

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

מבוא

חשיבות דיני המכרזים כיום, יותר מאי פעם, נובעת מכך שאנו רואים יותר ויותר הליכים של הפרטה, זאת בעקבות שינוי מדיניות, שינוי בתפיסת תפקיד המדינה, העברת סמכויות לגופים פרטיים. למשל, הפרטת בזק, אל-על, ניסיונות להפרטת בתי הסוהר (פס"ד רסלר).

מדיניות רווחה- מבט כללי: מעורבות המדינה בכלכלה וחברה

אנו מדברים על מדיניות רווחה המקדמות או מחויבות למדיניות רווחה. זו מדינה המעורבת בכלכלה ובחברה.

1. אספקת שירותים בסיסיים למחייה ע"י המדינה- חשמל, מים, תקשורת וכו'.
2. אספקת שירותים חברתיים ע"י המדינה- בריאות, חינוך, רווחה, דיור.
3. בעלות המדינה במשאבים למיניהם כנאמנה של הציבור- גז, נפט, ים המלח.

לעומת מדיניות הרווחה, יש לנו את מדיניות ההפרטה- נסיגת המדינה ממדיניות הרווחה. במצב זה אנו רואים העברה של ניהול משאבים ציבוריים לידי גופים פרטיים.

הפרטה בישראל:

ישראל הוקמה כמדינת רווחה, בעניינים כמו בריאות ישראל עדיין מעניקה שירותי רווחה.

- שינויים פוליטיים-חברתיים- 1977. קרה המהפך הפוליטי. הליכוד עלה לשלטון, המפלגה דגלה והצהירה שהיא הולכת לנהל משק חופשי המבוסס על יוזמה ותחרות.
- משברים כלכליים בשנות ה-80-90: משבר הקיבוצים ופשיטות רגל של רבים מהם וממפעליהם. כתוצאה מכך, רבים מהקיבוצים עברו הליך של הפרטה.
- התוכנית הכלכלית לייצוב המשק- 1985. דרכה התקבל חוק ההסדרים שהיה אמור להוביל לרפורמה של תהליך הפרטה של שירותים ומשאבים.
- התפתחות בינ"ל: פריחה עולמית של האידיאולוגיה הניאו-ליברלית; קריסת הגוש הקומוניסטי; שינויים דמוגרפיים במערב.

טיעונים בעד הפרטה:

1. הגברת התחרות בשוק.
2. הגברת הצמיחה.
3. הגנה על חופש העיסוק.
4. הגנה על זכות הקניין.
5. שחרור משאבים למשק
6. הוזלת מוצרים ושירותים (לא תמיד קורה).
7. שיפור איכות המוצרים והשירותים ומידת התאמתם לדרשות הצרכנים (?) - לא תמיד קורה.

טיעונים נגד הפרטה:

1. ריכוז כוח בידי בעלי ההון והדבר עלול להביא לניצול כוח מונופוליסטי.
2. פגיעה בעובדים חלשים- בעיקר בלתי מקצועיים או בלתי יעילים.
3. פגיעה באיכות השירותים.
4. הנזק שבחוסר היעילות הקיימת בניהול הממשלתי קטן מנזקים שתיצור ההפרטה עצמה.

אנחנו רואים שהעלויות עבור הצרכן בשירותי החינוך והבריאות עלו. בעצם הפרטת שירותים בהיבטים אלו הובילה לזינוק הוצאות של האזרחים.

הפרטת אוצרות הטבע: גז, נפט, רצועת החוף, שטחים פתוחים, אוצרות ים המלח. מה המיוחד במשאבים אלה לעומת בזק, אל-על, חברת חשמל וכו'? הם שייכים **לכל הציבור**, והם אף מוגדרים בחוק המקרקעין כמקרקעי ייעוד השייכים לכלל הציבור. נשאלת השאלה מה האחוז השייך לציבור במשאב ומה האחוז ששייך לחברה המנהלת את המשאב בהינתן שמשאבים אלו שייכים לציבור? בישראל, משאבי טבע רבים מצויים בידיהן של חברות פרטיות: פוספטים, אשלגן\ברום\מגנזיום, נפט וגז, מים מינרליים, חצץ\חול\בזלת, פצלי שמן, מי-ים להתפלה ועוד.

מהו מכרז?

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

עומר דקל (ספרות) והפסיקה מגדירים מכרז כ"הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת בריתת חוזה". כלומר, מכרז הינו- תהליך של ניהול מו"מ לקראת בריתת חוזה, בדרך של תחרות מאורגנת, בכללי משחק ידועים מראש. מטרת המכרז בסופו של יום היא הגעה **לבריתת חוזה**. המכרז הוא הליך ביניים בדרך למטרה זו.

יתרונות בעריכת מכרז:

- **יעילות**- יעילות מהבחינה שהמכרז נותן קריטריונים מסוימים, תנאי סף, כך שלא כל מי שחושב שהוא רלוונטי יציע הצעה, אלא רק מי שעומד בתנאים אלו. ההחלטה הטובה ביותר תתקבל שיש ציבור מציעים שהם רלוונטיים, אך גם עצם זה שיש ציבור מציעים מאפשר בירה בין ספקים שיכולים להתאים לתפקיד.
- **שקיפות**- המכרז מאפשר שקיפות לציבור הכללי לגבי אופציית הבחירה הטובה ביותר, לגבי הזוכה שהוא הכי טוב והכי מתאים לתפקיד.

שני סוגי מכרזים:

(א) **מכרזים ציבוריים המופעלים ע"י גופים ציבוריים (ודו-מהותיים)**. הדינים החלים על סוגי מכרזים אלו:

- חוק חובת המכרזים, התשנ"ב 1992.
 - תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.
 - תחומי משפט נוספים- משפט ציבורי, משפט מסחרי, דיני עבודה ועוד.
- בגלל שמכרזים אלו הם בתחום המשפט המנהלי\ציבורי, נראה היקשים רבים לתחומים נוספים כגון משפט ציבורי, משפט מסחרי, דיני עבודה ועוד. העקרון המנחה- **שוויון, תחרות ופומביות**.

(ב) **מכרזים פרטיים המופעלים ע"י גופים פרטיים**. העקרון המנחה- **פס"ד בית יולס**.

איזה דין חל על מי?

השאלות והטענות המשפטיות שמתעוררות משתנות בהתאם לסוג ומהות הגופים המעורבים. כאשר מבחינים בין סוגי הגופים השונים כדי לדעת האם קיימת חובה לערוך מכרז ומה הם הכללים שיחולו עליו:

1. **גוף ציבורי**: גוף הממומן ע"י כספי הציבור, בעל סמכויות מכוח חוק, הבעלות עליו היא של המדינה ומוסדותיה. סוגים של גופים ציבוריים:
 - א. **גופים ציבוריים מובהקים**- ממשלה שסמכותה קבועה בחו"י, רשויות מקומיות (סמכותם קבועה בחקיקה).
 - ב. **תאגידים סטטוטוריים**- תאגידים שהוקמו **מכוח חוק** ופועלים על פיו: המל"ל, כאן, מד"א, רשות העתיקות, מועצות דתיות וכו'. תאגידים אלו שואבים את כוחם מחוק ומוגבלים לפועלים ע"פ החוק.
 - ג. **חברות ממשלתיות, עירוניות**- גופים ציבוריים המוקמים עפ"י חוק החברות הממשלתיות, פועלים עפ"י כללים מנחים הנקבעים עפ"י תקנון החברה ומדיניות הממשלה.
2. **גוף פרטי**: גופים המוקמים ע"י פרטים, למטרת מקסום רווחים, ממומנים באופן פרטי ופועלים בשוק החופשי.
3. **גוף דו-מהותי**: גופים פרטיים שהוקמו במסגרת המשפט הפרטי אשר מספקים שירותים ציבוריים או ממלאים תפקידים ציבוריים. **יציר הפסיקה**- קק"ל, הסוכנות היהודית, מכוני רישוי, חברת קדישא, הבורסה לתכשיטים. בד"כ אותם גופים מקבלים מימון ציבורי או תשלום ציבורי עבור אותם שירותים. יתכן גם מצב הפוך, בו גוף מוקם כציבורי ועובר תהליכי הפרטה, לכן יוגדר כדו-מהותי. על גופים אלו חלה דוקטרינת **הדואליות הנורמטיבית**, עליה נרחיב בהמשך. **סוגי גופים דו-מהותיים**:
 - א. **גופים הפועלים מכוח זיכיון**- חברות הכללים (חברות פרטיות עם זיכיון מהמדינה, מגיע עם תנאים שהמדינה מכתיבה).
 - ב. **גופים פרטיים הפועלים כקבלנים**- חברות פרטיות לכאורה, אך החברות הללו הם קבלנים, קבלני משנה של גופים ציבוריים באספקת סחורות ציבוריות. למשל, חינוך.
 - ג. **גופים פרטיים בעלי סמכויות שלטוניות**- לדוגמא, רישיונות נהיגה בינ"ל ניתנים ע"י חברה פרטית בשם ממסי.

פס"ד עופר כיבוי אש נ' בתי הדין לנפט

רקע עובדתי: בז"ן היא חברה ממשלתית שעוסקת בייצור נפט, היא עשתה מכרז לזרנוקי מים והיא ביקשה במכרז הראשון שביצעה תותחים מסוג מסוים (אלקהרט), אך הוסיפה כי ניתן להציע מחברות אחרות שהם באותה איכות ושווי. עופר כיבוי אש הציעו הצעה מנגד, עם מוצרים באיכות זהה לטענתם, של חברה אחרת- אקרן. כתוצאה מכך, בז"ן חזרה מהמכרז והגישה בקשה נוספת עם דרישה למוצרי אלקהרט בלבד. עופר כיבוי אש טענה כי מדובר בפגיעה בתחרות ובהוגנות הליכי המכרז. לטענתם, אין מקום להגביל את הצעות המחיר למוצרי אלקהרט בלבד. בזן טענה מנגד כי היא משתמשת במוצרים מסוג אלקהרט ואחידות המוצרים חשובה לעת חירום, כך גם אחידות הנתונים הטכניים. עופר טענו כי לפי חו"ד מומחה אין הבדל בין המכשירים.

טענות הצדדים:

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- לטענת עופר, בז"ן כפופה לדיני המכרזים ולהוראות חוק חובת המכרזים. הבקשה שפרסמה בז"ן היא "מכרז סגור" שיש תנאים לקיימו עפ"י החוק, אם הם אינם מתקיימים יש לבטל את המכרז כי הוא לא חוקי. עופר טענה כי הדרישה לאספקת מוצר של יצרן מסוים היא בלתי סבירה, פוגעת בשוויון ובתחרות. הצבת תנאי סף זה, מעלה חשד של שיקולים זרים.
- בז"ן טענה כי חוק חובת המכרזים והתקנות לא חלים עליה, היא לא מחויבת למכרז ולא כפופה לדיני המכרזים. בנוסף הם טענו לחוסר ניקיון כפיים מצד המבקשת; אין פגם בבקשת מוצר של יצרן אחד (שיקול מקצועי לגיטימי).

בז"ן היא חברה בתהליך של הפרטה. תקנות חובת המכרזים ובמיוחד ס' 34(2) ו-34(4) לתקנות קובעים כי חברה בהפרטה פטורה ממכרז בהתקיים 3 תנאים:

1. היות החברה בהפרטה
2. מחזור התקשרויות מעל 1.75 מיליון ₪.
3. היקף התקשרות אינו עולה על 2.5 מיליון ₪.

תוצאה - ביהמ"ש קובע כי התנאים הללו לא חלים במקרה זה ופוסקת לטובת עופר. בז"ן חייבת לתת זכות שווה לכל אזרח להיקשר עם הרשות המנהלית. הרשות המנהלית חייבת לשמור על שלושה תנאים: **טוהר המידות; יעילות; שוויון.**

סוג המכרז משפיע על הכללים המוטלים על עורך המכרז - דיני המכרזים או דיני החוזים. לא משנה איך חברה מכנה את ההליך "חווה" או "מכרז", מה שקובע זה איך שהוא מנוהל בפועל, המהות של המסגרת (חשין בפס"ד מספנות ישראל). בוחנים מי הגוף המעורב והאם יש הפרטה של השירות/המשאב שאז צריך להחיל את חובת המכרזים. דיני החוזים קודמים לדיני המכרזים. בהמשך, דיני המכרזים התפתחו, לא לגמרי בנפרד מדיני החוזים. יש נקודות השקה רבות בין שני התחומים המשפטיים האלו: כללים שחלים בניהול מו"מ לקראת כריתת חוזה; פיצויים בשל הפרה; פיצויים בשל ניהול לא תקין של מכרז; שינוי בתנאי המכרז; זכויות וחובות המציע; חובות בעל המכרז כלפי המציע; חובות במציעים אחד כלפי השני;

המכרז הפרטי

הלכת בית יולס

חברה פרטית שמנהלת בתי אבות, פרסמה מכרז להקמת בית אבות חדש. הוגשו מספר הצעות והיא ניהלה מו"מ רק עם אחת. וועדת המכרזים קיבלה רק את ההצעה של אותה חברה, רסקו, מאחר והיא קבלן ציבורי. השאלה שעלתה בפס"ד היא האם יש חובה לנהוג בשוויון כלפי משתתפים במרכז פרטי כפי שקיים במכרז הציבורי?

העקרונות שמתנגשים בפס"ד - מצד אחד, יש את עקרון חופש החוזים של בית יולס. בית יולס היא חברה פרטית שזכותה להתקשר אם מי שהיא רוצה להתקשר. המצד השני, קיימת חובת השוויון ביחס לשתי החברות האחרות שהגישו מועמדות למכרז. הן עמדו בתנאים ואין סיבה שחברה שלישית שלא עומדת בתנאים דווקא היא תזכה. נשאלת האלה האם חלה חובת תום הלב? האם חלה חובה לנהל את המכרז בתו"ל? האם חלה חובת השוויון? לפי גבריאלה שלו ודקל- התשובה היא **לא**. אם חברה היא פרטית היא לא כפופה לחובת השוויון ותו"ל מכוח דיני המכרזים.

בערעור בסוגיית בית יולס הוכרעה ההלכה:

- **דעת הרוב: אלו, לוין ומלץ** - חלה רק חובת תו"ל מכוח חוק החוזים ולא חובת השוויון. מכרז פרטי הוא מו"מ לכריתת חוזה.
- **דעת המיעוט: ברק ושמגר** - חלה חובת תום לב (מכוח דיני החוזים) וממנה נגזר השוויון.

מכרז ציבורי

המסגרת הנורמטיבית שמסדירה את המכרז הציבורי:

1. חוק חובת המכרזים, התשנ"ב 1992.
2. תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג- 1993.
3. הסדרים ממוקדים נוספים: חוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים); ועוד.
4. הפסיקה.
5. הוראות התכ"מ (תקנון כספים ומשק) - מוצעות ע"י אגף במשרד האוצר. הן כוללות הנחיות אופרטיביות שמחייבות משרדי ממשלה ואת היחידות השונות של המשרדים האלה. הן כוללות פרוצדורות למיניהן שצריכות להנחות את המשרדים השונים. - חלים אך ורק על משרדי הממשלה.
6. הוראות המכרז הנדון - מה המכרז עצמו קובע?
7. דיני מסגרת כלליים: דיני חוזים, דיני עבודה, דיני זיקין, דיני עשיית עושר, דיני משב"ל. אלה מהווים את התכלית הכללים של דיני המכרזים ומעין "מטריה נורמטיבית" מכל כלל דיני המכרזים.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

הבעיה עם ריבוי מקורות נורמטיביים - למה שעל רשויות מקומיות יחולו דינים שונים מאלה שחלים על אוניברסיטאות או מערכת הביטחון? למה זה כך? יש מאפיינים ייחודיים למוסדות שונים. למשל, מערכת הביטחון יש לה שיקולים שונים במכרזים שלה. יש אופי לאותה מערכת שמצדיקה החלה שונה של הדינים. ברשויות מקומיות, למשל, יש חשש לכל מיני שחיתויות וניגוד עניינים אז שם הדגש הוא על הנושאים האלה. איך מיישבים את הסתירה הזו? ביהמ"ש מחיל **עקרון "ההרמוניה החקיקתית"** שמשמעותו להחיל פרשנות שתביא להחלה אחידה של הדינים על גופי השלטון השונים. יחד עם זאת, ביהמ"ש מכיר בכך שיש סיטואציות מסוימות שבהן תהיה הצדקה להחלת דין שונה. המאפיינים הייחודיים נבחנים ע"פ אחד מהשניים: **1. הגוף 2. העסקה.**

לעיתים השוני בין התקנות הכלליות לספציפיות (תקנות חובת מכרזים) לא נובע משוני רלוונטי, אלא זוהי מעין לקונה או הסדר לא מעודכן שמשלימים אותו מכוח תקנות כלליות.

מבחינה מהותית, לאיזה ענף משפטי שייך תחום דיני המכרזים?

דיני המכרזים הם דינים מיוחדים המסווגים כשייכים בעיקר לשני ענפי משפט - המשפט המנהלי (סבירות), דיני החוזי והטרם חוזי (תום לב). על אותם גופים היוצאים למכרז חלה **דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית**. זו דוקטרינה שהתפתחה מתוך המשפט המנהלי והיא קובעת כי החלטה של רשות כפופה לשתי מערכות של דין מהותי:

1. **עקרון היסוד של המשפט המנהלי** - בהתחשב בגוף המפעיל את הסמכות כגוף ציבורי שהוא נאמן לציבור.
2. **והמשפט הפרטי** - בהתחשב במהות הפעולה.

במובן זה, הדואליות הנורמטיבית חלה על פעולותיהן של רשויות תוך שימוש בכלים המשפטיים ובמסגרות המשפטיות שפותחו במשפט הפרטי.

עקרונות המשפט המנהלי

המשפט המנהלי עוסק ביחס שבין המדינה לאזרח. את תחום זה מנחים מספר עקרונות:

- ✓ **עקרון החוקיות** - לרשות מנהלית מותר לעשות אך ורק פעולות אשר החוק הסמיך אות לעשות. במשפט הפרטי זה בדיוק ההפך - פרטים יכולים לפעול במרחב פעולה רחב עד שהחוק מגביל את אותו מרחב פעולה.
- ✓ **עקרון הסבירות** - ככל שיש לרשות מנהלית סמכות היא צריכה לקבל החלטה במתחם הסבירות.

שני העקרונות האלה מוחלטים ולא ניתן להתנות עליהם. במשפט המנהלי בוחנים תחילה האם הרשות פעלה מכוח סמכות, מכוח חוק. אם היא לא פעלה בסמכות כמובן שהפעולה בטלה. אם פעלה בסמכות - נבחן האם הפעולה הייתה סבירה או לא.

תחולת דיני החוזים בהקשר המכרזי מתקיים בשני שלבים:

1. **במהלך המכרז עצמו = מו"מ לכריתת חוזה**; המכרז עצמו מהווה תהליך של מו"מ לקראת חוזה. מנק' המבט של דיני החוזים המכרז הציבורי מהווה שלם טרם-חוזה או סוג של מו"מ שמנהלים צדדים לקראת כריתתו של חוזה. לחלופין, מהווה המכרז הציבורי חוזה "נספח" הכולל את כללי המשחק שהצדדים למכרז הסכימו עליו. מנק' המבט הזה, מהווה המכרז הציבורי הליך הכפוף לדיני הטרם-חוזה או חוזה מיוחד הכפוף לעקרונות ולכללים של דיני החוזים ובעיקרם **חובת תום לב**. במצב של סתירה בין שתי הנורמות, למשל בתחום הסעדים, הפסיקה קובעת - **העדיפות היא לתחולת המשפט הציבורי**. הטענות היותר חזקות נגד המכרז יהיו דרך המשפט המנהלי ולא דרך ההיבט החוזי. אם מישור נפגע ממכרז, הוא יעדיף להגיש עתירה מנהלית ולא תביעה פרטית דרך דיני החוזים אבל גם הדרך של דיני החוזים פתוחה בפניו.
2. **לאחר סיום המכרז ובחירת הצעה זוכה**: המכרז הוא הזמנה להציע הצעות. המציעים (המתמודדים במכרז) מגישים הצעה בלתי חוזרת בהתאם לתנאי המכרז. ברגע שזועדת המכרזים מחליטה לבחור בהצעה יש קיבול ויש חוזה. הקיבול יוצר את החוזה עליו חלים דיני החוזים שלאחר כריתת החוזה.

אילו כללים חלו על גופים מנהליים לפני חקיקת חוק חובת מכרזים? הפסיקה קבעה שגופים ציבוריים ורשויות מנהל צריכות להתנהג לפי סטנדרט מסוים שהיא חובת מכרזים. דיני המכרזים התפתחו מתוך הפסיקה הזו. בעצם הפסיקה החילה על הגופים האלו את דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית עוד לפני חוק חובת מכרזים. החידוש של החוק הוא הטלת החובה לערוך מכרז **בחוק** (ס' 2) על גופים ציבוריים. ס' 2 הוא הבסיס הנורמטיבי לחובת המכרזים.

♦ **ס' 2 לחוק חובת מכרזים**: "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 ע"פ מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".

שלבי הבחינה לחובת מכרז לפי ס' 2:

א. על מי חלה החובה לערוך מכרז?

1. חובה פרסונלית מכוח החוק: "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה"

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

2. גוף שכפוף להסדרים נורמטיביים נוספים- רשויות מקומיות, מערכת ביטחון וכו'.
3. כפיפות מכוח דוקטרינת דואליות נורמטיבית- גופים דו-מהותיים (פס"ד התאחדות לכדורגל).

ע"פ פס"ד יולס, אין חובה שמוטלת על גופים פרטיים לערוך מכרז.

גלעדי נ' התאחדות הכדורגל- עמותת ההתאחדות לכדורגל אחראית לניהול שוטף של ענף הכדורגל, כאשר מטרתה פיתוח הענף, ריכוז וניהול. זכויות השידור בטלוויזיה של משחקי הכדורגל בישראל הינם מקור ההכנסה המרכזי של ההתאחדות ושל הקבוצות הפועלות במסגרתה. ההתאחדות מתקשרת בהסכם עם צ'רלטון כחברה מתווכת שהסכימה למכור את זכויות השידור של ההתאחדות. גלעדי טוענים שהתאחדות הכדורגל היו צריכים לערוך מכרז. השאלה המשפטית: **האם מוטלת חובה לקיום מכרז על התאחדות הכדורגלנים בנוגע למכירת זכויות שידור לערוצים שפועלים בענף הספורט? או שהיא יכולה להתקשר בחוזה פרטי מול החברה הספציפית?** ביהמ"ש קובע שיש חובת מכרז על התאחדות הכדורגל. למה? אף שהינה ישות פרטית מבחינת אופן התאגדותה, העסק שהיא מנהלת הוא בעל אופי ציבורי. לאור עמדתה ותפקידה היא בגדר גוף דו-מהותי ולכן יכולו עליה דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית.

בחינת אופי הגוף:

1. מדובר בגוף מבוקר ע"י מבקר המדינה כמשמעו של מונח זה בס' 9 לחוק מבקר המדינה
 2. חלק לא מבוטל מתקציבה מקורו בכספי ציבור
- בחינת מהות העסקה** (עוד בשלב הראשון של החובה הפרסונלית!):
- ✓ מדובר בזכות ייחודית שמהווה מקור הכנסה עיקרי ומשמעותי לגוף;
 - ✓ ההתקשרות היא לתקופה ארוכה;
 - ✓ ככל שמדובר בזכות השיווק והניהול של זכויות השידור, קיים חשש למונופולזציה ומתן השפעה מכרעת לגורם אחד בשוק זה;
 - ✓ ההתאחדות בעצמה יצאה במכרזים בעבר לגבי זכויות השידור שלה.

בעצם גם לאחר חוק חובת המכרזים, יש להחיל את חובת המכרזים על גופים דו-מהותיים (למרות שהחוק לא מציין אותם). יש לשים לב- בחינת מהות העסקה היא חשובה. **לא בטוח שכל עסקה שגוף דו מהותי עושה מחייבת במכרז. אם עסקה היא רלוונטית לשוק ולכלל הציבור, היא מחייבת במכרז לפי החובה הפרסונלית.**

ב. בהנחה שהגוף הוא גוף שחב במכרז, האם חלה חובה במקרה הקונקרטי?

בשלב הזה בוחנים שני דברים:

1. האם הגוף המחויב במכרז מתכנן לזכות עסקה המחייבת מכרז ע"פ ס' 2?
2. האם במקרה הזה קיים פטור בחוק או בתקנות שאז אין חובה לקיים מכרז?

סוגי השירותים המחייבים מכרז לפי ס' 2: "... לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אלא ע"פ מכרז פומבי". לכאורה נראה שעל גוף ציבורי תמיד תחול חובה מהותית. מתי הדילמה מתעוררת? למשל בנושא של **הענקת רישיון**. למעט הנושא הזה, כמעט כל פעולה של הרשות המנהלית נכנסת תחת הסעיף. דקל מציע להבחין בין: **הענקת רישיון למשאב בלתי מוגבל**- למשל, רשין עו"ד, רואה חשבון, רופא שאז אין צורך במכרז. לבין **הענקת רישיון למשאב מוגבל בעקבות מדיניות של הרשות**- למשל רישיון למוניות, מכסות לייבוא ביצים ובשר וכן הלאה, שאז יש חובה לקיים מכרז. מכיוון שכאן מתחרים על משאב מוגבל, כאן יש הצדקה לקיים מכרז. כנ"ל לגבי הענקת רישיונות למשאבי טבע שמוגבלים מטבעם- גז, נפט ועוד.

פס"ד מיטראל- נדונה בקשה להענקת רישיון לייבוא בשר קפוא. העותרת תקפה את החלטת הרשות לחלק רישיונות יבוא ע"י הטלת הגרלה בין המעוניינים וטענה כי יש לחייב את המדינה לערוך מכרז ע"פ חוק חובת מכרזים. ביהמ"ש, מפי השופט מצא, דחה את הטענה תוך שקבע בפשטות כי הענקת רישיון לייבוא בשר קפוא (בלבד) אינה בגדר "עסקה" כמשמעותה בחוק ומכאן שלא מוטל על הרשות חובה לערוך מכרז. ביהמ"ש בעצם אומר שאם צריך לפרש את החוק, אז אין להכניס את תחום הענקת רישיונות לתחום של "ביצוע עסקה". זו הייתה פסיקה קצת בעייתית כיוון שביהמ"ש בדד"כ לא מקל בהקשר של המשפט המנהלי ופה ביהמ"ש דווקא הקל.

ג. סוג המכרז

אם מגיעים למסקנה שחלה חובה פרסונלית, וחלה חובה מהותית, השלב הבא הוא לבחון איזה סוג של מכרז חל באותו המקרה?

1. פומבי
2. סגור

ד. עקרון השוויון

ס' 2 סיפא: "אלא ע"פ מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".

פס"ד קראון: העתירה נסבה על תוצאותיו של מכרז שפרסם נציג שירות המדינה למשרת רופא מתמחה במחלקת נשים ויולדות במרכז הרפואי שיבא. ועדת הבחנים דחתה את מועמדותו של העותר, מטעמים שבכישוריו האישיים, והעדיפה למנות למשרה אדם אחר. לטענת העותר, נדחתה מועמדותו על הסף מאחר שהוא אינו מועסק כעובד זמני במשרה נושא המכרז, והזוכה הועדף על פניו אך ורק בשל היות האחרון מועסק כעובד זמני באותה משרה. לטענתו, התעלמה ועדת הבחנים משיקולים רלוונטיים ושקלה שיקולים זרים, כמו השיקול בדבר היות המועמד האחר מועסק כעובד זמני במשרה. העותר טוען שיש בכך משום הפליה לרעה, ומכרז שלא נערך בתנאי שוויון בין מתחריו הוא פגום ויש לפוסלו. ביהמ"ש הכריע שבעצם המכרז שעשינו נותן יתרון לאחד המועמדים (העובד הזמני) ועל כן יש כאן מעין עקיפה של דיני המכרזים. וכל ההליך המכרזי הוא מממש "למראית עין". על כן ועקב החשיבות של עקרון השוויון שהוא "נשמת אפו" של מכרז הרי שאין לתת יתרון מקדמי לאף אחד מהמשתתפים. בנוסף ביהמ"ש גם מצוין שאם לא נוקטים בשוויון במכרז יש פגיעה בתו"ל ולפנינו חוסר הגינות. בסופו של דבר העתירה נדחתה עקב "המעשה כבר עשוי", המתמחה שנבחר כבר לקראת סוף ההתמחות ויגרום לו נזק רב (אך להבא הועדה צריכה ליישם את עקרון השוויון בצורה תקינה)

מטרות המכרז הציבורי (אינווסט, קראון)

1. קידום יעילות בסביבה תחרותית, בהנחה שההליך תחרותי יביא להתקשרות חוזית יעילה יותר עבור הרשות המנהלית המייצגת את כלל הציבור
2. מניעת שחיתות ומשוא פנים בכל הנוגע לניהול משאבי הציבור

עקרון השוויון צריך לבוא לידי ביטוי בשני מובנים:

- ✓ **הזכות להשתתף בתחרות:** כדי שלא רק מי שמקורב לצלחת יזכה אלא שתהיה הזדמנות שווה לכולם. יש בכך אינטרס חברתי וכלכלי.
- ✓ **הזכות השווה לזכות במכרז:** צריך להקפיד שהתחרות עצמה תנוהל בשוויון בהתאם לכללים שנקבעו מראש.

בחזרה לפס"ד- מקורה של הבעיה בכך שמלכתחילה מועסק במשרה המתפנה רופא מתמחה ממלא מקום, ורק לאחר זמן נערך מכרז כדון. העובר הארעי זכאי אף הוא להשתתף במכרז, וממלא נהנה מעדיפות משמעותית על פני שאר המועמדים. בסופו של דבר, העתירה נדחתה. אין עוד צורך בהתערבות בג"צ לאחר שהמשיבים קיבלו על עצמם להפסיק את הנהוג של העסקת רופאים מתמחים מבלי שנערך מכרז קודם לכן. מצב זה יאפשר קיום מכרזים לרופאים מתמחים כדון ובתנאי שוויון.

אחת הבעיות שיש במכרז ציבורי היא לעיתים שעקרון השוויון פוגע בעקרון היעילות.

פטורים מעריכת מכרז- מתי וכיצד?

החריגים לקיום המכרז רלוונטים כאשר חלה חובה לקיים מכרז על אותו גוף. הנושא של פטור ממכרזים מופיע בס' 4 לחוק חובת מכרזים:

(א) שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יקבע בתקנות –
(1) סכומים או סוגי עסקאות ונהלים לסיווג עסקאות, שלגביהם, על אף האמור בסעיף 2 – (א) לא תהיה חובה לערוך מכרז כללי;

(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.

קיימים שני סוגי הוראות פטור:

1. **כלליות:** מעוגנות בתקנה 3. היא מונה 34 הוראות פטור כלליות שפוטרות את אותו גוף שמחויב לפי ס' 2 לקיים מכרז. כלליות הכוונה היא שהם חלים על כל הגופים שחייבים בחובת מכרזים.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

2. **ספציפיות:** פטורים שחלים רק על **גופים ספציפיים:** התקשרות על בעלי מקצוע ומומחים- תקנה 5 מפרטת 4 קטגוריות של הוראות פטור, שעניינן התקשרות עם בעלי מקצוע מומחים; רשות מקרקעי ישראל- תקנה 25 מונה 33 הוראות פטור המתייחסות למנהל מקרקע ישראל (הוראות פטור נוספות על הוראות הפטור הכלליות המפורטות בתקנה 3); תאגידים ממשלתיים- תקנה 34 מפרטת 9 הוראות פטור המתייחסות לחברות ממשלתיות, הנוספות על הוראות הפטור הכלליות; תאגידים סטטוטוריים- תקנה 39 מפרטת הוראות פטור נוספת המתייחסת לתאגידים סטטוטוריים.

סה"כ יש כ-80 הוראות פטור מעריכת מכרז.

מהם הכללים להפעלת הפטור?

הכלל - עדיפות המכרז הפומבי תיקון תשס"ט 2009:

← **תקנה 1ב לתקנות חובת מכרזים:**

1ב. (א) גוף ציבורי **יעדיף** לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם מקום שהותר לו לפי תקנות אלה לבצע התקשרויות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל.

(ב) החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות בדרך של מכרז פומבי 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.

(ג) החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות בדרך של מכרז סגור תיעשה לפי תקנות אלה, לאחר בחינת האפשרות לערוך מכרז פומבי, וככל שמוצדק וסביר בנסיבות העניין לבצע את ההתקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי.

(ד) החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות שלא בדרך של מכרז, **תתקבל לפי תקנות אלה לאחר בחינת האפשרות לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז, וככל שהדבר מוצדק וסביר בנסיבות העניין.**

(ה) גוף ציבורי יעשה כל שניתן כדי שההתקשרות לא תהפוך דחופה, באופן המצריך התקשרות בפטור ממכרז לפי תקנה 2(3) או באופן המצריך עריכת מכרז ממוכן מהיר לפי תקנה 19ה.

לפי ס' 1ב, דרך המלך היא כן לצאת למכרז על אף הוראות הפטור! זה שיש פטור זה לא מקנה סמכות אוטומטית להפעלת הפטור.

← **תקנה 1ג לתקנות חובת מכרזים:**

1ג. (א) גוף ציבורי שהחליט לבצע התקשרות שלא באמצעות מכרז לפי תקנות אלה, למעט התקשרות לפי תקנה 1(3), **יפרסם את החלטתו המנומקת באתר האינטרנט בתוך חמישה ימי עבודה ממועד קבלת ההחלטה.**

(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.

(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.

אם גוף ציבורי החליט לא לצאת ממכרז ולנצל את הפטור שיש לו בתקנות הוא חייב דבר ראשון לנמק את ההחלטה שלו ולפרסם אותה באינטרנט תוך 5 ימי עבודה מקבלת ההחלטה. יחד עם זאת התקנה מבינה שלעיתים יהיה בעייתי לפרסם את ההחלטה ואז יש פטור מפרסום ההחלטה. מתי? מטעמים של בטחון המדינה/קשרי מסחר לאומיים/ בטחון הציבור/ מדובר בסוד מקצועי או מסחרי של המשרד וכו'.

מה מטרת/משמעות הסעיף?

1. לתת שקיפות- ככל שגוף יהיה מחויב לפרסם את ההחלטה, סביר להניח שנראה פחות שחיתות 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).

שינוי נוסף משנת 2009 נוגע לביזור סמכויות באמצעות העברת סמכויות לוועדת פטור ייחודית בכל משרד (ועדת פטור משרדית):

← **הפעלת מנגנון פיקוח באמצעות הקמת וועדות פטור ייחודיות בכל משרד- תקנה 10א:** הקמת ועדת פטור משרדית במשרדי ממשלה (תקנה 10א) מורכבת מ: המנהל הכללי של המשרד, חשב המשרד, היועץ המשפטי של המשרד.

סמכויות הוועדה המשרדית הן לאשר פטורים על פי הנדרש מכל תקנת פטור.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

נוסף לכך, בנוגע למכרזים המנוהלים על ידי משרד האוצר, קיימת ועדת פטור כללית של משרד האוצר (החשב הכללי):

➤ **תקנה 11:** קובעת שיהיה גוף מפקח עליון במקרים מיוחדים שיהיה מורכב מ-3 חברים, בניהם:

1. החשב הכללי או נציגו.
2. היועץ המשפטי או של משרד האוצר או נציגו.

סמכויותיה של ועדת הפטור הכללית: מתפקדת כגוף מפקח עליון (תקנה 13 - חובת דיווח לוועדה הכללית); לאשר פטורים ע"פ הנדרש מתקנות הפטור כגוף יחיד לאישור או כגוף נוסף (תקנה 12).

ע"פ דרישת חלק מהתקנות גם **שר האוצר** מכהן כגוף המאשר את הפטור.

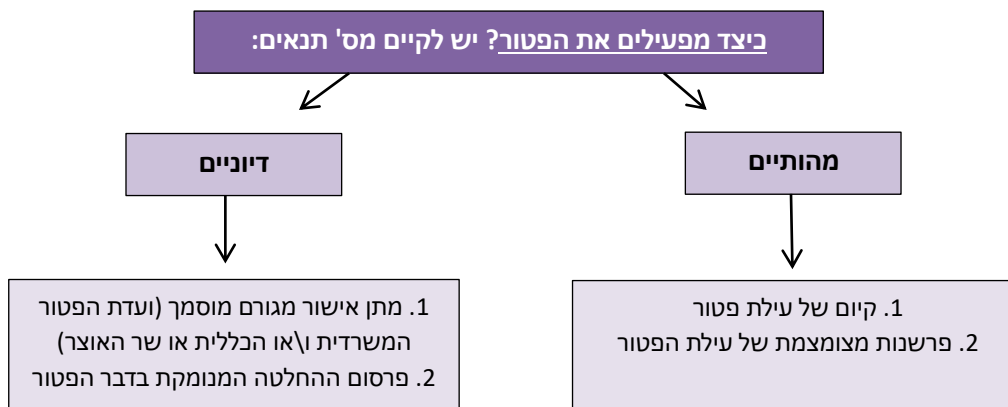
ישנן גם תקנות פטור לגופים ספציפיים: למשל, מכרזים של רשות מקרקעי ישראל- הקמת וועדת פטור של מנהל מקרקעי ישראל תקנה 28:

(א) מועצת מקרקעי ישראל תמנה ועדת פטור, מבין חבריה:

1. בצירוף היועץ המשפטי של המינהל או נציגו;
2. חשב המינהל או נציגו (בתקנות אלה - ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל);
3. בין חברי המועצה שיהיו חברי הוועדה יהיה נציג משרד האוצר החבר במועצה, או עובד המדינה אחר מבין חברי המועצה - אם אין בין חברי המועצה נציג משרד האוצר.

(ב) החלטות ועדת המכרזים על מתן פטור בהתקשרויות כאמור בתקנות 25(22) ו-25(29) (או כאשר שווי ההתקשרות עולה על 5,000,000 שקלים חדשים, טעונות אישור ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל).

בעצם מחייבים בשוק מקרקעי ישראל ועדת פטור של ועדת מקרקעי ישראל בנוסף לס' 11 וכו'.



נפרט על חלק מהפטורים המופיעים בתקנה 3:

☑ **תקנה 3(1) - סכום מוגבל וקטן ובתנאים:** "התקשרות ששוויה אינה עולה על 50,000 ₪; ואולם בכל תקופה רצופה של שנים עשר חודשים לא יתקשר המשרד עם מתקשר מסוים, בלא מכרז, לפי פסקה זו בהתקשרויות בסכום כולל העולה על 100,000 שקלים חדשים, ובמניין זה יבואו גם התקשרויות שנכרתו בתקופה האמורה בהתקשרות המשך, כהגדרתה בפסקה (4), להתקשרות שנעשתה במקורה לפי פסקה זו; כלומר, ניתן לעשות זאת רק מספר פעמים מסוים בשנה, בסכום שלא עולה על 100,000 ₪. זו איזושהי רגולציה שהמחוקק עושה כדי שהגוף שמשמש בפטור לא יינצל אותו יותר מדי. מדובר בכסף קטן ולכן הרציונל הוא של עלות-תועלת. בסכומים הקטנים האלו לא שווה לא לצאת ממכרז. זה המקרה היחיד שלא חייב אישור של ועדת פטור בלשהי."

☑ **תקנה 3(2) - התקשרות דחופה בתנאים:** רציונל הפטור הוא דחיפות המקרה. התקנה מפרטת את תנאי הפטור:

- התקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש.
- אשר יש להתחיל בביצועה בתוך שני ימי עבודה או פחות.
- בהיקף ולתקופה המזעריים הנדרשים בנסיבות כאמור,
- אם ועדת הפטור המשרדית אישרה זאת.

נזכור את תקנה 1(ה): "(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". מדוע רוצים לנסות להימנע מהתקשרות שהיא דחופה? מכיוון שהתקנה היא אמורפית. משום שכל מקרה הוא סובייקטיבי הפרשנות היא פתוחה מאוד

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

והלשון רחבה מאוד, ההנחיה היא לנסות לפרש את הדברים בצורה הכי מצמצמת שאפשר כדי שהכלל יהיה חובת מכרז והחריד הוא פטור ממכרז.

☑ **תקנה 3(3)- בטחון המדינה:** פטור שהרציונל שלו הוא סודיות ושמירה על הביטחון. נוסח הפטור: "התקשרות בעסקה אשר עריכת מכרז לגביה:

1. עלולה לפגוע פגיעה מהותית בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בכלכלתה, בבטחון הציבור, או בסוד מסחרי או מקצועי של המשרד;

2. **אם** עלה שווי ההתקשרות על 2,500,000 שקלים חדשים- **טענה ההתקשרות את אישור החשב הכללי, או מי שהוא הסמיכו לכך".**

☑ **תקנה 3(4)- המשך התקשרות עם ספק קיים:**

(ב) התקשרות המשך בתנאים זהים לתנאי ההתקשרות הראשונה או מיטיבים עם המזמין, בנסיבות שבהן השמירה על האחידות נדרשת מטעמי חיסכון ויעילות:

(1) באישור ועדת המכרזים אם התקיימו בה כל אלה: (א) היא נעשית במהלך תקופת ההתקשרות הראשונה או סמוך לאחריה; (ב) היא התקשרות המשך בלא עלות נוספת, או אם שוויין המצטבר של כל התקשרויות המשך שנעשו לאותה התקשרות ראשונה לרבות התקשרות המשך הנוכחית, אינו עולה על 50,000 שקלים חדשים ואם ההתקשרות הראשונה נעשתה בעקבות מכרז או בעקבות פנייה תחרותית לקבלת הצעות, שוויין המצטבר של כל התקשרויות המשך כאמור אינו עולה על 150,000 שקלים חדשים;

(2) באישור ועדת פטור משרדית, אם אינה התקשרות כאמור בפסקת משנה (1)(א), או אם אינה התקשרות כאמור בפסקת משנה (1)(ב) ונתקיימו בה כל אלה..

התקנה אומרת **שצריך אישור של 2 ועדות:** (1 ועדת המכרזים) (2 ועדת הפטור המשרדית). צריך את אישור 2 הועדות וקשה לקבל פטור זה בשל התנאים הרבים מחשש מהתקשרות עם ספק קיים. החשש הוא גם על הספק עצמו- משום שיכולים לעשוק את אותו ספק וגם בשל החשש שלא יאפשרו לספקים פוטנציאליים להתחרות. גם פה מדובר בלשון רחבה שיוצרת בעיה ולכן עלינו לפרש בחומרה.

☑ **תקנה 3(29)- ספק יחיד:** ככל שמדובר בספק יחיד הרציונל הוא שאין טעם לצאת למכרז. "התקשרות עם מי שלפי זכויות מכוח דין או בהתאם למצב הדברים בפועל הוא היחיד המסוגל לבצע את נושא ההתקשרות (בתקנות אלה – ספק יחיד), לאחר בחינת קיומם של ספקים לפי תקנה 3(א)"; **הבעיה בתקנה- מיהו אותו ספק יחיד?** החשש הוא שיהיה ניסיון לתפור לספק אחד את המכרז בטענה שהוא ספק יחיד. תקנה 3(29) מפנה אותנו **לתקנה 3(א)-** כדי לדעת האם מדובר בספק יחיד צריך: (1) חוות דעת של מומחה- מומחה מהמשרד שחווה את דעתו בכתב כי המתקשר הוא ספק יחיד; (2) פרסום טרם ההחלטה על הפטור- "פרסום באתר אינטרנט לתקופה של עשרה ימי עבודה לפחות, ושולחה לכל מי שהוא מנוי על קבלת הודעות לפי תקנה 15". **הרציונל- שקיפות ויכולת לתקוף את ההחלטה הזו בביהמ"ש.**

☑ **תקנה 3(28)- תקנת סל:** התקשרות שלגביה: נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז, ובלבד שועדת הפטור (המשרדית) ולעניין הענקת זכויות במקרקעין בידי מינהל מקרקעי ישראל – ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל, באישור שר האוצר (אישור כפול) החליטה מטעמים מיוחדים שיירשמו, לפטור אותה מחובת מכרז; תקנה זו היא בעייתית משתי סיבות:

1. **מה זה נסיבות מיוחדות ונדירות?** יתרון תקנת סל זו, כמו אחרות, הוא בכך שהן פתוחות, גמישות ודינאמיות והן נותנות פתרון למקומות שבהם המחוקק לא חשב על כל המקרים.

2. **מה הרציונל להיקף כל כך רחב של פטור במציאות בה מבקשים לצמצם את הוראות הפטור דווקא?** מצד אחד היא מקלה משום שהיא מאפשרת להכניס לנסיבות המיוחדות כמעט כל דבר, אך היא מקשה מאוד וכמעט לא ניתן להיכנס לתוכה משום שאנו דורשים אישורים של עוד גורמים נוספים (אישור כפול).

היחס בין תקנת הסל לתקנות אחרות

🇮🇱 **פס"ד תעשיית אבן וסיד:** מחצבת כחל הופעלה על-ידי נדיר מחצבים (1991) בע"מ. בשנת 2003 ועדה מקצועית שהוקמה מכוח תקנה 25(29) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, האריכה את תקופת ההרשאה לכרייה במחצבה לחמש שנים, תוך קבלת פטור ממכרז, באישור ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל (החלטת ועדת הפטור הראשונה). בשל קשיים כלכליים, שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ רכשה מנדיר את זכויות החציבה במחצבה. ועדת הפטור העניקה לשפיר הרשאה לכרייה ולחציבה במחצבה בפטור ממכרז עד 2027 (החלטת ועדת הפטור השנייה) בימ"ש המחוזי החליט כי תקופת ההרשאה בפטור תהא עד 2013 בלבד. חברת תעשיית אבן וסיד בע"מ, העוסקת בכרייה וחציבה הגישה עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי בבאר שבע שבה תקפה את החלטת ועדת הפטור.

התקנות הרלוונטיות:

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- **25(29)(א)** מתן הרשאה נוספת לכרייה ולחציבה של אבן לבעל הרשאה קודמת, ובלבד שהגיש בקשה לפטור לפי פסקה זו לא יאוחר מיום י"ב באב התשס"ג; בפסקה זו – "בעל הרשאה קודמת" – מי שנתקיימו בו כל אלה....
- **25(29)(ג)** החלטה ליתן פטור לפי פסקה זו תינתן על יסוד המלצה מנומקת, בכתב, של ועדה מקצועית בראשות שופט בדימוס שימנה שר המשפטים, שחברים בה נציג משרד האוצר, היועץ המשפטי למינהל ושני נציגי ציבור שימנה שר האוצר, מהם – אחד לפי הצעת נשיא התאחדות התעשיינים ואחד, רואה חשבון, לפי הצעת נשיא לשכת רואי חשבון בישראל.

טענות אבן וסיד:

1. החלטת הפטור השנייה (לעניין חוזה הארכה עד ל- 2027) ניתנה בחוסר סמכות, משום שהדרך הראויה לאשר הענקת הרשאת חציבה בפטור ממכרז היא לפי תקנה 25(29) לתקנות חובת המכרזים, המחייבת בחינה על-ידי הוועדה המקצועית – מה גם שבעניין ההרשאה האמורה, כבר ניתנה החלטה של וועדת הפטור לפי תקנה 25(29) לתקנות חובת המכרזים, בהתאם להמלצת הוועדה המקצועית.
2. משכך, מדובר בניסיון פסול "לעקוף" את הוועדה המקצועית, באמצעות החלטה לפי תקנה 28(3) לתקנות שמיועדת למקרים חריגים ביותר.
3. בניסיונות אלה, נטען כי החלטת הפטור השנייה, שניתנה מבלי שהדבר הובא פעם נוספת בפני הוועדה המקצועית, ותוך שהיא סותרת את המלצותיה המקוריות של אותה ועדה, עולה כדי חריגה מסמכות.

ביהמ"ש:

תקנה 28(3) לתקנות היא תקנת סל, שנועדה לענות על מצבים חריגים שאינם נכנסים בגדרי הוראת פטור קונקרטית אחרת. מדובר בהסדר המאזן בין הצורך בגמישות לבין הרצון להגביל את שיקול דעתה של רשות בהתקשרויות ללא מכרז.

פרשנות מצומצמת להפעלת הסעיף: "זהו אינו הנתב הראוי לביצוע התקשרויות לפרק זמן כה ממושך, לא כל שכן כאשר מדובר בהתקשרויות שעניינן זכויות להפקת משאבים טבעיים מוגבלים. תקנה 28(3) הינה תקנת סל שיוחזק לשימוש בצוק העיתים, בהעדר חלופה ישימה אחרת". כשמדובר פה במשאבים טבעיים ובתקופת זמן כל כך ארוכה, זה לא הכלי הנכון להשתמש בו בהסדר הזה. תקנה 28(3) נועדה לענות על מצבים חריגים שלא נכנסים בהוראות הפטור האחרות.

מה היחס בין תקנה 28(3) לתקנות אחרות?

אין מניעה עקרונית כי הרשות תיתן פטור ממכרז מכוח תקנה 28(3), גם אם ניתנו בעבר החלטות מכוח תקנות פטור אחרות. אין יסוד לשלול סמכות מפורשת שהוקנתה לרשות בתקנה 28(3) לתקנות, בניסיונות שבהן קיימת הצדקה להתקשרות ללא מכרז, אך אין בנמצא הוראת פטור קונקרטית שניתן להסתייע בה. 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".

בסוף ביהמ"ש קובע שתקנה 25 לא חלה כאן כיוון שזו הרשאה מחדש ולא הרשאה נמשכת ולכן הדרך היחידה היא ללכת לפי תקנת הסל 28(3). במקרה דנן הפטור לא ניתן בצורה סבירה ולכן ביהמ"ש מצמצם את תקופת הפטור. **תקנת הסל תמיד נמצאת ברקע, אבל צריך לבחון האם השימוש בתקנה 28(3) הוא סביר.** אם יש תקנה ספציפית אי אפשר לזנוח אותה כדי לעקוף את התנאים של אותה תקנה ספציפית.

☒ תקנה 5- התקשרות עם בעלי מומחיות:

(א) 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.

(ב) מכרז להתקשרות עם אדריכל לתכנון מבנה ציבור אשר יש בתכנונו ענין אדריכלי-ציבורי, יכול שיעשה לפי סדרים וכללים שייקבעו בידי ועדת המכרזים, על אף האמור בתקנות אלה. למרות הפטור, בהמשך התקנה נאמר:

(ג) (1) התקשרות כאמור בתקנת משנה (א) תיעשה, ככל הניתן, **בדרך של פנייה תחרותית להצעות**, לפי תקנת משנה (ד);

(ד) 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 כהלך עם בחינה דו-

שלבית, בהתאמה, הוראות תקנה 17ד;

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

(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.

יש העדפה לפנייה ספציפית. למשל ביחסי אמון יותר נכון לפנות למשרדים מסוימים שאנחנו יודעים לגבי האמינות שלהם ולא לכלל המשתתפים.

הרמוניה חקיקתית בפטורים

מלבד החוק הכללי, שהוא חוק חובת מכרזים יש לנו חוקים אחרים שמייחסים פטורים לגופים ספציפיים:

1. **מערכת הביטחון** - תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון, (התשנ"ג-1993) - תקנה 3 קובעת 33 הוראות פטור).
2. **רשויות מקומיות**:
 - סעי' 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] הקובע: לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי.
 - סעי' 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.
 - סעי' 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958.

כיצד נפתור סתירה/התנגשות בין חקיקה ספציפית לחוק הכללי? מה נעשה עם חוסר וודאות?

פס"ד נצרת עלית: ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש לעניינים מנהליים בנצרת. ענייננו בשאלת הדרך המשפטית הראויה להתקשרות עם נותני שירותים ברשויות המקומיות – במקרה דנא, רואה חשבון. **השאלה המשפטית:** האם חלות תקנות הרכש? או כפי שקבע ביהמ"ש קמא האם בידי ראש העיריה לקבל החלטה מכוח סמכותו השיורית תוך היעדרות בוועדה מייעצת; או שמא מוטל על הרשות המקומית לקיים מכרז? **ביהמ"ש קבע:**

- ♦ **אין בענייננו תחולה לתקנות העיריות** (תקנות הרכש). שכן, התקנות נועדו ליצור הליך נאות לרכישה של טובין – מטלטלין על-ידי הרשות, ולא למתן שירותים מקצועיים שונים ולמינוי גורמי מקצוע.
- ♦ גם בהיעדר הסדר סטטוטורי מיוחד לעניין זה, ברי כי לא יעלה על הדעת שלא יהא כל מנגנון אשר יבטיח ניהול תקין והוגן של התקשרות עם נותני שירותים שונים כגון זה שלפנינו ואשר יבטיח חלוקת משאבים וכספי הציבור באופן שוויוני והוגן והתנהלות שקופה של רשות ציבורית; **אין לאפשר לראש רשות לפעול באווירת נפשו בהקשר של רכישת שירותים**, לא בשל הטלת דופי חלילה ביושרם של ראשי רשויות בכלל, אלא בשל הצורך המובהק באיזונים ובלמים.
- ♦ **הרמוניה חקיקתית בפטורים:** תקנה 3(8) לתקנות העיריות (מכרזים), קובעת פטור ממכרז במקרים שנדרשת בהם מומחיות מיוחדת או מדובר ביחסי אמון מיוחדים, וזאת נוכח הייחודיות של נותן השירותים, אך בהיותה של הוראה זו **חריג** לכלל בדבר חובת מכרז, הטעימה הפסיקה כי יש לפרשה בצמצום. אף שאין התקנות הללו חלות על עיריות, רוח הדברים הרציונאליים שבסיסוד התיקון יפים גם לענייננו. המקרה שבפנינו – התקשרות עם רואה חשבון – אינו חוסה תחת כנפיו של הפטור המעוגן בתקנה 3(8).

ההלכה - תקנה 1(ב) היא תקנה שהרציונל שלה יחול תמיד על גופים ציבוריים!! (גוף ציבורי **יעדיף** לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם מקום שהותר לו לפי תקנות אלה לבצע התקשרויות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל...) ("הרציונל של התקנות, אפילו שאין הן חלות על גופים מסוימים, קיים גם ביחס אליהן).

ומה קורה בפועל? הממשלה מנצלת את הפטור ממכרזים ולא מבטיחה הליך תחרותי אמיתי.

הכלל הוא ס' 2 לחוק חובת מכרזים - החובה לערוך מכרז פומבי. לכלל הזה יש חריגים:

1. כאשר יש **פטור**;
2. **סוגים שונים של מכרזים** - שאינם מקיימים את עקרון השוויון ועקרון התחרות החופשית.

סוגי מכרזים

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

בחוק חובת מכרזים ובתקנות חובת מכרזים אין הגדרה ל"מהו מכרז". חשוב להגדיר מהו מכרז כדי שנוכל לקבוע האם פעולות של רשויות הן בגדר סמכות או לאו. חשוב לציין כי לא כל מסמך פורמלי שכתוב עליו "מכרז" הוא באמת כזה. דקל והפסיקה מגדירים את המכרז כ"**הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה**", הגדרה זו כוללת מס' תנאים:

- הזמנה לתחרות מאורגנת.
- כללי משחק ידועים מראש.
- התחרות המאורגנת נועדה להוביל לכריתתו של חוזה.

המכרז הפתוח

הסוג הראשון הוא המכרז הפתוח שמופיע בס' 2(א) לחוק חובת מכרזים, זוהי ברירת המחדל של המחוקק. זהו המהלך של המכרז הפתוח:

- 1) הכנת מכרז הקובע תנאי סף ואמות מידה - תנאי סף אלו הם אותם תנאים שאנחנו קובעים כדי לתת מינימום של סטנדרט לגבי מי יכול לגשת למכרז. אמות מידה הן אותן אמות שמוציא המכרז קובע לעצמו, שיעזרו לו לאחר מכן לקבל החלטה לגבי מי יזכה.
- 2) פרסום הזמנה פומבית להגשת הצעות - הפרסום יכול להיות במדיה, בעיתונות וכו'. המאגר העיקרי לפרסום מכרזים נקרא 'יפעת'.
- 3) הגשת הצעות עד למועד קבוע וסופי - עד כמה המועד הקבוע והסופי הוא באמת קבוע וסופי או שניתן לזוז ממנו?
- 4) הליך ביניים של בירורים, עדכונים, תיקונים - זהו שלב אופציונלי שלא בהכרח מופיע בכל מכרז פתוח והוא רלוונטי במצבים בהם תנאי הסף ואמות המידה לא מתאימים.
- 5) פתיחת תיבת המכרז מועד קבוע וסופי - בשלב זה תנאי הסף באים לידי ביטוי.
- 6) בחירת זוכה על פי אמות המידה שנקבעות - שלב הקיבול.

מכרז פתוח כולל הודעה כללית + חוברת מכרז שמפרטת את "כללי המשחק". המציעים הפוטנציאליים רוכשים את החוברת הזו ולא מקבלים אותה בחינם, כשהרציונל של הדבר הוא כבר משלב זה לצמצם את מספר ההצעות.

המכרז הסגור

הסוג השני הוא המכרז הסגור שמעוגן בס' 4 לחוק חובת המכרזים - "שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יקבע בתקנות-

- 1) סכומים או סוגי עסקאות ונהלים לסיווג עסקאות, שלגביהם, על אף האמור בסעיף 2-א. לא תהיה חובה לערוך מכרז כללי;
- ב. לא תהיה חובה לערוך מכרז פומבי אלא מכרז סגור ותנאיו של מכרז כזה;

ס' 1 לתקנות מגדיר מכרז סגור כ"מכרז שבו הפנייה לקבלת הצעות מופנית לספקים מסוימים בלבד, לפי תקנה 4". זוהי הגדרה יחסית רחבה ולא ממצה ולכן דקל מוסיף להגדרה זו נדבך נוסף "מכרז שההשתתפות בו פתוחה בפני ציבור מסוים בלבד מוגדר; מטעמים שאינם נובעים ממהות ההתקשרות". הטענה של דקל היא שכל מכרז במובן מסוים הוא מכרז סגור משום שהוא פונה לציבור מוגדר. לדוג', אם אנחנו רוצים לצאת למכרז לאיוש משרה בפרקליטות מטבע הדברים המכרז הזה יהיה מופנה לעורכי דין ולא לקבלנים. אך האם העובדה שאותו מכרז פונה לציבור עורכי הדין הופכת אותו למכרז סגור? איך נוכל בכל זאת להבחין בין מכרז סגור למכרז פתוח? לדעת דקל, ככל שתנאי הסף אינם נובעים ממהות ההתקשרות הרי שניטה לראות במכרז סגור וככל שתנאי הסף נובעים ממהות ההתקשרות הרי שניטה לראות במכרז פתוח. לדוג', אם תנאי הסף הוא רישיון עריכת דין הרי שזהו טעם שנובע ממהות ההתקשרות ולכן המכרז יסווג כפתוח, אך אם תנאי הסף הוא מגורים בעיר מסוימת בארץ הרי שזהו טעם שאינו בהכרח נובע ממהות ההתקשרות ולכן המכרז יסווג כסגור. זהו בדיוק הגבול בו רשויות משחקות בתנאי הסף וקובעות תנאים שניתן להתווכח עליהם אם הם נובעים ממהות ההתקשרות - לדוג' קביעת תנאי סף לפרקליטים מעל גיל 40, ניתן לכאורה להגיד כי תנאי זה נובע ממהות ההתקשרות מאחר ובד"ר פרקליטים אלה יותר טובים לאור הניסיון והותק במקצוע. התוספת של דקל לא התקבלה ע"י הפסיקה.

פסק דין אילת

עובדות: בעקבות החלטת הממשלה להכריז על העיר אילת כעל אזור עדיפות לאומית א' החליט מנהל מקרקעי ישראל לשווק, בשכונה בעיר אילת, מגרשים לבנייה עצמית של יחידות דיור חד-משפחתיות, במסגרת תכנית "בנה ביתך". המחיר לשיווק המגרשים נקב כמחיר קבוע, השווה לכשליש משווי המקרקעין. מקצת מן המגרשים יועדו לנכים, ובאשר למגרשים האחרים נקבע

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

כי רוכשיהם ייבחרו בהגרלה שתיערך בין כלל המועמדים. המכרז נפתח להשתתפות כלל הציבור, ואכן, מספר המציעים מבין תושבי אילת נפל ממחצית מספר המציעים המעוניינים. יתר המציעים נרשמו בתל-אביב.

טענות העיר אילת:

1. בפירסומו של המכרז הנדון, שהזוכים בו עתידים להיבחר בהגרלה, חרג מנהל מקרקעי ישראל מהחובה המוטלת עליו בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, לערוך מכרז פומבי, שבגדרו יוצעו המגרשים למרבים במחיר.
2. הצעת המגרשים במחירים הנמוכים משווים לא אושרה על-ידי שר האוצר, בהתאם לסעיף 40 לחוק יסודות התקציב, כמצוות תקנה 30(ג) לתקנות חובת מכרזים.
3. אם המכרז לשיווק המגרשים אכן התבסס על תקנה 26(2) לתקנות חובת המכרזים, אז פתיחת המכרז לכל תושבי המדינה ללא מתן עדיפות כלשהי לתושבי אילת, לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

ביהמ"ש אומר שההגדרה למכרז סגור היא "הזמנה להצעות למציעים **מסוימים** בלבד". אין זה אומר כי ההגדרה מגבילה את המכרז רק לכזה בו נעשית פנייה אישית-שמית לכל אחד מן המציעים, אולם אף על דרך ההרחבה מתחייב מן ההגדרה כי מכרז סגור אינו יכול להיות מופנה אלא למציעים המשתייכים לקטגוריית "המסוימות" הנדרשת לפי תנאי המכרז ואשר מראש ניתן לזהותם בתור שכאלה. בית המשפט לא נכנס לתוך התנאי השני שדקל מתקש עליו לעניין "מטעמים שאינם נובעים ממהות ההתקשרות" אלא אך ורק מתעסק עם התנאי הראשון שמופיע בתקנה 1, **תנאי המסוימות - עצם העובדה שיש קטגוריה מסוימת של משתתפים מספיקה להגדרה של מכרז כמכרז סגור.**

השימוש במכרז סגור מוסדר בתקנות חובת המכרזים וכפוף אליהם:

- ההוראה הכללית היא **בתקנה 4** מונה שורה של תנאים המאפשרים עריכת מכרז סגור.
- בהקשר של קרקעות, יש את **תקנה 26** שמונה תנאים המאפשרים עריכת מכרז סגור בהקשר התקשרויות מנהל מקרקעי ישראל לביצוע עסקה במקרקעין. עיקר ההצדקות שמפורטות בתקנה 26 לסגירת מכרז הן הצדקות סוציאליות-חברתיות. נקודת המוצא היא שמנהל מקרקעי ישראל הוא לא סתם גוף ציבורי אלא גוף ציבורי שמנהל משאב מתכלה ומוגבל ולכן הנחת המחוקק היא שאנחנו נסטה מעקרון השוויון והתחרות החופשית רק במקרים מאוד חריגים שמצדיקים זאת- אלו הן הצדקות סוציאליות-חברתיות.

ההצדקות שעומדות בבסיס תקנה 4. השיקולים לסגירת המכרז הם:

- 1) **עלות מול תועלת**- לעיתים נעדיף מכרז סגור משיקולים של חיסכון בזמן וכסף.
- 2) **סודיות וביטחון**- מקום בו מרכז פתוח עלול לפגוע בביטחון המדינה או משיקולי סודיות נעדיף מכרז סגור.
- 3) **העדפה של סקטור מסוים מטעמים כלכליים או סוציאליים** – מכוח תקנה 26.

תקנה 4 אומרת שאם הרשות המקומית נמצאת באחת הסיטואציות שתקנה זו מונה, היא יכולה לקיים מכרז סגור ולא מכרז פומבי. עם זאת, יש לזכור כי לפי תקנה 1ב העדיפות היא תמיד למכרז פתוח.

מהן הסכנות בעריכת מכרז סגור?

- 1) שחיתות- תפירה של תנאי מכרז שיתאימו למציע ספציפי.
- 2) עקיפת החובה לערוך מכרז פתוח- הנדוס של הצורך לערוך מכרז סגור כדי להתחמק מהחובה.
- 3) קשיית קשר ותיאום מחירים בשל ידיעה מוקדמת של המתחרים.
- 4) פגיעה בתחרות וביעלות (אם יש מתחרים פוטנציאליים שאנחנו לא יודעים עליהם).

תקנה 16א(א) נותנת רשימה של נהלים לפיהם יש להתנהל במכרז סגור כדי למנוע את הסכנות האלו.

שיקול דעת בקיום מכרז סגור

מכרז סגור מלכתחילה פוגע ומגביל את אלמנט השוויון עבור קבוצה מוגדרת מראש. המכרז הסגור המיועד לשיווק קבוצה סגורה ומוגדרת מראש של מציעים למעשה סותר את עקרון השוויון במכרזים משום שהוא מראש סוגר את האפשרות מפני פרטים וקבוצה מלהתחרות. **תקנה 1ב(ג)** מדברת על עדיפות לפתוח את המכרז בשל הפגיעה בעקרונות שדיברנו עליה, והיא קובעת כי "החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות בדרך של מכרז סגור תיעשה לפי תקנות אלה, **לאחר בחינת האפשרות לערוך מכרז פומבי, וככל שמוצדק בנסיבות העניין לבצע את ההתקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי**". כלומר, נפנה לבירית המכרז הסגור רק כאשר אין ברירה.

ביקורת שיפוטית- האם נפל פגם בשק"ד בהחלטה ליציאה למכרז סגור?

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

מי שיבקר את הבחירה של רשות מנהלית/ ציבורית לצאת למכרז סגור הוא בדד"כ מציע שהודר ממכרז זה מלכתחילה ולא הורשה להשתתף בו לאור כך שלא עמד בתנאיו. לפיכך, הביקורת השיפוטית בקיום מכרז סגור תיעשה בשני שלבים:

- (1) **שאלת הסמכות** - האם הרשות יכולה בכלל להפעיל מכרז סגור?
 - ✓ **נבדוק האם קיימת סמכות בחוק לאותה רשות (פרקליטות, קופת חולים וכדומה) לערוך מכרז סגור, לפי תקנה 4 ו-26.**
 - אחרי שבדקים את הסמכות - עוברים לשלב השני.
 - ✓ **נבדוק האם קביעת תנאי הסף, שמסווגים את המכרז כסגור או פתוח, מממשים את מטרת המכרז.** אותו מכרז יכול בתנאים מסוימים להיחשב כסגור ובאחרים כפתוח, הכל בתלות במטרתו, ולכן חשוב לדעת מהי המטרה שלו.
- (2) **סבירות** - כשם שאמרנו ברירת המחדל והעדפת המחוקק היא לקיום מכרז פתוח, אם כבר הכרענו כי לאותה רשות הייתה סמכות לצאת במכרז סגור, נשאל האם ההחלטה שלה לבחור באופציה הזו הייתה סבירה בנסיבות העניין. בפסק דין רוזנברג נקבע כי בחינת הסבירות תיעשה על פי:
 - ✓ **רלוונטיות הגבלת זהות המשתתפים ביחס למטרות המכרז.**
 - ✓ **אבחנה בין הפליה פסולה לאבחנה מותרת בהתאם למטרות המכרז ומאפייני הקבוצה השונים.**

איך מחליטים: פתוח, סגור, פטור?

תקנות 25 ו-26 נועדו להקל ולא להכביד על המנהל את מהלכיו. לפיכך, גם במקרה המקיים את תנאי אחת מחלופותיה של תקנה 25, המסמיכה את המנהל להתקשר בעסקה ללא מכרז כלל, מוסמך המנהל להחליט על עריכת מכרז (סגור או פומבי). הוא הדין בסמכות הנתונה למנהל, לפי תקנה 26, להסתפק בעריכת מכרז סגור שאינה גורעת מכוחו להחליט שיערך מכרז פומבי. על כל פנים, לפי **פסק דין עיריית אילת**, הסמכות לעשות כן נתונה בידו, ובשאלה אימתי ראוי לו לקיים מכרז (מקום בו הוא פטור כליל מחובת מכרז) או לקיים מכרז פומבי (מקום בו הוא הוסמך להסתפק במכרז סגור), מוטל על המנהל להכריע בגדר שיקול דעתו על פי נסיבותיו של המקרה הנתון.

פסק דין רוזנברג

מעלה שאלה לעניין חוקיות המכרז הסגור, מתי זה נכון ומוצדק לקיים מכרז שכזה-

עובדות: משרד הבינוי והשיכון ועיריית רמה"ש פרסמו מכרז למכירת דירות במסגרת תכנית "בנה דירתך" ברמת השרון. העותרת תושבת העיר תל אביב עתרה לביהמ"ש המחוזי ליתן צו הצהרתי הקובע כי יש לפרסם מכרז חדש, שבו לא יכלל תנאי המגביל את מכירת הדירות לזכאיי משרד השיכון שהם תושבי רמת השרון או תנאי הנותן עדיפות לתושבי רמת-השרון.

הטענות:

- הענקת עדיפות לתושבי המקום, אינה מתיישבת עם אמות המידה הממלכתיות החולשות על חלוקת מקרקעי ציבור.
- אין להצדיק הבחנה בין תושבים של אותו "גוש מגורים", כגון תל-אביב ורמת השרון. ששתיהן בגוש דן, שבו קיים רצף טריטוריאלי היוצר אזור מגורים אחד.

החלטת ביהמ"ש - השופט בן בדעת רוב: נקודת המוצא היא שוויון בפני החוק. כלומר, הצעות מחיר שוויוניות. לא כל אבחנה היא אפליה אלא רק כזו שאינה רלוונטית. בני אדם מפתחים זיקה למקום מגוריהם המורכבת ממכלול של קשרים: משפחתיים, חברתיים, תרבותיים, ולעתים אף תעסוקתיים לסביבה ולקהילה = מהות האבחנה בין תושבי היישוב לשאר המדינה. עמידה על זיקה הינה אבחנה מותרת בשל מעורבות הרשות במימון הפרויקט. תכליתה של התכנית אינה לעודד התיישבות ברמת-השרון, אלא להקל על מצוקת הדיור שאליה נקלעו בני המקום, וההיבט האישי המיוחד שלהם הוא העומד בבסיס העדפת משרד השיכון. בית המשפט למעשה אומר שאנחנו צריכים לבדוק את רלוונטיות זהות המשתתפים ביחס למטרות המכרז. במקרה שלנו מטרת המכרז היא לתת מענה למצוקת הדיור ברמת השרון ולכן כשאנו בודקים את חוקיות סגירת המכרז עלינו לבדוק האם עצם הסגירה מממשת את מטרות המכרז - אם כן הרי שהפעלת המכרז הסגור בנסיבות העניין היא סבירה. במקרה הספציפי הזה יש להבחין בין הפליה פסולה לאבחנה מותרת בהתאם למטרות המכרז.

מכרז בהרשמה והגרלה (פנייה למציעים)

הסוג השלישי הוא מכרז בהרשמה והגרלה, הגרלה מוגדרת כ:

- **ס' 32 לחוק החוזים** - מנגנון הקצאה שהזכייה בו תלויה בגורל בניחוש או במאורע מקרי, יותר מאשר בהבנה או ביכולת.
- **ס' 334 לפקודת העונשין** - הגרלה = כל הסדר שלפיו בהעלאת גורלות או באמצעי אחר, לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה, והזכייה תלויה בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

אלו בדור"כ מקרים בהם יש פער בין ההיצע לבין הביקוש ואז בוחרים ע"ב הגרלה.

מהלך המכרז בהרשמה והגרלה-

- (1) הכנת מכרז וקביעת תנאים על פי מטרת המכרז- כאן אין אמות מידה כי בוחרים באופן רנדומלי, יש רק תנאי סף.
- (2) פרסום הזמנה להרשמה של המשתתפים שזהותן נקבעת מראש על פי תנאי המכרז.
- (3) רישום משתתפים למכרז עד למועד קבוע.
- (4) בדיקת כשרות הנרשמים.
- (5) עריכת הגרלה (בדור"כ במועד מסוים).
- (6) בחירת הזוכה.

מה הבעיה מבחינת דיני המכרזים בדרך זו של המכרז?

- יש הטוענים כי הגרלה פוגעת בתחרות החופשית שכן על ההצעות הן שוות, ומתוכן בוחר מוציא המכרז את הזוכה באופן רנדומלי, לכן זהו לא מכרז. האמנם? **בפסק דין עיריית אילת** נקבע כי קביעת הזוכה בדרך של הגרלה אינה מוציאה את התחרות מן המסגרת הנורמטיבית של דיני המכרז. לרשות הציבורית אין אמנם אינטרס בתוצאות ההגרלה, אך **מוטל עליה לארגנה ולנהלה תוך קיום כללי ההגינות והשוויון כבכל מכרז**. הגרלה היא סוג של מכרז סגור גם אם נעדר ממנו אלמנט התחרות, אין הדבר פוגע בסיווג שלו כמכרז.
- על פי גישת בית המשפט גם הגרלה היא מכרז שחוק חובת המכרזים חל עליו, מכאן שבעריכת הגרלה יכולה הרשות לצאת ידי חובת עריכת מכרז.

מתי עורך המכרז יכול להחליט האם לקיים מכרז באמצעות הגרלה או מכרז פתוח רגיל?

המבחן נקבע **בפס"ד עיריית אילת**- כאשר מספר המועמדים המקיימים את תנאי הזכות גדול מהיקף המשאבים שבידי הרשות להעמיד, מוטל על הרשות לבחור את הזוכים על פי אמת מידה שוויונית. הדרך המקובעת 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. אך עריכת הגרלה היא אמצעי שוויוני רק **אם אוכלוסיית המועמדים נבחרה על פי אמת מידה שוויונית ותוך התחשבות במהות התכלית הציבורית שהרשות מבקשת להגשימה**. דוגמא **שיקול פיזור אוכלוסין + הקלה במצוקת הדיור** שעלו **בפסק דין רוזנברג**- היו קרקעות מוגבלות ברמת השרון והיו הרבה זכאי משרד הבינוי והשיכון. התנאי הראשוני כי המועמדים ייבחרו על פי אמת מידה שוויונית גם התקיים מאחר ולפי מטרת המכרז, סגירתו נועדה לפתור את בעיית מצוקת הדיור- לכן אנחנו יכולים להיכנס לתוך הכלי של מכרז בהגרלה. זה היה שוויוני כי היה מדובר באבחנה מותרת ולא בהפליה פסולה.

המכרז הגמיש

הסוג האחרון הוא המכרז הגמיש שמכונה כ"מעין מכרז"; "דמוי מכרז"; "משא ומתן תחרותי"; "מכרז מיוחד". מכרז זה מבקש להנות משני עולמות- מצד אחד **לאפשר הליך תחרותי** התוחם את שיקול הדת של נציגי הרשות ומתווה כללי משחק קבועים מראש. ומצד שני לאפשר לנציגי הרשות די **גמישות ושיקול דעת** לעריכת התקשרות אופטימלית עבור הרשות.

מכרז גמיש הוא מכרז שכולל בתוכו שלב נוסף בין פתיחת ההצעות לבין ההכרזה על הזוכה- **שלב משא ומתן** בו המציעים השונים מקבלים הזדמנות לשפר את הצעותיהם. המסגרת הנורמטיבית להפעלת מכרז גמיש היא **תקנה 7(א)** שמונה את המקרים בהם ניתן לצאת במכרז גמיש:

- (1) התקשרות לביצוע מיזם בעל מורכבות טכנולוגית מיוחדת, או מיזם הדורש איתנות פיננסית משמעותית;
- (2) התקשרות לביצוע מיזם משולב של בניה ועיסקה לרכישת זכויות במקרקעין;
- (3) התקשרות המנויה בפסקאות (6) ו-(7) בתקנה 4;
- (4) התקשרות המנויה בפסקאות (14) או (14א) בתקנה 3;
- (5) התקשרות לרכישת זכות במקרקעין לשימוש של המשרד;
- (6) התקשרות המנויה בתקנה 5(א);
- (7) התקשרות לרכישת טובין או שירותים בעלי תכונות מיוחדות ואפיונים בלתי נפוצים, לרבות ציוד רפואי, תרופות, נסויים או תרכיבים, עסקה שעניינה ביטוח ועסקה שעניינה פרסום או יחסי ציבור בעלי תכונות ואפיונים כאמור.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

המכרז נועד לתת הזדמנות לרשות לנהל מ"מ כדי לשפר את מעמד הרשות ולאפשר לה להגיע לחוזה טוב יותר. בתיקון 2009 נוספה **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."

למה היה צריך את התקנה? עד שנת 2009 רשויות היו מנהלות מכרזים ולא היו מציינות כי יתאפשר הליך של משא ומתן. הדבר היה פוגע בשוויון של אותם מציעים פוטנציאליים שמראש הודרו מהמכרז משום שלא עמדו בתנאי הסף, כי הם לא ידעו שייתכן ובאותו הליך עתידי של משא ומתן הרשות תוכל לתת להם אפשרות לשנות את ההצעה שלהם.

תקנה 7(ג) - קובעת את אופן ניהול המכרז הגמיש על מנת למנוע מצבים של שחיתויות המכרז בשלב המשא ומתן:

ועדת המכרזים תנהל מכרז לפי תקנה זו, כך:

- (1) ועדת המכרזים תקבע את קבוצת המציעים הסופית; **קביעת רשימה של מציעים 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: **תנאים לניהול מו"מ**
- (א) בדרך שתבטיח רישום פרוטוקול אשר ישקף את תוכנו של המשא ומתן;
- (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; **שקיפות**
- (4) 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; **הצעה מחודשת**
- (5) לאחר הגשת ההצעות הסופיות, לא ינוהל עוד משא ומתן עם המציעים; **סופיות**
- (6) ועדת המכרזים תבדוק את כל ההצעות של המציעים, לרבות הצעותיהם הראשונות ותיתן את החלטתה לפי תקנה 21. **החלטה**

תקנה 7(ה) - שיקול דעת שלא לנהל משא ומתן - "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."

התוספת של תקנה 7 הוסיפה כללי פעולה והתנהגות מקום בו הרשות מחליטה לצאת למכרז גמיש. בעבר הדבר היה פרוץ ואפשר לרשויות לפעול כמו שהן רוצות ובעיקר לתפור את החבילה שמעניינת אותם למציע שהן חפצים בו במשא ומתן.

וועדת המכרזים

- **הרכב וועדת המכרזים: תקנה 8(א)** - תקנה זו מציגה רשימה שהיא הרכב הוועדה. הוועדה מורכבת ממנכ"ל, חשב ויועץ משפטי (וכיתן למנות שני חברים נוספים).
- **מעמד היועץ המשפטי והחשב - תקנה 10(ב)** - עמדת היועץ המשפטי תכריע בעניינים משפטיים, ועניינים תקציביים יוכרעו ע"י החשב. החשב בעיקר בוחן אם לפנינו תקציב בסל לשם העסקה ואף ייתן חו"ד לעניין כדאיות כלכלית של העסקה. היועץ המשפטי יבחן שהעבודה של הוועדה תהיה תחת סמכותה. לדוג' האם יכולה הוועדה לצאת בעסקה ללא מכרז או במכרז סגור. ע"פ התקנות עמדת היועץ המשפטי והחשב הינה במעמד של **המלצה**.

הוראות התכ"מ מקנות משנה תוקף למעמדו של היועץ המשפטי, ובקובע כי עליהם לחתום על פרוטוקול ההחלטה של ועדת המכרזים כתנאי לתוקפה, גם אם נעדרו מיישבת הוועדה. אמנם אין לחוות הדעת מעמד של זכות וטו אך בפועל ועדת המכרזים במקרים חריגים תסטה מחו"ד היועץ המשפטי והחשב מכיוון שהם חלק מן הוועדה. בנוסף, ניתן להבין שאם נסטה מהחלטתם יהיה קושי להוכיח שהמכרז תקין (לדוג' פס"ד נצרת אשר סטו מהוראות היועץ המשפטי שאמרה שצריך לצאת למכרז פומבי).

התקנות מאפשרות הקמת וועדות נוספות מעבר לוועדת המכרזים הספציפית של כל מכרז:

- **ועדה עצמאית ליחידת סמך: תקנה 8(ב)** - בכל משרד ממשלתי יש יחידות רבות, כך ועדת המכרזים הכללית של המשרד לא בהכרח יודעת את כל הפרטים והצרכים של כל יחידה. כך השר או מנהל היחידה יכול להקים ועדת מכרזים עצמאית לאותה יחידת סמך. (ההרכב הוא ע"פ 8(א)). זה קיים ביחידות סמך שיש להן עצמאות מסויימת ואופי ייחודי ויוצא דופן ביחס לשאר המשרד לדוג': אגף המספן הימי במשרד התחבורה.
- **ועדה מקצועית: תקנה 8(ג)** - בנוסף לוועדת המכרזים שקיימת באופן קבוע, התקנה דן מאפשרת לשר/ מנכ"ל המשרד להקים ועדה ספציפית בנושא מסוים - לדוג' אם נדרש מקצועיות מיוחדת (ההרכב כמו 8(א)). לדוג': ועדה לעניין מחשוב.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- **ועדה בין-משרדית: תקנה 8(ד)** - מקימים ועדה בין-משרדית כאשר יש עניין הנוגע למס' משרדים. לפעמים יותר כלכלי לשתף פעולה. לדוג' רכישת מכונות לשרי הממשלה, רכישת רכוש משותף. ועדה זו אינה ועדה לנושאים מיוחדים (לדוג' לא ידונו בנושאים משפטיים, רפואיים) - בעיקר מיוחס לרכישת טובין כלליים.
- **ועדה אד-הוקית: תקנה 8(ה)** - יש דמיון לוועדה מקצועית, היא מוקמת לצורך נושא מסוים, וועדה זו רלוונטית במצבים בהם יש איזשהו הכרח כלכלי או דרישה של יציאה מהירה למכרז.

סיכום:

- ✓ חייב להיות חשב (איש מקצוע חשבונאי) וחייב להיות יועמ"ש (איש מקצוע משפטי).
- ✓ התקנות מתאימות עצמן למציאות, לעיתים נדרש לוועדה מיוחדת או ועדת אדהוקית עקב צורך במהירות.

תפקידי ועדות המכרזים

התפקידים מתחלקים לארבעה שלבים:

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

א. השלב הטרום מכרזי

תפקידי הוועדה:

- ✓ **תקנה 8א** - וועדת המכרזים היא זו שמחליטה אם לצאת בכלל למכרז. המשרד יכול לבוא לוועדה ולטעון מולה שברצונו לצאת במכרז לרכישת טובין מסויימים. הוועדה לא יכולה על דעת עצמה לצאת במכרז - היא כפופה למשרד.
- הוועדה מחליטה על **הליך של פנייה מוקדמת** לקבלת מידע, כלומר, היא פונה לגורמים לקבל מידע בסיסי שבזכותו יהיה ניתן לנסח את המכרז במובן של אילו דרישות צריכות להתמלא.
- הוועדה גם מחליטה על **סוג** המכרז (סגור/פתוח וכו').
- מחליטה על עריכת מכרז ולאשר את מסמכי המכרז.
- לבסוף, הוועדה **מסווגת את ההתקשרות** (האם יהיה פטור ממכרז, האם המכרז יהיה סגור וכו').
- במידה והוועדה מעוניינת לתת פטור ממכרז, עליה לעמוד **במבחן למתן פטור לפי שני תנאים מצטברים**:
 1. **לבחון שאכן קיים פטור מכוח רשימה של פטורים ממכרזים (תקנה 4)** - עליה לבדוק האם בנסיבות ההתקשרות הספציפית יש לשקול פטור ממכרז.
 2. **ועדת המכרזים צריכה להשתכנע שבנסיבות שלפנינו יש הצדקה לקבלת פטור** (בעצם מדוע לא לצאת למכרז פומבי לפי תקנה 17ב). **יש לבחון האם ניתן להשיג את מטרות ההתקשרות באמצעות "פטור רך"** - לדוג' מכרז סגור או מכרז של הרשמה והגרלה.
- ✓ **תקנה 9א** - ועדת המכרזים מחליטה גם על סיווג התקשרויות (כאמור בתקנה 8א) - האם לתת פטור ממכרז/ לצאת במכרז סגור וכו', עליה לציין ע"פ איזו תקנה פעלה. תקנה 9א מוסיפה תנאים שהוועדה צריכה לקיים כאשר היא מחליטה החלטות הנוגעות לסיווג המכרז. מדובר באמצעי שנועד לפקח על החלטות של ועדת המכרזים:
 - ✓ על הוועדה להתחשב **בתקנה 17ב** (תמיד עדיף מכרז פומבי).
 - ✓ עליה **לנמק** החלטתה (לרשום בפרוטוקול).
- ✓ **תקנה 9א** - ועדת המכרזים במקרים מסוימים **יכולה גם לשמש כוועדת פטור** - זהו "כובע נוסף". (בשיעור השני דיברנו על פטור ממכרזים - לפעמים נדרש גם אישור של ועדת פטור משרדית).
- ✓ **תקנה 17ב** אומר שהוועדה יכולה לעצב את המכרז לפי ראות עיניה בהיבט התחרותי. למשל היא יכולה לקבוע מכרז דו-שלבי, מכרז תלת-שלבי, מכרז עם שלב מיון מוקדם וכו'.

לסיכום, וועדת המכרזים מעורבת מהתחלה ועד הסוף בעיצוב המכרז.

ב. שלב פתיחת המכרז

- ✓ **תקנה 8א5** - מדברת על תפקידי הוועדה בשלב פתיחת המכרז:
 - לבדוק את ההצעות שהוגשו במכרז;
 - לדחות ולפסול הצעות (לדוג' לא עומדים בתנאי הסף);
 - להזמין מציע לביור פרטים דרושים לצורך קבלת החלטה;

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- לבחור את ההצעה המתאימה ביותר (הועדה מחליטה ולא המשרד) או לבחור מס' הצעות מתאימות או
- לעיתים יכולה לבחור שלא לקבל שום הצעה.
- יכולה לנהל מו"מ עם מציעים במכרז לפי תקנה 7;

פס"ד קל בניין

המזמינה היא חברה לטיפול בשפכים אשר נוסדה ע"י כמה רשויות מקומיות. מטרת הקמת החברה הייתה טיפול בשפכים. לצורך ביצוע פרויקט יצאה במכרז בו זכתה חברת גאון אגרו בע"מ. חברת קל בניין (המערערת) פנתה לבית המשפט המחוזי בנצרת בכדי למנוע מגאון-אגרון לבצע כל פעולה בעקבות זכייתה במכרז, טענותיה העיקריות-

- יש להכריז על זכייתה במכרז או לבטל את המכרז בשל פגמים שנפלו בהצעת המשיבה ובהליך המכרז, בעיקר ניהול הליך הבהרות בין המזמינה לחברת גאון-אגרו, שלטענת המערערת היה "מקצה שיפורים" שנועד לכסות על פגמים בהצעת המשיבה.
- בנוגע לחוקיות עבודת וועדת המכרזים שנסבה על מערכת "שאלות הבהרה" ו"פגישות הבהרה" שהתנהלו בין חברי וועדת המכרזים לבין הזוכה. טענת המערערת היא כי הליך ההבהרה נוצל בידי ועדת המכרזים כדי לתת לזוכה הזדמנות לשפר את הצעתה, ובכך הוקנה לה יתרון בלתי הוגן על פניה, עד כדי פגיעה בעקרון השוויון, שהוא כלל יסוד בדיני המכרזים.

השאלה המשפטית: האם ההליך בין המתקשרות היה הליך של הבהרות או הליך של ניהול מו"מ?

מהות ועדת המכרזים - לוועדת המכרזים יש עצמאות מנהלית: "ביהמ"ש אינו שם עצמו בנעליה של ועדת המכרזים ומחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה. תפקידו לבחון את החלטותיה על פי מידת עמידתן בעקרונות דיני המכרזים. נקודת המוצא בבחינה זו היא כי **רק סטייה מהותית מעקרונות יסוד של ניהול מכרז תקין תצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת הוועדה**". כלומר, וועדת המכרזים היא **וועדה מנהלית** כך שלא בנקל ביהמ"ש יתערב בהחלטותיה. הוא יתערב אך לעניין שאלת קיומה של סמכות ושאלת הפעלת הסמכות בצורה סבירה.

מסגרת העבודה של וועדת המכרזים כפופה לשני מישורים-

- כפיפות לתקנות חובת מכרזים** - המכרז עצמו קובע את מסגרת ניהול המכרז ואת מתחם המותר והאסור בנוהלי קבלת ההצעות והטיפול בהם, **בכפוף לעקרונות היסוד של דיני המכרזים** (עקרון השוויון והאיסור לקיים מו"מ).
- בגבולות המכרז עצמו** - מתחם המותר והאסור ביישומם של כללי המכרז הספציפי נגזר במידה רבה מאופיו המיוחד של המכרז ותכליותיו.

סמכויות הוועדה בשלב פתיחת ההצעות

תקנה 20

- בדיקת ההצעות תיעשה בידי ועדת המכרזים בתוך זמן סביר ממועד פתיחת תיבת המכרז. מתקין התקנות בחר להשתמש במונח "**זמן סביר**" ולא להגדיר זמן ספציפי כדי לאפשר גמישות, שהרי הזמן הסביר נקבע בתלות בסוג המכרז ונסיבות קיום המכרז (מצב חירום).
- ועדת המכרזים לא תדון בהצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון להגשת הצעות.
- סמכות לתקן טעויות סופר** - נתגלו בהצעות טעויות סופר או טעויות חשבוניות, רשאי יושב ראש ועדת המכרזים לתקן; התיקון ייעשה במהלך בדיקת ההצעות בידי הוועדה ויירשם בפרוטוקול; הודעה על התיקון תימסר למציע.
- סמכות לפסול הצעות** - ועדת המכרזים תפסול 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, זולת אם החליטה הוועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו; ועדת המכרזים תדחה הצעות שלא מתקיימים בהן התנאים לפי תקנה 6א(א), זולת אם החליט אחרת לפי תקנה 6א(ב).

ג. שלב בחירת הזוכה

תקנה 21

- לוועדת המכרזים יש סמכות לבחור את הזוכה. היא בודקת את כל ההצעות ומבררת פרטים נדרשים - ובוחרת את ההצעה המתאימה ביותר.
- ★ **ס' 1א** - האומדן הוא כלי חשבונאי שעומד על העלות הריאלית של ביצוע של אותו הפרויקט. וועדת המכרזים יכולה לקבוע שאם כל ההצעות שהוגשו הן **הצעות נפסדות**, כל המשתתפים במכרז שבקבוצת המציעים הסופית יגישו הצעת מחיר חוזרת ומשופרת; הצעה נפסדת = הצעה שנמוכה מהאומדן הריאלי של ביצוע הפרויקט.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

(ב) הבחירה תהיה בהצעה הגבוהה ביותר או בהצעה הנמוכה ביותר ע"פ העניין. לדוג' בעסקאות במקרקעין העסקה הכי גבוהה היא הכי טובה. (תלוי אם קונים שירות או מוכרים, לדוג' מכירת קרקע או קניית שירות). הוועדה יכולה לבחור את ההצעה שהיא לא בהכרח הנמוכה/ הגבוהה ביותר מקום בו ההצעה כוללת יתרונות אחרים כמו פיקוח הדוק יותר, לוי' צפוף יותר וכו'.

מה קורה כאשר הוועדה לא יכולה לקבל החלטה?

היעזרות ביועץ מקצועי חיצוני- תקנה 8א(10): ניתן להיוועץ במי שאינו חבר בוועדת המכרזים ולקבל המלצתו. **תקנה 8א(ב)** אומרת שאם הוועדה מקבלת חו"ד חיצונית היא לא יכולה להתנער מסמכותה ולקבל את חוות הדעת כמו שהיא. היא עדיין מקבלת את ההחלטה בעצמה (החו"ד היא על **תקן המלצה**). יש חובה להראות שהתקיים דיון ולנמק מדוע מאמצים את חוות הדעת (או שלא מאמצים). כך גם ננטרל מצב שלוקחים חו"ד של אנשים "הנוגעים בדבר".

ד. השלב לאחר סיום המכרז

☑ תפקידי הוועדה- תקנה 8א:

- (8) הוועדה יכולה להחליט על **חילוט ערבות** מכרז. בדר"כ המציעים ידרשו להגיש ערבות. זוהי הגנה במצב שמישהו זכה והוא ירצה לסגת מן המכרז.
- (9) הוועדה יכולה להחליט על מימוש זכות ברירה הכלולה בחוזה
- (11) לאשר שינוי מהותי בתנאי חוזה שנכרת בעקבות מכרז;
- (12) לקבל כל החלטה שנדרשת לצורך ביצוע תפקידיה;
- (13) כל תפקיד אחר שנקבע לה לפי תקנות אלו..

☑ **סדר עבודת ועדת המכרזים ודרכי קבלת החלטות- תקנה 10א(א):** ההחלטה תתקבל ברוב קולות. יש לנמק את ההחלטות **לרשום בפרוטוקול, לחתום** ע"י החברים הנוכחים בישיבה. (עקרון השקיפות). צריך שחברי ועדת המכרזים שנכחו בישיבות יהיו המנויים בתקנה 8א(1)(א) עד ג).

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

כיצד בוחנים ניגוד עניינים? האם די בחשש סביר או שצריך חשש ממשי?

🚩 פס"ד י.ב.מ. נ' משרד המשפטים

היה מכרז למחשוב במערכת המשפט. העדיפו את חברת 'כלל' מכיוון שמחירים היה זול יותר. חברת י.ב.מ. עותרים לביהמ"ש. הם טענו ששניים מחברי הוועדה היו חברים של 'כלל'.

השופט ברק- די קיומו של חשש סביר כדי לפסול החלטה גם אם אין ראיה שהחשש קיים בפועל. ברק מאמץ את **המבחן מחמיר (אובייקטיבי)- לא צריך להוכיח חשש ממשי בנסיבות העניין (מבחן סובייקטיבי) אלא מספיק להוכיח חשש סביר (אובייקטיבי) של המתבונן מהצד.** אני כמתבונן מהצד- בכך שאני רואה חברות בין חברי הוועדה ליועץ של כלל לפנינו כבר חשש סביר שעלול לקרות משהו עקב הקשר. לא נבחן כיצד פעלו אלא מבחן מחמיר- עצם הסיטואציה הינה בעייתית.

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

🚩 **פס"ד אבן בונים**- דובר על מקרה שאבן הבונים צירפה להצעתה חו"ד של מהנדס שהיה באותה העת יועץ לוועדת המכרזים. ביהמ"ש אומר ש**עצם ההיכרות לא יוצרת משוא פנים ברור.** 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 אילן

עיריית ת"א מגישה מכרז לאיוש משרת מציל חופים. העותר והמשיבים עמדו בתנאים הפורמליים של המכרז, ולפי הזמנת הוועדה התייצבו לראיון לפנייה, השיבו לשאלות שנשאלו ואמרו את שיש בפיהם לומר. לבסוף, בחרה הוועדה ב-2 המשיבים ודחתה את מועמדותו של העותר. העותר טען מספר טענות:

- (א) הטענה הראשונה- אחד מחברי הוועדה מתנכל לו;
- (ב) הטענה השנייה- הוא יותר מוכשר מהאחרים; ביהמ"ש אומר על הטענות הללו שלא הוכחה התנכלות ולעניין כשרון זה שק"ד של הוועדה ולא של ביהמ"ש.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

(ג) הטענה השלישית (הרלוונטית לעניינינו) היא שאחד מחברי הוועדה **נפגש** עם הזוכים- מעבר לכך שנפגש איתם הוא גם לא דיווח ולא נכתב בפרוטוקול.

השאלות המשפטיות: האם חבר ועדה יכול להיפגש עם המועמדים? אם נפגש האם נדרש לדווח לוועדת המכרזים? ומה מעמד פרוטוקול?

דין מכרז פנימי- "כמוהו ככל מיכרז שהוא, כופף עצמו לעקרונות היסוד ולדוקטרינות השליטים בדין המיכרזים, וחלים עליו דיני המכרזים הרגילים, בשינויים ובהתאמות המתחייבים מן המכרז שבו מדובר. אלא שבצד אותם שינויים והתאמות מתקיים עיקרון השוויון. ובעניינינו: שוויון הזדמנויות שיש להעניק לכל המועמדים ולכל ההצעות שבמכרז". **במילים אחרות, יש לשמור על שוויון מהותי (ולא פורמלי). צריך להראות מתן הזדמנות שווה לכל המציעים ואין מניעה להיפגש באופן כללי עם המציעים.**

✚ **בג"צ אלטיף נ' שמואל**- עותר הגיש מועמדותו לתפקיד מנהל בית-ספר בכפר טירה. ועדת בוחנים המליצה לפניו למנות לתפקיד את המשיב. העותר טוען בעתירתו לפגמים בהרכב הוועדה ובהחלטתה בשל היכרות מוקדמת של אחד מחברי הוועדה עם הזוכה. נקבע ש: "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. מעשה שידול כזה לא נראה לי כפסול, כל עוד השיקולים הם כשרים, ואותו חבר ועדה לא גיבש עמדה סופית, אלא הוא פתוח לשכנוע ולשינוי העמדה הלכאורית שאליו הגיע".

לסיכום, למכרז יש להגיע:

1. בלי שום עמדה מוקדמת כדי לבחון בלב פתוח ובנפש חפצה;
2. לא לתת יד למכרז תפור;
3. יש להבחין בין: (א) "דעה קדומה"- שאחרונה תפסול את פלוני מהיותו חבר ועדת מכרזים- שכן היא אינה ניתנת להבקעה. (ב) "דעה מוקדמת"- שאין בה כדי לפסול את פלוני מהיותו חבר הוועדה.

עקרון העל הוא **שקיפות** והוא כולל שלושה רכיבים:

1. **דיווח**- על חבר ועדת המכרזים לדווח לוועדת המכרזים על כל נתונים שיש בהם כדי להשליך על ההחלטה של הוועדה לגופה, לרבות נתונים אישיים של חבר הוועדה העשויים להשפיע על החלטתו.
2. **תיעוד**- כסדרי המינהל התקינים, חייבת ועדה **לרשום פרוטוקול** אשר ישקף את עיקרי המידע שהובא לפניו ואת ההחלטות שנתקבלו בעקבות אותו מידע.
3. **גילוי**- מסמכי המכרז: פרוטוקולים, חוות-דעת, נימוקי החלטה. בכפוף לצנעת הפרט ושמירה על סוד מסחרי. הנימוק הוא החשוב- מה הוביל אותו לפגוש את איקס ולא את ווי וכו'.

משמעות הפגם: ההסדר החוקי לא ממש נותן מענה. **בתקנה 10(ג)**- רשום רק שהוא לא ישתתף בדיון. האפשרויות במקרה של פגם:

1. ביטול המכרז (רק אם היה פגם מהותי בתנאי המכרז).
2. ביטול ההחלטה ויציאה למכרז חדש.
3. הדחת אותו חבר ועדה או מראש או לאחר קבלת ההחלטה ואז ההחלטה מתבטלת.

וועדות פטור:

☑ **ועדת פטור, תקנה 11:** המנהל הכללי של משרד האוצר ימנה ועדת פטור בת שלושה חברים, שבין חבריה החשב הכללי או נציגו, וכן היועץ המשפטי של משרד האוצר או נציגו; תקנות 9(ב) ו-10 יחולו לענין ועדת הפטור, בשנויים המחוייבים.

יש כל מיני סוגים של פטור. יש כאלו שמחייבים גם את האישור של **וועדת הפטור המכרזים**- עוד ועדת שנקראת וועדת פטור שמפקדת במקרים שבהם התקנות מחייבות גם אותן. מתי זה קורה בדד"כ? כשאנחנו מדברים למשל על התקשרויות בעלויות גבוהות/ בנושאים בעייתיים. בעצם כשאנחנו רוצים אישור כפול של עוד מוסד נוסף שיאשר את הפטור הזה. היקף הסמכות של הוועדה מוסדר בתקנה 12:

☑ **אישור ועדת הפטור, תקנה 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.

(ב)

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

(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); 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).

הכנת מכרז

הכנת המכרז בנויה משלושה שלבים:

1. שלב 1 (מקדמי) - וועדת המכרזים בוחנת את מטרת ההתקשרות ובודקת אם יש אישור תקציבי לפרויקט.
 2. שלב 2 - עיצוב כללי המשחק של ההתקשרות - עיצוב "המכרז".
 3. שלב 3 - עיצוב החוזה שייכרת בין הרשות (שדרשה את ההתקשרות) לבין הזוכה במכרז - עיצוב "החוזה הנספח".
- המטרה הסופית היא התקשרות עם הספק הטוב ביותר בתנאים הטובים ביותר עבור הרשות (לא בהכרח הזול ביותר) + שמירה על טוהר המידות + שוויון הזדמנויות בין המציעים.

שלב ראשון - מקדמי

לפני שיוציאים למכרז חובה ללמוד את השוק, במיוחד כאשר מדובר בנושא התקשרות מורכב ומסובך (תקשורת, מחשוב, תחום הרפואה). למידת השוק היא השלב הבסיסי החשוב לשאר השלבים הבאים, באמצעותו נוכל לנסח את החוזה באופן יעיל ומדויק יותר וכן לעצב את המכרז וההתקשרות שתבוא אחריו. מידת לימוד השוק משתנה בהתאם לנסיבות העניין. ככל שהעסקה היא יותר מורכבת, כך לימוד השוק יכול לקחת חודשים.

תקנה 14א מאפשרת לוועדת המכרזים לערוך פניה מוקדמת לקבלת מידע מקצועי ולמידת השוק על מנת שתוכל לעצב את המכרז בתהליכו.

- (א) ועדת מכרזים רשאית להחליט על עריכת פנייה מוקדמת לקבלת מידע, הדרוש לה לעניין התקשרות.
- (ב) פנייה מוקדמת לקבלת מידע תיעשה באופן פומבי.
- (ג) קבלת המידע וקיום דיון עם מי שנענה לפנייה ייעשו תוך שמירה על השוויון בין הפונים.
- (ד) ועדת המכרזים תתעד כל מידע שהתקבל וכל דיון שהתקיים עם מי שנענה לפנייה מוקדמת לקבלת מידע (זאת על מנת שנוכל לעקוב אחר ההליך ולוודא שלא נפל בו פגם, הכל מתועד בפרוטוקול וועדת המכרזים).
- (ה) 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.
- הפניה המוקדמת לא תמיד מתבקשת והיא רלוונטית בעיקר כשנושא המכרז הוא ברכישת טובין מורכבים. כזכור, וועדת המכרזים מורכבת מהחשב, היועץ המשפטי ושני נציגי המשרד שיוצא במכרז - סביר שהם לא יהיו בקיאים בכל התחומים.

שלב שני - עיצוב המכרז

וועדת המכרזים צריכה להחליט על:

1. מנגנון ההתקשרות במכרז הראוי ביותר בנסיבות העניין (פתוח/ סגור/ פטור/ הרשמה והגרלה).
2. עליה לקבוע כללים בסיסיים לעניין מחירי מקסימום או מינימום (מחיר בדיקת קורונה לא יעלה על ה-1000 ₪ לדוגמה), לעניין שלבי המכרז וסינון המועמדים, כנס ספקים וכו'.
3. עליה לקבוע תנאי סף, ערבויות, אמות מידה לבחירת הזוכה ואומדן.

תקנה 17(ב) קובעת מסגרת לוועדת המכרזים לגבי מה מכרז אמור לכלול -

מסמכי המכרז יכללו בין היתר את כל אלה:

- (א) תנאי המכרז, לרבות תנאים להשתתפות במכרז;
- (ב) נוסח להצעת המשתתף במכרז, למעט אם החליטה ועדת המכרזים כי בנסיבות העניין אין מקום לכלול נוסח כאמור, מנימוקים שיירשמו;
- (ג) נוסח החוזה לרבות לוח זמנים ותנאי תשלום, וכן התכניות והמפרטים הנוגעים לביצוע החוזה;
- (ד) אם נדרשת ערבות - סוג הערבות, תנאיה, גובהה ומשכה;
- (ה) אמות המידה כאמור בתקנה 22 שלפיהן תיבחר ההצעה הזוכה;

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- (ו) 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;
- (ז) אם יש כוונה לערוך אמדן שווי ההתקשרות – קיומו של אמדן והנפקויות להליך המכרז של האמדן האמור.
- (7) האם האומדן יהווה תנאי סף או כחלק מאמות המידה.

תנאי סף

תנאי הסף הם כרטיס הכניסה למכרז, ובהעדרם לא יוכל המציע לעבור את סף המכרז ולהיכנס בשעריו. על כן, בתי המשפט מקפידים הקפדה יתרה על עמידה בתנאי הסף. בית המשפט לא יטה לפסול תנאי סף הקבוע במכרז, שכן מדובר בעניין מובהק של שיקול דעת, והתערבות שיפוטית בתוכן תהא אך ורק במקרים ברורים וקיצונים של חריגה ממתחם הסבירות.

ס' 2א לחוק חובת מכרזים מאפשר לקבוע תנאי סף להשתתפות במכרז:

- 2א. (א) עורך מכרז לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע במכרז, **אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז.**
- (ב) קבע עורך המכרז תנאי בנושא מן הנושאים המנויים בטור א' לתוספת, המציב **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.

ס' 2 לחוק מחייב את עורך המכרז לנהוג בשוויון ולכן ס' 2א מאפשר לקבוע תנאי סף אך ורק אם התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז. אם הוא לא מתחייב, הוא יכול להדיר מציעים פוטנציאליים באופן לא מוצדק. התוספת לחוק שנוגעת ל**ס' 2א(ב)** קובעת את תנאי הסף אותם ניתן לקבוע במכרז. חזקה שסטייה מהם פוגעת בשוויון של מציעים פוטנציאליים ולכן דרישות תנאי הסף מוגבלות בטור ב'. וועדת המכרזים יכולה לחרוג מהתוספת אם היא מנמקת את החלטתה.

תנאי סף	מידת הסבירות
ותק	דרישה כי למציע ותק של שנה בתחום הרלוונטי להתקשרות במכרז, או ותק בתחום כאמור השווה למשך ביצוע ההתקשרות המתוכנן, לפי הגבוה מבניהם; לא תעלה דרישת הוותק על 5 שנים.
ניסיון מוקדם	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.
היקף מחזור כספי	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;
היקף ייצור או הספקה	בחוזה לביצוע עסקה בטובין- דרישה להיקף ייצור או הספקה שאינה עולה על כפל ההיקף השנתי הנדרש במסגרת ההתקשרות; דרישה כאמור תתייחס לכל היותר לאחת משלוש השנים שקדמו להתקשרות.

ניתן לסטות ולהחמיר יותר עם האמור בתוספת בטור ב', אך הדבר מצריך **נימוק של החלטה** להחמיר עם תנאי הסף במסמכי המכרז.

תנאי סף קוגנטי: תקנה 6(א) קובעת שהשתתפות במכרז תהיה מותנית בהחזקה של רישיונות והיתרים על פי חוק.

6(א) השתתפות במכרז תהיה מותנית בתנאים הבאים:

- 1) **רישום בכל מירשם המתנהל על פי דין** הצריך לעניין נושא ההתקשרות וכן קיומם של הרישיונות הנדרשים על פי דין;

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- (2) אם קיים לעניין 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 עומדים בתנאי? יש פגם בהליך המכרז.

אלו הם ארבעת המקרים העיקריים בהם חובה להוסיף תנאי סף. מכרז בנייה שלא דרש כתנאי סף רישיון קבלנות רשום במרשם הקבלנים כולל פגם בהליך המכרז משום שהוא סוטה מהחוק. בד"כ הרשויות מוסיפות תנאי כללי לפיו צריך לעמוד בתנאי התקנות והחוקים וכך יוצאות ידי חובה.

תקנה 6(ב) קובעת כי ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים: "ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים, לרבות 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". התקנה קובעת רשימה פתוחה של תנאי סף שרשאים להציב כתנאי כניסה למכרז. תנאי ענייני הוא תנאי הקשור במהותו של אותו מכרז ספציפי.

מה היתרונות והחסרונות של תנאי הסף? מחד, תנאי הסף יעילים יותר משום שהם מנפים הצעות מיותרות. מאידך, ייתכן שנפספס הצעות טובות כבר בשלב ההתחלתי בגללם. בשביל להימנע ממצב כזה אפשר להפוך את תנאי הסף לאמות מידה או לקבוע את תנאי הסף כמעבר לשלבים הבאים (בשיטת הניקוד לפי קריטריונים) ולא כניפוי מראש.

ההצדקות לקביעת תנאי סף:

- ✓ הגינות ותום לב לגבי הצעות שבטוח לא יתקבלו.
- ✓ חשש לשחיתות - "תפירת תנאי סף".

המבחן לסבירות תנאי הסף

סינון מוקדם של המשתתפים הפוטנציאליים במכרז אינו מהווה בהכרח אפליה או פגיעה בעקרון השוויון, ובלבד שסינון זה נעשה בהסתמך על שיקולים ענייניים. סינון ענייני כזה, אינו אלא הבחנה מותרת המבוססת על **שוני רלוונטי**, ועל כן נשמרת במסגרתה הזדמנות שווה למציעים שווים. בחינת סבירות תנאי הסף נעשית לכל מקרה בנפרד בתלות בנסיבות העניין (תקופת הפרויקט, עלות הפרויקט וכו').

תנאי סף לדוגמא: האם תנאי סף להעדר רישום פלילי הוא ענייני? זה תלוי. יש לעשות אבחנה בין מכרז המערב יחסי אמן מיוחדים לבין כזה שלא. אם מדובר על מכרז לפקיד סעד ברשות מקומית אז ברור שהוא תנאי ענייני. בשורה תחתונה, ניתן להתנות על נושא של עבר פלילי ככל שהתנאי רלוונטי.

תנאי סף לניסיון עבודה

לאור חו"י חופש העיסוק יש לוודא שתנאי הסף פוגעים כמה פחות בחופש העיסוק. הנושא של התניית השתתפות במכרז בניסיון קודם מעוגן במפורש בתקנה 6(ב). דרישת הניסיון הקודם כוללת שלושה מרכיבים עיקריים:

- (1) **המרכיב המהותי** – מתייחס **לסוג הניסיון הנדרש מהמציעים**; לפרק הזמן המינימלי של ניסיון זה בביצוע העבודות; הספקת השירותים מהסוג המבוקש במכרז. כולל: היקף ניסיון בתחום הרלוונטי, היקף כוח אדם, כמויות שסופקו, מספר התקשרויות בנושא, הגבלת מידתיות בוותק ובאיזה אופן נרכש הוותק.
- (2) **המרכיב הפרסונלי** – מתייחס לשאלה **במי צריכה להתקיים דרישת הניסיון** – האם במציע עצמו, בנושאי משרה אצל המציע, בעובדי המציע, או בכל גורם אחר. המרכיב הפרסונלי רלוונטי בעיקר במצב של שותפות – מה קורה כאשר יש מציעים במשותף? האם הדרישה צריכה להתקיים אצל שניהם?
- (3) **המרכיב הראייתי** – **מתייחס להמלצות, לאישורים ולמסמכים אחרים שיש בהם כדי להעיד את קיומו של הניסיון הנדרש**. נדרש רק שההמלצות יהיו רלוונטיות.

קביעת תנאי סף בדבר קיומו של ניסיון קודם אצל המציע הינה בדרך כלל עניינית ואף מתבקשת. עם זאת, ראוי לתת את הדעת לכך שבניסוח דרישה זו, יש להקפיד כי היא תהא בהירה, ברורה ומדויקת וכי יהיה בה כדי לשרת את תכלית המכרז.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

✚ פס"ד נע. מעלות

מכרז שפרסם משרד האוצר לצורך איתור שטח לשכירת משרדים עבור משרדי פקיד השומה נצרת ומשרדי מיסוי מקרקעין נצרת. תנאי המכרז - "להלן תנאים מוקדמים הנדרשים מן המציע במכרז, אי-מילוי ס' אחד או יותר מסעיפים הבאים יכול לגרום לפסילת הצעת המציע למכרז. על הדיור המוצע לעמוד בדרישות הבאות- **שימצא בשטח השיפוט העירוני של נצרת**". האם תנאי סף הזה הוא בלתי סביר באופן קיצוני ופוגע בשוויון? המחוזי דחה את העתירה וקבע כי התנאי סביר.

ביהמ"ש העליון:

- שרים, וועדות שרים מופקדים על מימוש מדיניות הממשלה = יש סמכות לקבוע תנאי סף.
- ניתן לקחת בחשבון מדיניות של העדפה מתקנת ושימור סטטוס קוו = ההחלטה סבירה.
- "באמצעות המכרז **מתאפשר לרשות לפעול למימוש צרכי הציבור באופן העולה בקנה אחד עם מדיניות הכללית**".

הגבלת תנאי המקום עניינית ולכן סבירה - "תנאי המקום" מגביל את ההשתתפות במכרז להצעות הכוללות נכסים בתחומי העיר נצרת בלבד. על פניו, תתכן טענה של פגיעה בשוויון; וכי על שום מה לא ימוקם משרד ממשלתי המשרת את האזור כולו בנצרת עילית, או בכפר כנא, או במגדל העמק, אם יזכו בעלי בניינים ממקומות אלה במכרז? תנאי סף הוא "כרטיס כניסה", אך עליו להיות ענייני ויש צורך בהסבר להגבלה בענייננו לנצרת, כדי להסיר את טענת הפגיעה בשוויון. תקנה 6(ב) מאפשרת להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים שונים, לרבות בדבר ניסיונו של המעוניין להשתתף במכרז וחשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו. אין מבחנים ברורים לסבירות תנאי הסף, כל מקרה לגופו. יכול להיות שהתנאי של הגבלת המקום יכול להיות לא ענייני ולא סביר במקרה אחר.

המבחן המשפטי העולה מפס"ד - **איך בוחנים סבירות של תנאי סף?**

- 1) הגדרת מהות\אופי המכרז;
- 2) בחינת התנאי בהתאם למה שהגדרנו;

✚ פס"ד מתן שירותי בריאות

משרד הבריאות פרסם מכרז שענייני אספקת שירותי רפואה מונעת לתלמידים, ביצוע בדיקות מעקב וחיסונים וכן חינוך ומתן ייעוץ בתחום זה. המכרז היה דו-שלבי: בשלב הראשון, בחנו כל מיני אמות מידה כמו ותק, ניסיון וכו'. נתנו ניקוד, ומי שקיבל ניקוד מספיק גבוה עבר לשלב השני. מי שזכתה בשלב השני היא נטלי. אלו שהפסידו טענו כי יש לבטל את זכייתה של נטלי במכרז בשל אי עמידתה בנאי סף שנקבעו במכרז, ובראשם בדרישות הקשורות להכשרתה של האחיות הראשית שהוצעה מטעמה. במכרז התנאי נוסח כ"השתלמות מוכרת".

טענות המערער:

- ניקוד ההצעה שלה בהקשר האיכות אינו הוגן.
- הצעת נטלי לא עמדה בתנאי הסף והייתה צריכה להיפסל בשלב המקדמי:
 - האחיות אינה מחזיקה ברמת ההכשרה הנדרשת.
 - הרופא אינו עומד בותק הנדרש + לא מילא תפקיד ניהולי.
 - אי-מילוי תצהיר בדבר קיום חובות בעניין בזכויות עובדים.
 - אי-צירוף אישור ממשרד התמ"ת בדבר קיומם או היעדרם של הרשעות וקנסות.
- או לחילופין, להוריד לנטלי ניקוד בשלב בדיקת אמות המידה.

השאלה המשפטית: איך מפרשים את תנאי הסף? האם השתלמות על בסיסית שווה להשתלמות המוכרת לבריאות הציבור?

ביהמ"ש

- **ככל שהמכרז ותנאיו מותירים מרווח לפרשנות הדבר פוגע בשוויון, בהגינות ובעשיית הצדק**. לא די בכך, זה לא יעיל מבחינת דיונים שיפוטיים שלאחר מכן שעולים הרבה כסף. בנוסף, במכרז הפתוח לפרשנות פתוח לשאלות של טוהר המידות. כל אלה נאמרים כמשקל נגד לנטייה הרווחת לעיתים להקל ראש בפורמליות של מכרזים, ובדו"כ הקלת הראש תנא כשהיא נוחה למקל הראש ומשיגה לו יתרון. אשר על כן, **על מגישי הצעות במכרזים לבדוק בשבע עיניים אם מילאו אחד לאחד את התנאים למיניהם, ובבוא וועדות המכרזים לדון בהם, גישתם צריכה להיות קפדנית**.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

• **הצורך בהירות ובהקפדה זוכה למשנה תוקף כשמדובר בתנאי סף במכרז.** אופיים הבינארי של תנאים אלה המעמידים את המציע במצב של "להיות או לחדול", מחייב הצגת תמונה ברורה של דרישות הסך של המכרז על ידי עורכו. אי בהירות עלולה להביא מציעים להימנע מלגשת למכרז מתוך סברה שהם אינם עומדים בתנאים או להשקיע מאמצי יתר בקיומם של תנאים שכלל אינם נדרשים. **בהימצא תנאי במכרז שאינו בהיר וניתן לפרשו פירושים שונים, שהינם סבירים במידה שווה ומקיימים במידה שווה את תכליות המכרז, תועדף מטעמים של הגנות, פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן.** הכלל הוא שאם יש כמה פרשנויות, נעדיף פרשנות שתכניס כמה שיותר משתתפים למעגל המציעים.

• כשנדרש בית המשפט לפרשנותם של מסמכי מכרז, יחיל על אלה את כללי הפרשנות התכליתית, והם **יפורשו לא רק לאור לשונם אלא גם על רקע מטרותיהם.** מתוך מגוון האפשרויות הלשוניות שסובלת לשון המכרז, תיבחר המשמעות המשפטית של הטקסט- היא המשמעות המקיימת את תכליותיו. בצד האמור, ברי כי לאופיו הפרטני של טקסט המהווה חלק ממסמכי המכרז, ולהבדלים הנורמטיביים בינו לבין נורמות משפטיות אחרות, יש משמעות בגדר הליך הפרשנות, וזו תוביל לשוני בין השיקולים השונים שבהם יש להתחשב בפרשנות הטקסט, במשקל הניתן לכל אחד מהם ובאיזון ביניהם.

• היקש מדיני החוזים- גוזרים את כללי פרשנות המכרז מכללי פרשנות החוזה מכוח ס' 61ב לחוק החוזים. בגדר האמור ינתן משקל לאומד דעתו הסובייקטיבי של עורך המכרז, שתילמד מלשון מסמכי המכרז ומן הנסיבות החיצוניות האופפות אותו. בנוסף, תינתן הדעת למאפיינים הפרטניים של המכרז.

• **חובת ההנמקה של החלטת ועדת המכרזים-** ככל רשות מינהלית, כך גם על ועדת המכרזים חלה חובה לנמק את החלטותיה. ההנמקה מסייעת לרשות לקבל החלטה רציונלית ולא שרירותית; היא מאפשרת הסתמכות נכונה עליה; היא מספקת תשתית עובדתית לביקורת שיפוטית וציבורית; היא מבטאת יחס אנושי ומכבד לפרט שהחלטה המינהלית עוסקת בו; ויש בה כדי לבסס את אמון הציבור בשלטון. בהקשר של דיני המכרזים, מקבלת חובת ההנמקה משנה חשיבות, נוכח האופי התחרותי של המכרז, המחייב כי הרשות תסביר את הטעמים שעמדו ביסוד בחירתה במועמד זה או אחר. זאת, כדי להרתיעה מפני משוא פנים ומפני פגיעה בטוהר המידות, וכדי להבטיח כי תפעל ביסודיות, בענייניות ובמידה ראויה של התעמקות. ברם, עצם קיומה של חובת הנמקה לא קובעת מסמרות בשאלה מהי מידת ההנמקה שתידרש בכל מקרה ומקרה. טיב ההנמקה, אורכה ומידת פירוטה יגזרו – בין היתר – ממאפייניו של המכרז וממהותה של השאלה העומדת להכרעה.

• **תוצאה-** סיכומם של דברים: ניסוח תנאי הכשירות נושא המחלוקת, לא היה בהיר די הצורך. מוכנים היינו להניח כי התיבה "השתלמות מוכרת" הכלולה במכרז, יכולה לשאת שתי משמעויות שונות – השתלמות על בסיסית, והשתלמות שאינה על בסיסית, אולם תכלית המכרז וכוונת עורכו, כפי שהובנו על-ידי נטלי, היו כי רק מי שעברה השתלמות על בסיסית תוכל לשמש אחות ראשית בגדר פרויקט הספקת שירותי רפואה לתלמידי בתי ספר. לכך יש להוסיף, כי גם אם נניח לטובת נטלי כי השתלמות מוכרת אינה בהכרח השתלמות על בסיסית, לא עלה בידה להוכיח כי האחות המוצעת על-ידה עברה "השתלמות מוכרת בבריאות הציבור או קהילה על-ידי משרד הבריאות". משלא עמדה ההצעה בתנאי סף שנקבע במכרז, **דינה להיפסל.**

לסיכום- מסמכי המכרז יהיו מפורטים ובהירים, ויונסחו בצורה מדויקת וממצה כדי שלא יסבו נזק כלכלי או ישחיתו את זמנם של מציעים פוטנציאליים. תנאי המנוסח בצורה רשלנית יפורש בהתאם לתכלית התנאי ובמידה ולא נמצאת תכלית כזו, יפרש ביהמ"ש לפי פרשנות מרחיבה כדי לשמור על עקרון השוויון בין המציעים.

צירוף ערבות בנקאית- לפי תקנה 17(ב)(4) מסמכי המכרז יכולים לכלול ערבות בנקאית. **תקנה 16ב(א)** קובעת כי "וועדת המכרזים רשאית לקבוע במכרז פומבי או סגור, או בהליך תחרותי אחר, תהיה מותנית בהפקדת ערבות בתנאים שתקבע שעניינם סוג הערבות, תנאיה, גובהה ומשכה".

תכליות הערבות הבנקאית-

- **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).
- **למנוע קשר בין המציעים-** המציע הזוכה או העתיד לזכות יפרוש מהמכרז ובעקבות זאת יזכה זה שהצעתו פחות טובה, והזוכה החדש והפורש יתחלקו בהפרש.
- **עמידה במבחן החוסן הכלכלי של המציע** (קשר עם שיעור הערבות).
- **מינוע קלות דעת-** הערבות מעידה על גמירות דעת של המציעים.

כללי ניסוח כתב הערבות- תקנה 17(ב)(4) אומרת שאם נדרשת ערבות (כלומר אין חובה לדרוש ערבות)- סוג הערבות, תנאיה, גובהה ומשכה ייקבעו ע"י עורך המכרז. הוראה זו מנוסחת בלשון כללית מדי. בקובץ הוראות התכ"מ נקבע ככלל ששיעור הערבות הנדרש יהיה 5% מערך ההתקשרות כולל מע"מ. בעצם מציעים שיציעו הצעה גבוה יותר יצטרכו להפקיד כתב ערבות בסכום גבוה יותר. יש בכך חוסר שוויון בין מציעים. חשוב גם לתת את הדעת לקביעת **משך** הערבות ולנקוט נוסח הנוקב במועד מדויק שעד אליו צריכה הערבות להיות בתוקף.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

אמות מידה

מטרתן של אמות המידה היא לתת לעורך המכרז כלים לבחירת ההצעה הזוכה.

☑ **תקנה 22(א)** קובעת רשימה פתוחה של אמות המידה ואפשר לקחת את כולן או חלקן:

- (1) המחיר המוצע או המבוקש, לפי הענין;
- (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)** קובעת כי וועדת המכרזים תכלול במסמכי המכרז פירוט של אותן אמות מידה, מבחני המשנה ואת המשקל היחסי שיינתן לבחירת הצעה המעניקה את מירב היתרונות לעורך המכרז ואופן שקלולם. **קביעת אמות מידה הם עניין שבחובה.** למה אמות המידה הם חובה? מדובר בסטנדרט של רשות מנהלית. אנחנו רוצים ליצור שקיפות ושוויון ושהמציעים יבינו על בסיס מה התקבלה ההחלטה. גם ביחס למציע עצמו, אם הוא ידע את אמות המידה והמשקל שלהן הוא ידע איך לבנות את ההצעה שלו בצורה נכונה יותר.

☑ **תקנה 22(ג)** חוזרת על תקנה 22(ב), וקובעת כי יש לפרט את **שקלולם היחסי של אמות המידה ושל מבחני המשנה**. זו תקנה שחוזרת על מה שנאמר כבר בתקנה 22(ב). **החריג** - וועד המכרזים תהא רשאית במקרים חריגים שלא לפרסם את השיעורים היחסיים של אמות המידה, את מבחני המשנה ואת אופן שקלולם, אם השתכנעה כי יש בפרסום כאמור כדי לפגוע בניהול התקין של הליך המכרז. **מתי זה יכול להיות מוצדק?** כאן יש להבחין בין שני סוגים של אמות מידה:

- **טיב ההצעה** - אלו אמות מידה שמאפיינות את העסקה עצמה. יש לרשות אינטרס לפרסם את משקלן של אמות מידה אלו כדי לשפר את הסיכוי להתקשרות יעילה.
- **טיב המציע** - אלו אמות מידה שמאפיינות מציע מסוים (אופן ההספקה של החברה, טיב העבודה שלה וכו'). ניתן להטיל ספק בקיומו של אינטרס ציבורי לפרסמן מראש במסמכי המכרז.

החובה לציין את משקלן של אמות המידה חלה רק על טיב ההצעה. באשר לטיב המציע - משאירים שק"ד רחב לעורך המכרז. שיאפשר לו לבחון את השפעת הפרסום על יעילות המכרז. אנחנו לא רוצים להפסיד מציעים טובים ע"י הצבת שקלול יחסי של אמות המידה מראש. אין וודאות מה יש בשוק ואין לדעת מה יהיו טיב ההצעות.

☑ **תקנה 22(ד)** מאפשרת **גמישות** בקביעת הניקוד: וועדת המכרזים רשאית לקבוע במסמכי המכרז ניקוד האיכות המזערי, ורשאית לקבוע אם הדבר דרוש בנסיבות עניין, כי אם יעלה או ירד מספר ההצעות שבקבוצת המציעים הסופית על מספר מסוים, יהיה ניקוד האיכות המזערי שונה. זו תקנה שמאפשרת גמישות כתוצאה מגורמים חיצוניים. וועדת המכרזים רשאית לשנות את סכום המינימום שנקבע.

אומדן

אומדן הוא מסמך שמעריך את שווי התקשרות העסקה.

☑ **תקנה 17א- אומדן שווי ההתקשרות**

(א) אומדן שווי ההתקשרות **ייערך בידי גורם מקצועי שהוסמך לכך בידי ועדת המכרזים**, וייחתם בידיו ובידי יושב ראש ועדת המכרזים.

(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. – **האומדן הוא חסוי.**

(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. – כאשר מדובר במכרז שבו המשרד רוכש או שוכר נכס נדלן, ניתן לערוך אומדן שווי התקשרות **גם אחרי שנגמר המכרז.**

אומדן הוא מסמך שמשקף את שווי ההתקשרות ואת ההצעה הריאלית **הכי נמוכה שאפשר יהיה לקבל** (למשל, השווי המינימלי של הקרקע). מי שמעריך את שווי ההתקשרות הוא גורם מקצועי שממונה על ידי וועדת המכרזים. האומדן נחתם בסופו של דבר על ידי ראש וועדת המכרזים. לא מפרסמים את האומדן בחוברת המכרז כדי להיטיב עם המשרד שיוצא למכרז, שכן ייתכן שמציע יציע

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

מחיר אפילו יותר טוב ממחיר האומדן שנקבע. בנוסף, אנחנו רוצים למנוע מצב בו כל ההצעות סובבות סביב מחיר האומדן.

שלג לבן נ' עיריית אשקלון

בחודש מאי 2009 פרסמה עיריית אשקלון מכרז לקבלת שירותי ניקיון במשרדיה ובמוסדות חינוך בעיר, לתקופה של שנתיים עם אפשרות הארכה לתקופה נוספת. בס' 2(ב)3 לתנאי המכרז נקבע כי ההצעות יהיו מבוססות על מסמכי המכרז ובהם טופס "הצעת משתתף במכרז" הכולל **מחיר עלות שכר למעביד** - הסכום לשעת עבודה שיציע משתתף לא יפחת מסכום המינימום של 28.64 ש"ח. נקבע כי הצעה שתנקוב מחיר נמוך ממחיר המינימום תיפסל. הזוכה הגישה הצעה שתואמת את האומדן אבל היא יותר נמוכה משאר המציעות. היא הוזמנה בפני וועדת המכרזים כדי להסביר כיצד תעמוד בתנאי המכרז. ההסבר לעלות הנמוכה ע"פ הזוכה - לטענתה היא הולכת להעסיק את עובדי הניקיון לתקופות קצובות כדי שהם לא יקבלו את הזכויות הסוציאליות של עובדים. בעצם ההסבר היה שהם מקצצים ופוגעים בזכויות הסוציאליות של העובדים כדי לעמוד בהצעה הזו. כרשות שיוצאת למכרז, יש אינטרס שהמציע ירוויח אך מצד שני, יש רצון שההצעה תטיב גם עם בעל המכרז. ביהמ"ש עומד על התפקיד הסוציאלי של דיני המכרזים. אם ביהמ"ש נוכח לדעת שהולכת להיות פגיעה כלשהי בזכויות העובדים, הוא חייב לעצור ולמנוע זאת גם אם זו ההצעה הטובה ביותר מבחינת הרשות. ע"פ דיני המכרזים, הצעה לא יכולה לפגוע בזכויות עובדים.

"ייוחדם של דיני המכרזים הציבוריים הוא בכך שהם ניצבים על צומת דרכים משפטי, המנקז אליו יסודות מתחומי משפט שונים. יעילות מנהלית וכלכלית, מוסר, אתיקה ציבורית, קיומו של חופש חוזים במובנו הרחב, הקפדה בעקרון השוויון לרבות שוויון בהזדמנויות, הם חלק מן העקרונות המצטלבים בו. **הגשמתו של משפט העבודה המגן היא ממטרותיהם של דיני המכרזים**, ועומדת היא על רגליה שלה, שכם אל שכם עם התכליות האחרות".

שמירה על דינים אחרים במסגרת דיני המכרזים-

- **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 22א(6)-** **הקפדה בזכויות עובדים** היא מאמות המידה לשקילת ההצעות הכשרות שהוגשו.
- **הרמוניה חקיקתית** - תקנות אלו אמנם אינן מחייבות את הרשויות המקומיות כי הן מקיפות רק את הכפופים לחוק חובת מכרזים. אולם, בהיעדר יסוד מהותי להבנה בעניין זה בין משרדי הממשלה לבין השלטון המקומי, אך טבעי הוא כי את שטרם קבע מתקין התקנון בלשון מפורשת, תשלים הפסיקה ולנגד עיניה ראייה קוהרנטית של יסודות המכרז הציבורי.

מה יכלול אומדן? 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. גם אומדן סביר שנערך כדין לא יוכל לחפות על פגם שנפל בתנאי המכרז. ככל שההתקשרות מורכבת יותר, סביר שהאומדן לא יהיה בבחינת תנאי סף אלא ימלא פונקציות סינון אחרות (החלטה על מעבר לשלב הבא לדוגמה).

ביהמ"ש החליט שלא רק שההצעה הזוכה לקתה בפגם חמור, אלא אף המכרז עצמו. כוונת הדברים לכך **שמחיר המינימום שנקבע לא הביא בחשבון את מרכיבי העלות הנוספים ואת הרווח, ובכך הזמינה עיריית אשקלון את המציעים להגיש הצעות פסולות**. ניתן להניח כי לו כללה העירייה באומדן שנערך את כל מרכיבי עלותו של המכרז, הייתה וועדת המכרזים עומדת על נקלה על הפגם שנפל. הדבר לא נעשה, ומכל מקום לא ניתן להכשיר את אותו פגם, אפילו הייתה נבחרת הצעה אחרת במקומה של ההצעה הזוכה. **אין לקבל את האומדן כדבר מובן מאליה אלא צריך לבדוק את מהות האומדן (לראות אם הוא מתמרץ מציעים לפעול באופן לא חוקי).**

שלב ג' - הכנת חוזה התקשרות

הכנת חוזה התקשרות - מופיע כנספח למכרז והכותרת שלו היא בד"כ "הסכם ביצוע עבודות...". אין זכר בתקנות לאופן עריכת חוזה ההתקשרות מלבד **תקנה 17(ב)3** שקובעת כי מסמכי המכרז יכללו בין היתר את נוסח המכרז, לרבות לוח זמנים; תנאי תשלום; התוכנית; המפרטים הנוגעים לביצוע החוזה.

יש להבחין בין **חוזה לרכישת טובין** לבין **חוזה לרכישת שירות**. חוזה לרכישת טובין הוא פשוט, קצר וזמני. ההספקה הם ברורים (ציוד משרדי לדוגמה). חוזה לרכישת שירות הוא מורכב יותר וכך גם תנאי הסף, אמות המידה ולוח הזמנים (מכרז לבניית שכונת מגורים לדוגמה).

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

קווים כללים לעיצוב חוזה ההתקשרות-

- הקפדה על לשון ברורה של החוזה;
 - דגש על התוצאות ולא על ההליך (בג"ץ 659\81);
 - קביעת מנגנוני הערכה ופיקוח על רמת הביצוע של ההתקשרות;
 - הגדרת התפקידים והיחסים שבין ספק השירות לבין הרשות;
 - קביעת משך ההתקשרות;
 - קביעת אופציות להארכת התקשרות; לעניין קביעת אופציה להארכת התקשרות, הדבר כפוף לחוק חובת מכרזים שכן לא בהכרח שניתן להאריך התקשרות ללא מכרז.
 - קביעת מנגנון פיצוי במקרה של הפרה והליך של בירור תביעה במקרה של הפרה;
- אין מו"מ על החוזה. הוא קבוע ולא ניתן לשינוי (חוזה חד-צדדי).

שלב הביניים- מפרסום המכרז עד פתיחת ההצעות

שלב פרסום המכרז מוסדר בתקנה 15:

- (א) רצה משרד להתקשר בחוזה הטעון מכרז פומבי, תפרסם ועדת המכרזים הודעה על כך ב-
- עיתון נפוץ, בעיתון בשפה הערבית ובאתר האינטרנט;
 - ההודעה באתר האינטרנט תפורסם בשפה העברית ובשפה הערבית;
 - ההודעה תפורסם זמן סביר לפני המועד האחרון להגשת הצעות.

זמן סביר משתנה ממקרה למקרה, כשמדובר בפרויקטים גדולים של מיליוני שקלים כנראה שזמן סביר יהיה ארבעה חודשים. בתיקון 2009 התוקנו תקנות נוספות שמטרתן יעילות בעיקר-

- (ה) נוסף על האמור בתקנת משנה (א), הודעה על עריכת מכרז פומבי תופץ בדואר אלקטרוני לכל אדם אשר ביקש להיכלל ברשימת המנויים על קבלת הודעות לפי תקנה זו.
- (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).

התקנות באות להוסיף לזריזות של תקנה 15. הגוף שמרכז את המכרזים הוא "יפעת". כל מי שמנוי ביפעת צריך לקבל הודעה על עריכת מכרז פומבי.

מה ההודעה על עריכת המכרז תכלול?

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

- (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 עתידי 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? באופן כללי, סתירה יכולה להיות לדוגמה טעות סופר במועד האחרון להגשת הצעות למכרז, או סתירה בין תנאי הסף שממילא מנוסחים באופן לא מפורט. הפסיקה קובעת כי **נוסח המכרז הוא שקובע, אלא אם כן מדובר בתנאי סף שנקבעו במודעה, שאז המודעה גוברת.** במידה ויודעים על הטעות במועד שהוא עדין רלוונטי, יש לתקן אותה, אך צריך להודיע על כך.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

האם במקום לפרסם מודעה ניתן לפנות למציעים מסוימים? לפי תקנה 16א(א) מאחר ואנחנו סוטים מעקרון השוויון, עלינו להתנהל באופן שיקיים אותו בצורה המרבית: "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 יבחרו ככל הניתן בסבב מחזורי לפי נוהל כאמור בתקנה 16(ה).

איך מקבלים את מסמכי המכרז?

תקנה 17א): מסמכי המכרז יומצאו- לעיון לכל דורש; בלא תשלום; 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.

כזכור, תקנה 17 (ב) אומרת מה יכלול מסמכי המכרז.

השלב שלאחר פרסום המכרז ולפני פתיחת תיבת המכרזים

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

1. זהו השלב שבו הכדור נמצא במגרש של המשתתפים הפוטנציאליים ולכן ועדת המכרזים **פסיבית**. הפסיביות באה לידי ביטוי **באי-שינוי של תנאי המכרז**. שינוי ייעשה, אם בכלל, לאחר פתיחת תיבת המכרז.
2. שלב הפירסום הוא שלב **דו-שיח** בין המשתתפים הפוטנציאליים לבין ועדת המכרזים, שמאפשר התאמה ותיקון טעויות של תנאי המכרז. זה מתבצע באופן שוויוני ושקוף ומקדם ערך של יעילות ושוויוניות. כלומר, זוהי **תקופה שמטרתה טיוב המכרז** (זוהי התפיסה הרווחת בישראל).

אירועים לאחר הפרסום- אלו הם האירועים שיכולים לקרות לאחר פרסום המכרז בהקשר הישראלי. מטרתם של הכלים הללו היא להביא לטיוב מקסימלי של המכרז, תוך שמירה על יעילות ושוויון.

1. **כנס ספקים**- אירוע פתוח בו הרשות גם מציגה את המכרז וגם עונה על שאלות והבהרות, היא לא חייבת לעשות אותו, אם כי האינטרס שלה הוא כן לערוך כנס כזה מקום בו מהות ההתקשרות היא מורכבת.
2. **הליך הבהרות**- כמעט בכל המכרזים מתקיים הליך כזה. זהו טווח זמן שבו מזמין המכרז קובע מועדים לשאלות והבהרות מטעם מציעים ומשתתפים פוטנציאליים ביחס לתנאי המכרז השונים. הפסיקה קבעה שיש לפרסם את שאלות ההבהרה ותשובותיהן בפומבי על מנת לשמור על השוויון ושמציעים יוכלו לשקלל את צעדיהם בהתאם.
3. **פניות לדחיית המועד**- במקרים מסוימים.

ידע מחשבים

משרד הביטחון פרסם מכרז סגור בו הוזמנו הצעות לתחזוקת ציוד מחשבים ולאספקת מוצרי צריכה של מדפסות. הספקים נדרשו להצהיר כי-

- (א) המוצר המסופק בהזמנה זו אינו מפר בדרך כלשהי זכויות קניין רוחני של צד ג', לרבות פטנט, זכויות יוצרים ומדגם.
- (ב) יש בידי הספק הרשאה כדין להפיץ את המוצר ועדכונו בישראל ואם יידרש לכך, יציג את ההרשאה וכל מסמך שיידרש לעניין זה.

הצעתה של דיגיטל אקומפנט הייתה זולה יותר משל ידע מחשבים, אך לא עמדה באחד מתנאי הסף, ועל אף זאת היא נבחרה על ידי ועדת המכרזים. תנאי הסף היה פגום ו"ידע מחשבים" ידעה על זה. היא הייתה בטוחה שהיא תזכה, וכשלא זכתה היא עתרה לביהמ"ש בטענה שדיגיטל לא עומדת בתנאי הסף. המדינה טענה שזה תנאי סף זניח שנוסף בטעות ולכן לא התחשבו בו.

ביהמ"ש:

- **אבחנה בין פגם בהצעה לבין פגם במכרז**- כאשר הפגם אינו במכרז אלא בהליכו, אלא בהצעתו של אחד המשתתפים. פגם שכזה אינו פוגע במכרז, אלא בהצעה בלבד. 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

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

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.**

- **גילוי מידע- משתתף במכרז, המודע לפגם במכרז או בהליכו, 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 פגן. התנהגות שכזו אינה בתום הלב. היא נופלת מאמת המידה להתנהגות ראויה בין משתתפים במכרז ביחסיהם ההדדיים, וביחסים שבינם לבין בעל המכרז. "לא יחא זה הוגן, אם משתתף במכרז הרואה בו פגם מתחילתו, ישתוק אך יתריע על כך לאחר שהתברר לו שלא זכה. יש בכך חוסר הגינות הן כלפי המזמים והן כלפי המשתתפים האחרים".
- **אבחנה בין תועלת כלכלית למימוש עקרונות היסוד של דיני המכרזים- אכן, 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 באופן מקיימות התנאים. בכך נוטעים אמון בשיטת המכרזים ומונעים התחושה כי "המכרז מבור".**
- **תיקון טעות- המדינה טענה כי תנאי הסף אינו רלוונטי; כי הוא הוכנס למכרז בשל תקלה; שהוא בטל משום שהוא אינו ענייני. טענה זו כשהיא נשמעת מפי המדינה, קשה היא. 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.**
- **תוצאה- ביהמ"ש פוסל את דיגיטל.**

הגשת הצעות- תקנה 18:

(א) המעוניין להשתתף במכרז שאינו מכרז ממוכן (אינטרנטי) יגיש ל:

- וועדת המכרזים את
- הצעתו חתומה,
- מלאה ושלמה,
- בתוך מעטפה סגורה היטב (להלן- מעטפת המכרז), וזאת בדרך,
- במועד,
- במקום
- ובמספר עותקים כפי שנקבע בתנאי המכרז; לא צוין בתנאי המכרז מספר עותקים- תומצא ההצעה **בשני עותקים.**

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

שמירת הצעות בתיבת המכרז- ע"פ תקנה 19 ההצעות למכרז יישמרו עד לפתיחתן, במועד האחרון להגשת ההצעות או אחריו, בתוך תיבה נעולה, אחת או יותר, אשר תיועד לשמירת מסמכי המכרז.

פתיחת הצעות ופגמים בהצעה

שלב פתיחת תיבת המכרז הוא השלב שלאחר הגשת ההצעות והשלב של לפני חתימת החוזה.

תקנה 19- ☒

- (ב) נדרשת נוכחות של שלושה אנשים בפתיחת תיבת המכרז או נוכחות ועדת המכרזים מטרת הדרישה היא לפקח על כשירות ההליך. אם סוטים מהמועד הקבוע בתקנה, יש לנמק זאת בפרוטוקול.
- (ד) במעמד פתיחת המכרז ייערך פרוטוקול בו יירשמו: מספר ההצעות שנמצאו בתיבה; תכולתן; זיהויין; האומדן אם נעשה כזה; המחיר המוצע או המבוקש לפי העניין;
- (ה) קיים מועד מיוחד לפתיחת תיבת המכרז- מסוף יום העבודה שאחרי המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז- וזאת על מנת שמישהו לא יפתח אותה ויוציא ממנה מעטפות באופן לא כשר.

תמיד צריך לזכור את עקרון השקיפות במכרזים. רישום פרוטוקול מעיד על תקינות ההליך והפרוטוקול מהווה איזשהו בסיס שאליו חוזרים במקרים של בעיות.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

☑ **תקנה 20-** מתייחסת לשלב בדיקת ההצעות- (א) "בדיקת ההצעות תיעשה בידי וועדת המכרזים בתוך זמן סביר ממועד פתיחת תיבת המכרז"- זמן סביר יכול להשתנות כתלות בסוג המכרז. (ב) "וועדת המכרזים לא תדון בהצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון להגשת ההצעות".

התקנה הזאת הגיעה בעקבות שאלת היחס הרצוי למצבים בהם האיחורים בהגשת ההצעות נבעו מנסיבות חיצוניות שלא קשורות למגיש (המגיש התבלבל בתיבת המכרז, המגיש לא מצא חניה מה שעיכב אותו וכו'). בפס"ד חרכוש המציעים הגיעו כמה דקות אחרי סגירת המכרז בשעה שהיו כמה עובדות שעברו על ההצעות. המציעים טענו שאפשר לפרש את "מועד פתיחת המכרז" גם לשלב שבו סופרים את ההצעות בנוכחות עובדות ולכן צריך לקבל את הצעתם. עלתה השאלה האם ניתן לקבל הצעה שהוגשה באיחור (בחריגה מתנאי המכרז והוראות הדין) והאם יש מקום להתערבות בהחלטתה של ועדת המכרזים על סירובה לקבל את ההצעה שהוגשה באיחור. נקבע נבחן טכני פשוט: **"לשון תקנה 20(ב) אינה מניחה מקום לשיקול דעת. מחוקק המשנה שפתיו ברורות כי הצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון לא יידונו**. המבחן הוא טכני ופשוט על פניו. בשעה שנקבעה לסיום, היא המועד האחרון, נעל פתחה של תיבת המכרז ורק מה שנמצא בה באותו מועד יידון. המחוקק בחר כלל פשוט וקל ליישום (פסילה) ולא כלל המחייב השקעת משאבי זמן ביישומו (הפעלת שיקול דעת)".

פגמים בהצעה

☑ **תקנה 20(ג)** מתייחסת לסוגיית פגמים טכניים בהצעה, שמתחלקים לטעות סופר וטעות חשבונאית- "נתגלו בהצעות טעויות סופר או טעויות חשבונאיות, רשאין יושב ראש ועדת המכרזים לתקן; התיקון ייעשה במהלך בדיקת ההצעות בידי הוועדה ויירשם בפרוטוקול; הודעה על התיקון תימסר למציע (הוועדה לא מתייעצת עם המציע לגבי התיקון, היא תקנת ומודיעה לו על כך)".

דוגמה להצעות כאלה-

- בזק יצאו למכרז לאספקת מחשבים ניידים, הצעתה של העותרת נפסלה על הסף בגלל שהמסך שהיא סיפקה היה עם רזולוציה של 256. אין דבר כזה 256, יחידות המידה של רזולוציות כוללות את אות K, שהושמטה בכתיבה. העותרת ביקשה לתקן את הצעתה בעקבות טעות סופר אך וועדת המכרזים לא אישרה לה לעשות כן. ביהמ"ש קבע כי החלטת וועדת המכרזים הייתה לא נכונה בנסיבות העניין, אפשר לעותרת לתקן את הצעתה והחזיר אותה לדין בוועדת המכרזים.
- כל ההצעה הייתה במטבע שקלי ובאחד מהסעיפים הייתה במטבע דולרי, האם זה טעות סופר שניתנת לתיקון? אם ההמרה של הדולר לשקל לא מתאימה ליחס המחירים בהצעה ככל הנראה מדובר בטעות סופר שלא משפיעה על מהות ההצעה ושלא משפיעה על יחסי הכוחות בין ההצעות השונות, לכן היא ניתנת לתיקון.
- הצעה של 150,000 ₪ לאספקת מכונות הנשמה, לא כתוב אם זה כולל מע"מ או לא כולל מע"מ, כשבשאר ההצעות המחיר כן כולל מע"מ. האם השמטת רכיב המע"מ היא טעות סופר שניתנת לתיקון? השאלה הרלוונטית תהיה האם הוספת רכיב המע"מ תפגע בשוויון של שאר המציעים.

פס"ד טלדור

עובדות- בשנת 2001 פרסם החשב הכללי "מכרז מסגרת" שמטרתו הייתה הרכבת רשימת ספקים להספקת שירותי סריקה, פיתוח וצילום מסמכים עבור משרדי הממשלה השונים. במסגרת מכרז החשב התבקשו חברות שונות המעניקות את השירותים האמורים להגיש הצעת מחיר מפורטת לרשימה של פעולות בתחום הטיפול במסמכים. לאחר שהוכרזו החברות הזוכות במכרז החשב הוכנה רשימה של ספקים אליהם יכולים משרדי הממשלה השונים לפנות בקשר לביצוע פרויקטים פרטניים. ברשימת הספקים נכללו בין השאר, המעוררת חברת טלדור וכן חברת אימג'סטור. ביולי 2005 נערך תיחור בין הספקים שברשימה. במסגרת התיחור נדרשו החברות השונות להגיש הצעות מחיר לביצוע פעולות של סריקה, קלידה ומפתוח בהתאם לרשימה של פעולות שהוכנה על ידי המשטרה. יודגש, כי בהתאם לכללי מכרז החשב, אין רשאיות החברות המשתתפות בהליך התיחור להציע מחיר עבור פעולה מסוימת העולה על המחיר שהציעו עבור אותה פעולה במסגרת מכרז החשב. המשמעות היא שהמחירים שהציעו החברות במסגרת מכרז החשב הכללי הם המחירים המרביים אותן רשאיות החברות להציע במסגרת הליכי התיחור הפרטניים. טלדור זכתה במכרז. לאימג'סטור התברר כי הזוכה הציעה הצעת מחיר העולה על המחיר שהציעה במכרז הספקים.

וועדת המכרזים הכשירה את הזכייה כי טענה שהייתה טעות סופר- ביחס לפעולה אחת נרשם מחיר של 0.39 ₪ במקום מחיר של 0.039 ₪ וביחס לפעולה נוספת נרשם מחיר של 0.35 ₪ במקום מחיר של 0.035 ₪. בכל מקרה פעולות אלה לא נחשבו בהחלטת עורך המכרז.

מהי טעות סופר לפי פסק הדין? ניתן לתקן טעויות אשר ניכר בהן כי-

- ✓ הן נפלו בתום לב.
- ✓ הן בעלות אופי טכני.
- ✓ לטעות סופר תיחשב טעות שהיא ברורה על פניה.
- ✓ תיקונה אינו מצריך חקירה מעמיקה.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- ✓ הטעויות שביתן לתקן הן טעויות שאינן יורדות לשורש העניין.
- ✓ הן טעויות שאינן פוגעות בכללי היסוד של שיטת המכרזים.
- ✓ בעניין זה יש לבחון במיוחד אם תיקון הטעות מקנה יתרון בלתי הוגן לאחד המשתתפים באופן הפוגע בצורה משמעותית בעקרון השוויון.

אם אכן נדרש בירור עם המציע על מנת לתקן את הטעות יש בכך במידה רבה כדי להצביע על כך אין מדובר בטעות סופר, אלא בבעיה מהותית יותר שספק אם ניתן לתקנה. נקבע כי הצעות המחיר הנדונות לא היו חלק מההחלטה לקבל את הצעתה של טלדור, לכן לא נפגע עקרון השוויון. הטעות ניתנת לאבחון ללא בעיה בהתאם לכללי היגיון כלכלי ופשוט שמצוי בטבלה. תיקון הטעות אינו קשה, הוא דורש רק הוספה של ספרה 0. מדובר בטעות סופר ותיקונה הוא במתחם הסביר.

☑ **תקנה 20(ד)** מדברת על **פגם ממשי**: ועדת המכרזים **תפסול** 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 הוועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו; ועדת המכרזים תדחה הצעות שלא מתקיימים בהן התנאים לפי תקנה 6א(א) (הפרת דיני עבודה), זולת אם החליט אחרת לפי תקנה 6א(ב).

תקנה 20 קובעת שלוש עקרונות פעולה-

- ✓ לוועדת המכרזים סמכות **להפעיל שק"ד** בהתייחסותה לפגמים שנפלו בהצעה.
- ✓ **אופן הפעלת שק"ד** של וועדת המכרזים- הכלל לפי תקנה 20(ד) פסילה; החריג- הכשרה.
- ✓ **עקרון השקיפות**- החלטה להכשיר הצעה פגומה מחייבת הנמקה אשר תיכנס לתיק המכרז "מטעמים מיוחדים שיירשמו".

מתי מפעילים את החריג? אבחנה בין פגם מהותי לפגם טכני

ההלכה הפסוקה מבחינה בין פגם מהותי המחייב פסילה של ההצעה, לבין פגם טכני שאינו מחייב פסילה של ההצעה ומאפשר תיקון. **מבחנים לבחינת פגם מהותי-**

- פגם שפוגע בשוויון.
- פגם מכונן ונעשה שלא בתום לב.
- פגם שפוגע בהגינות.
- כאשר פגם הכרוך בחוסר תו"ל, תכסיסנות או תחבולות מצד המציע או פגם שתיקונו או הבלגה עליו יוצרים חוסר הגינות או הפליה כלפי מציעים אחרים, זה מחייב את פסילת ההצעה.

המבחנים הללו יעזרו לנו לסווג את אותם מקרי גבול בהם יש לנו טעות אבל לא מסוג של טעות סופר או טעות חשבונאית, אבל גם לא ממש טעות מהותית. לדוג'- אין חתימה של המציע בסוף ההצעה. האם נראה בהצעה כהצעה חסרה ונפסול אותה או שנבחן על פי החריג האם תיקון של הטעות יפגע בהצעות אחרות? בתקנה 20(ד) ההתנהלות של המציע היא יותר מהותית. מציע יכול בכוונה להשמיט רכיב ולטעון לטעות, וזאת על מנת שוועדת המכרזים תזמן אותו. בשלב זה היתרון בידיו שכן ההצעות כבר פתוחות. הוא יודע מה המחיר שהציעה כל מציעה אחרת ולפי זה להחליט מה להציע, והכל במטרה לזכות במכרז.

פס"ד מנרב

עובדות- מכרז להקמת אגף חדש בכנסת ולתחזוקתו הכוללת למשך 25 שנים. בגדר המכרז נתבקשו המציעים, אשר נבחרו לאחר מיון קודם, לנקוב בסכום השנתי שתעביר אליהם בביצוע הפרויקט. המציעים לא נתבקשו לפרט בהצעתם את רכיביו של אותו הסכום או את התחשיב שערכו על מנת להגיע אליו. הוועדת המכרזים התברר כי הצעתה של המשיבה 2 היא הזולה ביותר, ואילו הצעתה של המערערת היא ההצעה הזולה שלאחריה. ועדת המכרזים קיימה דיון במטרה לבחון את הצעתה של המשיבה 2. לבסוף החליטה וועדת המכרזים לזמן אליה את נציגי המשיבה 2 במטרה לקבל הסברים בנוגע להצעתה. אנשי הוועדה הבהירו לנציגי המשיבה 2 מיד עם כניסתם לישיבה כי הצעתם זולה משמעותית משמונה ההצעות האחרות שהוגשו למכרז וביקשו את התייחסותם הספציפית של נציגי המשיבה 2 לרכיבים. לאחר דיון הוחלט לתקן את ההצעה לפי תקנה 20(ד).

פרשנותה הנכונה של תקנה 20(ד) מביאה להסמכת וועדת מכרזים המחליטה "מטעמים שיירשמו בפרוטוקול" שלא לפסול הצעה המבוססת על הבנה מוטעית של המכרז, להרשות למציע לתקן את הצעתו. אפשרות התיקון הינה פועל יוצא הכרחי מההחלטה שלא לפסול את ההצעה, והסמכות שלא לפסול לפי תקנה זו היא רחבה מהסמכות שניתנה לוועדת המכרזים בתקנה 20(ג).

התוצאה: החלטת בית המשפט לעניינים מנהליים לגבי פרשנות תנאי המכרז אינה מבוססת= המכרז ברור.

האם המשיבה פעלה בתום לב או שהייתה כאן מניפולציה? לא ניתן לדעת בוודאות. מחד, נראה שפעלה בתום לב שהושמט סכום של כ-24 מיליון ₪. מאידך, ייתכן שההשמטה הייתה מכוונת כדי לשמור לעצמה את האפשרות להגיש לאחר מכן הצעה שמתאימה לה. **האם נפגע עקרון השוויון?** נראה שלא כי בכל מקרה המערערת הייתה זוכה, גם לאחר הוספת רכיב ההקצב.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

שומה על וועדת המכרזים לעשות שימוש בסמכות האמורה בתקנה 20(ד), ולא כל שכן 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, שהרי הכלל במקרה זה הוא שיש לפסול את ההצעה. תקנה 20(ג) דנה בתיקון של טעויות סופר או טעויות חשבונאיות, דיבור המצביע על טעויות טכניות ולא טעויות מהותיות.

פגמים טיפוסיים

1. **פגם בערבות** - פגם בגובה הערבות, בצירוף הערבות או במשך הערבות. ההלכה המשפטית כיום נוקשה מאוד בהקשר הזה וקובעת כי פגם בערבות הינו ככלל **פגם מהותי** היודר לעיקר של עקרון השוויון, ועל כן הוא מחייב את פסילת ההצעה. שיקולים שניתן לשקול בנוגע לפגם בערבות:

- האם 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?

כל אלה נבדקים על מנת להחליט האם הפגם הוא מהותי שמחייב פסילה של ההצעה או שניתן להפעיל את החריג.

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 מתירים במפורש או במשתמע את ההתניה. מדובר בפגם ולכן יש לבחון האם להפעיל את החריג בהתאם למבחני הפסיקה: בחינת הפגיעה בשוויון, בתנאי המכרז, או הופך את ההצעה לכזו שאינה עונה על תנאי המכרז.

- הבעיה בהצעה מותנית - הצעה כזו יוצרת חוסר וודאות בדבר תוקף ההצעה; הצעה זו פוגעת במעמד הרשות ומשנה את כללי המשחק; התניית ההצעה עלולה להוות פתח לסכסוכים בין הרשות לבין המציע סביב שאלת התקיימות התנאי, פרשנותו, הטעמים לאי התקיימותו וכו'; ההתניה המקנה למציע ההתניה יתרון בלתי הוגן כלפי שאר המציעים, שכן יש לו "טווח תמרון"; הקניית אפשרות זו, אפילו למציע אחד מהווה חוזר שוויון ופגיעה בהגינות; התניית ההצעה משמיטה את הבסיס להשוואה בין ההצעות;

3. **הצעה מסויגת, חלופית ותכסיסנית** -

- הצעה מסויגת - הצעה המתנערת מזרישה אחת או יותר מדרישות המופיעות במסמכי המכרז (זו הצעה פסולה);
- הצעה חלופית - כאשר מציע מעוניין לאפשר לרשות לבחור מבין כמה אפשרויות (אם עונה על דרישות המכרז ההצעה תקפה);
- הצעה תכסיסנית - הצעה שרואים שהמציע פעל בה בחוסר תו"ל. הצעה פסולה שלא ניתן להכשיר.

☑ **תקנה 20(ה)** מאפשרת לוועדת המכרזים להזמין מציעים לבידורים - הועדה רשאית, להזמין לבידור מטעמים שיירשמו בפרוטוקול, וכן עליה ליצור שיקוף של הבירור עצמו ע"י רישום בפרוטוקול.

השלב שלאחר סיום המכרז: בחירת הצעות

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 **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. שינוי בתנאי המכרז כמוהו כמכרז חדשה (הזמנה חדשה להגשת הצעות). ביהמ"ש קובע **חריג**: נאפשר לערוך שינוי במידה ו- (1) מדובר בשינוי טכני וזניח שאינו משפיע על יחסי המציעים (2) מפורט במכרז שוועדת המכרזים מוסמכת לעשות כן. אם ביהמ"ש מחליט שהשינוי הוא מהותי ופוגע בשוויון, וועדת המכרזים יכולה לבחור שהיא נשארת עם התנאים האלה או שהיא יוצאת למכרז חדש.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

שינוי אמות המידה בבחירת ההצעה

פס"ד מיקרונט

מכרז של משרד החינוך לאספקת שני סוגים של מסופונים לבדיקת בחינות בגרות: 880 ו-980. העותרת, מיקרונט, השתתפה במכרז. היו שני שלבים למכרז- בשלב הראשון, בחינת ההצעות לפי מספר קריטריונים; ומי שעבר את השלב הראשון הגיש בשלב השני הצעות סופיות.

התהליך של מיקרונט:

- 30.1.90- קיבלה העותרת הודעה שהצעתה בנוגע למסופון 980 עברה לשלב ב', בלי התחייבות להצעה של מסופון 880.
- 1.2.90- הודעה מתקנת לפיה "הצעתכם למסופון תעבור לשלב ב'". כאן היא הבינה ששני המסופונים עברו והיא הגישה הצעת מחיר לשניהם.
- 3.90- קיבלה העותרת מכתב לפיו הצעתה למכרז נדחתה, אך הוועדה החליטה לאשר אותה כמכשיר שני, אם הזוכה במכרז לא יעמוד בהתחייבותיו.

הוועדה בעצם לא מסרה למיקרונט את ההחלטה שלה לגבי מסופון 880, איכות ההצעה של מיקרונט שונתה וע"פ השכלול החדש היא לא זכתה לציון משוכלל של 70 ולכן לא עברה לשלב הבא. בגלל שינוי הרכב הציון, מיקרונט לא עברה. מיקרונט טענה שלא היה מקום לשנות את התנאים אחרי פתיחת המכרז וההצעות.

ביהמ"ש העליון קבע, שוועדת המשנה לא פעלה כשורה בקביעת ציון הסף המשוקלל, על פי קריטריונים שהיא עצמה קבעה כקריטריונים ראויים, היה מסופון 880 "עובר" את ציון המינימום של 70. הוועדה לא פעלה כך, והיא גם שינתה את מרכיבי ציון הסף, בשלב ובנסיבות שהיא הייתה יכולה להיות מודעת לכך ששינוי זה יש בו כדי לפגוע בעותרת פגיעה בלתי מוצדקת, ע"י שיוריד את ציון הסף של מסופון 880 אל מתחת לציון של 70. בנסיבות אלה, פגעה הוועדה שלא כדין בעותרת, ואת שלא עשתה הוועדה ראוי שנעשה אנו, ונקבע שהעותרת עמדה בציון הסף של 70 נקודות אותו קבעה הוועדה. הצעת העותרת עוברת את שלב א' + זולה ביותר, לכן היא זוכה לגבי אספקת 900 מסופונים מסוג 880. לא הגיוני לשנות את אמות המידה ברגע שהוועדה פותחת את המכרז ויודעת מי עומד מול מי, כי זה מוביל לחשש מפגיעה בטוהר המידות. השינוי באמות המידה הוא כה משמעותי שהוא לא רק החזיר אותה לתחרות, אלא זיכה אותה.

☑ **תקנה 21(א)** קובעת כיצד בוחרים את ההצעה הטובה ביותר- "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". **אופציות ההחלטה:** הוועדה רשאית להחליט על-

- בחירת ההצעה המתאימה ביותר.
- או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא- המחוקק מעניק אפשרות לעורך המכרז **לסגת ממנו** (לבטל את המכרז ולבטל את כל ההצעות).

המטרה היא להבטיח את מירב היתרונות לעורך המכרז ולמקסם את האינטרסים שלו.

על בסיס מה בוחרים את ההצעה המתאימה ביותר?

☑ **תקנה 21(ב) רישא- במידה ואין אמות מידה**, התקנה קובעת קריטריון לבחירת ההצעה- **גובה ההצעה**. "ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה או היקרה ביותר, 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". **ההצעה הזולה ביותר** היא כשמדובר ברכישת שירותים וההצעה היקרה ביותר היא כשמדובר ברכישת מקרקעין. בשביל להפעיל את

החריג ולא לבחור את ההצעה הזולה או היקרה ביותר צריך ש:

1. יהיו נסיבות מיוחדות וטעמים מיוחדים שמצדיקים זאת;
2. נסיבות אלה יירשמו בפרוטוקול למטרת שקיפות;
3. הוועדה אפשרה את זכות הטיעון לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר;

מתי בד"כ מפעילים את החריג?

- 1) כשהצעה מורכבת מפרטים ושלבים.
- 2) כשהצעה היא בלתי סבירה לטובה (הצעה נפסדת).
- 3) כשהצעה היא בלתי סבירה לרעה (מרעה עם הרשות).

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

למשל מצבים בהם מציע מגיש הצעה משמעותית שהיא יותר גבוהה אבל יכול להיות שההצעה לא כלכלית. יכול להיות שהמציע מנסה לדחור לשוק, מנסה להיפטר ממלאי וכו', במצבים כאלה ההצעה מטיבה בצורה בלתי סבירה ובטווח הרחוק זה יכול לפגוע ברשות כמו למשל חוסר הרצון ליצור מונופול, או לתת יד להתנהגות שאינה ראויה (הדוגמא של בית המאפה שנתנה הצעה שמטיבה באופן בלתי סביר ובמקביל המציע אמר שיקצץ בתשלומי העובדים).

☑ **תקנה 21(ב) (סיפא) - במידה יש אמות מידה** "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 אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו, ולאחר שנתנה לבעל ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז לפי אמות המידה כאמור, הזדמנות להביא את טענותיו לפניה". גם כאן, הפעלת **החריג** היא בהתאם לשלושת התנאים.

המועד הקבוע להשוואה בין ההצעות - זה נשמע מאוד טריוויאלי שכשפותחים את ההצעות משווים ביניהן, אך הסיפור לא כזה פשוט במקרים הבאים:

- (1) כשההצעות נקובות במטבעות שונים ושער ההמרה שלהם משתנה מדי יום, אך מסמכי המכרז אינם נוקבים שער המרה קבוע (מספנות ישראל). **התשובה:** שופט המיעוט טען מועד ההגשה מכיוון שהוא המועד שתלוי בחברה. שופט הרוב אמרו שוועדת המכרזים היא זו שצריכה החליט בעניין כל עוד היא עושה את זה בתום לב ובהגינות.
- (2) ההצעות נדרשות לעמוד בדרישות מסוימות המפורטות במסמכי המכרז, אך אחת מהן אינה עומדת בדרישות המכרז במועד הגשתה אלא רק במועד מאוחר יותר (י.ב.מ מחשבים). **התשובה:** אם הצעה לא עומדת בדרישות המכרז, היא לא יכולה לזכות במכרז.
- (3) סדר הזמנים ההפוך - שבו ההצעה עמדה בדרישות המכרז במועד הגשתה, אך לא עמדה בהן במועד ההשוואה בין ההצעות וההכרעה במכרז (נניח כי הרישיון שלה לא היה בתוקף) (סיסטם מעבדות מתקדמות). **התשובה:** יש לתת שיקול דעת לוועדת המכרזים. תלוי כמה הורע מצבו של המציע. יש פה גם עניין של תום לב - האם הוא ידע למשל שתוקף הרישיון עומד לפוג ובכל זאת ניגש למכרז?

☑ **תקנה 21(א1) - הגשה חוזרת כשההצעות מרעות ביחס לאומדן:** "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, יכול עורך המכרז לקבוע הגשת הצעות חוזרות ומשופרות, כשכל ההצעות מרעות עמו לעומת האומדן.

☑ **תקנה 21(ג) מדברת על מצב בו הוועדה רשאית להחליט על 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 (3) וכן מאפשרת להם להציע חלופות. (תנאים 2-3 הם פרי יצירת הפסיקה, התנאי הראשון מחייב ע"פ הסעיף).

☑ **תקנה 21(ד) ברגע שיש החלטה לגבי ההצעה יש להוציא הודעה** - "לכל משתתף במכרז תימסר הודעה על תוצאות ההחלטה הסופית של ועדת המכרזים". מועד מתן ההודעה חשוב לעניין השיהוי ומניין תקופת התקיפה של החלטת ועדת המכרזים.

☑ **תקנה 21(ה)(1) (רישא) - זכות העיון:** המשתתף (מפסיד או זוכה או גם צד שלישי חיצוני?) יהיה רשאי בתוך 30 ימים ממועד מסירת ההודעה לעיין ב: פרוטוקול ועדת המכרזים; התכתבות עם המציעים; בחוות דעת מקצועיות שהוכנו לבקשה; עמדת היועמ"ש בוועדה; בהצעה הזוכה במכרז. השאלה שמתעוררת פה היא האם גם זוכה יכול לעיין בדברים האלה? ישנה פרשנות רחבה של ביהמ"ש הכוללת את זכותו של כל משתתף במכרז לעיין בכל מסמך רלוונטי המצויין בסעיף. לגבי צד שלישי חיצוני, מבחינה מילולית הוא לא נחשב משתתף במכרז. עם זאת, אם וועדת המכרזים מאפשרת זאת אז זה אפשרי.

☑ **תקנה 21(ה)(1) (סיפא) - סייגים לזכות העיון** - "בחלקים של ההחלטה או בהצעה אשר העיון בהם עלול לדעת ועדת המכרזים לחשוף: סוד מסחרי; סוד מקצועי; לפגוע בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בכלכלתה; בביטחון הציבור."

מה קורה במצב של הצעה יחידה?

☑ **תקנה 23: הצעה מרעה** - "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". כלומר צריך - (1) להודיע על כך למציע (2) לאפשר לו להגיש הצעה חוזרת. הכל בהנחה שההצעה מרעה עם עורך המכרז לעומת אומדן שווי ההתקשרות.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- ☑ **תקנה 23(א1)** קובעת איך מחליטים במצב של הצעה יחידה, שהרי הבעייתיות כאן היא שלא ניתן להשוות אותה להצעות אחרות ולקבל אינדיקציה - "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).

פס"ד המרמן

בחודש יוני 2007 פורסם לציבור מכרז לחכירת מגרשים לבניית 78 יחידות דיור בטירת הכרמל. שני מכרזים קודמים שפורסמו ביחס למתחם הנדון בוטלו לאחר שלא הוכרז זוכה (המכרז הראשון הוגשה הצעה אחת בלבד, ובמכרז השני לא הוגשו כלל). בתנאי המכרז נקבע, כי המערערים אינם מפרסמים מחיר מינימום, וכי במקביל להצעות המוגשות למכרז תוגש גם מעטפה אטומה, אשר תכלול שומת שמאי שתשמש כאינדיקציה לקביעת הזוכה במכרז. ביום ה-1.8.07 נפתחו מעטפות המכרז. הצעת המשיבה/ המערערת הייתה ההצעה היחידה שהוגשה. ביום ה-15.8.07 התכנסה ועדת המכרזים והחליטה שלא להכריז על זוכה במכרז, זאת כיוון שההצעה הייתה נמוכה בכ-75% משומת עורך המכרז. ביהמ"ש לעניינים מנהליים ביטל את המכרז, חייב את ועדת המכרזים למנות שמאי מכריע שיכריע את ערך המקרקעין וזה יהיה האומדן.

חשיבות זכות הטיעון - מושכלות יסוד כי על ועדת המכרזים, כגוף מנהלי, להפעיל את שיקול דעתה בהגנות ובתום לב, כנובע ממעמדה כנאמן ציבור. עליה לפעול ביושר, בשוויון, ללא משוא פנים או שרירות, וכמובן בסבירות, תוך התחשבות בכלל השיקולים הרלוונטיים ואיזון בין האינטרסים השונים, ובהסתמכות על תשתית ראייתית מהימנה ומבוררת. כגוף מנהלי, היא כפופה כמובן לכללי הצדק הטבעי, וחלה עליה בין היתר החובה לאפשר טיעון למתמודד שזכותו עלולה להיפגע מההחלטה.

הצעה יחידה וביטול המכרז - המחוקק ביקש לאפשר גמישות לעורך המכרז במקרה של הצעה אחת. ועוד, הנטייה על פי הפסיקה היא **להימנע מביטול מכרז אם התוצאה תהא פרסום מכרז אחר**. 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.

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 דחייתו. **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 יחידה שהיא **בלתי סבירה לרעה**, יתכן כי אין מנוס אלא מביטול המכרז. בחירת הצעה כגון דא תעמוד בניגוד לתכלית המכרז ולעקרונות שבבסיסו. כידוע, למכרז הציבורי יסודות אחדים: הגנה על עקרון השוויון, שמירה על טוהר המידות ומניעת משוא פנים ושחיתות, והכל בצד השאיפה לאפשר לרשות להתקשר בעסקה כלכלית מיטבית תוך התנהלות יעילה החוסכת בבספי הציבור. כאשר מדובר **בהצעה הנמוכה במידה ניכרת** ביחס להערכת הרשות, בחירה בה אינה משיגה תכלית מרכזית שבבסיס המכרז והיא יעילות כלכלית - והרי עסקין בבספי ציבור, ובמקרה זה בחירה של הצעה נמוכה באופן משמעותי משמעה בהכרח גריעה מקופת הציבור שעליה מופקת הרשות.

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". ניתן לראות שבמכרז פתוח יש יותר גמישות עם עורך המכרז.

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 החלטה של ועדת המכרזים

וועדת המכרזים היא רשות מנהלית לכל דבר ועניין, כך שהחובות המוטלות עליה הן-

- ✓ לפעול במסגרת הסמכות הנתונה לה בחוק בלבד.
- ✓ לפעול בהגנות, בסבירות ובמידתיות מנהלית.
- ✓ לשקול שיקולים ענייניים בלבד.
- ✓ לפעול בשוויון.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- ✓ לפעול על סמך תשתית ראייתית מספקת.
- ✓ לפעול ללא משוא פנים וללא מראית עין של משוא פנים.
- ✓ לאפשר לגורם העלול להיפגע מהחלטת הרשות זכות טיעון בפניה.

הפרתן של חובות אלה עלולה להצמיח עילה משפטית לתביעה (בכלל ובהקשר המכרזי בפרט).

דוגמאות לפעולות 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 בהרכב של וועדת המכרזים או בהרכב הצוות המיינץ לה. לדוגמה, אם אחד מחברי הוועדה נעדר מאחת הישיבות זה יכול להצמיח עילה לתקיפת החלטת הוועדה.
- (3) וועדת המכרזים ניהלה משא ומתן עם מי מהמציעים בנסיבות שבהן הדבר אסור. למשל פס"ד עם המצילים (אילן נ' עיריית ת"א)- היה אפשר לערוך את הפגישות הללו אבל רק **באופן שקוף** שיירשם בפרוטוקול וועדת המכרזים.
- (4) וועדת המכרזים הבליגה על פגם בהצעה שחייב את פסילתה. לדוגמה בפרשת IBM לא היה לחברה רישיון בתוקף וועדת המכרזים בחרה "להחליק" על זה במקום לפסול אותה שכן היא לא עומדת בתנאי הסף של המכרז.
- (5) וועדת המכרזים מנעה בחירה במציע שהינו המציע המתאים ביותר שהשתתף במכרז שלא כדין (לא עמדה בתנאים הפרוצדוראליים או בסטירה לחובות מהותיות המוטלות על הרשות).
- (6) וועדת המכרזים מנעה ממשותף במכרז את הזכות לעיין במסמכי המכרז ועוד.

מתי מגישים עתירות? קיימים ארבעה מישורי זמן בהם תוקפים דברים שונים-

א. בסמוך לאחר פרסום המכרז- מה תוקפים?

- **תנאי סף-** בשלב זה מתעורר חשש מפני **תפירת מכרז**- מציע פוטנציאלי מסוים לא יכול לגשת למכרז בגלל תנאי סף מאוד מגבילים, זה נראה כאילו וועדת המכרזים תופרת חליפה מדויקת למציע כזה או אחר.
- יכולות להתעורר בעיות גם במישור התנאים הטכניים- וועדת המכרזים לא פרסמה את המכרז בזמן, לא פרסמה במקומות בהם היא צריכה לפרסם אותו ע"פ החוק וכו'.

ב. בתקופה שלאחר פתיחת תיבת המכרז- מה תוקפים?

- החלטה של וועדת המכרזים לקבל הצעה שכלל לא הייתה בתיבת המכרזים במועד האחרון להגשת ההצעות, הימצאות או אי-הימצאות של הצעה כזו או אחרת בתיבה וכו'.

ג. בכל מועד שלאחר שהליך המכרז הסתיים וניתנה החלטה- מה תוקפים?

- את עצם תהליך קבלת ההחלטות של הוועדה על ההצעה הזוכה שלוקה בפגם מסוים. לדוגמה, היועץ המשפטי לא נתן את חוות הדעת שלו כמו שצריך, הוועדה סטתה מאמות המידה כמו מה שקרה עם המסופונים וכו'.

ד. לאחר חתימה על חוזה ההתקשרות- מה תוקפים?

- את עצם ההחלטה בהודעת הזכייה של מציע מסוים, חתימה על חוזה התקשרות ללא עריכת מכרז וכו'.

למי יש זכות לפנות לבית המשפט המוסמך כדי לתקוף את החלטות הוועדה?

 **פס"ד אבו שינדי-** המדינה היא הבעלים של הנכס נושא הערעור והמשיבים הם דיירים מוגנים בו. המדינה רצתה למכור את הנכס והדיירים לא היו מעוניינים לקנות. אחד הדיירים הסכים לצאת בעד מחיר מסוים. המדינה פרסמה ארבעה מכרזים למכירת הנכס, אולם לא הוגשו הצעות. למכרז החמישי, שלא נקבע בו מחיר מינימום, הוגשו שתי הצעות והצעתה של חברת הכובשים שהייתה הגבוהה מבין השתיים זכתה במכרז. הבחירה אף אושרה על ידי הנהלת מקרקעי ישראל עקב הפער הגדול בין השומה העדכנית של הנכס לבין גובה ההצעה. כ-15 חודשים לאחר ההודעה על הזכייה הדיירים ביקשו לבטל את החלטת וועדת המכרזים. בקשתם נתקבלה ובית המשפט פסק כי ההחלטה הייתה בלתי סבירה במידה קיצונית, שכן לא הובאו בפני הוועדה עובדות מהותיות וחיוניות לבחינת ההצעות- הסכום ששולם לדייר שיצא תמורת פינויו מהנכס. שנית, השומה הקודמת של הנכס הגבוהה בהרבה מהשומה העדכנית.

את המבקשים לתקוף את הליך המכרז ואת תוצאותיו ניתן לחלק לשלושה סוגים עיקריים-

- (1) **משתתפים בהליך המכרז עצמו או משתתפים פוטנציאליים בו-** למשתתפים במכרז יש 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. זאת בגין התנהלות שלא כדין מצד הרשות שבגינה נמנעה השתתפותם. גם לתוקפים אלה עומד אינטרס אישי בתוצאות ההליך.
- (2) **עותרים בעלי אינטרס אישי בתוצאות המכרז הגם שלא השתתפו בו ולא התכוונו להשתתף בו** (המקרה של אבו-שינדי): גם לעותרים אלה זכות עמידה בביהמ"ש לתקיפת החלטה של וועדת המכרזים, אם כי היא תלויה באינטרס האישי שלהם.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

3) **עותרים ציבוריים מובהקים שאין להם אינטרס אישי בהליך המכרז, והם מעלים טענות כנגדו בשם אינטרס הציבור הכללי-** מאחר ועסקין 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 בבית המשפט. 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 להגשת תביעה מנהלית

מחסומים דיוניים להגשת תביעה מנהלית

- **עקרון הריסון-** לא בנקל ביהמ"ש יתערב בהחלטת וועדת המכרזים, רק **פגם מהותי היורד לשורש** העניין יביא להתערבות ביהמ"ש. פגם שכזה יכול להיות שרירותיות מצד הרשות וכן תוצאה בלתי צודקת בעליל.
- **טענות סף מנהליות-** שיהיו, חוסר ניקיון כפיים ותום לב מצד התובע עשויים לדחות את תביעתו.
- **בטלות יחסית-** זו דוקטרינה שאומרת שאפילו אם נפל פגם, ביהמ"ש לא ימהר לבטל את הפגם אם הביטול יביא יותר נזק מתועלת. 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. ההלכה היא **איוון נזקים בין הצדדים**- ביהמ"ש בוחן את הנזק שיגרם למי מהצדדים במידה וינתן סעד בעקבות כך.
- **שיהיו-** אותם דיירים מוגנים **באבו-שינדי** הגישו עתירה לבטל את החלטת וועדת המכרזים לאחר 15 חודשים מקבלת ההחלטה. האם הגשת עתירה לאחר שנה ושליש מהווה שיהיו? בשביל לדעת אם לקבל או לא לקבל את העתירה בעקבות השיהיו יש לבחון את הפגיעה של הצדדים ואת נסיבותיו של המקרה הנדון:
- ❖ **שיהיו סובייקטיבי-** בוחן את הסיבות לעיכוב בפתיחת ההליך ואת התנהגותו של הצד הטוען כנגד ההליך המנהלי.
- ❖ **שיהיו אובייקטיבי-** בוחן את הנזקים שנגרמו או שעלולים להיגרם לצד שכנגד שהיו נמנעים אילו ננקט ההליך במועד הראוי.

גם אם יש שיהיו, אם יש פגיעה חמורה בשלטון החוק ביהמ"ש כנראה יחליט לדון בעתירה.

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. 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. התובעים בהקשר המכרזי **הם בחושך**, אין להם גישה לכל המסמכים וגם אם כן, סביר שלא לכל המסמכים (בפרט אלה שהוועדה רוצה להסתיר).

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?

- א. כאשר כל המידה בדבר חוקיות ההחלטה של ועדת המכרזים נמצא בידי הרשות המנהלית ולעותר אין גישה למידע זה.
- ב. כאשר הרשות מסרבת לאפשר למציע שהפסיד במכרז לעיין בתיק במכרז.
- ג. 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.

מתי יתערב בית המשפט בהחלטת וועדת המכרזים?

ביהמ"ש יתערב בהחלטת וועדת המכרזים במקרים שנתקיימה בהם אחת מעילות הביקורת השיפוטית הפוסלת את ההחלטה, או כאשר נפל בהליך המכרזי פגם מהותי הפוגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים (שינדי). אין רשימה סגורה של פגמים מהותיים, פגם יכול להיות מהותי במקרה אחד ויכול להיות טכני באחר, הכל נדבק לגופו של מקרה. **מהו פגם מהותי?** קו הגבול בין פגם מהותי לבין פגם שאינו מהותי אינו קל כלל ועיקר, והרי הוא קשור מטבע הדברים במטרה העניינית העומדת ביסוד הדין, בתקלה ובנזק שייגרמו לצדדים ולציבור, וכיוצא בהם שיקולים של מדיניות משפטית וסדר ציבורי. לענייננו, ניתן לומר כי פגם מהותי הוא פגם הפוגע באחד מעקרונות היסוד של דיני המכרזים, כגון עקרון השוויון והתחרות ההוגנת, ואילו פגם שאינו מהותי הוא פגם שאין בו כדי להביא לפגיעה בעקרונות היסוד- עקרון השוויון והתחרות ההוגנת.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

סוגי הסעדים המבוקשים בעתירות לתקיפת המכרז

1. **סעד זמני** - זה סעד שמבקשים לפני הדיון בעתירה. תכליתו להקפיא את המצב הקיים. המבחנים להענקת סעד זמני:
- ☒ אם ייגרם נזק בלתי הפיך לעותר - למשל, תנאי סף שמונע התקשרות או ביצוע חוזה התקשרות.
 - ☒ סיכויי ההצלחה של העתירה
 - ☒ מאזן הנוחות – בוחנים את האינטרסים של העותר מול האינטרסים של הרשות - כאן בוחנים האם ההתקשרות דחופה או שהאם ייגרם נזק לרשות או לצד ג'.

2. סעד בעין

- ⚡ **ביטול/ שינוי החלטתה של וועדת המכרזים + להחליט במקום הוועדה** - ביהמ"ש יכריז על הסעד הזה **כאשר יש פגם שאינו ניתן לתיקון או פגם היורד לשורש העניין**. הפעלת הסעד הזה היא מאוד מצומצמת. הבעיה בסעד הזה היא שביהמ"ש מערער את מעמדה של וועדת המכרזים בכך שהוא לוקח לה את שיקול הדעת, כשלדור הפסיקה הוא חוזר ואומר שהוא לא גוף מקצועי והוא מעדיף להימנע ככל האפשר מלהתערב בהחלטות וועדת המכרזים.
- **הכרזה על התובע כזוכה במכרז (אבחנה בין מכרז מחיר שהוא פשוט יותר לבין מכרז עם מספר רכיבים)** - 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 אבל יצהיר כי עליה לשנות את ההחלטה שלה.
 - ⚡ **ביטול/ שינוי החלטתה של וועדת המכרזים + חיוב וועדת המכרזים לדון מחדש במכרז** - ביהמ"ש מתערב כשיש פגם מהותי, לדוגמה שינוי אמות המידה. הבעיה בסעד הזה היא שוועדת המכרזים כבר קיבלה החלטה בנושא, ולהורות לה לדון בנושא מחדש זה טכני בלבד ולמראית עין. מהמשפט עצמו היא תבין מה היה פסול בהחלטה שלה, והיא תתאמץ ככל האפשר להכשיר אותה כך שהיא תישאר על כנה, והעותר ייצא עם ידיו על ראשו.
 - ⚡ **ביטול מכרז** - יש להבחין בין מקרה שנעשה חוזה ללא מכרז לבין חוזה שנכרת תחת פגמים:
 - **כשהחוזה נכרת ללא הליך מכרז** 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). השיקולים לביטול חוזה עם פגם -
 - ☒ חומרת הפגם שנפל במכרז.
 - ☒ השפעת ביטולה של ההתקשרות על גורמים תמי לב ועל הציבור בכללותו.
 - ☒ אופן התנהגותו של העותר (שיהיו לדוגמה).
 - ☒ מועד הפנייה לביהמ"ש.
 - ☒ השלב שבו נמצאת ההתקשרות.
 - ☒ אופן התנהגותו ותום ליבו של הזוכה במכרז וכו'.

3. סעד כספי

- ⚡ **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 - ניתן לתבוע אותם אבל לא דרך פיצויי הסתמכות).
- ⚡ **פיצויי קיום (חיוביים)** - בגין רווח שהיה מופק בעקבות הזכייה במכרז. הבעיה העיקרית במתן פיצויי קיום הוא 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.

סעד בעין מוגש דרך עתירה מנהלית, לעניין סעד כספי אנחנו מדברים על תובענה מנהלית.

🚩 **פס"ד רשות השידור** - המערכת פרסמה מכרז לבחירת ספק ציוד צילום ועריכה (המכרז הראשון). המשיבה ניגשה למכרז אך הלינה כי המכרז אינו מאפשר התמודדות הוגנת, שכן תנאיו "תפורים" לחברת "סוני". עתירת המשיבה לביהמ"ש לעניינים מנהליים נדחתה, כך גם הערעור לעליון. בהמשך זכתה במכרז חברת סוני בארץ, ובעקבות כך הוגשו עתירות ע"י המשיבה ומשתתפת נוספת במכרז לביהמ"ש לעניינים מנהליים. המערכת החזירה את העניין לבחינה נוספת של וועדת המכרזים והעתירות נמחקו. וועדת המכרזים ביטלה את המכרז הראשון והוציאה מכרז חדש. המשיבה טענה כי היא הייתה אמורה לזכות במכרז והיא זכאית **לפיצויי הסתמכות ולפיצויי קיום**. ביהמ"ש קמא קבע כי המשיבה הייתה אמורה לזכות במכרז והיא זכאית לפיצויי קיום תוך הפחתת 30% בגין הוצאות שצפויה כי יוצאו ע"י המשיבה שהועמדו על סך של 1.3 מיליון ₪, אך דחה את התביעה לפיצויי הסתמכות. המערכת טוענת כי לא היה מקום לפסוק לזכות המשיבה פיצויי קיום מאחר שהמשיבה לא התמידה בטענתה המקורית להכיר בה כזוכה במכרז הראשון. עיקר הטענות בערעור שכנגד הופנו נגד ניכוי ההוצאות בשיעור 30% ונגד אי פסיקת פיצויי הסתמכות.

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

הבעיות שמתעוררות בפסיקת פיצויים - מבחינת דיני החוזים, הואיל והזוכה הווירטואלי לא הוכר כזוכה בפועל, ברי לא נכרת עימו חוזה להספקת הסחורה או לביצוע העבודה. אם אין חוזה, למה שיהיו פיצויים? **מבחינת המשפט המנהלי**, 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?

◀ **סמכות בית המשפט - ס' 5 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים** קובע שלביהמ"ש לעניינים מנהליים סמכות לדון הן בעתירה מנהלית והן בתובענה מנהלית.

◀ **האם יש לנסות להגיש תביעה מנהלית (=תביעת אכיפה) ורק לאחר מכן תובענה מנהלית (=תביעת פיצויים)? ככלל, נראה שאין לקבל את הדילוג על פני שלב המימוש (סעד של אכיפה), לשלב תובענה מנהלית לשם קבלת פיצויי קיום.** יש פה סוג של הטלת חובה להקטנת הנזק.

◀ **פיצויי קיום, אימתי?** על הטוען לפיצויי קיום להוכיח כי הוא היה אמור לזכות במכרז. רק אם **נשללה** ממנו הזכייה שלא כדין יכול הוא לטעון כי יש להעמיד אותו במצב בו היה עומד אילו נקבע ע"י מוציא המכרז כי הוא הזוכה.

האם דיני החוזים חלים גם לפני כריתת חוזה ההתקשרות? האם ההליך המכרזי הוא שלב טרום חוזי?

אם כן, ההליך המכרזי כפוף גם לס' 12 לחוק החוזים. חובת תום הלב מעמידה לרשות הפרט עילת תביעה נוספת על זו המנהלית, וזאת בנסיבות שבהן מעשה או מחלל של הרשות במסגרת עריכת המכרז מהווה חוסר תום ללב או התנהגות בדרך שאינה מקובלת. החשיבות העיקרית בהחלטה של חובת תום הלב הטרם חוזית על הרשות המנהלית הינה בסעד הפיצויים הנלווה לעילת תביעה זו. כלומר, הפרת חובת תום הלב מצמיחה פיצויים. בנוסף לאפיק המנהלי יהיה ניתן גם לפנות לאפיק החוזי. בדר"כ ביהמ"ש לא אוהב להפעיל את האפיק החוזי נגד הרשות כי המכרז הוא בסופו של דבר לא מו"מ לחוזה אלא הוא הליך אחר. במקרה שהעותר היה ממש קרוב לניצחון במכרז כבר אפשר להגיד שההליך השתדרג למו"מ ואז לא יהיה ספק שניתן להפעיל את ס' 12 לחוק החוזים. הטענות של דיני חוזים לא ממש מפותחות ובדר"כ לא מתקבלות.

סיום המכרז וכריתת חוזה

מערכת היחסים בין הזוכה לבין עורך המכרז: מתי משתכלל חוזה?

✚ **פס"ד וייספיט - 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). ברגע שהשתכלל חוזה אנחנו בדיני חוזים ולא בדיני המכרזים ולפני כן, אנחנו בדיני מכרזים.

לסיכום, שני מועדים להשתכללות החוזה:

- ☒ עם קבלת ההצעה ע"י העורך המכרז במידה והמכרז "שותק".
- ☒ עם מימוש תנאי החוזה הנספח למכרז.

מערכת היחסים בין המציע לבין המפסידים: מהו מעמדה הנורמטיבי של הודעת הזכייה?

השאלה הזו רלוונטית בשני מצבים:

- 1) במקרה של הפרת חוזה מצד הזוכה (אי עמידה בתנאים מצד הזוכה).
- 2) במקרה של ביטול חוזה מול הזוכה (אם הזוכה חזר בו).

השאלה היא מה קורה עם שאר ההצעות? האם הן מתבטלות (פוקעות) באי-קיבול? או שהן נשארות בתוקף גם לאחר קבלת הודעת הזכייה?

✚ **גישה 1: 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. המשמעות: שאר ההצעות פקעו (אי אפשר לבחור את ההצעה השנייה הטובה כי אז יש סיטואציה של התקשרות חוזית ללא מכרז - סוג של פטור ממכרז).

השיקולים לעריכת מכרז חדש לעומת בחירת ההצעה השנייה הטובה ביותר:

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- מנקודת המבט של הרשות המנהלית- עוד עלויות, זמן יקר, וזאת בלי שמובטח לה כי במכרז החדש יוגשו הצעות מתאימות יותר.
- מנקודת המבט של בעל ההצעה השנייה הטובה ביותר- לאחר הצעתו נחשפה, הוא בעמדת נחיתות ביחס למציעים אחרים מה שיכול לגרום אותה להוצאה כספית נוספת.

מתי כן ניתן לבחור בהצעה השנייה הטובה ביותר לאחר ביטול השנייה? ההלכה היא שכל עוד המכרז שותק לא ניתן לעשות את זה. עם השתכללות החוזה, כל ההצעות פוקעות. **גישה 2:** לפי פס"ד חפציבה- יש אפשרות לקבוע במסמכי המכרז מה יהיה מעמד ההצעה השנייה. על הרשות לציין מפורשות במסמכי המכרז מה דינן של הצעות אחרות לאחר ההכרזה על הזוכה. מעמד שאר ההצעות התלויות תלוי במה שקובע המכרז. זאת כאשר אין שינוי בתנאים מהמכרז הראשון.

לסיכום, אומנם לא ניתן לבחור את ההצעה השנייה הטובה לאחר ביטול הראשונה משום שהיא פוקעת (פס"ד אלכנפא), אך ניתן לעשות מכרז חדש (שזה קצת בעייתי) או לקבוע במסמכי המכרז מה יהיה מעמד ההצעה השנייה (פס"ד חפציבה).

לפי פס"ד חפציבה, 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?

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.

אבחנה בין שינויים מכוונים/יזומים לבין שינויים מכורח המציאות

יש להבחין בין מצב של רשלנות של הרשות לבין מצב שאינו צפוי. מחדל של נציגי הרשות עשוי לעורר חשד שמא מדובר בקנוניה מכוונת ולא ברשלנות גרידא. על כן, 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". שיקולים אלה אינם מתעוררים כשהשינוי המבוקש נובע מסיבות שלא הייתה לעורך המכרז יכולת לצפות אותן. כל אותם שיקולים שציינו קודם הם שיקולים שביהמ"ש ייקח בחשבון בבואו לבחון האם השינוי היה צפוי או לא.

מתי כן אפשר לקבל מקרים של שינויים מכוונים/יזומים? ייתכן שיש תשובה חלקית **בתקנה 3(4)** לתקנות חובת מכרזים שנוגע לאופן שבו על הרשות לנהוג כאשר הרשות רוצה להרחיב או להאריך את ההתקשרות מבלי לצאת למכרז חדש. התקנה מונה תנאים מסוימים בהם יינתן פטור ממכרז. יש גישה שאומרת שניתן להקיש משם את התנאים כדי לשנות את תנאי המכרז (כמעין מקרה פרטי של פטור ממכרז).

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. כאשר אם מדובר ברשלנות.

שינויים מכורח מציאות ("כוח עליון"):

מחברת מצטברת דיני מכרזים \ ד"ר מנאל תותרי ג'בראן

- 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.