

המקומון - העדכון היומי לרשויות המקומיות

הכללים בנוגע לביטול מכרז בשל פער בין ההצעות לאמדן

עעמ 6366/20 קונטאל אוטומציה ובקרה בע"מ נ' אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ

לאחרונה קיבל בית המשפט העליון ערעור שהוגש על החלטת ביהמ"ש לעניינים מנהליים במסגרתו התערב ביהמ"ש לעניינים מנהליים בהחלטת ועדת המכרזים לבטל את המכרז בשל פער משמעותי בין האמדן להצעות המחיר.

באותו מקרה זכתה חברת קונטאל במכרז שפרסמה חברת חשמל. חברת אפקון עתרה לבית המשפט לעניינים מנהליים נגד החלטה זו בטענה כי החברה הזוכה לא עמדה בתנאי הסף. בית המשפט קיבל טענה זו והחזיר את הדיון לוועדת המכרזים על מנת לבחון את יתר ההצעות שהוגשו. ועדת המכרזים החליטה לבטל את המכרז ולערוך תחתיו "הליך תחרותי". אפקון הגישה עתירה אף על החלטה זו. בפסק הדין הנוסף נקבע כי החלטה זו אינה סבירה, וכי חברת החשמל חייבת לנהל משא ומתן עם המציעות שנותרו כמתמודדות במכרז על מנת לבחון את האפשרות שיוזילו את ההצעותיהן, קודם שיוחלט באשר לגורלו של המכרז.

על שתי ההחלטות הנ"ל הוגשו ערעורים לבית המשפט, אשר נדונו במאוחד בפני בית המשפט העליון. בית המשפט דחה את הערעור הראשון וקיבל את השני וזאת מהטעמים להלן: "חשיבותם של תנאי הסף של מכרז מחייבת שלא לאפשר העלמת עין מאי-עמידה בהם. לכן, משקבע בית המשפט המחוזי כי הזוכה במכרז לא עמדה בתנאי הסף שלו, אין כמעט מנוס מהתערבות שיפוטית בהחלטת ועדת המכרזים על דרך של ביטול הזכייה. שונים הם פני הדברים כאשר נבחנת החלטת ועדת המכרזים שלא להוסיף ו"להחיות" את המכרז על דרך של משא ומתן עם המציעות כדי שיציעו הצעות משופרות, כאשר הפער בין ההצעות הקיימות לאומדן שנקבע על-ידי ועדת המכרזים הוא משמעותי ובלט לעין. בנסיבות אלה, על בית המשפט הבוחן את סבירות החלטתה של ועדת המכרזים לאמץ אמת מידה מצמצמת יותר". לאור הדברים הברורים בעניין פסילת המציעה שלא עמדה בתנאי סף (ולאור העובדה כי הדברים בעניין זה עובדתיים בעיקרם) נתמקד להלן בעיקר בשאלה השנייה והיא: האם יש להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי להורות לחברת החשמל לנהל משא ומתן עם המציעות שנותרו במכרז?

ראשית קבע בית המשפט העליון כי ועדת המכרזים היתה מוסמכת לקבל החלטה זו בהתאם לתנאי המכרז עצמו אשר קבעו כי "לח"י תהיה רשאית שלא לקבל כל הצעה, אשר המחיר הכלול בה נמוך או גבוה באופן מהותי או בלתי סביר מהמחיר, שנקבע באומדן פנימי של לח"י, או מהמחיר שהוצע לחח"י ע"י ספקים אחרים בהתקשרויות קודמות, או מהמחיר שנראה לחח"י כמחיר הוגן וסביר עבור טובין או שירותים מן הסוג שהוצע".

מבחינה מהותית קבע בית המשפט כי אכן ביטול המכרז ויציאה להליך חלופי הינו צעד קיצוני הפוגע באינטרס ההסתמכות של המציעים. ואולם – במקרים בהם ההצעה חורגת מהאמן באופן משמעותי אין מנוס אלא לנקוט בו. וכך הסביר זאת בית המשפט: "אכן, בחירתו של עורך המכרז לסיימו מבלי להתקשר עם אף אחד מהמציעים, פוגעת בציפייה הלגיטימית של המציעים לזכות בו, ובפרט בזה שהצעתו היא הזולה ביותר. הקושי הטמון בסיום הליך מכרזי ללא התקשרות, לאחר שהצעות המחיר כבר גלויות וידועות, גובר שבעתיים כאשר עורך המכרז מודיע על עריכת מכרז חדש או הליך תחרותי אחר תחתיו. מצב דברים זה אף עשוי לעורר חשש לשימוש מניפולטיבי בכלי המכרזי. לפיכך, סיום המכרז בלא התקשרות נחשב כחריג לחובתו של עורך המכרז לבחור את ההצעה הזולה ביותר, וייעשה רק במקרים מיוחדים המצדיקים זאת. מקרה מובהק כזה הוא כאשר ההצעה הזולה ביותר יקרה באופן משמעותי מהאומדן שהוכן מראש ...

האומדן משקף את ציפיותיו של עורך המכרז, והוא נקבע בהתאם לשיקולים מקצועיים. לכן, האומדן יכול לשמש כלי בידי ועדת המכרזים להעריך את סבירותן של ההצעות, בפרט כאשר מדובר במכרזים מורכבים או בכאלו העוסקים במתן שירותים בהיקף משמעותי. יתכן אמנם, שיתקבלו הצעות החורגות מן האומדן כלפי מעלה או כלפי מטה, אך זאת כל עוד חריגה זו אינה מהותית ואינה משליכה על סבירותה והגינותה של ההצעה ... לעומת זאת, כאשר מדובר בחריגה מהותית, הרשות נתונה בידי ועדת המכרזים לנקוט בצעד החריג של ביטול המכרז".

"הפער
הקיצוני
בין
ההצעה
של
אפקון
לאומדן
המעודכן
שקשה
להלום
גישור
עליו
מבלי
לפגוע
באיכות,
הוא
כשלעצמ
ו טעם
סביר
שניתן
להתבסס
עליו
בהחלטה
על ביטול
המכרז".