

QORTI TAL-APPELL

IMĦALLFIN

S.T.O. PRIM IMĦALLEF JOSEPH AZZOPARDI
ONOR. IMĦALLEF GIANNINO CARUANA DEMAJO
ONOR. IMĦALLEF NOEL CUSCHIERI

Seduta ta' nhar it-Tnejn 11 ta' Marzu 2019

Numru 3
Appell numru 292/2018

Virtù Holdings Limited (C 30642)

v.

*Gozo Channel (Operations) Limited (C 76704)u
Islands Ferry Network Limited (C 85742)*
għal kull interess li jista' jkollha

1. Dan huwa appell ta' *Virtù Holdings Limited* ["*Virtù*"] minn deċiżjoni tal-11 ta' Settembru 2018 tal-Bord ta' Revizjoni dwar Kuntratti Pubbliċi ["il-Bord ta' Revizjoni"], imwaqqaf taħt ir-Regolamenti tal-2016 dwar l-Akkwist Pubbiku ["L.S. 174.04" jew "ir-Regolamenti"]. Il-fatti rilevanti huma dawn:
2. Fis-26 ta' Jannar 2018 il-Ministeru għat-Trasport u Infrastruttura ["il-Ministeru"] kien ħareġ "*Request for proposals for a Public Service Concession Contract for the provision of passenger and vehicle ferry*

services between Malta and Gozo". B'dan id-dokument il-Ministeru stieden offerti għal servizz għat-trasport ta' passiġġieri u vetturi bejn iċ-Ċirkewwa u l-Imġarr, Għawdex, permezz ta' bastiment konvenzjonali, u għal servizz għat-trasport ta' passiġġieri bejn il-Belt Valletta u l-Imġarr u bejn lokalitajiet oħra f'Malta permezz ta' *fast ferry*.

3. Fid-9 ta' Frar 2018 *Gozo Channel (Operations) Limited* ["*Gozo Channel*"] ħarġet dak li sejñet "*Preliminary Market Consultation*" bi stedina għal operaturi ekonomiċi biex flimkien magħha jittgħu offerta waħda għas-sejña tal-Ministeru. Għal din l-istedina ta' *Gozo Channel* wieġbet *Virtù* u wieġbet ukoll, fost oħrajn, *Islands Ferry Network Limited* ["*Islands Ferry*"].
4. B'ittra tat-13 ta' April 2018 *Gozo Channel* għarrfet lil *Virtù* illi l-offerta tagħha ma kinitx sejra tintlaqa' u illi sejra tintlaqa', minflok, l-offerta ta' *Islands Ferry*. Fl-20 ta' April 2018 *Virtù* ressqet quddiem il-Bord ta' Revizjoni oġġezzjoni kontra din id-deċiżjoni ta' *Gozo Channel*, u mid-deċiżjoni tal-Bord ta' Revizjoni ressqet ukoll appell (appell numru 290/2018) quddiem din il-qorti. Dak l-appell ġie deċiż illum.
5. Sadanittant kien sar ftehim ta' *charterparty* bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* li bih *Islands Ferry* ntrabtet li tikri bi ħlas *fast ferry* lil *Gozo Channel* fil-każ illi din tingħata l-kuntratt mill-Ministeru. Fit-22 ta' Ġunju 2018 *Virtù* ressqet rikors quddiem il-Bord ta' Revizjoni taħt ir-reg. 277 tal-L.S. 174.04 b'talba biex dan il-kuntratt bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* jiġi dikjarat li hu "ineffettiv".

6. Ir-reg. 277 iġħid hekk:

»277. (1) Parti interessata jew offerent jistgħu jipprezentaw rikors quddiem il-Bord ta' Revizjoni biex jiġi dikjarat li kuntratt b'valur stmat li jilħaq jew jeċċedi l-limitu stabbilit taħt l-Iskeda 5 hu ineffettiv.

»(2) Parti interessata tista' titlob il-Bord ta' Revizjoni biex jiddikjara kuntratt iffirmit ineffettiv biss jekk l-awtorità responsabbli għat-tmexxija tas-sejha jew l-awtorità kontraenti tkun wettqet l-għoti tal-kuntratt mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' kuntratt fil-Ġurnal Uffiċjali tal-Unjoni Ewropea bla ma dan kien konformi mad-Direttiva 2014/23/UE, id-Direttiva 2014/24/UE u d-Direttiva 2014/25/UE.

»(3) Kull offerent jista' ukoll jitlob lill-Bord ta' Revizjoni dwar Kuntratti Pubbliċi biex jiddikjara kuntratt ineffettiv fiż-żewġ każijiet li ġejjin:

»(a) meta, minkejja li jiġi pprezentat appell quddiem il-Bord ta' Revizjoni dwar Kuntratti Pubbliċi, l-awtorità responsabbli għat-tmexxija tas-sejha jew l-awtorità kontraenti jikkonkludu kuntratt qabel ma tingħata deċiżjoni finali mill-Bord ta' Revizjoni dwar Kuntratti Pubbliċi; jew

»(b) meta l-kuntratt jiġi konkluz mill-awtorità responsabbli għat-tmexxija tas-sejha jew mill-awtorità kontraenti qabel ma jiskadi l-perjodu għall-prezentata ta' appell kif previst fir-regolament 271.

»(4) Id-dispożizzjonijiet tas-subregolament (2) m'għandhomx japplikaw fejn:

»(a) l-awtorità responsabbli għat-tmexxija tas-sejha jew l-awtorità kontraenti tikkunsidra li l-għoti ta' kuntratt mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' kuntratt fil-Ġurnal Uffiċjali tal-Unjoni Ewropea jista' jsir b'konformità mad-Direttiva 2014/24/UE u d-Direttiva 2014/25/UE;

»(b) l-awtorità responsabbli għat-tmexxija tas-sejha jew l-awtorità kontraenti tkun ippubblikat fil-Ġurnal Uffiċjali tal-Unjoni Ewropea avviż kif imfisser fl-Artikolu 3a tad-Direttiva 89/665 jew fl-Artikolu 3a tad-Direttiva 92/13 li fih tesprimi l-intenzjoni tagħha li tikkonkludi l-kuntratt, u;

»(ċ) il-kuntratt ma ġiex konkluz qabel ma skada l-perijodu ta' mill-anqas għaxart ijiem korrenti b'effett mill-ġurnata wara d-data tal-pubblikazzjoni ta' dan l-avviż.

»(5) Parti interessata jew offerent ma jistgħux imorru quddiem qorti jew tribunal sabiex jattakkaw l-għoti jew nuqqas ta' għoti ta' sejha għall-offerti proċessata skont dawn ir-regolamenti u lanqas jitolbu li jiġħallsu għad-danni, jekk huma ma jkunux l-ewwel inqadew bir-rimedji kollha mogħtija taħt dawn ir-regolamenti.«

7. Bid-deċiżjoni tal-11 ta' Settembru 2018, li minnha sar dan l-appell, il-Bord ta' Revizjoni iddeċieda illi ma kienx meħtieġ li jiddikjara l-kuntratt

ineffettiv għax il-kuntratt kien magħmul taħt kondizzjoni sospensiva li kienet għadha ma seħħitx u għalhekk kien “*in actual fact not effective*”. Fisser hekk ir-raġunijiet għal din id-deċiżjoni:

»This board,

»having noted the objection [*recte*, application] filed by *Virtù Holdings Limited* (hereinafter referred to as the Appellant) on 22 June 2018, refers to the contentions made by the same Appellant with regards to the signing of a contract between *Gozo Channel (Operations) Limited* and *Island Ferry Networks [recte: Islands Ferry Network] Limited*

»... ..

»Whereby the Appellants contend that:

»a) *Gozo Channel* signed an agreement with *Island Ferry Networks Limited* for the provision of a “Fast Ferry Service”, whilst an objection has been filed involving the same service being contracted for by *Gozo Channel*, the latter being one of the prospective bidders for the PSO¹ Tender issued by the Ministry for Transport and Infrastructure. In this regard the Appellants contend that this contract should be deemed ineffective in terms of Regulation 277 of the Public Procurement Regulations.

»This board has also noted the contracting authority’s reasoned letter of reply dated 25 June 2018 and its verbal submissions during the public hearing held on 31 August 2018, in that:

»a) *Gozo Channel* insists that the contract signed with *Island Ferries Network Limited*, submissions on which had already been made during the public hearing held on 25 June 2018, is only effective if and when *Gozo Channel* wins the concession of the PSO Tender issued by the Ministry for Transport and Infrastructure.

»This board would respectfully confirm that the issue of the agreement signed between *Gozo Channel* and *Island Ferry Networks Limited* has been considered at length during the public hearing held on 25 June 2018.

»During such hearing it was established that *Gozo Channel* (one of the prospective bidders for the PSO tender issued by the Ministry for Transport and Infrastructure) concluded an agreement for the provision of a “fast ferry service” with *Island Ferry Networks Limited* to obtain such a service, so as to enable *Gozo Channel* to bid for the concession of a conventional and fast ferry PSO tender.

»Without going into repetitive considerations already treated during the public hearing held on 25 June 2018, this board notes that the agreement which *Gozo Channel* entered into with *Island Ferry Networks* is, in actual fact, not effective, at present, as it will only come

¹ Public Service Obligation.

into force subject to *Gozo Channel* winning the award of the PSO Tender.

»At the same instance, this board notes that while *Gozo Channel* has in fact concluded a contract before a final decision has been given by the Public Contracts Review Board, however, due to the fact that this board deems that the agreement is not effective at present and is operative only on condition that *Gozo Channel* wins the PSO Tender, this board does not deem it necessary to declare it ineffective in terms of Regulation 277 of the Public Procurement Regulations.«

8. *Virtù* ressqet appell minn din id-deċiżjoni b'rikors tal-1 ta' Ottubru 2018 li għalih *Gozo Channel* wieġbet fid-29 ta' Ottubru 2018, u *Islands Ferry* wkoll wieġbet fid-29 ta' Ottubru 2018.
9. Qabel ma tqis l-appell ta' *Virtù* il-qorti sejra tibda billi tqis eċċezzjonijiet preliminari mressqa minn *Islands Ferry*. Fl-ewwel eċċezzjoni *Islands Ferry* tgħid illi l-appell "huwa null, irritwali u bla effett peress li ma jista' jkun hemm ebda proċedura ta' oġġezzjoni u/jew appell minn *Preliminary Market Consultation* wisq anqas proċedura għall-ineffettività ta' kuntratt jew ftehim emanenti mill-istess proċedura".
10. Din l-eċċezzjoni hija b'hal eċċezzjoni ta' nullità mressqa fl-atti tal-appell numru 290/2018 bejn l-istess partijiet u ngħatat għall-istess raġunijiet, viz. illi ma hemmx appell minn deċiżjoni wara *preliminary market consultation* (konsultazzjoni preliminari mas-suq) billi dik il-konsultazzjoni ma hijiex sejha għal offerti għal kuntratt pubbliku. Il-qorti għalhekk tirreferi għas-sentenza mogħtija llum fl-atti ta' dak l-appell u, għall-istess raġunijiet li għalihom giet miċħuda l-eċċezzjoni f'dak l-appell, li jgħoddu wkoll għall-eċċezzjoni mressqa f'dan il-każ, qiegħda tiċħad l-eċċezzjoni.

11. It-tieni eċċezzjoni preliminari hija illi l-appell huwa null għax dak li għamlet *Gozo Channel* ma kinitx sejha għal offerti għal kuntratt pubbliku u għalhekk ma kien hemm ebda kuntratt pubbliku li jintlaqat bir-reg. 277 tal-L.S. 174.04.
12. Din l-eċċezzjoni wkoll hija bħal eċċezzjoni preliminarj mressqa fl-atti tal-appell numru 290/2018, li giet miċhuda għax il-qorti sabet illi fil-fatt dak li għamlet *Gozo Channel* kienet sejha għal offerti għal kuntratt pubbliku, u illi l-ftehim li sar bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* kien kuntratt pubbliku. Għalhekk għall-istess raġunijiet mogħtija fis-sentenza li ngħatat illum fl-atti tal-appell numru 290/2018, li għalihom issr referenza, fin l-eċċezzjoni wkoll hija miċhuda.
13. It-tielet eċċezzjoni preliminari tgħid illi l-appell huwa null għax il-Bord ta' Reviżjoni ma kellux ġurisdizzjoni jisma' r-rikors imressaq minn *Virtù* taħt ir-reg. 277 tal-L.S. 174.04. Din l-eċċezzjoni hija msejsa fuq il-premessa illi l-ftehim li sar bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* ma kienx kuntratt pubbliku bejn awtorità kontraenti u operatur ekonomiku. Din il-premessa kienet il-meritu tat-tieni eċċezzjoni preliminari, li giet miċhuda. Għalhekk taqa' l-premessa li fuqha hija msejsa t-tielet eċċezzjoni u, konsegwentement, taqa' l-eċċezzjoni wkoll.
14. It-tielet eċċezzjoni preliminari wkoll hija għalhekk miċhuda.
15. Fir-raba' eċċezzjoni preliminari *Islands Ferry* tgħid illi, meta wriet interess illi tagħmel offerta, f'isimha, wara s-sejha tal-Ministeru għal offerti, *Virtù* "espressament irrinunzjat għall-interess ġuridiku tagħha"

u irrinunzjat ukoll għal kull interess illi tagħmel offerta bi sħubija ma' *Gozo Channel*.

16. Din l-eċċezzjoni hija identika għal eċċezzjoni ta' nuqqas ta' interess ġuridiku mressqa fl-atti tal-appell numru 290/2018 bejn l-istess partijiet u ngħatat għall-istess raġunijiet. Il-qorti għalhekk tirreferi għas-sentenza mogħtija llum fl-atti ta' dak l-appell u, għall-istess raġunijiet li għalihom giet miċħuda l-eċċezzjoni f'dak l-appell, li jgħoddu wkoll għall-eċċezzjoni mressqa f'dan il-każ, qiegħda tiċħad l-eċċezzjoni.
17. Fl-añhar eċċezzjoni preliminari tagħha (qabel it-twegiba għall-meritu tal-appell) *Islands Ferry* tgħid illi r-reg. 277 tal-L.S. 174.04 ma japplikax għall-każ tallum. Komplet tfisser l-eċċezzjoni hekk:

»A skans ta' ripetizzjoni, l-esponenti jagħmlu ampja referenza għas-sottomissjonijiet kollha ġà magħmulha hawn fuq, li fis-sustanza juru b'mod inekwivoku li l-proċedura adoperata minn *Gozo Channel* ma kinitx waħda ta' *public procurement* u, jekk kienet xi proċedura kontemplata taħt ir-Regolamenti, ma kinitx waħda li minnha jeżisti xi *right of recourse* jew dritt ta' oġġezzjoni jew appell.

»Konsegwentement, *stante* li r-regolament 277 jikkontempla biss rimedju għad-dikjarar ta' ineffettività ta' kuntratti pubbliċi li, jew isiru bi ksur tar-Regolamenti dwar l-Akkwist Pubbliku, jew li jsiru qabel l-iskadenza tal-perjodu ta' oġġezzjoni jew appell mogħti taħt l-istess regolamenti, ir-rimedju tal-ineffettività huwa għal kollox inapplicabbli.

»Dan ġie korrettement deċiż mill-bord fil-każ odjern u l-esponenti jissottomettu umilment li din l-onorabbli qorti għandha tikkonferma l-istess deċiżjoni u konsegwentement tiċħad l-appell interpost minn *Virtù*.«

18. Din l-eċċezzjoni hija msejsa fuq il-premessa illi dak li għamlet *Gozo Channel* ma kinitx sejha għal offerti u li l-ftehim bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* ma kienx kuntratt pubbliku. Rajna illi dawn il-premessi huma ħżiena u għalhekk l-eċċezzjoni msejsa fuqhom ma tistax tintlaqa'.

19. Din l-eċċezzjoni wkoll għalhekk hija miċħuda.
20. Il-qorti sejra għalhekk tgħaddi biex issa tqis l-aggravji ta' *Virtù* u l-meritu tal-appell.
21. L-aggravju ta' *Virtù* jgħid illi l-Bord ta' Revizjoni qal ħażin meta qal illi kuntratt suġġett għal kondizzjoni sospensiva ma jintlaqatx bid-disposizzjonijiet tar-reg. 277. Komplet tfisser l-aggravju hekk:

»10. L-aggravju tal-appellant huwa, effettivmant, illi l-bord għamel żball fl-interpretazzjoni tal-liġi. Mid-deċiżjoni tal-bord jidher ċar illi l-bord iddeċieda illi l-kuntratt bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry* ma kellux jiġi dikjarat ineffettiv għaliex “[the contract] is, in actual fact, not effective, at present, as it will only come into force subject to *Gozo Channel* winning the award of the PSO Tender” u “the agreement is not effective at present and is operative only on condition that *Gozo Channel* wins the PSO Tender”.

»11. Għalhekk, il-kwistjoni legali li trid tiġi determinata f'dan l-appell huwa jekk kuntratt li huwa suġġett għal kundizzjoni li tavvera ruġha fil-futur huwiex eskluż mill-parametri tar-Regolamenti.

»12. Ir-regolament 277 tar-Regolamenti huwa intiż sabiex jimplimenta l-provvedimenti tar-*Remedies Directive*, u partikolarment l-emendi għal din id-Direttiva li saru fl-2007. Għalhekk, l-għan tar-regolament 277 – kif spjegat fil-preamboli tad-Direttiva – huwa kif gej:

»“(13) In order to combat the illegal direct award of contracts, which the Court of Justice has called the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority or contracting entity, there should be provision for effective, proportionate and dissuasive sanctions. Therefore a contract resulting from an illegal direct award should in principle be considered ineffective. The ineffectiveness should not be automatic but should be ascertained by or should be the result of a decision of an independent review body.

»“(14) Ineffectiveness is the most effective way to restore competition and to create new business opportunities for those economic operators which have been deprived illegally of their opportunity to compete.”

»13. Għalhekk, ir-Regolament 277 huwa intiż sabiex – f'każ ta' għotja ta' kuntratt bi ksur tar-Regolamenti – terġa' tingieb fis-seħħ l-*istatus quo ante*, biex b'hekk operatur ekonomiku interessat fil-kuntratt ma jsufrix preġudizzju irrimedjabbli.

»14. Qabel xejn, għandu jingħad illi l-interpretazzjoni tal-bord tiftaħ tieqa kbira għall-abbuż minn awtoritajiet kontraenti. Jekk l-interpretazzjoni tal-bord tiġi kkonfermata bħala korretta, dan ikun iffisser illi awtorità kontraenti tkun tista' tagħti kuntratt kif trid u mingħajr skrutinju: kulma jkollha bżonn tagħmel huwa li tissuġġetta l-kuntratt għal

kundizzjoni sospensiva. B'dan il-mod – skond ir-ragunament tal-bord – il-bord ma jkollu l-ebda raġuni għalfejn jiddikjara kuntratt ta' dan it-tip ineffettiv.

»15. Il-verità hi li r-Regolamenti mkien ma jipprovdu illi kuntratt li huwa suġġett għal kundizzjoni mhuwiex kuntratt pubbliku *ai termini* tar-Regolamenti. Għalhekk l-importanza mitfugħa mill-bord fuq dan il-fatt – importanza tant kbira illi effettivament il-kuntratt inġareġ mill-parametri tar-regolament 277 – ma jsibx rispekkjament fir-Regolamenti, billi l-istess Regolamenti ma jagħmlux distinzjoni bejn kuntratt li huwa suġġett għal kundizzjoni u kuntratt li huwa [*recte*, li ma huwiex]. Ir-Regolamenti jitekellmu biss dwar kuntratti pubbliċi.

»16. Barra minn hekk, l-interpretazzjoni tal-bord toñloq impossibilità li kuntratt li huwa suġġett għal kundizzjoni sospensiva qatt jiġi dikjarat ineffettiv. Dan jingħad għaliex fir-Regolamenti hemm termini qosra stabbiliti *entro* liema termini parti interessata trid bilfors teżerċita d-dritt tagħha li tagħmel talba għal dikjarazzjoni ta' ineffettività. Jekk – *segundo* l-loġika implicita tal-bord – il-kuntratt mertu ta' dan l-appell ikun jista' jiġi attakkat biss meta l-kundizzjoni fil-kuntratt tiġi fis-seħħ, l-appellant f'dak l-istadju jsib li fil-fatt ma jkunx jista' jattakkah, għaliex it-termini stabbiliti fir-Regolamenti jkunu għaddew. Għalhekk, bl-interpretazzjoni tal-bord l-appellant qiegħed jiġi mċaħħad minn rimedju effettiv – rimedju li huwa garantit lilu mir-*Remedies Directive* kif emendat.

»17. Tajjed ukoll li ssir referenza għad-digriet tal-Qorti Ċivili fuq talba għall-ħruġ ta' mandat ta' inibizzjoni li saret mis-soċjetà appellant kontra s-soċjetà appellata. Dan ir-rikors kien talab lill-onorabbli qorti sabiex tordna li s-soċjetà appellata ma tidhol f'ebda ftehim mas-soċjetà *Islands Ferry Network Ltd*, jew jekk diġà daħlet f'xi ftehim milli tieqaf milli tattwa dak il-ftehim jew milli tkompli ssegwih. Il-qorti ma laqgħetx it-talba tas-soċjetà appellant għar-raġuni li skond hi ma kienx hemm il-bżonn għall-ħruġ tal-mandat ta' inibizzjoni *stante* li s-soċjetà appellant kienet għa intavolat appell mid-deċiżjoni tal-bord

»18. Iżda l-istess qorti li ma laqgħetx it-talba għall-ħruġ tal-mandat ta' inibizzjoni kellha dan xi tgħid preċiżament dwar iċ-*charterparty* li daħlet fih is-soċjetà appellata mas-soċjetà *Islands Ferry Network Ltd*:

»“F'dan il-każ *ex admissis Gozo Channel (Operations) Limited* iffirmat *charterparty agreement* ma' *Islands Ferry Limited* sabiex tagħti servizz ta' *fast ferry* bejn Malta u Għawdex, li però ovvjament hu suġġett għal kundizzjoni sospensiva ġaladarba għadha mhijiex l-offerent rakkomandat fil-proċess tat-*tender* li għad irid isir. Għalhekk dan hu każ fejn diġà hemm kuntratt bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry Limited*, li però għadu ma daħalx fis-seħħ. Hu ovvju li *Gozo Channel* diġà ħadet id-deċiżjoni dwar min ser ikun qiegħed jagħti s-servizz ta' *fast ferry* fl-eventwalità li tirbañ it-*tender*, tant hu hekk li ntrabtet b'kuntratt. Hu minnu li waqt it-trattazzjoni d-difensur tar-rikorrent argumenta li f'dan il-każ *Gozo Channel (Operations) Limited* mhijiex awtorità kontraenti għal finijiet ta' Legislazzjoni Sussidjarja. Però kienet hi stess li sejñet l-offerta *Preliminary Market Consultation*, li hi proċedura *ad hoc* li nsibu fir-Regolamenti li tista' ssir qabel ma jiġi mniedi l-proċedura tal-akkwist. Mela mad-daqqa t'għajn jidher li *Gozo Channel* stess kienet qiegħda tagħraf li s-servizz li kienet qiegħda

tfittex għal *fast ferry service* kien ser ifisser ‘akkwist’ taħt ir-Regolament ta’ Akkwist Pubbliku.”

22. Gozo Channel wiegbet hekk:

»9. Illi għustament il-bord ikkonkluda li l-ftehim *de quo* ma jaqax fil-parametri tal-artikolu 277 tar-Regolamenti u dan għaliex preżentement l-ftehim għadu ma dañalx fis-seħħ minħabba l-kondizzjoni sospensiva li hemm fih.

»10. Illi aktar fundamentali minn hekk, il-ftehim *de quo* ma jaqax fil-parametri tal-artikolu 277 tar-Regolamenti għaliex, kif ġie spjegat f’dettal fir-risposta tal-appell intavolata mill-appellata *Gozo Channel* fis-17 ta’ Ottubru 2018 fl-atti tal-appell quddiem din l-onorabbli qorti ... numru 290/2018:

»a. l-appellata *Gozo Channel* mhix awtorità kontraenti u għalhekk ir-Regolamenti ma japplikawx għaliha;

»b. u anke li kieku kienet, l-għażla ta’ sieħeb sabiex tiġi sottomessa offerta *ftender* pubbliku maħruġ minn awtorità kontraenti oħra sempliciment mhux kuntratt ta’ akkwist pubbliku għax ma jikonkorru l-elementi rikjesti fil-liġi;

»u frankament allura ikun hekk għaliex inkella l-appellata *Gozo Channel* tkun qiegħda fi żvantagġ sinifikanti fil-kuntest tal-*RfP*² meta mqabbla ma’ operaturi ekonomiċi oħrajn – inkluż l-istess grupp ta’ kumpanniji *Virtù* li bid-dikjarar ser jipparteċipaw fl-*RfP* indipendentement mill-appellata *Gozo Channel*. Dan ma jkun xejn għajr ksur tal-prinċipju ġenerali tal-akkwist pubbliku li jirrikjedi trattament ugwali tal-operaturi ekonomiċi kollha irrispettivament jekk hux ‘persuna fiżika jew persuna ġuridika jew entità pubblika jew grupp ta’ tali persuni u, jew entitajiet’. Il-liġi tal-akkwisti pubbliċi ma tagħmilx differenza bejn offerent privat u dak pubbliku u ċertament m’għandhiex tiġi abbużata u m’għadha b’tali mod illi effettivament teskludi parteċipazzjoni pubblika a favur ta’ dik esklussivament privata.

»11. Illi, anke li kieku wieħed jinjora dan il-fatt fundamentali, xorta waħda l-ftehim ma’ *Islands Ferry Network Ltd* (u seta’ kien mal-appellanti *Virtù*(!)) mhux akkwist pubbliku u dan għar-raġuni li l-ftehim viġenti la huwa kuntratt “konkluż”, kif altrimenti jrid ir-regolament 2 tar-Regolamenti.

»Kif diġà ġie dikjarat *ex admissis* mill-appellata *Gozo Channel* fi varji proċeduri, il-ftehim ma’ *Islands Ferry Network Ltd* ma dañalx fis-seħħ u dan għaliex huwa soġġett għall-kondizzjoni suspensiva u *cioè* li jidhrol fis-seħħ biss jekk il-Ministeru jaġġudika l-*RfP* favur l-offerta tal-appellata *Gozo Channel* u *Islands Ferry Network Ltd*. Tajjeb li wieħed iżzomm f’moħħu li r-Regolamenti dwar il-Kuntratti ta’ Konċessjoni (Liġi Sussidjarja 174.10) jagħti varji rimedji – li infatti diġà qed jiġu eżerċitati mill-grupp ta’ kumpanniji *Virtù* – inkluż l-*objection* jew aħjar l-appell minn deċiżjoni tal-Ministeru fl-evalwazzjoni tal-offerti.

»Għal din ir-raġuni l-obbligi naxxenti f’dak il-ftehim preżentement ma jeżistux sakemm il-ġrajja li fuqha daww l-obbligi jiddependu ma sseħħ

² Request for proposals.

u dan *ai termini* tal-artikolu 1063(2) tal-Kodiċi Ċivili (Kapitlu 16 tal-Liġijiet ta' Malta).

»Għalhekk isegwi wkoll li la l-obbligi għadhom ma jeżistux il-ftehim *de quo* la għandu l-għan ta' forniture ta' servizzi u lanqas għandu l-element ta' interess pekunjarju u kwindi ma jinqabadx mir-regoli dwar l-akkwisti pubbliċi. Il-kuntratt li huwa akkwist pubbliku huwa l-*RfP* li ġie pubblikat mill-Ministeru u li fih ser ittellaq l-appellata *Gozo Channel* u b'ammissjoni tagħha stess anke l-istess appellanti *Virtù*.

»12. Illi fi kwalunkwe każ u anke b'referenza għall-preambolu (14) tar-*Remedies Directive* ċitat mill-appellanti *Virtù* stess f'premessa 12 tar-rikors tal-appell tagħha, ċertament l-appellanti *Virtù* ma tistax tgħid li ġiet imċaħħda mill-opportunità li tikonkorri sabiex tissieheb mal-appellata *Gozo Channel* meta ħadet bis-sħiħ sehem fil-*Preliminary Market Consultation*. Fil-verità t-tigrija saret u saret mingħajr diskriminazzjoni u b'traparenza assoluta – biss l-offerta tal-appellata *Islands Ferry Network Ltd* kienet orfna. Għalhekk ma hemm assolutament l-ebda "*serious breach of Community law in the field of public procurement*" għaliex l-iffirmar ta' ftehim (li għadu mhux konkluz għax ma daħalx fis-seħħ) kien preċedut minn konkors kompetittiv bejn l-appellanti *Virtù* u l-appellata *Islands Ferry Network Ltd*.

»Illi l-appellanti *Virtù*, kif għamlet matul il-varji proċeduri ġudizzjarji li vvintat, qiegħda tittanta li taqleb principji ġenerali tal-akkwist pubbliku ta' taħt fuq. L-appellata *Gozo Channel* umilment tissottometti li premessa 14 tar-rikors tal-appell tal-appellanti *Virtù*, u *cioè* li jekk id-deċiżjoni tiġi kkonfermata 'dan iffisser illi awtorità kontraenti tkun tista' tagħti kuntratt kif trid u mingħajr skrutinju: kulma jkollha bżonn tagħmel huwa li tissuggetta l-kuntratt għal kundizzjoni sospensiva', assolutament ma tregix. Għadarba kuntratt pubbliku ma daħalx fis-seħħ l-operatur ekonomiku ma jkun għadu ħa xejn u l-awtorità kontraenti ma tkun għadha ħallset xejn lanqas u t-terz ma huwa bl-ebda mod preġudikat. In fatti, bl-istess mod, awtorità kontraenti tista' mal-ħruġ tal-*contract award notice* tiffirma l-ftehim pubbliku mas-*successful bidder* minkejja l-*istandstill period* biss jekk ikun sugġett għal kundizzjoni suspensiva li l-ftehim pubbliku jidhol fis-seħħ biss jekk jgħaddu l-għaxart ijiem sabiex wieħed jappella.

»Kif ġie spjegat aktar 'il fuq, il-mument meta kuntratt jiġi "konkluz" huwa meta jidhol fis-seħħ u mhux biss meta jiġi ffirmat. Fil-verità kuntratt pubbliku li ġie konkluz lanqas hemm bżonn li jkun iffirmit għaliex jista' jaqa' fil-parametri tar-Regolamenti u għadarba hemm prestazzjoni ta' servizz, eżekuzzjoni ta' xogħol u/jew forniture li għalih ser jifhallsu, perkażu tramite ittri, *e-mails* u anke fatturi. In fatti r-Regolamenti jagħtu s-segwenti tifsira ta' "bil-miktub": 'kwalunkwe espressjoni li tikkonsisti fi kliem jew figuri li jistgħu jinqraw, jiġu riprodotti jew ikkommunikati wara, inkluż informazzjoni trasmessa u mażżuna permezz ta' mezzi elettronici'.

.»Illi għal dak li ntqal f'premessa 15 tar-rikors tal-appell tal-appellanti *Virtù*, jingħad li d-distinzjoni fir-Regolamenti bejn kuntratt sugġett għal kundizzjoni sospensiva u dawk li mhux hija inerenti fit-tifsira ta' kuntratt pubbliku u fil-kelma "konkluz" li inevitabilment għandha tiftehem li huwa l-mument meta l-obbligi taż-żewġ partijiet, *cioè*, l-prestazzjoni / l-eżekuzzjoni min-naħa u l-pagament minn oħra. «

23. *Islands Ferry* wieġbet hekk:

»36. Tajjed jingħad li l-ftehim in kwistjoni huwa soġġett għal kondizzjoni li tistipula li kwalunkwe ftehim huwa suġġett għal *Gozo Channel* tirbaħ il-*PSO Tender* imniedi mill-Ministeru.

»37. Tajjed jew ħażin, il-Prim' Awla tal-Qorti Ċivili, fid-determinazzjoni tagħha ta' mandat ta' inibizzjoni intavolat minn *Virtù*, fuq mertu simili għal dan l-appell, tikkummenta li l-istess ftehim huwa "soġġett għal kundizzjoni sospensiva għaladarba għadha mhijiex l-offerent rakkomandat fil-proċess tat-*tender* li għad irid isir. Għalhekk dan hu każ fejn diġà hemm kuntratt bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry Limited*, li però għadu ma daħalx fis-seħħ".

»38. Fil-fatt, jekk wieħed jabbraċċja l-argument tal-Prim' Awla u jħares lejn id-disposizzjonijiet tal-Kodiċi Ċivili relativi għall-kundizzjonijiet sospensivi, mal-ewwel jintebaħ li dak li kienet qed tgħid il-Prim' Awla kien li l-obbligazzjonijiet assunti fil-ftehim ta' bejn *Gozo Channel* u l-esponenti, sallum, ma jeżistux. L-artikolu 1063 tal-Kodiċi Ċivili jgħid hekk:

»"1063. (1) Il-kundizzjoni suspensiva hija dik illi tagħmel l-eżistenza tal-obbligazzjoni tiddependi minn għrajja li għad trid tiġri u li mhix żgura.

»"(2) L-obbligazzjoni taħt kondizzjoni suspensiva ma teżistix qabel ma l-għrajja tiġri.

»39. Minn qari tal-ftehim in kwistjoni, jirrizulta li l-ftehim sfiħ huwa soġġett għall-kundizzjoni (li ċertament mhijiex żgura) li *Gozo Channel* tirbaħ il-*PSO Tender*. Konsegwentement, skond it-test tal-liġi, u jekk wieħed jabbraċċja l-istess raġunament tal-Prim' Awla fid-digriet tagħha tal-20 ta' Settembru 2018, jirrizulta li l-liġi stess tqis li l-ftehim sfiħ ma jeżistix.

»40. L-esponent ma tistax ma tirrimarkax dwar l-allegazzjonijiet imġebbda tal-appellanti *Virtù*, meta tgħid li dak li għamlet *Gozo Channel* jiftaħ il-bibien għal abbuż tal-proċeduri tal-*procurement*. F'din l-asserzjoni, konvenjentement però, *Virtù* tagħzel li tinjora għal kollox il-fatt li sallum hemm deċiżjoni tal-bord li l-proċedura adoperata mill-*Gozo Channel* ma tikkostitwix *procurement*.

»41. Għal din ir-raġuni wkoll, l-esponenti tissottometti li anke jekk, għall-grazzja tal-argument, din l-onorabbli qorti kellha tqis li dan huwa kuntratt li jikkwalifika taħt ir-Regolamenti dwar l-akkwist pubbliku, xorta waħda legalment il-kuntratt ma jeżistix. «

24. Essenzjalment it-tweġbiet huma fis-sens (i) illi *Gozo Channel* ma

hijiex awtorità kontraenti; (ii) illi dak li sar ma kienx kuntratt pubbliku,

(iii) illi jekk jitqies hekk *Gozo Channel* tkun żvantaġġjata; u (iv) illi f'kull

każ il-kuntratt "ma jeżistix" għax għadu mhux "konkluz" billi huwa taħt

kundizzjoni.

25. L-ewwel żewġ argumenti – li *Gozo Channel* ma hijjex awtorità kontraenti u li dak li sar bejnha u *Islands Ferry* me kienx kuntratt pubbliku – kienu l-meritu tal-ewwel żewġ eċċezzjonijiet preliminari ta' *Islands Ferry* li, għar-raġunijiet imfissra fis-sentenza mogħtija llum fl-atti tal-appell numru 290/2018, ġà ġew miċħuda.
26. It-tielet argument – li *Gozo Channel* tista' tkun żvantaġġjata jekk, biex issib sub-kuntrattur biex tingħata s-servizz li teħtieġ biex tista' titfa' offerta għas-sejha tal-Ministeru, ikollha tgħaddi mill-proċeduri tal-akkwist pubbliku – kien ukoll meqjus fis-sentenza fl-atti tal-appell numru 290/2018 u ġie miċħud għal raġunijiet li ġew imfissra fil-paragrafi 40 u 41 ta' dik is-sentenza.
27. Ir-raba' argument – li l-kuntratt “ma jeżistix” u, billi taħt kondizzjoni sospensiva, “għadu mhux konkluż għax ma daħalx fis-seħħ” – ukoll kien meqjus f'para. 34 tas-sentenza fuq imsemmija u ġie miċħud. Ma huwiex korrett li tgħid illi kuntratt taħt kondizzjoni sospensiva “għadu mhux konkluż” u huwa “ineżistenti”. Hija l-obbligazzjoni li ma teżistix qabel ma l-kondizzjoni sseħħ, iżda meta sseħħ ikollha effett *ex tunc*³; il-kuntratt jeżisti u “jiġi konkluż” hekk kif ikun hemm l-*in idem placitum consensus*. Fil-każ tallum l-offerta ntlaggħet, l-għażla ta' min sejjer jagħti s-servizz bi f'las saret u l-kuntratt sar.
28. Ladarba għalhekk tassew sar kuntratt pubbliku minn awtorità kontraenti, *Virtù* setgħet tinqeda bir-rimedju taħt ir-reg. 277 tal-L.S. 174.04, u għal din ir-raġuni l-appell għandu jintlaqa'.

³ Art. 1061(1), Kod. Ċiv.

29. Fir-rikors tal-appell *Virtù* talbet illi din il-qorti:

»... .. tirrevoka u tannulla d-deċiżjoni mogħtija tal-Bord ta' Reviżjoni dwar il-Kuntratti Pubbliċi tal-31 ta' Awissu 2018 u konsegwentement tagħti d-direttivi u provvedimenti li jidhrilha xierqa u opportuni, bl-ispejjeż kontra l-appellati.«

30. It-talba biex titfassar id-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni għandha tintlaqa', ladarba għar-raġunijiet mogħtija fuq hija msejsa fuq premissi żbaljati. Tifdal il-kwistjoni jekk, bħala "provvediment xieraq u opportun" kif mitlub fir-rikors tal-appell, għandux jithassar ukoll iċ-*charterparty* bejn *Gozo Channel* u *Islands Ferry*. Effettivament il-Bord ta' Reviżjoni ġà sab illi "*Gozo Channel has in fact concluded a contract before a final decision has been given by the Public Contracts Review Board*" u għaldaqstant il-kuntratt għandu jiġi dikjarat ineffettiv taħt ir-reg. 277(3)(a). Madankollu, billi d-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni sejra titfassar *in toto*, u jista' jkun illi l-bord ma għamilx il-konsiderazzjonijiet kollha meħtieġa ladarba deherlu li kuntratt b'kondizzjoni sospensiva ma jintlaqatx bid-disposizzjonijiet tar-reg. 277, huwa aktar xieraq illi l-każ jerġa' jintbagħat quddiem il-Bord ta' Reviżjoni sabiex dan jagħmel id-deliberazzjonijiet meħtieġa.

31. Il-qorti għalhekk tidDisponi mill-appell billi, wara li tiċhad l-eċċezzjonijiet ta' nullità tal-appell u l-eċċezzjonijiet preliminari l-oħra, tħassar id-deċiżjoni tal-Bord ta' Reviżjoni u tibgħat l-atti lura quddiem il-bord għad-deċiżjoni tiegħu.

32. L-ispejjeż ħlief dawk li dwarhom għa ngħatat deċiżjoni fil-provvediment tal-14 ta' Diċembru 2018 għandhom iħallsuhom *Gozo Channel* u *Islands Ferry* f'ishma ndaqs bejniethom.

Joseph Azzopardi
President

Giannino Caruana Demajo
Imħallef

Noel Cuschieri
Imħallef

Deputat Registratur
rm