

## זכייה במכרז או הימור בקזינו? / עו"ד שלי וילנר\*

מכרז הוא הצעה לציבור לחתום על חוזה עם מנפיק המכרז, כאשר מי שעומד בקריטריונים שנקבעו ומציע את ההצעה המתאימה ביותר, זוכה במכרז ומתקשר בהסכם. אולם, מה אם זכיה במכרז משמעותה עשויה דווקא לגרום נזק לזוכה בהתקיים נסיבות מסוימות? מצב זה דומה יותר למשחק בקזינו, מאשר התמודדות במכרז.

דיני המכרזים כפופים לעקרונות המשפט המנהלי כגון מידתיות, זכות הטיעון וזכות השימוע. בנוסף, ולמרות הדעה הרווחת לעתים אצל גורמי מדינה (ללא קשר לנטייתם הדתית), לפיה הם יכולים לתפקד גם כאלוהים, כפופים גם גורמי המדינה לחובות מכוח דיני החוזים, שכן מכרז הוא בבחינת חוזה. בתוך כך, המדינה כפופה גם לחובת ההשבה הקבועה בסעיף 21 לחוק החוזים<sup>1</sup>, לרבות במקרה בו החוזה תלוי בתנאי שלא התקיים<sup>2</sup>. בשל אי השוויון האינהרנטי בין המדינה לבין הפרט, כמו גם בשל כוחה המונופוליסטי של הרשות בתחום דיני המכרזים, חלה על הרשות גם חובת תום לב מוגברת<sup>3</sup> והיא נדרשת לעמוד הן בעקרונות המשפט המנהלי והן בדיני החוזים<sup>4</sup>.

כך, למשל, בעתירה שהוגשה באוגוסט 2023<sup>5</sup>, והגיע אף לפתחו של בית המשפט העליון<sup>6</sup>, מציע במכרז לניהול ופיתוח מחצבה דרש לבטל תנאי במכרז לניהול מחצבה, אשר בו נרשם, כי הזוכה יידרש לשלם דמי הרשאה של מיליוני שקלים לרשות מקרקעי ישראל, אך ככל שלא תאושר תוכנית הרחבה למחצבה, לא יהיה זכאי להשבה של תשלום זה, אפילו אם התוכנית לא תאושר מסיבה שאינה תלויה בזוכה עצמו. משמעות סעיף זה במכרז היא בפועל שהמציע במכרז הופך בעל כורחו למהמר. באותו מקרה, כאמור, המציע הבין זאת ופנה לבית המשפט כדי לדרוש לתקן את המכרז, אולם במקרים אחרים נגשים גורמים למכרזים מבלי להבין את המשמעות האמיתית של הזכיה במכרז. למשל, במקרה שטופל על ידי משרדנו ונדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב באוקטובר 2009<sup>7</sup>, דובר במכרז להפעלת שירותי הסעדה בספארי ברמת גן והנושא עלה גם לבית המשפט העליון<sup>8</sup>. רק לאחר מכן גילה הזוכה (שזכה גם בתיק המשפטי) שכלל אינו יכול לספק את השירותים בהתאם לדרישות המכרז ונאלץ לאתר מי שייכנס לנעליו.

לאור האמור, חשוב ביותר לקרוא את מסמכי המכרז (לרבות תנאי הסכם ההתקשרות המהווה חלק הימנו) באופן דקדקני תוך היוועצות בהן בעורך דין בעל ניסיון בתחום המכרזים והן בעורך דין בעל ניסיון בתחום בו עוסק החוזה, המהווה חלק מהמכרז. בעוד שמכרזים רבים נראים פשוטים על פניהם וההשתתפות בהם כרוכה רק במילוי טפסים, הגשת הצעה במכרז ללא בחינה מדוקדקת של תנאיו שקולה למשחק מזל בקזינו.

\* עו"ד שלי וילנר הינה עורכת דין המוסמכת בישראל, חלק מצוות משרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) המתמקדת בדיני חברות, ליטיגציה מסחרית ודיני מקרקעין. עו"ד וילנר בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. עו"ד וילנר מוסמכת 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](mailto:afiklaw@afiklaw.com)

<sup>1</sup> סי' 21 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; רע"א 1816-13 א.מ.ד.הי בניה ותעשייה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, בית המשפט העליון, כב' המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין - <https://he.afiklaw.com/caselaw/16176>

<sup>2</sup> סעיף 29 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973

<sup>3</sup> בג"ץ 135-75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה (25.12.1975), בית המשפט העליון, כב' הנשיא יואל זוסמן, כב' השופט צבי ברנרן וכב' השופט מני מזוז - <https://he.afiklaw.com/caselaw/16170>

<sup>4</sup> בג"ץ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה (09.08.1982), בית המשפט העליון, כב' הנשיא אהרון ברק, כב' השופט גבריאל בך, כב' השופט יהודה כהן - <https://he.afiklaw.com/caselaw/16171>

<sup>5</sup> עתי"מ (מרכז) 1983-08-23 הנסון מוצרי מחצבה (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל (24.09.2023), בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, כב' השופטת יעל טויסטר ישראלי - <https://he.afiklaw.com/caselaw/16173>

<sup>6</sup> בר"מ 7392-23 הנסון מוצרי מחצבה (ישראל) בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (23.10.2023), בית המשפט העליון, כב' השופט נועם סולברג - <https://he.afiklaw.com/caselaw/16174>

<sup>7</sup> הפ (תי"א) 1625/09 זר מעדנים ואירועים בע"מ נ' המרכז הזאולוגי ת"א - ר"ג בע"מ (21.10.2009), בית המשפט המחוזי בתל אביב, כב' השופט יהודה זפט - <https://he.afiklaw.com/caselaw/3455>

<sup>8</sup> עא 9220/09 מורג הצפון בע"מ נ' זר מעדנים ואירועים בע"מ (29.11.2009), בית המשפט העליון, כב' הנשיא עוזי פוגלמן - <https://he.afiklaw.com/caselaw/3454>

## **Winning in a Tender or Gambling in the Casino /Shelly Wilner, Adv.:**

A tender is an offer to the public to enter into a contract with the tender holder, when the person who meets the established criteria and offers the most suitable offer, wins the tender and contracts. However, what if winning the tender means that it may actually cause damage to the winner under certain circumstances? This situation is more like gambling in a casino, than competing in a tender.

Tender laws are subject to the principles of administrative law such as proportionality, the right of standing and the right of a hearing. In addition, and despite the opinion sometimes prevalent among State officials (regardless of their religious orientation), according to which they can also take the position of God, State officials are also subject to obligations under contract law, because a tender is considered a contract. Meanwhile, the State is also subject to the duty of restitution stipulated in Section 21 of the Israeli Contracts Law, including in the case where the contract depends on a condition precedent that is not met. Due to the inherent inequality between the State and the individual, as well as the authority's monopolistic power in tender, the authority also has an increased duty of good faith and is required to comply with the principles of administrative law as well as contract law.

Thus, for example, in a petition submitted in August, 2023, which even reached the Supreme Court, a bidder in the tender for the management and development of a land quarry demanded to revoke a precondition in the tender, which stated that the winner would be required to pay millions of shekels in Land Authority permit fee, but if the quarry expansion plan is not approved, it will not be entitled to a refund of this payment, even if the reason is beyond the winner's control. The meaning of this tender clause is in fact that the bidder involuntarily turns into a gambler. In that case, the bidder understood this and moved the Court to demand that the tender be amended, but sometimes bidders bid without understanding the true meaning of winning the tender. For example, a case handled by our office and discussed in the District Court of Tel Aviv in October, 2009, dealt with a tender for the operation of the catering services at the Ramat Gan Safari and the case was even appealed to the Supreme Court. Only thereafter did the winner (who also won the legal case) discovered that it could not provide the services under the tender and had to find someone who would step into its shoes.

In light of the above, it is extremely important to read the tender documents (including the terms of the contract which are part thereof) carefully and consult with an attorney with experience in the field of tenders and with an attorney with experience in the field of the contract that is part of the tender. While many tenders seem prima facie simple participation in such seem to only involve filling out forms, submitting an offer in a tender without carefully examining its terms is tantamount to gambling in a casino.

---

**Shelly Wilner, Adv.** is an attorney in the office of Afik & Co. ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)). 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. She 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](mailto:afiklaw@afiklaw.com)