

## שיקול דעת ועדת המכרזים בפירוש הוראות החוק ותנאי המכרז/ יאיר אלוני, עו"ד<sup>1</sup>

האם למפרסם מכרז נתונה הסמכות לפרש את הוראות החוק באופן רחב ושונה ממקרה למקרה על פי שיקול דעתו הבלעדי? האם רשאית ועדת המכרזים להחיל פרשנות רחבה לתנאי סף במכרז בדיעבד ולאחר בחירת הזוכה?

במקרה שנדון בבית המשפט, ביקשה עורכת המכרז והיצרנית הישראלית, אשר התמודדה במכרז, להחיל פרשנות רחבה להוראות תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ) התשנ"ה-1995, אשר במסגרתן מעניקה המדינה הטבה ליצרנים ישראלים, המתחרים במכרזי משרדי הממשלה ויחידות הסמך. שם, ועדת המכרזים קבעה בהחלטתה כי פרשנות רחבה להוראות החוק תחול באופן נקודתי וביחס למציע ספציפי, תוך שהודגש כי אין בהחלטה הפרטנית כדי לכבול את שיקול דעתה של ועדת המכרזים או לכפות עליה פרשנות רחבה גם לעניין מקרים אחרים.

בית המשפט הדגיש כי כאשר מדובר בהוראת חיקוק המתייחסת לתחום של דיני המכרזים, יש לפרשה באופן אחיד, על פי העקרונות של דיני המכרזים ומטרתן כגון: השגת תחרות חופשית ושוויונית ותוצאה אופטימאלית לבעל המכרז. כמו כן, נקבע כי גם אם קיים ספק לגבי אופן פרשנות של חיקוק וקיים חריג המאפשר לסטות מהליך השוויון, יש לפרש חריג זה בצמצום. במקרה זה, בית המשפט לא קיבל את עמדת מפרסמת המכרז, אשר טענה כי יש לאפשר לועדת המכרזים שיקול דעת בעניין פרשנות הוראות החוק וקבע כי לא יעלה על הדעת להשאיר לועדת המכרזים שיקול דעת הקובע מתי להחיל פרשנות רחבה ומתי לא, מאחר וגישה זו מאפשרת העדפה של מציע אחד על פני השני, ללא עקרונות ברורים וידועים מראש ופותרת פתח רחב להחלטה מטעמים זרים.

באופן דומה, קבע בית המשפט לאחרונה כי גם פרשנות של תנאי סף, עליה להיעשות בצמצום. באותו מקרה דחה בית המשפט פרשנות לפיה ניתן להסתפק בניסיון של מציע כ - 'קבלן משנה', איכותי ככל שיהיה, במקום בו תנאי הסף במכרז דורש ניסיון של 'קבלן ראשי'. בית המשפט ציין, כי פרשנות רחבה זו לאחר מעשה ולשם הצדקת בחירתו של הזוכה בדיעבד, פוגעת בעקרון השוויון שהוא מנשמת אפו של המכרז. סטייה מעיקרון השוויון עלולה לפגוע לא רק במציעים שהגישו את הצעותיהם, אלא גם במציעים פוטנציאליים, אשר לא ניגשו כלל למכרז והיו עשויים להגיש הצעות אילו הניחו כי תנאי המכרז ניתנים לפרשנות רחבה.

בטרם הגשת ההצעה חשוב לעיין במסמכי המכרז ולוודא כי הינם מפורטים, בהירים, מדויקים וממצים, במיוחד כשמדובר בתנאי סף. ככל שתנאי מתנאי המכרז אינו בהיר או ניתן לפרשו פירושים שונים, מוצע לפנות לעורך המכרז בפנייה לקבלת הבהרות, במועד המתאים לכך ובטרם הגשת ההצעה. ככל והוגשה הצעה על סמך פרשנות אשר הינה סבירה בהשוואה לפרשנות סבירה אחרת, אשר מקיימת במידה שווה את תכליות המכרז, בית המשפט ייטה להעדיף את הפרשנות המקיימת את ההצעה שהוגשה על ידי משתתף המכרז על פני זו הפוסלת אותה. עם זאת, כדי להימנע מסיבוכים משפטיים שלא לצורך, מומלץ לבחון מסמכי המכרז היטב ולהיוועץ בעת הצורך בעורך דין העוסק בתחום ככל שמתעורר ספק באשר לניסוח הוראות המכרז.

<sup>1</sup> עו"ד יאיר אלוני הינו עורך דין במשרד אפיק ושות' ועיקר התמקדותו בתחום המכרזים והמשפט המינהלי. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו.