



על מכרזים

על מכרזים – על אי תחולת חוק חובת המכרזים ותקנותיו על מכרזי רשויות מקומיות



**"אכן, לפי פסק דין
הרטמן, רוח
הדברים והרציונלים
בחוק חובת
מכרזים ובתקנות
חלים גם על רשויות
מקומיות, אך לא
הסדרים
ספציפיים..."**

בימים האחרונים הופץ עותק מכתב מאת התאחדות האדריכלים ובוני ערים בישראל, אשר נשלח לכאורה לעיריית עפולה ביחס להליך מכרזי של בחירת אדריכל לבינוי של בית ספר בטענה (שאינה נכונה) כי ההליך כפוף לקבוע בתקנות חובת המכרזים תשנ"ג-1993 בפרט תקנה 5א שם הקובעת את תצורת המכרזים ביחס ל"מתכנן" כהגדרת מונח זה שם.

לאור העובדה שהמכתב הגיע למשרדנו ממספר רשויות ובעלי תפקיד ברשויות השונות, מצאנו להביא את המצב המשפטי בפועל נכון להיום ביחס לסוגיה כאמור.

דיני המכרזים במדינת ישראל:

נכון למועד כתיבת שורות אלו, לא קיים במדינת ישראל דין אחיד, המלכד בתוכו את דיני המכרזים באופן לוגי והרמוני. בעוד שעקרון השוויון ועקרון היעילות הכלכלית (שני עקרונות העל של דיני המכרזים) נשמרים ושזורים כחוט השני בכל דיני המכרזים השונים, רשויות שלטוניות שונות (מקומיות, ממשלתיות או ייעודיות) כפופות לרגולציה שונה החלה עליה.

כך למשל, מדינת ישראל, משרדי ממשלה, גופי סמך וחברות ממשלתיות, כפופים להוראות חוק חובת המכרזים תשנ"ב-1992, תקנות חובת המכרזים, תשנ"ג – 1993 (להלן: "התקנות" או "תקנות חובת המכרזים") ואילו עיריות המצויות בשטחה של מדינת ישראל כפופות, בין היתר, לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח – 1987 ופקודת העיריות [נוסח חדש], מועצות מקומיות כפופות לקבוע בתוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות (א) תשי"א - 1950, ומועצות אזוריות כפופות לתוספת השנייה לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) תשי"ח-1958, על כל אלו חלים גם נהלים וחוזרים של משרד הפנים ומשרדי ממשלה שונים (להלן: "דיני המכרזים החלים על הרשויות המקומיות"). במקביל, על רשויות מקומיות המצויות בשטחי יהודה ושומרון, מעצם היותן רשויות שהוקמו על ידי מפקד האזור מכוח הסמכויות הנתונות לו במשפט הבינלאומי הפומבי, חלים כללי המועצות המקומיות (מכרזים) (יהודה ושומרון), תשנ"ב – 1992. על כך יש



על מכרזים

להוסיף את תאגידי המים והביוב, משרד הבטחון ומוסדות להשכלה גבוהה אשר על כל אחת מהן חלה רגולציה שונה.

יש המנמקים את הדיפרנציאציה ברגולציה בהבדלים המובנים בין הרשויות השונות ובמערכת האילוצים המתלווה להתנהלותן השוטפת - שהרי ברור כי דרך התנהלותו וצרכיו של משרד האוצר, אינו כדרך התנהלותה וצרכיה של עיריית גבעתיים, או כדרך התנהלות מכון ויצמן למדע - לדוגמא.

יחד עם זאת, בסוגיות מסוימות הביעו בתי המשפט את ביקורתם מהיעדר טעם מבוסס לשונות בין הדינים או לעובדה שבדין אחד קיימות הוראות מסוימות (לדוגמא: אפשרות מו"מ או מכרזים ממוכנים הקיימים בתקנות חובת המכרזים) אשר אינן קיימות בדין אחר (לדוגמא הדינים החלים על רשויות מקומיות).

את הביקורת כאמור חתמו בתי המשפט באמרות אגב בדבר המצב הרצוי אל מול המצב המצוי, ובמסגרת התמודדותם עם השונות המאפיינת את דיני המכרזים, בתי המשפט פעלו מעת לעת על דרך השלמת הוראות מדין לדין או החלת עקרונות של דיני המכרזים על רגולציה חסרה, ברם עד היום, לא נעשתה החלה גורפת של דין אחד, החל על גופים מסוימים, על גופים המתנהלים תחת דין אחר, ההיפך הוא הנכון.

בית המשפט העליון, בשני פסקי דין שונים, קבע באופן חד משמעי כי אין לבצע החלה אוטומטית של דינים המשויכים לגוף מנהלי מסוים על גוף מנהלי אחר. כך, ב **ע"מ 1777/14 חן המקום בע"מ נ' עיריית קרית אונו (פורסם בנבו) (16/6/2016)** אשר עסק בפטורים ממכרז קבע:

"המחוקק הישראלי בחר להסדיר את דיני המכרזים של השלטון המרכזי ושל השלטון המקומי בחקיקה נפרדת ... חקיקה זו כוללת הסדרים שונים החלים על חובת המכרזים של השלטון המקומי והשלטון המרכזי וכן על הפטורים מחובת קיום המכרז. ...אכן, בפסיקה ובספרות הובעה ביקורת על ההפרדה בין שתי מערכות הדינים, אין ספק כי ראוי לשאוף להרמוניה חקיקתית בדיני המכרזים...אולם, דווקא בכל הנוגע לפטורים מחובת המכרזים ראוי לאמץ גישה זהירה".

בע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ (פורסם בנבו) (22/10/2003) דן בית המשפט העליון איזה מערכת דינים חלה על תאגיד אשר הוקם על ידי מספר רשויות מקומיות, וזאת לצורך ההכרעה על האפשרות של אותו תאגיד לקיים הליך של מו"מ:

" שאלה היא אילו כללים יחולו עליה – הכללים הנוהגים לגבי מכרזי המדינה מכוח חוק חובת המכרזים, או אלה החלים ברשויות המקומיות? נפקותה של ההבחנה במקרה זה



על מכרזים

היא לצורך בחינת המותר והאסור ביחס לניהול משא ומתן בין בעל המכרז למציע ולאפשרות החלטה של תקנה 7 לתקנות חובת המכרזים על המכרז נושא ענייננו...
...הדעת נותנת כי יחולו על העניין כללי המכרזים הנוהגים ברשויות המקומיות. אלה,
כפי שצוין לעיל, אוסרים על ניהול משא ומתן הן בעיריות הן במועצות המקומיות".

היטיב לנתח את הנושא בקצרה כבוד השופט ד"ר מנחם רניאל בת"מ (חי') 61913-03-16 ע.מ.ת. – ערוצי מדידה ותשתיות בע"מ נ' מינהלת בר-לב בע"מ, בהתייחסותו לעע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' הרטמן (פורסם בנבו):

"אכן, לפי פסק דין הרטמן, רוח הדברים והרציונלים בחוק חובת מכרזים ובתקנות חלים גם על רשויות מקומיות, אך לא הסדרים ספציפיים...".

כן ראו בש"א (ת"א) 31493/05 חכמון גבאי בע"מ נ' עיריית רעננה (פורסם בנבו) (25/5/2005)

"אכן, האחדת דיני המכרזים הינה בבחינת הדין הרצוי, אולם משבחר המחוקק בדרך אחרת, אני סבור שעל בית משפט לכבד את בחירתו".

כן ראו את הניתוח המעמיק של כב' השופט, סגן הנשיאה, יעקב שינמן בעת"מ 5749-08-20 מיתר שירותים מוניציפאליים מתקדמים בע"מ נ' עיריית קלנסווה ואח' (פורסם בנבו):

"מכרזי הרשויות המקומיות לגופם, שונים לא פעם ממכרזי המדינה בהיקפם (הכספי, הפיזי, זמן התמשכותם, ומטרתם)... עמדתי היא, שיש להבחין בין הוראות חוק חובת מכרזים, לבין ההוראות המוסדרות בחקיקה הנוגעת לשלטון המקומי וכפי שצינתי באותו מקרה".

....

הפסיקה המחייבת של בית המשפט העליון, עמדה על השוני בין ההוראות הקיימות ביחס לדיני מכרזים של רשות מקומית, לבין אלו של השלטון המרכזי"

....

אכן, בפסיקה ובספרות הובעה ביקורת על ההפרדה בין שתי מערכות הדינים... ועל רקע זה, אף הועלו הצעות להחיל את חוק חובת המכרזים והתקנות שהוצאו מכוחו גם על רשויות מקומיות, או למצער, להשתמש בו כמקור פרשני האוצל על דיני המכרזים של הרשויות המקומיות.

....

מנגד נפסק, כי כאשר קיימת הוראה ישירה וברורה בדיני המכרזים ברשויות המקומיות, אין להקיש מהאמור בחוק חובת המכרזים והתקנות מכוחו על רשויות



על מכרזים

מקומיות..... במקרים אחרים, צוין כי יש לאמץ "גישה זהירה" ביחס להחלת חוק חובת המכרזים והתקנות מכוחו על דיני מכרזים של רשות מקומית, כגון ביחס לפטורים מחובת מכרז.

.....

עוד צוין, כי בכל מקרה גם אם הכפפת מכרזי הרשות המקומית לחוק חובת המכרזים ותקנותיו הינו הדין הרצוי, אין לעשות זאת בדרך של חקיקה שיפוטית... ומשבר המחוקק בדרך שאינה האחדת הדינים, יש לכבד את בחירתו "

אכן במספר פסקי דין של בתי המשפט לעניינים מנהליים, החילו בתי המשפט את החובה לדרוש כל תעודה או רישיון על פי דין גם במכרזים של רשויות מקומיות – הנ"ל בעיקר בנושא של רישיון עסק או רישיונות נדרשים על פי דין וזאת מכוח הדרישה בתקנה 6 לתקנות חובת המכרזים ודיני המכרזים הכלליים, אולם מעבר לסוגיות נקודתיות כאמור לא הוחלו הדינים של גוף אחד על גוף אחר באופן גורף.

ובמילותיו של בית המשפט:

בטרם סיום הדיון בסוגיה זו ולמניעת ספק, חשוב לציין כי לא נעלמו מעיני גם פסקי הדין שאזכרו על ידי העותרת בדבר תחולת חוק המכרזים ותקנותיו על מכרזי רשות מקומית.... אולם, אני סבור כי במקרה דנן, אין לגזור גזירה שווה מאותם מקרים לענייננו. בראש ובראשונה, אותם פסקי דין עסקו בשאלת תחולת תקנה 6 לתקנות המכרזים - הקובעת כי קיום רישיון עסק רלבנטי לעבודות המכרז מהווה תנאי סף - על מכרזי רשות ציבורית, לגביהם לא נכללה דרישה כאמור.

מדובר בתנאי הקשור לשאלת חוקיות ביצוע העבודות נשוא המכרז ובמקרה מעין זה, ברור, שרשות ציבורית ורשות מקומית בכלל זה, לא תוכל לתת ידה להפרת חוק בפעולות המתבצעות בשירותה וממילא, עליה להקפיד שנותן השירות יהיה מצויד ברשיונות הדרושים על פי כל דין לביצוע עבודתו בשירות הרשות, גם מבלי שהדבר יצוין במפורש במכרז. ולכן, גם ללא החלת תקנה 6 על מכרז של רשות מקומית, ברור כי הרשות אינה רשאית לסטות מהדין ולקיים את העבודות נשוא המכרז ללא רישיון.

לעניין תקנה 5 והמכתב אשר נשלח לעירייה עפולה, הרי שעל פניו אין לטענה של התאחדות האדריכלים ובונים ערים על מה שתסמוך, בוודאי כאשר מדובר בהסדר ספציפי בתקנות חובת המכרזים ביחס למשקולות של הפרמטרים השונים במכרז פומבי לקבלת שירותי תכנון, ובוודאי שלגבי התקשרויות מהסוג הנ"ל קבע משרד הפנים הוראות והנחיות לעניין התקשרות בפטור ממכרז (במסגרת נוהל ארוך) אשר אינן קובעות מסמרות ביחס



על מכרזים

למשקולות של המחיר והאיכות בהליך איתור של "בעל מקצוע מומחה" כגון בתקנה 5 – ומכלל הלאו בעניין זה ניתן ללמוד גם לגבי היעדר החובה לבצע חלוקה מסוימת בין מחיר לאיכות גם במכרזים פומביים וגעים למתכננים או אדריכלים.

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



ליטיגציה מנהלית



ליווי הליכי המכרז



עריכת מכרזים