

## שיקולי תחרות כטעם לבחירה בהצעה שאינה הטובה ביותר כספית

ככלל, במכרזי "מחיר" על ועדת המכרזים לבחור בהצעה הכספית המיטבית. עם זאת, גם במכרזים כאלה רשאי עורך המכרז, בנסיבות מסויימות שלא להתקשר עם המציע שהצעתו הכספית היא הטובה ביותר. שיקולי שמירה על התחרות הם בין השיקולים שעשויים, במקרים המתאימים, להצדיק החלטה כזו.

## עמ 7383/23 מחצבות כפר גלעדי שותפות מוגבלת נ' רשות מקרקעי ישראל תמצית העובדות הרלבנטיות:

- רשות מקרקעי ישראל ("רמ"י") פרסמה מכרז להפעלת מחצבה בסמוך לנהריה ("המחצבה").
- מכרז נקבע כי ועדת המכרזים תכריז על המציע אשר הצעתו נמצאה כהצעה הכשרה הגבוהה ביותר כזוכה במכרז. עוד נקבע במכרז כי המכרז יועבר לידיעת רשות התחרות.
- רשות התחרות הגישה לרמ"י עמדה מפורטת ולפיה ישנן 4 חברות המפעילות מחצבות באיזור המחצבה וכי זכייה של אחת מהן במכרז להפעלת המחצבה צפויה להוביל להפחתת ההיצע עבור המפעלים לחומרי בניין באזור, בעוד שזכייה של חברה אחרת תוביל בהכרח לשיפור התחרותיות.
- הגם שהצעת המערערת הייתה הגבוה ביותר, החליטה ועדת המכרזים, בהסתמך על שיקולי תחרות, כפי שהובאו במסמך רשות התחרות, שלא לבחור בהצעת המערערת כהצעה הזוכה.
- המערערת טענה, בין היתר, כי בהיעדר תנאי סף שנוגע לשיקולי תחרותיות במסמכי המכרז החלטת ועדת המכרזים, לפסול את הצעת המערערת, חורגת מהוראות המכרז.

## השאלה המשפטית:

- האם החלטת ועדת המכרזים שלא לבחור בהצעה הגבוה ביותר, מקימה עילה להתערבות שיפוטית?

## נפסק:

- בחירתה של ועדת המכרזים לבחור במינוח "פסילה" ביחס להצעתה של העותרת, היא בחירה שיש בה קושי, בהעדר תנאי סף המאפשר לעשות כן. עם זאת, בפועל הצעת המערערת לא נפסלה אלא הוכרזה כהצעה הכשרה הגבוהה ביותר במכרז וחרף זאת החליטה ועדת המכרזים שלא לבחור בה הצעה הזוכה וזאת משיקולי תחרות.
- הוראות המכרז ברורות, והן מלמדות על שני "כללי משחק" שנקבעו במכרז. הכלל הראשון הוא כי הגם שהקריטריון העיקרי בבחינת ההצעה הזוכה במכרז נוגע לגובה ההצעה, רשאית ועדת המכרזים שלא לבחור בהצעה זו כהצעה הזוכה; הכלל השני, נוגע לאפשרות שעומדת לועדת המכרזים להידרש להמלצת רשות התחרות בנוגע לגורם הזוכה עובר להחלטתה. בנוסף, נקבע מפורשות כי מגישי ההצעות לא יבואו בטענות כלפי רמ"י בנוגע לסעיפים אלה. משכך, טענת המערערת שלפיה משהצעתה נמצאה כהצעה הגבוהה ביותר שהוגשה, היה על ועדת המכרזים לבחור בה הצעה הזוכה אינה עולה בקנה אחד עם לשונם הפשוטה של סעיפי המכרז.
- נקבע כי אין מקום להתערב בשיקול דעת ועדת המכרזים. הערעור נדחה.

## הערות בשולי הפסיקה

- רשות התחרות במסמך שפרסמה בעניין "שקילת שיקולי תחרות במכרזים" (28.6.2020). פורסם באתר האינטרנט של רשות התחרות) בוחנת שיקולי תחרות שיש לשקול בהתייחסות להשפעת תוצאותיו של מכרז על שוק נתון. בחינה זו מתמקדת בסיכון הנוצר כי זכייה של מציע מסויים במכרז תצמצם את השוק ותאיין תחרות עתידית בו וכאשר זהות השחקנים בשוק, שהוא באופיו מועט משתתפים, נקבעת על ידי מכרזים. זכייה של "שחקן דומיננטי" במכרז עלולה לגרום לפגיעה בתחרות בשוק נתון בהיעדר תחרות ממשית והדבר יביא להאמרת המחירים בשוק נשוא המכרז ובשווקי ההמשך שלו. במסמך האמור מדגימה רשות התחרות, תוך בחינת שוק מחצבות האבן, כיצד מכרז בתחום אחד עלול לפגוע בתחרות בשוק ההמשך שלו. בתחום מחצבות האבן קיימת תופעה בה חלק מהחברות המחזיקות בזיכיון להפעלת מחצבות מחזיקות גם מפעלי בטון הפעילים בשווקי ההמשך של מחצבות האבן. משכך, לשחקנים הפעילים בתחום ייצור הבטון עשוי להיות תמריץ להגשת הצעה גבוהה במכרז לקבלת זיכיון להפעלת מחצבת אבן אם לאחר הזכייה בכוונתם לחסום את מתחריהם במקטע ייצור הבטון מגישה לתשומות הנדרשות לצורך ייצור הבטון. אחד הכלים המיועדים להגברת תחרות בשווקים מעוטי משתתפים הינו קביעת תנאי סף המקנים עדיפות ל"שחקנים חדשים" או כאלה שמונעים את השתתפותם של "שחקנים קיימים" במכרז.

## בסיס עובדתי חסר להחלטה על התקשרות בפטור ממכרז

בהקשר דיני המכרזים פטור ממכרז הוא "רע הכרחי". משכך, גם מקום בו מאפשר הדין התקשרות בפטור ממכרז מצווה עורך המכרז לבחון תחילה את האפשרות לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז, וככל שהדבר מוצדק וסביר בנסיבות העניין. בהתאמה, החלטה על התקשרות בפטור ממכרז צריך שתתקבל על בסיס מצע עובדתי ראוי ועל בסיס נימוקים של ממש.

## עת"מ (ח') 24--05--29392 טוק טו מי שרותי טלמרקטינג בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ

### תמצית העובדות הרלבנטיות

- חברת החשמל פרסמה מודעה על כוונתה להתקשר עם חברת באבקום, בפטור ממכרז, בהסכם לקבל שירותי ניהול והפעלה של מוקד שירות טלפוני, לצורך מתן מידע ושירות מוקד 103 ("המוקד").
- הנימוק המרכזי לכוונה זו היה כי עריכת מכרז לצורך התקשרות עם באבקום "עלולה לפגוע ביכולתה למלא תפקיד או מטלה שהוטלו עליה לפי דין או ביכולתה לספק שירות חיוני". כך, בהתאם להוראת הפטור הקבועה בתקנה 34(1) לתקנות חובת המכרזים ("התקנה").
- במכרז להקמת המוקד שפורסם בשנת 2022 זכו שתי חברות (שאינן העותרת או באבקום).

- העותרת טענה כי אין בסיס חוקי להתקשרות בפטור ממכרז עם באבקום.

### השאלה המשפטית:

- האם אי מתן הפטור יפגע, כדרישת התקנה, ביכולת חברת החשמל לספק שירות חיוני?

### נפסק:

- לאור העובדה כי "דרך המלך" היא העדפת של התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם כאשר הותר לעורך המכרז להתקשר בפטור ממכרז (תקנה 1 ב(א) לתקנות חובת המכרזים), הרי ששומה על הרשות הציבורית לוודא כי השימוש בפטור הינו מידתי ומרוסן.
- במסגרת תגובתה של חברת החשמל לעתירה היא מנתה מספר נימוקים להחלטת ועדת המכרזים לתת פטור ממכרז להתקשרות עם באבקום. נימוק ראשון היה, הצפי לגידול בפניות למוקד 103. הנימוק השני הוא הסכם הפשרה בתביעה ייצוגית שהוגשה כנגד חברת החשמל, ולפיו התחייבה חברת החשמל לתת מענה מהיר יותר במוקד 103. נימוק שלישי נוגע לצפי כי המאסדר מתכוון לתת הנחיות לגבי זמן המענה המקסימאלי לפנייה למוקד. נימוק רביעי הוא חוסר יכולתן של החברות הקשורות חוזית עם חברת החשמל, לעמוד בביקוש המתגבר.
- חברת החשמל צירפה לתשובתה לעתירה פרוטוקולים מושחרים של ועדת המכרזים שאינם מאפשרים קריאה והבנה מלאים של נימוקיה. לאחר שבית המשפט החליט לבטל חלק מההשחרות התברר מפרוטוקול ועדת המכרזים כי קיים נימוק נוסף לפיו אחת מהחברות שמפעילות כעת את המוקד מפרה את ההסכם. בית המשפט ציין כי טעם זה לא גולה קודם לכן גילוייו כעת גורם תחושת אי נוחות ומוביל לכך שיש לבדוק את טעמיה של חברת החשמל בדקדקנות וביתר שאת, ולדרוש ממנה ראיות חד משמעיות לקיומו של הפטור.
- בית המשפט קבע כי חברת החשמל לא הוכיחה כי התקיימו תנאי סעיף הפטור (פגיעה ביכולת ה לספק שירות חיוני). על רשות מנהלית לבסס את החלטה על תשתית עובדתית. במקרה זה, למעט פרוטוקול ועדת המכרזים שטוען, כי יחול גידול בפניה למוקד 103 לא הובאו הראיות שעל בסיסן ועדת המכרזים קבעה קביעה זו. יתרה מכך, חברת החשמל נעזרה בשירותיה של מומחית, אך לא מצאה לנכון להביא חוות דעתה בפני בית המשפט. בנוסף, לא הובא בפני בית המשפט תוכן הסכם הפשרה שהוגש בתביעה הייצוגית אשר מראה, כי אכן מתוכנן קיצור בזמני ההמתנה למענה בשירות 103, או למתי התחייבה חברת החשמל במסגרת הסכם הפשרה לפעול לקיצור זמני המענה והאם עד לאותו שלב היא יכולה לערוך מכרז.
- בית המשפט קבע כי כשם שאין אדם יוכל להרים עצמו בשרוכי נעליו כך לא יכולה חברת החשמל להוכיח את טענותיה רק על ידי הצגת פרוטוקול הוועדה. חברת החשמל לא עמדה בנטל הוכחת התקיימות תנאי הפטור.

### הערה בשולי הפסיקה

- ועדות מכרזים נוקטות בגישות שונות ביחס להיקף ההנמקה והביסוס העובדתי של החלטותיהן. יש כאלה הבוחרות בגילוי נרחב ולעומן יש כאלה הבוחרות בגילוי מצומצם. פסק הדין מדגים את "תג המחיר" שעשויו להיות לגישה המצמצמת. העתירה התקבלה לאור אי הגילוי של התשתית העובדתית שעמדה בבסיס החלטה. ייתכן, כי חשיפה רחבה של התשתית העובדתית שעמדה בבסיס החלטת ועדת המכרזים הייתה מובילה לתוצאה אחרת.