

ע"מ 8868/18

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט לערעורים מנהליים

אגם נטו טיולי הקריות

על ידי ב"כ עו"ד יואב ביין ואח'

ממשרד פרופ' ביין ושות', עורכי דין

מרחוב מעלה השחרור 17, חיפה

טל': 04-8668990 ; פקס': 04-8668991

ה מ ע ר ע ר ת

נ ג ד

1. עיריית קרית אתא

על ידי ב"כ עו"ד יגאל גרוסמן

מרחוב הנמל 2, חיפה

טל': 04-8621147 ; פקס': 04-8621503

2. אמנון מסילות בע"מ

על ידי ב"כ עו"ד שי בן נעים

משדרות יצחק בן צבי 61, קרית חיים

טל': 077-3226070 ; פקס': 077-3226042

3. פ.א. נתיבי אתא

על ידי ב"כ עו"ד בן אנקוה ואח'

ממשרד מרדכי מיכאלי ושות', עורכי דין

מדרך מנחם בגין 7, רמת גן, 5268102

טל': 03-5441385 ; פקס': 03-5604534

4. החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי

על ידי ב"כ עו"ד ליאת ברוך

מרחוב לינקולן 20, תל אביב

טל': 03-5626333 ; פקס': 03-5626040

ה מ ש י ב ו ת

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

טל': 02-6466578 ; פקס': 02-6467011

מתייצב להליך

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

אקדמות מילין

1. בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 23.10.2019, במסגרתה התבקשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה באשר לשאלה של "היקף שיקול הדעת של ועדת השלושה, ובפרט האם היא מוסמכת לפסול מציע ספציפי מטעמי אי כשירות או אי שביעות רצון מבלי לפרסם מכרז פורמלי מטעמה", מוגשת בזו עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שתפורט להלן.
2. לקראת גיבוש סופי של עמדה זו, עיינו נציגי היועץ המשפטי לממשלה ונציגי משרד הפנים בעמדות כלל הצדדים להליך. כמו כן, בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, הם עיינו בעמדת מרכז השלטון המקומי מיום 17.3.2020 ועמדת המערערת מיום 19.4.2020 וקיימו שיחות עם נציגיהם. בעקבות פנייה מטעמה להבהיר את טענותיה, התקיימה גם שיחה עם נציגי המשיבה 4.
3. כפי שיפרט היועץ המשפטי לממשלה להלן, בהתאם לסעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), התשל"ב-1972 (להלן: "**חוק מכרזים משותפים**"), רשויות מקומיות רשאיות, **באישור משרד הפנים**, להתקשר עם זוכה במכרז שנערך על ידי ארגון או מוסד ציבורי אחר.
4. בהתאם לנוהל הרלוונטי, אודותיו יפרט היועץ המשפטי לממשלה בהמשך, משרד הפנים מתנה את אישורו להתקשרות שנערכת בעקבות המכרז, בין היתר, בכך שהרשות המקומית תבחר בהצעה הזולה ביותר שהתקבלה בהליך בקשת הצעות מחיר, או שלא תבחר בהצעה כלשהי.
5. **משהותנה בחוק סמכותן של הרשויות המקומיות להתקשר עם הזוכים במכרז של גוף ציבורי אחר באישור שר הפנים, ומשהותנה אישור משרד הפנים – כבמקרה שלפנינו ובמקרים דומים אחרים – בכך שהרשות המקומית תבחר אך ורק בהצעה הזולה ביותר, או שלא תבחר בהצעה כלל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי על הרשות המקומית המבקשת להתקשר לפי סעיף 9 לחוק מכרזים משותפים לקיים תנאי זה ולא לחרוג ממנו.**
6. לפיכך, עמדת היועץ המשפטי היא, כי על בסיס ההסדר הקיים והאישור שניתן להתקשרות על פי המכרז נושא הליך זה, הרשות המקומית לא הייתה רשאית לפסול מציע מטעמי אי כשירות או אי שביעות רצון, בהמשך למכרז שנערך על ידי המשיבה 4.
7. לצד זאת, במסגרת השיח לקראת גיבוש עמדת היועץ המשפטי לממשלה, העלו המשיבה 4 ומרכז השלטון המקומי בין השאר את האפשרות כי יתוקן הנוהל וייקבע הסדר אחר אשר יגודר ויתוחם לפי סוג המקרה ומאפייניו וסוג המכרז ומאפייניו, או כי ישונו תנאי האישור לגבי מכרז מסוים. בלא לנקוט עמדה לעניין זה, הבקשה לשקול תיקון הנוהל תיבחן באופן צופה פני עתיד על-ידי משרד הפנים, בהתאם למידע נוסף שעשוי להידרש לצורך העניין,

בין היתר, מהמשיבה 4 ומרכז השלטון המקומי. ואולם, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין בשינוי עתידי של ההסדר (ככל שייעשה) כדי להשליך על ההליך הנוכחי, אשר לגביו כאמור ניתן אישור שר הפנים או על התנאים שנקבעו באותו אישור.

8. להלן יפרט היועץ המשפטי לממשלה את הבסיס לעמדה זו.

המסגרת הנורמטיבית ונוהל משרד הפנים

9. בהתאם לדין, רשות מקומית מחויבת, ככלל, להתקשר בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה על פי מכרז פומבי (סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש]; סעיף 192 לצו המועצות המקומית, התשי"א-1950, סעיף 89 לצו המועצות המקומית (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958).

10. חוק מכרזים משותפים קובע, כי רשויות מקומיות רשאיות להחליט להתקשר בחוזה להזמנת טובין או שירותים, או לביצוע עבודות, לאחר פרסום מכרז משותף. האפשרות לעריכת מכרז משותף הוסדרה בסעיפים 2-8 לחוק מכרזים משותפים, וכן בתקנות הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), התשל"ג-1973 (להלן: **"תקנות מכרזים משותפים"**).

11. לצד "מכרז משותף" החוק מסדיר גם "מכרז של אחר". סעיף 9 לחוק זה קובע כי "רשות מקומית רשאית, באישור שר הפנים, להתקשר בחוזה להזמנת טובין, להזמנת שירותים או לביצוע עבודות עם מי שזכה במכרז שפורסם מטעם משרד ממשלתי הממשלה או מטעם ארגון או מוסד ציבורי" [ההדגשה הוספה].

סמכות שר הפנים לפי הסעיף האמור נאצלה למנכ"ל משרד הפנים (י"פ 2038 התשל"ד, בעמוד 2153).

12. המשיבה 4, המאוגדת כחברה פרטית, הוקמה על מנת ליתן לרשויות המקומיות שירותים כלכליים ומשקיים, תוך ניצול היתרון לגודל של ריכוז פעילויות וצבירת ניסיון ומומחיות בתחומים אלה. היא נוהגת לפרסם מדי שנה מכרזים פומביים רבים, בתחומים שונים בעלי עניין לכלל הרשויות המקומיות, דוגמת המכרז בענייני הסעות תלמידים העומד במוקד ההליך דנן. בכל מכרז, המשיבה 4 בוחרת מספר זוכים.

13. האפשרות כי משרד הפנים ייתן אישור להתקשר עם זוכה בעקבות "מכרז מסגרת" שנערך על ידי המשיבה 4, בהתאם לסעיף 9 לחוק מכרזים משותפים, ובאילו תנאים, נבחנה בשעתו על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז, מני מזוז, בעקבות פנייה של משרד הפנים אליו, בשנת 2001.

14. במסגרת חוות דעת שנתן (להלן: "חוות הדעת") הדגיש המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז, כי תכלית חוק מכרזים משותפים היא לאפשר לרשויות מקומיות עריכת מכרזים משותפים לשם חסכון בעלויות הכרוכות בפרסום וניהול מכרז נפרד על ידי כל רשות מקומית, וכן הוזלת ההצעות הצפויה מהגדלת היקף המכרז עקב השיתוף של מספר רשויות מקומיות יחדיו באותו מכרז. כל זאת תוך שמירה על עקרונות דיני המכרזים, ובראשם עיקרון השוויון.

במסגרת חוות הדעת, עמד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז על כך שיש לקרוא לתוך סעיף 9 דרישות קונקרטיות המהוות תנאי למתן האישור על ידי שר הפנים. זאת, על מנת למנוע מצב בו סעיף 9 לחוק מכרזים משותפים, ישמש פתח לעקיפת חובת קיום מכרז המוטלת על רשות מקומית, וניהולו לפי עקרונות דיני המכרזים הציבוריים. עוד נקבע, כי מן הראוי כי קונקרטיזציה זו תיעשה בחקיקת משנה או לפחות בנוהל פנימי בכתב, שיינתן לו פומבי, בהם יקבעו התנאים למתן אישור לפי סעיף 9 לחוק מכרזים משותפים.

צילום חוות הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז מיום 26.8.2001 מצורף ומסומן מש/1.

15. בהמשך לכך, בשנת 2002, נקבע "נוהל מתן אישור לפי סעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים)", התשל"ב-1972 למכרזי מסגרת שעורך ארגון או מוסד ציבורי" (להלן: "נוהל משרד הפנים") אשר עניינו התנאים למתן אישור למכרזי מסגרת שעורך ארגון או מוסד ציבורי, לרבות המשיבה 4. בנוהל משרד הפנים נקבע, כי משרד הפנים ישקול לאשר התקשרויות של רשויות מקומיות בפטור ממכרז בהתבסס על מכרז מסגרת שנערך על ידי ארגון או מוסד ציבורי רק בהתקיים התנאים המפורטים בנוהל זה.

נוהל משרד הפנים נועד לתת את הקונקרטיזציה האמורה לעיל לעקרונות שנקבעו בחוות הדעת. בפתח הנוהל צוין, כי הכללים הקבועים בו נקבעו על דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז.

צילום נוהל משרד הפנים מצורף ומסומן מש/2.

16. באשר להתקשרות רשות מקומית עם הזוכה במכרז מסגרת, סעיפים 4(5)-(7) לנוהל משרד הפנים קובעים, כדלקמן:

"(5) פנו גזבר הרשות ומנהל היחידה או הגוף הציבורי לזוכים וקיבל את הצעותיהם, יועברו ההצעות לוועדה המורכבת ממנכ"ל הרשות המקומית (או מזכיר הרשות מקום שאין מנכ"ל), גזבר הרשות והיועץ המשפטי של הרשות, לקבלת החלטתה בדבר ההצעה הזוכה, על פי הוראות סעיף 7 שלהלן.

(6) לא תנהל הרשות משא ומתן עם המציעים, כולם או חלקם.

(7) הרשות המקומית חייבת לבחור בהצעה הזולה ביותר שהתקבלה בהליך בקשת הצעת מחיר, והיא רשאית שלא לבחור בהצעה כלשהי".

17. הינה כי כן, לאחר עריכת מכרז על ידי גוף ציבורי כדוגמת המשיבה 4, נדרשת קבלת אישורו של משרד הפנים לרשויות המקומיות להתקשר עם הזוכים במכרז האמור.

18. אם ניתן אישור משרד הפנים, הרשויות המקומיות זכאיות לפנות לכל הזוכים במכרז לצורך קבלת הצעת מחיר, בהליך שמכונה "נוהל הצעת מחיר". בהתאם לנוהל משרד הפנים, הוועדה המתוארת בסעיף 4(5) לנוהל (להלן: "**ועדת השלושה**"), נדרשת לקבל ולבחון את הצעות המחיר. בהתאם לאותו הנוהל, תנאי למתן אישור משרד הפנים – בו מחויבת כל רשות מקומית שחפצה להתקשר עם זוכה במכרז מסגרת – היא, כי ההתקשרות תיעשה עם מי שהציע את ההצעה הזולה ביותר שהתקבלה בהליך בקשת הצעת מחיר, או לא תיעשה בכלל לפי סעיף 9 לחוק מכרזים משותפים.

19. לדוגמה, באישור שניתן למכרז נושא ההליך דנן – אישור מיום 11.1.2018 להתקשרות עם הזוכים במכרז הס/17/2017 למתן שירותי הסעים ושירותי הסעות של תלמידים – נקבע בסעיף 7, כי "הרשות המקומית חייבת לבחור בהצעה הזולה ביותר שהתקבלה בהליך בקשת הצעת מחיר, והיא רשאית שלא לבחור בהצעה כלשהי".

למען הסר כל ספק, סעיף 10 לאישור האמור קובע, כי "התקשרות שלא תיעשה על פי תנאים אלה תהיה התקשרות שלא כדין".

אישור התקשרות לפי סעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), התשל"ב-1972, אשר התפרסם במסגרת חוזר המנכ"ל 2/2018 ביום 11.1.2018, מצורף ומסומן מש/3.

יצוין, כי תנאי זה נכלל גם באישורים הניתנים לפי סעיף 9 ביחס למכרזים שמפרסמים גופים ציבוריים אחרים מלבד המשיבה 4 (למשל מפעל הפיס, רשות מקרקעי ישראל, החשב הכללי ומשרדי ממשלה אחרים).

למען שלמות התמונה יצוין כי כפי שנמסר ממשרד הפנים, במקרים חריגים ניתן על ידי משרד הפנים אישור למכרז מסוים שקבע שיקול דעת שונה לוועדת השלושה (כך למשל באישור מיום 13.11.2005 שפורסם בחוזר מנכ"ל 8/2005 ביחס למכרז אב/28/2005 לאספקת אוטובוסים שנערך ופורסם על ידי המשיבה 4, נקבע כי "ההחלטה על הזוכה עמו תתקשר הרשות המקומית תתקבל על ידי (ועדת השלושה) בהתבסס על צרכי הרשות", חלף הכלל האמור לעיל לעניין בחירת ההצעה הזולה ביותר. זאת, על בסיס נימוקים שהציגה המשיבה 4 לגבי מאפיינים ייחודיים של המכרז שהצדיקו חריגה מהכלל האמור (וכך גם במכרזים הבאים לאספקת אוטובוסים, ראו למשל אישור מיום 26.3.2018 שפורסם בחוזר מנכ"ל 6/2018 ביחס למכרז אב/5/2017 לאספקת אוטובוסים).

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

20. לאור כל האמור, משהותנתה בחוק סמכותן של הרשויות המקומיות להתקשר עם הזוכים במכרז של גוף אחר באישור שר הפנים, ומשככלל הותנה האישור בכך שהרשות המקומית תהיה רשאית לבחור אך ורק בהצעה הזולה ביותר, או שלא לבחור בהצעה כלל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי על הרשות המקומית המבקשת להתקשר לפי סעיף 9 לחוק מכרזים משותפים לקיים תנאי זה ולא לחרוג ממנו.
- תנאים אלה חלים כאמור מכוח אישורו של שר הפנים להתקשרות לפי סעיף 9 לחוק מכרזים משותפים. מובן כי אין באמור כדי לגרוע מסמכותה ויכולתה של הרשות המקומית שלא לבחור ללכת בדרך זו אלא להתקשר לפי מכרז פומבי שנערך על-ידה או בפטור ממכרז, לפי הדינים שהוזכרו לעיל, או לפי כל דין אחר.
21. יוער, כי בחוות הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז משנת 2001 נקבע, כי "הרשות המקומית תהיה חייבת לבחור בהצעה הזולה ביותר שתתקבל בנוהל הצעת המחיר האמור לעיל, בכפוף לחריגים הקבועים בדין לעניין זה (ראו, למשל, תקנות 24-25 לתקנות המכרזים המשותפים)" (סעיף 11.1(4) לחוות הדעת).
22. תקנות 24 ו-25 לתקנות מכרזים משותפים קובעות נסיבות בהן ועדת מכרזים משותפת, אותה מרכיבות הרשויות המקומיות המשתתפות במכרז משותף, בהתאם לסעיף 1 לתקנות מכרזים משותפים, רשאית לבחור בהצעה אשר אינה הזולה ביותר. ועדת מכרזים זו, אשר קמה מכוח תקנות מכרזים משותפים לצורך ניהול מכרזים משותפים של רשויות מקומיות אינה "ועדת השלושה" הקמה מכוח נוהל משרד הפנים לצורך ניהול מכרזי מסגרת שעורך ארגון או מוסד ציבורי. כאמור, סעיפים 2-8 לחוק מכרזים משותפים ותקנות מכרזים משותפים עוסקים ב"מכרז משותף" שהרשויות המקומיות עורכות, וסעיף 9 לחוק מכרזים משותפים ונוהל משרד הפנים עוסקים ב"מכרז של אחר", כלומר התקשרות של הרשות המקומית על פי מכרז של גוף אחר.
23. נוהל משרד הפנים כפי שאושר ופורסם בסופו של דבר, שונה מחוות הדעת בשני מובנים. ראשית, הושמטה ההפניה לחריגים הקבועים בדין ביחס לבחירת ההצעה הזולה ביותר; ושנית, הוספה הבהרה, כי ועדת השלושה רשאית גם שלא לבחור באף הצעה.
24. ניסוחו של נוהל משרד הפנים בהיבט זה מלמד, כי לא מדובר בטעות קולמוס אלא בהתאמה מכוונת של התנאים הקבועים בפועל באישור משרד הפנים, ביחס לאפשרות שתוארה בחוות הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז. כמו כן, צוין בנוהל כי הכללים המפורטים בו הם על דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) דאז.

25. ראשית, כאמור, די בכך שמדובר בתנאי שנקבע באישור משרד הפנים, כדי לחייב את הרשויות המקומיות, החפצות להתקשר בהסתמך על אותו אישור עם הזוכים במכרז של גוף ציבורי אחר, בקיומו.

26. שנית, נוהל משרד הפנים עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני המכרזים, ובפרט, עם עקרונות השוויון, טוהר המידות ותום הלב, כפי שיוסבר להלן.

27. במצב הדברים האמור, הרשויות המקומיות אינן עורכות את הליך המכרז, על כל המשתמע מכך. המכרז נערך על ידי גוף אחר, ובמקרה זה – המשיבה 4: התנאים בו נקבעים על ידה; פרסום המכרז נעשה על ידה; ההצעות מוגשות לה; ועדת המכרזים שלה היא זו שבוחנת את ההצעות לאור תנאי הסף ואמות המידה שנקבעו על ידה במכרז ובוחרת את הזוכים בהתאם. במובן זה, ועדת המכרזים של המשיבה 4 היא המקבילה לוועדת מכרזים לפי פקודת העיריות, תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, צו המועצות המקומיות, התשי"א-1950, צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958 ולוועדת המכרזים המשותפים לפי תקנות המכרזים המשותפים. שיקול הדעת בבחירת הזוכים במכרז, הכרוך בבחינת כושרו של המציע, ניסיונו, וכל משתנה רלוונטי אחר, מסור לוועדת המכרזים של המשיבה 4 ופעילותה מגשימה את תכליות דיני המכרזים הציבוריים.

על כן, למעשה האפשרות לפעול לפי תקנות 24-25 לתקנות המכרזים המשותפים לשקול שיקולים רחבים יותר מעבר למחיר הזול ביותר נותרה בעינה – אולם סמכות זו ניתנה לוועדת המכרזים של הגוף הציבורי, שהינה עורכת ומבצעת מכרז בעצמה על פי הוראות חוק המכרזים המשותפים, ולא לוועדת השלושה שאינה מבצעת מכרז אלא פועלת בהתאם להוראות פטור שניתן להתקשרות על פי מכרז של גוף אחר.

28. בהקשר זה ישלים היועץ המשפטי לממשלה, כי בהתייחס לטענות המבקשות ללמוד מהרכב ועדת השלושה (מנכ"ל הרשות, גזבר הרשות והיועץ המשפטי שלה, או נציגיהם) לעניין היקף שיקול דעתה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי נוהל משרד הפנים והאישורים הניתנים על פיו מגדירים באופן ברור את גדרי שיקול הדעת של ועדת השלושה לעת שהיא פועלת בהתאם לאישור כאמור.

29. הרכב ועדת השלושה אכן זהה להמלצת "הוועדה לבחינת דרכים לחיזוק שלטון החוק וטוהר המידות בשלטון המקומי" (להלן: "**ועדת זילבר**") באשר להרכב הרצוי של ועדות המכרזים של הרשויות המקומיות (סעיפים 27-29 לדו"ח ועדת זילבר). עם זאת, וכפי שפורט לעיל, תפקיד ועדת השלושה שונה בתכלית מתפקיד ועדת המכרזים המנהלת את הליך המכרז מתחילתו, על מכלול הוראותיו, כמו גם מהרכב ועדת המכרזים הקבוע בפקודת העיריות, בצו המועצות המקומיות ובצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), ואין מקום לגזור גזרה שווה ביחס להיקף שיקול הדעת של כל ועדה.

30. כאמור, רשות מקומית שמבקשת להתקשר עם זוכה במכרז לפי סעיף 9 לחוק המכרזים המשותפים אינה עורכת את המכרז. הלכה למעשה, היא מבקשת להתקשר בפטור ממכרז

ולאמץ את התוצאות של מכרז של גוף אחר. בבחירתה ליהנות מן היתרונות הטמונים במכרז של גוף אחר, הרשות המקומית מוותרת על קביעה של תנאי הסף ושל תנאי ההתקשרות לגופה, וכן על בחינה עצמאית של ההצעות – ובוחרת לאמץ את המכרז על כל תנאיו, לרבות שיקול הדעת של ועדת המכרזים של הגוף עורך המכרז.

31. יובהר, כי מקום בו הרשות המקומית אינה מנהלת את הליך המכרז בעצמה, לא קיימים מנגנוני הפיקוח והבקרה, הפנימיים והחיצוניים, הקבועים ביחס לפעילות הרשות המקומית בעניינים אלה בדרך כלל, אשר נועדו להבטיח כי שיקול הדעת יופעל באופן המקיים את העקרונות החולשים על מכרזים ציבוריים. לפיכך, התנאים שנקבעו בנוהל משרד הפנים, ונקבעים באישורים הפרטניים שניתנים לפיו, נועדו לצמצם ככל הניתן את שיקול הדעת של הרשות המקומית בבחירת זהות הגורם עמו תתקשר בעקבות מכרז של גוף אחר.

32. הדברים נכונים גם ביחס לאפשרות, כי הרשות המקומית תתחשב בניסיון העבר שלה עם זוכה ספציפי. מתן אפשרות לרשות מקומית לשקול פרמטרים מהותיים, סובייקטיביים, השייכים לשלב של בחינת ההצעות, מעורר חשש כי ייפגע עקרון השוויון בין המציעים ועקרון ההגיונות. זאת, כאשר כלל ההצעות נבחנו על ידי ועדת המכרזים של הגוף הציבורי באופן שוויוני, היא קבעה כי מדובר בזוכים בעלי הכושר המתאים לביצוע העבודה, והזוכים ממשיכים להתמודד ואולי אף לזכות במכרזים דומים ברשויות מקומיות אחרות מכוח אותו מכרז. ההקפדה על כלל הבחירה במסגרת האישור, נועד להביא להפעלת שיקול דעת אובייקטיבי ככל הניתן על ידי הרשות המקומית, לאחר שמכלול השיקולים כבר נשקלו על ידי ועדת המכרזים של הגוף הציבורי. זאת, כאשר עומדת האפשרות לפני הרשות המקומית לבחור האם לפעול בדרך האמורה תוך אימוץ תוצאות המכרז או לפעול לביצוע מכרז משל עצמה תוך קביעת תנאיו והתאמתו לצרכיה ומאפייניה.

יובהר, כי אין מניעה שוועדת המכרזים של הגוף הציבורי עורך המכרז תשקול במסגרת שיקוליה לבחירת הזוכים במכרז גם את ניסיון העבר של הרשויות המקומיות עם המציעים. כך אף נקבע במכרז מושא הליך זה, כי ועדת המכרזים של המשיבה 4 רשאית לבחון את אמינותו וכושרו של המשתתף לבצע את החוזה המוצע ואת ניסיונה של החברה והרשויות המקומיות עם המשתתף בעבר (ראו ציטוט מתנאי המכרז בסעיפים 13 ו-39 לפסק הדין של בית המשפט קמא).

ניסיונם של המציעים עם הרשויות המקומיות יכול להיות ידוע למשיבה 4 במקרים בהם היא מעורבת גם בהתקשרות עצמה, כחברה מנהלת; וככל הנראה כך היה גם בענייננו (ראו למשל את שהובא מפי העירייה בסעיף 18 לפסק הדין של בית משפט קמא, לגבי מעורבותה של המשיבה 4 בכל הנוגע להתנהלות העותרת מול העירייה, לרבות מכתבי התרעה, ישיבות בירור, דוחות ביקורת ועוד). במסגרת זו המשיבה 4 נחשפת להתנהלותם של המציעים הזוכים מול הרשויות המקומיות, ועל כן במכרז הבא תוכל ועדת המכרזים שלה לאסוף את הנתונים האמורים ולבחון את ניסיון העבר.

ככל שהמשיבה 4 תהיה סבורה, כי יש להרחיב את האפשרות לאיסוף נתונים בנוגע לניסיון העבר של המציעים עם הרשויות המקומיות, ניתן אף לקבוע מנגנון לפיו הרשויות המקומיות יוכלו לפנות מיוזמתן למשיבה 4 ולעדכן אותה על התנהלות הזכיינים (זאת כאמור במקרים בהם הרשות המקומית התקשרה עם זוכה במכרז של המשיבה 4, אך ללא מעורבות של החברה כחברה מנהלת במסגרת ההתקשרות עצמה). בנוסף, ניתן אף לבחון מנגנון לפיו במכרזים בהם המשיבה 4 סבורה שיש רגישות או חשיבות מיוחדת לבחינת ניסיון המציעים, היא תפנה באופן יזום לרשויות המקומיות – כלל הרשויות או באופן מדגמי בכל שנה – בשאלון הנוגע לשביעות הרצון שלהן והניסיון שלהן מול הזכיינים הרלוונטיים.

מדובר כמובן בהצעות בלבד, ועל המשיבה 4 יהיה לבחון האם וכיצד יש לשכלל את המנגנון לבחינת ניסיון העבר של הרשויות המקומיות על ידי ועדת המכרזים שלה.

ודוק, שקילת האפשרות של רשות מקומית להתקשר עם זוכה במכרז שערך גוף אחר נעשית לאחר שתוצאות המכרז שעל פיו מבקשים להתקשר בפטור ממכרז מונחים לפני מקבלי ההחלטות, לרבות זהות הזוכים במכרז – ביניהם יערך הליך בקשת הצעות המחיר. מכאן שכבר בשלב זה יודעת הרשות המקומית מי הם המשתתפים ודבר זכייתו במכרז של מציע, עמו לרשות המקומית ניסיון רע, ידוע לה עובר להחלטתה לעשות שימוש במכרז האמור. אשר על כן, ככל שרשות מקומית סבורה, כי רשימת המשתתפים שנקבעו אינה מתאימה לצרכיה, ביכולתה להחליט מראש שלא לעשות שימוש במכשיר האמור ולפעול לביצוע התקשרות על פי מכרז שיוכן על ידה ובהתאם למאפייניה ולצרכיה.

בהקשר זה נראה, כי יש קושי של ממש בהתנהלות לפיה תחילה הרשות המקומית פונה למציע, אשר נקבע כזוכה במכרז, ורק לאחר שהתברר כי אותו מציע זכה – היא מבקשת לבחון את כשירותו של המציע (ולא של הצעת המחיר), לפסול אותו ולבחור במציע אחר. נזכיר בהקשר זה יזכיר היועץ המשפטי לממשלה את ההלכה לפיה משתתף במכרז נדרש להודיע על פגם במכרז מוקדם ככל הניתן. ראו והשוו, בשינויים המחויבים, את שנפסק בע"א 4683/97 **ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(5), 643, (1997) מפי כב' הנשיא ברק:

"אמת, משתתף במכרז, המודע לפגם במכרז או בהליכו, צריך להודיע על כך בעוד מועד. אין זה ראוי כי משתתף במכרז, הפגום לדעתו, ינצור הפגם בלבו, מתוך תקווה לזכות בו, ורק אם הפסיד יעורר טענות פגם (ראה בג"ץ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון ואח' [1], בעמ' 512; בג"ץ 430/89 מאור שילוט ופרסום חוצות מואר בע"מ נ' עיריית כפר-סבא [2], בעמ' 270). התנהגות שכזו אינה בתום-לב. היא נופלת מאמת המידה להתנהגות ראויה בין משתתפים במכרז ביחסיהם ההדדיים, וביחסים שבינם לבין בעל המכרז".

וכן ראו והשוו בג"ץ 126/82 טיולי הגליל בע"מ נ' ממשלת ישראל, לו(4) 44 (1982):

"הנימוק להלכה זו הוא, כי אדם, אשר שתק בזמן שהגיש הצעתו למכרז, מוותר על האפשרות להטיל דופי לאחר מעשה במכרז ובתנאיו. מפרסם המכרז והמשתתפים בו זכאים לבטוח, שכל אחד מהמשתתפים קיבל על עצמו את תנאיו, ושבהליכים תקינים ומקובלים יוכל המזמין לקבל את ההצעה הטובה והנוחה לו ביותר, וכן כי מציע הצעה זאת הוא שיזכה במכרז. (ראה: בג"צ 5[292/61]). כל הגשת הצעה על הכרוך בה דורשת מאמץ והשקעה ניכרים. על-כן לא יהא זה הוגן, אם משתתף במכרז, הרואה בו פגם מתחילתו, ישתוק, אך יתריע על כך, לאחר שהתברר לו שלא זכה. יש בכך חוסר הגינות הן כלפי המזמין והן כלפי המשתתפים האחרים".

33. יצוין בנוסף, כי כחלק מבחינת מתן האישור, משרד הפנים בוחן בין היתר את מספר הזוכים שנבחרו במכרז. זאת, בין השאר על מנת לבחון את מידת התחרותיות במכרז עצמו ואת האפשרות לערוך תחרות אמיתית בנוגע למחיר בשלב הצעות המחיר. כך למשל, אם במכרז מסוים או בקטגוריה מסוימת במכרז נבחר מציע כשיר אחד בלבד, משרד הפנים לא ייתן אישור לרשויות המקומיות להתקשר על פי אותו מכרז או אותה קטגוריה, משום שנשללת בכך התחרות בשלב הצעת המחיר (ראו סעיף 3(4) לנוהל משרד הפנים). כל זאת, מתוך רצון כי מספר המציעים שבסופו של יום יהיו רשאים ויכולים להתמודד בהליך הצעות המחיר יהיה המרבי. גם מטעם זה יש קושי בעמדה לפיה הרשות המקומית רשאית לפסול מלכתחילה מציע שנמצא כשיר על ידי ועדת המכרזים והוכרז כזוכה במכרז, ובכך לצמצם למעשה את מספר המציעים הפוטנציאלי בשלב הצעת המחיר, תוך פגיעה בעיקרון קיום התחרות.

34. יצוין, כי מכרז כולל בתוכו איזון בין אינטרסים שונים, וכך גם ההסדר לעניין מכרז של גוף אחר. כך למשל, מטבע הדברים תנאי הסף והכשירות במכרז המיועד למספר רב של רשויות מקומיות הם גבוהים יותר, שכן הזוכה יידרש לספק שירותים או עבודות בהיקף גבוה. אולם הגבהת הרף מוצדקת ביתרונות הגלומים במכרז המשרת מספר רב של רשויות מקומיות, ובפרט היתרון לגודל, היעילות והאחידות. כאשר רשות מקומית עורכת מכרז עצמאי, היא יכולה לקבוע תנאים המתאימים באופן ספציפי לצרכיה ולאופיה, ועדת המכרזים שלה רשאית להפעיל שיקול דעת רחב יותר בבחינת ההצעות (בהתאם לדיני המכרזים, כמקובל), אולם, בהתאם גם תנאי הסף יותאמו להיקף השירותים הנדרש על ידי הרשות בלבד.

עירוב התחומים, כאשר מצד אחד תנאי הסף נקבעים בהתאם למכרז משותף ורחב היקף המנוהל באופן מרוכז ואחיד; ומצד שני שיקול הדעת מופעל באופן פרטני על ידי כל רשות

ורשות בנפרד, על פי ניסיונה ושיקוליה – עלול להפר את האיזון ואף להביא לפגיעה מהותית ובלתי מוצדקת בשוויון בין הספקים ובין ספקים פוטנציאליים (שלא עמדו בתנאים של מכרז המיועד למספר רב של רשויות, אבל כן יכולים לעמוד במכרז בהיקף מצומצם יותר של רשות אחת בלבד). במצב כזה, ההצדקה להגבהת הרף (המוסברת כאמור בגודל, יעילות ואחידות) פוחתת.

35. היועץ המשפטי לממשלה ישוב וידגיש, כי כאשר הרשות המקומית מבקשת להתקשר עם זוכה במכרז של גוף אחר לפי סעיף 9 לחוק המכרזים המשותפים, היא עושה זאת לפי התנאים הקבועים באישור משרד הפנים – ולא לפי תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, צו המועצות המקומיות, התשי"א-1950 או צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958. תקנות אלו מאפשרות אמנם לוועדת המכרזים לשקול שיקולים מעבר למחיר, אולם הן גם קובעות הסדר כולל הנוגע לעריכת המכרז על ידי הרשות המקומית – לרבות אופן פרסומו, אופן הגשת ההצעות, פתיחתן ובדיקתן, השיקולים שניתן לשקול ושחובה לשקול ועוד. כאשר הרשות המקומית מבקשת לערוך התקשרות שלא על פי התקנות האמורות אלא על פי סעיף 9 לחוק המכרזים המשותפים, אין באפשרותה להסתמך על הוראות בודדות מתוך התקנות, שאינן משקפות את ההסדר הכולל הקבוע בהן, ושכאמור כלל לא הוחלו על התקשרות על פי סעיף 9 לחוק המכרזים המשותפים באישור ובנוהל שנקבע לעניין זה.

מדובר אם כן במסלולים שונים – כל מסלול על מכלול הוראותיו.

36. יצוין, כי כל האמור לעיל עולה בקנה אחד גם עם הצורך בשמירה על כללים ברורים ואחידים בדיני המכרזים. ראו למשל דברי כב' השופט מלצר בע"מ 5399/14 מור חברה לשיווק מוצרי בניה (1992) בע"מ נ' א.פ. פורמייקה סנטר (1998) בע"מ (פורסם באר"ש, 24.1.2016):

"שימוש באמות מידה שלא פורסמו מראש, או שאינן מובנות מטבע הדברים מתנאיו של המכרז – עלול להוביל לפגיעה שאיננה מוצדקת בהסתמכותם של הצדדים על כללי המכרז, ובשוויון בין המציעים, וזאת גם אם ביסוד התנאים הנוספים עומדים שיקולים רלוונטיים (ראו: ברק-ארז, משפט מנהלי כלכלי, כרך ג' 96 (2013) (להלן: ברק-ארז) בג"צ 316/63 גזית ושחם, חברה לבנין בע"מ נ' רשות הנמלים ואח', פ"ד יח(1) 172 (1964); ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984) פ"ד נ(5) 59 (1996)). נוכח האמור, נפסק כי יש להקפיד הקפדה יתרה על ניסוחם של תנאי המכרז, כך שיציגו את הדברים באופן ברור ונהיר, שאיננו משאיר כר ל"פרשנות יצירתית" (ראו למשל: ע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר - מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ [פורסם

בנבו] (27.2.2006); ע"מ 2914/09 אגודת מגן דוד אדום
בישראל נ' משרד החינוך [פורסם בנבו] (24.11.2009).
לעניין זה יפה מה שנאמר ב-ע"מ 5853/05 אחים כאלדי
בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ [פורסם בנבו] (16.1.2007)
(להלן: עניין כאלדי):

"שמירה קפדנית ודקדקנית על כללים ברורים ואחידים היא
ערובה לקיום העקרונות המהותיים של שוויון והגיונות
המכרז, להגברת אמון הציבור בשיטת המכרזים, למאמץ
לנעילת דלת השחיתות ולשינוי היחס המקל ראש, לעתים,
בדרישות המכרז מצד חלק מהמציעים. גישה אחרת אולי
תועיל לקופת הציבור במקרים מסויימים לטווח קצר, אך
יפגע בה קלקול המידות בטווח הארוך, ועמו כל החלאים
הכרוכים בכך" (שם, בפיסקה י"ד).

37. הדברים יפים מקל וחומר לענייננו, כאשר מדובר בהליך של פטור ממכרז שמתקיים
בהתאם לתנאים הקבועים בנוהל משרד הפנים ובאישור משרד הפנים.

38. יוער, כי היקף שיקול הדעת של ועדת השלושה שאינו נוגע לזהותו של המציע ולניסיון
הרשות עמו – דוגמת שיקול דעתה ביחס להצעת מחיר שהיא גרעונית, כרוכה בפגיעה
בזכויות עובדים, הוגשה באיחור, תוך הסתייגות מהותית או פוגעת בהיבט אחר היורד
לשורש קיומה של ההצעה – הוא שאלה נפרדת ושונה אשר לא נתבקשה ביחס אליה עמדת
היועץ המשפטי לממשלה במסגרת החלטת בית המשפט הנכבד מיום 23.10.2019.

מעבר לנדרש יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי מקרים אלה מחייבים את בחינת ועדת
השלושה משום שהם נוגעים להצעת המחיר עצמה ולשאלה האם אכן הצעה לפניה ולא
לניסיונו, כושרו, אמינותו ואיכותו של המציע. זאת, בין היתר על רקע העובדה כי הצעת
המחיר לא נבחנה ולא הייתה יכולה להיבחן על ידי ועדת המכרזים של הגוף עורך המכרז,
המשיבה 4. משכך, בחינה זו – אשר מוגבלת לפגמים יסודיים בהצעת המחיר היורדים
לשורש קיומה של ההצעה, להבדיל מפגמים שעשויים ליפול במתחם שיקול הדעת של ועדת
מכרזים – היא חלק אינהרנטי משלב נוהל הצעת מחיר ומסורה לוועדת השלושה (לעניין
פגמים שעשויים ליפול במתחם שיקול הדעת של ועדת המכרזים, ראו פסק הדין של כב'
השופט מ' מזוז בע"מ 5409/18 רשות מקרקעי ישראל נ' מוחמד סלימאן (פורסם באר"ש,
3.1.2019)).

39. דומה, כי ההליך דן מחדד את הפער שיכול לעיתים להיווצר בין ההערכה הכללית של
כושרו של מציע, במבט רחבי, לבין שביעות רצונה של רשות ספציפית ממנו, בהתבסס על
ניסיון עבר. עם זאת, מכל הטעמים שפורטו לעיל, עקרונות היסוד של ההליך המכרזי
מחייבים כי השיקולים הנוגעים לכשירותו של מציע יישקלו ככל הנדרש ובהתאם למכרז
ולמאפייניו, על ידי ועדת המכרזים של עורך המכרז (בענייננו, המשיבה 4). מכאן מוצע, כי

המשיבה 4, ככל שהיא רואה צורך בכך, תבחן כיצד ניתן להבטיח שקילה נכונה של לקחי העבר של כלל הרשויות המקומיות בשלב המתאים לכך בהליך המכרז.

40. לבסוף יבקש היועץ המשפטי לממשלה להתייחס לטענת מרכז השלטון המקומי באשר לקביעה בפסק הדין בעע"מ 4818/17 טל אופיר גינן ופיתוח בע"מ נ' עיריית כרמל (פורסם באר"ש, 28.2.2018) כי "על אף שכותרתו "נוהל הצעות מחיר", אין ספק, ואף הצדדים עצמם לא חלקו על כך, כי דין הנוהל כדין מכרז". במקרה זה נדונה החלטה של רשות מקומית לבטל נוהל הצעת מחיר ולצאת לאחר מכן למכרז עצמאי באותו עניין (כאשר האפשרות שלא לקבוע אף אחת מההצעות כזוכות מצויה אף בנוסח אישור משרד הפנים הקיים). לשיטתו של היועץ המשפטי לממשלה, קביעת בית המשפט בהקשר זה נותנת ביטוי למחויבות הנדרשת מן הרשות המקומית לעקרונות ההגיונות והשוויון העומדים ביסוד כל הליך מכרזי ולא ניתן לגזור ממנה, כשלעצמה, מסקנות בעניין היקף שיקול הדעת שמסור לוועדת השלושה בנושאים שלא הוקנו לה באישור. ודוק, קביעתו של בית המשפט העליון בעניין זה הייתה כי החלטת הרשות צריכה להתקבל בתום לב ושיקולי הרשות צריכים להיות סבירים. משכך, בית המשפט העליון קבע כי אמנם לוועדת השלושה מסורה הסמכות שלא לבחור בהצעה כלשהי, כאמור בנוהל משרד הפנים ובאישור שניתן, אולם "אין באמור כדי לפטור את העירייה מלעמוד בחובות המוטלות עליה כרשות ציבורית, היינו החובה לפעול בהגיונות, בתום לב ובסבירות" (בפסקה 21 לפסק הדין). אין מקום ללמוד מפסק הדין את שלא נאמר בו, כאילו לוועדת השלושה הפועלת מכוח נוהל משרד הפנים מסור שיקול הדעת של ועדת המכרזים הפועלת לפי תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987, מכל הטעמים שפורטו לעיל.

סוף דבר

41. לסיכום, עמדת היועץ המשפטי לממשלה – **על בסיס הדין הקיים ונוהל משרד הפנים** – היא, כי הרשויות המקומיות החפצות להתקשר עם זוכה שנבחר במכרז מסגרת עושות זאת בעקבות אישור משרד הפנים, והן כפופות לתנאיו. אם החליט משרד הפנים כי אישור להתקשרות כזו יותנה בכך שהרשות תבחר בהצעה הזולה ביותר, או שלא תבחר בהצעה כלל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי לא מתאפשר לרשויות המקומיות לפסול מציע ספציפי שלא על בסיס הצעת המחיר שהציע, ובכלל זאת אף לא מטעמי אי כשירות או אי שביעות רצון, ולבחור במציע אחר במקומו.

42. לצד זאת, כאמור לעיל, בלא לנקוט עמדה לעניין זה, בקשת מרכז השלטון המקומי והמשיבה 4 לשקול תיקון לנוהל אשר יגודר ויתוחם לפי סוג המקרה ומאפייניו וסוג המכרז ומאפייניו, תיבחן באופן צופה פני עתיד על ידי משרד הפנים, בהתאם למידע נוסף שעשוי להידרש לצורך העניין, בין היתר, מהמשיבה 4 ומרכז השלטון המקומי. ואולם, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין בשינוי עתידי של ההסדר (ככל שיעשה) כדי להשליך על ההליך הנוכחי אשר לגביו כאמור ניתן אישור שר הפנים או על התנאים שנקבעו באותו אישור.

היום, כ"ה סיוון תש"ף,

17 יוני 2020



דניאל מארקס, עו"ד

ממונה על ענייני בג"צים

בפרקליטות המדינה