

היועצים והתופרים

השימוש במכרזים פורץ את גבולות המגזר הציבורי ומחלחל למגזר העסקי. אלא שבמקביל מתרבים המקרים בהם נעשים נסיונות לעקוף את ההליך. כיצד ניתן למנוע זאת? < סיגל שפיץ-טולדנו, מילי אשל

דוח מבקר המדינה לשנת 2009 מותח ביקורת נוקבת על ניהול לא תקין במשרד התרבות והספורט ובאגף החשב הכללי במשרד האוצר, בהיבט של חוק חובת המכרזים.

על פי הדוח, ועדת המכרזים במשרד התרבות והספורט, אישרה חלוקת מלגות שלא על פי תנאי הסף ואמות המידה שקבע המשרד, תוך סטייה מתנאי ההליך התחרותי של המוסדות שתלמידיהם יכולים להתמודד על מלגות אלו. עוד נקבע, כי "אגף החשכ"ל ומשרד האוצר מאשרים מזה שנים תשלומים מתקציב ממשל זמין לחברות שלא זכו במכרזים או שכלל לא התמודדו בהם".

עריכת מכרז פומבי וקיומה של ועדת מכרזים אינם עוד נחלתם הבלעדית של משרדי ממשלה, חברות ממשלתיות ורשויות מקומיות. חברות ציבוריות ופרטיות אימצו את שיטת המכרז, למרות שאינן מחויבות לו במסגרת החוק. תופעה זו הולכת ומתרחבת לאור העובדה, כי בהעדר מכרז קיימת הסתברות גבוהה לעריכת התקשרות בעלת יעילות נמוכה יותר, שעלולה בדיעבד לגרום לנזקים.

מדוע, אם כך, אנו עדים לתופעה חוזרת ונשנית של מינהל לא תקין, בעיקר במכרזים המנוהלים במגזר הציבורי-ממשלתי? מהן הטעויות הנעשות בדרך לבחירת ההצעה המתאימה ביותר? טעויות אלו מוגדרות בעגה המשפטית כ"פגם במכרז" (בין אם מדובר בפגם טכני ובין אם זהו פגם מהותי ויסודי בניהול המכרז, כגון ניגוד עניינים), והן מובילות לתביעות נגד הרשות המינהלית שעלותן למשק גבוהה.

האם הטלת האחריות לניהול המכרז על

רו"ח סיגל שפיץ-טולדנו ומילי אשל, חברת דיס ביקורת ואבטחת מידע

ועדה מקטינה את תחושת האחריות של כל אחד מחבריה? או שמא חלוקת האחריות בין מספר אנשים מקטינה את החשש להימצאות בניגוד עניינים, להטיית תוצאות מכרז, לשחיתות ולקבלת החלטות מוטעות?

בחרנו להתמקד בשתי תופעות מדאיגות הנוגעות לעקיפת חוק חובת המכרזים ולהיטיית תוצאות מכרז, אשר פוגעות ביסוד התחרות ההוגנת. את נזקיהן ניתן להעריך לא רק בהיבט הכלכלי אלא גם בהיבט החברתי, שכן הן פוגעות בערכים חשובים כגון שוויון, מוסר וצדק. כמו כן, נפרט את הכלים שיש בידי הרגולטור וההנהלה הבכירה, להתמודדות עם תופעות אלו ומניעתן.

העסקת יועץ חיצוני: פוטנציאל ניגודי העניינים

האפשרות להסתייע במומחה חיצוני בנסיונות שבהן הדבר נדרש מוצאת ביטוי בתקנה 10(ד) לתקנות חובת המכרזים, לפיה "ועדת המכרזים רשאית להיוועץ במומחה או במומחים במהלך עבודתה".

ככל שחברי ועדת המכרזים רחוקים בתחומי עיסוקם מנושא ההתקשרות, כך גדל משקלה של חוות הדעת של היועץ בתהליך ההתקשרות ובבחירת הזוכה במכרז. הפסיקה דנה לא אחת בניגוד עניינים של מומחה המעניק ייעוץ לחברה המשתתפת במכרז, בעודו נותן ייעוץ גם לגוף המזמין את המכרז (למשל: ה"מ 611/99).

על פי הפסיקה, ככל שהדבר נוגע לאיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים, אין שוני בין חבר בוועדת המכרזים לבין יועץ לוועדת המכרזים. ברם, בסוגיית מעמדו וחובתו של היועץ החיצוני נקבע, כי אין להטיל עליו חובת זהירות כלפי המתמודדים במכרז, וזאת בשל החשש להרתיע את המומחים שבהם

מסתייעת ועדת המכרזים.

לדעתנו, ראוי לקבוע, כי על המומחה ששכרה ועדת המכרזים חלה חובת זהירות כלפי הוועדה, וכי על ועדת המכרזים חלה חובת זהירות כלפי המתמודדים במכרז. זאת, למעט הדיון המתבקש לנוכח העובדה שהחוק והתקנות אינם מתייחסים למצב השכיח, בו רבות מהחלטות ועדות המכרזים נסמכות על חוות דעת מומחה שאינו חיצוני לרשות המינהלית אלא הוא עובד ציבור הבא מתוכה ושהוא בעל אינטרס הדוק לגוף המזמין את המכרז.

החוק והתקנות אינם מגדירים מי רשאי לתת ייעוץ לוועדה. לפיכך, לדעתנו יש לבחון מחדש האם קביעת מדיניות שיפוטית גורפת בעניין אחריותו המושגית של מומחה המשמש כיועץ לוועדת מכרזים כלפי צדדים שהשתתפו במכרז, מתאימה במקרה בו היועץ בא מתוך הרשות המינהלית. בבחינה מחודשת זו ניתן לקחת בחשבון שהמחוקק עצמו, בפקודת הנזיקין, אינו רואה את עובד הציבור כחסין בפני תביעת נזיקין.

כיצד ניתן למנוע פגם בהתנהלות ועדת

על ועדת המכרזים להגדיר בבירור את היקף סמכותו ואת תחומי פעילותו של היועץ, וזאת במסמכי המכרז עצמם או בכתב הסמכתו. אסור לוועדה לכפוף את שיקול דעתה וסמכותה לשיקול דעתו של היועץ. שיקול הדעת וסמכות ההכרעה הן של ועדת המכרזים בלבד

תפירת מכרזים נעשית באמצעות מסירת מידע שוטף על הצעות המתחרים בשלב שיפור ההצעות, המקנה למשתתף מקבל המידע יתרון ברור על יתר המתחרים, או בהתערבות של עורך המכרז בקביעת תנאי הסף, כך שנקבעות דרישות המתאימות למידותיו של משתתף מסוים

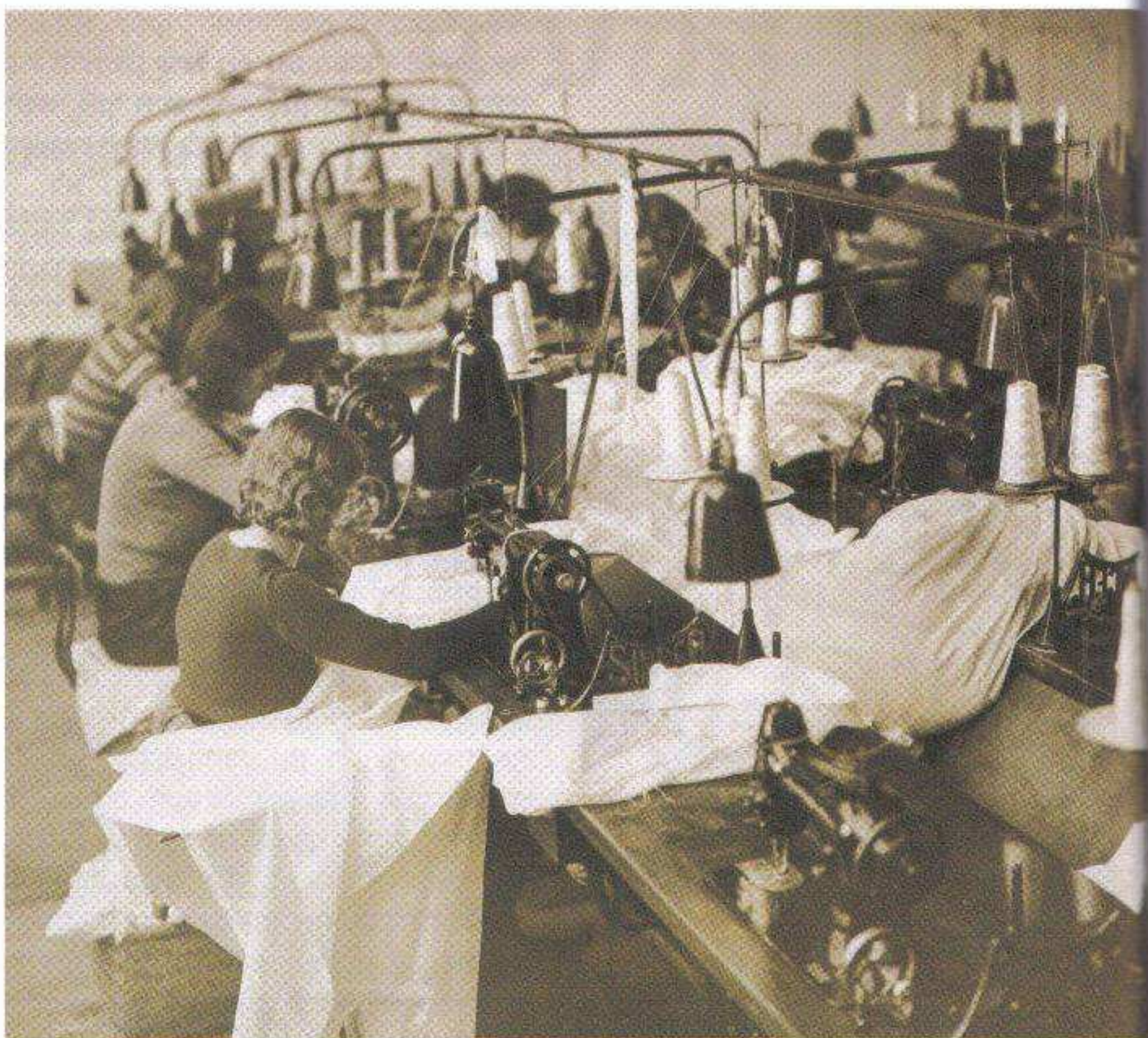
« מסירת מידע שוטף על הצעות המתחרים בשלב שיפור ההצעות (Best and final), מקנה למשתתף מקבל המידע יתרון ברור על יתר המתחרים, מאחר שביכולתו לשפר את הצעתו בהתאם.

« התערבות של עורך המכרז בקביעת תנאי הסף, כך שנקבעות דרישות המתאימות ("תפירות") למידותיו של משתתף מסוים. נקודה זו קשורה גם ליועץ החיצוני לוועדת המכרזים. לא זו בלבד, שבתור הגורם המקצועי היחיד בארגון הוא הקובע במרבית המקרים את תנאי הסף, אלא שגם בחירת ההצעה הזוכה מסתמכת על בסיס חוות דעתו המקצועית בסוף התהליך.

קיימות אינספור שיטות לעקוף את חוק חובת המכרזים, ועל אחת מהן הצביע מבקר המדינה בביקורתו על אגף החשב הכללי. במקרה זה תפרו, הלכה למעשה, מכרז ללא מכרז בשיטה של "אם לא הצלחנו להטות את התוצאות לטובתך, אז נתקשר איתך דרך הגורם שזכה".

וכך עבדה השיטה, כפי שעולה מדוח מבקר המדינה: "במשך שנים העביר המשרד תשלומים במיליוני ש"ח מתקציב (פרויקט) מממשל זמין לחברות שלא זכו במכרז ושלא כרת עימן הסכם, וכן העביר תשלומים תמורת עבודתם של עובדים חיצוניים שלא כרת עימם הסכם ואשר לא היו עובדי חברות כוח האדם או בתי התכנה שזכו במכרז.

"חברות שזכו במכרזים להספקת כוח אדם במקצועות המחשוב, שימשו צינור להעברת תשלומים לחברות שלא זכו במכרזים. אגף החשכ"ל איפשר לחברות ולבודדים



ו/או הרשות המינהלית.

« החשב והיועץ המשפטי של ועדת המכרזים נושאים באחריות להחלטות ועדת המכרזים, כל אחד בתחום אחריותו, גם אם בפועל נעדרו משיבתה. לא בכדי העיר מבקר המדינה, כי שני אלו נדרשים לפעול מתוקף תפקידם כשומרי סף בנוגע לשימוש בכספי המשרד ובנוגע לפיקוח על ועדת המכרזים.

הסייט תוצאות מכרז: ממסירת מידע ועד שוחד

רבות הדרכים להטות תוצאות של מכרז. הדרך בה בחרנו להתמקד בשורות הבאות היא שיתוף פעולה בין אחד ממשתתפי המכרז לבין נציג הרשות. שיתוף פעולה זה, המוכר לנו תחת המטרייה של "מכרזים תפירים", מתבטא בין היתר במסירת מידע ואפילו בקבלת שוחד באמצעות העסקת קרובי משפחה. כך לדוגמא:

המכרזים במקרה של הסתייעות במומחה/יועץ חיצוני? לכך יש מספר דרכים.

« על ועדת המכרזים להגדיר בבירור את היקף סמכותו ואת תחומי פעילותו של היועץ, וזאת במסמכי המכרז עצמם או בכתב הסמכתו.

« אסור לוועדה לכפוף את שיקול דעתה וסמכותה לשיקול דעתו של היועץ. שיקול הדעת וסמכות ההכרעה הן של ועדת המכרזים בלבד.

« על הוועדה (או רגולטור חיצוני לה) לאכוף את ההתניה שבחוזה לאיסור על ניגוד עניינים. בדרך כלל ניגוד העניינים הנטען נוגע ליועץ הוועדה ולא לחברי הוועדה עצמם, בשל העובדה שכגורם פרטי וחי-צוני הוא חשוף הרבה יותר לניגודי אינטרסים. לא די לגלגל לפתחו של היועץ את חובת הדיווח על תחושתו הסובייקטיבית בדבר קיום ניגוד עניינים, בלי שיתקיים על כך פיקוח אובייקטיבי עצמאי מטעם החברה

לצרף חשבונות או חשבונות לחשבונות שמגישות חברות שזכו במכרז ושילם את תמורתן, לרבות עמלה בשיעור 1.5%, לחברות כוח אדם שזכו במכרז.

כיצד ניתן להתמודד ו/או למנוע הטיית מכרז? יש הסוברים, כי אחת הדרכים היא צמצום שיקול דעת, קרי: סינון המועמדים על ידי קביעת תנאי סף או קביעת "סף איכותי" והשאת המחיר כאמת המידה העיקרית בכל תחרות, כך שמשקלו יהיה רב מכל אמות מידה אחרות.

עם זאת, יש לזכור בהקשר זה את המונח "מקבילית המוחות" שטבע הנשיא אהרון ברק (ע"מ 2310/02). הכוונה היא להסדר הקובע איזון בין המחיר המוצע לבין אמות המידה הנוספות הרלוונטיות להכרעה באשר להצעה המועדפת.

על פי הפסיקה, אין לצמצם את שיקול הדעת של מפרסם המכרז ושל ועדת המכרזים, הפועלת מטעמו, לבחינת יסודות השוויון שבין המתמודדים באופן כללי ועל בסיס המחיר המוצע בלבד. יש להם שיקול דעת רחב יותר ואפשרות לבחון ולהביא בחשבון היבטים נוספים, ובלבד שיהיו שייכים לעניין.

לדידנו, כאשר מדובר במכרז מורכב, בו יש חשיבות רבה אף לשיקולים שלא ניתן לבטאם באמצעות תנאי סף, אין מנוס מקביעת אמות מידה לשם בחירת ההצעה הטובה ביותר. ההצעה הטובה ביותר היא זו שזוכה להעדפה בשקלול הכולל, המביא בחשבון את השיקול הכספי ושיקולים נוס-

פים יחד. שיקול המחיר הוא בדרך כלל השיקול הראשון שעל מפרסם המכרז לשקול, אך רשאי ואף חייב הוא לאזן בין אמות המידה השונות שקבע לעצמו.

לא נוכל להתעלם מהעובדה, כי מתן שיקול דעת נרחב למפרסם המכרז ולוועדת המכרזים יכול להיות מנוצל לרעה על ידי ועדת המכרזים ומהווה פירצה הקוראת לגנב, העלולה לגרור פגיעה בטוהר המידות. מכל מקום אנו סבורות, כי חובה לתת גילוי על כל השיקולים והשקלולים, כבר במסמכי המכרז.

דרך נוספת להתמודדות עם הטיית מכרז היא שקיפות. מקורו של עקרון השקיפות הוא בתפיסת היסוד של המינהל הציבורי כנאמן הציבור. עבודת הרשות המינהלית צריכה להיות חשופה וגלויה לעין כל, באופן שהציבור יוכל לדעת שעבודתה נעשית על פי שיקולים ענייניים.

את נקודת המבט הזו ניתן להשליך אף על העולם העסקי. שקיפות יוצרת אמון, וככל שפעילותו של הארגון גלויה ושקופה יותר למחזיקי העניין בו, כך גדל אמונם בו. לפיכך, כל ארגון המאמץ את עקרונות המכרז הפומבי חייב לנהוג בשקיפות. חברה העורכת הליך של קבלת הצעות, חייבת לנהוג בשוויון ובהגינות כלפי המשתתפים ולהימנע מפגיעה בעקרון השוויון העומד ביסודה של התחרות ההוגנת. ●

עדכונים בנושאי מיסוי - באתר
האינטרנט של לשכת רואי
חשבון www.icpas.org.il



כאשר מדובר במכרז מורכב, בו יש חשיבות רבה אף לשיקולים שלא ניתן לבטאם באמצעות תנאי סף, אין מנוס מקביעת אמות מידה לשם בחירת ההצעה הטובה ביותר. ההצעה הטובה ביותר היא זו שזוכה להעדפה בשקלול הכולל, המביא בחשבון את השיקול הכספי ושיקולים נוספים יחד

