

ביטול מכרז, אימתי? / עו"ד יאיר אלוני*

לאחר שנפתחו הצעות המחיר של המתמודדים במכרז מחליטה ועדת המכרזים לבטל את המכרז ולפרסם תחתיו מכרז זהה חדש. האם היא רשאית לעשות זאת?

ככלל מכרז עשוי להתבטל כמעט בכל שלב עד לחתימת הסכם עם הזוכה במכרז. כך, למשל, החלטה בדבר ביטול המכרז יכולה להתקבל לאחר פרסומו ובטרם הוגשו הצעות; לאחר שהוגשו הצעות, אך בטרם פתיחת ההצעות; לאחר פתיחת ההצעות, אך בטרם קבלת ההחלטה בדבר הזוכה; לאחר שהתקבלה הכרעה בדבר הזוכה, אך לפני שנמסרה הודעה לזוכה ואפילו כשהזוכה כבר קיבל הודעה, אך טרם נחתם עימו הסכם.

בתי המשפט מכירים בשלל רחב של טעמים, אשר עשויים להיחשב, בנסיבות מסוימות, כמצדיקים ביטול מכרז. כך, למשל, ביטול בשל פגם שנפל בניסוח המכרז העלול להטעות את המציעים שניגשו למכרז כמו גם מציעים פוטנציאליים שלא ניגשו לבסוף למכרז; ביטול לאור רצון מזמין המכרז לבצע את העבודה בעצמו או משיקולים תקציביים; ביטול מכיוון שלא הוגשה ולו הצעה ראויה אחת ועוד. בעוד שנקודת המוצא היא שבית המשפט לא יתערב בדרך כלל בשיקול הדעת של ועדת המכרזים ונטייתו תהיה שלא לחייב את מזמין המכרז להתקשר בחוזה שהוא לא חפץ בו או בחוזה שעלול לגרום לבזבוז משאבים כספיים של הציבור, הרי שבית המשפט יתערב בשיקול הדעת ככל שהחלטה על ביטול המכרז חורגת ממתחם הסבירות.

בית המשפט יבחן את סבירות החלטת ועדת המכרזים ובתוך כך יבחן את הטעמים לביטול, המועד בו התקבלה ההחלטה, באיזה שלב של המכרז התקבלה ההחלטה והאם בהחלטה על ביטול המכרז יש כדי לפגוע ביתר העקרונות העומדים ביסוד דיני המכרזים (כגון: עקרון השוויון, פתיחת פתח לשחיתות וכיוצא בזה). ככל שהחלטה בדבר ביטול המכרז התקבלה בשלב מוקדם יותר כך סביר שהיא תיחשב סבירה ולהיפך, ככל שהשלב מתקדם יותר, תיבחן ההחלטה בעין ביקורתית. כך למשל, החלטת ועדת מכרזים בדבר ביטול מכרז אשר התקבלה בשלב מתקדם לאחר הגשת ההצעות וללא דיון מעמיק, נפסלה בעבר על ידי בית המשפט בייחוד כאשר הנימוקים שעלו להצדקת ביטול המכרז לא עלו בקנה אחד עם הנימוקים שנאמרו בזמן אמת בוועדת המכרזים. החלטה שרירותית בדבר ביטול מכרז שהתקבלה לאחר שכבר נחשפו הצעות המחיר של המציעים פוגעת קשות באינטרס ההסתמכות והציפייה של המציעים. החלטה זו אף עשויה לפתוח פתח לשחיתות והעדפה אסורה והיא מחשידה במיוחד כאשר מפורסם מכרז חדש זהה תחתיו.

עם זאת, בכל הנוגע למכרזים אופן ההתנהלות של נפגע מהחלטת ועדת המכרזים עשוי להשפיע מהותית על סיכויי ההליך. כך, למשל, מציע שניגש למכרז חדש שהוצע במקום מכרז שבוטל עלול למצוא עצמו מוותר על טענות לגבי ביטול המכרז הראשון. לכן, מומלץ לפעול ללא שיהוי ולהיוועץ בעורך דין בעל ניסיון בתחום המכרזים בכל שלב משלבי המכרז.

* עו"ד יאיר אלוני הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) ועיקר התמקדותו בתחום המכרזים, המשפט המינהלי וליטיגציה. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.

***Cancellation of Tenders, When? / Yair Aloni, Adv.**

After the bids were opened the Tenders Committee decides to cancel the tender and publish a new and identical tender instead. Is that legal?

In general, a tender may be canceled at almost any stage thereof up until execution of an agreement with the tender winner. Thus, a decision to cancel the tender may be made after its publication and before any bids were submitted; After bids were submitted, but before the opening of the bids; After the opening of the bids, but before deciding on the winner; After the decision but before notice has been given to the winner and even when the winner has already been notified, but an agreement has not yet been signed.

The Courts recognize a wide variety of reasons, which may be considered in certain circumstances, as justifying cancellation of a tender. Thus, for example, cancellation due to a defect in the wording of the tender, which might mislead the bidders who participated in the tender as well as potential bidders who did not finally make an offer in the tender; cancellation due to the tender publisher's desire to perform the work itself or for budgetary reasons; Cancellation due lack of any worthy proposal and more. While the premise is that the Court will not usually interfere with the discretion of the tenders committee and its tendency is not to oblige the bidder to enter into a contract that it does not wish or in a contract that may result in wasting the public's resources, the Court will intervene if the decision to cancel exceeds the scope of reasonableness.

The Court will examine the reasonableness of the tender committee's decision and will examine the reasoning for cancellation, the date in which the decision was made, at which stage the decision was taken and whether the decision to cancel the tender violates other principles underlying the tender laws (such as the equality principle). If the decision to cancel was made at an earlier stage, it is safer to assume that it will be considered reasonable, and vice versa, the later the decision, the higher scrutiny the Court will apply. For example, a tender committee's arbitrary decision to cancel the tender, made after the bids were opened and with no coherent reason, was canceled by the Court especially when the reasons for cancellation described to the Court were not discussed in the tender's committee at the relevant time. Arbitrary decision regarding the cancellation of the tender after the bids were revealed materially undermines the reliance and expectation of bidders. It is also may open the door to corruption and prohibited preference and is extremely suspicious when a new tender is published to replace the one cancelled.

However, in tenders the manner of acting of a person harmed by the decision of the tenders committee may have a material effect on the chances of the proceeding. Thus, for example, a bidder who makes a bid in a new tender replacing a canceled tender may find itself deemed to have waived claims regarding the cancellation of the first tender. Therefore, it is recommended to act without delay and to consult with an attorney who has experience in the field of tenders at every stage of the tender.

*Yair Aloni is a senior associate in the law firm of Afik & Co., Attorneys and Notaries (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.