

מבוא

- חשיבות דיני מכרזים בעקבות תהליך של הפרטה: נסיגת המדינה ממדיניות הרווחה. במצב זה אנו רואים העברה של ניהול משאבים ציבוריים לידי גופים פרטיים.
- מכרז = הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתת חוזה (הגדרה של דקל). הגדרה זו כוללת מס' תנאים:
 - הזמנה לתחרות מאורגנת.
 - כללי משחק ידועים מראש.
 - התחרות המאורגנת נועדה להוביל לכריתתו של חוזה.
- 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. 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.
- סוגי מכרזים: (1) ציבורי- כפוף לעקרונות שוויון, תחרות ופומביות; (2) פרטי- עקרון מנחה: פס"ד בית יולס.
- פס"ד בית יולס- דעת הרוב: אלון, 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.
- הבחנה מול איזה גוף עומדים:
 1. גוף ציבורי – גופים ציבוריים מובהקים; תאגידים סטטוטוריים (שהוקמו מכוח חוק); חברות ממשלתיות/עירוניות; חלה חובת מכרזים.
 2. גוף פרטי- גופים המוקמים ע"י פרטים, למטרת מקסום רווחים, ממומנים באופן פרטי ופועלים בשוק החופשי. לא חלה חובת מכרזים.
 3. גוף דו-מהותי- יצירי הפסיקה- קק"ל, הסוכנות היהודית, מכוני רישוי, חברת קדישא, הבורסה לתכשיטים. בדר"כ אותם גופים מקבלים מימון ציבורי או תשלום ציבורי עבור אותם שירותים. על גופים אלו חלה דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית. דוג': גופים הפועלים מכוח זיכיון מהמדינה; גופים פרטיים הפועלים כקבלנים לטובת הציבור (חינוך); גופים בעלי סמכויות שלטוניות;
- עופר כיבוי אש נ' בז: האם בז"ן כפופה לחוק חובת מכרזים? בז"ן היא חברה בתהליך של הפרטה. ס' 34(2) ו-34(4) לתקנות חובת מכרזים קובעים כי חברה בהפרטה פטורה ממכרז. בהתקיים 3 תנאים: (1) היות החברה בהפרטה; (2) מחזור התקשרויות מעל 1.75 מיליון ₪; (3) היקף התקשרויות 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.
- לא משנה איך חברה מכנה את ההליך "חוזה" 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.

מכרז ציבורי

- ריבוי מקורות נורמטיביים על גופים ציבוריים: 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 בבחינים ע"פ אחד מהשניים: 1. הגוף. 2. העסקה.
- 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:
 - עקרון היסוד של המשפט המנהלי- בהתחשב בגוף המפעיל את הסמכות כגוף ציבורי שהוא נאמן לציבור.
 - והמשפט הפרטי- בהתחשב במהות הפעולה.
- דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית:
 - א. עקרונות המשפט המנהלי: עקרון החוקיות ועקרון הסבירות- 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
 - ב. תחולת דיני החוזים:
- במהלך המכרז עצמו = מו"מ לכריתת חוזה; מנק' המבט הזו, מהווה המכרז הציבורי הליך הכפוף לדיני הטרם-חוזים או חוזה מיוחד הכפוף לעקרונות ולכללים של דיני החוזים ובעיקרם חובת תום הלב.
 - ✓ סיום המכרז ובחירת ההצעה הזוכה- המציעים (המתמודדים במכרז) מגישים הצעה בלתי חוזרת בהתאם לתנאי המכרז. ברגע שוועדת המכרזים מחליטה לבחור בהצעה יש קיבול ויש חוזה עליו חלים דיני החוזים.
- במצב של סתירה בין שתי הנורמות, למשל בתחום הסעדים, הפסיקה קובעת- העדיפות היא לתחולת המשפט הציבורי. אם מישוה נפגע ממכרז, הוא יעדיף להגיש עתירה מנהלית ולא תביעה פרטית דרך דיני החוזים אבל גם הדרך של דיני החוזים פתוחה בפניו.

שלבי הבחינה לחובת מכרז לפי ס' 2

- החובה לערוך מכרז: ס' 2 לחוק חובת מכרזים.
 1. על מי חלה החובה לערוך מכרז?
 - א. חובה פרסונלית מכוח החוק: "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה"
 - ב. גוף שכפוף להסדרים נורמטיביים נוספים- רשויות מקומיות, מערכת ביטחון וכו'.
 - ג. כפיפות מכוח דוקטרינת דואליות נורמטיבית- גופים דו-מהותיים (פס"ד התאחדות לכדורגל).
 2. פס"ד התאחדות הכדורגל- 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 יכול עליה דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית. המבחן: (1) בחינת אופי הגוף; (2) בחינת מהות העסקה- עסקה שהיא מקור הכנסה משמעותי; התקשרות לתקופה ארוכה; האם קיים חשש למונופולזציה ומתן השפעה לגורם אחד בשוק; האם הגוף יצא בעבר למכרזים? לא בטוח שכל עסקה שגוף דו מהותי עושה מחייבת במכרז. אם עסקה היא רלוונטית לשוק ולכלל הציבור, היא מחייבת במכרז לפי החובה הפרסונלית.

2. האם חלה חובה במקרה הקונקרטי? בשלב הזה בוחנים שני דברים:

- i. האם הגוף המחויב במרכז מתכנן לכוונת עסקה המחייבת מכרז ע"פ ס' 2? ס' 2: "לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אלא ע"פ מכרז פומבי". למעט נושא של הענקת רישיון, כל פעולה של הרשות נכנסת בגדרי הסעיף.
- ההצעה של דקל: 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 וביצור וכן הלאה, שאז יש חובה לקיים מכרז.
- פס"ד מיטראל: הענקת רישיון לייבוא בשר קפוא (בלבד) אינה בגדר "עסקה" כמשמעותה בחוק ומכאן שלא מוטל על הרשות חובה לערוך מכרז.
- ii. האם במקרה הזה קיים פטור בחוק או בתקנות שאז אין חובה לקיים מכרז?

3. סוג המכרז שחל באותו מקרה: פומבי, סגור או פנייה למציעים.

4. עקרון השוויון: 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.

➤ פס"ד קאון: במכרז למשרת רופא מתמחה נבחר הרופא העובד באופן זמני במשרה. ביהמ"ש הכריע שבעצם המכרז שעשינו נותן ייתרון לאחד המועמדים (העובד הזמני) ועל כן יש כאן מעין עקיפה של דיני המכרזים. וכל ההליך המכרזי הוא ממש "למראית עין". בסופו של דבר העתירה נדחתה עקב "המעשה כבר עשוי", המתמחה שנבחר כבר לקראת סוף ההתמחות ויגרום לו נזק רב. מקורה של הבעיה בכך שמלכתחילה מועסק במשרה המתפנה רופא מתמחה כממלא מקום, ורק לאחר זמן נערך מכרז כדי. העובר הארעי זכאי אף הוא להשתתף במכרז, וממלא הנהנה מעדיפות משמעותית על פני שאר המועמדים.

פטור ממכרז

- הנושא של פטור ממכרזים מופיע בס' 4 לחוק חובת מכרזים:

• קיימים שני סוגי הוראות פטור:

1. כלליות: מעוגנות בתקנה 3 כלליות הכוונה היא שהם חלים על כל הגופים שחייבים בחובת מכרזים.
2. ספציפיות: פטורים שחלים רק על גופים ספציפיים: התקשרות על בעלי מקצוע ומומחים; רשות מקרקעי ישראל; תאגידים ממשלתיים; תאגידים סטטוטוריים;

• כללים להפעלת פטור:

- ✓ תקנה 1ב לתקנות חובת מכרזים: יש להעדיף מכרז פומבי על פני פטור.
- ✓ תקנה 1ג לתקנות חובת מכרזים: גוף ציבורי שהחליט לא לצאת ממכרז ולנצל את הפטור חייב 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'. מטרת הסעיף: שקיפות למניעת שחיתויות, מתן אפשרות לעתור על ההחלטה;

- ✓ תקנה 10א: הפעלת מנגנון פיקוח באמצעות הקמת וועדות פטור משרדית. הוועדה המשרדית מורכבת ממנהל כללי של המשרד, חשב ויועץ משפטי. הוועדה מאשרת פטורים לפי הנדרש בכל תקנת פטור.

- ✓ תקנה 11: ועדת פטור כללית של משרד האוצר (החשב הכללי) – גוף מפקח עליון מורכב מ: חשב כללי או נציג; יועץ משפטי של משרד האוצר/נציג. סמכויות הוועדה: חובת דיווח לוועדה הכללית (תקנה 13); אישור פטורים ע"פ הנדרש בתקנות כגוף יחיד לאישור או כגוף נוסף (תקנה 12).

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

- ✓ תקנות פטור לגופים ספציפיים: למשל, מכרזים של רשות מקרקעי ישראל- הקמת וועדת פטור של מנהל מקרקעי ישראל בנוסף לס' 11- תקנה 28.

• פירוט חלק מהפטורים:

- ✓ תקנה 3(1): סכום קטן- התקשרות שווה אינה עולה על 50,000 ₪. ניתן לעשות זאת רק

מספר פעמים מסוים בשנה, בסכום שלא עולה על 100,000 ₪. הרציונל הוא של עלות-תועלת. בסכומים הקטנים האלו לא שווה לא לצאת ממכרז. זה המקרה היחיד שלא חייב אישור של ועדת פטור כלשהי.

- ✓ תקנה 3(2): התקשרות דחופה ובתנאים: 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. תקנה 11(ה): ההנחיה היא לנסות לפרש את הדברים בצורה הכי מצמצמת שאפשר כדי שהכלל יהיה חובת מכרז והחריד הוא פטור ממכרז.

- ✓ תקנה 3(3): ביטחון המדינה: פטור ממכרז שעלול לפגוע בבטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, לכלכלה, בבטחון הציבורי וכו'. אם שווי ההתקשרות יותר מ-2.5M ₪ הפטור טעון אישור החשב הכללי.

- ✓ תקנה 3(4): המשך התקשרות עם ספק קיים: הסעיף מציב תנאים להתקשרות כזו. התקנה אומרת שצריך אישור של 2 ועדות: (1) ועדת המכרזים (2) ועדת הפטור המשרדית. צריך את אישור 2 הוועדות 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.

- ✓ תקנה 3(29): ספק יחיד- ככל שמדובר בספק יחיד הרציונל הוא שאין טעם לצאת למכרז. תקנה 3(29) מפנה אותנו לתקנה 3(א-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, ושלא לכל מי שהוא מנוי על קבלת הודעות לפי תקנה 15". הרציונל- שקיפות ויכולת לתקוף את ההחלטה הזו בביהמ"ש.

- ✓ תקנה 3(28): תקנת סל- תנאים: (1) נסיבות מיוחדות ומדיניות; (2) אישור כפול- ועדה משרדית + חשב כללי (במקרקעין- גם של ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל);

➤ היחס בין תקנת הסל לתקנות אחרות: פס"ד אבן וסיד: תקנה 3(28) לתקנות היא תקנת סל, שנועדה לענות על מצבים חריגים שאינם נכנסים בגדרי הוראת פטור קונקרטית אחרת. אין מניעה עקרונית כי הרשות תיתן פטור ממכרז מכוח תקנה 3(28), גם אם ניתנו בעבר החלטות מכוח תקנות פטור אחרות. תקנת הסל תמיד נמצאת ברקע, אבל צריך לבחון האם השימוש בתקנה 3(28) הוא סביר. אם יש תקנה ספציפית אי אפשר לזנוח אותה כדי לעקוף את התנאים של אותה תקנה ספציפית.

- ✓ תקנה 5: התקשרות עם בעלי מומחיות: (1) התקשרות לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע או מומחיות מיוחדים; (2) יחסי אמון מיוחדים- עריכת דין, ראיית חשבון, בוררות, ייעוץ או ביצוע מחקר; (3) ביצוע עבודה מדעית או ספרותית; (4) התקשרות בתחום רכישת השכלה או הכשרה מקצועית; תקנה 1(1): "התקשרות כאמור בתקנת משנה (א) תיעשה, ככל הניתן, בדרך של פנייה תחרותית להצעות..".

מחברת מקוצרת- דיני מכרזים

- **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:**
 - סע' 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] הקובע: לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה, אלא על פי מכרז פומבי.
 - סע' 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.
 - סע' 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958.
- **התנגשות בין חקיקה ספציפית לכללית:** **פס"ד נצרת עלית:** ענייננו בשאלת הדרך המשפטית הראויה להתקשרות עם נותני שירותים ברשויות המקומיות – במקרה דנא, רואה חשבון. **הלכה- תקנה 1(ב) היא תקנה שהרציונל שלה יחול תמיד על גופים ציבוריים!! גם אם הם כפופים לפטורים אחרים שלא מופיעים בחוק חובת מכרזים.**

סוגי מכרזים

המכרז הפתוח (ס' 2א לחוק חובת מכרזים):

1. הכנת מכרז הקובע תנאי סף ואמות מידה
 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
 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".

המכרז הסגור (ס' 4 לחוק חובת מכרזים):

- **ס' 1 לתקנות** מגדיר מכרז סגור כ"מכרז שבו הפנייה לקבלת הצעות מופנית לספקים מסוימים בלבד...". תנאי נוסף של דקל: ככל שתנאי הסף אינם נובעים ממהות ההתקשרות הרי שניטה לראות במכרז סגור וככל שתנאי הסף נובעים ממהות ההתקשרות הרי שניטה לראות במכרז סגור.
- **פס"ד עיריית אילת:** ביהמ"ש מגדיר מכרז סגור תוך שהוא מתייחס רק לתנאי המסוימות- עצם העובדה שיש קטגוריה מסוימת של משתתפים מספיקה להגדרה של מכרז 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.
- **השיקולים לסגירת מכרז:**
 - עלות מול תועלת- לעיתים נעדיף מכרז סגור משיקולים של חיסכון בזמן וכסף.
 - סודיות וביטחון- מקום בו מרכז פתוח עלול לפגוע בביטחון המדינה או משיקולי סודיות נעדיף מכרז סגור.
 - העדפה של סקטור מסוים מטעמים כלכליים או סוציאליים – מכוח תקנה 26.
- יש לזכור כי לפי תקנה 1ב העדיפות היא תמיד למכרז פתוח.
- **תקנה 16א(א)** נותנת רשימה של נהלים לפיהם יש להתנהל במכרז סגור.
- **שיקול דעת בקיום מכרז סגור:** מכרז סגור מלכתחילה פוגע ומגביל את אלמנט השוויון עבור קבוצה מוגדרת מראש. **תקנה 1ב(ג)** מדברת על עדיפות לפתוח את המכרז בשל הפגיעה בעקרונות האלו. **ביקורת שיפוטית**- האם נפל פגם בשק"ד בהחלטה ליציאה למכרז סגור? 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.**
 - ✓ **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**- 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.
- לפי **פסק דין עיריית אילת**, הסמכות לבחור האם לצאת במכרז פתוח, נתונה בידי המנהל, 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.
- **פס"ד רוזנברג:** מכרז סגור לתושבי רמה"ש, העותרת היא מת"א. **ביהמ"ש:** 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. יש להבחין בין הפליה פסולה לאבחנה מותרת בהתאם למטרות המכרז.

מכרז בהרשמה והגרלה (פנייה למציעים)

- אלו בדד"כ מקרים בהם יש פער בין היצע לבין הביקוש ואז בוחרים ע"ב הגרלה.
- מהלך המכרז בהרשמה והגרלה-

1. הכנת מכרז וקביעת תנאי סף על פי מטרת המכרז- כאן אין אמות מידה כי בוחרים באופן רנדומלי, יש רק תנאי סף.
 2. פרסום הזמנה להרשמה של המשתתפים שזהות נקבעת מראש על פי תנאי המכרז.
 3. רישום משתתפים למכרז עד למועד קבוע.
 4. בדיקת כשרות הנרשמים.
 5. עריכת הגרלה (בד"כ במועד מסוים).
 6. בחירת הזוכה.
- **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 ההגיונות והשוויון בבכל מכרז. 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. עריכת הגרלה היא אמצעי שוויוני רק אם אוכלוסיית המועמדים נבחרה על פי אמת מידה שוויונית ותוך התחשבות במהות התכלית הציבורית שהרשות מבקשת להגשימה.

המכרז הגמיש

- 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.
- המכרז נועד לתת הזדמנות לרשות לנהל מו"מ כדי לשפר את מעמד הרשות ולאפשר לה להגיע לחוזה טוב יותר. **תקנה 7(ב)**- יש להודיע במסמכי המכרז שישנו שלב מו"מ ולכן מדובר במכרז גמיש.
- **תקנה 7(ג)**- קובעת את אופן ניהול המכרז הגמיש על מנת למנוע מצבים של שחיתויות המכרז בשלב המשא ומתן:
 - קביעת רשימת מציעים למו"מ.
 - קביעה של תנאים למו"מ.
 - שקיפות.
 - הצעה מחודשת.
 - סופיות.
 - החלטה.
- **תקנה 7(ה)**- **שיקול דעת שלא לנהל משא ומתן**- "ועדת המכרזים רשאית להחליט שלא לנהל משא ומתן עם המציעים, בהתקיים אחד מאלה: טרם החלו בניהול משא ומתן עם מי מהמציעים. אם כל המציעים הסכימו לוותר על ניהול משא ומתן".

וועדת המכרזים

- **הרכב וועדת המכרזים:** **תקנה 8(א)**- תקנה זו מציגה רשימה שהיא הרכב הוועדה. הוועדה מורכבת ממנכ"ל, חשב ויועץ משפטי (ונתן למנות שני חברים נוספים).
- **מעמד היועמ"ש והחשב:** **תקנה 10(ב)**- עמדת היועמ"ש תכריע בעניינים משפטיים, ועניינים תקציביים יוכרעו ע"י החשב. ע"פ התקנות עמדת היועמ"ש והחשב הינה במעמד של **המלצה**. הוראות התכ"מ מקנות משנה תוקף למעמדו של היועמ"ש והחשב, בקובען כי עליהם לחתום על פרוטוקול ההחלטה של ועדת המכרזים כתנאי לתוקפה, גם אם נעדרו מיישבת הוועדה. ניתן להבין שאם נסטה מהחלטתם יהיה קושי להוכיח שהמכרז תקין (לדוג' פס"ד נצרת אשר סטו מהוראות היועמ"ש 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, 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 מסוימת ואופי ייחודי ויוצא דופן ביחס לשאר המשרד לדוג': אגף המספן הימי במשרד התחבורה.
 - **ועדה מקצועית:** **תקנה 8(ג)**- התקנה מאפשרת לשר/ מנכ"ל המשרד להקים ועדה ספציפית בנושא מסוים- לדוג' אם נדרש מקצועיות מיוחדת (ההרכב כמו 8(א)). לדוג': ועדה לעניין מחשוב.
 - **ועדה בין-משרדית:** **תקנה 8(ד)**- מקימים ועדה בין-משרדית כאשר יש עניין הנוגע למס' משרדים. לפעמים יותר כלכלי לשתף פעולה. לדוג' רכישת מכוניות 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:

1. **השלב הטרם מכרז:**
 - ☑ **תקנה 8א**- וועדת המכרזים היא זו שמחליטה אם לצאת בכלל למכרז.
 - 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 לפי רשימת הפטורים (תקנה 4); (2) היא צריכה להשתכנע כי

מחברת מקוצרת- דיני מכרזים

נוי פלח

בנסביות יש הצדקה לקבלת פטור- יש לבחון האם ניתן להשיג את מטרות ההתקשרות באמצעות "פטור רך"= מכרז סגור או מכרז של הרשמה והגרלה.

- ☑ **תקנה 9(א):** מוסיפה תנאים שהוועדה צריכה לקיים כאשר היא מחליטה החלטות הנוגעות לסיווג המכרז: על הוועדה להתחשב **בתקנה 11** (תמיד עדיף מכרז פומבי). עליה **לנמק** החלטתה (לרשום בפרוטוקול).
- ☑ **תקנה 9(א):** וועדת המכרזים יכולה לשמש גם **כוועדת פטור**.
- ☑ **תקנה 17(ב):** 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'.

2. שלב פתיחת המכרז:

- ☑ **תקנה 8א(5):** מדברת על תפקידי הוועדה בשלב פתיחת המכרז: לבדוק את ההצעות שהוגשו במכרז; לדחות ולפסול הצעות (לדוג' לא עומדים בתנאי הסף); להזמין מציע לבירור פרטים דרושים לצורך קבלת החלטה; לבחור את ההצעה המתאימה ביותר (הוועדה מחליטה ולא המשדר) 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:** 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. **ביהמ"ש:** וועדת המכרזים היא וועדה מנהלית כך שלא בנקל ביהמ"ש יתערב בהחלטותיה. 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-** נגזר במידה רבה מאופיו המיוחד של המכרז ותכליותיו.

- ☑ **תקנה 20-** בדיקת הצעות תעשה בידי ועדת המכרזים בתוך **זמן סביר** (תלוי בסוג המכרז ונסיבות קיום המכרז); ועדת המכרזים לא תדון בהצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון להגשת הצעות; סמכות לתקן טעויות סופר (יעשה במהלך בדיקת ההצעה וירשם בפרוטוקול); סמכות לפסול הצעות- אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של נושא המכרז וכן הצעות שעולה מהן שבקיום ההתקשרות יפגעו זכויות עובדים

3. בחירת הזוכה

- ☑ **תקנה 21א(א):** לוועדת המכרזים יש סמכות לבחור את הזוכה. היא בודקת את כל ההצעות ומבררת פרטים נדרשים- ובוחרת את ההצעה המתאימה ביותר.
- ☑ **תקנה 21ב(ב):** הבחירה תהיה בהצעה הגבוה ביותר או בהצעה הנמוכה ביותר ע"פ העניין.
- ☑ **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.
- ☑ **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. יש חובה להראות שהתקיים דיון ולנמק מדוע לא מאמצים את חוות הדעת.

4. לאחר סיום המכרז

- ☑ **תקנה 8(א):** הוועדה יכולה להחליט על **חילוט ערבות** מכרז; הוועדה יכולה להחליט על מימוש זכות ברירה הכלולה בחוזה; לאשר שינוי מהותי בתנאי חוזה שנכרת בעקבות מכרז; לקבל כל החלטה שנדרשת לצורך ביצוע תפקידיה; כל תפקיד אחר שנקבע לה לפי תקנות אלו..
- ☑ **תקנה 10(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 8(א)(1) (א) עד (ג).
- ☑ **תקנה 10(ג):** אסור לחבר ועדת מכרזים להימצא במצב של ניגוד עניינים. "עניין אישי או מוסדי".

➤ **כיצד בוחנים ניגוד עניינים? האם די בחשש סביר או שצריך חשש ממשי? פס"ד י.ב.מ:** 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.

➤ **האם היכרות קודמת בין מציע לבין גורם המעורב בעבודתה של ועדת המכרזים פוגמת במכרז? פס"ד אבן בונים:** שעצם 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:** האם חבר ועדה יכול להיפגש עם המועמדים? אם נפגש האם נדרש לדווח לוועדת המכרזים? ומה מעמד פרוטוקול? **יש לשמור על שוויון מהותי (ולא פורמלי). צריך להראות מתן הזדמנות שווה לכל המציעים ואין מניעה להיפגש באופן כללי עם המציעים. בג"ץ אלטרי:** 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 הלאורית שאליה הגיע

➤ **לסיכום:** למרכז יש להגיע בלי שום עמדה מוקדמת כדי לבחון בלב פתוח ובנפש חפה; לא לתת יד למכרז תפור; 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-** 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-** חייבת הוועדה **לרשום פרוטוקול** אשר ישקף את עיקרי המידע שהובא לפניה 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 "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.

- **תקנה 11: ועדת הפטור המכרזים-** עוד ועדת שנקראת וועדת פטור שמפקדת במקרים שבהם התקנות מחייבות גם אותן. מתי זה קורה בדו"כ? כשאנחנו מדברים למשל על התקשרויות בעלויות גבוהות/ בנושאים בעיתיים. בעצם כשאנחנו רוצים אישור כפול של עוד מוסד נוסף שיאשר את הפטור הזה. היקף הסמכות של הוועדה מוסדר **בתקנה 12**.

הכנת המכרז

- 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".

שלב ראשון מקדמי:

- **תקנה 14א** מאפשרת לוועד המכרזים לערוך פניה מוקדמת לקבלת מידע מקצועי ולמידת השוק על מנת שתוכל לעצב את המכרז בתהליכו. התנאים להפעלת התקנה: סמכות שברשות; הפניה תעשה באופן פומבי; הפנייה תעשה תוך שמירה על השוויון בין הפונים; הוועדה תתעד כל מידע ודיון בפרוטוקול; לא יקנה יתרון במכרז למי שנענה לפנייה רק בשל כך שנענה לפנייה;
- הפניה המוקדמת לא תמיד מתבקשת והיא רלוונטית בעיקר כשנושא המכרז הוא ברכישת טובין מורכבים.

שלב שני: עיצוב המכרז

- וועדת המכרזים צריכה להחליט על:
 1. **מנגנון ההתקשרות** במכרז הראוי ביותר בנסיבות העניין (פתוח/ סגור/ פטור/ הרשמה והגדרה).
 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 17ב** קובעת מסגרת לוועדת המכרזים לגבי מה מכרז אמור לכלול.
- **ס' 2א לחוק** מאפשר **לקבוע תנאי סף להשתתפות במכרז**: תנאי הסף חייב להתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז; התוספת לחוק שנוגעת ל**ס' 2אב** 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 קוגנטי: תקנה 6א** קובעת שהשתתפות במכרז תהיה מותנית בהחזקה של **רישיונות והיתרים על פי חוק**. התקנה קובעת 4 מקרים בהם חייבים להוסיף תנאי סף של רישיונות. כשלא עומדים בתנאי, יש פגם בהליך המכרז.
- **תקנה 6ב** קובעת כי ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים עניינים נוספים ל**רבות תנאים בדבר נסיונו של המועמין להשתתף במכרז, כישוריו, היקף פעילותו, עמידה בדרישות תקן ישראלי לא רשמי, חשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו, וקיומן של המלצות אודותיו**.

- **המבחן לסבירות תנאי הסף**: סינון ענייני, 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'). לדוג': תנאי סף של רישום פלילי.
- **תנאי סף - ניסיון קודם**: התניית השתתפות במכרז בניסיון קודם מעוגן במפורש בתקנה 6ב. דרישת הניסיון הקודם כוללת שלושה מרכיבים עיקריים:
 - 1) **המרכיב המהותי (רלוונטיות)** - מתייחס ל**סוג 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.

- **פס"ד נ.ע מעלות**: מכרז להשכרת משרדים לפקיד השומה. תנאי הסף- שיהיה בנצרת. ביהמ"ש: 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 מדיניותה הכללית". **מבחן: הגדרת תכלית/מהות המכרז + האם התנאי תואם את התכלית**.
- **פס"ד מתן שירותי בריאות**: מכרז להספקת שירותי רפואה מונעת לתלמידים. 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". הלכות:
 - ☒ ככל שהמכרז ותנאיו מותירים מרווח לפרשנות הדבר פוגע בשוויון, בהגינות ובעשיית הצדק.
 - ☒ 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.

- **תקנה 17ב(4)** מסמכי המכרז יכולים לכלול ערבות בנקאית. סוג הערבות, תנאיה, גובהה ומשכנה ייקבעו ע"י עורך המכרז. **תקנה 16א** קובעת שניתן להכניס ערבות כתנאי סף. 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 מקוצרת- דיני מכרזים

- **אמות מידה: תקנה 22(א)** קובעת רשימה פתוחה של אמות המידה ואפשר לקחת את כולן או חלקן. **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. תקנה 22(ג)** חוזרת על תקנה 22(ב), וקובעת כי יש לפרט את **שקלולם היחסי של אמות המידה ושל מבחני המשנה. החרג- 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 התהליך של הליך המכרז. **מתי זה יכול להיות מוצדק?**
- ❖ **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'). **באשר לטיב המציע- משאירים שק"ד לחב 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.** זו תקנה שמאפשרת גמישות כתוצאה מגורמים חיצוניים. וועדת המכרזים רשאית לשנות את סכום המינימום שנקבע.
- **אומדן:** התקנה הרלוונטית היא **תקנה 17(א).** אומדן הוא מסמך שמשקף את שווי ההתקשרות ואת ההצעה הריאלית **הכי נמוכה שאפשר יהיה לקבל.** 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 מחיר אפילו יותר טוב ממחיר האומדן שנקבע. בנוסף, אנחנו רוצים למנוע מצב בו כל ההצעות סובבות סביב מחיר האומדן.
- **פס"ד שלג לב:** מכרז של עיריית אשקלון לקבלת שירותי ניקיון במשרדים ובמוסדות החינוך בעיר. הזוכה הגישה הצעה שתואמת את האומדן אבל היא יותר נמוכה משאר המציעות. היא הזמנה 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. ההלכה: 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. בנוסף, מחיר המינימום שנקבע לא הביא בחשבון את מרכיבי העלות הנוספים ואת הרווח, ובכך הזמינה עיריית אשקלון את המציעים להגיש הצעות פסולות. אין לקבל את האומדן כדבר מובן מאליו אלא צריך לבדוק את מהות האומדן (לראות אם הוא מתמרץ מציעים לפעול באופן לא חוקי).**
- שמירה על דינים אחרים במסגרת דיני המכרזים (תקנות אלו מחייבות מכוח דוקטרינת ההרמוניה החקיקתית):
 - **תקנה 20(ד)-** וועדת המכרזים רשאית לפסול הצעות שקבלתן כרוכה בפגיעה בזכויות עובדים.
 - **תקנה 6א(א)-** תידחה הצעתו של מציע שבשנים שקדמו למכרז הורשע בהפרה של דיני העבודה.
 - **תקנה 22(א)6)-** הקפדה בזכויות עובדים היא מאמות המידה לשקילת ההצעות הכשרות שהוגשו.
- חזקה היא כי האומדן מבטא את ערכה הנכון של ההתקשרות, אך חזקה זו ניתנת לסתירה מקום בו הוכח כי שיעור האומדן אינו סביר.

שלב שלישי: הכנת חוזה ההתקשרות

- **תקנה 17(ב)3)** שקובעת כי מסמכי המכרז יכללו בין היתר את נוסח המכרז, לרבות לוח זמנים; תנאי תשלום; התוכניות; המפרטים הנוגעים לביצוע החוזה.
- יש להבחין בין:
 - **חוזה לרכישת טובין-** החוזה יותר פשוט.
 - **חוזה לרכישת שירות-** החוזה יותר מורכב וכולל פרטים.
- **קווים כללים לעיצוב חוזה ההתקשרות-**
 - ✓ הקפדה על לשון ברורה של החוזה;
 - ✓ דגש על התוצאות ולא על ההליך (בג"ץ 81\659);
 - ✓ 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 ביניים: מפרסום המכרז עד פתיחת ההצעות

שלב פרסום המכרז:

- שלב פרסום המכרז מוסדר **בתקנה 15-** ההודעה תפורסם זמן סביר לפני המועד האחרון להגשת ההצעות.
- **תקנה 15(ג)** מפרטת מה יפורט בהודעה על עריכת מכרז.
- **מה קורה במצב של סתירה בין המודעה לבין נוסח המכרז?** 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 **(פס"ד ידע מחשבים)**.
- **האם במקום לפרסם מודעה ניתן לפנות למציעים מסוימים?** זה אפשרי. יש תנאים שקובעת **תקנה 16א(א).**
- **תקנה 17(א):** מסמכי המכרז יומצאו- לעיון לכל דורש; בלא תשלום; במשרדי הגוף הציבורי ובכל הניתן באמצעות אתר האינטרנט; לא ניתן להמציא את המסמכים באמצעות אתר האינטרנט, ניתן לקבוע כי המסמכים יומצאו תמורת תשלום סביר, לפי עלות הדפסתם.

השלב שלאחר פרסום המכרז ולפני פתיחת תיבת המכרזים:

- **אי-שינוי של תנאי המכרז.** שינוי ייעשה, אם בכלל, לאחר פתיחת תיבת המכרז.
- שלב הפירסום הוא שלב **דו-שיח** בין המשתתפים הפוטנציאליים לבין וועדת המכרזים, שמאפשר התאמה ותיקון טעויות של תנאי המכרז. **תקופה שמטרתה טיוב המכרז** (זוהי התפיסה הרווחת בישראל).

- **אירועים לאחר הפרסום:** כנס ספקים; הליך הבהרות- הפסיקה קבעה שיש לפרסם את שאלות הבהרה ותשובותיהן בפומבי על מנת לשמור על השוויון ושמציעים יוכלו לשקלל את צעדיהם בהתאם; **פניות לדחיית המועד;**
- **פס"ד ידע מחשבים:** גילוי מידע- משתתף במכרז, המודע לפגם במכרז או בהליכיו, צריך להודיע על כך בעוד מועד.
- **הגשת הצעות- תקנה 18** מפרטת תנאים להגשת הצעה שאינה אינטרנטית.
- **שמירת הצעות בתיבת המכרז- ע"פ תקנה 19** הצעות 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: תקנה 19-** נדרשת נוכחות של שלושה אנשים בפתיחת המכרז או נוכחות ועדת המכרזים; במעמד פתיחת המכרז ייערך פרוטוקול בו יירשמו: מספר ההצעות שנמצאו בתיבה; תכולתן; זיהויין; האומדן אם נעשה כזה; המחיר המוצע או המבוקש לפי העניין; קיים מועד מיוחד לפתיחת תיבת המכרז- מסוף יום העבודה שאחרי המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז- אם סוטים מהמועד הקבוע בתקנה, יש לנמק זאת בפרוטוקול;
- **שלב בדיקת ההצעות: תקנה 20- (א) יש לבדוק תוך זמן סביר (משתנה מהצעה להצעה); (ב) וועדת המכרזים לא תדון בהצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז.**
 - ✚ **פס"ד חרכוש-** המציעים הגיעו כמה דקות אחרי סגירת המכרז בשעה שהיו כמה עובדות שעברו על ההצעות. ההלכה: המבחן הוא טכני ופשוט על פניו. בשעה שנקבעה לסיום, היא המועד האחרון, ננעל פתחה של תיבת המכרז ורק מה שנמצא בה באותו מועד יידון.
- **פגמים בהצעה:**
 - **תקנה 20(ג)** מתייחסת לסוגיית פגמים טכניים בהצעה, שמתחלקים ל**טעות סופר וטעות חשבונאית**: נתגלו בהצעות טעויות סופר או טעויות חשבונאיות, רשאי 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).
 - ✚ **פס"ד טלדור-** התנאי היה שהמחירים שהציעו החברות במסגרת מכרז החשב הכללי הם המחירים המרביים אותן רשאיות החברות להציע במסגרת הליכי התיחור הפרטניים. **מהי טעות סופר לפי פסק הדין?** ניתן לתקן טעויות אשר ניכר בהן כי-
 - ✓ הן נפלו בתום לב.
 - ✓ הן בעלות אופי טכני.
 - ✓ טעות סופר תיחשב טעות שהיא ברורה על פניה.
 - ✓ תיקונה אינו מצריך חקירה מעמיקה.
 - ✓ הטעויות שניתן 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.
 - **תקנה 20(ד) 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 שבקיים ההתקשרות ייפגעו זכויות עובדים". תקנה 20 קובעת שלוש עקרונות לפסילה של הצעה שנפל בה פגם ממשי:
 - ✓ ליוועדת 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 פוגמה מחייבת הנמקה אשר תיכנס לתיק המכרז "מטעמים מיוחדים שיירשמו".
 - ✚ **מתי מפעילים את החריג? פגם מהותי-** מחייב פסילה. **פגם טכני-** אינו מחייב פסילה ומאפשר תיקון.
 - ✚ **מבחני הפסיקה לבחינת פגם מהותי:** (1) פגם שפוגע בשוויון. (2) פגם מכוון ונעשה שלא בתום לב. (3) פגם שפוגע בהגיונות. (4) כאשר פגם הכרוך בחוסר תו"ל, תכסיסנות או תחבולות מצד המציע או פגם שתיקונו או הבלגה עליו יוצרים חוסר הגיונות או הפליה כלפי מציעים אחרים, זה מחייב את פסילת ההצעה.
 - ✚ **פס"ד מנרב-** מכרז להקמת אגף חדש בכנסת והחזקתם. המנצחת השמיטה מההצעה 24 מליון ₪ והוזמנה לבירור. לבסוף הוחלט שלא לפסול את ההצעה אלא לתקנה. שומה על וועדת המכרזים לעשות שימוש בסמכות האמורה בתקנה 20(ד), ולא כל שכן בסמכות התיקון, בזהירות רבה ובמקרים נדירים.
- **פגמים טיפוסיים:**
 1. **פגם בערבות-** פגם בגובה הערבות, בצירוף הערבות או במשך הערבות. ההלכה המשפטית כיום קובעת כי פגם בערבות הינו ככלל **פגם מהותי** היורד לעיקרו 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 הגיונותו של התחרות? מה תהיה המשמעות הכלכלית של פסילת ההצעה על קופת הציבור?
 2. **הצעה מותנית-** הצעה שהמציע התנה את תוקפה או את תוקפם של חלקים ממנה בהתקיימותו של אירוע מסוים שאינו מוגדר במכרז, שהתקיימותו או אי התקיימותו ייועדו רק בעתיד. כאשר ההתניה אינה תואמת את הקבוע במסמכי המכרז, ומסמכי המכרז אינם מתיירים במפורש או במשתמע את ההתניה. מדובר בפגם ולכן יש לבחון האם להפעיל את החריג **בהתאם למבחני הפסיקה**.
 3. **הצעה מסויגת, חלופית ותכסיסנית-**
 - הצעה מסויגת- הצעה המתנערת מדרישה אחת או יותר מזדרישות 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 שחאים שהמציע פעל בה בחוסר תו"ל **הצעה פסולה** שלא ניתן להכשיר.
- **תקנה 20(ה)** מאפשרת לוועדת המכרזים להזמין מציעים לבירורים- הוועדה רשאית, להזמין לבירור מטעמים שיירשמו בפרוטוקול, וכן עליה ליצור שיקוף של הבירור עצמו ע"י רישום בפרוטוקול.

בחירת ההצעות – שלב סיום המכרז

- 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'.

- הכלל לפי **מגדל נ' משרד הבריאות** הוא שאסור לשנות תנאי או אמת מידה במכרז לאחר חלוף המועד האחרון להגשת ההצעות. **חריג**: נאפשר לערוך שינוי במידה ו- (1) מדובר בשינוי טכני וזניח שאינו משפיע על יחסי המציעים (2) מפורט במכרז שוועדת המכרזים מוסמכת לעשות כן.
- שינוי אמות מידה בבחירת ההצעה הזוכה: פס"ד מיקורנט**: משרד של משרד החינוך לאספקת שני סוגים של מסופנים לבדיקת בחינות בגרות. בגלל שינוי הרכב הציון, מיקורנט לא עברה. מיקורנט טענו שלא היה מקום לשנות את התנאים אחרי פתיחת המכרז וההצעות. **ההלכה**: 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): אופציות ההחלטה**: הוועדה רשאית להחליט על-
 - בבחירת ההצעה המתאימה ביותר.
 - או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא- המחוקק מעניק אפשרות לעורך המכרז **לסגת ממנו** (לבטל את המכרז ולבטל את כל ההצעות).
- תקנה 21(ב) רישא- קובעת כי במידה ואין אמות מידה**, התקנה קובעת קריטריון לבחירת ההצעה- **גובה ההצעה**. **ההצעה הזולה ביותר** היא כשמדובר ברכישת שירותים **וההצעה היקרה ביותר** היא כשמדובר ברכישות של הרשות למשל, מקרקעין. בשביל להפעיל את **החריג** ולא לבחור את ההצעה הזולה או היקרה ביותר צריך ש:
 - יהיו נסיבות מיוחדות וטעמים מיוחדים שמצדיקים זאת;
 - נסיבות אלה יירשמו בפרוטוקול למטרת שקיפות;
 - הוועדה אפשרה את זכות הטיעון לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר;
- מתי מפעילים את החריג?** (1) כשההצעה מורכבת מפרטים ושלבים; (2) הצעה נפסדת- ההצעה מטיבה בצורה בלתי סבירה ובטווח הרחוק זה יכול לפגוע ברשות כמו למשל חוסר הרצון ליצור מונופול, או לתת יד להתנהגות שאינה ראויה; (3) הצעה שמרעה עם הרשות;
- תקנה 21(ב)(סיפא)- במידה ויש אמות מידה יש לבחור את הזוכה בהתאם לאמות המידה**. **חריג**: נאפשר לבחור מועמד אחר במידה ויעמוד בשלושת התנאים לעיל.
- המועד הקבוע להשוואה בין ההצעות**- הסיפור לא כזה פשוט במקרים הבאים:
 - 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. **שופטי הרוב** אמרו שוועדת המכרזים היא זו שצריכה החליט בעניין כל עוד היא עושה את זה בתום לב ובהגינות.
 - 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.
 - 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(א): הגשה חוזרת כשההצעות מרעות ביחס לאומדן**- במקום לבטל את המכרז, יכול עורך המכרז לקבוע הגשת הצעות חוזרות ומשופרות, כשכל ההצעות מרעות עמו לעומת האומדן.
- תקנה 21(א): מדברת על מצב בו הוועדה רשאית להחליט על מספר הצעות מתאימות תוך פיצול התקשרות**. פיצול ההתקשרות יכול לבצוע 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**. מועד מתן ההודעה חשוב לעניין השיהוי ומניין תקופת התקיפה של החלטת וועדת 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 בכל מסמך רלוונטי המצוין בסעיף. ישנה פרשנות רחבה של ביהמ"ש הכוללת את זכותו של כל משתתף במכרז לעיין בכל מסמך רלוונטי המצוין 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."
- מצב של הצעה יחידה: תקנה 23: הצעה מרעה- צריך- (1) להודיע על כך למציע (2) לאפשר לו להגיש הצעה חוזרת**. הכל בהנחה שההצעה מרעה עם עורך המכרז לעומת אומדן שווי ההתקשרות. **תקנה 23(א)** קובעת איך מחליטים במצב של הצעה יחידה, שהרי הבעייתיות כאן היא שלא ניתן להשוות אותה להצעות אחרות ולקבל אינדיקציה. הוועדה רשאית: **בבחירת ההצעה** בהתאם לתנאי המכרז, או; להכריז על **ביטול המכרז** (אם החליטה לעשות כן, היא רשאית להחליט על עריכת המכרז מחדש).
- פס"ד המרמז**: 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, ויוצרים חלילה פתח לשחיתות ומשמעותם עלולה להיות מתן אפשרות לבעלי ההצעות הפחות טובות לשפר את הצעותיהם. כאשר מדובר **בהצעה הנמוכה במידה ניכרת** ביחס להערכת הרשות, בחירה בה אינה משיגה תכלית מרכזית שבבסיס המכרז והיא **יעילות כלכלית**.
- 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 מכרזים

- דוגמאות לפעולות וועדת המכרזים שמצמיחות עילת תביעה-**
 - וועדת המכרזים שגתה בכך שהתקשרה עם גורם פרטי מבלי שערכה מכרז בנסיבות שבהן הייתה מחויבת לעשות כן.
 - נפל פגם בהרכב של וועדת המכרזים או בהרכב הצוות המייעץ לה. לדוגמה, אם אחד מחברי הוועדה נעדר מאחת הישיבות.

- 3) וועדת המכרזים ניהלה משא ומתן עם מי מהמציעים בנסיבות שבהן הדבר אסור. למשל **פס"ד 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 המנהלית).
- 6) וועדת המכרזים מנעה ממשותף במכרז את הזכות לעיין במסמכי המכרז.
- **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'.

• **זכות עמידה: פס"ד אבו שינדי**- 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.
- 3) **עותרים ציבוריים מובהקים שאין להם אינטרס אישי הליך המכרז, והם מעלים טענות כנגדו בשם אינטרס הציבור הכללי**- מכוח המעמד המנהלי של הרשות, נאפשר גם לעותרים ציבוריים ללא אינטרס אישי בהליך המכרזי לקבל זכות עמידה בבית המשפט.

מחסומים להגשת תביעה מנהלית:

• מחסומים דינמיים:

- 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- דוקטרינה שאומרת שאפילו אם נפל פגם, ביהמ"ש לא ימהר לבטל את הפגם אם הביטול יביא יותר נזק מתועלת. ההלכה היא **איזון נזקים בין הצדדים**- ביהמ"ש בוחן את הנזק שיגרם למי מהצדדים במידה וינתן סעד.
- 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:

- 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. הנטל הוא כבד- 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**:
- i. כאשר כל המידה בדבר חוקיות ההחלטה של ועדת המכרזים נמצא בידי הרשות המנהלית ולעותר אין גישה למידע זה.
 - ii. כאשר הרשות מסרבת לאפשר למציע שהפסיד במכרז לעיין בתיק במכרז.
 - iii. 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.
- **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 (פס"ד שינדי).**
- **מהו פגם מהותי?** 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.

• סעדים:

1. **סעד זמני**: 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 – 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
- תת נושא: מקרה של 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 ויצהיר כי יש לשנות את ההחלטה.
- 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, ולוהרות לה לדון בנושא מחדש זה טכני בלבד ולמראית עין.
- ביטול מכרז - יש להבחין בין מקרה שנעשה חוזה ללא מכרז לבין חוזה שנכרת תחת פגמים:
- כשהחוזה נכרת ללא הליך מכרזי ביהמ"ש מחמיר ומבטל את ההתקשרות או מקצר את תקופת ההתקשרות.
 - כשיש חוזה אבל נפל פגם בהליך ביהמ"ש פועל בתלות במאזן הנזקים בין הצדדים (ואז ניתן להשתמש בדוקטרינת הבטלות היחסית). 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 - סעד בעין מוגש דרך עתירה מנהלית, לעניין סעד כספי אנחנו מדברים על תובענה מנהלית.
- פיצוי הסתמכות (שליליים/ השבה) - בגין הוצאות התארגנות והשתתפות במכרז.
- פיצוי קיום (חיוביים) - בגין רווח שהיה מופק בעקבות הזכייה במכרז.
- פס"ד רשות השידור - ס' 5 לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים** קובע שלביהמ"ש לעניינים מנהליים סמכות לדון הן בעתירה מנהלית והן בתובענה מנהלית.
 - ככלל, נראה שאין לקבל את הדילוג על פני שלב המימוש (סעד של אכיפה), לשלב תובענה מנהלית לשם קבלת פיצוי.**
 - על הטוען לפיצוי 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 ההליך המכרזי הוא שלב טרום חוזי?** 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**.
- סיום המכרז וכריתת החוזה**
- מערכת היחסים בין הזוכה לבין עורך המכרז: מתי משתכלל חוזה? פס"ד ייסיפיש:** שני מועדים להשתכללות החוזה:
 - ☒ עם קבלת ההצעה ע"י העורך המכרז במידה והמכרז "שותק".
 - ☒ עם מימוש תנאי החוזה הנספח למכרז במידה ועורך המכרז קבע תנאי מתלה.
 - מערכת היחסים בין המציע לבין המפסידים: במקרה של הפרה\ביטול חוזה מצד החוזה, האם שאר ההצעות מתבטלות באי-קיבולן או שנשארות בתוקף גם לאחר הודעת הזכייה?**
 - פס"ד אלכנפא** - לא ניתן לבחור את ההצעה השנייה הטובה לאחר ביטול הראשונה משום שהיא פוקעת אך ניתן לעשות מכרז חדש (שזה קצת בעייתי).
 - פס"ד חפציבה** - ניתן לקבוע מראש במסמכי המכרז מה יהיה מעמד ההצעה השנייה. מעמד שאר ההצעות התלויות תלוי במה שקובע המכרז. זאת כאשר אין שינוי בתנאים מהמכרז הראשון. ההצעה השנייה תיבחר אם היא סבירה, יעילה וכלכלית; הוגשה בתו"ל וללא כל קנוניה בין מגישה לבין בעל ההצעה הראשונה או האחרים.
 - שיקולים למה לא לצאת למכרז חדש:**
 - מצד הרשות המנהלית - עוד עלויות, זמן יקר, וזאת בלי שמובטח לה כי במכרז החדש יוגשו הצעות מתאימות יותר.
 - מצד בעל ההצעה השנייה הטובה ביותר - לאחר הצעתו נחשפה, הוא בעמדת נחיתות ביחס למציעים אחרים מה שיכול לגרור אותה להוצאה כספית נוספת.
 - האם ניתן לשנות תנאי מתנאי ההתקשרות לאחר סיום המכרז? שיקולים:**
 - חשש מקנוניה. ייתכן שהרשות מעוניינת לזכות מציע מסוים ולאחר הזכייה משפרת את התנאים עבור אותו מציע כך שיוכל לעמוד בהצעה.
 - חשש מניצול לרעה של הסמכות ש"מתעצלת" לערוך מכרז חדש בגלל פגם שנפל בו או אי התאמה שהתגלתה.
 - 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.
 - 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:**
 - שינויים מכוונים/יזומים:** 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". **מתי כן אפשר לקבל מקרים של שינויים מכוונים/יזומים?** ייתכן שיש תשובה חלקית **בתקנה 3(4)** לתקנות חובת מכרזים - יש גישה שאומרת שניתן להקיש משם את התנאים כדי לשנות את תנאי המכרז (כמעין מקרה פרטי של פטור ממכרז). **דוגמאות לשינויים מכוונים:**
 - הסכמה 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 המציאות ("כוח עליון"):** יש לקבל בהבנה. **דוגמאות:**
 - 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 זיזרו אותו.