**מחברת מקוצרת - דיני מכרזים**

**חשיבות דיני המכרזים- הפרטה:**

חשיבות דיני המכרזים כיום עולה מדרגה לאור תהליכי הפרטה שקורים במדינה, שהם תוצאה של שינוי מדיניות ושינוי בתפיסה של תפקיד המדינה (פסקה הבאה). עד שנות ה-70 ישראל הנהיגה **מדיניות רווחה** טהורה שהיא למעשה מעורבות אקטיבית ומרכזית של הממשלה בחיי הכלכלה והחברה (מזוהה עם הקומוניזם). המדינה היא זו שמספקת שירותים חברתיים כגון בריאות, חינוך ורווחה. **מדינות ההפרטה** משמעותה נסיגת המדינה ממדיניות הרווחה- כל ניהול המשאבים הציבוריים שהיו מסופקים על ידי המדינה עובר לידי גופים פרטיים, לעיתים אף הבעלות בהם (מזוהה עם הליברליזם). חוקרים רבים סבורים כי לא כל דבר יכול לעבור הליך של הפרטה כמו בתי הכלא, מחשש לפגיעה ממשית בזכויות אדם, ומשכך ראוי שהוא יהיה תחת אחריות המדינה.

**מה הביא את ישראל לעבור ממדיניות רווחה למדיניות הפרטה?**

* שינויים פוליטיים וחברתיים- עד שנות ה-70 כל הנושא של הדיור והבריאות הציבורי היו תחומים מרכזיים במדיניות הרווחה בישראל. בשנת 77' עם עליית בגין לשלטון, השתנתה התפיסה הכלכלית-סוציאלית ממדיניות רווחה למדיניות שמקדמת שוק חופשי ועצמאי שמבוסס על יוזמה ותחרות ומצמצם את התערבות הממשלה.
* משברים כלכליים- קריסה כלכלית של ההתיישבות העובדת (הקיבוצים) בסוף שנות ה-80 וכניסתם לשוק החופשי. התמיכה הציבורית והפוליטית שקיבלו דחפו אותנו גם כן לכיוון של הפרטה.
* התוכנית הכלכלית לייצוב המשק משנת '85- התוכנית צמצמה את התקציב הגרעיני ולמעשה חיזקה את משרד האוצר וזרועותיו השונים, בעיקר את אגף התקציבים שדגל במדיניות הפרטת המשק ומעבר למתן שירותים ע"י גופים פרטיים.
* התפתחויות בין-לאומיות- פריחה עולמית של האידיאולוגיה הנאו-ליברלית; קריסת הגוש הקומוניסטי; שינויים דמוגרפיים במערב. כל העולם עובר לכלכלה גלובלית וליברלית ופותח את שווקי המסחר, היום ניתן לסחור ולהתנייד בצורה הרבה יותר חופשית וקלה.

**יתרונות ההפרטה:** הגברת תחרות; הגברת הצמיחה; הגנה על חופש העיסוק; הגנה על זכות הקניין; שחרור משאבים למשק; הוזלת מוצרים ושירותים (יכול להוות הן יתרון והן חיסרון); שיפורים באיכות המוצרים והשירותים ומידת התאמתם לדרישות הצרכנים.

**חסרונות ההפרטה:** ריכוז כוח בידי בעלי ההון והדבר עלול להביא לניצול כוח מונופוליסטי; פגיעה בעובדים חלשים (בעיקר בלתי מקצועיים או בלתי יעילים); פגיעה באיכות השירותים (בעקבות עלויות פיקוח גבוהות); מתנגדי ההפרטות סבורים שהנזק שבחוסר היעילות הקיימת בניהול הממשלתי קטן מנזקים שתיצור ההפרטה עצמה.

**"אוצרות טבע" (גז, מים, נפט, רצועות חוף, שטחים פתוחים, אוצרות ים המלח):** המיוחד במשאבים אלה, לעומת בזק, אל-על, חברת חשמל, הוא שהם משאבים שמבחינה תיאורטית שייכים לכל הציבור. ים המלח לדוגמה הוא אוצר טבע שאמור להיות שייך לכל הגלובוס, אך בפועל הוא נמצא בבעלות של האזור בו הוא נמצא. ניתן לראות חברות פרטיות שחלקים מים המלח נמצאים בבעלותן והן מפיקות מהם רווחים. לפיכך, המהות של דיני המכרזים הציבוריים היא לתת הזדמנות שווה לכולנו להתחרות על אותם שירותים ציבוריים ומשאבי הטבע, מתוך הבנה שהם שייכים לכולנו.

**מהו מכרז?**

דקל והפסיקה מגדירים מכרז כ"הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה", כלומר מכרז הינו:

1. ניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה.
2. החוזה הוא המטרה הסופית והוא צריך לבטא את התוצאה הסופית שאנו מחפשים.
3. מכרז מנוהל בדרך של תחרות מאורגנת (שפועלת תחת תנאים מסוימים שמארגנים את אותה תחרות, תנאי סף להגשה למכרז) ובכללי משחק ידועים מראש (הכוונה לתנאים השונים).

**למה צריך להגדיר מהו מכרז?** משום שיש בעיית סמכות של הרשות המנהלית- חריגה מסמכות. כלומר, לא כל מסמך שכתוב עליו "מכרז" הוא באמת מכרז. לכן אנחנו פונים לדקל והפסיקה ומגדירים מהו.

**היתרון בעריכת מכרז:** יעילות ושקיפות שיכולה לאפשר בחירה טובה לזוכה הכי מתאים.

**קיימים 2 סוגים של מכרזים:**

1. **מכרזים ציבוריים-** מופעלים ע"י גופים ציבוריים- צריך לבדוק האם הגוף דו מהותי. העקרונות המנחים במכרזים אלו הם: שוויון, תחרות ופומביות (ואי שקילת שיקולים זרים). **עופר כיבוי אש נ' בתי זיקוק לנפט/קראון/איוונסט:** מקובל לחשוב כי **דיני המכרזים החלים על רשויות ציבוריות נועדו לשלוש תכליות/מטרות**: שמירה על טוהר המידות ומניעת התקשרויות בשל משוא פנים, ניגודי אינטרסים או כתוצאה משחיתות; השגת תוצאה אופטימלית עבור הרשות הן לעניין טיב המוצר או השירות והן לעניין מחירו; הענקת זכות שווה לכל אזרח להיקשר עם הרשות המנהלית. המסגרת הנורמטיבית שמסדירה את המכרז הציבורי:
* חוק חובת המכרזים, התשנ"ב- 1992- 9 סעיפים.
* תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג- 1993. בתקנות נמצאים הדברים המהותיים, למרות שזו חקיקת משנה.
* הסדרים ממוקדים נוספים- חוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), תשל"ב 1972 שעסק ברשויות המקומיות, "רבדים" וכו'.
* הוראות התכ"מ- תקנון כספים ומשק. על כן זה תחת משרד האוצר (בתקנות)- זה האגף המרכז את כל המכרזים הציבוריים.
* הוראות המכרז הנדון.
* דיני מסגרת כלליים (מלבד המשפט המינהלי)- דיני עבודה, נזיקין, משפט ציבורי, משפט מסחרי, עשיית עושר, בינ"ל וכו'. הם מהווים את התכלית הכללית של דיני המכרזים.

מה הבעיה עם ריבוי מקורות נורמטיביים? **סתירה בין הסדרים כלליים להסדרים ממוקדים** בעיקר במצבים בהם יש חובה לקיים מכרז מכוח חוק חובת המכרזים, אך לפי פרשנות מסוימת אפשר להגיע לפטור ממכרז. **מה עושים במצב כזה?** מחילים את עקרון "ההרמוניה החקיקתית" לפיו ברירת המחדל היא שחלה חובת מכרזים (כאשר לא עולה באופן ברור פטור ממכרז). המטרה היא אחידות ולכן נפרש את הדינים כך שישתלבו אחד עם השני. **חריג:** אנחנו נחריג כאשר יש הצדקה להכלה שונה בשל שוני רלוונטי בין גופים כמו מאפיינים ייחודיים וכו' המצדיקים סטייה מהרמוניה חקיקתית. מדוע בכל מקרה מחילים דינים שונים על גופים שונים? יש מאפיינים ייחודיים לגופים שונים שחייבים להתחשב בהם. למשל, במערכת הביטחון יש חשאיות וכו' אך זה לא המאפיינים של הרשויות המקומיות למשל.

1. **מכרזים פרטיים:**
* מופעלים ע"י גופים פרטיים.
* העקרון המנחה (המסגרת הנורמטיבית שנקבעה)- ניהול מו"מ לכריתת החוזה ותו"ל (לא שווה לשוויון)- **בית יוליס**. כלומר, ניתוח המכרז (הפרטי) כהליך טרום חוזי.
* בית יולס עסק בחברה פרטית אך תמיד אפשר לטעון טענות במסגרת מכרז ציבורי, מעבר לדיני מכרזים.
* כאשר יש דואליות של המשפט המנהלי והפרטי (חוזים) צריך להכיל גם את עיקרון השוויון והסבירות וגם את עקרון תו"ל.

**סוג הגוף שעורך את המכרז משפיע על:**

1. **גוף ציבורי-** גוף הממומן מכספי הציבור, הוא בעל סמכויות מכוח חוק, הבעלות עליו היא של המדינה והוא לא מוקם למטרות רווח, אלא לספק שירותים ציבוריים. פעולה שנעשית תחת גוף כזה שלא בסמכות החוק היא פעולה בטלה. חייב הסמכה מפורשת בחוק. בפועל הפעולה מתבטלת רק על ידי בתי המשפט ומאחר ולא תמיד הדברים לא מובאים לפניו, הרי שגופים אלו ממשיכים לבצע פעולות לא חוקיות. סוגי הגופים הציבוריים:
2. גופים ציבוריים מובהקים- ממשלה, רשויות מקומיות.
3. תאגידים סטטוטוריים- תאגיד שהוקם מכוח החוק ופועל על פיו כמו- מל"ל, כאן, מגן דוד אדום, רשות העתיקות.
4. חברות ממשלתיות, עירוניות- אלו הם תאגידים המוקמים עפ"י חוק החברות הממשלתיות תשל"ה. מכאן שהסמכות שלהם מוסדרת ע"י החוק. עם זאת ההפך הוא לא נכון- אם הסמכות מוסדרת ע"י חוק, לא בהכרח שהם מוקמים ע"י חוק לכן הם קצת דו מהותיים.
5. **גוף פרטי-** אין הגדרה, אלא על דרך השלילה: מוקמים ע"י פרטים, למטרות מקסום רווחים וממומנים באופן פרטי.
6. **גוף דו מהותי-** מבחינה פורמלית (בחקיקה) אין הכרה מבוססת של גופים דו מהותיים. עם זאת, יש הרבה פסיקה בנושא. לרוב מדובר בגוף המוקם כפרטי והופך עם הזמן להיות לציבורי/גוף המוקם כציבורי ועובר תהליכי הפרטה. בדר"כ מדובר בגופים פרטיים שמספקים שירותים בלעדיים בעלי פאן ציבורי (מעבר למטרת רווח ומימוש מטרות פרטיות של אותה חברה) ולכן יש לנו אינטרס להכיל עליהם רגולציה קצת שונה- הכלה של שתי מערכות דינים. **ההגדרה** היא דינאמית:
7. אספקת שירותים ציבוריים- יציר פסיקה, כך למשל: קק"ל, הסוכנות היהודית, מכוני רישוי, חברת קדישא, הבורסה לתכשיטים וכו'.
8. מימון- לעיתים יש מימון מטעם המדינה (נותרה שאלה בעניין זה).

**סוגי הגופים הדו מהותיים: חשוב מכיוון שמדובר בסוגי מכרזים שונים ודינים אחרים (בדר"כ נחמיר בציבוריים):**

1. גופים הפועלים מכוח זיכיון- אלו הן חברות פרטיות שקיבלו זיכיון (זכות מיוחדת) מהמדינה/שלטון מקומי לספק שירותים מסוימים- להשתמש בנכסי ציבור ולהפיק מהם רווחים. הזיכיון בא עם תנאים שהמדינה מכתיבה. לדוג' חברות הכבלים, ים המלח.
2. גופים פרטיים כקבלנים- חברות פרטיות (לכאורה) שהן קבלני משנה של גופים ציבוריים בהספקת סחורות ציבוריות.
3. גופים פרטיים בעלי סמכויות שלטוניות- לדוג' רישיונות נהיגה בינ"ל ניתנים ע"י חברה פרטית בשם ממסי.

**הסיווג לגופים חשוב** מכיוון **שהשאלות והטענות המשפטיות** שמתעוררות משתנות בהתאם לסוג ומהות הגופים המעורבים, **הכללים המוטלים על עורך המכרז** משתנים (כללים שחלים בניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, פיצויים בשל הפרת החוזה, פיצויים בשל ניהול לא תקין של מכרז, שינוי תנאי המכרז, זכויות וחובות המציע, חובות בעל המכרז כלפי המציע וחובות המציעים אחד כלפי השני), כדי לדעת **האם קיימת חובה לערוך מכרז** (בפרטי אין ובציבורי יש) **ומהי מערכת הכללים שתחול עליו** (דיני החוזים בפרטי או דיני המכרזים בציבורי (מקשה יותר)).

**פטור ממכרז:**

**עופר כיבוי אש נ' בתי זיקוק לנפט:** **תקנה 34(2א) לחוק חובת מכרזים** פוטרת ממכרז חברה הכפופה לחוק חובת המכרזים בהתקיים שלושה תנאים: 1) היות החברה בהפרטה. 2) מחזור התקשרויות מעל 1.75 מיליארד. 3) היקף התקשרות שאינו עולה על 2.5 מיליון ₪. הגנה על תכליות דיני המכרזים מחייבת פרשנות מצמצת של הוראות הפטור כך שהפגיעה בתכליות הנ"ל תהא מינימלית. עוד מתבקשת המסקנה כי הנטל להוכחת התנאים לפטור מוטל על הרשות המנהלית הטוענת לפטור. **בנוסף, אפילו אין תחולה ישירה של החוק, ראוי להחיל על הבקשה להצעת מחיר את עקרונות דיני המכרזים**.

**לאיזה ענף משפטי שייך תחום דיני המכרזים?**

מסווגים ושייכים בעיקר לשני ענפי משפט: 1) **משפט מנהלי:** מאופיין בסבירות. 2) **דיני חוזים וטרום חוזיים:** מאופיין בתו"ל. דה פקטו הם מגיעים לאותה תוצאה, אך המונחים של סבירות לא קיימים במשפט הפרטי והמונחים של תו"ל לא קיימים במשפט הציבורי. שניהם יחדיו מכוננים את המושג שנקרא: "**דואליות נורמטיבית**" (**פס"ד חברת החשמל לישראל נ' מליבו ישראל בע"מ**)= שני ענפי משפט שונים החלים על אותו גוף (פרטי/ציבורי). למשל חברה חשמל. ענפי המשפט הם בדר"כ המשפט החוזי והמנהלי.

**משפט מנהלי- מאפיינים:**

1. **עקרון החוקיות-** לרשות מנהלית מותר לעשות אך ורק פעולות אשר החוק הסמיך אותה לעשות. לעומת הפרטי, בהם מותר לי לעשות מה שאני רוצה כל עוד זה לא פוגע באחר (מותר לי לפגוע, אך אני אהיה אחראית על המעשים שלי). הדבר לא תמיד פשוט משום שלא תמיד החוק כתוב בצורה מפורשת ונדרש מביהמ"ש לעשות פעולה פרשנית.
2. **עקרון הסבירות-** ככל שיש לרשות מנהלית סמכות, היא צריכה לקבל החלטה במרחב הסבירות. מכאן:
* אם אין סמכות 🡨 חריגה מסמכות 🡨 ביטול הפעולה.
* יש סמכות 🡨 האם ההחלטה היא סבירה? כן- מעולה!. לא-חורגת מתחום הסבירות-> ביטול הפעולה.

**תחולת דיני חוזים בהקשר המכרזי בשני שלבים:**

1. **במהלך המכרז עצמו=מו"מ לקראת כריתת החוזה-** אני רוצה להגיע למצב כריתת חוזה שמוציא לפועל את העסקה/שירות שאני רוצה. כל המהלך בו אני בודקת תוצאות, תנאי סף, מחירים וכו'- הם שלב ביניים עד להגעה של כריתת החוזה. מנק' הראות של דיני החוזים, המכרז הציבורי מהווה שלב טרום חוזי או סוג של מו"מ שמנהלים צדדים לקראת כריתתו של חוזה. לחלופין מהווה המכרז הציבורי חוזה "נספח", הכולל את כללי המשחק שהצדדים למכרז הסכימו עליהם. ע"כ, לפי נק' ראות זו, המכרז הציבורי הוא הליך הכפוף לדיני הטרום-חוזים או חוזה מיוחד הכפוף לעקרונות של דיני החוזים: תו"ל (לא שקול לרשות המנהלית משום שלא מעניין אותה מה קורה בין מציעים שונים). לפי הפסיקה- במצב של סתירה בין שתי הנורמות העדיפות היא לתחולת המשפט הציבורי (המינהלי).
2. **לאחר סיום ובחירת הצעה זוכה-** המכרז הוא הזמנה להציע הצעות. מציעים מגישים בצעה (בלתי חוזרת) בהתאם לתנאי המכרז. ברגע שוועדת המכרזים מחליטה לבחור בהצעה יש קיבול ויש חוזה. הקיבול יוצר את החוזה.

**הטלת חובה לערוך מכרז על גופים ציבוריים (חוק חובת המכרזים)/רשויות מקומיות (השאר):**

**חובת מכרז:**

* **ס' 2(א)****[[1]](https://www.nevo.co.il/law_html/law01/242_001.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn2%22%20%5Co%20%22) לחוק חובת המכרזים-** "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא עפ"י מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".
* **ס' 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש]-** לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי.
* **ס' 192 לצו המועצות המקומיות (א) 1950-** לא תתקשר מועצה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה, אלא על פי הוראות התוספת הרביעית.
* **ס' 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי״ח־1958-** לא תתקשר המועצה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא בהתאם להוראות שבתוספת השנייה.

**כיצד פותרים סתירה בין חקיקה ספציפית לחוק הכללי (גם בפטור- תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), תשנ"ג-1993)?** **פס"ד נצרת עלית**: הכלל הכללי של תקנה 1ב לתקנות המכרזים ("גוף ציבורי יהיה רשאי שלא לפרסם או לפרסם באופן חלקי את החלטתו כאמור בתקנת משנה (א) מטעמים של ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, קשרי מסחר בין-לאומיים, ביטחון הציבור, או לפרסם באופן שאינו מגלה סוד מסחרי או מקצועי של המשרד") גובר על הכללים הספציפיים. במקרה זה של פקודת העיריות למשל. גם הכלל הכללי של חובת מכרזים תמיד גובר.

**עיקרון השוויון:**

1. **בזכות להשתתף בתחרות-** כדי שלא רק מי שמקורב לצלחת יזכה, אלא שתהיה הזדמנות שווה לכולם. יש בזה אינטרס כלכלי וחברתי.
2. **בזכות השווה לזכות במכרז (פס"ד קראון)-** צריך להקפיד שהתחרות עצמה תנוהל בשוויון בהתאם לכללים שנקבעו מראש. "מתן יתרון מקדמי למי מהמשתתפים בו חותר תחת יסוד זה. אין מדובר בפגם שהוא טכני-פורמאלי, אלא בפגם מהותי היורד לשורשו של עניין. וכן ברור ומובן, כי מכרז הנערך מתוך ידיעה מראש שייבחר משתתף מסוים פגום הוא ופסול. יש בכך פגיעה בעקרון השוויון, ומשום חוסר תום-לב וחוסר הגינות".
* **בעיה:** במכרז הציבורי השוויון גובר על היעילות. יש תנאים וצריך לעמוד בכולם. לא ניתן לחרוג מהם.

**על מי חלה החובה לערוך מכרז (חובה פרסונלית)?**

1. **כפופים מכוח חקיקה-** החובה לערוך מכרז חלה על אותם גופים שכפופים לחוק חובת מכרזים- אלו שנמנים בס' 2- המדינה, מוסדותיה, קופות חולים, אוניברסיטאות וכו'. בנוסף, גוף שכפוך להסדרים נורמטיביים נוספים קיימים: רשויות מקומיות, מערכת הביטחון וכו'.
2. **כפיפות מכוח דוק' דואליות נורמטיבית-** כמו למשל גופים דו מהותיים לפי **פס"ד התאחדות הכדורגל. המבחנים:**
3. האופי של אותו הגוף- פרטי בעל אופי ציבורי? 1) שנותן שירותים ציבוריים. 2) ממומן מכספי ציבור.
4. בהנחה שהגוף הוא גוף פרטי בעל אופי ציבורי, האם חלה חובה במקרה הקונקרטי (חובה קונקרטית/ מהותית)? האם לעסקה הספציפית (רכישת זכויות שידור למשל) יש אופי ציבורי שמחייב יציאה למכרז (נבדוק כדי לא להעמיס יותר מידי על אותם גופים)? איך נבדוק? בפס"ד למשל:
5. מדובר בזכות ייחודית (זכות השידור) המהווה מקור הכנסה עיקרי ומשמעותי לגוף.
6. ההתקשרות היא לתקופה ארוכה.
7. ככל שמדובר בזכות השיווק והניהול של זכויות שידור קיים חשש למונופוליזציה ומתן השפעה מכרעת לגורם אחד בשוק זה.
8. ההתאחדות עצמה הנהיגה בעבר שיטה של מכרז ביחס לזכויות השידור ונהגה בעניין זה כרשות מינהלית.

בנוסף, צריך לבדוק:

1. האם המקרה חס תחת אחד הפטורים לעריכת מכרז לפי ס' 4?
2. איזה סוג של מכרז חל במקרה הנדון? פומבי/סגור/פנייה.
* הדינים החלים על גופים דו מהותיים: עיקרי המשפט הציבורי ובתוכם גם עיקרי עקרונות המכרז כפונקציה המתבקשת מכללי השוויון. אין מדובר בהחלה גורפת של כל פרטי דיני המכרזים אלא ביישום סביר, הגיוני ותקין של מדיניות שוויונית בחלוקת נתחי העסקאות והעבודות המתבצעים עבור הגוף הנוגע בדבר.
1. **גופים פרטיים** באופן חד משמעי (לא גופים דו מהותיים) **לא כפופים בצורה מפורשת** לפי **פס"ד** **בית יוליס**.
* **סוגי השירותים המחייבים מכרז לפי ס' 2(א) לחוק חובת המכרזים-** טובין (ציוד) נכס מטלטלין, עסקה במקרקעין, ביצוע עבודה ורכישת שירותים (ניקיון, אחזקה ועוד). בהענקת רישיונות לפי **עומר דקל** (מדובר בטובת הנאה כלכלית שמעניקה הרשות כריבון לפרט המתקשר):
1. **הענקת רישיון למשאב בלתי מוגבל-** מקצועות: עו"ד/רו"ח/רופא. בדר"כ יש תנאים וצריך לעמוד בהם, מי שמוכשר ועומד בתנאים מקבל את הרישיון- אין צורך במכרז.
2. **הענקת רישיונות למשאב מוגבל מכוח רגולציה**- רישיון למוניות, מכסות לייבוא ביצים ובשר וכו'. קשור למדיניות הרשות בעניין. מחייב מכרז.
3. **הענקת רישיונות למשאבי טבע מוגבלים מטבעם**- גז, נפט ועוד. מחייב מכרז.
* לדעת **עומר דקל** הפסיקה ב**מיטראל** (הענקת רישיון היא לא "עסקה" ולכן אין צורך במכרז) איננה מתקבלת על הדעת, שכן כאשר מדובר במשאב ציבורי של כולם, יש צורך לערוך מכרז שוויוני.

**חריגים למכרז:** פטור ממכרז וסוגים שונים של מכרזים שלא מקיימים את עקרון השוויון ועקרון התחרות החופשית מס' 2.

**פטורים מעריכת מכרז- כיצד מפעילים ומתי?:**

* **ס' 4(א)(1) לחוק חובת המכרזים (מנחה את המוציא לפועל של החוק)-** על שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות סכומים או סוגי עסקאות ונהלים לסיווג עסקאות, שלגביהם, על אף האמור בסעיף 2: (א) לא תהיה חובה לערוך מכרז כלל; (ב) בתקנות לפי סעיף זה ייקבעו, בין היתר, פטורים מחובת מכרז להתקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש ולהתקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז, ותנאים למתן פטורים כאמור.
* **סה"כ יש 82 הוראות פטור מעריכת מכרז בתקנות חובת המכרזים** (34 ספציפיות בתקנה 3, השאר כלליות (תקנות: 5- בעלי מקצוע מומחים, 25- מנהל מקרקעי ישראל, 34- חברות ממשלתיות ו39- תאגידים סטטוטוריים)). בנוסף, מלבד לחוק הכללי, יש חוקים אחרים: מערכת הביטחון- **תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), תשנ"ג-1993-** תקנה 3.
* משרד האוצר: "הפטור נועד לייעל ביורוקרטיה, לקצר תהליכים, לפתור בעיות אד־הוק דחופות ולאפשר למשרדים לתפקד". בפועל- מעגלים פינות באמצעות הפטורים.

**קיום של עילת פטור (תנאי מהותי)- נעבור על חלק מהתקנות בתקנות חובת המכרזים:**

* **תקנה 3(1)-** כאשר יש התקשרות ששוויה אינה עולה על 50,000₪ מאפשרים פטור. ניתן לעשות זאת רק פעמיים בשנה ובסכום שלא עולה על 100,000 ₪. **הרציונל-** מדובר בסכומים קטנים ולא שווה לצאת למכרז (עלות-תועלת). ע"כ, זה המקרה היחיד שלא חייב אישור של ועדת פטור כלשהי. מגבילים כדי שלא ינצלו את הפטור.
* **תקנה 3(2)-** מאפשרים פטור כאשר ההתקשרות: 1) נדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש. 2) יש להתחיל בביצוע ההתקשרות בתוך שני ימי עבודה או פחות. 3) ההתקשרות בהיקף ולתקופה המזעריים הנדרשים בנסיבות כאמור. 4) אם ועדת הפטור המשרדית אישה את מתן הפטור. **הרציונל-** דחיפות המקרה. **הבעיה-** הפרשנות בתקנה 3(2) היא פתוחה מאוד והלשון רחבה מאוד. כל מקרה הוא סובייקטיבי (יכול להיות מקרה בו 5 שנים זו תקופה מזערית לעומת אחר בו שנה זו תקפה ארוכה מאוד). ההנחיה לפרשנות היא בהתאם למטרה- עריכת מכרז ולא פטור.
* **תקנה 3(3)-** פטור כאשר ההתקשרות בעסקה: 1) אשר עריכת מכרז לגביה עלולה לפגוע פגיעה מהותית בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בכלכלתה, בביטחון הציבור, או בסוד מסחרי או מקצועי של המשרד; 2) עלה שווי ההתקשרות על 2,500,000 שקלים חדשים – 3) טעונה ההתקשרות את אישור החשב הכללי, או מי שהוא הסמיכו לכך. **רציונל-** סודיות. בעיה- מדובר בלשון רחבה שיוצרת בעיה ולכן עלינו לפרש בחומרה.
* **תקנה 3(4)(ב)- המשך התקשרות עם ספק קיים-** בהתקשרות המשך בתנאים זהים לתנאי ההתקשרות הראשונה או מיטיבים עם המזמין, בנסיבות שבהן השמירה על האחידות נדרשת מטעמי חיסכון ויעילות: צריך אישור של 2 ועדות: 1) ועדת המכרזים 2) ועדת הפטור המשרדית. **רציונל-** להקשות את קבלת הפטור מחשש התקשרות עם ספק קיים- גם על הספק עצמו, שניתן לעשוק אותו, וגם על ספקים אחרים, שלא יאפשרו להם להתחרות. בעיה- מדובר בלשון רחבה שיוצרת בעיה (מהם טעמי החיסכון והיעילות..?) ולכן עלינו לפרש בחומרה.
* **תקנה 3(29)-** ספק יחיד- התקשרות עם מי שלפי זכויות מכוח דין או בהתאם למצב הדברים בפועל הוא היחיד המסוגל לבצע את נושא ההתקשרות, לאחר בחינת קיומם של ספקים לפי תקנה 3א(א). **רציונל-** אין תועלת ביציאה למכרז אם יש רק אחד. **בעיה-** איך נדע האם אותו ספק הוא ספק יחיד? מהו ספק יחיד? יהיה ניסיון לתפור לספק אחד את המכרז (פס"ד עופר כיבוי אש). **פתרון-** התקנה מפנה אותנו **לתקנה 3א(א)-** היא נותנת את הפתרון לשאלה הזו- כדי לדעת האם מדובר בספק יחיד צריך: 1) חוות דעת של מומחה במכרז שחווה את דעתו בכתב. 2) פרסום באתר אינטרנט לתקופה של עשרה ימי עבודה לפחות, ושלחה לכל מי שהוא מנוי על קבלת הודעות לפי תקנה 15. **הרציונל-** שקיפות ומתן יכולת לתבוע בביהמ"ש.
* **תקנה 3(28)- תקנת סל-** התקשרות שלגביה נתקיימו: 1) נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז, 2) אישור כפול: של וועדת הפטור/ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל (לעניין הענקת זכויות במקרקעין בידי מינהל מקרקעי ישראל) ושר האוצר. 3) מטעמים מיוחדים שיירשמו, לפטור אותה מחובת מכרז. **רציונל ו2 בעיות:** 1) לשון רחבה הנותנת גמישות ודינאמיות- מה זה נסיבות מיוחדות ונדירות? 2) מצד אחד רוצים לצמצם את הוראת הפטור ודורשים אישור כפול (תקנה מקשה), ומצד שני רוצים לתת פתרון למקומות שבהם המחוקק לא חשב על כל המקרים (תקנה מקלה- הרציונל).
* **היחס בין תקנת הסל לתקנות, למשל תקנה 25(29)-** **פס"ד תעשיית אבן וסיד**- 1) אין מניעה עקרונית כי הרשות תיתן פטור ממכרז מכוח תקנה 3(28) גם אם ניתנו בעבר החלטות מכוח תקנות פטור אחרות. 2) אין יסוד לשלול סמכות מפורשת שהוקנתה לרשות בתקנה 3(28) לתקנות, בנסיבות שבהן קיימת הצדקה להתקשרות ללא מכרז, אך אין בנמצא הוראת פטור קונקרטית שניתן להסתייע בה. 3) גם בלשון התקנות קשה למצוא בסיס לטענה כי מדובר בתקנות המוציאות אחת את רעותה, וזאת משום שתקנה 25 מקנה סמכויות ב"נוסף על האמור בתקנה 3".
* **תקנה 5- התקשרות עם בעלי מומחיות:**
1. התקשרות משרד לביצוע עבודה או לרכישת שירותים אינה טעונה מכרז אם היא אחת מאלה: (1) התקשרות לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים, במקצועות התכנון, העיצוב, הגרפיקה, ההנדסה, האדריכלות, מדידה, או שמאות המקרקעין, למעט התקשרות עם אדריכל לתכנון מבנה ציבור אשר יש בתכנונו ענין אדריכלי-ציבורי; (2) התקשרות לביצוע עבודה הדורשת יחסי אמון מיוחדים, לרבות עריכת דין, ראיית חשבון, בוררות, ייעוץ או ביצוע מחקר; (3) התקשרות לביצוע עבודה מדעית או ספרותית; (4) התקשרות בתחום רכישת השכלה או הכשרה מקצועית.
2. מכרז להתקשרות עם אדריכל לתכנון מבנה ציבור אשר יש בתכנונו ענין אדריכלי-ציבורי, יכול שייעשה לפי סדרים וכללים שייקבעו בידי ועדת המכרזים, על אף האמור בתקנות אלה.
3. (1) התקשרות כאמור בתקנת משנה (א) תיעשה, ככל הניתן, בדרך של פנייה תחרותית להצעות, לפי תקנת משנה (ד);
4. פנייה תחרותית לקבלת הצעות תיערך כך:

(1)   ועדת המכרזים תבדוק כמה הצעות הבאות בחשבון מתוך רשימת המציעים, לפי תקנה 16, ועל פי אמות מידה כאמור בתקנה 22, לרבות מחיר ההצעה; פנייה תחרותית לקבלת הצעות אפשר שתיעשה כהליך עם בחינה דו-שלבית, בהתאמה, הוראות תקנה 17ד;

(2)   אם בעקבות הפנייה לקבלת הצעות הוגשו פחות משלוש הצעות, ועדת המכרזים לא תפתח את ההצעות, אלא תשיבן למציעים, ותערוך פנייה נוספת, לכל המציעים שאליהם פנו מלכתחילה או לכל המציעים שהשיבו לפנייה הראשונה, כפי שתחליט ועדת המכרזים, וכן לחמישה מציעים נוספים לפחות או לכל המציעים ברשימת המציעים לאותו סוג של התקשרויות, לפי הנמוך מביניהם; ועדת המכרזים רשאית שלא לערוך פנייה נוספת אם הפנייה המקורית היתה לעשרה ספקים לפחות, או באישור ועדת הפטור המשרדית אם ראתה שאין בכך תועלת בנסיבות העניין.

* **תקנה 34(2א)-** **עופר כיבוי אש נ' בתי זיקוק לנפט:** פוטרת ממכרז חברה הכפופה לחוק חובת המכרזים בהתקיים שלושה תנאים: 1) היות החברה בהפרטה. 2) מחזור התקשרויות מעל 1.75 מיליארד. 3) היקף התקשרות שאינו עולה על 2.5 מיליון ₪. הנטל להוכחת התנאים לפטור מוטל על הרשות המנהלית הטוענת לפטור. בנוסף, אפילו אין תחולה ישירה של החוק, ראוי להחיל על הבקשה להצעת מחיר את עקרונות דיני המכרזים.

**פרשנות מצמצמת של עילות הפטור (העדפת מכרז פומבי רגיל) (תנאי מהותי):**

* **תקנה 1ב.(א)-** גם אם אותו גוף יכול לקבל פטור עפ"י התקנות הקיימות, עדיין חובה עליו להעדיף מכרז כאשר הדבר מתאפשר. **הרציונל-** מניעת עומס על החשב הכללי של משרד האוצר ומניעת ניצול לרעה של הפטורים.
* **תקנה 1ב.(ב,ג,ד)-** החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות בדרך של מכרז פומבי מוגבל, סגור, שלא בדרך מכרז מוגבל תיעשה לפי תקנות אלה, לאחר בחינת האפשרות לערוך מכרז פומבי רגיל וככל שמוצדק וסביר בנסיבות העניין לבצע את ההתקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל.
* **תקנה 1ב.(ה)-** גוף ציבורי יעשה כל שניתן כדי שהתקשרות לא תהפוך דחופה, באופן המצריך התקשרות בפטור ממכרז לפי תקנה 3(2) או באופן המצריך עריכת מכרז ממוכן מהיר לפי תקנה 19ה. **הרציונל-** הפרשנות בתקנה 3(2) היא פתוחה מאוד והלשון רחבה מאוד. כל מקרה הוא סובייקטיבי (יכול להיות מקרה בו 5 שנים זו תקופה מזערית לעומת אחר בו שנה זו תקפה ארוכה מאוד). ההנחיה לפרשנות היא בהתאם למטרה- עריכת מכרז ולא פטור.

**מתן אישור לפטור מגורם מוסמך (הפעלת מנגנון פיקוח באמצעות ועדת פטור כללית/משרדית/שר אוצר) (תנאי דיוני):**

1. **הקמת וועדות פטור ייחודיות בכל משרד:**
* **תקנה 10א-** ועדת פטור משרדית במשרדי ממשלה תהיה **מורכבת מ**: 1) המנהל הכללי של המשרד. 2) חשב המשרד. 3) היועץ המשפטי של המשרד.
* **סמכויות הועדה-** לאשר פטורים עפ"י הנדרש מכל תקנת פטור.
1. **הקמת וועדות פטור כללית- גוף מפקח עליון- במקרים מיוחדים של משרד האוצר:**
* **תקנה 11-** הועדה תהיה **מורכבת מ3 חברים וביניהם**: 1) החשב הכללי או נציגו. 2) היועץ המשפטי או של משרד האוצר או נציגו.
* **סמכויות הועדה-** לאשר פטורים עפ"י הנדרש מתקנות הפטור כגוף יחיד לאישור או כגוף נוסף.
1. **שר האוצר** גם כן מכהן כגוף המאשר את הפטור על פי חלק מהתקנות.
2. **מכרזים של רמ"י (רשות מקרקעי ישראל)- הקמת ועדת פטור של מנהל מקרקעי ישראל:**
* **תקנה 28(א)-** מועצת מקרקעי ישראל תמנה ועדת פטור. היא תהיה **מורכבת מ**: 1) היועץ המשפטי של המינהל או נציגו. 2) חשב המינהל או נציגו (בתקנות אלה - ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל). 3) נציג משרד האוצר החבר במועצה, או עובד המדינה אחר מבין חברי המועצה - אם אין בין חברי המועצה נציג משרד האוצר.
* **תקנה 28(ב)-** החלטות ועדת המכרזים על מתן פטור בהתקשרויות כאמור בתקנות 25(22) ו-25(29) או כאשר שווי ההתקשרות עולה על 5 מיליון שקלים חדשים, **טעונות אישור ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל** בנוסף לס' 11 וכו'.

**המבחן למתן פטור ע"י הועדה:**

1. לוודא כי נסיבות ההתקשרות שלגביה תבקש פטור עריכת מכרז פומבי תואמות את התנאים הנדרשים באחת הוראות הפטור הקבועות בתקנות חובת המכרזים. עמידה בדרישה זו מהווה תנאי הכרחי, אך לא מספיק, לאישור ההתקשרות ללא עריכת מכרז. כלומר, האם בנסיבות המקרה הזה ניתן לשקול פטור במכרז.
2. על ועדת המכרזים להשתכנע שקיים בנסיבות העניין טעם ענייני להימנע מעריכת מכרז פומבי, ושצורת ההתקשרות המבוקשת עדיפה על התקשרות באמצעות מכרז פומבי. כמו כן, ועדת המכרזים צריכה לבחון אם ניתן להשיג את מטרת ההתקשרות גם באמצעות ״פטור רך״ (מכרז סגור/הגרלה) מחובת המכרז הפומבי, ובמקרה שכך הדבר- להעדיף פתרון זה על פני פטור גורף מעריכת מכרז.

**מתי נרצה אישור של שתי ועדות?** כשמדברים למשל על התקשרויות בעלויות גבוהות/ בנושאים בעיתיים נרצה אישור כפול של עוד מוסד נוסף שיאשר את הפטור הזה.

**נימוק החלטת הפטור ופרסומה (תנאי דיוני):**

* **תקנה 1ג(א)-** אם גוף ציבורי החליט לא לצאת ממכרז ולנצל את הפטור שיש לו בתקנות הוא חייב דבר ראשון לנמק את ההחלטה שלו ולפרסם אותו באינטרנט תוך 5 ימי עבודה מקבלת ההחלטה. זאת למעט התקשרות לפי תקנה 3(1). **הרציונל-** 1) שקיפות- ככל שגוף יהיה מחויב לפרסם את ההחלטה, סביר להניח שנראה פחות שחיטות וכו'. 2) ברגע שמפרסמים את ההחלטה כל מי שלא מסכים להחלטה לפטור ממכרז, הוא יכול לעתור לביהמ"ש המחוזי לעניינים מנהליים/ ביהמ"ש העליון (תלוי מי הגוף שמחויב למכרז).
* **תקנה 1ג(ב)-** גוף ציבורי יהיה רשאי שלא לפרסם או לפרסם באופן חלקי את החלטתו כאמור בתקנת משנה (א) מטעמים של ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, קשרי מסחר בין-לאומיים, ביטחון הציבור, או לפרסם באופן שאינו מגלה סוד מסחרי או מקצועי של המשרד. **הרציונל-** מבינים שלעיתים בעייתי לפרסם.
* **תקנה 1ג(ג)-** תקנת משנה (א) לא תחול על חברה ממשלתית וחברה בת ממשלתית בפעולות שבהן פטר אותה שר המשפטים באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת מתחולת חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, לפי סעיף 2(9) לחוק. **הרציונל-** מבינים שלעיתים בעייתי לפרסם.

**סוגי המכרזים הפומביים:**

* כל המכרזים הם פומביים (למעט מקרים ספציפיים של ביטחון). הפומביות היא בפרסום ההזמנה.
* **סוגי המכרזים:** 1) פתוח. 2) סגור. 3) הרשמה והגרלה. 4) גמיש. **איך קובעים את סוג המכרז?** מטרות המכרז. חייב להיות קשר בין התכלית שביסוד המכרז לבין תנאי ההשתתפות בו.
* **הדרך הראויה לבחירת הצעה זוכה:** בתחרות חופשית בין המציעים או בהגרלה.

**מכרז פתוח:**

מכרז פומבי + שוויוני הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו. הזדמנות שווה= להשתתף ולזכות. סוג מכרז זה הוא ה"דיפולט"- נראה זאת לפי **ס' 2(א)-** " אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו.". המהלך הכללי של המכרז הפתוח:

1. **הכנת מכרז-** **קביעת תנאים:**
2. תנאי סף- תנאים שאנו קובעים כדי לתת מינימום של מי יכול לגשת למכרז. במידה וקובעים יותר מידי תנאים יש חשש שמדובר בתפירת חליפה.
3. אמות מידה- אלו שיעזרו לנו להגיע להחלטה בנוגע למכרז- מי יזכה ומי לא.
4. **פרסום הזמנה פומבית להגשת הצעות-** הפרסום יכול להיות בכל מיני דרכים: אתר יפעת- אליו אפשר להירשם ולקבל באופן שותף את ההזמנות השונות בכל מיני תחומים, פרסום בעיתון/ מדיה וכו'. בצד זה לפעמים צריך לרכוש את **חוברת המרכז** (בדר"כ בסכום סמלי) שהם מפרטים את "כללי המשחק". ככל שהפרויקט יותר גדול ומורכב סביר להניח שחוברת המכרז תהיה יותר עבה מבחינת עמודים. אם העלות של החוברת גבוהה זה בדר"כ כדי לצמצם מראש אנשים (זו גם שאלה משפטית- עד כמה אפשר לצמצם במכרז שאמור להיות פומבי ושוויוני).
5. **הגשת הצעות עד למועד קבוע וסופי**.
6. **הליך ביניים של בירורים, עדכונים, תיקונים**- זה שלב אופציונלי שחייב להיות מאורגן במסמך שנקרא מכרז עוד בשלב הראשון שמקדם הליך ביניים. למשל- כשאמות המידה לא מתאימות.
7. **פתיחת תיבת המכרז במועד קבוע וסופי-** יש כללים לפתיחה כדי למנוע מצבי שחיתות. בוחנים את תקינות ההצעות- האם הן עומדות בתנאי הסף ולא מעבר ואז ממיינים הצעות שהן תקינות והצעות שהן מפלות. בחירת הזוכה היא לפי אמות המידה בשלב הבא.
8. **בחירת זוכה עפ"י אמות מידה**.

**מכרז סגור:**

* **חריג למכרז הפתוח-** **ס' 4(א) לחוק חובת המכרזים.**
* **מהו?** לפי **תקנה 1- הגדרות לתקנות חובת המכרזים:** "מכרז שבו הפנייה לקבלת הצעות מופנית לספקים מסוימים בלבד לפי תקנה 4". **פס"ד אילת**- **קבוצת מציעים מסוימת**= זה לא חייב להיות רשימה של מציעים אליהם אנו פונים, אלא גם לקבוצה מסוימת מוגדרת (מעין קטגוריה של אנשים שניתן מראש לזהותם ככאלה). **דקל מוסיף תנאי חשוב להבנת המכרז הסגור**: "מכרז שההשתתפות בו פתוחה בפני ציבור מסוים בלבד מוגדר מטעמים שאינם נובעים ממהות ההתקשרות". **בעיה-** קביעה מה נובע ממהות ההתקשרות ומה לא. למשל- תנאי של מעל גיל 40- יכולים להגיד כי זה מעיד על ניסיון ואז זה קשור.. **בפס"ד אילת** **מתעלמים מהתוספת הזו של דקל** וקובעים כי התנאי היחיד להאם אופי המכרז הוא סגור/פתוח הוא האם הוא לקבוצת מציעים מסוימת ולא לכלל הציבור. כלומר, אפשר שגם להיקף הכמותי של המשתתפים יש משמעות בסיווגו של המכרז כ״סגור״.
* **ביקורת שיפוטית בקיום מכרז סגור-** **שני שלבים (ככה לבדוק במבחן):**
1. סמכות- האם ניתן להפעיל מכרז סגור:
2. לבדוק האם קיימת סמכות בחוק לערוך מכרז סגור לפי תקנה 4, 26 (**הרחבה בנקודה הבאה**).
3. האם מדובר במכרז סגור/ פתוח? לא כל מה שכתוב עליו "מכרז".. אותו מכרז יכול בתנאים מסוימים להיחשב לסגור ובאחרים לפתוח- תלוי מה המטרה שלו ומה המאפיינים של הקבוצה המתחרה.
4. סבירות- ברגע שאנחנו רואים ומחליטים האם המכרז הוא סגור, ללא קשר לכותרת, יש לבדוק האם בנסיבות המקרה הפעלת המכרז הסגור סבירה בנסיבות העניין. **פס"ד רוזנברג**:
5. רלוונטיות הגבלת זהות המשתתפים ביחס למטרות המכרז (**הרחבה בעוד 2 נקודות**). האם עצם הסגירה תממש את מטרות המכרז?
6. אבחנה בין אפליה פסולה לאבחנה מותרת, בהתאם למטרות המכרז, מאפייני הקבוצה השונים.
* **מתי משתמשים במכרז סגור?** **תמיד יש לזכור את תקנה 1ב(ג) רבתי לפיה העדיפות היא תמיד למכרז פתוח, שכן מכרז סגור מלכתחילה פוגע ומגביל את אלמנט השוויון עבוד קבוצה מוגדרת מראש.**
* **תקנה 4**- אם הרשות המקומית נמצאת באחת הסיטואציות שתקנה 4 מונה היא יכולה לקיים מכרז סגור ולא פתוח:
* **4(2)** התקשרות לרכישת טובין או שירותים: (1) בעלי תכונות מיוחדות ואפיונים בלתי נפוצים לרבות ציוד רפואי, (2) תרופות, (3) נסיובים או תרכיבים, (4) עסקה שעניינה ביטוח (5) ועסקה שעניינה פרסום או יחסי ציבור בעלי תכונות ואפיונים כאמור (6) ובלבד שקיים מספר מצומצם של ספקים מתאימים בכוח לגבי אותה התקשרות ויראו את כל הספקים כאמור כרשימת המציעים למכרז סגור ותחול תקנה 16(ד) ו-(ה) בשינויים המחויבים.
* **4(6)-** התקשרות שעניינה מחקר ופיתוח.
* **4(7)-** התקשרות כאמור בתקנה 3(5)(א)(2) (=(5)(א) התקשרות עם חברה ממשלתית, כהגדרתה בתקנה 3ד(א), להזמנת טובין, עבודה או שירותים שוועדת הפטור של המשרד של השר הממונה על החברה הממשלתית/ ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל (לעניין הענקת זכות במקרקעין בידי מינהל מקרקעי ישראל) אישרה כי היא נעשית במסגרת הסכם מסגרת, כמשמעותו בתקנה 3ד, בתוך תקופת הסכם המסגרת ובלבד שיתקיימו כל אלה: (2) החברה הממשלתית התחייבה כי התקשרויותיה עם צדדים נוספים, ככל שהן נובעות מן ההתקשרות עם המדינה, ייעשו במכרז).
* **4(8)-** התקשרות בעסקה אשר פרסום מכרז פומבי על אודותיה עלול לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בביטחון הציבור.
* **4(9)-** התקשרות עם נכה צבא הגנה לישראל לניהול מזנון במשרד, לפי רשימת מציעים שעליהם המליץ אגף השיקום במשרד הביטחון ויראו רשימה זו כרשימת המציעים למכרז סגור ותחול תקנה 16(ד) בשינויים המחויבים.
* **תקנה 26**- מכרז סגור- רמ"י (רשות מקרקעי ישראל)- מונה תנאים שמאפשרים לרשות מנהלי מקרקעי ישראל לערוך מכרז סגור, שבמהלכו גם ניתן לערוך הגרלה, לביצוע עסקה במקרקעין:
* **26(1)-** הענקת זכויות בהתאם לתקנה 25(1) עד (7), (10), (11), (13) עד (15), (17) ו-(19) עד (21), במקרים שבהם מעוניינים במקרקעין שניים או יותר, הממלאים אחר התנאים המצוינים בכל אחת מהפסקאות האמורות, לפי העניין.
* **26(2)-** הענקת זכויות במקרקעין במסגרת תכנית "בנה ביתך" או לקבוצות בעלות אופי ייחודי, הכל באזורים בהם היצע המקרקעין עולה על הביקוש או יש למדינה ענין מיוחד בעידוד ההתיישבות.
* **26(3)-** הענקת זכויות במקרקעין לבניה למגורים בשכונות מצוקה או בשכונות שיקום, על פי המלצת משרד הבינוי והשיכון ובהתאם למבחנים שוויוניים.
* **26(4)-** הענקת זכויות במקרקעין לבניית יחידה אחת למגורים לנכה לצורך מגוריו, אם הוא נכה גפיים תחתונות לצמיתות, בדרגה של שבעים וחמישה אחוזים או יותר, והוא אזרח ישראל.
* **מה ההצדקות לסגירת המכרז?**
1. **עלות-תועלת-** חיסכון בזמן ובכסף. אם אנחנו לחוצים בזמן/ אם אנחנו יודעים מראש כי פרויקט מכוון לאוכלוסייה מסוימת/ להצדקה חברתית מסוימת, אין למה לפתוח אותו לכולם.
2. **סודיות וביטחון-** בסיווג בטחוני גבוה אין אפשרות לקיים מכרז פומבי (תקנה 4(8) לתקנות חובת המכרזים).
3. **העדפה לסקטור מסוים מטעמים כלכלים או סוציאליים.** למשל תקנה 26 של שיווק ע"י רמ"י, שכן מדובר בגוף ציבורי המנהל משאב מתקלה ומוגבל ולכן ההנחה היא שיש לסטות מעיקרון השוויון והתחרות וטעמים אלו.
* **ניהול המכרז הסגור:** **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 כלהלן:
1. כללה רשימת המציעים לסוג מסוים לא יותר מעשרה מציעים, תפנה ועדת המכרזים לכולם;
2. כללה רשימת המציעים יותר מעשרה מציעים- תפנה ועדת המכרזים לחמישה מציעים לפחות;
3. הספקים שאליהם מופנות ההזמנות להציע הצעות ייבחרו ככל הניתן בסבב מחזורי לפי נוהל כאמור בתקנה 16(ה).

**16א.(ב)-** ביקשה ועדת המכרזים להתקשר עם נכה צבא הגנה לישראל לניהול מזנון במשרד לפי תקנה 4(9), תכלול באמות המידה לבחירת ההצעה הזוכה לפי תקנה 22 גם את צורכי השיקום של כל מציע כפי שיקבע אגף השיקום במשרד הביטחון.

* **הסכנות בעריכת מכרז סגור:**
1. **שחיתות- תפירת חליפה-** תפירה של תנאי מכרז כדי שיתאימו למציע ספציפי, שגם בדר"כ משלם על כך כסף.
2. **עקיפת החובה לערוך מכרז פתוח-** הנדוס של מכרז סגור כדי לעקוף את החובה.
3. מכיוון שמדובר בציבור מסוים, בדר"כ יש **למציעים השונים היכרות אחד עם השני**, ולכן יכולה להיווצר בעיה של קשירת קשר ותיאום מחירים בשל ידיעה מוקדמת של המתחרים. אדם יכול לדעת איך לתמחר את ההצעה שלו כך שתהיה נמוכה יותר מהשאר וכך הוא יזכה.
4. **פגיעה בתחרות + יעילות** (אם יש מתחרים פוטנציאלים שאנחנו לא יודעים עליהם).

**איך מחליטים- מכרז פתוח, סגור, פטור..?**

**פס"ד עיריית אילת-** **מבחן של שיקול דעת רחב אם לקיים מכרז פתוח/סגור/פטור-** על אף תקנות 25 (פטור מחובת מכרז לעסקה במקרקעין) ו- 26 (מכרז סגור או הגרלה), "הסמכות לעשות כן נתונה בידו; ובשאלה, אימתי ראוי לו לקיים מכרז (מקום בו הופטר כליל מחובת מכרז (או לקיים מכרז פומבי) מקום בו הוסמך להסתפק במכרז סגור), מוטל על המינהל להכריע, בגדר שיקול-דעתו, על-פי נסיבותיו של המקרה הנתון", שכן הן נועדו להקל ולא להכביד על המינהל את מהלכיו.

**הרשמה והגרלה:**

* **הגדרה:** **ס' 32 לחוק החוזים:** מנגנון הקצאה שהזכייה בו "תלויה בגורל בניחוש או במאורע מקרי, יותר מאשר בהבנה או ביכולת". **ס' 224 לפקודת העונשין:** הגרלה- כל הסדר שלפיו ניתן בהעלאת גורלות או באמצעי אחר, לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה, והזכייה תלויה בגורל יותר מאשר בהבנה או יכולת.
* **מהלך המכרז בהרשמה בהגרלה:**
1. הכנת המכרז- קביעת תנאים עפ"י מטרת המכרז. יש רק תנאי סף, לא אמות מידה (זו המשמעות של הגרלה).
2. פרסום הזמנה להרשמה של משתתפים שזהותם נקבעת מראש עפ"י תנאי המכרז.
3. רישום משתתפים למכרז עד למועד הקבוע.
4. בדיקת כשירות הנרשמים.
5. עריכת הגרלה (בדר"כ המועד מסוים) במעמד של מפקחים מסוימים.
6. בחירת זוכה.
* **איך זה תחת דיני המכרזים?** שכן, אחד האלמנטים של המכרז הוא תחרות (דקל). **פס"ד עיריית אילת**- הוצאת התחרות לא פוגעת במהות המכרז, אין אמנם לרשות הציבורית אינטרס בתוצאות ההגרלה, אך עדיין מוטל עליה לערוך את המכרז בשוויון והגינות. חוק חובת המכרזים חל על ההגרלה.
* **מתי נערוך הגרלה?** ביהמ"ש קובע בצורה מפורשת שהוא לא נכנס לתוך הוריד של רשויות המנהל השונות, אך הוא נותן בכל זאת תנאים למתי נכנס למכרז בהגרלה. המבחן **בפס"ד עיריית אילת** הוא- **כאשר מספר המועמדים, המקיימים את תנאי הזכאות, גדול מהיקף המשאבים שבידי הרשות להעמיד.** מוטל על הרשות לבחור את הזוכים על-פי אמת מידה שוויונית והדרך המקובלת לבחירה כזאת היא עריכת הגרלה בין כלל המועמדים, שהם כולם בבחינת זכאים בכוח. הגרלה נחשבת כאמצעי בחירה נאות, שכן **בעריכתה נשמר שוויון** הסיכויים בתחרות בין המועמדים. עם זאת, עריכת הגרלה היא אמצעי שוויוני רק אם אוכלוסיית המועמדים נבחרה **על-פי אמת מידה שוויונית** ותוך **התחשבות במהות התכלית הציבורית** שהרשות מבקשת להגשימה. אם נראה, על רקע כלל הנסיבות הידועות, שהרשות התעלמה משיקול שהוא חיוני להגשמת התכלית הציבורית שהמכרז נועד להשיגה, או חדלה מלייחס לו את משקלו הראוי, תתחייב המסקנה, שתנאי המכרז לוקים באי-סבירות.

**מכרז גמיש/מעין מכרז/דמוי מכרז/מו"מ תחרותי/מכרז מיוחד:**

* **מהו?** מכרז הכולל הליך של מו"מ בתוכו. **הרציונל-** שאיפה להנות מ2 העולמות- מצד אחד לאפשר הליך תחרותי, התוחם את שיקול הדעת של נציגי הרשות ומתווה כללי משחק קבועים מראש. מצד שני לאפשר לנציגי הרשות די גמישות ושיקול דעת לעריכת התקשרות אופטימלית עבור הרשות. **איפה המו"מ בא לידי ביטוי/מה המשמעות של המכרז?** המכרז כולל בתוכו תנאי המאפשר בשלב מסוים, טרם ההכרזה על זכייה של מציע, הליך של מו"מ. **מה המטרה של הליך המו"מ?** לתת למציעים השונים הזדמנות לשפר את ההצעות שלהם.
* **למה עשו בכלל מכרז מסוג מכרז גמיש?** עד 2009: 1) הייתה פגיעה בשוויון- היו עורכים מו"מ רק עם חלק מהמציעים כדי שיעברו את תנאי הסף וישתתפו במכרז. 2) היו עורכים מו"מ כך שהמכרז יתאים רק למציע מסוים- מכרז למראית עין. **איך תקנה 7 משפרת את המצב?** הסדרה- קבעו רק מצבים מסוימים בהם ניתן לערוך את המו"מ, דרך לערוך את המו"מ (פקחים, פרוטוקול, דרך להגשת ההצעה מחודשת וכו') וכו'.
* **מתי נערוך מכרז גמיש?** **תקנה 7(א):**
1. התקשרות לביצוע מיזם בעל מורכבות טכנולוגית מיוחדת, או מיזם הדורש איתנות פיננסית משמעותית.
2. התקשרות לביצוע מיזם משולב של בניה ועסקה לרכישת זכויות במקרקעין.
3. התקשרות המנויה בפסקאות (6) ו-(7) **בתקנה 4: (6)** התקשרות שעניינה מחקר ופיתוח; **(7)** התקשרות כאמור בתקנה 3(5)(א)(2): 3(5)(א) התקשרות עם חברה ממשלתית, כהגדרתה בתקנה 3ד(א), להזמנת טובין, עבודה או שירותים שוועדת הפטור של המשרד של השר הממונה על החברה הממשלתית/ ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל (לעניין הענקת זכות במקרקעין בידי מינהל מקרקעי ישראל) אישרה כי היא נעשית במסגרת הסכם מסגרת, כמשמעותו בתקנה 3ד, בתוך תקופת הסכם המסגרת ובלבד שיתקיימו כל אלה: (2) החברה הממשלתית התחייבה כי התקשרויותיה עם צדדים נוספים, ככל שהן נובעות מן ההתקשרות עם המדינה, ייעשו במכרז.
4. התקשרות המנויה בפסקאות (14) או (14א) **בתקנה 3: (14)** התקשרות בעסקה שעניינה (1) מתן אשראי או קבלתו, (2) השקעת כספים, (4) קבלת שירותים בנקאיים, (5) מכירה או רכישה של ניירות ערך, (6) או פעולות אחרות בשוק ההון, (7) ובלבד שהחשב הכללי או מי שהוא הסמיך אישר זאת; **(14א)** התקשרות שעניינה מכירת זכויות במקרקעין של דייר מוגן לפי חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, וכן התקשרות לרכישת זכויות במקרקעין אם המקרקעין המסוימים דרושים לשימוש המשרד בשל אחד מאלה: (א) מיקומם המיוחד או בשל תכונה ייחודית אחרת; (ב) צורך דחוף מטעמים של ביטחון הציבור, בריאותו או לצורך קידומם של יעדים ציבוריים וזאת בהחלטה מנומקת, בהיקף ולתקופה המזעריים הנדרשים בנסיבות העניין; (ג) צורך בהמשך ההחזקה במקרקעין, אם מעבר מהמקרקעין יהיה בעל השלכות כלכליות משמעותיות ובלבד שסך כל ההתקשרויות בפטור ממכרז במקרקעין מסוימים לא יעלה על 25 שנים; ואולם החשב הכללי רשאי בהחלטה מנומקת לאשר התקשרות כאמור אף אם סך כל התקופות האמור עלה על 25 שנים;
5. התקשרות לרכישת זכות במקרקעין לשימושו של המשרד.
6. התקשרות המנויה **בתקנה 5(א):** התקשרות משרד עם מתכנן (אדריכל, מהנדס, מתכנן, יועץ, מנהל פרויקט, מפקח, שמאי מקרקעין ומודד) לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים בענף התכנון.
7. התקשרות לרכישת טובין או שירותים בעלי תכונות מיוחדות ואפיונים בלתי נפוצים, לרבות ציוד רפואי, תרופות, נסיובים או תרכיבים, עסקה שעניינה ביטוח ועסקה שעניינה פרסום או יחסי ציבור בעלי תכונות ואפיונים כאמור.
* **תקנה 7(ב):** החלטת ועדת המכרזים בדבר ניהול משא ומתן, לרבות האפשרות שלא לנהל משא ומתן לפי תקנת משנה (ה), **טעונה הודעה במסמכי המכרז**, ובמכרז פומבי – גם פרסום בהודעה על עריכת המכרז הפומבי, כאמור בתקנה 15.
* **תקנה 7(ג):** **ועדת המכרזים תנהל מכרז לפי תקנה זו כך:**
1. ועדת המכרזים תקבע רשימה סופית של המציעים למו"מ.
2. ועדת המכרזים תנהל משא ומתן עם כל מציע מקבוצת המציעים הסופית, תוך הקפדה על מתן הזדמנות הוגנת לכל המציעים שעמם מנוהל המשא ומתן כמפורט להלן: (א) בדרך שתבטיח רישום פרוטוקול אשר ישקף את תוכנו של המשא מתן; (ב) בנוכחות היועץ המשפטי שהוא חבר הוועדה או נציגו; (ג) בלא שיהיה מגע כלשהו בין חבר ועדת המכרזים או מי שמטעמו לבין מי מהמציעים אלא בדרך של משא ומתן מתועד.
3. כל פעולה שנעשתה במסגרת המשא ומתן, לרבות הפנייה למציע, חילופי הדברים והמסמכים ותוכנו של המשא ומתן, יירשמו בפרוטוקול. **הרציונל-** שקיפות.
4. **הצעה מחודשת-** בסיום המשא ומתן יהיה כל מציע מקבוצת המציעים הסופית רשאי, במועד שתקבע ועדת המכרזים, להגיש לתיבת המכרזים הצעה סופית; לא הגיש מציע הצעה נוספת, תהיה הצעתו הראשונה הצעה סופית.
5. לאחר הגשת ההצעות הסופיות, לא ינוהל עוד משא ומתן עם המציעים. **הרציונל-** סופיות.
6. ועדת המכרזים תבדוק את כל ההצעות של המציעים, לרבות הצעותיהם הראשונות ותיתן את החלטתה לפי תקנה 21.
* **תקנה 7(ה):** **ועדת המכרזים רשאית להחליט שלא לנהל משא ומתן עם המציעים, בהתקיים אחד מאלה:** (1) טרם החלו בניהול משא ומתן עם מי מהמציעים; (2) אם כל המציעים הסכימו לוותר על ניהול משא ומתן.
* **המכרז הגמיש לא חל על הרשויות המקומיות:** לעומת כל הנאמר, ברשויות מקומיות, בס' 18א רבתי לתקנות העיריות מכרזים קובע (נקבע לאחר קריאה חזקה להסדרת השחיתות ברשויות המקומיות שהיו עורכות מכרזים גמישים ללא שום מסגרת/תנאים/ביקורות בפס"ד מ.ג.ע.ר): "לא ינוהל מו"מ עם משתתף במכרז בטרם נקבע הזוכה במכרז". מדובר בס' שסוטה מההסדר שנקבע ב2009, 10 שנים לאחר מכן, בחוק חובת המכרזים. **זו דוג' לדיס הרמוניה חקיקתית**.

**הרחבה- הוועדות:**

* בכל ועדת מכרזים חייב להיות חשב- איש מקצוע חשבונאי, ויועץ משפטי- איש מקצוע משפטי.
* התקנות מתאימות את עצמן למציאות הקיימת, הן גמישות ונותנות את המרחב למשרדים השונים.

**הוועדות השונות:**

**וועדת המכרזים:**

* **תקנה 8(א)(1)-** מנהל כללי (מנכ"ל) של משרד רשאי למנות למשרד מבין עובדי המשרד ועדת מכרזים אחת או יותר.
* **הרכב ועדת המכרזים- תקנה 8(א):** (א) המנהל הכללי (המנכ"ל) של המשרד יהיה יושב ראש הוועדה, או מי שהוא מינה לנציגו; (ב) חשב המשרד או מי שהוא מינה לנציגו; (ג) היועץ המשפטי של המשרד או עורך דין שהוא מינה לנציגו; (ד) עד שני חברים נוספים שימנה המנהל הכללי, אם החליט לעשות כן ורשאי הוא, במקרים חריגים, למנותם שלא מבין עובדי המשרד אם מצא כי בנסיבות המקרה קיים הכרח לכך *ובלבד שנימק את החלטתו בכתב*;
* **מעמד החשב והיועמ"ש:**

**תקנה 10(ב):**

* התפקיד של החשב הוא למעשה לוודא שהעסקה במכרז היא במסגרת התקציב של אותו המשרד ("**עניינים תקציביים**"). התפקיד של היועץ המשפטי הוא לוודא שניהול המכרז נמצא בגדר סמכות ("**עניינים משפטיים**"- לדוג' האם המשרד יכול לנהל מכרז סגור).
* **שניהם רק ממליצים**. ועדת המכרזים תטה המון פעמים לסטות מחוות הדעת של החשב/ יועמ"ש של הוועדה.

**הוראות התמ"כ:**

* אין למנות כיושב ראש ועדת מכרזים את חשב המשרד או נציגו וכן לא את היועץ המשפטי של המשרד או נציגו.
* החלטה של ועדת המכרזים (פרוטוקול ההחלטה) לא תחשב להחלטה סופית/תקפה עד לחתימתה או אישורה על ידי היועץ המשפטי והחשב. זאת, אף אם הם או אחד מהם נעדרו מישיבת הועדה, אלא אם אי חתימה שלהם או של אחד מהם נובעת מהפעלת סמכותם לפי סעיף 2.4.1.1.3 לעיל.

**ועדה עצמאית ליחידת סמך:**

**תקנה 8(ב)-** התקנות מאפשרות לשר או למנהל יחידת הסמך (אם הוסמך לכך בידי השר) להקים וועדת מכרזים (אחת או יותר) עצמאית (שאינה כפופה למנהל הכללי) שתנהל את המכרז. מה זו יחידת סמך? רשות הפועלת במסגרתו של משרד ממשלתי, אך נהנית מעצמאות מסוימת, יחסית ליחידות הפועלות כחלק אינטגרלי של המשרד. **ההרכב יהיה בתקנה 8(א)-** אותו הרכב, אך בהקשר המיקרו של אותה יחידת סמך.

**ועדה מקצועית:**

**תקנה 8(ג)-** התקנה מאפשרת לשר להקים **ועדה מקצועית ספציפית בנוגע לנושא מסוים**. למשל, משרד המדע רוצה לצאת במכרז בנוגע למשרה של מחקרים/סקרים. מדובר בנושא ממוקד וספציפי שדורש התמקצעות ספציפית מעבר לוועדת המכרזים. התקנות מכירות בתקנות כאלה ומאפשרים לשר להקים ועדה זו. **הרכב הועדה היא כמו בתקנה 8(א)**.

**ועדה בינמשרדית:**

**תקנה 8(ד)-** החשב הכללי רשאי למנות ועדות מכרזים בינמשרדיות נפרדות **לנושאים שהם משותפים למספר משרדים**; בראש ועדה כאמור יעמוד החשב הכללי או סגנו, ובין חבריה יהיו המנהלים הכלליים של המשרדים הנוגעים בדבר, היועץ המשפטי של אחד המשרדים הנוגעים בדבר, חשב של אחד המשרדים כאמור, או נציגו של כל אחד מאלה. **הרציונל-** כשיש פרויקט מסוים בעניין טכני (ולא מהותי) כמו רכישת מכוניות/ריהוט לעובדים השונים, כאשר אנו מדברים על מטרה מסוימת, לפעמים זה יותר כלכלי ויעיל (מבחינת זמן) לצאת למכרז אחד, לחלוש על כל המשרדים.

**ועדה אד-הוקית:**

**תקנה 8(ה)-** החשב הכללי רשאי למנות ועדת מכרזים מיוחדת **למכרזים מרכזיים או לעניינים מיוחדים** (קצת דומה לוועדה מקצועית, שכן היא מוקמת לצורך מסוים). היא מוקמת בדר"כ כאשר יש הכרח כלכלי/חוסר בזמן. דוג'- מתן זיכיון לערוץ 2. **הרכבה-** בראש הועדה יעמוד החשב הכללי או נציגו, ובין חבריה יהיו נציג נוסף של החשב הכללי וכן היועץ המשפטי של משרד האוצר או נציגו.

**תפקידי ועדות המכרזים:**

התפקידים מתחלקים ל-4.

**תפקידיה בשלב הטרום חוזי:**

**תקנה 8א(א):**

1. להחליט על כל התקשרות לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, שמבצע משרד או יחידה במשרד למעט התקשרות כאמור בתקנה 3(1), (2) ו-(8).
2. להחליט על הליך של פנייה מוקדמת לקבלת מידע, ולבצע הליך כאמור, לפי תקנה 14א.
3. להחליט על סוג המכרז, לפי תקנות 17ב עד 17ו, ו-19ג עד 19ה.
4. להחליט על עריכת מכרז ולאשר את מסמכי המכרז.
5. לסווג התקשרות כאמור **בתקנה 9**: **9.(א)(1)** משרד או יחידה במשרד, המבקשים לבצע התקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל, יביאו את בקשתם לפני ועדת המכרזים; הוראה זו לא תחול על התקשרות כאמור בתקנה 3(1), (2) ו-(8); **(2)** החליטה ועדת המכרזים לאשר התקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל, תסווג את ההתקשרות לפי תקנות 3, 4, 5, 7, או 19ה; **(3)** ועדת המכרזים תדון בבקשה כאמור בפסקה (1) בשים לב להוראות תקנה 1ב, ואם החליטה כאמור בפסקה (2), תנמק את ההחלטה ואת הסיווג בשים לב להוראות התקנה האמורה.

**דוג':** משרד הבריאות פונה לוועדת המכרזים ואומר שיש צורך במכונות הנשמה. הוא יסביר לוועדת המכרזים- אנחנו צריכים ככה מכונות, הזמן שאנחנו רוצים הוא ככה וכו'. ועדת המכרזים תחליט על ההתקשרות- אם לצאת למכרז או לא. הועדה מחליטה על סוג המכרז (פתוח, סגור וכו'), על עריכת המכרז ואישור מסמכי המכרז. הועדה כפופה בעצם למשרד שבתוכו היא פועלת ולא יכולה להחליט דברים על דעת עצמה.

**תקנה 17ב:** ועדת המכרזים רשאית לקבוע כי מכרז ייערך כמכרז עם שלב מיון מוקדם (תקנה 17ג- מכרז זה יערך כך...), כמכרז עם בחינה דו-שלבית (תקנה 17ד), כמכרז פומבי עם הליך תחרותי נוסף (תקנה 17ה), או כמכרז מסגרת (תקנה 17ו), או בשילוב של דרכי המכרז האמורות.

**תקנה 9:** יש לוועדה כובע נוסף כוועדת פטור, כאשר היא מאשרת פטור ממכרז (לעיתים בנוסף לוועדת פטור משרדית) (תקנה 9(א)(1)). כאשר היא נדרשת לדון ולקבל פטור ממכרז היא צריכה לשים קודם כל לב לתקנה 2- שקובעת שחייבים לצאת למכרז פומבי שנותן שוויון לכל המתחרים ותקנה 1ב רבתית לפיה קיימת תמיד עדיפות למכרז פומבי. אם היא החליטה לתת פטור, עליה לנמק את ההחלטה בפרוטוקול (תקנה 9(א)(3)) וללכת לפי המבחנים (מפורט תחת "פטורים מעריכת מכרז").

בנוסף, ועדת המכרזים רשאית להתנות אישור לפי תקנת משנה (א) בתנאים, לרבות בדבר דרישה לפרסום פומבי או אחר של ההליך לבחירת המתקשר, ובדבר ניהול משא ומתן במסגרת אותו הליך (תקנה 9(ב)).

**אישור ועדת הפטור**, **תקנה 12:** 12(א) החלטות ועדת המכרזים על מתן פטור ממכרז, למעט בהתקשרות הטעונה אישור החשב הכללי בהתאם לתקנה 3, או החלטותיה כי התקשרות טעונה מכרז סגור, והכל כאשר שווי ההתקשרות עולה על 4,000,000 שקלים חדשים, למעט החלטה בדבר התקשרות עם חברה ממשלתית במסגרת הסכם מסגרת, לפי תקנה 3(5), טעונות אישור ועדת הפטור.

12(ג) ועדת הפטור תיתן החלטותיה לפי תקנות אלה, בתוך שלושים ימים ממועד קבלת הפנייה ובלבד שהתקבלה פנייה שלמה וכל המסמכים שיש לצרף לה בהתאם להוראות שנקבעו לעניין זה לפי תקנה 24(א)(2); לא ניתנה החלטה במועד זה, תועבר ההחלטה לוועדת הפטור המשרדית; על החלטה של ועדת הפטור המשרדית כאמור, אין אפשרות להגיש השגה לפי תקנה 10א(ו).

**תקנה 9(א)(2)-** החליטה ועדת המכרזים לאשר התקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל, תסווג את ההתקשרות לפי תקנות 3, 4, 5, 7, או 19ה.

**תפקידיה בשלב פתיחת המכרז:**

**תקנה 8א(5):**

* + - 1. **לבדוק הצעות שהוגשו במכרז או בעקבות פנייה לקבלת הצעות.** **סמכויות הועדה בשלב זה: תקנה 20(א)-** בדיקת ההצעות תיעשה בידי ועדת המכרזים בתוך זמן סביר ממועד פתיחת תיבת המכרז. אין זמן מסוים כדי לתת גמישות ומשום שיש הבדל בין מכרז למכרז. זה תלוי בסוג הרכישה, סוג המכרז, מצב חירום וכו'. **תקנה 20(ב)-** נתגלו בהצעות טעויות סופר או טעויות חשבוניות, רשאי יושב ראש ועדת המכרזים לתקנן; התיקון ייעשה במהלך בדיקת ההצעות בידי הועדה ויירשם בפרוטוקול; הודעה על התיקון תימסר למציע.
			2. **לפסול או לדחות הצעה שהוגשה כאמור (למשל אם לא עומדים בתנאי הסף).** **סמכויות הועדה בשלב זה: תקנה 20(ד)-** הוועדה יכולה לפסול החלטות אם הן חסרות/מוטעות/מבוססות על הנחות בלתי נכונות/מבוססות על הבנה מוטעית של נושא המכרז/הצעות שעולה מהן שבקיום ההתקשרות ייפגעו זכויות עובדים, זולת אם החליטה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו. בנוסף, ועדת המכרזים תדחה הצעות שלא מתקיימים בהן התנאים לפי תקנה 6א(א) ((1) המציע או מי מבעלי הזיקה אליו הורשע בשלוש השנים שקדמו למועד האחרון להגשת ההצעות במכרז בשל הפרת דיני העבודה (2) המציע או מי מבעלי הזיקה אליו נקנסו על ידי מפקח עבודה שמונה לפי סעיף 5 לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985, בשנה שקדמה למועד האחרון להגשת ההצעות במכרז ביותר משני קנסות בשל הפרת דיני העבודה (**בעל זיקה=** חבר בני אדם שנשלט/שנשלט שליטה מהותית ע"י הספק וכו'), זולת אם החליטה אחרת לפי תקנה 6א(ב) (על אף הוראות תקנת משנה (א), רשאית ועדת מכרזים להחליט מטעמים מיוחדים שיירשמו שלא לדחות הצעה במכרז אף אם התקיים לגביה אחד התנאים כאמור; בהחלטה כאמור רשאית הוועדה להתחשב, בין השאר, בהתנהלותו של המציע או בעל הזיקה אליו, בדרך כלל, בכל הקשור לשמירת זכויות עובדים וכן ביחס שבין היקף פעילות המציע או בעל הזיקה אליו שבשלה הורשע או נקנס בשל הפרת דיני העבודה לבין היקף פעילותו הכולל).
			3. **להזמין מציע כדי לברר פרטים בהצעה ופרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטה** (אם למשל בסיטואציה מסוימת חסרות נקודות מסוימות במסמכים שהוגשו על ידי מציע מסוים).
			4. **לבחור את ההצעה המתאימה ביותר/ כמה הצעות מתאימות/ להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא** (לא כזה פשוט. מותנה בהרבה תנאים).

**תקנה 8(6)-** **לנהל מו"מ עם מציעים במכרז** לפי תקנה 7.

**פס"ד קל בניין**- **ביהמ"ש לא מחליף את שיקול דעתה של וועדת המכרזים, אך הוא בודק האם היא פעלה בסמכות והאם הסמכות הופעלה בצורה סבירה.** רק סטייה מהותית מעקרונות יסוד של ניהול מכרז תקין תצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת הוועדה. **בודקים אם הייתה סטייה גם לפי החקיקה וגם לפי נוסח המכרז עצמו-** המכרז עצמו קובע את מסגרת ניהול המכרז ואת מתחם המותר והאסור בנוהלי קבלת ההצעות והטיפול בהם, בכפוף לעקרונות היסוד של דיני המכרזים. מתחם המותר והאסור ביישומם של כללי המכרז הספציפי נגזר במידה רבה מאופיו המיוחד של המכרז ומתכליותיו.

**תפקידיה בשלב בחירת זוכה:**

* + - 1. **בדיקת ובחירת הצעות- תקנה 21(א)-** לאחר סיום בדיקת כל ההצעות ובירור יתר הפרטים הנדרשים תיתן ועדת המכרזים את החלטתה; הועדה רשאית להחליט על בחירת ההצעה המתאימה ביותר או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא, והכל במטרה להבטיח את מרב היתרונות לעורך המכרז.
			2. **הגשת הצעה חוזרת ומשופרת-** **תקנה 21(א1)-** נעשה אמדן של שווי ההתקשרות, כאמור בתקנה 17א, וכל ההצעות שהוגשו למכרז מרעות עם עורך המכרז לעומת האמדן, רשאית ועדת המכרזים לקבוע כי כל המשתתפים במכרז שבקבוצת המציעים הסופית יגישו הצעת מחיר חוזרת ומשופרת, לפי תקנה 17ה(2). מדובר **בהצעה נפסדת=** הצעה נמוכה מהאומדן הריאלי שיש בה סיכון שהפרויקט לא יצא לפועל כי המציע יפשוט רגל.
			3. **בחירת זוכה-** **תקנה 21(ב)-** ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה או היקרה ביותר (תבחר את היקרה ביותר כאשר מדובר בעסקאות במקרקעין משום שבעסקאות של מכירת קרקע הרשות מוכרת את הקרקע והיא תקבל עליה יותר כסף), לפי העניין, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, הזדמנות להביא טענותיו בפניה.
			4. **כאשר הועדה לא יכולה לקבל החלטה היא רשאית להיוועץ עם יועץ מקצועי-** **תקנה 8א(10)-** להיוועץ במי שאינו חבר בוועדת המכרזים לרבות במי שאינו עובד של עורך המכרז; **להמלצה בלבד-** **תקנה 8א(ב)-** ועדת המכרזים אינה רשאית לאצול את תפקידיה לפי תקנת משנה (א)(1) עד (12), ואולם רשאית היא למנות ועדת משנה שתביא לפניה המלצה בכל אחד מהנושאים כאמור, ואפשר כי החברים בוועדת המשנה, כולם או חלקם, לא יהיו חברים בוועדת המכרזים. **כלומר,** מדובר בהמלצה בלבד והועדה לא יכולה להסיר את האחריות ממנה, העצה לא יכולה להחליף את ההחלטה של וועדת המכרזים. יש עדיין לעשות דיון ולשקול את כל האלטרנטיבות.

**תפקידיה לאחר סיום המכרז:**

**תקנה 8א(א):**

1. להחליט על חילוט (עיקול/החרמה) ערבות מכרז, לפי תקנה 16ב. הערבות נועדה בעיקר להבטיח את הקיום של המכרז לאחר זכייתו של מציע כזה או אחר.
2. להחליט על מימוש זכות ברירה של משרד הכלולה בחוזה, לפי תקנה 3ג;
3. לאשר שינוי מהותי בתנאי חוזה שנכרת בעקבות מכרז;
4. לקבל כל החלטה הנדרשת לצורך ביצוע תפקידיה;
5. כל תפקיד אחר שנקבע לה לפי תקנות אלה ולפי כל חיקוק.

**תנאים לעבודת וועדת המכרזים הנכונים לכל השלבים:**

* **דרכי קבלת ההחלטות-** **תקנה 10(א):** 1) ההחלטות יתקבלו ברוב קולות. 2) ההחלטות יהיו מנומקות ככל האפשר מטעמי שקיפות. **פס"ד מתן שירותי בריאות**- ברם, עצם קיומה של חובת הנמקה לא קובעת מסמרות בשאלה מהי מידת ההנמקה שתידרש בכל מקרה ומקרה. טיב ההנמקה, אורכה ומידת פירוטה ייגזרו – בין היתר – ממאפייניו של המכרז וממהותה של השאלה העומדת להכרעה. 3) ההחלטות יירשמו בפרוטוקול שייחתם בידי חברי הועדה הנוכחים בישיבה. 4) רוב חברי ועדת המכרזים יהיו מנין חוקי בישיבות הועדה ובלבד שנכחו בישיבות המנויים בתקנה 8(א)(1)(א-ג).
* **ניגוד עניינים-** **תקנה 10(ג):** היה לחבר ועדת המכרזים, לקרובו, או לתאגיד שהוא בעל ענין בו, או ליועץ או לחבר ועדת משנה ענין אישי (רווח אישי- מיטיב עמו או עם קרובו) או מוסדי (רווח אישי של החברה שבה הוא עובד) בנושא הנדון בוועדה, לא ישתתף בדיון, ובמקומו ימונה חבר אחר לאותו נושא.
* **"קרוב"=** בן זוג, אח, הורה, צאצא וכן הורה או בן זוג של כל אחד מאלה.
* **"בעל עניין" בתאגיד=** מי שמחזיק בחמישה אחוזים או יותר מהון המניות המונפק של התאגיד או מכוח ההצבעה בו, מי שרשאי למנות דירקטור אחד או יותר מהדירקטורים של התאגיד או את מנהלו הכללי, מי שמכהן כדירקטור של התאגיד או כמנהלו הכללי, או תאגיד שאדם כאמור מחזיק עשרים וחמישה אחוזים או יותר מהון המניות המונפק שלו, או מכוח ההצבעה בו, או רשאי למנות עשרים וחמישה אחוזים או יותר מהדירקטורים שלו.
* **פס"ד י.ב.ם נ' משרד המשפטים**- **ברק**- **די בקיומו של חשש סביר אובייקטיבי** (של המתבונן מהצד) כדי לפסול את החלטתה של ועדת המכרזים, גם אם אין כל ראיה לכך שחשש זה מומש בפועל או היה ממומש בפועל. כלומר, מדובר במבחן מחמיר אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.
* **פס"ד אבן הבונים**- **היכרות בין מציע לחבר או יועץ בוועדה אינה יוצרת כשלעצמה משוא פנים פסול** (=הַעֲדָפַת אָדָם עַל אֲחֵרִים בְּשֶׁל חֲשִׁיבוּתוֹ, קִרְבָתוֹ, יְדִידוּת אֵלָיו וְכַו'), שכן מדובר בתחום קטן ומדינה קטנה ויכולה להיות היכרויות בין אנשים. כדי לשמור על יחס שוויוני חובה להעמיק היכרות עם שאר המציעים. הימנעות מהעמקה זו עלולה להפר את השוויון בין המציעים ולחייב את פסילת ההחלטה. **פס"ד** **אללטיף נ' שמואלי**- אין פסול בכך, שחבר בוועדה, **ששוכנע מטעמים כשרים**, שמועמד מסוים מתאים למילוי התפקיד יותר ממועמדים אחרים, יתקשר עם חברי ועדה אחרים ויביע את דעתו זו לפני ישיבת הוועדה גם אם מכיר את אותו מועמד קודם לכן. זאת **כל עוד אותו חבר ועדה לא גיבש עמדה סופית**, אלא הוא פתוח לשכנוע ולשינוי העמדה הלכאורית שאליה הגיע.
* **פס"ד אילן נ' עיריית תל אביב- אם יש חשש למשוא פנים, יש להעלותו בהזדמנות הראשונה הנקרית על דרכו של הטוען להיות נפגע.** טענה שהייתה ידועה בעת הליכי המכרז אך הועלתה רק לאחר שפלוני יצא מן המכרז וידו על התחתונה, טענה מעין-זו לא תישמע.
* **פס"ד אילן נ' עיריית תל אביב-** העיקר הוא עיקר השוויון- שוויון ההזדמנויות שיש להעניק לכל המועמדים ולכל ההצעות שבמכרז. כלומר, חשוב שיוון מהותי ולא פורמאלי שסותר את עקרון משוא הפנים.
* **פס"ד יוסי אילן (חשין)- עקרון העל: שקיפות- 3 רכיבים: דיווח, תיעוד וגילוי**: "כדי להבטיח כי ועדת מכרזים במכרז פנימי לאיוש מישרה תמלא תפקידה נאמנה, שומה עליהם על חברי הוועדה לדווח לוועדה בפרוטרוט על קשריהם עם המועמדים או עם מקצתם, על שיחות שהיו להם על-אודות המועמדים עם אנשים שלישיים או עם חברי הוועדה שלא במושב הוועדה, וכו'; חובה היא המוטלת על הוועדה לנהל פרוטוקול שישקף, למצער, את עיקרי הדברים שהיו בדיוני הוועדה ואת נימוקי הוועדה להחלטתה (אם לא נוהל- התוצאה נבחנת לפי נסיבות המקרה). פרוטוקול זה (בכפיפות לחריגים המקובלים כגון פגיעה בצנעת הפרט, גילוי סוד מסחרי וכיו"ב), יהיה פתוח לעיונם של כל המועמדים כולם. כך ניתן יהא להבטיח, למצער לכאורה, כי הוועדה פעלה כשורה וכי קוים עקרון שוויון ההזדמנויות".
* **כללי התנהגות של חבר ועדה (שאם לא עומדים בהם מדובר במעילה בתפקיד)-** למכרז יש להגיע: 1) **בלי שום עמדה מוקדמת** כדי לבחון בלב פתוח ובנפש חפצה (**יש להבחין** **בין דעה קדומה** (שתפסול את פלוני מהיותו חבר ועדת מכרזים- שכן דעה היא שאינה ניתנת להבקעה) **לדעה מוקדמת** (שאין בה כדי לפסול את אלמוני מהיותו חבר הוועדה. כלומר, דעה קדומה יותר מושרשת מדעה מוקדמת)). 2) **לא לתת יד למכרז תפור**.
* **משמעות הפגם:** ההסדר החוקי (תקנה 10ג) לא נותן מענה. לכן, האפשרויות הן: 1) ביטול המכרז (רק אם היה פגם מהותי בתנאיו). 2) ביטול ההחלטה ויציאה למכרז חדש. 3) הדחת אותו חבר ועדה או מראש או לאחר קבלת ההחלטה ואז ההחלטה מתבטלת.

**שלבי הכנת המכרז:**

**המטרה הסופית:** התקשרות עם הספק הטוב ביותר בתנאים הטובים ביותר עבור הרשות תוך שמירה על טוהר המידות ושוויון הזדמנויות בין המציעים.

**לימוד השוק-** הדבר הראשון שוועדת המכרזים צריכה לעשות זה ללמוד את השוק. הדבר יאפשר ניסוח מכרז מדויק יותר ויעיל יותר. מידת לימוד השוק משתנה בהתאם לנסיבות העניין. נלמד את השוק במיוחד כאשר מדובר בנושא התקשרות מורכב ומסובך: מחשב, תקשורת, תחום הרפואה.

**ההכנה בנויה מ3 שלבים:**

**(1) מקדמי- בחינת מטרת התקשרות + בדיקת אישור תקציבי:**

**תקנה 14א-** **ועדת מכרזים רשאית להחליט על עריכת פנייה מוקדמת לקבלת מידע מאנשי מקצוע, הדרוש לה לעניין התקשרות** (בעיקר ברכישת ציוד רפואי ולא איוש משרת מנהל ביה"ס כי כנראה שיש אמות מידה למי מתאים לאייש עמדה כזו ולכן לא נצטרך פנייה מוקדמת) (14א.(א)):

* מדובר בייעוץ בלבד.
* הפניה תעשה באופן פומבי (14א.(ב)).
* יכולות להיות כמה מטרות התקשרות (למשל- מטרה ראשונית רכישת בדיקת קורונה ומשנית מכשירים לתפעול הבדיקות).
* קבלת המידע וקיום דיון עם מי שנענה לפנייה ייעשו תוך שמירה על השוויון בין הפונים (14א.(ג)).
* שקיפות- ועדת המכרזים תתעד כל מידע שהתקבל וכל דיון שהתקיים עם מי שנענו לפנייה מוקדמת לקבלת מידע (14א.(ד)).
* מענה לפנייה מוקדמת לקבלת מידע לא יהווה תנאי להשתתפות במכרז שייערך בעקבותיו, לא יקנה יתרון במכרז למי שנענה לפנייה רק בשל כך שנענה לפנייה, ולא יחייב את שיתופי במכרז או התקשרות עמו בכל דרך אחרת (14א.(ה)).
* על מידע כאמור בתקנת משנה (ד) אשר בהסתמך עליו נערך מכרז שבו זכה מוסר המידע, תחול תקנה 21(ה), בשינויים המחויבים (14א.(ו)).

**(2) עיצוב כללי משחק של התקשרות- עיצוב "המכרז" + עיצוב החוזה שייכרת בין הרשות שדרשה את ההתקשרות לבין הזוכה במכרז- עיצוב "החוזה הנספח":**

* קביעת **מנגנון ההתקשרות** במכרז הראוי ביותר: פתוח/סגור/פטור/הרשמה והגרלה.
* **כללי מכרז**: 1) קביעת מחיר רצפה/תקרה/ללא מחיר- למשל לבדיקות קורונה. 2) שלבים. 3) כנס ספקים.
* **תקנה 17(ב)(1)-** קביעת **תנאי סף** בהשתתפות במכרז:
* **מהות תנאי הסף-** "כרטיס הכניסה" למכרז. מדובר בתנאי בל יעבור וביהמ"ש מקפידים על העמידה בתנאים. עם זאת, **ביהמ"ש לא ממהר לפסול תנאי סף הקבוע במכרז:** 1) שכן מדובר בעניין מובהק של שיקול דעת, והתערבות שיפוטית בתוכן המכרז תהא אך ורק במקרים ברורים וקיצוניים במיוחד של חריגה ממתחם הסבירות. 2) הוא לא יכול להחליט בעניין הזה משום שהוא לא מקצועי בו. ע"כ, הוא יחפש פרשנות שמסתדרת עם קיום תנאי הסף.
* 'סינון' מוקדם של המשתתפים הפוטנציאליים במכרז, איננה מהוה בהכרח אפליה, או פגיעה בעקרון השוויון, ובלבד ש'סינון' זה נעשה בהסתמך על שיקולים ענייניים (יש לבדוק בהתאם למקרה הספציפי). 'סינון' ענייני כזה, איננו אלא **הבחנה מותרת**, המבוססת על שוני רלוונטי, ועל כן, נשמרת במסגרתה הזדמנות שווה למציעים שווים (**חיות**- **פס"ד לשכת שמאי מקרקעין בישראל**). עם זאת, יש לצמצם את הדרישות כמה שניתן. **פס"ד נ.ע מעלות**- ניתן לקחת בחשבון מדיניות של העדפה מתקנת. מדובר בהחלטה סבירה. + באמצעות המכרז מתאפשר לרשות לפעול למימוש צרכי הציבור באופן העולה בקנה אחד עם מדיניותה הכללית + ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים שונים, לרבות בדבר ניסיונו של המעוניין להשתתף במכרז וחשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו.
* **ניסוח תנאי הסף-** **פס"ד מתן שירותי בריאות**- אי בהירות, עלולה להביא מציעים בכוח להימנע מלגשת למכרז בשל סברתם כי הם אינם מקיימים את תנאי הסף, ולחילופין להביא להשקעת יתר מטעם מציעים כדי לקיים תנאים שבדיעבד יתברר כי אינם נדרשים. בהימצא תנאי במכרז שאינו בהיר, וניתן לפרשו פירושים שונים, שהינם סבירים במידה שווה ומקיימים במידה שווה את תכליות המכרז, תועדף – מטעמים של הגינות – פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן.
* **קיימת חובת התנאה-** תנאי סף שהמחוקק קבע שחייבים להוסיף- **תקנה 6(א)**- השתתפות במכרז תהיה מותנית בתנאים הבאים: (1) רישום בכל מרשם המתנהל על פי דין הצריך לענין נושא ההתקשרות וכן קיומם של הרישיונות הנדרשים על פי דין; (2) אם קיים לענין נושא ההתקשרות תקן ישראלי רשמי כמשמעותו בחוק התקנים, תשי"ג-1953 - עמידה בדרישות התקן; (3) קיומם של כל האישורים והתצהירים הנדרשים לפי חוק עסקאות גופים ציבוריים, תשל"ו-1976 (בתקנות אלה – חוק עסקאות גופים ציבוריים); (4) במכרז לרכישת עבודה או שירותים עתירי כוח אדם- המצאת תצהיר בכתב של המציע ושל בעלי הזיקה אליו, בדבר קיום חובותיו של המציע בעניין שמירת זכויות עובדים, לפי דיני העבודה, צווי ההרחבה וההסכמים הקיבוציים החלים על המציע כמעסיק לצורך אספקת העבודה או השירותים.

**מה קורה כאשר לא מוסיפים את התנאים?** מדובר בפגם בהליך המכרז. בפועל- אנחנו נצמדים ללשון המכרז וביהמ"ש מאשר זאת. בדר"כ, כדי לצאת ידי חובה, הרשויות מוסיפות תנאי כללי שצריך לעמוד בתנאי התקנות והחוקים.

* **ניתן להתנות (יכולות להיחשב גם כהתניות סף) את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים- 6(ב)-** לרבות (רשימה פתוחה) תנאים בדבר נסיונו של המעוניין להשתתף במכרז, כישוריו, היקף פעילותו, עמידה בדרישות תקן ישראלי לא רשמי, חשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו, וקיומן של המלצות אודותיו.
* **תנאי סף של ניסיון קודם (תקנה 6(ב))-** הדרישה כוללת 3 מרכיבים (עליה להיות בהירה, מדויקת ולשרת את תכלית המכרז, את התוצאה אליה שואפים להגיע (ניסוח תוצאתי)):
1. המרכיב המהותי- המתייחס לסוג הניסיון הנדרש מהמציעים; לפרק הזמן המינימלי של ניסיון זה בביצוע העבודות; הספקת השירותים הסוג המבוקש במכרז. כולל: היקף ניסיון בתחום הרלוונטי, היקף כוח האדם, כמויות שסופקו, מספר התקשרויות בנושא, הגבלה מידתית בוותק, באיזה אופן נרכש הותק.
2. המרכיב הפרסונלי- המתייחס לשאלה במי צריכה להתקיים דרישת הניסיון- במציע עצמו, בנושאי משרה אצל המציע, בעובדי המציע או בכל גורם אחר? רלוונטי במצב של שותפות, מלכ"ר (מוסד ללא כוונת רווח)- מה קורה כאשר יש מציעם במשותף? האם הדרישה צריכה להתקיים אצל שניהם? ביהמ"ש הולך לדרישה המחמירה. אם המכרז דורש ניסיון של 5 שנים והוא שותק- הדרישה תהיה תקפה לכל המציעים במשותף.
3. המרכיב הראייתי- המתייחס להמלצות, לאישורים ולמסמכים אחרים שיש בהם כדי להעיד על קיומו של הניסיון הנדרש. נדרש רק שההמלצות יהיו רלוונטיות.
* **על תנאי הסף לפגוע כמה שפחות בחופש העיסוק-** **תקנה 2א(א)-** עורך מכרז לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע במכרז, אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז. **תקנה 2א(ב)-** קבע עורך המכרז תנאי בנושא מן **הנושאים המנויים בטור א' לתוספת**, המצב דרישה מחמירה יותר מהאמור בטור ב' לתוספת, או תנאי הדורש ניסיון מוכח בעבודה עם עורך המכרז או עם גופים אחרים המנויים בסעיף 2, ינמק את החלטתו במסמכי המכרז. זאת בשל החשש מתפירת חליפה/תנאים מוגזמים.

**הנושאים המנויים בטור א' לתוספת**:

1. ותק (טור א')- (טור ב':) דרישה כי למציע ותק של שנה בתחום הרלוונטי להתקשרות במכרז, או ותק בתחום כאמור השווה למשך ביצוע ההתקשרות המתוכנן, לפי הגבוה מביניהם; בכל מקרה, לא תעלה דרישה הוותק על חמש שנים.
2. ניסיון קודם (טור א')- (טור ב':) דרישה כי המציע ביצע עבודה אחת קודמת בהיקף כספי או כמותי השווה להיקף העבודה שבמכרז, או כי המציע ביצע עד שלוש עבודות קודמות, שההיקף הכספי או הכמותי של כל אחת מהן שווה למחצית ההיקף כאמור של העבודה שבמכרז.
3. היקף מחזור כספי (טור א')- (טור ב':) דרישה כי למציע מחזור כספי שנתי בשיעור של כפל ההיקף הכספי השנתי המוערך לביצוע ההתקשרות שבמכרז, לכל היותר; דרישה כאמור תתייחס לכל היותר לכל אחת משלוש השנים שקדמו להתקשרות.
4. היקף ייצור או הספקה (טור א')- (טור ב':) בחוזה לביצוע עסקה בטובין- דרישה להיקף ייצור או הספקה שאינה עולה על כפל ההיקף השנתי הנדרש במסגרת ההתקשרות; דרישה כאמור תתייחס לכל היותר לכל אחת משלוש השנים שקדמו להתקשרות.
* **חסרונות תנאי הסף:** נפספס הצעות טובות בשלב ההתחלתי. פתרונות: 1) הפיכת תנאי הסף לאמת מידה, כך שננפה/נוריד ניקוד בשלב יותר מתקדם של המכרז. 2) ניסוח המכרז כך שיהיו תנאי סף להשתתפות במכרז ותנאי סף נוספים להשתתפות לשלב. **יתרונות תנאי הסף:** 1) הגינות ותו"ל לגבי הצעות שבטוח לא יתקבלו. 2) מונע את החשש לפתח לשחיתות- תפירת תנאי סף. כעת זה מוסדר. 3) פותר את החשש לתפירת חליפה.
* **תקנה 17(ב)(2)-** **נוסח להצעת המשתתף במכרז** (טופס מוכן שהמשתתף מקבל), למעט אם החליטה ועדת המכרזים כי בנסיבות העניין אין מקום לכלול נוסח כאמור, מנימוקים שיירשמו.
* **תקנה 17(ב)(3)- חוזה התקשרות/נספח למכרז- נוסח החוזה בין מבקש השירות למציע**, לרבות לוח זמנים ותנאי תשלום, וכן התוכניות והמפרטים הנוגעים לביצוע החוזה.
* וועדת המכרזים מעצבת את אותו חוזה.
* בעוד **שחוזה לרכישת טובין** הוא פשוט, קצר ועם זמנים ברורים, **חוזה לרכישת שירות** הוא מורכב יותר- מכיל תנאי, סף, אמות מידה ולוח זמנים מורכבים יותר.
* קווים מנחים כלליים לעיצוב חוזה התקשרות: סוג ולשון החוזה, דגש על התוצאות ולא על ההליך (בג"צ (81/659), קביעת מנגנוני הערכה ופיקוח על רמת הביצוע של ההתקשרות, הגדרת התפקידים והיחסים שבין ספק השירות לבין הרשות, קביעת משך ההתקשרות, קביעת מנגנון פיצוי במקרה של הפרה (ראוי שיימצא, אך לא תמיד נמצא).
* **תקנה 17(ב)(4)/ תקנה 16ב(א)-** קביעה האם לבקש **ערבות** מהמציעים (לא חובה). אם ההשתתפות מותנית בערבות יש לקבוע את סוג הערבות, תנאיה, גובהה ומשכה. היא יכולה להיות סכום קבוע/אחוז מסוים מההצעה.
* הוראה זו מנוסחת בלשון כללית מידי. לכן בקובץ הוראות התכ"מ נקבע ככלל **ששיעור הערבות הנדרש יהיה 5% מערך ההתקשרות כולל מע"מ**. בנוסף, נקבע **שיש לקבוע במשך הערבות מועד מדויק** שעד אליו הערבות צריכה להיות בתוקף ולא שנדרשת ערבות לתקופה של חודשיים למשל, משום שלא בטוח ממתי מתחילים לספור את הימים.
* **תכלית הערבות**:
1. חילוט- להבטיח לעורך המכרז כי אם המציע יחזור בו מהצעתו במועד שהוא כבר לא רשאי לעשות כן, יעמוד לרשותה של הרשות המנהלית מקור זמין ומיידי לשיפוי נזקיה, ללא כל צורך בהוכחת נזק בביהמ"ש. 🡨 אמצעי הרתעה.
2. מניעת קשירת קשר בין המציעים- מציע הזוכה או העתיד לזכות יפרוש מהמכרז ובעקבות זאת יזכה זה שהצעתו פחות טובה, והזוכה החדש והפורש יתחלקו בהפרש. בעקבות הערבות למציע שירצה לפרוש מהמכרז יהיה מה להפסיד.
3. עמידה במבחן החוסן הכלכלי של המציע (בהתאם לשיעור הערבות).
4. מניעת קלות דעת- גמירות דעת.
* **תקנה 17.(ב)(5)-** קביעת **אמות מידה** לבחירת הזוכה.
* **תקנה 22(א)-** אמות המידה לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז הן אלה, כולן או חלקן:
1. **המחיר** המוצע או המבוקש, לפי העניין;
2. **איכות** הטובין או המקרקעין, העבודה או השירות המוצעים, או נתונים מיוחדים שלהם, והתאמתם לעורך המכרז;
3. **אמינותו** של המציע, **כישוריו, נסיונו, מומחיותו ותחומי התמחותו**;
4. **המלצות** אודות המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות;
5. **דרישות מיוחדות** של עורך המכרז;
6. התנהלותו של המציע בנוגע **לשמירת זכויות עובדים**, לרבות קיומה של חוות דעת שלילית בכתב או דוח ביקורת שלילי בעניין זה, מאת משרד שאתו התקשר המציע במהלך שלוש השנים שקדמו למועד האחרון להגשת ההצעות במכרז.
* **תקנה 22(ב)-** **ועדת המכרזים תכלול במסמכי המכרז את:** (1) פירוט כל אמות המידה- הכתובות בתקנה 22(א) לחוק. למשל- 45% אמינות ו55% מחיר. (2) מבחני המשנה- הם מפרטים את מה שנמצא בתוך ה45%/55%- "תתי אמות מידה". למשל, 10% כישרון ו20% ניסיון. אם למשל הדרישה היא 10 שנים ניסיון, אבל ניתן עדיפות למי שיש יותר ניסיון מעל ל10 שנים, יש לפרט גם את זה. (3) את המשקל היחסי שיינתן לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז. (4) ואופן שקלולם- **הרציונל: שקיפות-** 1) במידה ויש בעיה בהליך המינהלי יש את הכל מפורט במסמכי המכרז. 2) לאפשר למציעים לדעת על מה נותנים ציון מלא כדי לדעת איך לשקלל את ההצעה שלהם, את מה לשפר, איך להציג אותה ועל מה לשים את הדגש.
* **תקנה 22(ג)-** **קבעה ועדת המכרזים משקל יחסי לאמות המידה:**
1. תפרט הוועדה במסמכי המכרז את המשקל היחסי שיינתן להצעות בשל המחיר המוצע או המבוקש, לפי העניין, לעומת ניקוד האיכות ואת אופן שקלולם;
2. תפרט הוועדה במסמכי המכרז את המשקל היחסי של כל אחת מאמות המידה, ושל מבחני המשנה לאמות המידה, ככל שנקבעו;

**חריג:** ועדת המכרזים תהא רשאית במקרים חריגים שלא לפרסם את השיעורים היחסיים של אמות המידה לפי פסקה זו, את מבחני המשנה כאמור ואת אופן השקלול, אם השתכנעה כי יש בפרסום כאמור כדי לפגוע בניהול התקין של הליך המכרז (כשהדבר ייצור תחכים/סגירת עסקאות וכו'), מנימוקים שיירשמו.

* **תקנה 22(ד)-** ועדת המכרזים רשאית לקבוע במסמכי המכרז **ניקוד איכות מזערי**, ורשאית היא לקבוע במסמכי המכרז, אם הדבר דרוש בנסיבות העניין, כי אם יעלה או ירד מספר ההצעות שבקבוצת המציעים הסופית על מספר מסוים, יהיה ניקוד האיכות המזערי שונה. **מתי הדבר יהיה דרוש?** רק במצבים קיצוניים (לא איך/מתי שנרצה) בהם ועדת המכרזים תקבע ניקוד מסוים להצעות מסוימות ואף אחת מהן לא יהיו מתאימות למכרז/בנסיבות חיצוניות. במקום לצאת למכרז חדש, יהיה אפשר לשנות את הניקוד.
* **תקנה 17(ב)(6)-** **כל מסמך או מידע אחר** הדרושים לדעת ועדת המכרזים לשם ניהול תקין והוגן של המכרז, וכדי להבטיח את קבלת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות למשרד, לרבות דרישה לקבלת כל מסמך או מידע בדבר כישוריו, נסיונו או יכולתו של המציע;
* **תקנה 17(ב)(7)-** אם יש כוונה לערוך **אומדן שווי ההתקשרות**.
* **מהו אומדן?** מסמך שמשקף את שווי ההתקשרות ואת ההצעה הריאלית הכי נמוכה שאפשר יהיה לקבל (למשל, השווי המינימלי של הקרקע). ע"כ, האומדן משמש מישור ייחוס אובייקטיבי לאורו נבחנות ההצעות הכשרות שהוגשו. **עליו לכלול** פירוט של כל מרכיבי העלות המשוערים, אל מולם תעמיד וועדת המכרזים את מרכיבי העלות המוצעים. חזקה היא כי האומדן מבטא את ערכה הנכון של ההתקשרות, אך חזקה זו ניתנת לסתירה מקום בו הוכח כי שיעור האומדן אינו סביר. תוצאת קיומו של אומדן בלתי סביר תשתנה בהתאם לנסיבות. אומדן אינו מחליף את תנאיו המהותיים של המכרז. אין הוא אלא כלי עזר לעורך המכרז בגיבוש תנאיו ובבחינתן של ההצעות. האומדן יכול להיות תנאי סף/ אמות מידה (פונ' סינון). כשהוא מורכב יותר הוא לא יכול להיות רק תנאי סף (**פס"ד שלג לבן**).
* **גם אומדן סביר שנערך כדין לא יוכל לחפות על פגם שנפל בתנאי המכרז** (**פס"ד שלג לבן**- האומדן לא כלל את כל מרכיבי עלותו של המכרז ובכך הזמינו את המציעים להגיש הצעות פסולות. לכן, ההצעה הזוכה והמכרז לקו בפגם חמור שלא ניתן להכשיר).
* **תקנה 17א(א)-** אומדן שווי ההתקשרות **ייערך בידי** גורם מקצועי שהוסמך לכך בידי ועדת המכרזים, **וייחתם** בידיו ובידי יושב ראש ועדת המכרזים.
* **תקנה 17א(ב)-** אומדן שווי ההתקשרות ייערך ויופקד בתיבת המכרזים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז **ויישמר בתיבה עד לפתיחתה** כאמור בתקנה 19; היה המכרז מכרז עם בחינה דו-שלבית, יופקד אומדן שווי ההתקשרות בתיבת המכרזים ויישמר בה עד לפתיחת הצעות המחיר. **הרציונל:** לא מפרסמים את האומדן בחוברת המכרז כדי להיטיב עם המשרד שיוצא למכרז, שכן ייתכן שמציע יציע מחיר אפילו יותר טוב ממחיר האומדן שנקבע. נרצה למנוע מצב בו כל ההצעות סובבות סביב מחיר האומדן.
* **תקנה 17א(ג)-** על אף האמור בתקנות משנה (א) ו-(ב), לעניין התקשרות שבה המשרד **רוכש או שוכר נכס במקרקעין**, ניתן לערוך אומדן שווי התקשרות בכל עת, שייחתם ביד השמאי הממשלתי, לאחר המועד האחרון להגשת הצעות במכרז.

**פס"ד מתן שירותי בריאות**- **ניסוח המכרז**: הגמשה באכיפת תנאי המכרז בלא אמות מידה ברורות – יודע אתה היכן היא מתחילה, אך לא היכן היא מסתיימת. היא עלולה להביא לידי אפליה בין מציעים שונים, ולסכל את תכליתו של המכרז. על-כן, ככלל, יש להימנע ממנה ולהקפיד על מילוי התנאים המפורטים במכרז כלשונם. מן הצד השני, וכדי לאפשר יישומו של כלל זה הלכה למעשה, עדיף לנסח מכרז כמה שיותר מדויק. ככל שייוותר כר מועט יותר ל"פרשנות יצירתית" של תנאי מכרז, כן ייטב לשוויון, להגינות, ולעשיית צדק עם כולי עלמא. הותרת מרווח לפרשנות בענייני מכרזים משמעה חוסר יעילות וביטול זמן בוועדות המכרזים, דיונים שיפוטיים לאחר מכן, וכיוצא בזה; ולא למותר לציין כי כל ההתדיינויות הללו עולות ממון רב לקופות הציבור וגם לצדדים אחרים. בנוסף, במכרז הנתון לפרשנות פתוח פתח לשאלות של טוהר המידות. כל אלה נאמרים כמשקל-נגד לנטייה הרווחת לעתים להקל ראש בפורמליות של מכרזים, ובדרך כלל הקלת הראש תהא כשהיא נוחה למקל הראש ומשיגה לו יתרון. אשר על כן, לדידי על מגישי הצעות במכרזים לבדוק בשבע עיניים אם מילאו אחד לאחד את התנאים למיניהם, ובבוא ועדות המכרזים לדון בהם, גישתן צריכה להיות קפדנית.

**כללי פרשנות המכרז-** **פרשנות המתיישבת עם מטרותיו**. לכן, עדיף שהניסוח ישרת את תכלית המכרז, את התוצאה אליה שואפים להגיע- **ניסוח תוצאתי**. **היקש מדיני החוזים (פס"ד מתן שירותי בריאות):** המכרז הינו הזמנה להציע הצעות או הצעה לחוזה נספח 🡨 בהתאם לכך, ניתן לגזור את פרשנות המכרז מכללי פרשנות החוזה, מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים )חלק כללי), תשל"ג-1973. 🡨 **יינתן משקל ל:** 1) אומד דעתו הסובייקטיבית של עורך המכרז, שתילמד מלשון מסמכי המכרז ומן הנסיבות החיצוניות האופפות אותו. 2) למאפיינים הפרטניים של ההליך המכרזי ולתכליות הספציפיות העומדות ביסודו.

**שמירה על דינים אחרים במסגרת דיני המכרזים (פס"ד שלג לבן):**

* **תקנה 20(ד)-** וועדת המכרזים רשאית לפסול הצעות שקבלתן כרוכה בפגיעה בזכויות עובדים.
* **תקנה 6א(א)-** תידחה הצעתו של מציע שבשנים שקדמו למכרז הורשע בהפרה של דיני העבודה.
* **תקנה 22(א)(6)-** הקפדה בזכויות עובדים היא מאמות המידה לשקילת ההצעות הכשרות שהוגשו.
* **הרמוניה חקיקתית**- תקנות אלו אינן מחייבות את הרשויות המקומיות כי הן מקיפות רק את הכפופים לחוק חובת מכרזים. אולם, בהיעדר יסוד מהותי להבחנה בעניין זה בין משרדי הממשלה לבין השלטון המקומי, אך טבעי הוא כי את שטרם קבע מתקין התקנות בלשון מפורשת, תשלים הפסיקה ולנגד עיניה ראייה קוהרנטית של יסודות המכרז הציבורי.

**פרסום המכרז:**

**פנייה במצב של מכרז פומבי:**

**איפה תפורסם ההודעה בדבר קיום מכרז פומבי?**

* **תקנה 15(א)-** רצה משרד להתקשר בחוזה הטעון מכרז פומבי, תפרסם ועדת המכרזים הודעה על כך ב(1)עיתון נפוץ, ב(2)עיתון בשפה הערבית וב(3)אתר האינטרנט; ההודעה באתר האינטרנט תפורסם בשפה העברית ובשפה הערבית; ההודעה תפורסם זמן סביר לפני המועד האחרון להגשת הצעות.
* **תקנה 15(ה)-** **נוסף על האמור** בתקנת משנה (א), הודעה על עריכת מכרז פומבי תופץ בדואר אלקטרוני לכל אדם (באופן כללי) אשר ביקש להיכלל ברשימת המנויים על קבלת הודעות לפי תקנה זו. **לא ניתן לפנות לאדם/חברה ספציפי/ת מתוך הרשימה**, מכיוון ששוויון הוא מעל יעילות בדיני המכרזים.
* **תקנה 15(ו)-** החשב הכללי יפרסם, באתר האינטרנט, בהודעה ברשומות, ובתדירות סבירה, גם בעיתון נפוץ ובעיתון בשפה הערבית, את אופן ההצטרפות לרשימת המנויים כאמור בתקנת משנה (ה).

**בהודעה על עריכת מכרז פומבי יפורטו בין היתר (תקנה 15(ג)):**

1. מהות ההתקשרות המוצעת ותיאור נושאה, לרבות כל זכות ברירה להרחבת ההתקשרות;
2. תקופת ההתקשרות המוצעת, לרבות כל זכות ברירה להארכתה;
3. תנאים מוקדמים להשתתפות במכרז לפי תקנה 6, אם ישנם; תנאים לדחיית הצעה במכרז לרכישת עבודה או שירותים עתירי כוח אדם לפי תקנה 6א, אם ישנם;
4. המקום והמועד שבהם ניתן לקבל פרטים נוספים ואת מסמכי המכרז, והתשלום בעד מסמכי המכרז, אם נדרש;
5. המועד האחרון להגשת ההצעות והמקום להגשתן;
6. היות המכרז מכרז עם משא ומתן, מכרז עם שלב מיון מוקדם, מכרז עם בחינה דו-שלבית, מכרז פומבי עם הליך תחרותי נוסף, מכרז ממוכן מתפתח או מכרז ממוכן מהיר, לפי העניין.

**מה קורה במצב של סתירה בין המודעה לבין נוסח המכרז (בשל טעות סופר למשל)?**

* אם הבעיה היא טכנית, של מועד למשל, ניקח את המועד **המקל** יותר. אם מדובר בטעות מהותית יותר, לפי הפסיקה **נוסח המכרז** קובע, אלא **אם כן מדובר בתנאי סף** שנקבעו במודעה (בדר"כ מופיעים עליה וזה מונע מאנשים להיכנס). **פס"ד ידע מחשבים**- **בנוגע לתנאי סף**- "אם סברה המדינה- והיא בעלת המכרז- כי נפל בו פגם, היה עליה לתקן את הפגם מראש ולא לטעון לו בביהמ"ש. אכן, יהיו אלה בוודאי מקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם יוכל בעל המכרז להתכחש לתנאי מתנאי המכרז שהוא עצמו קבע, אך זה אינו המקרה לפנינו. בביצוע החוזה נושא המכרז שלפנינו עשויים להתעורר מצבים שבהם תפגע זכותו של צד ג'. תנאי הסף הם סבירים וראויים. הם נדרשו על ידי המחלקה המשפטית במשרד הביטחון. לא היה מקום להתעלם מהם.".
* במידה ויודעים על הבעיה בזמן רלוונטי (בזמן הגשת הצעות למשל), **ניתן לתקן את הטעות וצריך להודיע על התיקון**.

**פנייה במצב של מכרז סגור:**

**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 כלהלן:

1. כללה רשימת המציעים לסוג מסוים לא יותר מעשרה מציעים, תפנה ועדת המכרזים לכולם;
2. כללה רשימת המציעים יותר מעשרה מציעים – תפנה ועדת המכרזים לחמישה מציעים לפחות;
3. הספקים שאליהם מופנות ההזמנות להציע הצעות ייבחרו ככל הניתן בסבב מחזורי לפי נוהל כאמור בתקנה 16(ה).
* **ניתן לפנות רק לחלק (כאשר יש מינימום) משום שאנו כבר נוטים מחובת השוויון**.
* **למה משרדים יעדיפו פנייה במכרז סגור**? כי הפרסום עולה כסף ויש להקפיד על תנאים מסוימים בתוך המודעה- במכרז סגור יש רק את תקנה 16א. בנוסף, הפרסום הפומבי פחות יעיל- יותר קל לבדוק פחות הצעות (מצד שני ביותר הצעות יש מנעד וניתן למצוא הצעה טובה יותר).

**מסמכי המכרז:**

* **תקנה 17(א)-** מסמכי המכרז יומצאו (1) לעיון לכל דורש (2) בלא תשלום (3) במשרדי הגוף הציבורי וככל הניתן באמצעות אתר האינטרנט; לא ניתן להמציא את המסמכים באמצעות אתר האינטרנט, ניתן לקבוע כי המסמכים יומצאו תמורת תשלום סביר, לפי עלות הדפסתם.
* **תקנה 17(ב)-** מסמכי המכרז יכללו בין היתר את כל אלה (**מפורט מעמ' 15**):
1. תנאי המכרז, לרבות תנאים להשתתפות במכרז;
2. נוסח להצעת המשתתף במכרז, למעט אם החליטה ועדת המכרזים כי בנסיבות העניין אין מקום לכלול נוסח כאמור, מנימוקים שיירשמו;
3. נוסח החוזה לרבות לוח זמנים ותנאי תשלום, וכן התוכניות והמפרטים הנוגעים לביצוע החוזה;
4. אם נדרשת ערבות – סוג הערבות, תנאיה, גובהה ומשכה;
5. אמות המידה כאמור בתקנה 22 שלפיהן תיבחר ההצעה הזוכה;
6. כל מסמך או מידע אחר הדרושים לדעת ועדת המכרזים לשם ניהול תקין והוגן של המכרז, וכדי להבטיח את קבלת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות למשרד, לרבות דרישה לקבלת כל מסמך או מידע בדבר כישוריו, נסיונו או יכולתו של המציע;
7. אם יש כוונה לערוך אומדן שווי ההתקשרות – קיומו של אומדן והנפקויות להליך המכרז של האומדן האמור.

**השלב שלאחר פרסום המכרז לפני פתיחת התיבה:**

מדובר בשלב קריטי כי זה השלב שבו המכרז יוצא לאור. **קיימות שתי תפיסות בנוגע להתערבות ועדת המכרזים:**

1. תפיסה זו גורסת שזה השלב שהכדור במגרש של המשתתפים הפוטנציאלים **וועדת המכרזים פסיבית.** הפסיביות היא באי שינוי של תנאי המכרז. שינוי ייעשה- אם בכלל לאחר פתיחת תיבת המכרז.
2. **התפיסה שיותר נוגעת לישראל**- הפרסום זה לא סוף פסוק. תפיסה זו גורסת **ששלב הפרסום הוא שלב שיש דו- שיח** **בין המשתתפים הפוטנציאלים לבין ועדת המכרזים** שמאפשר התאמה ותיקון טעויות של תנאי המכרז וזה מתבצע באופן שוויוני ושקוף וזה מקדם ערך של יעילות ושוויונות. כלומר, זו תקופה שנועדה לטיוב המכרז ומדובר בעוד שלב בתוך השרשרת הפעילות של הכנת המכרז, פרסום המכרז וכו'.

**אירועים לאחר הפרסום:**

1. כנס ספקים- קובעים מועד לכנס ספקים. זה מפגש שבו הרשות בדר"כ מציגה באופן כללי את תנאי המכרז, מסבירה כל מיני דברים וכו' ועונה על שאלות הספקים. הרשות לא חייבת לעשות את הדבר הזה- יש לה שק"ד. **מה האינטרס של הרשות לכנס את הכנס?** כשמדובר במכרז מסובך, יש הרבה הצעות וכו'.
2. הליך הבהרות- כמעט בכל המכרזים יש איזשהו הליך של הבהרות- טווח זמן שבו מזמין המכרז קובע מועדים לשאלות והבהרות מטעם מציעים/ משתתפים פוטנציאליים. זה בדר"כ לגבי תנאי המכרז השונים. ההבהרות הן אישיות- הן הפנייה והן התשובה. עם זאת, ההבהרות יכולות להיות קריטיות ביחס לעוד מציעים. לכן, אם בשלב ההבהרות רואים שהיה משהו לא תקין במכרז אז מפרסמים את שאלות ההבהרה בפומבי כדי לשמור על השוויון.
3. פניות לדחיית מועד- יכול להיות שוועדת המכרזים האריכה את המועד בצורה לא תקינה/ לא מתאימה לנסיבות המקרה ולכן יש פניות לדחיית המועד.

**אבחנה בין פגם בהצעה לפגם במכרז (פס"ד ידע מחשבים):**

כאשר מדובר בפגם בהצעה בדר"כ תו"ל **אינו דורש** כי משתתף הסובר כי נפל פגם בהצעתו של משתתף אחר יודיע על כך לבעל המכרז. כל משתתף רשאי לסמוך על כך כי הליכי המכרז יתנהלו כדין, וכי בעל המכרז ינקוט את הצעדים המתבקשים כלפי הצעה שאינה מקיימת את תנאי המכרז. אין זה רצוי כלל להטיל על משתתפים במכרז חובת "פיקוח" הדדית על כשירותם ועל מסוגלותם של המשתתפים האחרים. לעומת זאת, משתתף במכרז, המודע לפגם במכרז או בהליכיו, **צריך להודיע על כך בעוד מועד**. אין זה ראוי כי משתתף במכרז, הפגום לדעתו, ינצור הפגם בליבו מתוך תקווה לזכות בו, ורק אם הפסיד יעורר טענות פגם. התנהגות שכזו אינה בתו"ל. היא נופלת מאמת המידה להתנהגות ראויה בין משתתפים במכרז ביחסיהם ההדדיים, וביחסים שבינם לבין בעל המכרז.

**פס"ד מנרב**= החלטת ביהמ"ש לעניינים מנהליים לגבי פרשנות תנאי המכרז אינה מבוססת= המכרז ברור.

**אבחנה בין תועלת כלכלית למימוש עקרונות היסוד של דיני המכרזים (פס"ד ידע מחשבים):**

דיני המכרזים נבנו במשך השנים על התפיסה כי **אין לקבל רווחים כספיים קצרי טווח על חשבון הפסדים חברתיים ארוכי טווח**, שסופם גם בהפסדים כספיים כבדים. דיני המכרזים עומדים על הצורך לקיים את תנאי המכרז ועל **פסילתה של הצעה שאינה מקיימת אותם**. בכך מעודדים קיומם של תנאי המכרז, ושוללים כל יוזמה להגיש הצעות באינן מקיימות התנאים. בכך נוטעים אמון בשיטת המכרזים ומונעים התחושה כי "המכרז מכור".

**הגשת הצעות:**

* **תקנה 18(א)-** המעוניין להשתתף **במכרז שאינו מכרז ממוכן (אינטרנטי), יגיש לוועדת המכרזים את הצעתו** (1) חתומה, (2) מלאה ושלמה, (3) בתוך מעטפה סגורה היטב (להלן – מעטפת המכרז), וזאת (4) בדרך, (5) במועד, (6) במקום (7) ובמספר עותקים כפי שנקבע בתנאי המכרז; לא צויין בתנאי המכרז מספר עותקים – תומצא ההצעה בשני עותקים.
* **תקנה 18(ב)-** **ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתשלום סביר** **בעבור עלות הפקת המכרז**.
* **תקנה 19(א)-** **ההצעות למכרז יישמרו עד לפתיחתן**, במועד האחרון להגשת ההצעות או אחריו, **בתוך תיבה נעולה (תיבת המכרז)**, אחת או יותר, אשר תיועד לשמירת מסמכי מכרזים. **הרציונל-** שלא יוכלו לשנות את ההצעה (לא ועדת המכרזים ולא המציע).

**פתיחת תיבת המכרז:**

* **פתיחת התיבה-** השלב שלאחר הגשת ההצעות והשלב של לפני חתימת החוזה.
* **תקנה 19(ב)-** מנהל כללי של משרד ממשלתי – ולעניין יחידת סמך כאמור בתקנה 8(ב) – מי שמוסמך לכך לפי תקנת המשנה האמורה – ימנה מבין עובדי משרדו עובדים שיהיו כשירים לפתוח תיבת מכרז; תיבת המכרז תיפתח בנוכחות ועדת המכרזים או בנוכחות שלושה אנשים לפחות מבין הכשירים כאמור או מבין חברי ועדת המכרזים. **רציונל-** לפקח על כשירות התהליך.
* **תקנה 19(ד)-** במעמד פתיחת תיבת המכרז **ייערך פרוטוקול שבו יירשמו**, בין היתר, מספר ההצעות שנמצאו בתיבה, תכולתן, זיהוין, האומדן אם נעשה כזה, וככל הניתן גם המחיר המוצע או המבוקש, לפי העניין.
* **תקנה 19(ה)-** במכרז שאינו מכרז ממוכן (אינטרנטי) **תיפתח תיבת המכרז** לא יאוחר מסוף יום העבודה שאחרי המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז זולת אם נימקה ועדת המכרזים את הצורך בפתיחת התיבה במועד מאוחר מן המועד האמור. **רציונל-** לפקח על כשירות התהליך.
* **בדיקת ההצעות- תקנה 20**:
1. "בדיקת ההצעות תיעשה בידי וועדת המכרזים **בתוך זמן סביר ממועד פתיחת תיבת המכרז**"- זמן סביר יכול להשתנות כתלות בסוג המכרז.
2. "וועדת המכרזים **לא תדון בהצעות** אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון להגשת ההצעות". **פס"ד חרכוש**- המחוקק בחר כלל פשוט וקל ליישום (פסילה) ולא כלל המחייב השקעת משאבי זמן ביישומו (הפעלת שיקול דעת).

**פגמים בהצעה:**

**פגמים טכניים בהצעה (טעות סופר/חשבונאית):**

* **תקנה 20(ג)-** נתגלו בהצעות טעויות סופר או טעויות חשבוניות, **רשאי** יושב ראש ועדת המכרזים **לתקנן**; התיקון ייעשה במהלך בדיקת ההצעות בידי הועדה ויירשם בפרוטוקול; הודעה על התיקון תימסר למציע לאחריו.
* **פס"ד בזק**- אם נעשתה טעות סופר בידי המציעה (לא רשמה את האות K ליד מספר המייצג רזולוציות/טעות בין שקל לדולר), **על ועדת המכרזים לאשר לה לתקן את ההצעה**.
* **פס"ד טלדור**- **ניתן לתקן טעויות אשר ניכר בהן כי:** 1) הן נפלו בתו"ל. 2) הן בעלות אופי טכני. 3) טעות שהיא ברורה על פניה. 4) תיקונה אינו מצריך חקירה מעמיקה/בירור עם המציע. 5) טעויות שאינן יורדות לשורש העניין. 6) טעויות שאינן פוגעות בכללי היסוד של שיטת המכרזים.
* **פס"ד מנרב- יש להשתמש בסמכות התיקון בזהירות רבה ובמקרים נדירים**, שהרי כלול בה פוטנציאל של פגיעה בשוויון בין המציעים, ועצם השימוש בה יש בו כדי לפגוע בכללי המשחק של המכרז.

**פגם ממשי:**

* **תקנה 20(ד)-** **הכלל:** ועדת המכרזים **תפסול (חייב- אין שק"ד)** הצעות אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של נושא המכרז וכן הצעות שעולה מהן שבקיום ההתקשרות ייפגעו זכויות עובדים, **החריג:** זולת אם החליטה הועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו.
* כלומר, **לוועדת המכרזים 3 עקרונות פעולה:** 1) היא **תפעיל שק"ד** בהתייחסותה לפגמים שנפלו בהצעה, 2) כאשר **הכלל לפי התקנה הוא פסילה והחריג הכשרה (ותיקון-)**. **פס"ד מנרב**- אפשרות התיקון הינה פועל יוצא- הכרחי- מההחלטה שלא לפסול את ההצעה (לתקן למשל טעות המבוססת על הבנה מוטעית של המכרז), והסמכות שלא לפסול לפי תקנה זו היא רחבה מהסמכות שניתנה לוועדת המכרזים בתקנה 20(ג) (שכן היא פוגעת בשוויון). 3) **עקרון השקיפות-** החלטה להכשיר הצעה פגומה מחייבת הנמקה אשר תיכנס לתיק המכרז "מטעמים מיוחדים שיירשמו".
* **מתי מפעילים את החריג?** מבחנים לפגם מהותי המחייב פסילה ולא דורש תיקון (מקרי גבול כמו אי חתימה בסוף הצעה (לא טעות סופר או חשבונאית באופן מובהק)): 1) פגם שתיקונו או הבלגה עליו **פוגעים בשוויון** ויוצרים הפליה כלפי מציעים אחרים (האם לולא התיקון מציע אחר היה זוכה?). 2) פגם **מכוון ונעשה שלא בתו"ל**- בתכסיסנות או תחבולות. אם הושמט סכום ממש גדול (24 מיליון למשל) כנראה שזה נעשה בתו"ל, אך עדיין ייתכן שההשמטה הייתה מכוונת כדי לשמור למציע את האפשרות להגיש לאחר מכן הצעה שמתאימה לו (=מציע יכול בכוונה להשמיט רכיב ולטעון לטעות ע"מ שוועדת המכרזים תזמן אותו. בשלב זה היתרון בידיו שכן ההצעות כבר פתוחות, הוא יודע מה המחיר שהציע כל מציע אחר ולפי זה להחליט אם ההצעה שלו כוללת מע"מ או שלא למשל). 3) פגם שתיקונו או הבלגה עליו יוצרים **חוסר הגינות** כלפי מציעים אחרים.

**פגמים טיפוסיים:**

1. **פגם בערבות-** פגם בגובה הערבות, בצירוף הערבות או במשך הערבות. לפי ההלכה **פגם זה הינו מהותי** היורד לעיקרו של עקרון השוויון, ועל כן הוא **מחייב את פסילת ההצעה**. אך יש **חריג וכדי להפעילו יש לבדוק-** אם הפגם שנפל בערבות פוגע בתכליתה (האם הוא פוגע ביכולתה של הרשות להיפרע מן המציע, פוגע ביכולתה של הרשות לעמוד על חוסנו הכלכלי של המציע, האם הפגם יקל על המציע לקשור קשר אסור עם מציעים אחרים, האם הוא מעיד על חוסר גמירות דעת להתקשר בחוזה?)? מהו סוג הפגם שנפל בערבות? מהם הטעמים שגרמו לנפילת הפגם? מה מידת השפעתו של הפגם על השוויון בין המציעים ועל הגינות של התחרות? מה תהיה המשמעות הכלכלית של פסילת ההצעה על קופת הציבור?
2. **הצעה מותנית-** הצעה שהמציע התנה את תוקפה או את תוקפם של חלקים ממנה בהתקיימותו של אירוע מסוים שאינו מוגדר במכרז, שהתקיימותו או אי התקיימותו ייודעו רק בעתיד. **כאשר ההתניה אינה תואמת את הקבוע במסמכי המכרז, ומסמכי המכרז אינם מתיקים במפורש או במשתמע את ההתניה, מדובר בפגם** (ניתן להפעיל את **החריג** בהתאם למבחני הפסיקה).
* **הבעיה בהצעה מותנית:** 1) יוצרת חוסר וודאות בדבר תוקף ההצעה. 2) פוגעת במעמד הרשות ומשנה את כללי המשחק. 3) התניית ההצעה עלולה להוות פתח לסכסוכים בין הרשות לבין המציע סביב שאלת התקיימות התנאי, פרשנותו, הטעמים לאי התקיימותו וכו'. 4) מקנה למציע ההתניה יתרון בלתי הוגן כלפי שאר המציעים, שכן יש לו "טווח תמרון". 5) הקניית אפשרות זו, אפילו למציע אחד מהווה חוסר שוויון ופגיעה בהגינות. 6) התניית ההצעה משמיטה את הבסיס להשוואה בין ההצעות.
1. **הצעה מסויגת-** הצעה המתנערת מדרישה אחת או יותר מדרישות המופיעות במסמכי המכרז. מדובר בהצעה פסולה.
2. **הצעה חלופית-** כאשר מציע מעוניין לאפשר לרשות לבחור מבין כמה אפשרויות. אם ההצעה עונה על דרישות המכרז היא תקפה.
3. **הצעה תכסיסנית-** - הצעה פסולה שלא ניתן להכשיר.

**תקנה 20(ה)-** הועדה רשאית, מטעמים שיירשמו בפרוטוקול, **להזמין מציע כדי לברר פרטים בהצעה וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטתה**; פרטי הבירור יירשמו אף הם בפרוטוקול.

**בעיות פוטנציאליות לאחר פתיחת המכרז:**

1. נפלה טעות במסמכי המכרז מה שהשפיע על אופן הגשת ההצעות, מועד הגשתן וכדומה, דבר שהוביל לפסילתן.
2. דרישה המפורטת במסמכי המכרז מיותרת.
3. אף אחד מהמציעים לא עומד בכל/ חלק מתנאי הסף.
4. ראוי היה לכלול במסמכי המכרז דרישה נוספת או תנאי נוסף על אלה שפורטו וכו'.

**האם בעקבות גילוי עין זה רשאית וועדת המכרזים לשנות את דרישות המכרז?** בין שמדובר בהוספת או השמטת דרישת או תנאי. הכלל לפי **פס"ד מגדל נ' משרד הבריאות** הוא **שאסור לשנות תנאי או אמת מידה במכרז לאחר חלוף המועד האחרון להגשת ההצעות**, וזאת משום שזה מהווה פתח לשחיתות ופגיעה בטוהר המידות, פוגע בעיקרון השוויון, פוגע באינטרס ההסתמכות ואינטרס הצפייה של מציעים בפועל ומציעים פוטנציאליים ומהווה הפרה של חובת ההגינות של הרשות כלפי הפרט. לכן, **במקרים אלה יש לצאת למכרז חדשה** (הזמנה חדשה להגשת הצעות). ביהמ"ש קובע **חריג** לפיו נאפשר לערוך שינוי במידה ו-1) מדובר בשינוי טכני וזניח שאינו משפיע על יחסי המציעים. 2) מפורט במכרז שוועדת המכרזים מוסמכת לעשות כן.

**בחירה/אי בחירה בהצעה:**

**פס"ד מגער**- **לפני הבחירה, לפני ההכרזה על הזוכה, ניתן לנהל מו"מ בין המועמדים** (אמצעי להשגת תכלית לגיטימית). המו"מ אינו פסול כשלעצמו, כל עוד נשמרים הכללים של שוויון, ניקיון כפיים וכו'. יש להשתמש בניהול המו"מ בזהירות ולהתנות את השימוש בו במסמכי המכרז ובקיומו בהגינות וביושר.

* **תקנה 21(א)-** **לאחר סיום בדיקת כל ההצעות ובירור יתר הפרטים הנדרשים תיתן ועדת המכרזים את החלטתה**; הועדה רשאית להחליט על **בחירת ההצעה המתאימה ביותר או להחליט שלא לבחור** כל הצעה שהיא (המחוקק מעניק אפשרות לעורך המכרז לסגת ממנו, אופציות החלטה), **והכל במטרה להבטיח את מרב היתרונות לעורך המכרז**.
* **תקנה 21(א1)-** נעשה אומדן של שווי ההתקשרות, כאמור בתקנה 17א, **וכל ההצעות שהוגשו למכרז מרעות עם עורך המכרז לעומת האומדן**, רשאית ועדת המכרזים לקבוע כי כל המשתתפים במכרז שבקבוצת המציעים הסופית **יגישו הצעת מחיר חוזרת ומשופרת**, לפי תקנה 17ה(2) במקום לבטל את המכרז.
* **ע"ב מה בוחרים את ההצעה המתאימה ביותר?**
* **במידה ואין אמות מידה בוחרים לפי גובה ההצעה-** **תקנה 21(ב) רישא-** ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה (ברכישת שירותים) או היקרה ביותר (ברכישת מקרקעין), לפי העניין, **זולת (חריג)** אם החליטה שלא לעשות כן (בהתקיימות 3 תנאים:) בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, הזדמנות להביא טענותיו בפניה (מאפשר לבעל ההצעה להראות שלא רק המחיר שלו הוא הכי טוב, אלא גם השירותים לצורך העניין). על הזכות להבאת הטענות להיות מהותית ולא טכנית, כך שבאמת יתייחסו לטענות.
* **במידה ויש אמות מידה-** **תקנה 21(ב) סיפא-** נכללו במסמכי המכרז פרטים לעניין אמות המידה שלפיהם תיבחר ההצעה הזוכה, **תבחר ועדת המכרזים את ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז בהתאם לאמות המידה כאמור**, **זולת (חריג)** אם החליטה שלא לעשות כן (בהתקיימות 3 תנאים:) בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו, ולאחר שנתנה לבעל ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז לפי אמות המידה כאמור, הזדמנות להביא את טענותיו לפניה.
* **מתי נפעיל את החריג?** 1) כשההצעה מורכבת מפרטים ושלבים. 2) כשההצעה היא בלתי סבירה לטובה (הצעה נפסדת). 3) כשההצעה היא בלתי סבירה לרעה (מרעה עם הרשות).
* **לא פשוט להשוות בין התוצאות כאשר:**
1. כשההצעות נקובות במטבעות שונים ושער ההמרה שלהם משתנה מדי יום, אך מסמכי המכרז אינם נוקבים שער המרה קבוע. **מספנות ישראל**- **כאשר המכרז שותק, שער ההמרה ייקבע לפי מועד הגשת ההצעות** שהוא מועד קבוע וידוע לכולם, בניגוד למועד ההחלטה בין ההצעות ע"י הועדה למשל.
2. כשההצעות נדרשות לעמוד בדרישות מסוימות המפורטות במסמכי המכרז, אך אחת מהן אינה עומדת בדרישות המכרז במועד הגשתה אלא רק במועד מאוחר יותר (למשל- הרישיון שלה לא היה בתוקף). **י.ב.מ מחשבים**- **המועד הרלוונטי, כאשר המכרז שותק, הוא מועד הגשת ההצעות.**
3. כשהצעה עמדה בדרישות המכרז במועד הגשתה, אך לא עמדה בהן במועד ההשוואה בין ההצעות וההכרעה במכרז. **סיסטם מעבדות מתקדמות**- **במצב זה, יש לוועדה שיקול דעת לא לבחור בהצעה זו**.
* **פיצול התקשרות-** **תקנה 21(ג)-** "הועדה רשאית להחליט על בחירת מספר הצעות מתאימות תוך פיצול ההתקשרות ביניהן או על בחירת חלק מהצעה ובלבד שניתנה על אפשרות זו הודעה במסמכי המכרז". פיצול ההתקשרות **יכול לנבוע** משיקולים של וועדת המכרזים למנוע מונופול או לעודד עסקים קטנים. **התנאים להפעלת הס' הם**: 1) מסמכי המכרז קובעים במפורש שהדבר אפשרי. 2) הוועדה מאפשרת את זכות הטיעון למציעים וכן מאפשרת להם להציע חלופות.
* **תקנה 21(ד)-** לכל משתתף במכרז תימסר **הודעה על תוצאות ההחלטה הסופית** של ועדת המכרזים. **מועד מתן ההודעה** חשוב לעניין השיהוי (היעדר שיהוי במשפט הוא תנאי סף להגשת תביעה משפטית, הקובע שבית המשפט לא ידון בתביעה שהוגשה באיחור רב) ומניין תקופת התקיפה של החלטת וועדת המכרזים.
* **זכות עיון-** **תקנה 21(ה)(1) רישא-** המשתתף יהיה רשאי בתוך 30 ימים ממועד מסירת ההודעה לעיין בפרוטוקול ועדת המכרזים, בהתכתבויותיה עם המציעים, בחוות דעת מקצועיות שהוכנו לבקשתה, בעמדת היועץ המשפטי בוועדה ובהצעת הזוכה במכרז ולקבל עותק ממסמכים אלה. **בית המשפט פירש בפרשנות רחבה את זכות העיון**, גם לעניין זהות "משתתף" שרשאי לעיין במסמכים- מפסיד או זוכה או צד ג' חיצוני (למשל משתתף פוטנציאלי) וגם לעניין המסמכים בהם ניתן לעיין (בכל מסמך רלוונטי, בכל הפרוטוקולים, התכתבויות וחוות הדעת שהוגשו לוועדה ובכל ההצעות שהוגשו). המטרה במגמת הרחבה זו היא שקיפות ושמירה על שוויון.

**תקנה 21(ו)-** ניתן לקבוע במסמכי המכרז כי עיון של משתתף כאמור ייעשה תמורת תשלום לכיסוי העלות הכרוכה בקיום הוראות תקנת משנה (ה).

* **סייגים לזכות העיון-** **תקנה 21(ה)(1) סיפא-** למעט:
1. בחלקים של ההחלטה או ההצעה אשר העיון בהם עלול לדעת ועדת המכרזים לחשוף סוד מסחרי או סוד מקצועי (אנחנו לא רוצים לפגוע בפרטיות של חברות מעבר למה שמופיע ברשם החברות ולכן זו גם תהיה עילה אפשרית לצמצום זכות העיון), או לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בכלכלתה או בביטחון הציבור;
2. בחוות דעת משפטית שנערכה במסגרת ייעוץ משפטי לוועדה, לרבות בחינת חלופות אפשריות שונות לפעולה או להחלטה של ועדת המכרזים, או הערכת סיכויים וסיכונים הנובעים מקבלת החלטות כאמור בהליכים משפטיים עתידיים;

**תקנה 21(ה)(2)-** אין באמור בתקנת משנה זו כדי לגרוע מהוראות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

* **הצעה יחידה:** מצב בעייתי מכיוון שלא ניתן להשוות אותה להצעות אחרות ולקבל אינדיקציה.
* **מצב של הרעה בתנאי המכרז/עם הרשות- תקנה 23-** הוגשה במכרז פומבי הצעה יחידה, או שנותרה הצעה יחידה לדיון לפני ועדת המכרזים, במחיר המרע עם עורך המכרז לעומת אומדן שווי ההתקשרות, רשאית ועדת המכרזים להודיע על כך למגיש ההצעה, ולאפשר לו להגיש הצעת מחיר בתנאים המיטיבים עם עורך המכרז, במועד שתקבע. **פס"ד המרמן**- **הרציונל-** גמישות לעורך המכרז וניסיון להימנע מביטול מכרז אם התוצאה תהא פרסום מכרז אחר (נטיית הפסיקה). זאת, הואיל וביטול המכרז ופרסום מכרז חדש תחתיו עלולים לפגוע באינטרס ההסתמכות של המציעים במכרז, יוצרים חלילה פתח לשחיתות ומשמעותם עלולה להיות מתן אפשרות לבעלי ההצעות הפחות טובות לשפר את הצעותיהם.
* **בחירת ההצעה או ביטול המכרז-** **תקנה 23(א1)-** הוגשה במכרז פומבי הצעה יחידה, או שנותרה הצעה יחידה לדיון לפני ועדת המכרזים רשאית ועדת המכרזים- להחליט על בחירת ההצעה בהתאם לתנאי המכרז, או; להכריז על ביטול המכרז (אם החליטה לעשות כן, היא רשאית להחליט על עריכת המכרז מחדש).
* **השיקולים לקבלת הצעה יחידה-** כאמור אף קיומה של הצעה יחידה אינו בהכרח עילה לביטול המכרז, שכן ככל שההצעה עונה על דרישות המכרז קיימים טעמים כבדי משקל לבחור בה. ראשית, המכרז מבטא צורך במימוש ההתקשרות, וביטול המכרז יחייב את דחייתה. שנית, אין זה מובטח כי דחיית ההתקשרות ופתיחת הליך חדש יובילו להתקשרות יעילה יותר מבחינה כלכלית. שלישית, ביטול המכרז עלול לפגוע באינטרס ההסתמכות ולהוות כר פורה לשחיתות.
* **השיקולים לדחיית הצעה יחידה (וביטול המכרז)-** כאשר מדובר בהצעה הנמוכה במידה ניכרת ביחס להערכת הרשות (הצעה בלתי סבירה לרעה), בחירה בה אינה משיגה תכלית מרכזית שבבסיס המכרז והיא יעילות כלכלית- והרי עסקינן בכספי ציבור, ובמקרה זה בחירה של הצעה נמוכה באופן משמעותי משמעה בהכרח גריעה מקופת הציבור שעליה מופקת הרשות. ע"כ, אין מנוס ויש לבטל את המכרז.
* **הצעה יחידה במכרז סגור-** **תקנה 23(א2)-** ועדת המכרזים **אינה רשאית לבחור בהצעה יחידה** מקום שנתקיים מכרז סגור, **אלא באישור ועדת הפטור המשרדית** אם זו נוכחה לדעת שעריכת מכרז נוסף לא תביא תועלת; עלה שווי ההתקשרות על 4,000,000 שקלים חדשים- טעונה ההתקשרות את אישור ועדת הפטור. **רציונל-** פחות גמישות במכרז סגור ונקיטת משנה זהירות מכיוון שיש יותר חשש לשחיתויות.
* **מכרז ללא הצעות- תקנה 23(ב)-** לא הוגשה כל הצעה למכרז או לא המליצה ועדת המכרזים על הצעה כלשהי, **רשאי המשרד לפרסם מכרז חדש**, פומבי או סגור, לפי העניין, **או להתקשר ללא מכרז באישור ועדת הפטור המשרדית, אם זו נוכחה לדעת שעריכת מכרז נוסף לא תביא תועלת**; עלה שווי ההתקשרות על 4,000,000 שקלים חדשים- טעונה ההתקשרות את אישור ועדת הפטור.

**תקיפת החלטת ועדת המכרזים:**

* **החובות המוטלות על וועדת המכרזים (מכיוון שהיא רשות מנהלית):** 1) לפעול במסגרת הסמכות הנתונה לה בחוק בלבד. 2) לפעול בהגינות, בסבירות ובמידתיות מנהלית. 3) לשקול שיקולים ענייניים בלבד. 4) לפעול בשוויון. 5) לפעול על סמך תשתית ראייתית מספקת. 6) לפעול ללא משוא פנים וללא מראית עין של משוא פנים. 7)לאפשר לגורם העלול להיפגע מהחלטת הרשות זכות טיעון בפניה. **הפרתן של חובות אלה עלולה להצמיח עילה משפטית לתביעה** (בכלל ובהקשר המכרזי בפרט).
* **פעולות וועדת המכרזים שמצמיחות עילת תביעה:** 1) וועדת המכרזים שגתה בכך שהתקשרה עם גורם פרטי מבלי שערכה מכרז בנסיבות שבהן הייתה מחויבת לעשות כן. 2) נפל פגם בהרכבה של וועדת המכרזים או בהרכב הצוות המייעץ לה (למשל אחד מחברי הוועדה נעדר מאחת הישיבות). 3) וועדת המכרזים ניהלה מו"מ עם מי מהמציעים בנסיבות שבהן הדבר אסור (**פס"ד אילן נ' עיריית ת"א**- לא נרשם בפרוטוקול). 4) וועדת המכרזים הבליגה על פגם בהצעה שחייב את פסילתה (**פס"ד IBM**- הרישיון שלה לא היה בתוקף). 5) וועדת המכרזים מנעה בחירה במציע שהינו המציע המתאים ביותר שהשתתף במכרז שלא כדין. 6) וועדת המכרזים מנעה ממשתתף במכרז את הזכות לעיין במסמכי המכרז **ועוד**.
* **מתי מגישים עתירות?** קיימים 4 מישורי זמן בהם תוקפים דברים שונים:
1. **בסמוך לאחר פרסום המכרז ניתן לתקוף:** 1) **תנאי סף מאוד מגבילים-** חשש לתפירת מכרז. 2) **בעיות טכניות-** למשל אי פרסום המכרז בזמן, לא פרסמה במקומות שהיא נדרשת לפרסם לפי החוק וכו'.
2. **בתקופה שלאחר פתיחת תיבת המכרז ניתן לתקוף:** החלטה של וועדת המכרזים לקבל הצעה שכלל לא הייתה בתיבת המכרזים במועד האחרון להגשת ההצעות, הימצאות או אי-המצאות של הצעה כזו או אחרת בתיבה **ועוד**.
3. **בכל מועד לאחר שהליך המכרז הסתיים וניתנה החלטה ניתן לתקוף** את עצם תהליך קבלת ההחלטות של הוועדה על ההצעה הזוכה שלוקה בפגם מסוים. לדוג', היועץ המשפטי לא נתן את חוות הדעת שלו כמו שצריך, הוועדה סטתה מאמות המידה (המוסופונים) וכו'.
4. **לאחר חתימה על חוזה ההתקשרות ניתן לתקוף** את עצם ההחלטה בהודעת הזכייה של מציע מסוים, חתימה על חוזה התקשרות ללא עריכת מכרז וכו'.
* **המבקשים לתקוף את הליך המכרז ואת תוצאותיו** **(פס"ד שינדי):**
1. **משתתפים בהליך המכרז עצמו או משתתפים פוטנציאליים בו**- בעלי אינטרס אישי בתוצאות ההליך, שכן אלה ישליכו על עניינם באופן ישיר. ביהמ"ש הכיר בנסיבות מסוימות גם באפשרות של משתתפים פוטנציאליים שלא השתתפו הלכה למעשה במכרז לתקוף אותו בגין התנהלות שלא כדין מצד הרשות שבגינה נמנעה השתתפותם (**פס"ד מספנות ישראל**).
2. **עותרים בעלי אינטרס אישי בתוצאות המכרז הגם שלא השתתפו בו ולא התכוונו להשתתף בו (פס"ד שינדי)-** ביהמ"ש גילה נכונות להכיר ביכולתם העקרונית לתקוף את המכרז ע"ב האינטרס האישי שלהם, אך לא קבע מסמרות בדבר (קביעות ומסקנות מוחלטות).
3. **עותרים ציבוריים מובהקים שאין להם אינטרס אישי בהליך המכרז, והם מעלים טענות כנגדו בשם אינטרס הציבור הכללי**- מאחר ועסקינן במשפט המנהלי, נושא הפעילות בסמכות של וועדת המכרזים הוא אינטרס ציבורי של שמירה על עקרון השוויון, טוהר המידות וכו'. מכוח המעמד המנהלי של הרשות, נאפשר גם לעותרים ציבוריים ללא אינטרס אישי בהליך המכרזי לקבל זכות עמידה בביהמ"ש. המגמה היא להרחיב את זכות העמידה ולא לצמצם אותה כך שגם קבוצות שלא קשורות בכלל להליך המכרזי יוכלו לפנות לביהמ"ש, וזאת בהנחה כי כך יישמר האינטרס הציבורי.
* **תחומי המשפט לעילות תקיפה-** עילת תביעה בהקשר המכרזי עשויה להיות מתחום **המשפט המנהלי** (העילה המרכזית והעיקרית), מתחום **דיני החוזים** (הפרת חוזה בשלב ההתקשרות בעיקר) ומתחום **דיני הנזיקין** (פחות מפותח בהקשר הישראלי).
* **מחסומים מהותיים להגשת תביעה מנהלית-** במשפט המנהלי קיימת חזקת החוקיות שיוצאת מתוך נקודת הנחה שרשויות מנהל פועלות ע"פ חוק, כי רק כך נוכל לשמור על אמון הציבור במערכת. מה זה אומר דה-פקטו? **נטל ההוכחה הוא על התובע** (להוכיח שהרשות פעלה שלא כדין). זה נשמע הגיוני, אבל עצם קיומה של החזקה מטיל נטל כבד מאוד על התובע וזאת מאחר ומי שמחבר את ההליך המכרזי זה וועדת המכרזים, לכן סביר להניח שאם יש משהו לא כשר הוא יהיה נסתר ובשליטת וועדת המכרזים כך שמציע פוטנציאלי או גוף בעל זכות העמידה יתקשה מאוד להוכיח את תביעתו. לדוגמה **בפס"ד המצילים** לא היה תיעוד לפגישות ובמקרה התובע עלה על כך. ביהמ"ש מודע לפער הכוחות ובשביל להקל על התובע הוא **מאפשר בנסיבות מסוימות להעביר את נטל ההוכחה לרשות**, עליה להרים את הנטל ולהוכיח שפעלה כדין. באיזה נסיבות?
1. כאשר כל המידע בדבר חוקיות ההחלטה של ועדת המכרזים נמצא בידי הרשות המנהלית ולעותר אין גישה למידע זה.
2. כאשר הרשות מסרבת לאפשר למציע שהפסיד במכרז לעיין בתיק במכרז.
3. כשיש בידי העותר ראשית ראיה התומכת בטענותיו, שדי בה כדי לקעקע את חזקת הכשרות, אך לא די בה כדי להצדיק הוצאה של צו מוחלט נגד הרשות. לדוגמה **בפס"ד המצילים**, היה ידוע שנערכה פגישה שלא נרשמה בפרוטוקול, אבל לא יודעים מה סוכם בה. במקרה כזה נעביר את הנטל לרשות.
* **מחסומים דיוניים להגשת תביעה מנהלית:**
1. **עקרון הריסון-** לא בנקל ביהמ"ש יתערב בהחלטת וועדת המכרזים, רק במקרים שנתקיימה בהם **אחת מעילות הביקורת השיפוטית הפוסלת את ההחלטה** או כאשר נפל בהליך המכרזי **פגם מהותי הפוגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים (שינדי)** העניין יביא להתערבות ביהמ"ש. פגם שכזה יכול להיות שרירותיות מצד הרשות וכן תוצאה בלתי צודקת בעליל.
* **פגם מהותי=** למבחן- פגם הפוגע באחד מעקרונות היסוד של דיני המכרזים, כגון עקרון השוויון והתחרות ההוגנת לפי נסיבות המקרה.
1. **טענות סף מנהליות-** שיהוי, חוסר ניקיון כפיים ותו"ל מצד התובע עשויים לדחות את תביעתו.
* בשביל לדעת אם לקבל או לא לקבל את העתירה **בעקבות השיהוי** יש לבחון:
1. שיהוי סובייקטיבי- בוחן את הסיבות לעיכוב בפתיחת ההליך ואת התנהגותו של הצד הטוען כנגד ההליך המנהלי.
2. שיהוי אובייקטיבי- בוחן את הנזקים שנגרמו או שעלולים להיגרם לצד שכנגד שהיו נמנעים אילו ננקט ההליך במועד הראוי.
3. גם אם יש שיהוי, אם יש פגיעה חמורה בשלטון החוק (כגון מתן גושפנקה לאי-חוקיות משמעותית וחמורה), **יינתן הסעד**.
4. **בטלות יחסית-** בעקרון הריסון ביהמ"ש קובע אם יש פגם שמצדיק התערבות או שאין פגם ואין להתערב. בבטלות יחסית ביהמ"ש קובע באופן הצהרתי שיש פגם בהליך, שזו לא הייתה הדרך הכשרה לפעול בה מצד הרשות, אם כי הפגם לא כזה גרוע באופן שמצדיק סעד. מתי פגם כן יזכה את העותר לסעד? ההלכה היא **איזון נזקים בין הצדדים**- אנחנו יודעים שיש פגם אבל אנחנו לא רוצים להיות צודקים אנחנו רוצים להיות חכמים, לכן ביהמ"ש בוחן את הנזק שיגרם למי מהצדדים במידה ויינתן סעד בעקבות כך. אם למשל יש דחיפות כמו בקורונה, ככל הנראה לא ייתן סעד בעין שמורה על ביטול החלטה במכרז מכונות הנשמה או על זיכוי העותר, ביהמ"ש יעדיף סעד הצהרתי או סעד של פיצויים לנפגע.
5. **פס"ד המרמן**- **אין סמכות לבית המשפט להורות על מינוי שמאי מכריע בהליך מכרזי**, להבדיל מהליכי היטל השבחה ופיצוי לפי החוק. בית המשפט המינהלי יבחן בהליך המתקיים בפניו את החלטת הרשות עפ"י עילות הביקורת השיפוטית, אך אין הוא משמש ערכאה המחליטה במקום הרשות המינהלית; הוא אינו שוקל את שיקוליה ולא ימיר את שיקול דעתה בשיקול דעתו שלו, כל עוד החלטת הרשות אינה חורגת ממתחם הסבירות, כלומר כל עוד מדובר בהחלטה שרשות מינהלית סבירה יכולה הייתה לקבל, לא יתערב בית המשפט בהחלטה. כך בדרך כלל, וכך **במיוחד כאשר הרשות המינהלית משתיתה את החלטתה על בסיס חוות דעת מקצועיות של גורמים מקצועיים**. מקום שהפעילה הרשות מומחים מטעמה, לא ישים עצמו בית המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה מומחה תחתיו, כדי להכריע לגופה של מחלוקת מקצועית.

**סוגי הסעדים המבוקשים בעתירות לתקיפת המכרז:**

**סמכות בית המשפט:** **ס' 5 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים**- ביהמ"ש לעניינים מנהליים ידון באלה:

1. עתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה בעניין המנוי בתוספת הראשונה, ולמעט עתירה שהסעד העיקרי המבוקש בה עניינו התקנת תקנות, לקבות ביטול תקנות, הכרזה על בטלותן או מתן צו להתקין תקנות (להלן, **עתירה מנהלית**).
2. ערעור המנוי בתוספת השניה (להלן, **ערעור מנהלי**).
3. תובענה המנויה בתוספת השלישית (להלן, **תובענה מנהלית**).

**סעד בעין:**

**סעד בעין מוגש דרך *עתירה מנהלית* (סמכות ביהמ"ש לעניינים מנהליים לדון בעתירה זו מופיעה בס' 5 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים) והוא יכול להיות:**

* ביטול/ שינוי החלטתה של וועדת המכרזים + להחליט במקום הוועדה- הבעיה בסעד הזה היא שביהמ"ש מערער את מעמדה של וועדת המכרזים בכך שהוא לוקח לה את שיקול הדעת, כשלאורך הפסיקה הוא חוזר ואומר שהוא לא גוף מקצועי והוא מעדיף להימנע ככל האפשר מלהתערב בהחלטות וועדת המכרזים. בנוסף, נעשית כפייה של התקשרות בלתי רצויה על ועדת המכרזים.
* ביטול/ שינוי החלטתה של וועדת המכרזים + חיוב וועדת המכרזים לדון מחדש במכרז- הבעיה בסעד הזה היא שיש בו כפייה על שיקול דעת הועדה בניגוד מוחלט לעמדתה ההתחלתית. בנוסף, יש חשש מהליך למראית עין בלבד. הועדה תבין מהמשפט עצמו מה היה פסול בהחלטה שלה ותתאמץ ככל האפשר להכשיר אותה כך שהיא תישאר על כנה, והעותר ייצא עם ידיו על ראשו.
* הכרזה על התובע כזוכה במכרז- התביעה היא על **שינוי שקלול אמות המידה שהובילה לתוצאה אחרת**. הסעד המבוקש הוא שקלול מחדש של הניקוד. מצב בו התובע טוען כי היה על הועדה לשקלל את הניקוד לפי תנאי המכרז המקוריים. **ככל שהמכרז פשוט יותר-** ביהמ"ש יורה על הזוכה בעצמו, נניח אם זה עניין של מי הציע מחיר גבוה או נמוך יותר. **כשהמכרז מורכב מפרמטרים רבים ותקנים שביהמ"ש לא מבין בהם-** הוא לא יכריז על הזוכה בעצמו, אבל יורה לוועדת המכרזים לדון מחדש בנושא ויצהיר כי עליה לשנות את ההחלטה שלה.
* ביטול המכרז (מדיניות מצומצמת)- מדובר בסעד קיצוני שבית המשפט לא ממהר להשתמש בו. זה סעד שננקט כשיש פגם שיורד לשורש ההליך או כאשר לא ניתן לתקן את הפגם.
* ביטול ההתקשרות-במצב בו המכרז נגמר, הוכרז זוכה ומיד לאחר מכן נחתם חוזה התקשרות בין הרשות לבין הזוכה, ולכן הסעד המבוקש הוא בטלות חוזה ההתקשרות. **כשהחוזה נכרת ללא הליך מכרזי** ביהמ"ש מחמיר ומבטל את ההתקשרות או מקצר את תקופת ההתקשרות. **כשיש חוזה אבל נפל פגם בהליך**, ביהמ"ש פועל בתלות במאזן הנזקים בין הצדדים (ואז ניתן להשתמש בדוקטרינת הבטלות היחסית- ביהמ"ש קובע באופן הצהרתי שיש פגם בהליך, שזו לא הייתה הדרך הכשרה לפעול בה מצד הרשות, אם כי הפגם לא כזה גרוע באופן שמצדיק סעד). **השיקולים לביטול חוזה עם פגם בהליך המכרזי**:
1. חומרת הפגם שנפל במכרז.
2. השפעת ביטולה של ההתקשרות על גורמים תמי לב ועל הציבור בכללותו.
3. אופן התנהגותו של העותר (שיהוי לדוגמה).
4. מועד הפנייה לביהמ"ש.
5. השלב שבו נמצאת ההתקשרות.
6. אופן התנהגותו ותום ליבו של הזוכה במכרז וכו'.

**סעד כספי:**

**מדובר *בתובענה מנהלית* (סמכות ביהמ"ש לעניינים מנהליים לדון בעתירה זו מופיעה בס' 5 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים).**

* פיצויי הסתמכות (שליליים/השבה)- בגין **הוצאות התארגנות והשתתפות במכרז** כדוגמת הנפקת כתב ערבות, עלות רכישת מסמכי המכרז, עלות הכנת ההצעה וכו' (לא כולל הוצאות משפט).
* פיצויי קיום (חיוביים)- בגין **רווח שהיה מופק בעקבות הזכייה במכרז**. על הטוען לפיצויים להוכיח כי היה אמור לזכות במכרז והזכייה נשללה ממנו שלא כדין. **הבעיה-** חוסר היכולת להעריך אותם וכן פיצוי יתר- הרשות צריכה לשלם לזוכה במכרז בגין ההתקשרות, וכן תצטרך לשלם פיצויי קיום למציע שלא זכה במכרז והוא מצידו אפילו לא ייתן שירות עבור כך. מי שנפגע מכך הוא הציבור. **בפס"ד רשות הציבור**: 1) פיצויים אלה יינתנו רק במקרים חריגים. גם בשל החשש שאם יינתנו, יהיה תמריץ להגיש תובענות מנהליות. 2) ניתנו פיצויים אלה למשיבה, תוך הפחתת 30% בגין הוצאות שצפוי היה כי יוצאו על ידה.
* פיצויים מכוח הפרת חובת תו"ל במידה ומכירים בשלב ההתקשרות כשלב טרום חוזי- אם מכירים (ביהמ"ש נמנע מהתייחסות לשלב הזה ככזה), ההליך המכרזי כפוף לס' 12 לחוק החוזים. מכאן שחובת תו"ל מעמידה לרשות הפרט עילת תביעה, עילת סעד לפיצוי בנסיבות שבהן מעשה או מחדל של הרשות במסגרת עריכת המכרז מהווה חוסר תו"ל או התנהגות בדרך שאינה מקובלת (הפרת חוזה- המכרז כחוזה).
* **הטלת חובה להקטנת נזק:** במצבים מסוימים עשוי התובע להעדיף תביעה כספית על פני ניסיון לאכוף זכייה במכרז לאחר שהתבררו לו הנתונים, והרשות תימצא מממנת את התוצאה. ע"כ, **פס"ד רשות הציבור** רומז לקיומה של חובת הקטנת הנזק-**קודם לנסות להגיש תביעה מנהלית (תביעת אכיפה) ורק לאחר מכן תובענה מנהלית (תביעת פיצויים)**. זאת כי אין לנו עניין לחייב את הרשות לשלם לשני גופים ולבצע התקשרות כפולה.
* **הבעיות שמתעוררות בפסיקת פיצויים**: **מבחינת דיני החוזים**, הואיל והזוכה הווירטואלי לא הוכר כזוכה בפועל, ברי כי לא נכרת עימו חוזה להספקת הסחורה או לביצוע העבודה. אם אין חוזה, למה שיהיו פיצויים? **מבחינת המשפט המנהלי**, כידוע למכרז יש שתי מטרות. האחת, לאפשר לרשות הציבורית להשיג את המחיר הנמוך ביותר עבור העבודה או הסחורה (ובלבד שההצעה עומדת בדרישות מבחינת איכות וכיוצא בזה). השנייה, ליתן הזדמנות שווה למשתתפים במכרז, הן אלה שהשתתפו בפועל והן משתתפים פוטנציאליים. **נשאלת השאלה**, האם קיים קשר רציונלי בין רצוננו לתמרץ את הרשות לפעול להשגת המטרות של המכרז, לבין הענקת פיצויי קיום דווקא.

**סעד זמני:**

יחד עם הגשת עתירה מנהלית התוקפת את החלטת ועדת המכרזים מוגשת בקשה למתן סעד זמני **שמטרתו להקפיא את המצב הקיים** ולא תאפשר התקשרות עם הזוכה כדי שלא יהיה מצב של מעשה עשוי. **מתי נעניק את הסעד?:**

1. במידה וייגרם נזק בלתי הפיך לעותר- תנאי סף שמונע השתתפות, ביצוע חוזה התקשרות.
2. בחינת סיכויי ההצלחה של העתירה.
3. מאזן הנוחות- בחינת האינטרסים של העותר מול האינטרסים של הרשות. האם מדובר בהתקשרות דחופה לביצוע עבודה, כאשר אי ההתקשרות עשוי לגרום נזק או שינוי לרעה של מצב צד ג' כתוצאה מהענקת אותו סעד?

**סיום המכרז וכריתת חוזה:**

* **מטרת המכרז היא הגעה לכריתת חוזה**.
* **מתי משתכלל חוזה?** **פס"ד וייספיש**- **מועד קבלת ההצעה ע"י עורך המכרז משכלל חוזה**, אולם ישנם מכרזים בעלי מאפיינים מיוחדים הכוללים תנאים שחייבים להתקיים כדי לשכלל את החוזה כמו תשלום (חוזה מתלה). במכרזים אלו **מועד השתכללות החוזה הוא עם מימוש תנאי החוזה הנספח למכרז** (=**דוק' החוזה הנספח**).
* **מהו מעמדה הנורמטיבי של הודעת הזכייה?** **השאלה הזו רלוונטית בשני מקרים**: 1) במקרה של הפרת חוזה (אי עמידה בתנאים מצד הזוכה). 2) במקרה של ביטול חוזה (אם הזוכה חזר בו). **פס"ד אלכנפא**- המכרז הוא דרך מיוחדת לניהול מו"מ לקראת כריתת חוזה. ברגע שנכרת חוזה עם הזוכה- מרגע שנודע לו על זכייתו, בא המכרז על סיומו. ע"כ: 1) **שאר ההצעות פקעו** (אי אפשר לבחור את ההצעה השנייה הטובה). 2) **אם יש שינוי בתנאים אז צריך לצאת למכרז חדש**. פס"ד חפציבה- לבל תצא הרשות ניזוקה. 3) פס"ד חפציבה- **יציאה למכרז חדש גם ללא שינוי בתנאים**. בעייתי משום שמדובר בבזבוז זמן וכסף, ללא הבטחה שתהיינה הצעות מתאימות יותר (מנקודת מבט של הרשות), פגיעה בתחרות ופגיעה בעקרון השוויון והסודיות (מנקודת המבט של בעל ההצעה השנייה הטובה- המציעים החדשים יודעים מה הייתה ההצעה הקודמת שלו וזה חושף את קלפיו, על אף שפעל כדין). 4) **אם לא יוצאים למכרז חדש אז יש כאן סיטואציה של התקשרות חוזית ללא מכרז**, כלומר הפעלת הפטור מעריכת מכרז.
* אומנם לא ניתן לבחור את ההצעה השנייה הטובה לאחר ביטול הראשונה משום שהיא פוקעת (פס"ד אלכנפא), אך ניתן לעשות מכרז חדש (בעייתי) או **לקבוע במסמכי המכרז מה יהיה מעמד ההצעה השנייה** (**פס"ד חפציבה**)- על הרשות לציין מפורשות במסמכי המכרז מה דינן של הצעות אחרות לאחר ההכרזה על הזוכה (למרות שבפס"ד חפציבה קיבלו את ההצעה השנייה למרות שלא היה רשום. ביהמ"ש התערב בשק"ד של רשות המנהלית). מעמד שאר ההצעות התלויות תלוי במה שקובע המכרז. זאת כאשר אין שינוי בתנאים מהמכרז הראשון. **ההצעה השנייה תיבחר אם:** 1) **ההצעה סבירה, יעילה וכלכלית-** יש לבחון באמצעות אומדנים/חוות דעת שברשות הרשות. אם לא- יגדל הסיכוי שההצעה לא תתקבל וייערך מכרז חדש. 2) **ההצעה השנייה הוגשה בתו"ל וללא כל קנוניה בין מגישה לבין בעל ההצעה הראשונה או האחרים.** אלא שחשש תיאורטי של קנוניה בין משתתפים במכרז קיים בכל מכרז, ובשל כך בלבד- כשאין ראיה או אינדיקציה לקיומה של קנוניה כזו- אין מקום שלא לפעול עפ"י המתבקש מתוצאות המכרז הראשון.
* **האם ניתן לשנות תנאי מתנאי ההתקשרות לאחר סיום המכרז?**
* לפי עקרון הדואליות הנורמטיבית, על אף שלאחר השתכללות החוזה אנו מצויים בשלב החוזי, עדיין יחולו על החוזה עקרונות המשפט המנהלי ועדיין תהיה ביקורת שיפוטית ובחינה מנהלית. זאת ע"מ שלא להפקיר את ההתקשרות בין הרשות לבין הזוכה.

**שיקולים:**

* ישנו חשש מקנוניה. ייתכן שהרשות מעוניינת לזכות מציע מסוים ולאחר הזכייה משפרת את התנאים עבור אותו מציע כך שיוכל לעמוד בהצעה.
* ישנו חשש מניצול לרעה של הסמכות ש"מתעצלת" לערוך מכרז חדש בגלל פגם שנפל בו או אי התאמה שהתגלתה.
* ישנו חשש מפגיעה בשוויון ובתחרות ההוגנת (מציעים אחרים היו יכולים להגיש הצעה).
* פגיעה ביעילות. הרשות מוגבלת להתקשרות עם זוכה מסוים ואז היא עשויה להימצא בעמדת נחיתות ולהיסחט על ידי הזוכה שיציע תנאים שונים.
* יש כאן העברת מסר לא תקין של תמרון מאוחר של כללים ותנאים. אנו מצפים מרשות להתנהלות תקינה, שקופה ושוויונית.

**שינויים מכוונים/יזומים ע"י הצדדים:**

* הצדדים לחוזה יכולים להסכים כי תקופת ההתקשרות תקוצר או תוארך מעבר לתקופה הקבועה בחוזה.
* בעסקה לרכישת טובין, שינוי תנאי ההתקשרות יכול לבוא לידי ביטוי בהגדלה או בהקטנה של כמות הטובין תמורת תשלום נוסף.
* מחדל- הבלגה מצד נציגי הגוף המזמין על הפרת החוזה על ידי הספק, המהווה למעשה הסכמה בשתיקה לשינוי תנאיו. נאשר אם מדובר ברשלנות.
* האישור יעשה בחשדנות יתר, בשל חשש בקנוניה מכוונת (אין צורך ענייני והדבר נובע ממניעים זרים). בנוסף, יש לשקול אם אין בהתרת השינוי המבוקש כדי לשדר מסר שלילי לפיו "הרשלנות משתלמת".

**שינויים מכורח מציאות:**

* שינוי במתן השירותים: שינוי במאפייני הקהל (שירותי בריאות, חינוך ורווחה) או שינוי במדיניות של הרשות ביחס לאספקת השירות.
* קושי בלתי צפוי בביצוע העבודה (למשל: בניה וגילוי של אתר ארכיאולוגי).
* שינויים טכנולוגיים ששכללו את הפרויקט או זירזו אותו.

**דקל** סבור **ששינוי בתנאי המכרז כמוהו כיציאה למכרז חדש בתנאים חדשים**. דקל **עורך היקש מתקנה 3(4)** לתקנות חובת מכרזים שנוגע לאופן שבו על הרשות לנהוג כאשר הרשות רוצה להרחיב או להאריך את ההתקשרות מבלי לצאת למכרז חדש. הוא טוען **שזה מקרה פרטי של הצורך ביציאה למכרז חדש** וישנם מקרים נוספים של שינוי תנאי התקשרות שבהם נדרש לצאת למכרז חדש. לפי דקל הנחת המוצא של מתקין תקנה 3(4) היא שאפשר להאריך את ההתקשרות כל עוד לא מדובר על שינוי מהותי מתנאי ההתקשרות. הכלל הוא ששינוי מהותי מתנאי ההתקשרות מחייב יציאה למכרז חדש ואילו שינויים טכניים שאינם נוגעים לצדדים השונים, עשויים להיות מותרים ללא מכרז. חריגים לכלל: 1) נאפשר שינויים מהותיים ככל שהם הנובעים מכורח המציאות, ולא נחייב יציאה למכרז חדש. 2) נתיר שינויים שאינם מעידים על קנוניה של הצדדים לחוזה או שינויים שיש בהם תו"ל מצד הצדדים, באמצעות היקש מפסיקה שנוגעת למו"מ עם מציעים לפני שלב ההכרזה על הזוכה (**פס"ד מגער**).