

פסיקה

משא ומתן במכרזי רשויות מקומיות

שמואל הרציג*

בעקבות ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר ואח'
(טרם פורסם)

א. מבוא. ב. נקודת המוצא לדיון. ג. המקרה. ד. פסקי-הדין. ה. האם מתיישב עקרון השוויון עם ניהול משא ומתן? ו. בעיית נטל ההוכחה של תקינות הליך המשא ומתן. ז. התוצאה העסקית של המשא ומתן. ח. האם נקבעה בפסקי-הדין הלכה המתירה ניהול משא ומתן בכל מכרז? ט. תוצאת פסקי-הדין. י. הדין הרצוי.

א. מבוא

להבדיל ממכרזים הכפופים להוראות חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 (להלן גם: חוק חובת המכרזים), אשר במקרים מסוימים בלבד מותר לנהל בהם משא ומתן (בהתאם לאמור בתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 [להלן גם: התקנות]), אין בהוראות הדין החלות על מכרזי רשויות מקומיות היתר לניהול משא ומתן לפני ההכרעה במכרז. הלכה ברורה היא משכבר הימים כי ניהול משא ומתן עם המציעים במכרזים כאלה, במטרה להוריד את הצעת המחיר או לשנות פרטים בהצעה, לפני ההכרעה במכרז, אסור בתכלית האיסור. והנה, בפסקי-הדין נושא הרישימה (להלן: ע"א מ.ג.ע.ר.), שניתן לאחרונה, התייחס בית-המשפט העליון לשאלה זו ואישר, בדעת רוב, הליכי מכרז שפירסמה רשות מקומית, אשר במסגרתו נוהל משא ומתן שבצבקותיו נקבע הווכח במכרז.

רשויות מקומיות רבות החלו (שלא בצדק) לפרש את האמור בפסקי-דין זה כהיתר גורף לנהל משא ומתן במסגרת מכרזים הנערכים על-ידיהן על-פי חובה שבדין. יעידו על כך

* עורך-דין, מחבר הספר דיני מכרזים (מהדורה שנייה, בורסי, תש"ן-תשנ"ה). המאמר נכתב בהשתתפות עורך-דין שמואל רונן.

מכרזים רבים של רשויות מקומיות הכוללים באופן גורף וסטנדרטי סעיף משא ומתן, לעיתים אף על-ידי הטבעת חותמת הכוללת סעיף המתיר משא ומתן. פסקי-הדין האמור עצמו עורר ביקורת חריפה בחוגי המשפטנים העוסקים במכרזים ברשויות המקומיות.¹ ברשימה זו נבקש לבדוק האם אכן כצעתה.

ב. נקודת המוצא לדיון

חשוב להבחין בין ארבעה מצבים של ניהול משא ומתן בהקשר של מכרז:

- (1) משא ומתן המנוהל עם הזוכה במכרז לאחר הזכייה במטרה לשפר פריטים בהצעתו.
- (2) משא ומתן המתנהל במסגרת פטור ממכרז.
- (3) משא ומתן המתנהל עם מציע אחד או עם כמה מן המציעים לאחר כישלונם של מכרז וביטולו.
- (4) משא ומתן הנערך עם מציעים במכרז לפני ההכרעה במכרז, במטרה לקבוע את זהותו של הזוכה במסגרת מכרז שפורסם על-פי חובה שבדין.

שלושת המצבים הראשונים הם בגדר משא ומתן מותר אשר אינו מסיג את גבולו של המכרז. לעומת זאת, משא ומתן הנערך במסגרת הליכי מכרז נחשב מאז ומתמיד לפסול בהיותו נוגד את עצם רעיון המכרז, ועקרון השוויון העומד בבסיסו. על מהותה של ההבחנה בין המצבים השונים של ניהול משא ומתן עמד השופט ברק:

כלל זה של איסור ניהול משא ומתן חל אך באותן מסגרות, שעליהן חל ההיגיון שמאחוריו. על כן, אם ועדת המכרזים הגיעה למסקנה, כי היא אינה מקבלת אף הצעה, אין כל דבר אשר ימנע אותה – ובלבד שהדבר אפשרי על פי המסגרת הנורמטיבית הכללית (דהיינו, שלא מתחייב לפתוח במכרז חדש) – מלנהל משא ומתן עם אחד המשתתפים. ... בדומה, אם במסגרת הליכי המכרז גיבשה ועדת המכרזים החלטה סופית למסור את ביצוע העבודה לאחד המשתתפים, שוב אין מניעה לכך, כי ינוהל עם אותו משתתף משא ומתן להורדת מחירה של הצעתו. משא ומתן זה אין בו כדי לפגוע בשוויון התחרות בין המשתתפים השונים, שכן ההצעה הנבחרת היא זו המתקבלת ללא ניהולו של משא ומתן כלשהו ועל פי ההצעות המקוריות בלבד. במסגרתו של משא ומתן זה, נקודת המוצא היא, שהמציע, שהצעתו זכתה, זכאי שייעשה עמו חוזה על פי הצעתו המקורית, וכל שינוי בהצעתו הוא ענין לשיקול דעתו שלו בלבד. ... נראה לי איפוא, כי עצם העובדה, שנוהל משא ומתן עם אחד

1. ראו לדוגמה עמדתו של יושב-ראש איחוד היועצים המשפטיים ברשויות המקומיות, עורך-דין יצחק גליאור, שטען כי פסקי-הדין בע"א מ.ג.ע.ר "רוקן מתוכן את דיני המכרזים" – הארץ, 17 בנובמבר 1996.

המזיעים, אין בה כדי לפסול את הליכי המכרז, ובלבד שאותו משא ומתן נוהל לאחר שהליכי המכרז נסתיימו, כלומר, לאחר שבעל המכרז החליט, למי הוא מוסר את העבודה.²

אשר לניהול משא ומתן בין מציעים במכרז לפני ההכרעה במכרז, לא אחת נפסק כי "כלל הוא בדיני המכרזים, שאסור לו לבעל המכרז לנהל משא ומתן במסגרת הליכי מכרז עם מציע זה או אחר"³; שכן הדבר אינו עולה בקנה אחד עם הכללים העומדים ביסודו של המכרז.⁴

בחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, ובתקנות שהותקנו על-פיו הוסדרו לראשונה בחוק חרות מכרזים של רשויות המדינה ושל תאגידים ממשלתיים, ובמסגרתם יצר המחוקק הליך מסוג חדש ומיוחד, המכונה "ניהול משא ומתן עם מציעים במכרז".⁵ יודגש כי ניהול משא ומתן הותר בתקנות רק לגבי סוגים מיוחדים של עסקאות, שהמחוקק סבר כי יש מקום למשא ומתן בעניינן, וגם זאת בכפוף לכללים שנקבעו בתקנות שהותקנו מכוח החוק. לגבי רשויות מקומיות, לא שינה המחוקק בחוק חובת המכרזים או בתקנות החלות על רשויות מקומיות את המצב המשפטי שהיה קיים ערב חקיקת חוק חובת המכרזים. דהיינו, במכרז שפירסמה רשות מקומית מכוח חובה שבדין חל עדיין איסור כולל וגורף על ניהול משא ומתן לצורך קביעת הזוכה.

יצוין כי גישת המחוקק, שאיפשרה לנהל משא ומתן במכרזים מסוימים של המדינה, עוררה ביקורת חריפה.⁶ מאידך, יש כאלה המוצאים הצדקה להבחנה שעשה המחוקק בין מכרזי המדינה והתאגידים הממשלתיים לבין מכרזי הרשויות המקומיות. אולם מבלי להיכנס למחלוקת זו, הראויה לדיון נפרד, חשוב לבחון מה קובעות תקנות חובת המכרזים בקשר לאפשרות ניהול המשא ומתן.

2. בג"צ 118/83 אינווסט אימפקט ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות ואח', פ"ד לח (1) 729, עמ' 737-738.
3. שם, 737.
4. ראו גם בג"צ 25/63 "אוניקו רויטמן" בע"מ נ' המועצה המקומית קרית אונו ואח', פ"ד יז 1208; בג"צ 316/63 גזית ושחם חברה לבנין בע"מ נ' רשות הגמלים ואח', פ"ד יח 172; בג"צ 278/67 א' לוסטיג ג' דוביצקי הנדסה וקבלנות בע"מ נ' עיריית פתח תקוה ואח', פ"ד כב (1) 10; בג"צ 47/68 א' שרמן ובנו, 1954 בע"מ נ' שר העבודה ואח', פ"ד כב (1) 497; בג"צ 351/71 "צוות ניהול" בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד כו (1) 113; בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לו (4) 85; בג"צ 209/83 (ב"ש 583/83) שהף שירותי תעופה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבטחון ואח', פ"ד לח (2) 225; ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל ואח', פ"ד מז (1) 667.
5. תקנה 7 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993.
6. ראו גבריאלה שלו, "מכרזים ציבוריים לאחר חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה), 455, עמ' 467; שמואל הרציג, דיני מכרזים, ג (בורסי, תשנ"ה), 271.

עיון בתקנות חובת המכרזים מגלה כי מחוקק המשנה התיר לנהל משא ומתן בהליכי מכרז (של רשויות המדינה ושל תאגידים ממשלתיים) רק לגבי סוגים מיוחדים של התקשרויות. מדובר בעסקאות בעלות מורכבות מיוחדת, שהמחוקק סבר, ככל הנראה, כי עריכת מכרז רגילי ביחס אליהן עלולה שלא להשיג את המטרה העסקית האופטימלית, אם כי עדיין ראוי לקיים בהן מכרז ולא לפטור אותן לחלוטין ממנו.

הסוגים המותרים האמורים הם: התקשרות לביצוע מיזם בעל מורכבות טכנולוגית מיוחדת, או מיזם הדורש איתנות פיננסית משמעותית;⁸ התקשרות לביצוע עסקת קומבינציה;⁹ התקשרות לרכישת טובין בעלי תכונות מיוחדות ואפיונים לא נפוצים;¹⁰ התקשרות שעניינה מחקר ופיתוח;¹¹ התקשרות לפעילויות מסוימות בתחום הפיננסי,¹² וכיצא באלה סוגי התקשרויות.

דהיינו, רשימת המקרים שבהם מותר לנהל משא ומתן במסגרת מכרז ממכרזי המדינה והתאגידים הממשלתיים היא רשימה סגורה, ומצומצמת למקרים מוגדרים ומיוחדים בלבד.

ג. המקרה

המועצה המקומית נשר (כיום - עיריית נשר) פירסמה בשנת 1994 מכרז שבו הוזמנה הצעות לשירותי גבייה למועצה. בתנאי המכרז צוין במפורש כי המועצה תהיה רשאית לנהל משא ומתן עם מציעים שונים העומדים בתנאי המכרז. במכרז השתתפו שישה מציעים שונים, ולאחר פתיחת תיבת המכרזים זומנו שלושה מהם, בזה אחר זה, לוועדת המכרזים לשם ניהול משא ומתן. במסגרת המשא ומתן התבקשו המציעים לתת הנחה על מחירי הצעתם. בסיום הליך המשא ומתן נקבע הזוכה במכרז.

אחת החברות שהוזמנו להשתתף במשא ומתן עתרה לבית המשפט המחוזי בחיפה בתביעה לביטול תוצאות המכרז. משנדהתה תביעתה, הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון התמקד בשאלה אם רשאית רשות מקומית לנהל משא ומתן עם מציעים להורדת המחיר בהליך של מכרז, לאחר פתיחת ההצעות, ובטרם קביעת הזוכה, כאשר אפשרות ניהול המשא ומתן נקבעה מראש במסמכי המכרז.

7. או "מרובע" כהגדרת השופט חשין בע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מח (3) 749 (להלן: ע"א מספנות ישראל).
8. סעיף 7(א)(1) לתקנות.
9. סעיף 7(א)(2) לתקנות.
10. סעיפים 7(א)(3) ו-4(2) לתקנות.
11. סעיפים 7(א)(3) ו-4(6) לתקנות.
12. סעיפים 7(א)(4) ו-3(14) לתקנות.

ד. פסק-הדין

דעות שופטי ערכאת הערעור נחלקו. השופטת שטרסברג-כהן, שצידדה בדחיית הערעור, העמידה את החלטתה על שני טעמים עיקריים: ראשית, על הצורך לקיים אחידות במערכת הנורמטיבית לגבי כל סוגי המכרזים הפומביים; שנית, על שמירת האינטרס העסקי של מפרסם המכרז. לפי גישתה, ניהול משא ומתן לאחר פתיחת תיבת המכרזים מאפשר את השגת התנאים הטובים ביותר עבור מפרסם המכרז, ומשהותרה דרך זו במפורש בהוראות הדין החלות על מכרזי המדינה,¹³ אין הצדקה לאסור על הרשויות המקומיות לנהל משא ומתן במכרזיהן, ובלשון בית-המשפט:

אינני רואה טעם להכשיר משא ומתן במכרז של רשות שלטונית לפני חוק חובת המכרזים ואחריו ולאוסרו בתכלית האיסור במכרזי רשויות מקומיות. בעיני, ראוי היה שהמחוקק ישלים את דברי החקיקה הנוגעים לרשויות המקומיות ברוח חוק חובת המכרזים והתקנות שהותקנו על פיו ויקבע כללים ברורים לענין ניהול משא ומתן, סוגי החוזים בהם מותר לנהל [משא ומתן - ש"ה] כזה ולאופן ולעיתוי ניהולו. כל זאת, על מנת להבטיח את תכליתו הכפולה של המכרז ולהגן על שני האינטרסים המונחים בתשתיתו.

עד להשלמת החקיקה בעניין, סבורה השופטת שטרסברג-כהן כי -

ניתן ליישם בזהירות ובהתאמה את הכללים והתנאים שנקבעו בפסיקה לניהולו של משא ומתן במכרז ואת אלה שנקבעו בתקנות שהותקנו על פי חוק חובת המכרזים, גם למכרזי רשויות מקומיות.

השופט טל חלק על כך. לדעתו, אין לאפשר ניהול משא ומתן במכרזי רשויות מקומיות, מפני שהדבר יוצר פתח רחב מדי להטיית תוצאות המכרז, תוך שמירה על מראית-עין של שוויון בלבד, וללא אפשרות מעשית אמיתית לפקח על הנעשה:

הרשות בעלת המכרז חפצה ביקרו של מקורב. לאחר פתיחת ההצעות, כדי לצאת ידי חובת השוויון, היא מנהלת משא ומתן עם כל אחד מן המציעים בשווה. אבל יש מקורב שהוא שווה יותר. ולו מגלים את ההצעות של האחרים ואת גבול הויתורים שאליו הגיעו האחרים במשא ומתן. וראה זה פלא, מקורב זה, בלי קשר עם הצעתו המקורית, יודע לשאת ולתת כך שיוכה במכרז. תרחיש כזה, מקום שפועלים כוחות ואינטרסים כלכליים, אינו רחוק מן המציאות.

13. בסעיף 4(א) לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, ובתקנה 7 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993.

השופט טירקל הצטרף לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן, ככל שמדובר בתוצאה של דחיית הערעור, אם כי הביע מורת-רוח מהתוצאה המעשית של הדברים ואף הצטרף לחששותיו של השופט טל בדבר היכולת לנצל לרעה את הליכי המשא ומתן. לדעתו של השופט טירקל, יש לצמצם את המקרים שבהם מותר לנהל משא ומתן עם מציעים, אולם משלא נמצא פגם בדרך פעולתה של המועצה במכרז נשוא הערעור, נקבע כי אין מקום להתערב בהחלטתה בנסיבות אותו מקרה ספציפי.

סופו של דבר – הערעור נדחה כדעת שופטי הרוב, כנגד דעתו של השופט טל. אולם ניתוח פסק-הדין, דעות השופטים ונימוקיהם אינו מוביל, לדעתנו, למסקנה כי יש בפסק-הדין משום חידוש הלכה עקרוני המשנה את ההלכות הקודמות שאסרו על ניהול משא ומתן בהליכי מכרז.

ה. האם מתיישב עקרון השוויון עם ניהול משא ומתן?

ביסודו של הליך המכרז עומד הרצון לאזן בין שני אינטרסים אשר לא תמיד מתיישבים זה עם זה. הראשון הוא האינטרס הציבורי, שעיקרו מתן יחס הוגן והזדמנות שווה לכל אדם לזכות בביצוע עבודות הממומנות מכספי הציבור. השני הוא האינטרס העסקי, שעל-פיו מעוניינת הרשות הציבורית להשיג את התנאים הטובים ביותר האפשריים לביצוע העבודה המבוקשת.

על הקונפליקט האפשרי בין האינטרסים הללו עמד השופט שמגר:

שני יסודות אלה אינם מנותקים האחד מרעהו, אלא יש להם השלכה והשפעה זה על זה. מחד גיסא, לא כל האמצעים כשרים לשם השגת מירב התועלת הכלכלית, כמתואר, כפי שגם אין לומר כי שיקולי תמחור ועלות פוסקים להיות רלבנטיים וישימים כאשר שולט בכיפה השיקול הציבורי. שיטת המכרז נוצרה כדי ליצור שילוב נאות בין שני האינטרסים האמורים ולקבוע עקרונות פעולה, אשר על פיהם תנסה הרשות הציבורית להפיק תועלת כלכלית, תוך שמירה על כללי אתיקה ומינהל תקין היונקים מן היסוד הציבורי ומשקפים אותו.¹⁴

הצורך לאזן בין שני האינטרסים הללו עומד בבסיס שיטת המכרז, שהיא מסגרת של כללים ונהלים לקבלת הצעות לביצוע חוזה או עסקה. אולם אין להפריד בין כלל השוויון, העומד ביסוד המכרז, לבין נוהלי המכרז, שנועדו להבטיח את יישומו בפועל, שכן השוויון במכרז מושג דווקא על-ידי שמירה קפדנית של הסדרים ונהלים הפורמליים של המכרז.

14. בג"צ 368/76 א' גוזלן; צוות מא"י לבנין נ' המועצה המקומית בית-שמש ואח', פ"ד לא (1) 505 (להלן: בג"צ גוזלן), עמ' 512.

על חשיבותה היתרה של ההקפדה על הנהלים הפורמליים של המכרז עמד השופט שמגר בפסק־הדין בבג"צ גוזלן:

ההקפדה הדווקנית על קיום הנהלים הפורמליים של המכרז לפרטיהם, כדי שעקרון השוויון במכרז יבוא לידי ביטוי המלא והיעיל וכדי שיימנעו אי־קיום התחייבויות וחובות, רשלנות ואי־דיוק, המצמיחים, לא אחת, הפליה, שרירות מינהלית ופגיעה בטוהר המידות. למותר להוסיף ולהבהיר, כי אי־היצמדות לנהלים ואי־הקפדה על קיום התנאים שנקבעו עליהם, ישלול מן המהליט במכרז כל אמת־מידה לפעלו ויפתח פתח להטייתו לפי כל רוח מצויה.¹⁵

המחוקק בחר לקבוע נהלים ברורים ומוגדרים, שנועדו להבטיח כי מכרזי הרשויות המקומיות אכן ינוהלו ללא משוא פנים, תוך ניסיון למנוע מראש אפשרות להטיית תוצאותיהם, ובמיוחד בכל הקשור ל"חוליה החלשה" של המכרז – מניעת דליפת פרטי הצעות למתחרים, כדי שיוכלו לכלכל את צעדיהם בהתאם. כך, לדוגמה, נקבע נוהל מוגדר ומפורש לקבלת מסמכי ההצעות ברשות המקומית ושמירה על תיבת המכרזים. סעיף 14(א) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987 (להלן: תקנות העיריות (מכרזים)), קובע:

עובד העירייה שראש העירייה מינה לכך יכניס כל מעטפת מכרז שנתקבלה בעירייה לפני תום המועד להגשת מסמכי המכרז לתוך תיבה מיוחדת נעולה בשני מנעולים שמפתחותיהם נשמרים בידי שני אנשים שראש העירייה מינה אותם לכך.

עוד קבע המחוקק במפורש את הדרך שבה תיפתח תיבת המכרזים ויתבררו פרטי ההצעות. המחוקק הורה כי פתיחת תיבת מכרזים תהיה פומבית, וכל אדם יהיה רשאי להיות נוכח בה;¹⁶ יתר על כן, תיבת המכרזים תיפתח אך ורק בנוכחות חבר ועדת המכרזים ועובדי העירייה שמונו לצורך הכנסת ההצעות לתיבה ושמירה על המפתחות;¹⁷ במועד הפתיחה יסומנו ההצעות, יוכרזו שמות המציעים, סכומי ההצעות, מספר הגיליונות בכל הצעה, והאומדן, והדברים יירשמו בפרוטוקול שינוהל בשני עותקים.¹⁸ הדין הפסוק שעוצב על־ידי פסיקת בית־המשפט העליון (בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק) יצר גם הוא מסגרת של כללים והנחיות שמילאו את עקרון השוויון בתוכן מעשי.

15. שם, עמ' 512.

16. סעיף 15(ה) לתקנות העיריות (מכרזים).

17. סעיף 15(ד) לתקנות העיריות (מכרזים).

18. סעיפים 16 ו-17 לתקנות העיריות (מכרזים).

כך קבעה הפסיקה כי איחור בהגשת הצעה פוסל אותה, כי הכללת הסתייגויות עקרוניות בהצעה עלולה לגרום לפסילתה, ועוד כללים רבים שכל כולם שמירת התחרות ההוגנת וסוריות ההצעות.

הסיבה לקביעתם של הסדרים והנהלים הללו (הן בחקיקה והן בפסיקה) היא הרצון שלא להעמיד את בעלי העניין בניסיון ולהבטיח כי פרטי ההצעות לא יגיעו, בדרכים עלומות, לידיהם של מתחרים במכרז אשר יוכלו כמובן לערוך את הצעותיהם בהתאם. כן נועדו הסדרים והנהלים הללו למנוע כל אפשרות לשינוי פרטי ההצעה לאחר מועד הפתיחה, שבו נחשפים מחירי הצעות המתחרים במכרז.

מתן אפשרות לנהל משא ומתן עם משתתפים במכרז, לאחר פתיחת תיבת המכרזים, מרוקן מכל תוכן מעשי את הסדרים והנהלים שנקבעו בדין החרות ובדין הפסוק לצורך הגנה על סודיות המכרז ושמירת עקרון השוויון.

מעצם מהותו של משא ומתן שהוא מתנהל ללא כללים פרוצדורליים מוגדרים, וההנחה הכללית הכלולה בפסק-הדין לנהוג בהליכי המשא והמתן בשוויון וללא משוא פנים – אינה מעשית. לדוגמה, בע"א מ.ג.ע.ר נוהל המשא והמתן על-ידי זימון המציעים בזה אחר זה למשרדי המועצה על-מנת לקבל את הצעתם המיטבית. מנסיוננו נוכל לציין כי בדרך-כלל בסופו של דבר זוכה במשא ומתן מסוג זה המציע שזומן אחרון. בשיטת משא ומתן כזאת אין כל אפשרות להבטיח כי דבר לא דלף וכי זהות הזוכה במכרז לא נקבעה, במקרה או במכוון, על-פי הסדר שבו זומנו המציעים למשא ומתן.

עצם קביעת האפשרות לנהל משא ומתן בהליכי מכרז מאפשרת העדפת מקורבים גם בדרך אחרת. יושם אל לב כי בתנאי המכרז נקבע שהמועצה רשאית לנהל משא ומתן, לפי שיקול דעתה. נמצא כי אם הצעתו של המועמד המועדף התבררה כנמוכה יותר במעמד פתיחת תיבת ההצעות, יוחלט שלא לנהל משא ומתן, ואילו בכל מקרה אחר יגוהל סבב קבלת הצעות נוסף, לצורך מתן "הודמנות שנייה" למקורב.

השופטת שטרסברג-כהן עצמה ציינה כי אין היא "חסידת הכשרת משא ומתן לאחר פתיחת ההצעות", שכן "מניעת ניהול משא ומתן כמוהו כסייג לתורה, כגדר המבטיחה שולי ביטחון לשלמותו הנורמטיבית של הגרעין הקשה של המכרז". יחד עם זאת, השופטת לא היתה מוכנה להניח מראש לחובתו של מפרסם המכרז כי במסגרת המשא ומתן ייעשו מעשים פסולים, זאת כיוון ש"אין לשלול אפשרות לנהל משא ומתן במכרז רק משום שניתן להשתמש באפשרות זו לרעה". לדעתנו, לכאורה, עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם מצוות המחוקק, אשר בהיותו קפדן וחשדן ביקש דווקא להזמיר במקום שבית-המשפט מצא להקל, וכמו כן אין גישה זו עולה לדעתנו בקנה אחד עם המציאות בשטח.

מתוך הניסיון הקצר שנרכש באותם מקרים שבהם התיר המחוקק משא ומתן במכרזי המדינה עולה כי משא ומתן בהליכי מכרז תוך שמירה השוויון אפשרי, בדרך-כלל, רק במסגרת הליך של "Best & Final", שבו נערך "סיבוב שני" של הגשת הצעות במעטפות סגורות המוגשות במועד אחד. הליך זה הוא למעשה "הליך מכרזי" אף-על-פי שהוא נערך כביכול במסגרת "משא ומתן". לדעתנו, רק בהליך מסוג זה ניתן לשמור על עקרונות השוויון והסודיות.

1. בעיית נטל ההוכחה של תקינות הליך המשא והמתן

כאמור, מתן האפשרות לנהל משא ומתן עם מציעים במכרז יוצר פתח להעדפת מקורבים על-ידי הדלפת פרטי הצעות המתחרים. מטבע הדברים, מעשה כה פסול יתבצע בהסתר, תוך שמירה על חשאיות מרבית. בנסיבות אלו, כיצד יוכל מתחרה במכרז, שקופח עקב המעשה הפסול, לדעת על העוול שנעשה לו? כיצד יהיה אפשר לבסס בראיות חשד למעשה פסול?

הדרך היחידה, שנקבעה בדין, המאפשרת למגישי הצעות במכרז לעמוד על מהלכיו, היא במסגרת מימוש זכות העיון במסמכי המכרז. במסגרת העיון זכאי כל משתתף במכרז לעיין בכל מסמכי המכרז, לרבות בהצעה הזוכה, בפרוטוקולים של ועדת המכרזים (כולל בפרוטוקול המשא ומתן), ובכל מסמך ששימש את ועדת המכרזים בעבודתה, למעט במסמכים הנהנים מחיסיון מיוחד.¹⁹ אולם דווקא במקרה זה, עיון בפרוטוקולים של ועדת המכרזים ובהצעה הזוכה לא יועיל, כיוון שאין ספק שפרטי המעשה הפסול לא יופיעו בפרוטוקול. להיפך, הפרוטוקול ישקף מראית עין של שמירה על השוויון במכרז ולא יהיה בו כל רמז למעשה הפסול, שנעשה כמובן בהסתר.

מצב דברים זה שולל ממשתתפי המכרז כל אפשרות מעשית להוכיח הטיית תוצאותיו, למעט אולי במקרים שעושה המעשה הפסול יתוודה, מרצונו החופשי, על מעשיו. השופט שטרסברג-כהן אמנם קבעה בפסק-הדין כי "נטל ההוכחה שהמשא והמתן מתנהל ביושר ובהגינות [מוטל] על הרשות המקומית המנהלת אותו ועליה לדאוג שכל התנאים יהיו גלויים, ידועים מראש ומתועדים, כשלכל המשתתפים ניתנת הזדמנות שווה". מצב דברים זה הוא לבטח הרצוי, אולם לצערנו במציאות אין הוא המצב המצוי. בע"א מ.ג.ע.ר השתכנע בית-המשפט כי "המשא והמתן התנהל בצורה תקינה ללא פגיעה בעקרונות שבתשתית מהותו של המכרז הפומבי", ולכן אישר את תוצאות המכרז. קביעה זו מתעלמת מכך שלא היתה למערער דשם כל אפשרות מעשית לדעת אם נעשה מעשה פסול ולהוכיח את טענותיה בראיות קבילות בבית-המשפט. מצב דברים זה הטריד את בית-המשפט. השופט שטרסברג-כהן, בחפשה פתרון למצב זה, קבעה כאמור כי "נטל ההוכחה שהמשא ומתן מתנהל ביושר והגינות, על הרשות המקומית המנהלת אותו". השופט לא פירטה מה תהיה המשמעות המעשית של העברת נטל ההוכחה, ונושא זה לא פותח דיו בפסק-הדין. קשה אפוא לראות במה תועיל העברת נטל ההוכחה למציע המבקש לתקוף את הליכי המשא ומתן. באין כל מידע בידו, על סמך מה יפנה לבית-המשפט?

משפט המכרזים עוטה, מטבע בריאתו, פן "מניעתי", שכן באמצעות הסדרה מפורטת של הליכי המכרז ונוהליו, ביקש המחוקק לסתום מראש את הפרצות אשר איפשרו העדפת מקורבים. יש לזכור כי ועדות המכרזים ברשויות המקומיות מורכבות מנבחרים, להבדיל מוועדות המכרזים בממשלה המורכבות מעובדי המדינה. קשה להתעלם מן ההרגשה שהוראות הדין החלות על רשויות מקומיות, דוגמת תקנות העיריות (מכרזים), נועדו

19. ראו ע"א מספנות ישראל (לעיל, הערה 7); ראו גם רע"א 4999/95 Alberici International ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נ (1) 39.

להחמיר בפיקוח על הליכי המכרזים ולהקפיד על שמירת בוהלי המכרז שנועדו לשמור על טוהר המכרז. לשם הגשמת מטרת המחוקק, שומה היה על בית-המשפט לקבוע כי די בעצם האפשרות להטות את תוצאות המכרז, כדי לפסול את ניהול המשא ומתן בדרך שנוהל (וימון מספר מציעים בזה אחר זה לשם הורדת מחיר הצעותיהם). אין מדובר באפשרות רחוקה או תיאורטית, אלא באפשרות מעשית להטות את תוצאות המכרז. יצוין כי בית-המשפט נהג מאז ומתמיד בגישה "מניעתית" זו בכל הקשור לכללים שקבע לגבי חשש לניגוד עניינים בשירות הציבורי.²⁰ נראה לנו כי ראוי היה לגקוט עמדה דומה גם בנושא הנדון.

ז. התוצאה העסקית של המשא ומתן

ההנחה העומדת ביסוד עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן היא כי באמצעות ניהול מושכל של משא ומתן בהליכי מכרז אפשר להשיג את התוצאה העסקית הראויה מבלי לפגוע בעקרונות היסוד העומדים בבסיס משפט המכרזים. לדעתנו, הנחה זו אינה מבוססת דיה. אנו סבורים כי ניהול משא ומתן בהליכי מכרז אינו מוליך, מצד אחד, לתוצאה העסקית הטובה ביותר, ומצד אחר, סמונות בו סכנות העלולות להביא להיעלמות יתרונותיה של שיטת המכרזים. להלן יובאו הנימוקים לעמדה זו.

ניהול משא ומתן בהליכי מכרז הופך את המכרז להליך דו-שלבי, שהשלב השני שלו (שלב המשא ומתן) מתנהל כמעין מכרז "סגור" בין קבוצה מוגדרת של משתתפים, אשר זהותם ידועה זה לזה. האם מצב זה מביא לתוצאה העסקית הטובה ביותר מבחינתו של עורך המכרז? לא בהכרח.

מכרז רגיל, ללא סעיף משא ומתן, נערך בתנאים של סודיות ואי-ודאות. שום משתתף אינו יודע מראש את זהותם של כל מתחריו הפוטנציאליים ואת מספרם, ועליו להגיש למכרז את הצעתו הכספית הטובה ביותר, בידיעה שאין במכרז כזה הזדמנות ל"מקצה שיפורים". מנגד, כאשר האפשרות לנהל משא ומתן נכללת מראש בתנאי המכרז נוהגים משתתפי המכרז, בדרך-כלל, להימנע מהגשת הצעתם הטובה ביותר בסיבוב הראשון, ולהגיש הצעות במחירים המביאים בחשבון את האפשרות לניהול משא ומתן.

מצב דברים זה מקנה לעתים יתרון דווקא למציע, שכן בשלב השני, הנערך לאחר הפתיחה הפומבית של ההצעות, יודע כל משתתף את זהות מתחריו ואת מספרם והוא יכול לכלכל את צעדיו בהתאם. מכרז דו-שלבי מאפשר למציע שלא להגיש את הצעתו הכספית הטובה ביותר בשלב הראשון, ועדיין לזכות במכרז בתום המשא ומתן. יתרון מעין זה אינו קיים למציעים במכרז שאינו כולל הליכי משא ומתן.

זאת ועוד. ניסיון החיים בבדיקת מכרזים מעלה כי במרבית המכרזים הפומביים, הפתוחים לכול, שאין בהם סעיפי משא ומתן, נוהגים מגישי ההצעות לציין בסופם של כתבי הכמויות והמחירים, הנחה נוספת באחוזים. זו בדרך כלל ההנחה שעליה מחליטים

20. ראו לדוגמה בג"צ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים ואח', פ"ד מה (2) 265.

בעלי החברה מגישת ההצעה מעבר למחירים שמולאו עליידי עובדי החברה בכתב הכמויות. זו ההנחה שאותה נותנים בעלי החברה כדי לזכות במכרז, וזו תהיה בדרך כלל גם ההנחה שתינתן במסגרת הליכי המשא והמתן.

המסקנה היא אפוא כי לא זו בלבד שניהול משא ומתן בהליכי מכרז אינו רצוי, אלא לעיתים הוא אף אינו משתלם. מכל מקום, הסברה כי במסגרת הליכי משא ומתן ניתן להשיג תמיד תוצאות כלכליות טובות יותר אינה מבוססת כלל ועיקר.

ח. האם נקבעה בפסק־הדין הלכה המתירה ניהול משא ומתן בכל מכרז?

הצלע השנייה שעליה נשענת עמדת הרוב בפסק־הדין בע"מ.ג.ע.ר היא העמדה שאין מקום "להפלות" בין מכרזי רשויות מקומיות לבין מכרזי גופים ציבוריים אחרים. כפי שצוין לעיל, בתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, החלות על מכרזי המדינה (למעט משרד הביטחון), ועל מכרזי חברות ממשלתיות וגופים ציבוריים אחרים, הוגדרו סוגי העסקאות המותרות לניהול משא ומתן במסגרת הליכי מכרז. לעומת זאת, לא נקבעה אפשרות כזאת בתקנות החלות על רשויות מקומיות, וקביעות פסק־הדין בנושא זה הן לכל היותר בבחינת "חקיקה שיפוטית" שנועדה להשלמת לאקונה הקיימת, לדעת שופטי הרוב, בחוק.

באשר להנמקה העקרונית בדבר "השוואת" מכרזי הרשויות המקומיות ומכרזי המדינה לצורך ניהול משא ומתן, יצוין כי ספק אם בית־המשפט היה מוסמך, במסגרת המצומצמת של הדיון שנערך לפניו, לקבוע הלכה, המהווה חקיקה שיפוטית מפורשת, בנושא שהמחוקק נקט בו עמדה נוגדת לכאורה, כמתבקש מן העובדה שלא מצא להתיר ניהול משא ומתן במכרזי הרשויות המקומיות, להבדיל ממכרזי המדינה.

המחלוקת בין שלושת השופטים גם אינה מאפשרת לדעתנו לגזור מפסק־הדין שינוי הלכה עקרוני ומחייב.

אפילו לדעת השופטת שטרסברג־כהן (אשר הביעה את הדעה מרחיקת הלכת ביותר מבין שופטי הערעור), הרי שעד להסדרה התקיקתית של הנושא "ניתן ליישם בוהירות ובהתאמה את הכללים והתנאים שנקבעו בפסיקה לניהולו של משא ומתן במכרז ואת אלה שנקבעו בתקנות שהותקנו על־פי חוק חובת המכרזים, גם למכרזי רשויות מקומיות". דהיינו, גם לפי גישה מרחיבה זו, אין רשויות מקומיות רשאיות לנהל משא ומתן בכל מכרזיהן, אלא בכפוף לכללים שנקבעו בתקנות המסדירות את מכרזי המדינה, המאפשרים ניהול משא ומתן רק במקרים מיוחדים.

זאת ועוד. השופטת שטרסברג־כהן מצאה לנכון להדגיש בפסק־הדין כי -

אל לרשויות מקומיות לסבור כי יוצאות הן ידי חובתן כאשר הן מכלילות במסמכי המכרז תנאי המאפשר ניהול משא ומתן. בכך לא סגיו משמנהלות הן את המשא ומתן, עליהן להקפיד הקפדה יתרה על שוויון, תחרות הוגנת, נקיזן כפיים, טוהר מידות ותום־לב.

אולם, כפי שצוין לעיל, מאז פסק־הדין נוהגות רשויות מקומיות רבות לכלול במכרזיהן, כדבר שבשגרה ובאופן סטנדרטי, הוראה המתירה ניהול משא ומתן, תוך הסתמכות על פסק־הדין בע"א מ.ג.ע.ר ועל אף האמור בו. לדעתנו, אין לפרש כך את פסק־הדין, ובכל מקרה ודאי שאין בפסק־הדין היתר גורף להכללת סעיפי משא ומתן במכרזי רשויות מקומיות.

בנסיבות כוללות אלו נראה לנו כי עד לשינוי חקיקתי (אם אכן יבוא), רשויות מקומיות אינן רשאיות לנהל משא ומתן במכרזיהן. ואף אם ייאמר אחרת, הרי שמותר לנהל משא ומתן אך ורק בסוגי העסקאות אשר לגביהן הותר לנהלו במפורש בתקנות שהותקנו על־פי חוק חובת המכרזים, וגם זאת אך ורק בהתאם לאמור בתקנות הללו. בהתאם לכך, אנו סבורים כי אפשר לתקוף בכל ערכאה מוסמכת מכרז שייכלל בו סעיף המאפשר משא ומתן, ולגרום על־ידי כך לביטול הסעיף.

ט. תוצאת פסק־הדין

בנסיבות העניין, אכן היה מקום לדעתנו לרחות את הערעור, אולם לא מן הטעמים שבית־המשפט העמיד בבסיס החלטתו. בשורה ארוכה של פסקי־דין שיצאו מלפני בית־המשפט העליון, נפסק כי מי שהשתתף ללא מחאה בהליכים, הפסולים לדעתו, מושק ומנוע מלטעון כנגד הליכים אלו, משאלה לא הועילו לו.

הטעמים להלכה זו פורטו בהרחבה עוד בפסקי־דין מוקדם יותר של בית־המשפט העליון, כדלקמן:

כלל הוא, שאין אדם יכול מצד אחד להשתתף במכרז ומצד שני להעלות טענות נגדו, משנתברר שלא זכה בו. ... הנימוק להלכה זו הוא, כי אדם, אשר שתק בזמן שהגיש הצעתו למכרז, מוותר על האפשרות להטיל דופי לאחר מעשה במכרז ובתנאיו. מפרסם המכרז והמשתתפים בו זכאים לבטוח, שכל אחד מהמשתתפים קיבל על עצמו את תנאיו, ושבהליכים תקינים ומקובלים יוכל המזמין לקבל את ההצעה הטובה והנוחה לו ביותר, וכן כי מציע הצעה זאת הוא שיוזכה במכרז... כל הגשת הצעה על הכרוך בה דורשת מאמץ והשקעה ניכרים. על־כן לא יהא זה הוגן, אם משתתף במכרז, הרואה בו פגם מתחילתו, ישתוק, אך יתריע על כך, לאחר שהתברר לו שלא זכה. יש בכך חוסר הגינות הן כלפי המזמין והן כלפי המשתתפים האחרים.²¹

21. בג"צ 126/82 "טיוולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל – משרד התחבורה ואח', פ"ד לו (4) 44, עמ' 47-48. ראו גם בג"צ 272/69 משיעל נ' עיריית שפרעם ואח', פ"ד כד (1) 133; בג"צ 252/71 "דסקו" בע"מ ואח' נ' עיריית תל־אביב יפו ואח', פ"ד כה (2) 582; בג"צ 249/72 מבואות בית"ר נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד כו (2) 627; בג"צ 18/76 מ'

אשר לע"א מ.ג.ע.ר, המערערת, אשר לא מחתה במועד כנגד הכללת סעיף המשא ומתן במכרז, והשתתפה בו, לא היתה יכולה להישמע בטענתה כנגד ניהול המשא ומתן. לכן, לצורך ההכרעה בערעור, לא היה בית-המשפט צריך לקבוע הלכה בשאלת חוקיותו של משא ומתן במסגרת הליכי מכרזים של רשויות מקומיות. די היה בכך שהמערערת השתתפה במשא ומתן מבלי למחות על כך, כדי להשמיט את הקרקע מתחת טענותיה. במאמר מוסגר יצוין כי בע"א מ.ג.ע.ר נדון מכרז לבחירת קבלן שירותי גבייה. מכרז מסוג זה אינו כלול ברשימת המכרזים שנקבעו בתקנות חובת המכרזים ואשר בהם מותר לנהל משא ומתן. לפיכך גם לאור העיקרון העומד ביסוד דעת הרוב בדבר הצורך להשוות מעמדם של מכרזי רשויות מקומיות לזה של מכרזי המדינה, לא היה לדעתנו מקום לאשר ניהול משא ומתן במכרז לבחירתו של קבלן שירותי גבייה.

י. הדין הרצוי

בסוגיה העקרונית של ניהול משא ומתן במכרזי רשויות מקומיות, אנו בדעה כי אין להתיר ניהול משא ומתן במכרזי הרשויות המקומיות, ואין לשנות את ההלכה העקרונית של איסור מוחלט על ניהול משא ומתן לשם קביעת הזוכה במכרז. אם יוחלט שיש מקום להתיר לרשויות מקומיות לנהל משא ומתן במכרזים מסוימים, מן הראוי לשלב, בהקדם האפשרי, במסגרת תקנות המכרזים החלות על רשויות מקומיות, הוראות ברורות בקשר לסוגי העסקאות המותרות לניהול משא ומתן, וחשוב לא פחות – בקשר לדרכי ניהול המשא ומתן.

במסגרת הוראות אלו יש להגביל את סוגי העסקאות המותרות לניהול משא ומתן אך ורק לאותן עסקאות מורכבות ומיוחדות, בדומה לדרך שהתווה המחוקק במסגרת תקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, אם כי במכרזי הרשויות המקומיות רצוי לקבוע מבחנים ברורים וחד-משמעיים אף יותר מאלו שנקבעו בתקנות הנ"ל.

אשר לאופן ניהול המשא ומתן, הרי מעבר לקביעה הברורה מאליה, שלפיה יש לתת הזדמנות שווה והוגנת למשתתפים בו, יש לקבוע סדרים ונהלים ברורים בקשר לאופן ניהול המשא ומתן והגשת ההצעות המיטביות.

זוסלמן (גליק) ואח' נ' עיריית חיפה ואח' (לא פורסם); בג"צ 57/76 אהים נהום בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ל (2) 703; בג"צ 204/77 שותפות גבע אלקטרוניקה שותפות רשומה בישראל נ' שר הפנים ואח' (לא פורסם); בג"צ 509/78 סביר נ' הנהלת בתי המשפט ואח', פ"ד לב (3) 627; בג"צ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לו (2) 505, עמ' 535; בג"צ 209/83 שהף שרותי תעופה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון ואח', פ"ד לח (2) 225; בג"צ 422/85 ת' גאנס נ' משרד החינוך והתרבות ואח', פ"ד לט (4) 298; בג"צ 427/85 ח.י.ש רובינשטיין בע"מ נ' ערים - חברה לפיתוח עירוני בע"מ ואח' (לא פורסם); בג"צ 430/89 מאור שילוט ופרסים הוצות מואר בע"מ נ' עיריית כפר סבא, פ"ד מג(3) 269; בג"צ 5377/90 לוי ואח' נ' עיריית אשדוד ואח' (לא פורסם).

לדוגמה, יש לקבוע כי משא ומתן ינוהל אך ורק עם מציעים שהצעתם עומדת בתנאים המוקדמים של המכרז, אך ורק עם בעלי הצעות כשרות, ומבלי לאפשר, במסווה של ניהול משא ומתן, תיקון של פגמים אשר מנעו מלכתחילה את השתתפותו של המציע במכרז, או את הדיון בהצעתו.

יש לחייב את הרשות להגדיר מראש, בתנאי המכרז, את הנושאים שבהם ינוהל המשא ומתן, תוך שאיפה להגבלת המשא ומתן לתחום הכספי בלבד. אין לאפשר מצב שבמשא ומתן ישונו פרטי ההתקשרות באופן מהותי ביחס למה שפורסם בהזמנה למכרז. שינוי מהותי של פרטי ההתקשרות פוגע בעקרון השוויון, שכן ייתכן שיש מציעים פוטנציאליים שלא השתתפו במכרז עקב תנאים שנכללו בו, ודווקא אלה השתנו בשלב המשא ומתן. ודאי שאין לאפשר, בשלב המשא ומתן, שינוי של התנאים המוקדמים להשתתפות במכרז. כדי למנוע אפשרות להפרת סודיות ההצעות, יש לקבוע נוהל הגשה ופתיחה גם של ההצעות המוגשות במסגרת המשא ומתן. נוהל זה צריך להיות זהה לנוהל הקיים לגבי הגשת הצעות במכרז רגיל, דהיינו, הגשת ההצעות המיטביות במעטפות סגורות לתוך תיבת המכרזים, עד למועד מסוים שייקבע מראש. יש לחייב את הרשות לערוך פתיחה פומבית של תיבת המכרזים בנוכחות חבר ועדת המכרזים ונציגי הרשות ולערוך פרוטוקול מלא לפתיחה.

לדעתנו, רק לאחר שייקבעו בחקיקה כללים ונהלים ברוח הדברים שפורטו לעיל, מותר יהיה (אולי) לאפשר, במשורה, ניהול משא ומתן בסוגים מיוחדים של מכרזי רשויות מקומיות ובכפוף לתנאים שייקבעו. עד לקביעת נהלים אלו, אין להסתפק בהנחייה הכללית שהליכי המשא ומתן יתנהלו תוך הקפדה על שוויון והזדמנות הוגנת, שכן הכללים והנהלים הדרושים הם אלה שיוצקים תוכן של ממש בחובה לנהוג בשוויון. בלעדיהם – נותרת הפרצה הקוראת לגנב.

בכל מקרה, עד להסדר חקיקתי זה, אין לפרש את פסק-הדין כמתיר הכללת סעיפי משא ומתן באופן כללי וסטנדרטי בכל מכרזי הרשויות המקומיות.