

האם כל פגם בערבות מכרז יביא לפסילת ההצעה? / עו"ד יאיר אלוני¹

דיני המכרזים אינם סלחניים כאשר מדובר בפגם שנפל בערבות בנקאית של מציע. הכלל הנוהג משקף גישה קפדנית לפיה כל פגם בערבות מוביל לפסילת ההצעה למעט מקרים חריגים ומצומצמים ביותר. במקרים רבים מציע שהפסיד במכרז תולה יהבו בפגם שנפל בערבותו של הזוכה ודורש לפסול את ההצעה גם כשמדובר בטעויות דקדוקיות "טכניות". עד כמה מרחיקת לכת הדרישה לדקדקנות בעת בחינת ערבויות המכרז?

תומכי הגישה קפדנית יטענו כי זו נועדה, בין היתר, לשמור על שוויון בין המציעים ולחזק את הוודאות בין המשתתפים השונים. עם זאת, קיימות גישות מרוככות יותר לפיהן לא כל פגם יוביל בהכרח לתוצאה הקשה של פסילת ההצעה, ובמקרים מסוימים בהם לא מתעורר חשש לחוסר הגינות או לפגיעה בשוויון בין המציעים יש לבחון את הדברים באופן תכליתי בהתאם לנסיבות העניין.

בפסק דין מלפני מספר שנים, למשל, משרד עורכי דין שניגש למכרז ציין בערבות את שמות שלושת שותפיו ואף בסיום צוינה הסיומת בע"מ. לאחר זכייתו, משתתפים במכרז טענו כי בנוסח הערבות נפלו שני פגמים מהותיים. האחד, אי התאמה בין שם המציע לשם המצוין בערבות שכן אחד השמות שצוינו בערבות היה שמו של שותף לשעבר. השני, הואיל ומשרד עורכי הדין אינו מאוגד כחברה בע"מ הרי שהערבות הוצאה על שם גוף שאינו קיים. לגבי הפגם הראשון, בית המשפט קבע כי הואיל ועל גבי ההצעה והערבות הופיע שמו הרשמי של המשרד כפי שהיה במועד הגשת ההצעה לא נפל כל פגם, בוודאי לא כזה המצדיק פסילת ההצעה מאחר וברור כי מדובר באותה אישיות משפטית. מנגד, לגבי הפגם השני, פסק בית המשפט כי הערבות נחזית כמי שניתנה לטובת ישות משפטית שונה (חברה בעירבון מוגבל) ולפיכך ההצעה נפסלה.

במקרה מתחילת שנת 2018, ועדת המכרזים פסלה מציע נוכח "פגם" בערבות שבא לידי ביטוי בכך שבערבות צוין שמו הקודם של המציע, הכולל שם אמצעי נוסף, בעוד במסמכי ההצעה צוין שמו העדכני בהתאם לרישום במרשם האוכלוסין. אי התאמה נוספת הייתה גם באופן בו נרשם שמו הפרטי של המציע בערבות, שנעשה בכתוב חסר. במקרה זה בית המשפט בחן את הסוגייה באופן תכליתי וקבע כי המטרה הייתה למנוע מצב שבו ההצעה מוגשת על ידי אדם אחד והערבות הוצאה על שמו של אדם אחר או מצב בו לא ברור מי הם הערבים. גם אם במבט ראשון השם המופיע בערבות לא נכתב בצורה זהה, באותו מקרה לא התעורר ספק, בפרט אצל ועדת המכרזים והבנק, לגבי שמו או זהותו של הערב והיה ברור כי המציע לא יכול לחמוק מחובותיו כערב בטענה ששמו לא נרשם בערבות באופן מדויק ולכן לא הייתה הצדקה לפסול את ההצעה בשל טעות הכתיב.

בשל רגישות הנושא מומלץ לפעול בחוכמה ולהיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום המכרזים בטרם הגשת ההצעה למכרז ובדיקת נוסח הערבות, ובוודאי שמייד עם קבלת הודעה על אי זכייה בשל פגם כלשהו.

¹ עו"ד יאיר אלוני הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' ועיקר התמקדותו בתחום 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.

When will a defective bank guarantee result in disqualification of tender bid? / Yair Aloni, Adv.*

The Tender laws are less than forgiving when it comes to a defective bank guarantee of a bidder. The Courts apply a strict approach under which a defect in the bank guarantee leads to the disqualification of the bid other than under very limited exceptions. In many cases, a losing bidder hopes to find defects in the winning bidder's guarantee in order to use for its favor so that it may demand disqualification of the winning bid, even when it comes to "technical" grammatical errors. How far-reaching is the requirement to be meticulous when examining tender guarantees?

Supporters of the strict approach will argue that this is intended, inter alia, to maintain equality between the bidders and to strengthen the certainty among the various tender participants. However, more lenient approaches also exist and according to such not any defect will necessarily lead to the harsh outcome of a bid disqualification and in certain cases where there is no concern of unfairness or harming the equality between the bidders, these should be examined in a purposeful manner according to the circumstances of the case.

In a case decided several years ago, for example, a law firm filed a tender bud and noted the names of its three partners on the bank guarantee and at the end of the firm's name it was written "Ltd." Other tender participants contended that the wording of the guarantee had two material flaws: One, lack of compliance between the identity of the bidder and the guarantor's identity, because one of the named partners already retired from the firm; Second, the law firm was not incorporated as a limited company, thus the guarantee was issued in the name of a non-existent entity. Regarding the first flaw, the Court held that the bid and guarantee were under the official name of the firm as it was at the time of submission of the bid and thus no defect exists, certainly not one that justifies the disqualification of the bid. However, in respect of the second defect, the Court held that the guarantee was foreseen as having been given in favor of a different legal entity (a limited liability company) and therefore the bid was disqualified.

In an early 2018 case, the Tenders Committee disqualified a bid because of a "defective" guarantee due the fact that the guarantee included the bidder's previous name, including its former middle name, while in the tender documents included the current name which also corresponds with the official registry. Another discrepancy was in the manner in which the bidder's first name was stated, which was missing a vowel. In this case, the Court examined the issue in a target-oriented manner, holding that the main goal was to prevent a situation in which the bid was submitted by one person and the guarantee was issued in the name of another or it is not clear who the guarantors are. It was held that even if at first glance the name appearing on the guarantee was not written in the same manner, there was no doubt, especially with the Tenders Committee and the bank, as to the name or identity of the guarantor and its duties as guarantor were perfectly clear and it couldn't avoid the duties on the grounds that the name was not registered correctly on the guarantee. Therefore, there was no justification for disqualifying the bid because of the misspelling.

Due to the delicacy of this issue, it is recommended to act wisely and consult with a lawyer who specializes in the field of tenders prior to submitting the tender bid and checking the wording of the guarantee, but certainly immediately upon receipt of notice of the failure to win due to any defect.

*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