

השלמת פרטים בהצעה במכרז/ יאיר אלוני, עו"ד*

השמטה של פרט או מסמך במסגרת הגשת הצעה למכרז עלולה להיחשב כפגם בהצעה. האם הדבר מהווה עילה לפסילת ההצעה? תחת אלו תנאים רשאי המציע לתקן את הטעות ולהשלים את המסמכים החסרים?

כידוע עקרון השוויון בין המציעים הוא עקרון על בדיני מכרזים. כפועל יוצא מכך לא ניתן להעדיף מציע אחד על פני משנהו ולא ניתן להעניק לאחד יתרון לא הוגן על פני מציע אחר.

בתי המשפט פסקו כי מתן אפשרות למציע לתקן פגם מהותי שנפל בהצעה מהווה פגיעה בעקרון השוויון. כך למשל, עמידה בתנאי הסף (תנאים שמוגדרים כאלה שבלעדיהם הצעה לא תיבחן כלל) הם עניין מהותי, שכן על כל המציעים לעמוד ב"קו זינוק" משותף. אי צירוף מסמך או השמטת פרט ביחס להוכחת תנאי סף מהווה, על פניו, פגם מהותי שאינו ניתן לתיקון.

שיקול הדעת להכריע בשאלת סיווג הפגם כפגם מהותי המחייב פסילה של ההצעה (לדוגמה: אי צירוף ערבות בנקאית למכרז), או פגם טכני, שאינו מחייב פסילה של הצעה (לדוגמה: אי צירוף תעודות הסמכה, המלצות וכו') מסור בידי ועדת המכרזים אך אין ספק כי מתן אפשרות למציע להשלים פרטים חסרים לאחר הגשת הצעתו, כדי לאפשר לו להוכיח עמידה בתנאי סף, עלולה בנסיבות מסוימות לפגוע בשוויון ובעקרון הוודאות של יתר המציעים, לבסס חשש לפגיעה בטוהר המידות ובאמון הציבור במכרז. חשוב להדגיש, כי בתי המשפט לא רואים בעין יפה מציע אשר לא בדק את הצעתו בטרם הגשת ההצעה ומפרשים זאת כמעין 'זלזול' בהליך המכרזי ואף התרשלות.

עם זאת, קיימים מקרים בהם בתי המשפט איפשרו למציע להשלים מסמכים שמטרתם להוכיח עמידה בתנאי סף (למשל: מסמכים המעידים על עמידה בדרישת הניסיון הקודם, איתנות פיננסית וכו'), ובלבד ומדובר במסמך טכני המעיד על התקיימות תנאי הסף בטרם המועד האחרון להגשת ההצעות (כדוגמת: תעודת הסמכה, ניסיון קודם, המלצות שניתנו, אישור ר"ח על נתונים חשבונאיים וכו'), שכן אין בהצגת אישור או מסמך כאמור כדי להקנות יתרון בלתי הוגן על פני המציעים האחרים. יודגש, כי לעיתים התוצאה שתיגרם כתוצאה מפסילת ההצעה לא בהכרח תטיב עם האינטרס הציבורי ולכן בית המשפט יתחשב בכך שהמציע מראה שמדובר בהשמטה מקרית שנעשתה בתום לב. יצוין, כי במכרזים בהם מצוינת הוראה מפורשת המאפשרת לועדת המכרזים לדרוש השלמה של פרטים ומסמכים שהושמטו בתום לב, יהיה קשה לטעון לפגיעה בעקרון השוויון שכן 'זכות' זו ניתנת באופן שוויוני ביחס לכלל המציעים במכרז.

מכל מקום, מומלץ לא לקחת סיכונים מיותרים ולבדוק את ההצעה היטב בסיוע עורך דין המתמחה במכרזים עוד טרם הגשתה כדי לוודא שהיא כוללת כל האישורים, המסמכים והנתונים הנדרשים בהתאם להוראות המכרז. הסתייעות בעורך דין העוסק בתחום תאפשר לוודא מבעוד מועד שמסמכי ההצעה מוגשים בהתאם להוראות ולמנוע עוגמת נפש הכרוכה בפסילת ההצעה או סכסוכים משפטיים שניתן היה למנעם באמצעות היערכות מראש.

* עו"ד יאיר אלוני הינו עורך דין במשרד עורכי הדין אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בכל קשת התחומים של המשפט האזרחי והמסחרי, לרבות בתחום המכרזים והליטיגציה המסחרית. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

Completion of Details in a Tender Bid / Yair Aloni, Adv.*

The omission of a detail or a document in the submission of a bid for a tender may be considered a defect in the proposal. Does this constitute grounds for disqualification of a bid? Under which conditions may the bidder amend the mistake and complete the missing documents?

It is well known that the principle of equality between bidders is a superior principle of tenders law. Consequently, one may not favor a bidder over the other and unfair advantage for other offers may not be afforded.

The Courts held that granting a bidder the possibility of correcting a material defect in a bid constitutes a violation of the principle of equality. For example, compliance with the pre-conditions (conditions defined as such without which the proposal will not be examined at all) is a material issue, because all bidders must meet a common "starting point." Not including a document or omitting a detail to prove compliance of a pre-condition is a prima facie material defect which cannot be rectified.

The tender committee has the discretion to decide whether the classification of the defect should be a material defect requiring the disqualification of the proposal (for example: failure to attach a bank guarantee to the tender), or a technical defect that does not require the disqualification of a proposal. However, there is no doubt that allowing a bidder to complete missing details after the submission of the bid, in order to enable the bidder to show compliance with the pre-conditions, may in certain circumstances jeopardize the equality and the principle of certainty of the other bidders. It is important to emphasize that the Court does not see as proper when a bidder does not duly examine the bid before submitting it and view it as disrespect of the tender process and even negligence.

However, there are cases in which the Court allowed the bidder to complete documents needed for show of compliance with pre-condition conditions (e.g., documents showing prior experience, financial strength, etc.), provided that the document is a technical document that shows the fulfillment of the pre-condition conditions prior to the final submission date (Such as: diploma certification, prior experience, recommendations that were given, CPA's approval of accounting data, etc.), because show of such approval or document does not provide an unfair advantage over the other bidders. It should be emphasized, that a result such as disqualification of a proposal, will not always be for the benefit the public interest and therefore the Court will take it into account if a bidder can show that the omission was a random omission made in good faith. It should be noted that in tenders where an explicit provision allows the tenders committee to demand completion of details and documents that were omitted in good faith it would be difficult to argue in the name of the principle of equality, as this 'right' is given in an equal manner to all bidders.

In any case, it is strongly recommended not to take unnecessary risks and duly review the bid prior to its tender and with the assistance of a lawyer specializing in tenders, all to ensure that the bid includes all the necessary documents and data in accordance with the terms of the tender. The assistance of a lawyer specializing in the field may ensure in advance that the tender documents are submitted in accordance with the terms and prevent the distress caused by disqualification of the bid or legal disputes that could be prevented by advance preparation.

*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. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com