

עומדים במכרז

בית המשפט העליון פרץ סופית את החומה ואיפשר כמעט לכל אדם לעתור לבג"ץ נגד מכרז. כעת נותר לראות

האם הדבר יערער את יציבות המכרזים או יגביר את היושר והשקיפות / עו"ד אלי וילצ'יק

הנשיא אהרון ברק (ע"א 334/01) הכיר במש"ת תתף פוטנציאלי לו זכות עמידה שרירה, בנסיבות המתאימות, כפי שנתונה למשתתף בפועל. זאת בשונה מהעותר בעל הזיקה האישית, שמעמדו אינו מוקנה, אך קיימת נכונות להכיר בו. לגבי העותר הציבורי המובהק נקבע, שמעמדו יוכר ככל שעתיד רתו בעלת אופי חוקתי מובהק ומצביעה על שחיתות.

הלכה זו ודומותיה יצרו מציאות חדשה של דיני המעמד במכרזים. משיכת המכחול האחרונה בה, הפורצת לחלוטין את הסכר, היא בפסק הדין מלון ומלון. במרכז עומדת הענקת מקרקעין של המדינה בפטור ממכרז, החלטה אותה ביקש העותר לבטל. בית המשפט הכיר בזכות העמידה של העותר כעותר ציבורי, בשם הביקורת השיפוטית בהגנה על שלטון החוק ונוכח העובדה שלא נמצא עותר אחר בעל אינטרס. בהעניקו את זכות העמידה, היפנה השופט יורם דנציגר לפסקי דין מהמשפט המינהלי הכללי, ללא התייחסות לכך שבדיני המכרזים זכות העמידה התפתחה באופן שונה. בכך למעשה בוטל לה לחלוטין כל אבחנה, אם היתה קיימת, בין דיני המעמד במשפט המינהלי לבין דיני המכרזים.

חשוב לציין, שהעותר במקרה זה היה בעל מקרקעין סמוכים לאלו שהוענקו בפטור ממכרז. ביהמ"ש יכול היה להכיר בזכות העמידה שלו כמשתתף פוטנציאלי או כבעל אינטרס הנובע משכנות למקרקעין שניתנו בפטור ממכרז, אלא שביהמ"ש בחר במודע בנתיב המכיר בזכות עמידה כללית ורחבה, ורק לחילופין הציע, כי קיים לעותר מעמד כעותר פרטי.

בארה"ב ניתנו פסקי דין המכירים במעמדו של כל "משלם מיסים" לתקוף כל מכרז, לאור הנימוק שמכרז שהתנהל שלא כדין מעלה חשש שהמחיר שתשלם הרשות יתגלגל לאזרח משלם המיסים. האם לכך הגענו גם בישראל בעקבות פסק דין מלון ודומיו?

נראה, כי השוואת זכות העמידה בדיני מכרזים לזו שבמשפט המינהלי פתחה פתח רחב להגשת עתירות לביטול מכרזים על ידי צדדים שאינם קשרים למכרז, ואף בטענות שאינן לשחיתות או בעלות אופי חוקתי. ימים יגידו האם פתיחת השערים הזו תערער את יציבות המכרז ותוצאותיו, כדברי השופט גולדברג, או שמא תביא לתועלת בשמירת החוק, טוהר המידות וחיסכון בכספי ציבור. ///



בארה"ב ניתנו פסקי דין המכירים במעמדו של כל "משלם מיסים" לתקוף כל מכרז, לאור הנימוק שמכרז שהתנהל שלא כדין מעלה חשש שהמחיר שתשלם הרשות יתגלגל לאזרח משלם המיסים. האם לכך הגענו גם בישראל בעקבות פסק דין מלון ודומיו?

בהעניקו את זכות העמידה, היפנה השופט יורם דנציגר לפסקי דין מהמשפט המינהלי הכללי, ללא התייחסות לכך שבדיני המכרזים זכות העמידה התפתחה באופן שונה. בכך למעשה בוטלה לחלוטין כל אבחנה, אם היתה קיימת, בין דיני המעמד במשפט המינהלי לבין דיני המכרזים

לפני 15 שנה הבהיר ביהמ"ש העליון, כי במסגרת המשפט המינהלי, חל מהפך בזכות לפנות לבג"ץ (זכות העמידה). למרות זאת, ואף שמכרזים מהווים ענף מכובד במשפט המינהלי, זכות העמידה לגביהם נשארה אז מוגבלת. במשך השנים נפרצו עוד סדקים וזכות העמידה הורחבה, עד שבשורת פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות, האחרון ב-4.3.09 (עע"מ 8412/07 חברת מלון ומלון נ' הורן), נפרץ לדעתנו הסכר והשווה זכות העמידה במכרזים לזו שבשאר ענפי המשפט המינהלי.

בראשית שלטה ההלכה, כי כדי שתוכר זכות עמידה, היה על תוקף המכרז להראות לא רק שהוא מהמתמודדים בו, אלא גם שאלמלא הפגם לו הוא טוען, היתה הצעתו זוכה.

עם הזמן נבעו בהלכה זו בקיעים, אשר הרחיבו את האפשרות לפנות לביהמ"ש ולטעון כנגד פגמים במכרז. ביהמ"ש החל מדגיש, כי האינטרס הציבורי אינו רק בקבלת ההצעה הזולה, אלא גם בהקפדה על הכללים ושמירת טוהר המידות. משיקולים אלה החל ביהמ"ש להכיר בזכות העמידה של עותרים בקשת מצבים רחבה יותר.

מגמה זו באה לידי ביטוי בפסק הדין בעניין מס' פנות ישראל (ע"א 6926/93) בו קבע השופט מישאל חשין, כי שאלת מעמדו של פלוני המבקש לבטל מכרז או זכיה במכרז, תוכרע תוך שקלול שלושה יסודות: הפגם שנפל בהצעת פלוני, הפגם שנפל בהצעת הזוכה ובמכרז בכללו או טוהר המינהל הציבורי. משום חשיבותו של היסוד השלישי קבע השופט, כי ייתכן מצב בו יוכר מעמד אף למי שלא השתתף במכרז ובלבד שיכול היה (משתתף פוטנציאלי).

השופט אליעזר גולדברג סבר שם בדעת מיעוט, כי מתן פתחון פה לכל מי שטוען שיכול היה להשתתף במכרז אך לא השתתף בפועל, הוא צעד שיערער את יציבות המכרז ותוצאותיו. למרות מחלוקת זו לגבי משתתף פוטנציאלי, אף לא אחד מהשופטים העלה בדעתו לפתוח את דיני המכרזים לתקיפה מצד הציבור הרחב שלא השתתף במכרז ואף לא יכול היה להשתתף בו.

הכותב הוא שותף בכיר במשרד כהן, וילצ'יק, קמחי ושות' ומתמחה בתחום התכנון והבנייה ובתחום המוניציפלי. סייעה בכתיבה: נטע גלעדי