ieħor ħlief illi l-oblatur jista' jinqeda bl-esperjenza ta' *sub-contractor* – ukoll jekk dan ma jidherx *partner* – biex iħares dak li jrid dak il-paragrafu.
15. Għalhekk l-argument tal-Appellanti illi *Allcare* ma tissodisfax il-ħtieġa għal esperjenza huwa ħażin, u l-aggravju relativ huwa miċħud.
16. Fit-tieni aggravju tagħhom l-Appellanti jgħidu illi “l-offerta ta' *Allcare* m'hijjex finanzjarjament vijabbli u hija vizzjata minn nuqqas ta' trasparenza”. Fissru dan l-aggravju hekk:

“L-sejħa teskludi l-possibilità li jintalab *commission* f'kull mod possibbli. Fost oħrajn, klawnsola 1.4 tat-*tender document* tgħid li “*this is a fee based contract*” u *Section 4, Terms of Reference (4.1)*, klawnsola 3 tgħid li “*The payments to the Broker ... shall constitute the only income or benefit it may derive in connection with this contract and neither it nor its personnel shall accept any commission, discount, allowance, indirect payment or other consideration in connection with, or in relation*”



*to, or in discharge of, [or] resulting from the performance of activities under this contract". F' Section 4, tat-Terms of Reference (4.1), klawsola 3.1, jerga' jingħad li l-offerent għandu jissottometti dikjarazzjoni fejn iġid li "commissions will be neither requested nor received when procuring insurance policies in connection [with] or resulting from the performance of activities under this contract". L-istess salvagwardja tibqa' tghodd anke wara l-għoti tal-kuntratt, fejn f' Section 4, Terms of Reference (4.1), klawsola 3.2(a), il-kuntrattur għandu jassigura li l-kwotazzjonijiet tal-poloż ta' assigurazzjoni għandhom jigu akkumpanjati b'dikjarazzjoni tal-kuntrattur u tal-underwriter "stating that no commissions will be paid in connection with or will result from the performance of activities under the contract". Finalment, "The contractor shall submit a yearly declaration by an independent auditor stating that no commissions were received from the Underwriters or any other interested party in connection or resulting from the performance of activities under this contract" (Section 4, Terms of Reference (4.1), klawsola 3.2(b)).*

*"Għalhekk, l-offerti sottomessi f'din is-sejħa kellhom jikkomprendu kollox, inklużi l-pagi, taxxi, u anke l-ħlas dovut lil kwalunkwe sub-contractors debitament indikati. Dan l-aħħar punt qatt ma gie kjarifikat minn Allcare u jħalli dubji serji u nuqqas ta' trasparenza dwar xi ħlasijiet ser jingħaddu lil JLT kif ukoll dwar jekk humiex ser isiru xi pagamenti minn JLT favur Allcare in konnessjoni mal-istess sejħa, u/jew jekk JLT hux ser jithallsu commissions mingħand l-underwriters."*

17. Dan l-aggravju huwa, fil-fehma tal-qorti, x'aktarx fieragħ. Ma jagħmilx ħlief jixħet suspetti bla ebda dell ta' prova li ssaħħaħhom. Kif sewwa josserva d-Direttur fit-tweġiba tiegħu, ma huwiex kompitu ta' din il-qorti – sakemm ma tintweriex skorrettezza manifesta – illi tagħmel analisi tal-fattibilità finanzjarja jew teknika tal-offerta: dik l-analisi ssir fi stadju preċedenti tal-proċess minn awtoritajiet oħra.
18. L-argument tal-Appellanti jidher illi huwa illi, meta tqis illi l-offerta tagħhom tiswa mitejn u sebgħa u erbgħin elf euro (€247,000) waqt li dik ta' Allcare tiswa biss sebgħa u tletin elf u ħames mitt euro (€37,500), mela l-offerta ta' Allcare jew ma hijiex ekonomikament fattibbli jew inkella hemm xi dħul ieħor moħbi. Dan l-argument huwa

msejjes fuq il-premessa illi l-offerta tal-Appellanti hija l-kriterju oġġettiv li miegħu għandhom jiġu mqabbla l-offerti l-oħra, iżda ma hemm xejn x'juri li din il-premessa hija korretta. Ma hemm lanqas dak il-minimu ta' prova li jista' jwassal lill-qorti biex tqis jekk għallinqas għandhiex tistħarreg' ulterjorment fil-kwistjoni biex tara hemmx xi skorrettezza manifesta fil-valutazzjoni tal-offerti.

19. Dan l-aggravju wkoll huwa għalhekk miċħud.

20. Għal dawn ir-raġunijiet il-qorti tiċċad l-appell u tikkundanna lill-Appellanti jħallsu l-ispejjeż kollha relativi.

### < Sentenza Finali >

-----TMIEM-----