

הזרם צפוי להפוך לשיטפון

דורון תמרי, ש"ד

הכותב הוא שותף במשרד יגאל ארנון ושות' המתמחה במכרזים ומייצג ועדות מכרזים ממשלתיות ואחרות וגורמים פרטיים בתחומי התשתיות, המים והאנרגיה.



לא לעתים מזומנות נתקל המשפטן שעיסוקו דיני מכרזים בפסק דין אשר עשויות להיות לו השלכות כה מרובות כמו ע"ס 7357/03 רשות הנמלים נגד צומת מהנדסים, שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון. (כב' השופטת ביניש תוך הוספת הערות מצד השופט רובינשטיין).

הליכים משפטיים המתלווים למכרזים הפכו כמעט למכת מדינה. כמעט שאין מכרז הראוי לשמו שבו הצד שששל אינו מנסה לקעקע את זכיית הזוכה, או לכל הפחות לגרום לפטילתו ולדרוש הוצאת מכרז חדש. מספר קביעות בפסק הדין יוצרות תמריץ משמעותי למשתתפים שלא זכו לנסות להשיב לעצמם חלק מעלויות ההשתתפות במכרז, בדרך של הגשת תביעות כנגד ועדת המכרזים. מכאן שמכת המדינה המוזכרת עלולה לקבל ממדים חריפים יותר.

להלן אציג בקצרה כיצד קביעות פסק הדין עשויות לשחק לידי משתתפים מאוכזבים המנסים לקבל פיצוי חלקי על השתתפותם, או אפילו "לבוא חשבון" עם ועדת המכרזים.

תמריץ לתביעה כספית: פיצויים גבוהים למציע בגין חסרים, סתירות ורשלנות בניסוח מסמכי המכרז

— בית המשפט קובע כי ניתן לחייב ועדת מכרזים לפצות משתתף במכרז בשל נזקים שנגרמו עקב פגם או רשלנות בניסוח המכרז, כאשר יכול הוא להוכיח שאילו הוכן המכרז כראוי המציע לא היה מגיש הצעתו. בית המשפט פסק פיצוי בסך 150 אלף שקל למציע שלא זכה בתיק. מדובר בפיצוי גבוה מאוד. שלהערכת יוביל ויעודד תביעות רבות בעתיד.

תמריץ להרחבת הנזקים הנתבעים: בית המשפט פתח פתח רחב להגשת תביעות פיצוי, וזאת בכך שקבע כי הנזקים שבגינם ניתן לפצות משתתף כתוצאה מליקויים בניסוח עשויים להיות גם "נזקים עסקיים או

מסחריים אחרים". ניתן רק לשער כי כל משתתף פוטנציאלי במכרז ינסה למלא בתוכן את המילים האמורות, כגון בטענה להפסד פוטנציאלי זכייה במכרז אחר, עקב השקעת משאבים במכרז נשוא ההליכים. בשלב זה יהיה צורך לבדוק מה היו סיכויי הזכייה התיאורטיים של המשתתף במכרז האמור.

בית המשפט לא התייחס כלל לאחריותו הבסיסית של מציע המשתתף במכרז להפנות את תשומת לבו של ועדת המכרזים לפגמים במכרז בטרם הגשת הצעה מצדו, בין במתכונת של שאלות הבהרה ובין באמצעות הגשת עתירה לבית המשפט במטרה לעצור את הליכי המכרז עד לתיקונו.

שאלה מעניינת היא כיצד יגיבו בתי המשפט לניסיון ועדות המכרזים להתגונן מפני סעיפים אלה, על ידי הכללת סעיפים בהם מוותרים המשתתפים על הוצאות ונזקים הנגרמים להם כתוצאה מנסיבות הנוגעות לניסוח מסמכי המכרז.

תמריץ לתביעה לביטול החלטות ועדת מכרזים: קריטריון הכרעה שעניינו "שביעות רצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות".

בית המשפט מצייין שיש לעשות שימוש בקריטריון האמור (אמת מידה לפי דיני המכרזים) בצורה "מושכלת, זהירה והוגנת" ומשתמע מדבריו שיש ליצור קריטריונים שייבחנו במסגרת "שביעות הרצון" ובין היתר: מה המשקל שיינתן לאמת המידה באופן כללי ולכל קריטריון באופן ספציפי, כיצד ייאסף מידע על המציעים, כיצד יינתן ניקוד לחוות דעת שליליות על מציעים והאם תינתן זכות טיעון למציע.

להערכת, מעתה צפויות עתירות רבות של מציעים שהפסידו במכרז על יסוד הערכה נמוכה שקיבלו באמת המידה של "שביעות רצון",

הערכה שאילו היתה גבוהה יותר היתה עשויה לשנות את תוצאת המכרז, מבחינת אותו מציע.

גם במקרה זה מעניין לראות מה תהיה עמדתו של בית המשפט אם ועדות מכרזים ינסו לכלול במכרזיהן סעיף במכרז, לפיו מוטלת על המשתתפים חובה להפנות תשומת לב הוועדה לכשלים או להעדר פירוט ברכיב זה שמרכז וכי בהעדר הפנייה כזו יראו אותם המוותרים על כל טענה בעניין.

תמריץ להוכחת חוסר סבירות תשיטת ההערכה שנקבעה במכרז: בניגוד לפסיקות קודמות של בית המשפט אשר אפשרו לוועדת מכרזים להכריע תוך הסתמכות על "מקבילית הכוחות", קובע בית המשפט באופן חד משמעי כי החובה לפרסם את מרבית הפרטים אודות אמות המידה נגזרת מחובתה של הרשות המנהלית להודיע על הקריטריונים להכרעה.

אמנם בית המשפט יפטור חלקית מחובת הפירוט כאשר פרסום יתר יקשה על עורך המכרז לממש את חופש הבחירה שלו על פי מטרות המכרז והאינטרס הציבורי, או כאשר "טיב הפרטים" אינו מאפשר זאת. יחד עם זאת, ברור כי נפתח הפתח למחלוקות חדשות אודות ניסוח המכרז, תקינות הניסוח, רמת הפירוט ועוד, בעוד שקודם לכן מקובל היה כי מציעים שהשתתפו במכרז ללא שהשיגו על ניסוחו קודם להגשת ההצעה, יהיו מנועים מלתקוף בדיעבד את המכרז.

ועדות מכרזים ישקלו בוודאי הכללת סעיף המטיל חובה על המציעים להודיע מראש אם סבורים הם שהמכרז אינו מפורט כראוי. ייתכן שאי היענות לסעיף מסוג זה לפני ההגשה של ההצעות תחסום במשהו טענות שניתן היה להעלותן לפני הגשת ההצעות.

לסיכום, נראה כי המכרזים ימשיכו להיות אבן שואבת להליכים משפטיים תכופים ועתה אף ביתר שאת.