

התקשרות מתמשכת עם קבלן הדברה

1. כללי

במהלך חודש אוגוסט 2013 פעלה המועצה לאשר פעם נוספת הארכת חוזה עם החברה להדברת עשב בר בע"מ (להלן "הקבלן" או "מדביר מזיקים") עמו היא קשורה בחוזה משנת 2009 ועד ל 2012. בעקבות האמור פעל מבקר המועצה באותו מועד וערך בנושא ביקורת.

יצוין כי הביקורת אמרה בנושא זה בעבר את דבריה, והבהירה ביחס לאמור, כי הכלל בהתקשרויות הוא שהמועצה חייבת במכרז, כאשר "עקרונות המינהל התקין ודיני המכרזים מובילים איפוא למסקנה... כי – בודאי בהיעדר חקיקה שונה – קיימת עדיפות להתקשרות בדרך של מכרז פומבי על פני דרך אחרת" (עמ' 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן, חבר המועצה). כלל זה נועד כדי להבטיח את התכליות שבבסיסו ובהם "הגנה על עקרון השיוון, שמירה על טוהר המידות, מניעת משוא פנים ושחיתות, וכן, במישור אחר, מתן אפשרות לרשות המינהלית להתקשר בעסקה אופטימלית מבחינה כלכלית" (דקל, מכרזים, תשס"ד 2004, עמ' 92).

לצורך עבודה ערכה הביקורת שיחה עם מנכ"ל המועצה וגזבר המועצה וכן עיינה במסמכים.

2. הנורמה

מה בין הליך הצעות מחיר למכרז

1. הליך הצעת מחיר נעשה בהתאם להוראות הקבועות בתוספת החמישית לצו המועצות המקומיות. לפי תקינה זו המועצה נדרשת להקים ועדה, שהרכבה כולל עובדי מועצה, שתכליתה הוא "לאשר ביצוע רכישות למועצה, רישומן וגריעתן" (סעיף 5 לתוספת).

2. באמצעות ועדה זו מסדירה הרשות "את רכישותיה, תנהל את מחסניה ואת הטובין שלה בהתאם לתקנות אלה", כאשר "טובין" מוגד כ"מיטלטלין". התקנות כוללות הוראות לניהול מלאי ומחסנים, כפי שגם מעיד עליהן שמן, והן אינן מתייחסות למתן שירותים. אם כן, כפי שניתן לראות, דבר חקיקה זה נועד "ליצור הליך נאות לרכישה של טובין – מטלטלין על-ידי הרשות, ולא למתן שירותים מקצועיים שונים ולמינוי גורמי מקצוע". (עמ' 384/07 מנחם אריאב ראש עיריית נצרת עילית נ' סיעת שינוי). ואילו ועדת מכרזים, המוקמת מכוח סעיף 123 לצו המועצות, תפקידה "לבדוק הצעות מחירים המוגשות למועצה בעקבות פרסום מכרז ולהמליץ לפני ראש המועצה על ההצעה שלדעת הועדה ראוייה לאישורו".

3. אם כן, להבדיל מועדת מכרזים שהנה ועדה מייעצת לראש הרשות, ועדת רכש הנה **ועדה מקצועית**, שמתנהלת **ללא פיקוח** (כמו על ועדת מכרזים) **והחלטותיה אינן טעונות אישור** של גורם כלשהו, לרבות לא של ראש המועצה, **ודיוניה אינם פתוחים לציבור** (להבדיל מועדת מכרזים) (ראה גם. עמ' 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן, חבר המועצה (להלן – פס"ד נצרת)

4. לאור מאפיינים אלה ניתן לראות כי ועדת המכרזים והליך של מכרז ציבורי יעילים יותר מאשר ועדת רכש בכל הקשור לשקיפות, תקינות ניהולית ומניעת שחיתות, שהנם עקרונות העומדים בבסיס המכרז הציבורי.

פיצול מכרז

5. כאמור לא זו בלבד שחלה על המועצה, מכוח חוק, החובה בתנאים מסוימים להתקשר במכרז אלא ככלל עליה להעדיף דרך זו, כפי ניתן ללמוד גם מעמדת המדינה בפס"ד נצרת לפיה "הכלל הוא כי חובתה של רשות מקומית לערוך מכרז על פי סעיף 197 לפקודת העיריות. הודגש, כי לעמדת המדינה, אף סוגי התקשרויות של רשות מקומית הפטורים ממכרז לפי תקנת הפטור האמורה, מחייבים קיומו של הליך מינהלי סדור שבמסגרתו ייבחנו מספר הצעות לאותן התקשרויות."
6. הואיל וכך, גם כאשר הנסיבות מעלות כי קיים פטור ממכרז, אזי הפרשנות בגינה תטה בדרך כלל לחומרה (לדוגמה ראה דקל). לא זו אף זו אלא כדי להבטיח שהרשות לא תתחמק מהחובה לערוך מכרז נקבע בתוספת הרביעית הוראה האוסרת על פיצול מכרזים: "עמדה מועצה מקומית להתקשר בזמן אחד במספר חוזים להזמנת אותם טובין, או לביצוע עבודות המהוות למעשה עבודה שלמה אחת, יראו את כל אותם חוזים כאילו היו - לענין תוספת זו - חוזה אחד" (סעיף 5 בתוספת הרביעית לצו).
7. יחד עם זאת, כפי שמעלה המלומד דקל הגבלה זו אינה יעילה, או בדבריו "ראוי לשים לב, שהסייג הקיים בתקנה בדבר פיצול עסקאות — שמטרתו למנוע פיצול עסקאות במטרה להתחמק מעריכת המכרז — אינו מלא. בכוחו של סייג זה למנוע פיצול ההתקשרות עם מתקשר מסוים לכמה עסקאות קטנות, אך הוא אינו מונע פיצול של עסקה אחת בין כמה מתקשרים שונים."
8. ומה באשר לעריכת חוזה שנתי, כאשר כל שנה נערך הליך של הצעת מחיר? בנושא זה מציין דקל "עוד ראוי לציין, כי איסור הפיצול כי ההתקשרות תיפסל על ידי בית המשפט מתייחס לאותה "שנת תקציב"; משמע: האיסור אינו חל לכאורה על פיצול בין שתי שנות תקציב, פיצול שמטבע הדברים יכול לעתים להתרחש על פני תקופה קצרה. גם במקרה זה סביר להניח שפיצול מלאכותי, שמטרתו התחמקות מעריכת מכרז, לא יעמוד במבחן הביקורת השיפוטית."
9. הנה כי כן, כאשר הפיצול נועד לצורך התחמקות ממכרז, אזי יש להניח כי הוא יפסל היה והוא יעמוד בפני ביקורת שיפוטית, והרי לנראות ההליך קיימת חשיבות רבה, כפי שמציין הרציג בספרו "דיני מכרזים" "עם זאת, ברור כי פיצול של עסקה, באופן שאינו מתבקש ממהות ההתקשרות, מעורר חשד כי הפיצול נועד להתחמק מעריכת מכרז. מצב מעין זה מטיל על הרשות את הנטל להראות מדוע נעשה הפיצול, ואם היא אינה מצליחה להרים את הנטל, סביר שהתקשרות תיפסל על-ידי בית המשפט" (ציטוט מתוך דקל של הרציג, עמ' 207).

3. הממצאים

להלן הממצאים שהעלתה הביקורת בעבודה:

- א. המועצה התקשרה למן אוגוסט 2009 ועד לסוף יולי 2013 עם חברת עשבי בר בע"מ שנבחרה במכרז פומבי (מס' 6/09) שנערך בחודש אפריל באותה שנה.
- ב. לאחר מכן ערכה המועצה, הואיל וסכום ההתקשרות לשנה אחת אינו בהיקף המחייב ע"פ החוק במכרז, הליך הצעת מחיר לתקופה של 12 חודשים שבו זכה הקבלן וההתקשרות עמו חודשה עד לחודש יולי 2013.
- ג. ביולי 2013 בקשה המועצה פעם נוספת להמשיך את ההתקשרות לשנה נוספת בהליך של הצעת מחיר, במקום לפרסם מכרז.
- ד. על רקע זה טען גזבר המועצה, שהביא את הדבר בפני מבקר המועצה, כי קיים בדבר טעם לפגם, הואיל ועל פניו הדבר מהווה ניסיון לעקוף את החובה לערוך מכרז.

ה. היועץ המשפטי למועצה אישר למנכ"ל המועצה להתקשר עם הקבלן בדרך של הצעות מחיר.

לאור האמור העירה הביקורת כי התקשרות בדרך זו אינה תקינה וכי יש להתקשר בתחום זה בדרך של מכרז.

4. סיכום והמלצות

כאמור הביקורת העלתה כי **המועצה התקשרה וממשיכה להתקשר עם חברת 'הדברת עשבי בר בע"מ' שנבחרה ב 2009 במכרז פומבי ל 3 שנים ומאז המועצה מתקשרת עמה לחוזה שנתי, על בסיס הליך העצות מחיר. דהיינו המועצה נמנעה מעריכת מכרז חדש, והמשיכה להתקשר עם אותו קבלן, כאשר אחת לשנה היא עורכת הליך הצעת מחיר.** הנימוק שניתן לאמור היה כי ההתקשרות השנתית הנה בגובה שאינו מחייב מכרז.

לאור האומר, כפי שיובהר בהמשך, הבהירה הביקורת כי לדעתה ההליך שבוצע, לפיו שנה אחר שנה נמנעת המועצה מעריכת מכרז ותחת זאת עורכת הליך של הצעות מחיר, אינו תקין.

יחד עם זאת הואיל ובמקרה דנן החלטה התקבלה ע"פ חוות דעת משפטית, שהתירה כאמור את ההתקשרות באופן חד פעמי, ומכיוון שבתגובה לביקורת הודיע מנכ"ל המועצה כי מעתה ואילך יצא הדבר למכרז, מסתפקת הביקורת בלהבהיר, כדלקמן:

כידוע, המכרז הנו "מכשיר מרכזי במניעת מניפולציות, מניעת משוא פנים ומניעת שחיתות, שכן קיומה של "שקיפות" מאפשר הגברת יכולת הפיקוח של השוק על פעולות הרשות" (דקל), שבו מתגשמים "עקרונות יסוד, השזורים אלה באלה: שמירה על טוהר המידות ומניעת התקשרות מתוך משוא פנים, מתוך ניגוד אינטרסים או כתוצאה משחיתות, הענקת הזדמנות שווה לכל פרט בחברה להתמודד על קשירת עסקה עם הרשות, וכד בבד, לאפשר לרשות המנהלית להתקשר בעסקה אופטימאלית מבחינה כלכלית. כמצוות הפסיקה, כאשר עקרון השאתה של התועלת הכלכלית עלול לעמוד בסתירה במקרה פלוני לעקרון השוויון והתחרות ההוגנת, יש ליתן משקל גבוה יותר לשוויון ולתחרות ההוגנת. זאת, גם במקום בו עלולה להיגרם, כתוצאה מכך, פגיעה כלכלית, אף ניכרת" (עתמ (ת"א) I.D.E. Technologies LTD 1519/08 נ' מקורות חברת המים לישראל בע"מ).

בהתקשרות שהיקפן נושק לסכום המחייב מכרז, ודי בתמורה קלה, כגון תוספת עבודה הנדרשת בדחק, כדי שההתקשרות תגיע לסכום המחייב במכרז, נדרש לדעתנו ככלל לערוך מכרז, וזאת, בין היתר, מהטעמים הבאים:

a. עמדת הביקורת היא שבהיקף ההתקשרות בסכום המתקרב לסכום שמעליו קיימת חובה לערוך מכרז (ע"פ אומדן וכו'), יש ככלל לערוך מכרז.

b. בהתקשרויות בהן השיקול המרכזי הימנעות מקיום מכרז, בהם יכול מטבע הדברים להתפתח מ"מ במטרה להוריד את הסכום כדי להימנע ממכרז, יש לעגן, ככל שיש הצדקה בכך, את החלטה ונימוקיה בכתב ולהעביר את זה ליועמ"ש למועצה לבחינה טרם האישור וכן ולח"מ.

c. ככלל הליך המתנהל בועדת רכש מוגבל מבחינת יכולתו להבטיח את תקינותו ביחס למכרז ציבורי, כדלקמן:

א. אין בועדת רכש בקרה יעילה המבטיחה כי הפניה למציעים עומדים בעקרונות השוויון וכיצ'ב (השימוש בספר ספקים ע"פ רוב לא תמיד יכול לתת מענה הולם)

- ב. אין בקרה יעילה על הליך של קבלת הצעות המציעים (אין תיבת הצעות וכיוצ'ב)
- ג. אין הבטחה כי הקבלנים מקבלים בהכרח את המידע באשר להצעה להציע הצעות באופן שווה
- ד. אין פיקוח של נציגי ציבור (חברי מועצה)
- ה. אין אינסטנציה הבוחנת את החלטת ועדה רכש והן אינן טעונות אישור
- ו. ע"פ רוב המפרטים בהצעה המופצות לקבלנים לא נקבעים באופן מפורט כפי שנעשה במכרז
- ז. אין חובה לערוך אומדן מומחה
- ח. בהעדר בקרות יעילות אין הבטחה כי ההליך תקין
- ט. ההתקשרות לא בהכרח מעוגנת בחוזה בכתב בין הקבלן שזכה למועצה (לא אחת הדבר נעשה במסגרת הזמנה ע"ב הצעת מחיר). לדבר השלכות באשר ליכולתה של המועצה לעמוד על זכויותיה מכוח ההתקשרות. כמו כן בדרך זה בד"כ לא נגבים מהקבלנים בטוחות ראויות.

d. קיים יתרון כלכלי בהתקשרויות לתקופה העולה על שנה, כך שסביר להניח שבהתקשרות לדוגמא של 3 שנים, המחיר פר יחידה/שירות יהיה נמוך יותר מאשר בהתקשרות למספר חודשים ספור.

e. מעבר למחיר פר יחידה, התקשרות תלת שנתית מאפשרת כי עדכון התעריף יהיה ע"ב מדד, שלא אחת הוא נמוך משיעור ההתייקרות של הפעילות בפועל.

f. מעבר לאמור, קיים לכך יתרון מבחינת היעילות המנהלית, במקום לעסוק בהתקשרות כל שנה, המועצה נדרשת לכך אחת ל- 3 שנים.

להלן ההמלצות

4.1 כאשר האומדן מצביע על כי היקף ההתקשרות החזוי הנו קרוב לסכום המחייב מכרז אזי יש ככלל לעדיף מכרז.

4.2 כאשר בהתקשרויות המבוצעות באופן שוטף (כגון ע"י קבלנים הנותנים שירות תכוף כגון, חשמלאים, טכנאי מזגנים, נהגים וכיוצ'ב) אזי בחינה האמורה בסעיף 4.1 לעיל צ"ל בפרספקטיבה תלת-שנתית.

4.3 כלל יש להעדיף לקיים מכרז בהתקשרויות שוטפות.

4.4 כעקרון אין לקבל תכנון שעיקרו הוא הימנעות ממכרז. במצב דברים שכזה המטרה יכולה להפוך להיות ככזו המקדשת את האמצעים, ותכלית שכזו (הימנעות ממכרז), למרות שיכולים להיות לכך נימוקים לגיטימיים, תהפך בעליל למשהו שעלול להתנגש עם ערכי המנהל התקין.

נספחים

