**דיני מכרזים - מחברת מקוצרת**

**תשפ"א | ד"ר מנאל תותרי ג'ובראן**

# 1) מבוא – חשיבות דיני המכרזים

דיני המכרזים נועדו לשמור על אינטרס הציבור שכספיהם ינוצלו בצורה הטובה ביותר. חשיבות השמירה על אינטרס הציבור גוברת בעשורים האחרונים לאור שינויי המדיניות ותהליכי ההפרטה שחווה המשק במגזרים מסוימים. למרות שנראה שההפרטה צריכה להוריד את מחירי המוצרים והשירותים לצרכן, מחקרים מצאו שהעלויות דווקא עלו. בעקבות כל תהליכי ההפרטה שחווה המשק הישראלי הן בשירותים ציבוריים והן במשאבים ציבוריים. דיני המכרזים הפכו לתחום משפטי שמאוד משפיע על עיצוב חיי החברה, הפיתוח הכלכלי, השוויון וכו'.

**עומר דקל: מכרז הוא הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה.** המכרז הוא הליך ביניים שנועד להוביל לקראת כריתת חוזה (יעד המכרז) בדרך של תחרות מאורגנת עם כללי משחק ידועים מראש.

**יתרונות המכרז** – יעילות, שוויון הזדמנויות ושקיפות שיכולה לאפשר בחירה טובה בזוכה הכי מתאים.

מצד אחד, במכרז אנחנו מרחיבים את כמות המציעים הפוטנציאליים. מצד שני, אנחנו מצמצים זאת רק לאנשים שעומדים בתנאי הסף.

**2 סוגים מכרזים**

1. **מכרזים ציבוריים**- מופעלים ע"י גופים ציבוריים (ודו מהותיים).

המסגרת הנורמטיבית היא: חוק חובת המכרזים, ותקנות חובת המכרזים ותחומי המשפט השונים.

העקרונות המנחים הם השוויון, התחרות והפומביות. עיקרון תו"ל לא קיים בתחום המכרזים הציבוריים.

1. **מכרזים פרטיים** – מופעלים ע"י גופים פרטיים. כאן חל תו"ל.

**סוגי הגופי השונים**

1. **גוף ציבורי**- גוף הממומן ע"י כספי ציבור בעל סמכויות מכוח חוק והבעלות עליו היא של המדינה ומוסדותיה. יש לנו כמה סוגים של גופים ציבורים:
2. גופים ציבוריים מובהקים- לדוג' הממשלה אשר סמכותה קבועה בחו"י; רשויות מקומיות אשר סמכותן קבועה במגוון רחב של חקיקה.
3. תאגידים סטטוטוריים– תאגיד שהוקם מכוח חוק ופועל על פיו- לדוג' המל"ל, כאן, מד"א ועוד. החוק לא רק מקים את אותם תאגידים, אלא מסדיר את היקף סמכויותיהם. כדי לשנות את סמכויותיהם צריך התערבות חקיקתית.
4. חברות ממשלתיות ועירוניות- גופים ציבוריים המוקמים עפ"י חוק החברות הממשלתיות. השליטה בהם מבחינת המניות מצויה בידי הממשלה או הרשות המקומית. הגוף פועל למטרות רווח. הגופים פועלים עפ"י כללים מנחים הנקבעים עפ"י תקנון החברה ומדיניות הממשלה.

בעוד שמה שמסדיר את התאגידים הציבוריים זה החוק, חברות ממשלתיות ועירוניות פועלות עפ"י תקנון החברה. במובן הזה סמכויותיהן יותר משתנות.

1. **גוף פרטי** – על דרך השלילה. גופים פרטיים מוקמים ע"י פרטים, למטרות מקסום רווחים וממומנים באופן פרטי.
2. **גוף דו מהותי** – גופים שבמהותם הם גופים פרטיים שהוקמו במסגרת המשפט הפרטי אך הם עוסקים במתן שירותים ציבוריים. השאלה בהתהוות של גופים מהותיים הגיעה בכיוון ההפוך – מפעילות של גופים ציבוריים בשוק הפרטי. עלתה השאלה האם להחיל עליהם את המשפט המנהלי או להחיל עליהם גם את כללי המשפט הפרטי. לאט לאט התפתח המושג שנקרא 'גוף דו מהותי', **היום זה בעיקר עוסק בגופים פרטיים שמספקים שירותים ציבוריים או ממלאים תפקידים ציבוריים.**

**גופים דו מהותיים יצירי הפסיקה**- קק"ל והסוכנות היהודית שהוקמו טרם קום המדינה, מכוני רישוי ועוד. בד"כ אותם גופים מקבלים מימון ציבורי או תשלום (סובסידיה) עבור אותם שירותים.

ייתכן מצב הפוך בו גוף הוקם כציבורי, עבר תהליכי הפרטה ולכן יוכר כדו מהותי. שהרי המושג קם מהכיוון הציבורי לפרטי. על הגופים האלה חלה **דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית**. ישנם מספר סוגים של גופים דו מהותיים:

1. גופים הפועלים מכוח זיכיון- לדוג' חברות הכבלים. אלו חברות פרטיות שקיבלו זיכיון מהמדינה לספק שירותים מסוימים. הזיכיון מגיע עם תנאים שהמדינה מכתיבה.
2. גופים פרטים כקבלנים – חברות פרטיות לכאורה, אך החברות הללו הם קבלנים וקבלני משנה של גופים ציבוריים באספקת סחורות ציבוריות (לדוג' חינוך).
3. גופים פרטיים בעלי סמכויות שלטוניות - לדוג' רישיונות נהיגה בינלאומיים ניתנים ע"י חברה פרטית בשם ממסי. אלו שירותים שנעשים ע"י גוף מדינתי (איכון השב"כ לדוג').

**בפסה"ד עופר כיבוי אש נ' בתי הזיקוק לנפט** התעוררה לראשונה שאלת סוגיית דיני המכרזים החלים על גופים דו-מהותיים. באותו מקרה, בז"ן פרסמה מכרז חדש לאחר שעופר כיבוי אש טענה לחוסר שוויון במכרז המקורי. לאחר מכן, עופר כיבוי אש טענה כי המכרז החדש, שהוגבל למוצרים מייצור מסוים, הינו מכרז סגור שנסגר שלא כחוק. בז"ן, הכפופה לדיני המכרזים, פוגעת בציבור, בשוויון ובתחרות ההוגנת. בז"ן השיבה שהחוק לא חל עליה ושמדובר בשיקול מקצועי לגיטימי שביהמ"ש לא יכול להתערב בו.

ביהמ"ש אומר כי לבז"ן מעמד של חברה בהפרטה. תקנות 34(2א) ו34(4) פוטרות ממכרז חברה בהפרטה בכפוף לתנאים מסוימים שבז"ן לא מקיימת. לכן, היא חבה בחובת מכרז ולא יכולה לפעול במנותק מהחובות.

תקנה 34(2א) פוטרת ממכרז התקשרות בשווי 3 מיליון ₪, כאשר היקף מחזור ההתקשרויות של החברה בהפרטה עולה על 2 מיליארד ₪. תקנה 34(4) מתנה את הפטור בשניים- היקף האחזקה של המדינה נופל מ-90% והחברה אינה מספקת באופן בלעדי שירות חיוני לציבור.

ביהמ"ש קובע כי כאשר בוחנים את הוראות הפטור, עלינו לשוות לנגד עינינו את התכלית להטלת חובת מכרזים על רשויות ציבוריות ועל חברות ממשלתיות. דיני המכרזים נועדו לקיים 3 תכליות:

1. שמירה על טוהר המידות ומניעת שחיתות
2. השגת תוצאה אופטימלית עבור הרשות
3. הענקת זכות שווה לכל אזרח להיקשר עם הרשות המינהלית.

פסה"ד מלמד אותו על כך **שסוג המכרז משפיע על הכללים המוטלים על עורך המכרז**. עם השנים התפתחה ההבנה שעל אף הדמיון, דיני המכרזים מנותקים מדיני החוזים.

**המהות היא הקובעת ולא הצורה-** לא משנה כיצד בעלי המכרז קוראים למכרז, אלא המהות של המכרז והאם יש פה הפרטה של השירות והמשאב ויש להחיל עליו את חוק חובת המכרזים.

המכרז הפרטי – המסגרת הנורמטיבית: הלכת בית יולס: בבסיס דיני המכרזים עומד רציונל התחרות. המשתתפים במכרז, מצפים לשורת כללים הוגנים שיעניקו להם שוויון הזדמנויות באפשרות הזכייה במכרז.

* ביהמ"ש קובע כי חברה פרטית נהנות מחופש החוזים. לכן, **דעת הרוב** היא שבמכרז פרטי חלה חובת תו"ל מכוח חוק החוזים, אך אין חובת שוויון והיא אינה כפופה לדיני המכרזים (יש דיני חוזים).
* דעת המיעוט של ברק ושמגר- מחובת תום הלב נגזר השוויון ולכן חברות פרטיות חייבות לנהוג בשוויון.
* גבריאלה שלו ועומר דקל- במכרז פרטי יש חופש חוזים מוחלט ואין חובה לנהוג בשוויון או בתום לב.

# 2) המכרז הציבורי

המסגרת הנורמטיבית מאופיינית בריבוי מקורות וכוללת מספר דברי חקיקה והוראות, יחד עם דיני מסגרת כלליים מענפי המשפט השונים. ביהמ"ש מחיל במצבים כאלה את **עיקרון ההרמוניה החקיקתית**- כלל פרשני שמטרתו החלה אחידה ככל שניתן של הדינים המוסדרים במערכות שונות על גופי השלטון השונים (בכפוף לחריגים).

דיני המכרזים הם דינים מיוחדים השייכים הן לענף המשפט המנהלי (סמכות וסבירות), והן לענף דיני החוזים (תום לב). על הגופים היוצאים למכרז חלה דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית לפיה החלטות של רשות מנהלית כפופות לשני מערכות דין מהותי:

1. עקרונות היסוד של המשפט המנהלי בהתחשב בגוף המפעיל את הסמכות כגוף ציבורי שהוא נאמן הציבור.
2. מערכת המשפט הפרטי בהתחשב במהות הפעולה- במובן הזה, יש לנו כללים וערכים חשובים כתו"ל, תקנ"צ, הגינות וכיו"ב. כל אלה הם מושגים שאנחנו משתמשים בהם בדיני החוזים ולא במשפט המנהלי (מושג הסבירות במשפט המנהלי, מקביל למידתיות במשפט הציבורי ולתו"ל בדיני החוזים).

****2 עקרונות היסוד הקוגנטיים במשפט המנהלי:

1. **עיקרון החוקיות (שבודק את הסמכות)** - הרשות המנהלית מותרת לעשות אך ורק פעולות אשר החוק מסמיך אותה לעשות.
2. **עיקרון הסבירות** - הרשות המנהלית תקבל החלטה השוהה במתחם הסבירות בנסיבות העניין. אין לנו אמות מידה מדויקות להערכת החלטה, כל דבר בנסיבותיו.

**כיצד בוחנים אקט של רשות? תחילה, בודקים האם יש סמכות. לאחר מכן, האם היא סבירה.**

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

**1) במהלך המכרז עצמו** - מנק' המבט של דיני החוזים המכרז הציבורי בשלב היציאה למכרז וניהולו מהווים שלב טרום-חוזי או סוג של מו"מ שמנהלים צדדים לקראת כריתתו של חוזה. לחלופין, יש הרואים בו חוזה נספח הכולל את כללי המשחק שהצדדים למכרז הסכימו עליהם.

נק' המבט הזו מכפיפה את המכרז הציבורי גם לדיני הטרום חוזים או חוזה מיוחד הכפוף לעקרונות ולכללים של דיני החוזים, ובעיקרם לדיני תום הלב. כמעט ואין סתירה בין הנורמות (מנהלי וחוזי) כי הנושא של הסבירות כולל בתוכו את תום הלב והשוויון.

בעצם דיני החוזים נותנים לנו סעד נוסף לתקיפה המכרז – סעדים להפרת חוזה. הסעד שיתקבל תלוי בשלב בו נמצא המכרז. המציע ינסה בד"כ לנסות לקבל סעד דרך הדינים המנהליים שהוא חזק יותר, אבל במקומות מסוימים הוא יכול לעשות זאת במישור החוזי (וגם טענות ההגנה יהיו במישור החוזי).

במצב של סתירה בין שתי הנורמות, הפסיקה קובעת כי העדיפות היא לתחולת המשפט הציבורי (כמעט ואין סתירה, אלא במקרים שאין סעד במשפט המנהלי).

**2) סיום המכרז ובחירת ההצעה הזוכה** – המציעים מגישים הצעה (בלתי חוזרת) בהתאם לתנאי המכרז. משוועדת המכרזים מחליטה לבחור בהצעה יש קיבול ויש חוזה בין הרשות המנהלית למציע הנבחר, עליו חלים דיני החוזים.

חוק חובת המכרזים **–** החידוש העיקרי של החוק הוא **ס' 2 המחיל חובה חוקית כללית** על שורה של גופים ציבוריים וקובע תנאים מסוימים לעריכת המכרז. ניתן לחלק את הסעיף לשלושה רכיבים:

**1) חובה פרסונלית: הגופים עליהם מוטלת החובה לערוך מכרז -** החוק מונה רשימת גופים עליהם מוטלת **חובה פרסונלית** לערוך מכרז. בנוסף אליהם, יש רשימת גופים שכפופים להסדרים נורמטיביים נוספים (כרשויות מקומיות, מערכת הביטחון ועוד). כמו כן, יש גופים הכפופים בחובת עריכת המכרז מכוח **דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית**. אלו הם הגופים הדו-מהותיים (פס"ד התאחדות הכדורגל). עפ"י החוק והפסיקה בבית יולס **גופים פרטיים** לא חבים בחובת מכרז.

תחילה נבדוק האם אותו גוף, מבחינת האופי שלו, כפוף לחובת מכרזים, בין מכוח החוק ובין מכוח הפסיקה. אם מדובר בגוף דו מהותי, עלינו לבדוק האם המכרז הספציפי חב בחובת מכרזים, או שמא הוא פטור.

פס"ד התאחדות הכדורגל: השאלה המשפטית המרכזית בפסה"ד הייתה האם הייתה האם מוטלת חובת קיום מכרז על התאחדות הכדורגלנים, כגוף פרטי, בנוגע לעסקה הספציפית של מכירת זכויות שידור? או שהיא יכולה לפנות לחברה ספציפית ולנהל איתה מו"מ?

ביהמ"ש סבור שלמרות שהתאחדות הכדורגל היא גוף פרטי, מוטלת עליה חובת לצאת למכרז בעסקה הספציפית נשוא הדיון כיוון שהעסק שהיא מנהלת, הוא בעל אופי ציבורי. כמו כן, מדובר בגוף שמבוקר ע"י מבקר המדינה וחלק לא מבוטל מתקציבו מקורו בכספי ציבור. לכן, לאור התפקיד והמעמד שלו הוא בגדר גוף דו מהותי ומשכך תחול עליו דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית.

**המבחנים להחלת החובה לעריכת המכרז** – אופי הגוף ואופי העסקה.

1. **אופי הגוף** - מאפיינים דו מהותיים.
2. **האופי של העסקה הנידונה** – בעניין ההתאחדות:
3. מדובר בזכות ייחודית המהווה מקור הכנסה עיקרי ומשמעותי לגוף;
4. משך ההתקשרות היא לתקופה ארוכה;
5. ככל שמדובר בזכות השיווק והניהול של זכויות השידור – קיים חשש למונופוליזציה ומתן השפעה מכרעת לגורם אחד בשוק זה;
6. ההתאחדות עצמה יצאה לפני זה במכרז, לכן היא בעצמה מבינה שהיא צריכה בנושא הזה להתנהל כרשות מנהלית ולצאת למכרז.

ביהמ"ש מציין שגם אחרי כניסת החוק לתוקף, יחולו דיני המכרזים ביחד עם דיני החוזים. גם אחרי קבלת חוק חובת המכרזים, אנחנו נחיל את דיני המכרזים על גופים דו מהותיים.

עומר דקל בהקשר הזה אומר שצריך תחילה לבדוק כל מוסד לגופו. לאחר מכן, צריך לבדוק האם העסקה הספציפית מחייבת יציאה למכרז. לא כל עסקה שגוף דו מהותי עושה תחויב במכרז, אלא יש לבדוק אם יש עניין לציבור.

יש מחלוקות בעניין חיוב גוף דו-מהותי במכרז בכל פעולותיו. לדוג' בסוגיה של פטור ממכרז אנחנו רואים שמוסדות שחייבים במכרזים, מקבלים פטור במקרים ספציפיים ובעסקאות קטנות משיקולי עלות-תועלת, שהרי **במכרז ציבורי שוויון גובר על יעילות.** אנחנו לא נצא למכרז על רכישת סחורה לא משמעותית וחוזרת, ונמצא פטור ממכרז. לכן, לא הגיוני לחייב גוף דו-מהותי בחובת מכרז, אם מוסד שהחוק חל עליו פטור ממנו.

בחינת מהות העסקה שונה בין גוף פרטי לגוף דו-מהותי. מכיוון שהחלת חובה פרסונלית על גוף דו-מהותי מחייבת את בדיקת העסקה הספציפית כדי לחזק את המסקנה לגבי קיומה של חובה.

**2) קיומה של חובה קונקרטית ומהותית של נושא העסקה –** יש לבדוק האם הגוף המחויב במכרז מתכנן לכרות עסקה החייבת במכרז עפ"י ס' 2 לחוק, וכן האם קיים פטור בחוק או בתקנות ואז אין חובה.

ס' 2 מפרט 4 סוגי עסקאות עליהן חלה החובה לערוך מכרז - טובין (ציוד- מיטלטלין); עסקה במקרקעין; ביצוע עבודה (הקמת בית אבות לדוג') ורכישת שירותים – שירותי ניקיון, אחזקה ועוד.

🡨 ס' 2 הגביל את תחולת חובת המכרזים על גופים ספציפיים ועל סוגי עסקאות ספציפיות, אך הוא עדיין מעורר שאלות פרשניות. **ברגע שיש חובה פרסונלית, אז מירב הסיכויים שתהיה גם חובה מהותית קונקרטית ואז נעבור לשלב הנוסף ונבדוק האם קיים פטור בתקנות.**

בנושא של הענקת רישיון, עומר דקל מציע להבחין בין:

* **רישיון למשאב בלתי מוגבל** (עו"ד/רופא וכו')– יש לעמוד בתנאים לקבלת הרישיון, ואין הצדקה לצאת למכרז.
* **רישיון למשאב מוגבל מכוח רגולציה**–משאבים שאינם מוגבלים עפ"י טבעם, אבל מסיבות שונות הרשות המנהלית מחליטה להגבילם מלאכותית (לדוג' מכסות לייבוא בשר). בגלל שאנשים מתחרים על משהו מוגבל, יש הצדקה לקיים מכרז.

ביהמ"ש בפס"ד מיטראל אומר כי הענקת רישיון אינו בגזר עסקה, אך יש לציין שזה פס"ד חריג. מדובר בהלכה ספציפית לגבי ייבוא בשר. ביהמ"ש בהערת אגב נדרש לשאלה פרשנית זו, ואומר כי לשון החוק די כללית וניתן להכליל בתוכה גם הענקת רישיונות. לכן היקף פריסתו של החוק ייגזר מתכלית החקיקה, שבהתחשב באמור לעיל, מצודדת בפרשנות שהחוק כולל גם הענקת רישיונות ככל שמדובר במשאב ציבורי מוגבל.

* **הענקת רישיון למשאבי טבע המוגבלים מטבעם** (גז, נפט, חוף ים ועוד) מדובר במשאבים מוגבלים ומתכלים ולכן יש חובה לקיים מכרז משום שמדובר במשאב ציבורי. צריך להעניק הזדמנות שווה לתחרות.

**3) סיפא של ס' 2 - משמעות עיקרון השוויון:** בפס"ד קראון ביהמ"ש מדגיש כי מתן יתרון מקדמי למי מהמשתתפים חותר תחת עיקרון השוויון. מכרז הנערך מתוך ידיעה מראש שייבחר משתתף מסוים פוגע בעיקרון השוויון ויש בו משום חוסר תום לב וחוסר הגינות. אין מדובר בפגם טכני-פורמלי אלא בפגם מהותי היורד לשורשו של עניין.

מטרות המכרז הציבורי עפ"י פס"ד קראון:

1. קידום (התקשרות חוזית) יעילות בסביבה תחרותית, עבור הרשות המנהלית המייצגת את כלל הציבור.
2. מניעת שחיתות ומשוא פנים בכל הנוגע לניהול משאבי הציבור; טוהר המידות.
3. הענקת הזדמנות שווה והגונה לכל פרט בחברה המתמודד על ההתקשרות החוזית עם הרשות בשני מובנים:
4. שוויון בזכות להשתתף בתחרות–זהו אינטרס חברתי וכלכלי.
5. שוויון בזכות לזכות במכרז– צריך להקפיד שלכל מציע תהיה הזכות השווה לזכות במכרז ושהתחרות עצמה תנוהל בשוויון בהתאם לכללים שנקבעו מראש.

**אחת הבעיות שיש במכרז ציבורי הוא שהיעילות נוגדת את עיקרון השוויון. אבל החוק קובע שהשוויון עדיף.**

# 3) פטור מעריכת מכרז – ס' 4 לחוק חובת המכרזים והתקנות

נושא הפטור מעוגן בס' 4 לחוק חובת מכרזים, המסמיך את שר האוצר לקבוע בתקנות הסדרים לעניין הפטור.

**בחוק ובתקנות יש 80 הוראות פטור שניתן לחלק ל2 סוגים:**

1. **הוראות פטור כלליות** הקבועות בתקנה 3.
2. **הוראות פטור ספציפיות** שמחייבות גופים ספציפיים:
* תקנה 5 מפרטת 4 קטגוריות של הוראות פטור שעניינין התקשרות עם בעלי מקצוע ומומחים.
* תקנה 25 מונה 33 הוראות פטור המתייחסות לממ"י, הנוספות על הוראות הפטור שבתקנה 3
* תקנה 34 מפרטת 9 הוראות פטור המתייחסות לחברות ממשלתיות, הנוספות על הוראות הפטור הכלליות.
* תקנה 39 מפרטת הוראת פטור נוספת המתייחסת לתאגידים סטטוטוריים.

**הרפורמה בדיני המכרזים מ2009 -**

* **תקנה 1ב: עדיפות למכרז הפומבי** – הרשות הציבורית תעדיף ביצוע מכרז פומבי רגיל, אלא אם מוצדק וסביר בנסיבות העניין לבצע את ההתקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל. תקנה 1(ה) מדגישה את העניין וקובעת שגוף ציבורי יעשה כל שניתן כדי שההתקשרות לא תהפוך לדחופה באופן שמצריך פטור ממכרז. כיום, בעזרת התקנות גופים לא מרוצים יכולים לתבוע משרדים אחרים ואפילו גופים דו-מהותיים.
* **תקנה 1ג**: **פרסום והחלטות** - גוף שמחליט להשתמש בפטור ממכרז יפרסם את החלטתו המנומקת באתר האינטרנט בתוך 5 ימי עבודה ממועד קבלת ההחלטה. על אף ההוראה הכללית הזו, ס' קטן ב של התקנה קובעת שבמקרים מסוימים בהם לא ניתן לפרסם (בטחון, יחס חוץ, קשרי מסחר ועוד) יש פטור מהחובה לפרסם החלטה לקיום הפטור.
* **תקנה 10א: הפעלת מנגנון פיקוח באמצעות הקמת וועדת פטור משרדית** המורכבת ממנכ"ל, חשב ויועמ"ש אותו המשרד. זהו ביטוי לביזור הסמכויות.
* **תקנה 11**: **מנגנון פיקוח באמצעות ועדת פטור כללית הנמצאת במשרד האוצר (החשב הכללי)** ומורכבת מ3 חברים שביניהם החשב הכללי/נציגו, היועמ"ש של משרד האוצר/נציגו וחבר נוסף ששר האוצר ממנה. לוועדה יש 2 סמכויות:
1. **תקנה 13: גוף מפקח עליון** - לוועדות המכרזים המשרדיות יש חובת לדווח על החלטותיה לוועדה הכללית (13(ב)) ולהעבירן לאישורה.
2. **תקנה 12: וועדת פטור ראשונה** –במקרים מסוימים הוועדה תאשר פטורים עפ"י הנדרש מתקנות הפטור כגוף יחיד לאישור או כגוף נוסף.

**התנאים להפעלת הפטור** -

* **תנאים מהותיים** - קיום עילת פטור בתקנות השונות, תוך פרשנות מצמצת של עילות הפטור עפ"י תקנה 1ב (אם ניתן לקיים את המכרז, נעדיף את זה). לדוג' תקנה 3 מפרטת 34 סוגים של עילות פטור.
* **תנאים דיוניים** - מתן אישור לפטור מגורם מוסמך (וועדה משרדית ו/או וועדה כללית/שר האוצר) ופרסום החלטה מנומקת בדבר הפטור.

**דוגמאות לעילות הפטור –** שר האוצר מעניק פטור מקום שבו גובה ההתקשרות נמוך (3(1)); ההתקשרות דחופה (3(2)); מטעמים של ביטחון המדינה (3(3)); המשך התקשרות עם ספק קיים (3(4)) מטעמי יעילות (מושג עמום שדורש נימוק); במצב של ספק יחיד ((3(29) + 3א שמגדיר מהו ספק יחיד); בהתקשרות עם בעל מקצוע מומחה מקום שבו דרושים יחסי אמון מיוחדים; בנסיבות מיוחדות (3(28) – תקנת הסל) ועוד.

הסדרי הפטור לא יוחלו בצורה אוטומטית, אלא יש לשקול האם ראוי להחיל אותן או לצאת למכרז. הרציונל להיקף כ"כ רחב של הוראות פטור הוא **גמישות ודינמיות**, וחוסר היכולת לצפות את כל המקרים שמצדיקים פטור.

החשש הוא כמובן שהמשרדים ינצלו את **תקנת הסל** לרעה במקום להזדקק לתקנות הספציפיות. בפס"ד אבן וסיד ביהמ"ש אומר שניתן לעשות שימוש בעילת הסל גם כשיש עילה קונקרטית, אבל עדיף להשתמש בתקנה הספציפית ולא בתקנת הסל. מדובר בהסדר המאזן בין הצורך בגמישות לבין הרצון להגביל את שיקול דעתה של רשות בהתקשרויות ללא מכרז. עם זאת, ניתן להשתמש בשתי התקנות יחד תוך שהן מאזנות אחת את השנייה **ונפעיל את תקנת הסל ע"י פרשנות מצמצמת**.

ביהמ"ש מדגיש שהכלל הוא יציאה למכרז עפ"י ס' 2, והחריג בדבר פטור ממכרז יתקיים במצבים שבהם שיקולים כלכליים, חברתיים ואחרים מצדיקים מתן פטור מהחובה לעריכת מכרז ציבורי. בכל מקרה, צריך לבדוק האם ההחלטה לפנות לתקנת הסל היא סבירה, כאשר הדרך הפשוטה להוכיח סבירות היא ע"י התקנה ספציפית.

**הרמוניה חקיקתית בפטורים** - בהקשר זה עולות 2 שאלות:

1. מה היחס בין תקנות הפטור שעוסקות בגופים ספציפיים לתקנות הפטור הכלליות? ספציפי גובר על כללי.
2. האם המדיניות הכללית שקובעת עדיפות למכרז ולא לפטור (עפ"י תקנה 1ב) תחול על גופים שבהם הפטורים חלים מכוח תקנות אחרות? כן.

המחוקק קבע כי במכרזים של רשויות מקומיות, הדין שונה, כיוון שהחברי הוועדה הם נציגי ציבור. הבעיה מתחדדת לאור חוסר הדיבור שבין פקודת העיריות לחוק חובת המכרזים והתקנות. בפסה"ד נצרת עילית נ' הרטמן ביהמ"ש קבע כי תקנה 1ב היא תקנת גג שתחול על כל הגופים הציבוריים שחייבים במכרז ותנחה אותם.

# 4) סוגי המכרזים – מכרז פתוח, מכרז סגור, הרשמה בהגרלה ומכרז גמיש

**מהו מכרז?** – אין הגדרה בחוק. דקל והפסיקה מגדירה מכרז כ- **"(1) הזמנה לתחרות מאורגנת, (2) בכללי משחק ידועים מראש (3) לקראת כריתתו של חוזה".** המכרז הוא הצעה להציע הצעות בצורה פומבית שתשמור על השוויון והתחרות בו"ז.

**1) מכרז פומבי פתוח** – זוהי ברירת המחדל עפ"י ס' 2(א) לחוק. רק בקיום חריגים מסוימים שקבועים בחוק ובתקנות, ניתן יהיה לסטות מקיום מכרז פומבי. שלבי המכרז הפומבי:

1. **הכנת מכרז**: קביעת תנאי המכרז (סף + אמות מידה). איך הדבר הזה בא לידי ביטוי? המכרז הפתוח הוא מכרז שקובעים בו כללים מסוימים מ2 סוגים –
	1. תנאי סף - התנאים המינימליים שכל מציע חייב לעמוד בהם
	2. אמות מידה - תנאים שחייבים להיות מפורטים במכרז הנותנים אינדיקציה לאיך בוחרים את ההצעה הזוכה.
2. **פרסום הזמנה פומבית להגשת הצעות –** המשרד יוצא בהודעה פומבית על קיום המכרז. יש להבדיל בין ההודעה הפומבית למכרז עצמו שמפרט לגבי המכרז והליך הגשת ההצעה.
3. **הגשת הצעות עד למועד קבוע וסופי.**
4. **הליך ביניים של בירורים, עדכונים ותיקונים –** בד"כ יש תקופה של בירורים ושעלות שבהם מציעים יכולים לשלוח שאלות הבהרה למוסד שהוציא את המכרז ואז הוא מבין שהוא צריך לתקן משהו במכרז. זה שלב קריטי כדי שלא נפגע בעיקרון השוויון, יש תנאים למתי אפשר לתקן את המכרז.
5. **פתיחת תיבת המכרז במועד קבוע וסופי**
6. **בחירת זוכה עפ"י אמות המידה שנקבעות -** השלב השישי הוא שלב הקיבול.

**2) מכרז סגור -** חריג למכרז הפתוח ומעוגן בס' 4(א)(1)(ב) לחוק. עפ"י תקנה 1, "**מכרז סגור הוא מכרז שמופנה לספקים מסוימים בלבד,** לפי תקנה 4".

עפ"י דקל, כל מכרז שהוא, מרגע שקובעים בו תנאי סף, הוא סוג של מכרז סגור. לכן הוא מציע תנאי נוסף, לפיו- **מכרז סגור הוא מכרז שההשתתפות בו פתוחה בפני ציבור מסוים בלבד ומוגדר מטעמים שאינם נובעים ממהות ההתקשרות**. דרישת הרלוונטיות של דקל, לא התקבלה בפסיקה. לצורך מכרז סגור מסתפקים בעיקר בתנאי הראשון, תנאי הציבור המוגדר, שבתנאים מסוימים יכול להיות פתוח ובתנאים מסוימים יכול להיות סגור.

המבחן הקובע האם המכרז לפנינו הוא פתוח או סגור – הוא מבחן ביהמ"ש אומר שלא מעניין אותנו מה כתוב בכותרת אלא צריך לבדוק את התנאים של המכרז והאם הם תואמים לתקנות.

פס"ד עיריית אילת נ' ממ"י- ככל שהמכרז מופנה לכלל הציבור והפניה ערטילאית יותר, המכרז אינו יכול להיחשב כמכרז סגור. ביהמ"ש יבחן מבחינה מהותית אם המכרז סגור או לא. אחת הדרכים לבחינה היא האם ניתן להצביע על קטגוריה **מסוימת** של ציבור שהמכרז פונה אליה.

**ההצדקות לסגירת מכרז** נובעות משיקולי עלות תועלת; סודיות וביטחון; העדפות כלכליות או סוציאליות של היוצא למכרז.

סגירת המכרז פותחת פתח לסכנות כפגיעה בתחרות וביעילות משיקולי עלות תועלת; שחיתות; קשירת קשר בין המתחרים ותמריץ שלילי אצל מציעים משתתפים או פוטנציאליים להתריע על מעשים פסולים שביצעה הרשות או על פגמים שנפלו בהליך ההתקשרות.

תקנה 16א נועדה להתמודד עם סכנות אלו ע"י קביעת רשימה של נהלים לפיהם צריך להתמודד ברגע שמחליטים ללכת למכרז סגור. כמו כן, תקנה 1ב(ג) מטילה על הרשות חובה לבחון את אפשרות עריכת המכרז הפומבי טרם היציאה למכרז סגור. רק אחרי שבוחנים את האפשרות לערוך מכרז פומבי ורואים שבנסיבות העניין סביר ומוצדק לבצע מכרז סגור, נכנסים לתקנות 4 / 26.

החוק לא קובע היררכיה בין ההליכים המכרזיים השונים. נראה, כי לאור הצורך בהקפדה על קיום עיקרון השוויון והתחרותיות, פטור ממכרז נמצא בתחתית סולם העדיפויות. כאשר פתוחות בפני הרשות מספר אופציות, ההחלטה הסבירה ביותר תהיה קיום הליך יותר שוויוני ולכן "ההיררכיה" היא - פתוח>סגור>פטור.

**שני השלבים לביקורת שיפוטית בקיום מכרז סגור (ולגבי כל מכרז אינו פומבי):**

1. סמכות: האם ניתן להפעיל מכרז סגור? יש לבדוק האם קיימת סמכות בחוק לערוך מכרז סגור לפי תקנות 4 ו26? וכן מבחינה מהותית, האם מדובר במכרז סגור או פתוח? שהרי אותו מכרז יכול בתנאים מסוימים להיחשב סגור ובאחרים לפתוח, תלוי מה המטרה שלו ומה המאפיינים של הקבוצה המתחרה.
2. סבירות: האם הפעלת המכרז הסגור סבירה בנסיבות העניין? גם אם יש סמכות לפי התנאים שבתקנות, עדיין צריך לבדוק האם הפעלת המכרז הסגור בנסיבות העניין הייתה סבירה. לדוג' דווקא בפרשת אילת, ביהמ"ש קבע שהייתה צריך לנטות למכרז סגור ולא פתוח. כך נקבע גם בפס"ד רוזנברג- שם דובר על רלוונטיות הגבלת זהות המשתתפים ביחס למטרות המכרז, ועל אבחנה בין אפליה פסולה לאבחנה מותרת, בהתאם למטרות המכרז ומאפייני הקבוצה השונים.

לגבי המבחן השיפוטי – ביהמ"ש בפרשת אילת קבע כי ההחלטה אם זה סביר או לא סביר נתונה לגוף היוצא למכרז בנסיבות העניין שהסמכות לעשות כן נתונה בידו.

**חוקיות המכרז הסגור:** פס"ד רוזנברג נ' ממ"י- על הרשויות חלה חובות המנהל התקין. לכן, מקום שבו המכרז מבצע אבחנה, יש לבדוק האם היא הבחנה מותרת או אפליה פסולה לאור תכלית המכרז. דעת הרוב סבורה כי עמידה על זיקה למקום מגורים הינה אבחנה מותרת לצורכי מכרז, בהתאם למטרות המכרז. בניגוד לדעת המיעוט של חשין.

**3) הרשמה והגרלה** - ההליך הזה מוגדר בס' 32 לחוק החוזים וס' 224 לפק' העונשין. השימוש בהליך של הרשמה והגרלה יהיה סביר כאשר יש פער בין ההיצע לבין הביקוש. הליך ההגרלה אמור להיקבע מראש, טרם פרסום המכרז. זה לא נעשה בדיעבד.

**מהלך המכרז בהרשמה ובהגרלה:**

1. הכנת מכרז: קביעת תנאים עפ"י מטרת המכרז. התנאים צריכים לכלול מחיר קבוע ומשותף לכלל המגישים.
2. פרסום הזמנה להרשמה של משתתפים שזהותם נקבעת מראש עפ"י תנאי המכרז
3. רישום משתתפים למכרז עד למועד קבוע
4. בדיקת כשירות הנרשמים
5. עריכת הגרלה בד"כ במועד מסוים
6. בחירת זוכה.

בפרשת אילת, ביהמ"ש אומר שקביעת הזוכה בדרך של הגרלה אינה מוציאה את התחרות מן המסגרת הנורמטיבית של דיני המכרזים. מרגע שההצעות שוות מבחינת המחיר, אין דרך להצדיק בחירה במציע מסוים ודחיית האחר. לכן הגרלה היא דרך הבחירה השוויונית בנסיבות העניין, משום שהיא שומרת על שוויון הסיכויים וכך אינה פוגעת באלמנט התחרות. **עריכת הגרלה היא אמצעי שוויוני רק אם אוכלוסיית המועמדים נבחרה עפ"י אמת מידה שוויונית** ותוך התחשבות במהות התכלית הציבורית שהרשות מבקשת להגשימה.

מתי אפשר להשתמש בהיבט של הגרלה? כאשר יש תכלית ציבורית מוגדרת וראויה ומיועדים לקידום השגתה.

**4) מכרז גמיש** - מכרז שכולל בתוכו הליך של משא ומתן, לאחר שלב הגשת ההצעות, ומשאיר לנציגי הרשות מרחב תמרון, גמישות ושיקול דעת בעריכת התקשרות אופטימלי עבור הרשות.

המסגרת הנורמטיבית להפעלת המכרז הגמיש מעוגנת **בתקנה 7(א)** המפרטת 7 מצבים בהם המכרז יכול לכלול תנאי שיאפשר ניהול מו"מ עם המתמודדים בו.

**המטרה של המכרז הגמיש** היא לשמור על הוודאות של ניהול המכרז בתנאים קבועים מראש. אבל המכרז נועד לתת לרשויות הזדמנות לנהל מו"מ במיזמים יחסים מורכבים וגדולים בעלי השלכות משמעותית ולשפר את המעמד שלהם בדרך לכריתת החוזה הטוב ביותר עבור הרשות.

**תקנה 7(ב)** קובעת את הכללים בניהול מו"מ עבור הרשות- לציין את הדבר הזה בתוך מסמכי המכרז כדי שהמציעים ידעו שיתכן ויתנהל מו"מ על ההצעות שלהם. אם זה לא נכלל במסמכי המכרז ופתאום הרשות רוצה לנהל מו"מ, אפשר לטעון נגדה.

החשש הוא שברגע שפותחים את מסמכים המכרז, הוועדה יכולה להחליט מראש למי לפנות במו"מ מסיבות אישיות ולא מקצועיות ולפגוע בהגינות ההליך. כדי להימנע ממצב של שחיתויות, **תקנה 7(ג)** קובעת עקרונות בסיסיים של שקיפות והוגנות שעל פיהם וועדת המכרזים חייבת לנהל את המשא ומתן.

גם אם הייתה הודעה שהמכרז יתנהל כמכרז גמיש, זה עדיין לא אומר שחובה לנהל מכרז גמיש. עפ"י תקנה 7(ה) וועדת המכרזים יכולה להחליט שלא לנהל משא ומתן, במקום שבו היא טרם החלה לנהל משא ומתן עם אף מציע למען השוויון. או במקום שבו כל המציעים הסכימו לוותר על ניהול המו"מ.

# 5) וועדת המכרזים

עפ"י תקנה 8א וועדת המכרזים מורכבת ממנכ"ל המשרד כיו"ר הוועדה, חשב המשרד, היועמ"ש של המשרד ועוד שני חברים נוספים מעובדי המשרד שימנה המנכ"ל.

מעמד היועמ"ש והחשב עפ"י תקנה 10(ב) הוא להיות שומרי הסף ולשמור על תקינות ההליך המכרזי. מצד אחד, אין לקולותיהם מעמד של ווטו, אלא יש להם קול בשלב הדיון כמו הקולות האחרים בוועדה. ייתכן שעמדתם המקצועית תוכל לשמש וטו במידה והולכים לפיה, אבל חברי הועדה יכולים גם שלא ללכת לפי ההנחיות המקצועיות. מצד שני, אם העניין יגיע לביהמ"ש, וביהמ"ש יראה כי עמדה היועמ"ש או החשב הייתה שונה, זה יכול להשפיע על החלטת ביהמ"ש.

התקנות מאפשרות לשר להקים **וועדות מכרזים מיוחדות** שמתאימות לאופי של הפרויקטים השונים במשרד:

* **תקנה 8(ב): וועדה עצמאית ליחידת סמך שאינה כפופה למנכ"ל הכללי** – קמה מטעמי יעילות, בעיקר עבור יחידות שמתנהלות בצורה עצמאית מהמשרד הממשלתי, ובעלות אופי ייחודי ויוצא דופן ביחס לשאר המשרד.
* **תקנה 8(ג):** **וועדה מקצועית -** ניתן למנות וועדת מכרזים נפרדת לעניינים ספציפיים שדורשים התמקצעות ספציפית (היא קמה בעיקר כשמדובר על נושאים יותר מיוחדים). וועדה מקצועית יכולה להיות גם וועדה עצמאית או וועדה אדהוקית.
* **תקנה 8(ד): וועדה בינמשרדית** - כאשר מספר משרדים ממשלתיים רוצים לרכוש טובין או לקבל שירותים מסוימים במשותף. מטעמי יעילות ניתן להקים וועדת מכרזים בין-משרדיות שהתפקיד שלה הוא לדאוג להוצאה לפועל של אותו פרויקט. התנאי הוא שהרכש יהיה משותף לכל המשרדים.
* **תקנה 8(ה): וועדה אדהוקית** - החשב הכללי רשאי למנות וועדת מכרזים לעניין מסוים. היא יכולה להיות וועדה עצמאית.

וועדות המכרזים המיוחדות קמות מטעמים של יעילות ומקצועיות. הסיבה לפירוט סוגי המכרזים היא כי במשפט המנהלי צריך סמכות מפורשת כדי לפעול.

**תפקידי וועדת המכרזים ב4 שלבי המכרז –** השלב הטרום מכרזי, פתיחת המכרז, בחירת הזוכה וחתימת החוזה לאחר סיום המכרז.

**1) השלב הטרום מכרזי –** עפ"י תקנה 8א וועדת המכרזים מספר תפקידים. ביניהם- החלטה על יציאה למכרז (8א(1)); החלטה על הליך של פנייה מוקדמת לקבלת מידה (8א(2)); החלטה על סוג המכרז (8א(3)); החלטה על עריכת המכרז ואישור מסמכי המכרז (8א(4)); סיווג התקשרות כאמור בתקנה 9 שמדברת על פטורים (8א(7)); ועוד..

**סמכויות הוועדה**

**- תקנה 9(א)(1): אישור פטור ממכרז –** תקנה 9 מלבישה עוד כובע לוועדת המכרזים. במקרים מסוימים היא מתפקדת **כוועדת פטור** שמאשרת את ההחלטה לא לערוך מכרז ולהפעיל את התקנה. את הסמכות יש להפעיל בכפוף לתקנה 1ב.

ככלל, כדי לקבל פטור יש לפנות לוועדת הפטור. אין ספק שלוועדת המכרזים יהיה יותר קל להפעיל את סמכותה לתת פטור, אבל בדיוק מהסיבה הזו יש לנו את היועמ"ש בתוך הוועדה, שצריך לפרט מדוע בנסיבות האלה סביר לתת פטור

**המבחנים למתן פטור**

1. יש לוודא כי נסיבות ההתקשרות הספציפיות שלגביהן מבוקש פטור מעריכת מכרז תואמות את התנאים הנדרשים באחת הוראות הפטור הקבועות בתקנות. דרישה זו מהווה תנאי הכרחי, אך לא מספיק כדי לקבל אישור להתקשרות ללא מכרז.
2. על וועדת המכרזים להשתכנע שקיים בנסיבות העניין טעם ענייני להימנע מעריכת מכרז פומבי ושצורת ההתקשרות המבוקשת עדיפה על מכרז פומבי. לא מספיק שיש תקנה, אלא צריך להראות בפרוטוקול שבנסיבות העניין מן הראוי להפעיל את הפטור (מטעמי שקיפות ונימוק). כן צריך לבדוק האם ניתן להשיג את מטרות ההתקשות באמצעות פטור רך. ובמקרה שכך הדבר, להעדיף פתרון זה על פני פטור גורף.

**- תקנה 9(א)(2): סמכות להחליט על סיווג ההתקשרות** - אם וועדת המכרזים מחליטה לא ללכת בדרך המלך של תקנה 1ב ולא לצאת למכרז פומבי (לדוג' לצאת למכרז סגור), היא צריכה לסווג את ההתקשרות ולעצב את תנאי המכרז שנבחר.

**- תקנה 9(א)(3): חובת הנמקת ההחלטה (עיקרון השקיפות) -**  על וועדת המכרזים לדון בבקשה, בשים לב לתקנה 1ב. בנוסף, על הוועדה לנמק את ההחלטה והסיווג למה בנסיבות המקרה היא בוחרת לסטות מהכלל לפי ס' 9(א)(2).

**- תקנה 17ב: סוגי הליכים תחרותיים** - התקנה מסמיכה את וועדת המכרזים להחליט על אופן ההליך התחרותי במכרז ומעורבת בכל שלבי עיצוב המכרז. **במובן הזה וועדת המכרזים היא הגוף החשוב ביותר בהליך המכרזי.**

**2) שלב פתיחת המכרז-** לוועדת המכרזים תפקידים רבים עפ"י תקנה 8א(א)(5). ביניהם- לבדוק/לפסול/לדחות הצעות, לבחור את ההצעה/כמה הצעות מתאימות ביותר ולנהל מו"מ לפי תקנה 7. חשוב לציין כי עפ"י תקנה 21 הוועדה חייבת לבחור את ההצעה הטובה ביותר. אם היא רוצה לסטות מהכלל ולהכניס שיקולים נוספים צריך להוסיף אמות מידה.

פס"ד קל בניין- ביהמ"ש קובע כי:

* הבהרות יכולות להיות חוקיות, בהתחשב בהיקף הפרויקט ובמורכבותו.
* ביהמ"ש מגדיר את וועדת המכרזים גם כוועדה מנהלית וגם כוועדה מקצועית. ביהמ"ש יתערב בהחלטות המקצועיות רק כאשר הן נוגדות את הכלליים המנהליים.
* ביהמ"ש יתערב רק במקום שתהיה סטייה גדולה מעקרונות היסוד של דיני המכרזים ולא כאשר יש פגם טכני או מקצועי.
* דיני המכרזים הבסיסיים אינם ניתנים להתניה. לא יכול להיות מכרז שנוגד את עקרונות היסוד של דיני המכרזים. אם יש סתירה, יש 2 אופציות: פירוש ברוח עקרונות היסוד של דיני המכרזים (עקרונות המשפט המנהלי, הגינות, שוויון ותחרות) וביטול הסעיפים הבעייתיים במכרז.

**תקנה 20: סמכויות הוועדה**- לבדוק הצעות בתוך זמן סביר ממועד פתיחת תיבת המכרז; לתקן טעות סופר או טעות חשבוניות שנתגלו בהצעות; לפסול הצעות ועוד.

**3) תקנה 21: שלב בחירת הזוכה**- לאחר סיום בדיקת כל ההצעות, הוועדה רשאית לבחור בהצעה המתאימה ביותר או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא. עפ"י תקנה 17א וועדת המכרזים יכולה להוסיף אומדן שווי התקשרות. עפ"י תקנה 21(א1) במקום שבו יש פער גדול בין האומדן להצעות, התקנה מאפשרת לוועדת המכרזים לקבוע כי כל המשתתפים במכרז יגישו הצעת מחיר חוזרת ומשופרת.

תקנה 21(ב) קובעת בצורה מפורשת שהוועדה תבחר בהצעה זולה ביותר או הגבוהה ביותר, אלא "אם החליטה שלא לעשות כן מסיבות מיוחדות או מטעמים מיוחד שנרשמו ולאחר שניתנה לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, הזדמנות להביא בפניו את טענותיו."

במצב שבו וועדת המכרזים לא יכולה לקבל החלטה בנוגע להצעה הטובה ביותר, תקנה 8א(10) מאפשרת להיוועץ **ביועץ מקצועי חיצוני לוועדה**, שאינו חבר בוועדת המכרזים (בד"כ גורם מקצועי מהשדה של ההצעה).

מה הנפקות של הייעוץ הזה? תקנה 8א(ב) קובעת כי וועדת המכרזים אינה רשאית לאצול את תפקידיה. הסיפא של התקנה קובעת שלמרות זאת, היא רשאית למנות **וועדה משנה** ואפשר שהחברים בה לא יהיו חברים בוועדת המכרזים, אלא גורמים מקצועיים חיצוניים. דרישה זו כאמור, לא מחליפה את החברים בוועדת המכרזים. הוועדה צריכה לדון בחוות הדעת ובסופו של דבר להחליט (זה מתאים בעיקר למכרזים מורכבים).

**4) השלב לאחר סיום המכרז** – תפקידי הוועדה עפ"י תקנה 8א הם:

* (8) סמכות להחליט על חילוט ערבות (ההחלטה על חילוט ערבות מתרחשת כאשר מציע יוצא מן המכרז).
* (9) יש זכות מימוש ברירה של משרד הכלולה בחוזה.
* (11) לאשר שינוי מהותי בתנאי חוזה שנכרת בעקבות המכרז.
* (12) לקבל כל החלטה הנדרשת לצורך ביצוע תפקידיה.
* (13) כל תפקיד אחר שנקבע לה לפי תקנות אלה ולפי כל חיקוק.

**תקנה 10(א): דרכי קבלת ההחלטות של וועדת המכרזים** - יתקבלו ברוב, יהיה מנומקות, יירשמו בפרוטוקול וייחתמו בידי חברי הוועדה הנוכחים בישיבה. החובות האלה מאפשר לנו לפקח על פעולות הוועדה.

**תקנה 10(ג) ניגוד עניינים** - התקנה קובעת שבמצב שבו היה לחבר הוועדה, לקרובו או לתאגיד שהוא בעל עניין בו, או ליועץ או לחבר וועדת משנה, עניין אישי או מוסדי בנושא הנידון בוועדה, אותו אדם לא ישתתף בדיון ובמקומו ימונה חבר אחר לאותו נושא.

**האיסור על חברי הוועדה הוא מוחלט**! בפרשת י.ב.ם נ' משרד המשפטים, ביהמ"ש קבע כי על החשש לקיומו של ניגוד עניינים צריך להיות חשש סביר (אובייקטיבי) ולא חשש ממשי (סובייקטיבי). עם זאת, עצם החשש לא יביא לביטול אוטומטי של החלטות הוועדה, אלא צריך לבדוק בנוף האם באותו מקרה היה גם פגם מנהלתי בהליך קבלת ההחלטות או שניתן יחס שוויוני ביחס לכל המציעים.

בפס"ד אבן הבונים - ביהמ"ש קבע כי היכרות עם חבר או יועץ בוועדה אינה יוצרת כשלעצמה משוא פנים פסול. כדי לשמור על יחס שוויוני חובה להעמיק היכרות עם שאר המציעים.

פס"ד אילן נ' עיריית ת"א– לדעת ביהמ"ש, היכרות מוקדמת של חברי וועדה עם מציעים אינה פסולה כשלעצמה, אלא כשנלווה לכך פגם מנהלתי – חוסר דיווח על פגישה בין חברי הוועדה למציעים. על חברי הוועדה להתנהל בצורה שוויונית- במידה והוא מקיים פגישות עם המציעים, עליו להיפגש עם כולם ולרשום זאת בפרוטוקול. השוויון הוא שוויון מהותי ולא פורמלי שסותר את עיקרון משוא הפנים.

**אבחנה בין ניגוד עניינים מוסדי לאישי**

1. ניגוד עניינים מוסדי: בין האינטרס הרשות לבין אינטרס הנציג כממלא תפקיד ציבורי אחר
2. ניגוד עניינים אישי: בין אינטרס הציבור בעריכת המכרז לבין האינטרסים האישיים של הנציג.

למכרז יש להגיע בלב פתוח ונפש חפצה וללא עמדה מוקדמת שתיתן יד למכרז תפור. יש להבחין בין **דעה קדומה** שאחרונה תפסול את פלוני מהיותו חבר וועדת מכרזים (אחרת, הדבר ייראה כמעילה בתפקיד) שכן דעה היא שאינה ניתנת להבקעה, לבין **דעה מוקדמת** – שאין בה כדי לפסול את אלמוני מהיותו חבר בוועדה.

**עקרון העל: שקיפות.** כולל 3 רכיבים (חשין):

1. **דיווח**: על חבר הוועדה לדווח לוועדה על כל נתונים שיש בהם כדי להשליך על ההחלטה של הוועדה לגופה, לרבות נתונים אישיים של חבר וועדה העשויים להשפיע על החלטתו.
2. **תיעוד**: הוועדה חייבת לרשום פרוט' אשר ישקף את עיקרי המידע שהובא לפניה ואת ההחלטות שנתקבלו בעקבות אותו מידע. אם לא נוהל, התוצאה נבחנת לפי נסיבות המקרה.
3. **גילוי**: מסמכי המכרז; פרוטוקולים; חוות דעת; נימוקי החלטה בכפוף לצנעת הפרט ושמירה על סוד מסחרי.

🡨 כאשר שלושת רכיבים אלו מתקיימים, הם נותנים לנו איזה עוגן לתקינות של המכרז.

**תקנות 11-12: וועדת הפטור הכללית -** יש 2 סוגים של וועדת פטור – וועדת פטור משרדית וועדת פטור כללית. כל תקנה מפנה לוועדה מסוימת. עפ"י תקנה 11, וועדת הפטור הכללית יושבת במשרד האוצר ומורכבת ממנכ"ל המשרד, החשב הכללי והיועמ"ש של משרד האוצר. עפ"י תקנה 12(א) לוועדת הפטור הכללית סמכות יחידה – והיא לאשר פטורים כאשר שווי ההתקשרות עולה על 4 מיליון ₪. זה התפקיד היחידי שלה - לתפקד כמפקחת על סמכות הועדה לתת פטור ממכרז.

# 6) השלב המקדמי: הכנת המכרז, תנאים והוראות ומסמכי המכרז

הכנת המכרז מורכבת משלושה שלבים:

1. **שלב מקדמי** – בחינת מטרת ההתקשרות ובדיקת אישור תקציבי. זה השלב שבו המשרד מחליט שהוא רוצה לצאת למכרז.
2. **עיצוב כללי המשחק** – עיצוב המכרז, איך הוא יראה ועוד.
3. **עיצוב החוזה הנספח** - עיצוב החוזה הסופי שייכרת בין הרשות המציעה לבין הזוכה במכרז. הוא ב"ד מנוסח כבר בהליך פרסום המכרז, ומצורף כנספח לחוברת המכרז (נדבר על זה בשיעור הבא).

המטרה הסופית של שלושת השלבים האלה היא להגיע להתקשרות הטובה ביותר תוך שמירה על טוהר המידות ושוויון הזדמנויות בין המציעים.

**שלב 1: לימוד השוק –** רלוונטי בעיקר להתקשרויות מורכבות ומידת לימוד השוק משתנה בהתאם לנסיבות העניין. זה שלב קריטי וחשוב מכיוון שהוא מאפשר לוועדת המכרזים לנסח מכרז כמה שיותר מדויק ויעיל.

**תקנה 14א: פנייה מוקדמת לקבל מידע**- הליך "מיני" מכרזי. מאפשר לוועדה לפנות לאנשי מקצוע כדי לקבל את המידע המקסימלי הרלוונטי שדרוש לה בעניין ההתקשרות. תקנות 14א(ב-ה) קובעת כי הפנייה צריכה להיות פומבית; שוויונית; מתועדת ולא תקנה יתרון במכרז למי שנענה לפנייה. בפועל, יש פער בין המשפט בספרים למשפט בפעולה.

**שלב 2: עיצוב המכרז**- עפ"י תקנה 17(ב), שלב זה כולל מספר שלבים-

1. קביעת תנאי הסף להשתתפות במכרז – מהם תנאי הסף; מטרות תנאי הסף; משמעות תנאי הסף הפוגע בחופש העיסוק.
2. קביעת מנגנון ההתקשרות במכרז הראוי ביותר – פתוח / סגור / פטור / הרשמה והגרלה.
3. קביעת כללי המכרז – מחיר רצפה, תקרה או ללא מחיר; האם המכרז יכלול שלבים; האם יהיה כנס ספקים.
4. ניסוח החוזה.
5. החלטה לגבי ערבות.
6. קביעת אמות המידה לבחירת זוכה.
7. קביעת אומדן.

**מהות תנאי הסף** – תנאי הסף הם "כרטיס הכניסה" למכרז. ביהמ"ש מקפידים מאוד על עמידה בתנאי הסף, אך לא יטו לפסול תנאי סף הקבועים במכרז (אלא רק במקרים קיצוניים ביותר), משום שזהו עניין מובהק של שיקול דעת.

**ס' 2א לחוק: קביעת תנאים להשתתפות במכרז**- עפ"י ס' 2א(א) תנאי הסף חייבים להיות קשורים בחוזה ההתקשרות וסבירים במובן שהם מתחייבים מאופי העסקה ומהות המכרז. התוספת לחוק קובעת אמות מידה לגבי מהם תנאי סף סבירים מבחינת מהות תנאי המכרז לגבי ותק (שנה/משך ההתקשרות-חמש שנים לכל היותר); ניסיון קודם (עבודה 1 באותו היקף כספי או 3 עבודות במחצית ההיקף); היקף מחזור כספי והיקף ייצור או הספקה.

ס' 2א(ב) לחוק קובע כי אם המציע מציב תנאים מחמירים מאלו שבתוספת, עליו לנמק את החלטתו במסמכי המכרז. ועדיין, אפילו אם דרישות הסף החורגות מהתוספת מנומקות, לביהמ"ש יש סמכות להתערב. ביהמ"ש לא נכנס לשאלה האם תנאי הסף נכונים מבחינה מקצועית, כל שהוא יכול לבדוק זה האם הייתה חריגה ממתחם הסבירות, כאשר אמת המידה שלו בעניין הקטגוריות המנויות היא התוספת לחוק.

**שני סוגים של תנאי סף -תנאי סף שבדין ומחייבים כל מכרז ותנאי סף שלבחירה**

**1) תקנה 6(א): תנאי סף חובה**- השתתפות במכרז מותנית ברישיון/רישום/תקן/כל אישור שנדרש לצורך המכרז. אם לא מציינים את הדברים האלה במכרז (ואפילו בצורה כללית), יש פגם בהליך המכרזי וביהמ"ש יטה להתערב.

**2) תקנה 6(ב): תנאי סף לבחירה**- ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז **בתנאים ענייניים נוספים.** תנאי ענייני הוא תנאי שקשור לנסיבות המכרז ולמימוש אופטימלי של מטרת המכרז. הרשימה המצוינת בתקנה 6(ב) היא רשימה פתוחה.

**מבחן לסבירות תנאי הסף**- כל עוד הסינון מבוסס ומסתמך על שיקולים ענייניים, הוא איננו אלא הבחנה מותרת, המבוססת על שוני רלוונטי שקשור למכרז, ועל כן, נשמרת במסגרתה הזדמנות שווה למציעים שווים.

**היעילות שבקביעת תנאי הסף היא גם יתרון וגם חיסרון.** מצד אחד היא מנפה הצעות לא מתאימות ומצד שני יכול להיות שהיא מנפה גם הצעות טובות. מה הפתרונות במקרה הזה?

1. **הפיכת תנאי הסף לאמות מידה**
2. **המרת תנאי כסף כמעבר לשלב הבא ולא ניפוי מראש**

**תנאי סף לדוגמא-**

* תנאי להיעדר רש"פ והליכי חקירה פתוחים יהיו סבירים מקום שיש במכרז יחסי אמון מיוחדים. שהרי העבריין שילם את חובו לחברה והגבלתו בהגשת מועמדות תיראה כמו עונש כפול.
* תנאי לניסיון עבודה יכול להיראות כתנאי הפוגע בחופש העיסוק. בעניין זה, תקנה 6(ב) קובעת כי דרישת הניסיון הקודם כוללת שלושה מרכיבים עיקריים- מרכיב מהותי המתייחס לסוג הניסיון הנדרש; מרכיב פרסונלי המתייחס לשאלה במי צריכה להתקיים דרישת הניסיון ומרכיב ראייתי המתייחס להמלצות, לאישורים ולמסמכים אחרים שיש בהם כדי להעיד על קיומו של הניסיון הדרוש.
* תנאי סף כפוגעים בשוויון-

פס"ד מעלות שער העיר נ' משרד האוצר – ביהמ"ש קובע כי תנאי של קידום העדפה מתקנת או קידום מדיניות ממשלה יכול להיחשב כתנאי הגיוני ובלבד שניתן להשיג באמצעותו שוויון במובן הרחב.

פס"ד מתן שירותי בריאות- בשאלת פרשנות המכרז, ביהמ"ש אומר שעל וועדת המכרזים לנסח מכרז כמה שיותר מדויק. כך, יוותר מקום מועט ל'פרשנות יצירתית' ויישמר עיקרון השוויון. הצורך בבהירות ובהקפדה זוכה למשנה תוקף כשמדובר בתנאי סף במכרז. אופיים הבינארי של תנאים אלה, מחייב הצגת תמונה ברורה של דרישות הסף, משום שאי בהירות, עלולה להביא מציעים בכוח להימנע מלגשת למכרז בשל סברתם כי הם אינם מקיימים את תנאי הסף, ולחילופין להביא להשקעת יתר מטעם מציעים כדי לקיים תנאים שבדיעבד יתברר כי אינם נדרשים.

הכלל הוא שאם יש כמה פרשנויות, תועדף מטעמי הגינות, פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז ומכניסה כמה שיותר מציעים, על פני פרשנות הפוסלת אותם. עם זאת, כאשר ביהמ"ש יכול לפרש את המכרז בצורה תכליתית, כדי להגיע לפרשנות הנכונה והראויה של התנאים העמומים, נעדיף אותה. כך המכרז לא ייפתח בפני כ"כ הרבה אנשים.

**ביהמ"ש כביכול אמר דבר והיפוכו – פרשנות רחבה מול פרשנות תכליתית. אבל בעצם קודם כל נפנה לפרשנות תכליתית. אם אפשר להבין את התכלית ממסמכי המכרז וכו' נלך לפי התכלית של הוועדה. אבל אם אי אפשר להבין, ביהמ"ש יבחר בפרשנות רחבה כדי לשמור על שוויון.**

**אז בנוסף לדרישת הענייניות של תנאי הסף יש לנו גם דרישת בהירות - ניסוח מדויק שיביא לכמה שפחות פרשנות.**

🡨 אם כך, קידום מדיניות ממשלה לא תמיד יאפשר הכנסת תנאי סף מפלים. מצד אחד, ביהמ"ש בשירותי בריאות אומר שכשיש עניין שנתון לפרשנות, נעדיף פרשנות שתכניס כמה שיותר מציעים. אבל מצד שני, אם יש כל מיני דברים מסביב שמצביעים על כוונת הוועדה במכרז הספציפי הזה, נלך למקום הוודאי (ספציפי).

**תקנה 16ב(א): צירוף ערבות בנקאית במכרז**- ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בהפקדת ערבות. אין בתקנות ובחוק, איזושהי הנחיה לגבי נוסח כתב הערבות וכו'. תקנה 17ב(4) קובעת באופן כללי שאם הוועדה ביקשה ערבות, התניה צריכה לכלול את סוג הערבות, תנאיה, גובהה ומשכה. בעיקרון, זו חזרה על תקנה 16 ושתי התקנות מנוסחות בלשון כללית מדי.

**תכליות הערבות הבנקאית**: למה שעורך מכרז ירצה להוסיף ערבות בנקאית

* חילוט כאמצעי הרתעה - 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.
* למנוע קשירת קשר בין המציעים או סחר בזכייה.
* עמידה במבחן החוסן הכלכלי של המציע –כשבנק מוכן לתת ערבות, נוצרת מעין חזקה של אמידות כלכלית.
* מניעת קלות דעת – יש בערבות כדי לוודא שהמציע גמר בדעתו ומתכוון להתקשר עם המזמינה במידה ויזכה.

בקובץ הוראות התכ"מ נקבע ככלל ששיעור הערבות הנדרש יהיה 5% מערך ההתקשרות כולל מע"מ. הבעיה בהוראה הזו, היא שבמקום שנדרוש סכום קבוע מכל המציעים, דרישת אחוז מסוים מההצעה גורמת לכך שאין אחידות בין הערבויות הנגבות וזה יכול לפגוע בשוויון.

**תקנה 22(א): אמות מידה-** אמות מידה זה רשימה של תנאים שאמורים להעריך את טיב ההצעה ומאפשרים לוועדה לבחור את ההצעה הטובה ביותר כפי ראות עיניה. אלו לא תנאי סף, אבל אותו תנאי שאנחנו מסווגים כאמות מידה יכול להיות תנאי סף לבחירת עורך המכרז. תקנה 22(א) מונה רשימה של אמות מידה (שאינן מחייבות) לבחירת ההצעה הטובה ביותר. ביניהן- המחיר; איכות השירות; אמינות המציע; המלצות; דרישות מיוחדות והתנהלותו בנוגע לזכויות עובדים.

אמות המידה האלה יכולות להילקח בחשבון, אך עליהן להיות מצוינות כאשר עורך המכרז בודק אותן עפ"י תקנה 22(ב), מתוך רציונל של שקיפות והגינות כלפי המציע שידע איפה לשים את כובד המשקל בבניית ההצעה.

עפ"י תקנה 22(ג) הכלל הוא שמרגע שוועדת המכרזים קבעה משקל יחסי לאמות המידה, חובה עליה לכלול אותן במסמכי המכרז ולפרט את המשקל היחסי שיינתן להצעות ולאמות המידה. החריג עפ"י תקנה 22(ג)(2) הוא שהוועדה יכולה לא לפרסם את השיעורים היחסיים של אמות המידה, אם הפרסום יפגע בניהול התקין של המכרז. כמובן, על החלטה זו להירשם בפרוטוקול ולהיות מנומקת.

**2 סוגים של אמות מידה-**

* **אמות מידה שנועדו להעריך את טיב ההצעה**- יש לרשות אינטרס לפרסם את משקלן של אמות מידה אלו כדי לשפר את הסיכוי להתקשרות יעילה.
* **אמות מידה שנועדו להעריך את טיב המציע**- ניתן להטיל ספק בקיומו של אינטרס ציבורי לפרסמן מראש במסמכי המכרז.

הוועדה קובעת את אמות המידה בעניין טיב ההצעה לאחר שלמדה את השוק ויודעת מה היא רוצה ולכן יש פחות גמישות. לעומת זאת, בעניין טיב המציע אין וודאות ולכן עדיף להשאיר את זה פתוח ולנתב את זה בהתאם להחלטות שיתקבלו. לכן, הוועדה רשאית לא לפרסם את הניקוד של אמות המידה יותר כשמדובר באמות המידה לגבי טיב המציע, ופחות לגבי טיב ההצעה (כמובן לאחר שנימקה כדי להפחית את החשש משחיתות).

**תקנה 22(ד): גמישות כחריג לכלל-** במצב שבו הוועדה לא קיבלה הצעות לפי מה שהיא חיפשה, היא רשאית לשנות את הניקוד על האיכות המזערי (ניקוד המינימום) של ההצעה.

**תקנה 17א: אומדן שווי התקשרות**- האומדן הוא מסמך שמעריך ונועד לתת קנה מידה לגבי שווי ההתקשרות של העסקה נשוא המכרז העתידי. האומדן משקלל גם את המחיר המינימלי שלא יהיה נפסד עבור המציע. האומדן הוא יותר כמו אמת מידה. מי שלא יעמוד באומדן, ינקדו אותו פחות.

עפ"י תקנה 17א(א) וועדת המכרזים פונה לגורם מקצועי והוא זה שמכין את שווי ההתקשרות. עפ"י סעיף ב האומדן חסוי גם למזמין וגם למציעים. לפי ס' קטן ג ניתן לערוך אומדן בכל עת, כאשר מדובר במכרז שבו המשרד עצמו רוכש או שוכר נכס במקרקעין. כיוון שאין מה לאמוד בשלב המקדמי שבו עוד אין נכס כדי שנעריך את השווי שלו. בנוסף, לא רוצים שייווצר מצב שבו מציעים שמוכנים להציע את הנכס במחיר נמוך מהאומדן, אבל בגלל האומדן הוא יציע השכרה במחיר גבוה יותר.

פס"ד שלג לבן נ' עיריית אשקלון**-** לא צריך לקבל את האומדן כמובן מאליו, אלא יש לבדוק את חוקיותו, כיוון שלפעמים האומדן יכול להיות לא חוקי ולתמרץ מציעים להציע הצעות שפוגעות בזכויות עובדים וחתור תחת מטרות דיני המכרזים. ביהמ"ש אומר בפירוש כי הגשמתו של משפט העבודה היא ממטרות דיני המכרזים.

**שלב 3 לשלב המקדמי: הכנת חוזה ההתקשרות**-

**נספח למכרז-** לסוגיית החוזה הנספח למכרז כמעט ואין זכר בתקנות ובחקיקה. תקנה 17(ב)(3) קובעת באופן כללי שמסמכי המכרז יכללו בין היתר את "נוסח החוזה לרבות לוח זמנים ותנאי תשלום, וכן התכניות והמפרטים הנוגעים לביצוע החוזה."

יש בזה יתרון כי הרגולטור לא יכול לכסות את כל סוגי ההתקשרות האפשריות של המשרדים השונים. בעניין הזה, צריך להבחין בין 2 סוגים של חוזים –

1. חוזה לרכישת טובין (מקרקעין ומיטלטלין)– בחוזים כאלו העסקה פשוטה, קצרה יותר עם לו"ז ברורים.
2. חוזים לרכישת שירות – חוזים כאלו יותר מורכבים, יש בהם יותר תנאי סף ואמות מידה, ולו"ז יותר מורכב.

חוזה ההתקשרות צריך להיות מעוצב בצורה ברורה וכמה שיותר מפורטות הכולל בתוכו כל מיני סיטואציות אפשרויות שיכולות לעלות במהלך ההתקשרות.

החוזה שמעצבת וועדת המכרזים הוא לא חוזה אחיד, אלא יותר חוזה חד צדדי שהרשות קובעת אותו. המו"מ היחיד האפשרי הוא בשלב ההבהרות המתרחש בשלב הביניים (ובד"כ בעניין אופציית הארכת ההתקשרות), בין פתיחת ההצעות לבין ההכרזה על זוכים.

# 7) שלב הביניים: מפרסום המכרז ועד פתיחת ההצעות

**תקנה 15(א): פרסום מכרז פומבי-** אחרי שהוועדה סיימה להכין את חוברת המכרז הפומבי, עליה לפרסם מודעה בכלי התקשורת שנקבעו בתקנה -עיתון נפוץ, עיתון בשפה הערבית, באתר האינטרנט. תקנות 15(ה-ו) קובעות הפצה בדוא"ל למנויים במערכת יפע"ת.

**חשוב להבחין בין הודעה על עריכת המכרז לבין פרסום המכרז עצמו. אנחנו עדיין בשלב ההודעה על קיום המכרז.**

תקנה 15(ג) קובעת כי הודעה על עריכת מכרז פומבי חייבת לכלול בין היתר את- מהות ההתקשרות, תקופת ההתקשרות, תנאי מוקדמים להשתתפות במכרז לפי תקנה 6; המקום והמועד בו ניתן לקבל פרטים נוספים ואת מסמכי המכרז; המועד האחרון להגשת ההצעות וכל שלב נוסף במכרז אם הוועדה הוסיפה.

במקום שבו יש סתירה בין המודעה לנוסח המכרז, מה שקובע הוא נוסח המכרז, אלא אם כן מדובר בתנאי סף שנקבעו במודעה. בד"כ מכניסים למודעה סעיף כללי שאומר שבמקרה של סתירה, מה שגובר הוא נוסח המכרז. למודעה אין תוקף משפטי חזק כי היא רק מיידעת את הציבור לגבי מכרז שעתיד להתקיים. **המכרז הוא ההזמנה להציע הצעות ולא המודעה.**

**פנייה אישית למציעים**- תקנה 16א(א) קובעת שוועדת המכרזים יכולה במסגרת מכרז סגור לפנות למציעים מסוימים, כל עוד היא עומדת בתנאי התקנה.

**תקנה 17(א): מסמכי המכרז**- תקנה 17 קובעת שמסמכי המכרז יוצעו לעיון לכל דורש, בלא תשלום במשרד הגוף הציבורי ובאתר האינטרנט. כמו כן, התקנה קובעת כי אם לא ניתן להמציא את המסמכים באמצעות אתר האינטרנט, ניתן לקבוע כי המסמכים יומצאו תמורת תשלום סביר, לפי עלות הדפסתם. מסמכי המכרז שיוצעו לעיון צריכים לעמוד בתנאי תקנה 17(ב).

**השלב שלאחר פרסום המכרז ולפני פתיחת תיבת המכרזים-** יש 2 תפיסות בנוגע להתערבות וועדת המכרזים-

1. הכדור במגרש של המשתתפים הפוטנציאליים **וועדת המכרזים פסיבית**. שינוי ייעשה, אם בכלל, לאחר פתיחת תיבת המכרז. בשלב הזה, המציעים צריכים להגיש הצעות.
2. שלב הפרסום הוא שלב של **דו שיח** (לא מו"מ) בין המשתתפים הפוטנציאליים לבין וועדת המכרזים במובן שאם יש איזו בעיה במכרז, ניתן לבצע התאמה ותיקון טעויות של תנאי המכרז. כל עוד זה נעשה באופן שוויוני ושקוף וזה מקדם ערך של יעילות ושוויוניות. כלומר, זו תקופה שנועדה לטיוב המכרז ותיקונו במידה ויש בכך צורך. **זוהי הגישה הרווחת.**

**אירועים שיכולים להתרחש לאחר הפרסום –**

1. כנס ספקים – הוועדה רשאית להזמין את המציעים הפוטנציאליים לקבל הסברים על המכרז עצמו.
2. הליך הבהרות– המשתתפים יכולים לשאול שאלות ולבקש הבהרות ביחס לתנאי המכרז. בד"כ ההליך קבוע בתנאי המכרז כהליך באמצעות מייל או פניה בדרך אחרת. במובן הזה אנחנו רואים שוועדת המכרזים לא מפרסמת את המכרז ויוצאת מהתמונה עד נפתחת התיבה.
3. פנייה לדחיית מועד– אם מחליטים לעשות את זה בשקיפות ופומביות, וועדה המכרזים יכולה לדחות את המועד.

פס"ד ידע מחשבים- ביהמ"ש מבחין בין 2 סוגים של פגמים שיכולים ליפול במהלך המכרז- פגם בהצעה של מציעים אחרים ופגם במכרז עצמו.

בעוד שאין חובה על המשתתפים לעשות פיקוח הדדי על מציעים אחרים, קיימת חובה לדווח על פגם במכרז או בהליכיו. משתתף שנתקל בפגם ולא דיווח עליו מתקווה שיזכה במכרז, ורק כשהפסיד העלה את טענת הפגם, חסר תום לב ויש בכך חוסר הגינות כלפי המזמין וכלפי המשתתפים האחרים. **במישור של חובת המציעים ואחריותם אחד כלפי השני אין חובת תו"ל, אך באחריות המציעים כלפי מזמין המכרז יש חובת תו"ל לעורר את הנושא של פגם במכרז במידה ונפל כזה.**

ביהמ"ש העליון קובע שדיני המכרזים נבנו במשך השנים על התפיסה כי אין לקבל רווחים כספיים קצרי טווח על חשבון הפסדים חברתיים ארוכי טווח, שסופם גם בהפסדים כספיים כבדים. ביהמ"ש מעדיף את עיקרון השוויון והשקיפות על פני עיקרון היעילות.

ביהמ"ש אומר שאפילו אם הטעות שנפלה היא זניחה, יש לתקן אותו או לא להכניס אותו מלכתחילה למען שמירה על ההגינות והשוויון. תנאי הסף הם כרטיס כניסה לתוך המכרז, אי אפשר לקבוע תנאים לקבלת כרטיס הכניסה ואז לומר שהם לא רלוונטיים.

**תקנה 18: הגשת הצעות**- במכרז שאינו ממוכן יש להגיש את ההצעה חתומה, ומלאה במועד ובתנאים שנקבעו.

**תקנה 19: שמירת הצעות בתיבת המכרז**- לאחר הגשת ההצעות, הן נשמרות בתיבה נעולה ומיוחדת עד לפתיחה במועד שנקבע.

# 8) שלב 3 להליך המכרזי: פתיחת הצעות ופגמים בהצעה

מבחינה חוזית הצעה שמוגשת למכרז צריכה להעיד על גמירות דעת ולהיות מסוימת מספיק כדי שבאישורה ניתן יהיה לכרות חוזה. אך בנוסף, מבחינה מכרזית על ההצעה להיות כשרה, לעמוד בתנאי הסף ולעמוד בתנאי המכרז.

**שלב פתיחת תיבת המכרז**

**תקנה 19: פתיחת תיבת המכרז**- עפ"י תקנה 19(ב), מנכ"ל המשרד ימנה את העובדים שיהיו כשירים לפתוח את תיבת המכרז. מטעמי פיקוח ומנהל תקין, התיבה תפתח בנוכחות חברי הוועדה או בנוכחות 3 אנשים הכשירים לפני מינוי המנכ"ל. עפ"י תקנה 19(ד), במעמד פתיחת תיבת המכרז צריך לערוך פרוטוקול מפורט. השקיפות באמצעות רישום פרוטוקול במשפט מנהלי מעידה על תקינות ההליך. אם הוועדה לא ניהלה פרוטוקול, לא ניתן לדרוש ממנה איזשהו סעד. אבל אם הליך פתיחת התיבה לא נוהל כדין, זה יכול להביא לפסילת החלטות של וועדת המכרזים ולהביא לפסילת המכרז אם הפגם ממש מהותי.

עפ"י תקנה 19(ה) מועד פתיחת תיבת המכרז שאינו ממוכן יהיה לא יאוחר מסוף יום העבודה שאחרי המועד האחרון. אם לא רוצים לפתוח את התיבה באותו יום, התקנה קובעת כי הוועדה צריכה לנמק בפרוטוקול.

**תקנה 20: בדיקת הצעות**- עפ"י תקנה 20(א) בדיקת ההצעות תיעשה בתוך זמן סביר ממועד פתיחת התיבה. התקנה לא מציינת בכוונה מועדים, כיוון שמשכו של הזמן הסביר משתנה בהתאם לנסיבות כל מכרז. תקנה 20(ב) מציינת שהוועדה לא תדון בהצעות שלא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון להגשת ההצעות.

מה קורה במצבים של איחורים זניחים בהגשת ההצעה? בפרשת קובי סעד ביהמ"ש אומר ששאלת האישור נתונה לשק"ד של וועדת המכרזים. בפרשת חרכוש נקבעה הלכה חדשה- ביהמ"ש עמד בצורה מפורשת על **הפרשנות הפורמלית והטכנית** של תקנה 20(ב). לשון התקנה לא מניחה מקום לשיקול דעת. המבחן הוא טכני ופשוט- **השעה שנקבעה לסיום במכרז היא המועד האחרון**, שהרי קשה לקבוע מהו איחור קל שניתן להכשיר, לעומת איחור משמעותי המחייב פסילה (עומר דקל). פרשנות זו מעדיפה את הוודאות והשוויון על פני שיקולים אחרים.

**פגמים בהצעה**

**1) תקנה 20(ג): טעות סופר או חשבונאית-** במידה ונתגלתה טעות סופר או חשבונאית בהצעה, לוועדת המכרזים שק"ד בעניין תיקון ההצעה (שכמובן יירשם בפרוטוקול). בפסיקה התעוררה השאלה מהי טעות סופר.

פס"ד טלדור**-** מבחניביהמ"ש לזיהוי טעויות סופר שניתן לתקן:

* הן נפלו בתום לב.
* בעלות אופי טכני.
* טעות סופר תיחשב טעות שתהא ברורה על פניה (בעניינו, הוספת אפס בשתי מקומות).
* תיקונה אינו מצריך חקירה מעמיקה.
* הטעות אינה יורדת לשורש העניין.
* הטעות אינה פוגעת בכללי היסוד של שיטת המכרזים.
* טעות היא טעות סופר אם תיקונה אינו מקנה יתרון בלתי הוגן לאחד המשתתפים באופן הפוגע בצורה משמעותית בעיקרון השוויון.
* אם נדרש בירור עם המציע על מנת לתקן את הטעות יש בכך במידה רבה כדי להצביע על כך שאין מדובר בטעות סופר, אלא בבעיה מהותית יותר שספק אם ניתן לתקנה.

🡨 משמדובר בטעות סופר, התיקון נמצא **בתחום שיקול הדעת הסביר** של הוועדה. ביהמ"ש משאיר בצ"ע את השאלה האם יש לערוך בירור עם המציע לגבי תיקון הצעתו. לא תמיד אפשר להגיע לתיקון בלי הבירור. ככל שניתן לתקן בלי בירור, זה מחזק את התחושה או האבחנה שמדובר בטעות סופר ולא בטעות מהותית.

הרציונל בהענקת שק"ד לוועדה לפי תקנה 20(ג) (לעומת תקנה 20(ב)) הוא שטעויות סופר ושק"ד של הוועדה הן בעיקרן "טכניות". כמו כן, מבחינה תועלתנית יכול להיות שכבר דנו בהצעה ואז במהלך הבחינה גילו טעות סופר, ולכן מבחינת ניצול משאבים ראו יותר לנכון לאשר תיקון טעות סופר, לעומת קבלת הצעה מאוחרת שלא דנו בה. לדעת מנאל, המחוקק עושה הבחנה בין דברים שבשליטת הוועדה לדברים שלא (איחורים הם לא בשליטת הוועדה).

**2) תקנה 20(ד): פגם ממשי-** להבדיל מהצעות שיש בהן טעות סופר או טעות חשבונאית, **הכלל הוא שכשאר מדובר באחת הטעויות המצוינות בתקנה 20(ד), היא חייבת לפסול את ההצעות ואין לה שק"ד**. החריג הוא אם הוועדה החליטה אחרת מטעמים מיוחדים שירשמו (שמירה על רציונל השקיפות והנמקה). הסיפא של הסעיף מדברת על תקנה 6א שעניינה דחיית הצעות בשל הפרת דיני עבודה.

מתי הוועדה יכולה להפעיל את החריג ולא לפסול הצעות ולהכשיר הצעות שנפל בהן פגם? תקנה 20 קובעת 3 עקרונות פעולה:

1. **לוועדת המכרזים סמכות להפעיל שק"ד** ככל שמדובר בהצעות פגומות. כיוון שאנחנו במשפט המנהלי, אנחנו חייבים הוראה שקובעת במפורש סמכות לגוף המנהלי. תקנה 20 מעניקה לוועדה שק"ד ככל שמדובר בפגמים שנפלו בהצעה.
2. **עקרונות לאופן הפעלת שק"ד של וועדת המכרזים** – הכלל לפי תקנה 20(ד) הוא פסילה של אותן הצעות, והחריג הוא הכשרה במקרים מסוימים.
3. **עיקרון השקיפות** – ניתן להכשיר הצעה פגומה בתנאי שוועדת המכרזים תנמק ותרשום את הנימוקים שלה בפרוטוקול.

מתי מפעילים את החריג? הפסיקה והמחוקק מבחינים בין פגם מהותי המחייב את פסילת ההצעה, לבין פגם טכני שאינו מחייב פסילה של ההצעה ומאפשר את התיקון.

**פגם מהותי הוא** פגם שפוגע בשוויון; פגם מכוון ונעשה שלא בתום לב; ופגם שפוגע בהגינות. כאשר הפגם הכרוך בחוסר תו"ל, תכסיסנות או תחבולנות מצד המציע או פגם שתיקונו או הבלגה עליו יוצרים חוסר הגינות או הפליה כלפי מציעים אחרים, הדבר מחייב את פסילת ההצעה.

פס"ד מנרב**-** ביהמ"ש אומר כי פרשנותה הנכונה של תקנה 20(ד) מביאה להסמכת וועדת המכרזים המחליטה "מטעמים שיירשמו בפרוטוקול", שלא לפסול הצעה המבוססת על הבנה מוטעית של המכרז ולהרשות למציע לתקן את הצעתו. הסמכות שלא לפסול לפי תקנה זו היא רחבה מהסמכות שניתנה לוועדת המכרזים בתקנה 20(ג). לכן, **על הוועדה לעשות שימוש בסמכותה לפי תקנה 20(ד) בזהירות ובמקרים נדירים, שהרי כלול בה פוטנציאל של פגיעה בשוויון בין המציעים**.

נראה שניתן יהיה להכשיר פגם גם במקום שבו המציע פעל שלא בתו"ל, כל עוד עיקרון השוויון לא נפגע. כיוון שבדיני המכרזים ידו של עיקרון השוויון על העליונה ביחס לתו"ל.

**פגמים טיפוסיים**

**1) פגם בערבות**- הערבות מטילה נטל כבד על המציעים ולכן יכולים ליפול בה פגמים מסוגים שונים. בהקשר זה, ההלכה המשפטית היום נוקשה מאוד וקובעת כי **פגם בערבות הינו ככלל פגם מהותי היורד לעיקרו של עיקרון השוויון** ועל כן הוא מחייב את פסילת ההצעה.

המבחן העיקרי הוא **מבחן מימוש הערבות** –יש לבדוק האם הפגם שנפל בערבות פוגע בתכליותיה- ביכולתה של הרשות להיפרע מן המציע ולעמוד על חוסנו הכלכלי; האם הפגם יקל על המציע לקשור קשר אסור עם מציעים אחרים; האם הוא מעיד על חוסר ג"ד להתקשר בחוזה.

כמו כן, יש לבדוק מה סוג הפגם שנפל בערבות- האם פגם טכני, או שמא מדובר בפגמים המהותיים. ביהמ"ש הולך לכיוון מחמיר מתוך שאיפה להגביר את הוודאות- אם המכרז מבקש משהו ספציפי, צריך לעמוד בו.

**2) הצעה מותנית**- הצעה שהמציע התנה את תוקפה או את תוקפם של חלקים ממנה בהתקיימותו של אירוע מסוים שאינו מוגדר במכרז, ושהתקיימותו או אי התקיימותו ייודעו רק בעתיד. **הצעה מותנית לא תהיה פגומה תמיד**. יש להפעיל את המבחנים בפסיקה ולבדוק האם ההצעה המותנית פוגעת בשוויון והאם היא פוגעת בתנאי המכרז והופכת את ההצעה לכזו שאינה עונה על תנאי המכרז.

הביקורת של דקל בעניין הזה היא שבשם השוויון לפעמים יש פגיעה ביעילות ובאינטרס הציבורי. התשובה לביקורת תהיה שבדיני המכרזים עיקרון השוויון גובר על היעילות.

**3) הצעה מסויגת, חלופית ותכסיסנית-**

* **הצעה מסויגת** - הצעה המתנערת מדרישה אחת או יותר מהדרישות המופיעות במסמכי המכרז. הצעה מסויגת הינה הצעה פסולה שאינה ניתנת לתיקון.
* **הצעה חלופית** – כאשר המציע מעוניין לאפשר לרשות לבחור מבין כמה אפשרויות. ביהמ"ש קבע ש**אם ההצעה החלופית עונה על דרישות המכרז, ההצעה תקפה.**
* **הצעה תכסיסנית** – הצעה שיש בה חוסר תום לב של המציע היא הצעה פסולה שלא ניתן להכשיר אותה ואפילו לא בודקים את השוויון (שתיקת המציעים בפרשת המחשוב לדוג').

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

אם משתקף מהפרוטוקול שהבירור גלש לכדי מו"מ, זה יכול להביא לפסילת ההצעה.

# 9) השלב שלאחר פתיחת תיבת המכרזים – בחירת הזוכה/אי בחירה/ביטול המכרז

לאחר פתיחת תיבת המכרז, עלולות להתעורר מספר בעיות פוטנציאליות כטעות במסמכי המכרז; אף אחד מהמציעים לא עונה על תנאי הסף; עולה צורך להוסיף תנאי או להשמיט תנאי וכיו"ב.

מה קורה במקום שבו וועדת המכרזים מגלה לאחר פתיחת התיבה כי נפל פגם במכרז? עפ"י פס"ד מיגדה נ' שר הבריאות, **הכלל בעניין זה הוא כי אסור לשנות תנאי סף ואמות מידה לאחר שחלף המועד האחרון להגשת ההצעות.** מהסיבות הבאות:

* פתח לשחיתות ופגיעה בטוהר המידות. לדוג' הוועדה יכולה לעצב את המכרז בצורה שהיא תכניס את המציעים שנותרו בחוץ או תדיר מציעים שהצליחו להיכנס.
* פגיעה בעיקרון השוויון- שינוי תנאי סף מסוימים לאחר פתיחת התביעה פוגעת בשוויון באותם מציעים פוטנציאליים שלא הגישו בשלב הגשת ההצעה ובשוויון בהזדמנות לזכות בהצעה.
* פגיעה באינטרס ההסתמכות והציפייה של מציעים בפועל ומציעים פוטנציאליים שלא הגישו.
* הפרה של חובת ההגינות של הרשות כלפי הפרט. יש פה אמת מידה מסוימת שאנחנו מצפים מהרשות שתנהג כלפי הפרט- חובת ההגינות והשקיפות. גם אם הצורך בשינוי נובע מתמימות, הוא יכול לפגוע בכל אלה.
* שינוי בתנאי המכרז כמוהו כהזמנה חדשה שמחייבת מכרז חדש.

**החריג:** וועדת המכרזים יכולה לשנות תנאים או אמות מידה כאשר מדובר **בשינוי טכני וזניח** ש- (1) אינו משפיע על יחסי המציעים ובשוויון ו(2) כאשר מפורט במכרז שניתן לעשות כן. אם התיקון פוגע בשוויון, כמוהו כמכרז חדש.

ביהמ"ש בפס"ד מיקרונט מאשרר את ההלכה וקובע לעניין אמות המידה נקבע שאי אפשר לשנות את אמות המידה אחרי שהמכרז כבר נפתח, שהרי זה פוגע בעיקרון השוויון פגיעה בלתי צודקת. באותה פרשה, ביהמ"ש לכאורה נכנס בנעלי וועדת המכרזים והחליט בעצמו על הזוכה. ניתן להניח שכיום, ביהמ"ש היה נוקט בצעד פחות אקטיביסטי ומחזיר לדיון בוועדה.

**תקנה 21(א): בחירת ההצעה המתאימה ביותר-** לאחר שהוועדה בדקת את ההצעות ווידאה שכולן עומדות בתנאי הסף. אופציות ההחלטה שעומדות לרשותה הן- בחירת ההצעה **המתאימה** ביותר או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא.

**תקנה 21(ב)** קובעת 3 מסלולי בחירה לצורך בחירת ההצעה המתאימה ביותר, תוך שהיא מבחינה בין מכרז שיש בו אמות מידה, למכרז שלא-

1. בחירת ההצעה הזולה או היקרה ביותר לפי העניין (במקום שאין אמות מידה)
2. בחירת ההצעה המעניקה את מירב היתרונות במכרז שבו נקבעו אמות מידה.
3. בחירת הצעה אחרת בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו בפרוטוקול, ולאחר שנתנה לבעל ההצעה המתאימה ביותר, הזדמנות להביא את טענותיו בפניה.

מתי מפעילים את החריג והרשות יכולה לא לבחור את ההצעה הטובה ביותר מבחינת המחיר (כשאין אמות מידה)?

* ההצעה בלתי סבירה לטובה- כשישנו פער בין ההצעות יש חשש מבחינת וועדת המכרזים שאומנם הפער בטווח הקצר מטיב עם הרשות, אבל המציע פועל מאינטרסים אחרים שבטווח הרחוק יכולים לפגוע ברשות, בפרויקט ובתו"ל.
* הצעה בלתי סבירה לרעה
* הצעה מורכבת מפרטים ושלבים

מתי מפעילים את החריג כשיש אמות מידה? לפי תקנה 21(ב) סיפא, ככלל אם נכללו במסמכי המכרז אמות מידה, וועדת המכרזים חייבת להחליט ולבחור לפי אמות המידה. אך בדומה לחריג בעניין תנאי הסף, הרגולטור מאפשר לוועדת המכרזים לחרוג מהכלל הזה בנסיבות ומטעמים מיוחדים תוך שמירה על שקיפות ומתן זכות טיעון לבעל ההצעה המתאימה ביותר.

הכללים האלה נשמעים מאוד פשוטים. אבל לא תמיד קל לבחור בהצעה המתאימה ביותר. במיוחד כאשר יש **קושי להשוות בין ההצעות השונות**. להלן דוגמאות:

1. הצעות נקובות במטבעות שונים ושער ההמרה שלהם משתנה מדי יום, אך מסמכי המכרז אינם נוקבים שער המרה קבוע. בפס"ד מספנות ישראל ביהמ"ש אמר שהעניין מסור לשיקול דעתה של וועדת המכרזים בהתאם לשיקולים השונים, כל עוד היא עושה את זה בתום לב ובהגינות.
2. הצעות שנדרשות לעמוד בדרישות מסוימות המפורטות במסמכי המכרז, אך אחת מהן אינה עומדת בדרישות המכרז במועד הגשתה, אלא רק במועד מאוחר יותר (**י.ב.מ מחשבים**). **זה אסור** משום שהפגיעה בשוויון היא מאוד מובהקת במציעים פוטנציאליים אחרים שאין להם את הרישיון גם. יש פה גם סיכון שלא יהיה לו את הרישיון עד לאותו תאריך.
3. סדר הזמנים הפוך (הרעה במצב המציע)- מצב שבו ההצעה עמדה בדרישות המכרז במועד הגשתה, אך לא עמדה בהן במועד ההשוואה בין ההצעות וההכרעה במכרז. לוועדת המכרזים יש שק"ד בהחלטה האם לקבל את ההצעה או לא.

**תקנה 21(א1): הגשה חוזרת כשהצעות מרעות ביחס לאומדן**- במידה ואף אחת מן ההצעות לא תואמת את האומדן, רשאית הוועדה לקבוע כי כל המציעים יגישו הצעה חוזרת ומשופרת. במצב כזה, האומדן כבר ידוע ונחשף, אבל אז אין בעיה מבחינת שוויון כי וועדת המכרזים פתחה את האומדן בפני כל המשתתפים.

**תקנה 21(ג): פיצול התקשרות-** הוועדה הייתה יכולה להחליט שהיא מפצלת את ההצעה בין המציעים או בוחרת חלק מההצעה, ובלבד שניתנה על אפשרות זו הודעה במסמכי המכרז (להבדיל מתקנה 21(ב) שדרשה נימוקים). התנאים לפיצול התקשרות-

1. מסמכי המכרז קובעים במפורש – לפי החוק.
2. לאפשר זכות טיעון למציעים -לפי הפסיקה.
3. וכן גם להציע חלופות – זה לא חובה לפי התקנה, זה לפי הפסיקה.

**תקנה 21(ד): מתן הודעה-** כל משתתף אמור לקבל הודעה על תוצאות ההחלטה הסופית, כדי שכולם ידעו מהי התוצאה ויוכלו לשקלל את צעדיהם הלאה. מועד קבלת ההודעה מאוד חשוב לעניין השיהוי ומניין תקופת התקיפה של החלטות הוועדה.

**תקנה 21(ה)(1) רישא: זכות עיון**- אומנם אין זכות לעיין בהצעות אחרות, מלבד ההצעה הזוכה, ואין דה-פקטו חובה לתת רשות עיון. אבל הזוכה ומשתתפים אחרים עדיין יכולים לקבל מידע על מציעים אחרים שלא זכו יעלה מתוך הפרוטוקולים וכו'.

הפרשנות שניתנה למושג "משתתף" היא רחבה וכוללת גם מפסיד וגם זוכה. אם הרגולטור היה רוצה לצאת ידי חובה הוא היה יכול לנקוט במילה יותר מצמצת. מבחינה פרשנות מילולית, צד שלישי חיצוני הוא לא משתתף במכרז. מצד שני, אם וועדת המכרזים, כגוף ציבורי, מאוד בטוחה במהלכים שלה היא תאפשר את הדבר הזה.

**תקנה 21(ה)(1) סיפא: סייגים לזכות עיון**- משתתפי המכרז לא יקבלו זכות עיון בחלקים שעלולים לחשוף סוד מסחרי; סוד מקצועי; לפגוע בביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה וכלכלתה; ובביטחון הציבור.

**תקנה 23: הצעה יחידה**- במצב של הצעה יחידה הרגולטור מבחין בין מכרז פתוח לסוגר. תקנה 23 מתייחסת ל3 מצבים אפשרים מקום שבו הוגשה הצעה יחידה:

1. תקנה 23(א)- אם יש הצעה יחידה והיא מרעה עם עורך המכרז, היא לא בהכרח תיפסל. הוועדה רשאית להודיע על כך למציע ולאפשר לו להציע הצעה שמטיבה עם עורך המכרז.
2. תקנה 23(א1)- אם יש הצעה יחידה והיא טובה וועדת המכרזים יכולה: לבחור בה או לבטל את המכרז ולערוך מכרז חדש.

למה נותנים לוועדה כמה אופציות כשיש הצעה טובה אחת? כיוון שאין תחרות, מבחינת יעילות עורך המכרז כפוף להצעה אחת. לכן, הוועדה יכולה לבטל את המכרז ולצאת למכרז חדש לאחר שנימקה את בחירתה (דבר שיעיד על סבירות).

פס"ד המרמן- ביהמ"ש אומר שלא צריך להתערב בהחלטת וועדה המכרזים, כל עוד מדובר בהחלטה סבירה. אם הם רוצים מכרז חדש, הם יצאו למכרז חדש.

הנטייה היא להימנע מביטול המכרז ופרסום מכרז אחר, משום שזה יכול לפגוע באינטרס ההסתמכות של המציעים, יוצר פתח לשחיתות ויכול להביא מתן אפשרות לבעלי ההצעות הפחות טובות לשפר את הצעותיהם (דקל). לכן, ככל שההצעה עונה על דרישות המכרז, קיימים טעמים כבדי משקל לבחור בה.

אבל במצב שבו מדובר בהצעה בלתי סבירה לרעה (נמוכה במידה ניכרת ביחס להערכת הרשות), יש חובה לבטל את המכרז, משום שזה עומד בניגוד לתכלית המכרז והעקרונות שבבסיסו.

כמו כן, לביהמ"ש אין סמכות למנות שמאי מכריע בהליך המכרזי.

1. תקנה 23(א2)- כאשר הוגשה הצעה יחידנית במכרז סגור, התקנה קובעת שהוועדה אינה רשאית לקבל את ההצעה, אלא באישור וועדת הפטור המשרדית.

**תקנה 23(ב): מכרז ללא הצעות**- הוועדה רשאית לפרסם מכרז חדש (פומבי או סגור לפי העניין), או להתקשר ללא מכרז באישור וועדת הפטור המשרדית (אם זו נוכחה לדעת שעריכת מכרז נוסף לא תביא תועלת).

# 10) תקיפת החלטת וועדות המכרזים

לביהמ"ש יש סמכות לדון בעתירות לפי ס' 5 לחוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים.

**4 מישורי זמן להגשת עתירות בהם תוקפים דברים שונים-**

1. **בסמוך לאחר פרסום המכרז**- בד"כ הדבר העיקרי שניתן לתקוף בתקופת זמן זו הוא תנאי הסף (יכול להתעורר חשש לתפירת מכרז). יכולות להתעורר בעיות גם במישור התנאים הטכניים. זה תלוי בתחום המכרז, בסוג המכרז וכיו"ב.
2. **התקופה שלאחר פתיחת תיבת המכרז**- בעיקר עניינים לגבי הצעות אחרות.
3. **בכל מועד לאחר שהליך המכרז הסתיים וניתנה החלטה**- המציעים הפוטנציאליים לפעמים לא יודעים מי המתמודדים האחרים, רק אחרי פרסום ההצעה הזוכה הם יכולים להלין על עבודת הרשות.
4. **לאחר חתימה על חוזה ההתקשרות**- אם מגלים שההתקשרות נעשתה ללא מכרז, מקום בו היה צריך לצאת למכרז. עתירה כנגד זכייתו של מתמודד אחר וכו'. זה קורה בד"כ בפרויקטים פשוטים שמעמד ההתקשרות בחוזה נעשה די במהירות וצמוד למועד פתיחת התיבה.

**3 סוגי עותרים שונים:** פס"ד אבו שינדי**-** ביהמ"ש מחלק את המבקשים לתקוף את ההליך המכרזי לשלושה סוגים עיקריים-

1. **משתתפים במכרז או משתתפים פוטנציאליים**-
* למשתתפים במכרז יש אינטרס אישי בתוצאות ההליך, אשר ישליכו על עניינם באופן ישיר.
* משתתפים שנפל פגם בהצעותיהם יוכלו לעתור, לאור יכולתם לתרום להבטחת השוויון, ההגינות וכו'.
* גם משתתפים פוטנציאליים שלא השתתפו הלכה למעשה לתקוף את המכרז, זאת בגין התנהלות שלא כדין מצד הרשות שבגינה נמנעה השתתפותם. גם למשתתפים פוטנציאליים יש אינטרס אישי בתוצאות ההליך.
1. **משתתפים שיש להם אינטרס אישי בתוצאות המכרז הגם שלא השתתפו בו ולא התכוונו להשתתף בו** - ביהמ"ש גילה נכונות להכיר ביכולתם העקרונית לתקוף את המכרז על בסיס האינטרס האישי שלהם, אך לא קבע מסמרות בדבר. לרוב מדובר באנשים כמו אבו-שינדי שקשורים בצורה כלשהי במכרז עצמו. אמנם המכרז לא משפיע על האינטרס האישי שלהם אבל הוא כן משפיע עליהם בצורה כזו או אחרת.
2. **עותרים ציבוריים מובהקים שאין להם אינטרס אישי בהליך המכרז, והם מעלים טענות כנגדו בשם אינטרס הציבור הכללי**. מאחר ועסקינן במשפט המנהלי, קיים אינטרס ציבורי של שמירה על עיקרון השוויון, טוהר המידות וכו' בפעולות הרשות. מכוח זה, גם עותרים ציבוריים ללא אינטרס אישי יכולים לקבל זכות עמידה כאשר הם מצביעים על פגמים חמורים הנוגעים לשחיתות או לשלטון החוק. כאשר מדובר בפגמים פחות חמורים, ביהמ"ש לא יטה להכיר במעמדו של העותר. בכל מקרה ברק אמר שהוא לא קובע מסמרות בעניין הזה.

**תחומי המשפט לעילות התקיפה** – מנהלי > חוזים > נזיקין. יחד עם זאת, יש כמה מחסומים שהעותר צריך לעבור:

**שלב 1: מחסומים דיוניים-**

* **עיקרון הריסון** (של ביהמ"ש) – רק פגם מהותי היורד לשורש העניין יביא להתערבות ביהמ"ש (לדוג' החלטה שרירותית).
* **טענות סף מנהליות -** כדוגמת שיהוי, ניקיון כפיים, תום לב וכיו"ב.
* **שיהוי-** במקרים מסוימים, חוק ביהמ"ש לעניינים מנהליים קובע פרק זמן מפורש להגשת תביעות. בענייני מכרזים, משאירים את המועד הנכון להגשת עתירות פתוח, בגלל נסיבותיו המיוחדות של כל מכרז. עם זאת, עדיין ניתן לעלות טענות של שיהוי. בהקשר של דיני מכרזים, לשיהוי יש 2 מרכיבים לפיהם בוחנים את הפגיעה במקרה הנידון:
1. **שיהוי סובייקטיבי**- בחינת הסיבות לעיכוב בפתיחת ההליך ואת התנהגותו של הצד שטוען כנגד ההליך המנהלי.
2. **שיהוי אובייקטיבי**- בחינת הנזק שנגרם או שעלול להיגרם לצד שכנגד, שהיה נמנע אילו ננקט ההליך במועד הראוי.

ככל שיש שיהוי ויש מעשה עשוי, ביהמ"ש לא ייכנס לדיון המהותי האם ההחלטה הייתה פגומה או לא.

אבל, אם הפגיעה בשלטון החוק חמורה, ביהמ"ש ידון בעתירה למרות השיהוי. היום הרבה עתירות נדחות בגלל שיהוי.

* **בטלות יחסית / מאזן נזקים** – יש לבדוק במאזק הנזקים, האם בטלות ההחלטה תביא ליותר נזק מאשר תועלת בגלל אינטרס הציבור וכו'. ביהמ"ש לא ימהר לבטל החלטה אם יש מעשה עשוי. במקרים כאלו, ביהמ"ש יחליט שההחלטה פסולה אבל מכוח דוקטרינת הבטלות היחסית, ישאיר את ההחלטה על כנה.

**שלב 2: מחסומים מהותיים לתביעה המנהלית-**

כדי שהעתירה תידון לגופה, על התובע להפריך את **חזקת החוקיות,** לפיהחזקה שהרשות המנהלית פעלה כדין. חזקה זו מטילה נטל הוכחה כבד על התובע, דבר שיכול להביא לדחיית העתירה בשל אי הוכחה. מדובר בנטל הוכחה כבד משום שהעותר נמצא בעמדת נחיתות ביחס לגישה לחומר. לא כל שכן, במקרים בהם לא נערך תיעוד או שהוועדה הכריזה על המסמכים כחסויים.

ביהמ"ש מאפשר הקלה באמצעות **העברת הנטל** לידי הרשות להוכיח שהיא פעלה כדין בנסיבות מסוימות. לדוג' כאשר הרשות מסרבת להעביר את החומר לעיון העותר / כשיש בידי העותר **ראשית ראיה** התומכת בטענותיו שדי בה כדי לקעקע את חזקת הכשרות, אך לא די בה כדי להצדיק צו מוחלט נגד הרשות, ועוד.

**מתי ביהמ"ש יתערב בהחלטת וועדת המכרזים?** כאמור בעיקרון הריסון, ביהמ"ש בפרשת אבו-שינדי קבע שיתערב רק בפגמים מהותיים, להבדיל מפגמים טכניים. **פגם מהותי** הוא פגם הפוגע באחד מעקרונות היסוד של דיני המכרזים (מיגדה). כמובן שהכל תלוי בנסיבות העניין (במטרת המכרז, בתקלה ובנזק שנגרם לצדדים/הציבור). מה שחשוב הוא עיקרון השוויון והתחרות ההוגנת.

**סוגי הסעדים**

**1) סעד זמני באמצעות בקשה לצו מניעה** – תכליתה להקפיא את המצב שקיים. אם העתירה הוגשה בשיהוי והמכרז כבר יצא לפועל, הצו לא רלוונטי. אם התחילו את העבודה אפשר לבקש סעד לעצירת העבודה. גם זה תלוי בשלב שבו נמצאת העבודה. שלושת המבחנים להענקת סעד זמני:

1. **האם ייגרם נזק בלתי הפיך לעותר** - למשל תנאי סף שמונע את ההשתתפות העותר וכיו"ב.
2. **סיכוי ההצלחה של העתירה** – זה סוג של ראשית ראיה, ביהמ"ש צריך לבדוק האם יש בסיס ראשוני כלשהו לקבלת העתירה ומתן סעד עיקרי. צריך להיזהר בשלב הזה מלתת עמדה בעתירה מבחינת קבלה או דחייה של העתירה. זה גבול מאוד דק בין הבעת עמדה לגבי אם העתירה תתקבל או לא ומה סיכויי ההצלחה של העתירה.
3. **מאזן הנוחות** - בין האינטרסים של העותר מול הרשות וצד שלישי אם קיים. פה נבחנים אינטרסים ונזקים- לדוג' התקשרות דחופה לביצוע עבודה שהפסקתה תגרום נזק; שינוי לרעה במצבו של צד ג'.

**2) סעד בעין ע"י הגשת תביעה מנהלית** (המסלול הקלאסי בענייננו (קטימורה) יוגש בד"כ לצד הבקשה לסעד זמני) –

1. **ביטול או שינוי החלטתה של וועדת המכרזים + להחליט במקום הוועדה** - הבעיה בסעד הזה היא שביהמ"ש מערער את מעמדה של וועדת המכרזים בכך שהוא לוקח לה את שיקול הדעת, כשלאורך הפסיקה הוא חוזר ואומר שהוא לא גוף מקצועי והוא מעדיף להימנע ככל האפשר מלהתערב בהחלטות וועדת המכרזים. סוגי הסעדים שביהמ"ש יכול לתת-
* ביטול המכרז- ביטול המכרז יכול לפגוע בצדדים למכרז. לכן, ביהמ"ש מצמצם את כוחו בעניין החלטה לביטול מכרז רק למקרים שבהם מדובר בפגם היורד לשורשו של העניין וכשמדובר בפגמים שאינם ניתנים לתיקון.
* שינוי החלטת הוועדה והכרזה על העותר כזוכה במכרז- יש להבחין בין מכרז מחיר לבין מכרז עם מספר רכיבים. בניגוד למכרז פשוט, ככל שמדובר במכרז מורכב, ביהמ"ש יטה להחזיר את הדיון לוועדה. ביהמ"ש יכול להורות על שינוי החברים בוועדה.
1. **ביטול או שינוי החלטתה של וועדת המכרזים + חיוב וועדת המכרזים לחזור ולדון מחדש במכרז** - הבעיה בסעד הזה היא שוועדת המכרזים כבר קיבלה החלטה בנושא, ולהורות לה לדון בנושא מחדש זה טכני בלבד ולמראית עין.

**סוגי פגמים וסעדים שיבואו בעקבותם–**

1. **חוזה ללא מכרז**- ניתן לתקוף חוקיות חוזה שנערך ללא מכרז, אף אם התקבל פטור ממכרז. במצב הזה ביהמ"ש נוקט גישה מחמירה שעניינה ביטול ההתקשרות או קיצור ההתקשרות.
2. **חוזה עם פגמים**- מחילים את דוקטרינת הבטלות היחסית ובודקים את מאזן הנזקים בין הצדדים.

**השיקולים לביטול חוזה עם פגם**- חומרת הפגם; השפעת ביטול ההתקשרות על גורמים תמי לב והציבור; אופן התנהגותו של העותר; מועד הפנייה לביהמ"ש; השלב בו נמצאת ההתקשרות; אופן התנהגותו ותום לבו של הזוכה במכרז ועוד.

**3) סעד כספי ע"י הגשת תובענה מנהלית** – סעד ששאוב ומבוסס על דיני החוזים. 2 סוגים של פיצויים:

1. **פיצויי הסתמכות** (שליליים או השבה)- פיצוי בגין הוצאות ההתארגנות וההשתתפות של המציע שהיה צריך לזכות ולא זכה: הנפקת כתב ערבות; עלות רכישת מסמכי מכרז; עלות הכנת ההצעה וכו', לא כולל הוצאות משפט (רשות השידור).
2. **פיצויי קיום** – במצבים שבהם הוכח שהעותר היה צריך לזכות, הוא יכול לתבוע פיצויי קיום בגין הרווח שהיה עתיד להפיק מהזכייה. (פיצויים בעייתיים, בארה"ב לדוג' לא נותנים את זה).

פס"ד רשות השידור נ' קטימורה – גרוניס מבחין בין סעד בעין, שנועד להצהיר על העותר כזוכה והינו הסעד הקלאסי בעתירות מנהליות. לעומת תביעה לפיצויים. בשאלה האם יש לנסות להגיש תביעה מנהלית ורק לאחר מכן תובענה מנהלית, ביהמ"ש אומר כי מבלי לקבוע מסמרות בעניין, העדיפות תהיה לתת בד"כ פיצויי הסתמכות, ורק במקרים חריגים לפסוק פיצויי קיום. פיצויי קיום עלולים לגרום לפגיעה קשה בקופה הציבורית מכיוון שהם מעמידים סיטואציה חלופית לפיה העותר הוא הזוכה. כך שבפועל הרשות המנהלית צריכה לשלם לשני זוכים- האמיתי והווירטואלי. לכן, יש לבדוק האם קיים קשר רציונלי בין הרצון לתמרץ את הרשות לפעול להשגת מטרות המכרז, לבין הענקת פיצויי קיום.

ביהמ"ש בעצם מטיל סוג של חובת להקטנת נזק. הגשת תובענה ודילוג על שלב התביעה יכולה להעיד על חוסר תום לב של העותר, וניסיון לקבל את הפיצויים בלי לעבוד. אך ברור שאם יש קייס חזק, והמפסיד יגיש תובענה ולא תביעה, הוא יקבל את הכסף בלי לעבוד. על העותר לפיצויי קיום, להוכיח קש"ס בין אי זכייתו במכרז לבין הפגם.

יש להבחין בין פגם במכרז לבין פגם בתהליך קבלת ההחלטה. תהליך קבלת ההחלטה זה מצב שבו יותר קל להצביע על הזכייה התיאורטית של המפסיד לעומת פגם במכרז. כי אם יש פגם במכרז לא ניתן לדעת איך היו מתקנים את המכרז ומי היה הזוכה.

צריך לבדוק האם ניתן לזכות את העותר בסעד בעין, זה המצב האופטימלי. אם אי אפשר לעשות את זה והעבודה כבר נעשתה, הוא יקבל פיצויי קיום. זה בעיקר מצבים שבהם הפגם נוגע לתהליך קבלת ההחלטה של וועדת המכרזים ולא פגם במכרז עצמו.

**דיני החוזים וחובת תום הלב -** ההכרה במכרז הציבורי כהליך טרום חוזי הכפוף לסעיף 12 לחוק החוזיםמעמידה לרשות הפרט עילת תביעה נוספת על זו המנהלית. החשיבות העיקרית בהחלתה של חובת תום הלב הטרום חוזית על הרשות המנהלית הינה בסעד הפיצויים הנלווה לעילת תביעה זו. כלומר הפרת חובת תום הלב מצמיחה פיצויים.כיוון הטיעון של העילות החוזיות לא כ"כ פותח כי המשפט המנהלי מכיל חובות יותר חזקות ורחבות, כך שהנושא של חובת תום הלב במובן מסוים נבלע אל תוך החובות המנהליות. בינתיים התחום היחיד שנותב אליו הוא כאשר מדובר ביחסים בין הזוכה לבין הרשות בשלב שלאחר ההכרזה על זוכה. מתייחסים לשלב הטרום מכרזי כשלב של מו"מ לקראת כריתתו של חוזה. בהקשר של צדדים שלישיים ומציעים פוטנציאליים, התחולה של דיני החוזים עדיין לא פותחה.

# 11) סיום המכרז וכריתת החוזה

לאחר הודעה הזכייה, נוצרות 2 מערכות יחסים- אחת, בין הזוכה לעורך המכרז. והשנייה, בין המפסידים לעורך המכרז.

**א) מערכת היחסים בין הזוכה לעורך המכרז-** בפס"ד וייספיש התעוררה השאלה מתי משתכלל החוזה בין הזוכה למציע לאחר הודעת הזכייה. ביהמ"ש אומר שיש שני מועדים להשתכללות חוזה-

1. **הכלל הוא ש"מכרז הוא הזמנה להציע הצעות, והודעת הזכייה שמוסר בעל המכרז למציע מהווה קיבול של הצעתו"**.
2. יחד עם זאת, במכרזים בעלי מאפיינים מיוחדים, כגון חוזה מתלה, הכוללים תנאים שחייבים להתקיים כדי לשכלל את החוזה (כמו תשלום), **החוזה משתכלל לא עם ההכרזה, אלא עם מילוי התנאי הקבוע במכרז**. הדבר נכון גם כאשר מחילים את דוקטרינת חוזה נספח (בו המכרז הוא כחוזה נספח ולכן חלים עליו דיני החוזים).

הודעה הזכייה תיראה כקיבול ההצעה ותשכלל חוזה בד"כ במכרזים פשוטים, בהם התנאים ברורים יותר. לעומת זאת, במכרזים מורכבים יותר, על הזוכה למלא תנאים מסוימים כדי שישתכלל חוזה. הכי טוב להשאיר תנאי במכרז שמותיר לוועדת המכרזים שק"ד ומרחב תמרון במקרה ותנאי כלשהו במכרז לא משתכלל.

**ב) מערכת היחסים בין המפסידים לעורך המכרז** – המפסידים נכנסים לתמונה בני מצבים- במקום שבו הייתה הפרת חוזה עם הזוכה ובמקום שבו בוטל החוזה ע"י הזוכה שחזר בו. השאלה היא מה קורה עם שאר ההצעות שהיו על השולחן? האם הן מתבטלות (פוקעות באי הקיבול) או שמא הן נשארות בתוקף גם לאחר קבלת הודעת הזכייה?

אלכנפא נ' עמידר: **מרגע שנכרת חוזה, המכרז הסתיים ואנחנו לא בדיני מכרזים. לכן, כל ההצעות שהיו על השולחן פוקעות.** ביהמ"ש אומר שאם בוחרים בהצעה השנייה הטובה ביותר לאחר שהחוזה עם הזוכה הראשון לא יצא לפועל, נוצרת סיטואציה של התקשרות חוזית בלי מכרז. לכן, עלינו להבין היטב מתי משתכלל חוזה.

מתי ניתן לבחור בהצעה השנייה המתאימה ביותר לאחר ההצעה הראשונה? במצב שבו בוטל/הופר החוזה יש שתי ברירות-

1. **יציאה למכרז חדש**, שהרי ההלכה היא שעם השתכללות החוזה, פוקעות ההצעות ופוקע המכרז שמאחוריו. מבחינת הרשות ובעל ההצעה השנייה המתאימה ביותר, מדובר באפשרות עם חסרונות לא מבוטלים.
2. פס"ד חפציבה- **ניתן לקבוע במכרז מה יהיה מעמד ההצעה השנייה במידה וההצעה הראשונה תבוטל**. ביהמ"ש אומר כי יש לקחת בחשבון-
* את הפגיעה בעיקרון השוויון והסודיות עם פרסום מכרז חדש;
* את פרק הזמן שעבר מאז המכרז הראשון ולבדוק את האקטואליות של ההצעות האחרת;
* לבדוק האם ההצעה השנייה טובה מספיק מבחינת הרשות
* ולבדוק האם ההצעה השנייה הוגשה בתום לב וללא קנוניה בין המשתתפים במכרז.

**האם ניתן לשנות תנאי מתנאי ההתקשרות לאחר חתימה על החוזה וסיום המכרז?** שינוי תנאי ההתקשרות לאחר חתימת החוזה יכול להיראות כ:

* קנוניה בין המציע לרשות;
* לפגוע בשוויון ותחרות;
* ניצול לרעה של סמכות הרשות;
* לפגוע ביעילות ולהעביר מסר לא תקין של תמרון מאוחר של כללים ותנאים.

בנוסף, לפי עקרון הדואליות הנורמטיבית, על אף שלאחר השתכללות החוזה אנו מצויים בשלב החוזי, עדיין יחולו על החוזה עקרונות המשפט המנהלי ועדיין תהיה ביקורת שיפוטית ובחינה מנהלית. זאת ע"מ שלא להפקיר את ההתקשרות בין הרשות לבין הזוכה.

**יש להבחין בין שינוים מכוונים ויזומים לבין שינויים שלא ניתן לחזות והם לא משנים באופן מהותי מתנאי ההתקשרות.**

* **שינויים יזומים ומכוונים**:
* הצדדים לחוזה יכולים להסכים כי תקופת ההתקשרות תקוצר / תוארך מעבר לתקופה הקבועה בחוזה.
* בעסקה לרכישת טובין, שינוי תנאי ההתקשרות יכול לבוא לידי ביטוי בהגדלה / בהקטנה של הכמות תמורת תשלום נוסף.
* מחדל- הבלגה מצד נציגי הגוף המזמין על הפרת החוזה ע"י הספק, המהווה למעשה הסכמה בשתיקה לשינוי תנאיו.
* **שינויים מכורח המציאות**:
* שינויי במתן שירותים (במכרזים בענייני בריאות, חינוך ורווחה): שינוי במדיניות הרשות האמורה לספק את השירות או שינוי במאפייני הקהל. לדוג' במקום שירותים לבני נוער לתת למבוגרים. פתיחת מתן החיסונים לעוד אוכלוסיות גיל וכד'.
* קושי בלתי צפוי בביצוע העבודה. לדוג' גילוי אתר ארכיאולוגי.
* שינויים טכנולוגיים המשכללים את הפרויקט או מזרזים אותו. לדוג' המצאה חדשה.

נהוג להבחין בין שני סוגי השינויים האלו, מכיוון **ששינויים יזומים נתפסים כרשלנות של הרשות או המציע לבין מצב לא צפוי**. אם יש איזשהו מצב של רשלנות מצד הרשות, גם אם היא נעשתה בתום לב, זה נותן מסר של משהו לא תקין. ככל שמדובר במצב שהוא צפוי והתפספס בגלל המחדל של נציגי הרשות, עולה החשש של קנוניה מכוונת ולא רשלנות גרידא. לכן במצבים כאלה יש סימן שאלה מאוד גדול לגבי אפשרות שינוי תנאי ההתקשרות לעומת מצבים לא צפויים. אך גם במצבים לא צפויים לא ניתן לשנות באופן אוטומטי את תנאי ההתקשרות.

ייתכן שיש **תשובה חלקית שמעוגנת בתקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים.** התקנה מדברת על סיטואציות של התקשרויות המשך שאינן תלויות במכרז ופטורות ממנה. לדוג' עפ"י תקנה 3(4)(ב)(1)(א) וועדת המכרזים, במהלך תקופת ההתקשרות הראשונה, יכולה להכשיר התקשרות המשך בתנאים זהים להתקשרות הראשונה, מטעמי חיסכון ויעילות.

לפי דקל הנחת המוצא של תקנה 3(4) היא שאפשר להאריך את ההתקשרות כל עוד לא מדובר על שינוי מהותי מתנאי ההתקשרות. **הכלל הוא ששינוי מהותי מתנאי ההתקשרות מחייב יציאה למכרז חדש ואילו שינויים טכניים שאינם נוגעים לצדדים השונים, עשויים להיות מותרים ללא מכרז**. חריגים לכלל: 1) נאפשר שינויים מהותיים ככל שהם הנובעים מכורח המציאות, ולא נחייב יציאה למכרז חדש. 2) נתיר שינויים שאינם מעידים על קנוניה של הצדדים לחוזה או שינויים שיש בהם תו"ל מצד הצדדים, באמצעות היקש מפסיקה שנוגעת למו"מ עם מציעים לפני שלב ההכרזה על הזוכה (פס"ד מגער).