

כאשר דרך ארץ וחוסר שפיות עומדים למכרז / עו"ד דורון אפיק, עו"ד שלי וילנר

אמירה מפורסמת המשויכת לאלברט איינשטיין אומרת, כי אי שפיות היא לעשות את אותו דבר שוב ושוב ולצפות לתוצאות שונות – האם אמירה זו חלה במכרזים? אם מרכז קניות מגלה ששוכר המשלם שכירות בהתאם לגובה המחזור שלו מסר נתונים שקריים, בעל מרכז הקניות צריך להיות לא שפוי כדי להשכיר אי פעם חנות לכל עסק שמנוהל על ידי המנהל שרימה אותו. אבל מה קורה אם הצד הנפגע הוא המדינה? למשל, נמל חיפה מגלה שמי שזכה במכרז להפעלת שירות בנמל רימה את הנמל ומסר לו מידע שקרי. אחרי מספר שנים, כשהנמל יוצא במכרז חדש, האם הוא לא נדרש לפסול השתתפות חברה שהרוח החיה מאחוריה היא אותו מנהל שרימה אותו?

להבדיל מעסק פרטי, כשמדובר במדינה חשוב לוודא שהליכי ההתקשרות שלה נעשים באופן שממקסם את התועלת הציבורית ומונע שחיתות וזו אחת הסיבות המרכזיות לחובת המכרז של גוף ציבורי. החוק קובע אמות מידה לבחירת ההצעה המעניקה את מירב היתרונות לעורך המכרז תוך שמירה על השוויון, כאשר אחת מאמות המידה הן אמיתות של המציע. בהתאם, בתי המשפט קבעו, כי לעורך המכרז שיקול דעת ביחס להתקשרות עם מציע שפעל כלפיו במרמה וכי וועדת המכרזים רשאית, ואף חייבת, לשקול את הניסיון הרע עם המציע, גם אם הדבר עלול להעלות חשש להפליה. חובה זו מתחזקת כשמדובר בחשדות חמורים לפגיעה בטוהר המידות על ידי מציע. כך, במקרה שנדון בבית המשפט המחוזי בירושלים במאי, 2020, דובר במציע שנטען לגביו שרימה בהתקשרות קודמת, כאשר אף נפתחה ועדת חקירה בנושא. בית המשפט קבע כי ראוי ואף חובה כי הנושא יישקל, ביחוד כאשר מדובר במכרז באותו תחום של ההתקשרות הקודמת ובפרט כאשר קיים חשש לאלמנט של מרמה חמורה.

ומה לגבי מנהל שניהל פעילות תרמיתית אך כעת עובד בחברה אחרת? תורת האורגניזם מייחסת לתאגיד את מחשבותיהם ופעולותיהם של נושאי המשרה בו, שהם בפועל ה"מוח" ו"מרכז העצבים" של התאגיד. כך, כאשר מנהל חברה הוא אחד שניהל עסק תרמיתי מול רשות ציבורית וכעת הוא מנהל של חברה אחרת הניגשת למכרז, רק סביר הוא שוועדת המכרזים תראה עובדה זו מול עיניה עת היא מקבלת החלטה לגבי המכרז.

לבסוף, חשוב לציין, כי גם לחלוף הזמן יש משמעות. במקרה שנדון בבית המשפט המחוזי בחיפה במאי, 2010, דובר במכרז של חברת חשמל להקמת ארובה בתחנת כוח, כאשר מציע נפסל בשל התרשלות 12 שנים קודם לכן שגרמה למותם של עובדים. בית המשפט קבע, כי חשד בפלילים עשוי לאפשר פסילת מציע, כמו גם ניסיון רע שהיה למפרסם המכרז עם מציע, אולם על ניסיון רע לעמוד במבחני הענייניות, הסבירות והמידתיות, ולעתים הוא יגרום לפסילת מציע ולעתים יהווה הדבר רק אחד מהשיקולים בבחירת הזוכה. באותו מקרה לא היה מקום לפסול את המציע, גם בשל הזמן הרב שחלף וגם בשל פעולות שנעשו על ידו כדי למנוע הישנות המקרה.

לאור האמור, מכיוון שכל דבר תלוי נסיבות ומכיוון שבתקיפת מכרז קיימת חשיבות גדולה למועד בו מעלים טענה, בין כשמדובר בכוונה לגשת למכרז לאחר ניסיון עבר בעייתי מול המדינה ובין כשמדובר במתחרה במכרז שקיים לאחד ממנהליו ניסיון רע, חשוב להיוועץ מוקדם ככל הניתן בעורך דין בעל ניסיון בתחום המכרזים.

* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בהנפקות באוסטרליה, דיני חברות, מכרזים, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיותו, לרבות במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים וקורס בחברות ממשלתיות ועירוניות במרכז האקדמי למשפט ועסקים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנויות ישראליות ובינלאומיות. עו"ד שלי וילנר הינה עורכת דין במשרד אפיק ושות' המתמקדת בדיני חברות, בליטיגציה מסחרית ובדיני מקרקעין. עו"ד וילנר בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. 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

When tendering morality and insanity/ Doron Afik, Esq, Shelly Wilner, Adv.

A famous saying attributed to Albert Einstein states that insanity is doing the same thing over and over again and expecting different results - does this apply also to public tenders? If a shopping mall discovers that a tenant with a turnover-linked rent provided false data, the owner would be insane to ever lease to any business managed by the defrauding manager. But what if the injured party is the State? For example, the Port of Haifa reveals that the winner of the tender to operate a service in the Port defrauded the Port and provided it with false information. After a few years, when the Port publishes a new tender, is the Port not required to disqualify a company which driving force is the same manager who defrauded it?

Unlike a private business, when the State is involved, it is important to ensure that its contracts are entered into in a manner that maximizes the public benefit and prevents corruption and this is one of the key reasons for public entities' tender requirement. The law sets the criteria for choosing the offer that gives the highest benefit to the tender publisher while maintaining equality, with one of the criteria being the bidder's credibility. Accordingly, caselaw teaches that the tender publisher has discretion in re-contracting with a bidder who defrauded it and the tender committee may, and is actually obligated to, consider past bad experience with a bidder, even if this may cause discrimination. This obligation is reinforced when there are serious suspicions of the bidder's moral integrity. Thus, in a case decided by the Jerusalem District Court in May, 2020, a bidder was accused of fraudulent behavior in a previous engagement and an inquiry committee was initiated on such issue. The Court held that it was appropriate, and even required, that the matter be considered, especially when it was a tender in the same field as the previous, and when there was a concern of a serious fraud.

What about a manager who ran a fraudulent activity but now works for another company? The *Organs Theory* attributes a corporation the thoughts and actions of its officers, as they are its "brain" and "nerve center" of the corporation. Thus, when a manager of a company previously managed an activity that defrauded a public entity and is now the manager of another company bidding in a tender, it is more than reasonable to demand that the tender committee will take a note of this.

Finally, it is important to note that the passage of time is also of significance. In a case that decided by the Haifa District Court in May, 2010, regarding an electricity company tender for the construction of a chimney at a power plant, one of the bidders was disqualified for acting negligently 12 years earlier, resulting in the death of construction workers. The Court held that criminal suspicions may enable disqualification, as well as bad past experience with the bidder, however bad experience must be reviewed through tests of relevance, reasonableness and proportionality and may thus sometimes lead to disqualification but sometimes will only be one of the considerations. In that case there was no reason to disqualify the bidder, both due to the passage of time and due to actions taken by the bidder to prevent the recurrence of such an incident.

In light of the above, because everything depends on circumstances and because when attacking a tender timing of raising a contention is of the essence, whether one wishes to bid in a tender after a bad past experience with the State or when it is a competitor in a tender, one of the managers of which was involved in such 'bad experience', it is vital to urgently consult an attorney with expertise in the field.

Doron Afik, Esq. 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). Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program and a class on public and municipal corporations in the College of Law and Business. Doron's practice focuses primarily on Australian IPO's, 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. **Shelly Wilner, Adv.** is an attorney in the office of Afik & Co.. Her practice focuses primarily on the commercial and corporate law, litigation and real-estate. Advocate Wilner holds a major in law from the Tel Aviv University. 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

