

דיני מכרזים
MA משפטים ללא משפטנים
2018-2017

פרופ': מיכל טמיר
כתב: גיא שחר
ערך: גיא רפאלי

© כל הזכויות שמורות.
אין לצלם, להעתיק ולהפיץ ללא הסכמה מראש.

דיני מכרזים שיעור ראשון

פרופ' מיכל טמיר
אי אפשר ללמוד מכרזים ללא החקיקה המתאימה. נתחיל במסגרת הכללית ונלווה את הלמידה עם החוקים הרלוונטיים.

- חוק חובת המכרזים 1992
- תקנות חובת המכרזים 1993
- תקנות העיריות (מכרזים) 1987

קובץ משפט מנהלי – ספר החקיקה.
המסגרת הנורמטיבית בישראל, דיני המכרזים בישראל התפתחו על ידי פסיקות וקביעת הלכות של בית משפט העליון. החקיקה החלה רק בשנות ה-80 לגבי רשויות מקומיות ובשנות ה-90 לגבי הרשויות הכלליות, הממשלתיות והציבוריות. חוק חובת מכרזים נחקק בשנת 1982. חלק מהמאפיינים בדיני מכרזים מפוצל בין מספר חוקים.

שלוש קבוצות עיקריות של מכרזים:

1. רשויות כלליות, חל עליהן חוק חובת המכרזים 1992 ותקנות חובת המכרזים 1993. בחוקים ותקנות אלו נכללים: רשויות המדינה, משרדי הממשלה, תאגידים ממשלתיים (תאגידים סטטוטוריים) (שנחקקו לגביהם חוקים מיוחדים), חברות ממשלתיות, קופות חולים, מועצות דתיות, מוסדות להשכלה גבוהה).
2. רשויות הביטחון: חל עליהן חוק חובת המכרזים. תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון) יש להם תקנות מיוחדות בגלל סיווג בטחוני וכדומה.
3. רשויות מקומיות: סעיף 197 לפקודת העיריות קובע שיש לערוך מכרז לקבלת שירותים, טובין וכדומה. כמו כן קיימות תקנות עיריות מכרזים משנת 1987.

בכל חוק יש סעיף שקובע שיש צורך לערוך מכרז וכך הלאה. התקנות של כולם נמצאות במקומות שונים אבל הם זהות.

למה צריך לערוך מכרז?

פסק דין גוזלן (אליהו גוזלן נגד מועצה אזורית בית שמש).
מחלק את האינטרס לציבורי ואינטרס עסקי.

1. אינטרס ציבורי – שיוויון. רשות ציבורית הוא נאמן הציבור. הכסף הוא של הציבור והרשות פועלת מתוך אינטרס ציבורי. רשות ציבורית צריכה לפעול בצורה עקבית ושוויונית. לדוגמה שני אנשים שמבקשים רישיון עסק לא ניתן להפלות ביניהם. הפסיקה קובעת שהרשות לא יכולה להתנער מ"הכובע הציבורי" והיא צריכה לפעול מתוך ראייה שוויונית. היא חייבת בשיוויון גם שהיא פועלת במישור העסקי. מכרז נתפס כהקצאה שיוויונית במשאבי המדינה. יש פה מכניזם שמאפשר להשוות בין ההצעות. המכרז כולל סעיפים החולשים על כל דבר. הוא מאפשר לי להשוות בין ההצעות השונות. "השוויון היא נשמת אפו של המכרז".
2. אינטרס עסקי – יעילות. כאשר הרשות מתנהלת במישור העסקי היא צריכה לקבל את התמורה הטובה ביותר עבור הכסף שלה. המכרז מאפשר לקבל הצעות שנות שיאפשר לבחור את הטובה ביותר. כאשר חברה יוצאת במכרז והיא לא רוצה להיות כפופה לחוק המכרזים היא צריכה להתנות את המכרז בצורה מפורשת בפרסום.

הפסיקה נותנת עדיפות ברורה לעיקרון השוויון. יש היום דיון ציבורי על העדפה של השוויון בגלל שהאינטרס העסקי הוא גם אינטרס ציבורי. יש הטוענים אומרים שצריכה להיות חזקה לאינטרס השוויון ותו לא.

יש מכרזים שנקראים מכרזי אמות מידה. במכרזים אלו הבחירה מתבססת על שיקול של מספר פרמטרים ולא רק המחיר הנמוך ביותר.

במכרזים יש צורך להגיש ערבות. באחד מפסקי הדין האחרונים כתב השופט עמית שלפעמים יש צורך לא לפסול הצעות שנפל בהם פגם בתום לב בערבות. כרגע המצב המשפטי בארץ שעיקרון השוויון מנצח את עיקרון העסקי.

לפעמים יש אינטרסים ספציפיים שבגינם יש צורך לעבור מכרז. חוק חובת המכרזים חל על עסקאות. זיכיון הוא מעשה שלטוני. בכל זאת ישנם חוקים שקובעים שיש צורך לערוך מכרז. אינטרס של פלורליזם תקשורתי. לפעמים יש אינטרסים ספציפיים שבגינם נערוך מכרז. למשל תדרי שידור.

מה זה מכרז?

מכרז זאת תחרות מאורגנת להתקשרות בחוזה. הזוכה זוכה בחוזה עיקרי. מה זה מכרז מבחינה משפטית?

להתקשר בחוזה -> דיני חוזים -> דיני חוזים של רשות.

תחרות מאורגנת? מכרז?

1. הזמנה להציע הצעות. אנחנו נמצאים בשלב הטרומ חוזי וחלים עליו דיני תום לב במו"מ. סעיף 12 שמדבר על תום לב במשא ומתן. הסעיף הזה מאפשר לתת פיצויי הסתמכות. מי שפועל שלא בתום לב ניתן לתבוע אותו בפיצויים על ההצעות שהוצאת במהלך המו"מ.

2. חוזה נספח – אם אני רואה את המכרז כחוזה עצמו בין מי שמגיש הצעה. המכרז עצמו הוא חוזה נספח והוא סיפתח לבחור מישהו שמולו ייקבע החוזה עיקרי סופי. על הפרה של מכרז כזה ניתן לתבוע גם **פיצויי קיום** וניתן לתבוע את הרווח הפוטנציאלי (הרווח שהיינו מרוויחים אם היינו זוכים במכרז והוא היה מקוים כלשונו).

פסק דין מאליו – ע"א 700/89 חברת החשמל נ' מאליו. פסק הדין משנת 1989 לפני חוק המכרזים. נקבע בפסק דין שחברת החשמל חייבת בהוצאת מכרז. נקבע שמכח הפסיקה חברת החשמל חייבת במכרז.

לפי מה שהיה נהוג ההצעה הזולה ביותר הייתה צריכה לזכות. חברת מאליו הייתה צריכה לזכות במכרז. בגלל פגמים בהתנהלות של חברת החשמל חברה אחרת זכתה במכרז ובנתה את תחנת הכוח. מאליו תובעת פיצויים והשופט נותן לה פיצויי קיום, תחליף ל"צו עשה" במשפט המנהלי.

1- אילו זה לא היה מעשה עשוי היה ניתן לשנות את החלטה (של הזוכה במכרז) אבל בגלל שכבר המצב מוגמר ניתן לתת פיצויי קיום.

2- זוהי הסתמכות על המשמעות של חוזה נספח - ניתן לה פיצויי קיום.

סעיף 12 – תום לב במו"מ -> פיצויי הסתמכות. במקרים קיצונים שבהם חוסר תום לב קיצוני גרם לפיצוץ ההסכם ניתן לקבוע פיצויי קיום. ("קל בניין"). השופט ברק אמר שבמקרה כזה קיצוני בו פרטי החוזה היו ברורים וחוסר תום לב גרם לפיצוץ החוזה ניתן לקבוע פיצויי קיום.

דיני מכרזים שיעור שני 7.11.2017

השוויון הוא העיקרון המנחה במכרזים.

ההבדל בין שוויון חוקתי ובין שוויון מנהלי.

לרשויות מנהליות יש חובת השוויון המנהלי, הן צריכות להיות עקביות. אם א' וב' עומדים בקריטריונים צריך לפעול בשוויוניות. הרשות צריכה לחלק את משאביה בצורה שוויונית. עיקרון השוויון ילווה אותנו לאורך כל הלימוד והוא חל בכל חלקי המכרז.

כאשר רשות עורכת מכרז חלים עליה

סעיף 2 לחוק

" המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו."

חובת השוויון משורשרת לחברות שעובדות עם המדינה.

ע"מ 3463/14 פסק דין שעוסק בשוויון מנהלי: "מדינת ישראל נגד עמותת אקים". מדובר במכרז של משרד הרווחה שהיו אמורים לזכות בו מספר חברות ועמותות. המכרז נועד להפעיל דיור מוגן לאנשים בעלי פיגור שכלי. המכרז קבע שהמדד המשמעותי בו הוא איכות, חברות שיכולות להפעיל מקום כזה. במכרז הוחלט שחברות יקבלו 4% יותר מעמותות כי הן פועלות למטרות רווח.

שוויון מנהלי -> יחס שווה למי שאין ביניהם הבדלים רלוונטיים לצורך העניין הנדון.

בית המשפט בחן האם ההבדל בין חברות ועמותות הוא רלוונטי כאן. גם אם חברות שונות ביניהן במטרות רווח זה לא רלוונטי למה שמשרד הרווחה צריך לשלם.

תחרות מאורגנת להתקשרות בחוזה.
סוגי מכרזים:

1. המכרז הפומבי (המכרז הקלאסי). הוא המכרז הכי שוויוני. סעיף 2 לחוק המכרזים.
 - a. מכיל כלליות – פונה לכל אדם. אדם מכניס הצעה לתיבה והיא נבחנת לפי תוכנה.
 - b. 1. (א) גוף ציבורי יעדיף לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם מקום שהותר לו לפי תקנות אלה לבצע התקשרויות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל.
 - c. אי ניהול מ"מ
2. מכרז סגור – נקרא מכרז זוטא בתקנות עיריות. הקריטריון הקובע מתי מותר לבצע מכרז זוטא הוא קריטריון כספי. זה המכרז היחידי שחובה לקבל בו את ההצעה הנמוכה ביותר.
3. מכרז פומבי מוגבל – מכרז שניתן לנהל בו משא ומתן. אם מדובר על מכרז פומבי מוגבל, הדבר צריך להיות מוגדר ומפורסם מראש. תקנה 7א' בתקנות חובה המכרזים.
7. (א) התקשרות משרד בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, יכול שתיעשה באמצעות ניהול משא ומתן עם המתמודדים במכרז שהצעותיהם נמצאו מתאימות, אם היא אחת מאלה:
4. מכרז עם שלב של מיון מוקדם. תקנה 17ג'. רק מי שעובר שלב סינון ראשוני של בדיקת איכות נבצע מכרז מלא עם סינון כספי.
5. מכרז עם בחינה דו שלבית. סעיף 17ד' בתקנות חובת מכרזים. יש הפרש זמנים בין בדיקת האיכות ובדיקת המחיר. מגישים שתי מעטפות. קודם כל פותחים את מעטפות האיכות ונותנים ציון ראשוני, אחרי זה פותחים את מעטפות המחיר ועושים שכלול מלא.

6. מכרז פומבי עם הליך תחרותי נוסף. סעיף 17ה'. מתאים למקרה שכל ההצעות חורגות מהאומדן.
7. מכרז מסגרת- תקנה 17ו'. מכרז שנבחרים בו כמה ספקים שנחתמים איתם מכרזי מסגרת.
8. מכרז ממוכן. תקנה 19ג'. הכל מבוצע דרך האינטרנט. התקנות חידשו ב 2009.
9. מכרז ממוכן מתפתח. תקנה 19ד'. מכרז שבהתחלה קובע את רשימת המציעים הסופית ואז מתנהל כמו מכירה פומבית.
10. מכרז רבתי מהיר. תקנה 19ה'. במקרים של דחיפות, מאפשרים לבצע התקשרות לתקופת זמן מוגבלת ומינימאלית. זאת במטרה למנוע נזק.
11. מכרזים של החשב הכללי. תקנה 14ב'. לפעמים החשב הכללי עושה מכרז עבור כל משרדי הממשלה ואז משרדי הממשלה מחויבים לבצע התקשרות עם מי שזכה במכרז.

ברשויות מקומיות אין מכרזי משא ומתן, תקנה 18 א' לתקנות עיריות מכרזים.
 "18א. לא ינוהל משא ומתן עם משתתף במכרז בטרם נקבע הזוכה במכרז".
 בעקבות פס"ד שעסק בעיריית נשר, הרשות המקומית של נשר לוקחת לעצמה את המודל של משא ומתן. הדבר הגיע לדיון בבית המשפט העליון, שיקבל את הערעור. בעקבות זאת תוקן תיקון לחוק האוסר על קיום משא ומתן בעת ביצוע מכרז פומבי.

בשנת 2009 נעשה תיקון מקיף לחוק חובת המכרזים, אחד הדברים שקרו הם שהוכנסו ווריאציות נוספות לחוק שהתפתחו במשך השנים. לדוגמא, הוכנס מכרז אינטרנט.

דיני מכרזים שיעור שלישי 14.11.2017

מכרז הוא תחרות מאורגנת להתקשרות בחוזה

הזמנה להציע הצעות
 חוזה נספח

העובדה שהחוזה התחיל במכרז מובילה לכך שתקופתו מוגבלת

כריתת חוזה

1. הקיבול צריך להיות תואם את ההצעה – כדי שיהיה מפגש של רצונות צריכה להיות התאמה בין שני הצדדים. כל פעם שצד מחזיר תובנה או שאילה, זה עדין לא חוזה. במכרז שבו הרשות מודיעה למשהו שהוא זוכה, זהו שלב הקיבול. אם אני מודיע למישהו שהוא זוכה בחלק מהמכרז, זוהי הצעה חדשה, במקרה שזה לא היה מוגדר מראש, זוהי הצעה חדשה. דוגמא לכך קרה בפס"ד כהן עיצובים. היה מכרז להקמת ביתנים באירופה. המטרה של משרד התיירות הייתה לכרות חוזה עם חברה שמסוגלת לבנות 15 ביתנים על פני כמה שנים באירופה. משרד התיירות הודיע לחברת כהן שהיא זוכה אבל רק בבניה של שלושה ביתנים. לאחר מכן חזרו מהם גם מבניית השלושה. כהן ביתנים פנתה לבית המשפט. בית המשפט קבע שמדובר היה בהצעה חדשה. קיבול שיש בו שינוי מההצעה המקורית לא מהווה כריתת חוזה.
 בית המשפט העליון קבע כי מגיע פיצוי קיום על חוזה הנספח – בגלל שהתהליך לא היה תקין. החוזה פסול עלפי דיני מכרזים.
2. לא תמיד עם הודעת הזכייה מתבצע קיבול – לפעמים יש צורך בתנאים נוספים. דוגמה: יוספיש אדם זכה במכרז של מנהל מקרקעי ישראל לחכירה של שני מגרשים. על פי תנאי המכרז הוא היה צריך לשלם למנהל תוך זמן מוגדר את עלות חכירת המגרשים. המערער שילם את מלוא הסכום באיחור של מספר ימים. המינהל הודיעה לו על ביטול. בית המשפט קבע שלא נכרת חוזה. בית המשפט אומר שאם נלך לפי הקונסטרוקציה של הזמנת הצעות מקרים שבהם לא יהיה די בהודעה על הזכייה כדי לבצע קיבול במקרה שיש עוד תנאים שיש להשלים כדי שיהיה קיבול. בגלל עיקרון השוויון לא ניתן לתת הארכה ולכן

לא ניכרת חוזה.

בית המשפט קבע שהמערער הפר את החוזה הנספח למכרז.

3. חובת השוויון חלה על הרשויות הציבוריות לא רק במכרז אל גם בקיום החוזה – דוגמה:
חברת צמנטל זכתה בחוזה מול משרד הבינוי והשיכון. בתנאי החוזה היה שתוך 120 ימים היא צריכה לשלם דמי חכירה למנהל מקרקעי ישראל ולחתום חוזה פיתוח. חברת צמנטל מבקשים הארכה של מספר ימים. משרד השיכון מבטל את החוזה. בית המשפט מאשר את ביטול החוזה. בשמירה על עיקרון השוויון לא מספיק לשמור על עיקרון השוויון רק בתקופת המכרז אלא גם בזמן מימושו.

פס"ד אלי ראובן בניה והשקעות:

חברת אלי ראובן זכתה במכרז מול משרד הבינוי והשיכון. התברר שגבו לה ביתר את דמי הפיתוח. היה עדכון במהלך הזמן. בית המשפט קבע שלא ניתן להחזיר לה את הכספים המיותרים שנגבו כי זה בניגוד לעיקרון השוויון.

*פיצול – אם יש מכרז שיש אפשרות לפצל אותו (לדוגמא, בניה של שני בניינים) אופציית הפיצול צריכה להיות מוגדרת מראש.

סמכויות שיפוט בדיני חוזים

השאלה היא איזה בית המשפט צריך לדון בדיני מכרזים?
בית המשפט העליון פיתח את הנושא של דיני מכרזים בפסיקות ובקביעת הלכות עד שנחקק החוק.

עד 1991 - דיני מכרזים היו נדונים בבג"צ.

היו שתי אופציות:

אופציה ראשונה בג"צ. כי הוא דן בנושאים של האזרח מול המדינה.

אופציה שניה – בתי משפט אזרחיים (שלום או מחוזי) כי הם דנים בסכסוכים בין אנשים.
בפועל העתירות היו מוגשות לבג"צ והוא היה דן בהם.

1. ההליך בבג"צ נתפס כמהיר יותר.
2. בתקופה זאת דיני מכרזים עדין לא פותחו מספיק, לא היה חוק. חוק חובת מכרזים הוא משנת 1992. בג"צ ראה עצמו כסמכות לפתח תחום משפטי זה.
3. בתקופה זאת היה חוק לתיקון סדרי הדין (המדינה כבעל דין) סעיף 5 בו לא הותר להוציא צווים נגד המדינה. בתי משפט שלום ומחוזי לא יכלו מבחינה חוקית להוציא צווי עשה למדינה.
4. סיבה נוספת שתיקים אלו נדונו בבג"צ היא שהייתה תפיסה רווחת "שהדין הולך אחרי הדיין". הייתה תפיסה שדין ציבורי צריך לדון בבג"צ. דין = איזה בית משפט, דין = דין ציבורי.

"דואליות נורמטיבית" - ששתי מערכות דינים חלות על הסיטואציה.

<- כל דיני המשפט הציבורי -> רשות ציבורי

<- משפט פרטי -> עסקה פרטית.

בשנים מאוחרות יותר התפתחה גישה שכל בית משפט יכול לדון בכל סוגי העתירות.

בשנת 1991 הייתה נקודת מפנה - פס"ד פסטרנק

היה מכרז עם משרד הבינוי והשיכון. משרד השיכון העלה טענה על בסיס חוזי.
ברק אומר שכל הסיבות שבגינן דיני חוזים נידונו בבג"צ לא תקפות, היות ונחקק חוק חובת המכרזים. ההליך הפך להיות הליך איטי, בתי משפט יכלו להוציא למדינה צווי עשה, התחום של דיני משפטים התפתחו.

ברק החליט שדיני מכרזים יעברו לבתי משפט מחוזי ושלום בחלוקה לפי סכום התביעה.

החל משנת 2000

בשנת 2000 נחקק חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים. החוק הזה העביר נושאים מנהלים מבג"צ ובית משפט השלום לבית המשפט המחוזי שהוא בית המשפט לעניינים מנהליים. מטרתו העיקרית הייתה להוריד עומס מבג"צ. התוספת של החוק הזה מונה את התחומים בהם הוא יכול לדון, בין היתר נקבע בסעיף 5 לתוספת "מכרזים.....".

כל ענייני המכרזים יידונו בבית משפט לעניינים מנהלים. זו כבר לא חלוקה לפי סכום אלא לפי נושא. סעיף 8 לחוק קובע כי בית משפט לעניינים מנהלים קיבל את כל הסעדים והסמכויות שהיו לבג"צ בתחום. לדוגמא ניתן לדחות עותרים על השתהות או חוסר ניקיון כפיים.

ערעורים על החלטות בית משפט מנהלי מגישים לבית משפט עליון. בראשי התיבות עע"מ: " ערעור עתירה מנהלית".

סעיף 3 לתקנות קובע – יש להגיש את העתירה לא יאוחר מ - 45 ימים מיום שנודע לעותר המידע נושא העתירה.

סעיף 4 – ניתן לדחות את הגשת העתירה גם אם הוגשה בקשה בתוך ה 45 ימים.

בבית משפט לעניינים מנהלים יש גם תובענות מנהליות – תובענה שעילתה במכרז. יש דרישה לפיצוי כספי כתוצאה ממכרז.

תביעות חוזיות/רגילות נדונות בבתי משפט מחוזי ושלום. איפה הגבול בין השתיים? -> ראה פס"ד קוטלרסקי. לשם הבהרה (הערה שלי – גיא הפאלי):

עתירות מנהליות או תובענות מנהליות בנושא המכרז יוגשו לבית המשפט לעניינים מנהליים (המחוזי).

עתירות או תביעות בנושא החוזה הקשור למכרז – יוגשו לבית משפט השלום או למחוזי (תלוי בגובה הסכום).

דיני מכרזים שיעור רביעי 21.11.2017

בשיעור קודם דיברנו על סמכויות ונושאים שיעלו לדיון בבתי משפט לעניינים מנהליים - עע"מ. בבית משפט לעניינים מנהליים יש מקום גם לדון בתובענה מנהלית שעילתה מכרז. הסמכות לדון בה היא בבית משפט לעניינים מנהלים. אבל אז יש מצב של תחום אפור. מתי תביעה כספית תהיה בבית משפט לעניינים מנהליים ומתי תידון בבית משפט רגיל.

פס"ד קוטלרסקי קובע קווים כלליים בתשובה לשאלה זו.

פס"ד קוטלרסקי: המועצה המקומית תל מונד פרסמה מכרז למגרשים למרות שהיא לא היתה הבעלים של הקרקע. לאחר ששילמו הזוכים מחצית מהסכום ולפני התשלום השני הם גילו את העובדה שהמועצה היא לא באמת הבעלים של הקרקע. בכך נגרמו להם נזקים כי עקב אי העברת הבעלות לא יכלו לקבל הלוואה מהבנק בהתאם לתכנית שלהם ונאלצו לשבור תוכניות חיסכון ותיקי השקעות. רק שנתיים לאחר ששילמו את המחצית השנייה של הסכום הנדרש עבור הקרקע עוברים המגרשים לבעלות המועצה ואליהם. הזוכים תובעים את המועצה ואת עורך דינה פיצויים בגין הנזקים שנגרמו להם וכן על הטעיה במכרז. כל פסק דין עוסק בנושא סמכות הדיון. דברים זהים בתחום האזרחי צריך להיות נדון בבתי משפט אזרחיים. בית המשפט המנהלי שדן בנושא דחה את התביעה כי היא לא היתה בנושא המכרז אלא בנושא החוזה שנחתם עמם – במכרז עצמו הם זכו ולא יכלו לטעון נגדו. כמו כן טעו התובעים בצרפם את עורך הדין של המועצה לנתבעים למרות שהוא לא היה חלק מעורכי המכרז. התובעים הופנו לתביעה בבית משפט אזרחי בגין הנזקים שנגרמו להם. נקבעו שלושה מבחנים כדי לדעת מתי הנושא ידון בבית משפט לעניינים מנהליים ומתי לנושאים אזרחיים:

1. **אם הייתה זכיה במכרז** -> בית משפט אזרחי. אנחנו בתחום החוזי. אם אנחנו עדין בשלב במכרז אזי הדיון יהיה בבית משפט לעניינים מנהלים.
2. **צליל העילה**, משא ומתן פסול, חוסר תום לב, עשיית עושר שלא במשפט, רשלנות. כל אלה יקבעו את בית המשפט. העילות הן עילות חוזיות והנזקים שנגרמו לתובעים הם בתחום של המשפט הפרטי אזרחי ולא מהמשפט המנהלי.

3. אם זה חוזה או מכרז.

אם אדם לא זוכה ויש קשר להליך לקוי במכרז לקוי אזי התביעה תוגש ותידון בבית משפט לעניינים מינהליים.

חובה לערוך מכרז, ולצידה הפטורים

סעיף 2 לחוק חובת מכרזים

"(א) המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו."

על מי חלה החובה?

- המדינה
- תאגיד ממשלתי – כל גוף שפועל על פי דין. שקם על פי חוק. לדוגמא: מגן דויד אדום, המוסד לביטוח לאומי.
- מועצה דתית.
- קופת חולים.
- מוסד להשכלה גבוהה.

על מה חלה החובה?

- עסקה בטובין או מקרקעין.
- עסקה לביצוע עבודה.
- עסקה לרכישת שירותים.

על מעשים שלטוניים אין חובת מכרזים. עליהם יש חוקים ספציפיים. לדוגמא חוק חלוקת תדרים וכדומה. חוק שירותי המדינה (מינויים).
אנחנו מתמקדים ביצוע עבודות. לדוגמא - קבלן איסוף אשפה.

החובה לקיום מכרז מצויינת בסעיף 179 לפקודת העיריות.
הפטורים נמצאים בתקנות חובת המכרזים ובתקנות העיריות.

פטור ממכרז: (העתקה מהמצגת)

▶ סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 (להלן: "חוק חובת המכרזים"), מטיל חובת מכרז על רשויות מינהליות וקובע, כדלקמן:

"המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו."

▶ עם זאת, המחוקק הכיר במצבים בהם שיקולים כלכליים, חברתיים ופוליטיים מצדיקים מתן פטור מהחובה של עריכת מכרז פומבי; ועל כן, העניק בסעיף 4 לחוק חובת המכרזים, לשר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות מקרים בהם יוענק פטור מעריכת מכרז פומבי.

▶ סעיף 4 לחוק חובת המכרזים, שמסייג, כאמור, את חובת עריכת המכרז המוטלת על הרשות המינהלית - הקבועה בסעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים - קובע, כדלקמן:

4. (א) שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יקבע בתקנות –

(1) סכומים או סוגי עיסקאות ונהלים לסיווג עיסקאות, שלגביהם, על

אף האמור בסעיף 2 –

(א) לא תהיה חובה לערוך מכרז כלל;

[...]

(ב) בתקנות לפי סעיף זה ייקבעו, בין היתר, פטורים מחובת מכרז להתקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש ולהתקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז, ותנאים למתן פטורים כאמור.

מכוח סעיף זה התקין שר האוצר את תקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 (להלן: "תקנות חובת המכרזים"), ובהן רשימת מקרים שונים אשר בהתקיימם ניתן פטור מחובת עריכת מכרז פומבי.

למרות שתקנות חובת המכרזים נוקבות בפטורים לא מעטים מהחובה של עריכת מכרז פומבי, הפסיקה קבעה כי עריכת מכרז פומבי הינה הכלל והמקרים המפורטים בתקנות חובת המכרזים ואשר מצדיקים הענקת פטור מעריכת מכרז הינם חריגים.

מכיוון שהוראת הפטור הינה חריג לכלל המחייב עריכת מכרז, הפסיקה קבעה כי יש לפרש את הוראות הפטור על דרך הצמצום, כך שתכלית מתן הפטור ממכרז תעלה בקנה אחד עם עקרונות דיני המכרזים [ראו: בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה].

זאת ועוד, בפסיקה נקבע, באופן עקרוני, כי הפטורים מחובת מכרז הקבועים בתקנות, אמנם מאפשרים לרשות המנהלית להימנע ממכרז, אך הם אינם מחייבים אותה להימנע ממכרז [ראו: ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל].

▶ כמו כן, הפרשנות המצמצמת שיש לתת לתקנות הפטור, נלמדת, בין היתר, מן ההסדר הקבוע בתקנות חובת המכרזים, שלפיו על הרשות להעדיף עריכת מכרז גם בנסיבות שבהן היא פטורה מכך.

▶ תקנה 1(ד) לתקנות חובת המכרזים קובעת כי "החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות שלא בדרך של מכרז, תתקבל לפי תקנות אלה לאחר בחינת האפשרות לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז, וככל שהדבר מוצדק וסביר בנסיבות העניין".

▶ התקנות אומרות שצריך להעדיף את המכרז. כלומר, תקנה 1(ד) לתקנות חובת המכרזים, קובעת עיקרון כללי לפיו, על הרשות המנהלית להעדיף התקשרות באמצעות מכרז על פני התקשרות ללא מכרז, גם בנסיבות שבהן מתקיימת עילת פטור מעריכת מכרז.

▶ כלומר, בהתאם לתקנה 1(ד) לתקנות חובת המכרזים, אין די בעצם קיומה של הוראת פטור - הקבועה בתקנות חובת המכרזים - כדי לאפשר לרשות המנהלית לערוך התקשרות ללא מכרז; קרי, גם אם עומדת לרשות המנהלית הוראת פטור - המנויה בתקנות חובת המכרזים - על הרשות הציבורית להוכיח כי "אין זה מוצדק וסביר בנסיבות העניין לבצע את ההתקשרות [...] בדרך של מכרז".

הרפורמה של שנת 2009

- ▶ מחיקה של מספר הוראות פטור, בעיקר כאלו שלא היה בהן שימוש נרחב.
- ▶ הקשחת השימוש בהוראות פטור קיימות.
- ▶ הוטלה חובת פרסום של שימוש בפטור – תקנה 1ג לתקנות חובת מכרזים.
- ▶ "ג. (א) גוף ציבורי שהחליט לבצע התקשרות שלא באמצעות מכרז לפי תקנות אלה, למעט התקשרות לפי תקנה 3(1), יפרסם את החלטתו המנומקת באתר האינטרנט בתוך חמישה ימי עבודה ממועד קבלת החלטה".
- ▶ הסמכות להחליט על פטור ששוויו מעל 150000 שח הועברה לוועדת הפטור המשרדית – תקנה 10א(ב)
- ▶ הוקשחו התנאים להתקשרות עם ספק יחיד

" התקשרות משרד בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, אם היא אחת מאלה:

(1) התקשרות ששווייה אינו עולה על 50,000 שקלים חדשים; ואולם בכל תקופה רצופה של שנים עשר חודשים לא יתקשר המשרד עם מתקשר מסוים, בלא מכרז, לפי פסקה זו בהתקשרויות בסכום כולל העולה על 100,000 שקלים חדשים, ובמניין זה יבואו גם התקשרויות שנכרתו בתקופה האמורה כהתקשרות המשך, כהגדרתה בפסקה (4), להתקשרות שנעשתה במקורה לפי פסקה זו;

"

ודעת הפטור תקנה 11. הקימו עוד ועדת פטור משרדית תקנה 10 א'

דיני מכרזים שיעור 5.12.2017

תקנה 25 בתקנות חובת המכרזים פוטרת את מנהל מקרקעי ישראל מעריכת מכרזים בנושאי רכישת מקרקעין.

תקנה 25 לתקנות חובת המכרזים - הקבועה בפרק ג': התקשרויות של מינהל מקרקעי ישראל לביצוע עסקה במקרקעין - קובעת כי "נוסף על האמור בתקנה 3, התקשרות של מינהל מקרקעי ישראל (להלן - המינהל) לביצוע עסקה במקרקעין של המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל, אינה טעונה מכרז כאשר נושא ההתקשרות הוא אחד מאלה".

כלומר, תקנה 25 מפרטת - בסעיפיה הקטנים - נסיבות שבהן לא חלה על מינהל מקרקעי ישראל חובה לערוך מכרז.

לדוגמא: תקנה 25(26) לתקנות חובת המכרזים פוטרת את מינהל מקרקעי ישראל מחובת עריכת מכרז לגבי - רכישת מקרקעין על-ידי מינהל מקרקעי ישראל (וזאת להבדיל ממכירתם).

פס"ד בג"צ 6906/16 טוהא נגד רמ"י

נדון פטור שניתן על פי תקנה 25 (24 א'). הענקת זכויות במקרקעין למי ששרתו בכוחות הביטחון מעל שנתיים בישוב של בני מיעוטים ללא מכרז לצורכי בניה. הפטור ניתן בכפר רמה שבו יש מצוקת דיור. התושבים טענו לאפליה נגד מי שלא שרתו. בית המשפט קבע שמי שמשרת בצבא לוקח על עצמו נטל כלכלי ונפשי עקב שירותו בצבא. עוד קבע בית המשפט כי החוזה היה מידתי ביחס לאוכלוסייה ששירתה בצבא. לכן בית המשפט דחה את העתירה ואישר את הפטור ממכרז.

עדיפות תהייה תמיד למכרז פומבי, גם כשיש פטור צריך להשתמש בו בצורה סבירה. פס"ד זה מדגים בחינה שהשימוש בפטור הוא סביר ומידתי.

גם בעיריות יש חובה לערוך מכרז לפי סעיף 197 לפקודת העיריות. הפטורים מפורטים בסעיף 3 לתקנות העיריות.

בהתאם לנסיבות המנויות בסעיפיה הקטנים של תקנה 3, רשאית העירייה להתקשר בחוזה ללא מכרז:

- ▶ תקנה 3(1) - אם מדובר בחוזה להעברת מקרקעין לרשות העירייה;
- ▶ תקנה 3(2) - אם מדובר בחוזה להעברת מקרקעין של העירייה [בהתאם לנסיבות המנויות בסעיפיה הקטנים של תקנה 3(2)];
- ▶ תקנה 3(3) - אם מדובר בחוזה להעברת טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה שערכה אינו עולה על 26,000 שקלים חדשים;

- ▶ תקנה 3(4) - אם מדובר בחוזה להזמנת טובין או לביצוע עבודה הנערך עם הספק היחיד בארץ לאותם טובין או עם המומחה היחיד בארץ לביצוע אותה העבודה, אם מומחה שהוועדה מינתה לעניין זה קבע בכתב באישור הוועדה כי אכן אותו ספק או מומחה הם היחידים בארץ.
- ▶ תקנה 3(5) - אם מדובר בחוזה לביצוע עבודה מדעית, אמנותית או ספרותית;
- ▶ תקנה 3(6) - אם מדובר בחוזה להזמנה דחופה של טובין או לביצוע עבודה דחופה שהעירייה מתקשרת בו להצלת נפש או רכוש;
- ▶ תקנה 3(7) - (א) אם מדובר בחוזה הבא להגדיל את הוצאות העירייה בפרט מפרטי חוזה קיים, ובלבד ששיעור הגדלת ההוצאות לא יעלה על 50% מההוצאות לגבי אותו פרט על פי החוזה הקיים; (ב) אם מדובר בחוזה הבא להגדיל את הוצאות העירייה על ידי הוספת פרטים לחוזה קיים; ובלבד ששיעור הגדלת ההוצאות בשל הוספה זו לא יעלה על 25% מכלל הוצאות העירייה על פי החוזה הקיים, או על 50% אם המועצה קבעה שעריכת המכרז לא תביא תועלת;
- ▶ תקנה 3(8) - אם מדובר בחוזה לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים, או יחסי אמון מיוחדים, כגון: עבודות תכנון, פיקוח, מדידה, שמאות, ייעוץ ועבודות כיוצא באלה;
- ▶ תקנה 3(9) - אם מדובר בחוזה או סוגי חוזים להקמת מבני ציבור או לבניית תשתית, שהשר התיר את עריכתם ובלבד שהצעת המחיר מבוססת על תוצאות מכרז לעבודות דומות שבוצעו עבור רשות מקומית במשך 12 חדשים בסמוך לעריכת החוזה; בתקנה זו, "תשתית" - כבישים, מדרכות, גשרים, מנהרות, מערכות ביוב, ניקוז, תיעול, מים, תקשורת, תאורה, רמזורים ומערכות בקרה לתשתית;
- ▶ תקנה 3(10) - אם מדובר בהתקשרות עם המדינה לביצוע עבודת תשתית;
- ▶ תקנה 3(11) - אם מדובר בחוזה עם הסוכנות היהודית לארץ ישראל או עם תאגיד העוסק מטעמה, או בשיתוף עמה בהקצאת כספי מגבית, והחוזה נועד לאפשר ניצול כספי מגבית למען שיקום שכונות מצוקה או למען קידום חברתי של תושבי העיר;
- ▶ תקנה 3(12) - אם מדובר בחוזה לאחזקה והפעלה של מתקני ביוב על ידי תאגיד במקרה שהתמורה לעבודות היא מסירת הקולחין ובלבד שנציב המים אישר את מסירת הקולחין;
- ▶ תקנה 3(13) - אם מדובר בהתקשרות עם תאגיד ממשלתי כמשמעותו בתקנה 3(5) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 (להלן - התאגיד), באישור שר הפנים (ובלבד שנתקיימה אחת הנסיבות המנויות בסעיפיה הקטנים של התקנה);
- ▶ תקנה 3(14) - אם מדובר בהתקשרות עם תאגיד המוכר כמוסד ללא כוונת רווח, לרכישת שירותים או לביצוע עבודה לצורך ביצוע מיזם אשר יפעל ללא כוונת רווח למטרה של חינוך, תרבות, רווחה או ספורט בתחומה של העירייה, ובלבד שהעירייה מחזיקה 40% לפחות מהונו של התאגיד האמור או מכוח ההצבעה בו או בכוח למנות 40% לפחות מחברי הגוף המנהל שלו, וכן התקיימו תנאים אלה [בתנאים המנויים בסעיפיה הקטנים של התקנה].

מועצות מקומיות:

- ▶ לרמת הקורס שלנו הדין ברשויות מקומיות יהיה כמו בעיריות. בפרקטיקה יש הבדל כי יש להן צו משל עצמן.
- ▶ הסדר דומה החל על התקשרויותיהן של עיריות, חל גם על התקשרויותיהן של המועצות המקומיות.
- ▶ סעיף 192 לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1950 (להלן: "**צו המועצות המקומיות**"), קובע, כדלקמן:
- ▶ "**לא תתקשר מועצה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה, אלא על פי הוראות התוספת הרביעית**".
- ▶ **ודוק:** סעיף 192 עצמו אינו מטיל על המועצה המקומית חובה לערוך מכרז, אלא מפנה להוראות התוספת הרביעית.
- ▶ תקנה 3 לתוספת הרביעית - לצו המועצות המקומיות - מפרטת, בין היתר, שורה של מצבים שבהם **פטורה** הרשות המקומית מהחובה לערוך מכרז [בדומה למצבים הקבועים בתקנה 3 לתקנות העיריות (מכרזים)].

מערכת הביטחון:

יש לה פטורים ייחודיים לה.
(מהשקף)

תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993:

- ▶ משרד הביטחון כפוף אף הוא לחוק חובת המכרזים ולעיקרון הכללי הקבוע בסעיף 2(א) לחוק (בדבר חובת עריכת מכרז).
- ▶ עם זאת, תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993 [להלן: "תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון)"], חלות על התקשרויות של מערכת הביטחון, יוצרות הסדר מיוחד החל על התקשרויות אלה - ובדומה לתקנות הכלליות - פוטרות את משרד הביטחון מהחובה לערוך מכרז בשורה ארוכה של מקרים.
- ▶ כך, תקנה 3 לתקנות מערכת הביטחון קובעת 37 הוראות פטור מהחובה לערוך מכרז. חלק מההוראות פטור אלה חופפות את הוראות הפטור הקבועות בתקנות הכלליות [כך, למשל, תקנה 3(1) - התקשרות בסכום נמוך; תקנה 3(2) - התקשרות עם ספק יחיד; תקנה 3(6) - התקשרות המשך; תקנה 3(12) - התקשרות דחופה; 3(37) - התקשרות בנסיבות מיוחדות ונדירות; ועוד]. וחלק מההוראות פטור מיוחדות להתקשרויות של משרד הביטחון [כך, למשל, תקנה 3(3) - עסקה עם בעל רעיון חדשני וייחודי בתחום הביטחוני; תקנה 3(5) - התקשרות הדרושה לשם קיומו הרצוף של קו ייצור חיוני משיקולים ביטחוניים; תקנה 3(12) - עסקה שההתקשרות בה נדרשת בדחיפות, בין היתר, לשם היענות לצרכים מבצעיים; ועוד].

משנת 2009 שבה נעשה תיקון בחוק חובת המכרזים עובדים על תיקון בתקנות משרד הביטחון.

תנאי מכרז

איך מפרסמים מכרז? מה הוא צריך לכלול?

מכרז פומבי פונה לכל אדם ולכן צריך להיות לו פרסום רחב. תקנה 15 לתקנות חובת המכרזים: "פרסום מכרז פומבי"

15.

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

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

- (1) מהות ההתקשרות המוצעת ותיאור נושאה, לרבות כל זכות ברירה להרחבת ההתקשרות;
- (2) תקופת ההתקשרות המוצעת, לרבות כל זכות ברירה להארכתה;
- (3) תנאים מוקדמים להשתתפות במכרז לפי תקנה 6, אם ישנם; תנאים לדחיית הצעה במכרז לרכישת עבודה או שירותים עתירי כוח אדם לפי תקנה 6א, אם ישנם;
- (4) המקום והמועד שבהם ניתן לקבל פרטים נוספים ואת מסמכי המכרז, והתשלום בעד מסמכי המכרז, אם נדרש;
- (5) המועד האחרון להגשת הצעות והמקום להגשתן;
- (6) היות המכרז מכרז עם משא ומתן, מכרז עם שלב מיון מוקדם, מכרז עם בחינה דו-שלבית, מכרז פומבי עם הליך תחרותי נוסף, מכרז ממוכן מתפתח או מכרז ממוכן מהיר, לפי העניין.
- (ד) פורסמה ההודעה על עריכת המכרז הפומבי כאמור בתקנה זו, רשאית ועדת המכרזים לפרסם את תוכן המודעה ברבים גם במדינת חוץ, אחת או יותר, או באמצעות משלוח לשני מציעים לפחות שמקום מושבם במדינת חוץ.

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

(ו) החשב הכללי יפרסם, באתר האינטרנט, בהודעה ברשומות, ובתדירות סבירה, גם בעיתון נפוץ ובעיתון בשפה הערבית, את אופן ההצטרפות לרשימת המנויים כאמור בתקנת משנה (ה).

על פי ה' ניתן לבקש מרשות להיכלל ברשימת תפוצה של מכרזים.
ד' - יש אפשרות לפרסם גם בחו"ל ולשלוח את המכרז לשני מציעים בחו"ל.

ג' 1 – זכויות ברירה במכרזים "מהות ההתקשרות המוצעת ותיאור נושאה, לרבות כל זכות ברירה להרחבת ההתקשרות".
ג' 3 - תנאים להשתתפות במכרז, אם מציע לא עומד בהם, הצעתו תפסל.
ג' 4 – תשלום עבור חוברת המכרז עבר תיקון בחוק חובת המכרזים סעיף 2 א (א1) - במכרזים שמתחת 50 מיליון לא ניתן לקחת תשלום עבור מסמכי המכרז.
הרבה פעמים התקנות מאפשרות לעשות וריאציות למכרז, גם אם התקנות מאפשרות לעשות זאת צריך לפרסם זאת בתנאי המכרז. לדוגמא מכרז פומבי עם משא ומתן, מכרז עם מיון מוקדם, כל סוגי המכרזים שהם וריאציה על המכרז הפומבי.

מכרז סגור

מכרז שפונה למספר סגור של מציעים לפי רשימה מוכנה מראש. תקנה 16 א' –

16א.

(א) ביקשה ועדת המכרזים להתקשר עם ספק מתוך רשימת מציעים במסגרת מכרז סגור או במסגרת פנייה תחרותית לקבלת הצעות, תפנה ועדת המכרזים לספקים מתוך רשימת המציעים כלהלן:
(1) כללה רשימת המציעים לסוג מסוים לא יותר מעשרה מציעים, תפנה ועדת המכרזים לכולם;
(2) כללה רשימת המציעים יותר מעשרה מציעים – תפנה ועדת המכרזים לחמישה מציעים לפחות;
(3) הספקים שאליהם מופנות ההזמנות להציע הצעות ייבחרו ככל הניתן בסבב מחזורי לפי נוהל כאמור בתקנה 16(ה).
(ב) ביקשה ועדת המכרזים להתקשר עם נכה צבא הגנה לישראל לניהול מזנון במשרד לפי תקנה 4(9), תכלול באמות המידה לבחירת ההצעה הזוכה לפי תקנה 22 גם את צורכי השיקום של כל מציע כפי שיקבע אגף השיקום במשרד הביטחון.

מה יכללו מסמכי המכרז – תקנה 17

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

- 17 ב' 1 - בגלל עיקרון השוויון המציעים צריכים למלא טופס מוגדר קבוע
- 17 ב' 3 - החוזה ידוע מראש אם נזכה
- 17 ב' 5 – אמות המידה לבחירת הזוכה צריכות להיות פומביות.
- 17 ב' 7 – אומדן הוא בעצם הערכה תקציבית של פרויקט. במקרה של מקרקעין זוהי הערכת שווי של הקרקע ובמקרה של שירות מדובר על הערכה כללית של השירות. זה דרוש כדי לוודא היתכנות כלכלית של הרשות. ברשויות הכללית אין חובה לערוך אומדן אבל אם יש כוונה לערוך מכרז, עצם קיומו צריך להיות מפורסם והנפקויות הנגזרות ממנו.

תקנות העיריות למכרזים סעיפים 9 ו-10

9. פרוסום

(א) רצתה עייריה להתקשר בחוזה הטעון מכרז פומבי, יודיע ראש העירייה הודעה על כך ובה יפורטו

-
- (1) תיאור נושא החוזה המוצע;
- (2) המקום והמועד האחרון להגשת מסמכי המכרז;
- (3) המקום לקבלת פרטים נוספים וטפסי מסמכי המכרז.
- (ב) הודעה על מכרז פומבי תיעשה על ידי פרסומה בשני עיתונים יומיים לפחות הנדפסים בישראל שלפחות אחד מהם הוא בשפה העברית.
- (ג) פרסום ראש העירייה הודעה על מכרז פומבי, רשאי הוא גם לפרסמה ברבים בחוץ לארץ, או לשלוח את ההודעה לספקים או לקבלנים שמקום עסקם נמצא בחוץ לארץ, ובלבד שישלח את ההודעה לפחות לשני ספקים או קבלנים כאמור.

10.

- (א) ראש העירייה או מי שהוא הסמיך לכך ימציא לכל אדם המבקש להשתתף במכרז פומבי או במכרז זוטא על פי בקשתו כאמור בתקנה 8(ו), ולכל אדם שראש העירייה פנה אליו בהודעה על מכרז זוטא את מסמכי המכרז המפורטים להלן:
- (1) תנאי המכרז, לרבות תנאים מוקדמים להשתתפות במכרז;
- (2) נוסח "מסמך הצעת המשתתף במכרז";
- (3) נוסח של החוזה המוצע;
- (4) לוח זמנים ותנאי תשלום;
- (5) התכנית והמפרטים הנוגעים לביצוע החוזה;
- (6) כתבי כמויות טפסי הצעת מחירים;
- (7) רשימת החומרים וכמויותיהם, ציוד העזר והמכונות שהעירייה תספק לצורך ביצוע העבודה נושא החוזה ותנאי מסירתם;
- (8) נוסחי הערבויות הבנקאיות הנדרשות, גובה הערבות ומשך הערבות;
- (9) מעטפה הנושאת את מספר המכרז לשם הגשת מסמכי מכרז (להלן - מעטפת המכרז);
- (10) כל מידע או מסמך אחרים שראש העירייה ימצא לנכון למסור או לדרוש, לרבות בדבר כושרו, ניסיונו ויכולתו של המציע.

(ב) **המצאת מסמכי מכרז פומבי תהא תמורת תשלום כפי שקבעה העירייה דרך כלל, לסוג של מכרזים או למכרז פלובי.**

- (ג) על אף האמור בתקנת משנה (א) רשאי ראש העירייה להחליט שלא להמציא את המסמכים המפורטים בפסקאות (3) ו-(5) של תקנת משנה (א) אלא להציגם לעיון במקום שיקבע; החליט ראש העירייה כאמור, יצרף למסמכי המכרז הודעה על המקום והמועד לעיון במסמכים.
- (ד) תינתן הזדמנות סבירה ושווה לכל אדם לעיין במסמכי המכרז, כפי שפורטו בתקנה 10(א), לבקר בנכס ולקבל הסברים לגביהם.

(ה) כל אדם שעדיין במסמכי המכרז, שקיבל מסמכי מכרז או שביקר בנכס יאשר זאת בכתב.

המהות ואבחנות שנוגעות לתנאים

אבחנה בין תנאים לבין אמות מידה.

תנאים הם אלו שאם הצעה לא עומדת בהם ועדת המכרזים לא תקבלה בכלל. אמות מידה הם מדדים שעל פיהם נשקלות הצעות שהגיעו לסבב הסופי. יש קריטריונים שיכולים להוות גם אמות מידה וגם תנאי סף. למשל ניסיון.

היה פס"ד של מד"א בנוגע למתן שירות אחות בבתי ספר. מד"א הפסידה במכרז ונטלי זכתה. מד"א טענו שנטלי לא עמדה בתנאי סף. בית המשפט אמר שהתנאי לא היה תנאי אלא אמת מידה במכרז.

ב - 99% מהמקרים לא תהייה בעיה להבחין בין אמות מידה לתנאי סף. לפעמים בית המשפט נדרש לברר את הנושא כשהניסוח לא ברור.

אבחנה בין חובה לתנאי רשות

תנאי חובה (תקנה 6 לתקנות חובת המכרזים). האם רשות חייבת להכליל תנאי חובה או רק תנאי רשות. בסעיף 6א' יש רשימה של תנאי חובה.

6. (א) השתתפות במכרז תהיה מותנית בתנאים הבאים:

(1) רישום בכל מרשם המתנהל על פי דין הצריך לעניין נושא ההתקשרות וכן קיומם של הרישונות הנדרשים על פי דין;

(2) אם קיים לעניין נושא ההתקשרות תקן ישראלי רשמי כמשמעותו בחוק התקנים, תשי"ג-1953 - עמידה בדרישות התקן;

(3) קיומם של כל האישורים והתצהירים הנדרשים לפי חוק עסקאות גופים ציבוריים, תשל"ו-1976 (בתקנות אלה - חוק עסקאות גופים ציבוריים);

(4) במכרז לרכישת עבודה או שירותים עתירי כוח אדם - המצאת תצהיר בכתב של המציע ושל בעלי הזיקה אליו, בדבר קיום חובותיו של המציע בעניין שמירת זכויות עובדים, לפי דיני העבודה, צווי ההרחבה וההסכמים הקיבוציים החלים על המציע כמעסיק לצורך אספקת העבודה או השירותים; לעניין זה, "בעל זיקה" - כהגדרתו בתקנה 6א(א)(2); "תצהיר בכתב" - כמשמעותו בסימן א' לפרק ב' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

(ב) ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים, לרבות תנאים בדבר ניסיונו של המעוניין להשתתף במכרז, כישוריו, היקף פעילותו, עמידה בדרישות התקן הישראלי, חשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו, וקיומן של המלצות אודותיו.

פרשון

6 א' 3 - קובע שיש לברר שלמציע אין חובות או בעיות משפטיות.

6 א' 4 - במכרזים עתירי כוח אדם חייבים לצרף תצהיר על שמירת זכויות עובדים. יש המשך פירוט של זכויות עובדים בסעיף 6א. ככלל שיש בו יכולת לפסול הצעות שהייתה מעורבת בהן פגיעה בזכויות עובדים.

6 ב' - הרשויות יכולות להתנות בכל מיני תנאי ורק שההתניות יהיו ענייניים. ההתניה של הענייניות היא כדי למנוע "תפירת מכרזים".

פס"ד דודו דפוס: משרד החינוך ערך מכרז של דפוס וקבע שמקום בית הדפוס צריך להיות בירושלים. דודו דפוס שנמצא במקום אחר קבע שיש פה אפליה. בעבר לא היו מיילים ומשרד החינוך קבע שהוא צריך לשלוח פקחים כדי להתרשם מהאיכות ולכן לא מתאים לו שהפקחים ייסעו רחוק מדי. היו בירושלים 16 בתי דפוס כך שהמכרז לא תפור. בית המשפט קבע שהתנאי הוא ענייני וסביר.

חוק חובת המכרזים בא להתמודד עם מצב שבו עקב תנאים ענייניים עסקים קטנים ובינוניים לא יכולים להשתתף במכרז או להצטרף ל"פול" של המציעים. חוק חובת מכרזים 2א' ב' - "קבע עורך המכרז תנאי בנושא מן הנושאים המנויים בטור א' לתוספת, המצב דרישה מחמירה יותר מהאמור

בטור ב' לתוספת, או תנאי הדורש ניסיון מוכח בעבודה עם עורך המכרז או עם גופים אחרים המנויים בסעיף 2, ינמק את החלטתו במסמכי המכרז.
החוק דורש הבניית שיקול הדעת. המטרה היא לאפשר לעסקים קטנים ובינוניים להיכנס למכרז.

דיני מכרזים שיעור 6 19.12.2017

בשיעור שעבר דנו בהבחנות הקשורות בתנאים:

הבחנה בין תנאים לאמות מידה

תנאים שאם ההצעה לא עומדת בהם יש לפסול אותה על הסף. אמות מידה הם דברים ששוקלים לפיהם את ההצעה.

תנאים הם תנאי סף והם חייבים להתקיים. אם ההצעה לא עומדת בתנאים היא צריכה להיפסל. אמות מידה הם קריטריונים לבדיקה של ההצעות השונות. חשוב שיהיה ברור מה הוא קריטריון ומה הוא אמת מידה. למשל: בפס"ד מד"א נגד נטלי היה עניין של מכרז במתן שירותים לבתי ספר. נשאלה השאלה האם ניסיון הוא אמת מידה או תנאי. בית משפט קבע שעניין הניסיון הוא בגדר אמת מידה ולא תנאי סף.

הבחנה שניה היא בין תנאי חובה ותנאי רשות

אמרנו שתקנה 6א לתקנות חובת המכרזים. יש תנאים שהם חובה. דוגמאות: דרישה להציג אישורים ששולמו מיסים הוא חובה. הצגת אישור ששומרים על זכויות עובדים הוא חובה. יש תנאים שהם חובה ושתמיד צריך לדרוש אותם. לא ניתן לקבל למכרז קבלן שלא רשום בפנקס הקבלנים. בסעיף 6ב' יש תנאי רשות – דרישה של המלצות מסוימות. ההגבלה על זה הוא הגבלת הענייניות. צריך לוודא שאין פה "תפירת מכרז" למועמד כלשהו.

סעיף 2א' לחוק חובת המכרזים. "עורך מכרז לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע במכרז, אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז."
תנאי (רשות) המכרז צריכות להיות ענייניות למכרז.

סעיף 2ב' - "קבע עורך המכרז תנאי בנושא מן הנושאים המנויים בטור א' לתוספת, המצב דרישה מחמירה יותר מהאמור בטור ב' לתוספת, או תנאי הדורש ניסיון מוכח בעבודה עם עורך המכרז או עם גופים אחרים המנויים בסעיף 2, ינמק את החלטתו במסמכי המכרז."

צריך לוודא שאין דרישות מופרזות. נוצר מצב שבגלל דרישות ענייניות לא יכלו מציעים חדשים להיכנס לפול ולהגיש מועמדות.

הבחנה בין תנאי חיצוני לתנאי פנימי

בשני המקרים מדובר בתנאי סף.

תנאי חיצוני – שמשמעו קימום של נתונים עובדתיים אובייקטיביים מסוימים שבהעדרם אין מציע יכול לבוא בשערי המכרז ורשויות המכרז לא יכולות להתעלם מהם. לדוגמא רישום של שנתיים במרשם הקבלנים. זהו נתון פשוט לבדיקה.

תנאי פנימי - קימום של נתונים עובדתיים מסוימים שההתייחסות אליהם על ידי רשויות המכרז היא סובייקטיבית במובן זה שקביעתם חייבת לעבור תהליך של הערכה או אומדן על ידי רשויות המכרז. תנאי פנימי הוא תנאי שבדיקתו דורשת שיקול דעת. פס"ד סעידיין (מכרז על פינוי אשפה בעיריית אשדוד) – נקבע שדרוש ניסיון של שנתיים. בקנה מידה של מכרז זה. "שנתיים" זה משך זמן מאוד ברור אבל מה זה "קנה מידה של מכרז זה". מספר פחים? שטח עיר? כמות זבל?

מה ההבדל בין זה לבין אמת מידה?

למרות שבתנאי פנימי יש שיקול דעת, אם וועדת המכרזים סבירה לא יכולה להגיע למסקנה שהתנאי התקיים, ההצעה עצמה פסולה. במשפט מנהלי, גם אם יש לוועדה שיקול דעת ההחלטות שלה צריכות להיות בתחום הסביר. שיקול הדעת של הוועדה הוא לא בלתי מוגבל. תנאי פנימי הוא אמנם תנאי סף אבל קיומו נתון לשיקול דעת סביר של הוועדה.

שלב נגיטיבי- פסילת הצעות שלא עמדו בתנאי סף

<-

רשימת מציעים

<-

שלב פוזיטיבי – בחירת ההצעה הזוכה מבין רשימת המציעים הסופית על פי אמות המידה.

פס"ד גיא יוזמה נגד רשות מקרקעי ישראל

תנאי חיצוני - בית המשפט אומר: ככל שמדובר בתנאי חיצוני, תנאי שדורש בחינת נתונים אובייקטיבי, וועדת המכרזים לא יכולה להתבסס על שיקול דעת היועץ החיצוני אלא צריכה להפעיל שיקול דעת עצמאי. בשיקולים מקצועיים אפשר להתבסס על יועץ מקצועי אבל בתנאי חיצוני הוועדה צריכה לבדוק את התנאים בעצמה.

הקריטריונים הם:

- מהותי
- פרסונאלי
- ראייתי

כשנקבע תנאי נשאלת השאלה מה **מהות התנאי**. המרכיב **הפרסונאלי** הוא ממי הדרישות צריכות להתקיים. ומה **הראיות** לצורך הוכחת קיום התנאי.

השופט ג'ובראן אומר שאם לא כתוב אחרת התנאים עצמם צריכים להתקיים במגיש עצמו.

פרשנות תנאים

צריך לדעת האם הצעה עומדת בתנאי או לא. הגישה המסורתית היא מאוד קשוחה ונוקשה. מי שלא עומד בדיוק בתנאים נפסל. הגישה הקשיחה עם השנים. מאז קום המדינה המכרזים מאוד התקדמו ויש להם מורכבות טכנולוגית וכספית מאוד מורכבת. בפס"ד "מספנות ישראל" נעשתה הבחנה בין מכרזים נוקשים ו"מרובעים" פשוטים ואז ההתייחסות אליהם תהייה קשוחה לבין מכרזים מורכבים שמחייבים גמישות מבחינת התנאים שבהם נעשה שיקול דעת. הכול תחת עיקרון השוויון. במכרזים מורכבים אולי צריך לעבור לבחינה תכליתית במקום נפקנית כדי לבדוק האם המציע עומד מבחינה תכליתית בתנאי המכרז.

פס"ד שידורי עדן

מכרז של הרשות השנייה לזיכיון שידורי טלוויזיה והיו בו שתי מציעות מרכזיות. אפיק רום ושידורי עדן. מי שזכה הייתה שידורי עדן. אחד התנאים היה להציג רזרבה של מיליון שקל לצורך כיסוי אירועים תקשורתיים מיוחדים. אפיק רום טען ששידורי עדן לא הציגה רזרבה לכיסוי אירועים מיוחדים ולכן לא עמדה בתנאי סף. השופט המחוזי פירש האם מדובר בתנאי סף או אמת מידה ופירש את זה כתנאי סף. השופט המחוזי הופך את המכרז ומקבל את ערעור אפיק רום. ואז יש ערעור לעליון. השופט דורנר מיישמת את אותה הבחנה. ביחס לניהולם של מכרזים מורכבים, כל עוד עומדת ההצעה בכללי המכרז ולא מדובר בתנאי מהותי ניתן לתת אפשרות למציע לתקן את הצעתו. אילו הרזרבה לא הייתה קיימת שידורי עדן לא היו יכולים לעמוד במכרז אבל היה להם הכסף הנדרש (רק לא ב"הצגת רזרבה לכיסוי אירועים מיוחדים" כפי שנוסח במכרז) ונקבע שהייתה לקות בטפסים כן צריך לתת להם אישור לתקן את המסמכים שהוגשו. עוד היא קובעת שצריך להתייחס למכרז ולטפסים שהוגשו כמכלול. בית המשפט העליון הפך שוב את ההחלטה ונתן לשידורי עדן את הזכייה במכרז.

פס"ד "חדשות ישראל נגד שר התקשורת".

חדשות 24 זכתה במכרז ואז נטען שחדשות 24 לא עומדת בתנאי הישראליות. 2/3 מהשליטה בערוץ 24 לא נמצא בידיים ישראליות.

יש כמה דרכים לבדוק שליטה. השופטת בחרה בגישה תכליתית והשתמשה בשיטת המכפלות שלוקחת לא רק אחוזי שליטה אלא גם אמצעי שליטה, זכות הצבעה, זכות למנות דירקטורים. כתוצאה מבדיקה זאת יצא שלחברה יש רק 53% שליטה ישראלים ולכן החברה הזוכה נפסלה.

פס"ד "אלישרא מערכות אלקטרוניות נגד רשות שדות התעופה"

כאן בית המשפט עושה היקש מכללי פרשנות של דיני חוזים. יש כלל שאומר שכול שניתן לפרש חוזה באופן שיקיים אותו – יש לעשות זאת. כאשר קימות מספר פרשנויות אובייקטיביות, פרשנות שמקיימת את הצעות המכרז עדיפה על פרשנות שפוסלת אותם. היקש פרשנות שני הוא כלל פרשנות נגד המנסח. יש מכרזים שהם לא תוצאה של משא ומתן, חוזה אחיד של בנקים למשל. אם יש אפשרות למספר פרשנויות נלך נגד המנסח. כלומר: בפרשנויות של מכרזים, הפרשנות של המציעים עדיפה על הפרשנות של מנסח המכרז. היה מכרז להתקנת מערכות בקרה ושליטה במעברי גבול. היו שני תנאי סף. קיום מערך שירות ארצי וטיפול בבעיות 24 שעות ביממה. בגלל תכלית התנאי השופטת פירשה את התנאי שהמציע רשאי להעסיק קבלני משנה לצורך קיום תמיכה 24 שעות. תנאי שני היה מתן הצהרה בדבר ייצור שוטף. האם המציעים צריכים לתת הצהרה שוטפת או שהם מבינים את התנאי. כאן הכניסה השופטת שלפי פרשנות סבירה שלהם מבינים את התנאי כדי לקיים את המכרז.

האם וועדת מכרזים יכולה לשנות תנאים?

תנאי סף נתפסים כהנחיות מנהליות (נורמות גמישות). תנאים הם לא קשיחים וסופיים. צריך להיות אינטרס ציבורי לשינוי התנאים.

משה"ב נגד מנהל מקרקעי ישראל

המינהל פירסם מרכז להשכרת מגורים לבניה. הייתה החלטה שלא יתקבלו הצעות מתחת לסכום מסוים. לאחר מכן ההחלטה שונתה שאם ההצעה עולה על 50% מהאומדן של השמאי ממשלתי והיא הגבוהה ביותר היא תתקבל. בגלל השינוי התקבלה הצעה כלשהיא. בית המשפט מזכיר שעיקרון הסופיות לא מתקיים לגבי החלטות מנהליות. בדיני מכרזים נדרשת זהירות בשימוש בסמכות השינוי. ככל שהמכרז מתקדם יותר צריך להיות יותר זהירים בשימוש בסמכות השינוי. מבחינת עיקרון השוויון לא הייתה פה פגיעה כי השינוי חל על כולם. מול היכולת לשנות בוחנים את האינטרס הציבורי מול ההסתמכות על מציעים ועקרון השוויון. שהשינוי לא יפלה לרעה מציעים כלשהם.

דיני מכרזים שיעור 7 2018.1

אנחנו עוברים לנושא של בחירת ההצעה הזוכה.

על כל הפרטים חולשים דיני החוזים. מהיכן וכיצד נפרסם את המכרז ותנאיו. בנוסף הם קובעים כללים ברורים לגבי בחירת ההצעה הזוכה.

הבחירה נעשית בשני שלבים:

1. השלב הנגטיבי – פסילת הצעות שלא עומדות בתנאים, הצעות תכסיסניות, חוסר הבנה של המכרז.

2. שלב פוזיטיבי – רשימת המציעים הסופית שעמדה בתנאים. בוחרים את ההצעה הזוכה לפי אמות המידה.

התקנות מתייחסות לשני השלבים האלה.

רשויות כלליות	רשויות מקומיות	
תקנה 20 חוק חובת מכרזים	תקנה 20	נגטיבי
21 ב'	תקנה 22 ה'	פוזיטיבי

סעיף 20 בתקנות עיריות מכרזים

- (א) היה לוועדה, אחרי עיון במסמכי המכרז, יסוד סביר לחשוד שכוונתו של בעל מסמכי המכרז הייתה להוליך את הוועדה שולל, על-ידי שגיאות שנעשו במכוון, או על ידי תכסיסים בלתי הוגנים, רשאית היא - לאחר שנתנה לבעל מסמכי המכרז הזדמנות להביא טענותיו - להחליט שלא לדון עוד במסמכי המכרז שהוגשו על ידו.
- (ב) נראה היה לוועדה אחרי עיון במסמכי המכרז ולאחר שניתנה לבעל מסמכי מכרז הזדמנות להביא טענותיו, כי המוצע במסמכי המכרז מבוסס על הבנה מוטעית של נושא המכרז או על הנחות בלתי נכונות או שהמחירים שצוינו בהם אינם סבירים, רשאית היא להחליט שלא לדון עוד במסמכי המכרז שהוגשו על ידו.
- (ג) מסמכי מכרז שהוגשו שלא בהתאם לתקנות אלה או שלא בהתאם לתנאי המכרז או שצורפה להם הסתייגות עקרונית או שינוי יסודי - פסולים.
- (ד) נימוקי החלטות הוועדה על פי תקנה זו יירשמו בפרוטוקול.

סעיף 22

- (ה) הוועדה רשאית, לאחר שנתנה לבעל ההצעה הזדמנות להביא טענותיו לפנייה, שלא להמליץ על ההצעה הזולה ביותר, בהתחשב בכישרונו, ניסיונו או יכולתו של בעל ההצעה לבצע את החוזה המוצע או לעמוד בתנאיו; החליטה הוועדה כאמור, תרשום בפרוטוקול את הנימוקים להחלטתה; הוראה זו לא תחול על מכרז זוטא.

התקנות קיבלו את תוכן מהפסיקה. נקודת המוצא היא המחיר. בגלל שנשמת אפו של המכרז היא השוויון, **כסף הוא המדד הכי אובייקטיבי**. גם נושא של יעילות רלוונטי פה. הנושאים הכי רלוונטיים לבעל המכרז הוכנסו במכרז. אם הצעה עמדה בתנאי הסף והיא גם הכי טובה כלכלית היא ההצעה שצריכה לזכות.

רשויות כלליות:

פסילת הצעות סעיף 20 בתקנות חובת מכרזים 1993:

- (א) בדיקת ההצעות תיעשה בידי ועדת המכרזים בתוך זמן סביר ממועד פתיחת תיבת המכרז.
- (ב) ועדת המכרזים לא תדון בהצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון להגשת הצעות.
- (ג) נתגלו בהצעות טעויות סופר או טעויות חשבוניות, רשאי יושב ראש ועדת המכרזים לתקן; התיקון ייעשה במהלך בדיקת ההצעות בידי הוועדה ויירשם בפרוטוקול; הודעה על התיקון תימסר למציע.
- (ד) ועדת המכרזים תפסול הצעות אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של נושא המכרז וכן הצעות שעולה מהן שבקיום ההתקשרות ייפגעו זכויות עובדים, זולת אם החליטה הוועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו; ועדת המכרזים תדחה הצעות שלא מתקיימים בהן התנאים לפי תקנה 6א(א), זולת אם החליט אחרת לפי תקנה 6א(ב). (ה) הוועדה רשאית, מטעמים שיירשמו בפרוטוקול, להזמין מציע כדי לברר פרטים בהצעה וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטתה; פרטי הברור יירשמו אף הם בפרוטוקול.

דוגמה לבחירת הצעה בצורה משוקללת:

20% מחיר, 30% כישורים, 30% נסיון 20% המלצות. אמות המידה צריכות להיות מפורסמות כחלק מהמכרז.

קבלה – סעיף 21ב'

(ב) ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, הזדמנות להביא טענותיו בפניה. נכללו במסמכי המכרז פרטים לעניין אמות המידה שלפיהם תיבחר ההצעה הזולה, תבחר ועדת המכרזים את ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז בהתאם לאמות המידה כאמור, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו, ולאחר שנתנה לבעל ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז לפי אמות המידה כאמור, הזדמנות להביא את טענותיו לפניה.

*יקר ביותר או זול ביותר מתייחס למכרזים של קניה או מכירה של שירותים ורכוש. הרשות תרצה למכור במחיר הגבוה ביותר ולקנות בזול ביותר.

גורמים שמשפיעים על בחירת ההצעה הזולה:

1. **אומדן** – נקבע כנדרש מרגע שנחקקו תקנות רשויות מקומיות. תקנה 11 לתקנות העיריות מכרזים. אומדן הוא המסגרת התקציבית של הפרויקט. האומדן נועד לאפשר לרשות להעריך נכונה את ההצעות. יכול להיות שגם ההצעה הנמוכה ביותר היא גובהה מידי. אם ההערכה/אומדן שגויים יכול להיווצר מצב שהרשות תיכנס לפרויקט שהיא לא יכול לעמוד בו. ולכן אם ההצעות הם לא באזור חיוג של האומדן ניתן לבטל את המכרז.

תקנה 11 -

(א) לפני תום המועד להגשת ההצעות יפקיד יושב-ראש הועדה או מי שהוא הסמיך בתיבת המכרזים האמורה בתקנה 14(א), אומדן מפורט של ההוצאות או ההכנסות הכרוכות בחוזה המוצע.
(ב) היה נושא המכרז חוזה להעברת מקרקעין, יפקיד יושב-ראש הועדה או מי שהוא הסמיך בתיבת המכרזים שומת מקרקעין שנערכה על ידי שמאי מקרקעין.
(ג) האומדן או שומת המקרקעין (להלן - האומדן) יופקדו בתיבת המכרזים לפני תום המועד להגשת מסמכי המכרז.

תקנה 22ב' – בחירה לפי אומדן

בכפוף לאמור בתקנות אלה, תמליץ הועדה על ההצעה הזולה ביותר, ובלבד שהמחירים המוצעים הם הוגנים וסבירים בהתחשב עם האומדן שנמסר כאמור בתקנה 11.

ברור לנו שניתן לפסול גם את ההצעה הזולה ביותר אם היא לא קרובה לאומדן. מה אם ההצעה זולה יותר מהאומדן? צריך להזמין את נותן ההצעה ולברר איתו את פרטי ההצעה שלו. תקנה 19 לתקנות עיריות: "19. (א) מבלי לפגוע בהוראות תקנה 18א, הועדה רשאית להזמין בעל הצעה כדי לברר פרטים במסמכי המכרז שהגיש וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך כל החלטה בהתאם לתקנות אלה. (ב) הבירור יעשה בידי הועדה או מי שהיא קבעה. (ג) פרטי הבירור יירשמו בפרוטוקול." Crazy bid - הצעה שנותן אדם כדי להיכנס לשוק אפילו ללא רווח או בהפסד קל. אם פרטי ההצעה טובים ואין פה "פוילעשטיקים" ניתן לתת לו את המכרז.

תקנות חובת מכרזים – ברשויות כלליות האומדן לא היה חובה ולא הוזכר עד 2009. הרשויות אימצו את העניין ככלי חשוב בעיבוד. בשנת 2009 האומדן הוסף בתקנה 17 א' – לא כחובה. "17א. (א) אומדן שווי ההתקשרות ייערך בידי גורם מקצועי שהוסמך לכך בידי ועדת המכרזים, וייחתם בידי ובידי יושב ראש ועדת המכרזים."

17 א' 21(א) – סיבוב נוסף של מי שעמד בתנאי המכרז להגיש הצעה נוספת משופרת. 17א. (א) אומדן שווי ההתקשרות ייערך בידי גורם מקצועי שהוסמך לכך בידי ועדת המכרזים, וייחתם בידי ובידי יושב ראש ועדת המכרזים. (ב) אומדן שווי ההתקשרות ייערך ויופקד בתיבת המכרזים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז ויישמר בתיבה עד לפתיחתה כאמור בתקנה 19; היה

המכרז מכרז עם בחינה דו-שלבית, יופקד אומדן שווי ההתקשרות בתיבת המכרזים ויישמר בה עד לפתיחת הצעות המחיר.

21. (א) נעשה אמדן של שווי ההתקשרות, כאמור בתקנה 17א, וכל ההצעות שהוגשו למכרז מרעות עם עורך המכרז לעומת האומדן, רשאית ועדת המכרזים לקבוע כי כל המשתתפים במכרז שבקבוצת המציעים הסופית יגישו הצעת מחיר חוזרת ומשופרת, לפי תקנה 17ה(2).

אם ההצעה נמוכה מהאומדן ניתן לזמן את המציע לבירור סעיף 20 ה':
"הועדה רשאית, מטעמים שיירשמו בפרוטוקול, להזמין מציע כדי לברר פרטים בהצעה וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטתה; פרטי הבירור יירשמו אף הם בפרוטוקול."

shifting העמסת מחירים, תכסיסנות פסולה.

פס"ד פנינת י.ב.א – נעשה הבדל בין אומדן לבין מחיר מינימום.
ערבות מיטיבה נפסלת.

בפסק הדין הזה נקבע הרשות עשתה ערבוב בין אומדן לבין מחיר מינימום. היא יצרה מחיר מינימום סמוי ולאחר שאף הצעה לא עמדה בזה הרשות פסלה את המכרז. בית המשפט קבע שהרשות הייתה צריכה להזמין את ההצעה הטובה ביותר לדיון. ולאפשר לה לטעון נגד מחיר המינימום. **את מחיר המינימום צריך לפרסם. אומדן הוא חסוי.**

2. **ניסיון**- ניסיון שלילי הוא משהו שאנחנו לוקחים בחשבון. עוגן בפסיקה שהרשות יכולה לפסול מציע בעקבות ניסיון שלילי. מה שהתעורר בפסיקה **רשות הנמלים נגד צומת מהנדסים**. למה חשוב כן לקחת ניסיון חיובי. זה קריטריון מאוד חשוב. כל גורם שעושה עסקה לוקח בחשבון ניסיון חיובי. זה גם תמריץ להצטיין ולתת שירות טוב. מצד שני יש לניסיון חיובי מספר בעיות. זה משהו לא מדיד וקשה להעריך אותו. הוא מצמצם את היכולת להיכנס למכרזים. ניסיון סוגר את המכרז ובנוסף יש חשש לתפירת מכרזים. זה הגיע לבחינה בפסיקה וביניש מכריעה שזה קריטריון שצריך לקחת אותו בחשבון. ואף חייבים לקחת את הניסיון בזמן בחירת הצעה על פי סעיף 22א' 4.

תקנות חובת המכרזים סעיף 22 א' 4 – "המלצות אודות המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות";

דיני מכרזים שיעור 8 9.1.2018

השבוע נמשיך עם בחירת ההצעה הזוכה ובחינת הכישורים.

בתקנות עיריות למחיר יש משקל משמעותי בקבלת ההצעה אך לעתים שוקלים לפי "מקבילית הכוחות":
סעיף 22ה': "(ה) הועדה רשאית, לאחר שנתנה לבעל ההצעה הזדמנות להביא טענותיו לפנייה, שלא להמליץ על ההצעה הזולה ביותר, בהתחשב בכישרונו, ניסיונו או יכולתו של בעל ההצעה לבצע את החוזה המוצע או לעמוד בתנאיו; החליטה הועדה כאמור, תרשום בפרוטוקול את הנימוקים להחלטתה; הוראה זו לא תחול על מכרז זוטא."

התקנה מאפשרת לנו שלא לקחת את ההצעה הזולה ביותר ולהתייחס לכישורים. אבל כיצד בוחנים כישורים?

פס"ד זילבר – פס"ד זה יצר את הרעיון של מקבילית הכוחות. מדמה את בחירת ההצעה הזוכה למקבילית כוחות. אם יש לי 2 הצעות בין יקרה לזולה (בפערים סבירים). אם אני רוצה לבחור ביקרה בגלל כישורים, ככל שהפער במחיר גדול יותר אני צריך לתת לכישורים משקל קטן יותר. אם הפער בין המחירים קטן אני יכול לתת לכישורים משקל גדול יותר. ככל שיגדל ההפרש המוצע של ההצעות כוחו של "וקטור" הכישורים יקטן. פס"ד אלקו קבע שבעבודות סבוכות ומורכבות עדיין שיקולי ניסיון יכולים לגבור. סטייה מעיקרון מקבילית הכוחות אפשרית בעבודות סבוכות שבהן הפסיקה מאפשרת לקבל לא את ההצעה הזולה ביותר. רק במכרזי זוטא ברשויות מקומיות אני חייב לקבל את ההצעה הזולה ביותר. במקרים שספקים שהיו זולים ביותר תובעים את הרשות כנגד אי זכייתם במכרז, הרשות תתגונן על בסיס עיקרון "מקבילית הכוחות".

ברשויות הכלליות, למחיר יש משקל פחות משמעותי מאשר ברשויות המקומיות. תקנה 21 ב' לחובת המכרזים:

"(ב) ועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, הזדמנות להביא טענותיו בפניה. נכללו במסמכי המכרז פרטים לעניין אמות המידה שלפיהם תיבחר ההצעה הזוכה, תבחר ועדת המכרזים את ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז בהתאם לאמות המידה כאמור, זולת אם החליטה שלא לעשות כן בנסיבות מיוחדות ומטעמים מיוחדים שיירשמו, ולאחר שנתנה לבעל ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז לפי אמות המידה כאמור, הזדמנות להביא את טענותיו לפניה."

תחילת הסעיף דומה לתקנות עיריות. סוף הסעיף מציין את אמות המידה שם כבר הבחירה לפי ציון משוקלל.

סעיף 22 לתקנות חובת המכרזים:

"(א) אמות המידה לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז הן אלה, כולן או חלקן:

- (1) המחיר המוצע או המבוקש, לפי העניין;
 - (2) איכות הטובין או המקרקעין, העבודה או השירות המוצעים, או נתונים מיוחדים שלהם, והתאמתם לעורך המכרז;
 - (3) אמינותו של המציע, כישוריו, ניסיונו, מומחיותו ותחומי התמחותו;
 - (4) המלצות אודות המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות;
 - (5) דרישות מיוחדות של עורך המכרז;
 - (6) התנהלותו של המציע בנוגע לשמירת זכויות עובדים, לרבות קיומה של חוות דעת שלילית בכתב או דוח ביקורת שלילי בעניין זה, מאת משרד שאתו התקשר המציע במהלך שלוש השנים שקדמו למועד האחרון להגשת ההצעות במכרז."
- (ב) ועדת המכרזים תכלול במסמכי המכרז את פירוט כל אמות המידה, מבחני המשנה, את המשקל היחסי שיינתן לבחירת ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז ואופן שקלולם.

צריך לפרסם את החלק היחסי של אמות המידה מראש. **אמות מידה ללא משקל הן חסרות משמעות.** ניתן לתפור את המכרז למי שרוצים במקרה שלא מגדירים מראש את משקל אמות המידה.

האם מקבילית הכוחות מתה במכרזים אלה או שהיא קיימת? יש הטוענים (השופט מלצר) שיש שיקול דעת ומקבילית הכוחות קיימת בניקוד עצמו. לטענת המרצה מקבילית הכוחות קיימת כי ניתן לבחור את ההצעה עם השקלול לא הכי גבוה. ", ולאחר שנתנה לבעל ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז לפי אמות המידה כאמור, הזדמנות להביא את טענותיו לפניה". אני יכול לא לבחור את ההצעה עם הניקוד הכי גבוה. יש פה עדיין שיקול דעת. התקנות מאפשרות (תחת פירסום הנסיבות ומתן זכות דיון) לא לבחור את ההצעה עם הניקוד הכי גבוה.

פיצול הצעות

פיצול אפשרי כשקודם כל מבחינה פיזית המכרז ניתן לפיצול. דוגמה: יש לי מכרז לקנייה של 5 מיליון מזרקים ואני מאפשר רכישה לפי חצי חצי משני ספקים. או: מכרז שעל פיו בניית שני בניינים תתבצע על ידי 2 קבלנים שונים.

פיצול שבו כל חלק בהצעה אתן למי שהכי מתאים ורלבנטי לאותו החלק. כל מבנה יבנה על ידי הקבלן הכי טוב.

פיצול מסוג שני הוא במצב שבו יש זוכה ברור לבניה של מבנה א' (אז המתאים ביותר יקבל אותו) ואת הבניין השני אין זוכה ברור או שההצעות לגביו נפסלו. אזי ניתן שלא לבחור זוכה לחלק השני. פס"ד שרביב (קודם לתקנות) – עיריית נהרייה עשתה מכרז שהיו כלולות בו 2 חלקים, בנייה של טיהור שפכים ומבנה מאסף ביוב. העירייה החליטה שחברה אחת תזכה בחלק מהמכרז ואת החלק השני אף אחד לא יזכה (ההצעות לגביו היו גבוהות מהאומדן). בית המשפט המחוזי קבע שפיצול כזה לא אפשרי כי הוא לא הוגדר מראש. הזוכים נתנו הצעה משוקללת לשני מבנים ולא ניתן לשנות את תנאי המכרז ללא הגדרה מראש. אם לא הגדרנו פיצול מראש יש פה הפרה של חוזה נספח (אי המכרז מתנהל). עוד בית המשפט קבע שיש פה קיבול שאינו תואם את ההצעה (כמוהו כהצעה חדשה). במקרה שיש קיבול שאינו תואם את ההצעה אזי יש פה הצעה חדשה. בית המשפט אומר שאם פיצול מוגדר מראש במכרז אז זה הייתכן. זה פותר 2 בעיות, גם את הקיבול שלא תואם את ההצעה וגם את התמחור הנכון של הספקים. כך מציעים יתמכרו נכונה את חלק במכרז. ההלכה שיוצאת מפס"ד שרביב היא שאפשרות הפיצול משני הסוגים אפשרית אם זה כתוב מראש במסמכי המכרז. (הערה שלי [גיא רפאלי] העליון הפך את החלטת המחוזי מסיבות אחרות – הוא קבע שהצעת שרביב לא היתה ברורה מבחינה כספית (כדי להיות יותר זול הוא הציע הנחה של חצי מיליון שם שלא היה ברור באיזה אופן היא תחושב) ולכן הצעתו נפסלה).

איך התקנות מתייחסות לזה?

- העיריות לא מתייחסות (שתקו) ולכן הפסיקה תופסת. פס"ד שרביב הוא משנת 79 תקנות העיריות הם משנת 80 והלאה. לדעת המרצה שכחו להכניס את הנושא הזה בתקנות העיריות. הרשויות יכולות לפצל מכרזים אם מכריזים על כך מראש.
- ברשויות כלליות – סעיף 21 ג' (ג) הועדה רשאית להחליט על בחירת מספר הצעות מתאימות תוך פיצול ההתקשרות ביניהן או על בחירת חלק מהצעה ובלבד שניתנה על אפשרות זו הודעה במסמכי המכרז. ניתן וצריך להכריז במסמכי המכרז.

פס"ד "כהן עיצובים": משרד התיירות פרסם מכרז על 15 ביתנים. הוא נתן לכהן אפשרות לבנות 3 ביתנים. בית המשפט העליון קבע שיש לתבוע פיצויים על הפרת חוזה נספח. האופציה של זכייה בחלק מהכמות לא הייתה קיימת. יכולים לזכות בפיצוי קיום (פיצוי בגובה הרווח שהיה אמור להרוויח אם תנאי המכרז היו מתקיימים כלשונו) או הסתמכות (הסתמך בהצעתו על הנתונים שבמכרז שאם היה יודע שהם שונים ייתכן ולא היה מציע).

העדפת תוצרת הארץ

סוגיה לא פשוטה מבחינה רעיונית. זה יכול לפגוע בשוויון וביעילות. אבל בכל זאת יש בעייתיות אם לא תינתן העדפה לתוצרת מקומית. היצרנים בארץ נאבקים באפליה בחו"ל ואם לא נעזור להם הם יקרסו. התקנות היו צריכות להכריע בהעדפה אבל לא מוחלטת.

סעיף 22 א' (א) ועדת המכרזים תמליץ על מתן עדיפות לרכישת טובין מתוצרת הארץ, כל עוד מחיריהם אינם גבוהים ביותר מ-15% ממחיר הטובין המיובאים, ובתנאי שהטיב ויתר התנאים עונים על דרישות המזמין."

X מחיר תוצרת הארץ, מחלקים אותו ב 1.15 ואז מתחיל התמחור ושיקלול מקבילית הכוחות כמו כל שאר ההצעות.

ברשויות הכלליות יש 2 סוגי העדפות:

סעיף 3 בתקנות חדשות 1995.

"(א) המזמין יכלול במסמכי מכרז, ובמכרז פומבי – גם במודעה בעיתונות, תנאי שלפיו תינתן העדפה בהתאם לתקנות משנה (ד) עד (ח) – במסגרת אמת המידה של המחיר – להצעות לרכישת טובין מתוצרת הארץ שמחירם אינו עולה על מחיר הצעות לרכישת טובין מיובאים בתוספת של 15% (להלן – הצעה של טובין מתוצרת הארץ) ולהצעות לרכישת טובין מאזור עוטף עזה שמחירם אינו עולה על מחיר הצעות לרכישת טובין מיובאים בתוספת של 20% (להלן – הצעה של טובין מאזור עוטף עזה); לא כלל המכרז אמות מידה אחרות זולת המחיר, יחולו תקנות משנה (ד) עד (ח), בשינויים המחויבים."
יש כאלה שמקבלים העדפה של 10% במחיר, 15% או 20% במחיר.

בדרך כלל מדובר במכרזים משוקללים עם ניקוד. אם בניקוד הכי גבוה זוכה ספק חו"ל אז מתחילים לתת את העדפה. אם זוכה ספק ישראלי, אין בעיה. אני מחשב את הישראלים עם מחיר משופר. המחיר שלו יחולק ב 1.15. אם ספק מחו"ל זוכה אני יכול להציע לספק הישראלי הכי טוב האם הוא רוצה לשפר את הצעתו כדי לקבל את המכרז. אם הוא מסרב – ניתן להציע לשניים (הישראלים) שאחריו. אם גם הם מסרבים – חוזרים לישראלי הראשון.

(ד) היה אמור לזכות במכרז, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בו ללא העדפה, ספק חוץ (בתקנה זו – ספק החוץ), ישקלל המזמין בשנית את ההצעות של טובין מתוצרת הארץ ושל טובין מאזור עוטף עזה באופן שלעניין אמת המידה של המחיר יובא בחשבון המחיר לאחר הפחתת שיעור ההעדפה הקבוע בתקנות משנה (א) או (ב), לפי העניין, ממחיר ההצעה לאמור: מחיר ההצעה של טובין מתוצרת הארץ מחולק ב-1.15 או 1.10, לפי העניין, ומחיר ההצעה של טובין מאזור עוטף עזה מחולק ב-1.20.

(ה) קיבלה הצעתו של ספק החוץ הזוכה את התוצאה המשוקללת הגבוהה ביותר לאחר השקלול הנוסף כאמור, ייבחר אותו ספק כזוכה במכרז.

אם ספק החוץ הכי טוב גם אחרי סיבוב שיפורים של ההצעות הישראליות הוא זוכה במכרז.

תקנה 4 פיצול התקשורת –

"(א) במכרז לרכישת טובין ששווי ההתקשרות בו עולה על 30 מיליון שקלים חדשים והניתן לפיצול, יכללו מסמכי המכרז הוראה שלפיה רשאי המזמין להקטין את היקף ההתקשרות עם ספק חוץ ל-50% ללא שינוי במחיר."

ניתן לספק חו"ל לומר שגם אם זכה הוא יקבל רק 50% מהמכרז וחצי שני הולך לספק ישראלי. משרד הבריאות קונה מזרקים ב 30 מליון. זכה מציע גרמני. חצי מהכמות ילך למציע הגרמני וחצי שני ילך למציע הישראלי שישווה את המחיר של הגרמני. (אם ירצה. אם לא – הספק הגרמני יקבל את כל המכרז). סיכום: **קיימת העדפת תוצרת הארץ אך היא אינה מוחלטת – זה תלוי בהסכמות על המחיר.** קיימות גם תקנות נוספות על שיתוף פעולה עסקי, העדפות לאומיות וכו'.