

בחירת הצעה זוכה על בסיס ניסיון קודם של בעל המכרז עם המציע?

עתמ (ת"א) 37300-04-12 לינום בע"מ נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ

10 ביולי 2012

ביום 22.5.2012 קבע בית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב כי כאשר עומדות בפני וועדת המכרזים שתי הצעות בעלות ניקוד זהה, אין מניעה לבחור זוכה על יסוד ניסיון קודם של המזמין עם המציע, בכפוף לכך שהמכרז התייחס לניסיון קודם של המזמין עם המציע, כשיקול בקבלת ההחלטה.

למידע נוסף ניתן לפנות
לעו"ד גילי שפר
gili@bf-law.co.il

להלן תמצית העובדות:

1. מע"צ פרסמה מכרז מסגרת לעבודות אחזקה, שיקום גשרים ומבני דרך. למכרז ניגשו, בין היתר, חברת רמט וחברת לינום (העותרת), כאשר חברת לינום ביצעה בשלוש השנים האחרונות את השירותים המבוקשים עבור חברת מע"צ (לאחר שזכתה במכרז הקודם למתן שירותים אלה), לשביעות רצונה של מע"צ.
2. בנוסף לפירוט המשקולות השונות לבחירת ההצעה הזוכה (אשר הסתכמו ב-100%), הופיעו תחת סעיף 9.5 למכרז שיקולים נוספים בבדיקת ההצעות, לפיהם החברה רשאית להביא בחשבון את "...ניסיונו של המציע בביצוע עבודות דומות בעבר..." ו-"ניסיון החברה [מע"צ] בביצוע עבודות בעבר עם המציע...".
3. שיקולים אלה נכללו במכרז על בסיס תקנה 22 לתקנות חובת המכרזים, לפיה, "אמות המידה לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז הן אלה...: אמינותו של המציע, כישוריו, ניסיונו, מומחיותו, ותחומי התמחותו... ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות...".
4. לאחר דיון, נמצא שהצעת לינום (העותרת) והצעת רמט, זכו לציון זהה היות ושתייהן הציעו את אחוז ההנחה המקסימאלי שאפשר היה להציע על-פי המכרז. ועדת המכרזים החליטה לפצל את הזכייה בין שתי המציעות (תנאי המכרז איפשרו פיצול העבודות בין שתי מציעות זוכות).
5. בעקבות החלטה זו של וועדת המכרזים, עתרה לינום לבית המשפט בבקשה להכריז עליה כזוכה בלעדית במכרז ולבטל את ההחלטה לפצל את הזכייה בינה לבין רמט. טענתה המרכזית של חברת לינום הייתה כי לא מדובר בהצעות זהות, אלא

טלפון: 04-8371505
פקס: 04-8370231
שד' מוריה 50 חיפה
מיקוד 34572
www.bf-law.co.il

מזכר זה כולל מידע כללי בלבד ואינו מהווה יעוץ משפטי או תחליף לייעוץ משפטי. מזכר זה מוגש כשירות ללקוחותינו. יש לשקול את נסיבותיו הפרטניות והקונקרטיות של כל מקרה לגופו ולשם כך יש להיוועץ עמנו.

- חדשות המחלקה המנהלית -

שלמעשה הצעתה היא ההצעה הטובה ביותר, זאת עקב הניסיון הקודם החיובי בעבודות זהות שיש למע"צ עמה, שעדיף על זה של רמט.

6. תוך כדי ההליך המשפטי הסתבר כי עמדתו המקורית של היועץ המקצועי למע"צ הייתה, כי לנוכח העובדה שמדובר בשתי הצעות זהות, יש כן לתת משקל לניסיון העבר של המציעות בעבודות דומות והיות שכך, יש לבחור בחברת לינום כזוכה משום שניסיונה עדיף, וכי עמדתו זו שונתה לאחר שהלשכה המשפטית הנחתה אותו ששיקול זה איננו לגיטימי לבחירת הצעה זוכה.

7. דומה כי ביסוד עמדתה של הלשכה המשפטית עמד הצורך להשוות בין ספקים "חדשים", אשר איתרע מזלם ולא רכשו ניסיון קודם עם הרשות, לבין ספקים "ותיקים", שיש להם ניסיון קודם עמה. עמדתה של הלשכה המשפטית באה להפיג חשש כי ספקים "חדשים" לא יצליחו לזכות במכרזים ורק חוג סגור של ספקים יהנה ממכרזי הרשות.

בית המשפט קבע:

8. עמדתו המקורית של היועץ המקצועי, לפיה יש לקחת בחשבון את ניסיון הקודם של המציעות, אינה גחמה או המלצה אישית. מדובר בשיקול לגטימי, המפורט הן בחקיקה (תקנה 22) והן בתנאי המכרז (סעיף 9.5), וחובה על היועץ המקצועי להביא שיקול זה בפני וועדת המכרזים. בהתאם לכך, לא היה מקום להשפיע על היועץ המשפטי לשנות את חוות דעתו הראשונית.

9. בנוסף, נקבע כי היה על חוות הדעת המשפטית להדגיש בפני חברי ועדת המכרזים, כמו בחוות דעת היועץ המקצועי, את האפשרות הקבועה במכרז בסעיף 9.5 להזמנה, ובתקנה 22 לתקנות חוק המכרזים - מתן משקל לאמת המידה של ניסיון קודם – זאת, לצד האפשרות של פיצול המכרז ובאופן שיתקיים דיון מעמיק בוועדת המכרזים בין האפשרויות השונות.

10. בית המשפט קבע כי יש להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים, כאשר בפני חברי הוועדה נמצאות כל האופציות השונות. על ועדת המכרזים לערוך את האיזון שבין האינטרסים המתנגשים, אשר הוזכרו לעיל, תוך נימוק החלטותיה, כמצופה מרשות מנהלית.

- חדשות המחלקה המנהלית -

11. לדעתנו, יש בעייתיות במתן לגיטימציה להכרעה בין שתי הצעות זהות רק על יסוד קיומו או אי-קיומו של נסיון (חיובי) קודם עם הרשות, פרמטר שאינו מצוי בשליטת המציעים וכרוך במקריות, ולכן מייצר פגיעה בשוויון.

12. דומה, כי הכרעה כזו אף אינה עולה בקנה אחד עם החובה **לאזן** את השיקול של נסיון קודם עם עורך המכרז עם פרמטרים אחרים הקשורים לנסיון אצל מזמינים אחרים, כך שמצד אחד יוכל המזמין ליהנות מניסיון ההתקשרויות שהצטבר לו, אך מצד שני לא יווצר "מועדון סגור" של ספקים על המשתמע מבחינת המחירים ועוד".¹ זאת, נוכח מתן האפשרות לבעל המכרז להתחשב בנתון כמטה את הכף בנסיבות של שתי הצעות עם ציון זהה.

13. נוסף, כי בנסיבות פסק הדין אף לא היתה במסמכי המכרז הוראה **מפורשת** הקובעת כי במקרה של הצעות בעלות ציון זהה, תתקבל הכרעה על יסוד הפרמטר של נסיון קודם עם מע"צ, וההכרעה הונחה על הוראה כללית במסמכי המכרז.

נשמח לענות לשאלותיכם, ככל שתידרשנה.

בברכה,

גילי שפר, עו"ד

¹ דברי כב' השופט רובינשטיין בעמ' 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקט (27.9.2004), ובהמשך: "שלא לומר לקשר העלול להידרדר חלילה למדרון חלקלק של שחיתות בין מזמינים לספקים. כך יקויים מעין הציווי "ושמרתם את משמרת", "עשו משמרת למשמרתי, והסייג הוא דבר גדול ומשובח..." (פירוש רבינו יונה, אבות א', א')