



אפיק ושות'. עורכי דין ונוטריון
AFIK & CO. ATTORNEYS AND NOTARY

גיליון 250: 14 פברואר, 2018
Issue 250: February 14, 2018



הגיליון המקצועי הדו שבועי של אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון
The Bi-Weekly Professional Magazine of Afik & Co, Attorneys and Notary

החשמונאים 103, ת.ד. 20144 תל אביב-יפו 6120101, טלפון 03-609.3.609, פקס 03-609.5.609
103 Ha'hashmonaim St., POB 20144, Tel Aviv 6120101, Israel, Telephone: +972-3-609.3.609

תוכן עניינים

אפיק ושות' מציינת את יום פטירתה של מלכת הזמר העברי, שושנה דמארי (31 מרץ, 1923 - 14 פברואר, 2006), זמרת ושחקנית ישראלית וכלת פרס ישראל לשנת 1988.

Afik & Co. marks the date of demise of the Queen of Hebrew Music, Shoshana Damari (March 31, 1923 – February 14, 2006), Israeli singer and actor and the Israel prize laureate of 1988.

1. מאמר: שינוי תנאים לאחר חתימת הסכם עם הזוכה במכרז / עו"ד דורון אפיק, עו"ד עמרי ברקן Change of Terms after Execution of Agreement with Tender Winner / Doron Afik, Esq., Omri Barkan, Adv.

מאמר בנושא זכותו של מתמודד שהפסיד במכרז "לעקוב" אחר אופן ביצוע החוזה על ידי הזוכה, מאת עו"ד דורון אפיק ועו"ד עמרי ברקן. את המאמר בשפה העברית ניתן למצוא בקישור: <http://he.afiklaw.com/articles/a250>

An article on the right of a candidate who lost the tender to "track" the manner in which the contract is executed by the winner, by Doron Afik, Esq., and Omri Barkan, Adv. The article in English may be found at the link: <http://www.afiklaw.com/articles/a250>

2. "Corporate Insider": פרס מצוינות במיזוגים ורכישות לשנת 2017 למשרד אפיק ושות' "Corporate Insider": Excellence in M&A Law of 2017 for Afik & Co.

3. עדכוני תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך Corporate, Antitrust and Securities Law Update

א. לשם הסרת קיפוח בעל מניות קיימת לבית המשפט עצמאות מלאה בבחירת הסעד המתאים עליו: בית המשפט אינו מוגבל בבחירת הסעד המתאים לצורך הסרת קיפוח בעל מניות בחברה, ואין הוא חייב לקבל את הסעד המבוקש על ידי בעל המניות שקופח. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/6140>

In order to remove discrimination against a shareholder, the Court has full independence in choosing the appropriate remedy. For more reading: <http://www.afiklaw.com/updates/6141/>

ב. בקשת פירוק שמטרתה הפעלת לחץ היא חסרת תום לב ותידחה גם אם לפי דין החברה חדלת פירעון מחוזי נצרת: כל הליך משפטי צריך לבצע בתום לב; כשמטרת בקשה פירוק היא רק הפעלת לחץ פסול היא תידחה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/6142>

A motion for liquidation filed in order to apply pressure is in bad faith and will be rejected even if technically the company is insolvent. For more reading: <http://www.afiklaw.com/updates/6143/>

4. עדכוני משפט מסחרי, קנין רוחני ודיני עבודה Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates

א. טרם פיטורין מעסיק מחויב לנסות למצוא תפקיד חלופי לעובד שאינו יכול לבצע את תפקידו הארצי: מכוח חובת תום הלב ביחסי עבודה מעסיק מחויב טרם פיטורים לנסות למצוא תפקיד חלופי לעובד. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/6150>

Prior to dismissal an employer need seek an alternative position for an employee who can no longer

fulfill current position. For more reading: <http://www.afiklaw.com/updates/6151/>

ב. כדי לחייב בעלי חברה באופן אישי יש להוכיח כי ניהול החברה נעשה כדי להונות נושים

עבודה ת"א: משלא הוכח כי ניהול חברה נעשה תוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה או כי כל מטרת התנהלותה הונאת נושים, אין מקום להגיש תביעות באופן אישי נגד בעלי החברה. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/6144/>

To obligate shareholders one need prove that company was managed to deceive creditors. For more reading: <http://www.afiklaw.com/updates/6145/>

5. עדכוני מקרקעין

Real Estate Law Updates

מוכר מקרקעין שלא מבטל ההסכם כשאינו מקבל תשלום עשוי לאבד את זכות הביטול

מחוזי חיפה: אי נקיטת פעולות בזמן אמת למרות קיומה של הפרה יסודית להסכם, תביא לכך שהפרה היסודית תיחשב כהפרה רגילה הניתנת לתיקון; אי תיקון ההפרה למרות אזהרה מצדיקה ביטול ההסכם. לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/updates/6146/>

Seller of land that does not terminate an agreement upon failure to receive payments may lose the right to terminate. For more reading: <http://www.afiklaw.com/updates/6147/>

אפיק משפטי הוא המגזין המקצועי של משרד אפיק ושות', עורכי דין ונוטריון, המופץ אחת לשבועיים לקהל של כ-9,900 איש וכולל מידע מקצועי ומציתי בנושאים משפטיים-עסקיים המעניינים את הקהילה העסקית והינם בתחומים בהם עוסק המשרד. להסרה או הצטרפות יש לשלוח מייל לכתובת newsletter@afiklaw.com ובכותרת לכתוב "אנא הסירו/צרפו אותי לרשימת התפוצה". מגזין זה כפוף לזכויות יוצרים אך ניתן להעבירו לכל אדם ובלבד שיועבר בשלמות וללא כל שינוי. אין באמור במגזין ייעוץ משפטי ובכל נושא מומלץ לפנות למשרדנו על מנת שהעובדות תיבחנה היטב בטרם תתקבל החלטה כלשהי. למאגר פרסומים קודמים: <http://www.afiklaw.com>

Afik News is the biweekly legal and business Israel news bulletin published by Afik & Co. (www.afiklaw.com). Afik News is distributed every second week to an audience of approximately 9,900 subscribers and includes concise professional data on legal and business Israeli related issues of interest to the business community in areas in which the Afik & Co. firm deals.

For removal (or joining) the mailing list please send an email to newsletter@afiklaw.com with the title "Please remove from mailing list" or "Please add me to the mailing list."

The Afik News bulletin is copyrighted but may be freely transferred provided it is sent as a whole and without any changes. Nothing contained in the Afik News may be treated as a legal advice. Please contact Afik & Co. for a specific advice with any legal issue you may have.

For previous Afik News publication see <http://www.afiklaw.com>.

1. מאמר: שינוי תנאים לאחר חתימת הסכם עם הזוכה במכרז / עו"ד דורון אפיק, עו"ד עמרי ברקן
Change of Terms after Execution of Agreement with Tender Winner / Doron Afik, Esq., Omri Barkan, Adv.

מאמר בנושא זכותו של מתמודד שהפסיד במכרז "לעקוב" אחר אופן ביצוע החוזה על ידי הזוכה. המאמר מאת עו"ד דורון אפיק - השותף המנהל של משרד אפיק ושות' במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com), שהינו חלק מרשת Euro American Lawyers Group (www.ealg.com), ומתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, ומימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחום במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים, ומאת עו"ד עמרי ברקן שהינו עורך דין במשרד אפיק ושות', העוסק בין היתר במשפט המסחרי, דיני חברות והגירה. [לקריאה נוספת: <http://he.afiklaw.com/articles/a250>]

An article on the right of a candidate who lost the tender to "track" the manner in which the contract is executed by the winner. The article is by Doron Afik, Esq. – a managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com) which is the Israeli office of Euro-American Lawyers Group (www.ealg.com), whose main practice areas are international transactions, including mergers and acquisitions, financing and maritime law, and served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program, and by Omri Barkan, Adv., an attorney at the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary (www.afiklaw.com) whose main practice areas are commercial law, corporate law and immigration. [read more at: <http://www.afiklaw.com/articles/a250>]

2. "Corporate Insider": פרס מצוינות במיזוגים ורכישות לשנת 2017 למשרד אפיק ושות'
"Corporate Insider": Excellence in M&A Law of 2017 for Afik & Co.

מגזין "Corporate Insider" בחר במשרד אפיק ושות' בפרס מצוינות בתחום עסקאות מיזוג ורכישה לשנת 2017. את פרסום דבר הזכייה ניתן למצוא בקישור הבא: <http://www.afiklaw.com/press/p250>

"Corporate Insider" magazine chose Afik & Co. to receive an excellence award in the field of M&A transactions for 2017. Publication of the award can be found at the following link: <http://www.afiklaw.com/press/p250/>

3. עדכוני תאגידים, הגבלים עסקיים וניירות ערך
Corporate, Antitrust and Securities Law Updates

א. לשם הסרת קיפוח בעל מניות קיימת לבית המשפט עצמאות מלאה בבחירת הסעד המתאים
In order to remove discrimination against a shareholder, the Court has full independence in choosing the appropriate remedy

[ע"א 3662/17 יהושע כהן נ' פסגות זיו השקעות ופיתוח, בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, 01.02.2018, כבוד השופטים יורם דנציגר, מני מזוז וגורג' קרא]

בחברה משפחתית שהוקמה על ידי שני אחים פרץ סכסוך בין אחד האחים לבין יורשיו של האח השני שנפטר, כאשר לטענת היורשים – זכויותיהם כבעלי מניות קופחו לאחר שמודרו מניהול החברה ומפעולות ועסקאות הנעשות בחברה. היורשים טענו כי מנגנון התמחרות בין הצדדים, שקבע בית המשפט מקפח אותם מכיוון שאין בידיהם את מלוא המידע על החברה וכך נוצר יתרון בלתי הוגן לבעל המניות השני.

בית המשפט העליון קבע, כי משמדובר בסעד להסרת קיפוח בעל מניות בחברה, עומדות בפני בית המשפט בדרך כלל שלוש דרכים לפעול: פירוק החברה - סעד קיצוני אשר מתאים, ככלל, למצב שבו חברה הגיעה למצב של "מבוי סתום" עקב אובדן אמון בין בעלי מניותיה ויש להימנע ממנו אם יש סעד חלופי; רכישה כפויה – חיוב אחד הצדדים לרכוש את מניות הצד השני בהתאם לשוויון, בהתבסס על הערכת שווי אובייקטיבית, כשזה הסעד המתאים בדרך כלל; או התמחרות בין הצדדים, כשאחד הצדדים רוכש את הצד השני בהתאם למנגנון שיקבע בית המשפט. שיטת ההתמחרות עשויה להיות לא הוגנת כאשר לאחד הצדדים יתרון כלכלי על הצד השני. במקרה זה סעד פירוק הוא סעד קיצוני, אין לאחד הצדדים יתרון כלכלי על השני ובמסגרת ההליך המשפטי נמסר מידע רב ובוצעה חוות דעת של רואה חשבון ולכן בית המשפט שלל את הטענה של פערי מידע ודחה את הערעור.

In a family company founded by two brothers, a dispute broke out between one of the brothers and the heirs of the other. The heirs contended that their rights as shareholders were oppressed by being excluded from company management and operations and transactions.

The heirs contended that the auction mechanism between the parties determined by the Court deprives them because they do not have all the information about the company and thus created an unfair advantage to the other shareholder.

The Supreme Court held that when it comes to the removal of oppression against a shareholder in a company, the Court generally has three paths to take: the dissolution of the company – an extreme relief that is generally appropriate to a situation in which a company reached a dead end due to loss of trust among its shareholders and should be avoided if there is an alternative relief; Forced acquisition - the obligation of one of the shareholders to acquire the other's holdings according to their value, based on an objective valuation, and this is usually the appropriate remedy; Or auction between the shareholders, when one of the shareholders acquires the other under a mechanism set by the Court. The method of auction may be unfair when one party has an economic advantage over the other. In this case, dissolution is an extreme relief, neither party has an economic advantage over the other, and in the course of the legal process, a great deal of information has been disclosed and an accounting opinion was submitted, and therefore the Court rejected the claim of information gaps and rejected the appeal.

ב. בקשת פירוק שמטרתה הפעלת לחץ היא חסרת תום לב ותידחה גם אם לפי דין החברה חדלת פירעון
A motion for liquidation filed in order to apply pressure is in bad faith and will be rejected even if technically the company is insolvent

[פרק (נצ') 6756-09-17 ג'ברי יבוא והפצת מזון (1998) בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, בית המשפט המחוזי בנצרת, 02.01.2018, כבוד השופטת ערפאת טאהא]

בין ספק קמח וחברה ליצור מזון התעורר סכסוך בשיעור 18 מליון ש"ח שהסתיים בהסכם פשרה. כשלא שולם הסכום שהוסכם שלח הספק מכתב דרישה ולאחריו הגיש בקשה לפירוק החברה. בית המשפט קבע, כי מדובר בחוב של 15 מליון ש"ח שלא שולם במועד ולכן על פי לשון החוק החברה חדלת פירעון. עם זאת, במקרים בהם בקשת פירוק מוגשת בחוסר תום לב ובמטרה להשיג מטרות זרות, בית המשפט ידחה את הבקשה, בפרט אם היא אמצעי להפעלת לחץ טקטי פסול להשגת מטרה אחרת. בית המשפט בוחן גם את הנזקים שייגרמו לצדדים שלישיים מהפירוק והאם כלל תיווצר תועלת למבקש הפירוק כתוצאה מההליך. כאן כל מטרת בקשת הפירוק היא לעקוף את הסכם הגישור שהושג ולהפעיל לחץ בלתי הגון כדי לגרום למימוש נכסים שבהסכם הגישור סוכם שלא ימומשו ולכן בקשת הפירוק נדחתה.

An ILS 18 million dispute between a flour supplier and a food-producing company was settled by a mediation agreement. When the agreed amount was not paid, the supplier sent a demand letter and then filed a request to liquidate the company.

The Court held that there is an unsettled debt of ILS 15 and therefore, under the language of the law, the company is insolvent. However, in cases where a liquidation motion is submitted in bad faith and for the purpose of achieving foreign objectives, the Court will reject the motion, especially if it is a means of applying improper tactical pressure to achieve another goal. The Court also examines the damages that will be caused to third parties from the liquidation and whether any benefit will be made to the applicant for liquidation as a result of the process. Here the whole purpose of the liquidation motion is to circumvent the mediation agreement that was reached and apply unfair pressure to bring about the realization of assets that the mediation agreement set that such will not be realized and therefore the motion for liquidation was rejected.

Commercial, Intellectual Property and Labor Law Updates**א. טרם פיטורין מעסיק מחויב לנסות למצוא תפקיד חלופי לעובד שאינו יכול לבצע את תפקידו
Prior to dismissal an employer need seek an alternative position for an employee who can no longer fulfill current position**

[עע (ארצי) 67949-09-16 שמואל וגמן נ' ו. גליל הנדסה בע"מ, בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, 17.01.2018, כב' השופטים אילן איטח, סיגל דוידוב-מוטולה, חני אופק גנדלר, נציגת ציבור (עובדים) גברת יעל רון, נציג ציבור (מעסיקים) מר דן חן]

מעסיק ערך שיחה עם עובד ותיק בחברה, במהלכה הסביר כי ברצונו להעביר את העובד מתפקידו הניהולי וזאת בשל שיקולים ענייניים. סוכם, כי הממונה יחשוב על אופציות עתידיות להמשך העסקתו של העובד בחברה וכי תהיה פגישת המשך תוך מספר ימים. כמו כן, הבהיר הממונה כי במידה ולא תמצא אלטרנטיבה ראויה, יתכן ודרכיהם של הצדדים ייפרדו. בחלוף מספר ימים התקיימה פגישה נוספת בה הודיע הממונה לעובד כי מאחר ולא נמצאו חלופות להעסקתו, הוחלט לסיים את עבודתו בחברה.

בית הדין הארצי לעבודה קבע כי החברה הייתה מחויבת מכוח חובת תום הלב המוגברת ביחסי עבודה לקיים תהליך כן ואמיתי של חיפוש תפקיד חלופי לעובד. אמנם ייתכן כי בתום התהליך יכול להתחוויר כי אין מנוס מפיטורי העובד, אך הדרך למסקנה בעניין זה ראוי שתכלול בחינה רצינית של אפשרות קיומן של חלופות תעסוקתיות רלבנטיות בחברה. הערעור התקבל כך שהחברה נדרשה לשלם פיצוי בגין פיטורים שלא כדין בסך 100,000 ₪.

An employer held a conversation with a veteran employee, during which it was explained that the employer wishes to remove the employee from his managerial position due to relevant considerations. It was agreed that the supervisor would consider future optional positions for the and that there would be a follow-up meeting within a few days. In addition, the supervisor clarified that if there is no suitable alternative, the parties may depart. A few days later another meeting took place in which the supervisor informed the employee that because no alternatives were found for his employment, it was decided to terminate his employment.

The National Labor Court held that the company was committed by virtue of the duty of good faith in the labor relations to maintain a genuine and honest process of seeking an alternative position for the employee. Although it is possible that at the end of the process it may become clear that there is no alternative but to dismiss the employee, in order to reach such conclusion, one should make a serious examination of the possibility of relevant employment alternatives within company. The appeal was accepted so that the company was ordered to pay compensation in respect of the unlawful dismissal in the amount of ILS 100,000.

ב. כדי לחייב בעלי חברה באופן אישי יש להוכיח כי ניהול החברה נעשה כדי להונות נושים**To obligate shareholders one need prove that company was managed to deceit creditors**

[סעש (ת"א) 46323-09-14 שירן מלמדובסקי נ' קריגר נדל"ן טי.אל.וי. בע"מ, בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, 13.01.2018, כב' השופטת יפית זלמנוביץ גיסין, נציג ציבור (עובדים) מר יעקב גרינברג, נציגת ציבור (מעסיקים) גב' חגית מנדלביץ]

עובדת הגישה תביעה נגד מעסיקתה וכן תביעה אישית נגד בעליה בטענה כי אלה נוהגים לפתוח חברות ולערב בין נכסיהם הפרטיים לנכסי החברות תוך הסתתרות תחת המבנה הארגוני-המשפטי שיצרו ושימוש בו במטרה לקפח את העובדת כנושה של המעסיקה.

בית הדין לעבודה קבע, כי אין עילה מוצדקת להרמת מסך ההתאגדות. העובדת הועסקה ברציפות רק אצל מעסיקתה ולא הועברה מיד ליד וממעסיקה למעסיקה. ההתנהלות העסקית הנכונה, ואף המקובלת, לגישת בעלי המעסיקה, הינה הקמת תאגיד נפרד בגין כל פרויקט נדל"ן בו הם מעורבים. משלא הוכח כי ניהולה של המעסיקה נעשה תוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה או כי כל התנהלותה מטרתה הונאת נושים, לא היה מקום להגיש תביעות באופן אישי.

An employee filed a claim against the employer as well as personal claim against its shareholders alleging that they tend to open companies and mix their private assets with

company assets while hiding under the organizational-legal structure they created and using it to deprive the employee as a creditor of the employer.

The Labor Court held that there is no justified cause for piercing the corporate veil. The employee was employed continuously only by the employer, so that it was not transferred as from hand to hand and from employer to employer. The correct, and even accepted, business behavior of the employer is the establishment of a separate corporate vehicle for each real estate project in which it was involved. Because it was not proven that the management of employer was done while taking unreasonable risk of its ability to repay its debts or that all its conduct was aimed at creditors' fraud, there was no place to file a personal claim.

5. עדכוני מקרקעין

Real Estate Updates

מוכר מקרקעין שלא מבטל ההסכם כשאינו מקבל תשלום עשוי לאבד את זכות הביטול Seller of land that does not terminate an agreement upon failure to receive payments may lose the right to terminate

[תא (ח'') 24869-06-15 אברהם כהן נ' רון מנדלמן, בית המשפט המחוזי בחיפה, 15.12.2017, כבוד השופטת אספרנצה אלון]

רוכשים של קרקע הפסיקו לשלם את התמורה למוכרים, לאחר שהפקידו תשלום ראשון בלבד. כעבור מספר שנים פנו הרוכשים לבית המשפט כדי שיתן אורכה לקיום ההסכם. מנגד, המוכרים ביקשו שבית המשפט יכריז על ביטול ההסכם לאור הפרה יסודית מצד הרוכשים.

בית המשפט קבע, כי לוח התשלומים הינו תנאי יסודי של הסכם רכישת מקרקעין אך התנהגותו של צד נפגע וחוסר מעש מצידו עשויים להפוך תניה יסודית לתניה לא יסודית. כאן, המוכרים לא נקטו בפעולות כלשהן בתגובה למה שנתפס בעיניהם כהפרת ההסכם ועל כן ההפרה שהייתה יסודית הפכה להפרה שאינה יסודית, כך שהשימוש בזכות הביטול מותנה בכך שלרוכשים תינתן ארכה לקיום חיוביהם. עם זאת, מאחר ובמקרה זה הרוכשים המשיכו להפר את התחייבויותיהם ולא שילמו תמורה גם לאחר התראה שניתנה להם, בית המשפט ראה בכך כהפרה יסודית והורה על ביטול ההסכם לרכישת הקרקע.

Purchasers of land ceased paying the consideration to the sellers, after they paid only the first installment. A few years later, the purchasers turned to the Court to extend the time for performance of their obligations. The sellers, however, sought to declare the termination of the agreement in the light of a fundamental breach by the purchasers.

The Court held that the payment schedule is a fundamental element of a purchase of land agreement but the conduct of the injured party and the lack of action on its part will turn a fundamental provision to a non-fundamental provision. In this case, the sellers did not take any action in response to what they perceived as a fundamental breach of the agreement and therefore the breach that was fundamental became a non-fundamental breach, so that the use of the right of termination is contingent on the purchasers' rights to receive a prior warning. However, because in this case the purchasers continued to breach their obligations and did not pay the consideration even after a warning was given to them, the Court saw this as a fundamental breach and ordered the termination of the purchase agreement.

שינוי תנאים לאחר חתימת הסכם עם הזוכה במכרז / עו"ד דורון אפיק, עו"ד עמרי ברקן

במסגרת מכרז לתדלוק ימי דורש הנמל מהמתמודדים להציג אניית תדלוק העומדת בקריטריונים מסוימים. הזוכה במכרז ממתין עד חתימת ההסכם עמו ואז מודיע לנמל כי במקום האנייה הוא עומד לשכור שירותים של צד שלישי אשר יבצע עבורו את שירותי התדלוק, כאשר הוא יעסוק רק במכירת השירותים. האם רשאי מי שהפסיד במכרז לעקוב אחר אופן ביצוע החוזה על ידי הזוכה ולפנות לבית המשפט ככל שהזוכה אינו פועל בהתאם לתנאי המכרז?

כאשר רשות יוצאת למכרז מחויבת הרשות לפרסם את התנאים והמתמודדים במכרז אינם רשאים לחרוג מתנאים אלה, או שההצעה שהגישו תיפסל. לאחר שנבחר הזוכה חותמת הרשות על הסכם התקשרות מולו (כשנוסח ההסכם בדרך כלל מצורף למכרז כחלק מתנאיו) ובאותו רגע מסתיים המכרז ונכרת הסכם רגיל בין הרשות לבין הזוכה במכרז. בשלב זה המתמודדים האחרים במכרז יוצאים מהתמונה ונוצר כר פורה לרשות ולזוכה במכרז לתקן את ההסכם ביניהם בדרך שבפועל משנה בדיעבד את המכרז.

במקרה שנדון בבית המשפט בתל אביב, לאחר שכבר הוכרזה זוכה במכרז התגלו נסיבות חדשות שהצריכו שינויים בתנאי ההתקשרות בהסכם. חברה שלא התמודדה כלל במכרז טענה שמדובר בשינוי מהותי ואילו ידעה על אפשרות לשינוי כזה, הייתה ניגשת למכרז. בית המשפט קבע שככל שתישלל הגמישות של הרשות לשנות את תנאי ההסכם בהתאם לנסיבות חדשות שלא ניתן היה לצפות אותן מראש, יוביל הדבר לחוסר יציבות ולכאוס מוחלט באשר מכרזים יבוטלו השקם וערב.

עם זאת, במקרה שנדון על ידי אותו שופט כחצי שנה לאחר מכן, נדרשה זוכה במכרז לספק מערכת התראה מפני רעידות אדמה בתוך 4 חודשים ממועד זכייתה. הזוכה לא עמדה בדרישה זו, ולאחר מו"מ עם עורכת המכרז הוחלט על עריכת הסכם חדש בתנאים חדשים. הפעם קבע בית המשפט כי כאן לא מדובר בהתאמת תנאי ההתקשרות לנסיבות חדשות עקב שינוי שהיה כורח המציאות ולא ניתן היה לצפותו מראש, אלא המדובר בזוכה שהתברר בדיעבד כי כלל לא עמד בתנאי המכרז אך עורך המכרז החליט לעדכן בדיעבד את המסמכים כדי לתקן זאת.

מהו שינוי מהותי ומהי אי התאמה לתנאי המכרז? שאלה זו תלויה בנסיבות ומשתנה ממכרז למכרז. למשל, במקרה אחד שנידון בבית המשפט המנהלי בתל אביב התברר רק במסגרת ההליך המשפטי שאחד המתמודדים במכרז חתום היה על הסכם עם קבלן משנה שיבצע חלק מהעבודות במכרז במקומו. בית המשפט קבע שמכיוון שעובדה זו לא צוינה במסמכים אשר הוגשו במכרז או בכל צורה אחרת מדובר בהתנהלות בחוסר תום לב של המתמודד במכרז ולכן יש לפסול בדיעבד את הצעתו. בתי המשפט באופן דומה גם פסלו מתמודדים במכרז שבפועל שימשו "פרונט" למתמודד אחר שבעצמו לא יכול היה לגשת למכרז תוך שהם מבהירים כי לא ניתן לנהל מכרז כ"נשף מסכות" בו מתמודדים מסתתרים מאחורי אנשי קש.

לסיכום, לא כל מקרה של שינוי בחוזה ההתקשרות לאחר זכיה במכרז יפתח את הדלת לפנייה לבית המשפט בבקשה לפתוח את המכרז, אולם כאשר השינוי הוא כזה שבפועל משנה בדיעבד את תנאי המכרז יכול וניתן לבקש מבית המשפט להתערב.

* למען הגילוי המלא יצוין, כי בעת כתיבת מאמר זה מייצג משרדנו חברה העוסקת בתדלוק ימי באמצעות אניות תדלוק והתוקפת התנהלות של וועדת המכרזים בנסיבות הדומות לאלה המתוארות במאמר זה.

* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך ישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, ומימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחום במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר. עו"ד עמרי ברקן הינו עורך דין במשרד אפיק ושות', העוסק בין היתר במשפט המסחרי, דיני חברות והגירה. 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.

Change of Terms after Execution of Agreement with Tender Winner / Doron Afik, Esq., Omri Barkan, Adv.*

In the context of a tender for marine fueling, the port requires the bidders to present a refueling barge that meets certain criteria. The winner of the tender waits until the agreement is signed with it and then informs the port that it is about to hire third party services on time charter terms to carry out the refueling services, while dealing only with the sale of the services. Is it possible for a person who lost the tender to follow the manner of consummation of the tender contract and approach the Court if the winner does not act in accordance with the terms stipulated in the tender?

When an authority enters into tender proceedings, it is required to publish the terms, and the bidders in the tender are not permitted to deviate from such, or the bid submitted will be disqualified. After the winner is chosen, the authority executes a contract with it (and the wording of the contract is usually attached to the tender as part of its terms) and at that moment the tender ends and an ordinary agreement is deemed executed between the authority and the winner. At this stage, the other bidders exit the picture and this creates fertile ground for the authority and winner to amend the agreement between them in a way that in effect retroactively changes the tender terms.

In a case discussed in the Tel Aviv Court, after a winner was declared in the tender, new circumstances were discovered that necessitated changes in the terms of the agreement. A company that did not deal at all with the tender contended that it was a material change, and had it knows of the possibility of such a change, it would have participated in the tender. The Court held that if the authority's flexibility to change the terms of the agreement following new circumstances that could not have been expected in advance would be undermined, this would lead to instability and complete chaos, as tenders would regularly be canceled.

However, in a case discussed by the same judge about six months later, a winner of a tender was required to provide a warning system against earthquakes within 4 months of the date of winning. The winner did not comply and after negotiations with the tender's editor it was decided to make a new agreement under new conditions. This time the Court held that this is not a matter of adapting the terms of the contract to new circumstances due to a change that was inevitable and could not have been foreseen. In fact, in retrospect it was learn that the winner did not meet the conditions of the tender but the tender editor decided to update the tender documents retroactively to correct it.

What is a material change and what is non-compliance with the tender terms? This question depends on circumstances and changes from tender to tender. For example, in one case that was discussed in the Tel Aviv Administrative Court, it became clear only in the framework of the legal proceedings that one of the bidders signed an agreement with a subcontractor to perform part of the tender. The Court held that because this fact was not mentioned in the documents that were submitted in the tender or in any other manner, this is a bidder conduct in lack of good faith and therefore its bid must be rejected retroactively. Similarly, Courts also resented bidder who in fact served as a "front" for another bidder whom by itself could not have participated, making it clear that a tender could not be held as a "masquerade" in which bidders hide behind straw men.

In conclusion, not any case of a change in the contract after winning the tender will open the door to the Court to reconsider the tender, but when the change is such that in effect retroactively changes the terms of the tender the Court can be moved to intervene.

* For full disclosure, it should be noted that at the time of writing this article, our firm represents a company that deals with marine fueling by means of refueling barges and attacks the tenders committee behavior under circumstances similar to those described in this article.

Doron Afik 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). He is admitted to practice law both in Israel and in New York and is also a licensed Notary Public in Israel. Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on 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. **Omri Barkan** is an attorney at the law office of Afik & Co., Attorneys and Notary (www.afiklaw.com) whose main practice areas are commercial law, corporate law and immigration. 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



LEGAL AWARDS 2017

Corporate Insider
The gateway to the world of business



DIVINALAW
Dynamic Lawyering

NILOT T. DIVINA
Managing Director

DivinaLaw

Winner of
Litigation Law Firm of the Year - Philippines

K&P Kandar
& Partners
Advocates


**LEBUHN &
PUCHTA**



 **TORRES LAW**
eb-5, corporate & securities

EXPERT

SUPPORT

KNOWLEDGE

CONSULTING

SERVICE

Barnea & Co
M&A Lawyer of the Year - Israel

Alexander Lindner
Excellence in Contract Law - Austria

Vigna Advogados Associados
Excellence in Contract Law - Brazil

Shook Lin & Bok
Restructuring & Insolvency Lawyer of the Year - Singapore

FBC Manby Bowdler LLP
Excellence in Brexit Legal Advisory Services - UK

CONCILIA LLC
Mediation Firm of the Year - Italy

Rajah & Tann LLP
Excellence in International Arbitration - Singapore

Andrew Wingfield
Corporate Governance Lawyer of the Year - Qatar

Hope Duggan & Silva
M&A Law Firm of the Year - Argentina

Charles Severs
Most Outstanding Corporate M&A Lawyer - UK

John Emanoilidis
M&A Lawyer of the Year - Canada

Mediation Scotland
Mediator of the Year - UK

RadcliffesLeBrasseur
Corporate Restructuring Law Firm of the Year - UK

Afik & Co Attorneys & Notary
Excellence in M&A Law - Israel

PUBLICURE Advokatfirma P/S
Procurement Law Firm of the Year - Denmark

Estudio Rodrigo, Elías & Medrano
Excellence in M&A Law - Peru

Eversheds
M&A Law Firm of the Year - Hungary

Walker Morris LLP
Excellence in Competition Law - UK

Shardul Amarchand Mangaldas & Co.
Excellence in International Arbitration - India

Oppenheim
Competition Law Firm of the Year - Hungary

Lowndes
Excellence in Insolvency Law - New Zealand

Michał Dudkowiak
Competition & Antitrust Lawyer of the Year - Poland

Julie A. Herzog
M&A Lawyer of the Year - Colorado

Smayra Law Office
M&A Law Firm of the Year - Lebanon

Maria Clarke Lawyers
Sports Law Firm of the Year - New Zealand

Arndt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Environmental Law Firm of the Year - Germany

Stephen Lewis
Most Outstanding M&A Lawyer - South Africa

Innocent Maja
Contract Lawyer of the Year - Zimbabwe

WDM International
Relocation Law Firm of the Year - Malta

Knapp, Petersen & Clarke, A Professional Corporation
Excellence in Construction Law Firm - California

Peter J Lindskog
Maritime Lawyer of the Year - Sweden

Delissen Martens
Excellence in Litigation - The Netherlands

William S. Rogers, Jr.
Excellence in Contract Litigation - Massachusetts

Erwin Mediation Services
Mediation Firm of the Year - Ireland

Daigneault Avocats Inc.
Environment Law Firm of the Year - Canada

Midaxo
Best M&A Platform - Finland

Distefano Law Office
Litigation Lawyer of the Year - Belgium

Fox Lawyers
Litigation & Dispute Resolution Law Firm of the Year - UK

The Mediation Offices of Lee Jay Berman
Mediator of the Year - California

Billiet & Co
Arbitrator of the Year - Belgium

Jay McCauley, Mediator
Arbitrator of the Year - California

Law Offices of John F. Lang
Excellence in Estate Litigation - New York

Weatherford
General Counsel of the Year - Energy Sector

Bird & Bird
Competition Lawyer of the Year - Finland