

סבירות תנאי במכרז המטיל על המציע סיכון מוגבר הכרוך בהתנהלות צד שלישי

כידוע, הגשת הצעה במכרז מחייבת את המציע ליטול עליו סיכונים. השליטה בניסוח תנאי המכרז ומכאן בחלוקת הסיכונים שבין המציע לעורך המכרז או בכלל ברמת הסיכון המוטלת על המציע, מצויה בידי עורך המכרז. שאלת נכונות בית משפט להתערב בתנאי מכרז, הקובעים את חלוקת הסיכונים כאמור, עלתה לאחרונה, בדיון שהתקיים בבית המשפט לעניינים מנהליים מרכז.

עת"מ (מרכז) 41042 70 23 הנסון מוצרי מחצבה נ' רשות מקרקעי ישראל

תמצית העובדות הרלבנטיות:

- ❖ עניינו של ההליך הוא, בין היתר, בבקשה לסעד זמני במסגרת מכרז רחב היקף שפרס מה רשות מקרקעי ישראל ("רמ"י") למתן הרשאות להפעלת מחצבה שבגדרן גם הרשאה לתכנון הרחבת המחצבה ("תכנית ההרחבה").
- ❖ במסגרת תנאי המכרז קבעה רמ"י תנאי לפיו, אם תכנית ההרחבה להפעלת המחצבה לא תאושר על ידי מוסד התכנון עד ליום 31.12.2031, חוזה ההרשאה יבוטל, אך דמי ההרשאה שישולמו עד למועד זה בסך 80% מהצעת המציע הזוכה, לא יוחזרו לו ("התנאי").
- ❖ אליבא דעותרת, תכנון הרחבת המחצבה הוא תכנון מורכב ביותר הדורש אישור תב"ע וקיים סיכון עצום כי בשל גורמים שאינם תלויים בזוכה, התב"ע לא תאושר ולא ניתן יהיה להרחיב את המחצבה.
- ❖ העותרת מוסיפה כי הזוכה במכרז צפוי לשאת בעלויות עתק בגין עלויות תכנון של הרחבת המחצבה, סכום שהוא עלול להפסיד ככל שהתב"ע להרחבה לא תאושר, כשמנגד רמ"י מקבלת ונהנית מסכום עתק מבלי לתת לזוכה דבר עבורו.
- ❖ עוד טוענת העותרת כי רמ"י הינה גוף מונופוליסטי ומשכך, קביעת תנאי בלתי סביר כזה, שנועד להתעשרותה שלא כדין, מהווה ניצול מעמדה לרעה וכן מהווה תנאי מקפח בחוזה המנוגד לחובתה המוגברת, כרשות ציבורית, לנהוג בהגינות, בסבירות ובמידתיות.
- ❖ רמ"י טענה מנגד כי מדובר בסוגייה עסקית מסחרית שאין כל מקום להתערבות שיפוטית בה- וכי המציעים ידעו לה עריך את הסיכונים הכרוכים במכרז ולשקללם במסגרת הצעותיהם.

השאלות המשפטיות:

- ❖ באיזה נסיבות יתערב בית המשפט בגיבוש תנאי המכרז? האם הוראות התנאי באות בגדר נסיבות אלו?

נפסק:

- ❖ ככלל, בית המשפט אינו מתערב בגיבוש תנאי המכרז, אלא במקרים חריגים ונדירים אם נמצא שנפל בתנאי פגם מהותי. כך למשל, אם התנאי פוגע בעקרון היסוד של שוויון בהליך המכרזי.
- ❖ התנאי הינו תנאי מסחרי גרידא שאין בית המשפט נוהג להתערב בקביעתו. המחצבה הינה משאב ציבורי. מתן הרשאה להפעלת המחצבה ולכריית חומרי הגלם, מעניקה לזוכה במכרז תועלת כלכלית ניכרת. קביעת סכום מינימלי של דמי ההרשאה שישלם הזוכה למשיבה, כמו גם הקביעה כי עד למועד האחרון שנקבע לאישור ומתן תוקף לתוכנית ההרחבה, ישלם הזוכה למשיבה 80% מדמי ההרשאה שהציע במכרז, גם אם לא תאושר התוכנית וחוזה ההרשאה החדש במחצבה יבוטל, הינה תנאי מסחרי/עסקי מובהק שרשאית המשיבה לקבוע.
- ❖ חזקה על המציעים במכרז מסוג זה שהם בקיאים בתחום המכרז. בהתאם יכול כל מציע לאמוד את הסיכויים והסיכונים הכלכליים והאחרים הטמונים בהגשת הצעתו, לרבות את הסיכונים ככל ולא תאושר תוכנית ההרחבה עד המועד האחרון שנקבע במכרז לאישור, על כל המשתמע מכך מהוראות המכרז ותנאיו. סיכון מסחרי או אי וודאות מסחרית מסוימת במועד הגשת הצעות למכרז אינה מגבשת חוסר סבירות קיצונית במידה המצדיקה בהכרח את הקפאת הליכי המכרז.

❖ ככל שצודקת העותרת בטענתה "זה לא מכרז זה קזינו", אזי יש להניח במידה רבה של וודאות כי הדבר יבוא לידי ביטוי בעת פתיחת ההצעות למכרז. כך למשל, אם לא יוגשו הצעות למכרז, ניתן יהיה לומר כי הסיכון במכרז הכריע את הכף.

הערות בשולי הפסיקה

❖ אין ספק, כי מכרז נועד, בין היתר, למקסם את התשואה לעורך המכרז ומכאן לציבור. עם זאת, הטלת סיכון מוגבר על מציע כאשר היתכנות הסיכון אינה תלויה בו אלא בצדדים שלישיים, אינה בהכרח נכונה או ראויה. הדברים נכונים במיוחד בנסיבות העניין, כאשר "היצע מחצבות" רלבנטי הינו מוגבל מאוד (באזור המרכז קיימות מחצבות בודדות) וממילא, מעמדה של רמ"י כמעניקת זכויות חציבה הוא בלעדי. בנסיבות אלו, כאשר האלטרנטיבות של המציעים להשתתפות במכרז הינן מוגבלות, יצירת מכניזם המטיל סיכון כה משמעותי על מציע שקשה לאומדו מראש בהחלט מכניסה אלמנט של "הימור" להצעות. פורמט עלון זה אינו מאפשר הרחבה בעניין ומשכך אסתפק באמירה כי אלמנט כה מובהק של הימור במכרז (או בלשון אחרת "נטילת סיכון עסקי קשה לצפייה"), לא משרת בהכרח את האינטרס של עורך המכרז.

❖ אוסיף, כי "מקסום תשואה" לעורך המכרז הינה בהחלט מטרה ראויה, אולם לעתים הרצון להשיגו פועל כחרב פיפיות. אבהיר נקודה זו תוך שימוש במכרזים מעולם תוכן אחר, תחום מכרזי התשתיות והבינוי: פרופ' יחיאל רוזנפלד במחקרו "גורמים שורשיים לחריגות בתקציב של פרויקטי בנייה", קבע כי אחת הסיבות המרכזיות לכך שפרוייקטי תשתיות בנייה חורגים בתקציב ובזמן היא שעורכי מכרז מתפתים לבחור בהצעות "זולות מדי" מחד גיסא ומאידך גיסא מכך שבפרוייקטי תשתית יש השפעה מהותית על החריגות לגורמי תת קרקע הקשים לצפייה מראש. במילים אחרות, בתנאי אי ודאות של מציע בהערכת סיכון, בחירה בהצעה של מציע שהעריך הערכת חסר את הסיכון הניצב בפניו, גורמת לכך שעורך המכרז "משלם" על בחירתו, בחריגה מהתקציב ובחריגה מלוחות הזמנים.

מניעות החלה על מציע במכרז מלתקוף את תנאיו

כלל יסוד בדיני מכרזים מקים מחסום של מניעות בפני מציע המבקש לתקוף את תנאי המכרז בו הוא השתתף רק לאחר שנודע לו כי לא זכה בו (אלא אם מדובר בפגם חמור היורד לשורשו של מכרז). אולם, מה הדין כאשר מציע תוקף את תנאי המכרז, לאחר חלוף המועד האחרון להגשת ההצעות, אולם בטרם הוכרז על זוכה במכרז?

ע"מ 1456/2 צבי בן אליעזר נגד משרד האוצר, החשב הכללי ואח-'

תמצית העובדות הרלבנטיות

- ❖ המערער השתתף במכרז ממשלתי ("המכרז").
- ❖ כשבועיים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז, פנה המערער לו ועדת המכרזים ושטח בפניה את טענותיו לפגמים מהותיים שנפלו, לשיטתו, בתנאי המכרז. חמישה ימים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות, הודיעה ועדת המכרזים למערער כי טענותיו נדחות.
- ❖ המערער הגיש הצעה למכרז. במכרז נכללה הצהרתו, לפיה הוא מסכים לתנאי המכרז.
- ❖ מספר ימים לאחר המועד האחרון להגשת ההצעות, הגיש העותרת עתירה נגד תנאי המכרז.

השאלה המשפטית:

❖ קודם למועד האחרון להגשת ההצעות, העלה מציע בפני ועדת המכרזים טענות נגד תנאי המכרז. הטענות נדחו. המציע מגיש הצעה למכרז ללא מתאה ולאחר חלוף המועד האחרון להגשת ההצעות. אולם, בטרם פורסמה זהותו של הזוכה במכרז, מגיש המציע עתירה נגד תנאי המכרז בהתבסס על טענותיו שנדחו. האם דין עתירת המציע להידחות מחמת מניעות?

נפסק:

❖ ככלל, עתירתו של מציע במכרז העותר נגד תנאיו צריכה להידחות על הסף מטעמי מניעות, גם אם הוגשה בטרם הוכרז על זוכה במכרז. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי לעודד משתתפים במכרז לפנות לבית המשפט, בשלב מוקדם ככל האפשר, ולפני המועד האחרון להגשת הצעות. כלל זה כפוף לשלוש הסתייגויות:

- ראשית, כאשר העתירה מעלה שאלות של אי חוקיות או של פגיעה בשלטון החוק, רשאי בית המשפט להחליט, כי האינטרס הציבורי שבבירור העתירה גובר על המניעות.
- שנית, אם המשתתף הביע את השגותיו בפני עורך המכרז ומסיבות שאינן תלויות בו, התשובה הדוחה את השגותיו ניתנה לו במועד כה מאוחר, שאינו מאפשר הגשת עתירה עד למועד האחרון להגשת ההצעות. במקרה זה יכול המציע להגיש את הצעתו תחת מחאה, להבהיר בהודעה בכתב לעורך המכרז על כוונתו לעתור לבית המשפט ובמידת האפשר, לשגר הודעה כזו למציעים פוטנציאליים אחרים. עשה כך המציע – לא תקום נגדו מניעות.
- שלישית קביעת מניעות, ככלל, היא עניין שבשיקול דעת שיפוטי.

❖ בנסיבות העניין, המציע קיבל את התשובה הדוחה את טענותיו רק חמישה ימים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות. אלו נסיבות בהן ניתן לטעון שפרק הזמן הקצר שנותר אינו מאפשר הגשת עתירה. עם זאת, המערער לא הודיע שבכוונתו לפנות לבית המשפט, בהצעתו לא צויין כי היא מוגשת תחת מחאה והוא גם חתם על נספח, בגדרו הצהיר כי הוא מסכים לכל תנאי המכרז. משכך, הדין היה לסלק את עתירת המערער, על הסף, בשל מניעות.

עלון מידע זה כולל מידע כללי וחלקי בלבד ואינו מהווה יעוץ משפטי או תחליף ליעוץ משפטי פרטני י__