

## החובה לערוך מכרז

---

השאלה האם יש לערוך מכרז לפני מסירת עבודה ע"י גוף ציבורי, מוכרעת לפי הוראות החוק המתאים; אולם המבחנים לצורך הכרעה בכל מקרה ומקרה, האם יש לערוך מכרז והם אכן נערך, מבוססים על שאלת מהות העבודה, היקפה וההליכים שקוימו בקשר אליה.

## חקיקה

חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992

---

המערערת והמשיבה 1 עוסקות בפיתוח ובייצור של כרטיסי חניה אלקטרוניים. המערערת עתרה לבית המשפט המחוזי להצהיר כי ההליך שכונה על-ידי המשיבה 2 (החברה למשק וכלכלה של מרכז השלטון המקומי), בשם "בחינה וניסוי של כרטיסי חניה אלקטרוניים", הוא הליך של מכרז לכל דבר, וכי יש להשלים את ההליך ולקבוע את הזוכה. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה ומכאן הערעור.

הפרשה התחילה בכך שהחברה למשק וכלכלה ביקשה למצוא פתרון ארצי לבעיית החניה המוסדרת ברשויות המקומיות. לשם כך הוקמה ועדה שכללה נציגים של רשויות מקומיות, לה הוגשו הצעות של חברות שונות. הועדה החליטה כי תפורסם מודעה בעתונים, המזמינה בעלי כרטיסי חניה אלקטרוניים העומדים בתנאים מוגדרים, להציע המכשירים שברשותם לבחינה וניסוי ראשוני, ללא מחוייבות מצד החברה.

ועדת ההיגוי החליטה להמשיך בתהליך של בחינה וניסוי, והוציאה מיפרט שנועד לכוון את המציעים לפתרונות הרצויים על ידה. בעקבות פנייה של מספר חברות לקבלת הבהרה, ענתה החברה כי התהליך הוגדר כבחינה וניסוי, ומטרתו לקבוע את המועדף ביניהם. כן אמרה כי תפנה למשרד הפנים על מנת שיכיר בתהליך כמכרז ויאשר לרשויות המקומיות לרכוש את הכרטיס הנבחר באמצעות החברה. לאחר מכן שלחה החברה למשק וכלכלה לחברות המשתתפות הודעה כי הושלם דירוג הכרטיסים והן נתבקשו להגיש הצעת מחיר שתהיה חלק מהשקלול לבחירת הכרטיס הזוכה. לאחר שהוגשו ההצעות, פנתה החברה למשק וכולה למשרד הפנים ופירטה את שלביו של ההליך שקיימה. המשרד לא אישר את התהליך כמכרז, ובעקבות זאת החליטה שלא להציג בפני החברות המשתתפות את התוצאות המפורטות, למקרה שיוחלט על קיום מכרז פומבי לאחר מכן. השאלה שלפנינו היא אם קיימה החברה למשק וכלכלה הליך של מכרז.

בשלב פרסום הבקשה עדיין לא היה מדובר במכרז, שכן עדיין לא היה בידי החברה כרטיס אלקטרוני כלשהו, היכול לשמש אובייקט למכרז. גם בסיום תהליך הבחינה והניסוי עדיין לא היה מדובר במכרז, אלא בבחירת ההצעות העונות על הפרמטרים הבסיסיים. לאחר מכן נשארו בתחרות רק ארבע הצעות. בשלב זה התהליך שינה את פניו, והיה ברור לכל המשתתפים, שהכרטיס שייבחר הוא יהיה הכרטיס הזוכה לאחר קבלת אישור משרד הפנים, ואז יוצע לרשויות לשם התקשרות עם החברה הזוכה, שתקבל זיכיון בלא צורך במכרז נוסף.

במכתב מאוחר יותר, אמרה החברה כי הכוונה להכרת התהליך כמכרז ומתן זכיון ל-5 שנים; אמנם, גם מכתב זה כותרתו היא "המשך תהליך ניסוי ובחינה של כרטיסי חניה אלקטרוניים", אבל לא הכותרת עיקר, אלא התוכן עיקר. ולפי התוכן מתחיל מכאן ואילך שלב שבו נדרשות המציעות להגיש הצעת מחיר, ונאמר כי הבחירה תיעשה על-ידי שקלול בין איכות הכרטיס ובין הצעת המחיר. במכתבה האחרון של החברה מתבשרות המתחרות כי הניסוי הוכתר בהצלחה, וכי ציבור הנהגים מעדיף את הכרטיס האלקטרוני על פני כרטיס הנייר.

הקורא את המכתב עד כאן, ברור לו שהמדובר היה בתהליך של מכרז, שלא נערך על-ידי הרשויות המקומיות עצמן, ולכן דרוש אישורו של משרד הפנים. אילו נענה המשרד לפנייה, היה בכך סוף פסוק; ואולם בהמשך מכתבה הנ"ל של החברה נאמר כי משרד הפנים לא אישר את התהליך

כמכרז, ולכן שוקלת החברה למשק וכלכלה לפרסם מכרז פומבי; התברר שמאחורי סירובו של משרד הפנים להכיר בתהליך כמכרז עומדת החברה עצמה, היא ולא אחר.

קשה שלא להתפלא על עמדת החברה, שמצד אחד מצהירה "הצהרת כוונות" ומתנהגת עם ארבע החברות כבמכרז, ומצד אחר, מודיעה למשרד הפנים כי "אין מדובר במכרז". ניתן אולי ליישב את הסתירה אם נפרש זאת בכך שאין המדובר במכרז פורמאלי של הרשויות עצמן; אך אם זו הכוונה, היה צורך לומר כך במפורש. ומאחר ועמדתה של החברה בשתי הערכאות היא לתמוך בעמדתה של גניס ולא של אזי פארק, חוזרת למקומה הסתירה בין פנייתה למשרד הפנים לאשר את התהליך כמכרז ובין הצהרתה שאין המדובר במכרז. בנסיבות אלה, ניתן לקבוע כי סירוב משרד הפנים להכיר בתהליך נובע אך ורק מעמדתה של החברה.

אמנם, אין המדובר במכרז "פורמאלי" מן הסוג המצוי שבו המציעים מתחרים בעיקר במחיריהם על אותו תוצר או אותו שירות, שנקבעו מראש לכל פרטיהם. ואולם כאן התחרות היא לא על המחיר לבדו, אלא גם מי יציע מכשיר יעיל יותר, משל לתחרות בין אדריכלים כאשר הבניין העתיד מוגדר רק מבחינת ממדיו והפונקציות שעליו למלא, ועם זאת ברור לכול שההצעה המתאימה ביותר מבחינה פונקציונאלית, כלכלית ואמנותית, היא שתזכה, ולא שתהיה נושא למכרז פומבי חדש. גם סוג כזה של תחרות כמכרז תיחשב. לטענת גניס שהיה כאן שינוי קריטריונים בדיעבד לא נמצא יסוד; מכל מקום, על-אף טענותיה של גניס היא המשיכה להשתתף בתהליך ונטלה חלק בהצעת המחיר. פירוש הדבר, שאילו נתקבלה הצעתה - הייתה דעתה נוחה מן התהליך, ועכשיו שלא זכתה, היא פוסלת את התהליך. כבר נפסק לא אחת, שאין להשלים עם גישה אופורטוניסטית שכזו.

היה ברור למשתתפות, שבסופו של התהליך יהא זוכה, בלי מכרז נוסף, ושאינו יאושר המכרז ע"י משרד הפנים יהא הזוכה כשר להתקשרות הרשויות המקומיות. פרט לסירוב משרד הפנים להכיר בתהליך, לא הובא על-ידי החברה כל נימוק מדוע יש לסתום את הגולל על כל מה שנעשה במשך ארבע שנים; סירוב זה לא היה לו על מה שיסמוך, פרט לעמדת החברה עצמה. הערעורים נדחים.

המשיבה פרסמה מכרז למתן שירותי גביה. לאחר פתיחת תיבת ההצעות זומנו שלושת משתתפי המכרז שעמדו בתנאי הסף לישיבה עם ועדת המכרזים, וזו הציגה להם שאלות בדבר נסיונם המקצועי ובדבר הפחתת שעור העמלה שהוצע על ידם; יצויין כי לפי מסמכי המכרז שפורסמו על ידי המשיבה, זו שמרה לעצמה את הזכות לנהל משא ומתן עם המציעים העומדים בתנאיו. בסיום הליכי מכרז זכתה בו המשיבה 5, לאחר שהוזילה את המחיר בשיעור ניכר. בית המשפט המחוזי לא מצא פסול בעצם ניהול המשא ומתן משהזכות לנהלו נכללה במסמכי המכרז ולפיכך נדחתה תביעת המערערת, ומכאן הערעור.

ההוראות הכלולות בדין לגבי מכרז פומבי שרשות מקומית חייבת לעמוד בהן, הן מחמירות אם כי כלולים בו חריגים שונים המאפשרים גמישות מסויימת. בין השאר, ניתנת אפשרות לברר פרטים מפי בעלי הצעה. האפשרות לנהל משא ומתן לאחר פתיחת תיבת ההצעות אינה כלולה בהן; כנגזר מכך, משבחרה הרשות לערוך מכרז, חלות עליה החובות שהיו מנת חלקם של מכרזי הרשויות המקומיות. השגת ההצעה הטובה ביותר במחיר הנמוך ביותר אינה צריכה לכרסם באינטרס הציבורי של שמירה על כללי מנהל תקין, ולהיפך.

איסור או היתר לנהל משא ומתן איננו ערך בפני עצמו זהו אמצעי להשגת תכלית לגיטימית. אמנם, יש להשתמש בו בזהירות ולהתנות את השמוש בו בתנאים; יש להתנות עליו מראש במסמכי המכרז ולקיימו בהגינות וביושר. המכרז ייפסל אם המשא ומתן פגע בעקרונות היסוד של המכרז. גם מבחינת האינטרס העיסקי התכליתי היא אחת: את כספי הציבור יש להשקיע בכל מקרה בזהירות, בתבונה, ביעילות ובחסכנות ולהשיג את השירות הטוב ביותר במחיר הזול ביותר. ניהול משא ומתן לאחר פתיחת תיבת ההצעות היא אחת הדרכים להשיג תכלית זו. מניעת ניהול משא ומתן, כמוהו כסייג לתורה, כגדר המבטיחה שולי בטחון לשלמותו הנורמטיבית של הגרעין הקשה של המכרז. עם זאת, אין באיסורו של משא ומתן, צו מקודש.

כשם שאין לשלול הענקת שיקול דעת לרשויות רק משום שניתן להשתמש בו לרעה, כך אין לשלול אפשרות לנהל משא ומתן במכרז רק משום שניתן להשתמש באפשרות זו לרעה. בשני המקרים חובה על השלטון ולהפעיל את הכח שניתן בידי, בהגינות, בתום לב ותוך הבטחת שוויון. בשני המקרים קיימים כללים ברורים המחייבים את הרשויות להפעיל את הכח שבידן בהתאם לנורמות שנקבעו. בשני המקרים צפוי שיעשו כן ובשני המקרים עומדות פעולות הרשויות לביקורת שיפוטית שבכוחה לבטלן מעיקרא.

משמנהלות הן את המשא ומתן, על הרשויות להקפיד הקפדה יתירה על שוויון, תחרות הוגנת, נקייון כפים, טוהר מידות ותום לב. אין להפוך את המכרז עלה תאנה המכסה על בחירה מראש במועמד מסויים ולנצל את המשא ומתן כדי לאפשר למועמד מועדף לתמרן עצמו לעמדה הטובה ביותר. נטל ההוכחה שהמשא ומתן מתנהל ביושר ובהגינות, על הרשות המקומית המנהלת אותו ועליה לדאוג שכל התנאים יהיו גלויים, ידועים מראש ומתועדים, כשלכל המשתתפים ניתנת הזדמנות שווה.

בענייננו, לא נמצאו במשא ומתן פגמים שהיה בהם כדי לפסלו. המשא ומתן התנהל בצורה תקינה ללא פגיעה בעקרונות שבתשתית מהותו של המכרז הפומבי. זאת ועוד, המערערת השתתפה במכרז בו היה תנאי שאיפשר ניהול משא ומתן, היא השתתפה במשא ומתן עצמו מבלי שהלינה

עליו. היא ציפתה לתוצאות ורק לאחר שנתקבלו ולא נחה דעתה מהן, מצאה לתקוף את המכרז. אמנם, אילו עצם ניהול המשא ומתן היה מוקצה ופסול מעיקרו, או אילו נמצא בו פגם היורד לשורש הענין, לא היתה שתיקתה של המערערת עומדת לה לרועץ; אולם לא כך הם פני הדברים בענייננו. לפי תקנות המכרזים, נקבעו מכרזים שבמסגרתם ניתן לנהל משא ומן לאחר הגשת ההצעות. אם מותר לקיים משא ומתן במכרז של רשות שלטונית, בתנאים מסוימים, אין מקום לאסור אותו במכרז של רשות מקומית; קל וחומר כאשר הוכשר המשא והמתן והוסדרו דרכיו בדברם של המחוקק ושל מחוקק המשנה. כאשר נמצאה הדרך שבה הלכה הרשות המקומית כשרה, לא נמצא פגם במכרז והמשא והמתן התנהל ללא דופי. יש לאשר את המכרז הנדון, וזאת בעיקר, בשל גורם ההסתמכות; הערעור נדחה.

**הערת העורך:** נו, באמת. הרי עצם ניהול מו"מ הוא טעם לפגם, שהרי כך לא עורכים מכרז. כאמור בפסק הדין עצמו, מטרתו של מכרז היא אחת בלבד: להשיג את המוצר הטוב ביותר במחיר הזול ביותר. מובן שקיימת סתירה בין שני חלקיה של מטרה זו, שהרי הטוב יותר הוא בד"כ יקר יותר, אולם לשם כך קיים הליך המכרז: ראשית קביעת תנאי סף גבוהים ומפורטים ככל האפשר, כלומר גבוהים מספיק כדי לנפות את רוב המציעים הפוטנציאליים אבל לא גבוהים כל-כך שמשמעותם "תפירת" המכרז עבור מציע אחד. שנית, יש לקחת מבין המצעים את הזול ביותר.

אם יידעו המצעים שיתקיים הליך של מו"מ – לא רק לגבי פירוט שלא היה בהליכי המכרז אלא גן לגבי המחיר – יציע כל אחד הצעה שהיא גבוהה מן ההצעה שהיה מוכן לתת בידיעה שלא יתקיים מו"מ. אמנם לכאורה התוצאה הסופית תהיה זהה, אבל זאת ניתן לומר גם על גופים פרטיים הרוכשים מוצרים ושירותים, ואם ינהגו כך תסוכל תכליתו של חוק חובת המכרזים.

וחשוב מכל – הדיון הוא תיאורטי בלבד. כיום קבועה תקנה 18 לתקנות העיריות (מכרזים), כי אסור לנהל משא ומתן בטרם נקבע הזוכה במכרז גם אם פורסם במסמכי המכרז שיתקיים מו"מ, פרט לחריגים מסויימים.