

בזכות ההגינות ובגנות מכרזי הפסד:

על מכרזי הפסד, תחרות בלתי הוגנת ופגיעה בזכויות עובדים

:: עו"ד אבישי בניש ורועי צרפתי

מאמר זה הוא גרסה מקוצרת של נייר עמדה בנושא מכרזי הפסד שיתפרסם בקרוב ע"י הקליניקה לרווחה תעסוקתית בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

בכך כדי לפסול את ההצעה הזוכה שכן "אין זה תפקידה של ועדת המכרזים להיכנס ולשקול את שיקוליה הכלכליים של החברה המציעה אשר הביאוה לקביעת המחיר בו נקבה בהצעתה". המגמה השניה נלמדת מפסק הדין בעניין גשש, בו נדון מכרז לאספקת שירותי שמירה. חברת שמירה שהפסידה במכרז טענה בין היתר כי במחיר שהציעה לא תוכל החברה הזוכה לעמוד בתשלום לעובדיה כחוק, כפי שנדרש בתנאי הסף של המכרז. בשונה מפסק הדין בעניין קריירה, קבע בית המשפט במקרה זה כי על ועדת המכרזים לוודא שהצעת הזוכה הינה ריאלית וכי ניתן לעמוד בתנאי החוזה מבלי להסב נזק למזמינה (העירייה) ומבלי שיקופחו זכויות העובדים. בית המשפט ערך תחשיב בדבר עלות שעת העסקת המאבטחים על-פי כל חוקי המגן ומצא שההצעה הזוכה נופלת מהעלות

מהי המדיניות המשפטית הראויה להצעות גירעוניות, הצעות שבהן המציע עומד לכאורה להפסיד כסף, לספק שרותים במחיר גבוה ממחיר המכרז? מה המדיניות המשפטית במיוחד במכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם, כגון ניקיון ואבטחה? גיבוש מדיניות ראויה בסוגיה זו מתחייב משינוי העתים, מהשימוש ההולך וגובר בשיטת המכרזים לצורך רכישת שירותי כוח אדם ומחוסר האחידות הקיימת כיום בפסיקה בנושא זה. טענתנו היא כי ההיגיון והניסיון מלמדים כי הצעות גירעוניות (הצעות הפסד) מתבטאות בסופו של יום בפגיעה באיכות השירות ובעובדים. הצעות כאלה נותנות יתרון בלתי-הוגן לקבלנים עבריינים, על פני קבלנים הגונים. לדעתנו, דיני המכרזים צריכים להתאים עצמם למטרות חברתיות נוספות, פרט לשיקולי עלות צרים, ולפיכך בחינת כשרותה של הצעה במכרז כוח אדם אינה יכולה להתעלם מהאדם העומד מאחורי השירות.

ברוב המקרים העובדים הם שמשלמים בסופו של יום את המחיר של מכרזי הפסד.

הדין הקיים

ניתן להצביע על שתי מגמות עיקריות בפסיקת בתי המשפט בנוגע למכרזי הפסד בתחומים שהם עתירי כוח אדם - כגון ניקיון ואבטחה. המגמה האחת נלמדת מפסק הדין בעניין קריירה, בו נדון מכרז לאספקת קלדניות למזכירות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל. החברה שהפסידה במכרז טענה בין היתר כי ההצעה של החברה הזוכה לוקה בחוסר היגיון כלכלי, שכן השכר שאותו הציעה לשלם לקלדניות גבוה מהמחיר אותו היא דורשת בגין הספקת שירותי הקלדניות. בית המשפט פסק כי גם אם המבקשת צודקת בטיעונה, הרי שאין

בשונה מפסק הדין בעניין קריירה, קבע בית המשפט במקרה זה כי על ועדת המכרזים לוודא שהצעת הזוכה הינה ריאלית וכי ניתן לעמוד בתנאי החוזה מבלי להסב נזק למזמינה (העירייה) ומבלי שיקופחו זכויות העובדים.



מכרזי ההפסד מובילים לתחרות בלתי הוגנת. במקרה הטוב, שבו אכן ההפסד מושת על הקבלן עצמו, מדיניות שיפוטית המקבלת את כשרותם של מכרזי הפסד נותנת יתרון בלתי הוגן לקבלנים החזקים אשר בשל איתנותם הפיננסית מסוגלים להציע הצעות הפסד. בטווח הארוך יביא הדבר ליציאתם מהשוק של הקבלנים הקטנים יותר ולצמצום התחרות באופן החותר תחת המטרה של דיני המכרזים. במקרה הרע, הצעת ההפסד משקפת כוונה של המציע לחסוך בעלויות באמצעות מתן שירות נחות או באמצעות תשלום נמוך יותר לעובדיו תוך הפרת זכויותיהם על-פי דיני העבודה. גם במצב כזה נוצרת תחרות בלתי הוגנת, שכן 'הקבלן העבריין' (או 'הקבלן החפפן') מסוגל להציע הצעות מחיר שקבלנים הגונים לעולם לא יוכלו לעמוד בהם. לקבלת מכרזי הפסד יכולה להיות תוצאה שלילית מאוד של 'מרוץ לתחתית': כדי לעמוד בתחרות, לקבלנים יהיה תמריץ חזק להציע הצעות נמוכות יותר גם אם הן כרוכות בהפרת החוק, ולו כדי לשרוד ולהישאר בזירה.

מכרזי הפסד מתעלמים מהאנשים העומדים מאחורי השירות. ההלכה בעניין קריירה לוקה בכך שהיא מתעלמת מהעובדה כי מאחורי רכישת 'שירותי ניקיון' או 'שירותי אבטחה' עומדים בעיקר אנשים, ושמחיר נמוך יכול להצביע על ניצול והפרת זכויותיהם. עצם העובדה שפסק הדין אינו מבחין בין מכרז לרכישת מוצרים לבין מכרז להעסקת עובדים מביאה, למעשה, ל'קומודיפיקציה' (הפיכה לסחורה) של העבודה ולהתעלמות מהאדם העומד מאחוריה. הלכה זו נוגדת את העיקרון החשוב הקובע כי העבודה אינה מצרך. בחינה של מכרזי הפסד אינה יכולה להתעלם מהמציאות, המלמדת כי שיטת מכרזי ההפסד הפכה להיות "חממה" להעסקה פוגענית, להפרת חוקי העבודה ולפגיעה בזכויות יסוד של העובדים וביכולתם לפרנס את עצמם בכבוד.

בחינה של מכרזי ההפסד אינה יכולה להתעלם מהקשר הרחב יותר המלמד על החרפה של התופעה החברתית המדאיגה של עובדים עניים - עובדים המצויים בשוק העבודה ואינם מצליחים להתפרנס אלא נשארים מתחת לקו העוני. ההשלכות השליליות שיש למכרזי ההפסד על ערכים ציבוריים, כגון כיבוד החוק ושמירה על זכויות חוקיות שנועדו להבטיח את זכותם החוקתית של העובדים להתקיים בכבוד עומדות בניגוד למדיניות שיפוטית ראויה. גישתנו, המחייבת העדפת שיקולים חברתיים רחבים יותר על פני השיקול הצר של הפחתת העלויות הישירות למזמינים, נתמכת

המינימלית להעסקת המאבטחים בכל אחד המרכיבים האמורים. יתר על כן, בית המשפט מצא פגם בכך שהאומדן שערכה ועדת המכרזים היה דווקא וחפף את העלות של העסקת המאבטחים מבלי לקחת בחשבון רווח קבלני. ניתן לראות את התוצאה השונה בשני פסקי הדין כנובעת מהמידה שבה בית המשפט מוכן להתייחס לשיקולים שהם מעבר לתחום הצר של דיני המכרזים. ההחלטה בעניין קריירה רואה בזכויות הקלדניות על פי דיני העבודה סוגיה חיצונית שאינה רלוונטית להכרעה בעניין חוקיות המכרז. לעומתה, ההחלטה בעניין גשש רואה את זכויות העובדים ואת כיבוד החוק הקשור לזכויות אלה כרלוונטיים להכרעה.

הבעיות

מי נושא בהפסד? לכאורה, קבלן עשוי להיות מוכן לשאת בהפסד מטעמים שונים, כגון שיקולים של צבירת ניסיון ומוניטין, דריסת רגל אצל הרשויות וכדו'. עם זאת, על ועדת המכרזים לבדוק כי במקרה הקונקרטי יש בסיס סביר להנחה כי זהו המצב. נקודת המוצא צריכה להיות שהקבלנים פועלים למטרות רווח וכי הם יעמדו בהצעות הפסד רק אם יש להם אורך נשימה פיננסי ואם הדבר עולה בקנה אחד עם אינטרס שלהם. כלומר, ברוב המקרים העובדים הם שמשלמים בסופו של יום את המחיר של מכרזי ההפסד. קבלת הצעה גירעונית במכרז מעלה מאוד את הסיכון שהקבלן יבחר "להשלים את הכנסותיו" על גב העובדים ו/או באמצעות מתן שירות ברמה נמוכה למזמין. כפי שציין בעצמו רמי פוירמן, מנכ"ל חברת שירותים: "ברור שאם לקבלן השמירה יהיה רווח זעום מן העסקה עם הלקוח, קרוב לוודאי שיבחר להשלים את רווחיו על גבם של העובדים... בסופו של יום - גם על גבו של הלקוח עצמו". אריה אביטן, סמנכ"ל חברה שמעסיקה עובדי שמירה ואבטחה ציין: "כולנו חוטאים לעובדים. שוק העבדים הזה נוח לכולם - למדינה, לעיריות, לחברות. אבל חלק מהחברות מתחילות לקבל כאב בטן רציני מהמצב". דברים אלו מקבלים חיזוק מנציגים רשמיים של המדינה הבקיאיים בתחום העסקת עובדי הקבלן. כך בדבריו של אלי פז, ראש מנהל הסדרה ואכיפה לעובדים ישראלים במשרד התמ"ת: "שמעתי על חברות שחדלו להגיש הצעות למכרזים... [משום ש] במחירים שמתקבלים על ידי חשבי משרדי הממשלה, אין כל אפשרות שהיא לעמוד במבחן שכר המינימום. אני לא מדבר על חופשה".

'הקבלן העבריין' (או 'הקבלן החפפן') מסוגל להציע הצעות מחיר שקבלנים הגונים לעולם לא יוכלו לעמוד בהם.



העדפת שיקולים חברתיים רחבים יותר על פני השיקול הצר של הפחתת העלויות הישירות למזמינים נתמכת בעמדה הכללית של בית המשפט העליון. לפיה יש להעדיף עקרונות של צדק ושוויון על פני שיקול של יעילות כלכלית. גישתנו נתמכת גם בשיקולים מהמשפט המשווה.



במציאות משפטית כזו,
הרבה יותר פשוט מבחינת
ועדת המכרזים לקבל את
ההצעה המפסידה מאשר
לדחות אותה.

אבישי בניש הוא
מנהל הקליניקה
לרווחה תעסוקתית
בפקולטה למשפטים
באוניברסיטת
רועי צרפתי הוא
סטודנט שנה ג'
בפקולטה למשפטים,
שהיה שותף בצוות
מדיניות של הקליניקה
בשנה"ל תשס"ו.

עדיפה עליה הגישה העולה מפסק הדין בעניין
גשש.

הצעת הפסד בשירותים עתירי כוח אדם היא לא
פעם הצעה פגומה מבחינה מהותית, שכן היא
מעידה על חוסר תום לב של המציע. פעמים
רבות, אין הקבלן מסוגל לבצע אותה כדין וניתן
לפסול אותה בטענה של חוסר אמינות או של
חסר מהותי (על-פי העילות לדחיית הצעה
בדיני המכרזים). אנו סבורים כי המאפיינים
המיוחדים של מכרזי כוח אדם – במיוחד על
רקע הניסיון שנצבר בשטח – יחד עם שיקולי
מדיניות מוסדיים מטים את הכף לטובת אימוץ
מדיניות שיפוטית הפוסלת על הסף מכרזי הפסד
בתחומים עתירי כוח אדם. ראוי לאמץ גישה
שיפוטית המכירה בסבירות ההחלטה של ועדת
מכרזים לפסול על הסף מכרזי הפסד כשנימוק
זה בלבד משמש כטעם מיוחד מספק להצדקת
החלטתה שלא לקחת את ההצעה הזולה ביותר.
למצער, היחס כלפי הצעה גירעונית צריך להיות
חדשני: על המציע לשכנע כי הוא עצמו ישא
במחיר הפסד. גם אם כלל הפסילה על הסף
יביא לשיעור מסוים של פסילות של מספר
קטן של הצעות לגיטימיות עדיין נראה שזהו
הכלל העדיף, שכן תוצאת קבלת הצעה גירעונית
שמוכילה לניצול עובדים, לפגיעה ברמת
השירות ולהפרת חוק היא גרועה יותר.

בעמדה הכללית של בית המשפט העליון, לפיה
יש להעדיף עקרונות של צדק ושוויון על פני
שיקול של יעילות כלכלית. גישתנו נתמכת גם
בשיקולים מהמשפט המשווה.

מכרזי הפסד פוגעים בעיקר בעובדים
המשתייכים לאוכלוסיות פגיעות וזקוקים להגנה
מיוחדת מפני ניצולם כעובדים. המאפיינים
הדמוגרפיים של העובדים המועסקים בתחומים
כגון אבטחה וניקיון מצביעים על כך שהעובדים
הם במפורש אוכלוסיה פגיעה הזקוקה להגנה.
חולשתם של העובדים מגדילה מאוד את
האפשרות (ואת הפיתוי) לנצלם, בין היתר מתוך
ידיעה כי הם יתקשו מאוד לעמוד על זכויותיהם
המשפטיות בשל הקושי של אוכלוסיות הלשות
להציג את עניינם בפני בית המשפט. על כן,
מדיניות ממשלתית ושיפוטית ראויה צריכה
מראש למנוע את הפיתוי ואת הפתח לניצול
בבחינת הקדמת תרופה למכה.

הלכה הפותחת פתח לקבלת מכרזי הפסד
– הגם שמכרזי הפסד לגיטימיים הם נדירים
יחסית – יוצרת תמריץ לועדת המכרזים לקבל
בכל מקרה את ההצעה הגירעונית הזולה (גם
אם אינה הגונה). התמריץ יכול לנבוע מהרצון
להימנע מהליכים פרוצדורליים ומהתדיינות
משפטיות מייגעות (ויקרות), שכן על-פי דיני
המכרזים אי קבלת ההצעה הזולה ביותר מחייבת
מתן זכות טיעון למפסיד והנמקת החלטה
בטעמים מיוחדים שירשמו. במציאות משפטית
כזו, הרבה יותר פשוט מבחינת ועדת המכרזים
לקבל את ההצעה המפסידה מאשר לדחות
אותה. תמריץ נוסף הוא הרצון לחסוך בעלויות,
שהוא אינטרס ההולך ומתחזק ככל שאילוצי
התקציב של משרדי הממשלה נהיים נוקשים
יותר. תוצאה זו יכולה לפגוע באמון הציבור
במכרזים הממשלתיים. לפיכך, לבתי המשפט
תפקיד מכריע בהיותם גוף ביקורת חיצוני ובלתי
תלוי היכול להוות כוח נגד לנטייה פסולה זו.
גישה שיפוטית הפוסלת על הסף מכרזי הפסד
או שרואה בהם נימוק מספק לדחיית הצעה
זולה תיצור ודאות משפטית ותביא בדרך כלל
להחלטה נכונה מבחינת מדיניות משפטית.

מדיניות ראויה:

לדעתנו, ההלכה בפסק הדין קריירה לוקה בכך
שהיא מחילה באופן פשטני את העיקרון של
העדפת המחיר הנמוך ביותר, המקובל בדיני
המכרזים, מבלי לקחת בחשבון את המאפיינים
הייחודיים של מכרזים לרכישת שירותים עתירי
כוח אדם ואת שיקולי המדיניות הרלוונטיים.