

עילות להתערבות בית המשפט בהחלטות ועדת המכרזים

ד"ר אורן שבת, עורך דין
משרד ד"ר אורן שבת, עורכי דין ונוטריון

מה בהרצאה ?

- ✓ עקרונות דיני המכרזים – בקליפת האגוז
- ✓ מהו כלל אי ההתערבות בהחלטה המנהלית ?
- ✓ מהי חזקת התקינות ?
- ✓ הפרת החובה לקבל החלטה
- ✓ הפרת החובה לנהל פרוטוקול מלא ואמין
- ✓ אי הקפדה על עקרון השוויון
- ✓ הפרת האיסור להאציל את שק"ד ועדת המכרזים
- ✓ הפרת האיסור בדבר ניגוד עניינים ומשוא פנים
- ✓ הפרת החובה לשמור על סודיות
- ✓ תוצאות אפשריות של התערבות ביהמ"ש
- ✓ סמכות התערבות מיוחדת לחשכ"ל
- ✓ הפרת החובה לנמק כדבעי
- ✓ זכות השימוע הראשונית והמשנית - והפרתן
- ✓ סיכום והמלצות

עקרונות דיני המכרזים – על קצה המזלג

העקרונות ששולטים על דיני המכרזים ואשר צריכים לשמש נר לרגלי ועדת המכרזים, בכל אשר תפעל:

א. אינטרס הציבור

ב. המטרה העסקית

מהו אינטרס הציבור ?

הבטחת ממשל תקין על-ידי ניהול עניניה של הרשות בדרך שיש בה משום מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור.

על הרשות לכלכל מעשיה באופן כזה שלא תעניק זכויות ...אלא על-פי כללים, שנועדו להבטיח שוויון (שוויון = שוויון מהותי ולא פורמאלי) והעדר משוא-פנים וליצור אמון בשיקוליהם והוראותיהם של המופקדים על המינהל הציבורי.

בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פד"י לא(1) 505, 511 (1976)
חשוב לציין: בהתנגשות בין אינטרס הציבור לבין המטרה העסקית – אינטרס הציבור גובר

המשך ...

בבג"ץ יוסי אילן, קבע השופט חשין:

"על חבר ועדת המכרזים לראות עצמו כ'שופט זוטא' המנוער מכל זיקה לעניין הנדון שבפניו, וגם אם נמנה הוא עם חברים רבים בוועדת המכרזים, כמי שההכרעה תלויה אך ורק בו." (עמ' 829)

עוד מציין השופט חשין באותו פסק דין:

"אסור לו לחבר ועדה ליתן ידו ל'מכרז תפור' או ל'מכרז מכור', קרא למכרז שתוצאותיו נקבעו מראש. מכרז שתוצאותיו ידועות מראש אינו מכרז כלל. מעשה רמייה הוא. חברי ועדה או חבר ועדה היודעים מראש מה יחליטו – מועלים בתפקידם." (עמ' 829)

שמירה על עקרון השוויון - דוגמא מוחשית

□ ניהול הליך של קבלת הבהרות לאחר קבלת ההצעות – **מותה**.

תקנה 37(ה) לתקנות המכרזים במוסדות להשכלה גבוהה
תקנה 21(ג) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993
תקנה 19 לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987
פנייה זו תיעשה רק כאשר הצעה לוקה בעמימות במידה מסוימת ומבלי להעניק יתרון בלתי הוגן לאותו המציע, שיפגע בעקרון השוויון כלפי המציעים האחרים.

□ ניהול מקצה שיפורים תוך כדי פגיעה בעקרון השוויון ביחס ליתר המציעים – **אסור**

ע"מ 1012/12 **קופי טיים בע"מ נ' אחוה המכללה האקדמית לחינוך** ליד פסקה 9 לחוות דעתו של השופט עוזי פוגלמן (22.8.2012)

ה"פ (מחוזי ת"א) 2776-09-17 **נדים כמאל ובניו בע"מ נ' החברה הכלכלית לחדרה בע"מ** פסקה 24 לפסק דינה של השופטת ארנה לוי (9.10.2017)

כלל אי ההתערבות בהחלטות ועדת המכרזים

"בית המשפט אינו נכנס בנעלי ועדת המכרזים"

ע"א 334/01 מד"א
דוג' האם תנאי הסף במכרז סבירים ?

דוג' האם קוימו הוראות החוק
לעניין העדפת עסק בבעלות
אישה ?

דוג' האם ההחלטה התקבל
בקוורום הנכון ?

דוג' שרירות ?
משוא פנים ?

מה כן בוחן בית המשפט בהחלטת ועדת המכרזים ?

א. האם החלטת ועדת
המכרזים התקבלה
כדין ?

ב. האם החלטת
ועדת המכרזים
היא במתחם
הסבירות ?

ג. האם החלטת ועדת
המכרזים התקבלה
משיקולים ענייניים ?

עילות
ההתערבות
הגרעיניות

פגיעה בעקרון השוויון בתחרות ההוגנת
בג"ץ 161/80 מלון סן טרופז נ' מנהל מקרקעי ישראל פד"י לד(4) 709
(1980)

חומרת הפגם

התערבות בהחלטה

החובה להפעיל שיקול דעת ולקבל החלטה

ועדת המכרזים אינה מהאו"ם –
היא אינה רשאית שלא להחליט או
להחליט שלא להחליט ובכך להשאיר
את ההכרעה לבית המשפט

ע"מ 4757/08 קליר כימיקלים שיווק (1994)
בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון
(23.10.2008).

השופט אליקים רובינשטיין:

"...הוחלט 'לשבת על הגדר' מעשה או"ם. דבר
זה אינו מתקבל - בכל הכבוד - על הדעת. אינני
סבור כי המינהל הציבורי, נציג הציבור המופקד
על אינטרס הציבור, יכול מנהג כעין זה, ובמיוחד
שעה שמחוקק המשנה עצמו הטיל עליו...
משימה שעליו לעמוד בה." (ליד פסקה כ"א)

"הפעלת שיקול הדעת מצד הרשות אינה תנאי
גרידא לביקורת שיפוטית, אלא גם חובה, שאין
הרשות בת חורין להיבטל הימנה.." (ליד פסקה
כח).

על חברי ועדת המכרזים מוטלת חובה
לקבל החלטה בכל עניין אשר דורש
את הפעלת שיקול דעת הועדה, ואשר
נמצא בסמכות הועדה.

ראו לדוגמא: תקנות 17, 20, 21
לתקנות חובת המכרזים, ביחס לניהול
המכרז ובחירת ההצעה המתאימה
ביותר

בג"ץ 2400/91 בוני בנין ופיתוח בפתח-תקוה
נ' עיריית נתניה, פ"ד מח(5) 69, 73 (1991)

המחלוקת בין קליר כימיקלים לחברת סנו טרם הסתיימה.
מומלץ לעקוב אחר ע"מ 82/18 קליר כימיקלים ייצור ושיווק בע"מ נ'
משרד הביטחון

חזקת תקינות המינהל

□ חזקת התקינות קובעת שברגיל ניתן להניח לטובת הרשות הציבורית כי היא פעלה כדין.

□ מכוח חזקת התקינות אין הרשות הציבורית צריכה להוכיח, כי החלטותיה התקבלו כדין; אולם חזקה זו ניתנת לסתירה, כאשר הנטל לכך מוטל על כתפי האזרח המבקש לסתור באמצעות "ראשית ראייה" אשר ניצב "בהלימה לעניין העומד על הפרק".

ע"מ 4072/11 עיריית בת-ים נ' לוי פסקה 30 לחוות דעתה של השופטת דפנה ברק ארז
(6.11.2012)

החובה לנהל פרוטוקול מלא ואמין

□ על ועדת המכרזים חלה חובה לרשום פרוטוקול **מלא ואמין של דיוניה**, אשר ישקף, למצער, את עיקרי המידע שהובא לפני ואת ההחלטות שנתקבלו בעקבות אותו מידע

□ על הפרוטוקול לשקף את המציאות, **ואין לבצע בו תיקונים** בשל האמת המרה שהוא משקף או לנוכח חוסר נחת מהדברים

בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית ת"א, פ"ד נט(3) 817, 836 (2004)
בג"ץ 3000/97 כהן נ' ראש לשכת עורכי הדין, פ"ד נב(3) 486, 527 (1988)

באילו נושאים חייבת ועדת המכרזים לנהל פרוטוקול ?

החלטת ועדת המכרזים בקשר עם התקשרות ללא פרסום מכרז פומבי של נציגות או סניף של משרד ממשלתי או של יחידת סמך של משרד כאמור במדינת חוץ (לצורך שימוש עצמי) תקנה 3(31)(ב) לתקנות חובת המכרזים

תקנה 3(31)(ב)

תיעוד משא ומתן עם מציעים מקבוצת המציעים הסופית, כאשר המשא ומתן מותר לפי תקנה 7 לתקנות חובת המכרזים

תקנה 7(ג)(2)

אופן קבלת החלטות ועדת המכרזים והנמקותיה

תקנה 10(א)

מהלך פתיחת תיבת המכרזים

תקנה 19(ד)

תיקון טעויות סופר או טעויות חשבוניות

תקנה 19(ג)

הזמנת מציע ובירור עימו את פרטי הצעתו

תקנה 20(ה)

❑ אי ניהול פרוטוקול = פגיעה בחזקת התקינות :

בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל אביב יפו, פד"י נט' (3) 817 (2005)

האצלת שיקול הדעת של ועדת המכרזים

□ ועדת המכרזים אינה רשאית להתפרק משיקול דעתה, מסמכויותיה או להאציל אותן.

□ ועדת המכרזים רשאית להסתייע למנות גורמים מקצועיים לצורך בדיקת כשירות ההצעות, אך היא זו שצריכה לקבל את ההחלטות בנוגע לניהול המכרז, לרבות בנוגע לפרשנות תנאיו.

עע"ם 6117/15 ג.י.א. יזמה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (23.6.2016)

□ לוועדה המקצועית אסור לפנות את המציעים לצורך קבלת הבהרות, אלא אם כן פנתה אל ועדת המכרזים וקיבלה את הנחיותיה בנושא.

עת"ם (מינהלי, ת"א) 45206-08-11 לסיכו בע"מ נ' מקורות חברת המים בע"מ (26.9.2011)

האצלת שיקול דעת - המשך...

תקנה 8א(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993

"ועדת המכרזים אינה רשאית לאצול את תפקידיה... ואולם רשאית היא למנות ועדת משנה שתביא לפניה המלצה בכל אחד מהנושאים כאמור, ואפשר כי החברים בוועדת המשנה, כולם או חלקם, לא יהיו חברים בוועדת המכרזים."

חובת השימוע: הראשונית והמשנית

□ ביסוד חובת השמיעה מונח הכלל שלפיו "לא יורשה גם אדמיניסטרטיבי...לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה."

חובת השמיעה חלה על כל הגופים המינהליים ללא יוצא מן הכלל.

בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה (2) 649-655-656 (1979)

□ כגוף מינהלי, חלה על ועדת מכרזים חובה לקיים שימוע כלפי מציעים במכרזים לפני פגיעה בזכויותיהם.

□ קיימים שני סוגים של שימוע בהקשר של דיני המכרזים:

א. שמיעה ראשונית [קבלת ההצעה, הליך ההבהרות]

ב. שמיעה משנית [דוגמאות בעמוד הבא]

בג"ץ 2400/91 בוני בנין ופיתוח בפתח-תקוה נ' עיריית נתניה, פ"ד מח (5) 69, 73 (1991)

חובת השמיעה - המשך

תוצאות ההפרה

הפרת חובת השימוע עלולה לגרום בטלות של החלטת המינהלית

ע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ'
רשות שדות התעופה (11.6.2000)

בוטלה החלטת ועדת המכרזים על חילוט ערבות מכרז
לאחר שעורכת המכרז לא קיימה כדין את חובת השמיעה
בטרם החליטה על חילוט הערבות

אולם, לא בכל מקרה תגרור הפרת חובת השימוע ביטול של החלטת המכרזים

בג"ץ 2911/94 עבדול באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פד"י
מח(5) 291, 304 (1994)

לדוגמא, כאשר לא היה בהפרת חובת השימוע כדי להביא
לשינוי בהחלטה. כלומר, הפרת חובת השימוע לא גרמה
עוול, כי לא היה בה תועלת.

חובת השמיעה בתקנות חובת המכרזים

תקנה 16 (ד): כאשר ועדת המכרזים מסרבת לכלול אדם ברשימת מציעים למכרז סגור

תקנה 16 ב(ב): לפני חילוט ערבות של מתמודד במכרז

תקנה 21 (ב): בטרם תחליט ועדת המכרזים שלא לבחור את הצעת בעל ההצעה הזולה
או היקרה ביותר או של מתמודד בעל ההצעה המעניק את מרב היתרונות לעורך המכרז

הוראות נוספות לעניין חובת השמיעה מעוגנות גם בהוראות התכ"ם (ראו למשל סעיף
4.5.2 . להוראות תכ"ם: "מכרז סגור" הוראה מס' 7.6.1 . מהד' 6 (בתוקף מיום
29.4.2014)

ניגוד עניינים ומשוא פנים

הכלל בדבר איסור על משוא פנים פירושו, איסור על הימצאות במצב של **ניגוד עניינים**, שבו קיימת אפשרות ממשית של משוא פנים/דעה משוחדת/דעה קדומה.

אולם: יש להבחין בין דעה קדומה [קיים איסור] לבין דעה מוקדמת [אין איסור].

בכל הקשור למשוא פנים קיימת החמרה במכרזים שעניינם קניית שירותים ונכסים, והקלה ביחס למכרזים פנימיים במקום עבודה לאיוש משרות.

בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל אביב יפו, פד"י נט' (3) 817 (2005)

ניגוד עניינים ומשוא פנים - המשך...

תקנה 10(ג) לתקנות חובת המכרזים:

"היה לחבר ועדת המכרזים, לקרובו, או לתאגיד שהוא בעל ענין בו, או ליועץ או לחבר ועדת משנה ענין אישי או מוסדי בנושא הנדון בועדה, לא ישתתף בדיון, ובמקומו ימונה חבר אחר לאותו נושא; לענין זה –

"קרוב" - בן זוג, אח, הורה, צאצא, וכן הורה או בן-זוג של כל אחד מאלה [קרי, קרוב מדרגה ראשונה + הורה או ב"ז של אלה];

"בעל ענין" - כמשמעותו בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968:

סעיף 1 לחוק ניירות עורך קובע מיהו "בעל עניין". בעל עניין הוא בין היתר: "מי שמחזיק בחמישה אחוזים או יותר מהון המניות המונפק של התאגיד או מכוח ההצבעה בו, מי שרשאי למנות דירקטור אחד או יותר מהדירקטורים של התאגיד או את מנהלו הכללי, מי שמכהן כדירקטור של התאגיד או כמנהלו הכללי..."

חובת ההנמקה

תקנה 10(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993:

"החלטות ועדת המכרזים...תהיינה מנומקות ותירשמנה בפרוטוקול שיחתם בידי חברי הועדה הנוכחים בישיבה..."

□ קיימת חשיבות יתירה לקיום חובת ההנמקה של החלטת ועדת המכרזים מטעמים של שקיפות ומתן אפשרות להתחקות אחר שיקולי ועדת המכרזים.

□ דברים אלה נכונים עוד יותר כאשר מתקבלת על ידי הועדה החלטה החורגת "מדרך המלך של המכרז"

□ על ההנמקה להיות מתועדת ולהינתן ב"זמן אמת" לא מאוחר יותר, לאחר הגשתה של עתירה התוקפת את החלטת ועדת המכרזים. כוחם של נימוקים מאוחרים אינו יפה ככוחם של נימוקים ב"זמן אמת".

ע"מ 3813/11 טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות (5.1.2012)

שמירה על סודיות

תקנה 43 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993:

"לא ימסור אדם כל ידיעה שהגיעה לידיו בתוקף תפקידו בענין מכרז העומד להתפרסם או שפורסם, אלא למי שרשאי לקבל את הידיעה."

חובת הסודיות החלה על ועדת המכרזים נוגעת גם על דיוני הועדה. מי שאינו חבר בוועדת המכרזים ולא הוזמן להשתתף בדיוניה, אינו רשאי להיות נוכח בדיונים, שכן הדבר עלול לפגוע בחובת הסודיות החלה על ועדת המכרזים.

ת"א (ב"ש) 1221-08-11 עיריית באר שבע נ' אוהב שלום (7.8.2011)

תוצאת התערבות בית המשפט

פסק דין מתקן "Corrective judgement"

החזרת הדיון
לוועדת
המכרזים
למתן החלטה

ביטול ההחלטה והחזרה
לוועדת המכרזים לדיון
מחודש

ביטול זכייתו של זוכה
והענקת הזכייה
למציע אחר

ביטול המכרז

פיצויים

פסק דין ביקורתי

הפניית פסק הדין
לרשות חוקרת

הפניית פסק הדין
למבקר המדינה



סמכויות התערבות מיוחדות לחשב הכללי

תקנה 24ד לתקנות חובת המכרזים:

(א) החשב הכללי רשאי להורות לוועדת מכרזים של משרד לקיים דיון בנוגע **לפגם** שמצא בהחלטה שקיבלה –

(1) בעניין **תנאים של מכרז** שפרסמה – בכל שלב שממועד פרסום המכרז עד **שבוע לפני המועד האחרון** להגשת הצעות במכרז;

(2) בעניין **פסילה או דחייה** של הצעה שהוגשה למכרז, או בעניין בחירת זוכה במכרז – **בתוך שבועיים** מהמועד שבו התקבלה החלטה כאמור.

(ב) ועדת המכרזים תקיים דיון ותחליט בעניין שהורה עליו החשב הכללי כאמור בתקנת משנה (א), ותעביר לו את החלטתה בתוך תקופה שיקבע.

(ג) החשב הכללי רשאי להורות לוועדות המכרזים ולוועדות הפטור המשרדיות למסור **לו דוחות תקופתיים** ואחרים בנוגע לעבודת הוועדה, אם ראה צורך בכך בשל פגמים שנפלו לדעתו בעבודתה.

ארבע המלצות מסכמות

- לשקול את ההצעות ב"נפש חפצה" ובאובייקטיביות
אין לשבת בוועדה כשהדעה מגובשת מראש או בדעה קדומה
- לגבש החלטה רק לאחר בחינה מדוקדקת של כל החומר הרלוונטי
אין לקבל החלטה מבלי לקרא את כל מה שצריך לקרא ומבלי לשמוע את כל מי שצריך לשמוע
- לאפשר לכל אחד מהמציעים הזדמנות שווה להציג את הצעתו או טענותיו, בכפוף לתנאי המכרז
אין להפלות בין המציעים
- כל פעולה צריכה להיעשות בתום-לב, ומתוך הבנה שוועדת המכרזים היא גוף מינהלי, וחבר ועדת המכרזים הוא נאמן הציבור

תודה על ההקשבה !

ניתן לפנות בשאלות בדוא"ל oren@michrazim.co.il

או בטל' 09-9543895

התעדכנות בפסיקה חדשה הנוגעת לוועדות המכרזים

באתר www.michrazim.co.il