**דיני מכרזים**

התחום משלב שני תחומים חוזים ומנהלי. דיני המכרזים יונק מדיני החוזים אך כעת כבר מתנתק ויש דיני מכרזים עצמאיים. כיום גם גופים חצי ציבוריים מחויבים לחובת מכרז. נציג את הקורס משני כיוונים: עו"ד או אנשים בוועדות מכרזים – שמואלי מלמד אותם איך להישמר ולא לחטוף כדי שלא תהיה עתירה לביהמ"ש ולא משנה אם נזכה או לא אנו נתקע בבימ"ש במשך חודשים- עניין של תקציב, לפעמים התקציב עובר- נניח שינואר עבר והתקציב שהיה לעבודה במכרז לא נוצל, עבר וכעת יש לבקש תקציב חדש. שאלה נוספת היא כשאין תקציב אך יש כבר חוזה עם אדם שזכה במכרז- אותו אדם סיפק אנשים אולי הוא וויתר על הצעות אחרות וכעת אומרים לו שזה מוקפא – האם יש הפרת חוזה או לא? כל מי שעובד בצד המכרזים עובד במגננה שמא יעצרו את המכרז. כשהקורס מועבר לעו"ד פרטיים –"איפה הבטן הרכה"- איפה לתקוף?

דוג'- שני בנ"ז רוצים להתחתן ויש הרבה הכנות בין ההכנות אחד הדברים המרכזים הוא האולם- בנ"ז מחפשים אולם. בנתיים הם מקבלים עצות-אח החתן התחתן לפני שנתיים ועומד שיקחו את החומר שלו, אחות הכלה עוסקת ביחסי ציבור ויש לה קשרים רבים. בנ"ז לוקחים איתם לכל אולם שמחות את ההורים משני הכיוונים ואת האח ואחות- 8 אנשים. כעת יושבים אחרי שבוע וחצי –משווים מחירים, מקום ,כמות. מה שכנראה יקרה- יהיה בלאגן גדול שתי בעיות מרכזיות- יש צורך לעשות שני דברים שלא נעשו את כה: לדרג את הקריטריון החשובים עד כה ועל מה אנו מתפשרים ועל מה פחות. קרי אם נהיה מסודרים נכתוב לפני החיפוש של האולם את אמות המידה ומה חשוב לנו- יכול להיות שיש לנו קריטריון שלא מתפשרים עליו. יש לבדוק מה מהקריטריונים הוא כזה שאין בלתו. בדיני המכרזים הקריטריונים שאין בלתם נקראים – **תנאי סף**, בלעדיהם אין כניסה, מי שלא עומד בהם לא בא בחשבון. מעבר לכך שיש גם קריטריונים אחרים.

במכרזים המשחק הוא בין יעילות של דיני החוזים – יעילות כלכלית לשני הצדדים מול כל הסייגים שקושרים אותך למשפט המנהלי –**שוויון סבירות, שקיפות, זכויות טיעון וכו'**. לכן חלק מהמטרות נגזרות מדיני החוזים וחלק מהמנהלי אך דבר ראשון זו צריכה להיות ההצעה הכי **יעילה** לשני הצדדים. לפעמים המשחק הוא בתוך דיני חוזים אם מדובר בבית משותף אתה מעוניין בח' הניהול – מדובר על תחרות וזו דבר יעיל. לכן יש 2 דברים שאנו צריכים לעשות- קריטריונים שאין בלתם- לא ניתן להחליט שקריטריון מסוים הוא תנאי סף- אלא צריך לעמוד בתנאי סבירות בנושאי מכרזים וכן להחליט באופן כללי מהם הקריטריונים אולי לתת **אחוזים** לכל אחד כדי שנוכל להחליט בסוף. יתכן שההצעה שתזכה לא תהיה מקום ראשון בכל אחד מהקריטריונים אלא תהיה מקום ראשון באופן כללי- סה"כ. הדבר השני שיש לקבוע- מי מחליט? כשיש חבורה כמו בדוג' לעיל של 8 אנשים שכל אחד מושך לצד אחר – בד"כ אם ניתן החלטה כזו ל8 אנשים יהיה קשה מאוד להגיע להחלטות. צריך להיות **צוות קטן למו"מ,** גם מי שעושה את הבדיקה של ההצעות נכון שזה יהיה צוות קטן ויכול להיות שההחלטה תהיה באופן גדול יותר וכך פועל מכרז. חשוב גם לצורך השקיפות כדי שניתן יהיה לעקוב אחרי התהליך למה לא זכיתי במכרז? החוק מאפשר לאנשים שלא מרוצים לטעון בפני הוועדה לא מחייב אותם לרוץ ישר לביהמ"ש. לא כל פשלה במכרז תגרום לפסילת המכרז.

אנו בקורס דיני מכרזים ציבוריים אך יש גם גופים דו מהותיים שעורכים מכרזים, יש מקרים שגופים פרטיים מחויבים מכרז במיוחד במקרים בהם הם לקחו זאת על עצמם. הצעה של אביגדור פלדמן ודיבר על מכרזים פרטיים.

חובת המכרז חלה על:

1. עירייה- יש תקנות עד משנות ה-80 עליהם חלה חובת המכרז. עירייה- הכוונה לרשות מקומית- מועצה אזורית וכו'. בעיריות יש בחירות, אנו בוחרים בכנסת את הכנסת-לא בוחרים את השרים אנו כן בוחרים את ראש העיר ואת חברי העירייה- מתוכם יש קואליציה ואופו' בשונה ממשרדי ממשלה בהם אין קוא' ואופ'- לכן יש פחות פוליטיקה בתוך המשרד עצמו. בעירייה וועדת מכרזים לדוג' חייבת לכלול X חברים מאופ' וX חברים מהקוא' לכן פעמים רבות יש שיקולים של פוליטיקה שמשפיעים על המכרזים.
2. משרד ממשלתי- חוק משנת 1993- יש לומר שהפסיקה החילה את דיני המכרזים על משרדי הממשלה עד קודם. כמו בתחומים רבים מי שמנהל את העסק זה לא החוק אלא תקנות של שר האוצר. שר מוסמך (בד"כ שר האוצר) תקנות שהן לא חוק- לא עברו הצבעה בכנסת. לכן החוק עצמו רק קובע עק' כללים, לא תמיד הדבר טוב זה לא עובר הליך חקיקה של הכנסת –קרי תחום שלם לא מוסדר ע"י ח"כים אלא פקידים.
3. תאגיד סטטוטורי- תאגיד שהוקם מכוח חוק- חב' חשמל, בזק, מד"א, חב' המים, לשכת עו"ד- גוף פרטי שמוקם עפ"י חוק. יחול כאן אותו מכרז שחל על דיני משרד ממשלתי. באופן כללי הוראות של דיני המכרזים הממשלתיים יחולו על כל הרשימה לפעמים בשינויים המחויבים)
4. חברה ממשלתית- גם חברה בת ממשלתית
5. קופ"ח- לא עפ"י חוק אך הם ממומנים בחלקים מהמדינה. אנו עוסקים במכרזים חיצוניים – לפעמים עושים גם מכרז פנימי- לדוג' מכרז למינוי חדש שרק אנשים מתוך הגוף שכבר עובדים בו יכולים לרוץ אליו.
6. מועצות דתיות-
7. מוסד להשכלה גבוהה- מוסדות שהם מתוקצבים ע"י המדינה לפחות באופן חלקים, קרי מכללות שמתוקצבות כן וכאלו שלא- לא.
8. גוף דו מהותי- מרצה אסף הראל כתב דוק' וספר- "גופים מהותיים" גופים פרטיים באופן פרטי חלקם תאגידים סטוטוריים וחלקם לא, אך עוסקים בתפקיד ציבורי כמו חב' קדישא- לכן מחויב במכרז. עד לשנים אחרונות זה לא היה ברור שמחויב במכרזים אך יותר יותר מציבים את הגוף הדו מהותי באותו מקום כמו של משרד ממשלתי – יש הקלה בעניינים מסוימים אך בגדול נכנס לחובת מכרז מלאה.

על מה חלה חובת המכרז- סוגי החוזים וההתקשרויות:

1. טובין (ציוד) שרוצים לקנות.
2. עסקאות במקרקעין רלוונטי מאוד למנהל מקרקעי ישראל שלא רק מוכר אלא גם נותן מקרקעין. אחד המקרים היח' בהם המדינה לא רק קונה שירותים מבחוץ אלא גם נותנת זה מקרקעין. לדוג' המדינה נותנת תעדיף לנכי צה"ל לקנות תחנות דלק שזה עסקה במקרקעין – כלומר בהטבה ללא מכרז ועולות כאן שא' שונות.
3. ביצוע עבודה.
4. רכישת שירותים- שרותי ניקיון, קבלות וכו'..

אנו נראה שדיני מכרזים הוא **יציר כלאיים** שבין דיני החוזים (פרטי) למשפט מנהלי (ציבורי) החיבור ביניהם נראה אולי מלאכותי אך המדינה צריכה במקרים רבים להתקשר עם גופים חיצוניים רוב ההתקשרויות של המדינה היא עם גורמים חיצוניים לכן יש צורך בחוזים אך כיוון שמי שיוזם אותם הוא רשות מנהלית נכנסים כאן כל השיקולים מהמשפט המנהל. שמואלי- היה צריך לפתח קונסטרוקציה מותאמת של דיני החוזים לדיני המכרזים.

**מכרזים**

בדיני מכרזים יש השפעה של המשפט הציבורי על הפרטי (חדירה כמו של תום לב ועוד). מדובר על יצור מעורב - ולעתים יהיו חיכוכים כי דיני החוזים מסמלים יעילות כלכלית בין שני הצדדים. א' רוצה להתקשר ל-ב' ואם יש רצון אמתי או שאין ברירה - אז הם ינסו לכרות את החוזה היעיל ביותר. מפגש אינטרס ורצונות בין הצדדים - יש יעילות כלכלית וזה מתאים לשני הצדדים ואז הכול הולך בסדר. זאת למרות שיש סיווג של היעילות - **היעילות** נמצאת במקום הראשון. שם גם יש עניינים בהפרה - הפרת חוזה יעילה- יכול לקרות. לכן, ניתן לראות את הסייגים כמו תקנת הציבור אך זה נמצא באותו סדר עדיפויות. לכן גם ניתן להתנות על דיני החוזים.

המשפט המנהלי הוא כולו גזרות שבאות **להגביל את המנהל ופעולותיו.** לא ניתן לפעול רק במסגרת יעילות כלכלית - רוצים זאת אך זה לא השיקול היחידי. נכון שמדובר על כספי ציבור ורוצים יעילות - אך יחד עם זאת רוצים לסייג את כל ההליך מההתחלה ועד הסוף בכל הערונות המנהליים - שוויון, סבירות, אפליה ועוד. זה העיקר כאן. זכות עיון, טיעון ועוד. חובת הנמקה ועוד שהופכים את כל ההליך ללא יעיל - ולכן כל ההליך הופך להיות מסורבל הרבה יותר. שמים הרבה סייגים על היעילות.

זה מבטיח לנו התנגשות במקרה הרע ובמקרה הטוב זה מבטיח לנו סיווג די רציני אפילו בפרמטר כמו הזמן. ההליך המנהלי יאריך לנו את כל העניין. צריך לתת להגיב, לטעון, לדבר ועוד. זה לא פשוט בכלל וזה שווה הרבה כסף. לכן, יש מצב שהוא לא יעיל - דיני החוזים והמשפט המנהלי מושכים לכיוונים שונים. שני הדברים לכל הפחות יוצרים האטה ביעילות.

יש לציין, אנו לא באים להגן על דיני המכרזים - ולהגיד כמה הם קריטיים אלא נשמע דעות שונות וגם את היתרונות וגם את הבעיות. בישראל יש בעתיות גדולה ביותר - וזה אומר שלמרות שאנו יכולים לדבר על זה באקדמיה לא בטוח שיש המצאה אחרת איך ניתן לעשות את ההליך יותר טוב. אך כל השרשרת רואים שיש בעיה - יש המון שלבים וזה בעייתי ואפילו אם מתרגלים לזה ופועלים מהר ומוקדם כל מכרז רציני בהיקף ברשויות די ברור לכל העוסקים שזה יגיע בסוף לביהמ"ש. זה המון אחוז מהמקרים.

הרי זה אבסורד שאם אנו עו"ד של מכרזים שכל עניין יגיע בסופו של דבר לביהמ"ש - זה מאוד -מאוד לא בסדר. דיני המכרזים הם למעשה מרוץ סוסים - יש אחד שזוכה ואחרים שלא זוכים. יש הרבה אנשים לא מרוצים ומאמינים שהם צריכים להגיע למקום הראשון ולעתים יש להם אינטרס להפריע לעורך המכרז או למי שהגיע למקום הראשון ממניעים שונים. יש הרבה גורמים שעומדים בצד ומנסים לפגוע בעניינים. אנו נראה שהגופים האלה לא באים רק מתוך המכרז אלא גם מבחוץ. לכן, ככל שההליך יותר מסובך וכולל הרבה קוביות (תקנות חוקים ועוד) - יש סיכוי שנפספס.

לעובדי מדינה יש תמונת מצב לא טובה - כי אפילו אם הוא יעובד לפי הספר והתקנות ויהיה צדיק ביותר רוב הסיכויים שבכל מכרז מהותי העסק יתמסמס וייגרר הרבה זמן. לכן, לעתים גוזרים זמנים ואז מתחילים הרבה קודם. אך לא תמיד זה טוב כי יש המון - המון משתנים: תקציבים, הנחיות, עבודות ועוד.

אך לעתים זה כן נותן הרכב מנצח אבל לא ניתן להתעלם מהבעיות שבו. כי רוב הסיכויים שמכרזים גדולים יגיעו לביהמ"ש. אז יש בעתיות ולא בהכרח ניתן לעשות דברים בצורה טובה יותר.

מה הקונסטרוקציה החוזית?

**הצעה וקיבול עקרונית**. כאשר ב' מקבל הוא כובל את עצמו ואת א'. ברגע שהוא מקבל הצעה הוא **כובל את שני הצדדים**. זאת אף בלי להעמיק בהצעות בלי חוזרות. יש כאן התחייבות ולעתים אף לא צריך כתב. הקיבול הוא כובל.

מה הבעתיות בהליך זה של הצעה וקיבול שהוא בסיסי כאשר מדברים על מכרז?

שלד המכרז בגדול ואיך הוא משתלב בדיני החוזים: נניח אני רוצה לקנות מחשבים לאוני' בר אילו. המכרז הכי פשוט הוא מתוצרת דל נניח, אני יודע מה אני רוצה כבר עכשיו. זאת הסיטואציה הכי פשוטה. במקרה זה אני רוצה לבחור ספק שיספק את המחשבים. אנחנו יודעים שלא בהכרח היבואן יספק את המחשבים - אולי הוא יבקש יוקר נוסף כי הוא היבואן. לכן, לעתים יש מי שיספק את המחשבים בקלות רבה יותר. גם עניין הפריסה וההתקנה היא בעתית - אולי הוא יתקין אותם ולא רק ישים אותם באוניברסיטה. אולי היבואן אף לא עושה זאת - לכן, זה שיקול חשוב וזה עניין של זמן וכסף כי זה משבית כוח עבודה מהאוניברסטיה.

אנו עושים מעין מרוץ סוסים - כמי שעושה מכרז הוא יעשה סקר שוק. נבדוק את המצב בין הספקים בשוק. כאן יש פריט אחד או שניים - אותו סוג של מחשב פלוס ההתקנה. ואם זה רק המחשב - זה פשוט מאוד. אפילו יותר מסקר שוק.

לאחר מכן, אני מפרסם או מגיע לספקים בעצמי ועושה בדיקת מחירים ומי שהכי טוב הוא מקום ראשון. ניתן להחליט דברים נוספים - נניח לשלוחה בצפת שצריכה 200 מחשבים - אולי ספק צפוני הוא שיעשה זאת? או שנחליט שספק מרכזי כן עושה זאת.

יש הרבה אסטרטגיות -

מצד אחד, ככל שאתה מזמין יותר פריטים זה מוריד את המחיר מצד שני אם אתה עושה זאת במכה אחת זה מייקר את העסק כי יש את עלויות השינוע ועוד. לכן, גם עבודת הינדוס המכרז היא קשה.

נניח החלטנו מה שהחלטנו - קבלנו הצעת מחיר והתקדמנו. זה מכרז פשוט - אין בו שיקולים נוספים כמו ותק ועוד אלא רק אספקה נקודתית - זה יכול להיות יתרון אבל זה לא תנאי סף. מכרז למקצוע מסוים - אם אתה לא מוסמך לא תכנס בכלל למכרז. זאת למרות שלעתים מי הצוות והותק ודברים נוספים יהיו פקטור משמעותי. לכן, ניתן לראות שאפילו כאן כאשר יש מירוץ סוסים ופונים להרבה גופים ואני מעוניין להציע את ההצעה הטובה ביותר עבורי - כאן הזולה ביותר אבל לא תמיד - מה הבעיה מבחינת דיני החוזים כדי לבצע מרוץ סוסים כמו שצריך?

ברגע שאני המציע ואני מציע לסוחר למכור לי דבר מסוים - נניח תמכור לי 1000 מחשבים, אם הוא אומר לי כן - הוא מקבל למעשה. נניח חנות ספרים - החנות היא המציעה ואני המקבל. יש מחיר, שעות פתיחה ועוד וברגע שאנו נכנסים ובאים עם זה לא לקופה - אין מצב שהחנות תחזור בה מההצעה הזאת.

בדוגמא שלנו - אם אני פונה לספק ואני רוצה ממנו 1000 מחשבים והוא רוצה, הוא **כובל** אותי. אבל זה לא מסתדר עם ההיגיון של מרוץ סוסים אלא של מכירתו של ספר. ואם מוכר הספר לא יסכים בסוף הוא בבעיה כי הוא הציע ואני קבלתי.

לכן, יש כאן בעיה, לכן, אני לא רוצה לכבול את עצמי. אני רוצה לפנות להרבה גורמים שיכול להיות שאני לא מכיר בכלל ואולי חלק מהם בכלל לא קיימים אלא הם חדשים.ייתכן כי הם ימכרו במחירי הפסד - אבל זה צריך לעורר חדשנות כי אולי השירות לא יהיה מיטבי וזה לא תמיד פשוט במיוחד כאשר יש חשש שהספק לא יעמוד בזה.

לכן, יש בעיה בכבילה הזאת - ניתן לחשוב על קונסטרוקציות - לכן, הלכו לקונס' קיימת ופיתחו אותה - **הזמנה להציע**. ניתן לראות שעשו כאן דבר כזה:

שלושה שלבים ולא שניים:

**ההחלטה הסופית** אנו רוצים שתהיה **של עורך המכרז** - שהוא ישלוט על כל ההליך מההתחלה ועד הסוף. אנו מוסיפים כאן למעשה שלב נוסף מדיני החוזים. המבנה המתאים לנו הוא שלא המציע עצו יהיה המציע באופן עקרוני. הוא נשאר המציע אך יש יחד עם זאת מוסיפים את ההזמנה להציע הציעות **וכל מכרז הוא הזמנה להציע הצעות**:

**שלב א': הזמנה.**

**שלב ב': הצעה.**

**שלב ג': קיבול.** כאן עורך המכרז שולט. הוא יחליט האם לקבל או לא?

אך בסופו של דבר, יש פרמטרים נוספים לקביעת הזוכה, ויש סייגים לענייני דיני החוזים והיעילות. אך העיקר הוא שאני שולט על המכרז מההתחלה ועד הסוף. למעשה הוא לא מציע אמתי המגיש של ההצעה - כי אתה לא רק מציע את מרכולתך - מכיוון שכללי המשחק נקבעו קודם לכן.

לכן, המקבל הוא למעשה שקובע כי הוא מזמין אותו להציע הצעה שהיא למעשה ברורה מראש מה תהיה: תנאי סף (האם בכלל הוא יכול להיות מציע - רישיון, ותק, ניסיון, צוות ועוד), ויש גם את הקריטריונים השונים לפיהם קובעים מי זוכה.

לכן, אנון מהנדסים את ההצעה מההתחלה - למעשה במרוץ הזה אנו בודקים **עד כמה ההצעה מתאימה** - אם אין תנאי סף אתה בחוץ. לעתים אפילו כאן יהיו בעיות - כי לעתים נפסול אדם על חודש ותק. לכן, זה יעורר את החשד שיש כאן הנדוס של עשיית המכרז - יש "תפירה" למידותיו של הזוכה הרצוי והמציע המסוים לפי הנסיבות השונות.

זה גם יכול להתנגש ביעילות - נניח אני מרוצה מעובד, אין באמת סיבה להחליף אותו. מבחינת יעילות זה לא הגיוני ולא רצוי. אך המשפט המנהלי מונע זאת ולכן זה לא יהיה אפשרי.

לכן, עולה השאלה האם מייחסים מצב נפשי - נניח וביהמ"ש יאמין שאני לא ידעתי שיש רק אחד שעונה על הקריטריונים. נניח ומאמינים לי בכל מקרה - זה לא יעזור. כי המכרז נראה "תפור", אפילו שלא היה כאן שום יסוד נפשי בעניין.

לכן, אפילו בעת קביעת התנאים מההתחלה ניתן ליפול - זאת למרות שיש תנאי סף חשובים. לכן, כבר כאן ניתן לתקוף. אם אנו יוצרים סייגים תמיד ניתן לתקוף - השאלה האם אנו עומדים בסבירות למעשה. נניח אני רוצה עו"ד למשרד ממשלתי - אנו רוצים אנשים עם ניסיון לעתים אבל לא תמיד יותר מדי. גם כאן ניתן לתקוף - איפה השוויון ואיפה הקריטריונים המנהליים.

למעשה, **תנאי הסף הם גורמים למצב לא שוויוני**.

בהצעה להציע הצעות - המציע האמתי נכנס בשלב השני. אך המציע הוא לא באמת מציע כי אני בודק אותה ואני בודק האם זה מתאים לדרישות בשלב א' - או שהיא תפסל בגלל עניין תנאי הסף והחץ בין א' לבין ב' מאפשר להתארגן ואז לבחור ולהחליט איך הנדסנו את המכרז ואיך נקבע את אמות המידה. לאחר מכן בודקים את כל הצעות ובודקים מי הזכוה.

לכן, המושכות אצל עורך המרכז בניגוד לחוזה רגיל - זה יותר מסובך ממה שנראה. שלו נותנת כמה קונסטרוקציות איך זה מתבצע בעת המכרז - אבל יש בעיה. כי יש העצה וקיבול וזה בסדר. אך למה החוזה הזה נועד? הוא הרי לא מטרה אלא המטרה היא למעשה מכרז לביצוע חוזה נניח עבודה. אז יש חוזה שמכין לחוזה עתידי - יש קונסטרוקציה חוזית כפולה - לכן, זה לא חוזה בפני עצמו אלא זה בעצם מו"מ.

לכן עולה השאלה מה החוזה המרכזי והאם זה משנה בכלל? אז יש לנו חוזה א' לקראת חוזה ב'. יש כאן הכנה או שיש כאן **מו"מ** לפני החוזה עצמו. זאת אחת הקונסטרוקציות - לכן, זה צריך להיבדק גם כמו"מ - כי במו"מ יש חובות מסוימות ולכן יש שתי מערכות דיני חוזים שונות. גם מכין לקראת החוזה וזה גם חוזה בפני עצמו שלא בטוח שייחתם בסוף - אין תקציב, אין מנצח במכרז.

יש דוקטרינות שונות בדיני החוזים שמקשות עלינו לכן ניתן לראות שמדובר על נושא מסובך ביותר.

יש להוסיף - לא תמיד הזוכה יכול לזכות כי אולי אין לו תקציב ולכן גם נדרג את המתמודדים. כמו כן, בחזרה לראשית העניין, לכאורה **אם לא היינו הולכים לפי קונסטרוקציה זאת - הראשון היה כובל אותי אליו** כי אם הייתה הצעה שלי הראשון היה כובל אותי לכן אני אבקש הגשת הצעות עד למועד מסוים, נניח עד יום ראשון ב-10:00 בבוקר.

גם מבחינת קריטריונים - **צריך לפרסם אמות מידה להצלחה במרכז ותמיד עולות השאלות האם זה מספיק -** אני כמתמודד תמיד אנסה להגיד שזה לא מפסיק. אולי אני אפסל אך אני רוצה לדעת על מה? כמו כן, זה יכול להשפיע על ענייני הצעת המחיר. לכן, יש כאן נשאית משקולות - כי זה לוקח את הקלפים הרחק מעורך המכרז. זה פוגע במרחב הפעולה שלי.

לרוב, אם יש קריטריונים למתמודדים זה לרוב יהיה מצוין למתמודדים מכיוון שאם המתמודד מכיר את השחקנים זה יפעל לטובתו. בשוק גדול זה תמיד בעייתי כי אחד המציעים לא תמיד יכיר את כל שאר המתמודדים ומה שהם הציעו.

כאשר משקללים ציון כולל - ייתכן כי ביהמ"ש יתערב בזה במקרים מסוימים. זאת כי אולי **לעתים אני אהיה עדיף על מתמודד אחד למרות שבציון הכולל הוא עקף אותי.**

שאלה: האם יכול להיות שאני פרסמתי הזמנה להציע הצעות ואז בחוזה המרכזי אני אעשה דבר שונה? לכאורה לא. כי אם תשנה פסיק - אז יבוא מגיש אחר ויתלונן למה לא נתנו לנו. יש דבר אחד מהותי שתמיד משתנה: **זמן.** כי לעתים המכרז נגרר לביהמ"ש, **ייתכן כי תחילת הביצוע התעכב בגלל דיונים בביהמ"ש**. זאת למרות שאני לא בהכרח אשם. כאן ייתכן כי מתמודדים אבל כאלה גם שלא הגישו הצעה - כי אולי הזמנים שלהם כן היו טובים. נבדוק מה קורה עם דברים כאלה. חלק מהתשובה היא שיש מקרים שאני יכול יצור משפטי מפתח שבהם אנו יכולים לחמוק מהתמודדות עתידית אם עניין זה.

שאלה נוספת: למה צריך לקשור בין שני החוזים? הוא הרי לא חלק מהמכרז - הוא מעניין כי הכל נועד עבורו והוא משרת את החוזה המרכזי. האספקט השני הוא שקיפות - עקיבה, זה אומר האם יש למישהו - המציעים שלא זכו או גורם אחר - האם הוא יכול להמשיך ולעקוב מה קורה לאחר מכן? נניח אם הוא נחתם אחרת ממה שתוכנן תוך שינויים במועדים או בכספים. בעניין התחבורה - נניח בנייה של כביש - פתאום יש בעיה של מי תהום במקום - ייתכן כי זה בעייתי. ייתכן כי יאמרו לו שהיית צריך לדעת - אך לא תמיד זה אפשרי ואוסרים סיורים. לכן, ייתכן כי הוא לא אשם בכלל ולמעשה הוא לוקח את הסיכון שההליך לא יתנהל כמו שצריך.

זה מצב שיכול לקרות ואז הוא יגיד לנו: תפתור זאת. אז במקרה זה אם **יש זכות עקיבה אחר החוזה** - הם יכולים להמשיך ולערוב ואם עורך המכרז יגיד שהוא צודק ויש מצב לא צפוי - ניתן להגיד דיני החוזים. יש כאן חוזה טהור ביותר בשלב השני. זה החוזה ממש. אפילו אם יש תנאים מראש זה לא תמיד מכוסה למרות שזה חשוב ביותר. לעתים אם נכניס תנאים - זה מזמין את הגנב לפריצה.

לכן, עולה השאלה האם זכות העקיבה **של מי שאינו צד לחוזה** - האם הוא יכול לעשות זאת או כדי לפתוח זאת מחדש או סתם להרוס. זאת שאלה שנדבר עליה רבות. אבל בגדול השאלה היא - כן. **יש זכות עקיבה למרות הרצונות של עורכי המכרז.**

כמו כן: עולה השאלה האם זכות העקיבה באמת פתוחה? למי היא פתוחה? למי שנפסל? רק למי שיש זכות עמידה בכך - וזאת גם שאלה כי תמיד עולה השאלה מי אתה? זאת כאמור בזמנים שיש בהם הרחבה של זכות העקיבה. זכות העקיבה היא מראש מזכות עקיבה. לעתים עולות שאלות של זכות העמידה גם לעותרים ציבוריים - כמו התנועה לאיכות השלטון:

לשיעור הבא:

את הקובץ, לקורא את חוק חובת המכרזים ואת התקנות חובת המכרזים - יש כמה וכמה. צריך לקרוא את החוק ואת התקנות הכלליות משנת 93'.

**עקרונות דיני המכרזים ע"פ דיני החוזים**

שלב א'- עורך המכרז מפרסם 'הצעה להציע הצעות'

שלב ב'- המגיש מציעה 'הצעה'

שלב ג'- עורך המכרז (=הניצע) מבצע 'קיבול'

המכניזם הכלי, הרגיל של הצעה וקיבול בעייתי בדיני המכרזים מכיוון שאם עורך המכרז מעוניין להציע אז הראשון שעונה כבר מקבל. אנחנו לא רוצים שזה יקרה כי אנחנו רוצים תחרות. אם אני רוצה לעשות תחרות לא רישמית, גם במגזר הפרטי, למשל השכרת דירה, אני מפרסם את פרטי הדירה, מגיע אדם ומציע הצעה. האדם רוצה לחתום, משכיר הדירה רוצה להתמעמע לבדוק שוכרים אופציונאליים- מה יש לחכות למחר?! איזו סיבה יש לחכות? ייתכן כי המשכיר רוצה לבדוק אופציות נוספות, אבל הוא לא קבע מראש כי הוא מעוניין במשפחה או ברווק וכו'. זה לא מכרז במובן המוכר ולא מכרז ציבורי. אני רוצה למכור למי שאני רוצה ולהשכיר למי שאני רוצה- יש זליגה. אני רוצה לשמור בידי את האפשרות להחליט ובלי שאיזשהו מציע יקבול אותי. יש בשוק הפרטי בחלק מהמקרים, מצב שבו אני מנהל מכרז גם אם לא קוראים לו כך ולא חושבים שזה כך, אבל אם הוא אכן כזה, ייתכן כי דיני המכרזים יחולו עליו.

**עקרונות דיני המכרזים ע"פ דיני החוזים והמשפט המנהלי (תקנה 1א)**

1. **תחרות הוגנת בין המציעים תוך עמידה בעיקרון השוויון, מול אינטרס כלכלי- המכרז נועד להשגת תוצאה יעילה כלכלכלית הטובה ביותר לעורך המכרז.**

לדוגמא מרוץ סוסים- הוא צריך להיעשות בצורה הוגנת, התחרות צריכה להיות הוגנת בלי לתת יתרון באופן עקרוני לאף אחד אחר, אבל זה כבר מתנגש באינטרס כלכלי כי עקרון השיוויון לא יכול להתבטא עד הסוף- הטוב ביותר לא תמיד הזול ביותר. המחיר משחק תפקיד מרכזי בהרבה מהמקרים. אינטרס כלכלי זה יעילות, לא חייב כסף אלא המון דברים מסביב, למשל אם אני שוכר חברת ניקיון, שיהיה מחליף אם מישהו חולה, שיתנו עבודה טובה, שיעבדו היטב.

במקרה שיש מישהו שעושה את העבודה כבר הרבה זמן, לפני המכרזים או זכה במכרז קודם. לא צריך להכשיר אותו הוא מכיר את העבודה וכו', האינטרס הכלכלי שלי הוא לא להחליף אותו. גם שם לפעמים אני מופתע. ייתכן שאפשר למצוא תנאים טובים יותר. אני רוצה להשאיר את הקיים כי הוא עובד טוב. הניהול של המכרז עולה כסף וזמן, אפשר אולי לחסוך כמה גרושים אך לשלם יותר על הסובב.

תנאי סף- כשאני מבקש תנאי סף, לא משנה מה, למשל ניסיון של 3 שנים (סביר), מראש כשאני מייחד את המכרז רק לגופים שעוברים את תנאי הסף אני פוגע בשוויון. מי שייגש ולא עומד בתנאי הסף למעשה ייפסל. מראש לא ניתן לו לרוץ בשונה מלא לזכות. לכאורה ע"פ דוגמת הסוס, הסוס לא יכול להתחרות בכלל.

בגלל שהתחום יונק משני תחומים- גם מנהלי וגם חוזים, כבר כמעט בהגדרה של מכרז מגיעים להתנגשות. **איך פותרים את ההתנגשות?** צריך לראות איך התנאים האחרים פותרים את ההתנגשות. למשל סבירות- אם עורך המכרז ישכנע כי התנאי סביר ונחוץ אז זו דרך אחת לפתור את ההתנגשות. ייתכן למשל שלמשרה של יועץ רמזורים ניסיון של 3 שנים נצרך, אך למשל להספקת כמות X של מחשבים אין זה סביר שיש צורך ב3 שנים ניסיון.

בימ"ש לא ימהר להתערב אם נראה לו כשזה נמצא במתחם סבירות, אפילו אם זה נמצא בנק' קיצון בתוך המתחם. במידה וביהמ"ש קובע כי התנאי לא סביר, הוא לא יאמר מה התנאי הסביר, הוא לא רוצה לקבוע.

1. **המכרז פתוח לכל מציע תקנה 1ב.**

זהו עיקרון מנהלי, גם חלק מהשוויון. באופן עקרוני אמור להיות פתוח לכל מציע. זה כבר לא מתקיים בתנאי סף, אבל הפומביות של המכרז אומרת שבאופן עקרוני הוא כן פתוח לכל מציע. מכרז פתוח זה שהוא פתוח לכל (בהגבלה של תנאי סף), אספקט נוסף לפומביות, הוא הפומביות שלו- מכרז צריך להתפרסם באופן פומבי- עיתון או אינטרנט, לא רק בחוברת שנשלחת לאיגוד מסוים, לא בשידורי כבלים, לא באימיילים פרטיים אלא במקומות שכל אדם יכול להגיע אליהם. יש את האפשרויות להגיע אליהם, לא מחייב שזה אכן יגיע לכולם אבל הוא פותח לכל.

בתקנה 3 יש כ30 פטורים ממכרז. לא רק שהמכרז לא פומבי אפשר להתקשר ישירות עם גוף. יש גם צורות אחרות של מכרזים שאינן פומביות. יש מקרים בהם עורך המכרז רשאי לפנות לרשימה או לאנשים מתוך רשימה סגורה.

1. **איסור שיתוף צד מעוניין במכרז. איסור על ניגוד האינטרסים.**

צד מעוניין יכול להיות קרוב משפחה של השר, של מנהל ועדת מכרזים וכו', מישהו שאנחנו מעוניינים שיזכה. מה קורה אם הקרוב משפחה הוא יחיד בתחום, מה הטעם לעשות מכרז? אסור לחבר או למישהו שמקורב למנהל המכרז להשתתף במכרז. האם זה אומר לפסול אנשים כאלו שמעוניינים לגשת למכרז? זה פוגע בשוויון ובחופש העיסוק. האיסור נמצא אך לפעמים ניתן לפתור אותו.

אפשר לא לתת למי שמנהל את המכרז לטפל בהליכי המכרז, במידה ומשתתף בו קרוב משפחה שלו. לפעמים לא סומכים על חברי ועדות המכרזים האחרים, שמה יפעלו בניגוד אינטרסים מתוך חשש לא לפעול לטובת קרובי משפחה של מנהל המכרז. לפעמים סומכים עליהם שיפעלו כראוי.

1. **ביהמ"ש בודק שק"ד הרשות, סבירות, חובת הנמקה, זכות עיון, זכות טיעון, זכות עמידה, עיקרון החוקיות.**

בימ"ש בודק את שיקול הדעת- למשל ניסיון. איך מדרגים את הניסיון של הגוף שמתמודד, איך מגיעים לחישוב כמה ניסיון יש לגוף? לגבי מחיר זה עניין מתמטי, לגבי ניסיון זה עניין של הערכה. האם אפשר לסתור את הערכה הזו? כשהמחיר למשל מקבל 30% והניסיון מקבל 70%, ויש לי שני מציעי הצעות- הזול יותר יקבל אוטומטית את מלוא 'הניקוד' כלומר מתוך 30% הם יקבלו 30%. ההצעה הגבוה יותר תקבל פחות. כיום צריך לפרסם את עומדן עלות, אם מישהו ייתן הצעה זולה במיוחד זה יהיה חשוד גם אם לכאורה תהיה סיבה הגיונית כמו שהאומדן מופרז או נמוך מידי. אם כך למה הכי זול מקבל אוטומטית את ה-30%? מה קורה כשהזול ביותר גם יקר מידי למה שציפיתי? אז אני אתן פחות. כלומר גם כאן ייתכן ונגיע לשיקול דעת. לא מחייב כי בימ"ש יקבע שזה לא בסדר אך זה עלול לעכב בהחלט את המכרז.

גם אם יש סיכוי הגיוני שהעתירה לא תתקבל, זה תוקע את התנהלות העניינים, כסעד זמני ביהמ"ש מקפיא הכל. אז מנהל מכרז צריך לחשוב על כל זה לפני, ובכל זאת להיות יעיל כך שביהמ"ש לא יתערב בכל עניין של שיקול דעת.

חובהת הנמקה היא עקרון מאוד חשוב, לכל החלטה צריכה להיות הנמקה. אם לא זכית במכרז צריך לנמק למה לא זכית. אם זכית מן הסתם זה כי היית הכי טוב אז לא צריך. לאיזו רמת פירוט יש להגיע? אם פסלנו מועמד גם לנמק.

חלק מהזכויות הן חלק מצדק טבעי, לא כתוב אבל מקובל. יש זכות לטעון, למה להגיע לבימ"ש ישר, אפשר לטעון מול מנהל המככרז.

מי יכול לעמוד? רק מי שהשתתף במכרז ולא זכה?

1. **מניעת/ חשיפת שחיתויות שלטונית.**
2. **שמירה על זכויות עובדים.**

היום יש תזות שאומרת ששני הנ"ל הם הבסיס לדיני המכרזים. זה לא קם בגלל זה אבל היום זה בבסיס ההחלטה.

**ועדות המכרזים- הרכביהן ותפקידן**

עקרונית, אנו מדברים על הרכב רגיל של משרד ממשלתי. למרות שלרוב יהיה שם יותר מועדת מכרזים אחת. אך לרוב יש שם אחת מרכזית שהמכרז הולך אליה. ויש כאלו עם ועדות מכרזים מקצועיות – הוא חושב שצריך מקצועיות מיוחדת מבחינת הנושא והאנשים – נניח ועדות ענ"א – ועדה העוסקת במחשוב. כל מה שקשור לתכנות ועוד אנו רוצים אנשים מקצועיים. ועדות מו"ס – מחקרים וסקרים. יש משרדים בהם זה חשוב. במשרדים המדעיים יותר כמו המשרד לאיכות הסביבה ועוד. אך יש משרדים שזה חשוב פחות לעתים. כמובן, שזה לא יהיה נכון וכלכלי להעמיד אדם במשרד מסוים ולתת לו משכורת אם לא נדע מראש איזה מחקרים מראש נצטרך.

נניח אמרים לנו שאנו צריכים מחקר אקדמי, ואין עובדים שיכולים לעשות זאת. נצטרך לפנות לגוף מסוים וזה מסוג הדברים בו לא נעמיד מדענים עובדי מדינה (יש משרדים כאלה אבל לא תמיד. הזכרנו את המדען הראשי, שנמצא בכל משרד לרוב. אבל אפילו אם יש מדען – הוא אלא תמיד ידע לתת מענה להכול) לכן, בונים וועדה מיוחדת כזאת. ועדה נוספת – ועדת יועצים. יועץ אנו רוצים לתת לשר מסוים שלא בקיא בתחום. כאן אין משהו מקצועי המחייב ועדת יועצים. אך למה בכל זאת בכל משרד יש ועדת יועצים נפרדת.

1. **ועדת מכרזים מרכזית משרדית**

בועדת מרכזים קבועה יש באופן עקרוני שלושה נציגים קבועים – מנכ"ל, יועמ"ש וחשב. אלו ה-3 שחייבים להיות בוועדת המכרזים. זאת ועדת מכרזים משרדית.

1. **ועדת מכרזים מקצועית**

**ועדת יועצים** היא אחרת – היא יכולה לכלול כל פעם יועץ לכל תחום. היה מקרה בו במשרד התחבורה רצו לעשות מכרז לשילוט אלקטרוני – ולא היה כ"א במשרד. לכן רצו להביא יועץ – מה היה כאן?

אין פה חישוב מספרי. חלק גדול מהאחוזים במכרז כמו של יועץ יהיה נתון להערכה. הבעיה בנושא של יועצים גם אם מישהו לא מרמה יש אפשרות לשחק היות ומדובר בהערכה, הבעיה הגדולה יותר היא בעיית הפטורים, חלק גדול מהיועצים הם משרות אמון והם פטורים ממכרז. לרוב זה יועץ לשר או יועץ מנכ"ל, כאשר בד"כ כשמגיע שר חדש הוא לוקח יועץ חדש, הוא לא משאיר את היועץ הקודם. לכן אלו מכרזים שקשה להעריך אותם, יש הרבה יותר אפשרות להתערבות מבחוץ.

בגלל בעיה זו אנו חוששים שהמנכ"ל לו ההשפעה הכי גדולה בוועדה הרגילה יפיל את כל כובד משקלו, ולכן השתרש מנהג שבוועדת היועצים יעמוד סמנכ"ל ולא המנכ"ל. מנסים לסמוך עליו שיעשה את העבודה ביושר. יש חשש שמא יביא יועצים מקורבים.

יש כמה משרות אמון, גם במשרת אמון צריך שיגיע האדם הנכון והכי מתאים. אז לא עושים מכרז אבל עדיין רוצים שישב מחליט שהוא כמה שפחות תלוי. אתה רוצה שהאנשים האלו לא יהיו תלויים פוליטית. שאותם אנשים שממנים אותם יהיו אכן מוכשרים והכי נכונים. סומכים על הסמנכ"ל והמשנה למנכ"ל יותר היות והם פחות פוליטיים. השר הוא פוליטי והמנכ"ל שהוא מביא איתו לרוב גם פוליטי אך האנשים תחתם לרוב מקצועיים ולכן נותנים לסמנכ"ל לעמוד בראש הוועדה.

הוועדת יועצים היא וועדת מכרזים לכל דבר אך עוסקת רק ביועצים. יש לכך חשיבות היות וועדות ועצים היא דבר מאוד גמיש. יש חשש שימנו מקורבים.

1. **ועדת מכרזים "אד הוק"-**

משהו מיוחד ספציפי, למשל זכיין לערוץ 2, נתב"ג 2000 וכו'. ועדות מכרזים שקמות לסיטואציה ספציפית שקמה באופן חד פעמי או אחת להמון שנים. דוגמא נוספת באג 2000- היה חשש שהמחשבים שמשרד הרישוי יפלו בבת אחת.

1. **ועדת מכרזים נפרדת ליחידה-**

בחלק מהמשרדים, כל אגף טוען כי יש לו בעיות משלו ושהוא שונה משאר האגפים, הוא רוצה בעלי משרה משלו שיתאימו לאגף שלו. הם רוצים ועדת מכרזים ביתית שלהם, האנשים שנבחרים הם מתוך האגף, כי הם הרי מבינים הכי טוב את הבעיות של האגף. באופן כללי הכלל הוא שועדת מכרזים היא כללית משרדית, שיהיה חתך בפני כל המשרד וכל העובדים כולו, ולכן זה לא דבר רצוי בד"כ. לפעמים נותנים אם האופי של היחידה מאוד מאוד מיוחד ושונה בתוך המשרד. למשל מנהל הספנות, שחלק ממשרד תחבורה- האופי מאוד שונה וגם גיאוגרפית המספן יושב בחיפה. עוד דוגמא זה שירות מטרולוגי- הוא גם שייך למשרד התחבורה, אבל בעל אופי ייחודי לעצמו. הוא עוסק במרחב האווירי, אופי הדברים שונה לחלוטין ולכן יש צורך בהתייחסות מיוחדת ולא כדאי להכניס את ענייניה בין כל העניינים השונים (למשל לא רלוונטי לקחת במכרז במשרד התחבורה מישהו שעסק בכבישים לספנות שכן אין לו ידע מקדים בנושא).

1. **ועדת מכרזים בין משרדיות של החשב הכללי-**

יותר זול ויותר יעיל לעשות מכרז אחד משותף לשלושת המשרדים מאשר שלושה מכרזים שונים. יותר זול מבחינת מחיר, כשיש כמות גדולה יותר של פריטים המחיר זול יותר, זה יותר יעיל. זה נעשה דרך החשב הכללי- הוא ה"אבא" של כל החשבים ויושב באוצר.

יש מצבים בהם אדם לעיתים כפוף לשני גופים, זה אומר שהיועמ"ש שיושב במשרד החינוך הוא כפוף מקצועית ליועמ"ש במשרד המשפטים אבל הוא מקבל משכורת ממשרד החינוך. הוא כפוף מקצועית למשרד המשפטים ומנהלית למשרד החינוך. אותו הדבר עם החשבים- החשבים כפופה מקצועית לאוצר ולמנהלתית למשרד.

ועדות מכרזים מרכזיות של החשב הכללי-

יש עניינים שרלוונטים לכל משרדי הממשלה. אסור למשרד לעשות מכרז נפרד. כמו למשל רכב משרדי, פלאפונים ניידים, חופשות. כולם צריכים את זה ולכן מבחינה זו זה יהיה זול יותר ויעיל יותר.

**פטורים ממכרז- מתי אין מכרז?**

התקנה הכי גדולה עם הכי הרבה תתי נושאים היא תקנה 3 העוסקת בפטורים ממכרז. התחושה היא שיש חובת משרד אבל יש יותר יוצאים מהכלל שגוברים על הכלל. בד"כ יש מאבק גדול בוועדת המכרזים, יש נציג של יחידה שרוצה משהו- הדרך הכי קצרה היא פטור ממשרד. היציאה ל/ב מכרז הוא הדבר הכי מעקב, יכול להגיע לבימ"ש, ארוך ומייגע. יש צורך להסביר למה זה מצריך פטור ממכרז. הגופים הללו תמיד ינסו להגיע לפטורים. אם המקרה נכנס לאחד מהפטורים של תקנה 3, למשל סכום- בסכומים נמוכים 50,000, עד 50,000 ש"ח לא צריך לצאת למכרז מתוך שיקולי יעילות מול תועלת. משרדי הממשלה דרך תקנות פנימיות אף מקשים ומכבידים על עצמם במין מכרז זוטה גם מתחת ל50,000 ₪. אבל, היועמ"ש יכול תמיד להחמיר, הוועדה לא חייבת לאשר את הכללים המקלים יותר. גם כשיש לו פטור ייתכן כי יבוא היועמ"ש החשב או המנכ"ל ויחליט לצאת למכרז בכל זאת.

דוגמא נוספת תקנה שעוסקת בבידור- אם נגיד אני רוצה לקחת למשרד הופעה של משה פרץ, יש תקנה שאומרת שבעניינים של בידור אני יכול להביא את מי שאני רוצה כי אין פה רק עניין של יעילות וכסף אלא עניין מהותי של מי שמתאים וכו'. אם אגף הרווחה מגיע לועדת מכרזים ומבקש, ייתכן כי החשב יגיד כי אין תקציב ויטיל ותו ויכריח אותם לצאת למכרז.

**וועדות פטור (תקנות 10א, 11)**

1. וועדת המכרזים עצמה כוועדת פטור לעניינים מסויימים- כלומר הועדה שעוסקת במכרזים דנה גם בפטורים ממכרזים.
2. ועדת פטור משרדית כוועדת פטור לנושאים מסויימים (החברים: המנהל הכללי של המשרד, חשב המשרד והעומ"ש של המשרד)- בעניינים יותר מסובכים, עוסקת רק בפטורים, עדיין שייכת למשרד אך מתפקדת רק כוועדת פטור. יש פה גם מן מנגנון של ועדת ערעור לוועדת המכרזים (1).
3. וועדת פטור בחשב הכללי כוועדת פטור למקרים קשים יותר- מקבלת ישר בקשות לפטור בפטורים קשים יותר. חלק מהמקרים משמשת כמי שמרכז דיווח על פטורים. החשב הכללי מרכז אצלו גם רק ידיעות, אישורים על פטורים, לשם בקרה, לבדוק שלא מקבלים פטורים חוזרים בלי סיבה.

דוגמא- יש מקרים בהם אדם נכנס לעבוד במשרד ממשלתי כתוצאה ממכרז ויש מקרים שהוא נכנס כתוצאה מפטור ממכרז. אם רוצים להמשיך את העסקה שלו, לעיתים רוצים פטור. יש הבדל להאם העסקה הראשונית שלו הייתה בפטור או ע"פ מכרז? האם יש כאן פטור על פטור או שזהו פטור ראשון? הרבה יותר קשה לעבור בפטור על פטור. ברוב רובם של המקרים הוועדה הזו תתעסק בזה.

דוגמא נוספת אם רוצים לשנות משהו מהמכרז המקורי- זה לא עומד בתנאי המכרז, ייתכן והיה מועמד אחר שכן היה עומד בתנאי המכרז- שיטת מצליח כזו. מה גם שייתכן והיו מועמדים ראויים יותר שלו היו מוותרים להם גם על השינוי הזה במכרז היו מתמודדים. איזו טענה תקום למשרד שהוא המשיב כאן? הטוען רוצה למעשה לפסול את המכרז, ואז המכרז עשוי להגיע לשיהוי, זה מתנגש עם התיישנות, ניתן לטעון כאן שני דברים כנגד הטענה- אם הייתי יודע הייתי ניגש- התשובה לכך היא שזה כבר אמצע הדרך ואין מה לעשות, לא ניתן לצאת למכרז חדש. מעבר לכך מי אומר שאם אותו עותר היה זוכה הוא לא היה מתעכב גם כן. עולה השאלה האם יש לו זכות עמידה מלכתחילה בלי לבדוק האם היה לו בכלל פוטנציאל לרוץ במכרז, על פניו ניתן לומר כי לא היה לו זכות עמידה ולטעון כי הוא לא רץ למכרז.

אנחנו ניתן פטורים מסויימים חלקם של זמן וחלקם לא יהיו אוטומטיים. כשבא מצב של הארכת זמן או מצב של הרחבת כסף, החוק מאפשר למעשה לגשת לועדה ולטעון לפי אחד הפטורים הקיימים. המחוקק הבין שיש מקרים בהם לא ניתן לעמוד בתנאי הבסיסי, לפעמים זה פאשלה לפעמים לא ניתן היה לחזות זאת, ולכן מאשרים תוספות במגבלות מסויימות דרך מה שכתוב בתקנות אך גם אז לא חייב, בהתאם להחלטת הוועדה.

דברנו על עקרונות דיני המכרזים עד כה, על מה הם חלים ועוד. דיברנו על יניקת דיני המכרזים מדיני החוזים ומהמשפט המנהלי. כעת נעבור לחלק הפרקטי יותר איך העסק הזה עובד? איך עובדים מכרזים ציבוריים – אנו מדברים בעיקר על משרדי ממשלה וגם על גופים נוספים.

בחלק הראשון של השיעור נדבר על המשפט המנהלי והוא מיהם הצדדים בדיני המכרזים?

הראשון הוא עורך המכרז למול 7 גורמים שונים. בניהם יש יריבות חוזית. לכן, יש את עורך המכרז ויש את כל המציעים - עורך המכרז מזמין להציע הצעות והמציע עושה קיבול לכל ה-7 שמגישים הצעה. לכן, יש לנו יריבות משפטית בין הצדדים – יש כאן קונסטרוקציה חוזית מסוימת. כל ה- 2ים רצים ולכן יש להם יריבות משפטית בניהם לבין מס' 1:

1 קבוע את כללי הסף, אמות מידה, משקלים ועוד – אבל הוא גם כפוף לכללים של שוויון, תום לב ועוד. לכן, גם ל-2ים יש חובות לנהוג בתום לב כלפיו. אסור להם להציע הצעות שהם לא נכונות או מועטות בכוונה. נניח קבלן של ברזל – הוא צריך לפרט כמה כסף הוא מספק על הברזל, וכמה הוא לוקח במסגרת העבודה – נניח הוא כתב 3 שקלים לטון ברזל. הוא רצה הצעה זולה, אבל יש חשש שהוא טעה בכוונה וזה לא 3 אלא 300 שקלים. בדר"כ הטעות המכוונת לא תהיה כל כך מעל פני השטח או הסיכום של המרכיבים לא שווה לסכום הכולל שהוא כתב.

אז יש להם חובות בעיקר במישור החוזי – זאת בין מס' 1 לבין מס' 2. לכן, ניתן לקרוא לקונסטרוקציה המשפטית הזאת חוץ מהצעה להציע הצעות אלא גם מו"מ. לכן, ייתכן כי החובות על 2 הוא לא רק חוזי אלא גם תום לב במו"מ לקראת חוזה למעשה. זאת כי גם ההזמנה להציע היא חלק מאותה הכנה לקראת החוזה המרכזי.

בפועל, 2 מפורק ל3 ו-4:

3 – זוכה.

4 – לא זכה.

4 אחר - נפסל. זאת כי הוא לא עמד בתנאי הסף. נניח לא היה לו וותק מסוים.

לכאורה, 1 ו-3 נמצאים באותו שלב של המרכז אבל יש בניהם בכל זאת יריבות משפטית.תיכף נראה זאת.

4- המציע שלא זכה הוא נמצא ביריבות משפטית עם 1 – הוא מתוסכל, כי הוא לא זכה בגלל שלמעשה מתמודד 1 היה פחות טוב ממנו. רשות מנהלית כפופה לחובת הנמקה, לכן, באופן תיאורטי כאשר שולחים ל 4 ב' שהוא לא זכה במכרז וזהו, אבל אין הנמקה. לכן, צריך להסביר לו את דרך חלוקת הנקודות בין הסעיפים השונים (מחיר, איכות ועוד) ושהוא הפסיד זאת באופן מצטבר.

אבל, זה לא תמיד קורה – כי לעתים זה פוגע בפרטיות המסחרית של המתמודד השני. מצד שני אנו בחוזה – אתה צריך להביא בחשבון שאתה מוותר על הפרטיות המסחרית שלה. זה כמו לוותר על סודיות רפואית בנזיקין על נזק גוף. לכן, מדיני החוזים רואים שצריך לוותר על התנאים הסודיים – אולי זה אף משתמע, כי אתה נכנס לתוך כללי משחק שאומרים שזה כפוף לחובת הנמקה לפיה אם אתה תזכה, הפרטים שלך (מחיר, צוות, עבודות קודמות, רשימות ממליצים) כי אחרת יהיה קשה לרשות לעמוד בחובת ההנמקה. אז אולי את זה ניתן לעבור –

נניח ויש 35 מציעים ו-34 לא זכו, לכל אחד נצטרך לכתוב לו זה נשמע בלגן גדול. לכן, החוק אומר לפי התקנה לא מחייבים לשלוח חובת הנמקה מסודרת לכל אחד מהמתמודדים, מה שהשתרש שלא צריך לנמק יותר מאשר מכתב לצד שהפסיד. אבל אתה כפוף לחובת הנמקה יחד עם השקיפות – לכן, אומרים שכל אחד שלא זכה זכאי מכוח החוק, לפי התקנה, לעיין במסמכי המכרז:

1. ההצעה הזוכה. לא ההצעות האחרות שלא זכו. לא אלו שזכו נגיד במקום שני או שלישי אלא רק בהצעה הזוכה. בעצם מעניין אותנו רק המקום ה-1. לעתים זה משמעותי כי אולי המתמודדים 2 ו-3 גם ישתתפו בעבודה.
2. בפרוטוקולים של ועדת המכרזים. זאת המילה הכי משפטית –זה הפנים של עורך המרכז בביהמ"ש. כדי להראות מה היה אתה צריך להראות סיכום דיון למעשה. פרוטוקול זה הופך להיות מסמך משפטי לכל דבר ועניין. זה מסמך משפטי שחייבים לקחת בצורה רצינית ביותר. השתרש הנהוג אצל עובדי המדינה – כל פעם שנגמר הדיון, להראות אותו לחברי ועדה וגם להעביר אותו ליועמ"ש כדי שינסח זאת באופן יותר משפטי.על הפרוטוקול גם נתלים עותרים פוטנציאליים – בדר"כ אותו ב' יטען שהוא לא צריך לזכות אלא א'. ניתן להגיד שהם עשו טעות בחישוב ולכן הוא צריך להיות מקום ראשון. מה כן ניתן לחסום – לא הרבה דברים, אולי רק דברים כמו שמות.

נניח 4 ב' לא זכה, הוא רואה את החומרים מביאים את זה ליועמ"ש ותחפש זאת ותמצא פשלה ורוץ לביהמ"ש. כאשר המטרה היא שאנו נזכה במקום 3. אבל מה קורה כאשר אתה לא באמת יכול לזכות? נניח הוא טוען ש-3 שבכלל 3 היה צריך להיפסל – אולי זה אפילו לא יעזור למגיש העתירה. אבל גם עותר ציבורי יכול לעתור - אז בטח מתמודד יכול לעתור.

כאן עולה עניין הפרטיות – זה מסביר למה 3 הוא גם יריב משפטי. כי במסגרת העיון הוא יכול לראות הרבה פרטים של 3 שזכה. לכן, בא 3 ואומר 1 – הוא זכה במכרז של 200 אלף ₪, והוא מגלה סודות מסחריים משמעותיים ולכן יש כאן הזדמנות לריגול תעשייתי כמעט חינם. נניח מע"צ – תחזוקה של איי תנועה של גנים בינעירוניים – נניח הם מציעים את הנוסחה של הדשן שהם עתידים להשתמש. לכן, אותו3 חושש שהנוסחה הסודית מתגלה. ולהגיש את המכרז עולה לו רק 500 ₪. לכן, אולי 3 ירצה לסגת – ואז מה שיקרה הוא שהוא מפר חוזה כי הוא מפחד לחשוף את הנוסחה.

לכן, יש את תקנה 21 – אומרת שמצד אחד יש שקיפות ויש כפיפות לחובת הנמקה – לכן, אני מחויב לשחרר את המידע הזה כי אותו 4 חייב להשוואות את ההצעה שלו להצעה הזוכה – כאן יש עניין של יחסיות ביחס לזוכה השני. לכן, חייבים לראות את הכול. יש עוד דברים רלוונטיים – נניח עבדתי בחו"ל אצל מדינה שאין לישראל יחסים דיפלומטיים. לכן, אולי לא רוצים לחשוף זאת. לכן, יש איזון – מצד אחד שקיפות ומצד אחד אי גילוי של פרטים מהותיים. התקנה אומרת שהוועדה חייבת לחשוף גם את הפרווקולים וגם את ההצעה הזוכה – אבל יש לה שיקול דעת שלא לחשוף סוד מחסרי או מקצועי – זה יכול להיות כמה דברים. זה יכול להיות נוסחה ועוד. כאן יש להם שיקול דעת – שהוא של הוועדה. וזה מתאים – כי לעורך המרכז זה לא משנה. הוא נמצא בגוב האריות בין צד 4 לבין צד 3: הוא נמצא במעמד נוח כי אין לט אינטרס מסחרי כזה או אחר אבל זה בעייתי – כי:

1. זה גוף שהוא לא תמיד מקצועי – מי קובע מה זה סוד מקצועי. אולי נוסחה זה סוד, אבל רשימת מומלצים זה סוד מסחרי? לועדה לא תמיד יש יכולת לעשות זאת. גם לא תמיד יש להם למי לפנות.
2. בעיה יותר קשה – המשרד הוא גוף בלתי תלוי וזאת בעיה – זה אולי יפה תיאורטית אבל פרקטית זה בעיתי – כי תמיד אתה תגיע לביהמ"ש. לכן, זה מראה את הבעיה בחוק- אבל איך זה יכול לקרות שתחטוף עתירה אפילו אם תהיה הכי צדיק. או שלא חשפו מספיק לפי 4 או שחשפו יותר מדי לפי 3: הוא לא ירצה שיחשפו סוד מקצועי שלו ולכן נוצרת לנו יריבות משפטית: לכן, אולי 3 יתבע את 1 והוא ירצה שלא יחשפו את העניין הזה.

מה יקרה אם 3 מחליט פתאום לפרוש? הרי זה קורה לאחר סיום כל התהליך – 3 זוכה, כל ה-4ים לא זכו וקבלו הודעה על כך. וייתכן כי אותו 1 יאבד עבודה – לכן, אולי הוא יכול לתבוע אותו לפי החוזה על הפרה. אבל זה ייתקע להרבה זמן הוויכוח של החוזים.

לעומת 3, אותו 4 אין לו מה להפסיד – הוא מבקש תמיד בעתירה שלו צו הקפאה. היא אומרת שאין חוזה ולא ניתן לחתום עליו, ואם יש חוזה – אולי צריך להפסיק אותה. לכן, חשוב מועד העתירה. יש עד 7 שנים אבל זה לא רלוונטי וייתכן כי התביעה תפסל בגלל שיהוי. מה עם פיצויים? אבל נניח והוא עותר בזמן – יש לו נניח 30 יום לעיין והוא יום לאחר מכן לוקח את החומר הרלוונטי ואוז הוא מעביר ליועמ"ש שעותר – וזאת אפילו כאשר אתה לא מיידע את המשרד. לכן, אתה מבקש צו זמני שאתה רוצה להפקיא לכן, 1 ו- 3 מקבלים החלטה חלוטה של ביהמ"ש.

בגלל שהשופטים יודעים שהזמן חשוב מאוד הם נותנים הרבה פעמים צו בייניים – וזה בעייתי ביותר אם מעכבים כי אולי עברה שנה ויש תקציב אחר תוך קיצוץ. ואולי זה עבודה דחופה? ויותר מכך – יבוא אותו מס' 5 שלא הגיש בכלל מכרז כי לא חשב שיעמוד בתנאים.

לכן ניתן לראות ש-1 נמצא במצב בלתי אפשרי – או שהוא חושף ואז 3 יעשה לו בעיות או שהוא לא יציג את החומר ואז הוא יציג דרישה לראות את החומר. לעתים זה אף בא ממטרה לפגוע פשוט במספר 3. לכן, אותו 1 הוא מסכן – ואין לזה תשובה.

כאן נכנסים יועמ"שים שצריכים לפתור את הבעיה מההתחלה -

מראש אני אנסה לאיין את הסכנות האלה: נניח אני 1 ויש בעיה של לעיון במכרזים בעייתים – נניח זה דשן, או שוק תקשורת. גם לא תמיד יודעים שסוד זה סוד.

אז איך אני יכול לנסות ולנטרל את הבעיה, לפחות בחלקה, כבר בהתחלה?

אתה אומר כבר בהתחלה שהעניין ייחשף וייחשפו הסודות המקצועיים – אך גם לא חייבים להחתים כי שיקול הדעת של הוועדה הוא כבר קיים. כך אותו 3 לא יוכל לעתור נגד חשיפת הסודות (למרות שהוא כתוב בחוק ודברים הכתובים בחוק לא צריך לכתוב במסגרת הצעות המרכז השונות).

בנוסף לכך, צריך לכתוב בפועל במסמכי המרכז – תנאי שיוסיף היועמ"ש של ה-2ים יסמן על גבי ההצעה שלו בדיוק מה מהווה סוד מסחרי או מקצועי. לכאורה לא עשינו כלום, אז מה זה עזר לנו? לוועדה יש שיקול דעת להחליט מה סוד מקצועי או מסחרי – אז מה תהיה הנטיה של 2ים? לכסות כמה שיותר דברים – אם יש להם סיכוי לזכות במכרז. אז אולי הכל יכול להיות חסוי – הוא רצה להיות 3 נניח – אבל הוא נהפך להיות אותו 4. לכן אולי הוא יכול לשאול למה לא נותנים לנו לראות?

בוא נכנס להצעה שלך של אותו 4 שלא זכה – ניתן לקרוא לזה ניקיון כפיים – כי אתה דורש דבר שאתה לא בקשת בכלל. אתה טענת שזה דבר שאסור לחשוף – לכן, זה תנאי "מצליח", אתה בקשת לא לחשוף משהו ואתה מבקש מאחרים?

אז למה זה לא פותר במאה אחוז?

אז זה כמו שמחט – אתה חושב כמה דברים קדימה. אבל יושב אותו 2, הוא שואל מה הסיכוי שלי לזכות?

נניח רצים 100 איש – מה הסיכוי שלי לזכות? הוא לא גדול. לכן, עולה השאלה מה הסיכוי שיחשפו את הדברים האלה? אני יודע שיחסמו לי את הגישה הזאת, ואם בכלל יש לי הצעה לא טובה אז אני לא אוותר על סודיות על כלום – לכן, אנשים בכוונה לא יטילו חיסיון על כלום. לכן, הוא לא יהיה כפוף לבעיה שח ניקיון כפיים בכלל – לא יוכלו להגיד לו שהוא לא נקי כפיים.

אולי זה שיקול דעת וועדה – נניח 3 יגיד שאמר שזה חסום והוועדה אומרת שזה לא חסום בפניה בגלל החוק.

לכן, ראינו שתי בעיות עם המשפט הזה – אבל הוא מאוד יעיל וזה למעשה כובל את הצד השני.

מצד שני – אם מישהו לא מילא את זה –ניתן לעתור נגדו איך זה יכול להיות שהוא לא מילא את התנאי הזה??

יש לנו את מציע 4 ג' שנפסל -

יש פס"ד אלרטרוניקס – שגם לאותו 4 ג' יש מעמד והוא יש לו מעמד עדין כי הוא נפסל. לכן, בעיות שציינו יכולות להיות חריפות כאשר אותו 4 ג' נפסל – כי זה עשוי לעודד הצעות קש כמעט בחינם – אותו 4 ג' לא יזכה בוודאות והוא לא יזכה, לכן הוא יכול להיות לארג' – מה הוא יעשה? יחשפו הכול, פס"ד אלקטרוניקס אומר שלמרות שהוא נפסל הוא ראשי להסתכל על הפרוטוקול וההצעה הזוכה – כי ממש אין לו מה להפסיד. הוא יקנה מסמכים מכרז, יפסל ויבדוק את ההצעה הזוכה. הוא יוכל לקבל אפילו "פירורים" שיעזרו לו.

לכן, מבחינת שקיפות יש הגיון אבל מבחינה מסחרית יש הרבה בעתיות - כי אותו "משפט זהב" לא יעבוד במקרה הזה. הוא גם יכול להיות חכם בלילה ולנסות להתנות על אותם תנאי סף. אבל אותו עורך מכרז יכול להגיד – היית צריך להגיש את ההצעה כאשר העסק התחיל לזוז. לכן לא תמיד עניין זה הוא בר ביצוע. אבל גם כאן זה יכול לתקוע את המכרז.

יחסים משפטיים נוצרים כאמור בין 1 – עורך המכרז, לבין שאר הגורמים שתובעים את 1. ניתן לעתור לפני ואחרי העתירה – אבל לרוב היא נגד אחד ע"י 4 – מתמודד שלא זכה או שנפסל.

יש פסקי דין שדנים בשאלה האם אותו 4 ב' שמגיש עתירה נגד 1 ונגד 3 – הזוכה, האם הוא צריך להראות שיש אפשרות שהוא היה זוכה במכרז אם הוא היה מנוהל כמו שצריך?

נניח אותו 4 ב' טוען נגד 1 ש-3 שזכה היה צריך להיפסל נניח כי יש לו ערבות שהיא לא בסדר וזה היה צריך להביא לפסילתו של 3 או שיש לו ותק לא מספיק. ייתכנו מקרים כאלה למרות שזה לא קורה לרוב. לעתים יש מקרים יותר מסובכים אפילו – מה קורה עם חברה שדרוש לה 6 שנים ניסיון – ונניח היא טענה שיש לה 17 שנים ניסיון – בא עותר וטוען שאין לה ניסיון של 6 שנים אפילו כי התחלפו מנהלים, בעלים ועוד.

נניח שהוא צודק ובאמת 3 אמור להיפסל – האם זה צריך להגיע למצב ש-4 ב' כחלק מזכות העמידה שלו האם הוא צריך להראות שהוא זוכה במקומו או לא? נניח ו-4 ב' הגיע למקום 17, ניתן להגיד שהוא יעלה במקום אחד בלבד והוא לא היה זוכה בכלל. עקרונית, הפסיקה אומרת ששי זכות עמידה אפילו אם אתה לא תגיע לחבורה הזוכה. זכות העמידה היא פתוחה אך יש לזה כוכבית ונדבר על כך בהמשך.

או שהוא טוען – שמשהו לא היה בסדר בהליך המכרזי – לא בצעו דבר מסוים כמו שצריך וטענה זאת היא נתונה לבעיה מסוימת – שיהוי או השתק – נניח בא 4 ב' והוא אומר שהתנאי של 7 שנות ניסיון הוא לא סביר – ביהמ"ש פוסק לפי מתחם הסבירות. אך ביהמ"ש יכול להגיד – למה אתה נזכר עכשיו?

זה מביא למניעות או השתק – כלומר, אתה מנוע או מושתק לטעון טענה שהיא נכונה אולי מהותית אבל לא העלו אותה באופן נכון מבחינה פרוצדוראלית – יגידו לו שזה לא כלכלי שהוא בא עכשיו לאחר שכבר סיימו את המכרז, יש חוזים עם קבלני משנה ועוד – זה לא יעיל להפסיק את העבודה כעת.

ניתן להגיד לו – איפה היית? אפילו אם אתה צודק! כי אנו נעולים במהות לעתים אך כאן הפרוצדורה היא חלק בלתי נפרד מההליך. זאת "שיטת מצליח" – או שהיית זוכה ואז לא הייתה מעלה טענות במהלך המכרז, וכעת כאשר ראית שלא זכית אתה הולך לאחורה – ואתה טוען שכללי המשחק לא היו בסדר ולכן – יגידו לו אולי אתה צודק, אבל אתה מושתק. זאת טענת הגנה טובה שלא מתרחשת אוטומטית – אלא זה מביא למניעות וביהמ"ש יכול לאמץ זאת. אך אם יש דבר שהוא מבחינה מנהלית הוא לא בסדר – אולי ביהמ"ש יקבל את טענת התביעה.

אלו טענות קלאסיות של 4 נגד 1 ו-3. אם בא 4 ג' והוא נגד עורך המכרז – הוא יכול לטעון פסלתם אותי שלא כדין.

טענה מסוג אחר – יותר מסובכת:

זאת טענה מסוג אחד – אל יש טענה מסוג אחר:

תנאי הסף לא טובים – הם לא בסדר. הוא יכול להגיד שלא נתון לשיהוי.

מה עוד ניתן לטעון?

גם אולי 3 – המנצח היה צריך להיפסל – אז מה ייתן לך? הרי גם אתה פסול. אך מתי זה יהיה קריטי לטעון זאת?

במכרז נניח שבו רצו רק שניים – נניח נשארו רק אותם מתמודדים ואותו 4 ג' מנסה להשוות עצמו ל-3, ואם הוא היחיד שנפסל – הוא יכול לטעון בביהמ"ש שצריך לבטל את כל המרכז – אין אף אחד שהגיע לגמר ולכן מה נשאל כעת?

הרי זה רק לקלקל – מה יוצא לך בכל מזה בכל? הרי בשביל זה לא שווה להגיש עתירה. מה זה עוזר לו?

הרי 1 הוא לא טיפש – אולי יכול להיות שהוא הבין שנשארו רק 2, תנאי הסף לא מתאימים נניח, פנינו לכל הארץ – אין לנו יסוד להניח שפתאום יצוצו גופים חדשים - ולכן אולי נגמיש ואז 4 ג' אולי יוכל להיכנס פנימה – זה סיפור חדש למעשה. אם הסיפור נפתח מחדש – זה סיפור אחר.

תרחיש אופטימי נוסף –

אולי ניתן לעשות מסלול אחר – נניח יש תקנה 3 – יש פה יותר מ-30 פטורים שונים, לא בטוח שנקבל פטור ממכרז כי לעתים לא בטוח שמקבלים זאת. אולי זה רק חריגים – אבל נניח שהמקרה הוא כזה בו אולי יש מצב לפטור ממכרז – אבל בכל זאת יצאו למכרז. אולי פסלו הרבה אבל החוק אולי מאפשר פטור – נלך על פטור עקב אי ההצלחה:

פטור אומר שאני מתקשר עם מי שאני רוצה ואז אני אתקשר עם כל אחד שאני רוצה – 4 ג' או כל אחד אחר ואז נפטרים מכל הסיפור. 4 ג' יש לו מה להרוויח עקרונית – במצב בו העסק נפתח מחדש. הוא לא יודע לנבא זאת, ולכן לא תמיד היועמ"ש ימליץ לו על כך.

4 ג' יכול לקוות שאולי יחלוקו את העבודה, אולי יתנו פטור ממכרז, או תנאים חדשים ועוד. אלו הדברים העיקריים שיכולים לצאת לו מזה.

מה נעשה במקרה בו יש אומדן של המשרד ואז מגישים 3 הצעות בעלות עלות גבוהה הרבה יותר?

או שמבטלים את המכרז, או שבודקים את ההצעות בצורה יותר מפורטת, אולי יש כאן סוג של קרטל? הרי שאין דרך להוכיח זאת אפילו אם אני הולך למשטרה.

ההרגשה של הרמייה מתחזקת כי הם יודעים שהם מעט שחקנים בשוק – קרטל מסוג זה יכול לקרות כאשר מעט מאוד שחקנים משתתפים במכרז.

נניח והם אפילו יודעים שמישהו מהם יזכה, אך איך ניתן לשתף פעולה?

אולי המתחרים יכולים גם לרוץ יחד – זה לגיטימי, אך זה לא קרה כאן – אלא הם רצו בנפרד. איך הם יכולות בכל זאת לשתף פעולה – קבלני משנה. כך עורכי מכרז מנסים להלחם עם תופעות קרטלים – כי אותם מתמודדים במכרז מכניסים סעיפים לפיהם אסור לקבלן לקחת קבלן משנה כדי להלחם בקרטלים וכדי לא להתפשר על איכות העבודה.

לכן, יש לכך שתי סיבות לעשות זאת –

שהם לא ישתפו פעולה כי יש כאן ריח של משהו לא כשר, וכן, זה מביא פנימה גורמים שאין עליהם פיקוח, יש אפשרות לעשות זאת.

אך ברגע שמסייגים יותר מדי את המכרז – זה מכניס לבעיה רצינית.

אך מה בפועל נעשה במקרה מסוג זה?

אולי לחלק את העבודה בניהם? כאן יש שני דברים:

1. אם אני יועמ"ש חכם אני אכתוב שיש לעורך המכרז אפשרות לחלק את העבודה בין המציעים – זה עוד סיבה לדירוג המתחרים.

במקרה כזה נגיד למתמודד שייקח זאת בחשבון במסגרת התמחור. זה עלול להביא את המתמודדים לא לגשת – כי אולי הם יחשבו שזה לא יעיל להם. לכן, אולי התנאי הזה הוא לא טוב וזה יכול להביא לבעיות.

1. אולי בכלל נעשה זאת מלכתחילה.

שאלה נוספת –

האם כדי לגלות את האומדן?

כן, כי אם המציעים ידעו זאת אז אולי יש תניה המאפשרת לבטל זאת. כי אז ניתן להגיד: אין כסף.

אבל רצוי שלא לבקש את ביטול המרכז. יש עוד עילות חוץ מריחוק מהאומדן.

אפשרות נוספת:

מחיר תקרה.

מה באמת היה במכרז של הספינה הרוסית שנתקעה?

במסגרת שרשרת השלבים של מכרז, ניתן להכנס לנושא הזה של קרטל לא רק במקרה זה שיש 3 גופים שיכולים לבצע – אלא אני יכול להביא על עצמי צרה כזאת. אם אני פועל מצד אחד נכון ומצד שני לא נכון – אני עלול להביא את זה על עצמי אפילו כאשר יש 50 גופים שיכולים לעשות את העבודה.

לעתים מטעמים מאוד חיוביים אולי נעשה סיור במקום מסיום – וזה חיובי לפי דיני המכרזים – אבל אז אולי יהיה מפגש של המתמודדים וזה יכול ליצור קרטל.

יש לזכור שאולי ניתן לעשות טריז בניהם – אולי לנהל מו"מ, אך איך ניתן לשנות אותה פתאום? למה שהוא יבגוד בחברים שלו? זה צריך להיות מאוד מפתה. גם יש בעיות מכיוונים אחרים – שוויון, האם זה בכלל אפשרי לנהל מו"מ??

והאם ניתן לנהל מו"מ עם מישהו בלי שהשני ידע?

יש כללים שנותנים אפשרות לנהל מו"מ אבל יש לזה כמה תנאים –

צריך לכתוב זאת מראש. וכן, יש לזה כללים: תום לב לדוגמא ויש עוד דברים. וכן, אם נראה צורך לנהל מו"מ ע"י 1 – זה יראה שהוא לחוץ ואז אם אתה משדר לחץ אז אותם מתמודדים ינצלו זאת לטובתם.

אז מה כן עושים?

מגישים מכרז פומבי נוסף – הבעיה היא שרוב הסיכויים שכל הגופים ייגשו מחדש, אך זה מראה שלא נכנעים להם – הולכים למכרז נוסף. אולי גם הם לא נכנעים – אבל על פניו יש אולי תקווה שאחד מהשלושה יהיה "ילד טוב" ויזכה אבל יבגוד בחברים שלו. ואז כל העסק הוא ספקולטיבי – הם הזיעו קצת אבל לא הרבה.

אנו בונים על בגידה של אחד - שכן, הם לא חברים טובים. בסופו של דבר, המחירים וההצעות נשארו אותו הדבר. אך העסק נהיה יותר דחוף. אולי נעשה פטור ממכרז?

ניתן לטעון שהמצב הביא אותנו לכך, אבל היועמ"ש אמר שזה לא יעבור מבחן – כי אולי הם יגישו עתירה לביהמ"ש איך הם מתקשרים עם אחד מהם בלבד? השניים האחרים יכולים להגיש עתירה אפילו אם הם לא יהיו צודקים – זה עדיין יעכב את ההליך.

לכן, מה עושים כעת??

החליטו במשרד התחבורה להמשיך למכרז שלישי:

גם שם – זה היה אותן הצעות ואותם מחירים. עשו שינוי בתנאים ויצאו במכרז רביעי. בסופו של דבר – אף אחד לא מצמץ.

בסוף המשרד הרים ידיים – זה לא עזר וחתמו חוזה עם הזול מכולם, לקח יומיים לכרות חוזה איתו ואז הוא הגיע למשרד והוא אמר – כאשר הוצאתם את המכרז הוא היה סגור, כעת הוא נכנס לעסק, הוא אמר שזה גדול עליו ולכן הוא רצה את עזרת האחרים – והם התחלקו בכסף.

היריבות הטבעית המשפטית היא בן 1 עורך המכרז לבין מציע לא זכה או נפסל. חוק חופש המידע שנכנס מאפשר למעשה עיון לכל אדם מתעניינים. ברור שבדיני מכרזים יש כלב שמירה שהוא 4ב- מציע שלא זכה.

גופים 5- לא ניגשו בכלל למכרז כי חשבו שלא עמדו בתנאים- ברור להם שאם יגישו הצעה יפסלו, לאחר מכן הוא שומע כי זכה במכרז מישהו שפסול באותו מום או מום אחר, הוא גם היה צריך להיפסל. לכן גם לו יש זכות עמידה. אוו אדם יכול קלקל לאותו אדם שזכה או שביהמ"ש יורה על ביטול המכרז ועריכת מכרז חדש עם תנאים אחרים. יש גם סיכוי שביהמ"ש לא יבטל את המכרז אלא פשוט יבטל את הזכייה ואז עורך המכרז ייתן למס' 2- מציע אחר שלא זכה והיה שני אחריו.

* האם יש למי שהגיע במקום השני או השלישי מחוייבות כלפי אחד? או ברגע שקיבל את ההודעה של הזוכה אינו מחוייב עוד? התשובה היא לא. אי אפשר לאחר חודש להגיע ולומר כי הזוכה פשט רגל או נפסל וכו', אם מי שהגיע במקום השני רוצה מה טוב, אם לא אי אפשר לחייב אותו. ברגע שמקבלים את הודעת האי קיבול לא מחוייבים יותר.
* נניח מצב בו שני הצדדים רוצים, השאלה היא האם זה יוצר בעיה מבחינת דיני החוזים?

6- העותר הציבורי- הפך לבעל זכות עמידה במשפט המינהלי לפני זמן רב. ה חל מהתנועה לאיכות השלטון ואומץ וכו', עותרים שפועלים לא בשם עצמם אלא בשם הציבור למען מטרות של מלחמה בשחיתות וכו'. בדיני מכרזים ב90% מהמקרים יש כלב שמירה, זה עולם מסחרי, אנשים אלו יכולים לעמוד על שלהם, הם יכולים לקבל סעדים מבימ"ש, יש להם אינטרס- לזכות במקום מי שזכה או לקלקל לו או להתנגח במוציא המכרז. אין סיבה לכאורה להרחיב את זכות העמידה גם לעותר הציבורי.

המכרז של ערוץ 2- התנועה לאיכות השלטון הגישה עתירה, לא על המכרז כולו אלא על אחד משלביו. הרשות השניה אמרה כי אין להם זכות לעתירה וביהמ"ש אמר שיש. ומשם עלו עתירות נוספות כאלו. גם בדיני המכרזים זה לא סגור הרמטית, לא תמיד כלבי השמירה מספיקים, לא תמיד פועלים אותם גורמים בתוך המכרז כננגד מוציא המכרז מסיבות שונות.

לאחר רפורמה שהייתה, כשעורך מכרז נותן פטור ממכרז הוא חייב לפרסם את זה באתר האינטרנט שלו והוא חייב לתת 10 ימים לתגובה של גופים אחרים לפני שהוא חותם על חוזה עם מישהו.

לא תמיד קורה בפועל שכלב השמירה פועל, גופים אחרים, תנועות לאיכות שלטון, קליניקות שונות.

* באילו מקרים הפרוצדורה מנצחת את המהות ולהיפך? היא מתחילה בדברים הפשוטים- התיישנות למשל, הפרוצדורה אומרת 7 שנים ולא ניתן לחרוג מכך, אך גם חוק ההתיישנות נותן לנו חריגים כמו התיישנות שלא מדעת. יש מקרים אחרים בהם השאלות לא נפתרות באופן מפורש בחוק, מהו זמן סביר? כשהחוק נותן לך הקצאה של 10 ימים (עסקים), באופן מפורש לא ניתן לומר שלא ראיתי לא שמעתי, זה בעיה שלנו.

7- חלק מחברי ועדת המכרזים עצמם נגד הועדה כעותרים ציבוריים- לפני כמה שנים בפס"ד מועצה מקומית גליל תחתון- קרה דבר שיכול לקרות רק במועצות אזוריות ולא במשרדי ממשלה או קקל למשל יש פוליטיקה. ישנה אופוזיציה וקואליציה, ונציגים משניהם צריכים לשבת בועדת המכרזים. המתנגדים במכרז היו מיעוט (2 מול 3).מכרזים של עיריות נקרא מכרז זוטא. שני האופוזיציונרים שלא היו מרוצים עתרו לבימ"ש נגד ועדת המכרזים. האם יש להם זכות עמידה? הם תובעים את עצמם. איך הם יכולים לתבוע את עצמם? הם חלק מ1, בלעדיהם אין ועדה. מאחורי טענת ההגנה המקדמית הזו שמבקשת לפסול את עצמם העתירה בגלל העמידה, עומדים מאחורי זה טענות קשות הקשורות לענייני אופוזיציה קואליציה.

ביהמ"ש אומר שהועדה לא יכולה לעתור כנגד עצמה אבל חברי הועדה הזו הם גם חברי מועצה, וגם הם כחברי מועצה הם כלבי שמירה. זה שהם חברי ועדה הם למעשה בעלי כובע כפול של עותר ציבורי, ושל חברי ועדה. הוא מסתמך על פס"ד של העליון שמדבר על זכות העמידה של עותרים ציבוריים. אם כן לכאורה זה חלק מ6 אבל זה חידוש בפני עצמו.

בפועל אפשר לבקש מאופוזיציונר אחר להגיש את העתירה או לבקש מהתנועה לאיכות השלטון. קיימת כרגע הלכה של המחוזי להלן שאומרת שניתן.

**שרשרת השלבים ליציאה ממכרז** (התרשים באתר)

1. זיהוי צורך בהתקשרות עם גורם חיצוני למתן שירותים ע"י היחידה/ האגף הרלוונטיים-

צריך להתחיל להתכונן להגעה לועדה למכרזים

1. הכנת מסמכי המכרז וחומר נלווה ע"י היחידה הפונה (תקנה 17)

* מפרט מקצועי וטכני- נגיד בניין, כמה קומות אילו חניות, כמה דירות בקומה וכו'. מפרט מקצועי זה אם צריך שירות ממהנדס- מה צריך ממנו.
* טיוטת מודעה בעיתון (במכרז פומבי)- גם באינטרנט, מאוד כדאי. זאת משום שהיועמ"ש בכל מקרה יושב על הטיוטות הללו לכן כדאי שיהיו מוכנות. זו היא הטיוטה להצעה להציע הצעות. עולה שאלה משפטית מה היחס בין המודעה שאין בה את כל הפרטים בין נתוני המכרז. אותה מודעה יש בה רק את הדברים המרכזיים. בכל מודעה כזו חייב להופיע משהו נוסף- הפנייה למסמכי המכרז. המסמכים נקנים בכסף וחייב להיות רשום שלא ניתן להחזיר עבורם כסף בשום סיבה. זה הופך להיות חלק מהצעה להציע הצעות, חלק מהותי, השמינית או הרבע עמוד בעיתון זה הפנים של המכרז. מצד שני צריך להפנות למסמכים האלו- כיועמ"ש אני רוצה להגיע למצב שבו המודעה זה החיבור בין ההצעה לבין מסמכי המכרז שהם תנאי סף. צריך לקנות אותם לא ניתן לצלם את זה. מבחינה משפטית זה חלק מרכזי מהצעה להציע הצעות. **מה קורה אם יש סתירה בין מסמכי המכרז לבין המודעה? אם חל באחד מהם טעות?** יש נטייה לומר כי יש לבוא לטובת המציע. היועמ"ש צריך לכתוב במודעה כי אם יש טעות במודעה אז מסמכי המכרז הם הקובעים וכך להימנע ממצב כזה. לכתוב בכל מקרה של טעות/התנגשות וכו' מסמכי המכרז גוברים.
* טיוטת הסכם התקשרות עם הזוכה- נציגים של יחידות קטנות לא תמיד מעוניינים לעשות את זה, הם מעוניינים להגיע לועדה קודם, למה לעשות עבודה כפולה מראש? התשובה לכך היא שכדאי לעשות זאת כי ועדת המכרזים ישאלו שאלות. כדאי לשבת עם היועמ"ש לפני הועדה, אם מכינים חוזה לפני הועדה מרוויחים את האצבע שלו, כלומר הוא ישב ועזר לך, הכין את החוזה, מה הסיכוי שיצביע נגד זה? בנוסף ליועמ"ש יש ותו בעניינים משפטיים. הוא חבר ועדה כמו כל חבר ועדה, אבל בעניינים משפטיים הוא יכול (לא חייב) להפעיל את זכות הותו שלו). הוא יכול להיות נגד היציאה למכרז מסיבות משפטיות שונות. לכן כדאי ליצור עימו את ההבנה כבר מראש.
* בדיקת אישור תקציבי- כנ"ל לגבי אישורים תקציביים, גם לחשב יש ותו בעניינים כספיים, לכן כדאי לשבת עם החשב מראש כי אז מרוויחים את הקול שלו גם והוא יכול לעזור מבחינת התקציב מראש. החשבים בהרבה מקרים אם הם לא רוצים להילחם הם נותנים ותו זמני ומקפיאים לתקופה קצובה. ברגע שזה מופשר זה אומר שאין צורך לכנס מחדש ועדה, זה תלוי בטקטיקה של ניסוח משפטי. לכן צריך לעמוד על זה שאם הבעיה היא רק תקציה זה ירשם כך כדי למנוע אח"כ מכינוס מחדש של ועדה שם ייתכן כי חבר ועדה חדש יתנגד.
* הצעה לאומדן- בעבר היה רשות והיום הוא חובה. כדי שנוכל לבדוק האם ההצעות חורגות מהאומדן. הצעות רחוקות למעלה הן בעייתיות כי אין כסף וגם לא רוצים להיות מנוצלים. מצד שני גם הצעות רחוקות למטה הן חריגות וחשודות כי יש פה חשש לרמייה או תמחור לא נכון. ייתכן שהוא יספוג את ההפסדים אך ייתכן שהעבודה תיפסק, ייתכן שהוא מקפח זכויות עובדים ואז חייבים לפסול אותו. יש יתרונות וחסרונות לחשיפת אומדן.
* חומר הסבר נלווה – אין מכח החוק אך כדאיי לעשות זאת באופן מסודר.
* במקרה של מכרז סגור או פנייה לקבל הצעות: הגשת חמישה שמות לפחות מתוך המאגר, עד כמה שניתן בסבב הוגן (תקנות 4-5)- מכרז שאינו פומבי, בו פונים לקבוצת אנשים יש לבחור שמות מתוך מאגרים עם הסברים למה וכשהסבב הוגן, כלומר באופן עקרוני לא ניתן לפנות שוב ושוב לאותו אדם.

1. פעולות מזכיר הועדה לקראת ישיבת הועדה: (אין תפקיד שהוא ע"פ חוק) מזכיר הועדה הוא מי שמרכז את הועדה, גוף מנהלתי ללא זכות הצבעה. המזכיר הוא גם זה שכותב את הפרוטוקול- זהו מסמך משפטי לכל דבר ועניין.
2. ריכוז פניות
3. מיון הפניות וניתובן לועדות שונות.
4. קביעת סדר יום וזימון החברים לישיבה לכל ועדה רלוונטית.
5. הופעת נציג היחידה/ האגף הרלוונטיים בפני ועדת המכרזים בבקשה לרכישת ציוד או שירותים וסיווג דרך הרכישה.
6. סיווג ועדת המכרזים את דרך ההתקשרות.

* הכלל: מכרז פומבי ("פתוח") –ס' 2 לחוק + תקנה 1ב.- הפתיחות של מתבטאת בכך שהוא באמת פתוח לכל, הוא מפורסם באינטרנט ובעיתון וכולם יכולים לגשת תוך עמידה בתנאי הסף. כלומר הוא פתוח לכולם והוא גם נגיד וזמין לכולם.
* מכרז סגור (תקנה 4) ופנייה למציעים מתוך המאגר (תקנה 16)- בשנת 2009 התקנה מאוד רוקנה, בכחלק מסוים מהמקרים, בסוגים מסויימים של מכרזים אפשר לפנות באופן סגור. כלומר צריך להקים מאגרים לפי נושאים אותם מונה תקנה 4, ואז כל פעם שיוצאים למכרז סגור פונים למאגר הזה ושולפים משם שמות ופונים רק לשמות במאגר זה לפי סבב מחזורי והוגן (אם יש יותר מ10, אם יש 10 ומטה פונים לכולם). זה חוסך המון בעיות זמן וכסף. מעבר לכך שלא צריך פירסום בעיתון וכו' זהו מכרז לכל דבר ועניין, כל השלבים חלים. זה חוסך זמן ובעיות אך לא חוסכים פה את ההליך כולו, וגם פה זה כפוף לעתירות, למה לא פנו או כן פנו לאדם מסוים, למה לא נמצאים במאגר וכו'.
* פטור ממכרז (תקנה 3 על חלופותיה), ע"י ועדת פטור משרדית- תקנה 10א – זהו הצד השני של הסקלה, יש מעל 30 פטורים (חלק מהם מאוד קשים לביצוע בפועל). האינטרס של הפונה בהמון מקרים זה פטור ממכרז, עולה פחות כסף, פחות בלאגן. חלק מהפטורים נותנים ועדת פטור משרדית וחלק מהפטורים נותנת ועדת המכרזים. הפטורים הקלים יותר ניתנים ע"י ועדת המכרזים עצמה, היא משמשת גם כועדה לפטור ממכרז. מאז 2009 לא רצו שהועדה עצמה תיתן פטורים ולכן החליטו לתת להם את הקלים. המקרים המסובכים יותר של פטורים ינתנו ע"י ועדה לפטורים במשרד שזה כל תפקידם שחבריה הם מנכ"ל, יועמ"ש וחשב. ובמקרים מיוחדים ונדירים זה עולה למעלה לחשב הכללי במשרד האוצר. גם בפטורים הקלים יותר יש מקרים בהם צריך לקבל אישורים מהגופים שלמעלה או לדווח להם (כתוב בתקנות).
* פטור ממכרז ופנייה לקבלת הצעות לצורך קבלת שירותים מבעל מקצוע מומחה (תקנה 5) ופנייה תחרותית- תקנה 5(ד)- לכאורה זה דבר והיפוכו, אם פטורים ממכרז אז פטורים ואין צורך בקבלת הצעות. הכלל הוא שאתה פטור ממכרז, אבל ניתן לפנות לקבלת הצעות. זה כמו סקר שוק שעושים, לקבל הצעות בצורה מסודרת. זו חית ביניים, מצד אחד יש פטור ממכרז באופן רישמי מצד שני יש צורך לעשות בדיקת שוק מסוימת. כלומר אם מקבלים פטור מכח תקנה 5 יש פטור ממכרז אך צריך להראות שפנינו ובדקנו , בד"כ 3 גופים, זה לא ממש הליך של מכרז אך הוא כפוף לתקנות.
* מכרז ממוכן- החל מ2009 נוספו- תקנות 19א-ה- כל אחד מהמכרזים הקיימים (פתוח וסגור) מתבצע בדרך אלקטרונית- תקנה 19ג. מכרז ממוכן מתפתח- תקנה 19ג: מכירה פומבית- הצעות חוזרות ומשופרות בסעיפים כמותיים שנקבעו מראש. במכרז ממוכן מהיר- תקנה 19ה. במקרי נזק של ממש עד 400 אלף ₪.

**שרשרת השלבים ליציאה ממכרז** (המשך)

* ניתן לקבוע (לא חייבים) גם (תקנות 17ג-ו):- סוגים נוספים של מכרזים. חלק ממה שכתוב כאן היה נוהג בפועל גם לפני הרפורמה בחוק ב2009. החקיקה רק עיגנה דברים שנעשו בפועל, ולכן ניתן למצוא לפני 2009 פסיקה כזו. המכרזים חייבים מראש להיות מוגדרים ככאלו.

1. מכרז עם שלב מיון מוקדם- תקנה 17ג: בחינת מסמכים לעמידה בתנאי הסף ובניקוד איכות מינימאלי.
2. מכרז עם בחינה דו שלבית- תקנה 17ד: מחיר נפרד נשאר חלקי ההצעה, למניעת השפעה. כל מכרז כזה מתקבלות שתי מעטפות, מעטפה אחת של ההצעה עצמה- האיכות ומעטפה אחת של המחיר. ואז מחליטים שבודקים רק את המעטפה עם האיכות כדי לא להיות משוחדים מהמחיר או מהסטיגמות שנובעות מהמחיר. כדאי לכתוב לפי תקנה 17ד ואז כפופים לכך לחלוטין. מדרגים את האיכות ורק אז מסנכרנים בין האיכות למחיר.
3. מכרז פומבי עם הליך תחרותי נוסף- תקנה 17ה: best&final. במצב שמראש אנחנו מגדירים, ניתן לעשות הליך תחרותי נוסף, נגיד 5 הראשונים ולעשות ביניהם ראש בראש. כעורכי מכרז ניתן להרוויח מכך המון, כי אז ההצעות יכולות להשתפר (לרדת במחיר). צריך להגדיר זאת ע"פ תקנה 17ה מראש.
4. מכרז מסגרת- תקנה 17ו: הסכמי מסגרת תקופה מסוימת. היה גם לפני 2009, החוק מאפשר לנו כעניין של יעילות מסחרית לערוך מכרז מסגרת, כלומר אם צריך משהו לתקופה מסויימת ולא יודעים כמה אצטרך, לדוגמא תיחזוק איי תנועה וצריך גינון ודשן. ייתכן כי לא ניתן להעריך כמה דשן נצטרך 3 קדימה. זה אומר שבתקופה X נגיע לאותו מתמודד במכרז שזכה כשאנחנו לא יודעים כמה דשן נצטרך ב3 השנים האלו.

* מכרז של גוף פרטי שמבצע הליך כמו מכרז, אך לא התכוון בכלל שיהיה מכרז- לא משנה כאן ההליך הנפשי, אין צורך בכוונה, זה מכרז. כנ"ל לגבי סוגי המכרזים. כדאי לכתוב איזה מכרז אנחנו כותבים (מכרז מסגרת/ פומבי/ דו שלבי וכו') אבל אם לא נכתב וזה יוצא כזה אז זה כנראה זה (סיפור הברווז).
* דוגמאות לכך, פס"ד מיקרו דף, פס"ד בית יולס, פס"ד קסטנבאום (קדישא), קל בניין.
* בפס"ד ד"ר פינקלשטיין נ' מרכז רפואי שערי צדק (קשור גם לדיני עבודה לכן מוגש לבית דין לדיני עבודה). האם בי"ח שנחשב בי"ח פרטי נחשב לגוף דו מהותי?

1. **קביעת הועדה אומדן** – מה הכסף שאמור להיות מוצע בגדול (היום יש חובה לשים אותו בתיבה- תקנה 17א), **תנאי סף** (ס' 2א לחוק והתוספת + תק 6), ו**אמות מידה ומקלות** ("משקל יחסי" של כל אמת מידה, לכל ס' ותת ס' יש את הניקוד שלו שלפיו קובעים. הפסיקה החדשה אומרת שחייבים לגלות את אמות המידה ומשקלן, בעבר היה כלל שקראו לו מקבילית הכוחות במקרים שלא גילו אמות מידה, היום הוא כמעט ולא רלוונטי) **לשקלול ההצעות ולדירוגן**. עולה שאלה האם לגלות למציעים את האומדן, אם נגלה אנחנו מפסידים אפשרות שאנשים יתנו מחיר הרבה יותר נמוך, מצד שני זה יכול למנוע מאנשים להציע מחיר גבוה מידי.
2. **החלטת הועדה:**
3. אישור דרך ההתקשרות
4. התניית תנאים להשלמת חומר, תיקונים ושינויים.
5. **במכרז פומבי:** פנייה לבנא"מ (גוף שנמצא במשרדי הממשלה שאחראי על הפירסומים) לצורך פרסום בעיתון ובאינטרנט דרך הלפ"מ (לשכת הפרסום הממשלתית- תקנה 15(ג)). זהו גוף שבהיעדר שום כיוון אחר חייבים לפרסם דרכו. + בדוא"ל לכל המבקש (תקנה 15(ה).

**במכרז סגור או בפנייה לקבלת הצעות:** פנייה ישירה אל המציעים מהרשימה במכרז סגור לפי תקנה 16. דרך הפנייה במכרז סגור- 16א: אם ישנם ברשימה יותר מ10 מציעים יש לפנות בכל פעם לפחות ל5, אם המאגר קטן יותר חייבים לפנות לכולם.

1. **כנס מציעים פוטנציאליים ("כנס ספקים"/"סיור קבלנים")**- זה לא מכח החוק, לא חייבים, רשות. ניתן לקבוע כתנאי סף או לא כתנאי סף (מומלץ כן) שכל מציע פוטנציאלי שרוצה להציע יהיה מחוייב לקנות את מסמכי המכרז ושיגיע להשתתף בסיור קבלנים- זה יכול להיות סיור וירטואלי, כלומר שאלות ותשובות או סיור ממשי. כדאי לכתוב במפורש במסמכי המכרז שניתן לשאול שאלות ותשובות עד יום X לפני התאריך האחרון, עדיף בכתב, עדיף לכתוב שבסירו הוירטואלי אנחנו בסוף נוציא פרוטוקול או מסמך של סיכום של השאלות והתשובות. דרך זה אנחנו נותנים אפשרות לאלו שלא הבינו נכון להתעדכן, וכן צריך לכתוב שאלו הופכים חלק מתנאי הסף. **סיור פיזי**- אינו חייב להיות סיור בשטח, תלוי אם יש שטח, אך ניתן לומר שמי שלא הגיע לסיור הפיזי, אפילו סתם כינוס בכיתה לא יכול להשתתף במכרז, עבר בדיקת פסיקה. החסרון המרכזי הוא חשש לשיתוף פעולה פסול בין מציעים, אך גם להפך, ייתכן שיתוף פעולה משותף והצעה משותפת חיובית. יש מקרים שאין מנוס, חייבים לראות את אתר הבנייה, הדוגמא של הספינה שטבעה שצריך לחלץ.
2. **הגשת הצעות לתיבת המכרזים** (תקנה 18), או הגשה אלקטרונית.
3. **שינוי טכני או מהותי של תנאי המכרז לאחר הוצאתו.** לא יכולה להישמע טענה מצד המציעים כי לא ראו תיקונים. לא חייב להיות לאחר קבלת הצעות. אם זה לפני הגשת הצעות מספיק פירסום באינטרנט/ עיתון. אם כבר הוגשו הצעות צריך לשלוח לאלו שהגישו הצעה באופן אישי. צריך לכתוב שמי שלא שינה את ההצעה שלו ההצעה המקורית נשמרת כדי לוודא מה אי תשובה אומרת. באופן עקרוני מציע יכול לשנות את ההצעה ולשפר אותה. לבקש מבעל המכרז לזרוק את ההצעה הקודמת.
4. **פתיחת המכרז לא יאוחר מסוף יום העבודה** (תקנה 19(ה)), **רישום ההצעות והטיפול בהן בוועדה** (תקנה 19-20). ניתן לפתוח ולדון תוך זמן סביר (תק' 20(א)). במכרז ממוכן- ההצעות מגיעות עד תאריך מסוים. (צריך לפתוח עד יום העבודה שאחרי)
5. **פגמים בהצעות והתייחסות הועדה לפגמים** (תקנה 20)
6. הגשת הצעה באיחור (תקנה 20(ב)). הכלל- כל איחור שהוא פוסל. פס"ד אחרון רלוונטי של העליון מ2006 (רובינשטיין) אומר של הצעה של 10 דקות איחור, אפילו שעל פניו לא נגרם שום נזק, ההצעה נפסלת, אלא אם כן מדובר במקרים חריגים לחריגים.
7. אי עמידה בתנאי הערבות- תקנה 16ב.
8. פגמים במסמכים ואי צירוף מסמכים (תקנה 20(ד)).
9. תיקון טעויות סופר, טעויות חישוב וטעויות מכוונות (תקנות 20(ג), 20(ד)).
10. פגמים בכל ההצעות שהוגשו.

**שרשרת השלבים ליציאה ממכרז** (המשך)

שיעור שעבר דברנו על פתיחת המכרז ולאחר מכן דברנו על פגמים בהצעות. הזכרנו את הגשת ההצעה באיחור, דברנו מה הספיקה אומרת, ופס"ד של רובינשטיין לגבי זה.

1. **פגמים בהצעות והתייחסות הועדה לפגמים** (תקנה 20)
2. הגשת הצעה באיחור (תקנה 20(ב)). הכלל- כל איחור שהוא פוסל. פס"ד אחרון רלוונטי של העליון מ2006 (רובינשטיין) אומר של הצעה של 10 דקות איחור, אפילו שעל פניו לא נגרם שום נזק, ההצעה נפסלת, אלא אם כן מדובר במקרים חריגים לחריגים.
3. אי עמידה בתנאי הערבות- תקנה 16ב- ערבות – הפסיקה מאוד מדקדקת בזה. מהי ערבות ומה ההגיון שלה – וערבות היא דבר שעורך המכרז מבקש ולא החוק.

לכן, אנו צריכים להגדיר זאת. יש להבחין בין שתי ערבויות – ערבות מכרז וערבות של ביצוע. ערבות לביצוע אומרת שכאשר נגמר המכרז ויש זוכה, מי שזוכה מגיע לחתום על חוזה פיזית בדר"כ. במיוחד בעבודות בהיקף גדול, עורך המכרז (הוא למעשה בעל חוזה) ירצה, בגלל שזה חשוב, רוצה להבטיח את עצמו – יש צורות שונות של בטוחות.

זה דבר נפוץ – בדר"כ לפי דיני מכר יש ערבויות, אבל האם אני מקבל ערבות בנקאית, האם אני מקבל זכויות במקומות אחרים??

בכל מקרה אותו אחד רוצה בטוחה, הוא רוצה משהו בטוח כדי שאם משהו לא יתנהל כמו שצריך שהוא יהיה בטוח בזה. אם יש לך בטוחה לא טובה – אתה בצרה.

לכן, במכרזים גדולים רוצים ערבות מסוימת לביצוע. נניח יש ספק, אני שואל אותו מה קורה אם תתקע או תפשוט רגל? זה עניין חוזי ולא מכרזי - זה יכול להיות ערבות בנקאית – הספק סוגר כסף מחשבון פעיל שלו ומביא תעודה לפיה אם העבודה תעצר או אם יהיו נזקים מזה אז יהיה כסף שניתן יהיה להיתפר ממנו.

זה במישור של מכרזים ושל דיני ערבות – אבל מה נמצא בדיני מכרזים וחשוב ומהותי?

ערבות למכרז – אם אנו רוצים, אנו לא חייבים, שגופים שרצים במכרז לפני הכרזת הזוכה – אנו רוצים שהם יראו רצינות. כלומר, רוצים שני דברים:

1. כאשר הוא מגיש את ההצעה הוא יסגור סכום מסוים של כסף לטובת עורך המכרז וכך יוצא שני דברים: שיש לו כסף נזיל בבנק. ייתכן כי אדם הוא עשיר ואם הוא עושה לי נזק או שהוא חוזר בו – כך אתה תוכל לגבות מערבות שנמצאת אצלו. לכן, זה מראה רצינות – כי נותנים לו סכום מסוים לטובת עורך המכרז. הבנק סומך עליו ונותן לו קרדיט. הבנק יכול להוציא לו כתב ערבות שהמשמעות היא כמו שטר בטחון או צ'ק – נסגר כסף לטובת מכרז של אותו גוף, הכסף סגור לטובתו. את זה אני רוצה לראות במכרז.
2. אם הוא יעשה לי תרגילים – המרכזי הוא אם הוא יזכה במכרז ולאחר מכן הוא ייסוג, אז אני לא רוצה לתבוע על הפרת חוזה אלא לתבוע את הערבות וכך ללכת לראות מכרז חדש. זה כדי "להעניש" אותו שהוא נסוג. זה לא משנה האם זה היה בתום לב או לא בתום לב. אין כאן שאלה של יסוד נפשי.

זה נועד להראות על רצינות של המגיש. באופן טכני אתה הולך לבנק ואתה מוציא בטחון בנקאי. כאשר יש לי מסמך כזה זה יותר חזק מתביעה חוזית או נזיקית לביהמ"ש.

מה יוצא מהדברים האלה?

המטרה המרכזית היא להראות רצינות ויש מקרים שניתן לממש או לחלט את הערבות. לא חייבים לקחת את כולה. לאחרונה היו כמה מקרים, שבהם חלטו ערבות וזה הגיע לביהמ"ש – אך ביהמ"ש אישר את החליטה.

אך המטרה הראשונה של הערבות היא דבר ראשון להראות רצינות. אם היא מעניינת אותנו, איך היינו מבקשים את הערבות – אם המטרה היא להראות רצינות:

1. היינו מבקשים סכום מהותי מסוים – אך בשונה מערבות לביצוע, שם הערבות או בטוחה תהיה בסכום הדומה לעבודות ולביצוע, כאן אדם ניגש למכרז והוא לא יודע מה הסיכויים שהואי זכה או לא – לכן, ניתן לקבוע אחוזים מסוימים מתוך ההצעה - נניח 10%. לכן, מתוך זה חלק ילך לערבות – 500 ₪, מתוך זה 50 סוגרים לטובת עורך המכרז. היא אפשרות בעייתית ולא כ"כ שווינית – ומתחילות שאלות "חכם" – כמו האם יש מע"מ או אין מע"מ. לכן, ד"ר שמואלי מציע לא לעשות את זה ויש פסיקה שפוסלת את זה – כי היא מדקדקת בזה. אפשרות שנייה היא קביעת סכום – אני אומד את העבודה, נניח 500 אלף, ואני אומד את זה על 10%, ואני מבקש ערבות של סכום פיקס, ואז לא צריך לחשב אחוזים ולא ניתן לפרש את זה לעוד מקומות.
2. איך יש להציג את הערבות? כתנאי סף – זה לא דבר שרק מי שרוצה מגיש. אלא רוצים שכל מי שמגיש הצעה ניתן יהיה לראות יכולת כלכלית ולכן זה צריך להיות ברור שמי שלא ערבות או לא לפי התנאים – הצעתו נפסלת. ביהמ"ש מאוד מדקדקים בזה ולכן הם צריכים להיות מאוד קפדנים בזה.
3. צריך לציין תקופה.
4. צריך שהערבות היא באמת למכרז הנוכחי – וכן, שהערבות עצמה תהיה של המציע (!) למרות שזה נראה טריוויאלי מאוד. ייתכן כי אדם יקח ערבות מגורם אחר – אבל זה מפספס את המטרה – כי אפילו חברת אם או אחות היא אישיות משפטית נפרדת. זה צריך להיות על שמו – אבל אם זה לא נרשם בתנאי הסף – זה לא יתקבל. צריך ערבות על שם המציע בלבד. ניתן לממש את הערבות – אבל המטרה היא לא לממש ערבויות ולהרוויח מדברים כאלה. לכן, קריטיל רשום שזאת ערבות על שם המציע בלבד.

יש פסיקה שנקרא בהמשך – עולה השאלה מה קורה אם הוא כתב שם חלקי - נניח שם החברה הוא ארוך יותר. דבר ראשון, יש לבדוק האם יש חברה אחרת באותו השם, אבל הפסיקה אומרת דבר מחוכם – זה לא פסילה אוטומטית אבל זה תלוי – זה תלוי בבנק.

כדי להגיד לבנק – אני רוצה להגיע לממש ערבות של חברה מסוימת – ניתן לשאול אותו במפורש האם ניתן או לא ניתן לשאול את הבנק – לכן, פשוט ניתן לשאול את הבנק "למה התכוון המשורר". זאת ההלכה והיא הגיונית וסבירה והיא מהיחידות שעושות שכל ישר או הקלה בדיני הערבויות. יש הרבה מאוד פסיקה על ערבויות.

מה קורה אם מבקשים לקבל 5 עותקים? הרי שצילום של צ'ק או ערבות הוא לא שווה כלום. אולי ניתן להציג זאת בביהמ"ש אבל לא ניתן לממש צ'ק – גם צילום ערבות של מראה כלום – זאת לא הערבות עצמה. יש מקרים בהם המציע שלח 5 עותקים – נניח אתה מסתכל על כל ההעתקים ואתה רואה בכולם צילום של ערבות – לכן, אין לך את הערבות המקורית. לכן, אתה לא יכול לעשות עם זה כלום – אבל מצד שני זה מראה על המצאתה של הערבות. האם מקלים או לא? אולי כן נפסול – כי הפסיקה דקדקנית – אבל אולי הוא אומר שהוא לא שם לזה. אז מצד אחד ניתן לקבל או לא לקבל – כי אז זה פותח לאחרים פתח לטיעונים – אבל מצד שני מבחינה מהותית קיימת ערבות וזה לא זויף.

אם אני מקל – הוא צריך להביא תוך 24 שעות לכל היותר את הערבות המקורית. זה קריטי כאן אבל יש מקרים בהם דברים קיימים או לא קיימים – נניח רישיון מהתאחדות הקבלנים. כאן נהוג יותר לתת הזדמנות שנייה.

1. פגמים במסמכים ואי צירוף מסמכים (תקנה 20(ד))- פגמים בהצעות- תקנה 20 מדברת על זה באופן מפורש. כולל טעויות סופר.
2. מה קורה כאשר יש פגמים בכל ההצעות שהוגשו? זה תלוי בהרבה משתנים – עצמת הפגם ועוד. אין כאן תקנה ויש הרבה פסיקות. גם ניתן לבטל את כל המכרז - אבל גם כאן אנו חשופים לתקיפות – כי אולי אצל אחד הייתה טעות מהותית ואחד שולית
3. תיקון טעויות סופר, טעויות חישוב וטעויות מכוונות (תקנות 20(ג), 20(ד)).
4. פגמים בכל ההצעות שהוגשו.
5. דין מכרז פומבי או סגור בו התקבלה או אושרה הצעה יחידה- כאן למעשה יש הצעה יחידה, וזה לא המטרה של המכרז. מה ההבדל בין מכרז פומבי לסגור –

במכרז פומבי – אני יכול להגיד שפרמסתי לכל הארץ ואם הייתה רק הצעה אחת, אני לא יכול לפסול אותה כי היא עומדת בכל התנאים. לפי תקנה 23 אתה לא תפסול – כי למרות שלא היה מרוץ סוסים לכולם הייתה הזדמנות – אך יש חריגים. יש מקרים בהם ניתן לצאת למכרז חדש. מה זה יעזור?

1. ניתן לשנות תנאים.
2. הצעות נוספות. יכול להיות שאדם לא ידע או חברה חדשה צצה. אך יחד עם זאת – יכול להיות שאני לא אקבל שום הצעה. הרציונאל של התקנה הוא שאם יש הצעה טובה אין צורך לבטל את המכרז. הכלל הוא שמכרז פומבי הצעה אחת ניתן לצאת לדרך.

התקבלה או אושרה? התקבלה – זה הגעה רק של הצעה אחת ואושרה – השאר נפסלו ויש רק אחת. הכלל הוא שניתן לצאת לדרך רק עם הצעה אחת – זה תקף גם לגבי הצעה שהתקלה והצעה שאושרה.

בסגורים – שם ההיגיון הוא הפוך כי אם פניתי רק ל5 או 8 – ואם לא פניתי לכלום הכלל הוא הפוך ואני צריך או ללכת למכרז חדש ולהחריב את המאגר, כאן כמובן שנכניס ונפנה גם לקודמים שהגישו. אך כדי לא להסתבך – לכן כדי לא לעשות מכרז סגור שוב פעם – כי אם זה יקרה שוב אין מוצא למעשה ואפילו אם יהיה מצב דחוף – אתה מביא לזה בעצמך לזה שזה דחוף ולכן זה פומבי. לכן, כאן כדי להחמיר ולא להיגרר לפינה ולצאת למכרז פומבי בפעם השנייה כדי שלא תהיה דחיפות אם יהיה עוד מקרה.

1. מקרים בהם ניתן:

* לבטל מכרז
* לבטל ולצאת במכרז חדש
* לבטל ולקבל פטור להתקשרות עם ספק מסוים (באישור ועדת הפטור, תקנה 23)

יש מקרים בהם ניתן לבטל מכרז או לצאת למכרז חדש - וניתן לבקש פטור אף לאחר מכן. זה יכול לקרות במקרים הבאים:

1. העצה יחידה במכרז כאשר לועדה יש טעם במכרז חדש.
2. אי הגשת הצעות כלל. תקנה 23.
3. העודה או ועדת המשנה לא המליצה על אף הצעה. זה בעייתי – כי כאן אפילו שגוף עבר תנאי סף ויצא ראשון – הוא עדיין לא זיכה כי הוא קיבל רק דירוג של 70 מתוך 100 בלבד. תקנה 23.
4. פגמים בכל ההצעות. תקנה 23.
5. כל ההצעות רחוקות מהאומדן – לשני כיוונים או שיש מחיר הפסד בכוונה (ואז יש אולי כוונה להגיד שהיה טעות "ביום הדין" והוא ירצה יותר כסף). כמו כן, יקרה לא מעט פעמים שגופים ירצו להיות במכרז יוקרתי של הממשלה כדי להוסיף זאת לקרותו חיים שלהם ולצבור ניסיון. או שיש מחיר גבוה מהאומדן שנקבע. לכן, זה ריחוק למעלה ומלטה.
6. בעיות הקשורות בעורך המכרז - התקציבים הממשלתיים הם בעייתים ולא תמיד הם נזילים ולעתים יש קיצוצים באמצע השנה. יש לא מעט קיצוצים רוחביים. מה יקרה? יתבעו אותם? ניתן מצד שני להגיד הסתמכות – אתה יודע שזה יכול לקרות ויהיה קיצוץ ולכן זה דבר שאתה צריך לקחת אותו בחשבון כאן. יש סיכון שמכרזים יבוטלו ושהוא השקיע לריק.

מה קורה במכרז שאין שאיפה להגיע לסיומו? אני יודע שאין לי כסף אבל אני מפחד מביקורת – אז ניתן להגיד שאין אישור. אבל כאן ייתכן כי המכרז נוהל בחוסר תום לב ואולי תביעה חוזית או נזיקית לפיצויים. זאת למרות שזה נדיר במכרזים אבל כאן יש נזק מחסרי כי לא הייתה כוונה להתקשרות בהתחלה. יש שאלות האם גם ניתן לתבוע על אבדן הסיכוי או הסיכון – נניח רבע סיכוי = רבע מההכנסות.

בפועל, יכול להיות שיש לי סימן שאלה גדול לגבי עניינים תקציביים – לכן, אני יכול ללכת לחשב והוא יכול להגיד לי להזהר – מה אני עושה? האם אני כותב במסמכים של המכרז שאולי המכרז לא יגיע לסופו? זה ירחיק מתמודדים – אבל מצד שני אני מבטח את עצמי. אפשרות אחרת – החשב אומר שאין כסף – אבל יש סיכוי שישתחרר – האם תצא או לא? יש כאן חובת גילוי? איך פותרים זאת?

כותבים – ויש לכתוב זאת בכל מכרז אפילו שהוא ברור – תמיד כדי לכתוב שביצוע המכרז או כולו מותנה באישור תקציבי – זה אומר שמכסה עצמך. אבל מצד שני, ניתן להגיד שזה נוהג וזה שטנץ – כולם יודעים על זה – לכן, האם זה נכתב בגלל שכולם אומרים את זה או שבגלל הייתה בעיה אמתית – אבל ככל שאני בסדר יותר כך אני מכסה עצמי – אבל אולי אני מפסיד מתמודדים פוטנציאליים.

1. דין חשד לשיתוף פעולה בין הצדדים.
2. במידת הצורך – קביעת ועדת משנה מקצועית לבדיקת ההמלצות –

מקרה שבו ניתן לאצול סמכות – כאן ניתן לאצול סמכות של המלצה ולא של החלטה בלבד. ניתן אולי להגיד ששמענו את דברי נציג המשנה והועדה מחליטה לקבל את המלצות הצוות. כל החומר של ועדה משנה מצורף לפרוטוקול אפילו שהם לא ועדת מכרזים אבל לצורך זה הם כן – ולכן מסמכים אלו הם פתוחים לעיון – וזה משמעותי לקביעת הדירוג, פסילה ועוד – ולכן זה רלוונטי למתמודדים אם הם רוצים להסתכל על כך. לאחר מכן ניתן לעשות מספר דברים בהתאם לתקנה 23 - ניתן לנהל מו"מ עם מציעים.

1. לאחר מכן דין בהמלצת ועדת המשנה והגעה לאחת מההחלטות הבאות: תקנה 21.

* **עולה שאלה העוסקת בהתנגשות בין דיני מכרזים לחוזים –**

כאשר אני מכרזי על זוכה – מה קורה עם שאר ההצעות – מה קורה איתן? האם הן פוקעות באי הקיבול או שלא? האם זה רלוונטי? זה רלוונטי כאשר הזוכה לא יכול לבצע את המכרז – יכול להיות שהחזרה תהיה לאחר הזכייה או לאחר החתימה על החוזה ועוד –אבל כרגע זה לא קיים. לכן, כדי לבחור מקום שלישי ושני – אבל מבחינת דיני החוזים שלחתי הודעות על אי קיבול – לכן עולה השאלה האם ההעצות האלה פקעו או לא?

או שיש כאן חוק ספציפי מהמפשט המנהלי – אבל מכיוון דיני המכרזים אני מדרג אותם לא סתם כדי שהם לא יפקעו אם המציע הנוסף הוא פנוי ויד מפגש רצונות. עולה השאלה מה תוקפן של ההצעות –

יש לנו לכאורה שני פס"ד שהם סותרים –

1. פס"ד אל חלפא נ' עמידר – ביהמ"ש אומר דברים ברורים – שזה לא אפשרי.
2. פס"ד חפציבה – טוען שזה אפשרי. אם זה נקבע בתנאי המכרז עצמו.

לכן בא השופט גולדברג – שזה חלק מתנאי המכרז – אחרת זה לא אפשרי. פס"ד יצחקי היינו צריכים לקרוא משתי סיבות: כי העותר טוען שם שדיני החוזים גוברים – ברגע שיש זכייה העסק נגמר וביהמ"ש עונה לו לפי פס"ד חפציבה – וניתן לראות יישום בפס"ד יצחקי.

בשיעורים הקרובים נתמקד בשני נושאים:

1. פגמים בהצעות. אחד הדברים העיקריים המפרנסים את ביהמ"ש.
2. הנושא של סווגים בדרך ההתקשרות – אנו נתמקד בעניין של פטורים ממכרז. ננסה לסיים זאת היום.

יש טבלה שנשלחה שיש לענות עליה לאחר השיעור. יש טבלה לפיה ניתן להתאים את סיווג המכרז להליך אותו יש לנהל. צריך לבדוק סיווג, לאחר מכן התאמה לתקנה, לאחר מכן הערות. שיעור הבא ננסה לעבור על זה מהר.

לגבי פסקי הדין שנשלחו – מפורש באיזו רמה צריך לדעת אותם.

בשיעור זה אנו עוברים על פטור ממכרז, כאשר מדברים סיווג מכרז יש מכרז פומבי ולא פומבי: סגור, ועוד – ויש לנו פטור ממכרז והיום נדבר היום.

תקנה 3 –

לא נעבר על החלופות אלא ההיגיון של התקנה ומספר סעיפים בתוך התקנה עצמה.

אנו למדנו על הקורס על מכרז ופתאום יש תקנות של פטור ממכרז, ולכן אנו מבינים שיש כאן חריג – ויש כאן 20 ומשהו חלופות של פטורי ולכן זה בעייתי ביותר. ההגיון של תקנה 3 הוא שיש אינטרסים שגוברים על האינטרס של קיומו של מכרז פומבי –

1. שירותים ייחודיים – שירותי בידור, רפואה ועוד- אנו לא רוצים להגיע להחלטה הכי מועילה, אבל כאשר אנו מדברים על ביה"ח שרוצה מכשיר מסוים, אנו רוצים להגיע למוצר הכי טוב נקודה. פעילות בידור לאנשים המשרד, או דב אחר, לעתים רוצים לבחור גורם טוב ולא רוצים שתהיה הצעה לא טובה, אבל טובה מבחינת נתונים. יש מקרים בהם לעתים לא רוצים מכרז וזה לעתים עניין ייחודי.
2. לדוגמא, אם יש לי נזק של מכרז – אני רוצה לתקן זאת והיעילות של יציאה למכרז מתעמעת ולא רצויה.
3. פגיעה אפשרית של אינטרסים של המדינה – סודיות וכן הלאה. וכן, לא רוצים שמידע על המדינה יגיע לגופים מסוימים.
4. לעתים אין יעילות כלכלית במכרז – לעתים אין יעילות כלכלית במסגרת פרסום המכרז, פרסום, עבודה של אנשים ועוד - זה הרבה כסף של אנשים, ועודת משנה, זמן = כסף. הכנת המפרט, יש הרבה כסף שיוצא כאן. וכן, לעתים ההתקשרות היא קטנה. וכן, מקרים בהם יש התקשרות המשך. אני מרוצה מההתקשרות הראשונית – זאת למרות שיש לזהר מהתופעה של "קבלן הבית" – אדם שמאוד מרוצים ממנו בלי קשר לקרבה אל אותו גורם לכן לעתים מבחינת שוויון, משפט מנהלי רצוי להחליף אבל לא תמיד זה חובה. התקנות החדשות ברפומה – יש יותר אפשרויות בתקנות החדשות להמשיך להתקשר עם מי שהתקשרו עמו בעבר מאשר קודם. יש מקרים בהם רוצים להמשךי להתקשר בתקופה נוספת עם מי שפועל כרגע למרות שזה סותר עקרונות לש דיני המכרזים – בעיקר במישור של המשפט המנהלי.
5. מומיחות מיוחדת.
6. גופים ממשלתיים – אם אנו רוצים להעביר מכיס ימין לכיס שמאל אין צורך. אם נניח אני מבקש עבודה מהשמאי הממשלתי, או לשכת הפרסום, זה יוצא מכיס אחד לכיס אחר – כאן כמובן שיש היגיון שמהדינה תמשמש בכיסים שלה ולא של אחרים. אם יש לך גוף שיכול לבצע זאת – תשאיר את הכסף בתוך הממשלה רק בכיס אחר – חברות בת, גופים ממשלתיים ועוד.
7. פטורים שהם סציפיים לקק"ל או מנהל מקרקעי ישראל שהוא אחד המקרים היחידים שבהם במכרז או פטור ממכרז נותנים משהו – אני נותן קרקע, ברכוש, או בסכום מועט יותר. יש כאן הענקה של זכויות למעשה. למעשה ז לא מכרז קלאסי של משרד ממשלתי שמבקש שירות. לכן, יש כאן פטורים בהענקה של זכויות במקרקעין.

זאת למרות שתמיד הכלל הוא מכרז פומבי, אם יש מכרז אחר שהוא לא פומבי רגיל אין חובה לקיים את זה ואפילו אם יש מכרז שהוא נכנס לטבלת הפטורים – הועדה יכולה להחליט אחרת כי הכלל הוא מכרז פומבי. לעתים, עושים שימוש בסעיף שהכלל הוא מכרז פומבי.

אלה הרציונאליים העיקריים –

תקנה 3 1 –

התקשרות שלא עולה על 50 אלף ₪...

זאת התקשרות עד שווי מסוים, התקשרות בסכום נמוך של יעילות כלכלית של אי יציאה למכרז.

בסופו של דבר, הסעיף אומר שזה סכום של עד 50 אלף ₪, ועד סכום זה לא צריך לצאת למכרז. המחוקק יודע שאנו לא פראיירים ואנו תחמנים ואם משהו פטור מסכום זה – אני אחלק זה פשוט, כלומר 200 אני אחלק ל-4. לכן, יש מגבלה מסוימת – עד 50 אלף ניתן ללא מכרז. ובלבד לפי הפסיקה, שלא משנה באיזו סוג התקשרות, עם אותו מתקשר בלבד, ניתן באותה שנה (ינואר עד ינואר) להתקשר בכמה התקשרויות של 50 אלף כך שזה לא יעלה על 100 אלף ₪. נניח 45 + 40 + 25 = 110. כל עסקה לעצמה היא בסדר – שתי ההתקשרויות הראשונות הן פחות ממאה – לכן מגיעה השלישית והיא מעבירה אותנו מגבול המאה. לכן, להתקשרות השלישית צריך מכרז. דוגמא שנייה: שתי הקתשרויות של אחד 15 ואחד 70 = לא בסדר כי 70 זה מעל 50. בפנים נכלל גם התקשרויות המשך – נדון בזה בהמשך.

תקנה 3 (2) –

מניעת נזק של ממש – יש כאן גם דחיפות וגם נזק של ממש. החוק לא אמור מה זה דחיפות – הוא לא מדבר על ימים או שעות או מה זה נזק של ממש. לעתים יש דברים ברורים אבל של דבר אחר פחות חשוב לא ברור – תקלה במחשבים של משרד הפנים – האם ניתן להזמין או לא? זה יכול ליצור בעיות. זה תלוי בכל מקרה לגופו.

תקנה 1 ב' ה' קטן –

אמורה למנוע מצב של להגיע למצב של דחוף. אל תבוא למצב שבו אתה ניגש ברגע האחרון לפטור – אלב תבקש פטור כי אתה התרשלת בהגשה ההצעה להציע הצעות. אל תהפוך דחוף ללא דחוף.

תקנה 3 (3) –

פגיעה מהותית בבטחון המדינה – זה סייג נוסף למעשה.

יש סייגים גם בתוך התקנות – אין פטור מוחלט אלא של החשב הכללי או מי שמוסמך לכך – תיכף נגיע לעניין זה מי נותן את הפטור.

תקנה 3 (4) –

לא מסובכת באמת. תקנה זאת מדברת על מצב של הארכה או הרחבה של התקשרות קיימת. הארכה זה עניין של זמן, הרחבה זה עניין לרוב מתבטא בכסף –

אבל מה אכפת לי להאריך התקשרות אם זה לא עולה כסף?

נניח גוף לא הספיק את העבודה, והוא רוצה לעשות דברים נוספים. נניח יש רופא במשרד התחברוה של אנשים עם מגבלות – נניח יש לו חוזה עד יוני והוא לא הספיק את עבודתו לועבור על כל הרישונות, נניח הוא רוצה הארכה, למה צריך אישור נוסף אפילו אם הוא לא רוצה שקל נוסף?

זאת מכיוון שלעתים אנשים שלא התמודדו אפילו, יש היגיון לעשות זאת לעתים – לעתים המציע לא באמת יכול לדעת של העבודה שלו - הוא מנחש. בדר"כ יש הרבה מתמודדים של סוחרי רכב ממשלתי שהולכים לקנות רכבים ממשלתיים שהם לעתים מרווחים ולעתים מפסידים כי אסור לעשות הרבה דברים – לפתוח, לנסוע ועוד-

לעתים את מקבל רכב טוב ולעתים אתה מפסיד –

לכן, לעתים המחוקק משאיר משחק של גמישות של להרחיב חוזים וגם להאריך חוזי ם – אתה יודע שיש אפשרות להרחיב בתנאים מסוימים – ולכן, זאת אפשרות פוטנציאלית וכך גם לגבי הארכה –

הוא לא רוצה עוד כסף אבל לעתים גם זמן הוא פקטור חושב – לכן, מתמודד אחר היה אמור אני גם הייתי ניגש אם אהייתי יודע, ולכן צריך מראש, ע"י התקנה, לבטל טענה כזאת של "אילו הייתי יודע..." אבל העיקרון הוא לסייג את זה כי יש בסיש של תחמנות –

ניתן להגיע באמצעות זה לקבלן הבית – וזה מקל מאוד על עורך המכרז –

אין יותר את התנאי "שאין פטור על פטור" – בתקנות הקודמות היה כלל לפיו אם עבודה התחילה במכרז ולא מכרז לסוגיו – לא ניתן היה להעריך זאת שוב "עי פטור – אם התחיל בפטור לא תקבל הארכה או החרבה כתוצאה מפטור – סייג זה בוטל למעשה.

עניין שני שבתקנות החדשות מאפשרות – חוזה אופציה – אפשרות לחידוש החוזה, כמו שכר הידרה. אפשרות לחדש את שכירות הדירה. אופציה זאת קובעים בחוזה איך היא מופעלת. שתי דרכים:

1. אם עד 60 יום לפני כן לא תהיה הודעה של שום לשום צד – האופציה לא מופעלת. כלומר, או שהשוכר רוצה להשאר או המשכיר אומר לשכור – אם לא נאמר כלום עניין זה בטל.
2. אם עד 60 יום לפני – זה אמור שממשיכים ואפילו באותם תנאים ואז כאשר מגיע 60 יום לפני ואין הודעה הדדית על שום דבר – אז האופציה נכנסת לתוקף.

חוזה אופציה עוקים את 3 (4) – כי ניתן להמשיך עוד שנה ועוד שנה – אנו עוקיפם את הסייג של הארכה והחרבה ע"י אופציה. היום הכלל במשרדי הממשלה הוא שניתן לעשות רק שנתיים חוזה בסיסי עם 5 שנים אופציה – 7 שנים אותו מתקשר וזה מנוגד להיגיון של דיני המכרזיםץ הצקנה מאפשרת במפורש חוזה אופציה.

הקלה שלישית לעומת התקות הקודמות הרלוונטית להארכה והרחבה - זמנים בהארכה וכסף בהרחבה. הכמות היא ארחת – יותר זמן להאריך ויותר כסף להרחיב. התקנות החדשות מאוד מקלות ויש להכיר את זה.

יש לנו מילון בתקנה –

בתקנה 3 4 –

התקשרות ראשונה – זה כולל את זכות האופציה, אפילו אם עשינו אופציה לש שנה + שנתיים – 3 שנים זה התקשרות ראשונית, אפילו אם זה לא היה במכרז הראשון.

יש לנו התקשרות ראשונה, לא משנה איך –פטור או לא – אני רוצה להרחיב את העניין מעבר להתקשרות הראשונה, הארכת התקשרות ראשונה – הארכת תוקף ללא כסף.

יש גם הארכה והרחבה יחד – עוד חודש ועוד כסף. ניתן גם וגם או שניהם בנפקד.

התקשרות המשך – מה שרוצים להאריך. זה רק הארכה למעשה, בקציור רוצים להאריך בזמן בלי כסף.

מהותית – הסעיף אומר במה מדובר:

מדובר על התקשרות המשך. היא אפשרית רק אם זה עם תנאים זהים של ההתקשרות הראושנה או מטיבים – נניח הרופ מקבל 12 אלף ₪ בחודש או שהוא מקבל פר רישיון שהוא בודק – קבלן. זה צריך להיות זהה – לכן, לא ניתן להתקשר במעל 12 – או שהוא יכול לעשות לי הנחה, הוא יכול לעבוד ב- 11.

תנאי שני – בנסיבות בהם השמירה על האחידות היא... למה צריך את זה? אחידות, מטעמי חיסכון ויעילות – כלומרף התקשרות המשך זה כדי לשמור על אחידות למה? מטעמי חסכון ויעילות – אם אצא למכרז חדש זה יהיה בזבוז.

מה אומר הסעיף הזה?

אין כאן פועל –

יש פה למעשה 3 חולופות – התקשרות המשך היא אפשרית:

1. התקשרות המשך.
2. מתי וועדת פטור משרדית ראשית לתת פטור.
3. מתי החשב הכללי נותן פטור לזה.

גם בטבלה שלנו ניתן לראות מתי ניתן לעשות זאת? שני תנאים – או מיט או טותם תנאים –

עכשיו השאלה מי ניתן את הפטור ומתי – שלושה גופים. התקנות החדשות אומרות – פטור ממכרז יכול להנתן ע"י אחד מהגופים הללו:

1. ועדת המכרזים זה 5 אנשים המורכבות מחשכ"ל והיועמ"ש ועוד שלושה – היא מאשרת את המקרים הקלים יותר. היא נותנת בעצמה את הפטור. פרוטוקול של ועדת המכרזים יראה לנו סדר"כ אישור מכרז, לאחר מכן פטור, לאחר מכן התקשרות המשך – היא פועלת כועדת פטור.
2. ועדת פטור המשרדית – כאן יש רק 3 – יועמ"ש, חשכ"ל ומנכ"ל. אותם 3 שחובה שיהיו בועדת המכרזים – הם חייבים להיות. לא נציגים אלא הם והם משמשים כועדת פטור. רק ה-3 האלה מתפקדת גם כועדת פטור מכרזית והיא עוסקת בפטורים מסובכים יותר. בפועל, פשוט יגידו להתראות לשניים האחרים בועדה.האם אחראיים רק לפטורים הקשים יותר.
3. הפטורים המיוחדים או הנדירים יותר- החשכ"ל או מי שהסמיכו לכך בנסיבות מיוחדות. זה מאוד נדיר.

כלומר, לפי 3 4 – יש מדרג שניתן לראותו. כל אחד גם שיורי בעצמו –

נתסכל פנימה –

אנו חוזרים לחלק ב' –

ועדת מכרזים רגילה נותנת פטורים במקרים הבאים:

1. היא נעשית בתקפות ההתקרשות הראשונה או אחריה – נניח עוד חודש המכרז עומד להיגמר ורוצים להרחיב או להאריך – צריך לעשות זאת לפני שהזמן מסתיים.
2. בלא עלות נוספת או אם שווין המצטבר של כל ההתקשרויות ההמשך נעשו לאותה התקשרות ראשונה לרבות התקשרות ההמךש הנוכחית אינו עולה על 50 אלף ₪. כלומר, או התקשרות המשך שאין בה כסף נוסף – או הרחבה שלא עולה על 50 אלף. עמו מחיר הפטור – לא נותנים סתם אישור אלא רוצים לבוא לוועדה ולהסביר את המצב. הסך המצטבר לא עולה על 50 אלף ₪.

ועדת פטור משרדית –

כל הדברים השיוריים –

1. א. נניח אם עבר הרבה זמן מההתקשרות הראשונה.

ב.שיורי – כלומר, כל מה שהוא מעל ל-א.

שני דברים למעשה:

1. לאחר שעבר הרבה זמן – נניח חצי שנה או שנה אבל לא פנו לועדה.
2. אם לא מתקיים אותו 1 ב' – וחוץ מזה עוד דברים מצטברים.

תנאים נוספים מצטברים – למעשה, כל מה שאין למעלה.

1. אם אתה רוצה להאריך את ההתקשרות עם הספק שלך וזה יותר מ-50 אתה יכול רק אם מלכתחילה זה היה מכרז. כאן לא ניתן לעשות פטור על פטור – אם אתה רוצה להחריב ביותר 50 אלף ₪ זה ק אם ההתקשרות הראשונה הייתה בעקבות מכרז – אין פטור על פטור. ברגע שתהחלת את המסע לפטור לא תוכל לקבל פטור על פטור. זה בא לעורך המכרז למעשה שאם אתה רוצה להגיע למצב של פטור על טור – בתוך תקופת ההתקשרות או שמתחת ל-50 אלף ₪. אם זה יותר מזה אתה תצא למכרז או תתקשר לאחר עם פטור – אבל לא םטור עם אותו אחד.
2. אתה רוצה הרחבה של תחילת ההתקשרות הייתה ל- 5 שנים או פחות. אם חתמת את החוזה איתו ב2008 אתה יכול עד 2013 אתה יכול החריב – אם זה לא התקיים – מכרז חדש.
3. שוויון המצטבר אינו עולה על 100% של ההתקשרות הראשונה – אם ההתקשרות הראשונה הייתה 100 אתה לא יכול לתת מעל פי 2.
4. שווין המצבטר של כל התקשרויות ההמשך לא עולה על 2.5 מיליון חדשים.
5. צריך שלא יהיה מצב של הרבה התקשרויות באותה שנה . כלומר לא לתחמן ולפצל בכוונה כדי לא לצאת במכרז. למעשה לקחנו את תקנה 3 1 – עשינו בדר ואם זה המשיך כך אתה לא יכול להמשיך. לא ניתן להמשיך עם 3 4 לאחר שהיה 3 1 – אם פיצלת ל40 ו-20 זה לא בסדר.

באישור החשכ"ל –

אם לא מתקיים 1 או 2 –

כלומר, זה נדיר מאוד וזה לא יקרה.

אחת מהסיבות שרוצים לפעול כך ולא לתת את זה רק ליועמ"ש – שיהיה פיקוח, שהכל יהיה מפוקח.

אם אנו רוצים "לנצל" את הספק החוק לא יתן לנו – נניח מבקשים להאריך בעוד חודש ושיעשה עוד דברים ללא גרוש נוסף – אסור לעשות זאת.

תק"מ – תקנון משרדי הממשלה , זה תקנון עב כרס של מאות עמודים והוא מחייב בתוך משרדי הממשלה והוא מחמיר יותר מתהקנות וזה אמור שהם מחויבים לתקנות, וגם לתקנון הזה. זה מחייב כמו הנחיות של חוזר מנכ"ל המחייב את עובדי משרדי הממשלה השונים. יש כאן לעתים אפילו חומרתו יתרות.

אחת ההנחיות החמורות שיש שם – אפילו עד פטור של 50 אלף ₪, צריך לבדוק שלוש הצעות לפחות. זה לא מכרז אלא בדיקה פשוטה. מה קורה עם המשרד הפר את התק"מ, אבל לא את התקנות?

מבחינת המציע – הוא יכול להגיד שזה לא נעשה והוא מבטל את זה?

אי אפשר כי התקנון קיים רק במשרדי ממשלה, אתה כצד שלישי לא יכול להינות מזה. לכן, לעו"ד חשוב שיהיה תק"מ, למה?

המקרה המרכזי שבגללו צריך להכיר את התק"מ – "המסמר האחרון בארון" – אתה עתרת לביהמ"ש על עניין אחר – לא הפרת התק"מ. במיוחד אם זה תחום אפור והשופט לא יודע מה לעשות – מה יותר טוב מאשר להוציא זאת והלראות זאת לשופט לציין שהם מפרים את ההוראות שלהם עצמם – זה מראה שהועדה היא מפשלת. אבל יש שופטים שזה יטה את הכף לטובת העותר.

**תקנות חובת המכרזים ס' 3(4) –**

* **איך אנחנו יודעים שבתקנות החדשות אפשר בנסיבות מסויימות פטור על פטור?**

בקודמות לפני התיקון לא היה מצב של פטור על פטור. כלומר אם התקשרות ראונה היתה בעקבות פטור, אז אי אפשר היה להאריך או להרחיב פטור. בתקנות הקיימות אפשר בנתונים מסויימים. לומדים את זה בדרך השלילה, יש 3 אפשרויות לפור ממכרז. במקרים הפשוטים של הועדה עצמה, במקרים החמורים של ועדת פטורים ובמקרים הנדירים החשב הכללי- לגבי ועדת הפטור רשום כי "ההתקשרות הראשונה נעשתה בעקבות מכרז או בעקבות פניה תחרותית לקבלת הצעות". כלומר למדים מכך שבתחום השני אי אפשר פטור על פטור, ומכאן למדים שבתחום הראשון של ועדת המכרזים אפשר פטור על פטור, כי לא רשום אחרת.

**פס"ד גלובוקול**- גלובוקול תובע את משרד האוצר למעשה לא היה לפי תקנה 3(4), זו לא ההלכה אבל הפס"ד הוא באוביטר. הפטור שנידון שם באותו מקרה (של תקשורת) היה דרך תקנה 3(28). המדינה התקשרה עם חברת בזקול לפטור למכרז ל3 שנים. ניתן פטור לפני תקנה 3(28) הועדה מציינת בפרוטוקול שלה שאפשר לפטור ם לפי 3(4) אולי מחשש ש3(28) לא יתקבל.

העותרת שלא זכתה- גלובוקול, היתה לה חברה שגם הפעילה שירותי תקשורת כזו והפטור מנע ממנה להתחרות. הפס"ד דן גם בשאלה של פטור על פטור. מתי מותר או לא פטור על פטור? מדובר בהתקשרות המשך. (פסה"ד לפני התקנות החדשות). כתוב שמדובר במצב של צורך בחיסכון ויעילות. מתי אני מאפשר להרחיב התקשרות קיימת? לא בכל מקרה, צריך שיהיה במצב של פטור שדרוש מטעמי חיסכון ויעילות ולמען האחידות. ועדת המכרזים אמרה שעשתה בדיקת שוק. ביהמ"ש בדק מתי נעשתה בדיקת השוק והתשובה הייתה שנתיים וחצי לפני ההתקשרות השנייה. ועדת המכרים טענה שזה לא הרבה זמן ויש הגיון בלא לעשות בדיקה כל הזמן- ביהמ"ש אמר ששוק התקשורת הוא שוק שכל הזמן מתפתח ולכן בדיקה לפני שנתיים וחצי לא מתקבלת. תקנה 3(4) גם אם נכנסים לתנאים שלה וגם אם הם מתקבלים צריך לשמור על הרכיב של **טעמי חיסכון ויעילות למען האחידות.**

ועדת המכרזים שם אמרה שאם היו עושים מכרז חדש אין ספק שהחברה שזכתה הייתה זוכה כי האיכות שלה והמחירים שלה יותר טובים. ביהמ"ש לא קיבל את הטענה.

**אפרם נ' רשות השידור**- פטור לפי תקנה 3(4) מטעמי חיסכון ויעילות. יש רכישה של מצלמות לשידורי חוץ לרשות השידור. היה מדובר בX מצלמות שרשות השידור קנתה ואז היא רצתה להרחיב את ההתקשרות עם אותו ספק ולקנות עוד מצלמות. יש כאן אחידות חיסכון ויעילות. חב' אפרם טענה שזה מופרך ויש אולפני טלוויזיה שמשתמשים במצלמות שונות ואין שום הגיון לשימוש באותן מצלמות כל הזמן.

יש הגיון בשתי הטענות, ביהמ"ש לא מבין בנושא וממנה מהנדס שקובע שבחלק מהמקרים יש יתרון לאחידות של הצילום. מדובר גם בהדרכה על הציוד, לא צריך להעביר את הטכנאים והצלמים הדרכות על כל המצלמות וכו'. כשממנים מומחה זה לא מחייב את ביהמ"ש (ביהמ"ש נוטה לקבל דעת מומחה מטעמו).

**תקנה 3(5)**- התקשרות עם חברה ממשלתית או חברה בת ממשלתית- ההגיון הוא להעביר את הכספים שבתוך הממשלה ולא להוציא החוצה.

**תקנה 3(11)**- כל מה שקשור לתרבות והווי- בקטעים האלו רוצים לתת יד חופשית למי שאחראי על תרבות או רווחה, הצעות זולות לא תמיד יתאימו לאופי של ההווי שרוצים לעשות. לא תמיד זה מתקבל לפעמים מבקשים בדיקה בכל מקרה.

**תקנה 3(12)**- התקשרות של לשכת הפרסום הממשלתית עם כלי תקשורת- אם אפשר להתקשר עם חברה ממשלתית יופי, ואם יש מצב שהיא לא יכולה לבצע לבד אז היא עצמה מקבלת פטור ממכרז. כלומר כאשר עורך מכרז רוצה להתקשר עם מפרסם יש לו אפשרות להתחבר עם חברה ממשלתית ואם לפ"ם עצמה לא מסוגלת ורוצה להתקשר אז היא יכולה לצאת החוצה לגופים פרטיים לפי תקנה 3(11). הפטור הוא פטור אבל הכלל הוא שככל הניתן יש לעשות בדיקה. זה מודגש בס' לעומת ס' אחרים שזה פחות מודגש.

**תקנה 3(13)**- יש ציוד רפואי ייחודי ויש לא ייחודי- יש להבחין ביניהם. מה נחשב לתרופה? (שאלה)

**תקנה 3(14)**- מדברת על שירותים בנקאיים השקעת כספים ונ"ע. יש תקנות שדורשות אישור של החשב הכללי לפטור.

**פס"ד צ'יינג' פלייס נ' אל על**- האם אל על מחוייבת במכרז או לא?! אל על מחוייבת במכרז, לפחות הייתה מחוייבת אז. היה מדובר שם בשירות המרת מטבע חוץ שאל על מספקת ללקוחותיה. זה שירות שצריך ונמצא בשדה תעופה. רוצים לבחור בגוף שייתן שירות טוב וייתן מחירים טובים, בייחוד כשמדובר באנשי עסקים שקונים בשניה האחרונה לטיס וצריכים לקנות את המט"ח ליד שער הכניסה ברגע האחרון. צריך לקיים יחסי אמון מיוחדים בין נותנים השרות למקבל השירות וצריך להיות מחירים נוחים- מסיבות אלו יש פטור בגלל יחסי האמון המיוחדים והנוחיות המיוחדת. אין כאן הגדרה מהו שירות בנקאי ביהמ"ש אומר שזה משהו שצריך לקחת מתחום הבנקאות אבל זה משהו כמו שאדם ברחוב מבין, העברת מט"ח נחשב שירות בנקאי.

בפס"ד הטענה המרכזית של העותר הייתה שהמשרד צריך פטור ממכרז לעסקה שאתה עושה לעצמך, למשרד. כאן מדובר בצד שלישי- לקוחות של אל על ולא אל על עצמה. אל על עצמה פטורה ממכרז אך השירות לא ניתן עבור המשרד אלא עבור לקוחותיהם. השירות של אל על זה תיווך לחלוטין, מי שמקבל את השירות אלו הלקוחות.

ביהמ"ש לא מקבל את הטענה ואומר ששום דבר בתקננה לא מרמז שיש הבדל בין שימוש בפטור לרווחה של מישהו אחר לבין של המשרד- דוגמא נוספת לכך היא באמנים ליום העצמאות. העירייה משלמת לאמנים אך הנהנים מכך ביום העצמאות הם כלל האזרחים או תושבי העיר. התקנות אל מצמצמות את עצמן למצב של נהנה מהמכרז או לא. גם אם צריך להראות הנאה של המשרד מהשירות אל על נהנית פה- השבחת השירות. בסופו של דבר גם אם היא לא מקבלת את השירות לעצמה הוא גורם לה לשיפור השירות שלה מה שעשוי להביא לה לקוחות נוספים ולרווחים נוספים.

**תקנה 3(29)**- **התקנה המרכזית** שבה עוסקת הפטירה היות והיא מאוד גורפת ומאוד בעייתית. במצב כזה מבקש הפטור אומר לועדה- כי עשה בדיקת שוק והוא היחידי שנמצא מתאים. אפשר לתפור את התנאים כמו שרוצים ואז לומר שרק הוא יכול למלא את התנאים. **השאלה פה איך מהנדסים את התנאים.** יש חשש שהמכרז ייתפר ולכן הולכים פה לחומרה, ההנחייה היא להגיע אליה כמה שפחות.

זכות טיעון אינה חובת טיעון התקנות החדשות מחייבות את עורך המכרז לפרסם באינטרנט במשך 10 ימים לפני חתימת המכרז, על כן יוכל לפנות לעורך המכרז בטענה שהוא עומד בתנאים, וזאת לפני הפניה לבית המשפט. פניה לבהמ"ש לאור האמור לעלי עשוה להיות נגועה בחוסר תו"ל והיעדר ניקיון כפיים.

**תקנה 3א(א)**

**אירופן נ' משרד הבינוי**- יש שם מכרז של ביצוע תצלומי אויר לפי מיפוי. נעשה לי תקנה 3(29). הפטור ניתן למישהו שהוא לכאורה ספק יחיד אך אירופן טוענת שלא, גם היא יכולה לתת את השירות. כשבודקים מה קרה שם רואים כי הועדה לא ידעה כשהגיע להם אותו נציג אגף, לא ידעה שיש עוד חברה כזו. יש גוף נוסף שיכול לבצע את העבודה בתנאים האלו ועובדת קיומו לא הובאה בפני ועדת המכרזים. לכאורה יש לבטל את הפטור והועדה צריכה לקבל החלטה חדשה.

ביהמ"ש עושה את מה שבד"כ לא עושים- הוא מחליט לבדוק בדרך המהותית, הוא בודק אם היו כל הנתונים מגיעים לפני ועדת המכרזים- במקרה זה שתי החברות החברה העותרת והחברה שזכתה בחוזה, אם כל הנתונים של שני הגופים האלו יובאו בפני הועדה, מה היה מוחלט.

ביהמ"ש אומר שהוא לא יעשה את עבודתה של ועדת המכרזים אך הוא בודק את תנאי הסף הסבירים ויבדוק האם החברה שעתרה הייתה עומדת בתנאי הסף הסבירים. ביהמ"ש קבע כי הם לא היו עומדים בתנאי הסף הסבירים. ולכן למרות שהוא קובע כי משרד הבינוי והשיכון פישל הוא קובע בבדיקה מהותית שהחברה לא היתה עומדת בתנאי הסף (הוא מקבל את תנאי הסף ממשרד הבינוי ולא עושה באמת בעצמו). **לפעמים טענות כאלו תופסות ולכן כדאי לטעון שהעותרים בכל מקרה לא היו זוכים במכרז.** (ע"פ בני"ש "אם לסבתא היו גלגלים"- נובע מרצון להכשיר את השרץ מטעמי חיסכון ויעילות של משרדים ממשלתיים)

**לשיעור הבא-**

* פסיקה שעוסקת בסבירות של תנאי סףס
* פגמים בהצעות

**תנאי סף-** סבירות:

יש המון פסיקה שעוסקת בתנאי סף כשבבסיסם היא עוסקת בסבירות. מדובר בתנאים שאם עוברים אותם אתה עובר את הסף במכרז ואם לא אתה נפסל. יש הרבה מאוד טענות של גופים שנפסלו שהתנאים לא היו סבירים. אחד מפס"ד המרכזיים העוסק בכך הוא של **מודיעין אזרחי נ' חברת החשמל**- פסה"ד אומר כי בין היתר, לפעמים ועדות מכרזים פוסלות הצעות על בסיס תנאים שלא נכללו מההתחלה ברשימת תנאי הסף. איך זה ייתכן לפסול כשהתנאי לא כתוב במפורש. לפעמים ועדת המכרזים אומרת שזה מכללא, זה ברור. הפסיקה אורת שלא יכול להיות תנאי נסתר גם אם הוא ברור לחלוטין. מצד שני הפס"ד אומר שיש כמה פרשנויות סבירות לתנאי הסף. זה נתון לפרשנויות לפעמים ולא לגמרי ברור, אז הכלל במכרזים הוא שהולכים לטובת "הצד החלש"- יש כמה אפשרויות נלך לפי האפשרות המקילה, לא נפסול את הפרשנות הזו אם זו לא הפרשנות היחידה. כלומר לחבר את התנאים כמו שצריך. אם ועדת המכרזים תפסול וביהמ"ש ימצא כי זו בכל זאת פרשנות סבירה אז זה יחזור לועדה.

**פס"ד שטרן נ' משרד האוצר**- נושא של ניסיון קודם בתחום של בניה ציבורית. פה הסבירות נתקפת על הבסיס של הניסיון- ניסיון X דווקא בבניה ציבורית, תוקפים ואומרים שזה לא סביר.

**פס"ד ארגון הקבלנים והבונים**

**פס"ד מטאור הספנות-** פס"ד של משרד התחבורה. יש טענה לפרישה מופרזת.

**פס"ד דודו דפוס-** צריך לקרוא את המחוזי, הוא אושר בעליון.

**פס"ד עדן חשמל נ' רשות שדות התעופה**- שתי העותרות אומרות שהן רוצות ליטול חלק במכרז אבל לא יכולות בגלל תנאי הסף והן ביקשו לבטל את תנאי הסף- המשתתף צריך להחזיק מחסן פרטי ושיהיה רישיון למחסן. בשביל מה צריך מחסן? כדי שאפשר יהיה לאחסן את המוצרים שאנשים קונים בדיוטי פרי במחסן עד שהם חוזרים. בימ"ש קובע כי על הרשות חובה לקיים מכרז ולאפשר למספר גורמים רב תחרות יעילה ביניהם. יש לבחון את תנאי הסף לאור חופש העיסוק, תנאי הסף ראוי שיעמדו בתכלית ראויה, ביהמ"ש קובע כי אין תכלית ראויה ומבטל את התנאי.

**א.א. פ. שיווק**- המשתתפות במכרז היו צריכות להביא אישור תקן ישראלי ותקן זר. ביהמ"ש אומר שעמידה בת נאים סבירים עומד במבחן הסבירות. זה פס"ד מחוזי לכן זו לא ההלכה, אך בעניינים מסויימים ביהמ"ש מרשה לועדת המכרזים לדקדק יותר, למשל בעניינים של חיי אדם, בטיחות, חשמל וכו'. צריך לבדוק שזה לא יהיה אקראי- המ אני מבקש? איזה תקן זר? האם הוא מחמיר יותר זה הגיוני .

**אפרים תמרי נ' מע"צ**- היה צריך להמציא אישורים והזוכה לא המציא את כולם. אפרים תמרי לא זכו וביקשו לפסול את הזוכה שלא צרף את המסמכים. המציע שזכה ביחד עם מע"צ אמרו שזה לא תנאי סף, כי בס' נרשם שמע"צ **רשאית** לפסול הצעה שלא יצורפו אליה מסמכים. יש כאן כפילות משמעות כי היה רשום ש"על המציע לצרף" כלומר חובה- תנאי סף, ואח"כ בהמשך היה רשום "רשאית" ואז זה לא תנאי סף, זו אופציה. ביהמ"ש קבע כי תנאי סף הינו כל תנאי שע"פ מסמכי המכרז מנוסח כי תנאי סף למרות שאח"כ רשום "רשאי". כלומר ההצעה צריכה להיפסל.

**פס"ד אורן שמסי נ' מנהל מקרקעי ישראל-** במנהל, המדינה נותנת קרקעות או בהוזלה או בחינם לאוכלוסיות עדיפות ולכן המכרזים של המנהל מאוד שונים מכל מכרז אחר. במקרה זה מדובר בהגרלה של קרקעות. העותרים, תושבים של כפר קמא קיבלו פטור משירות צבאי מסיבות דתיות. התפרסמה בעיתון מודעה שהמנהל רוצה להוציא מכרזים שונים בכפרים של הבדואים והצ'רקסים לבניה עצמית. המכרז הזה מסוג של הגרלה נועד לתושבי כפר קמא שהם מחוסרי דיור ובהם זכאים של משרד הבינוי והשיכון. הם אומרים שבתנאי המכרז יש עדיפות לתושבי כפר קמא ששירתו בכוחות הביטחון שירות מלא והם פטורים ע"פ דין. תקנה 25(24א)- המנהל אומר שיש לו תקנת פטור שאומרת שהוא יכול לפטור ממכרז על סמך העדפה של מיעוטים המשרתים בצבא. קל וחומר אם אפשר לפטור ממכרז שזה הכי מנוגד למכרז, אז אם המנהל צדיק גדול ויצא במכרז למרות שלא היה חייב לצאת אז הוא לא יכול למשוך את התנאי שיש בפטור? יש פה טענה מעניין כי לא תמיד אפשר לומר שמפטור אפשר להשליך למכרז. ביהמ"ש אמר שהתנאי סביר, על סמך עניין השוויון, הדרך הפשוטה יותר הייתה לומר קל וחומר.

עניין אישי-

עד 91' כל עניין מכרזי היה מגיע לבג"ץ, **בג"ץ אל עטיף נ' מנכ"ל משרד החינוך**- שלטי חוצות לפרסומות. יושב ראש ועדת המכרזים היה קשור בעבר במתן שירותים משפטיים לחברה שזכתה במכרז. לא צריך להוכיח בפועל שהייתה העדפה אלא שהיה עניין אישי. אין כאן כללים ברורים הכל קשור בסוף בסבירות. לא צריך להראות שהיתה תרמית או מחשבה פלילית, מספיק עובדתית להראות שהוא עבד בשבילם בעבר. מה עושים? הוא חייב להביא מחליף. פס"ד נוסף הוא **מטיילי פסגות**- יש חבר מועצה שרצה שחברה שהוא בעל שליטה בחברה הזו תתקשר עם המועצה, אז הוא עשה גילוי נאות והתפטר מהחברות במועצה. אמרו לו שההתפטרות שלו מאוחרת מידי בגלל שהוא התפטר אחרי שכבר נקשרו הליכים.

**פס"ד פולמן**- היא מכרז של חברת חשמל לבניית ארובות. חברת חשמל פוסלת חברה בגלל ניסיון עבר מר איתה. האם אפשר לעשות זאת? האם חלוף הזמן משנה? (חלפו 12 שנים). פולמן טוענים שהחברה השתנתה לגמרי בזמן הזה, החברה נמכרה וזו חברה חדשה לחלוטין שקנו רק את השם שלה. אי אפשר לעשות זהות ביניהם. ביהמ"ש אומר שניסיון עבר כשלעצמו לא יכול להביא לפסילה. בפועל לא באמת רוצים להיקשר איתם- אפשר **באמות המידה והמשקלות** כלומר אפשר להתחשב בזה אבל לא לפסול הצעה רק על זה. כלומר ניתן מראש, במכרז שאני עושה לדבר על אמת מידה שמדברת על ניסיון קודם. צריך להיזהר פה כדי שלא יחרוג ממבחני סבירות.

פגמים בהצעות- פסה"ד המרכזי בנושא הוא **פס"ד חברת חשמל נ' מליבו**- המבחן לגבי בחינת פסילת הצעות לגבי פגמים זה אם הפגם עלול לתת יתרון למציע ולהפר את השוויון וכן אם אי מתן אפשרות לתיקון הפגם יפגע בשוויון. בפס"ד זה הייתה טענה של תרמית/ תכססנות. ביהמ"ש קובע שמי שמנסה להערים על בעל המכרז בתכסיסנות מחושבת צריך לפסול את ההצעה שלו על הסף. אבל ביהמ"ש אומר שיש גם **תכססנות לגיטימית**.

דוגמאות נוספות- למשל מחירים בלתי ראליים- **ר.ס תעשיות נ' משרד התשתיות, האחים רויכמן.**

**פס"ד כח אלפיים** (בך)- ניתן כמה שנים לפני פס"ד מליבו. בבגץ כח אלפיים אומר השופט בך: ישנם ארבעה כיוונים:

1. אם הפגם בהצעה או בהליכי המכרז נובע ממעשה שנעשה מתוך כוונה להטעות או לפחות יש חשד רציני לחוסר תו"ל אז הכלל הוא די גורף שדין ההצעה או המכרז עם הפגם צריך להתבטל וזה לא משנה אם הפגם מהותי או טכני. הגיוני אך לא טריוויאלי כי חל גם בפגם טכני, אפילו אם לא פוגע בשוויון ובהגינות.
2. אם הפגם נובע מטעות בתו"ל והפגם במהותו טכני בלבד- בד"כ לא יהיה ביטול.
3. אם הפגם מהותי ופוגע בהגינות והשוויון הפגם ייפסל גם אם היה בתו"ל.
4. אם הפגם מהותי אבל הוא נבע מטעות בתו"ל ולא עלול לפגוע בשוויון ובהגינות אז הכיוון הוא לא להתערב ותלוי בועדה. ביהמ"ש יעדיף שלא להתערב, תלוי במקרה.

* פס"ד סיגננור

**MCO מערכות נ' בזק**- היה מכרז של מחשבים נשאים לבזק והיה צריך להשיג מסך של 256K הכוונה היה לצבעים. ביהמ"ש אמר שזו טעות שהיה ברור שזו טעות כי זה מושג מוכר במחשבים.

**שרביב נ' ראש עיריית נהריה**- חוסר ודאות. היה מקרה של חוסר ודאות. ההצעה של המציע לוקה בחוסר ודאות, לא ברור לך מה הוא כותב. ביהמ"ש כתב כי מן הראוי שהמציע יפסול את הצעתו בין אם זה היה במכוון או בחוסר תו"ל. אם זה לא ברור אך לא נראה שזה חוסר תו"ל אז אפשר לפעול לבירור.

**פס"ד בדראן**- אם הבירור כבר מתחיל מו"מ, אם כבר גולשים למו"מ זה בעיה- כי אסור לבצע מו"מ. התקנות החדשות מאפשרות מו"מ אבל זה צריך להיעשות כמו"מ ולעמוד בתנאי השוויון.