

# המקומון - העדכון היומי לרשויות המקומיות

## הגבלת היקף ההתערבות של בית המשפט בתנאים כפי שנקבעו במכרז

עמ"מ 6466/19 משרד הביטחון נ' עמותת חברות הסיעוד

לאחרונה דן בית המשפט העליון במספר סוגיות שהתעוררו אגב מכרז לקבלת שירותי ליווי וסיעוד עבור זכאי אגף שיקום נכים במשרד הביטחון. במסגרת פסק הדין ביקר בית המשפט העליון את מידת ההתערבות של בית המשפט לעניינים מנהליים בתנאי המכרז וכן דן באופן בו יש להתייחס לרכיב המע"מ (סוגיית שתסקר בחלק ב' של גיליון זה).

באותו מקרה קבע בית המשפט קמא מספר קביעות שעניינן התערבות בתוכן המכרז – כגון – הגבלת מספר הזוכים שיעניקו את השירות, התחשיבים שנעשו על ידי משרד הבטחון לגבי עליות העובדים והאחוז שהעניק המכרז לבחינת האיכות של המתמודדים.

בית המשפט העליון קיבל (בחלקו) את הערעור שהוגש על ידי משרד הבטחון בעניינים אלה תוך שהוא קובע מספר קביעות משמעותיות באשר למעמדה של הרשות המנהלית כמנסחת המכרז. וכך תיאר זאת בית המשפט העליון:

"הטענות שהועלו כנגד המכרז הובילו את בית משפט קמא לבחון את עקרונות המכרז ותנאיו לפני ולפנים. נקודת המוצא של בחינה זו הייתה כי לא די באמירת המערער כי החלטותיו התקבלו לאחר שנערכה עבודה מטה ועל בסיס חוות דעת מומחים מטעמו; כי מוטלת עליו חובת הנמקה מוגברת; כי היה על המערער לסתור את חוות דעת המומחית שהוצגה מטעמה של ORS; ובמידת הצורך אף להציג חוות דעת מטעמו. ... קביעות אלה הובילו במידה רבה להתערבותו של בית המשפט בתנאים השונים של המכרז, ולטעמי, מעבר לראוי ולמחויב מההלכה בדבר היקף הביקורת השיפוטית בהליכי מכרזים". להלן עיקרי הקביעות של ביהמ"ש העליון:

- משאפשר בית המשפט קמא לעותר להגיש כתב תשובה ולהעמיק במחלוקת העובדתית היה עליו לקיים דיון נוסף בעתירה לגופם של דברים.
- המודל המכרזי נקבע על ידי עורך המכרז בהתאם למאפייני ההתקשרות וצרכי המזמין. קביעת מספר הספקים הנדרש היא החלטה הכרוכה בהפעלת שיקול דעת מקצועי. יש טעם בהסברים שניתנו על ידי המערער ודי בכך כדי לקבוע כי בחירת המערער במספר מוגבל של זוכים ולא במודל של מכרז "מאגר" מצויה במתחם הסבירות. "גם אם ניתן היה להחליט על מספר זוכים שונה, אין הדבר גורר בהכרח התערבות שיפוטית".
- בידי המזמין לקבוע את אמות המידה לבחירת הזוכה במכרז על פי צרכיו ודרישותיו, וכפי שציין גם בית משפט קמא, שאלת האיזון בין אמות המידה במכרז מסורה לשיקול דעתו. בנסיבות אלה, אין לומר שמתן משקל של 20% לרכיב האיכות כשלעצמו חורג ממתחם הסבירות.
- בהליך המינהלי, הדין מסמיך את הרשות לקבל את ההחלטה, גם אם קיימים מומחים בעלי דעה אחרת. "העדפת חוות דעתו של מומחה "חיצוני" על פני חוות דעתה המקצועית של הרשות לא מתיישבת עם אופיה של הביקורת השיפוטית המינהלית על החלטותיה של הרשות".
- בית המשפט קמא ביקר את משרד הבטחון על כך ששינה את תנאי המכרז מספר פעמים ואילו בית המשפט העליון חשב שהשינויים שנערכו מעידים על פתיחות ועל רצונו של עורך המכרז לקבל את מספר ההצעות הרב ביותר. וכך קבע ביהמ"ש העליון לעניין זה: "אכן, הניסיונות להוציא את המכרז לפועל נמשכים מזה שנים, ובמהלך הדרך נערכו שינויים בעקרונות המכרז, חלקם שינויים משמעותיים הנוגעים לטיב המודל הכלכלי של המכרז ולסוגיית מדדי האיכות. רשות מנהלית נדרשת לקבל החלטה ולהפעיל את שיקול הדעת המסור לה על יסוד תשתית עובדתית (יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב 1119 (מהדורה שנייה, 2011)), ומוטב היה שהנתונים שעמדו ביסוד ההחלטה על ביצוע שינויים במכרז היו נאספים עובר לפרסומו. עם זאת, איני סבור כי השינויים שנעשו מעידים על שרירותיות בקבלת החלטות מצד המערער, שמא נהפוך הוא, והדבר מעיד על פתיחות ונכונות לקבל הערות ורעיונות".

"בהליך המינהלי בית המשפט בוחן את החלטת הרשות על-פי עילות הביקורת השיפוטית, אך אינו מחליט במקום הרשות המינהלית ואינו מחליף את שיקול-דעתה בשיקול-דעתו שלו ו"לא ישים עצמו בית-המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה מומחה תחתיו כדי להכריע לגופה של מחלוקת מקצועית".