



על "ספק יחיד" ועדיפות עקרון הפומביות במימוש הפטור

פטור מפרסום מכרז פומבי בשל מבנה שוק בו קיים גורם אחד בלבד היכול לספק את צרכי הרשות (להלן: "ספק יחיד"), מצוי הן בדינים החלים על רשויות מקומיות והן בדינים החלים על המדינה והגופים עליהם חל חוק חובת המכרזים, תשנ"ב – 1992 והתקנות על פיו.

לעיתים קרובות, לאור השוני בין הדינים החלים על רשויות המדינה לבין הדינים החלים על רשויות מקומיות בעניין זה, כמו גם לאור מספר פסקי דין בנושא הפומביות של הליך הפטור כאמור, אנו נתקלים בשאלות הנוגעות לפרקטיקה של מימוש תקנת הפטור.

בחודש אפריל האחרון דן בית המשפט לעניינים מנהליים בחיפה, במסגרת עת"מ 38877-11-17 **עמותת שומרי הסף- התנועה להגנת ערכי שלטון החוק נ' עיריית חיפה ואח'** – בסוגיית ההתקשרות של עיריית חיפה עם חברת CAR2GO, מבלי שפורסם מכרז תוך שימוש בפטור "ספק יחיד".

בית המשפט דחה את העתירה אשר הוגשה כנגד העירייה בשל שיהוי בהגשתה, וקבע כי אין בהתנהלות העירייה (הגם שפעלה בניגוד לנהליה הפנימיים) משום פגיעה חמורה בשלטון החוק, המחייבת במקרה דנן את דחיית טענת השיהוי.

יחד עם דחיית העתירה, חזר בית המשפט על ההלכות בכל הנוגע לשימוש בפטור "ספק יחיד" ובעלון זה נתמקד בפטור כאמור, תנאיו ואפשרויות השימוש בו.

ספק יחיד, אימתי?

בפסק הדין לעיל, חזר בית המשפט על ההלכות בעניין "ספק יחיד", בפרט חזר בית המשפט על ההלכה ולפיה את המלל "הספק היחיד בארץ", יש לפרש באופן **דוקני ומצומצם**, שכן תקנה 3(4) מהווה **חריג** לכלל המחייב התקשרות עירייה בדרך של מכרז פומבי¹.

על מנת לעשות שימוש באותו "חריג", יש להוכיח (והנטל במקרה זה מוטל על הרשות או המומחה מטעמה), קיומה של "ראיה משכנעת" להיות הספק "יחיד", **וכי "אין אחר זולתו היכול לספק את הדרוש"**. כאשר בכל מקרה אחר - הפתרון יימצא בתחומיו של המכרז הפומבי.

בית המשפט ציטט את הדוגמא שניתנה במסגרת בג"צ אריאל (הערה 1 לעיל):

"כך, למשל, אם בכוונת העירייה לרכוש חלקי חילוף למערכות קיימות שברשותה, היא לא תוכל להימנע מלפרסם מכרז פומבי רק בשל כך שתימצא בידיה חוות-דעת של מומחה, לפיה אספקת חלקי חילוף על-ידי היצרן של המערכות היא מתאימה, זולה או יעילה יותר מחלקי חילוף של ספקים אחרים, אלא שומה עליה לפרסם מכרז; רק ראיה משכנעת, הקובעת שחלקי חילוף של אף ספק אחר זולת של היצרן אינם יכולים להתאים למערכות הקיימות, עשויה להצדיק פטור ממכרז. בכל מקרה אחר על העניין למצוא את פתרונו בתחומיו של מכרז פומבי."

¹ בג"צ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, [פורסם בנבו] (14.05.2012) (להלן: "בג"צ אריאל")



"על מכרזים" דוד רן-יה, עו"ד

נראה שהפסיקה לעיל מאמצת את הגדרת המונח "ספק יחיד" שבתקנות חובת המכרזים (שכאמור חלות על המדינה ושלוחותיה ולא על רשויות מקומיות), העושה שימוש במונח "מסוגלות". כך, התקשרות עם "ספק יחיד" מוגדרת בתקנות חובת המכרזים כ-"התקשרות עם מי שלפי זכויות מכוח דין או בהתאם למצב הדברים בפועל הוא היחיד המסוגל לבצע את נושא ההתקשרות", להבדיל מ"ניסיון".

הטעם לכך הוא, שאילו היה הניסיון קריטריון עיקרי בתיאור "ספק יחיד", הרי שבנקל עשויה להתבצע הנצחה של בעלי ניסיון כספקים יחידים במכרזים ציבוריים. הנצחה מעין זו עשויה ליצור קליקה צרה וסגורה של משתתפים ובאופן ישיר מונעת את כניסתם של מתחרים חדשים לשוק. מנגד, נשאלת השאלה, מה הטעם בפרסומו של מכרז פומבי, מקום שבו הרשות מבקשת במסגרת אותו מכרז ניסיון מזערי (הדרוש לה והרלוונטי) הקיים רק לגוף אחד, הגם שיש מסוגלות ביצוע לכאורה גם לגופים אחרים? כיצד פרשנות זו, של מסוגלות, מתיישבת עם האוטונומיה של הרשות לקבוע את תנאי הסף למכרז על מנת להגיע להתקשרות היעילה ביותר ולא לפגוע בתושביה בשם "עקרון השוויון"? התשובה מצויה בעיקרה ברצונו של המחוקק שהשימוש בתקנת הפטור יהא מצומצם ככל שניתן ושיפורסמו מכרזים במסגרתם השוק ייתן את הטון.

המלומד עומר דקל, בספרו "דיני מכרזים" (כרך 1 עמוד 236) כותב כי – הימצאותו של גורם אחד בלבד היכול לספק את צרכי הרשות, יכולה לנבוע ממגוון טעמים: (1) קיומו של מונופול במסגרתו גורם אחד בלבד שולט בשוק בכללותו. (2) שהמוצר אותו מעוניינת הרשות לרכוש מוגן על ידי פטנט או זכות יוצרים אחרת, שאז רק בעל הקניין הרוחני או מי שקיבל את רשותו, רשאי לעשות שימוש במוצר זה. (3) הינו הצורך במומחיות מיוחדת בתחום שבו דרושה העבודה. (4) קיים בפועל רק גורם אחד מסוגל לספק את צרכי הרשות.

הבעייתיות מתעוררת כאשר קיומו של ספק יחיד אינו ודאי – או אז, מוטל על הרשות לפרסם מכרז. כך, [בבר"מ 2349/10](#) **שעשועים וספורט בע"מ נ' עיריית בני ברק** [פורסם בבנו] (20.05.2010) נקבע:

"השימוש בפטור שלפנינו הוא ראוי רק מקום: שקיימת ודאות, שאין בארץ אלא ספק יחיד של טובין או מומחה יחיד לביצוע עבודה" (ענין אריאל, שם) – שאז מה טעם יש לערוך מכרז, רק כדי שתוגש הצעה יחידה. אולם מקום שיש ספק האם יש יותר מאשר יצרן אחד, או נותן שירותים אחד, היכולים להעניק לגוף המינהלי את הטובין, או השירותים שהיא באמת זקוקה להם, מוטב לערוך מכרז (ולא ההיפך, כפי שאחדים גורסים שלא כדוין)".

כיצד אם כן ממשים את תקנת הפטור?

התשובה לשאלה זו תלויה בזהות הגורם השואל. הטכניקה למימוש תקנת הפטור שונה כאשר הגורם השואל היא רשות מקומית - שאז עליה לפנות לדין הרלוונטי אליה בתקנות הספציפיות לאותה רשות (עיריות, מועצות אזוריות, מועצות מקומיות) ומנגד קיימת טכניקה אחרת, כאשר הגורם השואל היא רשות מדינה/ממשלתית ושלוחותיה, עליהן חל חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 והתקנות מכוחו.



"על מכרזים" דוד רן־יה, עו"ד

חובת הפרסום :

בכל הקשור לשימוש בפטור ספק יחיד, תקנות חובת המכרזים קובעות חובה לפרסם את דבר השימוש בפטור באתר האינטרנט של הגוף המבקש לעשות שימוש בתקנת הפטור. מנגד, הדינים החלים על רשויות מקומיות אינם מחייבים פרסום (כלשהו), במקרה בו עולה הצורך לבצע התקשרות על בסיס פטור "ספק יחיד". יחד עם זאת, הפסיקה קבעה (גם בפס"ד בעניין חיפה לעיל) כי עקרון השקיפות של ההליך המנהלי "עולה בקנה אחד" עם פרסום מתאים בעניין.

כך למשל נקבע בעניין שעשועים וספורט לסוגיית אי הפרסום של השימוש בתקנת הפטור :

" הימנעות זו איננה עולה בקנה אחד עם חובת העירייה לפעול בהתאם לכללי המינהל התקין. חובת הפרסום אמנם איננה נזכרת מפורשות בתקנות העיריות, בניגוד לתקנות חובת המכרזים....

ברם, ברור שמשמעות הדבר איננה שהעיריות וועדות המכרזים רשאיות לפעול במחשכים ובהסתר, ולהימנע מגילוי התקשרויותיהן עם גורמים שונים בפטור ממכרז. הפומביות המינהלית היא עקרון בסיסי במשטר דמוקרטי. היא המאפשרת לציבור לתכנן את הליכותיו, לקיים דו-שיח עם המינהל, ולבקר את מעשיו....

...

רק הפרסום – בין אם במתווה הדו-שלבי הקבוע בתקנה 3א לתקנות חובת המכרזים, בשינויים המחויבים, ובין אם בכל דרך ראויה אחרת – יבטיח שרק התקשרויות שאכן אין מנוס מביצוען בפטור ממכרז – יופטרו ממכרז, בעוד שהתקשרויות אחרות שנתפרו שלא כדין לפי מידותיו של ספק פלוני – לא ייצאו לפועל. בנוסף, אם טעתה הרשות בתום לב בסוברה כי יש רק "ספק יחיד" לטובין המבוקשים, יאפשר הפרסום לכל ספק אחר, הסבור כי מוצריו יכולים להתאים לצרכי הרשות, לנסות ולהעמיד את הרשות על טעותה, גם מבלי שיהיו לו מהלכים ברשות."

לשאלות או הבהרות ניתן לפנות אלינו בלחיצה כאן או לפנות אלינו בדוא"ל לכתובת: david@aradv.co.il.