

# מחברת בחינה

## דיני מכרזים

פרופ' טמיר מיכל

המכללת האקדמית נתניה, משפטים תואר שני, תשע"ח 2017/18

## תוכן עניינים

3	התקנות לשיעור
4	שוויון בדיני מכרזים
7	תיקון תקנות חובת המכרזים -
12	כריתת החוזה
14	סמכויות השיפוט בדיני מכרזים
18	חוק חובת המכרזים – החובה לערוך מכרז ולצידו פטור
26	תנאי מכרז
35	בחירת ההצעה הזוכה
36	השיקולים בבחירת ההצעה הזוכה
39	בחירת ההצעה – כישורים
41	בחירת ההצעה – פיצול הצעות
43	בחירת ההצעה הזוכה - העדפת תוצרת הארץ

7 בנובמבר 2017

[tammichal@gmail.com](mailto:tammichal@gmail.com)שיעור ראשון – תודה לקרין קרבצ'יק על השלמת השיעור!

## מבוא

פותח בישראל על ידי ביהמ"ש העליון החל מקום המדינה.  
 נלמד את כל הקשור לשאלה האם חובה לערוך מכרז? בחירת הצעה? וכו'  
 רק בשנות ה-80 החלו לחקק ברשויות מקומיות ורק בשנות ה-90 ברשויות ממשלתיות.  
 עיקר החקיקה החלה בנושא, חוקים שיש להביא, הדינים שונים בין הרשויות.

### קבוצה ראשונה של מכרזים-

**רשויות כלליות** - חוק חובת המכרזים מ-1992, תקנות חובת המכרזים מ-1993

איזה רשויות שייכות לכך? משרדי ממשלה, תאגידים ממשלתיים (1). גופים הפועלים עפ"י דין- הקים החוק, דוג חוק המוסד לביטוח לאומי, לשכת עורכי הדין, גופים סטטוטוריים, רשויות ציבוריות אשר חלים עליהם דיני המכרזים (2). חברות ממשלתיות (3). קופות חולים (4). מועצות דתיות (5). מוסדות להשכלה גבוהה יצויין כי יש תקנות מיוחדות "התקשרויות מערכת ההשכלה הגבוהה"

**רשויות הביטחון** – חוק חובת המכרזים מ-1992, יש תקנות חובת המכרזים, התקשרויות של מערכת הביטחון

**רשויות מקומיות** - חובה שלהן כל רשות מכוח החוק שלה, ס' 197 לפקודת העיריות

תקנות העיריות (מכרזים)

### התקנות לשיעור

חוק חובת המכרזים 1992

תקנות 1993

תקנות העיריות מכרזים

שנת 2009 תיקון גדול בתקנות חובת המכרזים שטרם נעשתה בתקנות האחרות

מאפיין 1- נראה כי בעוד יש מכרזים רבים עם כל מיני משאיים ומתנים ברשויות הכלליות הדבר אסור ברשויות המקומיות

מאפיין 2- עיקר ההסדרים בתקנות

הסיבות לכך שרשויות מנהליות חייבות להתקשר במכרז:

(!) **פס"ד גוזלן** – (1) אינטרס ציבור (2) אינטרס עסקי

(1) אינטרס ציבורי

(2) אינטרס עסקי- יעילות כמו כל אדם בעולם העסקים שרוצה עסקה בתנאים הטובים ביותר

מכרז כלי שמאפשר כי ההצעות יגיעו אליך ועל כן גם חברות פרטיות משתמשות

שוויון ועיקרון היעילות

הרבה פעמים אלו מתנגשות והפסיקה נותנת עליונות לעיקרון השוויון, יש על כך ביקורת, למשל אורן דקל, כותב מרכזי בדיני מכרזים, אומר כי קודם כל העבודה שמכנים אינטרס עסקי כיעיל זה לא נכון כי יעילות גם הינה אינטרס ציבורי שמדובר בכספי ציבור צריך למצוא חזקה לאינטרס השוויון אך שיהיו מקרים שעדיף יעילות

עלה גם בעליון – פגם בערבות – כל פגם קטן בערבות יפסול את ההצעה, אפילו טעות סופר, צריך לערער בהלכה זו לגישות בגלל היעילות, להכשיר פגמים קלים כדי לא להפסיד הצעות

המצב היום- נשמת אפו של המכרז הינו השוויון

לצד זה, יש להבין כי יש אינטרסים פרטניים למכרזים מסוימות, שוויון ויעילות לכל הסוגים, אבל יש מכרזים של אינטרסים מסוימים- זיכיון שידור, זיכיון לא חל עליה חובת המכרז שכן פעולה שלטונית ולא עסקה אבל אז יש חוקים פרטניים שמכילים חוס=בת מכרז על התקשורת, זכיינות שידור, תדירי רדיו וכו... יש מעל האינטרסים פלורליזם תקשורתי, לדוגמה גם חוק הספורט בלעדיות על שידור

**מכרז, מהו? ולמה עושים?**

תחרות מאורגנת (בין הצעות להתקשרות בחוזה

תחרות מאורגנת = יכולה ללבוש כל מיני צורות, התוצאה צריכה להיות שיש חוזה התקשרות עיקרי עם הזוכה)

אם המכרז לא חוזה מהו?

1. הזמנה להציע הצעות.
2. חוזה נספח.

**מכרז ציבורי- ע"א 700/89 חברת חשמל נ' מאליבו (חברת בת של דרוקר)**

חשין נותן פיצויי קיום מהטעמים הבאים 1. מהווה תחליף לצו עשה במשפט המנהלי 2. בשל הפרת חוזה נספח ניתן פיצוי קיום

**ער"מ וקל בניין**

ברק- במקרים קיצוניים כשהמשא ומתן הבשיל ורק חוסר תום לב קיצוני הביא לכך שלא השתכלל לכדי הסכם, ניתן מכוח ס' 12 לחוק החוזים להעניק פיצויי קיום

**שוויון בדיני מכרזים**

1. **שוויון חוקתי-** החובה/ איסור להפלות מטעמים קבוצתיים (דת, גזע, מין, לאות וכו')

## © מיטל הרוש

2. **שוויון מנהלי** - מחייב רשויות מקומיות ללא קשר לשוויון החוקתי להתייחס בצורה זהה, אסור להפלות מכל טעם אחר, יחס שווה אל שווים שאין ביניהם הבל רלוונטי

ס' 2(א) **לחוק מכרזים** - קובע את חובת המכרז

ס' 2(ב) **לחוק המכרזים** - איסור על עורכי המכרזים להפלות מחמת השתייכות לקבוצה

ס' 2(ג) **לחוק המכרזים** - יצירת תנאים בעקיפין יוצרים את ההפליה

ס' 2(ג)(2) - אם יש הבחנה המתחייבת מאופי/מהות של המכרז אזי אפשרי

נגיד רשות מקרקעי ישראל עושה מכרז שוויוני, זוכה חברה, היא משווקת זאת בצורה לא שוויונית עע"ם 1789/10 סבא נ' **מינהל מקרקעי ישראל** - מינהל מקרקעי ישראל הודיע כי יכנס תנאי כי מי שזוכה חייב לשווק בצורה שוויונית

עע"ם 4363/14 **משרד הרווחה נ' עמותת אקים** - בית משפט קבע כי לא רלוונטי במקרה דנן לעניין התשלום ולכן קבע, כי תשלום מרכיב הרווח לחברות בלבד עולה כדי פגיעה ברכיב השוויון.

שיעור שני:

המכרז הפומבי	המכרז הסגור	מכרז פומבי מוגבל
כלליות ←	מכרז זוטא	ניתן לקיים בו מו"מ
אי ניהול מו"מ		לא משכה את מהות החוזה, רק התאמות אחרונות

בשיעור שעבר אמרנו שהחקיקה העיקרית שאנחנו נתייחס אליה זה חוק חובת המכרזים ← תקנות חובת המכרזים ותקנות העיריות מכרזים. כמובן שנתייחס לעוד חקיקה אבל זו החקיקה העיקרית שנתייחס אליה בשיעורים האלה.

סוג מכרז ראשון - מכרז פומבי – שני מאפיינים עיקריים:

1. **כלליות** – פונה בעצם לכל העולם. כמובן שמי שמסתכל על זה זה אנשים שזה רלוונטי לגביהם, אם אין חברה לאיסוף אשפה, אז לא מעניין אותנו לקרוא מכרזים לאיסוף אשפה. הפנייה היא פנייה כללית לכל העולם.

2. **אי ניהול משא ומתן** – ההצעות נבדקות כמו שהן הוגשו. לא מנהלים משא ומתן עם המציעים. כמו שההצעות הוגשו ונכנסו לתיבת המכרזים, כך הן נבדקו.

✓ זה המכרז הקלאסי, דרך המלך ואת זה תמיד צריך להעדיף.

**תקנות חובת המכרזים:**

יש הוראה בתקנה 1 ב'א) שאומרת שאפילו כשמוטר לנו לא לעשות מכרז פומבי, תעדיפו את המכרז הפומבי. יחד עם המכרז הפומבי יש בעצם עוד שני סוגים עיקריים של מכרזים.

**עדיפות המכרז הפומבי תק' תשס"ט-2009**

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

**סוג מכרז שני - מכרז סגור:**

אין בו את יסוד הכלליות כי הוא פונה למספר סגור של מציעים.

זה לא שרשות מחליטה לעשות מכרז סגור, היא צריכה להגיע למצב שהתקנות מאשרות לה לעשות מכרז סגור. אנו צריכים להיכנס לאחד מהמכרזים האלה כדי לעשות מכרז סגור, אם היא נכנסת לאחד מהמקרים האלה היא יכולה להחליט שהיא עושה מכרז סגור, אם כי עדיף לעשות מכרז פומבי.

התקנות קובעות הסדרים מסוימים קודם כל איך אפשר להיכנס לרשימת המציעים – נניח יש רשימה של קבלנים וכל פעם שיש מכרז, פונים לרשימה של הקבלנים. קודם כל התקנות מסבירות איך אפשר להיכנס לרשימה הזאת ושנית, הם יכולים איך בוחרים את האנשים מהרשימה הזאת במכרז הסגור. זה הרעיון של מכרז סגור. מכרז סגור נקרא בתקנות הרשויות המקומיות – מכרז זוטה ← לפי תקנות עיריות מכרזים – ניתן לראות בתקנה 8 (המרצה קוראת לזה תקנות הרשויות המקומיות כי זה זהה לכל הרשויות המקומיות). מכרז זוטה ברשויות מקומיות זה לא איזושהי החלטה וולונטרית של הרשות אלא ברשויות מקומיות זה על פי הסכום.

מכרז זוטה הוא המכרז היחיד שחובה על הרשות לקבל את ההצעה הכי זולה, בעקרון על שום מכרז אין את החובה הזאת אלא רק במכרזי זוטה ברשויות מקומיות כי זה מכרזים שההנחה היא בעצם שאם המציעים פנו אליהם, הם כנראה עומדים בתנאי סף מינימליים ואם הם גם עמדו בתנאי הסף הם יכולים לזכות.

המכרז הסגור, מה שמאפיין אותו להבדיל מהמכרז הפומבי זה שהוא לא כללי.

**מכרז שלישי - מכרז פומבי מוגבל:**

מכרז שאפשר לנהל בו משא ומתן.

אפשר לראות זאת בתקנות מכרזים. מכרז שמנהלים בו משא ומתן זה לא הרשות יכולה לקום בוקר אחד ולהגיד שבא לה לעשות מכרז כזה, היא צריכה להיכנס לתוך התקנה שמאפשרת לה לעשות את המכרז הזה ולנהל את המשא ומתן בדיוק כמו שהתקנה אומרת. התקנה הרלוונטית היא תקנה 7 לתקנות חובת המכרזים. בסעיף 7(א) – כתוב באיזה התקשרויות בכלל אפשר לנהל משא ומתן. למשל, התקשרות לביצוע מיזם בעל התקדמות טכנולוגית מיוחדת וכו'.

## © מיטל הרוש

קודם כל, הרעיון הוא שהרשות צריכה להיכנס לאחת מההתקשרויות האלה שמאפשרת לנהל משא ומתן. בשלב השני, סעיף 7(ב) אומר שצריך להודיע את זה מראש. כלומר, אם היא באמת בוחרת לעשות מכרז כזה, אם זה מכרז פומבי זה צריך להיות בהודעה כללית בעיתונות, אם זה מכרז סגור זה צריך להיות במסמכי המכרז, אבל הרעיון הוא שזה קבוע מראש, זה צריך להיות קבוע מראש בכל המסמכים הרלוונטיים.

סעיף 7(ג) אומר בדיוק איך מנהלים את המשא ומתן. הוא אומר שקודם כל קובעים את רשימת המציעים הסופית – אלה שעמדו בתנאים. אנו נלמד איך עובד מכרז, מסננים את אלה שלא עומדים בתנאי הסף. כשיש רשימת מציעים סופית אז רק ההצעות הכשרות שעמדו בתנאי הסף, אז צריך לנהל משא ומתן בדרך שוויונית, ניהול פרטוקול, אסור לנהל מגעים שהם לא באותו משא ומתן רשמי.

- ✓ משא ומתן זה חריגה מעיקרון השוויון. כל חריגה מעיקרון השוויון היא בעייתית. לכן גם אוהבים את המכרז הפומבי כי הוא הכי שוויוני. כל חריגה ממנו נראה לנו סטייה.
- ✓ התקנות ממש אומרות בדיוק איך לנהל את המשא ומתן כדי שיהיה מינימום פגיעה בשוויון.

סעיף 18א' לתקנות העיריות (מכרזים) –**איסור ניהול משא ומתן תק' תשנ"ז-1997**

18א. לא ינוהל משא ומתן עם משתתף במכרז בטרם נקבע הזוכה במכרז.

במכרזים של רשויות מקומיות אין משא ומתן!! אחרי שכבר יש זכייה, מותר לכל המכרזים לנהל משא ומתן בשוליים, זאת אומרת, לא משהו שמשנה את כל החוזה אלא אפשר להגיד להוריד עוד טיפה וכו'... לפני הזכייה במכרזים של רשויות מקומיות, אסור לעשות משא ומתן.

הייתה עיריית נשר שיום אחד אמרה למה שלא אעשה מה שעושים ברשויות הכלליות? אודיע מראש שאני מנהלת משא ומתן ואנהל אותו בשוויון – מה הבעיה? דעת הרוב בביהמ"ש העליון הלכה איתה ואמרה שאם היא מודיעה מראש בתנאי המכרז וכו', אז למה לא? מתקין התקנות כמובן ראה בזה פסול. ברשויות מקומיות יש לנו יותר חשדנות ואנחנו לא תמיד נבין את הפער הכל כך גדול.

♥ ברשויות מקומיות מתקין התקנות אסר באופן מוחלט שאין מכרזי משא ומתן.

**תיקון תקנות חובת המכרזים -**

בשנת 2009 היה תיקון מאוד מסיבי לתקנות חובת המכרזים ובאותו תיקון בעצם הוכנסו הרבה מאוד סוגים של התקשרויות מיוחדות וכל מיני מכרזים מיוחדים שהם בעצם וריאציות של המכרזים העיקריים לעיל. התקנות עיגנו פרקטיקות שכבר היו קיימות בפרקטיקה, כלומר כל מיני דברים שהתפתחו במשך השנים.

מה שעשו התקנות ב2009 זה גם מה שתפתח בפרקטיקה וחלק יצרו כל מיני דברים שהם חדשים ולא דווקא מהפרקטיקה. נעבור על כמה סוגים של התקשרויות שנכנסו כאמור, בשנת 2009:

תקנה 17ג' – מכרז עם שלב של מיון מוקדם –

17ג. מכרז עם שלב מיון מוקדם ייערך כך:

- (1) ועדת המכרזים תזמין מציעים להגיש במועד שתקבע (בתקנה זו – המועד הראשון) מסמכים לשם בחינת עמידת המציע בתנאי סף ובניקוד איכות מזערי, ככל שנקבעו, לצורך קביעת קבוצת המציעים הסופית;
- (2) ועדת המכרזים תקבע את קבוצת המציעים הסופית, ותודיע לכל מי שהגיש מסמכים כאמור בפסקה (1) על הכללתו או אי-הכללתו בקבוצת המציעים הסופית סמוך לקבלת ההחלטה בוועדת המכרזים;
- (3) ועדת המכרזים תזמין את כל מי שכלול בקבוצת המציעים הסופית, להגיש במועד שתקבע (בתקנה זו – המועד השני), את הצעתו למכרז;
- (4) ועדת המכרזים רשאית לקבוע במסמכי המכרז כי לאחר הגשת ההצעות במועד השני ייבחנו תנאי סף נוספים וניקוד איכות מזערי נוסף, שלא נבחנו בקביעת קבוצת המציעים הסופית במועד הראשון.

רלוונטי למכרזים גדולים שעושים אותם פעם ראשונה שחשוב מאוד למצוא קודם כל מציעים שעומדים באיזשהו מינימום. קודם כל, מזמינים מציעים להגיש מסמכים לשם עמידתם בתנאי סף. קודם כל עושים סינון של מציעים, לא מדברים על מחיר אלא על לראות שהם עומדים בתנאי סף מינימליים – מיון מוקדם. אחרי שנגמר המיון המוקדם ויש לנו רשימת מציעים סופית – מודיעים אם נכלל או לא נכלל ברשימה הסופית ואלה שנמצאים ברשימה הסופית בעצם צריכים להגיש הצעות למכרז. השלב השני בעצם, הוא שלב שבו משתתפים רק אלה שעברו את השלב הראשון והם עוברים מכרז רגיל, כלומר, אפשר להוסיף בו תנאים, ניגוד איכות וכו'.

תקנה 17 ד' – מכרז דו שלבי:**מכרז עם בחינה דו-שלבית תק' תשס"ט-2009**

17ד. מכרז עם בחינה דו-שלבית ייערך כך:

- (1) במסמכי המכרז ייקבע כי הצעות המחיר יוגשו בנפרד מחלקי ההצעה האחרים ויסומנו כהצעת מחיר; הוגשו ההצעות לתיבת מכרזים שאינה תיבת מכרזים אלקטרונית, יחתמו מי שפתחו את תיבת המכרזים בהתאם לתקנה 19 (ב) על המעטפות המכילות את הצעות המחיר, כשהן סגורות, ויפקידו את הצעות המחיר בתיבת המכרזים עד למועד פתיחתן כאמור בפסקה (3);
- (2) לאחר פתיחת תיבת המכרזים, תקבע ועדת המכרזים את קבוצת המציעים הסופית, ואת ניקוד האיכות של כל מציע;
- (3) הצעות המחיר יפתחו רק לאחר שוועדת המכרזים קבעה את ניקוד האיכות; לאחר פתיחת הצעות המחיר תיקבע ועדת המכרזים ניקוד סופי להצעות המשקלל את ניקוד האיכות שנקבע כאמור בפסקה (2) עם הניקוד בשל המחיר.



## © מיטל הרוש

מכרז שבעצם כל מציע מגיש שתי הצעות. את המחיר הוא מגיש בנפרד. כלומר, כל מציע מגיש הצעה שכוללת את כל שאר הדרישות ובמעטפה נפרדת הוא מגיש את המחיר. כנראה מכרזים שמתאימים למצב שבו האיכות מאוד מאוד חשובה ורוצים שתהיה מנוטרלת מהמחיר. הם קודם כל פותחים את המעטפות רק של האיכות ונותנת את הניקוד של האיכות של כל אחד מהמציעים ורק אחר כך פותחים את המעטפות של המחיר והאומדן. במכרז כזה פותחים את האומדן רק בשלב שפותחים את מעטפות המחיר ורק אז משקפים את המחיר עם הניקוד.

✓ הרעיון במכרז דו שלבי זה שאתה לא ידעת מה המחיר מלכתחילה.

## תקנה 17ה' - מכרז פומבי עם הליך תחרותי נוסף

## מכרז פומבי עם הליך תחרותי נוסף תק' תשס"ט-2009

17ה'. מכרז פומבי רגיל עם הליך תחרותי נוסף ייערך כך:

- (1) במסמכי המכרז ייקבעו תנאים שבהתקיימם ייערך הליך תחרותי נוסף;
- (2) התקיימו התנאים כאמור בפסקת משנה (1), תודיע ועדת המכרזים למציעים שנקבעו על פי תנאים אלה, כי הם רשאים להגיש, במועד שתורה הוועדה, הצעה סופית, ביחס למחיר הצעתם בתנאים מיטיבים עם עורך המכרז לעומת הצעתם המקורית; לא הגיש מציע הצעה נוספת, תהיה הצעתו הראשונה הצעה סופית.

במסמכי המכרז, יקבעו תנאים שבהתקיימם יערך הליך תחרותי נוסף. עושים את זה למשל, התקנות גם אומרות את זה, במצב שכל ההצעות חורגות מהאומדן. אם כל ההצעות חורגות מהאומדן זה פשוט הצעה תקציבית של הרשות של הפרויקט שאומרת מה המחיר הנורמלי. זה חשוב כי היא צריכה לדעת לאיזה פרויקט היא הולכת.

**דוגמא נוספת:** אם כל ההצעות חורגות מהאומדן, אומרים להגיש הצעות משופרות.

אם הרשות קיבלה הצעות שכולן גבוהות מהאומדן אז עדיף למציעים לנסות להציע הצעות משופרות מאשר שהם לא יזכו. כשהתקנות אומרות רשימת מציעים סופית זה רשימת מציעים שעמדה בתנאי הסף.

## תקנה 17 ו' – מכרז מסגרת

## מכרז מסגרת תק' תשס"ט-2009

17ו'. (א) מכרז מסגרת הוא מכרז פומבי שבו נבחר יותר מספק אחד (כל אחד מהם ייקרא להלן בתקנה זו – ספק מכרז מסגרת), אשר על פי תנאי המכרז ייכרתו בעקבותיו הסכמי מסגרת עם כל ספק מכרז מסגרת, וזוהו הספק ממנו תבוצע בפועל כל הזמנה של טובין, עבודה או שירותים תיקבע מפעם לפעם במהלך תקופת הסכם המסגרת, לפי תנאי מכרז המסגרת.

(ב) לעניין זה, "הסכם מסגרת" – הסכם לרכישת טובין, עבודה או שירותים, שנכרת עם ספק מסוים בנושא מסוים ולתקופה מוגדרת, כאשר פירוט הטובין, העבודה או השירותים שיופקו במסגרתו, כמותם או היקפם, אינו ידוע במועד כריתת ההסכם, והוא נקבע בידי המזמין, בדרך של ביצוע הזמנות מפעם לפעם, בתקופת ההסכם.  
**קיים המשך לסעיף שלא הועתק**

## ©מיטל הרוש

מכרז שבעצם נבחרים בו יותר מספק אחד ואז כורתים איתם הסכמי מסגרת לתקופה מסוימת ולעבודה מסוימת. איזושהי פרוצדורה די מסובכת ומספיק שנכיר את המושג של מכרז מסגרת שמצוי בתקנה זו.

✓ דבר שהתפתח בתקנות חובת המכרזים – נובע מהעידן המודרני –

## תקנה 19ג' – מכרז ממוכן

## מכרז ממוכן תק' תשס"ט-2009

19ג. (א) מכרז ממוכן ייערך בדרך של הגשת הצעות אלקטרוניות לתיבת מכרזים אלקטרונית, כך:

- (1) הצעה אלקטרונית תוגש בידי מגיש הצעה שהזדהה לשם כך, כשהיא חתומה בחתימה אלקטרונית מאובטחת או מאושרת;
  - (2) לא תהיה אפשרות לכל אדם לראות הצעה שהוגשה לתיבת המכרזים האלקטרונית או לשנותה, למעט היכולת לראות את ההצעות במועד פתיחת תיבת המכרזים האלקטרונית בידי המוסמכים לכך;
  - (3) פתיחת תיבת המכרזים האלקטרונית תיעשה באמצעות מי שמוסמך לעשות כן, לפי תקנה 19(ב), לאחר שהזדהו לשם כך.
- (ב) ועדת המכרזים רשאית להחליט כי חלק מההצעה יוגש כהצעה אלקטרונית וחלק יוגש שלא כהצעה אלקטרונית.

כל הרעיון זה שזה מכרז שנעשה באינטרנט. במקום שיש לי תיבה פיזית שמגישים בתוכה מעטפה, בסופו של דבר זה חתימות אלקטרוניות ומשהו שמגישים לתוך תיבה אלקטרונית. זה דרך הערכות של המדינה אחרי 2009 עם חתימות אלקטרוניות ומערך תואם.

## תקנה 19ד' - מכרז ממוכן מתפתח

## מכרז ממוכן מתפתח תק' תשע"ב-2012

19ד. מכרז ממוכן מתפתח ינוהל כך:

- (1) נקבע במסמכי המכרז כי תיבחן עמידת המציע בתנאי סף או בניקוד איכות מזערי, תקבע ועדת המכרזים את קבוצת המציעים הסופית בהתאם לתקנה 17ג(1) ו-17(2) או תקנה 17ד(1) ו-17(2);
- (2) לאחר קביעת קבוצת המציעים הסופית, תקבע ועדת המכרזים מועד ראשון שבו כל המציעים שבקבוצת המציעים הסופית רשאים להגיש הצעות, וכן מועדים נוספים, ככל שיידרש, שבהם המציעים יהיו רשאים להגיש הצעה נוספת לעומת ההצעה האחרונה והכל בהתאם לקבוע במסמכי המכרז;
- (3) הגשת הצעות כאמור בפסקה (2), תיעשה בנוכחות שניים לפחות מחברי ועדת המכרזים.

מכרז שיוצר רשימת מציעים סופית ואז בעצם, נעשית ביניהם מכירה פומבית, כלומר, בתוך האינטרנט.

**מכרז ממוכן מהיר תק' תשס"ט-2009**

19ה. (א) ועדת המכרזים רשאית להחליט על עריכת מכרז ממוכן מהיר לצורך התקשרות שהתקיים בה אחד מאלה:

- (1) ההתקשרות נדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש, בהיקף ולתקופה המזעריים הנדרשים בנסיבות כאמור;
  - (2) שווייה של ההתקשרות אינו עולה על 400,000 שקלים חדשים.
- (ב) מכרז ממוכן מהיר ינוהל כך:
- (1) בהודעה באתר האינטרנט ובהודעה שתישלח למנויים לפי תקנה 15(ה), יצוין באופן בולט כי המכרז הוא מכרז ממוכן מהיר והמועד האחרון להגשת הצעות;
  - (2) על אף האמור בתקנה 15(א) סיפה, המועד האחרון להגשת הצעות במכרז ממוכן מהיר יכול שיהיה לאחר חמישה ימי עבודה ממועד פרסום ההודעה על עריכת המכרז; במכרז להתקשרות אשר נדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש, המועד האחרון להגשת הצעות יהיה המועד שתקבע ועדת המכרזים, בהתחשב במועד הנדרש לעריכת ההתקשרות ובדחיפותה, ואשר לא יפחת מארבע שעות מהמועד שבו נשלחו הודעות כאמור;
  - (3) ועדת המכרזים רשאית לקבוע כי מכרז ממוכן מהיר ייערך בדרך של מכרז ממוכן מתפתח.

מכרז שנועד להתקשרויות דחופות. כשיש מצב של התקשרות דחופה, יש מצב של אפשרות לפטור ממכרז. אבל זה מאוד תלוי כמה דחוף. אם זה דחוף אבל לא מספיק כדי להגיע לפטור, מה שאפשר לעשות כדי לעשות מכרז ממוכן מהיר, קודם כל התנאים הם שההתקשרות היא בדחיפות ואז ההתקשרות היא התקשרות גישור, בהיקף המינימלי ובתקופה המינימלית שנדרשת. שווי ההתקשרות לא יהיה יותר מ-400,000 (לפי מה שכתוב למרצה). אם זה מגיע לתווך הזה אפשר לעשות מכרז מהיר. בד"כ צריך לתת זמן סביר למגישים לעשות הצעות אבל במכרז מהיר, צריך לתת הצעות ממש מהר.

**תקנה 14ב' – מכרזים של החשב הכללי –**

**ריכוז התקשרויות תק' תשס"ט-2009 (הוראת שעה) תשס"ט-2009**

- 14ב. (א) ערך החשב הכללי מכרז מרכזי בעבור משרדי הממשלה, או הודיע שישה חודשים מראש על כוונה לפרסם מכרז כאמור, לא יערוך משרד מכרז ולא יתקשר בכל דרך אחרת בהתקשרות נושא המכרז המרכזי אלא באמצעות המכרז המרכזי או באישור ועדת הפטור.
- (ב) על אף האמור בתקנת משנה (א), יהיה רשאי משרד להתקשר בהתקשרות נושא המכרז המרכזי, אם פרסם הודעה על עריכת מכרז סמוך לפני ההודעה על הכוונה לפרסם מכרז מרכזי, ואם לא ניתנה הודעה כאמור – סמוך לפני מועד עריכת המכרז המרכזי והמועד האחרון להגשת הצעות נקבע למועד סמוך אחרי מועד ההודעה או העריכה, לפי הענין.

משרדי הממשלה חייבים להתקשר עם מי שזכה אצל החשב הכללי.

## כריתת החוזה

מכרז הוא תחרות מאורגנת בהתקשרות בחוזה ולכאורה, מי שזכה במכרז הוא כורת חוזה והולכים לדיני החוזים. זה נכון אבל זה נכון חלקית משום שהעובדה שהתחלנו במכרז היא משפיעה בעצם גם על ההצעה והקיבול – איך נכרת החוזה וגם על התקופה של החוזה עצמו.

יש תחום שלם בדיני חוזים שנקרא חוזי רשות – החוזה שהצד המתקשר הוא רשות מנהלית. אבל מכיוון שאנחנו לא בדיני חוזים, נלמד קצת על כריתת החוזה.

1. הקיבול צריך שיהא תואם את ההצעה – פס"ד כהן עיצובים – בדיני חוזים יש עקרון שאומר שכשמישהו מציע, הקיבול צריך להיות תואם את ההצעה ואם מישהו משנה את זה "כן, אבל" אז זאת כבר הצעה חדשה. ככה עיצובים – משרד התיירות פרסם מכרז לבנייה של 15 ביתנים של ירידים באירופה. זכתה כהן עיצובים אבל אמרו לה שהיא זוכה רק לבנות שלושה ואז המדינה חזרה בה גם מזה. כהן עיצובים היא פנתה לביהמ"ש על אכיפת כל המכרז וביהמ"ש אמר שלמרות שאמרו לה שהיא זכתה, לא נכרת חוזה כי בעצם לא היה פה קיבול שתאם את ההצעה. אם המכרז היה ל-15 ביתנים, לא יכולים להגיד לה שהיא זכתה בשלושה.

יש דבר שנקרא פיצול מכרז אבל פיצול יכול להיעשות רק אם זה נקבע מראש. יש אופציה של רשות להגיד מראש שהיא יכולה לקחת חלק, לפעמים רשות רוצה להשאיר את האופציה לפצל במונח שלדוגמא יש מכרז לשני בניינים, א' יכול להיות הכי טוב והוא ובי' יכול להיות הכי טוב לשני. אופציה אחרת היא לעשות פיצול של כמויות לדוגמא. אבל, כל הדברים האלה צריכים להיות כתובים מראש במכרז כי מציעים מגישים את ההצעות שלהם תוך איזון בין החלקים ביניהם. **חייב להיות קיבול! כי אם מפצלים וזה לא היה ידוע מראש, זה אומר שלא הייתה הצעה וקיבול.**

סיכום החלטת ביהמ"ש: בית המשפט העליון בא ואמר רגע – בכלל לא נכרת פה חוזה כי היה פה קיבול שלא תואם את ההצעה, המכרז היה ל-15, לא לפחות, כלומר, חוזה עיקרי לא נכרת. קיבול שיש בו תוספת או שינוי, כמוהו כהצעה חדשה. מה היה הנפקות כאן? ביהמ"ש העליון אומר לא נכרת מבחינתי חוזה אבל מה כן הופר? הופר חוזה נספח ביניכם, כלומר, חוזה של איך אתם מנהלים את המכרז. לכן, בית המשפט נתן להם כאן פיצויי קיום, בגלל הפרת החוזה הנספח, לא החוזה העיקרי.

♥ אם לא מובנה בתוך המכרז אפשרות של פיצול אז צריך לפסול.

2. לא תמיד עם הודעת הזכייה מתבצע קיבול – פס"ד ויספיש – אדם זכה במכרז שפרסם מנהל מקרקעי ישראל ועל פי תנאי המכרז הוא היה צריך תוך פרק זמן מסוים לשלם משהו למנהל. הוא שילם את מלוא הסכום אבל באיחור של כמה ימים. הוא ביקש הארכה, המנהל אמר לו לא וביטל את העסקה. הוא בא ואמר שהוא בעצם זכה ויש חוזה. בית המשפט אמר לא! ייתכנו מכרזים בעלי מאפיינים מיוחדים שבהם לא יהיה דיי בהודעת הזכייה כדי להוות קיבול המשקלל חוזה בין בעל המכרז למציע. למשל, במכרזים שמחייבים עמידה בתנאים מוקדמים, טרם חתימת הסכם מחייב. כלומר, יכולים להיות מכרזים שאומרים שצריך לשלם או שיש תנאי מוקדם, לא תנאי סף, אלא תנאי שיכול להתקיים

## © מיטל הרוש

יותר מאוחר כמו בטרם כך וכך אתה צריך להוציא היתר בנייה. בית המשפט אמר פה שאפילו חוזה לא נכרת כי זה סוג של מכרז שבעצם לא הספיקה הודעת הזכייה אלא היית צריך לשלם את הסכום.

♥ לשים לב! זה דברים שברמה של אנשים פרטיים זה אולי היה חוסר תום לב. כי אם אדם מבקש הארכה של כמה ימים ומאחר, לפחות שיתן פיצוי, למה לבטל לו את הזכייה?

3. חובת השוויון חלה גם בקיום החוזה – פס"ד צמנטקול – מזכיר את ויספיש – אין מחלוקת שנכרת חוזה. חברה שזכתה כבר במכרז הבינוי והשיכון והייתה צריכה לשלם דמי חכירה תוך כמה ימים ולחתום על הסכם פיתוח והדברים האלה היו כתובים בחוזה. היא שוב ביקשה כמה ימים, היה ביטול חוזה. אומר בית המשפט – בשמירה על עקרון השוויון עד שנבחר המציע ונערכת ההתקשרות עימו, לא מספיק. לא מספיק שתשמרו על עקרון השוויון במכרז עצמו אלא גם בתוך המכרז. כלומר, אם פתאום הוא לא מקיים את התנאים, אפשר לבטל לו. כי שוב, מה היו אומרים האחרים אם היו יודעים שאפשר לזלזל בחוזה?

♥ הנושא של עקרון השוויון חל גם על רשויות מקומיות.

14 בנובמבר 2017

שיעור שלישיבשיעור שעבר:

1. קיבול תואם את ההצעה – כהן עיצובים

2. לא תמיד הודעת הזייה מהווה קיבול, לעיתים יש צורך בתנאים נוספים – וייספיש

3. חובת השוויון חלה גם בזמן סיום החוזה – צמנטקול

המשך השיעור:

**פס"ד צמנטקול** – החברה כבר זכתה במכרז לבניית מתחמים והייתה צריכה תוך מספר ימים לשלם את התשלום הראשון, דמי חכירה וגם לחתום על חוזה פיתוח והיא איחרה מספר ימים עם התשלום ובעצם המדינה ביטלה את החוזה. יכול להיות שביחסים בין אישיים – אם היה מדובר פה באנשים פרטיים, היה פה אולי חוסר תום לב והיה אפשר לבטל חוזה בהפרש של כמה ימים. בית המשפט בפס"ד זה אומר שבשמירה על עקרון השוויון עד שנבחר המציע ונערכת ההתקשרות איתו זה לא שגיאה, לא מספיק לשמור על עקרון השוויון בזמן המכרז – עקרון השוויון ממשיך והוא לוקח אותנו גם בתקופה החוזית.

בעניין זה נלמד פס"ד נוסף – **פס"ד אלי ראובן בנייה והשקעות נ' שר הבינוי והשיכון** – דובר בחברה שזכתה במכרז והיא עמדה בכל ההתחייבויות שלה ובמהלך ביצוע החוזה התברר שדמי הביטוח בעצם ירדו והיא שילמה דמי ביטוח ביתר. היא ביקשה שיחזירו לה סכום מסוים מדמי הפיתוח. בית המשפט אמר שזה יפגע בשוויון,

## © מיטל הרוש

היא בעצם עשתה התממשות של סיכון עסקי מבחינתה ואילו יחזירו לה את דמי הביטוח בעצם תהיה פגיעה בשוויון ואולי גם אחרים במכרז שנמנעו מלהשתתף היו משתתפים אם היו יודעים שמורידים את דמי הביטוח.

4. תנאי בהצעה של משתתף במכרז שלא נכללה בחוזה לא מחייב אותו – פס"ד בנייני יסקו - היה איזשהו תנאי בהצעה שלא נכלל בחוזה והתנאי היה דמי היתר בגין תוספת בנייה. זה היה משהו שנכלל בהצעה של החוזה אבל בחוזה עצמו בסופו של דבר זה לא נכלל. בית המשפט אמר בעצם שמה שקובע זה החוזה. אמרנו שבדרך כלל עצם ההודעה על הזכיה היא כריתת החוזה אלא אם כן נדרשים תנאים נוספים, אפשר לראות בהודעה על הכריתה את הקיבול. בית המשפט בעצם יכול היה לומר שהמנהל קבע שאם לא יחתם החוזה תוך 60 יום וכו', כלומר היה ברור שחייב היה לחתום על החוזה. בית המשפט קבע שמה שנחתם בחוזה בסופו של דבר זה מה שקובע וגם אם היה איזשהו תנאי בהצעה של החוזה שלא נכלל בסופו של דבר.

✓ **תזכורת:** מכרז הוא תחרות מאורגנת להתקשרות בחוזה.

עד עכשיו עסקנו במבוא – בשאלות מה יוצר תחרות מאורגנת ואמרנו שהיא הזמנה להציע הצעות או חוזה נספח. התקשרות בחוזה – חוזה רשות – חוזה שבעצם התחלתו בכך שהוא נוצר במכרז.

## סמכויות השיפוט בדיני מכרזים

מכרז הוא עניין מיוחד במובן זה שמצד אחד הוא איזושהו התקשרות בין אזרח למדינה אבל מצד שני זה בעצם עסקה. לכן, עם קום המדינה, כשדיני המכרזים התפתחו על ידי הפסיקה, היו יכולות להיות שתי אפשרויות לסמכות שיפוט – מצד אחד היה אפשר להגיד שסמכות השיפוט היא בבג"צ משום שהוא מקבל עתירות נגד המדינה, מצד שני אפשר היה להגיד שסמכות השיפוט היא בבית המשפט האזרחי משום שהוא עוסק בעניינים אזרחיים על פי הסכום שלהם. שלום או מחוזי עוסקים בעניינים אזרחיים על פי סכומם.

השאלה איפה סמכות השיפוט נשאלה וכידוע לנו, אם בג"צ רוצה שיהיה סעד חלופי, הוא יכול לא לקבל עתירות ולהגיד שיש סעד חלופי.

עד התקופה הראשונה – עד 1991 ← בג"צ דן בענייני מכרזים. כלומר, כשהגיעו אליו עתירות בענייני מכרזים, הוא לא שלח לבתי המשפט האזרחיים אלא דן בענייני המכרזים. מדוע?

1. בג"צ רצה לפתח את דיני המכרזים.

2. ההליך בבג"צ נחשב מהיר – הליך בלי עדויות, הליך של תצהירים.

3. בג"צ העדיף לדון בכך זה שהיה קיים חוק באותה תקופה – סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) שקבע שבתי משפט רגילים (שלום ומחוזי), לא יכולים לתת צו נגד המדינה. כלומר, רק בג"צ יכול לתת צו עשה או לא תעשה נגד המדינה ואם היו הולכים לבית משפט אזרחי הוא יכול היה לתת רק סעד הצהרתי שהמדינה לא פועלת כדין אבל לא צו עשה או לא תעשה.

## ©מיטל הרוש

4. עדיין לא התפתח הנושא של הדין הולך אחרי הדיין – היום אנחנו יודעים שלא משנה איזה בית משפט דן בסיטואציה מסוימת, הוא צריך לדון לפי הדינים שחלים על אותה סוגיה. כלומר, אם למשל מדובר במכרזים, אנחנו יודעים שבמכרזים יש לנו **דואליות נורמטיבית** – מצד אחד יש לנו את כללי המשפט הציבורי ומצד שני יש לנו את כללי המשפט הפרטי. שני הכללים חלים במקביל – משפט ציבורי כי יש לנו קשר עם המנהל – משפט פרטי כי זה עסקאות פרטיות. אז יש לנו גם עניינים מנהליים וגם חוזים וכו'. היום ברור שלא משנה איזה בית משפט דן, הוא יפסוק לפי כל הדינים הרלוונטיים. בעבר – מה שהיה ציבורי היה צריך ללכת לבג"צ.

ממכלול הסיבות לעיל – עד 1991 – בג"צ דן בזה.

בשנת 1991 היה את **פס"ד פסטרנק** – משרד השיכון והבינוי העלה תוכנית להרחבה והוא טען טענה שהוא הרחיב והשתמש באופציה ממכרז קודם (בעיני המרצה טענות חוזיות), השופט ברק החליט שזה הזמן להעביר את זה לבתי המשפט הרגילים. מאז, דיני המכרזים פותחו. עד 1991 בג"צ פיתח את רוב דיני המכרזים, בג"צ כבר לא הליך מהיר עם השנים – היו יותר ויותר עתירות עד שבג"צ כבר לא הליך מהיר אלא די עמוס. אותו סעיף שלא אפשר לבתי משפט אזרחיים לתת צוים נגד המדינה, בוטל, אז גם בתי משפט שלום ומחוזי יכולים לתת צווים ובנוסף, התפתחה גישה שהדין ילך אחרי הדיין. גם בית משפט שלום או מחוזי יכולים לדון לפי כללי המשפט המנהלי.

מ 1991 עד 2000 – הסמכות של מכרזים הייתה בשלום ובמחוזי (לפי הסכום).

עדיין, אם היה איזשהו נושא שהוא מאוד חדשני ומכרז מאוד גדול שמעלה איזושהי שאלה משפטית והיו מגישים לבג"צ, בג"צ היה דן בזה. אבל לרוב, יש סעד חלופי ובג"צ שולח לבתי המשפט האזרחיים.

בשנת 2000 נחקק חוק בתי משפט לעניינים מנהליים – החוק הזה בעצם יצר בית משפט מחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. באופן כללי, אם יש איזשהו עניין מנהלי ואנו רוצים לדעת אם אנחנו הולכים לבג"צ או לבית משפט לעניינים מנהליים, אנו צריכים לבדוק של מי הסמכות.

הסמכות של בית משפט לעניינים מנהליים קבועה אצלו בתוספת. בסעיף 5 לאותה תוספת – ענייני מכרזים:

**מכרזים – "ענייני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, וענייני מכרזים של רשות מקומית, שענינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, וכן מכרזים שענינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין".**

שני סעיפים חשובים בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים:

### העברת דיון בעתירה מינהלית

6. מצא בית משפט לעניינים מינהליים, לבקשת בעל דין, היועץ המשפטי לממשלה, או מיוזמתו, כי עתירה מינהלית שבפניו מעלה ענין בעל חשיבות, רגישות או דחיפות מיוחדת, רשאי הוא, לאחר שקיבל את תגובת בעלי הדין, להורות על העברת הדיון בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

אם יש משהו שמגיע איזה מכרז שמעלה שאלה חדשנית וכו', בית המשפט לעניינים מנהליים יכול להעביר לבג"צ אבל לא עושים בזה כל כך שימוש.

סעיף 8 לחוק בתי משפט מנהליים:

### עילות, סמכויות וסעדים

8. בית משפט לעניינים מנהליים ידון בעתירה מינהלית ובערעור מינהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים המחויבים לגבי עתירה מינהלית ולגבי ערעור מינהלי.

כל העילות והסעדים שיכול היה לתת בג"צ, בית המשפט לעניינים מנהליים יכול לתת. **דוגמא**: בג"צ יכול לדחות על הסף עתירה אם היא ללא ניכיון כפיים. סעיף 8 אומר שלבית המשפט לעניינים מנהליים יש את היכולת לעשות זאת גם כי הוא קיבל את הסמכויות מבג"צ.

לבית המשפט לעניינים מנהליים יש תקנות – **דוגמא**: לעניין השיהוי, יש תקנות לבתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין) והתקנות קובעות כי עתירה תוגש במועד שנקבע לכך בדין. דוגמא: סעיף 3 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים:

### המועד להגשת עתירה

3. (א) עתירה תוגש במועד שנקבע לכך בדין.  
 (ב) לא נקבע מועד כאמור, תוגש העתירה בלא שיהוי, לפי נסיבות הענין, ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום שהחלטה פורסמה כדין, או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה או מיום שנודע לעותר עליה, לפי המוקדם.  
 (ג) בית המשפט רשאי להאריך מועד שנקבע להגשת עתירה כאמור בתקנות משנה (א) ו- (ב), לאחר שנתן למשיב הזדמנות להגיב לבקשת ההארכה, אם ראה הצדקה לכך.

**דוגמא** נוספת: סעיף 4 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים –

### שיהוי תק' תשע"ה-2015

4. בית המשפט רשאי לדחות עתירה אם ראה כי בנסיבות הענין היה שיהוי בהגשתה, אף אם הוגשה בתוך אחד המועדים לפי תקנה 3.

בעצם – שיהוי בבג"צ מתחלק לשיהוי אובייקטיבי וסובייקטיבי –

שיהוי אובייקטיבי - אם אדם לקח את הזמן והשתהה. לצורך העניין – השיהוי הסובייקטיבי נתחם ל-45 יום. יכול להיות שגם אם אדם לא השתהה נוצר שיהוי אובייקטיבי לעניין הנסיבות.

התקנות בעצם אומרות – גם אם עשיתם את זה בזמן, יכול להיווצר לכם שיהוי סובייקטיבי.



## ©מיטל הרוש

בית המשפט לעניינים מנהליים דן **בעתירות מנהליות** – כמו עתירה לבג"צ (זכה מישהו שלא עומד בתנאים, אני הייתי צריך לזכות, יש פגם במכרז וכו') אבל בית המשפט לעניינים מנהליים דן גם **בתובענות מנהליות** - תובענה מנהלית מוגדרת, בין היתר, בתוספת השלישית כתובענה לפיצויים שעילתה במכרז ואז יכול להשאל השאלה – מתי תובענה לפיצויים שעילתה במכרז היא בבימ"ש לעניינים מנהליים אבל מתי יש לי תביעה שהיא כבר בחוזה עצמו ואז זה בשלום או במחוזי לפי הסכום. כלומר, יכול להיות שמשוה התחיל במכרז אבל כבר נכרת חוזה. יכול להיות מצב של תחום אפור –

מתי התובענה צריכה להיות בבית משפט לעניינים מנהליים ומתי היא בבית משפט מחוזי או שלום?

ללמוד לשיעורים הבאים:

פס"ד קוטלרסקי (סמכויות שיפוט).

חובה לערוך מכרז – פס"ד שעשועים וספורט.

## 21 בנובמבר 2017

שיעור רביעי

שיעור שעבר דיברנו על הנושא של סמכות שיפוט, דיברנו על כך שסמכות השיפוט היום בבית המשפט לעניינים מנהליים שקיבל את סמכותו של בג"צ. דיברנו על העתירות המנהליות שהולכות לשם והערעור הוא לעליון – עע"מ = ערעור עתירה מנהלית. בנוסף, אמרנו שחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים קובע גם סמכות לתובענות מנהליות – תובענה מנהלית – תובענה שעילתה במכרז. אם אנחנו מדברים על תביעה כספית אז יכולים להיות תחומים אפורים של מהי תביעה שעילתה במכרז ומהי תביעה שעילתה היא אזרחית ויכולה ללכת לשלום או למחוזי.

בכך עוסק **פס"ד קוטלרסקי** – סיפור עם המועצה המקומית תלמונד שפרסמה מכרז לקבלת הצעות לרכישה של מגרשים והזוכים קיבלו הודעה שהם זכו, שילמו מחצית בעת החתימה ולפני שהגיע המועד לשלם את המחצית השנייה, הם גילו שבעצם זה לא רשום על שם המועצה. הם שיגרו מכתב וביקשו הסברים מהמועצה והמועצה בעצם אמרה שאין שום בעיה ושהכל יוסדר והם שילמו את החצי השני. לקח שנתיים עד שהבעלות עברה על שם המועצה ונגרמו להם נזקים – למשל – לא יכלו לקחת משכנתא. הם ביקשו פיצויים מסוגים שונים והשאלה הייתה מהי הסמכות? האם הסמכות בבית המשפט לעניינים מנהליים או בבית המשפט האזרחי? השופט תמיד מדבר על תכלית החוק ועל ההיסטוריה ההלכתית שלו והמטרה היא באמת להתרכז בעניינים המנהליים. כלומר, התחום האזרחי צריך להיות בבית המשפט האזרחי. השופט נתן שלוש אמות מידה שהן כמובן לא מתמטיקה, לא משהו קשיח אלא בעצם אמות מידה שמכוונות אותנו לבידוק השאלה איפה הסמכות תהיה. השופט אומר: בדרך כלל, אם יש לי זכייה זה יהיה בדרך כלל בבית משפט לעניינים מנהליים. אבל אם אנחנו שנייה היא בין שלב המכרז לבין שלב החוזה. אם אנחנו בשלב החוזה אז זה באמת בבית המשפט האזרחי אבל אם אנחנו בשלב המכרז, בית המשפט לעניינים מנהליים. התבחין השלישי זה הצליל של התביעה – כלומר, אם זה מתחום דיני החוזים כמו נניח מכר או עשיית עושר או רשלנות, אם צליל התביעה הוא אזרחי זה יהיה בתחום של בית המשפט האזרחי. אבל, אם הוא מכרזי כמו למשל משא ומתן פסול, זה יהיה בתחום של בית

המשפט לעניינים מנהליים. ביישום למקרה הקונקרטי הזה של קוטלרסקי, השופט עמית אמר שבמקרה הזה הייתה כבר זכייה, אנחנו בשלב החוזי וגם התביעה היא לא עילות מכרזיות אלא יותר עילות שהן עילות חוזיות.

**המרצה:** ייעצה בערעור לעליון שהשופט בבית המשפט לעניינים מנהליים מוחק את התביעה על הסף ושולח לאזרחי והיא מתעקשת שזה יהיה בבית המשפט לעניינים מנהליים בגלל שהם טוענים שיש עילה שהיא מכרזית, הם טוענים שהרשות הייתה צריכה לבדוק. כלומר, השאלה היא אם נכנסת הרשות? לפעמים יש הרבה מאוד מקרים שהם ברורים אבל לפעמים יש מקרים שהם בתחום האפור, מקרים מיוחדים ואז באמת יכולה להיות שאלה.

## חוק חובת המכרזים – החובה לערוך מכרז ולצידו פטור

החובה לערוך מכרז נמצאת בחוק חובת המכרזים – סעיף 2:

2. (א) 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.

### (תיקון מס' 12) תשס"ב-2002 (תיקון מס' 21) תשע"ב-2012

(ב) לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, גיל, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה; בסעיף קטן זה, "מוגבלות" - לקות פיסית, נפשית או שכלית כמשמעותה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998.

### (תיקון מס' 12) תשס"ב-2002

(ג) לענין סעיף קטן (ב) –

(1) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין הענין;

(2) אין רואים בהבחנה המתחייבת מאופיו או ממהותו של המכרז, הפליה.

### הסעיף אומר לנו על מי החובה ועל מה?

על מי ← מדינה – תאגיד ממשלתי (כל תאגיד שהחוק מקים אותו) וגם על חברות ממשלתיות (מועצה דתית, קופות חולים, מוסד להשכלה גבוהה)

על מה ← עסקה לביצוע עבודה או עסקה לרכישת שירותים – בטובין או במקרקעין.

✓ כשהמרצה מדברת בקורס על מכרזים - אנחנו מדברים על עסקאות. אנחנו לא מדברים על מכרזים של עובדים – לזה יש חוקים ותקנות אחרים.

✓ עסקאות זה משהו במשרד הפרטי, אנחנו לא מדברים על מעשים שלטוניים כמו רשיונות/זכויות וכו'.

✓ לפעמים יש חובה לערוך מכרז גם לרשיונות או זכויות אבל זה לא מכוח החוק הזה אלא חוק ספציפי.

במקביל יש לנו את החובה לערוך מכרז בכל אחד מחוקי הרשויות המקומיות. למשל – לגבי עירייה, סעיף 197 לפקודת העיריות. סעיף 197 לפקודת העיריות הוא סעיף לקוני שמדבר על החובה לערוך מכרז והפטורים הם

## © מיטל הרוש

בתקנות. גם כאן ניתן לראות סעיף לקוני שמדבר על החובה, רשימת הפטורים הארוכה נמצאת בתקנות חובה המכרזים.

מחזיר אותנו לשיעור הראשון – הקדמה על דיני המכרזים – ההסדרים הכי בסיסיים נמצאים בתקנות. פטור ממכרז זה פטור מהצד השני של החובה. הפטורים נמצאים בתקנות ולא בחוק ראשי של הכנסת. גם הפטורים של הרשויות הכלליות הם בתקנות וגם של הרשויות המקומיות.

הצורה שהפטורים בתקנות חובת המכרזים והאופי שהם כתובים בצורה מאוד ספציפית. כלומר, התקנות עוסקות בפטורים בעניינים מאוד ספציפיים – סעיפי הפטורים זה סעיף 3 לתקנות חובת המכרזים וגם בתקנות העיריות. אנחנו נראה שבמקביל יש סעיף סל של פטור בנסיבות מיוחדות. בנוסף, אנו נראה שבתיקון 2009, נעשתה רפורמה מאוד גדולה בכל הנושא של דיני המכרזים, בתקנות חובת המכרזים ובין היתר, כפי שנראה במצגת, כמה הוראות פטור שהיו, נמחקו, במקביל כמה הוראות פטור הוקשחו – למשל, הנושא של פטור בגלל ספק יחיד – היה שימוש רב מדי בפטור הזה של ספק יחיד ומאוד הקשיחו את היכולת להשתמש בו. במקביל גם בשנת 2009 הוספו כל מיני הוראות כמו שקיפות – צריך היום לפרסם כאשר רשות לוקחת על עצמה פטור או מחליטה שהיא יכולה להתקשר בחוזה לפטור ממכרז – היא צריכה לפרסם את זה, זה משהו שבעבר לא היה קיים וגם הנושא של הפטורים יש בו היום שקיפות.

דוגמא : תקנה 1ב' לחוק חובת המכרזים –

### עדיפות המכרז הפומבי תק' תשס"ט-2009

- 1ב. (א) גוף ציבורי יעדיף לבצע התקשרויות בדרך של מכרז פומבי רגיל גם מקום שהותר לו לפי תקנות אלה לבצע התקשרויות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל.
- (ב) החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות בדרך של מכרז פומבי מוגבל תיעשה לפי תקנות אלה, לאחר בחינת האפשרות לערוך מכרז פומבי רגיל, וככל שמוצדק וסביר בנסיבות העניין לבצע את ההתקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי רגיל.
- (ג) החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות בדרך של מכרז סגור תיעשה לפי תקנות אלה, לאחר בחינת האפשרות לערוך מכרז פומבי, וככל שמוצדק וסביר בנסיבות העניין לבצע את ההתקשרות שלא בדרך של מכרז פומבי.
- (ד) החלטה של גוף ציבורי לבצע התקשרות שלא בדרך של מכרז, תתקבל לפי תקנות אלה לאחר בחינת האפשרות לערוך את ההתקשרות בדרך של מכרז, וככל שהדבר מוצדק וסביר בנסיבות העניין.
- (ה) גוף ציבורי יעשה כל שניתן כדי שהתקשרות לא תהפוך דחופה, באופן המצריך התקשרות בפטור ממכרז לפי תקנה 3(2) או באופן המצריך עריכת מכרז ממוכן מהיר לפי תקנה 19ה.

גם אם רשות נכנסת לאחד הפטורים היא צריכה תמיד להעדיף לעשות מכרז שלא בפטור.

**פרסום והחלטות תק' תשס"ט-2009**

1.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 ההחלטה.

**תק' תשע"ב-2012**

(ב) גוף ציבורי יהיה רשאי שלא לפרסם או לפרסם באופן חלקי את החלטתו כאמור בתקנת משנה (א) מטעמים של ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, קשרי מסחר בין-לאומיים, ביטחון הציבור, או לפרסם באופן שאינו מגלה סוד מסחרי או מקצועי של המשרד.

**תק' תשע"ב-2012**

(ג) תקנת משנה (א) לא תחול על חברה ממשלתית וחברה בת ממשלתית בפעולות שבהן פטר אותה שר המשפטים באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת מתחולת חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, לפי סעיף 2(9) לחוק.

**חשוב!** מאחר שהפטור הוא חריג לכלל שמחייב עריכת מכרז, הפסיקה קבעה שיש לפרש את הוראות הפטור על דרך הצמצום. כלומר, נניח אותו מקרה של **אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה** – עיריית חיפה רצתה להתקשר ללא מכרז עם ספק מיוחד לרכישת חלקים לרמזורים. העירייה החליטה שיש לה פטור ספק יחיד כי היא רוצה את הספק שייצר את הרמזורים. בית המשפט אמר שפטור צריך לפרש בצמצום, ספק יחיד זה באמת כשיש רק ספק אחד. כל מיני עדיפויות צריך להכניס לתנאים של המכרז. כלומר, יחיד זה באמת יחיד – כל מיני העדפות שיש, צריכים להיות במסגרת של התנאים של המכרז. עוד נקבע באופן עקרוני בפסיקה והיום יש לנו את זה בתקנות שהפטורים בחובת מכרז מאפשרים לרשות מנהלית להמנע ממכרז, הם לא מחייבים אותה להמנע ממכרז. כלומר, זה שיש פטור זה לא חובה לקחת את הפטור.

כיום, תקנה 11(ד) – אנחנו יכולים לראות מהתקנות את ההעדפה שיש לעריכת מכרז. זה אומר שלא מספיק שיש פטור, אנחנו צריכים להשתמש בסבירות. יכול להיות שיש פטור אבל לא סביר להשתמש בו באותו מקרה.

**עקרי הרפורמה בשנת 2009 –**

- נמחקו מספר הוראות פטור
- הקשיחו את השימוש במספר הוראות חוק קיימות.
- הוטלה חובת פרסום של שימוש בפטור – תקנה 1 ג' לעיל.

נוצרו בעצם שלוש רמות של אישורים שצריך – בעקרון, לא מספיק שיש פטור אל צריך אישור של ועדה אז יש פטורים שצריך אישור של ועדת מכרזים, יש פטורים שדורשים ועדת פטור משרדית (וועדת פטור של אותו משרד עצמו) ויש פטורים שדורשים אישור של ועדת פטור חיצונית, שלא שייכת למכרז.

**ועדת פטור משרדית תק' תשס"ט-2009**

- 10א. (א) (1) המנהל הכללי של המשרד, חשב המשרד והיועץ המשפטי של המשרד, ישמשו חברי ועדת פטור משרדית;
- (2) לעניין יחידת סמך תהיה ועדת הפטור המשרדית מורכבת מבעלי התפקידים ביחידת הסמך כאמור בפסקה (1), זולת אם החליט השר של אותו משרד כי ועדת הפטור המשרדית תשמש גם ועדת הפטור של יחידת הסמך, דרך כלל או לעניינים שהורה;
- (3) לעניין המשטרה ושירות בתי הסוהר, רשאי השר לביטחון הפנים, ולעניין משמר בתי המשפט רשאי שר המשפטים, להורות כי בראש ועדת הפטור המשרדית יעמוד בעל תפקיד קבוע בדרגת ניצב או דרגה מקבילה לו שיסמך המפקח הכללי, נציב שירות בתי הסוהר או מנהל בתי המשפט, לפי העניין; הורה השר לביטחון הפנים או שר המשפטים לפי העניין כאמור, יינתן אישור המפקח הכללי, נציב שירות בתי הסוהר או מנהל בתי המשפט, לפי העניין, לפי תקנה 3(20), להחלטות של ועדת הפטור המשרדית, המאשרות החלטות של ועדת המכרזים המשרדית, לפי התקנה האמורה;
- (4) לעניין משרד האוצר; תשמש ועדת הפטור גם כוועדת הפטור המשרדית זולת אם המנהל הכללי של המשרד מינה ועדת אחרת לעניין זה, שהרכבה דומה לזו של ועדת הפטור.

לפי החומרה של הפטורים יש פטורים שדורשים וועדת אישור מכרזית, יש שדורשים וועדת אישור משרדית ויש פטורים שדורשים אישור של ועדת הפטור החיצונית.

**תקנה 11 לחוק חובת המכרזים:****ועדת פטור תק' (מס' 2) תשנ"ה-1995**

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

זה בעצם עוד שינוי משנת 2009 כי עד 2009 הייתה את ועדת המכרזים והייתה וועדת פטור שלא קשורה למכרז. 2009 הוסיפו וועדה נוספת שהיא פנים משרדית היא וועדת פטור של המשרד.

ספק יחיד זה ספק שהיה בו שימוש רב מדיי ובית המשפט ביקר המון את העניין ומאוד הקשיחו את האפשרות להשתמש בפטור הזה.

**תקנה 3(1) לחובת המכרזים –****פטור מחובת מכרז**

3. התקשרות משרד בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, אם היא אחת מאלה:
- לא הועתק כל הסעיף

יש סכום שהוא 50,000 ₪ ומתחת לו אין צורך לעשות מכרז. התקנה הזו באה למנוע מצב של פיצול מלאכותי. כלומר, נניח יש לי משהו ב150,000 ₪ אז במקום לעשות מכרז, אני אתקשר 3 פעמים בחמישים אש"ח ואהיה פטורה ממכרז. התקנה באה ואומרת שבכל תקופה של 12 חודשים, אי אפשר להתקשר עם אותו אחד בלי מכרז יותר מפעמיים.

### תקנה 3(2) לחוק חובת המכרזים –

על מנת להצדיק התקשרות ללא מכרז כאמור, על הדחיפות למנוע "נזק של ממש" – הדחיפות צריכה להיות 2 ימי עבודה או פחות, התקשרות גישור בלבד או התקשרות בעלת דחיפות נוכה יותר – ניתן לבצע באמצעות מכרז ממוכן מהיר – תלוי ברמת הדחיפות – אם זה לא דחיפות של יומיים או מניעת נזק של ממש אז אפשר ללכת למכרז הממוכן המהיר.

בכל מקרה, תקנה 1(ה) אומרת – "גוף ציבורי יעשה כל שניתן כדי שהתקשרות לא תהפוך דחופה..." – בעצם אומרים לרשויות לנסות לא להגיע למצב של דחיפות אלא לעשות דברים בזמן על מנת שהדחיפות תהיה למקרים שצריך לעשות הכל במהירות.

כפי שנאמר, הדחיפות היא לא עילה להתקשרות ארוכת טווח אלא גישור לפתור את הבעיה הדחופה ואחר כך ייעשה מכרז.

### תקנה 3(3) לחוק חובת המכרזים –

פוטר את הרשות המנהלית מחובת עריכת מכרז. "התקשרות בעסקה אשר עריכת מכרז לגביה עלולה לפגוע פגיעה מהותית בבטחון המדינה..." אנו מדברים על משהו שיכול לא סתם לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ אלא פגיעה מהותית. כלומר, אם עצם עריכת המכרז יפגע פגיעת מהותית בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה, אז יש פטור אבל אם הוא מעל סכום מסוים צריך את אישור החשב הכללי.

### תקנה 3(4) לחוק חובת המכרזים – פטור מעריכת מכרז מחמת התקשרות המשך -

תקנה זו פוטר את הרשות המנהלית מחובת עריכת מכרז.

מה התנאים לתכולת התקנה הזו? קודם כל, זיקה בין ההתקשרות הראשונה לשנייה – התקשרות המשך בתנאים זהים להתקשרות הראשונה. כלומר, שבאמת יהיה המשך. בנוסף, התקשרות המשך צריכה להיות נדרשת מטעמי חיסכון ויעילות.

יש 3 רמות של התקשרויות המשך שקבועות בתקנה 3(4):

1. התקשרות המשך שדורשת אישור של וועדת המכרזים.
2. התקשרות המשך שדורשת אישור של וועדת פטור משרדית.
3. התקשרות המשך שדורשת אישור של החשב הכללי.

חשוב לעשות הבדל בין התקשרות המשך לבין התקשרות אופציה וברירה:

### מימוש זכות בחירה תק' תשס"ט-2009 תק' תשע"ב-2012

3ג. (א) התקשרות למימוש זכות ברירה של משרד הכלולה בחוזה טעונה את אישור ועדת המכרזים.

כשרשות יוצאת למכרז היא צריכה להודיע מראש אם תהיה אופציה וכו' אך כרגע חשוב שנבחין בין התקשרות המשך לבין אופציה וזו התקנה שלעיל. לפעמים יש בחוזים אופציה או של זמן או של הרחבה מסוימת אחרת, כלומר, ההרחבה לא חייבת להיות בתחום של זמן. התקנות מנסחות את זה כ"כל זכות ברירה להרחבת ההתקשרות" יכולה להיות הרחבת זמן ואופציה להרחבה אחרת.

#### תקנה 5(3) – פטור מחובת מכרז ושיתוף פעולה בין רשויות:

שיתוף פעולה עם חברה ממשלתית. יש הרבה מצבים שבהם יש פטורים בגלל שהמדינה מתקשרת עם המדינה אבל, יש לשים לב לדבר חשוב מאוד – כאשר אין באופן ספציפי פטור, אי אפשר ללמוד אותו על דרך היקש. **פס"ד חן המקום** – עיריית קריית אונו התקשרה עם איגוד ערים דן שיטפל לה בעבודות אשפה. מבחינת פקודת העיריות, זה אפשרי – רשות מקומית יכולה להתקשר עם רשות מקומית אחרת. הנקודה היא שלא היה פטור ממכרז ובשום מקום, יכול להיות שזה לקונה, לא היה פטור בתקנות של התקשרות של רשות מקומית עם רשות מקומית ובית המשפט אמר שאי אפשר ללמוד על פטור כהיקש מפטורים אחרים. בית המשפט קבע שההתקשרות הזו ללא מכרז תהיה לתקופה מסוימת על מנת שלא תהיה פגיעה ולתושבים לא יהיה פינוי אשפה. **פטור זה דבר שלא ניתן ללמוד מהיקש.**

#### תקנה 11(3) התקשרות בנושאי תרבות, אומנות, בידור והווי:

מדובר בנושאים שיש בהם בעצם המון שיקול דעת סובייקטיבי. אם אני עכשיו רשות ואני רוצה להביא איזה אומן לערב הווי לעובדים, מן הסתם אני יודעת פחות או יותר מי המיקס של העובדים ומה הם אוהבים וכו' – זה לא הגיוני לעשות מכרז לזמרים ולמופעי תרבות – אין השוואה אובייקטיבית בין ההצעות כי לא את כולם רוצים.

#### תקנה 28(3) – "פטור סל":

עד עכשיו דיברנו על דברים מאוד ספציפיים וכעת מגיע פטור סל שמגיע בצורה מאוד מצומצמת – "התקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז, ובלבד שוועדת הפטור ולעניין הענקת זכויות במקרקעין בידי מנהל מקרקעי ישראל – וועדת הפטור של מועצת מקרקעין ישראל, באישור שר האוצר החליטה מטעמים מיוחדים שיירשמו לפטור אותה מחובת מכרז".

צריך נסיבות מיוחדות ונדירות וגם טעמים מיוחדים שירשמו (מה שלא נכנס בסעיפים האחרים).

**תקנה 3(29) – מצב של ספק יחיד:**

התקשרות עם מי שלפי זכויות מכוח דין או בהתאם למצב הדברים בפועל הוא היחיד המסוגל לבצע את נושא ההתקשרות..."

מדובר במצב שיש גורם אחד שיכול לספק את ההתקשרות – למשל במצב של מונופול או במצב של מוצר שמוגן בפטנט או זכויות יוצרים או מומחה שיש לו מומחיות מיוחדת. זו הייתה תקנה שהשתמשו בה בצורה יותר מדי גדולה. מה עשו רשויות? אם הם היו רוצים להלביש את זה על ספק מסוים, היו מבקשים ממומחה שיכתוב בחוות דעתו לפי רצונם. היו מלבישים את חוות דעת המומחה על מי שהם רוצים. הייתה ביקורת מאוד קשה בפסיקה.

**פס"ד פארק שעשועים וספורט -** עיריית בני ברק רצתה להקים גן שעשועים והחליטה שיהיה ספק יחיד להקמת גן שעשועים. השופט מלצר באותו עניין אמר שאם יש ספק שהוא יחיד, אין פטור, צריך ללכת למכרז.

כתוצאה מהביקורת הזו, התקנות משנת 2009 יצרו מנגנון בתקנה 3א(א). הרשות המנהלית בעצם צריכה לפרסם באתר האינטרנט הודעה על הכוונה שלה להתקשר עם מישהו שהיא חושבת שהוא ספק יחיד ואז בעצם כל מי שחושב שגם הוא יכול לבצע את ההתקשרות, יכול לפנות לרשות ולהגיד שהוא גם מסוגל. כלומר, זה הפך להיות משהו שקוף – מודיעים שהולכים לעשות את זה ואנשים שחושבים שהם גם מסוגלים יכולים לפנות לרשות.

**תקנה 3(30) - התקשרות לביצוע מיזם:**

פוטר את הרשות המנהלית מחובת עריכת מיזם ללא כוונת רווח ...

יש גורם שרוצה לתרום לאיזושהי מטרה נעלה – מותר להתקשר עם אותו גורם בלי מכרז בתנאי שהוא נותן לא פחות ממחצית כל העלות. אם בעקבות אותו מיזם יש התקשרויות נוספות, הן כבר לא פטורות ממכרז. רק ההתקשרות עם אותו גורם שנותן את הכסף היא פטורה. אבל התקשרויות עם גורמים נוספים הן כבר במכרז.

**תקנה 3(31) – התקשרות עם ספק חוץ:**

"התקשרות בעסקה עם תושב מדינת חוץ או התקשרות בעסקה שביצועה נעשה במדינת חוץ (בתקנות אלה – ספק חוץ) והכל אם היא אחת מאלה..."

**פטורים נוספים הקבועים בתקנה 5 לתקנות חובת המכרזים:**

תקנה 5 עוסקת בהתקשרות עם בעל מקצוע מומחה ואחר כך יש פטורים, תקנה 5א(א) לתקנות חובת המכרזים.

תקנה 5א' - התקשרות עם מתכננים תק' תשס"ט-2009 נוצרה בעקבות אסון אולמי וורסאי.



5 בדצמבר 2017

שיעור חמישי

## שיעור שעבר:

למדנו על הפטורים בתקנות חובת המכרזים והגענו לפטורים בתקנה 25.

הפטורים הקבועים בתקנה 25 לתקנות חובת המכרזים –

לגבי מנהל מקרקעי ישראל, יש לנו מצבים נוספים שיש בהם פטורים – לדוגמה תקנה 25 (26) פוטרת את מנהל מקרקעי ישראל מחובת עריכת מכרז לגבי רכישת מקרקעין על ידי מנהל מקרקעי ישראל.

דוגמה של פטור מנהל מקרקעי ישראל – סג"צ 6906/13 פס"ד תוהא נ' רשות מקרקעי ישראל – דובר על פטור שמצוי בתקנה 25(א24) – מדבר על פטור במצב שבו רוצים לתת מקרקעין לצורך בנייה של מגורים ביישובי בני מיעוטים אבל לבני מיעוטים ששירתו בכוחות הביטחון לפחות שנתיים. כמו שאמרנו, זה שיש פטור זה לא אומר שחייבים להשתמש בו או שצריך להשתמש בו, צריך להשתמש בו בסבירות. במקרה הזה הייתה עתירה כנגד הקצאה שניתנה בכפר רמא והייתה מיועדת לחיילים משוחררים בני הכפר והאחרים טענו לאפליה, מה פתאום נותנים להם מקרקעין ללא מכרז? בית המשפט אמר – השימוש בפטור היה תקין, זאת אומרת, קודם כל יש שונות רלוונטית שעניינה תרומה למדינה, צריך להשתמש בסבירות. גם אם רוצים לתת הטבה לבני מיעוטים ששירתו בכוחות הביטחון, זה צריך לעמוד בדרישת הסבירות. בית המשפט בחן את תוכנית הדיור וראה שהיא באמת סבירה. כלומר, היקף ההקצאה לא היה ביחס בלתי הולם, זאת אומרת, באמת נתנו הקצאה ליחס הולם לאלה ששירתו בצבא וזה לא היה חסם בפני אחרים לרכוש דירות, זו לא הייתה הקצאה שלא מידתית אלא סבירה בנסיבות.

זה מראה לנו שני דברים חשובים שאפשר ללמוד מפסק הדין הזה - דבר ראשון, דיברנו על פטורים שהם כל כך ספציפיים – פטור שמתעסק בהקצאה של מקרקעין ממנהל מקרקעי ישראל לבני מיעוטים ששירתו בביטחון ישראל לפחות שנתיים. דבר שני, גם שימוש בפטור צריך לעשות בסבירות (תקנה ב' שאומרת שגם כשיש פטור צריך להעדיף תמיד את המכרז הפומבי וזה לא אומר שחייב להשתמש בפטור).

חובת מכרז העיריות –

סעיף 197 לפקודת העיריות מטיל חובת מכרז על עיריות.

פטורים הקבועים בתקנות העיריות (מכרזים) – תקנת 3 קובעת רשימת פטורים. דוגמאות: תקנה 3(1), תקנה 3(2), תקנה 3(3), תקנה 3(4) – נמצא במצגת.

**פס"ד אריאל נ' עיריית חיפה** – הפטור הזה צריך להשתמש בו בצמצום, כלומר ספק יחיד זה באמת מישהו שהוא ספק יחיד ולא מישהו שיש לנו העדפות מסוימות כלפיו. הסיפור היה עם חלקי רמזורים – העירייה אמרה שחלקי רמזורים היא יכולה לקחת רק מהיצרן של הרמזורים אבל יכול להיות שאם כותבים מפרט של תנאים שאנחנו רוצים של החלקים, זה פוטר את הבעיה.

**חובת מכרז על מועצות מקומיות –**

הסדר דומה החל על התקשוריותיהן של עיריות, חל גם על התקשוריותיהן של המועצות המקומיות. הדינים הם זהים, אבל אם אנחנו בפרקטיקה ומייצגים רשות מקומית שהיא לא עירייה, צריך לפנות לדין שמתאים, לדין הספציפי. מבחינת השיעור שלנו, נתייחס לתקנות הרשויות באופן כללי כי הדינים הם זהים – הכל במצגת.

**התקשוריות מערכת הביטחון-**

עשינו טבלה בשיעור הראשון וראינו שיש מערכת דינים שמתייחסת לרשויות הביטחון. חוק חובת המכרזים הוא החוק שקובע את החובה, אבל לרשויות הביטחון יש תקנות נפרדות שנקראות תקנות חובת המכרזים (התקשוריות מערכת הביטחון). לתקנות האלה אחראי שר הביטחון להבדיל מהתקנות הרגילות שחל עליהם שר האוצר מכיוון שלתקנות הביטחון יש ייחודיות משלהם.

גם בתקנה 3 לתקנות של מערכת הביטחון יש הרבה הוראות פטור. חלק מהוראות הפטור, הן חופפות או מזכירות לנו הוראות פטור שאנחנו רגילים מהדינים הרגילים כמו סכום נמוך, ספק יחיד, התקשוריות המשך או התקשורות דחופה וכו'. אבל יש גם הוראות פטור שהן ייחודיות למערכת הביטחון. דוגמא: עסקה עם בעל רעיון חדשני וייחודי בתחום הביטחון. מי שבפרקטיקה ומתעסק עם מכרז של מערכת הביטחון, צריך ללכת לתקנות של מערכת הביטחון.

עד לפה הייתה השלמה של מה שהתחלנו בשיעור שעבר, כל הנושא של החובה לערוך מכרז והנושא של הפטורים.

**תנאי מכרז**

אנו יוצאים לדרך של איך יוצאים למכרז, כלומר, איך מפרסמים את המכרז ומה צריך לעשות.

**המכרז הפומבי – תקנות חובת המכרזים**

תקנה 15 לתקנות חובת המכרזים – פרסום מכרז פומבי

**פרסום מכרז פומבי תק' תשס"ט-2009**

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.

**תק' תשס"ט-2009**

(ב) (בוטלה).

**תק' תשנ"ו-1995 תק' תשס"ט-2009**

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

**תק' תשנ"ג-1993**

(1) מהות ההתקשרות המוצעת ותיאור נושאה, לרבות כל זכות ברירה להרחבת ההתקשרות;

**תק' תשנ"ג-1993**

## © מיטל הרוש

(2) תקופת ההתקשרות המוצעת, לרבות כל זכות ברירה להארכתה;

**תק' תשס"ט-2009**

(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 ההצעות והמקום להגשתן;

**תק' תשס"ט-2009**

(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.

קודם כל, צריך לראות איזה התקשרות זו ואם יש אופציות להרחבה של ההתקשרות, צריך כבר בהודעה לכתוב את זה. דיברנו בשיעור שעבר על הנושא של זכות ברירה (מכרזים שיש להרחיב אותם אחר כך), אז יש הרחבה שיכולה להיות כמותית, הרחבה מבחינת זמן.

תקנה 15 הם בעצם תנאי המכרז ואנו מיד נסביר מהם תנאים מוקדמים להשתתפות במכרז, תנאים אלה צריכים להיות מפורסמים כבר בהודעה.

אם וועדת המכרזים מחליטה לעשות מכרז של משא ומתן, זה משהו שצריך להיות ידוע מראש כבר בהודעה בעיתונות.

תקנה 15(ד) – מכרזים בעצם פונים לכל אדם ולכן, יש אפשרות גם לשלוח את זה לחו"ל – לפחות ל2 כי לאחד זה מעורר חשש.

תקנה 15(ה) – יש מתיקון 2009 ואילך אפשרות לאנשים לבקש להיות מנויים ברשימת התפוצה של משרדים מסוימים בגלל הקושי של לחפש מכרזים כל הזמן בעיתונים. למשל אם אנו נותנים שירותים מסוימים ואנו מעוניינים במכרזים, אנחנו נבקש להיות ברשימת הדיוור וכל רשימת המנויים יקבלו את ההודעות על המכרזים ויש גם הוראות איך אפשר להצטרף לתוך רשימת המנויים האלה.

✓ זה לגבי פרסום מכרז פומבי.

מה צריכים להיות במסמכי המכרז?

סעיף 17 לתקנות חובת המכרזים –

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;

**תק' תשס"א-2001**

(2) נוסח להצעת המשתתף במכרז, למעט אם החליטה ועדת המכרזים כי בנסיבות הענין אין מקום לכלול נוסח כאמור, מנימוקים שיירשמו;

### תק' תשס"ט-2009

(3) נוסח החוזה לרבות לוח זמנים ותנאי תשלום, וכן התכניות והמפרטים הנוגעים לביצוע החוזה;

(4) אם נדרשת ערבות - סוג הערבות, תנאיה, גובהה ומשכה;

### תק' (מס' 2) תשנ"ה-1995 תק' תשס"ט-2009

(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;

### תק' תשס"ט-2009

(7) אם יש כוונה לערוך אמדן שווי ההתקשרות – קיומו של אמדן והנפקויות להליך המכרז של האמדן האמור.

17(2) במסמכי המכרז יש נוסח אחיד שאנשים שממלאים את ההצעה צריכים למלא על מנת שמציעים יגישו בנוסח אחיד.

17(3) החוזה עצמו כבר נמצא בתנאי המכרז, אם נכנס למכרז שלפחות נדע על איזה חוזה אנחנו הולכים לחתום – עקרון השוויון, שכולם ידעו. בתוך מסמכי המכרז, יש לנו את נוסח החוזה של מי שיהיה עתיד לחתום עליו.

17(5) אנחנו נכנסים להבחנה שבין תנאי מכרז לבין אמות מידה – תנאי מכרז זה בעצם תנאים שאם ההצעה לא עומדת בהם, היא בכלל לא יכולה להישקל, היא נפסלת על הסף ואמות מידה זה אמות המידה שההצעות הכשרות, ההצעות שעמדו בתנאי הסף, על פי אמות המידה האלה תבחר מתוכן ההצעה הזוכה. גם תנאי המכרז וגם אמות המידה צריכים להיות במסמכי המכרז.

17(6) רשימת הדברים היא לא סגורה, במסמכי המכרז יכול להיות כל דבר שדרוש לדעת וועדת המכרזים.

17(7) אומדן זה עניין שהוא לא חובה בתקנות חובה המכרזים, אלא בעיריות. אומדן זה הערכה של עלות הפרויקט - זה חשוב משתי סיבות – האומדן בעצם מאפשר להעריך את ההצעות, כלומר, האם ההצעות הן סבירות. הסיבה השנייה שאומדן הוא חשוב, שהוא מסגרת תקציבית, רשות יוצאת למכרז וכשיש לה אומדן היא יודעת שזה המסגרת של התקציב שלה ואם זה מחיר שונה יכול להיות שאין לה תקציב לזה.

אומדן ברשויות המקומיות הוא חובה, ברשויות הכלליות הוא לא חובה אבל אם הוא כמובן קיים, אז לא מגלים אותו. אומדן הוא דבר סודי, הוא נמצא בתיבת המכרזים. אם יש חובה של אומדן של שווי התקשרות, קיומו חייב להיות ידוע בתוך מסמכי המכרז והנפקויות שלו – איך הרשות מתכוונת להתייחס אליו.

אומדן

סעיף 2א'(1א) לחוק חובת המכרזים –

**תנאים להשתתפות במכרז (תיקון מס' 19) תשס"ה-2008**

2א. (א) עורך מכרז לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע במכרז, אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז.

**תיקון מס' 25) תשע"ו-2016**

(1א) במכרז ששווי ההתקשרות הצפוי בו נמוך מחמישים מיליון שקלים חדשים, לא יתנה עורך המכרז את קבלת מסמכי המכרז או את ההשתתפות בו בתשלום בעד מסמכי המכרז או בעד עלות הפקת המכרז אלא במקרים ובסכומים שיקבע שר האוצר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת.

מכרזים שהם מתחת ל-50 מיליון, אי אפשר לקחת תשלום עבור מסמכי המכרז.

**איך הרשות עושה מכרז קבוע?**

מכרז סגור זה מכרז שבו לא פונים לכל העולם אלא לרשימה מסוימת של מציעים. תקנה 16א' מסבירה איך עושים את זה. אם ברשימה יש עד 10 מציעים צריך לפנות לכולם, אבל אם יש פחות מ-10 מציעים אז עושים את זה בסבבים של חמישה מציעים לפחות.

תקנות קובעות גם הוראות – איך אפשר להיכנס לתוך רשימת מציעים וכו'.

**מכרז פומבי -**

סעיף 9 מדבר על המכרז הפומבי ואומר מה העירייה צריכה לכלול בהודעה שהיא מפרסמת אם היא יוצאת למכרז פומבי.

**סיכום –**הבחנה ראשונה שעשינו – ההבדל בין תנאים לאמות מידה.

➤ תנאים – כאמור, תנאים שאם הם לא מתקיימים בהצעה, ההצעה היא לא קשרה, ההצעה צריכה להיפסל על הסף ולא יכולה להישקל. התקנות מבחינות בין תנאים לבין תנאים מוקדמים – מוקדמים זה מבחינת המועד שהם צריכים להתקיים, אם הם מוקדמים הם צריכים להתקיים ממש עם הגשת ההצעה. רישום על פי מרשם הקבלים, זה שאתה רשום אומר שאתה צריך להיות קיים כשאתה מגיש את ההצעה, אבל אם יש היתר שאתה צריך להוציא אחר כך וכו', זה תנאי שיכול להיות שיחול במועד מאוחר יותר.

אמות מידה – ברגע שיש לי את מציעת המציעים הסופית שעמדה בתנאים, איך בעצם מתוכם אני בוחרת את ההצעה הזוכה. כלומר, על פי אילו אמות מידה, נבחרת הזוכה.

הבחנה שנייה שאנו עושים – בין תנאי חובה לבין תנאי רשות – מבחינת הרשות המנהלית – האם היא חייבת לקבוע את התנאים האלה או האם היא רשאית. יש תנאים שחובה עליה לקבוע ויש תנאים שהיא יכולה כרצונה ← מצוי בתקנה 6 לתקנות חובת המכרזים.

תנאי חובה -

6א' זה בעצם תנאי חובה – לא תלוי ברצון של משרד החינוך או חברת החשמל או מי שעושה את המכרז, אלא זה משהו שהוא חובה.

**השיעור הוקרא מהר מהמצגת שהמרצה העלתה לאתר, לכן יש ללמוד מהמצגות ולא רק מהמחברת!!!**

19 בדצמבר 2017

שיעור שישי

אם אנחנו מדברים על פינני אשפה אז קנה מידה של מכרז זה יכול להיות נקודות של איסוף, מספר מכוניות, קנה מידה של מכרז זה אפשר להכניס בו הרבה מאוד שיקול דעת.

לאחרונה היה פסק דין של השופט ג'ובראן פס"ד גיא יוזמה נ' רשות מקרקעי ישראל – יש בו איזשהו חידוש לגבי תנאי חיצוני. כשהשופט ג'ובראן אומר שכל שמדובר בתנאי חיצוני, דהיינו, תנאי שדורש בחינת נתונים אובייקטיביים, וועדת המכרזים לא יכולה להסתמך על שיקול דעת היועץ החיצוני לעניין התקיימות התנאי וחייבת להפעיל שיקול דעת עצמאי.

בעצם, וועדות מכרזים משתמשות בהרבה מאוד יועצים חיצוניים כי הרבה פעמים מדובר בעניינים שהם מאוד מקצועיים ולוועדות המכרזים לא תמיד יש את היכולת להעריך לבד את התקיימות התנאים. ג'ובראן אומר שכל שמדובר במשהו חיצוני שהוא לא שיקול דעת, וועדת המכרזים לא יכולה להפיל את זה על היועץ החיצוני, אם זה משהו חיצוני אובייקטיבי שלא דורש הפעלת שיקול דעת מקצועי.

בנוסף, השופט ג'ובראן עשה הבחנה יפה לגבי מרכיבים של תנאי – נניח אם יש תנאי שהוא ניסיון, הוא אמר **שלכל תנאי יש מרכיב מהותי, פרסונלי וראייתי.**

מרכיב מהותי – מה התוכן של התנאי – למשל אם אנחנו מדברים על ניסיון, איזה ניסיון נדרש – מה התוכן של התנאי?

מרכיב פרסונלי – במי הדרישות צריכות להתקיים? נניח חברה מגישה את זה, של מי הניסיון, אצל מי הניסיון מבחינה פרסונלית צריך להתקיים?

מרכיב ראייתי – מה הראיות לצורך הוכחה? איך אנחנו מוכיחים את זה?

בעיקר פסק הדין דן בנושא של מרכיב פרסונלי – בית המשפט אמר שאם לא נאמר אחרת, הדרישות של תנאים צריכות להתקיים במי שמגיש את המכרז, כלומר, נניח חברה מגישה את המכרז ודורשים ממנה ניסיון היא לא יכולה להגיד שלחברת בת שלה יש ניסיון – הניסיון צריך להתקיים אצל מי שמגיש את המכרז.

♥ חשוב! יש נטל על עורכי המכרזים לכתוב אותם בצורה נכונה וכמובן מי שמגיש מכרזים צריך לדעת שזה צריך להתקיים במי שמגיש את זה.

## ©מיטל הרוש

כשאנחנו נגיע לנושא של פגמים במכרזים – אחד הדברים שקיים בפסיקה נקרא נשף מסכות – Masc bidding. נשף מסכות זה מצב שבו נניח אני רוצה להגיש הצעה למכרז אבל התנאים לא מתקיימים אצלי, אני עומדת מאחורי המכרז הזה אבל מי שמתקיימים אצלו התנאים הוא זה שמגיש את זה (המסכה שלי, אני מאחורה), זה נחשב תכססנות פסולה. נשף מסכות יכול להיות בכל מיני תנאים – נניח יש מכרז למכירת דירות – אומרים שצריך להיות זוג צעיר וכל אחד מותר לו לקנות דירה אחת, יש איזשהו מיליונר שרוצה לרכוש את כל הבניין, הוא שולח מספר זוגות צעירים והם בעצם המסכות שלו, מישהו אחר עומד מאחורי זה ← דברים אלה אסורים בדיני מכרזים.

אם תנאי פנימי יש בו הרבה הפעלה של שיקול דעת, מה בכל זאת ההבדל בינו לבין אמת מידה? התשובה היא – וועדת המכרזים היא רשות מנהלית, חלים עליה הכללים של המשפט המנהלי – אם זה תנאי ורשות סבירה לא יכולה הייתה להגיע למסקנה שהתנאי הזה מתקיים אז צריך לפסול את ההצעה.

- ✓ במשפט מנהלי יש מה שנקרא שיקול דעת וגם כששרשות יש שיקול דעת – זה לא אומר שהיא יכולה להפעיל אותו איך שהיא רוצה, יש איזשהו מתחם סבירות ואם רשות סבירה במקרה הזה לא יכולה להגיע למסקנה שתנאי התקיים, היא מחוץ למתחם הסבירות, אז היא לא יכולה לקבל את ההצעה.
- ✓ אנו קודם צריכים לסווג אם זה תנאי או אמת מידה לפי הנוסח של המכרז. מכרזים טובים הם פשוט מאוד ברורים וכתוב מהם התנאים ומהם אמות המידה.

מגיע מכרז ← איך מפרשים את התנאים? איך בוחנים אם ההצעה עומדת בתנאים או לא עומדת בתנאים?

הגישה הישנה הייתה פרשנת דווקנית – בצורה מאוד דווקנית בוחנים. ההצעה צריכה לעמוד בדיוק בתנאי. הנימוק הוא עקרון השוויון, כלומר תעמדו בדיוק בתנאי.

**פס"ד מספנות ישראל** – נעשתה הבחנה בין מכרזים נוקשים ומרובעים שאז ההתייחסות אל תנאי הסף תהיה קשיחה לבין מכרזים מורכבים המחייבים גמישות מבחינת הפגמים. בכל מקרה, על כל המכרזים חל עקרון השוויון. בעצם, מה ההבחנה? ההבחנה אומרת שיש באמת את המכרזים הפשוטים של פעם שהיו מקום המדינה, איתם אפשר להמשיך באותה גישה קשוחה, דווקנית שצריכים לעמוד בדיוק בתנאי. אבל, מאז קום המדינה העולם מאוד התפתח והטכנולוגיה התפתחה ויש היום מכרזים שהם מאוד מורכבים. קודם כל, ההיקף הכספי שלהם עצום, הם מורכבים מבחינה טכנולוגית וכוללים דרישות מתחומים שונים וכו'. לגבי המכרזים היותר מורכבים, בית המשפט אומר שצריך לנקוט בגישה שהיא יותר תכליתית, כלומר, במקום הדווקנות, לבחון בעצם האם ההצעה עומדת בתנאי המכרז?

♥ כמובן! לא לפגוע בעקרון השוויון. כלומר, הגישה התכליתית הזאת טובה כל עוד היא לא פוגעת בעקרון השוויון!

**פס"ד שידורי עדן נ' אפיק רום - פסה"ד המחוזי:**

הסיפור היה עם מכרזים של זכיונות טלוויזיה – מכרזים מאוד מורכבים מכוח חוק הרשות השנייה של בעצם מתן זיכיון לערוצים מסוימים. הרשות השנייה באמת פרסמה מכרז והזוכה הייתה שידורי עדן. אפיק רום באה ואומרת לבית המשפט המחוזי שעדן לא עמדה בתנאי מסוים ולכן, היה צריך לפסול את ההצעה שלה. מהו

## © מיטל הרוש

התנאי? התנאי היה רזרבה לכיסוי אירועים חדשתיים מיוחדים. כלומר, היה צריך להראות רזרבה של מיליון ₪ בתקציב שהיא לכיסוי אירועים חדשתיים מיוחדים (כמו אסון טבע/מלחמה וכו'). שופט בית המשפט המחוזי קודם כל פירש את המכרז – האם זה תנאי או אמת מידה? הוא אמר, לפי לשון המכרז, הרקע להוצאות, תכליתו וכו', הדרישה הזאת היא תנאי סף. לכן הוא אומר שעדן לא עמדה בה ולכן, ההצעה שלה זוכה ולא עדן זוכה אלא אפיק רום זוכה ← זאת הגישה של בית המשפט המחוזי שדוגלת בגישה הישנה.

עדן מגישה ערעור לבית המשפט העליון (נמצא באתר) – **ביהמ"ש העליון** – השופטת דורנר בעצם מיישמת את אותה הבחנה שבין מכרזים פשוטים לבין מכרזים מורכבים – השי' אומרת שביחס לניהולם של מכרזים מורכבים, הכלל הוא שכל עוד נשמרה ההקפדה המהותית על עקרון השוויון, ניתן לסטות מכללי המכרז ולאפשר את תיקונם של פגמים קלים שנפלו בהצעות. הכלל השני שהיא אומרת – גם מסמכים שמוגשים במסגרת הצעות המכרז, יש לפרש אותם כמכלול על יסוד קנה המידה של אנשים סבירים והגונים במעמדם של הצדדים למכרז הקונקרטי.

**סיכום:**

בעצם מה היה באותו סיפור? עדן הראתה שהיה לה אפילו רזרבה גדולה יותר ממיליון ₪ אבל היא לא הייתה כתובה בדיוק באותו מסמך שזה היה אמור להיות כתוב. אם היו קוראים את המסמכים כמכלול, היו רואים שלעדן יש את הכסף הזה, בית המשפט אומר שצריך בעצם לאפשר לה לתקן את זה. למה? זה באמת מכרז מורכב, אין פה פגיעה בעקרון השוויון כי הכסף כבר קיים בתוך ההצעה, ולכן, בית המשפט אומר שעקרון השוויון לא נפגע וצריך לאפשר לה את התיקון הזה כי זה מכרז מאוד מאוד מורכב, מכרז עצום, מכרז של מיליארדים. זה להפיל מכרז של מיליארדים על מיליון ₪ שקיים במקום אחר.

השופטת דורנר אומרת – מכרז מורכב, הפרשנות שלנו היא תכליתית בעצם – האם ההצעה עומדת בתנאי ולא דווקנית וחוף מזה, את כל המכרז צריך לקרוא כמכלול, על יסוד קנה מידה של אנשים סבירים.

בפסק הדין הזה הפרשנות התכליתית הובילה לקבלת ההצעה.

ישנו פסק דין שפרשנות תכליתית הביאה לפסילה של הצעה – **פס"ד חדשות ישראל נ' שר התקשורת**: היה מכרז לערוץ חדשות וניגשו בו שתי הצעות, היה בו תנאי שנקרא תנאי הישראליות. תנאי הישראליות היה שהשליטה ומי שמציע לא יוחזק על ידי מי שאינו אזרח או תושב ישראלי. המחלוקת הייתה – האם הזוכה, חדשות 24 שזכתה, עמדה בתנאי הישראליות? חדשות ישראל שעותרת, אומרת שחדשות 24, הזוכה, לא עמדה בתנאי הישראליות. בעצם, פסק הדין הוא מאוד יצירתי ואפשר ללמוד אותו בדיני חברות ולא במכרזים מכיוון שהשופטת שואלת את עצמה את השאלה – **איזה שיטת חישוב שליטה צריך לבחור?** תכלית התנאי זה בעצם להעניק רישיון למפיק חדשות עצמאי, לכן היא בוחרת בשיטה שנקראת שיטת המכפלות, שיטה שלוקחת בחשבון לא רק אחוזי שליטה אלא גם זכויות הצבעה ומינוי דירקטורים, כשהיא מפעילה את השיטה הזו שהיא בחרה אותה לפי פרשנות תכליתית היא מגיעה למסקנה שחדשות 24 עמדה על 53 אחוזי ישראליות והמכרז דרש 66%. כאן השופטת הייתה צריכה ממש לאור תכלית התנאי לבחור מהי השיטה הנכונה לחשב אחוזי הצבעה.



פסק דין נוסף שעסק בכל מיני כללים לפרשן מכרזים או תנאים במכרזים – **פסק דין אלישור מערכות אלקטרוניות** – פסק הדין עושה היקש מכללים מסוימים שקיימים בדיני חוזים, 2 כללים. נאמר שכאשר קיימות מספר פרשנויות אובייקטיביות אז פרשנות שמקיימת את הצעות המכרז עדיפה על פרשנות שפוסלת אותן. כלומר, ההגינות כלפי משתתפי מכרז היא כזו שאם תנאי היה ניתן לפירוש בצורה שונה וכל המשתתפים, נניח באמת פרשו את זה בצורה מסוימת, אז פרשנות שמקיימת את ההצעות שלהם עדיפה על פרשנות שפוסלת את ההצעות שלהם. ההיקש האחר שנעשה מדיני חוזים זה כלל הפרשנות נגד המנסח – כלל שקיים בדיני חוזים שאם יש צד שניסח את החוזה ויש שאלה פרשנית – הפרשנות תהיה נגדו וזה באמת רלוונטי לחוזים אחידים כי בחוזים אחידים יש צד אחד שמנסח את החוזה כמו חברת ביטוח או בנק והאדם פשוט חותם. באותו פסק דין נעשה גם היקש מהכלל הזה ונאמר שבמכרזים, מי שלא נטל חלק זה המשתתף, עמדת בעל המכרז לגבי הפרשנות היא נדבח – בהחלט משהו שמביאים בחשבון אבל אם כל המציעים מבינים משהו אחר, אנחנו נעשה פרשנות נגד המנסח. כמובן שניקח בחשבון את עמדתו של המנסח אבל זוהי לו עמדה מכריעה.

השאלה האחרונה שעולה בנוגע לתנאי מכרז היא האם רשאית וועדת המכרזים לשנות את החלטתה בדבר תנאי הסף? כלומר, השתנו תנאי סף, האם ניתן לשנות את ההחלטה? גם כאן יש עניין שקשור למשפט מנהלי – תנאי סף הן למעשה במעמד של הנחיות מנהליות. הנחיות מנהליות הן כעקרון נורמה גמישה, נורמה שהרשות יכולה לשנות. הנקודה היא שהרשות יכולה להתחשב בכל השיקולים, הסתמכות על ההנחיות שלה, בפגיעה בצדדים שלישיים וכו'. לכן, מאחר שתנאי הסף הן במעמד של הנחיות מנהליות, אפשר בעקרון לשנות תנאי סף אבל זה כמובן תלוי במועד שנעשה, בשלב שזה נעשה, האם יש פגיעה בעקרון השוויון וכו'. דוגמא לכך היא פס"ד משה"ב נ' מנהל מקרקעי ישראל – מנהל מקרקעי ישראל פרסם איזשהו מכרז להחכרה של מתחמים לבנייה והייתה קיימת איזושהי החלטה של מועצת מקרקעי ישראל לגבי החישוב של המחיר ואז החליפו את ההחלטה הזאת, החליפו את התנאי וקבעו שהצעה שעולם על 50 אחוז מהאומדן של השמאי הממשלתי תתקבל אם היא ההצעה הגבוהה ביותר. ואז בעצם מה שקרה, הצעה שנפסלה לפני כן עכשיו עברה. בהתחלה הייתה החלטה מסוימת של מנהל מקרקעי ישראל – איך אנחנו מחשבים מי זוכה ואז הם אמרו שהצעה שעולה על 50 אחוז של שמאי ממשלתי תתקבל אם היא הכי גבוהה. בית המשפט אמר שאין לנו עקרון סופיות לגבי החלטות מנהליות – תמיד אפשר לשנות אותם, אבל צריך משקל כדי לשנות אותם. מצד אחד צריך אינטרס חשוב ומהצד השני צריך לקחת בחשבון את אינטרס ההסתמכות, את אינטרס הציפייה וכו'.

**דוגמא:** אם אני נותנת למישהו רישיון עסק ועוד שבוע אני רוצה לבטל את רישיון העסק, זה לא כמו ההחלטה הראשונה, לתת מראש זה יותר קל. אין שום דבר סופי במשפט מנהלי בגלל שאינטרס הציבור הוא הכי חשוב.

בית המשפט אומר שצריך סמכות מנהלית מיוחדת בסמכות השינוי. ככל שהשלב במכרז מתקדם יותר, כך יש לעשות ריסון רב יותר בשימוש בסמכות השינוי. באותו עניין, בית המשפט אמר שהשינוי של ההחלטה תאם גם את היסוד הכלכלי של המכרז, כלומר, היה טוב מבחינה כלכלית לרשות וגם תאם את הפן הציבורי משום שהוא לא פגע בשוויון. אחר כך אמרו שאם הצעה עולה על 50% יקבלו אותה וזה חל על כולם באופן שווה ולכן, בית המשפט הכשיר את זה משום שהעקרון הזה חל באופן שווה. בסופו של דבר, בדיני מכרזים, העקרון שתמיד לפיו יישק דבר, זה עקרון השוויון. לכן, בעצם, אם היה בשינוי הזה לפגוע כהוא זה בשוויון, אז לא היה אפשרי לבצע את השינוי.

הנושא של בחירת ההצעה הזוכה:

מי שהקים את דיני המכרזים בארץ היא הפסיקה ולא החוקים והתקנות. אם הרשות רוצה לרכוש מוצר אז זו ההצעה הזולה ביותר ואם הרשות רוצה לכור זו ההצעה הזולה ביותר. אם ההצעה כבר עמדה בכל תנאי הסף והיא גם כלכלית היא הכי טובה אז יש חזקה שאנו עומדים בתנאים. זה בעצם הקריטריון הכי אובייקטיבי שיש אם אנו מדברים על שוויון בדיני מכרזים אין לנו קריטריון יותר אובייקטיבי מן הקריטריון הזה. את נקודת המוצא הזו בעצם אימצה החקיקה. תקנות הרשויות המקומיות – תקנות עריות ומכרזים: תקנה 22ב – התקנות יוצרות לנו נקודת מוצא שהמי שזכאי לזכות היא ההצעה הזולה ביותר. ניתן לסטות מן נקודת המוצא הזו. המקום היחידי שחייבים לקבל את ההצעה הזולה הוא מכרז זוטא ברשויות המומיות. הרשות נדרשת לתת זכות טיעון היות והחזקה היא שמי שהיה צריך לזכות הוא בעל ההצעה הזולה ביותר.

המקום היחידי שחייבים לקבל את ההצעה הזולה ביותר – מכרז זוטא ברשויות מקומיות אבל הרשות יכולה לסטות מההצעה הזולה ביותר על בסיס של שיקולים אחרים אבל היא צריכה לתת זכות טיעון. אם מחליטים משיקולים אחרים שלא לתת לו את הזכייה, צריך לתת לו זכות טיעון.

תקנות חובת המכרזים היום בעצם יוצרות לנו שני סוגים של מכרזים: מכרזים פשוטים שבהם באמת נקודת המוצא היא המחיר ואז למי יש זכות טיעון אם לא נותנים לו את הזכייה? לזול או היקר לפי העניין, אם הוא לא מקבל את הזכייה. אבל יש גם מכרזי אמות מידה עם משקלות – נניח 20% מחיר, המחיר לא חייב להיות העיקר. נקודת המוצא היא שמי שחייב לזכות זה מי שקיבל את הניקוד הכי גבוה – מירב היתרונות לעורך המכרז. למי יש זכות טיעון אם לא מקבלים את ההצעה שלו? מי שקיבל את הניקוד הכי גבוה ובכל זאת לא מקבלים את ההצעה שלו. אפשר לראות זאת בתקנות חובת המכרזים – סעיף 21 ב'. זה הסוג הראשון, הסוג הפשוט יותר של מכרזי מחיר. ואז מגיע החלק השני לגבי הסוג השני של מכרזים.

יש לנו בעצם שני סוגים של מכרזים – סוג אחד שבו החזקה היא לטובת המחיר והסוג השני של המכרזים, החזקה היא לטובת מי שקיבל את הניקוד הכי גבוה.

למעשה, בצורה לא פורמאלית יש לנו שני שלבים:

שלב 1 – נגטיבי – פסילת הצעות שלא עמדו בתנאים. בשלב הנגטיבי – לגבי רשויות מקומיות ניתן לראות את תקנה 20 לתקנות העיריות (מכרזים) אשר עוסקת בזה. אותו דבר יש לנו בתקנות חובת המכרזים – תקנה 20 שאומרת שאפשר לפסול הצעות שמבוססות על הנחות מוטעות.

שלב 2 – פוזיטיבי – בחירת ההצעה הזוכה מבין ההצעות שעמדו בתנאים. תקנה 22 - היא השלב הפוזיטיבי של בחירת ההצעה. תקנה 21 בתקנות חובת המכרזים – השלב הפוזיטיבי של בחירת ההצעה שעמדה כבר בתנאים.

➤ אנו נחזור על זה בתחילת שיעור הבא – לקרוא תקנות אלו לקראת שיעור הבא כי הן אולי תקנות הכי חשובות בתקנות חובת המכרזים של איך בשלב הנגטיבי אנחנו פוסלים הצעות שלא עומדות בתנאי הסף ואחר כך איך אנחנו בוחרים את ההצעה שעמדה בתנאי הסף.

2 בינואר 2018

שיעור שביעי**בחירת ההצעה הזוכה**

בחירת ההצעה הזוכה נעשית בעצם בשני שלבים שלמדנו עליהם בשיעור קודם – שלב נגטיבי ושלב פוזיטיבי. השלב הנגטיבי – פסילת הצעות שלא עמדו בתנאים. השלב הפוזיטיבי – בחירת ההצעה הזוכה מרשימת המציעים הסופית.

**רשויות כלליות:**

- סעיף 20 - מבחינת תקנות חובת המכרזים, השלב הנגטיבי נמצא בתקנה 20 שאומרת שבדיקת ההצעות תעשה על ידי ועדת המכרזים בתוך זמן סביר וכו'.  
 - סעיף 21(ב) – יוצר לנו היום בעקבות התיקון משנת 2009, בתקנות הכלליות לחובת המכרזים יש שני חובת מכרזים שבהם נקודת המוצא היא כמו שהייתה בעבר עם המכרזים הפשוטים, נקודת המוצא של המחיר. המחיר הזול, אם הרשות קונה את הזולה ביותר ומוכרת את היקרה ביותר, נקודת המוצא היא שהיא זכאית לזכות. נקודת המוצא של המכרזים הפשוטים האלה זה שההצעה הזולה או היקרה יותר זכאית לזכות ואם היא לא זוכה מגיע לה זכות טיעון כי יש לה חזקה. יש גם מכרזים שמי שזכה לזכות זה מי שקיבל את הניקוד המשוכלל הגבוה ביותר (בסיפא של הסעיף). זאת אומרת שיש היום מכרזים שהם מכרזים יותר מורכבים שהם מכרזי אמות מידה כאמור בסעיף 22 ובמכרזים כאלה, יכול להיות שהמחיר הוא אפילו לא הגורם הדומיננטי ובעצם מי שזכאי לזכות, לפחות מבחינה לכאורית, זה זה שקיבל את הניקוד הכי גבוה. אם הרשות לא מתכוונת לזכות את זה שקיבל את הניקוד הכי גבוה, אז היא צריכה לתת לו את זכות הטיעון.

**רשויות מקומיות:**

- השלב הנגטיבי נמצא בתקנה 20 – יש אפשרות לוועדה לפסול הצעות שלא עמדו בתנאים, שהן מבוססות על הנחות לא נכונות, שהן לא עומדות בתנאים, תכססניות וכו'.  
 - תקנה 22 – תקנה העוסקת בבחירת ההצעה. כל תקנה 22 אבל העיקר נמצא בסעיף 22(ה). גם ברשויות המקומיות, נקודת המוצא היא ההצעה הזולה ביותר. אפשר לסטות מזה אבל המקרה היחידה שאי אפשר לסטות מזה זה מכרז זוטא (מכרז סגור ברשויות המקומיות שנקבע על פי הסכום) – **חייבים לקבל במכרז זוטא את ההצעה הזולה ביותר.**  
 בשיעור שעבר הסברנו למה זו נקודת המוצא.

**למה הפסיקה יצרה את נקודת המוצא של ההצעה הזולה ביותר?**

1. קודם כל זה הקריטריון הכי אובייקטיבי שיש, כל קריטריון אחר מכניס שיקולים סובייקטיביים ומחיר הוא דבר מאוד אובייקטיבי.
2. נקודת המוצא היא שאת התנאים הבסיסיים, הדברים שהם נורא קריטיים, הם נמצאים במסגרת התנאים. ההנחה היא שאם הצעה עמדה בתנאים ולכן, היא לא נפסלת בשלב הראשוני והיא גם הזולה ביותר אז חזקה

## © מיטל הרוש

שהיא צריכה לזכות. כלומר, ההנחה היא שאם היא כבר עמדה בתנאים הנורא בסיסיים שקבעו + היא גם היעילה ביותר כלכלית, היא זכאית לזכות.  
זו הייתה נקודת המוצא של הפסיקה ושל התקנות.

העולם התפתח ויש היום מכרזים שהם מאוד מאוד מורכבים מבחינה טכנולוגית והרבה מאוד היבטים – רמות של כספים עצומות ויכולות להגיע למיליארדים. לכן, יש גם מכרזים שנקודת המוצא היא לא המחיר וכפי שראינו בתקנות חובת המכרזים בשנת 2009, יש קטגוריה נוספת של מכרזים.

♥ מעכשיו והלאה בנושא של בחירת ההצעה הזוכה, אנו נדון בשיקולים שונים בבחירת ההצעה הזוכה.

השיקולים בבחירת ההצעה הזוכה:

## 1. האומדן –

## רשויות מקומיות:

אומדן הוא חובה. תקנה 11 לתקנות הרשויות המקומיות – אומדן הוא בעצם הערכה של המכרז. אם זה מכרז של מקרקעין אז האומדן בעצם הוא שומה של שמאי מקרקעין. אם זה למשל מכרז לרכישת שירותים זה בעצם אומדן לכמה צריכה להיות העלות – מה ההוצאות ומה ההכנסות במכרז. למה זה דבר חשוב? כי זו המסגרת התקציבית של העירייה, של הרשות המקומית. כלומר, הרשות המקומית יודעת שהיא יוצאת לפרויקט בסדר גודל מסוים וזאת המסגרת התקציבית שלה. האומדן גם חשוב מהסיבה שאם גם ההצעה הזולה ביותר עדיין יקרה הרבה מהאומדן, יכול להיות שאפילו ההצעה הזולה ביותר היא לא מספיק טובה. זאת אומרת, יכול להיות שבמכרז הזה לא קיבלנו אף הצעה זולה.

תקנה 22 (ב) אומרת שברשויות המקומיות יש לנו נקודת מוצא שמי שזכאי לזכות זו ההצעה הזולה ביותר אבל זה כפוף לכך שהמחיר שלה הוא הוגן וסביר ביחס לאומדן, יכול להיות שאפילו ההצעה הזולה ביותר היא לא הצעה מספיק טובה ביחס לאומדן.

**פס"ד זלוף – נשאלה השאלה מה קורה אם ההצעה הרבה יותר זולה מהאומדן?**

תקנה 19 – תקנה שמאפשרת לזמן מציע ולברר איתו פרטים. הפסילה של הצעה זולה לא צריכה להיות אוטומטית אלא מזמנים ורואים מה הסיבה. זה יכול להיות הרבה פעמים סיבות של חוסר הבנה של מהות המכרז, תכססנות מסוג שונה, הצעה גרעונית בגלל אי שמירה על זכויות עובדים, למשל אם אדם לא נותן לעובדים שלו זכויות מספיקות, ככה הוא מוזיל את ההצעה שלו. כל אלה כמובן סיבות לפסול את ההצעה. יכול להיות מקרה שהוא מקרה תקין כמו crazy bid – נותן הצעה במחיר שהוא הפסד מתוך רצון להיכנס ללופ של מכרזים.

פסילה של הצעה לא צריכה להיות אוטומטית אם היא נמוכה מהאומדן ולכן, צריך לברר מדוע היא הצעה זולה מהאומדן.

✓ האומדן הוא חסוי לחלוטין, הוא נמצא בעצם בתוך תיבת המכרזים והוא נפתח רק כאשר פותחים את תיבת המכרזים. כלומר, יחד כשפותחים את ההצעות, פותחים את האומדן משום שאם המציעים היו יודעים מה האומדן הם היו מציאים בהתאם את ההצעות. כולם יודעים שהוא קיים ברשויות המקומיות כי הוא חובה אבל הוא נמצא בתוך תיבת המכרזים.

**רשויות הכלליות:**

הרבה מאוד רשויות אימצו את הכלי של האומדן ועשו אומדן בצורה וולונטרית. בשנת 2009, בתיקון, האומדן נכנס לתוך תקנות חובת המכרזים אבל לא כחובה. הוא נמצא בתקנה 17א' לתקנות חובת המכרזים. כשלמדנו על סוגי מכרזים ברשויות הכלליות, היה לנו מכרז דו שלבי – במכרזים כאלה האומדן יפתח בשלב השני (כשפותחים את הצעות המחיר ולא בשלב הראשון).

מאחר והאומדן ברשויות הכלליות הוא לא חובה, למדנו על מה צריך להיות מפורסם במסמכי המכרז – תקנה 17.

סעיף 17ב'(7) אומר – אם רשות מהרשויות הכלליות מתכוונת לערוך אומדן (בגלל שזה לא חובה) אזי, במסמכי המכרז צריך להיות כתוב קיומו של האומדן ואיך מתכוונים להתייחס אליו וכו'.

איך התקנות מתייחסות לאומדן בבחירת ההצעה הזוכה (תקנות כלליות)?

תקנה 21(א'1) – למדנו בסוגי מכרזים על מכרז שאם מתקיים בו תנאי, בעל המכרז יכול להגיד שבהתקיים תנאי כל רשימת המציעים הסופית צריכה להציע הצעות משופרות. במקרה דנן – כל מי שהגיע לרשימת המציעים הסופית, קרובים לאומדן אבל צריכים להציע הצעות נוספות – משופרות.

ביטול מכרז כתוצאה מכך שכל התוצאות רחוקות מהאומדן מכיוון שהרבה פעמים הוצאו המון כספים על המכרז. יש הרבה כסף בעריכת המכרז עצמו והכל ירד לטמיון אם יבוטל המכרז. ביטול מכרז – גורם לפגיעה בסודיות, אנשים הציעו כבר הצעות ואם מגישים מכרז חדש, כל הסודיות כבר נפגעה.

מה שהתקנה הזו מאפשרת – במקום שנבטל את המכרז, כל ההצעות שעמדו בתנאים יגישו הצעות משופרות.

גם ברשויות הכלליות נשאלה השאלה לפני תיקון 2009 – מה קורה כאשר ההצעה היא הרבה יותר זולה מהאומדן?

ההלכה היא שצריך לזמן את המציע.

תקנה 20(ה) שמקביל לסעיף 19 ברשויות המקומיות. צריך לזמן את המציע ולראות מה הסיבה לכך שהוא באמת כל כך זול באופן שהוא בעצם חורג מאוד מהאומדן.

**פס"ד ינון** – מצב לבו שההצעה הייתה תכססנית ולכן ההצעה נפסלה. באותו עניין היה מכרז לפסי רכבת ואחת המציעות הייתה הרבה יותר זולה מהאומדן. מה התברר? התברר שכאשר היא עשתה את החישוב של הכמויות, היא ייחסה בפריטים מסוימים שקל ליחידת כמות. זה פקטיבי, אין שום דבר שעולה שקל. זה נחשב תכססנות פסולה.

Shifting – העמסת מחירים (העברה) - אחת מסוגי התכססנויות בדיני מכרזים – המשמעות שלה זה שכשאני לא כותב את המחיר האמיתי אלא יותר בפריט מסוים ופחות בפריט אחר כמו לדוגמא: מכרז לשלושה בניינים ומבקשים מחיר כולל לשלושת הבניינים והמציע מעריך שאת הבניין השלישי לא ייבנה, אז הוא נותן מחיר נורא גבוה לשניים הראשונים ונמוך מאוד לשלישי, אז סך הכל ההצעה שלו מאוד זולה אבל בעצם הוא כתב מחיר לא ריאלי לבניין השלישי. אפשר לבוא ולהגיד – מה אכפת למדינה? קודם כל אכפת בגלל עיקרון השוויון – מציע צריך לכתוב דברים באופן ריאלי כי זה לא יהיה פייר למציעים אחרים. שנית, תהיה סכנה – הוא חושב שהוא יעמוד בזה עכשיו אבל משהו בשוק השתנה והוא לא יעמוד בזה ובסופו של דבר מי שיישאר תקוע זו המדינה. הערבות שהוא שילם זה לא משהו שיציל את המצב, המדינה תתקע עם פרויקטים שהם לא יישימו.

למשל – פסק דין ינון – הוא דוגמא למצב שבו ההצעה הייתה זולה מהאומדן אבל בגלל תכסיסנות ולכן, היא גם נפסלה ובית המשפט הכשיר את הפסילה.

פסק דין אחרון בהקשר של אומדן – פס"ד פנינת י.ד.א – בית המשפט מבחין בין אומדן לבין מחיר מינימום. יש מכרזים שיש בהם מחיר מינימום – בעיקר מכרזים בהם המדינה מוכרת קרקע. בית המשפט הבחין בפסק הדין הנ"ל בין אומדן לבין מחיר מינימום.

-אומדן הוא סודי, לעומת זאת, מחיר מינימום הוא משהו גלוי. בתוך המכרז כתוב מחיר מינימום.  
- אומדן הוא עניין גמיש, לעומת זאת, מחיר מינימום הוא קשיח – לא יקבלו משהו שהוא פחות ממינימום.  
בפסק דין הנ"ל הרשות עשתה מיקס/ערבוב – היא בעצם יצרה מחיר מינימום אבל סודי. כלומר, היה לה מחיר מינימום אבל היא לא פירסמה אותו ואז היא ביטלה את המכרז ואמרה שהיא לא קיבלה אף הצעה טובה ולכן, היא מבטלת את המכרז. ההצעה הטובה ביותר פנתה לבית המשפט ואמרה שהיא רוצה לטעון שהמחיר הוא בעצם לא סביר וכו'. בית המשפט באמת אמר שבדרך כלל אין למציעים זכות טיעון כנגד האומדן (להגיד שהוא לא סביר וכו') אבל במקרה הזה, בגלל מה שהרשות עשתה (עשתה משהו שהוא סודי אבל התייחסה אליו כמחיר מינימום וזה לא סביר) היה צריך לאפשר את זכות הטיעון להצעה הטובה ביותר לפני שהם מבטלים את המכרז.

## 2. ניסיון שלילי/חיובי עם מציע מסוים

לגבי ניסיון שלילי, זה היה די ברור תמיד שזה שיקול שרשאיות וועדות המכרזים לקחת בחשבון גם אם זה לא כתוב בפירוש במכרז עצמו (אדם שזכה במכרז ולא סיים את העבודה במכרז הזה ולא יקבלו אותו עכשיו בגלל סיבה זו – ניסיון שלילי עם המציע). בית המשפט מאשר זאת.

**פס"ד רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים** – עלתה השאלה לגבי ניסיון חיובי, מדובר בעניין טריקי. השיקולים בעד זה שיקול שיש בו ערך כלכלי ברור – זאת אומרת, כל אדם בר דעת מתייחס לניסיון. בכל זאת, אנחנו מדברים על מכרזים שהם עסקאות – עסקאות זה אומנם המדינה והמדינה רוצה לעשות עסקה שהיא כלכלית והיא רוצה שהיא תהיה טובה ויעילה וכו'. בנוסף, שיקול כזה הוא תמריץ להצטיין – כלומר, אם אנשים שזוכים במכרזים של המדינה, יודעים שזה יילקח בחשבון, הם יצטיינו במכרז.

- יכול ליצור אפליה של שחקנים בשוק – אם אנחנו ניקח בחשבון ניסיון עבר, אנחנו נפגע בעצם בשחקנים חדשים שרוצים להיכנס לשוק. בנוסף, זה יכול להוות חשש למכרזים תפורים, כלומר, אני אתפור את המכרז למי שאני רוצה. הבעיה הנוספת זה אמת המידה הסובייקטיבית – אנחנו אוהבים במכרזים אמות מידה אובייקטיביות שיהיו שוויוניות וזו אמת מידה סובייקטיבית.

בהקשר לפסק הדין – אחרי שהשופטת בייניש שוקלת את כל השיקולים האלה, היא מגיעה למסקנה שהתחשבות בנתון של שביעות רצון מניסיון העבר יש יתרונות רבים ומדובר בנתון משמעותי ביותר שרצוי ואף חובה על הרשות להתחשב בו במסגרת שיקוליה.

אגב, ניתן לראות זאת גם באמות המידה, אמות המידה בתקנה 22(א') לתקנות חובת המכרזים – השופט רובינשטיין אומר בפסק הדין שלאור התקנה הזאת, חובה להתחשב באמת המידה הזו.

## © מיטל הרוש

אבל, למעשה, מדובר באמת מידה שהיא אמת מידה מאוד בעייתית ולכן, בייניש מאוד מסייגת את זה בפסק הדין והיא אומרת שהמדינה בעצם צריכה ליצור איזשהו מנגנון של איך אנחנו בעצם מודדים שביעות רצון – איך אנחנו אוספים את המידע? האם זה כל משרד בפני עצמו או שיש איזשהו מעבר מידע בין משרדים? מציע שמקבל חוות דעת שליליות, איך אנחנו נותנים לו זכות טיעון כנגד חוות הדעת? זו מערכת שלמה של שיקולים שצריך לקחת בחשבון. גם הנושא של ניסיון טוב לעומת ניסיון רע זה משהו שצריך ליצור לו מערך מדידה כי היא מודעת לבעיות שלו.

מי שנמצא בפרקטיקה יודע את בעיית הפיקוח – האם שלחו או לא שלחו מפקח לשטח? מישהו ראה שאני עובד מספיק טוב או לא ראה? וכל מיני שאלות כאלה.

לכן, בעצם פסק הדין מכשיר את השיקול הזה אבל גם מציין את כל הבעייתיות והזהירות שצריך להפעיל כאשר שוקלים אותו.

**3. כישורים –**

כל הנושא של כישורים קודם כל ברור שהוא נלקח בחשבון. אם אנחנו קוראים את התקנות אנחנו כבר רואים שלמעט המקרה של מכרז זוטא בעיריות, המכרזים של רשויות מקומיות בעיריות, זה משהו שצריך להילקח בחשבון. תקנות הרשויות המקומיות, סעיף 22(ה) אומרות שעניין של כישורים הוא ברור.

השאלה שעלתה בפסיקה הישנה היא: איך בעצם ניתן לזה משקל? הרי יש לי נקודת מוצא של ההצעה הזולה ביותר אז מתי אני יכולה לא לקחת את ההצעה הזולה ביותר בגלל שמישהו אחר הוא בעל כישורים יותר טובים? איזה הנחיה יש לי? איזה אמות מידה יש לי וכו'?

בכך עוסק פס"ד **שרביב** – שרביב דיבר על מקבילית כוחות  $\leftarrow$  ככל שהפער במחיר הוא גדול יותר, כך למחיר יהיה משקל גדול יותר. כלומר, אם ההצעה הזולה ביותר היא X והבאה בתור היא Y - אם הפער במחירים הוא קטן, אני יכולה לתת יותר משקל לכישורים. הפסיקה יצרה מקבילית כוחות על כך.

על זה היה כל מיני וברציות – פס"ד **אלקו** – כאשר מדובר בעבודות מאוד סבוכות שהכישורים שלהם חשובים, גם כאשר הפער במחיר הוא גדול, אפשר לתת משקל לכישורים.

הפסיקה הזו ניתנה לגבי המכרזים הפשוטים יותר שהיו בעבר.

9 בינואר 2018

**שיעור שמיני****בחירת ההצעה – כישורים**

דיברנו בשיעור שעבר שכאשר היה מדובר במכרזים הפשוטים, המכרזים שבהם המחיר הוא הקובע, ההצעה הזולה ביותר או היקרה ביותר לפי העניין, התפתחה בפסיקה **תאוריית מקבילית הכוחות**.

בפסק דין זילבר התפתחה תאוריית מקבילית הכוחות – הסעיף הרלוונטי של תקנות העיריות הינו – סעיף 22(ה) לתקנות הרשויות המקומיות. נשאלה השאלה בפסיקה – אם בכל זאת אפשר לסטות מההצעה הזולה ביותר (שהיא לא תזכה) על בסיס שיקולים כמו כושר וניסיון, איך מתייחסים לשיקולים האלה? באיזה אופן אנחנו

נסטה מההצעה הזולה ביותר, על בסיס מה? באותו פסק דין התפתחה תאוריית מקבילית הכוחות שאומרת **ככל שהפער בין המחירים גדול יותר ככה המשקל של המחיר הוא גדול יותר**. זאת אומרת שאם ההצעה הזולה היא הרבה הרבה יותר זולה אז המשקל שצריך לתת למחיר הוא גדול יותר משום שהיא הרבה יותר זולה, כלומר, הפער בין ההצעה ביותר לזו שאחריה הוא גדול. **דוגמא**: נניח אני עיריית נהריה ואני עשיתי מכרז – יש לי את ההצעה הזולה ביותר אבל אני שוקל בכל זאת שתזכה הצעה אחרת שבגלל שהכישורים שלה יותר טובים. הפסיקה אומרת שצריך לראות מה הפער בין המחירים ולפי זה לתת משקל גדול יותר למחירים. **ככל שהפער במחיר הוא קטן יותר, אז יש לתת יותר משקל לכושר, לניסיון**. זאת אומרת, זה לא סתם שאלה של זול או יקר יותר אלא שאלה של כמה זול או יקר יותר, שאלה של גם כמה יותר יש כישורים וכו'? עושים איזושהי מקבילית כוחות.

### איך אנחנו שוקלים את זה?

הפסיקה פיתחה את אותה תאוריית מקבילית הכוחות והיו עליה כל מיני שכלולים בפסיקה. למשל – בפסק דין אלקו בית המשפט אמר שכאשר מדובר בעבודות סבוכות ומורכבות אז גם כאשר הפער במחיר הוא גדול, שיקולי הכושר והניסיון יכולים לגבור. זאת אומרת שבדרך כלל במקבילית הכוחות אמרנו שאנחנו יכולים לשקול הצעה אחרת לפי כושר וניסיון אם הפער הוא קטן אבל אם העבודות מורכבות אז אפשר לקחת בחשבון את הכושר והניסיון גם אם הפער הוא גדול.

זו תאוריה שהתפתחה במשך שנים והשתמשו בה גם למכרזים לא רק של רשויות מקומיות – התאוריה פותחה בפסק דין זילבר שהוא פסק דין עם עיריית באר שבע אבל התאוריה הזו גם נלקחה למכרזים של הרשויות הכלליות אלא מה? שהיום אנחנו יודעים שבמכרזי הרשויות הכלליות יש כבר סוג של מכרזים שבהם זה לא ההצעה הזולה ביותר זכאית לזכות אלא ההצעה שמביאה את מיטב היתרונות לעורך המכרז.

אם נפתח את תקנות חובת המכרזים, תקנה 21(ב) לתקנות חובת המכרזים שקראנו אותה מספר פעמים, אומרת ש"וועדת המכרזים תבחר את ההצעה הזולה או היקרה ביותר לפי העניין..." – זה הרישא שאמרנו שהוא עדיין מתייחס לנקודת מוצא של מכרזים שבהם המחיר קובע. אבל יש לנו גם את הסוג השני של המכרזים שהקראנו בשיעור שעבר וזה הסיפא של 21(ב) - היא יכולה לסטות מזה מטעמים מיוחדים שירשמו ואם היא נותנת זכות טיעון. כלומר, יש לנו סוג של מכרזים שבעצם היום לא צריך את תאוריית מקבילית הכוחות מכיוון שזה מכרזים שהמשקלים בהם מאוד מדויקים ואפשר לראות את זה בסעיף 22. סעיף 22(א) אומר מה יכולות להיות אמות המידה – מחיר, איכות הטובין או המקרקעין, אמינות וכו', זה כמובן רשימה שהיא לא סגורה משום שכתוב לנו בסעיף "כולן או חלקן..." אנחנו מבינים גם שזה מאוד פתוח ועורך המכרז יכול להכניס כל מיני דרישות מיוחדות.

הדבר היותר מעניין – סעיף 22(ב) אומר לנו שלא רק אמות המידה צריכות להיות ידועות אלא גם צריך לדעת את מבחני המשנה ואת המשקל היחסי באופן השקלול – נניח בתוך ניסיון יש שיקולי משנה – צריך לכתוב את זה וצריך לכתוב בדיוק את המשקל. **הכל צריך להיות ידוע מראש**.



למה הכל צריך להיות ידוע מראש?

כי אם לא יהיה ידוע מראש אפשר לתפור מכרזים. דוגמא: אם אני כתבתי שיקול של ניסיון אבל פתאום אני מחליטה לפי מישהו שאני רוצה ואני נותנת משקל של 90% זה לא בסדר. במשפט מנהלי – העניין של פרסום האמות מידה, לא רק האמות מידה אלא גם לפרסם אותם מראש ולדעת את המשקל מראש אחרת בעצם רשות יכולה לעשות מה שהיא רוצה. אם אנחנו לא יודעים מה המשקל של הקריטריונים, רשות יכולה לקחת קריטריון שהוא לגיטימי ולתת לו איזה משקל שהיא רוצה.

לכן, התקנות אומרות במפורש שצריך לפרסם את זה וגם את המשקל היחסי – כלומר, הכל צריך להיות מפורסם וידוע בעצם איך נעשה השקלול.

✓ שאלה מאוד מעניינת – האם במכרזים כאלה לחלוטין לא חל עקרון מקבילית הכוחות? יש לנו עניין של חישוב מאוד מדויק. באחד הכנסים שהייתה המרצה, השופט מלצר אמר שלדעתו אפילו במכרזים האלה זה קיים, כי תמיד יש שיקול דעת ואפילו שמחליטים להעריך בתוך כל אמת מידה, יש איזונים כלשהם שצריך לעשות – איזון שהרשות יוצרת אבל כעקרון אפשר לומר שאם שואלים מה מעמד עקרון מקבילית הכוחות היום? הוא בוודאי נכון למכרזי רשויות מקומיות, למכרזים פשוטים במדינה שהם עדיין שיקולי מחיר, הוא פחות רלוונטי למכרזים שעניינם אמות מידה ומשקל. השופט מלצר (שופט בית משפט עליון שמתעסק בעיקר במכרזים) טוען שבעצם גם המשקלות האלה לא מבטלות את שיקול הדעת לגמרי ואפילו שהרשות צריכה לתת ניקוד בתוך ניסיון או כישורים, יש לה בעצם איזושהי מקבילית כוחות בתוך האומדן, עדיין יש שיקול דעת.

המרצה: עצם העובדה שהפסיקה מאפשרת לך לסטות מההצעה שמקבלת את הניקוד הכי גבוה, כבר את משתמשת במקבילית הכוחות. **דוגמא:** יש את ההצעה שקיבלה את הניקוד הכי גבוה ואומרים לה שהיא לא זוכה. יכול להיות שכן יש פה איזושהי מקבילית כוחות שהרשות יכולה לעשות כי היא תצטרך להצדיק את עצמה ולהסביר למה מי שקיבל את הניקוד הכי גבוה והוא לא זכה. אפשר לסטות מהעיקרון שמי שקיבל את הניקוד הכי גבוה זוכה.

♥ **המקום היחיד שאין שיקול דעת במכרזים זה מכרז זוטא ברשויות מקומיות שצריך לקבל את ההצעה הזולה ביותר.**

עד כאן לעניין כל הנושא של כושר וניסיון.

**בחירת ההצעה – פיצול הצעות**

בעניין הזה הועלה לאתר פסק דין שרביב.

פיצול הצעות זאת בעצם סיטואציה שבה בעל המכרז מחליט שהוא לא לוקח הצעה בשלמותה כמו שהיא. אלא יש שתי אפשרויות של פיצולים – נניח שהמכרז ניתן לפיצול ברמה הטכנית. דוגמא: נניח שיש מבנה א' ומבנה ב' –

## © מיטל הרוש

1. פיצול מסוג ראשון – בעל המכרז יגיד שהוא לוקח X ממבנה א' ו-Y ממבנה ב'.
2. פיצול מסוג שני – יש מבנה א' ומבנה ב' ובעל המכרז אומר שלגבי מבנה א' יש באמת הצעה הכי טובה והיא X אבל לגבי מבנה ב' לא התקבלה אף הצעה טובה אז הוא לא יקח אף הצעה או שהוא יעשה את זה בעצמו (לפעמים המדינה מחליטה שהיא יכולה לבצע את זה בעצמה).

אנחנו נתחיל בהלכה ונעבור לפסיקה. הרבה מההלכות הן בעצם הלכות שאחר כך אומצו על ידי הפסיקה.

**פס"ד שרביב –** סיפור עם עיריית נהריה שהיא פרסמה מודעה לגבי מכרז שהיו בו שני חלקים: מכון לטיהור שפכים ומאסף ביוב. בסופו של דבר היא החליטה לקחת ממציעה מסוימת שתעשה רק את המכון לטיהור ואת החלק השני היא החליטה שהיא מוותרת בגלל שהיא לא קיבלה אף הצעה שהייתה קרובה לאומדן. כלומר, כל ההצעות לגבי מבנה ב' היו יקרות מהאומדן אז היא החליטה שהיא תיקח רק את החלק של ההצעה. אבל, היא לא קבעה את זה מראש במסמכי המכרז.

בית המשפט בא ואמר שהאפשרות לפיצול פיזי, זאת אומרת זה שהמכרז ניתן לפיצול פיזי, היא לא בהכרח מאפשרת את הפיצול במכרז – זה לא אומר שבעל המכרז רשאי לפצל. הנימוקים של בית המשפט מדוע זה לא יכול להתקיים אם זה לא כתוב מראש במסמכי המכרז.

הבעיה הראשונה – חוסר הגינות כלפי המציעים ויש פה הפרת חוזה נספח כי בעצם המציעים יצרו פה את ההצעה שלהם תוך איזון בין החלקים. כלומר, הם נתנו איזושהו מחיר כולל. אומנם הם תמחרו את א' ותמחרו את ב' אבל הם עשו את זה בהנחה שהם מקבלים איזושהו היקף עבודה אז קודם כל הגינות.

הבעיה השנייה – דיני חוזים – מה שהרשות עושה פה זה קיבול שאינו תואם את ההצעה.

אם זה כתוב מראש במסמכי המכרז, אנו פותרים את שתי הבעיות. אם זה כתוב מראש אז יש הגינות ולא יהיה קיבול שאינו תואם את ההצעה כי אפשר לתכנן, זה היה כתוב במכרז ולכן, זאת בעצם הייתה אחת האופציות שהיו כתובות במכרז ולכן, זה לא קיבול שאינו תואם את ההצעה.

✓ זה מה שהיה לפני חקיקת החוק והתקנות.

איך בעצם התייחסו לזה החוק והתקנות?

התקנות של הרשויות המקומיות למעשה שותקות – הן לא התייחסו לסיטואציה הזו של פיצול הצעות. אז אם התקנות לא מתייחסות לסיטואציה של פיצול הצעות אז חלה הפסיקה. כלומר, קשה מאוד לפרש את זה שהם לא התייחסו לזה כהיתר לפצל בלי להודיע. יותר הגיוני שפשוט חלה הפסיקה, בפרט שפסק דין שרביב ניתן לגבי רשות מקומית – עיריית באר שבע.

התקנות של חובת המכרזים – תקנה 21 ג' – למעשה מעגנת את פסק דין שרביב. תקנה זו עוסקת בכל מיני הקשרים של בחירת ההצעה. בעצם, מה שהתקנה הזו אומרת זה שאפשר לעשות פיצול משני הסוגים, הן מהסוג של פיצול הצעות והן מהסוג של בחירת חלק מהצעה, אם הדבר נאמר מראש במסמכי המכרז. זה בעצם עיגון של פסק דין שרביב.

## ©מיטל הרוש

כשלמדנו על חוזה נספח למדנו את **פסק דין כהן עיצובים** – דובר על כך שמשרד התיירות דיבר על הקמה של ביתני ירידים באירופה ואותה חברה, כהן עיצובים, ניגשה למכרז ואז המשרד אמר לה שהיא זכתה אבל החליט להתקשר איתה רק לגבי שלושה ביתנים. היא פנתה לבית המשפט ומבקשת בעצם אכיפה של כל החוזה, זאת אומרת של כל המכרז, היא מבקשת לבנות 15 ביתנים. מה שבית המשפט אמר זה שבגלל שהאפשרות של הפיצול לא הייתה קיימת באותו מכרז, בעצם לא נכרת חוזה. מה שבעצם נעשה פה זה שאמרו להם שהם זכו אבל שיבנו שלושה, זו בעצם לא זכייה במכרז כי לא נכרת חוזה עיקרי. אמרנו שלמעט חריגים, עם ההודעה על הזכייה בעצם נכרת החוזה אלא אם כן יש תנאים נוספים אבל במקרה הזה בית המשפט אמר שלא נכרת חוזה כי בעצם התברר בהצעה חדשה. קיבול שאינו תואם את ההצעה כמוהו כהצעה חדשה בגלל שהאופציה הזו לביטול לא הייתה קיימת.

מה שהיה מעניין בפסק דין זה, זה שבית המשפט המחוזי נתן להם אכיפה לשלושה ביתנים והמדינה לא ערערה על זה. מבחינה טכנית נשארה אכיפה על שלושה ביתנים אבל לגבי השאר, בית המשפט העליון אמר שמגיעים להם פיצויים על הפרת חוזה נספח, לא על הפרת החוזה העיקרי אלא הפרת החוזה שעוסק בכללים בעצם בין בעל המכרז למציעים. אמרנו שלפי תאוריית החוזה הנספח, אם אני בעלת הנספח ויש מספר הצעות, ביני לבין כל אחד מהמציעים חוזה על התנאים. אני מתחייבת למשל שאם לא כתבתי שאני מפצלת, אני לא יכולה לפצל וכו'. זה חוזה נספח בעצם ולפי תאוריית החוזה הנספח אפשר לתת גם פיצויי קיום – זה לא אכיפה אבל זה פיצויים על הרווח שהיית מרוויח אם היית מקיים את החוזה.

הנקודה המעניינת הייתה שבעצם רק בגלל סיבה טכנית שהמדינה לא ערערה על השלושה ביתנים, הייתה בעצם אכיפה של השלושה. המדינה אמרה להם זכיתם, אחר כך אמרה להם שהם קיבלו שלושה ואחר כך חזרה בה גם מהשלושה.

♥ כשנדבר על העדפת תוצרת הארץ אנו נראה שהעניין של פיצול הוא גם מאוד רלוונטי כי פיצול הוא לא רק פיצול, אלא פיצול בכמויות. נניח שהמדינה רוצה לקנות חמישה מיליון מזרקים, אז היא יכולה לפצל 2.5 מיליון יהיו מא' ו-2.5 מיליון יהיו מב', יכול להיות שהיא תפצל 2.5 מיליון מזרקים לתוצרת הארץ ו-2.5 מיליון מזרקים לתוצרת חו"ל. העניין של פיצול להיות יכול במצבים של אפשרות פיזית לפיצול ובמצבים של אפשרות לפיצול כמותי.

נושא אחרון בנושא של מסגרת בחירת ההצעה הזוכה –

**בחירת ההצעה הזוכה - העדפת תוצרת הארץ**

הנושא של העדפת תוצרת הארץ זה נושא שקודם כל מבחינה רעיונית יש איתו בעיה – מה הבעיה בלהעדיף תוצרת הארץ מבחינת דיני המכרזים? לכאורה, אם אנחנו מסתכלים על עקרונות דיני המכרזים – שוויון ויעילות – זה פוגע בשניהם. אם אני אומרת שוויון אני יודעת שהמכרז הפומבי פונה לכל אדם, מבחינת יעילות – אם המחירים בחו"ל הם הכי זולים והתוצרת טובה, למה שלא ניקח משם?

אבל גישה קיצונית כזו הייתה בעצם מביאה את היצרנים הישראלים לבעיה מאוד קשה. העדפת תוצרת מקומית זה מקובל בכל העולם. אם לא היינו נותנים העדפה בישראל, מצד אחד אם היצרנים שלו היו רוצים לייצא החוצה, הם נתקלים בחו"ל בהעדפה בתוצרת המקומית שם. מצד שני, אם אנחנו לא נותנים להם העדפה פה,

## © מיטל הרוש

הם בעצם מתקשים מאוד להתמודד עם יבוא מחו"ל ולכן בעצם, המטרה הייתה ליצור איזשהו איזון. כמובן שלא ניתן העדפה מוחלטת לתוצרת הארץ אלא לתת העדפה תוך שמירה על העקרונות.

איך התקנות מתמודדות עם זה?רשויות מקומיות –

תקנות העיריות מכרזים – תקנה 22(א) -

**המלצות הוועדה**

22. (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.

ברשויות המקומיות המחיר הוא בגדול הקובע. התקנות אומרות שנותנים עדיפות של 15% לתוצרת הארץ – כלומר, לוקחים את המחיר של תוצרת הארץ, נניח המחיר הוא X אני מחלקת אותו ב-1.15 ומכאן אני ממשיכה את הבדיקה. כלומר, העדיפות ניתנת בשיעור של 15%. אני לוקחת את המחיר, מחלקת אותו ב-1.15 ומכאן כל הבדיקה כולל כמובן מקבילית הכוחות וכו'. זו המשמעות בעצם של עדיפות של 15% - אם המחיר שלך הוא מסוים הוא בעצם ייחשב נמוך יותר. אם המחיר הוא X אז הוא בעצם לא X הוא חלקי 1.15 ואז הוא יותר נמוך. זאת אומרת שאם נניח תוצרת הארץ היא 115 ותוצרת חו"ל היא 102 אז בגלל שה-115 הופך להיות 100, תוצרת הארץ זול יותר. **לצורך התחרות נותנים לתוצרת הארץ הוזלה של 15%**. ברשויות המקומיות זה פשוט, ברשויות הכלליות זה מורכב יותר.

✓ סיימנו כעת עם רשויות מקומיות.

תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ) – מכרזי מדינה

התקנות האלה יוצרות העדפה בשני מישורים – במישור של מחיר ובמישור של חובת פיצול

1. תקנה 3 לחובת המכרזים – מחיר

2. תקנה 4 לחובת המכרזים – פיצול

שיתוף פעולה עסקי - יש גם חובה מסוג שאם זוכה מישהו מחו"ל אנחנו מחייבים אותו בחוזה לשתף פעולה עם ישראל. זה מאוד חשוב כי אנחנו יכולים לקנות מטוסים, צוללות וכו'. יש דברים שאין להם תוצרת ישראלית, אז אנחנו מחייבים עם הזוכה לשתף פעולה עם ישראל. לפרקטיקה – יש היום תקנות נפרדות שנקראות תקנות חובת המכרזים (חובת שיתוף פעולה עסקי).

תקנה 3 לתקנות חובת המכרזים אומרת בעצם איך אנחנו מעדיפים מבחינת המחיר -

### שיעור ההעדפה (הוראת שעה) תשע"ה-2015

3. (א) המזמין יכול במסמכי מכרז, ובמכרז פומבי – גם במודעה בעתונות, תנאי שלפיו תינתן העדפה בהתאם לתקנות משנה (ד) עד (ח) – במסגרת אמת המידה של המחיר – להצעות לרכישת טובין מתוצרת הארץ שמחירים אינו עולה על מחיר הצעות לרכישת טובין מיובאים בתוספת של 15% (להלן – הצעה של טובין מתוצרת הארץ) ולהצעות לרכישת טובין מאזור עוטף עזה שמחירים 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.

(ב) בהתקשויות של חברות ממשלתיות או יחידות סמך ממשלתיות, אשר מיצאות 30% לפחות מתוצרתן, יהיה שיעור ההעדפה כאמור – 10%.

### (הוראת שעה) תשע"ה-2015

(ג) במסמכי המכרז יידרש מציע, כתנאי לקבלת ההעדפה, לצרף להצעה אישור מאת רואה חשבון בדבר שיעור מחיר המרכיב הישראלי במחיר ההצעה, ולעניין העדפה של טובין מאזור עוטף עזה, הצהרה ולפיה הצעתו היא של טובין מאזור עוטף עזה שהתקיימו בה דרישות תקנה זאת.

### (הוראת שעה) תשע"ה-2015

(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 שלענין אמת המידה של המחיר יובא בחשבון המחיר לאחר הפחתת שיעור ההעדפה הקבוע בתקנות משנה (א) או (ב), לפי הענין, ממחיר ההצעה לאמור: מחיר ההצעה של טובין מתוצרת הארץ מחולק ב-1.15 או 1.10, לפי הענין, 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.

### (הוראת שעה) תשע"ה-2015

(ו) קיבלה הצעה של טובין מתוצרת הארץ או הצעה של טובין מאזור עוטף עזה תוצאה משוקללת זהה לזו של הצעת ספק החוץ או גבוהה ממנה, יציע המזמין למציע ההצעה שקיבלה את התוצאה המשוקללת הגבוהה ביותר להתקשר עמו במחיר שבו תקבל הצעתו תוצאה משוקללת זהה לזו של ספק החוץ.

### (הוראת שעה) תשע"ה-2015

(ז) לא הסכים אותו מציע להתקשר כאמור בתקנת משנה (ו), יציע המזמין הצעתו כאמור, לשני מציעים נוספים של הצעות של טובין מתוצרת הארץ ולמציע נוסף של הצעה של טובין מאזור עוטף עזה, ובלבד שהתוצאה המשוקללת של הצעותיהם אינה נמוכה מזו של הצעת ספק החוץ; הפניה תיעשה לפי סדר התוצאה המשוקללת של הצעות, מן הגבוהה לנמוכה.

### (הוראת שעה) תשע"ה-2015

(ח) לא הסכים אף אחד מאותם המציעים להורדת מחיר כאמור, תיערך ההתקשרות עם מציע ההצעה של טובין מתוצרת הארץ או עם מציע של הצעה של טובין מאזור עוטף עזה, שלאחר הפניה לפי תקנות משנה (ו) ו-(ז) קיבלה הצעתו את התוצאה המשוקללת הגבוהה ביותר.

לענין תקנה זו, "תוצאה משוקללת גבוהה ביותר" – התוצאה בעלת מרב היתרונות לעורך המכרז בהתאם לאמות המידה שנקבעו במכרז.

**רכישת טקסטיל בעבור מערכת הבטחון, המשרד לביטחון הפנים, משטרת ישראל  
ושירות בתי הסוהר (הוראת שעה) תשע"א-2011**

## © מיטל הרוש

✓ יש העדפות של 10%, של 15% ושל 20%.

בודקים בעצם מי אמור לזכות במכרז, מי מקבל את התוצאה הממוחשבת הגבוהה ביותר. זה מכרזים של אמות מידה, כלומר, לא רק מחיר אלא הצעה משוכללת.

בהתחלה בודקים איך עובדות התוצאות המשוכללות. אם בעצם היה אמור לזכות במכרז בהתאם לאמות המידה שנקבעו בו ללא העדפה, ספק חוץ, אז אנחנו מתחילים לעשות העדפה. כלומר, מחלקים את המחיר של תוצרת הארץ ב.1 או 1.15 או 1.2.

- לגבי עוטף עזה – הוא ביחד עם תוצרת הארץ. אם חו"ל זוכה בתוצאה המשוכללת הגבוהה ביותר, אז מתחילים העדפות. העדפות לעוטף עזה הן גבוהות יותר מהעדפות מתוצרת הארץ (כאשר זוכה תוצרת חו"ל).

אם מראש התוצאה המשוכללת הגבוהה ביותר הייתה של מישהו מישראל אז זה נגמר פה.

אם מראש התוצאה המשוכללת הגבוהה ביותר של ספק חו"ל אז מתחיל להיות העניין ואז אני מתחילה לתת העדפות, לחלק את המחירים ולעשות הצעות חדשות לפי המחירים החדשים – כאילו מחירים פקטיביים.

✓ אם בעצם גם אחרי שנתתי את ההעדפה לתוצרת הארץ והפחתתי את המחיר שלהם וחילקתי אותנו ועדיין צריך לזכות אותנו ספק מחו"ל אז הוא יזכה. כי נתתי את ההעדפה לתוצרת הארץ ובכל זאת יצא הצעה משוכללת גבוהה יותר לחו"ל.

תקנה 3(ו) – נניח שאחרי שנתנו את ההעדפה לתוצרת הארץ, מישהו הצליח להגיע לתוצאה משוכללת שווה או גבוהה יותר לתוצרת חוץ, מציעים לו לקחת את ההצעה אבל שיוריד את ההצעה על מנת שהיא תשתווה להצעה של תוצאת חול.

**סיכום עד פה:**

- אם מי שמקבל את הניקוד הכי גבוה זה תוצרת הארץ, אנחנו עוצרים פה. אם מי שמקבל את הניקוד הכי גבוה זה תוצרת חוץ אז מתחילים לתת העדפות לתוצרת הארץ במחיר. נותנים להם את ההעדפה הרלוונטית באחוזים ואז מחדש עושים את הניקוד.

- אם גם אחרי שנתנו את ההעדפות יצא תוצרת חוץ עם ניקוד הכי גובה – הוא זוכה.

- אם אחרי שנתתי את ההעדפות יצאה תוצאה למישהו תוצרת הארץ זהה או יותר גבוהה מתוצרת חוץ באים אליו ואומרים לו שמכוננים להתקשר איתו אבל שיוריד את המחיר ככה שיגיע למצב שהתוצאה המשוכללת שלו תהיה כמו של חו"ל. **אם הוא לא רוצה, אפשר לפנות לשניים הבאים אחריו מתוצרת הארץ. למה לא מדובר בהצעה של משא ומתן אלא תן וכד?** הוא יודע שאם הוא יגיד לא אז יש אופציה שהשניים הבאים בתור יזכו. אם אף אחד לא מסכים חוזרים לראשון – מדובר בדילמת אסיר כי אם אף אחד מהישראלים לא מסכים חוזרים לישראלי הראשון ואז הוא אומר אוקיי אם אני לא מסכים יכולים השניים הבאים בתור לזכות אז הוא לוקח את הסיכון, יכול להיות שהשניים הבאים בתור יסרבו ואז הוא יקח בתנאים שלו אבל יכול להיות שהשניים הבאים יקחו.

## סוג נוסף של העדפה תוצרת הארץ ←

## תקנה 4 לתקנות חובת המכרזים – פיצול מכרז

4. (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.

(ב) ההחלטה על הזוכה במכרז כאמור, תיעשה בהתאם לאמור בתקנה 3; יהיה אמור לזכות במכרז ספק חוץ, יתן המזמין עדיפות למציע הטובין מתוצרת הארץ הזול ביותר במסגרת אמת המידה של המחיר, להתקשר עמו לגבי 50% מהיקף המכרז, במחיר ההצעה של ספק החוץ.

(ג) הסכים מציע הטובין מתוצרת הארץ להתקשר במחיר ההצעה של ספק החוץ כאמור, ייחתם הסכם לאספקת 50% מהטובין עם ספק החוץ שזכה, והסכם לאספקת 50% הנותרים עם מציע הטובין מתוצרת הארץ הזול ביותר; דחה מציע הטובין מתוצרת הארץ הזול ביותר את ההצעה, ייחתם הסכם לאספקת כל הטובין נושא המכרז עם ספק החוץ.

תקנה 4 בעצם אומרת פיצול מכרז וזה מתקשר לנו לנושא הקודם שלמדנו.

תקנה 4(א) - אומרת שכל מכרז מעל 30 מיליון, אפשר לפצל אותו. דוגמא: נניח קונים מזרקים ב-30 מיליון ₪, אפשר לפצל ולהגיד שחלק מהכמות ילקח מאי והחלק השני ב'.

תקנה 4(ב) – הזוכה נקבע לפי מה שקבענו קודם אבל אם למרות כל ההעדפות זוכה ספק חוץ, אפשר להגיד לנו שאנחנו יכולים להקטין את זה ל-50%.

תקנה 4(ג) - מי זוכה נקבע לפי תקנה 3 אבל ראינו שאחרי כל ההעדפות יכול להיות עדיין שספק חוץ יזכה. במצב כזה אפשר לבוא ולהקטין לו את זה ב-50% ו-50% יהיה לספק ישראלי שהוא הכי זול.

מבחינת יעילות, המדינה מוכנה לקחת על עצמה שתהיה העדפה תוצרת הארץ גם אם זה לא יעיל מבחינת העלות.