

## **פיצוי קיום למשתתף במכרז שנמנעה ממנו זכייה שלא כדין/ יאיר אלוני, עו"ד:**

משתתף במכרז עלול למצוא עצמו לא אחת במצב בו נמנעת זכייתו במכרז שלא כדין בשל החלטה שגויה של ועדת המכרזים. פועל יוצא של מניעת זכייה ממשתתף שהצעתו כשירה ושהיה זכאי להיות מוכרז כזוכה במכרז הוא גרימת הפסד כספי ניכר למשתתף במכרז ולעיתים אף עשויה להתלוות לכך פגיעה במוניטין. האם יכול משתתף במכרז לתבוע פיצויים בגין מניעת זכייתו שלא כדין?

בתי המשפט הכירו בזכותו של משתתף במכרז שזכייתו נמנעה ממנו שלא כדין לפיצוי על נזקיו מפאת אובדן העיסקה. לשם הוכחת תביעה כזו נדרש להראות שההצעה הייתה כשרה והמציע היה זכאי להיבחר כזוכה במכרז. בנוסף, חשוב להוכיח קשר סיבתי בין הפגמים בהתנהלות בעל המכרז לבין אי זכייתו של המציע במכרז ונזקיו. במקרים בהם יוכח קשר סיבתי כאמור ויוכח כי הזכייה נמנעה מאותו מציע שלא כדין, בית המשפט יראה את המציע במכרז כמי שזכאי לשבת על אותו כס שהיה זכאי לישיב עליו לו היו הליכי המכרז מתנהלים כסדרם, כלומר המציע יהיה זכאי לפיצוי בגין הרווחים שהיה אמור לקבל אילולי נשלל ממנו החוזה.

לרוב קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים הראויים, אך די בהגשת הנתונים שניתן באופן סביר להביאם. כך, למשל: היקף העבודה צפוי במכרז, הכנסות צפויות בפרויקט או חוות דעת באשר לשולי הרווח הצפויים. במקרה כזה בית המשפט רשאי להפעיל שיקול דעת ולבצע אומדן להשלמת החסר וקביעת הנזק שנגרם.

במקרים מסוימים הימנעות ממיצוי הליכים לצורך מימוש הזכייה תמנע פסיקת פיצויים למציע שזכייתו נשללה ממנו שלא כדין. בית המשפט קבע לא אחת כי תובענה לפיצויים חייבת לבוא בהמשך לעתירה מינהלית שבה ניסה התובע בשלב ראשון לעמוד על זכייתו במכרז. הטעם לכך, הוא בין היתר כדי למנוע או לצמצם אפשרות של תוצאה לפיה הרשות הציבורית עורכת המכרז תמצא עצמה משלמת פעמיים. מכאן, שחשוב לתקוף את ההליך המכרזי בטרם פניה בתביעה לפיצויים.

לתביעת הפיצויים מכוח עוולות שבוצעו בהליכי מכרז יש מאפיינים מנהליים ואזרחיים כאחד. בשל כך יש להביא בחשבון בנוסף לשיקולים הקיימים בכל תביעה כספית גם שיקולים מתחום המשפט המינהלי כגון תום ליבו של התובע, ניקיון כפיו והאם היה שיהוי מצד התובע בפנייה לקבלת סעד מתאים. אשר על כן, מומלץ להיוועץ בעורך דין העוסק בתחום המכרזים מיד עם היוודע אודות עילה אפשרית המזכה בפיצויים בגין פגמים שנפלו במכרז ולצורך פנייה לקבלת סעד של מימוש הזכייה במכרז בטרם פניה בתביעה כספית.

\* עו"ד יאיר אלוני הינו עורך דין בכיר במשרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) ועיקר התמקדותו בתחום המסחרי והליטיגציה המסחרית, המכרזים והמשפט המינהלי. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.

## **Compensation for illegal denial of win in a tender / Yair Aloni, Adv.<sup>†</sup>**

A participant in a tender may find itself in a situation where such participant's winning was unlawfully denied by the tender committee. The outcome of this may involve considerable financial loss and may sometimes also involve damage to reputation. May such a participant demand compensation for this unlawful denial of winning?

The Courts recognized the right of a participant, whose winning in a tender was unlawfully denied, to compensation for the damage incurred due to the loss of the transaction. To prove such a claim one is required to prove that the offer was legitimate and that the participant was eligible to be selected as the winner of the tender. In addition, it is important to prove causation between the flaws in the tender process, the denial of the win and the damage incurred. Where both causation and unlawful denial are proven, the Court will deem the participant as the winner of the tender and the participant will be entitled to compensation for all the profits it would have received had the contract was not unlawfully denied from it.

Often it is hard to prove precisely and with certainty the extent of the damage and the proper compensation, but it is sufficient to submit data that can be reasonably furnished. For example: the scope of the anticipated work, the expected revenues from the project or financial reports regarding the expected profit margins. In such a case the Court may exercise discretion and make complete the missing data with a Court estimation in order to determine the damage involved.

In some cases the Court will deny a participant compensation if the participant failed to duly and timely attack the tender decision. The Courts have more than once decided that a claim for compensation must follow an administrative claim by which the participant tries to enforce its right to win the tender. The main reason for this is to minimize the cases in which the public authority may find itself paying twice for the same contract. Thus, it is essential to attack the tender process prior to filing of a claim for compensation.

A claim for tender related compensation has the characteristics of both administrative and civil procedures. Thus, it should be taken into account, in addition to considerations common to any civil claim, also administrative law considerations such as a demand for bona fide behavior of the claimant and lack of mootness. As such, it is advisable to consult with an attorney who specializes in tenders as soon as one is aware of grounds for entitlement to compensation as a result of flaws in a tender process and also to duly and timely attack the tender procedures prior to filing a monetary claim.

---

<sup>†</sup> Yair Aloni is a senior associate in the law firm of Afik & Co., Attorneys and Notaries ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) and his practice centers on commercial law and litigation, IP, tenders and public law. Nothing herein should be treated as a legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis.