

QORTI TAL-APPELL

IMĦALLFIN

S.T.O. PRIM IMĦALLEF SILVIO CAMILLERI
ONOR. IMĦALLEF GIANNINO CARUANA DEMAJO
ONOR. IMĦALLEF NOEL CUSCHIERI

Seduta ta' nhar it-Tnejn 7 ta' Marzu 2016

Numru

Rikors numru 421/2015

Medina Healthcare Limited (C44038)

v.

- 1. Central Procurement and Supplies Unit;**
- 2. Id-Direttur tal-Kuntratti;**
- 3. Cherubino Limited ghal kull interess li jista' jkollhom**

1. Dan huwa appell ta' *Medina Healthcare Limited* ["*Medina*"] minn deċiżjoni tal-17 ta' Novembru 2015 tal-Bord ta' Revizjoni dwar Kuntratti Pubbliċi ["il-Bord ta' Revizjoni"], imwaqqaf taħt ir-Regolamenti tal-2010 dwar il-Kuntratti Pubbliċi ["L.S. 174.04"], illi laqa' appell ta' *Cherubino Limited* ["*Cherubino*"] minn

deċiżjoni tas-*Central Procurement and Supplies Unit* [“l-Awtorità Kontraenti”] illi offerta ta’ *Cherubino* għall-provvista ta’ *non woven material 1000x1000mm* tiġi mwarrba u l-kuntratt jingħata lil terzi.

2. Il-fatti rilevanti seħħew hekk: fil-11 ta’ April 2014 saret sejħa mid-Dipartiment “*for the supply non woven material 1000x1000mm*”. Fost il-kondizzjonijiet tas-sejħa hemm dik taħt *Section 4 (technical specifications) 1*. li tgħid hekk:

»1. Non-woven sterilisation material for operation packs, 1000 x 1000mm, interleaved as one sheet blue and one sheet green or a two tone colour that must be persistent in all batches. Both blue and green material should have 2 inner layers of micro-fibres to avoid penetration of liquids and blood and 2 layers of spun bond material for tearing and pulling strength. The green non-woven material should be low tension fluid repellent whilst the blue should be water repellent.«

3. Saru seba’ offerti minn ħames oblaturi fosthom tnejn minn *Cherubino* (13127 u 13105) u waħda minn *Medina* (12980). B’ittra tas-26 ta’ Ġunju 2015 l-Awtorità Kontraenti għarrfet lil *Cherubino* illi l-offerta tagħha ma ntlagħgetx għal raġunijiet li ġew imfissra hekk:

»... I regret to inform you that the tender submitted by you was not successful since sample submitted for offer 13127 has 3 layers of microfibres instead of 4. Moreover, a cheaper technically compliant offer was awarded (offer 13105).

»For your information, the Evaluation Committee recommended that the contract should be awarded to Messrs Medina Healthcare Ltd at the price of €76.9714 per case of 120 sheets.«

4. B'ittra tas-6 ta' Lulju 2015 *Cherubino* talbet illi titħassar id-deċiżjoni illi titwarrab l-offerta tagħha għax "*offer and sample submitted were in fact the cheapest technically compliant offer*". L-offerti ta' *Cherubino* kienu (i) ta' sitta u disgħin elf euro (€69,000) għal offerta bin-numru 13127 u (ii) tnejn u tmenin elf u tmin mitt euro (€82,800) għal offerta bin-numru 13105 waqt li l-offerta ta' *Medina* li ntgħażlet kienet ta' sitta u sebghin elf, disa' mija u wieħed u sebghin euro u erbgħin ċenteżmu (€76,971.40).
5. Fil-17 ta' Novembru 2015 il-Bord ta' Reviżjoni iddeċieda hekk:

»The Board,

»Having noted the Appellant's objection, in terms of the 'Letter of Objection' dated 8 July 2015¹ and also through Appellant's verbal submissions during the Public Hearing held on 24 September 2015 and had objected [*sic*] to the decision taken by the Pertinent Authority, in that:

»"The Appellant contends that according to the 'Letter of Rejection' the reason why their offer was discarded was due to the fact that the 'sample' submitted had three layers of microfibres instead of four.

»"In this regard, the Appellant insists that the sample submitted by them was in fact superior to the required specification. The Appellant had provided a five layer sample."

»Having Considered the Contracting Authority's 'Letter of Reply' dated 31 August 2015 and also through their verbal submissions during the hearing held on 24 September 2015, in that:

»"The Contracting Authority maintains that the product offered by the Appellant was not technically compliant, as from the Literature submitted indicated that the product had three layers and not five as the Appellant was claiming."

¹ L-ittra ġgħib id-data tas-6 ta' Lulju 2015.

»During the verbal submissions, this Board justifiably notes that since the main issue of this Appeal centres around the Technical Specifications of the 'sample' submitted by the Appellant, this Board wanted to appoint an expert to examine the technical quality of the same sample and report on the matter so that a definite technical result of the sample could be established. However the Board was informed by the Contracting Authority that the actual sample to be examined by the appointed expert was destroyed.

»This Board reached the following conclusions:

»1. With regards to Appellant's Grievance, this Board credibly notes that according to the '*Letter of Rejection*', the main reason why the Appellant's bid was rejected was that the '*sample submitted was technically non-compliant*';

»This Board also notes that during the submissions, although the Contracting Authority had to refer also to the Literature submitted by the Appellant, wherein the latter should agree with the sample submitted, this reasoning was not stated in the 'Letter of Rejection' to the Appellants;

»2. This Board opines that, since the 'Sample' which had to be examined by an appointed expert was destroyed, an exact and definite decision on the Technical Compliance of this sample cannot be determined and/or evaluated.

»In view of the above and in view that this Appeal entails Health issues and to avoid any unnecessary delay in the procurement of this product, this Board recommends that the Tender is to be re-issued as soon as possible.

»This Board recommends that the deposit paid by Appellant Company is to be re-imbursed.«

6. *Medina* ressqet appell mid-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni b'rikors tas-7 ta' Diċembru 2015 quddiem din il-qorti. Id-Direttur (Ġenerali) tal-Kuntratti wieġeb fis-16 ta' Dicembru 2015, l-Awtorità Kontraenti wieġbet fis-17 ta' Diċembru 2015 u *Cherubino* wieġbet fl-24 ta' Diċembru 2015.

7. L-ewwel aggravju ta' *Medina* huwa illi il-Bord ta' Revizjoni ma messux sema' l-oġġezzjoni li ressqet *Cherubino* għax l-ittra tal-oġġezzjoni li biha tresaq l-ilment ma kienx fiha raġunijiet ċari kif irid ir-regolament 21(3) ta' L.S. 170.04. Komplet tfisser dan l-aggravju hekk:

»... *Nonostante* li l-oġġezzjoni ta' *Cherubino* ma ġietx sottomessa kif mitlub mir-Regolamenti, il-Bord ta' Revizjoni xorta ddecieda l-każ li kellu quddiemu billi ta rakkomandazzjoni li s-sejha għall-offerti in kwistjoni tiġi kkanċellata u terġa' tinhareg sejha oħra għall-istess prodotti fuq konsiderazzjonijiet, u abbażi ta' raġunament, għal kollox żbaljati.

»Is-soċjetà appellanti hija ta' l-umli fehma illi l-Bord ta' Revizjoni kellu, mingħajr ma lanqas jidhol fil-mertu ta' l-oġġezzjoni ta' *Cherubino*, jiċhad l-oġġezzjoni ta' *Cherubino* abbażi tal-fatt li din ma ġietx sottomessa kif mitlub mir-Regolamenti.

»... ..

»L-oġġezzjoni ta' *Cherubino* kellha biss dikjarazzjoni li l-offerta u s-*sample* tagħha kienet teknikament konformi, mingħajr ma tindika bl-ebda mod il-bażi li fuqha laħqet tali konklużjoni. Dikjarazzjoni bħal din ma tikkostitwixxix motivazzjoni suffiċjenti, u hija ekwivalenti għal nuqqas ta' raġunijiet.

»Kif diġà ġie sottomess quddiem il-Bord ta' Revizjoni, billi l-Bord aċċetta li jisma' l-oġġezzjoni ta' *Cherubino*, wieħed għandu jifhem li l-Bord ikkonkluda li l-oġġezzjoni kellha titqies bħala konformi mar-rekwiżiti tar-Regolamenti li jitolbu lil min jixtieq joġġezzjona li "jiddikjara b'mod l-aktar ċar xi jkunu rżraġunijiet għall-ilment tiegħu" ...«

8. *Cherubino* wieġbet hekk:

»... Ir-raġuni ta' esklużjoni da parti tal-awtorità kontraenti kienet ċara, u cjoè li s-*samples* li ġew sottomessi kienu fżiena, filwaqt li l-ittra ta' oġġezzjoni da parti tas-soċjetà *Cherubino Limited* kienet bl-istess mod ċara ukoll, fejn *inter alia* ġie mistqarr li s-*samples* li ġew sottomessi kienu fil-fatt tajbin u in linja mas-sejha, u per konsegwenza l-esklużjoni tal-offerta ta' *Cherubino Limited* kella titqies bħala nulla u errata;

»Mhux talli l-ittra ta' oġġezzjoni kienet in linja mal-formalitajiet *ad validitatem* indikati f'artiklu 21 tal-Avviż Legali 174.04, talli l-bażi

kienet indikata in kwantu ġie miċħud bl-aktar mod ampju li s-*samples* rikjesti ma' kinux konformi mas-sejħa. «

9. Dan kien punt imqajjem minn *Medina* quddiem l-Bord ta' Revizjoni bħala eċċezzjoni preliminari: jekk ma hemmx deċiżjoni espliċita, mela għandu jitqies illi l-bord ċaħad l-eċċezzjoni implicitament ladarba għadda biex iqis ukoll il-meritu. X'qal mela l-Bord ta' Revizjoni dwar l-eċċezzjoni preliminari?
10. Fl-ewwel seduta tal-Bord ta' Revizjoni fl-24 ta' Settembru 2015, proprju fl-ewwel paragrafu "*The Chairman pointed out that the Letter of Objection had not given any reasons for the objections and this was not regular. He then asked the Appellant's representative to make his submissions*".
11. Imbagħad hemm id-deċiżjoni miġjuba fuq² fejn l-eċċezzjoni ma tissemma' xejn. Huwa ovvjw għalhekk illi ma kien hemm ebda deċiżjoni espliċita dwar l-eċċezzjoni u l-Bord ta' Revizjoni għandu jitqies illi implicitament ċaħadha, ladarba kompli billi jqis il-meritu.
12. Għalkemm huwa xieraq illi l-motivazzjoni fl-ittra ta' oġġezzjoni għandha tkun aktar speċifika u mfissra aħjar, ladarba l-Bord ta' Revizjoni qies l-att ta' oġġezzjoni bħala validu u aċċetta li jqis il-meritu wara li sema' s-sottomissjonijiet tal-*objector*, il-qorti ma

² Para. 5, *supra*.

tarax li jkun xieraq f'dan l-istadju illi ma timxix fuq il-prinċipju *ut res magis valeat quam pereat*.

13. Għalhekk dan l-ewwel aggravju ta' *Medina* qed jiġi miċħud.

14. Fit-tieni aggravju *Medina* qalet li l-iskwalifika ta' *Cherubino* mill-Awtorità Kontraenti kienet sostanzjalment korretta u fissret dan l-aggravju hekk:

»Mingħajr preġudizzju għas-suespost, it-tieni aggravju huwa li d-deċiżjoni appellata tikkontjeni apprezzament kompletament żbaljat tal-fatti, provi u tal-kontestazzjoni relattiva, kif ukoll applikazzjoni ħazina tal-liġi għal dawn il-fatti.

»Is-soċjetà appellanti tesponi bir-rispett li l-apprezzament tal-fatti u provi, kif ukoll l-applikazzjoni tal-liġi għal dawn il-fatti u provi, kien għal kollox żbaljat u li l-Bord ta' Revizjoni naqas milli jikkonsidra aspetti fundamentali dwar il-mertu.

»... ..

»Il-Bord ta' Revizjoni effettivament iddeċieda l-każ li kellu quddiemu billi ta rakkomandazzjoni li s-sejħa għall-offerti in kwistjoni tiġi kkanċellata u terġa' tinħareġ sejħa oħra għall-istess prodotti minħabba l-fatt li r-raġuni mogħtija mill-awtorità kontraenti għall-eskluzjoni ta' l-offerta tagħha kienet tipprovdi hekk: "*sample submitted for offer 13127 has 3 layers of microfibres instead of 4*".

»... ..

»Il-Bord ta' Revizjoni għamel distinzjoni bejn is-*sample* u t-*technical literature* tal-istess prodott u qieshom bħala żewġ affarijiet kompletament distinti.

»Is-soċjetà appellanti ma tistax tikkondividi dan ir-raġunament għaliex l-offerta, u konsegwentement il-prodott offrut, jikkonsistu mis-*sample* u mit-*technical literature*.

»... ..

»Is-soċjetà appellanti tissottometti li l-offerta u l-prodott jikkonsistu mhux biss mis-*sample* iżda wkoll mit-*technical specifications* tiegħu li jkunu ġew indikati mill-offerent. Tabilhaqq, wieħed jistenna li t-*technical specifications* ta' prodott u s-*sample* ikunu tassew tal-istess kwalità. Huwa wisq ovvju li meta jintalab *sample* dan għandu jirrifletti t-*technical specifications* li jkunu ġew indikati fl-offerta għal dak il-prodott.

»Il-Kumitat ta' Evalwazzjoni, fl-evalwazzjoni tiegħu ta' l-offerti li ġew sottomessi, evalwa l-prodott abbażi tad-dokumentazzjoni u *samples* sottomessi.

»Il-fatt li *t-technical literature* tal-prodott li bih ipparteċipat is-soċjetà *Cherubino* kien jispeċifika li l-prodott kellu tliet *layers* u mhux erba' kif kien mitlub kien biżżejjed biex l-eskluzjoni ta' *Cherubino* tkun iġġustifikata. L-awtorità kontraenti lanqas kellha għalfejn tikkonsidra *s-sample* wara li, iswed fuq abjad, ġie kkonfermat kemm minn *Cherubino* li inkludiet *it-technical literature* fl-offerta tagħha, kif ukoll mil-manufattur tal-prodott li ppublika dak *it-technical literature*, li l-prodott ta' *Cherubino* kellu biss tliet *layers*.

»L-ittra tal-awtorità kontraenti, li għamlet referenza speċifika għas-*sample*, kienet naturalment bażata fuq il-prodott sottomess, li kien jikkonsisti kemm mit-*technical literature* kif ukoll mis-*sample*. L-awtorità kontraenti għandha kull dritt tistrieñ fuq id-dokumentazzjoni li ġiet sottomessa minn *Cherubino* fl-offerta tagħha – anzi, hekk hi obligata li tagħmel.

»... Għalhekk quddiem il-Bord ta' Revizjoni, is-soċjetà *Cherubino* kienet effettivament qed tammetti li *s-sample* u *t-technical literature* sottomessi mal-offerta tagħha ma kinux jaqblu. Fuq din il-bażi waħedha l-awtorità kontraenti kienet ukoll tkun ġustifikata li teskludi l-offerta ta' *Cherubino*.

»Ir-referenza biss għas-*sample* fl-ittra li ntbagħtet lis-soċjetà *Cherubino* kienet sempliċiment *lapsus calami*, meta fis-sustanza l-ittra kienet korretta għaliex l-offerta tas-soċjetà *Cherubino* ma kinitx konformi mar-rekwiżiti tal-prodott li għalih saret is-sejha għall-offerti.

»... ..

»Is-soċjetà esponenti tissottometti bir-rispett li l-konkluzjoni tal-Bord ta' Revizjoni hija kjarment kontradittorja u illogika. Ma hemm l-ebda differenza funzjonali bejn is-*sample*, *it-technical literature* u l-prodott. Li kieku *Cherubino* rebañ il-kuntratt, kien ikollu obbligu jissupplixxi prodotti skond *technical literature* tal-prodott li bih ipparteċipa - prodott b'tliet *layers* – u mhux skond is-*sample*. L-awtorità kontraenti kienet tispicċa tixtri prodott li mhux konformi mar-rekwiżiti tal-prodott li għalih saret is-sejha għall-offerti. ... «

15. Għal dan it-tieni aggravju, *Cherubino* wiegħbet hekk:

»... Illi kif inhu risaput, il-Bord ta' Revizjoni tal-Kuntratti jista' biss jissindika (i) r-raġuni miġjuba għall-eskluzjoni, u (ii) l-oġġezzjoni imressaqa quddiemu, u bl-ebda mod ieħor ma' jista' jsiru tentativi sabiex ir-raġuni tal-eskluzjoni tinbidel waqt u/jew wara s-seduta – dak li pprovat tagħmel is-soċjetà *Medina Healthcare Limited* qua soċjetà appellanti:

»I-ewwel darba waqt is-smiġ fis-seduta datata 24 ta' Settembru 2015,

»it-tieni darba b'mod abbużiv għall-añhar meta saru tentativi sabiex issir devjazzjoni mill-proċedura tal-Bord ta' Revizjoni permezz ta' ittra datata 7 ta' Ottubru 2015 (ara rikors tal-appell dok MH5), liema tentativi ġew imċanfra mill-Bord permezz ta' ittra datata 13 ta' Ottubru 2015,

»it-tielet darba waqt is-smiġ fis-seduta datata 17 ta' Novembru 2015, huwa li tbiddel in-natura tar-raġuni miġjuba għall-esklużjoni, liema tentativi lkoll ġew korrettament skartati da parti tal-Bord tar-Revizjoni tal-Kuntratti, u dana għaliex kieku dak mixtieq mis-soċjetà appellanti kien jiġi aċċettat, allura l-Bord ta' Revizjoni tal-kuntratti kien ikun qiegħed jikkometti illegalità;

»Illi għalhekk anka dan it-tieni aggravju għandu jiġi respint fl-intier tiegħu, *stante* li raġuni tal-esklużjoni ta' *Cherubino*, kif anke indikat mill-awtorità kontraenti stess, kienet waħda żbaljata.«

16. L- awtorità kontraenti min-naħa tagħha wiegħbet hekk:

»... Fil-konfront tal-aggravji tas-soċjetà appellanti, din l-Awtorità qed tissottometti illi hija kienet skartat l-offerta tas-soċjetà *Cherubino stante* illi skond il-letteratura sottomessa mill-istess, kien ċar u inekwivoku illi il-prodott offert minnha ma kienx konformi mal-ispeċifikazzjonijiet tas-sejha,

»Irid jiġi apprezzat fuq il-livell ta' provi provduti illi meta l-Awtorità Kontraenti tevalwa offerta l-proċess intier ta' evalwazzjoni jkopri kemm is-*sample* kif ukoll il-letteratura kollha ipprezentata mill-offerenti. F'dan il-każ jirrizulta b'mod mhux kontradett illi l-evalwazzjoni teknika kienet tkopri kemm il-letteratura kif ukoll is-*sample*. Fuq livell tekniku meta wiegħed jirreferi għas-*sample* fornita mis-soċjetà *Cherubino*, liema *sample* kienet iġġib *specification code*, din meħuda waħedha wkoll kienet tindika illi il-prodott ma kienx konformi ma' dak rikjest fis-sejha għal offerti.

»L-esponent iqis illi l-letteratura hija parti integrali mill-process u evalwazzjoni serja ma tistax tiskartaha u l-fatt illi fl-ittra fejn l-Awtorità Kontraenti tat ir-raġun għall-iskwalifika tal-offerta iżda naqset illi tirreferi speċifikament għall-letteratura ma għandux jiġi interpretat illi waħda teskludi lill-oħra. Naturalment l-esponent ma għandux kontroll fuq id-deċiżjoni tal-Bord u huwa ma jistax jappella minnha. *Di più* il-Bord ta' Revizjoni dwar il-Kuntratti Pubbliċi huwa organu istituzzjonali li l-kelma tiegħu fuq għotjiet ta' kuntratti pubbliċi tegħleb lil dik mogħtija mill-esponent. Fid-dawl ta' dan l-esponent iħoss illi mhux opportun għalih illi jikkritika d-deċiżjoni tal-istess Bord *stante* illi kieku l-legislatur kien intenzjonat illi jagħtih id-dritt ta' kritika kien jikkonċedilu d-dritt ta' appell. ...«

17. L-argument f'dan it-tieni aggravju ta' *Medina* hu li l-iskwalifika ta' *Cherubino* mill-awtorità kontraenti kienet sostanzjalment korretta. Il-Bord ta' Reviżjoni ma qabilx għax fil-fehma tiegħu:

»In this regard, this Board re-affirms its opinion, in that, the main issue mentioned in the rejection of the Appellant's offer was the "sample". In this regard, this Board upholds the latter's contention.«

18. F'din il-konklużjoni l-Bord ta' Reviżjoni wasal biex jissepara l-offerta f'*technical literature* u *sample*, bħallikieku distinti minn xulxin. Fil-fatt f'paragrafu 7.1(c)(ii), *Technical Specifications*, tas-sejha għall-offerti hemm maħsub biex "*Lists of Literature/Samples as per Form marked Literature/Samples to be submitted online through the prescribed tender response format and by using the Tender Preparation Tool Provided*". Għalhekk, il-*literature* u s-*sample* huma marbutin flimkien mal-offerta mitfugħa mill-offerent.

19. Kif qalet l-Awtorità Kontraenti, meta tiġi biex tevalwa l-offerti mitfugħa huwa neċessarju li, wara li jiġi żgurat li l-offerta tkun *administratively compliant*, tgħaddi biex tara jekk il-prodott offert ikunx *technically compliant* jew le. Dan iseħħ billi l-ewwel tiġi skutinata t-*technical literature* biex tara jekk il-prodott offert jissodisfax il-kriterji tekniċi msemmija fis-sejha jew le.

20. Fil-każ tallum it-*technical literature* turi illi l-prodott offert minn *Cherubino* huwa *SMS – spunbond-meltblown-spunbond* – li

jfisser li fih tliet saffi: it-tnejn ta' barra *spunbond* u dak ta' ġewwa *meltblown*.

21. Jekk il-letteratura tal-prodott (u f'dan il-każ anke l-*ispecification code* tal-kampjun stess provdut minn *Cherubino*) waħeda turi b'mod ċar u univoku li ma kienx konformi ma' dak rikjest fis-sejħha għal offerti, ikun superfluwu li ssir evalwazzjoni teknika ta' dak il-prodott meta diġà hemm il-letteratura teknika u l-*ispecification code* li qed juruk b'mod ċar il-kwalitajiet tekniċi ta' dak il-prodott. Dan iġġodd aktar u aktar meta l-letteratura teknika f'dan il-każ hi dik pubblikata mill-manifattur innifsu tal-prodott, *Bastos Viegas*.

22. Għalhekk, f'dan il-każ l-Awtorità Kontraenti għamlet sew li waslet għall-konkluzjoni illi s-*sample* ta' *Cherubino* kien konformi mal-letteratura teknika u għalhekk kellu tliet saffi u mhux erba' saffi kif riedet is-sejħha għal offerti.

23. L-argument ta' *Cherubino* jidher mibni fuq il-premessa li l-letteratura teknika u l-kampjun sottomessi mal-offerta ma kinux jablu u li l-kampjun kien bi speċifikazzjonijiet aqwa minn dawk indikati fil-letteratura teknika. Jekk dan sar biex tintlaqa' l-offerta tagħha fuq il-bażi tal-kampjun superjuri u mbagħad tagħti prodott bażat fuq it-*technical specifications* inferjuri, dan kien ħsieb li jqarraq u jistħoqqlu ċanfira, għax seta' jwassal biex

I-Awtorità Kontraenti tispicċa tixtri prodott mhux konformi mar-rekwiżiti tal-prodott li għalih saret is-sejħha għal offerti, jiġifieri bi tliet saffi u mhux erbgħa.

24. Għalhekk I-Awtorità Kontraenti għamlet sew li warrbet l-offerta ta' *Cherubino*.

25. Dan it-tieni aggravju ta' *Medina* għalhekk sejjer jintlaqa' u ma jibqax meħtieġ illi l-qorti tqis ukoll it-tielet aggravju.

26. Għal dawn ir-raġunijiet il-qorti tiddisponi mill-appell billi tħassar id-deċiżjoni tal-Bord ta' Revizjoni tas-17 ta' Novembru 2015 (każ 853), u għalhekk tibqa' fis-seħħ id-deċiżjoni oriġinali tal-Awtorità Kontraenti tas-26 ta' Ġunju 2015.

27. L-ispejjeż kollha ta' dan l-appell u dawk relattivi għall-proċeduri quddiem il-Bord ta' Revizjoni għandha tħallashom *Cherubino*.

Silvio Camilleri
President

Giannino Caruana Demajo
Imħallef

Noel Cuschieri
Imħallef

Deputat Reġistratur
df