

## עדכוני פסיקה

### דיני מכרזים

#### תוכן עניינים

מס"ד	פסק הדין	נושאים שנידונו בפסק הדין	עמ'
1	ע"פ 20/207 אשר אופיר נ' מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו, 3.5.22);	הסדר כובל במכרז; הגבלים עסקיים; החלטה בדבר השתתפות במכרז; יסוד נפשי; קבלני משנה; טעות במצב המשפטי;	2
2	עת"מ 11371-06-21 פלונית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון (נבו 12.5.22);	העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית; פרשנות ועדת המכרזים; הצעת מחיר; פרשנות לשונית ותכליתית;	4
3	עת"מ 43299-04-22 רשת תיכוני טומשין בע"מ נ' מועצה מקומית טובא-זנגריה (פורסם בנבו, 19.6.22)	ביטול מכרז; הסתמכות מציעים; שיקול הדעת של ועדת המכרזים; אי שביעות מהתקשרות קודמת;	5
4	ע"א 6069/21 מיכה לוי נ' יצחק לוי (פורסם בנבו, 21.6.22);	"מכרז מחיר שני" או "מכרז ויקרי"; מנגנון היפרדות בנכסים; שיקול דעת בית המשפט;	7
5	עת"מ (ב"ש) 64516-05-22 גל יוזמה נדל"ן בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 30.6.22);	הצעה יחידה; פרשנות תנאי המכרז; מספר מתחמים; ביטול מכרז למעשה, תחולת תקנה תקנה 23(א), שיקול דעת ועדת המכרזים;	8
6	עע"מ 1290/22 מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל נ' יוסף פורת פוקטש (פורסם בנבו, 19.5.22);	מכרזי הרשמה והגרלה מקוונים; מסמכים להוכחת עמידת המציעים בתנאי הסף; תנאי סף; שיקול דעת ועדת המכרזים;	10
7	עת"מ 47089-12-21 עורכי דין לקידום מנהל תקין נ' מ. א. חוף השרון ואח' (פורסם בנבו, 10.8.22);	פטור ממכרז; פרשנות סעיפי הפטור ממכרז; דיני המכרזים במועצות אזוריות; יחסי אומון מיוחד;	11
8	עת"מ 4868-06-22 משפחתוני חיים משה מרגלית נ' מדינת ישראל משרד הרווחה (פורסם בנבו, 14.8.22);	ניסיון קודם שלילי של מציע; הפחתת ניקוד בגין ניסיון שלילי; פסילת מציע; סמכות ועדת המכרזים; תנאי סף במכרז;	13
9	עע"מ 1856/22 חי נחמיאס מגורים והשקעות בע"מ נ' פרץ בוני הנגב (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 18.8.22);	תיאום הצעות במכרז; תחרות הוגנת ושוויון; סמכות ועדת המכרזים; פגם מהותי וטכני; ביקורת שיפוטית;	15
10	עת"מ 30356-04-22 אורבניקס אלארטי בע"מ נ' נת"ע - נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 7.9.22);	הצעה פיננסית; הצעה גרעונית; שיקולים זרים; הימנעות מהתקשרות; הקלטת ישיבות;	17
11	עת"מ (ת"א) 1174-09-22 D. E. TECHNOLOGIES LTD מקורות פיתוח וייזום בע"מ (פורסם בנבו, 2.10.22);	שינוי תנאי התקשרות לאחר זכייה; שיהוי; מעשה עשוי; תכסיסנות;	19

**[דיני מכרזים - הסדר כובל במכרז; הגבלים עסקיים; החלטה בדבר אי-השתתפות במכרז; יסוד נפשי; קבלני משנה; טעות במצב המשפטי]**

בשנת 2008 פרסם משרד הבינוי והשיכון מכרז לבניית מרחבים מוגנים ביישובי עוטף עזה ושדרות. במכרז נקבע, כי קבלנים אשר יעברו את השלב הראשון במכרז ייכללו במאגר כ'קבלני מדף'. מאגר זה נועד לשמש מסגרת לבחירת קבלני המדף לביצוע עבודות בניית הממ"דים. במכרז נקבע כי קבלן שייכלל במאגר יידרש להתחייב להגיש הצעות לפניות ספציפיות שיופנו אליו בשלב השני, ואם לא יעשה כן (לאחר שתי פניות) תחולט הערבות שנדרש להפקיד, והקבלן יימחק מהמאגר.

עם השלמת הקמת המאגר נשלחו אל קבלני המדף פניות ספציפיות להגיש הצעות לבניית ממ"דים בשבעה מתחמים. קבלני המדף טענו (בכתב ובעל-פה ולרבות באמצעות התאחדות הקבלנים), כי בשל חלוף הזמן ועליית מחירי הברזל, נהפך המכרז לבלתי רווחי עבורם. משרד השיכון דחה את הפניות והבהיר שאין לחרוג מכללי המכרז.

כחלק ממאבקם לקבל הקלה או פיצוי בגין עליית מחיר הברזל, סיכמו קבלני המדף בכתב ובחתימת יד נציגיהם, כי לא יגישו הצעות לשלב השני של המכרז, כל עוד לא יקבלו את הפיצוי האמור. הודעה ברוח זו הועברה למשרד השיכון. תוצאת המהלך המתואם הייתה שחלק הארי של המכרז בוטל ומשרד הבינוי והשיכון נאלץ לפרסם מכרז חדש, מה שגרר עיכוב משמעותי בבניית המרחבים המוגנים.

כנגד כל המערובים בפרשה הוגשו כתבי אישום לבית המשפט המחוזי בירושלים. פסק דינו של בית המשפט המחוזי פרש יריעה רחבה והכריע במחלוקות רבות. על הכרעת הדין וגזר הדין הוגשו תשעה ערעורים, מטעם צדדים שונים, כאשר בסופו של דבר, בתום הדיונים בערעורים ולאחר שמיעת הערות בית המשפט העליון, חזרו בהם מרבית המערערים מערעורם. נותר לבית המשפט העליון להכריע בשלושה מן הערעורים שהוגשו.

בית המשפט המחוזי בירושלים פסק, כי על פי החזקה החלוטה הקבועה בס' 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (לשעבר: חוק ההגבלים העסקיים), החלטה משותפת **שלא להגיש הצעות למכרז ודיון בין מתחרים שמסקנתו היא שתנאי המכרז לא מאפשרים הגשת הצעות**, עולים לכדי **הסדר כובל**. נקבע, כי מסקנה זו מתחזקת לאור חתימה משותפת על מסמך שזו תכליתו ולאור תיאום ועדכון של קבלנים שלא נכחו בפגישה. טענות הקבלנים, כי מדובר בהפעלת שיקול דעת עצמאי המתבקש מהסיטואציה שבה היה נתון המכרז כתוצאה מ'הדווקנות והנוקשות' של המדינה נדחו, היות ובפני הקבלנים עמדו דרכים חוקיות לפעול כנגד המכרז אם אכן סברו שתנאיו אינם אפשריים, כמו למשל הגשת עתירה מנהלית או הימנעות מהשתתפות, מבלי שהדבר יתואם ביניהם. על המערערים נגזרו עונשי מאסר בפועל, עונשי מאסר על-תנאי וקנסות כבדים.

בית המשפט העליון דחה את שלושת הערעורים. בית המשפט העליון הדגיש כי: **"תיאום בין מתחרים המתמודדים במכרז היא התנהגות אנטי-תחרותית המנוגדת להגיונו של המכרז. המכרז הוא מסגרת לתחרות כלכלית בין שחקנים בשוק, והצלחתו נמדדת ביכולת לבחור את ההצעה הזוכה מבין הצעות שונות, בהתאם לקריטריונים רלוונטיים. החלטה על תיאום בין מתחרים במכרז, בין בהקשר של השתתפות ובין בהקשר של אי-השתתפות, מהווה על פני הדברים התנהלות אנטי-תחרותית, שהיא לא רק טעונת גינוי אלא גם עבירה פלילית ממש. משנה תוקף יש ליתן לחומרת השלכותיו של תיאום הנערך ביחס למכרז ציבורי, אשר נועד לקדם פעילות לטובת הציבור"**. נקבע, כי במקרה דנן מתקיימת החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב) לחוק התחרות, ולכן **לא נדרשת הוכחה של פוטנציאל לפגיעה בתחרות**. נקבע, כי נכון יהיה להחיל את החזקה החלוטה על הסדר בין מתחרים במכרז שלא להגיש הצעות לאותו מכרז. כן נקבע, כי הסדר כזה הוא במהותו הסדר הכובל את שיקול הדעת של כל המתחרים במכרז, שכן הוא חולש על כל ההיבטים שהם חלק מאותה חזקה: העלאת המחירים, הגדלת הרווחים וצמצום כמות הנכסים או השירותים.

סוגיה מעניינת נוספת שעלתה בדיון היא האם קבלני המשנה יכולים להיות צד להסדר כובל. נדחתה טענה לפיה הואיל וקבלני המשנה לא היו יכולים לגשת לשלב השני של המכרז, לא ניתן לומר כי ההסדר הצר את חופש הפעולה

שלהם או כי השפיעו על התחרות במכרז. נקבע כי יש לראות בקבלני "מבצעים בצוותא" של עבירת ההסדר הכובל שכן גם **שלוחו של משתתף במכרז המצטרף להסדר כובל שעניינו החרמת מכרז, תורם בכך להגבלת התחרות בין המשתתפים במכרז.**

באשר לשאלת היסוד הנפשי נקבע, כי בנסיבות שבהן חלה החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב) לחוק, די בהוכחת מודעות מבצע העבירה לנושא הכבילה הרלוונטי מבין הנושאים המנויים בסעיף: המחיר, הרווח שיופק, חלוקת השוק או כמות הנכסים או השירותים בעסק, איכותם או סוגם. נקבע, כי מודעות זו מתקיימת ביחס למערערים.

טענת ההגנה של המערערים, שעניינה "טעות במצב המשפטי", אשר התבססה על ניסיונם להסתמך על התנהלות יועצה המשפטי של התאחדות הקבלנים, נדחתה על ידי בית המשפט העליון. בית המשפט העליון עמד על כך שאמנם הסתמכות על עצת עורך דין עשויה להקים לנאשם את הגנת הטעות במצב משפטי אך יש לתת פרשנות מצמצמת לתחולתה של הגנה זו והיא תיבחן על יסוד אמות מידה הנוגעות לסבירותה של טענת ההסתמכות; רמת מומחיותו של עורך הדין בתחום שבו התבקשה חוות דעתו; היקף התשתית העובדתית שהונחה בפני עורך הדין; טיבה ורצינותה של חוות הדעת המשפטית; וקיומם של אמצעים חלופיים מתאימים יותר שעמדו בפני הנאשם. נקבע, כי מקרה זה אינו נכנס בגדר אמות המידה המצמצמות לעניין הסתמכות על עצת עורך-דין, ובכלל זאת הדרישה למתן חוות דעת פורמאלית בכתב.

בית המשפט הדגיש כי (1) כי אין מקום לאימוץ כלל הגורס כי די בנוכחות של עורך דין בישיבה שבה נדונה התארגנות שהיא במהותה הסדר כובל כדי לשמש בסיס לפטור מאחריות פלילית. (2) היעדרו של ייעוץ משפטי רלוונטי או העדר התרעה מצד היועץ המשפטי - הגם שיועץ משפטי נכח בישיבה - אינו יכול להקים פטור מאחריות פלילית.

#### **מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

1. עורכי דין המלווים מתמודדים במכרזים צריכים לנהוג משנה זהירות בהיבטים הנוגעים להתקשרויות ולחברות בין גורמים עסקיים בקשר למכרז. עליהם להדגיש בפני לקוחותיהם (שלעיתים אינם מכירים את דיני התחרות) שלא לקחת חלק, ישיר או עקיף, בהיבטים כלשהם הנוגעים לתיאום הצעות.
2. ועדות המכרזים צריכות (להמשיך) להיות עירניות לנסיבות או להתנהגויות מצד מתמודדים פוטנציאליים המעלות חשש לתיאום הצעות. תיאומי הצעות עלולים לפגוע קשות ביכולתם של גופים ציבוריים לבצע פרויקטים ציבוריים במועד, באיכות ובמחירים הראויים.
3. ועדות המכרזים בגופים ציבוריים צריכות להנחות את הגורמים הפועלים מטעמן שלא להקל ראש בנסיבות בהן מתברר, כי קיים חשש לתיאום הצעות או למצב בו גורם יחיד התקשר עם מספר מציעים לביצוע העבודה במכרז.
4. מובן שעל ועדת המכרזים לנסח את מסמכי המכרז באופן המדגיש ומפנה תשומת לב המתמודדים לחובתם לפעול בהתאם לדיני התחרות (וראו היבט משלים לסוגיית התחרות - תיאום הצעות - פסק דין ע"מ 1856/22 חי נחמיאס מגורים והשקעות בע"מ נ' פרץ בוני הנגב (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 18.8.22) המופיע בעדכון זה להלן).
5. בהיבט המשפטי - גם חברי ועדות המכרזים וגם המתמודדים במכרזים צריכים להיות מודעים לכך שעל מכרז חלים דיני התחרות הכלכלית, לרבות האיסור על הסדר כובל.
6. כן מוצע להפנות את תשומת לבם של העוסקים במכרזים כי: (1) הסדר כובל אין פירושו רק תיאום לגבי הגשת הצעות אלא אף תיאום לגבי אי-הגשתן (2) האיסור על ביצוע הסדר כובל חל גם על גורמים שאינם רשאים להגיש הצעות למכרז, אולם יש להם השפעה על ההסדר, כדוגמת קבלני משנה.
7. חבירה בין מתחרים לצורך הגשת הצעה במכרז, אף אם היא נעשית טרם שלב המיון המוקדם, מהווה הסדר כובל. בהתאם להוראות החוק, על מנת להיות צד להסדר כובל יש צורך באישור בית הדין לתחרות או בפטור מאת הממונה.
8. ישנם מקרים מסוימים בהם חבירה בין מתחרים יכולה להתבצע ללא היתר מיוחד כגון במצב של מיזם משותף העומד בתנאים המפורטים בכללי ההגבלים העסקיים. מוצע לקבל יעוץ משפטי בנושא על מנת שלא להסתכן שלא לצורך בחשיפה פלילית ואזרחית בגין הפרת דיני התחרות.

**[דיני מכרזים - העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית; פרשנות ועדת המכרזים; הצעת מחיר; פרשנות לשונית ותכליתית]**

בפסק דין זה נדון מכרז, שפורסם על ידי משרד הביטחון, לאספקת שירותי אימונים לזרוע היבשה.

פסק הדין עורר את השאלה כיצד תיושמה תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית), בעת בחינת הצעות המחיר שהגישו מציעים. נושא זה התעורר משום שמחד גיסא ההצעות היו מורכבות מ'שורות' של שירותים שונים (שתומחרו כל אחד בנפרד) ומאידך גיסא הן כללו גם "שורה תחתונה", המסכמת את סך שורות השירותים שתומחרו בהצעה.

אם כן, ליבת המחלוקת נגעה לשאלה האם התקנה הרלבנטית מחייבת את ועדת המכרזים לממש את תקנות ההעדפה כך שהפחתת המחיר תעשה ממחיר ההצעה "הסופי" (כלומר מ-"השורה התחתונה" המסכמת את סך שורות השירותים שתומחרו בהצעה) או שמא הלשון סובלת - או מאפשרת - גם פרשנות לפיה ניתן להפריד בין הטובין/שירותים השונים הנכללים בהצעה וליישם את התקנות רק על שורות המחיר הרלבנטיות.

נקבע, כי הן מהוראות התקנות הן מהוראות המכרז עולה, כי **ניתן** להפריד בין השירותים השונים לצורך השוואת הצעות המחיר, ו"הצעת המחיר" לעניין יישום התקנות **אינה בהכרח המחיר הסופי המשוקלל**. בית המשפט בחן את התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית של התקנות והגיע למסקנה דומה.

בית המשפט סבר, כי נוכח החשיבות של **עקרון השוויון בדיני מכרזים** והיתרון שמעניקות תקנות העדפה לאומית על פני יתר המציעים, נכון לפרש את התקנות כך שהעדפה תינתן רק באותם מקרים בהם **המציע עומד בכלל התנאים למתן העדפה עבור כל שורת שירות, לרבות התנאי בדבר הפער בין הצעות המחיר**.

בית המשפט התייחס לחשיבות ביצוע **פרשנות המביאה להרמוניה חקיקתית ופרשנית עם תקנות תוצרת הארץ**. בית המשפט ייחס חשיבות לקבוע בהוראת תכ"ם - התקשרויות ורכישות של אגף החשב הכללי במשרד האוצר "העדפת תוצרת הארץ", מס' הוראה 7.11.4 מהדורה 08, בה נקבע בס' 2.2.3.2 כי "במכרז שבו קיימות מספר יחידות תמחור של טובין, תינתן העדפה עבור כל יחידת תמחור בנפרד, בתנאי שבאותה יחידת תמחור מחיר ההצעה הטובה ביותר אינו עולה על מחירה של הצעה, שהטובין המוצע במסגרתה הוא מתוצרת הארץ בתוספת 15%".

בית המשפט התייחס לצורך בהחלה **זהירה של תקנות העדפה** על מנת לשמר את ערך השוויון ככל האפשר.

בית המשפט מזכיר בהחלטתו כי בפסיקת בית המשפט העליון צוין בעבר כי: הנחת המוצא היא שתקנות העדפה לאומית **נותנות יתרון למציע שעומד בתנאי ההעדפה על פני יתר המציעים, ומכאן שיש לנהוג זהירות בהחלתן**; וכי תקנות ההעדפה יוצרות הטיה שלילית מסוימת. הזכות לשקלול נוסף שני מתמרצת מציע מאזורי עדיפות לאומית להציע הצעה שמחירה גבוה יותר מן ההצעה המיטבית שביכולתו להציע. זאת, מתוך ידיעה שמחיר ההצעה אינו 'סוף פסוק' וניתן יהיה להפחית אותו במידת הצורך. לכן, נקבע, כי הפרדה בין הפריטים השונים תצמצם את החשש להטיה השלילית.

נוכח החשיבות של עקרון השוויון בדיני מכרזים והיתרון שמעניקות תקנות העדפה לאומית על פני יתר המציעים, נקבע כי נכון יהיה לפרש את התקנות כך שהעדפה תינתן רק באותם מקרים בהם **המציע עומד בכלל התנאים למתן העדפה עבור כל שורת שירות, לרבות התנאי בדבר הפער בין הצעות המחיר**.

**מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

1. **ועדת מכרזים המודעת, או מעריכה, כי המכרז שבטיפולו יצריך הפעלת/יישום של תקנות העדפה (על סוגיהן השונים) צריכה, ככל הניתן, לבחון את החלקים במכרז הרלבנטיים לנושאי ההעדפה, ובהתאם לכך לעצב את מסמכי המכרז באופן שהמציעים יוכלו להגיש הצעתם באופן היעיל ביותר, ובאופן שיאפשר לוועדה להעריך נאמנה ונכונה אילו חלקים בהצעה מזכים את המציע באותה העדפה.**

2. כך לדוגמא, מקום שבו אותה 'שורת מחיר' עשויה לכלול רכיבים הכלולים בתנאי העדפה וכאלה שאינם זוכים להעדפה, רצוי למצוא דרכים לביצוע הפרדה, בין בדרך של פיצול אותה שורה ובין בדרך של קביעה נורמטיבית שתיכלל במסמכי המכרז לפיה ההעדפה תינתן רק לאחוז מסוים מוגדר מראש מהסכום שינקב בשורת המחיר.
3. ועדת מכרזים צריכה לקחת בחשבון כי לצד הצורך ליישם את הוראות תקנות ההעדפה, הגישה ליישומן צריכה להיות זהירה (ואולי תוך פרשנות מצמצמת) נוכח היתרון שמעניקות תקנות העדפה לאומית על פני יתר המציעים והפגיעה בעקרון השוויון כתוצאה מהעדפה זו.
4. ועדת מכרזים לא תקנה, ככלל, למציע העדפה בהסתמך על תקנות העדפה אלא באותם מקרים בהם המציע עומד בכל התנאים למתן העדפה.
5. ועדת מכרזים רשאית - ואף חייבת - לפרש את תקנות ההעדפה במכרז נתון (תקנות אלה עשויות להיות שונות ממכרז למכרז) במתכונת השומרת על הרמוניה חקיקתית עם פרשנות בית המשפט גם לתקנות העדפה אחרות.
6. ניתן וראוי לשאוב השראה פרשנית גם מהאמור בהוראות התכ"ם בהקשר ל"העדפת תוצרת הארץ", גם ביחס לתקנות העדפה אחרות.
7. בעת עיצוב תנאי המכרז, על ועדת המכרזים לקחת בחשבון שתקנות ההעדפה יוצרות הטיה שלילית מסוימת ועלולה לתמרץ מציע מאזורי עדיפות לאומית להציע הצעה שמחירה גבוה יותר מן ההצעה המיטבית שביכולתו להציע. למודעות זו חשיבות רבה בעת קביעת כללי המכרז ומתכונת התחרות בו.
8. אם נתקלת ועדת המכרזים בסיטואציה בה עליה לפרש וליישם את תקנות ההעדפה מלאכת הפרשנות אינה מלאכה טכנית. עליה לקחת בחשבון את היבטי השוויון, ההטיה השלילית, תכלית תקנות ההעדפה וכו' ועל כן יש מקום לתת משקל הן לפירוש הלשוני של התקנות, הן להוראות המכרז והן לתכליות האובייקטיביות והסובייקטיביות של התקנות.

3. עת"מ 43299-04-22 רשת תיכוני טומשין בע"מ נ' מועצה מקומית טובא-זנגריה (פורסם בנבו, 19.6.22)

### **[דיני מכרזים - ביטול מכרז; הסתמכות מציעים; שיקול הדעת של ועדת המכרזים; אי שביעות מהתקשרות קודמת]**

העותרת שימשה כמפעילה של בית הספר במועצה המקומית טובא-זנגריה. במסגרת דיון במליאת המועצה ביום 22.7.20 הוחלט על סיום ההתקשרות עם העותרת נוכח אי שביעות רצונה של המשיבה מאופן ניהול בית הספר על ידי העותרת. העותרת הגישה המרצת פתיחה כנגד החלטה זו ובעקבות זאת חויבה המשיבה להמשיך את ההתקשרות עד לסיום שנה"ל תשפ"ב.

במועד זה הודיעה המשיבה לעותרת על סיום ההתקשרות ועל פרסום מכרז חדש להפעלת בית ספר שש שנתי תיכון במועצה. במכרז נקבע **מועד לפתיחת תיבת המכרזים ליום 7.4.22**.

שלושה ימים לאחר המועד האחרון להגשת ההצעות (!!!), ביום 10.4.22 נשלחה הודעה למשתתפי המכרז לפיה המועד שנקבע הוארך עד ליום 14.4.22. מועד זה הוארך פעם נוספת.

על החלטות הוועדה הגישה העותרת עתירה. **במהלך הדיון בעתירה הודיעה המשיבה על ביטול המכרז.**

בית המשפט דחה את העתירה וקבע, כי כשם שלבעל המכרז הזכות לפרסמו כך עומדת לו הזכות לבטלו בכל שלב. נקבע, כי מטרתו של המכרז להיות יתרון לבעליו ולא מגרעת וכי בנסיבות שבהן אף אחת מההצעות שהוגשו למכרז לא הייתה ראויה לזכות בו, ההחלטה לבטל את המכרז נתקבלה כדין. נקבע, כי ככל שהחלטת הביטול תתקבל בשלב מוקדם יותר כך היא תעורר פחות קשיים ולא תזכה ליחס חשדני וביקורתיות.

בית המשפט עמד על כך ש"תקנות חובת המכרזים אינן מתייחסות לשיקולים שעל ועדת המכרזים לשקול בבואה להחליט על ביטול המכרז, ואין הן מתייחסות להיקף שיקול הדעת המסור לה בקבלת החלטה מעין זו והכל נגזר מהאיזון שבין האינטרס של המציעים בהמשך הליך המכרז לבין האינטרס הציבורי (כפי שהוא מגולם בהחלטת ועדת המכרזים) בביטול המכרז."

בית המשפט עמד על כך שחובתה של ועדת המכרזים לנמק את החלטותיה היא ביטוי נוסף להגינות ההליך המנהלי; היא מסייעת לקבלת החלטה רציונלית ולא שרירותית, מסייעת להסתמכות נכונה עליה, משום שהיא מאפשרת להבין טוב יותר את משמעותה של ההחלטה ואת השלכותיה; היא מספקת תשתית עובדתית לביקורת על פעולתה, ביקורת מנהלית, שיפוטית וציבורית.

נקבע, כי ביטול המכרז בשלב מוקדם אינו מעורר בדרך כלל חשש לקיומה של שחיתות וכי בשלב זה הפגיעה באינטרס ההסתמכות של המציעים כתוצאה מהחלטת הביטול אינה משמעותית. כן נקבע, כי ככל שהטעמים האמורים מובילים למסקנה שהמשך עריכת המכרז יוביל לתוצאה אבסורדית או לנזק חמור לציבור בכללותו, אזי יש בכך כדי להצדיק את החלטה לבטל את המכרז. **עוד נקבע, כי על מנת למנוע העדפה אסורה או פתח לשחיתות, הרשות מחויבת לעשות ככל שניתן כדי שהחלטה על ביטול המכרז תתקבל לפני חלוף המועד האחרון להגשת הצעות.**

ביחס למקרה הקונקרטי נקבע, כי המשיבה החליטה לבטל את המכרז **לאחר שהוגשו הצעות אך עובר לבדיקתן.** נקבע, כי החלטה לבטל את המכרז בעיתוי זה פוגעת באינטרס ההסתמכות ובאינטרס הציפייה של המציעים, אולם היא אינה מעוררת קשיים נוספים מעבר לאלה המתעוררים כאשר החלטת הביטול מתקבלת בטרם הוגשו הצעות. על כן נקבע, כי בנסיבות מעין אלה ראוי להותיר לרשות המנהלית שיקול דעת רחב לבטל את המכרז וכי החלטת המשיבה לבטל את המכרז אינה בלתי סבירה.

בהתייחס לטענות שהועלו כנגד העותרת שלפיהן מתנהל נגדה הליך פלילי קבע בית המשפט כי: (1) לא הוצגו לעיונו ראיות ממשיות או אסמכתאות משמעותיות לכך שמתנהל הליך פלילי נגד העותרת או נגד העומדים בראשה. ברי, כי לא ניתן להסתמך על כתבות, שמועות או הלכי רוח במקרה שכזה. (2) גם אם נפתחה חקירה, הרי שהיא לא הבשילה כדי הגשת כתב אישום ולכן לעותרת ולעומדים בראשה שמורה חזקת החפות. לפיכך, משעה שטענות אלה אינן מבוססות נראה שאין בהן כדי לפסול את העותרת מלהשתתף במכרז או מלזכות בו.

בהתייחס לאירוע המוזר והחריג שבו מועד הגשת הצעות נקבע למועד שהיה רק שלושה ימים לאחר מהמועד המקורי קבע בית המשפט, כי היה על המשיבה להודיע על הארכת המועד להגשת הצעות בטרם חלף המועד שנקבע על ידה. עם זאת העותרת לא התנגדה להארכת המועד הראשונה, שגם אודותיה נמסרה הודעה לאחר שחלף המועד המקורי ובית המשפט לא סבר שיש בטענה זו כדי לשלול את זכותה של המשיבה לבטל את המכרז.

#### **מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

1. לעורך המכרז עומדת ככלל הזכות (לפי תקנות חובת המכרזים והפסיקה) להורות על ביטול המכרז שפורסם על ידו, כאשר התנאים, הנסיבות והטעמים לביטול עשויים להשתנות מעניין לעניין.
2. כשוועדת מכרזים שוקלת ביטולו של מכרז, עליה לנהוג באירוע זה באחריות וברצינות מרובה, שכן יש בביטולו של מכרז חשש לפגיעה משמעותית במתמודדים (בפועל או בכח). פגיעה זו אפשרית שכן לא רק שהעמל הרב שהושקע בהכנת הצעות עלול לרדת לטמיון, אלא שהחלטה כאמור עלולה לפגוע במציעים שהגישו הצעות למכרז וכעת סודיות הצעתם תיפגע, תוך אובדן היתרון התחרותי ותוך פגיעה אפשרית בטוהר המידות ובאמון הציבור.
3. על ועדת המכרזים לשקול את החלופות העומדות בפניה עוד בטרם קיבלה החלטה על ביטול המכרז (שהיא בד"כ ההחלטה ה"חמורה" ביותר מבין האפשרויות העומדות על הפרק). דווקא משום שתקנות חובת המכרזים אינן מפרטות את השיקולים שעל ועדת המכרזים לשקול בבואה להחליט על ביטול המכרז, רצוי מאוד לתת ביטוי נרחב ומפורט לדיון שקיימה הוועדה בנושא. רצוי מאוד לקבל חוות דעת משפטית מהייעוץ המשפטי של הוועדה, כך שגם המציעים (בפועל או בכח) וגם ערכאות שיפוטיות תוכלנה להתרשם מכך שנשקלו השיקולים הרלבנטיים על יסוד הכרה והבנה של המצב המשפטי הרלבנטי.
4. מידת הריסון הנדרשת בעת קבלת החלטה על ביטול מכרז תהיה גבוהה יותר ככל שמתקדמים בשלב המכרזי, ובוודאי שהוא הדין במצב בו כבר הוגשו הצעות מחיר ואלה נחשפו בפני חברי ועדת המכרזים.
5. בנסיבות בהן מתחוויר לועדת מכרזים, כי מכרז שפרסמה אינו תואם את צרכיה מוטב שההחלטה על ביטול המכרז תתקבל מוקדם ככל האפשר.

6. איננו מתייחסים כאן למצב בו בוטל מכרז ומיד פורסם מכרז חדש - סיטואציה זו מעלה קשיים ומורכבת אף יותר מהליך ביטול המכרז וכמובן נוכל להרחיב ביחס אליה במסגרת נפרדת.
7. כהשלמה לאמור לעיל, על ועדת המכרזים לקחת בחשבון כי ביטולו של מכרז לאחר הגשת הצעות מעורר חשד להעדפה אסורה של מציע מסוים שהצעתו ככל הנראה אינה צפויה לזכות (והוועדה מבקשת לתת לו 'הזדמנות נוספת'), או של מציע שאיחר בהגשת הצעתו או לא היה מודע לקיומו של המכרז ופרסומו של מכרז חדש יאפשר לו לגשת.
8. בהתייחס להיבטים הנוגעים לחשדות פליליים, כתבי אישום וכיוצא בזה - ראו עדכוננו מיום 12.7.22 בקשר עם הוראות חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, תשע"ט-2019 וכן פסקי דין בעניין עת"מ (מינהליים ת"א) 36612-09-20 מבט לאופק מודיעין (2019) בע"מ נ' משרד הביטחון ועדת המכרזים (נבו 04.05.2021) ו-עת"מ (מינהליים ת"א) 59171-03-21 לייט טי אל וי אן טי איי בע"מ נ' נת"ע - נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ (נבו 13.12.2021).

4. ע"א 6069/21 מיכה לוי נ' יצחק לוי (פורסם בנבו, 21.6.22)

#### [דיני מכרזים - "מכרז מחיר שני" או "מכרז ויקרי"; מנגנון היפרדות בנכסים; שיקול דעת בית המשפט]

פסק דין זה מובא בעדכון זה הואיל ומוזכר בו - תוך כדי דיון 'אזרחי' במהותו - סוג מכרז שחשוב להכירו ואשר יושם במכרז בעת"מ (י-ם) 24540-12-19 סלקום ישראל בע"מ נ' ועדת המכרזים למכרז 2019/015 של משרד התקשורת (פורסם בנבו, 9.2.20).

פסק הדין עסק במחלוקת שנתגלעה בין שני אחים, אשר כל אחד החזיק במחצית מהמניות של חברות שבבעלותן מספר נכסים ובכללם בית מלון, בית דיר מוגן ואולם שמחות.

בפסק הדין נקבע כי יש לבצע את ההיפרדות על פי מנגנון שלפיו שני הצדדים יגישו את הצעותיהם באופן סימולטני לרכישת חלקו של האחר, והצד שיציע את ההצעה הגבוהה הוא שירכוש את חלקו של השני, אך הרכישה תתבצע לפי המחיר שהציע השני (קרי, על פי המחיר הנמוך מבין שתי ההצעות). כנגד החלטה זו הוגש הערעור שבנדון.

נקבע, כי מנגנון ההיפרדות שנבחר מוכר בכינוי "מכרז מחיר שני" או "מכרז ויקרי" ואחד מיתרונותיו הוא יעילותו המובטחת, המתבטאת בכך שהמשתתפים במכרז צפויים להציע את המחיר שבו הם מעריכים את המשאב שעומד למכירה, והמשאב יימכר למשתתף שמעריך אותו בשווי הגבוה ביותר. הטעם לכך, כך נקבע, הוא שאין זה כדאי עבור המשתתף להגיש הצעה שהיא נמוכה מסכום הערכתו, שכן בכך הוא יקטין את סיכויו לזכות מבלי להגדיל את רווחיו במקרה של זכייה ואין זה כדאי עבורו להציע הצעה הגבוהה מסכום הערכתו, שכן בכך הוא אמנם מגדיל את סיכויו הזכייה שלו, אך זאת בתחום המהווה עבורו עסקת הפסד. נקבע, כי נוכח אובדן האמון המוחלט השורר בין הצדדים והצורך לבצע היפרדות, ועל רקע הקביעה כי אין ליתן לאף צד עדיפות על פני משנהו ברכישת חלקו במניות החברות, בימ"ש קמא קבע מנגנון היפרדות שוויוני, ועל כן אין מקום להתערב בקביעה זו.

#### מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:

1. תחילה ראוי להכיר את סוג המכרז הידוע בכינוי "מכרז" "מכרז מחיר שני" או "מכרז ויקרי". מכרז מהסוג הזה, אשר מבוסס על תיאוריה של הכלכלן, זוכה פרס נובל, פרופ' וויליאם ויקרי, נועד להתמודד עם מקרים של כשל שוק הנוצר כתוצאה מפערי מידע בין מציעים שונים. במכרז מהסוג הזה המשתתפים בו מציעים הצעת מחיר שבו הם מעריכים את המשאב שעומד למכירה, והמשאב נמכר למשתתף שמעריך אותו בשווי הגבוה ביותר, וזאת במחיר של המציע השני.
2. היתרון המרכזי של מכרז בשיטה זו הוא שהאסטרטגיה השלטת של כל משתתף היא להציע את המחיר הקרוב ביותר לשווי האמיתי של המוצר או השירות עבור אותו משתתף.
3. לעומת זאת, ישנם לא מעט חסרונות לשיטה זו: (א) במידה והמציעים לא בטוחים בערך המוצר, המכרז לא יהיה יעיל ועלול להוביל לתוצאות שלא משקפות את השווי האמיתי; (ב) מכרז מהסוג הזה פותח פתח למניפולציות במקרה בו המציעים מכירים זה את זה; (ג) המכרז לא בהכרח ממקסם את הרווח עבור המזמין

- שכן במקרה בו עבור מציע בודד ערך המוצר גבוה אך עבור האחרים הערך נמוך בהרבה, הזוכה ישלם מחיר נמוך למרות שהיה באופן תאורטי מוכן לשלם הרבה יותר.
4. כן מעניין לציין, כי בניגוד למכרז "רגיל", בו המציע נדרש לאזן בין רצונו להציע מחיר גבוה לבין רצונו להשיא את רווחיו, במכרז "ויקרי" מערך שיקולים זה אינו מתקיים שכן המציע כלל לא קובע כמה הוא ישלם והסכום לתשלום נקבע על ידי בעל ההצעה השנייה בגובהה.
5. כן ראוי להדגיש, כי פסק הדין מתאר מקרה בו נקבע מכרז ויקרי בו התחרו שני משתתפים בלבד, כאשר המשתתף הזוכה עתיד לרכוש את חלקו של המשתתף השני. לא מדובר במכרז שפורסם על ידי מזמין, המהווה צד ג'.
6. מכל הטעמים האלה מובן, כי ככל שועדת המכרזים תשקול לאמץ את המכרז מהסוג הזה, יש לשקול זאת היטב לאור נסיבות המכרז, התחרות הכלולה בו וכו'.
7. להרחבת הקריאה במקרה בו יושם מכרז מהסוג הזה על ידי ועדת המכרזים של משרד התקשורת ראו עת"מ (י-ם) 24540-12-19 סלקום ישראל בע"מ נ' ועדת המכרזים למכרז 2019/015 של משרד התקשורת (פורסם בנבו, 9.2.20).

5. עת"מ (ב"ש) 64516-05-22 גל יוזמה נדל"ן בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 30.6.22)

**[דיני מכרזים - הצעה יחידה; פרשנות תנאי המכרז; מספר מתחמים; ביטול מכרז למעשה, תחולת תקנה תקנה 23(א), שיקול דעת ועדת המכרזים]**

רשות מקרקעי ישראל פרסמה מכרז פומבי לקבלת הצעות לרכישת זכויות חכירה בארבעה מתחמים שונים. נקבע במכרז, כי המציע אמנם רשאי להגיש הצעה למתחם אחד או יותר אך בכל מקרה, כך הודגש, המציע **לא יוכל לזכות ביותר ממתחם אחד בלבד**.

כמו-כן נקבע בין יתר כללי המכרז, כי כזוכה במכרז ייבחר מציע אשר יציע את המחיר המוצע הגבוה ביותר.

ולבסוף הובהר, כי מקום בו מציע הגיש הצעה בעלת המחיר הגבוה ביותר ליותר ממתחם אחד, ההחלטה באיזה מתחם הוא יוכרז זוכה, תהיה בהתאם לשיקול דעתה הבלעדי של רמ"י. נקבע גם שהמציע לא יוכל לקבוע סדר עדיפויות לזכייה במתחמים.

העותרות הגישו שתי הצעות - הצעה אחת למתחם מס' 4 והצעה שניה למתחם מס' 5.

הצעת העותרות לגבי מתחם מס' 4 הייתה 'הצעה יחידה' לאותו מתחם (וממילא הייתה הגבוהה ביותר). הצעתן לגבי מתחם מס' 5 הייתה ההצעה הגבוהה ביותר מבין ההצעות שהוגשו ביחס לאותו מתחם.

ועדת המכרזים נדרשה להחליט, לאור הסמכויות המוקנות לה, האם להכריז על העותרות כזוכות במתחם 4 או במתחם 5.

ועדת המכרזים החליטה להקצות את מתחם 5 לעותרות, ואילו לגבי מתחם מספר 4 (לגביו הוגשה כזכור הצעה יחידה בלבד של העותרות) החליטה שלא לבחור באף זוכה, **ולמעשה לבטל את המכרז ביחס למתחם זה**.

העותרות התנגדו להחלטת ועדת המכרזים וביקשו כי יוקצה להן מתחם מס' 4, חלף הקצאת מתחם מס' 5. העותרות ביקשו לטעון כי בנסיבות בהן מוגשת הצעה יחידה למתחם (כפי שקרה לגבי מתחם 4) הרי שרמ"י אינה רשאית שלא לבחור בהצעה זו.

בית המשפט לא קיבל את טענות העותרות. צוין, כי אמנם אין בכללי התחרות במכרז הוראה מיוחדת למצב בו לגבי אחד מהמתחמים הוגשה רק הצעה אחת. עם זאת, כללי המכרז אינם מגבילים את שיקול הדעת של רמ"י דווקא במצב זה, ואינם מחייבים אותה לבחור במציע היחיד לגבי אותו מתחם.



בית המשפט עמד על כללי הפרשנות המקובלים בדיני המכרזים שלפיהם מבין האפשרויות הלשוניות הסבירות, תיבחר האפשרות המגשימה באופן מיטבי את התכלית האובייקטיבית של התנאי שאותו מפרשים ואת המטרות והאינטרסים הציבוריים שהמכרז נועד להגשים. עוד ציין בית המשפט, כי בהיות המכרז מעין 'הצעה להציע הצעות' או 'הצעה לחוזה נספח', ניתן לגזור את כללי הפרשנות גם מפרשנות חוזים. משכך, בפרשנות התנאים ניתן משקל גם לאומד דעתו הסובייקטיבי של עורך המכרז. במילים אחרות: יש לתת משקל לעמדתו של עורך המכרז בשאלת הפרשנות הראויה.

בית המשפט קבע, כי אין בכללי התחרות הוראה ממנה ניתן ללמוד, כי רמ"י חייבת להפעיל את שיקול הדעת בדרך שתביא לזכייה בכל המתחמים. הדבר גם אינו מתחייב מתכלית המכרז, והאינטרסים שהוא מבקש להגשים.

עוד נקבע, כי גם כאשר יש מציע שהצעתו היא הגבוהה ביותר בנוגע לשני מתחמים, ובאחד מהם הצעתו היא הצעה יחידה, שמור לרמ"י שיקול הדעת לקבוע באיזה מתחם יזכה אותו מציע, גם אם משמעות הדבר כי לא ייקבע מציע למתחם האחר.

בית המשפט סבר, כי תכליתו של המכרז היא הקצאת המתחמים תוך חתירה למקסום התקבולים מהמכרז, אך בכפוף לכך שאף מציע לא יזכה ביותר ממתחם אחד. המסקנה מ'בחינה אינטגרטיבית' של הסעיפים במכרז היא, שההצעה הזוכה במתחם נתון תהיה **ההצעה הגבוהה ביותר ביחס אליו ובלבד שאותו מציע לא זכה במתחם אחר**. במצב דברים כזה, עומד לרמ"י שיקול הדעת להחליט באיזה מבין שני המתחמים (או יותר) יזכה אותו מציע. הפעלת שיקול הדעת תוך **חתירה למקסום התקבולים המכרז**, אין בה כל פסול.

בית המשפט הפנה לתקנות חובת המכרזים וציין כי עמדתו הנ"ל עולה בקנה אחד עם תקנה 21(א) לתקנות חובת מכרזים, התשנ"ג-1993, לפיה "הועדה רשאית להחליט על בחירת ההצעה המתאימה ביותר או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא, והכל במטרה להבטיח את מרב היתרונות לעורך המכרז".

בית המשפט גם התייחס להחלטת רמ"י ביחס למתחם 4 בדרך המשווה את ההחלטה להחלטה על ביטול מכרז במקרה של הצעה יחידה. בית המשפט קבע כי ההחלטה שלא לבחור בזוכה ביחס למתחם 4 תואמת גם את הרציונל של תקנה 23(א1) לתקנות חובת מכרזים, לפיה אם הוגשה במכרז פומבי הצעה יחידה, רשאית ועדת המכרזים להחליט על ביטול המכרז ועל עריכת מכרז חדש.

בית המשפט קבע, כי לאור הוראות הדין, רמ"י **אינה מחויבת** לכלול במכרז הוראה הקובעת, כי במקרה של מציע יחיד למתחם מסוים, רמ"י תהא רשאית לא לבחור כל זוכה לגביו, ולבטל למעשה את המכרז לגביו, תוך הותרת המכרז לגבי המתחמים האחרים. ועדת המכרזים של רמ"י לא נקטה במילים "ביטול המכרז" לגבי מתחם 4, אך הלכה למעשה, שעה שהחליטה לא לבחור בהצעה היחידה לגבי מתחם 4, היא פעלה באופן זה, ואין בכך פסול.

לבסוף נקבע, כי ככל שהעותרות סברו, כי המכרז אינו ברור דיו לגבי יישום הוראותיו במקרה בו מציע אחד מגיש את ההצעה הגבוהה ביותר ביחס לשני מתחמים, היה עליהן לפנות בבקשת הבהרה ולא להמתין עד לאחר סגירת המכרז והכרזה על הזוכים.

#### **מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

1. **פעמים רבות נתקלת ועדת המכרזים בצורך לפרש מצבים בלתי צפויים שהתרחשו אגב המכרז, ואשר לא ניתן להם ביטוי מפורש או מפורט. בנסיבות כאמור אל לה לוועדת המכרזים למהר לבטל את המכרז או להגיע למסקנה שבהעדר מענה ספציפי לסיטואציה נתונה לא ניתן לנהל את המכרז או להכריז על זוכה. במצבים כאמור נדרשת עבודת פרשנות יסודית וסדורה אשר תיקח בחשבון את כללי הפרשנות המקובלים בדיני מכרזים ובדיני חוזים. בין היתר על הוועדה לפרש את מסמכי המכרז בפרשנות המגשימה באופן מיטבי את תכליתו האובייקטיבית; המשיגה את המטרות והאינטרסים הציבוריים שהמכרז נועד להגשים, והיא מחויבת בנסיבות המתאימות לתת ביטוי גם לאומד דעתה הסובייקטיבי, כלומר עמדתה היא בשאלה מהי הפרשנות הראויה.**

2. **כאשר עורך המכרז מפרסם מכרז ובו מספר אפשרויות זכיייה (מספר זוכים לצד מספר מתחמים), עליו להקדיש תשומות מיוחדות לטיפול במורכבות המיוחדת הנוצרת משילובם 'דה פאקטו' של מספר מכרזים לתוך הליך**

- יחיד. ועל כן שומה על עורכי המכרז לוודא שהוראות המכרז העוסקות באופן בחירת המציע הזוכה עולות בקנה אחד עם מספר הזכויות האפשריות והחלופות האפשריות.
3. מוצע לשקול עריכת 'מטריצה' (לפחות במסגרת דיוני ועדת המכרזים) אשר תכלול את המצבים העובדתיים השונים העלולים לעמוד על הפרק ביחס להגשת ההצעות על ידי מציעים שונים למתחמים שונים. ככל שניסוח המכרז יהיה בהיר יותר למתמודדים כך עולה הסיכוי שהתחרות תהיה טובה ויעילה יותר.
4. אין כל פסול בניהול הליך המכרז (במיוחד בנסיבות של מספר זוכים ומספר מתחמים באותו הליך) באופן הממקסם את התמורה שהרשות הציבורית תקבל מהמציעים [הערה - עקרון התחרות בתנאים של שוויון הוא עקרון יסודי בדיני מכרזים, ולו מעמד בכורה. על כן, ברור שעל דרך הכלל בהתנגשות בין שתי מטרות אלה יגבר עקרון השוויון. האמור לעיל בדבר זכות הוועדה - ואולי גם חובתה - למקסם את התמורה שתגיע לרשות, נועד לשרת את הערך החשוב הנוסף (אך כאמור המשני לעקרון השוויון) שלפיו המכרז נועד לאפשר לרשות הציבורית לבחור את ההצעה הטובה לה ביותר].
5. הן תקנה 21(א) לתקנות חובת מכרזים, התשנ"ג-1993, המאפשרת לוועדת המכרזים לא לבחור כל הצעה שהיא (במטרה להבטיח את מרב היתרונות לעורך המכרז) והן תקנה 23(א1) לתקנות חובת מכרזים (המאפשרת ביטול מכרז מקום בו הוגשה הצעה יחידה במכרז פומבי), מצביעות על העקרון החשוב שעל ועדת המכרזים לפעול על פיו - מיקסום היתרונות לעורך המכרז.
6. כאשר ועדת המכרזים דנה בטענה של אחד המשתתפים שהפסידו במכרז, לפיה הוראות המכרז לא היו 'ברורות' או 'סבירות' או 'הגיוניות' לשיטתו, נדרשת ועדת המכרזים להביא בחשבון את העובדה שאותו משתתף היה מחויב להעלות את הטענה קודם להגשת הצעתו ולא להמתין עד לקבלת תוצאות המכרז, כך שאם זכה לא יעתור כנגד הוועדה ואם כשל יעשה כן.

6. ע"מ 1290/22 מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל נ' יוסף פורת פוקטש (פורסם בנבו, 19.5.22)

**[דיני מכרזים - מכרזי הרשמה והגרלה מקוונים; מסמכים להוכחת עמידת המציעים בתנאי הסף; תנאי סף; שיקול דעת ועדת המכרזים]**

רמ"י פרסמה מכרז מקוון (הרשמה להגרלה לבחירת מגרשים). התגלעה מחלוקת בין רמ"י למשיבים האם המסמכים צורפו לטופס ההצעה כטענת המשיבים, אם לאו, כטענת רמ"י.

הערכאה קמא קיבלה את העתירה כנגד רמ"י. הגם שהוסכם במסגרת הדיון בבית המשפט העליון על ביטול פסק הדין בערכאה קמא (למעט לעניין תוצאת פסק הדין), פסיקת בית המשפט קמא שיקפה את תחושתו לגבי פער גדול בין הדרישות הטכנולוגיות של המכרז המקוון ובין יכולת המשתתף ה'לא מקצועי' להתמודד עם הדרישות הטכניות של מכרז כזה. לאור מיעוט הפסיקה היחסי בנושא זה נביא את עיקרי הדברים שפסק בית המשפט קמא, ולו כדי לשקף לוועדת מכרזים את האתגרים העומדים בפניה. נפתח בפסיקת ביהמ"ש העליון.

בית המשפט העליון (השופטים ברק-ארז, א' שטיין והשופטת כנפי-שטייניץ) קבע:

- ".. אמת המידה שקבע בית המשפט המחוזי **ביחס למצופה ממערכת המכרזים המקוונת** במועדים הרלוונטיים **הייתה מחמירה**, ולכן יש קושי ממשי בקביעה כי החלטתה של ועדת המכרזים ביחס לפסילת ההצעה הייתה שלא כדין".
- "בא-כוח המדינה **עדכן ביחס לשיפורים שהוכנסו בינתיים במערכת המכרזים המקוונת** (לרבות אפשרות צפייה במסמכים המצורפים קודם להגשתם). יש לברך על כך".

אם כן, מה נקבע בערכאה קמא, שאותו בית המשפט העליון לא קיבל?

בפסק הדין בערכאה הראשונה פסק בית המשפט בין היתר כך:

1. רמ"י לא הוכיחה, כי **לא היה כשל** במערכות המקוונות שלה;
2. היה על רמ"י לספק אפשרות **להפיק קובץ PDF** במסגרתו ניתן היה לראות איזה **מסמכים הוגשו על ידי המציע**;

3. **חובתו של גוף שלטוני**, בוודאי בעידן המקוון והמודרני, לספק כלי פשוט מעין זה לצורך סיוע למציעים;
4. יש להבחין במכרזים בהם משתתפים **חברות וגופים שזה לחם חוקם**, שעליהם אכן להתמקצע וללמוד היטב את הוראות המכרז, לבין **אדם מן הישוב**, אדם שאין זה לחם חוקו, וזו לו הפעם הראשונה שבה הוא נדרש למכרז, על תנאיו, דקדוקיו וטפסיו;

כאמור, על פסק דין זה הוגש **ערעור** לבית המשפט העליון ובהמלצת בית המשפט הסכימו הצדדים לקבלת הערעור ובהתאמה לביטול פסק דינו של בית המשפט המחוזי. הקביעות המועטות של בית המשפט העליון הובאו לעיל.

מהאמור לעיל ניתן ללמוד מספר דברים בקשר עם התנהלות ועדת מכרזים בנושא של מכרז בכלל והתנהלות ועדת המכרזים בנושא של מכרז מקוון בפרט.

### **מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

1. בכל הנוגע למסמכים הנדרשים לצורך הוכחת העמידה בתנאי הסף - מומלץ לקבוע, כי עצם צירוף המסמכים עצמם אינו מהווה תנאי הסף. קביעה כזו אינה פוגעת בשוויון ומאפשרת גמישות מסוימת ביכולת לבקש מסמכים - שלא הוגשו במועד ההגשה - להוכחת תנאי הסף. הערה: גמישות זו קיימת באופן מובנה בתקנה 6(א)(3) לתקנות חובת המכרזים רק בקשר לאישורים ותצהירים לפי חוק עסקאות גופים ציבוריים.
  2. הואיל ועמידה בתנאי הסף הינו אתגר למתמודדים (ולנוכח ה'מחיר' הכבד של אי עמידה בתנאי סף) על ועדת המכרזים לשאוף לעשות כל הניתן מצידה על מנת לכלול במסמכי המכרז כמה שיותר מידע בהיר המכווין את המתמודדים בנבכי הדרישות ה'מינהליות/פורמליות'.
  3. לכן, כהמשך להמלצה לעיל, נציע לכלול פרק נפרד (או נספח צ'ק ליסט מכרזי), המובחן מפרק תנאי הסף, והמוקדש למסמכים שעל המציעים לצרף להצעתם לצורך הוכחת עמידה בתנאי הסף של המכרז.
  4. כמו כן, מומלץ לקבוע הוראות העוסקות במתן האפשרות להשלים מסמכים וראיות לצורך הוכחת עמידת המציעים בתנאי הסף, ובלבד שמסמכים אלה מעידים על עמידת המציעים בתנאי הסף, נכון למועד האחרון להגשת ההצעות.
  5. בדומה לכך, נציע לקבוע הוראות דומות גם בנוגע לאמות המידה לניקוד. בתוך כך מוצע לקבוע כי לוועדת המכרזים תהיה הסמכות לדרוש ולקבל מסמכים וראיות משלימים ביחס לאמות המידה לניקוד, ובלבד שמידע זה היה נכון ביחס למציע במועד הגשת ההצעות למכרז.
  6. מפסיקתו של בית משפט קמא (שאמנם בוטלה בהסכמת הצדדים) עולה, כי ראוי שועדת המכרזים תיקח בחשבון היבטים אלה בעת שהיא מקיימת מכרז מקוון:
- (1) מורכבות וחדשנות - הוועדה מעוניינת בניהולו של הליך המכרז עם תקלות מועטות ככל הניתן. דרישות מכרז מקוון אינן מובנות מאליהן, אינן 'אינטואיטיביות' והן גם משתנות ממכרז למכרז, שכן אין עדיין אחידות בין הגופים השונים העושים שימוש במכרזים מסוג זה. את המורכבות והחדשנות שיש במכרזים כאלה צריך "להנגיש" למשתתפים.
  - (2) 'שחקנים חוזרים' ומשתתפים 'חד פעמיים' מהציבור - ההיבטים הטכנולוגיים - הגם שאינם מורכבים - והשוני ממכרז רגיל (למשל היעדר 'תיבת מכרז') מחייבים את ועדת המכרזים להנגיש את המכרז גם למי שאינם שחקנים מיומנים המצויים ב'נבכי עולם המכרזים'.
  - (3) הצורך בהנגשת הליך לכל המציעים הפוטנציאליים נובע לא רק מההיבט המינהלי ומחובת ההגינות של הרשות כלפי האזרח, אלא גם מהאינטרס הכלכלי המובהק של ועדת המכרזים לקבל הצעות טובות שלא תיפסלנה עקב ליקויים טכניים.

7. עת"מ 47089-12-21 עורכי דין לקידום מנהל תקין נ' מ. א. חוף השרון ואח' (פורסם בנבו, 10.8.22)

**[דיני מכרזים - פטור ממכרז; פרשנות סעיפי הפטור ממכרז; דיני המכרזים במועצות אזוריות; יחסי אמן (מיוחדים)]**

בעתירה זו טענה העותרת (עמותה המקדמת את אכיפת כללי המנהל התקין ואת טוהר המידות בשירות הציבורי), כי התקשרויות המועצה האזורית חוף השרון עם חברה למתן שירותי ניהול פרויקטים ופיקוח על עבודות הנדסיות והתקשרות המועצה ולמתן שירותי ייעוץ וליווי בתחום התכנון האסטרטגי, בוצעו שלא כדין שכן, לטענת העותרת,

המועצה מחויבת הייתה לפרסם מכרז פומבי ביחס לשתי ההתקשרויות הללו ולא הייתה רשאית להוציאן אל הפועל במסגרת פטור ממכרז.

נטען בעתירה, כי שתי ההתקשרויות נוגעות למתן שירותים כלליים ושגרתיים, שאינם טעונים מומחיות מיוחדת או יחסי אופן מיוחדים וכי מדובר בשירותים שככלל נעשים על ידי עובדי הרשות. משכך, העותרת ביקשה להורות על ביטול ההתקשרויות הנ"ל.

בית המשפט קיבל את העתירה וקבע, כי הכלל הוא שיש לקיים התקשרויות בין רשויות מקומיות לבין מומחים או יועצים חיצוניים בדרך של **מכרז פומבי**. נקבע, כי רק כאשר מתקיימים תנאי תקנות הפטור, ניתן לשקול לסטות מדרך המלך ולבחון את האפשרות לבצע את ההתקשרות בדרך של פטור ממכרז. נקבע, כי בכדי לסטות מ'דרך המלך' יש להציג טעמים של דחיפות, ייחודיות, מומחיות, נסיבות מיוחדות וכיוצא באלה טעמים. נקבע, כי שומה על ועדת המכרזים לבחון את הדבר בטרם כל התקשרות, לאחר קבלת עמדה משפטית בנושא, ובכל מקרה עליה לשאול עצמה האם חרף התקיימות התנאים המצדיקים את הפטור אין להעדיף בכל זאת התקשרות בדרך של מכרז.

כן נקבע, כי על הוועדה לקבל החלטה מנומקת בעניין וגם אם הוחלט לפנות לדרך של פטור ממכרז, יש לשאוף לביצוע ההתקשרות תוך **שמירה על מסגרת תחרותית**, וזאת באמצעות פנייה למספר מציעים. נקבע, כי הנוהל לביצוע ההתקשרויות בחוזר מנכ"ל משרד הפנים קובע, כי על הרשות המקומית להידרש לכל התקשרות **בנפרד** ולנמק באופן פרטני מדוע אותה **התקשרות ספציפית** דורשת ידע או מומחיות מיוחדים או יחסי אופן מיוחדים, כאלה שלא ניתן להשיג בדרך של מכרז. לכן, גם חוות הדעת המשפטית צריכה להתייחס לאותה **התקשרות ספציפית**, ולהסביר מה הייחוד שבה המצדיק פטור ממכרז, כלומר סטייה מ'דרך המלך'.

נקבע, כי בבואה להתקשר עם המשיבות, לא פעלה המועצה לפי הוראות הנוהל המחייבות אותה, ודי בכך כדי לפסול את פעולתה. נקבע, כי לנוכח אופיים של השירותים הנדרשים, לא הייתה הצדקה מיוחדת להתקשרות בפטור ממכרז וכי המועצה לא הציגה כל טעם וכל נימוק לבחירתה להתקשר בדרך של פטור ממכרז באופן קונקרטי ביחס להתקשרויות האמורות עם המשיבות, לא בזמן אמת ולא במהלך הדיון בפני בית המשפט. נקבע, כי המועצה כללה התייחסויות כלליות בלבד ביחס להתקשרויות האמורות אך מהמסמכים שהוצגו בפני בית המשפט עלה, כי לא הוקדשה התייחסות ספציפית לשאלה מדוע יש לבצע את ההתקשרויות הקונקרטיות שנדונו במסגרת פטור ממכרז.

צוין בפסק הדין (תוך ציטוט מפסיקת ביהמ"ש העליון) כי "התיבה **"ידע או מומחיות מיוחדים"** אינה יכולה לחבוק בתוכה כל התקשרות עם בעל מקצוע חופשי שעבודתו כרוכה בהפעלת שיקול דעת מסוים. לא לכך התכוון המחוקק בקבעו פטור ממכרז. לצד זאת, גם אין מקום לפרשנות צרה מדי המקנה פטור ממכרז רק במקרים נדירים שבהם מדובר במתן שירותים מקצועיים על-ידי יחיד סגולה. אין מדובר בהגדרה חובקת כול, אך גם לא כזו שתוחמת פתח צר כחודה של מחט".

נוכח האמור נקבע, כי ההתקשרויות האמורות יסתיימו במועד שנקבע לכך בהסכמי ההתקשרות ולא יוארכו מעבר לתקופת האמורה.

#### **מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

- 1. על ועדות המכרזים לפרש את תקנות הפטור באופן מצומצם ולשאוף לבצע את כלל ההתקשרויות בדרך של מכרז פומבי.**
- 2. גם כאשר ניתן להצדיק ביצוע התקשרות מסוימת שומה על ועדת המכרזים לבחון את האפשרות לבצע את ההתקשרות בדרך של מכרז פומבי.**
- 3. כאשר נדונה בקשה להתקשרות בפטור ממכרז יש לבחון את הבקשה הן על פי הוראות תקנות חובת המכרזים (או התקנות החלות על רשויות מקומיות) והן בהתאם לנהלים החלים על הגוף הציבורי (הנחיות משרד הפנים, הוראות תכ"ם וכו').**
- 4. חוות דעת משפטית ספציפית ולא 'גנרית' - במסגרת בחינת ביצוע ההתקשרות בפטור ממכרז נדרשת הוועדה לקבל לידיה חוות דעת משפטית המסבירה מה הייחוד בהתקשרות הספציפית הנדונה, המצדיק פטור ממכרז.**

5. נדרש להבהיר בחוות הדעת מהו אותו "ידע או מומחיות מיוחדים" המצדיק התקשרות בפטור ממכרז. לא די בייעוץ משפטי כללי לצורך מתן הפטור. מאידך בהחלט יתכן מתן פטור בנסיבות בהן מדובר בתחום עיסוק משפטי ספציפי (תכנון ובנייה) ובהתקיים נסיבות מיוחדות המצריכות ליווי אינטנסיבי מסוג מסוים.
6. מודגש, כי ועדת המכרזים אינה יוצאת ידי חובה בקבלת חוות דעת משפטית "גנרית" על היכולת להתקשר בפטור ממכרז בהתקשרויות 'לכל אותם סוגים של התקשרויות במאוחד'.
7. החובה היא לבחון את ההתקשרות הקונקרטיה המבוקשת ואת התאמתה לסעיף הפטור הרלוונטי. בתוך כך יש לבחון את החלופה של פרסום מכרז פומבי ואת היתרונות והחסרונות של ביצוע ההתקשרות במסגרת פטור ממכרז.
8. מובן וברור, כי מוטלת על הוועדה החובה לקיים דיון ולנמק את החלטתה באופן שיאפשר בקרה ושיקפות ההחלטה.
9. אם הוחלט על הליך פטור ממכרז - על הוועדה לקבוע מראש לגבי כל התקשרות תנאי סף מקדימים ואמות מידה לבחינת ההצעות ולערון פנייה תחרותית למספר מציעים מתוך רשימת מציעים רלבנטיים.

**הערה חשובה:** ועדות מכרזים רבות אינן מודעות לפסיקת בית המשפט העליון אשר הבהירה שאמנם חובת המכרז מקדמת את עקרון השוויון ולכן יש להיזהר מהכרה נרחבת בפטורים אך לעיתים "יש יתרונות חשובים אחרים מהיבטו של האינטרס הציבורי, כך שבחלק מהמקרים ההכרה בפטורים אינם רק אילוץ נסבל, אלא תוצאה רצויה. כמובן באותם מקרים שבהם לא חלה חובה לקיים מכרז, נודעת עדיין חשיבות לשמירה על העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי, ובהם החובה לנהוג בשוויון ובהגינות..." [ע"מ 1777/14 חן המקום בע"מ נ' עיריית קרית אונו (פורסם בנבו, 16.6.16) פס' 53].

8. עת"מ 4868-06-22 משפחתוני חיים משה מרגלית נ' מדינת ישראל משרד הרווחה (פורסם בנבו, 14.8.22)

**[דיני מכרזים - ניסיון קודם שלילי של מציע; הפחתת ניקוד בגין ניסיון שלילי; פסילת מציע; סמכות ועדת המכרזים; תנאי סף במכרז]**

הסוגייה העומדת לדיון - האם רשאית ועדת מכרזים לפסול הצעה בשל ניסיון שלילי קודם, אף שקיומו של ניסיון כזה לא הוגדר כתנאי סף במכרז אלא כאמת מידה אשר קבעה, כי ניתן להפחית ניקוד למציע על רקע ניסיון שלילי בהתקשרויות קודמות.

המכרז - ענייננו במכרז להפעלת פנימיות עבור ילדים ובני נוער שפרסם משרד הרווחה והשירותים החברתיים. במכרז נקבע, כי המשרד יהיה רשאי להפחית למציע עד 15 נקודות על רקע ניסיון שלילי קודם של המשרד בעבודה עימו במסגרת התקשרויות קודמות.

בשלב בחינת הצעתה של העותרת הונחו בפני ועדת המכרזים חוות דעת מפורטות אודות ניסיון שלילי קודם של המשרד בקשר עם מספר מסגרות חינוכיות שהעותרת הפעילה. בחוות הדעת פורטו ליקויים מהותיים באופן הפעלת המסגרות על ידי העותרת אשר במקרים מסוימים אף הובילו להפסקת התקשרות עם העותרת ביחס לחלק מהמסגרות. ועדת המכרזים דנה בחוות הדעת ואף העניקה לעותרת זכות שימוע ביחס לממצאים שעלו בחוות הדעת האמורות. בסופו של דבר ועדת המכרזים החליטה לפסול את הצעת העותרת ומכאן העתירה.

תמצית טענת העותרת - לטענת העותרת, ועדת המכרזים (אשר כללה אמת מידה ספציפית הנוגעת לניסיון שלילי קודם, אך לא קבעה תנאי סף בעניין זה) אינה רשאית לפסול מציע על רקע ניסיון שלילי קודם, והיא יכולה "אך ורק" להפחית עד 15 נקודות מדירוג הצעתו. [העותרת אף טענה, כי ההחלטה פוגעת בחופש העיסוק שלה וטענות נוספות הנוגעות להפעלת שיקול דעת הוועדה (למשל, מדוע המשרד לא סגר קודם את המסגרות החינוכיות אם המצב בהן כה גרוע?).

ועדת המכרזים ציינה, כי היא מודעת לעובדה שהיא לא קבעה במפורש זכות לפסול הצעה של מציע ונימקה זאת כ"תקלה בעת כתיבת המכרז". ועדת המכרזים טענה, כי עומדת לה זכות להפעיל שיקול דעת "בהתאם לכללי המשפט המנהלי וכללי הצדק הטבעיים", כאשר מדובר בחוסר שביעות רצון כה קיצונית; הוועדה טענה, כי המכרז לא צפה מצב שבו תונחנה לפני ועדת המכרזים חוות דעת כל כך שליליות וחמורות כאלה; הוועדה טענה, כי המידע

שהתקבל הוא **עדכני**, ומתייחס להידרדרות משמעותית בתפקוד העותרת והיא נדרשת לבחון אותו ולתת את דעתה לאינטרס של הגנה על הילדים.

בית המשפט דחה את העתירה וקבע, כי שיקול ביחס לניסיון קודם, של מידת שביעות הרצון של מזמין השירות, כישוריו, וקיומן של המלצות, הוא **שיקול רלוונטי להתקשרות של גוף העורך מכרז עם המציעים השונים**. נקבע, כי בחינת הניסיון הקודם, ושביעות הרצון ממנו או חוסר שביעות הרצון, **עשויות לשמש תנאי סף** להתמודדות במכרז, **וכן עשויות להיכלל בין אמות המידה** לדירוג ההצעות וכך קובעת תקנה 6(ב) לתקנות חובת המכרזים.

בית המשפט ציין, כי במכרז מסוג זה, היה מקום לכלול את הניסיון השלילי הקודם בין תנאי הסף במכרז, אולם, אינו סבור, כי הנערות שעתידות להתגורר במסגרת צריכות לשאת במחיר הטעות שנעשתה, ככל שנעשתה, או כי נכון להעמידן בסיכון, רק בשל דרך עריכת המכרז. בית המשפט התייחס בהחלטתו לעמדה הנחרצת של הצוות המקצועי כנגד בחירה במציע זה ולהתערבות המוגבלת שיפעיל בית המשפט בנסיבות כאלה.

נקבע, כי האיזון בין השיקולים השונים, מחייב לנקוט גישה מצמצמת ביותר בכל הנוגע לסמכות ועדת המכרזים לפסול הצעה בשל ניסיון שלילי קודם, מקום שבו הניסיון הקודם **אינו נמנה על תנאי הסף**. נקבע, כי מקרים חריגים כאלה יוכרו, למשל, בהתקיים שני תנאים מצטברים: (1) טיב השירות הניתן במכרז - השירות שעתיד להינתן על ידי המציע מצדיק לפסול הצעה של מציע שההתנסות הקודמת עמו שלילית, גם אם תנאי המכרז אינם קובעים את הניסיון הקודם כתנאי סף; (2) עוצמת הניסיון השלילי - הניסיון שנצבר עם המציע הוא כה שלילי, עד שיש מקום לפסול את הצעתו בשל הניסיון הרע בכל מקרה.

לבסוף נקבע, כי בנסיבות העתירה הניסיון מהתנהלותה של העותרת בהפעלת מסגרות חוץ ביתיות עבור נערים ונערות הזקוקים להן הוא אכן רע עד כדי כך, שיש בו כדי להצדיק צעד קיצוני של פסילת הצעתה מראש, וזאת במיוחד בשים לב לחשיבות המיוחדת של השירותים מושא המכרז.

יצוין, כי ביום 18.8.22 הוגש ערעור לבית המשפט העליון ביחס לפסק דין זה<sup>1</sup>. ביום 30.8.22 נדחתה בקשת המערערת למתן סעד זמני בערעור. בית המשפט העליון טרם נתן את פסק דינו ביחס לערעור זה.

#### **מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

- לגיטימיות קביעת התנאי - קביעת תנאי סף או אמת מידה ביחס למידת שביעות הרצון של מזמין השירות מהתקשרויות קודמות עם המציע הינה רצויה, סבירה וכדין ולעיתים היא אף הכרחית על מנת להבטיח לגוף הציבורי, ובמיוחד 'לצרכן הסופי' (במקרה הנוכחי - בני נוער) שירות הולם<sup>2</sup>. ואנו נוספים, כי אין לדעתנו מניעה עקרונית - כמובן במקרים המתאימים - לכלול הן תנאי סף והן אמת מידה בנושא זה, באותו מכרז.**
- חשיבות קביעת התנאי - ככל שנושא המכרז רגיש יותר (טכנולוגית, ביטחונית, ציבורית, אנושית) נציע שיינתן ביטוי משמעותי ומפורט יותר לנושא זה. לשם הדוגמא, ועדת המכרזים במכרז הזה ציינה בדיוניה כי: "מדובר במכרז שמהותו דיני נפשות במובן העמוק ביותר" ו-"השירות שניתן מכוחו... הוא נוגע באוכלוסייה פגיעה וחלשה ביותר" וכי אסור לוועדת המכרזים 'לערוך ניסיונות על גבן של הילדות והנערות'.**
- התמודדות עם הנושא כבר בעת פרסום המכרז - פרסום תנאי סף או אמת מידה בנושא 'ניסיון קודם' כבר בעת פרסום המכרז יקל על ועדת המכרזים להתמודד עם מציע שהניסיון הקודם עימו היה רע ולבחון הצעתו באופן התואם את תכלית המכרז.**
- ניתן לכלול את הדרישה כתנאי סף - תקנה 6(ב) לתקנות חובת המכרזים קובעת בהקשר לתנאי סף כי: "ניתן להתנות את ההשתתפות במכרז בתנאים ענייניים נוספים, לרבות תנאים בדבר נסיונו של המעוניין להשתתף במכרז, ...". יש לשים לב ככל שמדובר בתנאי סף, הרי שנדרשת עמידה בדרישות שנקבעו בסעיף 2(ב) לחוק חובת המכרזים, הקובע דרישות ומגבלות נוספות לעניין הסמכות לבחון ניסיון קודם כתנאי סף, שעניינה במספר העבודות הקודמות שנבחנו וההיקף הכספי.**

<sup>1</sup> ע"מ 5531/22 עמותת משפחתוני חיים משה מרגלית ל מדינת ישראל משרד הרווחה והשירותים החברתיים.

<sup>2</sup> נקבע בפסקי דין רבים, כי חובה על הרשות ללמוד מניסיונה ומהתקשרויותיה בעבר על-מנת להתייעל ולהשתפר לקראת התקשרויותיה בעתיד. חובה זו של הרשות נגזרת מהיותה נאמן של הציבור, והתייעלותה של הרשות היא אינטרס ציבורי מובהק.

5. אלטרנטיבות חשובות במסגרת קביעת התנאי כאמת המידה - ניתן לקבוע, כי אמת המידה תהווה חלק ממרכיב האיכות בעת דירוג ההצעה (כפי שבוצע במכרז זה) וניתן גם לקבוע, כי יידרש ציון מינימאלי לצורך מעבר ההצעה לשלב הבא.
6. פרסום כאמור יחייב מציע המבקש לחלוק על שמירת הסמכות לעשות שימוש בתנאי כזה (וחושש מפסילתו או הפחתת ניקוד הצעתו) לפנות לוועדת המכרזים בטרם הגשת הצעתו (ואף לתקוף התנאי בבית המשפט ככל שימצא לנכון). בהעדר פניה של המציע, הוא יהיה על פי רוב מושתק מלטעון כנגד קיומו של התנאי.
7. גם אם ועדת המכרזים נמנעה מלהתייחס לנושא הניסיון הקודם בתנאי המכרז, עדיין מוסמכת היא, במקרים מיוחדים וחריגים, לפסול הצעה בשל ניסיון שלילי (במיוחד כאשר יש חשיבות רבה למיהות הזוכה, שאז למשל תרמית בהתקשרות קודמת יכולה להביא לפסילה במכרז קיים)<sup>3</sup>. סמכות הפסילה תהיה מצומצמת לאור ההלכה הפסוקה שלפיה ועדות המכרזים מחויבות לבחון את ההצעות המוגשות על פי תנאי המכרז.
8. מובן שבטרם תופעל סמכות פסילה, וגם בנסיבות בהן בדעת הוועדה להפחית ניקוד על פי אמת מידה פרטנית העוסקת בנושא, יש לקיים למציע שימוע בו יתאפשר לו להציג את עמדתו וגרסתו לטענות המוטחות בו.
9. נמליץ לוועדת המכרזים להתוות מראש במסמכי המכרז את הכללים - לרבות שימוש - שיחולו על הביורור בנושא הניסיון הקודם. זאת משום שמדובר בתנאי שלעיתים אינו 'חד וחלק' (ועל מנת לגבש לגביו עמדה יש לאסוף נתונים, להעריך ועוד) יש לקבוע מנגנון להסדרת הקווים המנחים להערכה של הניסיון הקודם, תוך הגדרתם באופן ברור ושקוף במסמכי המכרז. הצגת המנגנון לבחינת תנאי הסף או אמת המידה מראש תאפשר ביקורת על המתמודדים על הכללים שנקבעו עוד בטרם הגשת הצעותיהם ותצמצם את החשש שועדת המכרזים החליטה להפעיל סמכותה ביחס למציע ספציפי מסיבות לא ענייניות.

9. עע"מ 1856/22 חי נחמיאס מגורים והשקעות בע"מ נ' פרץ בוני הנגב (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 18.8.22)

#### **[דיני מכרזים - תיאום הצעות במכרז; תחרות הוגנת ושוויון; סמכות ועדת המכרזים; פגם מהותי וטכני; ביקורת שיפוטית]**

רשות מקרקעי ישראל פרסמה מכרז להקמת 5 מתחמי דיור ומסחר, כאשר נקבע, כי כל מציע רשאי להגיש הצעה למתחם אחד או יותר, אך בכל מקרה כל מציע לא יוכל לזכות ביותר ממתחם אחד. המערעות 1 - 3 הוכרזו כזוכות, כל אחת במתחם אחר. המכרז כלל, בין היתר, את ההוראות הבאות:

**סעיף 3.1.1:** "מציע רשאי להגיש הצעה למתחם אחד או יותר (בטופס הצעה אחד בלבד), אך בכל מקרה לא יוכל לזכות ביותר ממתחם אחד בלבד... מציע שיגיש יותר מהצעה אחת, בין אם יחיד ובין אם משותף, יראה רמ"י, את כל הצעותיו, שלו ושל שותפיו, כפסולות".

**סעיף 3.2.1:** "רשאי להגיש הצעה במכרז זה כל יחיד או תאגיד".

**סעיף 4.7:** "המציע מתחייב להימנע מכל פעולה שיש בה כדי לחשוף את הצעתו או להיחשף להצעתו של מציע אחר, לרבות חשיפת כוונות ושיקולים לפני הגשת ההצעה. הצעה שנעשתה בניגוד לאמור בסעיף זה, תיפסל, והרשות רשאית לחלט את הערבות לקיום ההצעה, בכפוף לסעיף 10 להלן".

עם פרסום שמות הזוכים במכרז, פנתה חברת פרץ בוני הנגב לוועדת המכרזים בבקשה לפסול את זכיית המערעות (הזוכות במכרז) מאחר ומדובר **בחברות קשורות**<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> עע"מ 3597/20 ארבע איי התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר, משרד האנרגיה ורשות המים (פורסם בנבו, 19.8.20) בפס' 38-39.

<sup>4</sup> בין המערעות 1 למערעות 2 קיימת זהות מוחלטת בין בעלי המניות, בעלת המניות של המערעות 3 היא זוגתו של בעל המניות במערעות 1 ו-2.

לטענת חברת פרץ בוני הנגב, הגשת הצעות עומדת **בניגוד להוראות המכרז**, הן משום שהגישו יותר מהצעה אחת והן משום שמדובר **בהצעות מתואמות**. בעקבות דחיית בקשתה לפסילת הזכות במכרז הוגשה עתירה מנהלית.

בית משפט קמא **קיבל** את העתירה והורה על פסילת הצעות, בין היתר על יסוד הנימוקים הבאים: (א) אחת מתכליות המכרז היא מניעת ריכוזיות ועידוד תחרות. לאור תכלית זו יש לפרש את המונח 'מציע' כמי שבפועל עומד מאחורי ההצעות. בהתאם, יש לראות את שלוש המערעות כ'מציע' אחד שהגיש מספר הצעות – בניגוד להוראות המכרז. (ב) המערעות הפרו את סעיף 4.7 לכללי המכרז האוסר על תיאום הצעות. (ג) האיסור לתאם הצעות חל גם ביחס למציעים המגישים הצעות למתחמים שונים.

בערעור לבית המשפט העליון טענו המערעות כי: (א) משלא נכללה בהוראה מפורשת האוסרת על הגשת הצעות שונות על ידי חברות קשורות – אין להעניק **למושג 'מציע'** פרשנות מרחיבה מדי. (ב) התנהלות המערעות מהווה **'תכנון לגיטימי'** שאינו עולה כדי 'תכסיסנות אסורה'. (ג) יש להעדיף **פרשנות סבירה המקיימת את מרבית ההצעות**. (ד) המערעות הסתמכו על גישתה של רמ"י **במכרזים קודמים**, לפיה ניתן להגיש הצעות על ידי חברות קשורות. (ה) קביעת בית המשפט המחוזי כי הצעות שונות למתחמים שונים מתחרות זו בזו עומדת **בניגוד לעמדתה המקצועית של רמ"י**.

רמ"י הוסיפה וטענה, בין השאר, כי רק בדצמבר 2021 נעשה שינוי מדיניות רוחבי ברמ"י שאסר על הגשת הצעות על ידי חברות קשורות, **ואין להחיל איסור זה באופן רטרואקטיבי**.

בית המשפט העליון דחה את הערעור מן הנימוקים הבאים:

1. סעיף 4.7 למכרז מנוסח בצורה כוללת האוסרת על ביצוע כל פעולה שיש בה כדי לחשוף או להיחשף להצעתו של מציע אחר. **האיסור על ביצוע פעולת תיאום אינו יכול להתפרש כאיסור התלוי בתוצאת הפעולה** – דהיינו רק אם התברר שההצעות הוגשו למתחמים שונים.
2. המערעות מבקשות לאחוז את החבל משני קצותיו – לא ניתן לקבל את עמדתן המפרשת את המונח 'מציע' באופן דווקני שאינו כולל חברות קשורות, בעוד הן מבקשות להרחיב את פרשנות המונח 'תיאום הצעות' באופן שחורג מלשונו הברורה של הסעיף.
3. מבחינה תכליתית אין לקבל את פרשנות המערעות לפיה **חלוקת השוק** אינה מהווה תיאום הצעות. בשלב שבטרם הגשת ההצעות, כל המציעים הפוטנציאליים במכרז הם בחזקת מתחרים. הפגיעה בתחרות הנגרמת מ'חלוקת שוק' ברורה. גם כאשר מדובר ביתרון אינפורמטיבי גרידא, התיאום מציב את המציעים המתאמים בעמדה עדיפה ומעניק להם יתרון בלתי הוגן. חלוקת השוק מגבילה את התחרות וממילא פוגעת באינטרס הכלכלי של עורך המכרז.
4. בעניין פרשנות המונח תיאום הצעות בשלב זה של ההליך (לאחר פתיחת ההצעות) – אין לתת לעמדת רמ"י משקל משמעותי, שכן יש לה "ניגוד עניינים מוסדי" בשלב המאוחר הזה של בחינת הדברים. עוד נקבע, כי לא הוכחה טענת המערעות שבזמן אמת עמדתה של רמ"י הייתה שיש לפרש את הסעיף כך שהאיסור על תיאום הצעות חל רק לגבי הצעות המוגשות לאותו מתחם.
5. נזכיר את הערתו של כב' השופט עמית בפסקה 28 לפסק הדין בעניין **חברות קשורות אך נפרדות**.

נקבע כי **אין הכרח** שהאיסור על תיאום הצעות בין חברות קשורות יאין לחלוטין את האפשרות של חברות קשורות לגשת למכרז כ'מציעות' נפרדות. ישנה אפשרות להקים 'חומה סינית' בין החברות, כך **שכל אחת מן החברות הקשורות תתחרה במכרז באופן עצמאי לחלוטין**, תוך שמירה על 'הפרדה אקוסטית'. במקרה כזה, יוכלו החברות הקשורות לגשת למכרז כ'מציעות' נפרדות, אף מבלי לתאם ביניהן.

**מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

1. **בעת ניסוח המכרז - יש לתת את הדעת לתכליות המכרז, לסוגיות הנוגעות לעידוד התחרות ומניעת תיאום הצעות, ולקבוע הוראות ברורות בקשר עם הסוגיות הבאות:**



התייחסות לחברות קשורות (מתי חברה תחשב ל'חברה קשורה'); הגדרת יחסי שליטה האוסרים על הגשות הנפרדות; התייחסות (חיובית או שלילית) לאפשרות להקמת 'חומה סינית' בין חברות קשורות כך שיוכלו להגיש הצעות נפרדות; הבהרה כי תיאום הצעות אסור גם ביחס למתמחים שונים; שמירה (ככל שניתן) על עקביות הוועדה בגישתה בעניין חברות קשורות במכרזים שונים

2. בעת בדיקת השאלה האם מציע או מציעים הפרו את כללי המכרז יש לבחון לא רק את לשון המכרז אלא גם את השאלות הבאות:

האם ניתן יתרון בלתי הוגן בעקבות הפעולה (במקרה זה קביעת רמ"י שמדובר היה בישויות משפטיות נפרדות לא הייתה מספקת); האם התנהלות המציע הייתה מנוגדת לתכלית ההוראה, ולא דווקא האם ההתנהלות עולה בקנה אחד עם אחת מן הפרשנויות הלשוניות של ההוראה; והאם נשקלה כראוי עמדת בית המשפט העליון לפיה נכון לבחון את סוגיית האיסור על תיאום בין הצעות במכרז במנותק מהשאלה האם התחרות נפגעה בפועל או האם התחרות הייתה עשויה להיפגע כתוצאה מחשיפת או ההיחשפות להצעה של מציע אחר.

3. 'ניגוד עניינים מוסדי' של רמ"י – כאשר ועדת המכרזים דנה בסוגיה העקרונית של תיאום ההצעות, עליה לבחון את הנושא לעומק, הן מהבחינה המשפטית והן מהבחינה העובדתית, ולתת ביטוי בכתב לעמדתה בפרוטוקול ועדת המכרזים. לעמדת הוועדה אשר קיבלה ביטוי בזמן אמת ובמסגרת פרוטוקול ועדת המכרזים, יינתן משקל משמעותי, בעוד הבעת עמדה לראשונה בשלב הדיון המשפטי עלולה להידחות כלא משכנעת דיה.

10. עת"מ 30356-04-22 אורבניקס אלארטי בע"מ נ' נת"ע - נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 7.9.22)

#### [דיני מכרזים - הצעה פיננסית; הצעה גרעונית; שיקולים זרים; הימנעות מהתקשרות; הקלטת ישיבות]

בעתירה זו נדון מכרז פומבי שפרסמה נת"ע (חברה ממשלתית) למימון, תכנון, הקמה, תחזוקה והעברה של מערכת להסעת המונים במטרופולין ת"א - הקו הירוק והקו הסגול ברק"ל בת"א. עניינה של העתירה בהחלטת ועדת המכרזים של נת"ע לפסול את הצעת העותרת, מהטעם כי מדובר בהצעה גרעונית. החלטת הפסילה התקבלה במסגרת השלב והתחזוקה.<sup>5</sup>

ההצעה הפיננסית צריכה לכלול, בין השאר, לוח זמנים לגיוס מימון לפרויקט ממקורות חיצוניים; מכתבי כוונות מאת המממנים הפוטנציאליים; תכנית עסקית; ומודל פיננסי.<sup>6</sup>

על פי תנאי המכרז, ועדת המכרזים רשאית לפסול הצעה, אם הצעת המחיר בה אינה ריאלית, או במקרה שהנחות היסוד בהצעה אינן ריאליות או לא יאפשרו למציעה לעמוד בהתייבוייתה על פי ההסכם.

בתום בחינת הצעתה הפיננסית של העותרת החליטה נת"ע, לאחר הליך מפורט, יסודי, ארוך וממצה (15 דיונים של ועדת המכרזים), הכולל זימונה של העותרת לשימוע בכתב ובעל-פה (ובהתבסס על חוות דעת מומחים) לפסול את הצעת העותרת מן הטעם שהצעתה לשלב ההקמה הייתה 'הצעה גרעונית'.

<sup>5</sup> בחינת ההצעות במכרז מתנהלת באופן מדורג. בשלב ראשון נבחנו הערבויות, טפסי הצהרות והתייבוייות כלליות של הגופים המשתתפים; בשלב השני נבחן המענה ההנדסי; בשלב השלישי נבחנה ההצעה הפיננסית והיכולת להגיע לסגירה הפיננסית, וכן הרכב עלויות ההקמה והתחזוקה. בשלב הרביעי נפתחו המעטפות המכילות את ההצעות הכספיות של המציעות שהצעתן עברה את שלושת השלבים הראשונים.

<sup>6</sup> מטרת המודל העיסקי בשלב הזה היא בעיקר לאפשר לוועדת המכרזים לבחון את סבירות התוכנית העסקית ורגישותה לשינויים שעלולים להתרחש בהתאם לתנאים שהוכתבו במכרז.

**העותרת** טענה מנגד, כי הצעתה **אינה גירעונית** וכי הסיבה 'האמיתית' לפסילת ההצעה נעוץ בלחץ שהופעל על ממשלת ישראל על ידי דרגים גבוהים בממשל האמריקאי, למנוע השתתפות תאגידים סיניים בפרויקטים בתחום התשתיות. העותרת הגישה עתירה מנהלית לאחר שטענותיה נדחו על ידי ועדת המכרזים.

בית המשפט דחה את העתירה וקבע, כי אין חולק כי סבירותם של תחשיבי עלויות ההקמה הם **עניין שבמומחיות** ומהפירוט שנת"ע הגישה עולה, כי ועדת המכרזים לא נסמכה בעניין זה רק על חוות דעתם של יועצי חברות ניהול הפרויקטים בלבד, אלא פנתה לחברה נוספת (שלא הייתה מעורבת בהליכי המכרז) לקבל חוות דעת נוספת בשאלת סבירות עלויות ההקמה. גם חברה זו מצאה כי העותרת תמחרה בחסר את הצעתה.

עוד נקבע, כי טענות העותרת נדונו **בהליך ארוך, יסודי וממצה** שקיים על ידי ועדת המכרזים ונדחו על ידה. הודגש, כי בית המשפט אינו משים עצמו כוועדת מכרזים עליונה, במיוחד עת מדובר בעניין מקצועי שבמומחיות שהתקבל על בסיס חוות דעת מקצועיות רבות, המצוי ב"גרעין הקשה" של שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים, שאז היקף התערבותו של בית המשפט מצומצם ביותר.

בית המשפט היה ער לכך שהמדובר באחד ממיזמי התשתית הגדולים במדינה ואין צורך להכביר מילים על הפגיעה ברווחת הציבור, איכות החיים, קשיי התנועה והניידות בצל "עיר חפורה", שינויים בהסדרי תנועה וכיוצ"ב מטרדים נוספים, אשר נגרמו עד כה וייגרמו עוד משך שנים לא מעטות עד השלמת הפרויקטים.

על רקע זה מקובלת וסבירה העמדה לפיה לא ניתן לאשר הצעה גרעונית תוך אי ודאות ותוך הסתמכות על אינטרס של צד שאין לו מחויבות משפטית לעשות כן.

בית המשפט עמד על התנהלותה המקצועית של הוועדה, תוך שהוא מצוין שעם העלאת החשש שהצעת העותרת היא גרעונית, בוצע הליך יסודי, סדור וממצה של בדיקות באמצעות מומחים מטעם ועדת המכרזים, לרבות מומחה "חיצוני", נערך **הליך שימוע** מסודר וארוך, **ניתנה לעותרת כל הזדמנות להציג את טענותיה, הבהרותיה והשגותיה**, אשר נבחנו לעומק.

כמו-כן ועדת המכרזים ביקשה לבדוק האם ניתן להפחית מעוצמת החשש מהתוצאות העלולות לנבוע מגרעונית ההצעה, באמצעים אחרים, כגון זהות בעלי המניות בעותרת, תוך שהיא מודעת לזכותו העקרונית של מתמודד לשקול שיקולים אסטרטגיים שונים, כגון **אינטרס כניסה לתחום, לרבות מוכנות לחתוך ברווח או אפילו לסבסד**, אולם הוחלט שההסברים ה"ממתנים" עשויים היו להפיג חששות אילו היה מדובר בפער של סכום נמוך, אולם לא כך הדבר בענייננו.

**טענת העותרת לעניין השיקול הזר, נדחתה.** נזכיר, כי העותרת טענה כי הסיבה לפסילתה נעוצה בלחץ שהפעילו דרגים גבוהים בממשל האמריקאי על ממשלת ישראל. בית המשפט עמד על כך שמוטל 'נטל הוכחה' כבד על מציע הטוען כי בין שיקולי ועדת המכרזים שהכריעה בענייננו היה 'שיקול זר'. עוד נקבע, כי נטל זה כבד במיוחד נוכח העובדה שקבלת טענת ה'שיקול זר' עלולה לייחס מעשים פליליים למי מהמעורבים. נקבע, כי ציטוטים מכתבות עיתונאיות חסרי משקל מהבחינה הראייתית.

**מחיקת הקלטה של דיון וועדת המכרזים בו הוחלט על פסילת המציעה** - סוגייה נוספת עלתה במסגרת הדיון נוגעת לטענת העותרת, לפיה מחיקת הקלטת הדיון שהתקיים בוועדת המכרזים בו הוחלט על פסילתה, עומדת לחובתה של נת"ע ומעביר אליה את הנטל לסתור את טענת השיקול הזר. בית המשפט דחה את טענות העותרת גם בעניין זה והבהיר כי (1) העותרת לא הצביעה על כל מקור חוקי המחייב את ועדת המכרזים למסור לידיה הקלטת ישיבות, או המחייב להקליט את הישיבות או לשמור אותן; (2) הזכות לקבל פרוטוקול ישיבה אינה זכות לקבל הקלטת ישיבה; (3) דיוני הוועדה אינם פומביים לציבור וגם לא למשתתפים במכרז; (4) הקלטת הישיבה מהווה כלי עזר ותו לא; (5) אילו הייתה כוונה שההקלטה תהווה פרוטוקול, אזי חלה החובה ליידע את המשתתפים על כך מראש, ומן הסתם תהיה לכך השלכה מרתיעה ומצמצמת את השיח הפנימי שכה חיוני לצורך קיום דיון אמיתי, כן ופתוח'. (6) נקבע כי אי מסירת הקלטות דיוני ועדת המכרזים לעותרת אינם מהווים ראיה לחובתה ואינם מעבירים את הנטל אל כתפיה.

בית המשפט אף ציין, כי התנהגותה של נת"ע לאורך הליך המכרז מעידה דווקא על רצונה בהשתתפות העותרת, וזאת ניתן ללמוד מהחלטותיה בקשר עם מספר סוגיות שנגעו לעותרת, אשר הגיעו אף הם לכדי דיונים משפטיים בהם נת"ע הגנה על זכותה של העותרת להמשיך ולהתמודד במכרז, חרף פגמים לא מעטים שנפלו בהצעתה בשלושה מקרים שונים במכרז זה.<sup>7</sup>

#### מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:

1. מוצע לזכור, כי כאשר נבחנת סבירות הצעת המחיר של מציע במכרז, על ועדת המכרזים לבצע בחינה ובדיקה מעמיקה של סבירות ההצעה ולהיעזר בעניין זה במומחים בכל התחומים הרלבנטיים להצעה.
2. בהקשר זה ראוי להזכיר, כי ככלל בית המשפט יימנע מלהתערב בעניין מקצועי שבמומחיות שהתקבל על בסיס חוות דעת מקצועית, שכן החלטות אלה מצויות ב"גרעין הקשה" של שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים.
3. כאשר נבדקת סבירות הצעתו של מציע במכרז, והוועדה שוקלת לפסול את ההצעה כגרעונית, מוטלת על הוועדה החובה לתת למציע זכות טיעון, בכתב ובמקרים המתאימים גם בעל-פה. במסגרת ישיבת השימוע יש לאפשר למציע להבהיר את הצעתו ולהסיר או לצמצם את החשש מתוצאות גרעוניות הצעתו. על חברי ועדת המכרזים המשתתפים בישיבת השימוע לשמוע את טענות המציע בלב פתוח ובנפש חפצה ולתעד את הדיון, כמו גם את ההחלטות בקשר לדברים שהועלו בו, בפרוטוקול מפורט.
4. כאשר מועלית טענה הנוגעת לשיקולים זרים, על הטוען אותה לעמוד בנטל שכנוע כבד ביותר, קל וחומר שכמדובר במעשים אשר עלולים לייחס מעשים פליליים למי מהמעורבים. העלאת טענות בדבר שיקולים זרים בהתבסס על גזרי עיתונים או על ספקולציות שונות אינה מספקת לשם עמידה בנטל השכנוע.
5. אין כל מקור חוקי המחייב את ועדת המכרזים למסור לידי המציעים במכרז את הקלטת הישיבות או המחייב להקליט את הישיבות או לשמור הקלטות אלה. הזכות לקבל פרוטוקול ישיבה אינה זכות לקבל הקלטת ישיבה.

11. עת"מ (ת"א) 1174-09-22 I. D. E. TECHNOLOGIES LTD נ' מקורות פיתוח וייזום בע"מ (פורסם בנבו, 2.10.22)

#### [דיני מכרזים - שינוי תנאי התקשרות לאחר זכייה; שיהוי; מעשה עשוי; תכסיסנות]

בפסק דין זה נדון מכרז למכירת מניות הזכיין והמפעיל במתקן ההתפלה באשדוד, לו הוגשו תחילה שתי הצעות (האחת של העותרת והאחת של הזוכות). עם פסילת הצעת העותרת (עקב איחור בהגשתה), נבחרה הצעת הזוכות כהצעה הזוכה על סך 909 מלש"ח.

לאחר זכייתן, פנו הזוכות לוועדת המכרזים וביקשו להפחית את גובה התמורה שתשולם, כאשר בקשתן התבססה, בעיקר, על נזקים כלכליים שספגו הזוכות כתוצאה מעליית בלתי צפויה של הריבית בעקבות המלחמה שפרצה באוקראינה. הזוכות ביקשו להפחית סכום של 350 מלש"ח מגובה התמורה. בעקבות פנייה זו, ניהלה ועדת המכרזים מו"מ עם הזוכות, כאשר לאחריו התקיימו דיונים מעמיקים בוועדת המכרזים, תוך היוועצות עם מומחים שונים. בסופו של דבר נקבע והוסכם, כי מהצעת הזוכות יופחת סכום של 100 מלש"ח בלבד.

ביום 21.8.22 פורסם דיווח לציבור בו צוין, כי מועד השלמת רכישת המניות נקבע ליום 25.8.22 וכי במועד זה ישלמו הזוכות את התמורה בגין רכישת המניות בסך של 870 מיליון ₪ (כאשר סכום זה התקבל לאחר שמסכום התמורה שהוצע על ידי הזוכות, אליו נוספו סכומים נוספים בהתאם למנגנונים שונים שנקבעו בהסכם, הופחת סכום של 100 מלש"ח, בהתאם להחלטת ועדת המכרזים).

<sup>7</sup> **מקרה ראשון** - ועדת המכרזים מצאה להכשיר את הערבויות שהגישה העותרת חרף הפגמים שנפלו בהן והגנה על עמדתה זו. **מקרה שני** - בית המשפט התבקש לפסול את העותרת בשל הליך פלילי שמתנהל נגד שיכון ובינוי אשר מחזיקה ב-40% מהון מניותיה. נת"ע עמדה על זכותה של העותרת להשתתף במכרז חרף ההליך הפלילי. **מקרה שלישי** - העותרת צירפה להצעתה ארבעה החסנים ניידים (disks-on-key) ריקים, למרות חובתה להגיש לוועדת המכרזים את המודל הפיננסי של הצעותיהם על החסנים ניידים. גם בפעם הזו החליטה ועדת המכרזים שלא לפסול את הצעת העותרת.

בעתירה נטען, כי הזכות פעלו בתכסיסנות שכן מטרת זכייתן, כך נטען, הייתה "להכניס רגל בדלת" ולזכות במכרז, רק כדי להביא לשינוי תנאיו לאחר מכן, בלא שיש לזכות יכולת לעמוד בהצעה המקורית שהוגשה על ידן.

בית המשפט דחה את העתירה. תחילה נקבע, כי דין העתירה להידחות מחמת שיהוי, שכן לעותרת לא היה הסבר של ממש מדוע לא הגישה בקשה לצו ביניים לבית המשפט בניסיון למנוע או לעכב את מועד הסגירה, למרות שידעה שמועד הסגירה הוא ביום 25.8.22 ולמרות שידעה מה משמעות 'הסגירה הפיננסית'. כן נקבע, כי יש לדחות את העתירה מחמת מעשה עשוי שכן עסקת הרכישה הושלמה באופן סופי ומוחלט ביום 25.8.22, על כל המשתמע מכך. נקבע, כי אם העסקה תבוטל, לא ברור איך יוחזרו המניות, איך ניתן להחזיר את התמורה ששולמה לבנקים שאינם צד להליך, וגם אם היו צד להליך איך אפשר לחייבם להחזיר את הכסף וכיו"ב.

לגופן של הטענות נקבע, כי העותרת נכשלה בהוכחת טענתה, לפיה הזכות פעלו בתכסיסנות וכי אילו וועדת המכרזים לא הייתה מאשרת הפחתה בתמורה, העסקה הייתה 'מתפוצצת ולא הייתה סגירה'.

נקבע, כי השינוי שנעשה בתנאי העסקה נעשה בזהירות רבה "וביד רועדת", בהתחשב גם בכך שמדובר במכרז מורכב ביותר ובהתחשב בכך שועדת המכרזים קיימה דיונים מעמיקים, נעזרה בחוות דעת משפטית מפורטת ומלומדת ובחוות דעת מקצועית וכלכלית.

לעניין השינוי שבוצע בתנאי הערבויות נקבע, כי מדובר בהחלטה מנומקת של הוועדה שהתקבלה לאחר דיון ארוך ולאחר שהוועדה קיבלה הבהרות, התייחסות של המומחים הפיננסיים ולאחר קבלת אישורים מהמדינה והבנק המממן לפיהם שינוי זה "לא מרעיד כהוא זה את אמות הסיפין".

לעניין ההפחתה בתמורה נקבע, כי אמנם אין מחלוקת שמדובר בהפחתה משמעותית בתמורה בשלב ההתקשרות החוזית לאחר הזכייה במכרז, אולם מדובר בשינוי שנבע והושפע מעליית מחירי הריבית אשר נגרמה כתוצאה מהטלת הכללית שארעה בעולם נוכח המלחמה באוקראינה. הוסבר, כי מלחמת אוקראינה הביאה לעליית ריבית וכפועל יוצא מכך לנזק ריבית של 202 מיליון ש"ח, עלייה אשר הביאה למעשה לתוספת במחיר התמורה. נקבע, כי לאחר דיונים ארוכים ומקצועיים בנושא זה הוחלט לעשות שינוי מהותי שכזה בדמות הפחתה בתמורה של כמאה מיליון ש"ח. בית המשפט קבע, כי מדובר בהחלטה סבירה, במיוחד על רקע הנסיבות הקונקרטיות בתיק זה, כולל התנהלות העותרת, השיהוי והמעשה העשוי.

נקבע, כי בנסיבות העניין ועדת המכרזים יישמה באופן סביר את ההלכה שנקבעה בע"מ 877/21 ממ"ל מפעלי מיחזור לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר והמשרד להגנת הסביבה (פורסם בנבו, 19.7.21), בעניין שינוי תנאי התקשרות לאחר זכייה במכרז. נקבע, כי מדובר במכרז מורכב ביותר, ייחודי ורחב היקף, כאשר השינוי נבע משינוי נסיבות בלתי צפוי שלא ניתן היה לחזותו מראש. נקבע, כי לא נפגע עקרון העל של השוויון בין המציעים וגם לא כלפי מציעים פוטנציאליים, שכן לא רק שמדובר באירוע חיצוני המשליך ומשפיע באותה מידה על כל הצעות, אלא שגם לאחר ההפחתה הצעת הזכות נמוכה במאות מיליוני ש"ח מהצעת העותרת (שנפסלה). לאור האמור נקבע, כי ועדת המכרזים פעלה כדין ובהתאם לסמכותה הקבועה בתקנה 8א(א) 11 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, בה נקבע כי הוועדה מוסמכת, בין היתר, לאשר שינוי מהותי בתנאי חוזה שנכרת בעקבות מכרז.

#### **מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:**

1. מוצע לזכור, כי כאשר נבחנת בקשה של מציע, שזה עתה זכה במכרז, לשנות את תנאי ההתקשרות, יש לבחון את הסוגיה הזו בצורה קפדנית ביותר, תוך קיום דיון מעמיק בוועדת המכרזים וככל הניתן תוך היוועצות עם יועצים משפטיים ויועצים מקצועיים רלוונטיים.
2. במסגרת בחינת סוגיה זו יש לזכור, כי על פי ההלכה הפסוקה, השיקולים העיקריים אותם נדרשת ועדת המכרזים לשקול בעניין זה הינם "שינוי הנסיבות" ו"חלופ הזמן מאז ההתקשרות".
3. בעניין "שינוי הנסיבות" יש לבחון האם מדובר בנסיבות שלא ניתן היה לצפות אותן מראש ומה מידת ההשפעה שלהן על תנאי ההתקשרות.
4. בעניין "חלופ הזמן מאז ההתקשרות" יש לזכור, כי ככל שפרק הזמן שחלף מאז המכרז וההתקשרות המקורית מכוחו ועד לשלב שבו מתרחש 'שינוי הנסיבות' ארוך יותר, כך האפשרות לאשר שינוי בתנאי ההתקשרות תהיה גדולה יותר.

5. כן מוצע לזכור, כי בבחינת סוגייה זו יש לתת את הדעת גם למורכבותו של המכרז, היקפו ומשך ההתקשרות העתידית, וכל זאת בראי עיקרון השוויון (הן כלפי המציעים במכרז והן כלפי המציעים הפוטנציאליים).
6. ישנה חשיבות עליונה לניתוח ההיבטים העובדתיים והמשפטיים הנוגעים לנסיבות הספציפיות של המכרז, וראוי לעשות זאת באופן יסודי, סדור ותוך שימת לב לפסק הדין המנחה בע"מ 877/21 מ"ל מפעלי מיחזור לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר והמשרד להגנת הסביבה (פורסם בנבו, 19.7.21).

סקירת הפסיקה שהובאה לעיל נועדה לספק מידע כללי ותמציתי בנוגע לפסקי הדין שצוינו בה וכן בנוגע ללקחים שמוצע להפיק מהדברים שנקבעו בפסקי הדין האמורים. בסקירה זו לוקטו מספר פסקי דין שפורסמו במהלך הרבעון החולף. עם זאת, אין בסקירה זו כדי למצות את כל פסקי הדין שפורסמו במהלך הרבעון האמור או כדי למצות את כל הסוגיות שפורטו במסגרת פסקי הדין המובאים לעיל.

כמו כן, סקירה זו אינה מהווה ייעוץ משפטי ו/או תחליף לייעוץ משפטי.

למידע נוסף הנכם מוזמנים ליצור קשר עם עו"ד דורון תמיר או עמוס אוסיזון ממשרד ארנון, תדמור-לוי בטלפונים (+972-2-6239239) או (+972-3-6087777) או בדוא"ל:

עו"ד עמוס אוסיזון, שותף <a href="mailto:amoso@arnontl.com">amoso@arnontl.com</a>	עו"ד דורון תמיר, שותף <a href="mailto:doront@arnontl.com">doront@arnontl.com</a>
---	---

קבוצת המכרזים, התשתיות והאנרגיה במשרד ארנון, תדמור - לוי היא מהידועות ומהמוכרות ביותר בישראל ומדורגת באופן עקבי בדירוג הגבוה ביותר.

הקבוצה עתירת ניסיון במתן ייעוץ משפטי שוטף לוועדות מכרזים של גופים ציבוריים (חברות ממשלתיות, משרדי ממשלה ועוד), לרבות גיבוש וניסוח מכרזים עבור ועדות מכרזים (לרבות מכרזי PPP על סוגיהם, DB) בגופים ציבוריים, ליווי התקשרויות (ניהול ההסכמים מצד המזמין); **בייצוג גופים ציבוריים ופרטיים בהליכי ליטיגציה מורכבים, בדגש על עתירות מנהליות בדיני מכרזים, ובהליכי ליטיגציה אזרחית, בדגש בתחום התשתיות**; ליווי משפטי של עסקאות מימון מורכבות בתחום התשתיות והפרויקטים. לקבוצה ניסיון מקצועי רב בליווי מבני מימון של פרויקטים מורכבים.