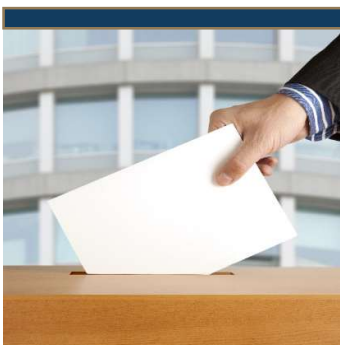


על מכרזים

על השלכות שיקול "טוהר המידות" על דיני המכרזים הציבוריים



"אמינותו ומעורבותו של מציע בפעילות הפוגעת בטוהר המידות, הם שיקולים רלוונטיים במכלול השיקולים שבוחנת ועדת מכרזים את ההצעה".

נכון לכתיבת שורות אלו, לא קיימות בחקיקה או בחקיקת המשנה הנוגעת לדיני המכרזים, הוראות קטגוריות הנוגעות לשיקולי טוהר המידות של מציע במכרז וההשפעה של אלו על הצעתו ו/או על תוצאות ההליך המכרזי.

למעשה, הוראת הדין היחידה אשר ניתן להצביע עליה ככזו אשר ממנה ניתן לגזור/לשאוב את הסמכות להתחשב בשיקולים כאמור, הינה תקנה 22(א)(3) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 הקובעת את אמת המידה של "אמינותו של המציע, כישוריו, נסיונו, מומחיותו ותחומי התמחותו" כאחת מאמות המידה לבחינת הצעות ביחס לגופים עליהם חלות התקנות כאמור.

אלא שבפסיקה עניפה של בתי המשפט בישראל, הושרש גם עקרון טוהר המידות (כחלק מעקרון השוויון או כעקרון העומד בפני עצמו) כסוג של אמת מידה לבחינת הצעות במכרז ואף כאמת מידה לפסילה של הצעה כאמור.

לפני כשבוע ימים פרסם בית המשפט העליון פסק דין, אשר רובו עוסק בשאלת "טוהר המידות", מידת השפעתו של עקרון זה על ההצעות במסגרת ההליך המכרזי ויישום מבחנים שונים להשפעתו של זה.

בית המשפט העליון חיזק את ההלכה ולפיה אמינותו ומעורבותו של מציע בפעילות הפוגעת בטוהר המידות, הם שיקולים רלוונטיים במכלול השיקולים שבוחנת ועדת מכרזים את ההצעה. יחד עם זאת הודגש כי בהיעדר חקיקה או כלל מכרזי הקובע אחרת – אין להחיל כלל קטגורי של "פסילה" בכל הנוגע לשיקול דין.

ע"מ 4331/21 שפיר קריית המודיעין בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבטחון (פורסם בנבו 23.11.21).

במרכזו של הערעור, מכרז להפעלת פרויקט קריית המודיעין, בהיקפים כספיים אדירים, אשר הליכיו נמשכו מספר שנים (משנת 2016) ואשר כלל שלבים רבים.

למכרז הוגשו שלוש (3) הצעות, באמצעות חברות אשר הוקמו במיוחד לצרכי המכרז וביצעו על ידי החברות הקבלניות הגדולות במשק הישראלי. הזוכה במכרז – "הקמפוס – הקריה למודיעין פיענוח וסייבר בע"מ" היא חברת בת של שיקון ובינוי בע"מ (להלן: "הקמפוס").

במהלך חיי המכרז (אשר כאמור התמשך משנת 2016), התקבלו דיווחים מהתקשורת על כך שמשטרת ישראל והרשות לניירות ערך, הודיעו כי קיימת תשתית ראייתית נגד חברת שיכון ובינוי ובכירים בה, להעמדתם לדין באשמת שוחד לעובדי ציבור זרים באפריקה ובמדינות נוספות. לאחר קבלת הדיווחים כאמור, בוצעה פניה ממשרד הבטחון אל חברת שיכון ובינוי לקבלת הבהרות ביחס לאותם דיווחים. חברת שיכון ובינוי העבירה למשרד הבטחון את כלל המידע הנדרש ממנה, במקביל ולאחר מכן ביצעה שינויים במבנה הבעלות בחברה באופן שבו לאחר השינוי כאמור, אין לכאורה קשר בין החקירה לחברה.

ועדת המכרזים דנה בסוגיית המשך השתתפותה של קמפוס במכרז על רקע החקירה הפלילית, והחליטה לאור המידע שהיה בידה באותה העת, שאין מניעה שקמפוס תמשיך את השתתפותה בהליכי המכרז. בדיון אחד לאחר מכן, שוקללו הציונים של המציעים במכרז וקמפוס הוכרזה כזוכה במכרז.

על הכרזתה כזוכה על רקע החקירה הפלילית הוגשו עתירות על ידי שתי המשתתפות האחרות במכרז, ולאחר שבית המשפט לעניינים מנהליים דחה את העתירה, הוגשו ערעורים לבית המשפט העליון.

עיקרי פסק הדין בבית המשפט העליון:

בית המשפט הדגיש כי הפסיקה הכירה בכך שאמינות ומעורבות של מציע בפעילות הפוגעת בטוהר המידות הם שיקולים רלוונטיים במסגרת מכלול השיקולים הנבחנים על ידי ועדת מכרזים ולעיתים אף מדובר בשיקולים שחובה על ועדת המכרזים לשקול.

מעבר לסמכותה הקבועה בדיון, במסמכי המכרז דן - עוגנה הסמכות של ועדת המכרזים לדון בסוגיות כאמור ונקבע כי הדבר נתון לשיקול דעתה של ועדת המכרזים.

גם הוראת הדין היחידה הקיימת בעניין (תקנה 22 כאמור לעיל) העוסקת בנושא "אמינותו" של מציע, היא "אמת מידה" בלבד ולא הוראה קטגורית לפסילה.

נקבע כי בהיעדר מנגנון רגולטיבי או מנגנון אחר - טוהר המידות של מציע יילקח בחשבון כאחד מהשיקולים שעל ועדת המכרזים לשקול בבואה לעמוד על טיבם של המציע ושל ההצעה. אופן יישום שיקול הדעת משתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבותיו.

בית המשפט מנה מספר מבחני (מבלי לקבוע כי מדובר ברשימה סגורה) לבחינת אמת המידה כאמור:

- א. מהות העבירה ונסיבותיה.
- ב. היקף העבירות ומועד ביצוען.

על מכרזים

- ג. הקשר שבין העבירה לבין תחום המכרזים.
- ד. הפגם המוסרי והרווח שצמח מביצוע העבירות.
- ה. השלב שבו מצוי ההליך הפלילי.
- ו. התשתית הראייתית הידועה.
- ז. התנהגות המציע לאחר ביצוע העבירה או גילוי החשדות.

שיקולים נקודתיים שנשקלו ע"י בית המשפט במקרה דנן:

- א. העובדה ששתי המערערות אף הן לא גילו לועדת המכרזים על הליכים פליליים שנפתחו נגדן.
- ב. פסילה של קמפוס/שיכון ובינוי תביא לשינוי מהותי במארג הקבלנים היכולים להגיש הצעות למכרזים מעין אלו, מכאן תהא פגיעה עמוקה בשוק ובציבור כולו.
- ג. שיכון ובינוי ביצעה שינויים ארגוניים וכן הקימה מנגנוני אכיפה ופיקוח פנימיים.
- ד. הפער האיכותי בהצעה לטובת קמפוס.
- ה. היעדר אישום פלילי בשלב זה.
- ו. היעדר טענה למתן שוחד בישראל והיעדר תשתית המעידה על נורמת התנהגות של מתן שוחד בארץ.

בית המשפט חזר על ההלכה ולפיה בית המשפט אינו יושב כוועדת מכרזים עליונה ולא ישים עצמו בנעליה (על אף שדה פקטו הוא ביצע ניתוח חלף ועדת המכרזים בפסק דין הנפרש על פני 27 עמודים), עוד הדגיש בית המשפט כי העובדה שמדובר בסוגיה ערכית, אין פירושה כי על בית המשפט להמיר את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו שלו.

סופו של דבר הערעור נדחה.

לשאלות או הבהרות ניתן לפנות אלינו בדוא"ל
לכתובת: david@drylaw.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

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