

ביטול מכרז – הגבול הדק בין לגיטימי ללא סביר / יאיר אלוני, עו"ד*

חברה ניגשה למכרז לאחר שמילאה בשקידה את כל טפסי המכרז, לאחר שלב פתיחת ההצעות התברר כי עמדה בכל תנאי הסף. עורך המכרז סבר כי ההצעה הכספית אינה אטרקטיבית מספיק וניצל הוראה במכרז הקובעת כי ועדת המכרזים "אינה מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה או הנמוכה ביותר או כל הצעה שהיא" כדי להודיע על ביטול המכרז ויציאה למכרז חדש. האם מדובר בצעד קיצוני או מימוש זכות לגיטימית של עורך המכרז?

תקנות חובת המכרזים קובעות כי ועדת המכרזים רשאית להחליט על בחירת ההצעה המתאימה ביותר או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא, והכל במטרה להבטיח את "מירב היתרונות" לעורך המכרז. כמו כן, מציע שהגיש הצעה במכרז כפוף להוראות המכרז ולא יכול מאוחר יותר להעלות טענות בדיעבד. לכאורה, על פי עקרון זה, ככל שעורך מכרז קובע מבעוד מועד כי יהיה רשאי להפעיל שיקול דעתו באם לקבל "כל הצעה שהיא", לרבות ביטול המכרז, יוצא עורך המכרז ידי חובתו והמציע אינו רשאי לטעון כנגד כך ככל שעורך המכרז בחר לממש סמכות זו.

עם זאת, אחד מעקרונות העל של דיני המכרזים הוא עקרון השוויון. אמנם, המכרז מגשים תכליות נוספות ובהן, בין היתר, מיקסום האינטרס העסקי וזכותו של עורך המכרז לקבל הצעה מעולה באמצעות הגברת התחרות בין המציעים, אולם עקרונות אלה עשויים להתנגש מעת לעת. בהתנגשות שבין האינטרס העסקי לבין עקרון השוויון, גובר עקרון השוויון בהיותו תורם רבות לאמון הציבור בהליך המכרזי ובהיותו משרת את הכלל בטווח הרחוק, שכן מתן האפשרות לביטול המכרז על ידי עורכו, גם אם מטעמים מסחריים לגיטימיים, עלולה להוות פתח למעשי שחיתות או העדפת מציעים פסולה. כך, למשל, עורך מכרז עלול להורות על ביטול המכרז לאחר שנודע לו אודות זהות המציעים, בין אם מתוך רצון לבחור בגורם שכלל לא ניגש למכרז ובין אם כדי למנוע התקשרות עם מציע פלוני שדווקא הגיש הצעה למכרז. אפשרות זו פוגעת אנושות באינטרס ההסתמכות והוודאות של המציעים על הליכי מכרז וגם עשויה למנוע הגשת הצעות על ידי מתחרים פוטנציאליים.

קושי נוסף עולה כאשר עורך המכרז מחליט לבטל את המכרז לאחר פתיחת ההצעות וחשיפתן, אך מחליט לפרסם מכרז או הליך תחרותי אחר באותו עניין בדיוק זמן סמוך לאחר מכן. כך, גם אם המניעים לביטול המכרז נעשו משיקולים לגיטימיים לכאורה, כגון היעדר הגיון כלכלי בתוצאת המכרז, הרי שלאחר שההצעות כבר נפתחו ותוכנן נודע גובר החשש לפגיעה בעקרון הסודיות והתחרות ההוגנת שכן המידע המסחרי כבר נחשף, גלוי וידוע ובכך אף מתעצמת הפגיעה בשוויון בהיותה מאפשרת למציעים לבצע מקצה שיפורים בהצעותיהם.

לכן, קיימת משמעות רבה למועד שבו החליטה ועדת המכרזים להורות על פסילת המכרז. ככל שהחלטה על ביטול המכרז התקבלה בטרם חלף המועד האחרון להגשת הצעות, נהוג להעניק לוועדת המכרזים שיקול דעת רחב יחסית. כך גם כאשר החלטה על ביטול המכרז מתקבלת לאחר הגשת ההצעות, אך טרם פתיחתן אך כאן עורך המכרז עשוי לחוב בפניצויים בשל הפגיעה באינטרס ההסתמכות והציפייה של המשתתפים אשר טרחו ועמלו על הכנת הצעותיהם ואף נשאו בהוצאות לצורך כך. עם זאת, ככל שההליך המכרזי מתקדם יותר כך תגבר הביקורת השיפוטית על החלטת ועדת המכרזים, גם אם נוסח המכרז מאפשר לכאורה את ביטול המכרז.

כך, למשל, באוקטובר 2020, ביטל בית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע החלטה של ועדת המכרזים של חברת חשמל שהחליטה לצאת בהליך תחרותי חדש (באמצעות פנייה לקבלת הצעות מחיר), על אף שנותרו שתי הצעות כשירות במכרז ואחת מהן אף נבחרה כזוכה. באותו מקרה חברת חשמל ניסתה לנצל את ההליך כדי לשפר את ההצעות הכספיות שהתקבלו במכרז ובית המשפט לא ראה זאת בעין יפה.

אשר על כן, מומלץ לא לקבל כגזירת גורל החלטות של ועדת המכרזים באשר הן כפופות לביקורת ובמקרים המתאימים אשר חורגים ממתחם הסבירות בית המשפט אינו מהסס להתערב בשיקול דעת ועדת המכרזים כל עוד הפניה אליו נעשתה במועד. חשוב להסתייע בעורך דין בעל ניסיון בתחום המכרזים לכל אורך שלבי המכרז על מנת להבטיח כי החלטות המתקבלות בעניין ניהול המכרז נעשות על פי הדין.

* עו"ד יאיר אלוני הינו שותף במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) ועיקר התמקדותו בתחום האזרחי, ליטיגציה, מקרקעין, מכרזים ומשפט המינהלי. עו"ד אלוני מוסמך על ידי האפוטרופוס הרשמי להחלטה על יפוי כוח מתמשכים. 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.

Cancellation of tender - the thin line between legitimate and unreasonable/ Yair Aloni, Adv* .

A company participated in a tender after diligently filling out all the tender forms and once the bids were revealed it became clear that it met all the threshold conditions. The publisher of the tender believed that the financial offers were not as attractive as estimated and utilized a provision in the tender document stating that the Tenders Committee "does not undertake to accept the cheapest or lowest bid, or any bid whatsoever" to declare that the tender is cancelled, followed with the publication of a new tender soon after. Is this an extreme and drastic measure or application of a legitimate right of the tender publisher?

The Israeli Tender Obligation Regulations stipulate that the Tenders Committee may decide on the selection of the most suitable bid or decide not to select any bid, all with the aim of ensuring the "maximum benefits" to the tender publisher. Additionally, a bidder who participated in a tender is subject to the provisions of the tender and cannot later raise contentions retrospectively. Theoretically, under this principle, if a tender publisher sets in advance that it will be entitled to exercise its discretion whether to accept "any bid" and may cancel the tender, the tender publisher fulfilled its duty and the bidder cannot contend against a decision to cancel the tender.

However, one of the overriding principles of a tender is the principle of equality. Although the tender fulfills other purposes as well, such as, *inter alia*, maximizing the business interest and the right of the tender publisher to receive an excellent offer by increasing competition between the bidders, these principles may conflict from time to time. In a conflict between the business interest and the principle of equality, the principle of equality prevails due to its great contribution to the public's trust in the tender process and by serving the principal in the long-run. This is because allowing the cancellation of a tender in a progress stage, even for legitimate commercial reasons, may open the door to corruption or prohibited preference. Thus, for example, a tender publisher may decide to cancel the tender after learning about the identity of the bidders, whether out of a desire to choose a party that did not participate in the tender at all or to prevent a contractual relations with a particular bidder who actually submitted a bid. This option severely impairs the bidders' reliance and certainty on tender procedures and may also prevent bids being submitted by potential participants.

Another difficulty arises when the tender holder decides to cancel the tender after the bids were revealed and their content exposed, but shortly thereafter decides to publish a new tender or another competitive procedure, in exactly the same matter. Thus, even if the motives for canceling the tender were for seemingly legitimate reasons, such as the lack of economic logic in the tender result, at this point there is growing concern of harm to the principle of confidentiality and fair competition, as the commercial information is already in the open, visible and known – thus jeopardizing the principal of by enabling bidders to make improvements to their bids.

Thus, for example, in October 2020, the Administrative Court of Be'er Sheva overturned a decision of the Israel Electric Corporation (IEC) Tenders Committee that decided to enter into a new competitive bidding process (by request for proposals) even though two bids remained eligible in the tender and one was even selected as the winner. In that case, the IEC tried to take advantage of the procedure in order to improve the financial bids received and the Court did not see this kindly.

Therefore, it is advisable not to accept Tenders Committee's decisions as a done deal as they are subject to scrutiny by the Court which does not hesitate to interfere in cases of unreasonableness, for so long as the petition is made on time. It is important to seek the help of a lawyer with experience in the field of tenders throughout all the stages of the tender in order to ensure that decisions made throughout the tender process are made pursuant to the law.

Yair Aloni is a partner at Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com), emphasizing on commercial and civil law, including real estate, litigation, tenders and administrative law. He is certified in Israel for the execution of lasting powers of attorney. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com