

תוכן שיווקי

CFO - זירת ה

כתבות ומאמרים

אודות

ראשי

על זניחת תכליתו המסחרית של המכר ותכליתו לחסוך בכספי הציבור

עו"ד טלי ביסמוט-כץ



לאחרונה אנו עדים להתגברות הקונפליקט הקיים בין תכלית המכר המסחרית, שעניינה בשאיפה להוביל להתקשרות היעילה ביותר מבחינה כלכלית ולחיסכון בכספי הציבור, לבין תכליתו המנהלית של המכר שעניינה תחרות הוגנת ושוויונית ומניעת משא-פנים ושחיתות.

לאחרונה אנו עדים להתגברות הקונפליקט הקיים בין תכלית המכר המסחרית, שעניינה בשאיפה להוביל להתקשרות היעילה ביותר מבחינה כלכלית ולחיסכון בכספי הציבור, לבין תכליתו המנהלית של המכר שעניינה תחרות הוגנת ושוויונית ומניעת משא-פנים ושחיתות. זאת בעיקר לאור מגמת בתיה"מ ש"ה המקדמת בפועל את מטרת המכר המנהלית, על חשבון מטרתו המסחרית.

הדוגמה הבולטת ביותר לכך היא גישתו הפורמליסטית של ביה"מ"ש כלפי הערבות הבנקאית המצורפת להצעות, אשר הופכת נוקשה יותר ממקרה למקרה. לאחרונה, ניתנו בעניין שני פסקי-דין מנחים:

בעניין אפקון, הורה ביה"מ"ש העליון על פסילת שלוש ההצעות הזולות לאור פגמים בערבותיהן ועל בחירה בהצעה הרביעית, היקרה ביותר. ראוי לציין שבאותו עניין לא התקשרה צדפה ערבות המיטיבה עם עורך המכר באופן שתוקפה היה ארוך יותר במספר ימים מכפי הנדרש. למרות שפגם זה לא הרע עם עורך המכר ועל פניו לא פגע בתחרות, קבע ביה"מ"ש שהצעה זו פסולה, פסיקה אשר למעשה חייבה את הרשות עורכת המכר להתקשר עם מציע שהצעתו יקרה בכ-8 מיליון שקלים מן ההצעה המיטיבית, ובכ-3.5 מיליון שקלים מן ההצעה שנפסלה לאור ערבותה המיטיבה כאמור.

בעניין אסום, פסק ביה"מ"ש העליון לאחרונה באופן דומה, שיש לפסול הצעה הזולה במעל חצי מיליון שקלים מהצעה אחרת, לאור העובדה שמועד פירעון הערבות הבנקאית שצורפה לה, היה ארוך בשלושה ימים מכפי הנדרש במכר. זאת למרות שמועד הפירעון קוצר לאחר פתיחת ההצעות, לבקשת עורך המכר ולפי סמכות מפורשת שניתנה לו במכר.

פסיקה זו ממשיכה מגמה קיימת של פסילת הצעות בהן קיימת אי-התאמה, ולו הקטנה ביותר, בנוסח הערבות המצורפת להצעה ביחס לנוסח שנדרש במכר וזאת בין היתר מטעמי מדיניות של ביה"מ"ש והרצון "לחנך" את המציעים להיצמד להנחיות המכר.

דוגמה נוספת של זניחת מטרתו המסחרית של המכר באה לידי ביטוי גם במסגרת פסיקה המצמצמת את יכולתו של עורך המכר לאפשר לבעל ההצעה המיטיבית להשלים מסמכים לאחר פתיחת תיבת המכר, ובמסגרת פסיקה המצמצמת את אפשרותו לנהל מ"מ עם קבוצת המציעים הסופית במטרה להזיל את ההצעות. בפסיקה שניתנה לאחרונה בעניין טלדור, נפסלו תוצאותיו של סבב נוסף לקבלת הצעות מן המציעים שבמסגרתו שופרו הצעותיהם הכספיות, קביעה אשר הובילה לבחירה בהצעה היקרה בכ-3.5 מיליון שקלים מן ההצעה המיטיבית שנתקבלה לאחר הסבב הנוסף. תוצאות ההליך נפסלו משום שלדעת השופטים הרצון להזיל את ההצעות, אינו מהווה "מקרה מיוחד" כנדרש במסמכי המכר, שלפיהם סבב נוסף של הצעות אמור להתקיים רק "במקרים מיוחדים". לגישת ביה"מ"ש "רצונו של עורך המכר להזיל את ההצעות טבע ומובנה בעצם קיומו של כל מכר ואין בו ייחוד".

מן ההלכים המתוארים לעיל, ניכר שמגמת הפסיקה הולכת ומתקשחת, זאת תוך קידוש מטרתו המנהלית של המכר וכפועל יוצא מכך- עמידה דווקנית על כללי המשחק הפורמליסטיים, המובילה בפועל לשחיקת מטרת המכר המסחרית ועקרון היעילות, שחיקה החוטאת לכיסו של עורך המכר ובאופן מצטבר, גם לכיסו של הציבור הרחב. יש לערוך בחינה מחודשת של מערכת האיזונים בין מטרת המכר והיחס המתקיים ביניהן ואולי אף לבחון מחדש האם כללי המשחק הפורמליסטיים של המכר הם המטרה אשר אותה יש לקדש בכל מחיר, או שמא- הם רק האמצעי בדרך אליה.

הכותבת היא עו"ד המתמחה בדיני מכרזים ומשפט מנהלי משרד ש. פרידמן ושות'