

שיהוי ומניעות – מה המועד להעלאת טענות הנוגעות למכרז? / יאיר אלוני, עו"ד¹

בדיני המכרזים קיימת חשיבות מיוחדת למועד העלאת טענות כלפי תקינות המכרז והחלטות ועדת המכרזים, שכן הימנעות מנקיטת פעולה משפטית במועד עלולה בנסיבות מסוימות להקים מחסום דיוני של 'השתק' ו'מניעות' ולגרום לאי התערבות בית המשפט. אז מהו המועד הנכון לתקיפת הליכי מכרז, כיצד על מתמודד במכרז לנהוג כאשר יש לו טענות לגבי ההליך כבר בשלבים המוקדמים?

על פי הדין יש להגיש עתירה מינהלית בהקדם ככל שניתן ולפעול ללא שיהוי, בנסיבות העניין, ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום שהחלטה פורסמה כדין או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה, או מיום שנודע לעותר עליה, לפי המוקדם. כדי לבחון האם העתירה אכן הוגשה בהקדם האפשרי 'בנסיבות העניין' יבחן בית המשפט את מכלול הנסיבות בטרם הפנייה לבית המשפט.

ראשית, ייבחנו הנסיבות בהסתמך על בחינה 'סובייקטיבית'. במסגרת זו יבדקו הסיבות אשר הביאו לעיכוב בפתיחת ההליך ואת התנהגותו של הצד הטוען כנגד ההליך המינהלי. כך למשל, בית המשפט יבחן מהו המועד בו נודע למבקש אודות העילה ומדוע השתהה בעתירתו לבית המשפט לקבלת סעד והאם בהתנהלותו נראה כי העותר ויתר על זכותו. שנית, בית המשפט יבחן האם גם מבחינה 'אובייקטיבית' עלול השיהוי לפגוע בצד שלישי תם לב אם תתקבל העתירה. במסגרת זו יבחן בית המשפט האם נגרמו או עלולים להיגרם, נזקים לצד שכנגד, אשר היו נמנעים אילו נקט ההליך במועד הראוי. השיהוי האובייקטיבי נחשב לרכיב מרכזי בבסיס טענת שיהוי, כיוון שהוא נוגע לתוצאות שנגרמו עקב השיהוי הסובייקטיבי. השיהוי האובייקטיבי מתקיים, כאשר בעקבות הזמן שחלף עד להגשת העתירה השתנה המצב, באופן שקבלת העתירה תגרום נזק לצד ג', שהיה נמנע לו הוגשה העתירה במועד הראוי. למשל, הגשת עתירה לאחר שזוכה במכרז, אשר פעל בהסתמך על זכייתו, רכש ציוד מיוחד לשם קיום המכרז. לשיקולים שבוחן בית המשפט מתווסף גם השיקול שעניינו בחינת הפגיעה בשלטון החוק. במסגרת זו יבחן השאלה האם העילה לעתירה מתבססת על פגיעה חמורה בשלטון החוק. כך למשל, בית המשפט עשוי לתת סעד גם כאשר קיים שיהוי וזאת מטעמים של שמירה על אינטרס הציבור כגון במקרים של חשד למעשי שחיתות חמורים וכיוצ"ב.

אולם, מעבר למגבלות הדיוניות הנוגעות להגשת עתירות לבית המשפט, קיימת חשיבות גם לאופן התנהלות מתמודד במכרז כבר בשלבים בהם נגלה לו היפגם'. כך למשל, הימנעות מנקיטת עמדה בשלבים מוקדמים למכרז עשויה למנוע העלאת טענות עתידיות כלפי פגמים שנפלו במכרז. על בסיס עקרון זה, מתמודד שנמנע מהעלאת טענות כנגד אופן ניסוח תנאי המכרז, לא יורשה להעלות טענות כנגד תנאים אלה לאחר שניגש למכרז ולא זכה בו, שכן התנהלותו עשויה להיחשב כ'הסכמה' לכללי המשחק ולתנאי המכרז בו לקח חלק. מקרה נוסף, הוא כאשר משתתף שהפסיד במכרז, המבקש לקבל את הערבות בחזרה והיא אכן מוחזרת לו, עשוי להיחשב כמי ש'יצא מן המשחק' וכמי שויתר על השתתפותו במכרז. לכן, ככלל, מוצע להימנע מנטילת הערבות, עד לבחינת תקינות הליך המכרז.

כללים אלה מבטאים הן שיקולים של צדק והן שיקולים של יעילות וזאת בהתחשב בעלויות הכרוכות בהליכי המכרז וכתוצאה מהנזק אשר עלול להיגרם כתוצאה מהעלאת טענות באיחור ומהסתמכותם של צדדים שלישיים, לאחר שהמכרז כבר התקיים. לאור החשיבות שניתנת על ידי בית המשפט להתנהלות המשתתף במכרז ולנקיטת פעולות משפטיות בהקדם ככל הניתן, מומלץ להיות מלווים בעורך דין העוסק בתחום כבר בשלבים המוקדמים של עריכת המכרז ובטרם הגשת הצעה.

¹ 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.