

המקומון - העדכון היומי לרשויות המקומיות

היקפה של חובת הגילוי במכרז

עא 2642/19 מועצה מקומית הר אדר נ' מרכז קניות דוד ויונתן בע"מ

לאחרונה דן בית המשפט העליון בערעור שעסק בחובת הגילוי המוטלת על מפרסם מכרז וזאת בעקבות מקרה בו בקרקע ששווקה במסגרת מכרז ציבורי התגלו תשתיות צנרת המחייבות פינוי יקר לצורך מימוש הבנייה בה. בהתאם דן בית המשפט בשלוש השאלות הבאות: האם הגורמים המינהליים שהיו מעורבים בשיווק הקרקע במסגרת המכרז או בהיערכות לקראתו עמדו בחובות הגילוי המוטלות עליהם? מה האחריות של המועצה המקומית אשר לא ערכה את המכרז אך היתה מודעת לקיומה של הצנרת ולהעדר המידע במכרז? האם יש לייחס אשם תורם למציע שזכה במכרז, מהיבט חובות הבירור שהיו מוטלות עליו בקשר למצבה של הקרקע?

באותו מקרה פורסם מכרז לחכירה ולפיתוח מקרקעין ולהקמת מרכז מסחרי, על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש וע"י ערים – חברה לפיתוח עירוני. לטענת הזוכה רק בדיעבד התברר לה כי במקרקעין מצויים צינורות תת קרקעיים, שהעתקם מוטלת על הזוכה במכרז ועל חשבונו ומהווה תנאי לקבלת היתר בניה. בשל כך נוצר עיכוב בקידום הליכי הבניה עד להעתקת הצינורות ונגרמו לה, לטענתה, נזקים כבדים. הזוכה הגישה לבית המשפט המחוזי תביעה לפיצוי בטענה כי הממונה על הרכוש הממשלתי וחברת ערים, שהיו מודעים לקיומם של הצינורות, לא חשפו מידע זה בפניה וכי היתה עליהם חובה לעשות כן. התביעה הוגשה גם נגד המועצה המקומית הר אדר וזאת למרות שלא היתה שותפה לפרסום המכרז וזאת לאור העובדה שהמידע היה בידיה ולכן נטען כי היה עליה להתריע על כך שהמידע לא נמסר במכרז שפורסם בידיעתה ובהסכמתה.

בית המשפט המחוזי קבע כי אמנם יש אשם תורם לזוכה אולם יש לתת משקל לכך שהחברה הזוכה התקשרה בחוזה עם גופים שלטוניים, החבים בחובת הגינות מוגברת. בהתחשב בכך ובמכלול נסיבות העניין, בית המשפט המחוזי קבע כי יש לייחס לחברה הזוכה אשם תורם בשיעור של 20% (זאת לצד הקטנת הנזק הנטען). כמו כן קבע ביהמ"ש המחוזי כי גם למועצה המקומית אחריות בכך שלא ניסתה לאתר מציעים פוטנציאליים על מנת להביא לידיעתם את המידע.

בית המשפט העליון קיבל את הערעור של הממונה על הרכוש הממשלתי, של ערים ושל המועצה המקומית בחלקו – תוך הגדלת האשם התורם של הזוכה ל-40% מהנזק ותוך הקטנת חלקה של המועצה המקומית.

בית המשפט העליון עמד ראשית על חשיבות חובת הגילוי בקובעו כי: "חובות הגילוי הן חלק בלתי נפרד מן השלב הטרומי חוזי, והן אף חלות ביתר שאת בהליך של מכרז ציבורי. כידוע, מכרז מהווה מסגרת לניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, ומסמכיו יוצרים מערכת יחסים חוזית בין עורך המכרז לבין כל אחד מהמציעים... חובת הגילוי המוטלת על גוף מינהלי העורך מכרז גדולה בהיקפה מחובת הגילוי החלה במהלך משא ומתן בין צדדים פרטיים, ונגזרת בין היתר גם מחובת ההגינות המוגברת החלה עליהן. ... בכלל זה הודגש כי על הרשות להבטיח שמסמכי המכרז ישקפו בצורה מלאה ומדויקת את כל המידע המצוי ברשותה ורלוונטי לנסיבות ההתקשרות – לרבות נתונים הפוגעים באטרקטיביות של המכרז".

בהתאם קבע ביהמ"ש העליון כי מפרסמות המכרז הפרו את חובת הגילוי משלא מסרו מידע שהיה ברשותם או שיכלו לגלות אותו בבדיקה פשוטה יחסית. זאת למרות שבמכרז נכתב במספר מקומות שונים כי באחרית המציע לבדוק בעצמו את המטרדים ההנדסיים, לרבות התת קרקעיים במקום.

באשר למועצה המקומית קבע ביהמ"ש העליון כי "המועצה לא הייתה 'זרה' למכרז, ואף צוינה בו כגורם האחראי לריכוז המידע הרלוונטי עבור המציעים. על כך יש להוסיף, כי המועצה אכן סיפקה לדבריה מידע בנושא הצנרת לפחות לשמונה מציעים אחרים שפנו אל מהנדס המועצה ושעימם הוא נפגש. ... עובדה זו כשלעצמה הייתה אמורה להדליק 'נורה אדומה' ולעורר את המועצה לתת התראה בעניין. עם זאת, בניגוד לעמדתו של בית המשפט המחוזי, אינני סבורה כי היה על המועצה לתור אחר מציעים פוטנציאליים ולדאוג להביא לידיעתם את המידע באופן אקטיבי. בהקשר מסוים זה מקובלת עליו הטענה כי מדובר בנטל גבוה מדי. לשיטתי, אחריותה של המועצה, בתור מי שלא פרסמה את המכרז בעצמה, אמורה להיות ממוקדת בחובה להפנות את תשומת ליבם של האחראים למכרז עצמו למידע מהותי שהיה ברשותה בנוגע למקרקעין ושהייתה משמעות להכללתו במסמכים הרלוונטיים". בהתאם הפחית ביהמ"ש העליון את חלקה של המועצה בנזק (ל-15% מן הנזק).

לבסוף דן ביהמ"ש בשאלת האשם התורם. ביהמ"ש קבע כי מציע הניגש למכרז בהיקף של עשרות מיליוני שקלים נדרש לבצע בדיקות מינימליות ולהיוועץ עם מומחים עוד בטרם הגשת הצעה, ובפרט כאשר מדובר בחברה חדשה שאיננה מורגלת בפרויקטים מסוג זה. נוסף על כך, מסמכי המכרז כללו כאמור סעיפים שונים שהתייחסו לאחריותם של המציע לפינוי מטרדים תת-קרקעיים, וכן לצורך לבדוק מידע טכנוני רלוונטי המצוי ברשות המקומית. אם כן, מדובר בהסדר שהטיל אחריות מפורשת גם על המציע לבחינת הנושא. בהתאם הגדיל ביהמ"ש העליון את היקפו של האשם התורם כאמור לעיל.

ייחוס
אשם
תורם
לחברה
הזוכה
במקרה זה
חשוב גם
מהיבט
התמריצים
למשתתפי
ם במכרז –
על מנת
למנוע מצב
בו מציע
יימנע
במכוון
מעריכת
בדיקות
נחוצות
מתוך
הנחה כי
יכול לזכות
במכרז על
בסיס
הצעה
שלא
כוללת את
העלויות
האמיתיות
, ולאחר
מכן גם
לזכות
בפיצוי
מלא".