

הזול יוצא יקר, כלל אצבע לחיים – ובמכרזים? / יאיר אלוני, עו"ד*

כולנו מכירים את כלל האצבע הידוע, שלעיתים רבות נכון לכלל תחומי החיים, המלמד כי הזול יוצא יקר. האם הכלל הזה תקף גם למכרזים? האם רשות ציבורית יכולה להרשות לעצמה שלא לבחור את ההצעה הזולה ביותר ובאיזה מקרים ניתן לשלול זכייה ממזעיק רק משום שהגיש הצעה כספית שהיא פשוט "טובה מדי"?

מכרז הוא הליך תחרותי אשר נועד, לרוב, להשיג שירות, מוצר או עבודה במחיר הנמוך ככל הניתן בהתאם לצרכי הרשות הציבורית. המטרה העסקית הברורה היא חיסכון ועשיית שימוש מושכל בתקציב הממומן מכספי משלמי המיסים. יצוין, כי האינטרס העסקי אינו התכלית העיקרית בעולם המכרזים ולצד אינטרס זה קיימים אינטרסים נוספים כגון: האינטרס הציבורי והצורך בהליך תחרותי שוויוני ללא משוא פנים ועוד. החוק אמנם מנחה את ועדת המכרזים לבחור את ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, אך הוא מאפשר לוועדה להפעיל שיקול דעת ולהחליט מטעמים מנומקים לסטות מכלל זה ובלבד שהעניקה למציע הזדמנות לטעון טיעונו טרם קבלת ההחלטה.

מבחינה עסקית, ברור כי קבלת שירות, מוצר או עבודה במחיר נמוך עשויה להטיב בטווח הקצר עם הקופה הציבורית ועתידה להטיב עם כלל הציבור. עם זאת, השיקול הנוסף, שעל הרשות לקחת בחשבון הוא להבטיח שהמציע יוכל לספק את השירות המבוקש גם בטווח הארוך ושההתקשרות תביא, בסופו של דבר, לתוצאה המיטבית ביותר לרשות. הטעם לכך ברור: קבלת הצעה נמוכה בכל מחיר, שבאה על חשבון הטיב או האיכות, עלולה דווקא לפגוע באינטרס הציבורי בטווח הרחוק. כך, למשל, התקשרות פזיזה עם קבלן חסר ניסיון או איתנות פיננסית, המגיש הצעה זולה או גרעונית במיוחד עלולה לגרור את הרשות הציבורית לנוקים והוצאות בלתי צפויות רבות, בין בשל היעדר יכולת כלכלית של הקבלן להמשיך את הפרויקט, בין בשל הצורך בתיקון עבודות לקויות או ביצוע עבודות מחדש בסטנדרט הנדרש ובין בשל עיכובים רבים שעלולים להיגרם כתוצאה מאיחור בהשלמת הפרויקט לרבות בשל הצורך בחילופי קבלנים ואף בפרסום מכרז חדש.

כך, למשל, משרדנו המתמחה בתחום הימאות הגיש בשם לקוח עתירה כנגד בחירת זוכה במכרז לתדלוק ימי בנמל אשדוד, הואיל והצעתו הייתה נמוכה באופן לא ריאלי. בהמלצת בית המשפט נמחקה העתירה¹, אולם בתוך פחות משנה כמעט כל מה שנרשם בעתירה כתוצאה המסתברת של ההצעה הגרעונית התממש ונמל אשדוד נאלץ לצאת במכרז חדש (בו זכה לקוח משרדנו) ולפתוח בהליכים נגד הזוכה הראשון בגין נזקי עתק שנגרמו לנמל.

אך לא כל הצעה גרעונית נדרשת לפסילה. כך, במקרה שנדון בספטמבר, 2022², סירב בית המשפט המינהלי בתל אביב להתערב בהחלטת ועדת המכרזים לפסול הצעה של תאגיד סיני שהגיש הצעה במכרז לעבודות תכנון והקמה של "הקו הירוק" ו"הקו הסגול" של הרכבת הקלה בשל החשש כי מדובר בהצעה גרעונית שעלולה בסופו של דבר לפגוע בלוח הזמנים ובתקציב הפרויקט, ואף לגרום לעצירת הפרויקט. באותו מקרה הועדה בחנה באריכות את ההצעה בדיונים רבים ולאחר חוות דעת ולכן החלטתה נמצאה סבירה. באופן דומה, במקרה ממאי, 2006³, ועדת המכרזים התרשמה בהצעה כי מדובר במציע רציני שביכולתו לעמוד בהתחייבויותיו ובית המשפט העליון קבע, כי העובדה שאין בצד ההצעה רווח כספי מידי למציע, כשלעצמה, אינה מהווה עילה לפסילת ההצעה וייתכנו מקרים אשר בהם יגיש משתתף הצעת הפסד או הצעה גרעונית שיש בה מבחינתו היגיון כלכלי משיקולים שונים (כגון: ספיגת הפסד לטווח קצר לצורך חדירה לשוק, ביסוס מעמד, צבירת מוניטין או רצון להרחיב תחומי עיסוק).

החלטותיה של ועדת מכרזים, ככל גוף מינהלי, כפופה לכללי המשפט המינהלי כגון: קבלת החלטות בסבירות, מידתיות ועל סמך העובדות שהונחו בפניה. מאחר שקיימת חשיבות להליכים המתנהלים מול ועדת המכרזים אשר עשויים להיות חשובים לביקורת בית המשפט, בין במקרה של זכייה ובוודאי במקרה של הפסד, מוצע שלא לחסוך בקבלת ייעוץ מקצועי של עורך דין בעל ניסיון העוסק בתחום המכרזים החל מהשלבים המוקדמים ובוודאי עם התעוררות הצורך בהצגת טיעונו מול ועדת המכרזים, מאחר שכבר ידוע כי הזול עלול לצאת ביוקר.

* 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 להחתמה 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.

¹ עתמ (בי"ש) 3339-12-17 אילנד פטרוליום לימיטד נ' חברת נמל אשדוד בע"מ (14.02.2018) - <https://he.afiklaw.com/caselaw/14217>

² עת"מ (תי"א) 30356-04-22 אורבניקס אלארטי בע"מ נ' נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ (07.09.2022) - <https://he.afiklaw.com/caselaw/14219>

³ עת"מ 2690/06 מ.ת.א.ר. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ' עריית אשדוד (02.05.2006) - <https://he.afiklaw.com/caselaw/14218>

The cheap may be more expensive, also in tenders / Yair Aloni, Adv.*

We all know that the cheap may turn out to be expensive. Does this rule also apply to tenders? Can a public authority afford not to choose the cheapest offer and in what cases can a bidder be denied a win just because it submitted a financial offer that is simply "too good"?

A tender is a competitive procedure usually intended to obtain a service, product or work at the lowest possible price as per the needs of the public authority. The obvious business goal is saving and making a wise use of the budget financed by taxpayers' money. It should be noted that the business interest is not the main purpose in the world of tenders and alongside this interest there are other interests such as: the public interest and the need for an equitable competitive process without bias and more. The law directs the tender committee to choose the lowest or the highest offer, as the case may be, but it allows the committee to exercise discretion and decide for reasoned reasons to deviate from this rule, provided that it gave the bidder an opportunity to present its arguments before taking the decision.

From a business point of view, it is clear that receiving a service, product or work at a low price may benefit the public in the short term and will benefit the public in the future. However, the authority must take into account the need to ensure that the bidder can provide the requested service even in the long term and that the contract will ultimately lead to the best result for the authority. The reason for this is clear: accepting a low offer at any price, which comes at the expense of quality, may actually harm the public interest in the long term. Thus, for example, a reckless engagement with a contractor lacking experience or financial strength, who submits a particularly cheap offer, may drag the public authority into many unexpected damages and expenses, either due to the contractor's lack of financial ability to pursue the project, or due to the need to repair defective works or reperform the work to the required standard and due to many delays that may be caused, including due to the need to change contractors and even publish a new tender.

Thus, for example, our office specializing in the maritime field and filed a petition on behalf of a client against the selection of a tender winner for marine bunkering services at the Ashdod Port, because the winning offer was unrealistically low. On the recommendation of the Court, the petition was withdrawn, however, within less than a year, almost everything prophesied in the petition as the probable result of the low proposal materialized and the Ashdod Port was forced to launch a new tender (which was won by our client) and open proceedings against the first winner for the huge damage caused to the port.

But not any low proposal is required to be disqualified. In a case discussed in September, 2022, the Administrative Court in Tel Aviv refused to intervene in the Tender Committee's decision to reject a bid by a Chinese corporation that submitted a bid in a tender for the design and construction of the "Green Line" and the "Purple Line" of the light rail due to the apprehension that it is a low proposal that may end up in damage the schedule and budget of the project, and even cause the project to halt. In that case, the committee examined the proposal at length in many discussions and after receiving advice and therefore its decision was found reasonable. Similarly, in a case of May, 2006, the tender committee was impressed by the proposal that it was a serious bidder who was able to meet its obligations and the Supreme Court found that the fact that there is no immediate financial gain for the bidder in the bid, by itself, is not a reason for disqualifying the bid and there may be cases where a participant submits a losing or deficit bid that, for it, makes economic sense (such as: absorbing a short-term loss for the purpose of penetrating the market, establishing status, accumulating reputation or a desire to expand areas of occupation).

The decisions of a tender committee, like any administrative body, are subject to rules of administrative law such as: reasonability, proportionally and based on the facts presented to it. Because there is an importance to the procedures conducted before the tender committee which may be exposed to Court review, both in the case of a win and certainly in the case of a loss, it is recommended not to skip the receipt of a professional advice from an experienced lawyer dealing in the field of tenders commencing from the early stages and certainly when the need arises to present the arguments before the committee as it is already known that the cheap may turn out to be expensive.

*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. 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