

## הפסדת במכרז, האם סוף פסוק? / יאיר אלוני, עו"ד\*

לקוחה של משרדנו, חברה קפריסאית שאנו מלווים אותה מזה מספר שנים בכל הקשור לביצוע תדלוק ימי בנמל חיפה, התמודד במכרז לביצוע עבודת התדלוק הימי גם בנמל אשדוד אך קיבל הודעה על כך שמציע אחר זכה במכרז. האם במצב כזה עליה לפנות באופן מיידי לבית המשפט או שהיא יכולה לפעול תחילה לקבלת מידע ולשקול את דרכה?

כלל ידוע במשפט מינהלי בכלל, ובדיני המכרזים בפרט, כי טענות יש להעלות ללא שיהוי. החוק קובע מגבלת זמן של 45 ימים מהיום שהחלטה פורסמה או מיום שהתקבלה הודעה עליה או נודע עליה, לפי המוקדם. החורג ממגבלת זמן זו עשויה להיתקל במחסום דיוני אשר ימנע ממנו להעלות את טענותיו לפני בית המשפט. עם זאת, לעתים נסיבות העניין יגרמו לכך שיהוי יתקיים זמן רב לפני שחלפו 45 ימים אלה.

על כן, מוצע לפנות למפרסם המכרז ולדרוש לעיין במסמכי ההצעה הזוכה, בפרוטוקולי ישיבות ועדת המכרזים וכן בחוות הדעת אשר עליהן התבססה בעת קבלת ההחלטה, מייד עם קבלת הודעה בדבר אי זכייה במכרז. המועד בו התאפשר למציע במכרז לממש את זכות העיון יחשב כנקודת הזמן הרלוונטית ממנה יש למנות את 45 הימים להגשת העתירה, הואיל ורק לאחר עיון במסמכים אלה ניתן יהיה לבחון האם נפלו פגמים בעת הפעלת שיקול הדעת וקבלת ההחלטה בעניין הזוכה במכרז. מוצע לא להקל ראש בזכות לעיין במסמכי ההצעה הזוכה, שכן לא אחת יהיה ניתן לגלות שהזוכה שנבחר כלל אינו עומד בתנאי הסף שנקבעו במכרז או כי בהצעתו נפלו פגמים שונים (כגון: צירוף ערבות שלא בהתאם לנוסח המבוקש במכרז). כמו כן, בדיקה מדוקדקת של פרוטוקולי ועדת המכרזים תאפשר בחינה של האופן בו הופעל שיקול הדעת על ידי חברי ועדת המכרזים ולעתים אף יגלה כי מסמכים מסוימים לא נמסרו לעיון ויש לדרוש אותם. כך, למשל, ניתן יהיה להתרשם האם ועדת המכרזים הפעילה את סמכותה באופן עצמאי או אימצה באופן עיוור המלצות של יועצים חיצוניים, האם נערך דיון ענייני בטרם התקבלה החלטה והאם החלטת ועדת המכרזים היתה מנומקת וסבירה. בחינה מהירה של מסמכי המכרז ומסמכי ההצעה הזוכה תאפשר הבנה טובה יותר של התשתית העובדתית ותאפשר לבסס את הטענות.

לאחר שבוססו הטענות יש לפנות בהקדם לוועדת המכרזים ולהעלות בפניה את מלוא הטענות, לאור הדרישה למיצוי ההליכים מול הרשות המינהלית בטרם פניה לבית המשפט. במקרה שנדון בבית המשפט לפני מספר שנים ובו ועדת המכרזים השתתה בתשובתה, נקבע כי פניה לבית המשפט בטרם ניתנה החלטה סופית מצד ועדת המכרזים עשויה להיחשב כאי מיצוי הליכים, למרות העיכוב שחל. לכן, נראה שכל עוד מדובר בניסיון לגיטימי לקבל התייחסות עניינית לטענות שהועלו ועמדה סופית של ועדת המכרזים, להבדיל מניסיון מלאכותי להאריך את הזמן להגשת העתירה, לא ייחשב הדבר כשיהוי.

לאור העובדה, כי קיים משקל רב לאופן התנהלות העותר חשוב להיוועץ עם עורך דין מראשיתו של הליך המכרז ככלל, ובפרט עם קבלת הודעה על אי זכייה וזאת, בין היתר, לשם בחינת דרכי הפעולה הנכונות ביותר, לרבות הצורך בהגשת בקשה למתן צו מניעה כדי למנוע מימוש המכרז טרם הכרעה על ידי בית המשפט.

\* עו"ד יאיר אלוני הינו עורך דין במשרד עורכי הדין אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://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](mailto:afiklaw@afiklaw.com).

## **You lost the tender, is it the end of the story? / Yair Aloni, Adv.\***

A client of our firm, a Cypriot maritime bunkering company that we have been escorting for several years in its activity of bunkering at the Haifa Port, participated in a tender for the bunkering services at the Ashdod Port, but received a notice that another bidder won the tender. Under such circumstances need it immediately petition the Court or can it first act to obtain data and consider its options?

A well-known principle of administrative law in general and in the tenders in particular, is that contentions must be raised without delay. The law provides a time limit of 45 days from the day the decision was published or from the date on which notice was received or was learnt of, whichever is earlier. One who exceeds this time limit, may encounter a procedural barrier that will prevent one from moving the Court. However, sometimes circumstances will turn contentions moot long before these 45 days have elapsed.

Therefore, it is advisable to contact the publisher of the tender and request to review the winning bid documentation, minutes and protocols of the tenders committee meetings and legal opinions on which the decision was based upon, all immediately after receiving of the non-winning notice at the tender. The date on which the bidder was able to exercise its right to access information will be considered as the point from which the 45 days for submission of the petition are calculated, because only after examining such documentation will it be possible to examine whether flaws exist in the exercise of discretion and decision making process in the choosing of the winning bid.

It is advisable not to take lightly the right to review the documentation of the winning bid, because one may discover that the selected bidder did not meet the threshold conditions set out in the tender or that its proposal was defected (such as the inclusion of a guarantee not in accordance with the tender requirements). In addition, a careful review of the tenders committee's protocols will enable an examination of the manner in which the discretion of the members of the tenders committee was exercised and sometimes even reveal that access to certain documents was not granted and such are to be demanded. For example, it will be possible to see whether the tenders committee exercised its administrative power independently or blindly adopted the recommendations of an outside consultant, whether a substantive discussion was held before a decision was made and whether the tenders committee's decision was reasoned and reasonable. A quick review of the tender documents and the documents of the winning bid will also enable a better understanding of the factual basis and will enable to base the legal arguments.

Once the claims have been substantiated, it is necessary to approach the tenders committee as soon as possible and present the arguments fully, due the duty to exhaust the proceedings before the administrative authority prior to approaching to the Court. In a case that was discussed at Court several years ago a tenders committee did not answer an approach of a bidder but it was held that petitioning the Court before a final decision was made by the tenders committee may be considered failure to exhaust proceedings, despite the delay. Thus, a legitimate attempt to receive a substantive response to claims raised and receipt of a final position of the tenders committee, as opposed to an artificial attempt to extend the time for submission of the petition, will not be considered as delay.

In light of the fact that a petitioner's conduct is of great importance, it is important to consult with an attorney from the beginning of the tender process in general, and especially upon the receipt of a non-winning notice and this, inter alia, in order to examine the best methods of action, including the need to file an application for an injunction to prevent consummation of the tender prior to a decision by the Court.

---

\*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. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: [afiklaw@afiklaw.com](mailto:afiklaw@afiklaw.com)