

השפעת מגיפת הקורונה על הליכי מכרזים ועל השחקנים בתחום

אפריל 2020

חברות וחברים יקרים,

התפשטות נגיף הקורונה שינתה, בתוך פרק זמן קצר, סדרי עולם. המוכר והרגיל לכולנו הפך באחת למציאות כמעט דמיונית. ההשפעות הדרמטיות של נגיף הקורונה לא פסחו על הליכי מכרזים. התפקיד המרכזי שממלאים הליכי המכרז, הן אצל רשויות ציבוריות והן אצל גורמים פרטיים, והיותם מנוע כלכלי רב חשיבות לקיום פעילות בסיסית, מחייב את השחקנים בתחום להתאים עצמם למציאות המשתנה. בלית ברירה עליהם למצוא פתרונות שיאפשרו את המשך הפעילות, ככל שהדבר ניתן, חרף האילוצים הקשים שנכפו על המשק המקומי והבינלאומי.

א. עבודתה של ועדת המכרזים וקיום הליכי רכש

מבחינתן של ועדות מכרזים המצב הנוכחי יוצר מספר אתגרים, בראשם המשך ניהול הליכי רכש שוטפים בתקופה מאתגרת זו. הדבר נכון הן לגבי הליכי מכרזים שכבר פורסמו ומצויים בעיצומם והן לגבי התקשרויות שנדרש לפרסם לגביהן מכרזים פומביים, כגון התקשרויות שמסתיימות בתקופה זו (או בזמן הקרוב), והתקשרויות שכעת התעורר צורך לבצען. הנסיבות המיוחדות שיצר משבר הקורונה, בעיקר בכל הנוגע למגבלות תנועה והתקהלות שנקבעו בהנחיותיהן של הרשויות המוסמכות, מקשות על נציגי ועדת המכרזים לנהל הליכי מכרזים ולערוך מכרזים חדשים, ומאיך מקשות על מציעים להכין הצעות ולהגישן.

בתקופה חריגה אין מנוס מנקיטת פעולות שבימי שגרה הן חריגות. לכן, ניתן להניח כי בתקופה זו יגבר, ביחס לשגרה, שימוש בהליכי רכש מהירים, כגון בדיקת מספר הצעות הבאות בחשבון ואף שימוש בפטור ממכרז. ניתן גם להניח, כי פעולות מעין אלה יתקבלו בשעה זו בהבנה ובלבד שקיימת הצדקה עניינית לכך, ומדובר בהתקשרות חיונית אשר מצומצמת בהיקפה לתקופת המשבר. בכל מקרה, מובן כי לא מדובר בשימוש אוטומטי וגורף בפטור ממכרז לכל התקשרות באשר היא, והכרחי לקבל תחילה את חוות דעתו של היועץ המשפטי לגבי כל מקרה.

בכל הנוגע להתקשרות בפטור ממכרז בתקופה זו, ניתן להצביע על שני פטורים עיקריים הקבועים בתקנות חובת המכרזים, ואשר עשויים להיות רלוונטיים:

- (א) פטור התקשרות המשך – לפיו ועדת מכרזים רשאית, בהתקיים תנאים מסוימים, להמשיך התקשרות עם הספק הקיים, כמעין התקשרות גישור עד להזדמנות הראשונה שבה יתאפשר לערוך מכרז פומבי;
- (ב) פטור נסיבות מיוחדות – אשר קובע למשל לגבי חברות ממשלתיות ותאגידים סטאטוטוריים כי אלה רשאים להתקשר בפטור ממכרז אם עריכת מכרז עלולה לפגוע ביכולת למלא תפקיד שהוטל עליהם על-פי דין או לספק שירות חיוני לציבור.

באשר למשרדי הממשלה פטור נסיבות מיוחדות דורש את אישורו של שר האוצר. בהתאם, ועדת הפטור של החשב הכללי במשרד האוצר החליטה ביום 17.3.2020, כי התקשרויות שנדרשות בדחיפות למדינה לצורך התמודדות עם מגיפת הקורונה, יהיו בפטור ממכרז, בהתאם לסמכות שר האוצר לפי תקנה 3(28) לתקנות חובת המכרזים. בהתאם להחלטת ועדת הפטור, התקשרות תתבצע בפטור נסיבות מיוחדות – שתוקפו בינתיים הוא לחודש אחד – בהתקיים התנאים המצטברים הבאים:

1. ההתקשרות נדרשת לצורך התמודדות עם מגיפת הקורונה ולא ניתן לדחותה;
2. ההתקשרות היא לפרק הזמן המינימאלי הנדרש;
3. המשרד יפרסם את כוונתו לביצוע ההתקשרות באתר האינטרנט של המשרד, וככל הניתן גם באתר האינטרנט הממשלתי באמצעות מערכת מנו"ף, ויזמין מציעים להציע את הצעותיהם בדוא"ל. הפרסום יהיה למשך הזמן המרבי האפשרי, בהתאם להחלטת ועדת המכרזים;
4. ככל הניתן, המשרד יבחן מספר הצעות הבאות בחשבון לצורך ההתקשרות, ובכלל זה את הצעותיהם של הפונים בעקבות הפרסום באתר האינטרנט, ויתקשר עם בעל ההצעה המיטבית בנסיבות העניין;
5. ניתן אישור ועדת הפטור המשרדית לביצוע ההתקשרות.

היבט חשוב נוסף בעניין עבודתן של ועדת מכרזים בתקופה זו נוגע למועדים המחייבים את ועדת המכרזים, כפי שנקבעו בהוראות הדין, לקבלת החלטות ולביצוע פעולות מסוימות.

בתקופה זו קיים כמובן קושי לעמוד במועדים שנקבעו בדין. על רקע זה פורסם בימים האחרונים "תזכיר חוק דחיית מועדים שבחיקוק להחלטות ופעולות מינהליות (הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש)", התש"ף-2020", אשר כולל גם התייחסות לתחום דיני המכרזים. כך, בין היתר, נקבעה הארכת מועד של 90 יום למתן החלטה מנהלית שמועדה קבוע בדין, וארכה דומה לגבי פעולה של אדם מול הרשות הציבורית אשר מועדה קבוע בחיקוק. לכלל זה נקבעו חריגים בתזכיר החוק, לרבות חריגים ספציפיים לגבי מועדים הקבועים בתקנות חובת המכרזים (בעיקר לגבי החלטות שנוגעות לפטור ממכרז). בנוסף, נקבע כי הרשות המנהלית רשאית להחליט כי הארכת המועדים האמורה לא תחול על עניין הנוגע להגשת אינטרס ציבורי משמעותי. מדובר כאמור בהצעת חוק שטרם אושרה, ולכן מומלץ להמשיך ולעקוב בעניין.

ב. מגה-מכרזים – דרכי התנהלות של מציעים ושל ועדות מכרזים

ראוי להחריג מהדין את המגה-מכרזים המתנהלים בימים אלה. רובם ככולם הם מכרזים מורכבים מתחום האנרגיה והתשתיות, אשר נוגעים להתקשרויות ארוכות טווח הכוללות היבטי מימון בהיקפים משמעותיים. על-פי רוב מדובר בפרויקטים לאומיים, המתנהלים במתכונת של PPP, BOT וכיו"ב.

לגבי מכרזים מיוחדים אלה אנו סבורים שכל ועדת מכרזים נדרשת לבצע הערכת מצב ספציפית. על ועדת המכרזים לבחון, בין היתר, את מצבו הנוכחי של השוק הרלוונטי בו עוסק המכרז, מאפייניו הייחודיים של המכרז בו מדובר, השלב בו מצוי המכרז, ההשלכות שתהיינה על הפרויקט במקרה של עיכוב בלוח הזמנים

ומשך העיכוב בו מדובר, השפעת המצב על המציעים הרלוונטיים, וכמובן מידת היכולת להמשיך בימים אלה בהליכי המכרז, הן מבחינת נציגי ועדת המכרזים והן מבחינת המציעים. באשר לתחום התשתיות, אשר הוחרג מן ההגבלות שפורסמו, הרי שהשחקנים בתחום ממשיכים בעבודתם, והמציאות מלמדת כי עדיין קיימת בידיהם יכולת פעולה מסוימת בקשר עם הכנת הצעות. עם זאת, על ועדת המכרזים לזכור כי המשך ניהול הליך המכרז כסדרו, מבלי להיות קשובים למצבם של המציעים הפוטנציאליים, עלול לגרום למציעים פוטנציאליים לפרוש ולא להגיש הצעה במכרז.

מפעילותנו בליווי ועדות מכרזים ומציעים במגה-מכרזים אנו נוכחים לראות בימים אלה שונות בין מזמין למזמין, בכל הנוגע להשפעת משבר הקורונה על המכרז. כך, למשל, **מכרז הקו הירוק והסגול** המנוהל בימים אלה על-ידי נת"ע ממשיך כסדרו, ללא דחיות בלוח הזמנים בשלב זה, תוך שנת"ע פרסמה הודעה ספציפית בעניין הקורונה. לעומת זאת, משרד הביטחון הודיע על שינוי לוחות זמנים במכרז להקמת פרויקט הדגל "**אופק רחב**", עקב אי הוודאות הנובעת ממשבר הקורונה. באופן דומה פעלה חברת החשמל אשר דחתה בפרק זמן קצר את המועד האחרון להגשת הצעות במכרז לרכישת תחנת הכוח "**רמת חובב**".

היבט משמעותי המשליך על המגה מכרזים הוא התנדודות העזה בשוקי ההון בארץ ובעולם, ואי הוודאות הקיצונית הקיימת כיום לגבי מצב השווקים בעתיד הקרוב והרחוק. אי ודאות זו מגולמת בשיעורי ריבית גבוהים ביחס לימי שגרה, אשר מוצעים כיום על-ידי גופים מוסדיים. כך גם, למשל, ניתוח של אג"חים קונצרניים מראה פתיחה של מרווחי הסיכון בצורה ניכרת מול רמת ריבית ממשלתית (באופן טבעי, במח"מים ארוכי טווח המרווח גדול יותר). בהקשר זה, ישנה השפעה ישירה גם על השוק הלא סחיר, שעסקאות בו נפרסות בדרך כלל על פני זמן. לרוב, נדרש לשווקים פרק זמן לא קצר (חודשים רבים ואף יותר) כדי לחזור לרמת מחירים נורמליים. שינויים קיצוניים אלה והתייקרות מחיר המימון מגולמים, באופן ישיר, בהצעות המחיר ואלה עלולות להיות פחות אטרקטיביות מבחינת המזמין בעת הזו (אם מדובר ברכישת נכס הצעות המחיר עלולות להיות נמוכות יותר ביחס לשגרה, ואם מדובר בביצוע פרויקט אזי הצעות המחיר תהיינה גבוהות יותר).

הצעתנו למציעים שעתידיים להגיש בתקופה מאתגרת זו הצעות במגה-מכרזים הכוללים היבט משמעותי של מימון היא לבחון היטב את השפעת תנאי השוק הנוכחיים על הצעותיהם, הן לגבי החלק הפיננסי בהצעה והן לגבי הצעת המחיר, ולכלכל צעדיהם בהתאם, תוך היוועצות צמודה כמובן ביועץ הפיננסי המלווה את המציע. ביחס לוועדות מכרזים אנו מציעים לשקול להאריך, ככל שהדבר ניתן, את מועדי המכרז, בתקווה שבחודש הקרוב התמונה תתבהר מעט.

ג. הליכי ליטיגציה בענייני מכרזים

כפי שפורסם, ביום 15.3.2020 חתם שר המשפטים על צו המורה על החלת מצב החירום על מערכת בתי המשפט. בשלב זה, תוקף הצו הוא עד ליום 16.4.2020. הצו חריג דיונים דחופים, בהם צווי ביניים בהליכים מנהליים, וכן הליכי ערעור דחופים לבית המשפט העליון בקשר לעניינים מנהליים. לכן, למשל, צו החירום לא

חל על דיונים בבקשה למתן צו ביניים בקשר להליכי מכרז ולתוצאותיו. עם זאת, המציאות מלמדת כי גם ביחס לצווי ביניים בהליכי מכרזים (סוג דיון שהוחרג כאמור מהצו), הרי שעל-פי רוב לא מתקיימים דיונים. הצדדים, בחסות בית המשפט, מגיעים להסכמה לפיה תינתן החלטה בעניין צו הביניים על בסיס כתבי טענות בלבד, ובמקרים אחרים מגובשת הסכמה לדחות את מועד הדיון, תוך הסדרת התנהלות הצדדים בתקופת הביניים ושמירה על טענות וזכויות.

אנו נוכחים לראות, כי חרף הנסיבות המורכבות, בתי המשפט בערכאות השונות ממשיכים במתן החלטות ופסקי דין, ואף בקצב גבוה מהרגיל נוכח ביטולם של דיונים רבים. הנסיבות החריגות ממחישות את חשיבותה הרבה של מערכת "נט המשפט". בזכותה מתאפשר לעורכי הדין ולבתי המשפט להמשיך, כמעט כרגיל, בניהול ההליכים המשפטיים באופן מקוון (לרבות הגשת כתבי טענות וקבלת עדכון מידי לגבי מתן החלטות).

אף שאנו מצויים בעת משבר חסר תקדים, המלצתנו למציעים שקיבלו בעת הזו הודעה בדבר אי זכייתם במכרז היא להמשיך ולהתנהל כבעת שגרה, ככל הניתן, תוך הקפדה על פעולה מהירה בהתאם למתחייב בעולם המכרזים. הדברים נכונים הן לגבי התנהלות מול ועדת המכרזים (לרבות ביחס להליך העיון) והן לגבי הגשת עתירות וצווי ביניים לבתי המשפט. לדעתנו, לא ניתן להסתמך על כך שמשבר הקורונה יעצור לחלוטין את 'שעון השיהוי'. יתרה מכך, ככל שמדובר בפרויקט שעתידי לצאת לדרך בזמן הקרוב (חרף הנסיבות), אזי מרחפת גם סכנה של היווצרות מעשה עשוי.

ככל שאין למציע אפשרות לפעול במהירות הנדרשת, אזי קיימת בידו אפשרות לפנות לבית המשפט בבקשה להאריך מועד להגשת עתירה מנהלית, בהתאם למנגנון הקבוע בתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א-2000. אפשרות נוספת היא להגיע להסכמה עם ועדת המכרזים והמציע הזוכה, כי לא תועלה על-ידיהם טענה של שיהוי או מעשה עשוי בקשר לתקופת מצב החירום. אנו סבורים, כי אפשרויות אלה לא מספקות הגנה מלאה למציע. לכן, לדעתנו אין לנקוט בהן אלא כמוצא אחרון, תוך הבנה כי זכויותיו של המציע עלולות להיפגע.

למידע נוסף ויצירת קשר:

לינה מחולה, עו"ד
מחלקת מכרזים / ליטיגציה
טל': 03-5670750
Lina.Makhuli@s-horowitz.co.il

ליאור מימון, שותף
מחלקת מכרזים / ליטיגציה
טל': 03-5670750
liorm@s-horowitz.co.il