**דיני מכרזים**

**שיעור 1**

החלק הראשון של הקורס ידבר על **מושגי יסוד** בדיני מכרזים

החלק השני הוא החלק **המהותי**, השלבים הנדרשים בעריכת מכרז

דיני המכרזים הם תחום חדש יחסית (לעומת עונשין ונזיקין) ולכן גם הפסיקה תהיה חדשה.

חשיבות דיני המכרזים היום

חשיבות גבוה בעקבות תהליכי **ההפרטה** שמתרחשים במדינה,

בעקבות : **א.** שינוי מדיניות **ב.** שינוי בתפיסת תפקיד המדינה

היום גופים רבים שנתנו שירותים ע"י המדינה מופרטים בכך שעוברים לידיים פרטיות

**מדיניות רווחה**

1. אספקת שירותים חברתיים ע"י המדינה, עד שנות ה80 ישראל הנהיגה מ**מדיניות רווחה** יותר טהורה מאשר היום, (משמעות מדיניות רווחה היא מעורבות **אקטיבית** מרכזית בחיי הכלכלה בחברה, המדינה מספקת שירותים חברתיים (בשונה מארה"ב בה הנושא המרכזי הוא נושא הבריאות שאין מערכת בריאות ציבורית).
2. שליטה של המדינה במגוון נכסים, תחומים רבים כמו בריאות, דיור ועוד. כיום המדינה הינה עדיין המעסיק הגדול ביותר במדינה

מדיניות **ההפרטה** גורמת לנסיגת המדינה מאותה שליטה (העברת ניהול ובעלות לגופים פרטיים).

הדוגמה הבולטת היא שב2004 התקבל חוק המאפשר הפרטה של בתי הכלא (הפסיקה הגבילה את חקיקה זו). בתי הכלא אחראיים על הגבלה מסיבית של חירויות ולכן מן הראוי שהמדינה תהיה אמונה על הדבר.

הפרטה בישראל-

1. **שינויים פוליטיים חברתיים**, אמרנו שעד שנות ה70 נושא הדיור הציבורי, בריאות ציבורית ועוד, היו תחומים מרכזיים במדיניות הרווחה בישראל, אך לאחר שנות ה70 החל "**מהפך**"- עליית בגין לשלטון אשר הובילה לפריחה **סוציאלית** (בשונה מהליכוד שתומך בליברליות- שוק חופשי ופחות מעורבות של המדינה).
2. **משברים כלכליים-** היו בעיקר בשנות ה90, קריסה של ההתיישבות העובדת (קיבוצים), הקיבוצים נקלעו למשבר כלכלי קשה, המאפיין את הקיבוצים הוא **הסוציאליזם**- הכל שייך לכולם, כך אנו רואים מעבר של הקיבוצים לכניסה לשוק החופשי.
3. **תכנית כלכלית לייצוב המשק-** חיזוק משרד האוצר והזרועות השונות שלו , אגף התקציבים שדגל בהפרטה ודגל במתן שירותים ע"י גופים פרטיים.
4. **התפתחות בין לאומיות-** (פריחה עולמית של אידיאולוגיה נאו- ליברלית, פתיחת מסחר בינ"ל, קריסת הגוש הקומוניסטי, שינויים דמוגרפיים במערב)

טיעונים בעד הפרטה

1. הגברת תחרות
2. הגברת צמיחה
3. הגנה על זכות הקניין
4. הגנה על חופש העיסוק
5. שחרור משאבים למשק
6. הוזלת מוצרים ושירותים (דעות חלוקות בנושא)
7. שיפור איכות המוצרים והשירותים ומידת התאמתם לדרישות הצרכנים (דעות חלוקות בנושא)

טיעונים נגד הפרטה

1. ריכוז כח בידי בעלי הון והדבר עלול להוביל לניצול כח מונופוליסטי
2. פגיעה בעובדים חלשים (בעיקר בלתי מקצועיים או בלתי יעילים)
3. פגיעה באיכות השירותים
4. מתנגדי ההפרטות סבורים שהנזק שבחוסר היעילות הקיימת בניהול הממשלתי קטן מנזקים שתיצור ההפרטה עצמה.

ניתן לראות שבמהלך השנים יש יותר ויותר הפרטה אך הפרטת השירותים גרמה לעליית ההוצאות של משק הבית

**הפרטת הרכבת בבריטניה**, מצביעים על חסרונות רבים שקרו כתוצאה מן ההפרטה (מחירים גבוהים, תנועה בלתי יעילה)

**הפרטה של אוצרות טבע**

גז, מים, נפט, שטחים פתוחים, ים המלח ועוד

מה מיוחד במוצרים הללו לעומת בזק, אלעל, חברת חשמל?

אלו מוצרים ששייכים לכלל הציבור, למרות שמבחינה רעיונית ים המלח שייך לכולנו הרי שבפועל מי שגר באזור או עובד באזור מפיק מכך הנאה רבה יותר. אך בישראל ישנם משאבי טבע רבים הנמצאים תחת גופים פרטיים.

לדוג'- פוספטים (כימיקלים לישראל רותם אמפרט), מים מינרליים (מי עדן, נביעות, מי עדן גדי) ועוד..

* המהות של דיני המכרזים הציבוריים היא לתת **הזדמנות שווה** של כולנו להתחרות, וגם לתת **שיוויון** לכולם להתחרות- מתוך הבנה שמשאבים אלו שייכים לכולם.

**עומר דקל** כתב את הספרים על דיני מכרזים, והגדיר שמכרז זוהי **"הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה".**

מכרז הוא:

1. ניהול מו"מ לקראת כריתתו של **חוזה**
2. בדרך של תחרות מאורגנת (בסוף אנו רוצים לכרות חוזה שיבטא את המוצר הסופי שאנו רוצים).
3. בכללי משחק ידועים מראש

* המטרה הינה שבסוף נגיע לחוזה

**היתרון במכרז**

1. **יעילות**- אני אעמוד על התנאים שחשובים לי.
2. **שקיפות**- שיכולה לאפשר בחירה טובה לזוכה הכי מתאים

לדוג' חתונה- יש לי דברים שמאוד חשובים לי, לדוג' אוכל כשר וטעים, חשוב לי חניה של 1000 רכבים. בכדי שאקבל את המחיר הטוב ביותר אבל גם באיכות טובה אני עושה **סקר שוק** (זהו מעין מכרז), אנו מנהלים מעין **תחרות** (בדק שוק), כך בודקים כל מיני אולמות ואנו נבנה מסגרת שתתאים לי בצורה הטובה ביותר.

כך גם בתי כלא- ישנם **תנאי סף** מסוימים שרוצים לעמוד בהם (גודל חדר, איכות אוכל, פעילויות שיקום לאסירים).

* **המכרז הוא כלי שבסופו של דבר יוביל חוזה**

**(בקורס נדבר רק על מכרזים ציבוריים)**

**שני סוגים של מכרז- ציבוריים ופרטיים**

חשיבות ההבחנה היא שכאשר יחזרו מן ההצעה יהיה חשוב לדעת האם לפנינו מכרז בכדי לדעת היכן לתבוע- בימ"ש לעניינים מנהליים או בימ"ש אזרחי.

מכרזים ציבוריים

מופעלים ע"י גופים ציבוריים (האם גם דו מהותי?), הדינים החלים על מכרז ציבורי הינם- **חוק חובת מכרזים**, ו- **תקנות חובת המכרזים.**  ואף תחומי משפט נוספים כמו דיני עבודה,משפט ציבורי, משפט מסחרי ועוד**.**

* **העקרון המנחה** (מכרזים ציבוריים)**: שיוויון, תחרות ופומביות**

מכרזים פרטיים

מופעלים ע"י גופים פרטיים- העקרון המנחה **פס"ד בית יולס**

**החשיבות בהבנת סוג הגוף-** מכיוון שסוג הגוף שיערוך את המכרז יעלה את השאלות והטענות המשפטיות שמתעוררות.

* גוף ציבורי- **חייב** לערוך מכרז
* גוף פרטי- **פטור** מעריכת מכרז
* דו מהותי- (?)- נדון בהמשך.

**גוף ציבורי**

1. גוף הממומן ע"י כספי ציבור
2. הוא בעל סמכויות מכח חוק
3. הבעלות עליו היא של המדינה
4. לא למטרות רווח
5. (מספק שירותים ציבוריים)

**סוגי גופים ציבוריים**

* **גופים ציבוריים מובהקים-**ממשלה, רשויות מקומיות
* **תאגידים סטטוטורים-** תאגיד שהוקם מכח חוק ופועל על פיו- מל"ל, כאן, מגן דוד אדום, רשות העתיקות
* **חברות ממשלתיות, עירוניות-** אלו הם תאגידים המוקמים ע"פ חוק החברות הממשלתיות תשל"ה 1975

**-אנו במשפט המנהלי- יש חובה שהכל יצויין בחוק, חובה שתהיה הסמכה מפורשת בחוק-**

**גוף פרטי**

אין הגדרה, אלא מבינים על דרך השלילה מגופים ציבוריים אשר מוקמים ע"י המדינה ע"פ חוק ומקבלים מימון ציבורי.

1. מוקמים ע"י פרטים.
2. בדר"כ למטרת מקסום רווחים.
3. ממומנים באופן פרטי.

**גוף דו מהותי**

בעל הגדרה דינמית ולא קבועה, הם יצירה של הפסיקה ע"י ביהמ"ש. (מבחינת המשפט הפורמלי "החוק" לא מכיר בהנחה "דו מהותי").

אלו גופים פרטים המספקים שירותים ציבוריים **באופן בלעדי**, ולנו יש אינטרס לתפוס גופים אלו בצורה שונה (לדוג' חברת חשמל, חברה קדישא)- יש פן ציבורי בפרטיות שלו ולכן נתפוס שינויים בו בצורה שונה מאשר חברה פרטית.

לדוג' קק"ל הוקמה בצורה של גוף פרטי אך ניתן לראות כל מיני הקלות שינתנו לקק"ל שלא ינתנו לגופים פרטיים אחרים- ישנן השקפות של אותם גופים מעבר להפקת רווח.

על כן בגופים הללו יש משהו נוסף- **דקל** בספרו מנסה לתת מס' מבחנים

1. אספקת שירותים ציבוריים (כמו קק"ל, חברה קדישא, הבורסה לתכשיטים)
2. מימון (מימון כלשהו מטעם המדינה או בעלות חלקית של המדינה)

* לרוב הגופים הללו יוקמו כפרטיים אך עם הזמן הופכים לציבוריים
* או להיפך- מוקמים כציבוריים ויופרטו לידיים פרטיות

כך כמו שנרצה להעניק להם הקלות גם נציב בפניהן הגבלות (כמו חברא קדישא שלא רצו לרשום על מצבה בשפה לועזית- והמשפט החיל עליהם דינים נוספים, הם גוף דו מהותי ולכן לא יכולים לפעול בכל הצורות שגוף פרטי יוכל לפעול).

**דוקטרינת הדואליות**- גם על גוף ציבורי יכול לחול עקרונות מהמשפט הפרטי (דואלי- מכילים 2 מערכות דינים- גם של הציבורי וגם של הפרטי).

**סוגי הגופים הדו מהותיים**

1. גופים הפועלים מכח זיכיון-לדוג' חברת הכבלים, חברות פרטיות שמקבלות **זיכיון** מהמדינה (הזיכיון בא עם תנאים שהמדינה מכתיבה)
2. גופים פרטים (כקבלנים)- חברות פרטיות (לכאורה) אך החברות הללו הם קבלנים, קבלני משנה של גופים ציבוריים בהספקת סחורות ציבוריות
3. גופים פרטיים בעלי סמכויות שלטוניות- לדוג' רשיונות נהיגה בינ"ל ניתנים ע"י חברה פרטית בשם **ממסי**.

**פס"ד עופר כיבוי אש נ' בז"נ**

עופר כיבוי טוען שבז"נ מחוייבת **לחוק חובת מכרזים**, ברגע שמוטל חובה על אותו גוף לערוך מכרז ע"פ חוק חובת מכרזים יש כללים שחייבים לפעול על פיהם, אם לא פועלים על פיהם פתוחים בפני סנקציות.

הטענה הייתה שבז"נ מצמצמת אפשרויות בכדי להתאים לאנשים ספציפים- "מכרז סגור". מנגד בז"נ טענה שכלל היא לא חייבת לערוך מכרז ולכן החוק לא חל עליה (היא מפנה לתקנות 34(2א) ו34(4) ומנסה להציג שהיא פטורה ממכרז)

* החשוב בפס"ד הוא שביהמ"ש קובע שחל כאן דיני מכרזים- ראשית יש לבחון האם בכלל יש צורך במכרז. סוג המכרז וסוג הגוף ישפיעו על איזה תחום אנו מדברים (האם בכלל נכנסים לדיני מכרזים- מכרז שונה מחוזה)

על כן החשיבות היא ההבחנה בין דיני חוזים לדיני מכרזים:

* כללים שחלים בניהול מו"מ לקראת כריתת חוזה,
* פיצויים בשל הפרת חוזה,
* פיצויים בשל ניהול לא תקין של מכרז,
* שינוי בתנאי המכרז,
* זכויות וחובות המציע,
* חובות בעל המכרז כלפי המציע,
* חובות המציעים אחד כלפי השני.

דיני המכרזים מקשים יותר מאשר דיני חוזים.

לפני חקיקת חוק חובת מכרזים הלכו לדיני חוזים ואף פיתחו דיני מכרזים בפסיקה עצמה, אך בהתאם לחוק חובת מכרזים גם גופים פרטיים יכולים לקבל על עצמם את דיני המכרזים (על אף שלא מחוייבים להם).

**טענת הסבירות** תחזור על עצמה רבות בדיני מכרזים. **תנאי סף** מהווים יתרונות רבים אך מנגד גם פוגעים בעקרונות של המכרזים (מתוך פס"ד). על כן **יש לבחון שהתנאי נדרש להבטחת מטרות המכרז** (=סבירות).

* **השם לא קובע אלא התוכן** (אם מסמך ישא את הכותרת "מכרז" לאו דווקא לפנינו מכרז, ולהפך).

ביהמ"ש מציין שכאשר נבחן **הוראת פטור** יש לבחון ע"פ שלושת התכליות של דיני המכרזים (ולכן נפרש הוראת פטור בדרך מצמצמת)

1. שמירה על טוהר המידות ומניעת התקשרויות בשל משוא פנים
2. ניגוד אינטרסים או כתוצאה משחיתות
3. השגת תוצאה אופטימלית עבור הרשות

(בז"נ ניסתה לטעון לפטור ע"פ תקנה 34(2א) לתקנות חובת מכרזים[[1]](#footnote-1))

**פס"ד בית יולס**

מהווה את המסגרת הנורמטיבית (הלכת בית יולס),

הייתה הצעה של **גוף פרטי** להציע הצעות לבנייה, היה תנאי שנדרשה ערבות בנקאית מסויימת, אחת החברות לא נתנה ערבות בנקאית שלה עצמה (משמע לא עמדה בתנאים).

המציע רצה באותהלקבל את הצעת אותה חברה ולכן הוא **שינה את התנאים** בכדי לקבל את הצעת החברה "השלישית" שלא עמדה בתנאים.

לכן עתרו לביהמ"ש בטענה שנהגו שלא בתו"ל ולא בשיוויון.

האם המכרז הפרטי מחוייב (בנוסף לדיני החוזים) גם דיני מכרזים ציבורים (לדוג' עקרון שיוויון)?

איזה עקרונות עומדים לפנינו? **חופש החוזים** של בית יולס להיקשר בחוזה ומנגד  **החובה לנהוג בשיויון וחובת תו"ל**

גבריאלה שליו ודקל- אין חובת שויוון ואין חובה לפעול בתו"ל

דעת הרוב (אלון לוין מלץ)- חלה רק חובת תו"ל מכח חוק החוזים ולא שיוויון- **מכרז פרטי הוא מו"מ לכריתת חוזה**. (יש חובה לנהוג בתו"ל במו"מ). לכן הם העדיפו את החברה השלישית מתו"ל כך על אף שיש פגיעה בשיוויון עדיין החברה שהציע את המכרז נהגה כפי הנדרש.

דעת מיעוט (ברק ושמגר)- יש להבחין בין חובת תו"ל (ס' 39 ו12 לחוק החוזים) לחובת השיוויון- אך מתוך תו"ל נגזר השיוויון.

* בית יולס עסק **בחברה פרטית** אך אנו במשפט הציבורי- משמע **מנהלי**, על כן לעיתים נוכל להגיש את התביעה לבימ"ש אזרחי (ולא מנהלי) ולטעון שאולי לפנינו תחומים מהמשפט האזרחי (כמו טרום חוזה) ולא תחום מנהלי (כמו מכרז).

**שיעור 2**

המסגרת הנורמטיבית שמסדירה את המכרז הציבורי

-----להשלים ממחברת----

**1.** חוק חובת מכרזים, התשנ"ב 1992 (9 סעיפים)

**2.** תקנות חובת המכרזים התשנ"ג 1993 (רוב ההסדרים השר הממונה הוא שר האוצר)

**3.** **הסדרים ממוקדים נוספים** (לדוג' חוק רשויות מקומיות (מכרזים משותפים), תשל"ב 1972)- זהו הסדר ספציפי לעניין הרשויות המקומיות

* משנת 92 עד עכשיו שר האוצר הוא הממונה

על הרשויות המקומיות מלבד פסיקה שהתפתחה ישנו הסדר ממוקד- חוק הרשויות מקומיות והסדרים נוספים

**4.** פסיקה

**5.** הוראות תכ"מ (תקנון כספים ומשק)- מרכז את כל המכרזים הציבוריים.

היה אפשר לחשוב שכל גוף יהיה אחראי על הסדר אחר- אבל כל המכרזים כפופים לסמכויות שר האוצר (על אף שיש מכרזים שהגיוני שיהיו כפופים לשר הפנים כמו עניינים של רשויות מקומיות).

* כל המכרזים תחת חוק חובת מכרזים נמצאים **תחת משרד האוצר**

**6.** הוראות המכרז עצמו- מה הוא קובע?

**7.** דיני מסגרת כלליים (דיני עבודה, נזיקן, עשיית עושר, בנ"ל) אלו תחומים מעין "מטריה נורמטיבית" של דיני המכרזים הציבוריים.

מה הבעיה עם ריבוי מקורות נורמטיביים (7)?

מה קורה כאשר יש **סתירה** משמע חובה לקיים מכרז ע"פ חוק חובת מכרזים אך בחוקים ספציפיים יש פטור ממכרז?

מדוע בכלל ישנה תחולה שונה של דינים על גופים שונים?

למה על רשויות מקומיות יכולו דינים שונים מאשר על גופים שונים (לדוג' אוניברסיטאות, מערכות בטחון)?

התשובה בפסיקה היא שלגופים שונים ישנם **מאפיינים ייחודיים שונים**, לכן לעיתים יצדיקו פטור מיציאה למכרז.

לדוג' מערכת הבטחון שיש עניין של חשאיות ונתינת פתרון בצורה מהירה.

דוג' נוספת הינה רשויות מקומיות שמונעים ממאפיינים פוליטיים.

**מה קורה כאשר מס' מסגרות או הסדרים סותרים חלים על המכרז?**

בימ"ש מחיל את **עקרון ההרמוניה החקיקתית**,

משמע בימ"ש מנסה להגיע להרמוניה חקיקתית, בימ"ש נותן פירוש לדברי החקיקה בכדי שיתשלבו זה בזה.

ישנה **החלה אחידה** של הדינים, החריג היונו כאשר ישנה הצדקה להחלה שונה (לדוג' מערכת הבטחון)

הדבר בעיקר מגיע כאשר יש חובה לערוך מכרז ע"י חוק חובת מכרזים ואילו חוק ספציפי מעניק פטור

לדוג' במערכת הבטחון יש צורך ברכישה דחופה, הרי שיש **תקנות** הקובעות מקרים אשר ניתן לתת פטור ועל כן נאפשר את המצב החריג הנ"ל על אף שהוא סותר את החוק הכללי.

מבחינה מהותית לאיזה ענף משפטי שייך תחום דיני המכרזים?

דיני המכרזים משתייכים לשני ענפי משפט

**א.** משפט מנהלי- מתאפיין ע"י **סבירות**

**ב.** דיני חוזים וטרום חוזיים- מתאפיין בעיקר ע"י **תו"ל**

- שניהם יחד מכוננים את המושג **דואליות נורמטיבית**- משמע שני ענפי משפט חלים יחד באותו עניין (הדואליות הינה מצב שעל גוף אחד חלים שני ענפי משפט בו זמנית- פרטי וציבורי {מנהלי})

* הדואליות הנורמטיבית התפתחה במסגרת הפסיקה

**משפט מנהלי**

1. מאפיין ראשון- **עקרון החוקיות**- לרשות המנהלית מותר לעשות רק מה **שהחוק הסמיך אותה**

הקושי הוא שלעיתים החוק לא כתוב בצורה ברורה ומפורשת ועל ביהמ"ש לעשות פעולה פרשנית

2. מאפיין שני- **עקרון הסבירות**- לאחר שבדקנו שיש **סמכות** בחוק כעת אנו בודקים האם ההחלטה שנעשתה הינה **סבירה**,

* לא ניתן להתנות על עקרונות אלו, לדוג' לא ניתן לקבוע סמכות "יש מאין"

שלבי בחינה

1. אם אין סמכות בחוק- ביטול הפעולה
2. אם יש סמכות- אך יש חריגה מסבירות- ביטול הפעולה
3. אם יש סמכות וגם ההחלטה סבירה- הפעולה מתאפשרת

**תחולת דיני חוזים**

באה בשני שלבים

**1**. במהלך המכרז עצמו- לפני כריתת החוזה ישנו הליך של **מו"מ** לקראת כריתת חוזה.

זהו שלב ביניים לשם הגעה לכריתת חוזה (**שלב טרום מכרזי**)

המשמעות הינה מעבר לעניין הסמכות והסבירות הרי שכעת אנו מכילים גם כללים של חוזים הרי שיש לבחון גם **תו"ל**

המשפט המנהלי עוסק רק ביחס בין הפרט לרשות המנהלית, אך כעת אנו נבחן גם ערכים נוספים בין הפרטים עצמם כמו תו"ל.

**2.** כריתת החוזה- (ובחירת ההצעה הזוכה), המכרז הינו "הזמנה להציע הצעות", ישנם מציעים, וברגע שועדת המכרזים בוחרת בהצעה- הרי שלפנינו **קיבול** ונוצר חוזה.

לפי חוק חובת מכרזים- איזה כללים יחולו על אותו גוף שיחוייב במכרז?

**פס"ד חברת חשמל נ' מליבו (700/89)**

הרי שעל חברת החשמל יחולו דיני המכרזים. זוהי הפעם הרשונה שמחליטים שלעיתים גם **גוף דו מהותי** יחוייב במכרז (**דואליות נורמטיבית**).

**החידוש של החוק**

בשנת 1992 התקבל **חוק חובת מכרזים**

הס' העיקרי הוא **ס' 2 לחוק**, "המדינה וכל תאגיד ממשלתי" נדרשים לבצע עסקאות ועבודות עליהם לערוך **מכרז פומבי**.

1. המכרז נדרשת להיות **פומבי**
2. לתת לכל אדם הזדמנות **שווה** להשתתף בו.

"לביצוע עסקה בטובין, או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים"

**משמעות עקרון השיוויון**

**פס"ד קראון**

נותן דוגמה למשמעות ומהות עקרון השיוויון.

העתירה נסובה על תוצאות מכרז על העסקת שירות רופא מתמחה, הוא הגיש יחד עם עוד מציעים בקשה, והוא לא מתקבל זמן רב (הפסיד במכרזים רבים) מכיוון שמעדיפים מציעים אחרים שהועסקו על תקן זמני בבית החולים.

הוא טוען שאמנם לכולנו יש הזמנות להגיש הצעה למכרז **אך בפועל** המכרזים מאפשרים לאנשים שהועסקו במשרה זמנית להגיש גם כן וכך יש להם ייתרון והם תמיד נבחרים.

ביהמ"ש הכריע שבעצם המכרז שעשינו נותן ייתרון לאחד המועמדים (העובד הזמני) ועל כן יש כאן מעין עקיפה של דיני המכרזים. וכל ההליך המכרזי הוא ממש "למראית עין". על כן ועקב החשיבות של **עקרון השיוויון** שהוא "נשמת אפו" של מכרז הרי שאין לתת יתרון מקדמי לאף אחד מהמשתתפים.

בנוסף ביהמ"ש גם מציין שאם לא נוקטים בשיוויון במכרז יש פגיעה **בתו"ל** ולפנינו **חוסר הגינות**

* בסופו של דבר העתירה נדחית עקב "המעשה כבר עשוי", המתמחה שנבחר כבר לקראת סוף ההתמחות וייגרם לו נזק רב (אך להבא הועדה צריכה ליישם את עקרון השיוויון בצורה תקינה)

**מטרות המרכז הציבורי (אינווסט, קראון)**

**1.** קידום יעילות בסביבה תחרותית, בהנחה שההליך תחרותי יביא להתקשרות חוזית **יעילה** יותר עבור הרשות המנהלית המייצגת את כלל הציבור

- זהו ההסבר למה בכלל יוצאים למכרז

**2. מניעת שחיתות** ומשוא פנים בכל הנוגע לניהול משאבי הציבור, טוהר המידות

**3.** הכי חשוב- הענקת **הזדמנות שווה** לכל פרט בחברה להתמודד על ההתקשרות החוזית עם הרשות המנהלית בתנאי שיוויון והגינות.

**משמעות המחויבות לעקרון השיוויון**

שיוויון **בשני מובנים** (ממנו נובע טוהר המידות)

**א.** בזכות **להשתתף** בתחרות- כדי שלא רק מי "שמקורב צלחת" יזכה אלא שתהיה הזדמנות שווה לכולם, יש לפנינו אינטרס חברתי וכלכלי.

**ב.** זכות שווה **לזכות** במכרז- צריך להקפיד שהתחרות עצמה תנוהל בשיוויון בהתאם לכללים שנקבעו מראש.

ישנו משולש שכל הזמן נציין:

* הרשות המחוייבת במכרז
* מציעים שלא זכו במכרז
* מציע שזכה במכרז

**בעיה נוספת** במכרז הציבורי- מצב שבו יש לי התנגשות בין **היעילות** לבין **השוויון**

לדוג' לבנייה באקדמיה הוצע מכרז עם תנאי סף של ערבות בנקאית בסכום מסוים , הוצעו 3 הצעות מ3 קבלנים.

הרי שהצעת המחיר **היעילה** ביותר הינה ההצעה בה המחיר לאוניברסטיה הינו הנמוך ביותר. אך הקבלן שמציע את ההצעה הטובה ביותר לאוניברסיטה לא עומד בתנאי הערבות בנקאית- זוהי הצעה מאוד יעילה לאוניברסיטה אך אסור לי לקבל מישהו שלא עומד בתנאי הסף- **השיוויון** יגבור על ההתמחות

* התנגשות בין יעילות לשיוויון- במכרז ציבורי**- עדיפות תמיד לשיוויון**.

**על מי חלה חובה לערוך מכרז?**

**חובה פרסונלית וחובה קונקרטית-**

חובה פרסונלית

1. ע"פ חוק חובת מכרזים ישנם גופים הנמנים **בס' 2 לחוק**
2. בנוסף ישנם גופים הכפופים להסדרים נורמטיביים נוספים (לדוג' החקיקה החלה על רשויות מקומיות- דנו בתחילת השיעור).
3. כפיפות מכח דוקטרינת **דואליות נורמטיבית**- **א.** גופים דו מהותיים (**פס"ד התאחדות כדורגל**), ולעיתים גם **ב.** גופים פרטיים (פס"ד בית יולס)

**פס"ד גלעדי נ' התאחדות לכדורגל**

התאחדות הכדורגל הייתה בקשר עם צ'רלטון אשר עוסקים במסחור זכויות בטלוויזיה, הם המשיכו הקשרות עמם ללא מכרז. גלעדי שגם עוסקים במסחור זכויות שידור טענו שההתאחדות היו חייבים לערוך מכרז.

השאלה- האם ההתאחדות חייבת בחובת מכרז?

ההתאחדות לא נכנסת תחת ס' 2 לחוק, זהו **גוף פרטי**- כעת נבחן אולי הוא **דו מהותי** ואז יהיו מקרים שעקב הדואליות נוכל לחייב אותם.

ביהמ"ש אומר שההתאחדות **חייבת במכרז**, בהקשר הספציפי שלנו (מכירת זכויות שידור) היא נחשבת לגוף דו מהותי- משמע בנושא הזה היא בעלת אופי ציבורי.

ביהמ"ש מציין שלומדים על אופי ציבורי בכך שהוא:

1. מבוקר ע"י מבקר המדינה
2. תקציב אותו גוף חלקו נמצא בכספי ציבור

- על כן ההתאחדות הינה בעלת אופי ציבורי ונכיל את "הדואליות הנורמטיבית" והוא מחוייב במכרז.

**מבחני "התאחדות לכדורגל" להחלת החובה לעריכת מכרז**

1) מדובר בזכות ייחודית המהווה מקור הכנסה עיקרי ומשמעותי לגוף (מכירת זכויות שידור הינה ייחודית)

2) ההתקשרות הינה לתקופה ארוכה

3) חשש למונופליזציה, השפעה מכרעת לגורם אחד בשוק

4) אותו גוף בעבר הנהיג שיטה של מכרזים

יש לשים לב שגם גוף דו מהותי לא תמיד נוציא למכרז- לדוג' אם ההתאחדות רוצה לקנות חבילת עפרונות היא לא מחוייבת במכרז

פס"ד שניתן ב96- (1755/96), ניתן לטעון שמרגע שנקבעו רשימת גופים סגורה בס' 2 לחוק הרי שרק הם יחוייבו בניגוד למצב לפני החוק שביהמ"ש הכריע מי מחוייב. אך אנו רואים שגם גופים אשר לא נכללים (דו מהותיים) לעיתים יחוייבו במכרז.

בהנחה שעברנו את השלב הראשון- משמע הגוף מחוייב במכרז. כעת עלינו לבדוק האם במקרה קונקרטי יש לחייב מכרז- משמע האם קיימים **פטורים** לעריכת מכרז? **ס' 4 לחוק חובת מכרזים**

יש 3 סוג מכרזים (נרחיב בהמשך)

1. מכרז פומבי
2. מכרז סגור
3. מכרז פנייה.

סוגי השירותים המחוייבים במכרז- **ס' 2(א) סיפא לחוק**

* טובין (מטלטלין)
* עסקה במקרקעין
* ביצוע עבודה
* רכישת שירותים

ברשימה לא מופיע **הענקת רשיונות**.

**עומר דקל** (הוגה מוביל בדיני המכרזים)- מציע להבחין בין מספר סוגים של הענקת רשיונות

**א.** הענקת רשיון למשאב בלתי מוגבל- בעיקר מקצועות לדוג' רו"ח, עו"ד, רופא וכ"ו. לפי דקל אין צורך במכרז מכיוון שאין תחרות על משאב בלתי מוגבל.

**ב.** הענקת רשיונות למשאב מוגבל מכח רגולציה- קשור למדיניות הרשות בעניין. לדוג' רשיון למוניות, מכסות לייבוא ביצים ובשר.

**ג.** הענקת רשיון למשאבי טבע המוגבלים מטבעם- גז, נפט ועוד..

**בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' רה"מ ושר הדתות**

נידונה בקשה לרשיון לייבוא בשר קפוא, הם תקפו את החלטת הממשלה לתת רשיונות **ע"י הגרלה** ולא ע"י מכרז.

ביהמ"ש דחה את טענת העותרת, הוא טען **שהענקת רשיון** אינה בגדר "עסקה" ולכן לא מוטלת חובה על הרשות לערוך מכרז.

* זהו פס"ד תקדימי, בעקבותיו הרי שהענקת רשיונות וזכיונות כלל לא תהיה חובה לערוך מכרז.

**דקל** והוגים נוספים טוענים על חשיבות לערוך לעיתים מכרז בהענקת רשיונות מכיוון שלעיתים יש אופי ציבורי והשלכות כלכליות למתן רשיונות. לעיתים מתן רשיון יעניק הטבות כלכליות גבוהות.

**שיעור 3**

שדיברנו על חובה לקיים מכרז בדקנו שני גופים שחייבים במכרז- גוף שנמנה ברשימה בחוק דיני מכרזים וגופים המנויים בחוקים אחרים- **חובה פרסונאלית**

ישנם גופים שלא נמנים (דו מהותיים) אשר לעיתים יהיו חייבים במכרז גם כן.

**חובה קונקרטית**- האם במקרה ספציפי חייבים מכרז (לדוג' התאחדות לכדורגל).- ישנם מקרים ספציפיים שינתן פטור מעריכת מכרז.

נדבר על הפן של החובה הקונקרטית

**ס' 4 לחוק המכרזים-** (א) קובע ששר האוצר באישור ועדת חוק וחוקה של הכנסת יקבע נהלים וסכומים לסיווג עסקאות **שעל אף האמור** בס' 2 (רשימת גופים המחוייבת במכרז)

(ב) בהם לא יהיה חובה לערוך מכרז. המחוקק מנחה את שר האוצר לקבוע מהם הסכמים שנדרשים בדחיפות בכדי למנוע "נזק של ממש" וישנן נסיבות המצדיקות פטור ממכרז.

יש שני סוגים של הוראות פטור

**1. כלליות-** תקנה 3

**2.ספציפיות-** נותנות פטור במס' מצבים כמו התקשרות עם רמ"י או עם בעלי מקצוע, תאגידים ממשלתיים ותאגידים סטוטורים

סה"כ- יש 80 הוראות פטור.

הוראות פטור

* תקנה 3- מפרטת 34 הוראות פטור כלליות
* תקנה 5- 4 קטגוריות לפטור- התקשרות עם מומחים
* תקנה 25- מתייחסת למנהל מקרקעי ישראל (מונה 33).
* תקנה 34- מפרטת 9 הוראות פטור, מתייחסת לחברות ממשלתיות
* תקנה 39- פטור לתאגידים סטוטוריים

**הכלל: עדיפות המכרז הפומבי**

בצד ס' 4 לחוק הוספה **תקנה 1ב-** (עד 2009 הייתה הכרעה של ביהמ"ש)

**1ב(א)-** התקנה קובעת שגוף ציבורי **יעדיף** תמיד להקשר במכרז פומבי (גם אם ניתן לו פטור ע"פ התקנות הקיימות).

הרציונאל של התקנה היא (החשב הכללי של משרד האוצר הוא "הגזבר" של כל משרדי הממשלה) עד שנת 2009 כל המכרזים התנהלו תחת החשב. הדבר יצר **עומס** שהרי שהכל התנקז למקום אחד.

כך בשנת 2009 בוצעה רפורמה במכרזים- חלק ניכר מהמכרזים הועברו לידי משרדי הממשלה. בכדי למנוע ניצול לרעה של המשרדים נתנו במקביל כל מיני תקנות-

המרכזית היא **תקנה 1ב**- גם כאשר הגוף חוסה תחת פטור הוא תמיד **יעדיף** עשיית מכרז.

חובת פרסום ההחלטה על הפטור

**תקנה 1ג(א)-** גוף ציבורי שהחליט לבצע התקשרות **לא בדרך** של מכרז (ניתן לו פטור בתקנות) נדרש **לפרסם** את **הנימוק** מדוע לא ערכו מכרז. באתר האניטרנט בתוך **5 ימי עבודה** ממועד קבלת ההחלטה.

המטרה של הסעיף הוא לתת **שקיפות**, ככל שהגוף מחויב לפרסם ולנמק את החלטתו יהיה פחות "שחיתות ומכרזים תפורים". בנוסף כף אנו יוצרים מצב שמי שאינו מסכים עם ההחלטה יכול לעתור לבימ"ש.

בנוסף, התקנה **1ג(ב)** מבינה שלעיתים יהיה בעיתיות בפרסום ולא יהיה חייב לפרסם.

שינוי נוסף הוא **הפעלת מנגנון פיקוח**- באמצעות הקמת ועדות פטור ייחודיות בכל משרד

**תקנה 10א-** חובה להקים ועדת פטור. הרכב הועדה:

* המנהל הכללי של המשרד
* חשב המשרד
* היועץ המשפטי של המשרד

הסמכות של ועדת פטור היא לאשר את הפטורים הנדרשים ע"פ התקנות

מכרזים המנוהלים ע"י משרד האוצר קיימת ועדת פטור כללית-

**תקנה 11**- קובעת שיש גוף מפקח עליון (מורכב מ: החשב הכללי או נציגו, היועץ המשפטי של משרד האוצר או נציגו)

גם שר האוצר הינו גוף מאשר פטור ע"פ חלק מהתקנות.

מכרזים של רמ"י- הקמת ועדת פטור של מנהל מקרקעי ישראל

**תקנה 28-** בנוסף לועדה שמוקמת ע"י תקנה 11 ו12, בכל הנוגע למכרזים של רמ"י יש חובה להקמת ועדת פטור של מנהל מקרקעי ישראל[[2]](#footnote-2)

**סיכום**

איך מפעילים את הפטור?

**1. מהותיים**-

* האם מבחינה מהותית במקרה הקונקרטי אנו נכנסים לאחת מעילות הפטור השונות?
* יש חובה לפירוש בצמצום של עילת הפטור (1ב)

**2. דיוניים-**

* קיבל אישור מהגורם המוסמך (ועדת פטור כללית, או משרדית, או שר האוצר)
* פרסום החלטה בדבר הפטור

כעת נעבור על חלק מהתקנות- יש לברר מהו הרציונאל באותן תקנות. כך אם לשון הס' לא כל כך מובן ננסה להבין מה עומד מאחורי אותה תקנה (חשוב להבין את הרציונאלים בכדי ליצור אסטרטגיה משפטית למקרה הקונקרטי)

**תקנה 3(1)- סכום מוגבל וקטן (הרציונאל: עלות תועלת)-** אם ההתקשרות אינה עולה על 50,000 ש"ח הרי שאותו גוף יהיה פטור מחובת יציאה למכרז, בכל תקופה של 12 חודשים לא ניתן להתקשר עם אותו גורם ללא מכרז- בסכום עד 100,000 (גם לא ניתן להתקשר בהתקשרויות המשך).

מבחינת השוואה עם מקומות אחרים בעולם גם שם מדובר על סכום דומה ל50000, ככל שהסכום יותר נמוך זה מעיד על מחוייבות יותר עמוקה למכרזים.

בדר"כ עסקאות של רשויות הינם בסכומים גבוהים בהרבה מאשר 50,000. (בסכומים כה קטנים לא שווה לצאת למכרז).

* אם יש פטור לפני 3(1) לא חייבים לפרסם (1ג)

**תקנה 3(2)- התקשרות דחופה בתנאים (רציונאל: דחיפות)-** התקשרות שנדרשת **למניעת נזק של ממש**, יש להתחיל בביצוע תוך **שני ימי עבודה או פחות**, בהיקף ולתקופה **המזעריים** הנדרשים. בנוסף נדרש אישור מועדת **הפטור המרכזית**.

(ע"פ תקנה 1ב(ה) הרי שהרשות נדרשת לפעול לכך שלא תהיה דחיפות).

דחיפות הינה תלויה בנסיבות הקונקרטיות, לעיתים גם תקופה ארוכה יכולה להחשב לדחיפות.

יש לנסות **לפרש** את הדחיפות לעניין שאפשר לערוך בו מכרז ולא פטור ממכרז. הפרשנות הינה סובייקטיבית ויש לפרש את הפטור **בצמצום**.

**תקנה 3(3)- בטחון המדינה (רציונאל: סודיות)**, כאשר אם נעשה מכרז יפגע מהותית בטחון המדינה, ביחסי חוץ, בכלכלה, בבטחון הציבור. אם שווי ההתקשרות מעל 2.5 מליון יש דרישה **לאישור** של החשב הכללי (או מי שהחשב הסמיכו לכך).

**תקנה 3(4)- המשך התקשרות עם ספק קיים**, ברגע שיש לי ספק קיים יהיה **יותר יעיל** להמשיך את ההתקשרות ללא יציאה למכרז- אם כבר יש התקשרות ואני ממשיך אותם **בתנאים זהים** או אשר **מיטיבים עם המזמין**- בנסיבות שיש לנו **טעמי חסכון ויעילות.** יהיה דרוש: **אישור ועדת המכרזים ואישור ועדת הפטור של אותו משרד- מצטברים.**

**תקנה 3(29)- ספק יחיד (רציונאל: אין טעם לצאת למכרז)-** אם יש רק ספק אחד אין עניין במכרז,

הבעיתיות: איך אני יודע שאכן לפנינו ספק יחיד ואנו לא תופרים מכרז בכדי שיתאים לספק אחד בלבד? (לדוג' הצבת תנאי סף מוגדר).

מהו ספק יחיד? התקנה 3(29) מפנה לתקנה **3א(א)**

**תקנה 3א(א)-** דרוש חווד מומחה+ פרסום טרם ההחלטה על הפטור (שיש ספק יחיד)[[3]](#footnote-3)

**תקנה 3(28)- תקנת סל,** התקשרות שלגביה התקיימו:

1. נסיבות מיוחדות ונדירות (מצדיקות עשייה ללא מכרז)
2. אישור כפול- גם ועדת הפטור וגם שר האוצר
3. מטעמים מיוחדים **שיירשמו**

מה הן נסיבות מיוחדות ונדירות?

מה הרציונאל להיקף כה רחב של הפטור?

תקנת הסל יתרונה הוא בכך שיוצרת **גמישות ודינמיות**- לדוג' יכולה להיות התקדמות טכנולוגית וגם כי המחוקק לא יכול לחשוב על כל סיטואציה, הרי שזהו הסדר שיענה על המקרים הללו.

עדיין קיימת בעיתיות שנוכל להכניס אירועים רבים תחת תקנה זו.

בנוסף בעיתיות בתקנה היא שיש דרישות רבות לאישורים רבים- משמע יצור דיונים רבים דבר שיקשה על מתן פטור.

**פס"ד אבן וסיד בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל**

נדיר מחצבים ביקשה הרשאה לעשות עבודות כרייה וקיבלו הרשאה לכרייה במשך 5 שנים, הם נקלעו לקשיים כלכליים וכך שפיר רכשה את זכויות הכרייה. ששפיר נכנסה לנעליים של נדיר היא הבינה את העלויות ולכן היא בקשה הרשאה למשך 20 שנים בכדי שיכולו להפיק רווח.

אבן וסיד טענה שהפטור הינו מחוסר סמכות מכיוון שניתנה ע"י תקנה 3(28) ולא ע"פ תקנה 25(29) והם לא עומדים בתנאי תקנה 25(29) מכיוון שההרשאה הייתה לנדיר.

ביהמ"ש קובע שתקנה 3(28) הינה סל ותבוא מתי שלא נכנסים בתנאי הוראות אחרות, אם אנו לא נכנסים לתנאים ניתן לפנות להוראה דנן אך יש "מחיר" לכניסה זו- צריך שהסמכות תהיה מופעלת בצורה **סבירה**.

* יש להפעיל את **תקנה 3(28)** בצורה **מידתית וסבירה**.

**תקנה 5- התקשרות עם בעלי מומחיות**, התקנה מונה מס' מצבים שנוכל לקבל פטור מעריכת מכרז, מה שמייחד את התקנה היא שיש מקרים שקיים ערך נוסף שיצדיק שלא יהיה מכרז (לדוג' יחסי אמון).[[4]](#footnote-4)

* **תמיד צריך לזכור שיש לפרש את כל התקנות בצמצום**

**בתקנה 5(ג)+ 5(ד)-** **פנייה תחרותית,** מצויין שעדיין ישנה העדפה לפנייה תחרותית (גם לא במסגרת של מכרז פתוח יש צורך ליצור איזשהי תחרות שיויונית).

**הרמוניה חקיקתית בפטורים**

ישנן מסגרות נורמטיביות רבות בנושא דיני מכרזים, חקיקת רשויות מקומיות, חקיקת מערכת הבטחון. כך ישנן הוראות פטור נוספות. איך ניישב במקרה של התנגשות בין הוראות פטור?

לעניין רשויות מקומיות- ס' 197 לפקודת העיריות, ס' 192 לצו המועצות המקומיות, ס' 89 לצו מועצות מקומיות.

**פס"ד נצרת עילית נ' הרטמן**

האם צריך לצאת למכרז עבור נותן שירות?

תקנות הרכש עוסקות ברכישת טובין ומטלטלין ולא שירותים מקצועיים, ראש העיר ניסה לעקוף את המכרז ואת ועדת הרכש בטענה זו משרת אמון.

לכל אורך המשפט מעבר לפטורים יש את הרציונאליים- אשר דרושים בכדי ליצור הרמוניה חקיקתית- מפרשים את התקנות **בצמצום** כמה שיותר על מנת שיצאו למכרז.

על כן קיימת **תקנה 1ב** שקובעת שגוף ציבורי יעדיף לבצע התקשרות בדרך של מכרז פומבי.

* משמע- גם התקנות הספציפיות כפופות ויש לפרשן ברוח התקנות הכלליות של חובת המכרזים.

מה קורה בפועל?

בפועל המדינה עושה עסקאות של מיליארדים ללא מכרז.

ניתן אפילו לראות שיש יותר התקשרויות ללא מכרז מאשר התקשרויות עם מכרז. תמיד מוצאים פטור

**שיעור 4**

סוגי מכרזים

1. פתוח
2. סגור
3. הרשמה בהגרלה
4. מכרז גמיש

היום נדבר על סוגי המכרזים השונים הקיימים במסגרת החוק.

**הכלל- ס' 2 לחוק**- (תמיד חוזר)- חיוב להקשר ע"י מכרז פומבי.

החריג-

* פטור ממכרז
* סוגים שונים של מכרזים שאינן מקיימים את עקרון השיוויון ועקרון התחרות החופשית

מהו מכרז?

**בחקיקה אין הגדרה** למהו מכרז

יש חשיבות להבין מהו מכרז- כתיבה **טכנית** על גבי דף שלפנינו "מכרז"- לאו דווקא אומרת שזהו מכרז.

* יש לבחון מהות ולא צורה.

**עומר דקל והפסיקה**- מגדירה מכרז- מכרז הוא "הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה"

כלומר מס' תנאים

**א.** אותו מסמך נדרש להכיל אלמנטים של הזמנה לתחרות מאורגנת- לדוג' תנאי סף להגשת מועמדות במכרז.

**ב.** כללי משחק ידועים מראש

**ג.** התחרות המאורגת (ישנם מס' סוגים של תחרות) נועדה להוביל לכריתת חוזה- המטרה של המכרז בסוף היא לקבל את המוצר שרצינו להשיג.

אך ישנם כמה סוגים של תחרויות- והחוק יכיר בהם

**1. מכרז פתוח**

זהו המכרז הרגיל- ברירת המחדל- **מכרז פתוח+שיוויוני** (ס' 2(א) לחוק).

הזדמנות שווה להשתתף והזדמנות שווה לזכות.

**מהלך המכרז הפתוח**

1. הכנת מכרז- קביעת תנאים (סף+אמות מידה)- תנאי סף אלו אותם תנאים בכדי לתת מינימום למי יכול לגשת למכרז. אמות מידה אלו הקריטריונים שבעל המכרז קובע כיצד להגיע לזוכה (לדוג' עדיפות גדולה יותר למי שיש לו יותר ניסיון בתחום)

2. פרסום הזמנה פומבית להגשת הצעות- ניתן לפרסם בכל מיני דרכים (לדוג' אתר האינטרנט יפעת), ניתן לפרסם בעיתון, במדיה וכ"ו

3. הגשת הצעות עד למועד הקבוע והסופי- גם כאן יש מחלוקות, האם קצת לאחר הסיום עוד ניתן להגיש (נדבר בשיעורים הבאים)

4. הליך של בירורים, עדכונים ותיקונים

5. פתיחת תיבת המכרז במועד הקבוע והסופי- זהו שלב קריטי מכיוון שישנם כללים בדר"כ לפתיחת המכרזים על מנת למנוע שחיתות ובכדי לדאוג שיהיו גורמים רלוונטים בפיחה (בדר"כ יועצים משפטיים וכלכלנים)- (יהיה שיעור בנושא).

6. בחירת הזוכה ע"פ אמות המידה שנקבעו

כאשר נותנים **הודעה על קיום מכרז**- היא נדרשת לשם ידיעת הציבור.

בדר"כ מכרזים הם ממש **חוברות ארוכות** (עשרות עמודים, תנאי סף, דרכי הגשת מועמדות, ועוד...), החוברת בדר"כ נמכרת בכמה עשרות שקלים.

* יש הבדל בין ההודעה לבין החוברת עצמה

**2. מכרז סגור: חריג למכרז פתוח**

מכרז סגור מעוגן **בס' 4 לחוק-** שר האוצר יקבע מתי יהיה ניתן לתת :

* (א) פטור ממכרז, ומתי יהיה ניתן
* (ב) לקיים מכרז סגור.

**תקנה 1**- נותנת הגדרה של מכרז סגור- "מכרז שבו הפנייה לקבלת הצעות מופנית לספקים מסויימים בלבד".

דקל- הוא אומר שמכרז סגור הוא מכרז שההשתתפות בו פתוחה בפני **ציבור מסוים בלבד מוגדר**.

בנוסף דקל אומר תנאי נוסף (שלא מופיע בפסיקה)- **מטעמים שאינם נובעים ממהות ההתקשרות**. מה שהוא מסביר זה שכל מכרז הוא במובן מסוים מופנה לציבור מוגדר.

לדוג' פרקליטות רוצים להעסיק אדם- זה מופנה לכל עורכי הדין- התנאים הינם קשורים **למהות ההתקשרות** לכן זהו לא מכרז סגור.

* מהות ההתקשרות הינה תוספת של דקל- לא מופיע בפסיקה.

**פס"ד אילת**

הממשלה הכריזה על אילת כאזור עדיפות לאומית, השיווק היה פתוח לכולם. דרך הזכייה במכרז היא ע"י הגרלה בין כלל המשתתפים.

עיריית אילת טוענת

1. שמנהל מקרקעי ישראל צריך לצאת במכרז פומבי, ובנוסף טענו שעריכת הגרלה היא מכרז סגור
2. פתיחת המכרז לכלל תושבי המדינה עקב מצוקת הדיור לאילתים לא תפתור את משבר הדיור ולכן יש לתת עדיפות לתושבי אילת (לא תקיים את **התכלית**)

השופט מצא- מציין **שמכרז סגור** הוא לאו דווקא ע"י פנייה פרטנית אך נדרש להיות מופנה למציעים **מסוימים** בלבד.

במקרה שלנו זהו **אינו מכרז סגור**- הוא מופנה לציבור רחב, עריכת ההגרלה עם המשתתפים אינו גורם למכרז סגור אלא **דרך פרסומו** הוא הקובע. בנוסף מכרז סגור לא חייב להיות בצורה פרטנית.

השימוש במכרז סגור

מוסדר בתקנות חובת מכרזים וכפוף אליהם

**בתקנה 4** ישנם תנאים המאפשרים עריכת מכרז סגור

**תקנה 26** מונה תנאים שבהתקיימותם מתאפשר למנהל מקרקעי ישראל לערוך מכרז סגור (לביצוע עסקה במקרקעין)

מה ההצדקות לסגירת מכרז?

**1. עלות- תועלת**- חסכון בזמן וכסף, לדוג' אני מעוניין בפנייה לאוכלוסיה ספציפת

**2. סודיות ובטחון**

**3. העדפה לסקטור מסוים מטעמים כלכליים או סוציאליים** (לדוג' תקנה 26 שיווק ע"י רמ"י).

**תקנה 4-[[5]](#footnote-5)** מציגה תנאים שונים בהם ניתן להתקשר במכרז סגור.

* תמיד לזכור את תקנה 1ב- תמיד עדיף מכרז פתוח (גם אם ניתן מכרז סגור)

**תקנה 26-**[[6]](#footnote-6) מדברת על התקשרויות של מנהל מקרקעי ישראל- הם יכולים לערוך מכרז סגור ובמסגרתו ניתן לעשות הגרלה, והס' מציג רשימה של הצדקות לעריכת מכרז סגור.

**תקנה 16א(א)-[[7]](#footnote-7) ניהול המכרז הסגור,** מדברת על איך בפועל מנהלים מכרז סגור- מציג תנאים טכניים על מנת לצאת למכרז סגור.

**מהן הסכנות בעריכת מכרז סגור?**

1. שחיתות- תפירת תנאי מכרז שיתאימו לאותו מציע.
2. עקיפת החובה לערוך מכרז פתוח
3. קשירת קשר ותיאום מחירים בשל ידיעה מוקדמת של המתחרים
4. גם במכרז סגור יש את אלמנט **התחרות**, מכרז מצומצם מאוד מקשה לענות על אלמנטים אלו.
5. פגיעה **ביעילות** שעשויים להיות מתחרים פוטנציאליים טובים שלא יודעים עליהם

**שק"ד בקיום מכרז סגור**

לזכור- מכרז סגור מראש **פוגע באלמנט השיוויון** מכיוון שמיועד לקבוצה סגורה ומוגדרת של מציעים.

**תקנה 1ב(ג)-** תמיד ש עדיפות למכרז פתוח

מה הן אותן נסיבות המצדיקות עריכת מכרז פתוח?

ניתן להעביר **ביקורת שיפוטית**

1. סמכות- האם בכלל ניתן לערוך מכרז סגור (משפט מנהלי- נדרשת הסמכה בחוק)- תקנות 4,26

2. סבירות- האם הפעלת המכרז הסגור סבירה בנסיבות העניין?

**פס"ד רוזנברג-** רלוונטיות הגבלת זהות המשתתפים ביחס למטרות המכרז- האם ההגבלה הינה הפליה אסורה או מותרת?

איך מחליטים איזה סוג מכרז לקיים (פתוח/סגור/פטור)?

**פס"ד עיריית אילת-** ביהמ"ש מציג את הרציונאלים של תקנות 25,26. ועוסק בשאלה מתי יש לקיים מכרז פתוח או סגור- ייקבע ע"פ **שק"ד** אותו גוף האם להשתמש בתקנה ולערוך מכרז סגור או שלצאת במכרז פתוח -**שק"ד הרשות המנהלית**. (ע"פ נסיבות המקרה)

**פס"ד רוזנברג**

מעלה את השאלה מתי ראוי ומוצדק (חוקיות) לקיים מכרז סגור.

רמת השרון ערכו מכרז ונתנו העדפה לתושבי רמת השרון, רוזנברג תושבת ת"א וטוענת שזהו תנאי מפלה ולכן יש לפרסם מכרז חדש ללא תנאי מגביל שכזה (היא הייתה זכאית משרד השיכון אך תל אביבית ולכן פסולה).

היא טוענת שמקרקעי ציבור נדרשים להיות מחולקים בצורה שיוויונית. (מדברת גם על רצף הערים שהינן צמודות- רצף טריטוריאלי).

האם בנסיבות העניין המכרז עומד באמות המידה (ולכן הוא מכרז סגור)?

נק' המוצא- **שיוויון** בפני החוק, יש לתת הצעות שיוויוניות.

השופט בך מציין שלא כל אבחנה היא הפליה. **בנסיבות העניין** בני אדם מפתחים זיקה למקום מגוריהם ולכן זה מצדיק אבחנה בין תושבי רמת השרון לתושבי תל אביב, לכן תנאי שכזה הינו מותר.

בנוסף הרשות המקומית משותפת במימון הפרוייקט ולכן זה מוצדק לאפשר לתושבים שמשלמים לרשות דנן.

בנוסף- **תכלית** המכרז היא להגדיל דיור לתושבי המקום.

* אנו בוחנים **סבירות**- מטרת המכרז- הענקת מגורים לתושבי רמת השרון- עצם התנאי דנן **מקיים את המטרה**. לכן זוהי אבחנה מותרת ולא הפליה אסורה.

סיכום- בחינת המכרז

יש לבחון סמכות וסבירות

1. האם המכרז פתוח/ סגור- לבחון את המהות ולא הצורה הטכנית, האם יש **סמכות**? אם זה סגור נבחן תקנה 4,26

2. אם יכולה לצאת למכרז סגור ע"פ 4,26- האם בנסיבות העניין ההחלטה לצאת במכרז סגור היא **סבירה**?

**3. מכרז הרשמה והגרלה**

אין הגדרה בחקיקה- **ס' 32 לחוק החוזים-** הגרלה היא מנגנון שהזכייה בו תלויה בגורל ופחות בהבנה ויכולת

**ס' 224 לפק' העונשין-** חוזרת על הנאמר בס' 32 לחוה"ח.

* משמע הגרלה היא ע"י בחירה רנדומלית

**מהלך המכרז בהרשמה והגרלה**

1. הכנת המכרז- קביעת תנאים על פי מטרת המכרז
2. פרסום הזמנה להרשמה של משתתפים שזהותם נקבעת מראש ע"פ תנאי המכרז
3. רישום משתתפים למכרז עד למועד קבוע
4. בדיקת כשירות הנרשמים
5. עריכת הגרלה (ע"י ובנוכחות גורמים מסוימים)
6. בחירת הזוכה

* תמיד יש דרישת פומביות

הבעיה בהסדר של הגרלה- **אין תחרות**

אין הצעה טובה ביותר מכיוון שכל ההצעות שוות.

**דקל-** העלה שאלה- אם אחד האלמנטים הכי חשובים במכרז הינו תחרות- איך אני בהגרלה עדיין נשאר בדיני המכרזים?

הפסיקה (720/94 מסלמני) וגם בפס"ד עיריית אילת- לרשות הציבורית אמנם אין אינטרס בזוכים בהגרלה אך מוטל עליה **לארגנה ולנהלה תוך קיום כללי ההגינות והשיוויון כבכל מכרז**.

בפס"ד רוזנברג- לא ערכו דיון (לעומת פס"ד עיריית אילת) מכיוון שכבר מובן שניהול בהגרלה הינו מכרז.

**שיקולים לבחירה באמצעות הגרלה**

**בפס"ד עיריית אילת**- מציינים שיש מס' מבחנים

* מצב שמספר המשתתפים עולים על המשאבים שניתן להעמיד, ע"י הגרלה נענה על תנאי השיוויון (יש לבחון גם שרשימת המתמודדים נקבעה בצורה שיוויונית- משמע שהתנאים להשתתפות לא יוצרים הפליה אסורה).
* יש לבחון שתנאי ההשתתפות והזכייה עונים על **התכלית** שלשמה נערך המכרז (לדוג' פתרון משבר הדיור, מתן דירות מסובסדות לאוכלוסייה חלשה{תכלית חברתית})

**4. מכרז גמיש**

מכרז גמיש יש לו גם שמות נוספים "מעין מכרז" , "מכרז מיוחד", "מו"מ תחרותי" ועוד.. -מכרז הכולל הליך של מו"מ

כך מצד אחד- מאפשר הליך תחרותי התוחם שק"ד של נציגי רשויות וישנם כללי משחק ידועים מראש, ומצד שני מאפשר לרשות גמישות לשם עריכת ההתקשרות הטובה ביותר עבורה.

אנו יוצרים הליך מו"מ כך שהמציעים יכולים לשפר את הצעתם.

מכרז פתוח/סגור- יש את פרסום המכרז והצעות- שנפתח יחד ונכריז על זוכה.

המכרז הגמיש כולל שלב נוסף- בין פתיחת התוצאות להכרזה על הזוכה יש שלב של **מו"מ**

**תקנה 7-** מסגרת נורמטיבית להפעלה מכרז גמיש. התקנה מונה שורה של סיטואציות של מקרים שבהם מבחינת המחוקק קיימת הצדקה להוספת השלב הנ"ל (של מו"מ בין פתיחת הצעות להכרזה).

**תיקון מ2009- תקנה 7(ב)**- עד 2009 היו נערכים מכרזים ואז הרשות בכדי לקבל הצעות טובות יותר הייתה מקיימת מו"מ עם המציעים השונים.

הבעיתיות הייתה שנפגע **עקרון השיוויון**- אם קבענו תנאי סף מסוימים היו מנהלים מו"מ לטובת מציעים מסוימים. במו"מ מגמישים תנאים (ודורשים דברים אחרים) ומי שלא עמד בתנאי הסף כעת עומד בהם אך הוא לא יכול להשתתף.

לכן כעת יש צורך **בהודעה** במסמכי המכרז (על ניהול המו"מ). ואם זהו מכרז פומבי אז גם נדרש **פרסום** בהודעה על המכרז הפומבי (כאמור בתקנה 15).

**תקנה 7(ג)- ניהול המכרז הגמיש,** דרך הניהול של מכרז ע"י ועדת המכרזים- יש לקבוע

1. רשימה של מציעים למו"מ
2. לקבוע תנאים לניהול מו"מ לשם הבטחת הזדמנת הוגנת. (נדרש **רישום בפרוטוקול**, נוכחות **יועמ"ש** שהוא חבר ןעדה או נציגו, ויש צורך שכל המגעים בין הצדדים יהיו **מתועדים**).
3. כל פעולה במסגרת המו"מ תתועד (שקיפות)
4. בתום המו"מ כל מציע מקבוצת המצעים יהיה רשאי להגיש הצעה סופית
5. לאחר הגשת הצעה סופית לא ינוהל עוד מו"מ.
6. יבחנו כל ההצעות ותנתן החלטה (לפי תקנה 21)

**תקנה 7(ה)- שק"ד לא לקיים מו"מ-** יש אפשרות לועדת המכרזים (לכל רשות יש ועדת מכרזים) במכרז גמיש גם להחליט שאינה רוצה לקיים מו"מ- היא צריכה לקיים את **אחד** התנאים

1. אם עוד לא החלה מו"מ עם אף מציע
2. אם כל המציעים מסכימים לוותר על מו"מ

**מכרז גמיש ברשויות המקומיות**

בהבט של מכרז גמיש יש **דיסהרמוניה** בין ניהול מכרז גמיש בין רשות מקומית לרשויות שלטוניות אחרות

הרשויות המקומיות תמיד העלו מכרזים גמישים- הן **מונעות משיקולים פוליטיים**. עשו זאת ללא ביקורת.

**ע.א 6585/95 מ.ג.ע.ר מרכז גביה נ' עיריית נשר**

שופטי העליון הסדירו זאת וכך הגיע **ס' 18א לתקנות העיריות (מכרזים)-** לא ינוהל מו"מ עם משתתף במכרז בטרם נקבע הזוכה במכרז.

**סיכום ביניים-**

הדרך הראויה לבחירת ההצעה הזוכה- בתחרות חופשית בין המציעים או ע"י הגרלה

מה המתכונת לבחירת המכרז? **התכלית** שביסוד המכרז – לגבי תנאי ההשתתפות בו.

**שיעור 5**

**ועדת המכרזים**

בשיעור יעלו גם מס' סוגיות שלא נרחיב בהם אך יוצגו בתור חלק מהסמכויות.

אנו עדיין בחלק המבואי של הקורס שמציג מושגים בעולם דיני המכרזים (בהמשך נגע באיך מכינים מכרז, מה צריך לכלול ועוד).

**תקנה 8(א)- [[8]](#footnote-8)הרכב ועדת המכרזים,** תקנה זו מציגה רשימה שהיא הרכב הועדה. הועדה מורכבת ממנכ"ל, חשב ויועץ משפטי (וניתן למנות שני חברים נוספים)

**תקנה 10(ב)- מעמד היועמ"ש והחשב,** עמדת היועמ"ש תכריע בעניינים משפטיים, ועניינים תקציביים יוכרעו ע"י החשב. החשב בעיקר בוחן אם לפנינו תקציב בסל לשם העסקה ואף יתן חוו"ד לעניין כדאיות כלכלית של העסקה.

היועמ"ש יבחן שהעבודה של הועדה תהיה תחת סמכותה. לדוג' האם יכולה הועדה לצאת בעסקה ללא מכרז או במכרז סגור.

ע"פ התקנות עמדת היועמ"ש והחשב הינה עמדה של **המלצה**.

**הוראות התכ"מ** מקנות תוקף למעמדו של היועמ"ש והחשב, יש צורך באישור/ חתימה של היועמ"ש והחשב.

בפועל ועדת המכרזים במקרים חריגים תסטה מחוו"ד היומ"ש והחשב. מכיוון שאותם אנשי מקצוע הם גם חלק מן הועדה, וגם ניתן לראות שאם נסטה מהחלטתם יהיה קושי להוכיח שהמכרז תקין (לדוג' פס"ד נצרת אשר סטו מהוראות היועמ"ש שאמרה שצריך לצאת למכרז פומבי).

ישנן תקנות נוספות אשר מופיעות עקב כך שאנו במשפט מנהלי-

**תקנה 8(ב)- ועדה עצמאית ליחידת סמך,** בכל משרד ממשלתי יש יחידות רבות, כך ועדת המכרזים הכללית של המשרד לא בהכרח יודעת את כל הפרטים והצרכים של כל יחידה. כך השר או מנהל היחידה יכול להקים ועדת מכרזים עצמאית. (ההרכב הוא ע"פ 8(א)).

**תקנה 8(ג)- ועדה מקצועית**, בנוסף לועדת המכרזים שקיימת באופן קבוע, התקנה דנן מאפשרת לשר/ מנכל אותו משרד להקים ועדה ספציפית בנושא מסוים- לדוג' אם נדרש מקצועיות מיוחדת. (ההרכב כמו ב8(א)).

* ניתן לראות שהרכב הועדה נשאר קבוע- יש חובה לחשב וליועמ"ש (או מי מטעמם)

**תקנה 8(ד)- ועדה בינמשרדית,** לדוג' יש עניין הנוגע למס' משרדים. לפעמים יותר כלכלי "לשתף פעולה". לדוג' רכישת מכוניות לשרי הממשלה, רכישת רכוש משותף. הועדה דנן היא ועדה שאינה ועדה לנושאים מיוחדים (לדוג' לא ידונו בנושאים משפטיים, רפואיים)- בעיקר מיוחס לרכישת טובין כלליים.

**תקנה 8(ה)- ועדה אדהוקית,** יש דמיון לועדה מקצועית, היא מוקמת לצורך נושא מסוים, לדוג' יש איזשהו הכרח כלכלי או דרישה של יציאה מהירה למכרז. לפנינו ועדה לצורך ספציפי ע"י **החשב הכלכלי** אשר תהיה ועדת מכרזים מיוחדת.

החשיבות בתקנות: ראשית שחייב להיות חשב (איש מקצוע חשבונאי) וחייב להיות יועמ"ש (איש מקצוע משפטי). בנוסף התקנות מתאימות עצמן למציאות, לדוג' לעיתים נדרש לועדה מיוחדת או ועדת אדהוקית עקב צורך במהירות.

**תפקידי ועדות המכרזים**

מתחלק ל4 שלבים:

1. השלב הטרום מכרזי
2. שלב פתיחת המכרז
3. בחירת הזוכה
4. לאחר סיום המכרז

(עד כה דיברנו רק על השלב הטרום מכרזי)

**השלב הטרום מכרזי**

**תקנה 8א-** **תפקידי הועדה**, המשרד יכול לבוא לועדה- כך הוא יטען למולה שברצונו לצאת במכרז לרכישת טובין מסויימים. כך הועדה יכולה להחליט האם לצאת למכרז, הועדה גם מחליטה על סוג המכרז, על אישור המכרז ולהחליט על עריכת מכרז ולאשר את מסמכי המכרז.

הועדה לא יכולה על דעת עצמה לצאת במכרז- היא כפופה למשרד.

**תקנה 17ב**- **סוגי הליכים תחרותיים**, התקנה מציגה לנו סוגים שונים של הליכים תחרותיים( מכרז בעל שלב מיון מוקדם, מכרז בבחינה דו שלבית ועוד), ועדת המכרזים תחליט מהי הדרך הנכונה לצאת למכרז.

**תקנה 9(א)- ועדת המכרזים מאשרת פטור ממכרז,** ועדת המכרזים במקרים מסוימים יכולה גם לשמש כועדת פטור- זהו "כובע נוסף". (בשיעור השני דיברנו על פטור ממכרזים- לפעמים נדרש גם אישור של ועדת פטור משרדית).- זוהי סמכות נוספת. (קבלת פטור ממכרז- החלטה האם לתת פטור ממכרז)

מה שמנחה את ההחלטה הינה **עקרון השקיפות**- (3) על הועדה להתחשב **בתקנה 1ב** (תמיד עדיף מכרז פומבי). עליה **לנמק** החלטתה (לרשום בפרוטוקול).

**המבחן למתן פטור (מתי תהיה סמכות?)**

**1.** ישנה רשימה של פטורים ממכרזים (תקנה 4)- עליה לבדוק האם בנסיבות אלו יש לשקול פטור ממכרז.

**2.** ועדת המכרזים צריכה לשכנע **בפרוטוקול**- שבנסיבות שלפנינו יש הצדקה לקבלת פטור (ולא לפעול ע"פ תקנה 1ב). לעיתים לא ניתן פטור מלא אלא פשוט הקלה- לדוג' מכרז סגור או מכרז של הרשמה והגרלה (פטור רך יותר).

* שני תנאים **מצטברים**

**9(א)-** ועדת המכרזים מחליטה גם על סיווג התקשרויות- האם לתת פטור ממכרז/ לצאת במכרז סגור וכ"ו, עליה לציין ע"פ אזה תקנה פעלה.

**שלב פתיחת המכרז**

**תקנה 8א(5)- תפקידי הועדה,** דיברנו על השלב הטרום המכרזי, חלק מתפקידי הועדה זה

1. לפתוח את המכרז
2. לבדוק הצעות שהוגשו
3. לדחות ולפסול הצעות (לדוג' לא עומדים בתנאי הסף)
4. להזמין מציע **לבירור** פרטים דרושים.
5. לבחור את ההצעה המתאימה ביותר (הועדה מחליטה ולא המשרד). יכולה גם לבחור מס' הצעות מתאימות או לעיתים יכולה לבחור **שלא לקבל שום הצעה**.

(6) יכולה לנהל מו"מ ע"פ תקנה 7.

**פס"ד קל בניין**

מערערת טענה שיש להכריז על זכייתה במכרז, מכיוון שאותה משיבה ניהלה הליך הבהרות על הזוכה ויש פגיעה בעקרון השיוויון. המערערת טוענת שהליך ההבהרה הינו הזדמנות לזוכה לשנות הצעתה.

ועדת המכרזים הינה **ועדה מנהלית** וועדה **מקצועית**. ביהמ"ש לא ממהר להתערב בעבודה מקצועית של ועדה. אך ניתן לתת **ביקורת** על עבודת הגוף המנהלי. (בוחנים סמכות וסבירות).

איך אפשר לבחון סמכות וסבירות? ניתן לבחון גם ע"י החקיקה וגם ע"י המכרז עצמו.

* מה שלוקחים מפס"ד זה שבוחנים **ע"פ דיני המכרזים וגם ע"פ המכרז עצמו**. (נגע בפרטים נוספים שלו בהמשך).

**תקנה 20(א)- סמכויות הועדה,** לועדת המכרזים יש סמכות לבחון את ההצעות תוך **זמן סביר**. כך אנו מאפשרים **גמישות**, יש סוגים רבים של מכרזים, זמן סביר לעיתים יכול להיות חודשים ולעיתים ימים.

**תקנה 20(ג)-** ניתן גם לתקן **טעות סופר**, לדוג' לתקן לוחות זמנים (לדוג' אנו באמצע שנת 2020 ובמכרז מצויין שהבנייה תסתיים בסוף 2020. מובן שלפנינו טעות שלא ניתן לעמוד בלוח זמנים זה)

* בהמשך נבדוק איך בוחנים שתיקון טעות סופר היא ניתנת לשינוי (טעות **טכנית**) לעומת **טעות סופר מהותית** אשר לא ניתנת לשינוי.

(ד) ועדת המכרזים יכולה **לפסול** הצעות אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות שאינן נכונות.

* לועדת המכרזים סמכויות רבות ורחבות.

**תקנה 21(א)- בחירת הזוכה,** (תהיה הרחבה בשיעור נפרד), לועדת המכרזים יש סמכות לבחור את הזוכה. היא בודקת את כל ההצעות ומבררת פרטים נדרשים- ובוחרת את ההצעה המתאימה ביותר.

במקרים של **הצעה נפסדת** (א1)- לעיתים אדם כה ירצה לזכות במכרז (לדוג' יפסיד כעת על מנת לפרסם עצמו)- יש צורך לבצע **אומדן** ולא נאפשר הפסד שכזה.

**(ב)** הבחירה תהיה בהצעה הגבוה ביותר או בהצעה הנמוכה ביותר ע"פ העניין.

לדוג' בעסקאות במקרקעין העסקה הכי גבוה היא הכי טובה. (תלוי אם קונים שירות או מוכרים, לדוג' מכירת קרקע או קניית שירות).

**מה קורה כאשר הועדה לא יכולה לקבל החלטה?**

לדוג' אנו במצב חירום, אנו רוצים מכונות הנשמה. משרד הבריאות מקבלת הצעות רבות- חלק זולות יותר אך פחות טובות, יש כאלו שלא אושרו סופית רפואית ועוד..

כך ועדת המכרזים לא תצליח לקבל החלטה- במקרה שכזה מעבר לחברי הועדה (תקנה 8(א)), ניתן להיוועץ במי שאינו חבר בועדת המכרזים ולקבל המלצתו (תקנה **8א(10)**).

**תקנה 8א(ב)** מציגה שאם מקבלים חוו"ד חיצוני היא לא יכולה להתנער מסמכותה ולקבל את חוות דעתו כמו שהיא. היא עדיין מקבלת את ההחלטה בעצמה (רק מתייעצת).

* מה שחשוב לביהמ"ש **שחוו"ד היועץ המקצועי לא תחליף את שק"ד הועדה**. יש חובה להראות שהתקיים דיון ולנמק מדוע מאמצים את חוות דעתו (או שלא מאמצים). כך גם ננטרל מצב שלוקחים חוו"ד של אנשים "הנוגעים בדבר".

**השלב לאחר סיום המכרז**

**תקנה 8א-[[9]](#footnote-9) תפקידי הועדה. (8)** השלב לאחר סיום המכרז, הועדה יכולה להחליט על חילוט ערבות מכרז. בדר"כ המציעים ידרשו להגיש ערבות. זוהי הגנה במצב שמישהו זכה והוא ירצה לסגת מן המכרז **(9)** הועדה יכולה להחליט על מימוש זכות ברירה הכלולה בחוזה (9)-(11) שייכים לשלבים הבאים- אומרים שהועדה ממשיכה לתפקד גם לאחר המכרז.

**תקנה 10(א)- סדר עבודת ועדת המכרזים, דרכי קבלת החלטות-** ההחלטה תתקבל **ברוב** קולות. יש **לנמק** את ההחלטות **לרשום בפרוטוקול**, **לחתום** ע"י החברים הנוכחים בישיבה. (**עקרון השקיפות**).

* יש צורך שחברי ועדת המכרזים שנכחו בישיבות יהיו המנויים בתקנה 8(א)(1)(א) עד (ג).

**תקנה 10(ג)- ניגוד עניינים,** אסור לחבר ועדת מכרזים להמצא במצב של ניגוד עניינים. "עניין אישי או מוסדי"- עניין אישי- לחבר הועדה עצמו או לקרובו או לתאגיד שהוא בעל עניין בו או ליועץ או לחבר ועדת משנה. עניין מוסדי- רווח לא אישי אלא לדוג' של החברה בה הוא עובד

**פס"ד 202/90 י.ב.ם i.b.m**

היה מכרז למחשוב במערכת המשפט. העדיפו את חברת כלל מכיוון שמחירם היה זול יותר. עותרים י.ב.ם טענו ששניים מחברי הועדה היו חברים של כלל. יש הבדל בין חשש **סביר** לחשש **ממשי- מהם המבחנים** שנבחן מצב של ניגוד עניינים?

ברק- די קיומו של **חשש סביר** כדי לפסול החלטה גם אם אין ראיה שהחשש קוים בפועל. אנו לוקחים **מבחן מחמיר**- אני כמתבונן מהצד- בכך שאני רואה חברות בין חברי הועדה ליועץ של כלל לפנינו כבר חשש סביר שעלול לקרות משהו עקב הקשר. לא נבחן כיצד פעלו אלא מבחן מחמיר- עצם הסיטואציה הינה בעייתית.

האם היכרות קודמת בין מציע לבין גורם המעורב בעבודתה של ועדת המכרזים פוגמת במכרז?

**פס"ד אבן בונים**

דובר על מקרה שאבן הבונים צירפה להצעתה חוו"ד של מהנדס שהיה יועץ לוועדת המכרזים.

ביהמ"ש אומר שעצם ההיכרות לא יוצרת משוא פנים ברור.

**פס"ד אילן**

עיריית ת"א מגישה מכרז לאיוש משרת מציל חופים.

הטענה הראשונה- אחד מחברי הועדה מתנכל לו, השנייה- הוא יותר מוכשר

ביהמ"ש אומר על הטענות הללו שלא הוכחה התנכלות ולעניין כשרון זה שק"ד של הועדה ולא של ביהמ"ש.

הטענה השלישית- היא שאחד מחברי הועדה **נפגש** עם הזוכים- מעבר לכך שנפגש איתם הוא גם **לא דיווח ולא נכתב בפרוטוקול.**

כך עולה השאלה האם חבר ועדה יכול להפגש עם המועמדים? אם נפגש האם נדרש לדווח לועדת המכרזים? ומה מעמד פרוטוקול?

ראשית דין מכרז פנימי הוא כמו כל מכרז ויש צורך בשיוויון מהותי (ולא רק פורמאלי).

אומרים גם שיכול להיות שחבר ועדה יכיר לפני כן את המציעים- אנו במדינה קטנה והועדה יושבת בתוך אזור ובתחום אשר נפגש פעמים רבות.

ביהמ"ש מזכיר את **פס"ד אללטיף** אשר מצויין שם שהיכרות מוקדמת בין חבר ועדה למועמד- עצם ההכרות כשלעצמה לא פוסלת אך חשוב להראות שהוא מגיע פתוח לשמוע ולשקול הצעות באופן **שיוויוני**.

ביהמ"ש מבחין בין **דעה קדומה** לבין **דעה מוקדמת**. דעה מוקדמת יכולה להשתנות ואילו דעה קדומה היא דעה יותר מושרשרת בה אותו חבר ועדת מכרזים מגיע עם עמדה אחת והוא לא זז ממנה.

* דעה מוקדמת היא תקינה אך דעה קדומה פסולה.

חשין- הדבר הבעייתי לא היה המפגשים אלא כך **שלא דיווח** וכך שהדבר **לא הופיע בפרוטוקול**. ולכן ביהמ"ש מבטל את הזכייה (ביטול הזכייה ולא ביטול המכרז). הוא מציג את **עקרון השקיפות**

עקרון השקיפות מהווה 3 רכיבים

**1.דיווח**- של חבר הועדה על נתונים שעשויים להשפיע על החלטת הועדה

**2. תיעוד-** פרוטוקול

**3. גילוי**- של מסמכי המכרז למבקשים (לדוג' נימוק בפרוטוקול מדוע נפגש עם המתחרים).

כאשר חבר ועדה נמצא במצב של **ניגוד עניינים- תקנה 10(ג)** מציגה שלא ישתתף בדיון. אך אם הוא כבר השתתף יש כמה אופציות-

* ביטול המכרז כולו (רק אם היה פגם מהותי התנאי המכרז)
* או הדחת אותו חבר ועדה (תלוי באיזה שלב נמצא המכרז- אם עוד לא הוכרע ניתן להדיח את החבר).
* או ביטול ההחלטה ויציאה למכרז חדש

**תקנה 11- ועדת פטור,**  חוץ מועדת המכרזים ישנה גם במשרדים ועדת פטור. ועדת הפטור ממונת ע"י מנכ"ל משרד האוצר. יש פטורים שמחייבים אישור ועדת מכרזים וועדת הפטור.

**תקנה 12-[[10]](#footnote-10) אישור ועדת הפטור,** קורה בדר"כ כאשר מדברים על התקשרויות חריגות, לדוג' סכומים גבוהים- נרצה מוסד נוסף שיאשר את הפטור.

**שיעור 6**

הכנת מכרז

היום נדבר על שלב הכנת המכרז, שהוא בעצם בנוי מ3 שלבים

1. השלב המקדמי- ועד המכרזים בודקת את מטרת ההתקשרות+ בדיקת אישור תקציבי
2. כללי המשחק של ההתקשרות, ועדת המכרזים מעצבת את המכרז.
3. עיצוב החוזה שיכרת בין הרשות לבין הזוכה במכרז- משמע עיצוב החוזה הנספח.

המטרה הסופית- התקשרות עם הספק הטוב ביותר בתנאים הטובים ביותר עבור הרשות+ שמירה על טוהר המידות+ שיוויון הזדמנויות בין המציעים.

הדבר הראשון שועדת המכרזים צריכה לעשות היא **ללמוד את השוק**. לדוג' קניית ציוד משרדי- איזה סוג צריך? עץ/פלסטיק? מה התחזוקה של כל אחד וכ"ו.

לימוד השוק יאפשר ניסוח מכרז מדויק ויעיל יותר , רלוונטי במיוחד כאשר זהו נושא התקשרות מורכב

**שלב 1- השלב המקדמי**

**תקנה 14א-[[11]](#footnote-11) פנייה מוקדמת לקבל מידע,** בכדי לפנות לפני המכרז לשם קבלת מידע בכדי ללמוד את השוק אין צורך לצאת למכרז. (ב) יש צורך שהפנייה לקבלת מידע תעשה באופן פומבי. (ג) יש צורך לשמור על השיוויון בפנייה.

(ד) ועדת המכרזים נדרשת **לתעד** כל מידע שהתקבל וכל דיון שהתקיים.

מטרת ההתקשרות יכולה להיות גם למס' מטרות, לדוג' רכישת בדיקות קורונה ורכישת מכשירים לקבלת התוצאות.

**שלב 2- עיצוב המכרז**

בשלב זה על ועדת המכרזים להחליט על מנגנון ההתקשרות במכרז. (פתוח/סגור/פטור/הרשמה והגרלה)- איזה מנגנון הוא הנכון ביותר בנסיבות המכרז.

בנוסף עליה להחליט **כללים** בסיסיים לעניין- מחיר רצפה או תקרה, האם המכרז יעבוד בשלבים?, כנס ספקים?

בנוסף שלב העיצוב דורש גם לקבוע **תנאי סף** להשתתפות במכרז, מטרות תנאי הסף, ותנאי סף הפוגע בחופש העסוק

בנוסף- האם לדרוש **ערבות**

בנוסף- קביעת **אמות סף** לבחירת הזוכה

בנוסף- **אומדן**.

**תקנה 17(ב)- [[12]](#footnote-12)**קובעת מסגרת מה מכרז אמור לכלול. (1) תנאי המכרז (2) נוסח להצעת משתתף במכרז- בדר"כ ישנו טופס מוכן שמגיע עם המכרז שמי שרוצה להגיש מועמדות נדרש למלא (אך לא חובה לצרף טופס שכזה)- יש לנמק.

(3) נוסח החוזה ולוח זמנים ותנאי תשלום.

(4) אם נדרשת ערבות- היא תכלל במסמכי המכרז (5) נדרשים לכלול אמות מידע

(6) כל מסמך או מידע אחר הדרושים לדעת ועדת המכרזים.

(7) אם יש כוונה לערוך אומדן- נדרש להציגו

תנאי סף

**ס' 2א לחוק- קביעת תנאים להשתתפות במכרז,** (א) תנאי במכרז ייקבע רק אם הוא מתחייב מאופי ומהות המכרז. (ב) אם נקבע תנאי בנושאים בטור א' לתוספת[[13]](#footnote-13)- דרישה מחמירה יותרמהאמור בטור ב' לתוספת או תנאי הדורש ניסיון מוכח בעבודה- יש צורך **לנמק** בתנאי המכרז.

* לא נרצה שיתפרו מכרז

**תקנה 6(א)-[[14]](#footnote-14) השתתפות במכרז מותנית בתנאים הבאים,** (1) רישום ואם נדרש רשיון יש צורך לדרוש את הרשין באותו תחום.

(2) אם נדרש תקן- יש עליו להראות שעומד בדרישות התקן

- בכל 4 המקרים שלא יצטרף התנאי- אם לא נדרש התנאי הרי שלפנינו **פגם בהליך המכרז**. (מכיוון שיש סטייה מהחוק).

דרך להתחמקות היא הוספת תנאי כללי למכרז שאומר שיש לעמוד בכל הדרישות המוצגות בדין.

**בגץ 82/15-** השופטת בן פורת אומרת שמבחינת השתתפות כאן אין בעיה אבל בעת הזכייה אנו נראה שהוא לא עומד בחוק ואז נפסול אותם. בעצם מקדימים כאן שלב שכלל הם לא יוכלו להשתתף.

המטרה הינה מכיוון שמבינים את חשיבותו של מכרז, זה לא עבירה על החוק אם לא קיים תנאי שכזה אבל לא רואים בעין יפה אפשרות להשתתפות כאשר אתה לא עומד בחוק.

**תקנה 6(ב)- בחירת ההתנאה,** קובע הנחיה כללית- ניתן לקבוע תנאים **עניינים** נוספים (בנוסף ל6(א)) לדוג' ניסיון, היקף פעולות, המלצות אודותיך ועוד..

**מהו תנאי ענייני?**

תנאי הסף הם כרטיס כניסה למכרז

לכן ביהמ"ש מאוד מקפידים על נושא העמידה לתנאי הסף. אך מנגד ביהמ"ש לא ממהר לפסול תנאי סף שהוא לא איש מקצוע, זה תפקיד שק"ד ועדת המכרזים. אך יפסול במקרים של **חריגה מסמכות**.

**יתרונות וחסרונות תנאי הסף**

יתרון הוא שננפה הצעות מיותרות אך מגד החסרון הוא שאנו ננפה הצעות שיכולות להיות טובות. לכן נפגעת היעילות.

דרכים להתמודדות

* נהפוך את תנאי הסף לאמות המידה
* ננסח מכרז במספר שלבים ואז נקבע תנאי סף למעבר משלב אחד לשני.

הצדקות לקביעת תנאים

הגינות ותו"ל להצעות שלא יתקבלו

חשש שיהיה פתח לשחיתות ויתפרו תנאי הסף.

יעילות שנחסוך זמן בקבלת הצעות מיותרות.

**המבחן לסבירות תנאי הסף**

ביהמ"ש עומד על כך שהסינון של המתמודדים אינו פגיעה בשיוויון כל עוד נעשה ע"פ **שינויים עניניים**.

לדוג' אם יש לי פרוייקט בנייה גדול אני יכול לבקש קבלן עם ותק מסוים.

* כל מקרה יבחן לגופו.

תנאי סף לדוג'- העדר רישום פלילי- במשרות כמו משרות אמון זה תהיה דרישה עניינית. גם תלוי מהי העבירה הפלילית.

התניית השתתפות במכרז בניסיון קודם

מעוגן **בתקנה 6(ב)**- דרישת הניסיון כוללת 3 מרכיבים:

**מרכיב מהותי-** סוג הניסיון הנדרש

**מרכיב פרסונלי-** תנאי סף יכול לדרוש במי צריכה להתקיים הניסיון- מציע עצמו, נושאי משרה אצל המציע וכ"ו.

**מרכיב ראייתי-** מתייחס להמלצות, אישורים ומסמכים אחרים המעידים על קיום הניסיון הנדרש. (נדרש רק שההמלצות יהיו רלוונטיות לעניין). לדוג' ניסיון בתחבורה לשם סלילת פסי רכבת- ניסיון של תחבורה ימית אינו קשור לעניין.

תנאי סף הם אמצעי יעיל אך- יש חשיבות שעיצוב המכר ותנאי הסף יהיו **ברורים ובהירים**. (פס"ד מתן שירותי בריאות).

תנאי לניסיון עבודה

כל הנושא של דרישת ניסיון קודם היא פגיעה בחופש העיסוק (חו"י: חופש העיסוק) ולכן ביהמ"ש מציג שיש לוודא שתנאי הסף במכרזים פוגעים בצורה מינימלית בחופש העיסוק.

**פס"ד נ.ע מעלות**

מכרז עם תנאי סף שאומר שהמשרד נדרש להיות בשטח השיפוט של נצרת. העותר טוען כנגד חוקיות אותו תנאי הוא מפלה.

ביהמ"ש אומר שתנאי הסף דנן הינו סביר.

בודקים אם יש סמכות וסבירות.

כך רואים שיש סמכות שהרי ועדת השרים ממונת על העניין ויכולה לתת העדפה מתקנת לאוכלוסיה הערבית. ההחלטה דנן סבירה שהיא מקדמת מדיניות של הממשלה.

* **חשוב להבין שתנאים יכולים להיות עניינים בהתבסס על נסיבות העניין**

**פס"ד מתן שירותי בריאות**

להסתכל בסיכום.

טענו שלא עומדים בתנאי הסף- האחות הראשית אינה בעלת "השתלמות מוכרת"- בחנו מהי השתלמות מוכרת.

* רואים את הצורך בפירוט של התנאים בצורה **ברורה ומפורטת**.

ביהמ"ש גם עושה הקשה מדיני החוזים- פרשנות מכרז.

בנוסף חובת הנמקה תועיל.

צירוף ערבות בנקאית

תקנה 17 דיברה על המסמכים שיכללו במכרז

**תקנה 16ב(א)- ערבות במכרז,** ועדת המכרזים יכולה לקבוע שיש ערבות להשתתפות במכרז (יכולה לקבוע מה סוג הערבות, מה תנאיה גבהה ומשכה).

תכלית הערבות

1.ערבות יכולה ללמד על עמידה במבחן **החוסן הכלכלי** של המציע

2. **מניעת קלות דעת**- שאנשים לא סתם יגישו בקשה ואז יחזרו בהם

3. **חילוט**- שאם יחזור בו המציע הוא יוכל לממש את הערבות בכדי לשפות את נזקיה

4. **מניעת קשר בין מציעים**- לא נרצה שיתארגנו מספר אנשים שיחד יציגו הצעות שונות.

**תקנה 17(ב)(4)- כללי ניסוח כתב הערבות**, אם נדרשת ערבות (אין חובה לדרוש ערבות). בהוראות התכ"מ נקבע שהערבות תהיה 5% מערך ההתקשרות, ובנוסף נדרש לקבוע תאריך לתוקף הערבות.

אמות מידה

**תקנה 22(א)-[[15]](#footnote-15) אמות המידה לבחירת ההצעה המעניקה את מרב הייתרונות לעורך המכרז**, הס' קובע אמות מידה שלפיהם קובעים את ההצעה הטובה ביותר. (1) מחיר מוצע או מבוקש (2) איכות הטובין

**תקנה 22(ב)-** ועדת המכרזים **תכלול** במסמכי המכרז את

* פירוט כל אמות המידה (לדוג' איכות 50%, מחיר 40%, המלצות 10%)
* מבחני המשנה,
* את המשקל היחסי שיינתן לבחירת ההצעה המעניקה את מירב היתרונות לעורך המכרז
* אופן שקלולם (לדוג' איך משקללים המלצות ממשרד הבריאות).

החשיבות היא שהרבה הצעות יעמדו בתנאי הסף, אך יש להם יתרון בנק' אחת וחסרון בשני (לדוג' איכות מוצר טובה אך מחיר גבוה)- כך השקלול הגבוה יזכה.

לדוג' 10% המלצות, 50% מחיר, 30% איכות מוצר וכ"ו.

**תקנה 22(ג)- אם ועדת המכרזים קבעה משקל יחסי לאמות המידה,** עליה לתת פירוט של כל אחד מהפרמטרים במסמכי המכרז ואופן שקלול הפרמטרים.

* כך גם יש שקיפות איך הגענו להחלטה הסופית

(2) החריג הוא שבמקרים חריגים בהם יפגע הניהולהתקין של הליך המכרז (לדוג' הדבר יכול להוביל לבעיות בטחוניות או מכירת מכרז) אז ניתן לוותר על הפירוט דנן.

**תקנה 22(ד)-** ועדת המכרזים יכולה לקבוע ניקוד מזערי לאחת הדרישות מתוך **גמישות**, משמע אם ישנן נסיבות מיוחדות (לדוג' אף מציע לא עומד בו) ניתן לשנות את הניקוד. זהו מצב שהמכרז תלוי **בנסיבות חיצוניות**.

* זהו מצב ייחודי, בדר"כ לא ניתן לשנות ניקוד.

**הכנת חוזה התקשרות**

חוזה התקשרות בדר"כ יצורף **כנספח** למכרז.

**הכנת חוזה התקשרות-** אין פירוט בתקנות לכיצד להכין

רק **תקנה 17(ב)(3)** מציגה שמסמכי המכרז כל מיני מסכמים.

* לוח זמנים
* תנאי תשלום
* התכניות
* מפרטים נוגעים לביצוע החוזה

ניתן להבחין בין חוזה לרכישת טובין לבין חוזה לרכישת שירות.

* טובין- חוזה פשוט וקצר
* שירות- חוזה יותר מורכב, תנאי סף, אמות מידה ולוחות זמנים מורכבים יותר.

קווים כללים מנחים לעיצוב חוזה ההתקשרות

* סוג החוזה
* לשון החוזה
* דגש על תוצאות ולא על ההליך (בג"ץ 659/81), לא נרצה לפסול מציעים טובים.
* קביעת מנגנוני הערכה ופיקוח על רמת ביצוע ההתקשרות
* הגדרת תפקידים ויחסים בין הספק לשירות
* קביעת משך התקשרות
* קביעת אופציות להארכת התקשרות (תלוי במכרז- לא כל התקשרות ניתן להאריך)
* קביעת מנגנון פיצוי בעת הפרת חוזה.

**שיעור 7**

היום נמשיך לדבר על הכנת מכרז.

**אומדן**

אומדן זהו מסמך אשר משקף את שווי ההתקשרות.

(השלב הראשון הוא להחליט על נושא ההתקשרות- כך האומדן יכול להיות ע"פ שווי מינימלי ע"פ גורם מקצועי).

**תקנה 17א- אומדן שווי התקשרות**, (א) איש המקצוע ממונה ע"י ועדת המכרזים יערוך אמדן שוי ההתקשרות והמסמך יחתם ע"י איש המקצו ויו"ר הועדה. זהו מסמך מקצועי.

לדוג' מכרז למכונות הנשמה- ניתן לערוך אומדן ע"י גורם מקצועי (לדוג' אדם בעל נסיון בייצור מכונות הנשמה)- (ב) המסמך יופקד בתיבת המכרזים **לפני** המועד האחרון להגשת הצעות- הוא יקבע את ההצעה הריאלית הכי נמוכה שאפשר לקבל.

* אם נציג את האומדן לפני כן אז כולם יציגו הצעות בקירוב למכרז- זהו סכום מינימלי.
* בנוסף זהו לא תנאי סף- כך לא נגביל אנשים מלהגיש הצעה.

**פס"ד שלג לבן**

מכרז של עיריית אשקלון לאספקת שירותי נקיון. נקבע תנאי למחיר מינימום מאוד נמוך בדיור השכר של העובדים. יש הצעה שעומדת בדיוק במינימום.

איך הם גם עומדים בעלויות של חומרי נקיון ואף מרוויחים? הזוכה אומר שהעובדים שם לא עובדים יותר משנה ולכן לא מקבלים תנאים פנסיוניים מסויים- בעצם ישנה פגיעה בזכויות העובדים.

ביהמ"ש אומר שלדיני המכרזים יש גם **תפקיד סוציאלי**- לכן לא עמדו בתנאי מהותי. מראש המחיר מינימום שנקבע לא החיל עלויות נוספות על כן נראה שהרשות נתנה אופציה לתת הצעות פסולות.

ניתן לראות שישנן תקנות אשר מציגות את חשיבות המכרז בשמירה על זכויות (20(ד), 6א(א), 22(א)(6)).

השלב הראשון הוא החלטת נושא ההתקשרות, ועדת המכרזים עושה "סקר שוק", בודקת מחירים ותנאי סף שדרושים, המכרז עובר לחשב וליועמ"ש, מה סוג המכרז שעושים, קובעים תנאי סף, אמות מידה וערבות בנקאית. לאחר מכן נדרש **פרסום המכרז**.

**תקנה 15- פרסום מכרז פומבי**, אם משרד רוצה להתקשר בחוזה הדרוש מכרז פומבי עליו לפרסם- בעיתון נפוץ, עיתון בשפה הערבית, באתר האינטרנט בשפה העברית והערבית. ותוך **זמן סביר**. (גמישות- תלוי בנושא המכרז)

**תיקון 2009-** הוספו תקנות 15(ה), 15(ו)- משרדים יכולים להקים רשימת מנויים על מכרזים שאליהם ניתן לפנות באופן אישי (באמצעות דוא"ל)- המנגנון הנ"ל הוא בעיקר בשל **היעילות**.

* הפנייה האישית היא **בנוסף** לדרישת ס' 15.

ישנם גופים שמרכזים את המידע כמו **יפע"ת**.

**תקנה 15(ג)- בהודעה על עריכת מכרז פומבי נדרש לפרט,** (1) את מהות ההתקשרות המוצעת ותיאור הנושא,(2) תקופת ההתקשרות המוצעת, (3) תנאי סף להשתתפות, הדבר הראשון שועדת המכרזים צריכה לעשות היא **ללמוד את השוק**. לדוג' קניית ציוד משרדי- איזה סוג צריך? עץ/פלסטיק? מה התחזוקה של כל אחד וכ"ו.(4) מקום ומועד לקבלת פרטים נוספים והיכן ניתן לקבל את מסמכי המכרז, (5)מועד אחרון להגשת הצעות ומקום הגשתן, (6) אם במכרז יש יותר משלב אחד.

**מה קורה במצב של סתירה בין המודעה לבין נוסח המכרז?**

**הפסיקה** קבעה שנוסח המכרז קובע אלא אם כן מדובר בתנאי סף שנקבעו במודעה (ואז אנשים לא יכלו להכנס).

* הרבה פעמים יהיה ס' שאומר "בכל סתירה בין האמור במודעה לבין מסמכי המכרז- יקבעו מסמכי המכרז"

האם ניתן לתקן?

בדרך כלל כן וצריך להודיע על התיקון.

האם ניתן לפנות אישית לאחת החברות המנויות ברשימת המנויים?

לא, יעילות מול שיוויון- **עקרון השיוויון** יגבור.

**תקנה 16א(א)- ביקשה ועדת המכרזים להתקשר עם ספק מתוך רשימת מציעים במסגרת מכרז סגור או במסגרת פנייה תחרותית לקבלת הצעות, תפנה ועדת המכרזים לספקים מתוך רשימת המציעים דלהלן,** אנו כבר סוטים מעקרון השיווין אז הגבלנו את הפגיעה במס' תנאים. יש מינימום של פניות שחייבים לפנות אליהם גם אם מדובר במכרז סגור

(1) אם רשימת המציעים היא עד 10 אנשים- יפנו לכולם. (2) אם כללה רשימת המציעים יותר מ10- תפנה ל5 מציעים פחות (3) הספקים שאליהם מופנות ההזמנות להציע הצעות יבחרו ככל הינתן בסבב מחזורי (ע"פ תקנה 16(ה)).

* גם במכרזים סגורים יש הנחיה כיצד לפנות (לפרסם) את המכרז.

**תקנה 17- מסמכי המכרז,** המסמכים צריכים להמצא- **א.** לעיון לכל דורש, **ב.** בלא תשלום, **ג.** במשרדי הגוף הציבורי וככל הניתן באמצעות אתר האינטרנט. אם לא ניתן באמצעות האתר ניתן לקבוע שהמסמכים ימסרו תמורת תשלום סביר (לפי עלות ההדפסה).

**תקנה 17(ב)-[[16]](#footnote-16) מסמכי המכרז יכללו בין היתר את כל אלה**

**השלב שלאחר פרסום המכרז לפני פתיחת התיבה**

זה השלב בו המכרז יוצא לאור, זהו שלב ביניים בין הכנת המכרז לבין אישורו ע"י כל הגורמים הרלוונטיים.

(בשיעור הבא נדבר על שלב פתיחת התיבה).

**שתי תפיסות** בנוגע להתערבות (סמכות) ועדת המכרזים בשלב הביניים הנ"ל.

**1.** הועדה הינה פסיבית, היא לא אמורה לעשות כלום משמע **לא לשנות את תנאי המכרז**. אלו יכולים להיות מס' חודשים שמי שמתפקד הם רק המשתתפים הפוטנציאליים. אם מתגלה טעות אז נטפל בה רק לאחר פתיחת המכרז.

**2.** שלב הפרסום הינו שלב נוסף בו יש **דו שיח** אשר מאפשר התאמות ותיקוני טעויות- אך יש חובה שהתיקונים יעשו באופן **שיווני ושקוף** לשם קידום ערכי **היעילות והשיוויוניות**. משמע זוהי תקופה לשיפור המכרז.

**אירועים לאחר פרסום**

**1.** כנס ספקים- ניתן לקבוע מפגש שבו הרשות מציגה באופן כללי את תנאי המכרז ומסבירה כל מיני כללים, הרשות גם מציגה וגם עונה על שאלות הספקים ומספקת הבהרות (לא חייבת לעשות את הכנס).

**2.** הליך הבהרות- המשתתפים יכולים לבקש שאלות והבהרות ביחס לתנאי המכרז. (ישמר השיוויון שכולם יקבלו אותן הבהרות)

**3.**פניות לדחיית מועד

* בישראל אנו יותר דומים לגישה השנייה- השלב שלאחר הפרסום יכול לקדם יעילות ושיוויוניות.

פרסום המכרז כרוך בעלות (כל הפרסומים בעיתונים) בנוסף יש להקפיד על ניסוח ההודעה והתנאים בה. לפעמים משרדים יעדיפו מכרז סגור (תקנה 15(א) נודעת רק למכרז פומבי), במכרז סגור אין צורך בפרסום בעיתון- הוא יותר זול בדרישות הפרסום וגם הוא יותר יעיל, יותר קל לקבל 10 הצעות מאשר 100. מצד שני ב100 הצעות אני יכול לקבל הצעות טובות יותר.

הרבה משרדים נאבקים על ניהול מכרזים כמכרז סגור כדי לחסוך עלויות ואת העניינים של סתירה בין מודעה למכרז.

**פס"ד ידע מחשבים**

משרד הבטחון יצא במכרז לרכישת ציוד מחשבים.

ידע מחשבים טענה שהזוכה לא עמד בתנאי הסף ולכן ישנו פגם במכרז והיא היחידה שעמדה בתנאי הסף לכן עליה לזכות.

ביהמ"ש אומר שיש להבחין בשני מישורים.

הראשון- פגם במכרז עצמו, והשני- פגם באחת ההצעות.

ידע מחשבים ידעה שהזוכה לא עמדה בתנאי הסף אך זה לא חוסר תו"ל (הגינות).

אם רואים פגם במכרז עצמו חובה לדווח. אך אם ראית שמתחרה שלך הציע הצעה בעלת פגם אתה לא חייב לדווח, לא נרצה לחייב מציע לבדוק את הצעות כל המתחרים אם הן תקינות.

בנוסף כאשר הועדה רואה שלא עומדים בתנאי סף אין לקבל אותה על אף שהינה יעילה כיוון **שהשיוויון גובר**, אם נקבל את ההצעה הטובה כלכלית שלא עמדה בתנאי הסף אנו נפגע באמון הציבור- לטווח הארוך תהיה פגיעה.

אם המדינה רואה שנפל פגם במכרז משמע נתנו תנאי סף לא רלוונטי- נדרשת לומר את זה ישירות ולא בדיעבד. פגעתם בשיוויון בכך שישנם מתחרים שלא נכנסו למכרז בגלל תנאי הסף- פגיעה בעקרון השיוויון.

**הגשת הצעות**

**תקנה 18-**קובעת שכל מי שמעוניין להשתתף במכרז עליו להגיש **לועדת המכרזים** את הצעתו **חתומה**, **מלאה ושלמה** (עונה על כל דרישות המכרז- דרך מילוי ההצעה ומה צריכה לכלול), **בתוך מעטפה סגורה** (מעטפת המכרז**), בדרך במועד ובמקום ובמס' עותקים** שנקבעו בתנאי המכרז (אם לא מצייון במכרז מס' עותקים- יביאו בשני עותקים).

(ב) ניתן להתנות את ההתקשרות במכרז בתשלום סביר בעבור עלות הפקת המכרז.

(נגע בהמשך הקורס על פגמים בהצעה- לדוג' מה עושים אם אינה חתומה? מה קורה אם הוגש בכמה דקות לאחר מועד המכרז?)

**תקנה 19- שמירת הצעות בתיבת המכרז,** ההצעות למכרז ישמרו עד פתיחתן בתוך תיבה **נעולה** שתיועד לשמירת מסמכי המכרזים.

**שיעור 8**

היום נדבר על הנושא **של פתיחת הצעות ומקרים של פגמים בהצעות**.

עד עכשיו עשינו מבוא כללי ודיברנו על הסמכויות השונות.

אנחנו בשלב שלאחר הגשת ההצעות-שלב פתיחת התיבה. (השלב שלפני חתימה על חוזה, אנו מתחילים לראות את תוצאות המכרז.

**תקנה 19- שלב פתיחת התיבה**, (ב) תיבת המכרז תיפתח בנוכחות ועדת המכרזים או לפחות 3 אנשים כשירים לפתוח תיבת מכרז. הרציונאל הוא מתוך **צורך בפיקוח**.

(ד)- במעמד הפתיחה עורכים **פרוטוקול** לרישום- מס' ההצעות בתיבה, תכולתן, זיוהיין, אומדן וככל הניתן גם מחיר מוצע או מבוקש.

(ה) פתיחת המכרז- התיבה תפתח לא תאוחר יותר מיום העבודה שאחרי המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז. אלא אם כן נימקה הועדה את הצורך לדחייה

יכול להיות מקרים שההצעה עוברת את תנאי הסף אך לא בדיוק עונה על דרישות המכרז- לדוג' מציגה מועדים שונים אך במחיר טוב יותר- כיצד תתמודד הועדה עם מקרים שכאלה? מה השיקולים של הועדה?

**תקנה 20- בדיקת ההצעות,** זהו שלב מאוד קריטי מכיוון שכאן הצעות יוצאות לאור. אנו מתקרבים יותר לתחום של דיני חוזים (הכי חשוב: הצעה קיבול וגמירות דעת). גמירות הדעת נראת בשלב פתיחת ההצעות.

(א) בדיקת ההצעות תעשה בתוך **זמן סביר** ממועד פתיחת התיבה. זמן סביר יהיה לפי כל מקרה ונסיבותיו (תלוי במורכבות הנושא, דחיפות הנושא וכ"ו). (ב) ועדת המכרזים לא תדון בהצעות שלא נמצאו בתיבה במועד האחרון להגשת ההצעות.

אם אחרו בהגשת ההצעה התנאי נוקשה= לא מקבלים (פס"ד חרכוש)

**עע"מ 2696/06 מ"י נ' חרכוש**

דובר על מכרז של רמ"י (120 יחידות דיור), במכרז נרשם במפורש שהצעה שלא תמצא בתיבה לא תבדק. המערערים לא הגישו בזמן וביקשו להחשיב את הצעתם מכיוון שהאיחור היה מסיבה אובייקטיבית- הגישו בתיבה הלא נכונה.

* האם ניתן לקבל הצעה שהוגשה באיחור בחריגה מתנאי הסף והוראות הדין?
* האם יש מקום להתערבות בהחלטת הועדה שהחליטה לא לקבל את ההצעה?

ביהמ"ש הזכיר את **תקנה 20(ב)**- התקנה לא נותנת מקום לשק"ד, על כן הצעות שלא מופיעות לא יבדקו- דין טכני.

הרציונאל הוא שיש כאן פתרון קל ליישום ולא נדרש השקעת זמן ליישומו.

**פגמים בהצעה**

**תקנה 20(ג)- טעות סופר או טעות חשבונאית,** אם ישנה טעות סופר/ חשבונאית אז יו"ר הועדה **רשאי** לתקן אותה- התיקון ייעשה **במהלך** בדיקת ההצעות בידי הועדה ו**יירשם** בפרוטוקול, **הודעה** על התיקון תימסר למציע.

* הצעה לפתרון של מגיש הצעה היא תמיד להגיש חוו"ד להסברת הרישום כך ניתן לראות שלפנינו טעות סופר שלא משפיעה על היחס בין ההצעות השונות).

דוג'- טבלה שכל המחירים רשומים בשקל ואחת השורות בדולר- יש לבחון ע"פ כלל הטבלה האם לפנינו טעות סופר או טעות מהותית

דוג'- אם מצויין מחיר ללא מע"מ- זהו מחיר שונה ויש לבחון כמה המע"מ משפיע באותו עניין.

**פס"ד טלדור-** להסתכל בסיכום

פס"ד מאפיין מס' מאפיינים של טעות סופר (מבחנים)

**א.** תו"ל

ב. בעלת אופי טכני

ג. טעות שברורה על פניה, לא מצריך חקירה מעמיקה

ד. הטעות אינה טעות היורדת לשורש העניין ולא פוגעת בכללי היסוד של שיטת המכרזים.

ה. יש לבחון לבחון האם תיקון הטעות יפגע בצורה משמעותית בעקרון השיוויון.

ו. אם נדרש בירור עם המציע האם מדובר בטעות סופר- משמע זוהי לא טעות סופר.

**תקנה 20(ד)-פגם ממשי,** ועדת המכרזים **תפסול** הצעות **(אין שק"ד)** כאשר הן חסרות, מוטעות, מבוססות על הנחות בלתי נכונות, על הבנה מוטעית של נושא המכרז, הצעות שעולה מהן שבקיום ההתקשרות יפגעו זכויות עובדים.

האם הרשימה סגורה?

חריג- אלא אם תחליט הועדה מטעמים מיוחדים **שירשמו**, ועדת המכרזים תדחה הצעות לפי תקנה 6א(א) אלא אם החליטה אחרת 6א(ב).

* הצעה ליועמ"ש של פסילת הצעה- תמיד לנמק.

**3 עקרונות פעולה**

1. לועדת המכרזים סמכות להפעיל שק"ד בהתייחסותה לפגמים שנפלו בהצעה. (גם ב20(ד) יש שק"ד של החריג).

2. אופן הפעלת שק"ד של ועדת המכרזים- הכלל לפי תקנה 20(ד)= פסילה, החריג= הכשרה.

3. עקרון השקיפות- החלטה להכשיר הצעה פגומה מחייבת הנמקה אשר תכנס לתיק המכרז, "מטעמים מיוחדים **שיירשמו**".

**מתי מפעילים את החריג?**

יש הבחנה בין פגם מהותי לטכני.

פגם מהותי מחייב **פסילה** של ההצעה, וטכני מאפשר **תיקון**.

לדוג'- חוסר בחתימה- זהו פגם טכני.

מבחנים לבחינת פגם מהותי-

* פגם שפוגע בשיוויון
* פגם מכוון שנעשה לא בתו"ל
* פגם פוגע בהגינות

**פס"ד מנרב**

הזמינו את הזוכה לבירורים מכיוון שהצעתה הייתה חסרה אך הטובה ביותר, כעת לאחר דיונים היא **שינתה הצעתה** והוסיפה את העלות החסרה- ועדיין הייתה זולה ביותר.

המערערת טוענת שלפנינו פגם מהותי ויש פגיעה בשיוויון.

ביהמ"ש אומר שכאן אנו **בתקנה 20(ד)** שהינה רחבה יותר. המשיבה פעלה בתו"ל, וניתן לתקן את הטעות

* ניתן לראות שיש כאן נק' בעייתית שלפנינו סכום גבוה מאוד (24 מליון) ועדיין מתקנים אותה.

ביהמ"ש מציין שהשימוש בסמכות הנ"ל יכולה להיות בעייתית שעלולה לפגוע בשיוויון- לכן יש להפעיל זאת רק במקרים **חריגים ובזהירות.**

**פגמים טיפוסיים**

1. פגם בערבות

פגם בגובה הערבות/ בצירוף הערבות/ במשך הערבות. קורה הרבה פעמים אם יגדירו שיש לתת ערבות באחוז מסוים מהסכום שיוגש, אם ההצעה מורכבת מכמה רכיבים יש קושי בחישוב (לדוג' אחוז שונה על חלקים שונים).

ערבות יוצרת רצינות ונותן בטוחה למציע המכרז שכעת יכול לקחת את הערבות כפיצוי

היום ההלכה המשפטית נוקשה- פגם בערבות הוא **פגם מהותי** היורד לעיקרו של עקרון השיוויון ולכן מחייב **פסילה**

כאשר דנים בפגם בערבות יש לבחון האם הערבות פוגעת **בתכלית**?

לדוג' האם פוגע ביכולת הרשות לפרוע את הערבות? האם פוגע במתן מידע על חוסנו הכלכלי של המציע? האם הפגם יוצר הקלה על המציע לקשור קשר עם מציעים אחרים?

לדוג' אם נתן ערבות בצילום מטלפון והבנק לא יהיה מוכן לקבל צילום זה- זהו פגם מהותי הפוגע בתכלית

יש לבחון מהו סוג הפגם מה הטעמים שגרמו לפגם, השפעת הפגם על השיוויון, מה המשמעות הכלכלית של פסילת ההצעה על קופת הציבור.

2. הצעה מותנית

הצעה מותנית היא הצעה שהמציע התנה את תוקפה או של חלקים ממנה בהתקיימות אירוע מסוים המוגדר במכרז.

לדוג' מכרז לבניית בי"ס כאשר המציע רושם שהוא נותן הנחה אם ישולם מראש סכום מסוים.

נבחן את הפגם ע"י מבחני הפסיקה (תו"ל, פגיעה בשיויון...).

הבעיה בהצעה מותנית-

1. יוצרת חוסר ודאות, אני כעורך המכרז לא יודע במדויק מה ההצעה שנותנים לי
2. פוגע במעמד הרשות ומשנה את כללי המשחק-
3. התנית הצעה עלולה לתת פתח לסכסוכים בין הרשות למציע סביב שאלת התקיימות התנאי
4. מקנה יתרון בלתי הוגן כלפי שאר המציעים- יש "טווח תמרון".
5. הקנית אפשרות זו מהווה חוסר שיוויון ופגיעה בהגינות
6. יוצר קושי בהשוואת ההצעה להצעות אחרות.

3. הצעה מסויגת, חלופית ותכסיסנית

**מסויגת-** מתנערת מדרישה אחת או יותר מדרישות המופיעות במסמכי המכרז.

לדוג' מכרז לפינוי אשפה- מציע ההצעה מציע לפנות אשפה ממתקנים ציבוריים אך לא משכונות מגורים.

דוג' נוספת- התנערות מאחריות נזיקית, רוצה שעורך ההצעה ישא בנזקים ולא הוא.

* **הצעה מסויגת היא הצעה** **פסולה**. בבניית המכרז מושקעים תנאים רבים שחשובים למכרז.

**חלופית-** כאשר מציע מעוניין לאפשר לרשות לבחור מבין כמה אפשרויות.

לדוג' מציין שיכול לתת מכונת הנשמה תוצרת סין במחיר X ומכונה מגרמניה במחיר Y.

* אם עונה על דרישות המכרז ההצעה תקפה.

**תכסיסנית-** פסולה ולא ניתן להכשיר.

תכסיסנית היא לדוג' תיאום מחירים בין מציעים שונים. בנוי על קשר תכסיסני אסור.

**תקנה 20(ה)- הזמנה לבירורים,** אם יש הצעה תקינה לחלוטין אך ישנם פרטים בהצעה שהועדה לא מבינה (לדוג' בהצעה חלופית).

כך הרשות יכולה להזמין את המציעה לשם בירור פרטים.

יש צורך **לרשום** את פרטי הבירור **בפרוטוקול**- משמע ניתן להזמין **א.** מטעמים שיירשמו **ב.** שיקוף הליך הבירור בפרוטוקול.

**שיעור 9**

בחירה/אי בחירה בהצעה- ביטול מכרז

סיכום כללי עד עכשיו- דיברנו על שלבי המכרז השונים

א. האם יש חובה פרסונאלית על הגוף לערוך מכרז

ב. האם בנסיבות העניין אפשר לתת פטור ממכרז? ואם צריך מכרז איזה סוג?

ג. תקופת עיצוב וגיבוש תנאי המכרז

ד. התקופה שהמכרז יוצא לאור ויש איזשהי הודעה על יציאת מכרז

ה. תקופה שבה הציבור יכול להגיש בקשות

ו. פתיחת המכרז ורישום הצעות

ז. פתיחת תיבת ההצעות

ח. היום נלמד- בחירת ההצעות.

כעת אנו בשלב שדנים בהצעות אשר נמצאות בתיבה.

איך ועדת המכרזים תבחר בהצעה הזוכה?

בעיות פוטנציאליות לאחר פתיחת המכרז

* נפלה טעות במסמכי המכרז (לדוג' אופן ההגשה ומועד ההגשה)
* דרישה מפורטת במסמכי המכרז מיותרת
* אף אחד מהמציעים לא עומד בתנאי הסף
* הועדה רואה שהיה ראוי לכלול במסמכי המכרז דרישה נוספת

האם הועדה בשלב זה יכולה להוסיף/ להוריד דרישה?

הכלל **(פס"ד מיגדה נ' משרד הבריאות)**

זהו פס"ד שהיה מכרז לאספקת ציוד רפואי, הם שינו את המועד של האספקה ולכן נפלו הצעות.

אמרו **שלא ניתן** לשנות את המועד מכיוון:

* מהווה פתח לשחיתות ופגיעה בטוהר המידות
* פוגע באינטרס ההסתמכות ואינטרס הצפייה של מציעים בפועל ומציעים פוטנציאלים
* הפרה של חובת ההגינות של הרשות כלפי הפרט
* הזמנה חדשה= מכרז חדש.

החריג- שינוי **טכני** וזניח שאינו משפיע על יחס המציעים וכאשר **מפורט** במכרז שניתן לעשות כן.

**פס"ד מיקרונט**

משרד החינוך ערך מכרז למסופונים, העותרת הגישה 2 הצעות למסופון 880 ו980.

היה פירוט של ציון לשם מעבר שלב א' שנדרש לקבל 70+ , מסופון 880 קיבל ציון 69.5 מכיוון **ששינו** את רכיבי הציון. לכן היה אסור לועדה לשנות את מרכיבי השקלול שאם לא היו משנים היו מקבלים מעל 70.

ניתן לראות **ששינוי אמות המידה אסור**- החזירו את העותרת למשחק והיא אף זכתה במכרז.

**תקנה 21(א)- בחירת ההצעה המתאימה ביותר,** לאחר סיום בדיקת כל ההצעות ובירור הפרטים הנדרשים הועדה **מחליטה** לבחור **א.** את ההצעה **המתאימה** ביותר או **ב.** להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא.

* משמע המחוקק מעניק אפשרות לעורך המכרז לסגת ממנו.

**תקנה 21(א1)- הגשה חוזרת כשאמדן לא טוב**, (האומדן נותן אינדיקציה כלכלית לגבי גובה ההצעות במכרז), התקנה אומרת שאם כל ההצעות רחוקות מהאומדן אז ניתן לאפשר למציעים לתקן הצעתם.

**תקנה 21(ב) רישא- כשאין אמות מידה**, יבחרו את ההצעה הזולה או היקרה ביותר ע"פ העניין (הטוב ביותר לעורך המכרז).

אם רוצים **לחרוג** מכך הדבר אפשרי אם ועדת המכרזים החליטה **א.** בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים **ב.** **שיירשמו** (פרוטוקול) **ג.** ולאחר שבעל ההצעה הזולה/יקרה ביותר קיבל הזדמנות להביא טענותיו (זכות טיעון).

* כדאי לועדה גם להביא חוו"ד משפטי שיתמוך בטעם המיוחד
* אם הולכים לפי הכלל (זולה/יקרה) לא צריכים להסביר

**תקנה 21(ב) סיפא- כאשר יש אמות מידה,** אז יש לבחור את ההצעה הטובה ביותר לעורך המכרז **בהתאם** לאמות המידה.

החריג- הועדה יכולה לבחור הצעה אחרת **א.** נסיבות מיוחדות וטעמים מיוחדים **ב.** שקיפות (יירשמו) **ג.** מתן זכות טיעון לבעל ההצעה הטובה ביותר

**המועד הקבוע להשוואה בין הצעות**

חושבים שהכי פשוט זה שאנו פותחים את ההצעות כל הפרטים רשומים- אבל לא כך הדבר, ישנם מקרים מסובכים

**1.** ההצעות נקובות במטבעות שונים ולא נוקטים מהו שער ההמרה (ושער משתנה מדי יום).

**פס"ד מספנות ישראל** זהו מקרה ש2 חברות הציעו הצעות אחת בדולרים ואחת בפאונד, שער המרה משתנה בין שלב פתיחת ההצעה לבין שלב ההחלטה.

ביהמ"ש אמר שישנם 3 תאריכים אפשריים: במועד הגשת ההצעות או מועד פתיחת ההצעות או מועד ההחלטה בהצעות. ביהמ"ש אומר שאם המכרז **שותק** את נבחן ע"פ **מועד ההגשה**.

**2.** ההצעות נדרשות לעמוד בדרישות מסוימות המפורטות במסמכי המכרז אך אחת ההצעות **לא עומדת בדרישות המכרז בעת הגשתה** אלא רק במועד מאוחר יותר.

לדוג' **פס"ד י.ב.מ מחשבים**- נדרש רשיון מסוים, בעת הגשת ההצעה לא היה רשיון אך היא התחייבה שתוך זמן מסוים היא תקבל רשיון.

ביהמ"ש אומר שאם התבקש הרשיון נדרש בו **במועד ההגשה**, אם רוצים אחרת יש לציין זאת במכרז עקב השיוויון.

3. סדר זמנים הפוך- ההצעה עומדת בדרישות במועד ההגשה אך לא עמדה בהן במועד ההשוואה בין ההצעות וההכרעה במכרז. לדוג' **סיסטם מעבדות**- שהגיע לפשיטת רגל.

ביהמ"ש אומר שלועדה שק"ד לא לבחור את ההצעה הטובה הביותר בעת פתיחת המכרז.

**כללי פעולה- סיכום**

**הכלל-** קריטריון גובה ההצעה או אמות המידה

**החריג-** שק"ד הועדה

תנאים

* נסיבות וטעמים ממיוחדים
* שקיפות (רישום)
* זכות טיעון (לבעל ההצעה הטובה ביותר אם לא בחרו בהצעתו)

נפעיל את **החריג** כאשר

* **א.** הצעה בלתי סבירה לטובה (הצעה נפסדת)- לדוג' מציע ירצה להכנס עם הצעה נפסדת בכדי לפרסם עצמו
* **ב.** הצעה בלתי סבירה לרעה
* **ג.** הצעה מורכבת מפרטים ושלבים

**תקנה 21(ג)- פיצול התקשרות**, הועדה רשאית להחליט על מס' הצעות תוך פיצול ההתקשרות ביניהן או בחירת חלק מההצעה- בלבד שניתנה על אפשרות זו הודעה **במסמכי המכרז**.

לכן יש חובה **א.** שמסמכי המכרז קובעים במפורש **ב.** לאפשר זכות טיעון למציעים ולהציע חלופות

* במשפט מנהלי תמיד טוב לתת זכות טיעון.

יכול להיות שלעורך המכרז ישנם שיקולים נוספים- לדוג' לעודד עסקים קטנים או למנוע מונפול של ספק אחד. אלו יכולות להיות הצדקות לפיצול ההתקשרות.

**תקנה 21(ד)- מתן הודעה,** לכל משתתף במכרז תמסר הודעה על תוצאות ההחלטה הסופית של ועדת המכרזים

מועד מתן ההודה חשוב לעניין השיהוי ומנין תקופת התקיפה של ההחלטה.

**תקנה 21(ה)(1) רישא- זכות עיון**, המשתתפים יכולים בתוך **30 ימים** ממועד מסירת ההודעה יכולים לעיין בפרוטוקול ועדת המכרזים, התכתבויות עם המציעים, חוו"ד מקצועיות שהוכנו לבקשתה, עמדת יועמ"ש הועדה, ובהצעת הזוכה במכרז.

החשיבות בכל היא השקיפות והביקורת על פעילות ועדת המכרזים.

ביהמ"ש מפרש את "המשתתף" בהרחבה- משמע גם צדדים שלישיים וגם מפסידים וזוכים יכולים לעיין במסמכים- פרוטוקולים, התכתבויות וחוו"ד שהוגשו, בעמדת היועמ"ש בהצעה הזוכה = מתוך עקרון השקיפות (ניתנה פרשנות מרחיבה של ביהמ"ש).

**תקנה 21(ה)(1) סיפא- סייגים לזכות העיון**, הס' מציג שישנם מקרים שלא נרצה להעניק עיון כמו דברים שעשויים לפגוע בביטחון המדינה.

לא ניתן לעיין בחלקים של החלטה או הצעה עלולם לחשוף: סוד מסחרי, סוד מקצועי, פגיעה בבטחון המדינה או יחסי החוץ שלה או בכלכלת המדינה או בבטחון הציבור.

**מה קורה במצב של הצעה יחידה?**

**תקנה 23-** אם ישנו מכרז פומבי ויש הצעה יחידה או שנותרה הצעה יחידה לדיון במחיר **המרע** עם עורך המכרז אז ועדת המכרזים רשאית **א.** להודיע על כך למגיש ההצעה **ב.** לאפשר לו להגיש הצעת מחיר בתנאים המיטיבים עם עורך המכרז- במועד שתקבע.

**תקנה 23(א1)-** אם ועדת המכרזים רואה שיש הצעה יחידה היא יכולה:

* לבחור בהצעה זו (בהתאם לתנאי המכרז)
* לבטל את המכרז
* אם ביטלה- רשאית להחליט על עריכת מכרז חדש

**פס"ד המרמן**

הוגשה הצעה אחת והיא הייתה נמוכה ב75% מן השומה שהוגשה.

הוחלט שההחלטה של ועדת המכרזים הינה סבירה, וגם ע"פ ס' 21(א) ניתן שלא לבחור הצעה כלל.

ביהמ"ש מציג שביטול המכרז הוא המוצא האחרון עקב אינטרס ההסתמכות של המציעים אך במקרה דנן לא סביר לקבל את ההצעה דנן.

ביטול המכרז הינו מוצא אחרון מכיוון

* 1. דחיית ההתקשרות
  2. לא מובטח שהליך חדש יניב התקשרות יעילה יותר
  3. עלול לפגוע בעקרון ההסתמכות ולפתוח פתח לשחיתות

ביהמ"ש מדגיש שאין סמכות למנות שמאי מכריע בדיני מכרזים

**תקנה 23(א2)- הצעה יחידה במכרז סגור,** במכרז פתוח יש יותר גמישות מכיוון שיש יותר חשש לשחיתות ותפירת מכרז כאשר לפנינו מכרז סגור.

על כן נדרש אישור של ועדת הפטור המשרדית לשם קבלת הצעה שכזו (מעל 4 מליון צריך את אישור ועדת הפטור)

**תקנה 23(ב)- מכרז ללא הצעות**, יוצאים למכרז חדש. (ניתן להתשר לא מכרז אם חושבים שמכרז נוסף לא יביא תועלת- יש צורך באישור ועדת פטור משרדית, מעל 4 מליון נדרש אישור ועדת הפטור).

**שיעור 10**

השבוע נדבר על תקיפת החלטת ועדת המכרזים.

תקיפת החלטת ועדת המכרזים

רוב ההתעסקות הינה סביב **המשפט המנהלי**, נתמקד בסוגיות ונושאים שמתעוררים בהקשר של עבודת הועדה כגוף מנהלי.

ועדת המכרזים הינה רשות מנהלית ולכן חלות עליה מס' חובות:

1. לפעול במסגרת הסמכות בלבד
2. חובה לפעול בהגינות
3. סבירות
4. מידתיות מנהלית
5. לשקול שיקולים עניינים בלבד
6. לפעול בשיוויון
7. על סמך תשתית ראייתית מספקת
8. ללא משוא פנים וללא מראית עין של משוא פנים
9. החובה לאפשר לגורם העלול להפגע מהחלטת הרשות זכות טיעון בפני הרשות

* הפרת חובה יכולה להצמיח עילה משפטית לתביעה

פעולות ועדת מכרזים שיכולים להצמיח עילת תביעה

1. התקשרה עם גורם פרטי מבלי לערוך מכרז (והיא הייתה חייבת במכרז)

2. נפל פגם **בהרכב** הועדה או בהרכב **הצוות המייעץ** (לדוג' החשב והיועמ"ש)

3. ועדת המכרזים ניהלה מו"מ עם המציעים בנסיבות שבהן הדבר אסור.

4. ועדת המכרזים הבליגה על פגם בהצעה שחייב את פסילתה

5. ועדת המכרזים מנעה בחירה במציע המתאים ביותר שהשתתף במכרז, שלא כדין

6. מנעה זכות לעיין במסמכים

- ישנם פגמים נוספים

**מתי מגישים עתירות?**

ניתן לחשוב על 4 מישורי זמן

1. בסמוך לאחר פרסום המכרז- יתקפו את תנאי הסף, בנוסף יכולות להיות בעיה של אי עמידה בתנאים הטכניים (זמני פרסום).

2. בתקופה לאחר פתיחת המכרז- בעיקר הימצאות הצעות בתיבה, תוקפים הצעות שהוגשו מאוחר, אי רישום מדוייק של ההצעות, ושהיו כלל הנוכחים הנדרשים.

3. בכל מועד לאחר שהליך המכרז הסתיים ונתנה החלטה- יכולים לתקוף הרבה עניינים, עצם תהליך קבלת ההחלטות (לדוג' לא נומק), מצבים של סטייה מאמות המידה

4. לאחר החתימה על חוזה ההתקשרות- יכולים לתקוף לדוג' על חתימה על חוזה ללא מכרז מסודר.

**מי זכאי לתקוף את החלטת ועדת המכרזים?**

**פס"ד אבו שינדי**

פסק הדין מדבר על סוגיות **השיהוי וזכות העמידה**

לעניין זכות העמידה- לאורך השנים התרחבה הזכות לעתור (זכות העמידה)

כעת ישנם 3 סוגים של קבוצות שיכולים לעתור- יש לבחון שיש **זיקה** להליך.

* 1. משתתפי המכרז
  2. לא השתתפו אך בעלי אינטרס אישי
  3. עותרים ציבוריים ללא אינטרס אישי
* ההלכה היום הינה **הרחבה** של זכות העמידה

**תחומי המשפט לעילות תקיפה**

עילות התביעה בהקשר המכרזי יכולות להיות ממס' תחומים:

**1.** משפט מנהלי

**2.** דיני חוזים- בעיקר בשלב ההתקשרות (לדוג' הפרת חוזה)

**3.** דיני הנזיקין- תחום לא כל כך מפותח בדין הישראלי

**מחסומים מהותיים לתביעה מנהלית**

במשפט המנהלי קיימת **חזקת החוקיות**-

בישראל החזקה הינה שהרשויות פועלות כדין, קיימת חזקה שהרשות פועלת כדין.

עקב חזקת החוקיות **נטל ההוכחה** הוא על **התובע** להוכיח שהרשות פעלה שלא כדין.

הבעיתיות בכך:

* בעיית נגישות לחומר- הרשות היא שעורכת את כלל המסמכים, ואף אם תבקש מסמכים לאו דווקא תקבל הכל
* אין חומר כלל (לא היה תיעוד)
* שיקולים חסויים (או שמחליטים שהם חסויים בכדי לקדם שיקולים פוליטיים)

ביהמ"ש מודע לחוסר האיזון ולפער הכוחות בין תובע לרשות מנהלית ולכן מאפשר לעיתים הקלה בכך שמעביר **בנסיבות מסויימות** את **נטל ההוכחה** לרשות שתוכיח שפעלה כדין.

**מהן אותן נסיבות המצדיקות העברת הנטל?**

1. לא ניתן לעותר גישה למידע

2. הרשות מסרבת למציע שהפסיד במכרז לעיין בחומרים

3. יש לעותר ראיה כלשהי אך היא לא מספיקה בכדי להוציא צו מוחלט נגד הרשות (לדוג' פס"ד המצילים שיודעים שהיה מפגש לא תקין אך לא יודעים למה הוא הוביל).

**מחסומים דיוניים לתביעה מנהלית**

עקרון הריסון- רק פגם מהותי היורד לשורש העניין יביא להתערבות ביהמ"ש (**פס"ד אבו שינדי**).

לדוג' החלטה שרירותית, תוצאה בלתי צודקת בעליל.

טענות סף מנהליות- לדוג' שיהוי, חוסר נקיון כפיים, חוסר תו"ל

בטלות יחסית- לא כל פגם יזכה לסעד- מתי מתערבים? איזון נזקים בין הצדדים.

**שיהוי- פס"ד אבו שינדי**

יש לבחון:

**1. שיהוי סובייקטיבי-** אותן נסיבות שהובילו לעיכוב בפתיחת ההליך והגשת העתירה

**2.** **שיהוי אובייקטיבי-** בוחנים את הנזקים שנגרמו לצד שכנגד בגלל העיכוב

**3.** פגיעה **בשלטון החוק**- גם אם יש שיהוי אך יש פגיעה בשלטון החוק אז ינתן הסעד.

מתי יתערב ביהמ"ש בהחלטת ועדת המכרזים?

ביהמ"ש מתערב מתי שמתקיימת אחת מעילות **הביקורת השיפוטית**- מתי שנפגעים אחד **העקרונות היסודיים** של דיני המכרזים (שיוויון, תחרות הוגנת).

אין רשימה סגורה של עקרונות להתערבות תחת ביקרות שיפטית, תמיד ניתן לבחון האם ישנו פגם מהותי או טכני, מה ייגרם לצדדים שלישיים ולאמון הציבור.

* פגם טכני בסוגיה אחת יכול להיות פגם מהותי בעניין אחר.

**סוגי הסעדים המבוקשים בעתירות לתקיפת המכרז**

**1.** **סעד בעין**- בטלות המכרז (או זכייה של אחר).

א. ביהמ"ש כופה על ועדת המכרזים- לאו דווקא זוהי החלטה יעילה.

בנוסף נוצר מצב שביהמ"ש לוקח את **שק"ד הועדה**, אך לאורך כל הפסקה ביהמ"ש מציין שהוא רק עורך ביקורת ולא לוקח את תפקיד הרשות המנהלית.

ב. כאשר ישנה החלטה פגומה שלוקה בפגם מהותי היורד לשורש העניין- מחזיר לועדת המכרזים.

הבעיתיות בסעד דנן הינה שהועדה כבר החליטה, לכן תעשה פעולות על מנת להכשיר את החלטתה (היא תעשה הליך למראית עין). בנוסף הועדה כבר בחרה- יש כאן כפייה נוספת על שק"ד הועדה לנסות שהיא תחליט משהו אחר.

ג. הכרזה על התובע כזוכה במכרז- לדוג' שיש רכיב בעייתי ולכן לאור ביטולו ישתנה הזוכה (יש אבחנה בין מכרז עם רכיב אחד לבין מכרז עם מס' רכיבים).

* + טענה שאמות המידה טועות או מדירות (בימ"ש יכול לבחון בעצמו או להחזיר לועדה)
  + הכרזה על העותר כזוכה במכרז (בדר"כ ביהמ"ש יציין מהו הפגם ויחזיר לועדה, או אם זהו מכרז מורכב ביהמ"ש בעצמו יכריז על הזוכה).

ד. ביטול המכרז, הינו מקרה חריג כאשר יש פגם שלא ניתן לתקן (פס"ד המרמן)

ה. ביטול ההתקשרות, זהו מצב שהזכייה הייתה לא תקינה אך התקיפה הייתה מיד לאחר ההתקשרות בחוזה. אין כאן סעד של ביטול מכרז מכיוון שנגמר המכרז- יבוקש סעד של ביטול התקשרות

סעד בעין יכול להיות גם מצב שאין הכרזה על מציע- בכלל לא התקיים מכרז (תחילת השיעור). זהו מצב שביהמ"ש מאוד מחמיר, אם החלו לבצע את ההתקשרות אז ביהמ"ש יפעיל את **דוקטרינת הבטלות היחסית**. הרשות המנהלית פעלה **ללא סמכות**.

השיקולים לביטול חוזה עם פגם

1. חומרת הפגם שנפל במכרז
2. השפעת ביטולה על גורמים תמי לב ועל הציבור בכללותו
3. אופן התנהגות העותר
4. מועד הפניה לבימ"ש
5. השלב בו נמצאת ההתקשרות
6. אופן התנהגותו ותום לבו של העותר

**2.** **פיצויים**

סעד נוסף שניתן לבקש- סעד כספי (פיצויים)

**א. פיצויי הסתמכות-** שליליים, אלו כלל ההוצאות לשם השתתפות במכרז- לדוג' הנפקת כתב ערבות, רכישת מסמכי המכרז, עלות הכנת ההצעה ועוד..

**ב. פיצויי קיום-** חיובים בגין רווח עתידי שהיו אמורים לקבל בעקבות זכייה-

הדבר מאוד בעייתי מכיוון שהעקרון של מכרז הוא לקבל את ההצעה הטובה ביותר, אם ניתן פיצויי קיום אז תדרש הרשות לשלם פעמיים- מי שיפגע בסוף הוא הציבור.

**פס"ד רשות השידור**

ביהמ"ש פוסק פיצויי הסתמכות ולא פיצויי קיום, יש בעיתיות הן מבחינת דיני חוזים (לא נכרת חוזה) והן מבחינת משפט מנהלי (שהרשות תשלם פעמיים).

ביהמ"ש אומר שספציפית פה לא ניתן לתת פיצויי קיום (משאיר האם בכלל ניתן לתת פיצויי קיום בצ"ע).

בנוסף- לא זכית במכרז אז איך אתה כל כך בטוח שהיית זוכה?

**מי דן בעתירות מנהליות?**

עד חקיקת חוק בימ"ש לעניינים מנהליים דן בהכל בג"ץ.

החל משנת 2000- עבר לבימ"ש לעניינים מנהליים:

**ס' 5 לחוק בימ"ש לעניינים מנהליים-** ביהמ"ש לעניינים מנהליים ידון ב(1) **עתירה** נגד החלטה של רשות (או גוף המנוי בתוספת הראשונה) בעניין המנוי בתוספת הראשונה למעט עתירה שהסעד העיקרי המבוקש הוא התקנה וביטול תקנות (2)ערעור המנוי בתוספת השנייה (ערעור מנהלי) (3) תובענה המנויה בתוספת השלישית (תובענה מנהלית)

בדרך כלל יחד עם הגשת עתירה מנהלית שתוקפת החלטת ועדת המכרזים מוגשת גם בקשה **לסעד זמני.**

**סעד זמני**- תכליתו מקפיא את המצב הקיים

**מבחנים להענקת סעד זמני**

1. אם ייגרם נזק בלתי הפיך לעותר (תנאי סף שמונע השתתפות, ביצוע חוזה התקשרות)

2. סיכויי ההצלחה של העתירה

3. מאזן הנוחות- אינטרסים של העותר מול אינטרסים של הרשות (לדוג'- התקשרות דחופה לביצוע עבודה שתגרום נזק, שונוי לרעה של מצב צד ג')

**דיני החוזים וחובת תו"ל**

תו"ל הינו אפיק נוסף (בנוסף למנהלי) לתקיפת ההחלטה (הליך פרטי בנוסף למנהלי).

עילות חוזיות- כדוגמת הפרת חוזה (המכרז כחוזה) יכולה להקים עילת סעד לפיצוי- אך ענף זה לא כ"כ מפותח במשפט הישראלי.

**שיעור 11**

השיעור נדבר על השלב האחרון של **סיום מכרז וכריתת חוזה**.

כעת כבר הוכרז זוכה במכרז ומסיימם את המכרז ומתחילים את שלב כריתת החוזה.

* לזכור: מטרת החוזה היא להגיע לכדי קבלת שירות.

**פס"ד וייספיש**

מכרז לחכירת שני מגרשים ממנהל מקרקעי ישראל. מערער זכה במכרז אך היה תנאי של השלמת הזכייה תוך 60 ימים.

המערער איחר בתשלום אך טען שעדיין זכה (הוא השלים את כל התשלום באיחור).

בימ"ש קמא- לא נכרת חוזה עדיין מכיון **שלא עמדו בתנאי מהותי**.

בימ"ש העליון מציין שטרם עברנו לדיני החוזים מכיון של התקיים עדיין **התנאי המהותי**- יכול להפגע השיוויון.

בנוסף אומרים שהועדה עצמה לא פעלה כשורה ותדרש לתשלום פיצויים עקב כך שלא עמדה בחובת ההנמקה ובגלל שאיחרה בהחזרת הכסף.

**חוזה משתכלל (פס"ד וייספיש)**

**1.** עם קבלת הצעה ע"י עורך המכרז

**2.** עם מימוש תנאי החוזה הנספח למכרז

בפס"ד מציינים שבדר"כ הודעת הזכייה תהווה קיבול אלא אם כן ישנו מכרז בעל **מאפיינים מיוחדים**. (ואז החוזה ישתכלל לאחר מילוי התנאים, לדוג' תשלום).

* הכלל: הודעת זכיה לאו דווקא תהווה קיבול
* **ביהמ"ש מעדיף שיוויון על צדק**

**מה מעמדה הנורמטיבי של הודעת הזכייה?**

מה קורה עם שאר ההצעות? האם הן מתבטלות מכיוון שאין קיבול או שהן נשארות בתוקף?

זוהי שאלה מאוד רלוונטית בשני מקרים

* 1. הפרת חוזה עם הזוכה (בדר"כ אי עמידה בתנאים).
  2. ביטול חוזה עם זוכה (חזרה בו או תנאי אחר).

**פס"ד אלכנפא נ' עמידר**

כל המטרה של מכרז הוא להגיע לידי כריתת חוזה- לכן כעת נצא **למכרז חדש**

ביהמ"ש מזכיר שהמכרז הוא דרך לניהול מו"מ לקראת כריתת חוזה. לכן אם המכרז הסתיים.

המכרז "בא על סיומו" במס' דרכים

* שאר ההצעות פקעו
* אם יש שינוי בתנאים אז צריך לצאת למכרז חדש
* אם לא יוצאים למכרז חדש- לפנינו התקשרות חוזית ללא מכרז, משמע נדרש **פטור** מעריכת מכרז.

**מה קורה כאשר ההצעה מבוטלת?**

מקרה של ביטול ההצעה- האם יש לערוך מכרז חדש או לזכות את ההצעות הבאות בתור?

בכדי לערוך מכרז חדש ישנה עלויות גבוהות, אם נקבל את ההצעה השנייה אז גם נחסוך זמן

בנוסף- אם נערוך מכרז חדש- הרי שכבר "נחשפו הקלפים" ומציעים אחרים ידעו כמה להציע בדי לעקוף את המציע השני שהוא כעת הזוכה.

**האם ניתן לבחור את ההצעה השנייה הטובה?**

**פס"ד חפציבה**

לא ניתן לבחור את הצעה השנייה עקב **הלכת אלכנפא** ולכן לא ניתן לבחור את ההצעה השנייה (מכיוון שהמכרז הסתים ולכן קבלת ההצעה של הזוכה השני הינה כחוזה ללא מכרז).

בפס"ד אומרים שיש **לקבוע במכרז** מה מעמד ההצעה הבאה בתור.

מדובר על עותרת ומציעים נוספים שהשתתפו במכרז של מנהל מקרקעי ישראל לשם בניית שכונת מגורים. הצעתם הייתה **שנייה במכרז**. ההצעה הראשונה הייתה טובה יותר באופן משמעותי.

הבעיתיות שיש כזה פער היא שהזוכה לא תעמוד בנטל- כעת הצעתה בטלה ולכן העותרת ביקשה שיכריזו עליה שהיא הזוכה במכרז.

העותרת פנתה בבקשה שהרי היא עשויה להפגע שהרי הצעתה כבר יצאה לאור וכעת מציעים אחרים עלולים להשתמש בידע זה והיא לא תזכה.

בימ"ש קובע שיש לבדוק מס' דברים:

הצדקה לסטייה מהותית מהנחיות מנהל מקרקעי ישראל- האם **בנסיבות** יותר נכון לקבל את ההצעה השנייה או לצאת למכרז חדש?

מדברים על עלויות של כסף וזמן ביציאה למכרז חדש, במקרה דנן ההצעה השנייה הייתה **סבירה** והוגשה **בתו"ל**.

במקרה הספציפי- ביהמ"ש מסכים עם חפציבה, אך הוא ציין **שלהבא על הרשות לציין מה מעמד הצעות אחרות.**

**האם ניתן לשנות תנאי מתנאי ההתקשרות לאחר סיום המכרז?**

**שיקולים**

* חשש לקנוניה (בין מציעים, בין מציע לרשות)
* חשש לניצול לרעה של סמכות (התעצלות למכרז חדש)- לדוג' לעיתים הרשות תעדיף לוותר על איזשהו תנא סף בגלל שגילתה שהוא לא כה רלוונטי או שיש הצעה מעולה אך שלא עומדת באותו תנאי
* פגיעה בשיוויון ובתחרות (אחרים היו יכולים להגיש הצעה גם כן)
* פגיעה ביעילות (ניהול מו"מ אך עת הרשות בעמדה נמוכה כי מחוייבת לאותו זוכה).
* מסר לא תקין של תמרון מאוחר של כללים ותנאים

**מה עושים בהתחשב בכל השיקולים הללו?**

יש להבחין בין 2 סוגי שינויים

**1.** שינויים מכוונים/יזומים

לא שינויים בצדדים אלא הצדדים עצמם יוזמים

* הצדדים לחוזה יסכמו כי תקופת ההתקשרות תקוצר/תאורך מעבר לקבוע בחוזה
* בעסקה לרכישת טובין- לדוג' הגדלה של כמות הטובין ע"י תשלום נוסף (או הארכה של תקופת התקשרות של נותן שירות)
* מחדל-הבלגה מצד נציגי הגוף המזמין על הפרת החוזה ע"י הספק (זוהי הסכמה בשתיקה לשינוי תנאי).

**2.** שינויים מכח המציאות

**א.** בדר"כ רלוונטי לשירותי בריאות, חינוך, רווחה

יכול להיות שינוי במאפיני הקהל (לדוג' צריך תרופות לחולים מעל גיל 80 אך מגלים שהחולים הנם בני 50)

יכול להיות גם שינוי מדיניות הרשות האמורה לספק את השירות

**ב.** קושי בלתי צפוי בביצוע עבודה (לדוג' גילוי אתר ארכיאולוגי)

**ג.** שינויים טכנולוגיים המשכללים פרוייקט או מזרזים אותו

השינויים הללו גורמים להבחין בין **התרשלות** של הרשות לבין מצב **שאינו צפוי**.

מחדל של נציגי הרשות עלול לעורר חשד של קנוניה מאורגנת (שחיתות)

בנוסף שינוי תנאי ההתקשרות שמקורו במחדל של רשות העלול להוביל למצב שרשלנות הרשות משתלמת.

* שיקולים מכוונים/יזומים הינם יותר בעייתים

אנו במצב שאנו כבר "תקועים" עם מציע שהינו הזוכה (בשונה מפס"ד מגער- יידון בהמשך) לכן עניין **היעילות** יותר בעייתי.

בדר"כ כעת שנכרת חוזה הדבר לא מגיע לבימ"ש שהרי תקיפה משפטית תהיה על עצם הזכייה ולא על תנאי ההתקשרות, על כן הדיון שיתרחש הוא דיון בין אותו זוכה שהפך להיות חלק מהחוזה לבין הרשות המנהלית, לא יבואו לידי ביטוי המציעים השונים.

**דקל** מנסה לענות ע"י הסדרי חקיקה קיימים ולעשות היקש (מתקנה 3(4))

הוא אומר **ששינויים בתנאי התקשרות** במכרז הם **כמו יציאה למכרז חדש**- לפנינו תנאים חדשים משמע מכרז חדש

**תקנה 3(4)** מציינת מקרים שלא חייבים יציאה למכרז.

האלמנטים שהתקנה מדברת עלהם הם שהנחת המוצא של מתקין התקנה היא שתהיה הרחבה של ההתקשרות אם **אין שינוי מהותי** של תנאי ההתקשרות.

דרך נוספת חוץ משינוי מהותי- לבדוק אם יש שינויים יזומים או מכח המציאות. שינוי מכח המציאות בדר"כ לא יביע על קונספירציה ולכן נאפשר שינוי שכזה.

**פס"ד מגער**

אנו בשלב של פתיחת תיבת ההצעות לפני ההכרזה על הזוכה (בשיעור היום דנו במצב לאחר ההכרזה).

מדברים על הייתרונות והחסרונות במו"מ שכזה.

מצויין בפס"ד שניהול מו"מ שכזה אינו אסור- זהו כלי יעיל ולא נשלול אותו משום שניתן להשתמש בו לרעה (כמו שלא נשלול שק"ד על אף שניתן להשתמש בו לרעה)- אך יש חובה להשתמש בכח זה בהגינות, תו"ל, ותוך הבטחת השיוויון.

בנוסף יש צורך להתנות על שימוש במו"מ במסמכי המכרז.

**חזרה כללית**

בתחילת הקורס באנו להגדיר מכרז- ע"פ **דקל** "הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה"

מאפיין המכרז הוא שזהו דרך מו"מ בדרך של תחרות מאורגנת. בכללי משחק ידועים מראש.

היתרונות בעריכת מכרז: בעיקר **יעילות**- נקבל מגוון הצעות ביניהן נבחר את הטובה ביותר

יש חשיבות להקפיד על

* שוויון
* שקיפות

יש מכרזים ציבוריים, אך גם גופים פרטיםם יכולים לערוך מכרז

מכרזים ציבוריים חלים על גופים:

* ציבוריים
* לעיתים דו מהותיים
* פטור ממכרז לגופים פרטיים.

גוף ציבורי

גופים המנויים בחוק המכרזים ובנוסף ההגדרה הכללית- "אספקת שירותים ציבוריים"

הפסיקה הכניסה גם גופים דו מהותיים- מספקים שירותים ציבוריים ובנוסף הם **ממומנים ע"י המדינה**.

חוק חובת מכרזים (פס"ד בז"נ)- ע"פ תקנה **34(2א)** גוף ציבורי שעובר הפרטה גם כן חייב במכרז.

* ניתן לראות שלעיתים גופים פרטיים יחוייבו במכרז (הם הופרטו ע"י המדינה ומספקים ציבוריים ציבוריים).

התמקדנו במהלך הקורס במכרזים ציבוריים

ישנה מסגרת נורמטיבית המסדירה את המכרז הציבורי

חוק חובת מכרזים, התקנות, הסדרים ממוקדים (לדוג' חוק הרשויות המקומיות), הפסיקה ועוד...

ביהמ"ש מחיל **הרמוניה חקיקתית**- משמע נחיל מערכת דינים אחידה אלא אם כן ישנה הצדקה לשינוי- לדוג' מאפיינים מיוחדים.

תחום המכרזים שייך לשני תחומים- המשפט המנהלי ודיני החוזים. (דואליות נורמטיבית)

דואליות נורמטיבית- גופים שמחוייבים במכרז ציבורי מחוייבים ב2 מערכות הדינים.

משמעות הדבר היא העמסה על הגוף השילטוני- הצד שכנגד יכול לקבל גם סעדים מהדין הפרטי.

עקרונות של משפט מנהלי:

* עקרון החוקיות- מותר לעשות רק מה שקבוע בחוק (סמכות)
* עקרון הסבירות- ההחלטה צריכה להיות סבירה, לדוג' אם רוצים לקבל את ההצעה שאינה הטובה ביותר- בכדי ליצור סבירות יכולה לתת נימוק.

כך תמיד נבחן קודם אם יש סמכות- אם יש סמכות נבחן סבירות.

עקרונות של דיני החוזים:

עד חוק חובת מכרזים אז ביהמ"ש טען שדיני החוזים חלים על כל המכרז- מהלך המכרז- מו"מ לקראת כריתת חוזה, לאחר המכרז- כריתת החוזה.

החידוש של החוק- (1992) כל נושא המכרזים הוסדר בחוק, לכן כעת אנו רואים את שלב המכרז כנובע מדיני המכרזים ולא כדיני מכרזים (לדוג' לא מחפשים תו"ל במו"מ כמו שנדרש בחוזים).

פס"ד קראון- א. מתן הזדמנות שווה לכלל המציעים להשתתף ב. והזדמנות שווה לזכות (לא רק למראית עין).

על מי חלה חובה לערוך מכרז?

**במבחן**- ראשית נבדוק האם על הגוף הספציפי חלה חובה לערוך מכרז? חובה פרסונאלית

* ס' 2 לחוק
* גופים שכפופים להסדרים נורמטיביים
* כפיפות מכח דואליות נורמטיבית (דו מהותי)- מבחני פס"ד התאחדות לכדורגל).

שנית, אם הגוף חב בחובת מכרזים- אם לפנינו חובה קונקרטית/מהותית? (האם יש פטור)

לדוג' קופת חולים ע"פ ס' 2 חייבת במכרז, כעת עלינו לבדוק האם העסקה הספציפית דורשת מכרז.

יש 3 סוגי מכרזים- פומבי, סגור, פנייה

ס' 2(א) מפרט את סוגי העסקאות המחוייבות במכרז.

דנו בעניין של הענקת רישיון (פס"ד מיטראל).

* גם אם יש פטור תמיד עדיף מכרז (תקנה 1ב)

ס' 4 מסמיך את שר האוצר להוציא תקנות.

תקנה 3 מקנה רשימת פטורים ארוכה (כלליות) ויש גם הוראות פטור פציפיות= יש לבדוק ב2 הסוגים (יש 80 הוראות פטור).

* תמיד עדיף לערוך מכרז פומבי (תקנה 1ב).

בשנת 2009 התקבל **שינוי תקנה 1ג**- אם מחליטים שיש פטור אז יש חובת **נימוק ההחלטה** ופרסום הנימוק- לשם ביקורת ציבורית על ההחלטה.

תקנה 10א- ועדת פטור ייחודית המנויה ממנכ"ל, חשב, יועמ"ש- מנגנון פיקוח.

הפעלת הפטור- קיום תנאים מהותיים ודיוניים (קיום עילת פטור, אישור הגורם המוסמך ופרסום החלטה מנומקת)

דיברנו גם על ועדת המכרזים- הרכב הועדה (יועמ"ש וחשב)- אלו תנאים מהותיים. הרכב הועדה בכל שלב של המכרז.

הכנת מכרז:

* מקדמי- בחינת מטרת ההתקשרות ומתן אישור תקציבי- לימוד השוק
* עיצוב המכרז- קביעת סוג המכרז, כללי המכרז, תנאי סף, ערבות, אמות מידה, אומדן
* עיצוב החוזה שייכרת (נספח למכרז)- החוק לא ממש מדריך איך לנסח חוזה התקשרות (תקנה 17(ב)(3) מציגה מסמכים שהמכרז נדרש להחיל). יש להבחין בין חוזים לרכישת שירות לבין חוזים לרכישת טובין.

בשלב תיבת המכרזים יש צורך לשמור על התנאים בתקנה 19.

אם נפל כאן פגם זהו פגם מהותי- ויש לבחון חוקיות מחדש, מועד פתיחת המכרז (תקנה 19), בדיקת ההצעות (תקנה 20)

פס"ד חרכוש- אם ההצעה לא נמצאת בתיבה אז היא לא נחשבת.

יש פגמים בהצעה- יש טעות סופר וטעויות חשבונאיות (תקנה 20(ג)) שניתן לתקן (חובה לרשום).

לעומת זאת ישנם פגמים ממשיים (תקנה 20(ד)) שבהן אין שק"ד ויש חובה לפסול (חסרות, מוטעות...). אלא אם כן החליטה אחרת ואז עליה להסביר את העניין שלא פסול ולנמק החלטתה.

משמע ניתן לתקן גם פגמים מהותיים אך יש חשיבות לשמור על עקרון השקיפות

דיברנו על הצעה מותנית- שלעיתים תפגע בשיוויון ואז זהו פגם מהותי.

למבחן- יש לשים לב לכל הדרישות והתנאים למכרז( זמן ההגשה, מהי הטעות שנפלה.

בבחירת ההצעה דיברנו על עניין של שינוי תנאי או אמת מידה לאחר המועד האחרון להגשה- לא ניתן כעת לשנות מכיוון שנפגע השיוויון וזהו פתח לשחיתות. פס"ד מיקרונט.

ועדת המכרזים מחוייבת קודם כל ע"פ אמות המידה שקבועים במכרז, אם אין אמות מידה שקבועים במכרז יש לבחור את ההצעה הטובה ביותר למציע המכרז.

1. [↑](#footnote-ref-1)
2. [↑](#footnote-ref-2)
3. [↑](#footnote-ref-3)
4. [↑](#footnote-ref-4)
5. [↑](#footnote-ref-5)
6. [↑](#footnote-ref-6)
7. [↑](#footnote-ref-7)
8. [↑](#footnote-ref-8)
9. [↑](#footnote-ref-9)
10. [↑](#footnote-ref-10)
11. [↑](#footnote-ref-11)
12. [↑](#footnote-ref-12)
13. [↑](#footnote-ref-13)
14. [↑](#footnote-ref-14)
15. [↑](#footnote-ref-15)
16. [↑](#footnote-ref-16)