

אוניברסיטת בר אילן
הפקולטה למשפטים
מבחן בדייני מכרזים
מרצה: ד"ר מנאל תותרי- ג'ובראן
מס' קורס: 01-99692
מועד א'

נחיות כלליות לפתרון

- המבחן הוא בחומר פתוח.
- משך הבדיקה – **שעתיים וחצי**. לא ניתן הארכת זמן, למעט הזכאים לכך.
- המבחן מורכב משלוש שאלות, משקל כל אחת מהשאלות הראשונות הוא 35% ומשקל השאלה שלישית הוא 30%.
- מומלץ מאוד לקרוא בעיון את השאלות לפני פתרון הבדיקה.
- אם לדעתכם/כם חסרים נתונים בשאלת, הניחו הנחות ותמשיכו לאורן.
- יש להגשים את הפתרון מודפס בקובץ וורד ברוחו שורה וחצי, פונט דויד 12 עם שוליים סבירים.

בהצלחה רבה!

שאלה ראשונה (35% מהציון, מוגבלת מקום: 500 מילים)

ביום 1.1.2021 פורסם על ידי משרד הבריאות מכרז לאספקת שירות חיסון לנגיף הקורונה למשך שנה עם אופציית הארכה לשנה נוספת, מועד סגירת המכרז היה 30.3.2021. תנאי הסף היו שניים: 1. ניסיון של שנה לפחות במתן חיסונים, 2. צוות ממילוי של 4 חברים ואחיות מיומנים.

המכרז חולק לשלווה שלבים: שלב א': בחינת עמידה בתנאי הסף, שלב ב' ניקוד איכות הצעות ושלב ג' ניקוד ההצעות הכספיות. במכרז נקבעו אמות מידת לפייה ניתן משקל למדי איכות שהטרו לשיקול דעת ועדת המכרזים (70 נקודות) ולטיבה של הצעה הכספיות (30 נקודות). בימיד בחינת איכות ההצעה נמננו היבטים של: "ותק החברה" (40%), "צוות רפואי מיומן" (60%).

למכרז הגיעו 3 חברות: חברת عمل, חברת סנדרא וחברת ביתן. צוות חברת عمل הרכיב מ- 3 חברים ושתי רופאות וצוות חברת סנדרא וביתן הרכיב מ- 5 חברים. לשלווחת החברות היה אותו ניסיון במתן חיסונים לחברתعمال היה יותר ותק מסנדרא ומספר צוות יותר גדול; אך לצוות הרפואי של סנדרא היה ניסיון יותר גדול בתחום החיסונים. שלושתן הגיעו הצעות כספיות דומות. על פי הניקוד הסופי, קיבלה חברת عمل 82.4 נקודות, סנדרא קיבלה 81.965 נקודות וביתן קיבלה 81.595 נקודות. לאחר הлик של בחינת ההצעות החליטה ועדת המכרזים להכריז על סנדרא כזוכה במכרז, למרות שמיוקמה על פי הניקוד הוא המქום השני.

- לאחר ההכרזה על סנדרא כזוכה פנתה חברת عمل לבית המשפט לעניינים מנהליים כדי לתקן את החלטת ועדת המכרזים.
- אלו טענות חברת عمل יכול להעלות ואילו טענות יועלו על ידי ועדת המכרזים?
- כיצד לדעתכם בית המשפט יפסיק בנסיבות העניין?

תשובה

המכרז לאספקת השירותים פורסם מטעם משרד הבריאות ולכך לפי ס'2(א)(1) לחוק חובת המכרזים המשרד מחויב במכרז פומבי שמאפשר הזדמנויות שווה להשתף (פס'ד קראו). העסקה הנה לאספקת שירות חיסון ולכך עולה לכדי עסקה במתן שירותים לפי ס' 2(א)(1) לחוק. הוועדה קבעה שלבים המחולקים לפי אמות מידת כאמור כאשר לפי ס' 2(2)(א) מטרתן היא לעוזר לוועדה לבחור את ההצעה הטובה ביותר. عمل תטען כי לפחות המידה היא קיבלה את הצוין הגבוה ביותר וועל כן הוועדה מחויבת לבחור את ההצעהolla לפי ס' 2(2)(ב). כמו כן אין אפשרות לעורר שינויים לאחר סיום המכרז אם ההחלטה לשנות את חשיבות אמות המידה (פס'ד מיקרונט) הוועדה תעבור לחיריג אך לא יתקבל בגל פגעה בשווין (פס'ד מגה). עם זאת הוועדה תטען כי באפשרותה לבחור בהצעה אחרת אם מתקיימות נسبות מיוחדות שישרמשו, ניתן לעמל זכות טיעון רחבה ומסמכי המכרז אפשריים זאת. הוועדה תטען כי לסנדרא יש ניסיון רב יותר במתן חיסונים מה שעולה לכדי נסיבות מיוחדות. טענה בעייתית כי לעמל יש ותקן אמות גדול יותר. במצב בו תקיימות אמות מידה על פיהן, כל עוד לא ציין במסמכי המכרז שמתאפשר למשרדי לפעול כך לא תוכל הוועדה לבחור בצעה שלא תואמת את אמות המידה. נדמה כי במקרה זה לא ניתן לעמל הזכות לטעון, העניין לא הוסדר במסמכי המכרז ויתכן שלא תועד כראוי בפרוטוקול, כאשר שאלת הנسبות המיחידות מוטלת בספק. הוועדה תטען כי לעמל כל לא עמדה בתנאי הסף שכן ההצעות שלה כולן רק 3 חברים ולא 4 כמו שנדרש וכן בכל מקרה היא אינה יכולה לזכות. עמל כי הקשרתן של הרופאותינה לפחות כמותם וכי הם עומדים בתנאים. כמו כן במקרים בהם תנאי הסף לא ברורים וש' 2 אפשרויות בהם' ישיטה לפרשנות שמאפשרת השתתפות, כל עוד מתישבת עם הפרשות התקציבית (פס'ד מתן שירות רפואי).

על תגש עתירה מנהלית בין חוסר סמכות וסבירות של החלטה לאור האמור לעיל. היא תטען כי הפגם של בחרית הוועדה פוגע בעקונות היסוד של דיני המכרזים (תחרות הוגנת ושוון) ותבקש מביהם' של התערבות בהחלטת הוועדה, לבטל אותה ולהכרז עליה כעל ההצעה + סעד זמני של הקפאת המצב ומונעת התקשרות עם ההצעה לאור עמידתה ב-3 המבחנים: אם יתקבל הצע נזק בלתי הפיך של חתימת החוזה + יש לה סיכון זכייה גבוהים ועמדתה עדיפה בבחינת AMAZ הנווה תטען כי הפגם אינו משמעותי - ההפרש בזמנים בין שתי החברות זניח וכך גם ההצעות הכספיות של להן. אכן כי בהמ' שנווג ברישון ומתערב רק כאשר נופל פגם מהותי, וכונראה לא יטה להצהיר על זוכה חדש אלא יעדיף להזכיר את ההחלטה לועודה (בין הייתר כי מדובר על מכרז מורכב עם שיקול דעת נרחב לועודה). בהמ' שיבחן את מזק תוק בבחינת התנוגחותה של עמל, חומרת הפגם וכו'. לאחר מכן מנק עצם תגש בקשה לפיצוי הסמכות ביחס להשקעה שהשקיים עד כה ופיצוי קיום בגין הרווח שנמנע ממנו, זאת בנוסף לפיצויים מכוח ס' 12 לחוק החוזים (פס'ד רשות השידור) מכוח פעולתו בחוסר ת"ל. עיין'ו ישנו סיכוי סביר שביהם' יש יכול שנקunda מהם' הפגם מהותי (התנוגות בוגדים לאמות המידה) אך לא

יכריז על זוכה חדש אלא יחויר את ההחלטה למועדה. עם זאת ניתן כי מאחר שאמות המידה מוצבויות בביבור על הזוכה (מה שמקטין את שיקול הדעת של הוועדה) הוא יכריז בעצמו כי עמל היא הזוכה.

32

(1)

1. **דין בסוגיות יהודיות המכלה, תחום חדש אשר דרש שיקול דעת מיוחד.**
2. **דין בסוגיות סעד בעין**

30

(2)

1. **דין בפס"ד לשכת שמאי המקראית**
2. **הסביר ההבדל בין פיתוי קיום ופיקוח הסתמכות**
3. **דין במועד הנגשת העתירה, האם החברה החלה בעבודות ואיז לא ניתן לתת סעד בעין או שלא**
4. **מאזן הנוחות**

שאלה שנייה (35% מהציון, מוגבלת מקומ: 500 מילים)

מע"צ פרסמה בחודש פברואר 2021 מכרז לתוכנן ביצוע הרחבות כביש 2 בקטע מנתניה למחלף חצאלת השرون. במכרז נקבעו מספרי תנאי סף. בס' 7.1.7.3 לתנאי המכרז נקבע תנאי סף לפי נדרש מהמציע: **"ניסiou ביצוע פרויקט של תשתיות תחבורהית בהיקף של 50 מיליון ש"ח בין השנים 2006-2009."**

חברת עינב הגישה הצעה למכרז לה צורף פירוט של פרויקט ריבודים שביצעה יחד עם חברת בהיקף של 62 מיליון ₪, הצעתה הייתה הנמוכה ביותר מבין ההצעות הקשורות שהוצעו. בשלבפתית ההצעות, ועדת המכרזים דנה בהצעתה ובחינה עמידותה בתנאי הסף, מצאה שהיא אינה עומדת בתנאי הסף, יחד עם זאת אפשרה לה הגיעו למשרדי מע"צ ולהציג פרויקטים נוספים שביצעה. חברת עינב הציגה מסמכים המעידים על ביצוע עבודות בהיקף 56.2 מיליון ₪ גם עם חברת נוספת. ההצעה נפסלה בעונה שהיא לא עומדת בתנאי הסף.

- **חברת עינב פונה לבית המשפט לעניינים מנהליים בעטירה מנהלית בה היא מבקשת להזכיר את ההצעה ולהזכיר עליה זכואה. בין היתר היא טוענת גם כי תנאי הסף אינו סביר. לחופין חברת עינב מבקשת פיזוי עboro הנזק שנגרם לה.**
- **דונו בטענות שהחברת עינב ומע"צ יכולים להעלות בהקשר המדון.**
- **כיצד לדעתכם בית המשפט יפסיק בנסיבות העניין?**

תשובות

בחינת חובתה של מע"צ - ראשית יש להניח כי חברת מע"צ היא חברת ממשלתית הפועלת מכוח משרד התחבורה ועל כן יחולו עליה תקנות חובת המכרזים לפי תקנה 33. בהנחה ולאvrן "תכן שזהו גוף דו מוחותי הכספי לחובות המכרזים מכוח דוקטרינה הדואליות הנורמטטיבית והפטיסיקה (פס"ד התאחדות הcadrogel) שכן היא משתמשת רק בחלק משנה לגוף ציבורית כדוגמת משרד התחבורה. מבחינת המבחן להחלת החובה להטיל עליה את החובה במכרז ניתן להניח שמדובר במקרה ע"י המדינה ומענקה שירות ציבור. כך גם אופי העסקה ציבורי - סלילת כבש. אף עם מדובר על גוף פרטי יחולו עליו חובות דיני החוזים וחובת תום הלב (פסד בית יולס). בהנחה ומעט אכן חיבים במכרז ההתקשרות האמורה מחיבת מכרז מכוח ס' 2(א)(1) - מתן שירותים. הוועדה קבעה תנאי סף מכוח סמכותה לעשות כן מכוח ס' 6(ב) בתנאי שהם עניינים וקשרים לניטבות המכרז, מעבר לתנאי החובה החלים מכוח ס' 6(א). היא זימנה את החברה לבירורים לאחר פтиחת ההצעה לפי ס' 20(ה) והוא עליה לרשום את הבירורים בפרוטוקול. עינב טוענת כי החלטתה של הוועדה אינה סבירה שכן היא עומדת בתנאי הסף - ביצהעה עבודות במילוי ש. מאחר שההצעה היא הזולה ביותר עליה לזכות במכרז מכוח תקנה 21(ב) כאשר באפשרותה של הוועדה לבחור בזוכה אחר רק בתנאי שהתקיימו סיבות מיוחדות, ניתנה הזכות טיעון לזכוה והמכרז מאפשר זאת (כל עוד תנאים אלו לא התקיימו החלטתה של הוועדה לא סבירה). עינב טוענת שתנאי הסף אינם סבירים בבדיקה ציוון לשנים - למעשה נדרש וותק של כ-15 שנה שהיא דרישת מחמירה יותר מטור ב' בנושא הוותק בתוספת הדורשת וותק של לא יותר מ-5 שנים. במקורה זהה היה על הוועדה לנמק את ההחלטה מודיע ברכה לעשות כן מחשש לתפירת חילפה למכרז (תקנה 2א(ב)). כל עוד לא עשתה כן תנאי הסף אינם סבירים. עינב טוענת שהיא גם עומדת בתנאים. עינב טוענת כי תנאי הסף לא נושא בצוורה שbizעה את הפרויקטים שהציגה עם חברת ולכנן אינה עומדת בתנאים. עינב טוענת שנדון אר הוועדה תטען (פס"ד מתן שירותים בריאות) ובכל מקרה יש לאפשר לה להתרחות שכן בהמ"ש נוטעה לקבל את הפרשנות שמאפרשת השתתפות, כל עוד נבחנה הפרשנות התכליתית של התנאי, שהוא ככל הנראה לוודא שהחברה מסוגלת לעמוד בעבודות בהיקפים כספיים גדולים. עינב טוענת כי לאחר הצגת 2 עבודות העולות על תנאי הסף המתפרשים יש לאפשר לה לזכות. הוועדה תטען כי אין ניסיון לתפור מכרז שכן היא איפשרה לעינב להציג פרויקט נוסף וניסתה להיטיב אליה.

uninb תגש עתירה מנהלית בבקשת להזכיר עליה זכואה (פס"ד מיקרונט) ובבקשת לקבלת פיזוי הסמכות ופיזוי קיום על הנזק שנגרם לה. בעניין היסכימים של uninb לזכות בעטירה גבויים שכן התנאים שהוצעו ע"י מע"צ נדמים כניסיונות לתפירת מכרז בעקבות הסpecificities שלהם. כמו כן נדמה שהם אינם אפשריים באופן ישיר קיום אופטימלי של מטרת המכרז אלא כניסיון להתאים למציע מסוים. השוני אינו רלוונטי וסביר להניח שגם חברה שפעלה בשנים-5 השנים האחרונות מסוגלת לבצע את העבודה. יש גם להניח כי הבקשת תוגש יחד עם צו מניעה זמני לתקדם עם חברה אחרת לפי התנאים שיפורטו בשאלת 1. כולל בהמ"ש יפסול תנאי סף רק במקרים קיצוניים מאוד שכן הוא אינו גורם מקטוע ולועודה ישנו שקד. ובכל זאת, נדמה כי במקרה זה ישנה חריגה קיצונית מהתנאים המונחים בתוספת וכלן יחויר את העניין לועודה שתנסה מחדש את תנאי הסף.

בפניכם קטע מתוך כתבה שפורסמה לאחרונה בעיתון The Marker מיום 23.4.2021 שכותרתה: "ביטן השוויז במכרז תפור, רפי רשבג ייחר משועש".

"חבר הכנסת דוד ביטן הוא המרואיין המושלם לתוכנית "אינטימי" של רפי רשבג. פי מיטב מסורת הראיונות שעורך רשבג - הוא התענין במהלך השיחה שערך עם ביטן בנוגע לדרך שבה הכיר את אשתו, חגי. ביטן סיפר בחיוור כי "חגי, ראיינטי אותה לעובדה דרך אגב. היתי בוועדת כוח אדם כשהיא הגיעה, הגישה מועמדות - וזה היה המכרז תפור. היה לנו מישוה אחר שרצינו במתן"ס. היה לנו חצי-חצי בוועדה, ואני היתי��ול מכירע בסופו של דבר. עוד לא הכרתי אותה אז, אבל כן אמרתי שהיא חייבת לקבל את העבודה. קיבלנו בסוף את העובד שהה היה תפור עליי - ונתנו לה עבודה אחרת באותו התקומם".

רשבג הופתע מהמחווה הרומנטית. "להפר מכרז תפור? לא ישמע בדבר זהה", הוא נזף ביטן משועשע".

- מהו מכרז תפור, וכייד ניתן לעורר מכרז תפור?
- האם ההסדרים המוגנים חיים במסגרת דיני המכרזים הציבוריים שלמדתם במהלך הקורס יכולם לספק מענה לחששות מפני תפירת מכרז?

תשובה

מכרז תפור הינו מכרז שתנאי הסוף או אמות המידה שלו נועד לבחור במציע ספציפי - לתפור עבורו "חליפה" כך שגם אם למראית עין מדבר על מכרז פתוח ופומבי בפועל יתקבל האדם "שחפצים ביקרו". הדבר מהו פגעה בעיקרונו השוויז (פס"ד קיראון) ומפר את האינטරסים של הציבור. תפירת מכרז אפשרית גם בגין דרכי אחירות אותן מנסה החוקק למונע: חיים דיני המכrazים מאפשרים לתפור מכrazים באמצעות קביעת סטנדרטים לתנאי הסוף (תקנה 2(א)(ב)) כאשר ניתן לעתור כנגדם במקורה בו יש חשש לתנאים לא סבירים החורגים מהתוספת שמוועפה בחוק. כאשר זהה המקרה על הוועדה לנמק את החלטתה כדי להרגיע החששות לתפירת המכraz חלק מעיקרונו השקיפות שהחל על דיני המכrazים כאשר ההנמקה מהו "הגנה" להחלטותיה של הוועדה. בימש כן אפשר לחזור מההתנאים הללו כאשר מדובר על העדפה מתבקשת (פס"ד מעלוות). כך גם ביחס לתנאים לקביעת אמות מידה - תקנות 22(ב)+(ג) מחייבות לפרסום את אמות המידה ואת היניקוד והשיקולים שליקחו בחשבון על מנת לאפשר לצדים לעתור במקורה בו הוועדה פعلاה בניגוד לקבעו. כך גם ביחס לקביעת הזוכה. החוקק חושש מתפירת מכרז ולכן בסעיף 21(ב) קובע את הדריכים בהן יבחרו הזוכים. ככלל, דיני המכrazים במדינת ישראל מדגימים את עניין הרישום והשקיפות אשר כל פעולה החורגת המובוצעת על ידי הוועדה נדרשת לרישום בפרקタル, בנוסף לחובת עיון רחבה בכל מסמך רלוונטי לפי תקנה 21(ה)(1) על מנת לוודא כי אכן המכרז היה כשר ולא "נתפרק" עבור אף אחד. בנוסף לכך גם קיימת הגבלה על מכרז סגור הפונה רק לקבוצה קטנה של מציעים המגדילה את האפשרות לתפירת מכרז והוא דורש עמידה בתנאים שנקבעו מראש (ס' 4 לחוק ותקנות 1-4). בהמשך לכך גם אסור לבחור בהצעה יחידה במכרז סגור (תקנה 23(ב)) אלא באישור ועדת הפטור כל עוד מכרז נוסף לא יbia לთעלת והמכרז לא עולה על 4 מיליון כט"ח. כמו כן קיימת גם האפשרות לקבל פטור מכraz כלל באמצעות שימוש באחד הפטורים וזאת למרות שהחוק דורש להעדיף את קיומו של המכraz לפי תקנה 1(ב). על אף כל ההגנות שהחוק מנסה לקבוע נדמה כי הם אינם הרמטים ועודין מתאפשרים מקרים בהם נטרפים מכrazים, כדוגמת המקרא המובא לפניו. ראייה לכך היא פסקין הדין הרבים שלמדנו שהגענו לבית משפט מתחם הבנה כי ישנו עוד מקרים רבים שלא מגנים לשלב הזה ואני לא מודעים אליהם (לדוגמה פסד עופר כבוי אש).

28
(3)

דיון בחובות ההנמקה ועיקרונות השקיפות כולל תיעוד ההליכים