

שינוי תנאים לאחר חתימת הסכם עם הזוכה במכרז / עו"ד דורון אפיק, עו"ד עמרי ברקן

במסגרת מכרז לתדלוק ימי דורש הנמל מהמתמודדים להציג אניית תדלוק העומדת בקריטריונים מסוימים. הזוכה במכרז ממתין עד חתימת ההסכם עמו ואז מודיע לנמל כי במקום האנייה הוא עומד לשכור שירותים של צד שלישי אשר יבצע עבורו את שירותי התדלוק, כאשר הוא יעסוק רק במכירת השירותים. האם רשאי מי שהפסיד במכרז לעקוב אחר אופן ביצוע החוזה על ידי הזוכה ולפנות לבית המשפט ככל שהזוכה אינו פועל בהתאם לתנאי המכרז?

כאשר רשות יוצאת למכרז מחויבת הרשות לפרסם את התנאים והמתמודדים במכרז אינם רשאים לחרוג מתנאים אלה, או שההצעה שהגישו תיפסל. לאחר שנבחר הזוכה חותמת הרשות על הסכם התקשרות מולו (כשנוסח ההסכם בדרך כלל מצורף למכרז כחלק מתנאיו) ובאותו רגע מסתיים המכרז ונכרת הסכם רגיל בין הרשות לבין הזוכה במכרז. בשלב זה המתמודדים האחרים במכרז יוצאים מהתמונה ונוצר כר פורה לרשות ולזוכה במכרז לתקן את ההסכם ביניהם בדרך שבפועל משנה בדיעבד את המכרז.

במקרה שנדון בבית המשפט בתל אביב, לאחר שכבר הוכרזה זוכה במכרז התגלו נסיבות חדשות שהצריכו שינויים בתנאי ההתקשרות בהסכם. חברה שלא התמודדה כלל במכרז טענה שמדובר בשינוי מהותי ואילו ידעה על אפשרות לשינוי כזה, הייתה ניגשת למכרז. בית המשפט קבע שככל שתישלל הגמישות של הרשות לשנות את תנאי ההסכם בהתאם לנסיבות חדשות שלא ניתן היה לצפות אותן מראש, יוביל הדבר לחוסר יציבות ולכאוס מוחלט באשר מכרזים יבוטלו השקם וערב.

עם זאת, במקרה שנדון על ידי אותו שופט כחצי שנה לאחר מכן, נדרשה זוכה במכרז לספק מערכת התראה מפני רעידות אדמה בתוך 4 חודשים ממועד זכייתה. הזוכה לא עמדה בדרישה זו, ולאחר מו"מ עם עורכת המכרז הוחלט על עריכת הסכם חדש בתנאים חדשים. הפעם קבע בית המשפט כי כאן לא מדובר בהתאמת תנאי ההתקשרות לנסיבות חדשות עקב שינוי שהיה כורח המציאות ולא ניתן היה לצפותו מראש, אלא המדובר בזוכה שהתברר בדיעבד כי כלל לא עמד בתנאי המכרז אך עורך המכרז החליט לעדכן בדיעבד את המסמכים כדי לתקן זאת.

מהו שינוי מהותי ומהי אי התאמה לתנאי המכרז? שאלה זו תלויה בנסיבות ומשתנה ממכרז למכרז. למשל, במקרה אחד שנידון בבית המשפט המנהלי בתל אביב התברר רק במסגרת ההליך המשפטי שאחד המתמודדים במכרז חתום היה על הסכם עם קבלן משנה שיבצע חלק מהעבודות במכרז במקומו. בית המשפט קבע שמכיוון שעובדה זו לא צוינה במסמכים אשר הוגשו במכרז או בכל צורה אחרת מדובר בהתנהלות בחוסר תום לב של המתמודד במכרז ולכן יש לפסול בדיעבד את הצעתו. בתי המשפט באופן דומה גם פסלו מתמודדים במכרז שבפועל שימשו "פרונט" למתמודד אחר שבעצמו לא יכול היה לגשת למכרז תוך שהם מבהירים כי לא ניתן לנהל מכרז כ"נשף מסכות" בו מתמודדים מסתתרים מאחורי אנשי קש.

לסיכום, לא כל מקרה של שינוי בחוזה ההתקשרות לאחר זכייה במכרז יפתח את הדלת לפנייה לבית המשפט בבקשה לפתוח את המכרז, אולם כאשר השינוי הוא כזה שבפועל משנה בדיעבד את תנאי המכרז יכול וניתן לבקש מבית המשפט להתערב.

* למען הגילוי המלא יצוין, כי בעת כתיבת מאמר זה מייצג משרדנו חברה העוסקת בתדלוק ימי באמצעות אניות תדלוק והתוקפת התנהלות של וועדת המכרזים בנסיבות הדומות לאלה המתוארות במאמר זה.

* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך ישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, ומימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחום במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר. עו"ד עמרי ברקן הינו עורך דין במשרד אפיק ושות', העוסק בין היתר במשפט המסחרי, דיני חברות והגירה. 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.

Change of Terms after Execution of Agreement with Tender Winner / Doron Afik, Esq., Omri Barkan, Adv.*

In the context of a tender for marine fueling, the port requires the bidders to present a refueling barge that meets certain criteria. The winner of the tender waits until the agreement is signed with it and then informs the port that it is about to hire third party services on time charter terms to carry out the refueling services, while dealing only with the sale of the services. Is it possible for a person who lost the tender to follow the manner of consummation of the tender contract and approach the Court if the winner does not act in accordance with the terms stipulated in the tender?

When an authority enters into tender proceedings, it is required to publish the terms, and the bidders in the tender are not permitted to deviate from such, or the bid submitted will be disqualified. After the winner is chosen, the authority executes a contract with it (and the wording of the contract is usually attached to the tender as part of its terms) and at that moment the tender ends and an ordinary agreement is deemed executed between the authority and the winner. At this stage, the other bidders exit the picture and this creates fertile ground for the authority and winner to amend the agreement between them in a way that in effect retroactively changes the tender terms.

In a case discussed in the Tel Aviv Court, after a winner was declared in the tender, new circumstances were discovered that necessitated changes in the terms of the agreement. A company that did not deal at all with the tender contended that it was a material change, and had it knows of the possibility of such a change, it would have participated in the tender. The Court held that if the authority's flexibility to change the terms of the agreement following new circumstances that could not have been expected in advance would be undermined, this would lead to instability and complete chaos, as tenders would regularly be canceled.

However, in a case discussed by the same judge about six months later, a winner of a tender was required to provide a warning system against earthquakes within 4 months of the date of winning. The winner did not comply and after negotiations with the tender's editor it was decided to make a new agreement under new conditions. This time the Court held that this is not a matter of adapting the terms of the contract to new circumstances due to a change that was inevitable and could not have been foreseen. In fact, in retrospect it was learn that the winner did not meet the conditions of the tender but the tender editor decided to update the tender documents retroactively to correct it.

What is a material change and what is non-compliance with the tender terms? This question depends on circumstances and changes from tender to tender. For example, in one case that was discussed in the Tel Aviv Administrative Court, it became clear only in the framework of the legal proceedings that one of the bidders signed an agreement with a subcontractor to perform part of the tender. The Court held that because this fact was not mentioned in the documents that were submitted in the tender or in any other manner, this is a bidder conduct in lack of good faith and therefore its bid must be rejected retroactively. Similarly, Courts also resented bidder who in fact served as a "front" for another bidder whom by itself could not have participated, making it clear that a tender could not be held as a "masquerade" in which bidders hide behind straw men.

In conclusion, not any case of a change in the contract after winning the tender will open the door to the Court to reconsider the tender, but when the change is such that in effect retroactively changes the terms of the tender the Court can be moved to intervene.

* For full disclosure, it should be noted that at the time of writing this article, our firm represents a company that deals with marine fueling by means of refueling barges and attacks the tenders committee behavior under circumstances similar to those described in this article.

Doron Afik is a notary public and an attorney admitted to practice in Israel and New York and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com). He is admitted to practice law both in Israel and in New York and is also a licensed Notary Public in Israel. Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and the ICC Master Class for arbitrators and also serves as arbitrator. **Omri Barkan** is an attorney at the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary (www.afiklaw.com) whose main practice areas are commercial law, corporate law and immigration. 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