



על מכרזים

על המכרז ה"דו שלבי", ה"חטא הקדמון" והשפעת הצעת המחיר על שיקול הדעת של ועדת המכרזים



**"האפשרות..
להוסיף עוד כהנה
וכהנה הצעות
לבחינת עמידתם
בתנאי הסף לאחר
סיומו של המכרז
ולאחר שחשפה את
הצעתה הכספית -
אינה כדין, הופכת
את היוצרות בדרך
הילוכו של המכרז
בכך שמקדימה
מאוחר למוקדם,
פוגעת בשוויון
ובתחרות בין
מציעים, ופוגעת גם
ביציבות של דיני
המכרזים"**

מכרז "דו שלבי" או "מכרז עם בחינה דו שלבית", הינו מכרז אשר במסגרתו מוגשת הצעת המחיר בנפרד מיתר חלקי ההצעה במכרז.

אופן הגשת ההצעות במכרז מעין זה, מסיט מהדרך את המתח הטבעי בו מצויה רשות או ועדת המכרזים מטעמה, כאשר אלו נחשפות להצעות המחיר. נציגי הציבור ברשות או בוועדת המכרזים (כך נקבע בפסיקה), גם אם בתום לב, עשויים לנקוט בגישות מקלות עם הצעות מסוימות כפועל יוצא ממחירן, מתוך חתירה לקידום האינטרס הציבורי - כפי שהם תופסים אותו.

בדינים החלים על המדינה, חברות ממשלתיות, משרדי ממשלה, גופי סמך וכיו" מוסדר המכרז ה"דו שלבי" בתקנה 17ג' ובתקנה 17ד' לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993. בדינים החלים על רשויות מקומיות, מכרז עם בחינה דו שלבית אינו מוסדר מבחינה רגולטורית – אולם רשויות מקומיות, ככל שהן חפצות בכך, סוברניות לקבוע בעצמן כי מכרז ייערך בתצורה דו שלבית (ההסדרה צריכה להיות במסמכי המכרז עצמם).

(ת"א) 44510-01-19 המתועשת בע"מ נ' אחוזות החוף בע"מ (פורסם בנבו) :

לפני כחודש ימים פורסם פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב בה"פ (ת"א) 44510-01-19 המתועשת בע"מ נ' אחוזות החוף בע"מ (פורסם בנבו 5.3.19).

במקרה הנדון בפסק הדין, פרסמה חברת אחוזות החוף בע"מ (תאגיד מקומי) מכרז פומבי "**דו שלבי**" להקמת מבנה גני ילדים, מעוונות יום, תחנה לבריאות המשפחה וחניון תת קרקעי על מגרש הנמצא בבעלות עיריית תל אביב (להלן: "**המכרז**").

במכרז נקבעו תנאי סף שעניינם "ניסיון קודם" נדרש ביחס לפרויקטים אשר בוצעו על ידי המשתתפים בעבר, לרבות היקפם, מועד סיומם, מסמכים שיש להציג בגינם וכיו".



על מכרזים

במסגרת בדיקת ההצעות במכרז, פנתה ועדת המכרזים בבקשה להשלמות/הבהרות מחלק מהמשתתפים ביחס לפרויקטים אותם פירטו בהצעתם כחלק מהניסיון הקודם שלהם.

אחד המשתתפים – חברת פדלון לבניה והשקעות בע"מ (להלן: "פדלון") לא הסתפק בהשלמת חוסרים לפרויקטים אותם ציין במקור במסגרת הצעתו, והוסיף על פרויקטים אלו פירוט של פרויקטים אחרים/נוספים לצורך הוכחת עמידתו בתנאי הסף. גם לאחר בחינת הפרויקטים הנוספים מצאה ועדת המכרזים כי פדלון אינו עומד בתנאי הסף למכרז והוחלט לפסול את הצעתו ושלא לפתוח את הצעת המחיר שהוגשה על ידו במכרז.

במסגרת ההשגה של פדלון על החלטת ועדת המכרזים, לאחר שהוחלט על זוכה במכרז, גילה פדלון לוועדת המכרזים כי הצעתו היא הנמוכה ביותר וביקש לבחון את הניסיון הקודם שלו שוב, לרבות הוספת מסמכים, הסברים וכיו'. ועדת המכרזים קיבלה את טענות פדלון, ולאחר בדיקת הצעתו בשנית – החליטה על הצעתו כעל ההצעה הזוכה במכרז.

בפסק הדין דן בית המשפט בשתי פעולות שביצעה ועדת המכרזים של אחוזת הנוף הקשורות, לטעם עורך העלון, האחת בשניה בטבורן:

(1) מתן זכות לפדלון להוכיח את עמידתו בתנאי הסף למכרז באמצעות הוספת מידע חדש/ניסיון קודם שלא אוזכר בהצעתו המקורית, תוך ניסיון לבצע אבחנה בין עמידה בתנאי הסף באופן מהותי לאופן הוכחתה (בית המשפט כינה פעולה זו כ-"הצעה שניה").

(2) מתן הזכות כאמור, ניתנה לאחר שנבחר זוכה במכרז, נפתחה הצעתה מחיר של הזוכה, ולאחר שהמשתתף חשף בפני ועדת המכרזים במסגרת פנייתו אליה, 3 פעמים נפרדות, כי הצעתו זולה יותר מההצעה שנבחרה כהצעה הזוכה (ועדת המכרזים לא פתחה את הצעת המשתתף כאמור, שכן בתחילה נפסלה הצעתו).

בית המשפט, ביטל את החלטת ועדת המכרזים לבחור במציע כאמור, וביקר קשות את החלטתה כאשר הוא קובע כי דרך התנהלותה של ועדת מכרזים בסופו של יום הרחיקה לכת: "משל הנהיגה מתווה מכרזי הפוך – חשיפת ההצעה הכספית תחילה ולאחריה בחינת עמידה בתנאי הסף".

ביחס למתן הזכות להוספת מידע חדש/ניסיון קודם שלא נזכר בהצעה, לאחר שניתח את כללי המכרז הנקודתית והמלל במסגרתו, קבע בית המשפט כי מדובר דה פקטו, לטעמו, בהגשת "הצעה שניה".

"לטעמי, תנאי המכרז מאפשרים בשלב הראשון, של בחינת העמידה בתנאי הסף, הוספת מסמכים והשלמות להוכחת העמידה בתנאי הסף, ובלבד שתישמר זהות



על מכרזים

הפרויקטים שפרטיהם נמסרו במסגרת ההצעה ומהווים את בסיס ההצעה. אם לא נאמר כן, נרוקן כאמור מתוכן ומשמעות את ה"הצעה" אותה יש להגיש בשתי מעטפות לא יאוחר מהמועד הקובע, לרבות התנאי הקובע כי לאחר מועד זה לא תתקבלנה הצעות נוספות. וכי מה יוותר מההוראה "לא תתקבלנה" אם ניתן בכל עת לשנות מן היסוד את התנאי המקדמי להשתתפות במכרז – הוא – ניסיונו של המציע" (ההדגשות אינן במקור).

לדידו של עורך העלון, בית המשפט לא היה מרחיק לכת בהגדרת השלמת פרויקטים נוספים/אחרים כ"הצעה שניה" לולא העובדה שוועדת המכרזים נחשפה להצעת המחיר של המשתתף במכרז כאמור. במה דברים אמורים?

בית המשפט קבע, ובצדק כי:

"האפשרות שניתנה לפדלון להוסיף עוד כהנה וכהנה הצעות לבחינת עמידתם בתנאי הסף לאחר סיומו של המכרז ולאחר שחשפה את הצעתה הכספית - אינה כדין, הופכת את היוצרות בדרך הילוכו של המכרז בכך שמקדימה מאוחר למוקדם, פוגעת בשוויון ובתחרות בין מציעים, ופוגעת גם ביציבות של דיני המכרזים.

מתוך ראייה מערכתית של דיני מכרזים, אין לאפשר את הפיכת היוצרות כפי שאפשרה וועדת מכרזים במקרה דנא, עת במסגרת השגת פדלון, לאחר שהוכרזה ההצעה הזוכה, ניתנה לו אפשרות לחשוף תחילה את הצעתו הכספית שמהווה פגם מהותי ראשון; לאחר מכן להוסיף הצעות פרויקטים לבחינת תנאי הסף שמהווה פגם מהותי שני; על כך יש להוסיף את מתן האפשרות להוסיף עוד ועוד מסמכים, הבהרות והסברים, כל זאת בניגוד מוחלט לתנאי המכרז והרי פגם מהותי שלישי ובכך לא סגי כפי שמפורט לעיל".

בית המשפט קבע כי ועדת המכרזים הכשירה פגם מהותי על גבי פגם מהותי, כאשר לנגד עיניה עמדה ההצעה הכספית הזולה יותר לכאורה וחטאה בחטא הקדמון של הקדמת ההיבט הכספי על פני ההיבט המכרזי.

הערת העורך: כאמור לעיל, נדמה כי החלטת בית המשפט כי השלמת פרויקטים אחרים/נוספים לצורך הוכחת העמידה בתנאי הסף מהווה "הצעה שניה" ואינה כדין כשהיא עומדת לבדה (ללא הנסיבות בפסק הדין) מעט מרחיקת לכת. עשויים להיות מקרים בהם השלמה מעין זו עשויה לעמוד בקנה אחד עם עקרונות דיני המכרזים ויש לבחון כל מקרה לגופו בזהירות הנדרשת.



על מכרזים

לשאלות או הבהרות ניתן לפנות אלינו בלחיצה כאן או
לפנות אלינו בדוא"ל לכתובת: david@aradv.co.il



ליטיגציה מנהלית

ייצוג רשויות מקומיות בבקשות
לצווים ארעיים וצווי ביניים
ובעתירות מנהליות בדיני מכרזים.



ליווי הליכי המכרז

עריכת מסמכי הבהרות, בדיקת
הצעות, עריכת חוות דעת ומסמכי
סיכום לוועדת המכרזים.



עריכת מכרזים

ייעוץ שוטף ועריכת מכרזים והליכים
תחרותיים בתחומים שונים לרבות
מכרזים מורכבים.