

הצעה בלתי נמנעת

הפסיקה קובעת כי מי שהתמודד במכרז ולאחר מכן ביקש לתקוף את חוקיותו מנוע מלעשות זאת. הלכה ותיקה זו מבוססת על טעמים כבדי משקל, אך היא מטילה על המציע נטל מופרז ויוצרת תמריצים שליליים לעורכי מכרזים. נראה כי יש מקום להחליש אותה מאוד בכמה מישורים

עומר דקל

(מכרזים), תשמ"ח-1987), הוראה זו אינה חוקית. אולם אם המציע לא עתר לבית המשפט נגד חר-קיותה של הוראה זו לפני שהגיש את הצעתו, בית המשפט עשוי לראותו כמי שהסכים לה ועל כן מנוע מלטעון לאי-חוקיותה. נניח עוד שקיימת במכרז הוראה כי המציעים מוותרים על זכותם לדרוש סעד ביניים נגד תוצאת המכרז (דרישה להקפאת תוצאות המכרז עד להכרעה בעתירה עצמה), ואף לא אחד מהמציעים עתר נגד תנאי זה בטרם הגיש את הצעתו - הרי כשהסתיים המכרז הוא מנוע מלדרוש את הקפאת תוצאות המכרז ואף מנוע מלטעון לאי-

חוקיותו של תנאי זה (רע"א 9333/05 **היולט פקארד (יש-ראל) בע"מ נ' מפעל הפיס**, פורסם בנבו, 30.10.05, פסקה 8 לפסק הדין; רע"א 4328/09 **גרינברג נ' מפעל הפיס**, פורסם בנבו, 25.6.09, פסקה 5 לפסק הדין; עת"מ (ת"א) 2144/04 **דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ נ' רשות הנ-מלים**, פורסם בנבו, 16.1.05,

הלכה רבת שנים קובעת כי מציע במכרז מנוע מל-תקוף את חוקיותו של תנאי במכרז לאחר שהתמודד בו. במילים אחרות, אם מציע במכרז סבור כי במס-מכי המכרז או בהליך המכרז נפל פגם, עליו להתריע על הפגם בטרם יגיש את הצעתו, ובמקרה שהתרעתו נדחית עליו לעתור לבית המשפט בטרם חלף המר-עד האחרון להגשת ההצעות. לא עשה כן והתמודד במכרז, הרי שהוא מנוע מלתקוף את תוצאת המכ-רז על בסיס טענה זו לאחר שהמכרז הסתיים (בג"ץ 126/82 **טיולי הגליל נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו (4) 44, 47-48 (1982); עע"מ 8610/03 **אמנון מסילות מע-**



ד"ר עומר דקל, מרצה בכיר, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן

מציע במכרז חש כמי שגורל זכייתו בידי של עורך המכרז, ועל כן עליו להיזהר שלא ליצור איבה כלפיו. הוא יהסס מאוד מלתקוף את חוקיות המכרז עוד בטרם הגיש את הצעתו

לות נ' המועצה המקומית מג'אר, פורסם בנבו, פסקה 11 לפסק הדין (9.8.04)). לדוגמה, נניח כי במכרז שעורכת עירייה יש הוראה כי המציע שומר לעצמו את הזכות לנהל משא ומתן עם המציעים. בהתחשב בכך שעירייה אינה רשאית לנהל משא ומתן במסגרת מכרז (תקנה 18 לתקנות העיריות



ראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 690-688 (1993)), בית המשפט רואה בהגשת ההצעה למכרז ביטוי של הסכמה מצד המציע לתנאיו וממילא ויתור על כל טענה נגד חוקיות תנאיו. רביעית, הימנעותו של מציע מלהתריע על אי-חוקיות של הוראה במכרז ונצירת מידע זה בליבו עד לפרסום תוצאות המכרז, נתפסות על ידי בית המשפט כחוסר הגינות, הן כלפי עורך המכרז הן כלפי יתר המציעים (ע"א 4683/97 **ידע מחשבים ותוכנה נ' משרד הבטחון**, פ"ד נא (5) 643, 646 (1997)).

עם זאת ראוי לתת את הדעת גם לקשיים שמעוררת הלכת המניעות: ראשית, הימנעות מלדון בעתירה מחמת מניעות עלולה להותיר על כנו מצב לא חוקי. יוצא כי בעקיפין בית המשפט נותן את ידו להתנהלות לא חוקית של הרשות, דבר הפוגע בעיקרון שלטון החוק ובוודאי שאינו רצוי (ראו בהשאלה בג"ץ 910/86 **רס"ן יהודה רסלר נ' שר הבטחון**, פ"ד מב(2) 441, 494 (1988)). שנית, ועל כך ברצוני להרחיב, הלכת המניעות מטילה על המציע נטל מופרז עד כדי בלתי הוגן, ויוצרת תמריצים שליליים לעורכי מכרזים.

רזים אינה מספקת לעניין זה, והדרישה היא לעתור לבית המשפט.

בבסיסה של ההלכה כמה טעמים כבדי משקל. ראשית, הלכת המניעות מונעת מצב לא רצוי שבו מציע שיגלה פגם במכרז יימנע מלהתריע עליו, וישמור מידע זה לעצמו עד לסיום ההליך. זכה במכרז – ממילא לא יתריע על הפגם; לא זכה – הרי שבידו אמצעי יעיל לביטול תוצאת המכרז. תוצאה מעין זו תגרום לאובדן מיותר של זמן ושל משאבים הן לעורך המכרז הן לכלל המציעים, ואף תוביל לעיכוב בהתקשרות מושא המכרז. שנית, האינטרס הציבורי הוא שפגם שנפל במסמכי המכרז יתוקן מוקדם ככל האפשר, שהמכרז יתנהל באופן תקין וששלטון החוק יישמר. כדי שכך יקרה יש לתמרץ מציעים להתריע על פגמים. שלישית, בהשאלה מהלכות המניעות וההשתק שהתגבשו במשפט הפרטי (לדוגמה רע"א 4928/92 **יחזקאל עזרא ואח' נ' המועצה המקומית תל מונד**, פ"ד מז(5) 94, 100-102 (1993)), ובהתחשב בכך שבית המשפט רואה במכרז עצמו סוג של חוזה (ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441, 480-481 (1989); ע"א

אשר למציע – מציע במכרז אינו שווה כוחות לעורך המכרז. לפחות מנקודת מבטו הוא חש כמי שגור רל זכייתו מצוי בידי של עורך המכרז, ועל כן עליו להיזהר שלא ליצור איבה כלפיו. אשר על כן, מציע במכרז יהסס מאוד מלתקוף את חוקיות המכרז עוד בטרם הגיש את הצעתו. לכך יש להוסיף כי פנייה לבית המשפט עולה בזמן ובממון. יקשה לצפות ממציע שיוציא הוצאות כה גדולות אם לא ברור כלל שיזכה במכרז, אם ייזום ההליך עלול לפגום בסיכוי לזכות במכרז ואם אין לו אינטרס ייחודי בהוראה הלא חוקית לכאורה. על כן נראה לי כי הנטל שהלכה זו מטילה על כתפי המציע כבד יתר על המידה. שנית, באופן אבסורדי ובניגוד למטרתה המוצהרת, הלכת המניעות עלולה לגרום למציעים להסס אם להתריע לוועדת המכרזים על הוראה לא-חוקית. מצד אחד, התרעה על הוראה לא-חוקית אולי תוביל

לתיקונה. מצד שני, דחיית ההתרעה מרעה את מצבו של המציע, שכן אלמלא ההתרעה יכול מציע לטעון לעיתים כי לא עתר נגדה מבעוד מועד מכיוון שפירש אותה באופן שאינו מסמיך את ועדת המכרזים לבצע פעולה בלתי חוקית, אולם לאחר שהתריע לגביה טענה מעין זו לא תעמוד לו עוד.

אשר לעורך המכרז – כיוון שחולשתו של המציע ידור

עה גם לו, הלכת המניעות יוצרת אצלו תמריצים שליליים לפחות בשלושה היבטים: ראשית, ההלכה מעודדת חוסר השקעה בכתיבה מוקפדת של המכרז, שהרי אם המציע לא יעתור נגד נוסח המכרז הוא יקבל חסינות מפני תקיפה. ומכיוון שהסיכון שתוגש עתירה נמוך, כך גם התמריץ להקפיד בניסוח המכרז. שנית, ההלכה מתמרצת עורכי מכרזים להעניק לעצמם כוחות, סמכויות וחסינויות שדיני המכרזים והמשפט המינהלי אינם מקנים להם. לדוגמה, הוראה המקנה לוועדת המכרזים סמכות לחרוג מאמות המידה לבחירת הזוכה כפי שהן קבועות במכרז; הוראה כי המציעים מוותרים על זכותם לתקוף את החלטתו של עורך המכרז לנהל משא ומתן ואת תוצאת המשא

ומתן (ראו, לדוגמה, עע"מ 3813/11 **טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ**, פר"ר סם בנבו, 5.1.12, פסקה 6 לפסק הדין); או קביעה שהמציעים מוותרים על זכותם לדרוש צו ביניים נגד התנהלות המכרז או תוצאותיו (רע"א **היולט פקארד, לעיל**, פסקה 5 לפסק הדין; עת"מ **דגון בתי ממגורות לישראל, לעיל**, עמ' 13 לפסק הדין). שלישיית, הידיעה כי המציעים כנראה לא יתקפו את נוסח המכרז מתמדת רצת את עורך המכרז להעניק לעצמו כוחות ויתרונות מסחריים רבים ככל הניתן, תוך התעלמות מחובתו לפעול בהגינות ובתום לב. לסיכום, הלכת המניעות מתמרצת עורכי מכרזים לנסח מכרזים כלאחר יד, ולהעניק לעצמם כוחות, סמכויות וחסינויות שהדין עצמו אינו מקנה להם תוך קיפוחם של המציעים.

מהי אפוא המדיניות השיפוטית המתבקשת? לטעמי, המדיניות הראויה צריכה לכלול ארבעה מרכי-

בים: ראשית, אכן יש מקום להטיל על מציע שסבור כי הוראה במכרז אינה חוקית חובה להתריע על כך לוועדת המכרזים בהקדם האפשרי. אולם מעת שהמציע עשה כן, יש לראותו כמי שיצא ידי חובתו, ואין לדרוש ממנו לעתור לבית המשפט נגד הוראה זו. במקרה שהוועדה החליטה להתעלם מההתרעה, הרי שהסיכון הגלום בכך הוא עליה, ולא יראו את המציע

כמושקע מלתקוף את תוצאת המכרז אם היא מושגת תחת על הוראה זו (לפסיקה שונה ראו עת"מ (י-ם) 51671-02-11 **מ.א.ה. מנרב אלקטרה הדרכה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו, 10.4.11, פסקה 20 לפסק הדין).

שנית, נוכח הקוגנטיות של דיני המכרזים (עע"מ 1873/12 **אסום חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' אוניברסיטת בן-גוריון בנגב**, פורסם בנבו, 6.8.12, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת חיות) ראוי לקבוע כי להוראה במכרז הסותרת את הדין אין תוקף, אם מי מהמציעים תקף אותה ואם לאו. שתיתק המציעים, יהיו טעמיה אשר יהיו, אינה יכולה להפוך הוראה בלתי חוקית לחוקית. לדוגמה, הלכה מושרשת היא כי

ההלכה מעודדת חוסר השקעה בכתיבה מוקפדת של המכרז, שהרי אם המציע לא יעתור נגד נוסח המכרז הוא יקבל חסינות מפני תקיפה. ומכיוון שהסיכון שתוגש עתירה נמוך, כך גם התמריץ להקפיד בניסוח המכרז

הגשת ערבות שאינה תואמת את דרישות המכרז היא פגם מהותי הפוסל את ההצעה. מן הראוי כי הוראה במכרז המאפשרת לוועדת המכרזים להבליג על פגם מעין זה תהיה חסרת תוקף, וזאת אף אם המציעים לא מחו נגדה (ע"מ **אסום חברה קבלנית לבניה**, לעיל, פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל ופסק דינה של השופטת חיות; השופט סולברג מבטא גישה מסויגת יותר; בקשה לדין נוסף על קביעות פסק הדין נדחתה – דנ"מ 6667/12 **אוניברסיטת בן גוריון בנגב נ' אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ**, פורסם בנבו, 14.11.12). בדומה, תקנה 7 לתקנות חובת המכרזים קובעת רשימה קצרה של מצבים שבהם רשאי עורך מכרז לנהל משא ומתן עם המציעים. קביעה במסמכי המכרז כי עורך המכרז רשאי לנהל עם המציעים משא ומתן בנסיבות שאינן כלולות בתקנה אינה חוקית, והיא חרגת מסמכות. אין לראות בשתיקת המציעים משום

הענקת סמכות שהמחוקק עצמו נמנע מלהעניקה לעורך המכרז (ע"א 6585/95 **מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר**, פ"ד נ(4) 206, 216 (1996)).

שלישית, קביעה דומה מתבקשת גם לגבי הוראה במכרז הסותרת את תקנת הציבור (ע"מ **אסום חברה קבלנית לבניה**, לעיל, השופטת חיות). לטעמי, דוגמה מובהקת לכך היא הוראה המעניקה לעורך

המכרז חסינות מפני תקיפת שיקול דעתו או תקיפת תוצאת המכרז בבית המשפט באופן כללי או בהליך ביניים. אף שבית המשפט העליון נמנע מלהכריע אם הוראה מעין זו סותרת את תקנת הציבור (רע"א **היולט פקארד**, לעיל, פסקה 5 לפסק הדין; ע"מ **טל-דור מערכות מחשבים**, לעיל, פסקה 21 לפסק הדין), ובשני מקרים בית המשפט לעניינים מינהליים אף הביע עמדה כי הוראה מעין זו עשויה להיות מוצדקת בנסיבות מסוימות (ע"מ **דגון בתי ממוגרות לישראל**, לעיל; ע"מ **מ.א.ה. מנרב אלקטרה הדרכה**, לעיל, פסקות 23–22 לפסק הדין), דעתי בעניין זה שונה. כשם שכל רשות מינהלית אינה מוסמכת לפטור את עצמה מביקורת שיפוטית, כך גם ועדת המ-

כרזים, שאינה אלא סוג של רשות מינהלית. הטיעון כי ההליך השיפוטי עלול לעכב פרויקט חשוב (ע"מ **מ.א.ה. מנרב אלקטרה הדרכה**, לעיל) אינו משכנע בהקשר זה, שכן שיקול הדחיפות הוא אחד השיקולים שביית המשפט ממילא מחויב לשקול בהחלטתו, ואם השתכנע כי אכן מדובר בשיקול הגובר על שיקולים אחרים, חזקה כי ייתן לכך ביטוי בהחלטתו.

רביעית, ראוי לזכור כי חלק ניכר מדיני המכרזים נושא אופי טכני. אין לצפות ממציע מהישוב שאינו מלווה בעורך דין שידע מתי ניהול משא ומתן מותר ומתי הוא אסור; מתי יש לפרסם אומדן להתקשרות ומתי לא; באילו נסיבות רשאית הרשות לבצע התקשרות המשך ללא עריכת מכרז ומתי עליה לערוך מכרז לשם כך; על אילו פגמים רשאית ועדת המכרזים להבליג ומתי הפגם מחייב את פסילת ההצעה. ככל שההוראה הלא חוקית היא מסוג שמציע

סביר יתקשה להבחין בה, כך הרציונלים העומדים בבסיס הלכת המניעות (עידוד המציע להתריע על אי-חוקיות) אינם מתקיימים, ועל כן צריך להיחלש כוחה של טענת המניעות.

לסיכום, אני סבור כי במקרים לא מעטים המשקל שנותן בית המשפט לשיקול המניעות עולה על הנדרש. הגם שאיני רואה מקום לביטול של ההלכה, אני רואה

מקום להחלשה ניכרת שלה לפחות בשלושה מישורים: ראשית, מן הראוי לראות מציע שהתריע לוועדת המכרזים על אי-חוקיותה של הוראה במכרז כמי שיצא ידי חובתו, ואין לראות בהשתתפותו במכרז הסכמה לתנאיו או ויתור על טענתו. שנית, מקום שמדובר בסטייה מהותית של עורך המכרז מכלל קוגנטי של דיני המכרזים או בהוראה הסותרת את תקנת הציבור, הלכת המניעות צריכה לסגת מחמת השמירה על שלטון החוק. שלישית, ככל שאי-החזקת קיות היא בעלת אופי טכני או מקצועי ואין לצפות ממציע סביר שאינו מסתייע בייעוץ משפטי שיבחין בה, אף פה ראוי לייחס להלכת המניעות משקל מופחת.

יש מקום להטיל על מציע שסבור כי הוראה במכרז אינה חוקית חובה להתריע על כך לוועדת המכרזים בהקדם האפשרי, אולם מעת שעשה כן יש לראותו כמי שיצא ידי חובתו, ואין לדרוש ממנו לעתור לבית המשפט