

בשולי הפסיקה

דינו של פגם במכרז

(כ"ז 252/71 — "פסק"י חברה להתיישבות חקלאית ואח' נגד עיריית תל-אביב ואח')¹

מה דינו של פגם במכרז שלא פגע באחד המשתתפים בו? שאלה זו קשורה בטיבו ותכליתו של הפיקוח המשפטי על דיני מכרזים. אם פיקוח זה נועד למנוע גרם נזק למשתתפים במכרזים, הרי פגם כלשהו, אפילו הוא יסודי, אינו מבטל מכרז אלא אם כן נפגעו בעטיו סיכוייו של אחד המשתתפים לזכות במכרז (ולענין זה יש חשיבות להתנהגותו של העותר בעת המכרז). אם, לעומת זאת, הפיקוח נועד להבטיח ביהול תקין של מכרזים ובא ליישם לגבי שטח זה את הכלל שצדק חייב גם להיראות, הרי פגם כלשהו, העשוי לפגוע בכללי השוויון והתחרות השווה, יביא לביטולו של המכרז אף אם לא הוכח כי העותר אכן נפגע באורה ממשי בשל קיום הפגם, ואף אם העותר עצמו לא פעל כשורה.

בית המשפט העליון הלך בעקבות ההשקפה השנייה בשורה של פסקי-דין: בבג"צ 70/69: קובע השופט לנדוי כי קיום הוראת תקנה 19 (ב) לתקנות העיריות (מכרזים ודרכי הזמנתן וקבלתן של הצעות מחירים), תש"ד—1959² (להלן "התקנות"), "דרוש כדי להרחיק לזות שפתיים בכך, שכל אחד מן המתחרים יוכל להיווכח ממראה עיניו שבשלב חשוב זה נעשה הכל כשורה". תקנה 19 (ב) דורשת פירסום הודעה על המקום והמועד לפתיחת תיבת ההצעות. באותו מקרה לא היה פירסום, וכך נמנעה מכל המתחרים זכותם להיות נוכחים במעמד פתיחת ההצעות. בית המשפט קובע כי "אכן חוסר שוויון לא היה בנדון זה בין העותרת ובין יתר המתחרים", אך למרות זאת דחה את עתירתה של העותרת שזכתה במכרז הפגום שהוכרז כבטל ע"י העירייה המשיבה.

דין דומה נפסק בבג"צ 273/71, שם בוטל מכרז בשל פגמים שרבעו לפתחם של שני המתחרים — העותרת והחברה המשיבה. בית המשפט אינו מתייחס כלל לשאלת הנזק, מצווה על ביטול המכרז ואומר, מפי השופט חיים כהן, כי "בית משפט זה התריע פעמים אין ספור על הרשויות המקומיות שהייתבנות הן להקפיד הקפדה יתרה לקיים את תקנות המכרזים על דקדוקיהן, ולא — יתערב בית משפט זה ויפסול את מכרזיהן".

בבג"צ 266/71³ ארע פגם פעוט-ערך בהליכי המכרז: המשיבה מס' 3.

1 פד"י כרך כ"ה (2), ע' 582.

2 "הרזות" כ"ז נגד עיריית טבריה; פד"י כרך כ"ג (1), ע' 430.

3 ק"ת 959, תש"ד, ע' 215.

4 "משחב" נגד עיריית קריית אתא; פד"י כרך כ"ה (2), ע' 379.

5 חברה נרמכים ונתיבות כ"ז נגד ראש עיריית ירושלים; פד"י כרך כ"ה (2), ע' 376.

שזכתה במכרז, לא מילאה בעת הגשת ההצעות אחר התנאי שדרש כי תהא רשומה בתור קבלן מסוג 5 על פי חוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, תשכ"ט—1969. תנאי זה קיים ע"י המשיבה רק לאחר החלטת ועדת המכרזים אך לפני שניתן האישור ע"י מועצת העירייה. פגם נרפא מסוג זה ודאי שאינו פוגע בכללי השוויון בין מתחרים. בית המשפט, מפיו של מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, מציין כי ביטול המכרז מצער, "שכן ציבור משלמי המיסים היה נשכר לו בוצעה העבודה ע"י המשיבה מס' 3". אך אין מנוס מביטול המכרז, כי "בענייני מסירת עבודות על פי מכרז לא נובל לוותר על הצורך לשמור על קיום הכללים לפיהם חייבת הרשות לנהוג, שאם לא נעשה כן, יהיה הציבור נזוק לטווח ארוך".

סמוך למתן החלטות אחרונות אלה, ניתן פסק-דין ברוח שונה: המדובר הוא בבג"צ 252/71⁴.

עובדות המקרה: העירייה המשיבה ערכה מכרז שעניינו הקמת מרכז רפואי בתל-אביב. דעתו של בית המשפט על המכרז היתה חדה וחלקה: "קשה למצוא פגם שעלול היה להיות בהליכי המכרז ולא היה". תיבת המכרזים נפתחה שלא ע"י האנשים המוסמכים לכך, לפני השעה הקבועה, בלי שהמשתתפים במכרז היו נוכחים בעת הפתיחה. שלא בנוכחות יו"ר הוועדה ושלא בנוכחות המשתתפים במכרז. כשהגיעו נציגי המשתתפים כבר היו המעטפות פתוחות. נוסף לכך, איתרע המזל ואחת המעטפות, זו של המשיבות השנייה והשלישית (סולל בונה ואביב) לא נמצאה בתיבת ההצעות. נציג המשיבות הודיע כי שלחה בדואר 4 ימים לפני כן. בתגובה הודיע יו"ר ועדת המכרזים כי במקרה שתגיע המעטפה כשהיא נושאת חותמת דואר רשום-בתאריך שנקבע כתאריך האחרון להגשת ההצעה, יביאנה לדיון. איש מבין המציעים שנוכחו במקום לא הגיב על הודעה זו. לאחר שנציגי המשתתפים עזבו את חדר הוועדה, אך בטרם נפרדו, מסרו זה לזה את הסכום הכספי של הצעותיהם. כמה שעות לאחר מכן הגיעה המעטפה הנוספת כשהיא נושאת מדבקת דואר ועליה התאריך האמור. המעטפה הובאה ליו"ר הוועדה, שפתחה, רשמה בפרוטוקול והוסיפה להצעות שהוגשו, אף זאת שלא במעמד המשתתפים במכרז. על אף החשדות שהועלו על ידי העותרות על נסיבות האיתור במסירת המעטפה, קובע ביהמ"ש כי ההצעה אכן נשלחה בזמן וכדין.

לפני שדנה ועדת המכרזים בענין, הגיע לידיה מכתב מאת ב"כ העותרות, בו מנה את כל הפגמים שנפלו בסדרי המכרז. כמו כן היתה בידי הוועדה חוות-דעת של עורך-דין העירייה בה קבע כי לאור מכלול הפגמים דין המכרז להתבטל. ועדת המכרזים החליטה שלא לבטל את המכרז בנימוקים הבאים:

א. הפגמים לא גרמו לעיוות-דין;

ב. אין כל עוול במשיבות עצמן;

ג. על פי נוהל זה נהגו שנים בעירייה;

ד. העותרות לא מחו בזמן, אלא לאחר שנודע להן כי הצעת המשיבות זולה משלהן.

העתירה בחלקה הראשון כוונה לפסילת הצעת המשיבות עקב האיתור שבמסירתה לעירייה. בית המשפט קובע כי מסירתה היתה כדין לאור הוראות

6 ס"ח 570, תשכ"ט, ע' 218.

תקנה 18 (א) לתקנות הקובעות כי "מעטפת הצעה שנמסרה למשלוח בדואר רשום יראו אותה כאילו נתקבלה ע"י העיריה במועד מסירתה כאמור וחוזמת הדואר תשמש ראיה לכך".

אגב כך, מותח ביהמ"ש ביקורת על הוראות תקנה 19 (א) המחייבת פתיחת התיבה תוך 7 ימים מהמועד האחרון להגשת ההצעות, באשר לאור סדרי הדואר ייתכן ומשך המסירה יהיה ארוך יותר. בית המשפט שואל את עצמו מה יהיה הדין אם המעטפה תגיע לאחר שנפלה הכרעה בוועדת המכרזים?

בית המשפט התחבט בשאלת פסילתו של המכרז. השופט ויתקון, מפיו דיבר בית המשפט, ער לשיקול "שאם לא נחמיר בשמירה על החוק, נעודד את יחס הזלזול שהרבה רשויות ואנשי ציבור נוהגים כלפי החוק". מכרז זה, קובע בית המשפט, "לא נפגם בהיסח הדעת מצד פקיד זוטא כלשהו, אלא כיוון שוועדת המכרזים עצמה, וסגן ראש העיר בראשה, עשו את הזלזול בחוק לנוהג ולישיטה". למרות זאת דוחה בית המשפט את העתירה ואינו מבטל מכרז זה שאין בו מתווה. השופט ויתקון תומך יתדותיו בהתנהגותן של העותרות בוועדת המכרזים:

"העותרות עצמן לא נהגו בענין זה כיהא לאדם המבקש סעד בבית משפט זה... כאמור, הן השיגו מנציג המשיבות 2 ו-3 את המידע על מחיר הצעתן. לאחר שנהגו עד כה במשך הבוקר בצורה שלא גילתה את כוונתן לבוא ולערער על חוקיות גיהול המכרז. למעשה, אין זו השערת בעלמא שרק המידע שקיבלו המריץ אותן להגיש את מחאתן. הן לא הודרו לעשות זאת בפתיחת הישיבה. אומר (ב"כ העותרות) שאין לדרוש זאת מהאנשים שאינם משפטנים. אך אותם אנשים שביקשו יעוץ משפטי לאחר המעשה, מדוע לא התכוונו לכך לפני הישיבה וגילו את כוונתם כשעוד היה אפשר לתקן את המעוות? ... הפגם המכריע שבהתנהגות העותרות הוא שבאו בבוקר לישיבה, מצאו את התיבה ואת המעטפות פתוחות ולא מנעו בעד יושב ראש הוועדה מלהכריז קבל עם ועדה על שמות המציעים ומחיריהם. אילו התנהגו כך, יתכן שהיו משכנעות את הוועדה לבטל מיד את המכרז ולנקוט בצעדים לשם עריכת מכרז חדש, בלי שגודע לכל מתחרה, מה הציע חברו. אף הן מילאו פיהן מים ולא מהו עד שלא ידעו שייצאו מכך נשכרים.

נכון הדבר... אף המשיבות 2 ו-3 לא הרימו את קולן נוכח הפגמים שנתגלו לעיניהן בפתיחת הישיבה. אך כאן — כך נראה לי — חל הכלל שהמחלל להתנגד בשעה הנכונה פועל כנגד הצד המבקש מאתנו לבטל אקט מינהלי. במקרה שלפנינו העותרות הן המבקשות את התערבותנו. אילו ביטלה העיריה את המכרז לפי בקשת העותרות ואילו המשיבות היו מבקשות מאתנו את ההחלטה, היה אולי מקום לשאול אותן, מדוע עברו על הפגמים בשתיקה. משל למה הדבר דומה? למקרה של 'שני חוטאים' שהמחזיק שביניהם ידו על העליונה. גם לענייננו כך. אם שני הצדדים שתקו, שעה שהיה מתוכם לצעוק ולדרוש

בית המשפט לא נתן דעתו לעובדה כי גם אם הגיעה המעטפה כדיון, הרי פתיחתה היתה שלא כדין. לגבי פתיחת התיבה והמעטפות קובעות התקנות כלל מפורש ומחייב, כי שומה על יו"ר ועדת המכרזים לפתוח בנוכחות יתר המשתתפים עצמם. כלל זה צריך לחול, כך נראה הדבר, גם לגבי מעטפה שהגיעה באחור. בית המשפט לא דן בשאלה זו. ביהמ"ש שואל: "מה יכלו נציגי המשיבות לעשות כשנוכחו לדעת בישיבת הוועדה כי הצעתן אינה בין אלה שיצאו מן התיבה?" — התשובה הפשוטה לדעתנו היא כי יו"ר הוועדה חייב לקבוע מועד חדש לפתיחת ההצעה לכשנזו תגיע, וזאת במעמד כל המשתתפים במכרז.

את הפסקת הליכי המכרז בטרם נתגלו המחירים. עדיף מצבו של זה המגן על החלטת העיריה. מעמד העותרות דומה למעמדו של 'מוציא מחברו', ומעמד המשיבות — למעמדו של הנתבע. העותרות (ולא המשיבות) חייבות להתגבר על הטענה שהן בהתנהגותן תרמו למצב שנוצר. אם נכשלו בכך, לא יתערב בית המשפט לטובתן.

בית המשפט אינו מרפא את המכרז ומקיימו. הוא שולל סעד מהעותרת בשל התנהגותה בעת פתיחת הצעות המכרז. ברור הדבר כי התנהגותה של העותרת יכולה לשמש נימוק כזה. רק אם יוצאים מהנהגה כי הפגם, כשלעצמו, אינו הורס את המכרז ומבטלו — דהיינו אם הולכים בעקבות ההשקפה הראשונה שהזכרה בפתח המאמר.

על עצם קביעתו של בית המשפט ניתן, עם כל הכבוד, לחלוק. במשפט הפרטי ייתכן מצב בו תהא התוצאה נחתכת על פי זכותו של התובע (כמו, למשל, כתביעה על פי חוזה בלתי חוקי). במשפט הציבורי, הקובע מערכת יחסים בין פרט לשלטון, דרך זו יש לה תוצאות שליליות, שכן זכותו של הפרט כלפי הרשות נמצאת תלויה לא בטיב המעשה ולא בהתנהגותו של הפרט אלא בענין מקרי, עליו אין לפרט שליטה. אילו, למשל, היתה ועדת המכרזים מקבלת את חוות הדעת של עורך-דין העיריה ומבטלת את המכרז, ואילו פנו המשיבות 2 ו-3 לבג"צ בעתירה לקיים את החוזה, יש להניח כי בית המשפט לא היה נענה להן, ובכך היה מאשר את ביטול המכרז. במילים אחרות: בית המשפט נותן, למעשה, זכות בידי ועדת המכרזים לבטל או לקיים מכרז פגום מיסודו, ובכך לקבוע את זכויות הצדדים בלא שתובטח התערבות בית-המשפט. במשפט הציבורי הלכתו של בית המשפט דרושה לא רק כדי לקבוע את זכויות הצדדים, אלא גם כדי להדריך את הרשות הציבורית בעתיד. קשה לדעת כיצד ניתן להדריך את ועדות המכרזים לאורו של פסק-דין זה. ברור הוא, כי הדרך הטובה ביותר היא לשמור על הוראות החוק והתקנות, אך השאלה הנשאלת כאן היא: מה תעשה ועדת המכרזים, לאחר שנוכחה לדעת כי חלו פגמים חמורים בניהול המכרז (ולדאבוננו, פגמים כאלה נפוצים ביותר). האם עליה לפסול את המכרז? האם רשאית היא לאשרו בכל מקרה בו לא מזה הצד המפסיד במכרז?

התשובות לשאלות אלה אינן ברורות לאורו של פסק דין זה. יתר על כן, חובת המחאה המוטלת על המשתתף במכרז עשויה להוליד קשיים ניכרים. היא תחייב את המשתתפים להיזקק יותר ויותר לשרותיהם של עורכי דין, בענייני מכרזים, כבר בשלב של פתיחת המכרז. ספק אם זו תוצאה רצויה.

יש לראות את פסק הדין על רקע המציאות העגומה של אי-כיבוד החוק בשלטון המקומי. כאמור, גרמה מציאות זו, בפסקי דין קודמים, לביטול מכרזים רק בשל היותם פגומים. פסק הדין הנוכחי סוטה ממגמה זו. תוצאתו קשה במיוחד, בהתחשב בכך כי עורך-דין העיריה חיות דעתו בדבר בטלות המכרז. בית המשפט העליון אישר את המכרז. על אף פגמיו הרבים. אני חושש כי הרשויות המקומיות יתעלמו מדברי הביקורת הקשים שהשמיע השופט ויתקון כנגד הסטייה מן החוק ויתנו דעתם אך ורק ל"תכלית". דהיינו לקיום המכרז. בדרך זו לא תיבטל הפיכת "הזלזול בחוק לנוהג ושיטה".

פרופ' אמנון רובינשטיין *

* דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.