



הצורך בהגבלת חופש הפעולה של ועדת מכרזים

בחירת זוכה במכרז בהסתמך על 'סעיף סל' שלפיו "המזמין יהיה רשאי להפעיל קשת רחבה של שיקולים לבחירת הזוכה, לרבות כושרו, ניסיונו ויכולתו המקצועית של המציע" - פוגעת באינטרס הציבורי העומד בתכלית דיני המכרזים ואינה עולה בקנה אחד עם תקנות חובת המכרזים ■ רשות הסבורה כי חלק מאמות המידה הללו רלוונטיות לבחירת זוכה במכרז מסויים - צריכה להגדיר אותן מראש, ולקבוע כבר בשלב עריכת המכרז, איזה משקל יינתן לכל תכונה בבחירת הזוכה

לאמות המידה שנקבעו. תקנה 22 מפרטת את אמות המידה העשויות להיות בסיס לבחירת זוכה במכרז, ובהם המחיר המוצע, איכות הטובין, המקרקעין או השירות המוצעים, אמינותו של המציע, כישוריו, ניסיונו מומחיותו ותחומי התמחותו, המלצות אודות המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות ודרישות מיוחדות של עורך המכרז. תקנה 17(ב) (5) לתקנות חובת המכרזים קובעת, בין היתר, כי במסמכי המכרז יש לכלול פרטים לעניין אמות המידה כאמור בתקנה 22, כולן או חלקן, שלפיהן תיבחר ההצעה הזוכה.

שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור. בשל אינטרס זה על הרשות לכלכל מעשייה באופן כזה שלא תעניק זכויות במתן אספקה או שירותים, אלא על-פי כללים, שנועדו להבטיח שוויון והעדר משוא פנים וליצור אמון בשיקוליהם והוראותיהם של המופקדים על המינהל הציבורי. האינטרס העסקי נועד להבטיח כי הרשות הציבורית תתקשר בעיסקה הטובה ביותר, וזאת באמצעות תחרות פתוחה בין מספר גדול ככל האפשר של מתמודדים מתאימים. לשם השגת המטרות והאינטרסים האמורים וכפועל יוצא מכך, נקבעו בחוק ובתקנות הן החובה לערוך מכרזים והן כללים לניהול המכרזים ובחירת הזוכים.

חברה שהשתתפה במכרז עמדה בתנאי הסף והצעתה היתה הזולה ביותר - אך דווקא חברה אחרת הוכרזה כזוכה במכרז. ועדת המכרזים נימקה את בחירתה בחברה האחרת כזוכה, בשל העובדה כי לחברה האחרת ניסיון קודם בביצוע עבודות נשוא המכרז, וזאת בהסתמך על 'סעיף סל' במסמכי המכרז הקובע כי "המזמין יהיה רשאי להפעיל קשת רחבה של שיקולים לבחירת המציע הזוכה, לרבות בין היתר, כושרו, ניסיונו ויכולתו המקצועית של המציע, יכולתו האירגונית והכלכלית, הציוד המצוי ברשותו, וכל שיקול או נימוק אחר כפי שיימצא המזמין לנכון".

מאת עו"ד יובל בדו"ל ועו"ד דורון חמיר*

פרשנות אחרת לתקנות

במקרה שתארנו, נבחרה הצעה זוכה במכרז על בסיס ניסיון קודם - כאשר בתנאי המכרז נכללה רק הוראה כללית המקנה שיקול דעת רחב ביותר לוועדת המכרזים, לבחור בהצעה על סמך "קשת רחבה של שיקולים", אך מבלי שאמות המידה, תוכנן, היחס ביניהן ומשקלן יפורטו ולו במידה מינימלית, באופן שיאפשר למתמודדים במכרז להעריך מראש את סיכוי זכייתם, או אף לדעת מראש אילו נתונים עליהם להציג בפני ועדת המכרזים. לדעתנו, מתן אפשרות לוועדת מכרזים לבחור את הזוכה במכרז על יסוד שימוש מקרי באחד או יותר מהרכיבים הכלליים המפורטים באותו 'סעיף סל' (המאפשר הכרעה על יסוד "קשת רחבה של שיקולים"), פוגע ביכולתה של ועדת המכרזים לקבל החלטה שקולה ומאוזנת.

המסגרת הנורמטיבית

הכללים לבחירת הזוכה במכרז מוגדרים בראש ובראשונה בחוק חובת המכרזים תשנ"ב-1992 ובתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 וכן במסמכי המכרז הספציפי. בהתאם לתקנה 21 לתקנות חובת המכרזים, על ועדת המכרזים לבחור בהצעה הזולה ביותר או היקרה ביותר, על-פי המקרה, אלא אם נתקיימו 'נסיבות מיוחדות וטעמים מיוחדים' ובכפוף למתן זכות שימוע למציע שאמור היה לזכות בהתאם למחיר הנדרש בהצעתו. אולם כאשר במסמכי המכרז, דהיינו כחלק מכללי התחרות המכרזית, נקבעו אמות מידה אחרות, מחוייבת ועדת המכרזים לחרוג מהכלל המנחה שפורט לעיל, לפיו המחיר הינו אמת המידה לבחירת הצעה (בכפוף ל"נסיבות מיוחדות"), ולבחור את ההצעה המקנה את מירב היתרונות למזמין בהתאם

בחירה כזו בזוכה, שלא על בסיס אמות מידה ידועות מראש, פוגעת באינטרס הציבורי העומד ביסוד תכלית דיני המכרזים ואינה עולה בקנה אחד עם תקנות חובת המכרזים, שנועדו מחד לשמור על האינטרסים של המשתתפים במכרז, ומאידך לאפשר לוועדת המכרזים לפעול באופן שלא יפגע באמון הציבור.

תכלית דיני המכרזים

ביסוד דיני המכרזים הציבוריים עומדים שני אינטרסים מרכזיים, אינטרס ציבורי ואינטרס עיסקי. האינטרס הציבורי הוסבר על-ידי השופט שמגר בבג"צ 376,368/76 אליהו גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש: "הבטחת מימשל תקין על-ידי ניהול ענייניה של הרשות בדרך שיש בה משום מתן סיכוי

יתרה מכך, אפשרות כאמור פוגעת באופן אנוש באינטרס הציבורי "להבטיח שוויון והעדר משוא פנים וליצור אמון בשיקוליהם והוראותיהם של המופקדים על המינהל הציבורי". זאת משום שברגע שניתנת לוועדת המכרזים יכולת לקבוע בדיעבד כי אמת מידה כלשהי גוברת על אמת מידה אחרת, מאבד הציבור בכלל וציבור המתמודדים במכרז בפרט, את תחושת האמון בתחרות, המתיימרת להיות שוויונית ושקופה.

לעולם יחוש מציע שהצעתו היתה זולה (או יקרה, לפי העניין) ואשר אחר הועדף על פניו על יסוד אמת מידה שנבחרה בדיעבד מתוך "סעיף סל סתמי", רק לאחר שלב הגשת ההצעות, פתיחת מעטפות המציעים ובידור זהותם, כי הזכייה במכרז נשמטה תחת ידיו משיקולים זרים וללא כל הסתמכות על אמות מידה ברורות.

לו סבר המזמין מראש כי הניסיון המקצועי, או כל אמת מידה אחרת, אמורים להיות מרכיב חשוב בהערכת ההצעות, מן הראוי היה כי יורה לוועדת המכרזים לקבוע במפורש במסמכי המכרז כי אמת מידה אלו – ולא אחרות – ישמשו לצורך בחירת הזוכה, ואף לקבוע איזה משקל יחסי מהציון הסופי של ההצעה יינתן לכל אמת מידה.

קביעת אמות המידה, פירוט משקלן היחסי, ופירסומן במסמכי המכרז, תאפשר למציעים הפוטנציאליים להעריך מראש מה המשקל שיינתן לכל חלק מהצעתם ולבחון את נכונות החלטת ועדת המכרזים.

קביעה של אמות מידה תוך פירוט משקלן היחסי תבחין בין המשקל היחסי של הצעת המחיר ואמות מידה נוספות. כך למשל יכול המזמין לקבוע כי מרכיב הצעת המחיר מהציון הסופי של המתמודד במכרז יהיה אחוז מסויים, בעוד שיתר אמות המידה כדוגמת ותק, נוספר עובדים, היקף הכנסות שנתיות, יכולת מוכחות לעבודה בפריסה גיאוגרפית רחבה וניסיון מקצועי רלוונטי בתחום המכרז – יקבלו משקל יחסי אחר, בהתאם לחשיבות כל אמת מידה כמתחייב מאופי המכרז.

לדעתנו הפרשנות הראויה של תקנה 17 ושל תקנה 21 לתקנות, מחייבת פירוט אמות המידה באופן שיבהיר למתמודדים כיצד תיבחן הצעתם. הדבר יאפשר לוועדת המכרזים לפעול בשקיפות בהתאם לכללים, תוך הימנעות מהטיה או צמצום ההטיה שעלולה להתרחש כאשר זהות המציעים כבר ידועה.

מקבילית הכוחות

ברתי המשפט השווה את הכרעת ועדת המכרזים שלא לבחור בהצעה הזולה ביותר (או היקרה ביותר) כהפעלה של מקבילית כוחות, אשר העיקרון שבבסיסה הוא שכלל שההפרש במחיר המוצע בין ההצעות קטן יותר, כך יגבר משקל ההיבטים האחרים של ההצעה – כדוגמת ההבדלים בניסיון המקצועי של המתמודדים.

הפרש קטן בין הצעות מחיר עשוי להוות בסיס להנמקה שלפיה ניסיון מקצועי עדיף של מציע פלוני יהווה טעם מיוחד לבחירה בהצעתו, הגם שהיא נופלת במחיר מההצעה היריבה.

מקבילית הכוחות נותנת בידי ועדת המכרזים גמישות רבה – יש הטוענים עד כדי יכולת להטוטנות – בהערכת ההצעות, וגמישות זו פוגעת ללא הצדקה במתמודדים במכרז.

כך למשל, בע"מ 2310/02 איגוד ערים אזור דן נ' דסאל מרחבים, קבעה השופטת בינייש כי בהתאם לתקנה 21(ב) לתקנות, ישנם מקרים בהם תיווצר מסה קריטית של אמות המידה נוספות, אשר יכריעו את הכף לטובת הצעה אשר לא היתה הזולה ביותר.

תקנות חובת מכרזים יוצרות

הסדר מקיף ושלם של שיטת

בחירת ההצעות במכרז,

ולכן אין מקום להמשיך

ולבסס החלטות בהסתמך

על מקבילית הכוחות.

פרשנות נכונה של תקנות

חובת המכרזים מחייבת

הבחנה בין "טעמים מיוחדים

ונסיבות מיוחדות" –

שהינם נוצרים בלתי צפויים

שלא ניתן היה לחזותם

מראש – ובין "אמות מידה"

כחשמועותן בתקנות

חובת מכרזים

לשיטתנו, לא ניתן לראות בחלק או בכל אמות המידה הקבועות בתקנה 22, או בהצטרבות אמות מידה, משום "נסיבות מיוחדות" או "טעמים מיוחדים" כמשמעותם בתקנה 21(ב) רישא.

תקנה 21 מבחינה בין מקרים בהם נכללו אמות מידה במכרז ובין מקרים בהם הבחירה בהצעה שאינה הזולה/היקרה ביותר, נובעת מנסיבות מיוחדות. לדעתנו, השימוש במקבילית הכוחות עלול ליצור עיוותים, ואינו תואם את לשון התקנות המחייבת הכרעה על-פי אמות מידה כאשר אלה נקבעו במכרז באופן מפורש.

סטיה מכלל ההכרעה היסודי – המחייב בחירה בהצעה הזולה או היקרה ביותר כאשר לא פורטו אמות מידה – אפשרית במקרים חריגים בהם התעוררו נסיבות מיוחדות שלא ניתן היה לחזות

מראש. אמות המידה המפורטות בתקנה 22 אינן יכולות להוות "נסיבות מיוחדות" שכן הן עמדו לנגד ועדת המכרזים בעת עריכת המכרז. לו רצתה היתה יכולה ועדת המכרזים בנקל לקבוע כי הבחירה תעשה על בסיס אמות מידה ומשקלן היחסי.

פרקטיקה לא ראויה

דיני המכרזים מהווים אמצעי ראוי להשגת אינטרסים ציבוריים ועיסקיים על-ידי הרשות. נשמת אפם של דיני המכרזים הינה השמירה על עיקרון השוויון והעדר משוא פנים.

הפרקטיקה הנוהגת שלפיה ועדות מכרזים מסויימות שומרות לעצמן במסמכי מכרז סמכות נרחבת ובלתי מוגדרת לבחירת אמות המידה והשיקול היחסי ביניהן רק לאחר שלב פתיחת ההצעות, הינה פרקטיקה לא ראויה הפותחת פתח למניפולציה, לחוסר שוויון ולהעדפה פסולה של מציעים.

לוועדת המכרזים היכולת לקבוע מראש אמות מידה הנדרשות לשם הערכת ההצעות שתבואנה בפניה. אמות מידה אלה תיקבענה גם לאחר התייעצות עם יועצים מקצועיים ועל כן תשקפנה הכרעה ערכית ראויה ושקופה בדבר ההצעה הטובה ביותר שהרשות מצפה לקבל. בדרך זו יישמר הן האינטרס הציבורי והן האינטרס העיסקי של הרשות. לשון התקנות מחייבת פירוט אמות המידה האמורות ומחייבת הכרעה בהתאם לאמות המידה, כאשר אלו נקבעו במכרז. השארת גמישות בידי ועדת המכרזים באמצעות סעיפי סל, אינה ראויה ולשיטתנו אף אינה מתיישבת עם התקנות.

תקנות חובת מכרזים יוצרות הסדר מקיף ושלם של שיטת בחירת ההצעות במכרז ולכן אין מקום להמשיך ולבסס החלטות בהסתמך על מקבילית הכוחות. פרשנות נכונה של תקנות חובת המכרזים מחייבת הבחנה בין "טעמים מיוחדים ונסיבות מיוחדות" (שהינם לדעתנו מצבים בלתי צפויים שלא ניתן היה לחזותם מראש) ובין "אמות מידה" כמשמעותן בתקנות חובת מכרזים. הצטרבות של פרמטרים הקשורים באמות המידה אינה משום טעם מיוחד ונסיבה מיוחדת. ההבחנה בין טעם מיוחד ובין אמות המידה תואמת הן את לשון התקנות והן את ההגנה על האינטרס הציבורי.

ככל שסבורה ועדת המכרזים כי חלק מאמות המידה רלוונטיות לבחירת זוכה במכרז מסויים, טוב תעשה אם תקבע משקל ראוי לאמות המידה האמורות כבר בעת ניסוח המכרז. הפעלת מקבילית הכוחות מחייבת הכרעה בדיעבד מהו הפרש במחיר בין ההצעות השונות המצדיק חריגה מכלל ההכרעה היסודי ובהכרח יוצרת הטיה הפוגעת באמון הציבור.

* הכותבים הם עורכי דין במשרד יגאל ארנון ושות', המתמחים בייצוג לקוחות ציבוריים ופרטיים בתחום המכרזים (הפרטה, תשתיות ומימון). עו"ד זורון תמיר, שותף במשרד, מתמחה גם בליטיגציה מסחרית. עו"ד יובל ברגיל מתמחה גם בטיפול בחברות בקשיים