



## הגשת עתירה נגד תנאי מכרז לאחר מועד הגשת ההצעות

### לקוחות יקרים,

בעדכון זה נביא בפניכם את עיקרי פסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון (כב' השופטים ברק-ארז, כשר וכנפי-שטייניץ) בעע"מ 1456/23 **בן-אליעזר נ' משרד האוצר** (10.12.2023), שבו קבע בית המשפט לראשונה כי מציע המבקש לעתור נגד תנאי במכרז לאחר שהגיש הצעה במכרז וטרם פרסום זהות הזוכה במכרז, יוכל לעשות כן מבלי שתקום כנגדו טענת מניעות, אם העלה את השגותיו בפני ועדת המכרזים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות; תשובת הוועדה הדוחה את השגותיו ניתנה בסמיכות רבה למועד הגשת ההצעות, באופן שלא ניתן לצפות כי יגיש עתירה קודם למועד זה; והמציע הגיש את הצעתו תחת מחאה, תוך מתן הבהרה בכתב לעורך המכרז על כוונתו לעתור לבית המשפט.

### לפירוט נוסף ולהרחבה, ראו להלן:

המערער הגיש הצעה במכרז שפרסם משרד האוצר לבחירת ספקים בתחום המיסוי העירוני. כשבועיים עובר למועד הגשת ההצעות פנה המערער לוועדת המכרזים בטענות לפגמים מהותיים שנפלו במכרז. חמישה ימים לפני מועד הגשת ההצעות, הודע למערער על דחיית טענותיו. אף על פי כן, המערער הגיש את הצעתו, בגדרה גם חתם - כנדרש במסמכי המכרז - על הצהרה לפיה הוא מסכים לדרישות המכרז והסכים להתקשרות.

שלושה ימים לאחר פתיחת תיבת ההצעות, ובטרם הודיעה ועדת המכרזים על זהות המציע הזוכה, הגיש המערער עתירה (ולצידה בקשה למתן צו ביניים) להורות על ביטול המכרז ועריכת מכרז חדש, לנוכח הפגמים המהותיים שנפלו (לטענתו) במכרז המקורי.

בית המשפט לעניינים מינהליים דחה את העתירה ברובה, הן על הסף והן לגופה. בעקבות זאת, הגיש המערער ערעור לבית המשפט העליון.

בפסק דינו, בית המשפט העליון (פסק הדין העיקרי ניתן מפי השופט כשר) דן בשאלה אם יש לדחות את הערעור על הסף מחמת מניעות.

תחילה, בית המשפט עמד על ההלכה המושרשת בדיני מכרזים, שנקבעה בעניין טיולי הגליל, לפיה "כלל הוא, שאין אדם יכול מצד אחד להשתתף במכרז ומצד שני להעלות טענות נגדו, משנתברר שלא זכה בו", ומשכך דינה של עתירת מציע נגד תנאי מכרז שהוגשה לאחר פרסום זהות הזוכה להידחות מחמת מניעות, למעט במקרים שבהם העתירה מעלה שאלות של אי-חוקיות או אי-תקינות של הליכי המכרז, שאז לבית המשפט שיקול דעת לקבוע כי האינטרס הציבורי לברר טענות מסוג זה, גובר על המניעות.

יחד עם זאת, ציין בית המשפט, שעד עתה לא נקבעה הלכה פסוקה בשאלה אם המועד הקובע לעניין המניעות הוא מועד הגשת ההצעות או המועד בו פורסם הזוכה.

בית המשפט עמד על ההשלכות של הגשת עתירה נגד תנאי מכרז לאחר מועד הגשת ההצעות ולפני פרסום זהות הזוכה, הן בהיבט הסובייקטיבי, המתמקד בתום ליבו של העותר, במצג שהציג באופן בו פעל, ובחשש שיקנה יתרון בלתי הוגן; והן בהיבט האובייקטיבי, המתמקד באינטרסים של עורך המכרז, של המציעים והמוציאים הפוטנציאליים, הסתמכותם הלגיטימית על כך שבמועד הגשת ההצעות לא הוגשה עתירה כנגד המכרז, כמו גם באפשרות שהמכרז יבוטל כתוצאה מקבלת העתירה לאחר פתיחת המעטפות.

מסקנתו של בית המשפט הייתה, כי בראי השיקולים האמורים, נסיבותיו של מציע שעתר לאחר הגשת הצעה ולפני פרסום הזוכה, קרובות אך אינן זהות לנסיבות של מי שהגיש את עתירתו לאחר שהתברר לו שהצעתו לא זכתה.

על כן, קבע בית המשפט כי ככלל, דינה של עתירה כזו להידחות על הסף מחמת מניעות, בכפוף להלכה בדבר פגיעה בשלטון החוק ולשיקול דעתו של בית המשפט. לצד זאת, קבע בית המשפט חריג לכלל זה. על פי החריג, מקום שבו המציע מביא את טענותיו בפני ועדת המכרזים עוד לפני המועד האחרון להגשת הצעות ומסיבות שאינן תלויות בו, טענותיו נדחות במועד שהינו כה סמוך למועד האחרון להגשת הצעות עד שלא ניתן לצפות ממנו להגיש עתירה לבית המשפט קודם למועד האחרון להגשת הצעות - לא יהיה זה הוגן לחייב את המציע לבחור בין החמצת המועד להגשת הצעתו במסגרת המכרז לבין הגשת הצעתו במועד ויצירת מחסום של מניעות מלהביא את טענותיו בפני בית המשפט. במקרה כזה, על המציע להודיע למפרסם המכרז כי בדעתו לפנות לבית המשפט וכי הינו מגיש את הצעתו כדי לא להחמיץ את המועד להגשתה, תחת מחאה. ככל שידועה זהותם של המציעים הפוטנציאליים אחרים במכרז, יש לשגר הודעה שכזו גם להם.

במקרה הנדון, קבע בית המשפט כי דין הערעור להידחות על הסף מחמת מניעות. אמנם, סמיכות הזמנים שבין דחיית טענות המערער לבין המועד האחרון להגשת הצעות (חמישה ימים בלבד) מקימה קושי של ממש לפנות לבית המשפט עובר למועד הגשת ההצעות; אולם, המערער לא הודיע שבכוונתו לפנות לבית המשפט והצעתו גם לא הוגשה תחת מחאה. יתר על כן, בגדרי ההצעה שהגיש המערער, חתם הוא על הצהרה כי הוא מסכים לכל תנאי המכרז.

### מחלקת ליטיגציה פישר (FBC & Co.)

למידע נוסף אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה או הבהרה ונשמח לסייע ככל הנדרש.

<a href="mailto:tturjeman@fbclawyers.com">tturjeman@fbclawyers.com</a>	מייל	עו"ד תמר תורג'מן קדם
<a href="mailto:ccohen@fbclawyers.com">ccohen@fbclawyers.com</a>	מייל	עו"ד חן כהן
		ובטלפון 03-5266919