



גל הררי ושות'
עורכי - דין

רח' ז'בוטינסקי 35 (מגדלי התאומים 2) רמת גן ■ טל: 03-5277666 ■ פקס: 03-5275599
Gal Harari, Law Offices ■ 35 Jabotinsky st., Ramat Gan, ISRAEL 52511
Tel: +972-3-5277666 ■ Fax: +972-3-5275599 ■ office@galh-law.co.il

חידושים בדיני המכרזים – עלון 3/2022

אנו שמחים לשלוח אליכם עלון נוסף, הסוקר עדכונים חידושים בפסיקה בדיני המכרזים. ניתן להצטרף לרשימת התפוצה של העלון באמצעות פנייה לעו"ד גל הררי באימייל gal@galh-law.co.il. בעלונים אנו משתדלים להביא אליכם עדכונים חשובים בתחום דיני המכרזים וחידושי הלכה, אשר ראוי שיהיו בידיעת כל העוסקים בתחום זה.

להרחבה, אתם מוזמנים לבקר באתר האינטרנט שלנו - www.galh-law.co.il - הכולל מידע ותוכן מקיפים בתחום דיני המכרזים.

הגשת הצעות נבדלות למכרז על ידי מציעים קשורים

למעט במקרים יוצאי דופן, מציע רשאי להגיש רק הצעה אחת למכרז. הגשת מספר הצעות על ידי מציע, תביא לפסילת הצעתו. לעתים, מנסים מציעים לאיין איסור זה באמצעות הגשת הצעות על ידי גופים קשורים (כמו חברות אחיות). כאשר הוראות המכרז אוסרות על "מעקף" כזה מצב הדברים ברור. אולם, כאשר מסמכי המכרזים שותקים בהקשר זה, הופך המצב המשפטי למורכב יותר.

ע"מ 1856/22 חי נחמיאס מגורים והשקעות בע"מ נ' פרץ בוני הנגב (1993) בע"מ

תמצית העובדות הרלבנטיות:

- ❖ רשות מקרקעי ישראל פרסמה מכרז למכירת זכויות חכירה ב-5 מתחמים שונים.
- ❖ הוראות המכרז קבעו כי מציע רשאי להתמודד על רכישת מספר מתחמים אך יוכל לזכות רק במתחם אחד.
- ❖ שלוש המערערות הינן חברות קשורות שזכו כל אחת במתחם אחר במכרז.
- ❖ בית המשפט לעניינים מנהליים ביטל את זכיית המערערות במכרז בקובעו, כי המערערות הינן למעשה "מציע אחד" וגם אם לא היו בגדר מציע אחד הרי שלאור כך שהן מצויות בבעלות אותו אדם, הרי שמדובר בתיאום הצעות. מכאן הערעור.
- ❖ בלב הערעור עומדות שתי טענות: **האחת**, כי הצעות שהוגשו למתחמים שונים אינן מתחרות זו בזו, ומשכך יש לפרש את המונח 'תיאום הצעות', כאיסור על ביצוע תיאום, אך ורק לגבי אותו מתחם. **השניה**, כי אם חברה אחת יכולה להגיש הצעות שונות למתחמים שונים מבלי שהדבר



יחשב לתיאום הצעות, הרי שגם חברות קשורות יכול שיגישו הצעות כל אחת למתחם אחר, מבלי שהדבר ייחשב לתיאום.

השאלות המשפטיות:

❖ האם חברות קשורות רשאיות היו להגיש הצעות שונות למכרז גם כאשר הדבר לא נאסר מפורשות במסמכי המכרז? האם חברות קשורות הן בגדר "מציע אחד"?

נפסק:

האם האיסור על תיאום הצעות חל רק על הצעות שהוגשו לאותו מתחם?

❖ סעיף 4.7 לכללי המכרז ("הסעיף") קובע כדלקמן: **"המציע מתחייב להימנע מכל פעולה שיש בה כדי לחשוף את הצעתו או להיחשף להצעתו של מציע אחר, לרבות חשיפת כוונות ושיקולים לפני הגשת הצעה"**. לשון הסעיף אינה מבחינה בין הצעות שהוגשו למתחמים שונים לבין הצעות שהוגשו לאותו מתחם.

❖ בית המשפט קבע כי טענת המערערות, הלכה למעשה, היא כי האיסור חל רק כאשר התיאום עלול לפגוע בתחרות. על כן, הוא אמור לחול רק כאשר נעשה תיאום בין מציעים שהתגלו בדיעבד כמתחרים, אם נמצא כי הגישו הצעות לאותו מתחם.

❖ פרשנות מצמצמת זו, אינה מתיישבת עם לשונו הכוללנית של הסעיף. מעבר לכך, הסעיף אוסר על ביצוע פעולה, וזאת ללא תלות בתוצאת הפעולה. לכן, השאלה שיש לשאול היא אם המציע ביצע את הפעולה שאותה אוסר הסעיף. כל אחת מהמציעות הגישה הצעתה למתחם שונה. **הידיעה לאיזה מתחם הגיש מציע אחר הצעה יכולה להיעשות, רק באמצעות ביצוע פעולת התיאום, מראש**. יתרה מזאת, הפרשנות שלפיה האיסור חל רק על מציעים שהתגלו, לאחר הגשת ההצעות, כמי שמתחרים על אותו מתחם, אינה מתיישבת עם האיסור על חשיפת כוונות ושיקולים "לפני הגשת הצעה".

❖ בשלב שלפני הגשת הצעות, כל המציעים הפוטנציאליים הם בחזקת מתחרים. לאלה יש אינטרס משמעותי למנוע תחרות ביניהם ובדרך זו להגדיל את סיכויי זכייתם. מציעים שונים יכולים, אפוא, 'לחלק' ביניהם את המתחמים, כך שגם ההחלטה על הגשת הצעות, למתחמים השונים, תהא תוצאה של תיאום. במקרה כזה, עצם ההגשה למתחמים שונים מהווה חלוקת שוק, הפוגעת בתחרות ובשוויון בין המציעים ומקנה, למציעים המתאמים, יתרון בלתי-הוגן.

❖ משכך, נקבע כי האיסור על תיאום הצעות, לפי האמור בסעיף, אינו חל רק על הצעות שהוגשו לגבי אותו מתחם, אלא גם על הצעות שהוגשו ביחס למתחמים שונים.

האיסור על תיאום הצעות – האם דין 'חברות קשורות' כדין מציע יחיד?

❖ בעניין זה טוענות המערערות, כי אם מציע בודד רשאי להגיש הצעות שונות למתחמים שונים, מבלי שהדבר יחשב לתיאום הצעות, אזי גם 'חברות קשורות' יכולות לעשות כן.



- ❖ בית המשפט דחה טענה זו בקובעו כי, בניגוד למציע בודד, חברות קשורות יכולות לזכות, במסגרת המכרז, במתחם אחד לכל אחת. ולכן, בניגוד למציע בודד חברות קשורות יכולות להפיק יתרון מתיאום ביניהן ולזכות בדרך זה במתחמים רבים יותר.

הערה בשולי הפסיקה

- ❖ אין לגזור מפסק הדין מסקנה גורפת לפיה הגשת הצעות על ידי חברות קשורות מובילה, בכל מקרה, למסקנה כי הצעותיהן תואמו. בפסק הדין לא נשללה אפשרותו של אותו אדם, או חברה, העומדים בבסיס היחברות הקשורות, להקים 'חומה סינית', כך שכל אחת מן החברות הקשורות תתחרה במכרז באופן עצמאי לחלוטין, תוך שמירה על 'הפרדה אקוסטית'. במקרה כזה, יוכלו 'חברות קשורות' לגשת למכרז כימציעות נפרדות, אף מבלי לתאם ביניהן.

פסילת הצעה בשל ניסיון שלילי קודם

עורך מכרז רשאי לקבוע תנאי סף המאפשר לו לפסול, על הסף, הצעת מציע עימו יש לו ניסיון שלילי קודם. האם בהעדר תנאי סף כזה, עדיין עומדת לעורך המכרז זכות לפסול הצעה בשל ניסיון שלילי עם המציע?

עתמ (י-ם) 4868-06-22 משפחתוני חיים משה מרגלית נ' מדינת ישראל משרד

הרווחה

תמצית העובדות הרלבנטיות

- ❖ משרד הרווחה ("המשרד") פרסם מכרז להפעלת פנימיות לילדים ונוער הזקוקים, לצורך התפתחותם התקינה ורווחתם הנפשית, למעטפת טיפולית חינוכית מחוץ לביתם.
- ❖ בהוראות המכרז נקבעה אמת מידה המתייחסת לניסיון שלילי קודם עם המשרד והמאפשרת למשרד להפחית, בשל ניסיון זה, עד 15 נקודות מדירוג ההצעה.
- ❖ בפני ועדת המכרזים הונחה חוות דעת שלילית ביותר על העותרת מטעם הגורמים המקצועיים במשרד. בשל כך נפסלה, לאחר שימוע, הצעתה. מכאן העתירה.
- ❖ בעתירתה טענה העותרת הוראות המכרז אינן מאפשרות לפסול הצעה בשל ניסיון שלילי קודם, אלא אך ורק להפחית עד 15 נקודות מדירוג ההצעה.

השאלות המשפטיות:

- ❖ האם ניתן לפסול, על הסף, הצעה בשל ניסיון שלילי, גם אם מסמכי המכרז אינם מקנים לעורך המכרז סמכות כזו?



נפסק:

- ❖ בחינת הניסיון הקודם עם מציע, ושביעות הרצון ממנו או חוסר שביעות הרצון, עשויות לשמש תנאי סף במכרז, וכן עשויות להיכלל בין אמות המידה לדירוג ההצעות.
- ❖ במקרה זה, מתעורר קושי בשל כך שעורך המכרז בחר לבחון את הניסיון השלילי הקודם במסגרת אמות מידה ולא במסגרת תנאי סף.
- ❖ ככלל, הרשות איננה רשאית לסטות מתנאי המכרז. איסור זה חל על עורך המכרז, שלא יכול לבצע שינויים יזומים מטעמו, וחל על מתמודדים במכרז שמגישים הצעות החורגות מתנאיו. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר מדובר בעמידת ההצעות בתנאי הסף של המכרז.
- ❖ למרות זאת, הרשות המנהלית רשאית, ולעתים חייבת, לשקול את כשירותו של המציע לבצע את העבודה נושא המכרז, וזאת אף אם בחינת אותה כשירות לא נקבעה כתנאי מפורש במכרז – כתנאי סף או כאמת מידה. בחינה כזו נדרשת כאשר מדובר במכרזים שבהם ישנה חשיבות למיחות הזוכה, מעבר לאיתנותו הכלכלית.
- ❖ יש לנקוט גישה מצמצמת בכל הנוגע לסמכות ועדת המכרזים לפסול הצעה בשל ניסיון שלילי קודם, מקום שבו הניסיון הקודם אינו נמנה על תנאי הסף (מקרים שבהם אין התייחסות לניסיון הקודם כלל או שהניסיון האמור הוא אחת מאמות המידה לבדיקת האיכות) למקרים חריגים בלבד. מקרים חריגים כאלה יוכרו, למשל, בהתקיים שני תנאים מצטברים: טיב השירות הניתן במכרז ועוצמת הניסיון השלילי.
- ❖ נקבע, כי במקרה זה מתקיימים שני התנאים האמורים: מחד גיסא, המכרז מטיבו עוסק בדיני נפשות ובאוכלוסייה פגיעה ומוחלשת; מאידך גיסא, מדובר במקרה חריג שבו הניסיון הקודם הוא רע מאוד. משכך, נדחתה העתירה.

הערה בשולי הפסיקה

- ❖ אין ללמוד מפסק הדין הלכה רחבה המאפשרת, ברגיל, פסילת הצעות בשל ניסיון שלילי קודם, גם אם לא נקבע תנאי סף כזה במכרז. כקבוע בפסק הדין, הוא ניתן בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן וחריגות (הפעלת מסגרות פנימייתיות לנוער פגיע ומוחלש).
- ❖ נראה כי בנסיבות שאינן חריגות, החלטה של עורך המכרז לקבוע כי ניסיון שלילי יקבל מענה במסגרת מתן ניקוד להצעה ולא במסגרת קביעת תנאי סף, תקשה עליו לקבוע, בדיעבד, כי הוא זכאי לפסול בנסיבות אלו הצעה על הסף.

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



גל הררי ושות'
עורכי-דין