

## עדכוני פסיקה

דיני מכרזים - רבעון 4, 2022

### תוכן עניינים

מס'	פסק הדין	נושאים שנדונו בפסק הדין וכן: תובנות ולקחים שלנו הכלולים בסקירה	עמ'
1	עת"מ 17052-08-22 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עיריית קרית שמונה ואיילון חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 30.9.22)	<p>חובת עריכת מכרז; מכרז ביטוח; התקשרות עם מציע בהליך פטור תחרותי; מימוש אופציה להארכת התקשרות על ידי עירייה; שיקול דעת ועדת המכרזים; יחסי גומלין בין תקנות העיריות מכרזים מול תקנות חובת המכרזים; שיהוי, חוסר ניקיון כפיים, מניעות והשתק תובנות ולקחים שלנו הכלולים בסקירה:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>הכלים השונים שבידי ועדת המכרזים</u></li> <li>• <u>הימנעות מפרסום מכרז חדש תוך שקילת האפשרות להתקשר בפטור ממכרז בנסיבות המתאימות</u></li> <li>• <u>מאפייניו הייחודיים של מכרז העוסק בתחום הביטוח</u></li> <li>• <u>הליך תחרותי שקוף (גם אם אינו הליך 'מכרז') גם בנסיבות בהן נדרש הגוף הציבורי להתקשר בפטור ממכרז</u></li> <li>• <u>מניעות מהעלאת טענות כנגד הליך פטור על ידי מי שלא זכה בהליך התמחרות</u></li> <li>• <u>תחולת תקנות חובת המכרזים על עיריות</u></li> <li>• <u>פירוט מספק של התנאים בהליך תחרותי</u></li> <li>• <u>הצפת ועדת המכרזים במכתבים מטעם מציע אינה עוצרת בהכרח את מרוץ השיהוי</u></li> <li>• <u>בחינת ההצדקה לפטור גם במועדים בהם מאושרות התקשרויות ההמשך</u></li> </ul>	5
2	עת"מ 196-06-21 אטלנטיס מרכזי הכשרה לחקלאות בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד החוץ אגף מלש"ב (פורסם בנבו, 11.10.22)	<p>עיקרון השוויון; ההחלטה על פרסום מכרז; שיקול הדעת בקביעת תנאי המכרז; העדפת ניסיון קודם; אמות מידה לקביעת איכות ההצעות; תנאי סף במכרז</p>	9

	<p>תובנות ולקחים שלנו הכלולים בסקירה:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>קביעת תנאי סף ותנאים אחרים במכרז באופן המתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז</u></li> <li>• <u>דוגמא לתנאי סף העוסק ב"ותק"</u></li> <li>• <u>"הגרעין הקשה" של שיקול דעת הוועדה, 'שטר ושוברו בצידו'</u></li> <li>• <u>מעמדו של מציע שהצעתו נפסלה בקשר עם פגמים שנפלו במכרז או בהצעה הזוכה</u></li> <li>• <u>עורך המכרז אינו נדרש ואינו צריך להציב את כל המשתתפים בנקודת זינוק זהה</u></li> <li>• <u>הגדרת מספר מינימלי של זוכים במכרז צריכה להיעשות בהתאם לכללים המקובלים ולכלול הנמקה ותיעוד בדבר שיקולי הוועדה וצרכיה גם בנושא זה</u></li> </ul>		
12	<p>תנאי סף; הגשת מסמכים להוכחת העמידה בתנאי הסף; חוסרים במסמכים להוכחת העמידה בתנאי הסף; האבחנה בין פגם טכני לבין פגם מהותי; סילוק עתירה על הסף מחמת אי צירוף משיבים תובנות ולקחים שלנו הכלולים בסקירה:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>על הצורך לבחון את המערכת המקוונת להגשת הצעות</u></li> <li>• <u>היקש לדברים שנקבעו בע"מ 1290/22 מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל נ' יוסף פורת פוקטש (פורסם בנבו, 19.5.22)</u></li> <li>• <u>הצורך בהסדרת מתכונת ניהולם של מכרזים מקוונים, לרבות השאיפה ליצור מנגנון שיאפשר למציעים לבחון את שלמות הצעתם בטרם הגשתה ועל התאמת תנאי ההגשה לכך.</u></li> <li>• <u>הצורך לכלול במסמכי המכרז כמה שיותר מידע בהיר המכווין את המתמודדים בנבכי הדרישות ה'מינהליות/פורמליות'.</u></li> <li>• <u>הצורך לכלול פרק נפרד (או נספח צ'ק ליסט מכרזי) המוקדש למסמכים שעל המציעים לצרף להצעתם</u></li> <li>• <u>הצורך לבחון היבטים של מורכבות וחדשנות והיבטים טכנולוגיים בנוגע למכרזים מסוג זה</u></li> <li>• <u>האינטרס המשותף לוועדת המכרזים ולמציעים הפוטנציאליים לעשות כל מאמץ לצמצם סיטואציות של פסילת הצעות בשל חוסרים במסמכים</u></li> <li>• <u>הגדרת המסמכים שעל המציעים לחתום עליהם והכלל שיחול בנסיבות בהם מסמכים אלה לא הוגשו</u></li> </ul>	<p>עת"מ 12429-06-22 עאדל טאהא נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 15.11.22)</p>	3

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>בית המשפט אינו מחויב לסלק על הסף עתירה גם אם לא כל המשיבים (מאות מציעים) לא צורפו לעתירה</u></li> </ul>		
14	<p>תנאי סף; פרשנות תנאי המכרז; תכלית המכרז; שיקולי ועדת המכרזים; התערבות בית המשפט בפרשנות ועדת המכרזים</p> <p>תובנות ולקחים שלנו הכלולים בסקירה:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>האם ועדת המכרזים רשאית לבחון מחדש את החלטותיה, ואם כן - עד מתי?</u></li> <li>• <u>פסילת הצעה/זכיה כשמתברר שהצהרה שמסר המשתתף אינה נכונה/לא שלמה</u></li> <li>• <u>קביעת תנאי סף תקינים, בהירים וחדים - תנאי חשוב להצלחתו של מכרז</u></li> <li>• <u>תשומת לב מיוחדת להגדרות מכרזיות, כגון: 'מועדי ההתחלה והסיום' של הפרויקט המשקל שיש לתת לעמדת ועדת המכרזים ביחס לפרשנות תנאי הסף</u></li> <li>• <u>על הכלל לפיו פרשנות תנאי המכרז נגזרת מתכליתו ועל הכלל לפיו מבין הפרשנויות האפשריות, יש להעדיף פרשנות המקיימת א</u> <u>ההצעות במכרז ומרחיבה את מעגל המשתתפ</u> <u>פני פרשנות הפוסלת אותו</u></li> </ul>	<p>עת"מ 10125-11-22 סלמאן והבה ובניו בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.22)</p>	4
17	<p>דחיית בקשה לדיון נוסף בפרשה שאוזכרה בסעיף 9 לעדכון הפסיקה שפורסם על ידינו ברבעון 3 לשנת 2022, בו הועלו הנושאים הבאים: תיאום הצעות במכרז; תחרות הוגנת ושוויון; סמכות ועדת המכרזים; פגם מהותי וטכני; ביקורת שיפוטית</p>	<p>דנ"מ 5804/22 חי נחמיאס מגורים והשקעות בע"מ ואח' נ' פרץ בוני הנגב (1993) בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 17.11.22)</p>	5
17	<p>טענות לפגמים בהתנהלות ועדת המכרזים; פיצויי הסתמכות; הלכת קסם מילניום; השתק פלוגתא; ערבות בנקאית</p> <p>תובנות ולקחים שלנו הכלולים בסקירה:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>האחריות הציבורית והמשפטית המוטלת על ועדת המכרזים לנסח את מסמכי המכרז באופן ראוי ומקצועי</u></li> <li>• <u>עידוד המציעים ללמוד לעומק את מסמכי המכרז ולהכיר את הפרויקט הרלבנטי על כל קשייו</u></li> <li>• <u>השלמת מסמכי המכרז ע"י ועדת המכרזים עד למועד הגשת ההצעות - משמעויות ופתרונות</u></li> <li>• <u>שינוי את תנאי החוזה שנחתם במסגרת הליך המכרז</u></li> <li>• <u>הלכת 'קסם מילניום'</u></li> <li>• <u>האם ניתן להחיל את הלכת 'קסם מילניום' על מקרה בו מציע השתתף במכרז, זכה בו</u></li> </ul>	<p>עע"מ 6552/21 ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו 5.12.22)</p>	6

	<p><b>ורק לאחר שבוטלה זכייתו דורש לקבל "פיצויי הסתמכות" בגין פגמים שנפלו במכרז עצמו</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>קביעה תקדימית לפיה טענות בנוגע לחילוט ערבות בנקאית מן ההכרח להעלות במסגרת עתירה מנהלית</b></li> </ul>		
21	<p>המועד האחרון להגשת הצעות; הגשת הצעה באיחור תיבת מכרזים דיגיטלית; "הלכת חרכוש" תובנות ולקחים שלנו הכלולים בסקירה:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>תחולת תקנה 20(ב) לתקנות חובת המכרזים על מכרזים ממוכנים</b></li> <li>• <b>יישום הפסיקה בענין 'חרכוש' על מכרזים ממוכנים</b></li> <li>• <b>קביעת הוראות הנחיות מקצועיות והסדרים משפטיים אל מול המציעים</b></li> <li>• <b>פעולות או ביוררים מקדימים שעל המציע לבצע על מנת לוודא שהצעתו תוגש במועד</b></li> <li>• <b>ייזהר המציע ותישמר וועדת המכרזים - הצורך בנקיטת אמצעי הסברה/הדרכה</b></li> <li>• <b>'תרגול' הגשה של ההצעה הדיגיטלית (בדומה למנגנון הפרה רולינג לערבויות בנקאיות שהוצע על ידי עו"ד תמיר בשנת 2005 והתקבל בפסיקה, בהוראות התכ"ם ובמכרזים רבים בישראל)</b></li> <li>• <b>מועד הגשת הצעות הינו נושא מהותי גם כשלא מדובר בשלב בו מוגשת הצעת המחיר</b></li> <li>• <b>הזהירות המתחייבת בתקשורת בין יו"ר הוועדה/עורך המכרז לבין מציע הנתקל בקשיים הנוגעים להגשת ההצעה במכרז</b></li> <li>• <b>מהו מועד ההגשה-לא מדובר באירוע נמשך, אלא בנקודת זמן יחידה שכלליה נקבעו בתקנות ובפסיקה</b></li> <li>• <b>תקלה של הרשות מפרסמת המכרז עשויה להצדיק מתן ארכה להגשה- אך זאת כאשר המציע מצידו עשה את הנדרש ממנו</b></li> </ul>	<p>עת"מ 16033-11-22 א.מ.ן מחשבים בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר - אגף החשב הכללי - מינהל הרכש הממשלתי (פורסם בנבו, 24.11.22)</p>	7
25	<p>ביטול מכרז; השוואה בין הצעות; שימוע; אומדן; בהירות תנאי המכרז תובנות ולקחים שלנו הכלולים בסקירה:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>ניסוח מדויק ומפורש של נוסחת הצעת המחיר ושל מנגנון השוואה בין הצעות המחיר</b></li> <li>• <b>אומדן המופקד בתיבת המכרזים(כלי הערכה חשוב)</b></li> <li>• <b>התעלמות ועדת המכרזים מקיומו של אומדן/ אי קיום דיון אודות הפערים</b></li> </ul>	<p>עת"מ (חי') 2875-11-22 אינדקס הגליל תקשורת ועיתונות בע"מ נ' מועצה מקומית רמת ישי (פורסם בנבו, 18.12.22)</p>	8

	<p><b>המשמעותיים בינו ובין הצעות שהוגשו</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><b>וועדת מכרזים המבקשת לשמר לעצמה מספר חלופות להשוואה בין הצעות מחיר המוגשות לה</b></li> <li><b>וועדת המכרזים מבקשת לשנות מצב משפטי שהיא יצרה - למשל ביטול בחירה בזוכה - הליך שימוע</b></li> </ul>		
27	פעילות הוועדה המייעצת לבחינת היבטי ביטחון לאומי בהשקעות זרות לשנת 2021		9

1. עת"מ 17052-08-22 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עיריית קרית שמונה ואיילון חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 30.9.22)

[חובת עריכת מכרז; מכרז ביטוח; התקשרות עם מציע בהליך פטור תחרותי; מימוש אופציה להארכת התקשרות על ידי עירייה; שיקול דעת ועדת המכרזים; יחסי גומלין בין תקנות העיריות מכרזים מול תקנות חובת המכרזים; שיהוי, חוסר ניקיון כפיים, מניעות והשתק]

ועדת המכרזים של עיריית קרית שמונה פרסמה בשנת 2020 מכרז לרכישת ביטוח. למכרז ניגשו שתי חברות ביטוח, אך הצעותיהן נפסלו על ידי ועדת המכרזים מפאת אי עמידה בתנאי הסף.

בנסיבות האמורות החליטה ועדת המכרזים שלא לפרסם מכרז חדש, אלא להמליץ למועצת העיר להתקשר **בפטור ממכרז** עם חברת הביטוח שתגיש את ההצעה הטובה ביותר **בהליך פטור תחרותי המופנה למציעים, אשר תנאיו נגזרים מאלו שנקבעו במכרז שפורסם**<sup>1</sup>.

חשוב להדגיש (והסיבה לכך תוסבר מיד להלן) שהליך הפטור התחרותי כלל תנאי לפיו "הרשות תהא זכאית לחדש הביטוחים לשתי תקופות נוספות של שנה כל אחת".

החלטת העירייה מומשה ובהתאם אושרה ההתקשרות עם הזוכה בהליך ההתמחרות, הכוללת את תקופת הבסיס ועוד **שתי תקופות** הארכה של שנה כל אחת. בשלב זה העותרת (שהפסידה בהליך התחרותי) לא העלתה כל טענות כנגד ההליך.

רק **לאחר** שחלפה שנת ההתקשרות הראשונה ורק **לאחר** שהעירייה האריכה את ההתקשרות בשנה נוספת (משמע, רק בחלוף כ-20 חודשים ממועד תחילת ההתקשרות!) טענה העותרת לראשונה, כי הואיל וההתקשרות האמורה הייתה "חריגה" הרי שלטענתה לא ניתן היה להאריך את תקופת ההתקשרות מבלי שהעירייה תבחן מחדש את ההתקשרות ואת ההצדקה להתקשרות זו<sup>2</sup>. **העותרת דרשה כי ההתקשרות לא תוארך ויפורסם מכרז חדש**.

העתירה נדחתה.

<sup>1</sup> העירייה פעלה בהתאם לסעיף 22(ח) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987 לפיו "לא הוגשה כל הצעה למכרז או נדונה הצעה יחידה והוועדה לא המליצה עליה, או לא המליצה הוועדה על הצעה כלשהי, או החליטה מועצת העיריה שלא לאשר הצעה של ראש העירייה לפי סעיף 148(ג) לפקודת העיריות, רשאית העירייה להתקשר בחוזה ללא מכרז לאחר שמועצת העירייה החליטה על כך ברוב חבריה, ולאחר שנוכחה שבנסיבות הענין עריכת מכרז לא תביא תועלת".

<sup>2</sup> העותרת שלחה לא פחות משבעה מכתבים במשך ארבעה חודשים, בהם שבה ודרשה מהעירייה לפרסם מכרז ולהימנע מלהאריך את ההתקשרות.

נעמוד בקצרה להלן על נימוקי בית המשפט לדחיית העתירה ונתייחס אגב כך גם לטיעונים משפטיים מעניינים שהועלו כנגד סמכות העירייה להאריך את תוקף ההתקשרות ולבסוף נתייחס להיבטים נוספים שניתן להסיק מפסק הדין הרלבנטיים גם להתנהלות ועדות המכרזים ומציעים.

נימוקי בית המשפט:

(א) **העתירה הוגשה בשיהוי ניכר**. זאת משום שהאפשרות להארכת תקופת ההתקשרות - הייתה ידועה משלב ניהול ההתמחרות (שבה העותרת הגישה הצעה). נפסק כי התקיימו שלושת המרכיבים שבהתקיימותם נוצר שיהוי, (1) שיהוי סובייקטיבי (2) שיהוי אובייקטיבי ו- (3) העדר פגיעה חמורה באינטרס הציבורי.

בית המשפט קבע תחילה כי התקיים **שיהוי סובייקטיבי**<sup>3</sup> וכי **משלוח מכתבים חוזרים אינו עוצר** את מרוץ השיהוי<sup>4</sup>. עוד נקבע, כי התקיים גם **שיהוי אובייקטיבי** (המתקיים כשנוצרת הסתמכות בת הגנה עקב ההשתתפות בהגשת העתירה) וזאת משום שעקב "אי מימוש האזהרה לנקיטת הליכים משפטיים פעם אחר פעם ובמשך 6 פעמים, רשאים היו הצדדים להסתמך על כך כי הפניקס אינה רצינית בטענותיה ובדרישותיה וכי חזרה בה מהן".

ולבסוף, בית המשפט קבע כי **לא מתקיימת פגיעה חמורה באינטרס הציבורי**<sup>5</sup> תוך שהוא מדגיש כי העותרת לא הכחישה שהיא עצמה מתקשרת בחוזים דומים עם רשויות מקומיות והיא עצמה טענה את הטענות הנטענות כלפיה כעת בנסיבות הפוכות ולא עמדה על כך שאותן רשויות להן היא נותנת שירותים יקפידו לקיים דיון במליאה טרם מימוש תקופת אופציה<sup>6</sup>.

#### (ב) **מניעות והשתק - גם בהליך התמחרות (מכוח סעיף פטור)**

בית המשפט סבר כי יש להחיל גם על הסיטואציה שבפסק הדין (בחירת זוכה במסגרת התמחרות הנובעת מ'סעיף פטור' ולא ממכרז) את הכלל לפיו מציע המשתתף במכרז ומודע לפגם שנפל בו ובכל זאת מגיש הצעתו, מבלי לתקוף את הפגם בהליך משפטי מתאים טרם השתתפותו במכרז, **מוחל** בכך על טענת הפגם ועל האפשרות לעשות שימוש מאוחר בטענה זו. זאת בשל **חוסר תום לב** וקיומה (לכאורה) של כוונה לעשות שימוש מניפולטיבי בקיומו של הפגם אם לא יזכה במכרז.

בית המשפט עיגן את החלטתו הנ"ל הן בהתבסס על כך שהליך הפטור הוא המשכו של ההליך המכרזי שכשל, הן על סמך עמדתו לפיה גם הליך מתן פטור ממכרז הינו הליך מנהלי ועל כן גם ביחס אליו "חל הרציונל שלא לגמול טובה על קיומה של כוונה לעשות שימוש מניפולטיבי בקיומו של הפגם במקרה של אי זכיה, דבר שהוכר כפעולה חסרת תום לב".

<sup>3</sup> לפי תקנה 3 לתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים (סדרי דין) התשס"א-2000, יש להגיש עתירה תוך 45 יום מיום שניתנה החלטה בבקשה שהוגשה לגורם המנהלי. כמו-כן ציין בית המשפט שהמועד הנ"ל צריך להיספר כבר לאחר אי מתן המענה בפעם השנייה, וודאי שלכל המאוחר, החל מהתשובה הראשונה שניתנה על ידי העירייה לאחר חודשיים מאז חלפו כשלושה חודשים נוספים עד להגשת העתירה.

<sup>4</sup> בית המשפט סבר שספירת הימים להגשת העתירה החלה לאחר שהמכתב השני (מתוך שבעה!) לא קיבל מענה. בית המשפט היה מוכן להקל ולהניח שמועד זה יתחיל מהתשובה הראשונה שניתנה על ידי העירייה אבל גם ממנה חלפו כשלושה חודשים נוספים עד להגשת העתירה.

<sup>5</sup> פגיעה חמורה באינטרס הציבורי היא פגיעה שבמאזן הנזקים הרעה הנובעת ממנה גוברת על ההסתמכות שנוצרה כתוצאה מהשיהוי. העותרת לא הכחישה שהיא עצמה מתקשרת בחוזים דומים עם רשויות מקומיות והיא עצמה טענה לשיהוי בנסיבות דומות, כשהיא זו שנתנה את השירות לעירייה.

<sup>6</sup> ההימנעות מחשיפתה המידע היוותה שיקול תומך לדחיית העתירה על הסף וזאת בזיקה לטענת חוסר ניקיון כפיים.

**(ג) "הסדר שלילי" - האם העירייה מוגבלת ביכולתה להאריך תקופות אופציה רק כי קיים הסדר שונה בתקנות חובת המכרזים**

העותרת טענה שהיות ובתקנות חובת המכרזים (שככלל אינן חלות על עיריות<sup>7</sup>) נקבע שלא תוארך תקופת אופציה ללא קיום דיון ואישור ועדת המכרזים, הרי שבהיעדר הוראה כזו בתקנות העיריות (מכרזים), העירייה לא הייתה מוסמכת להאריך את תוקף החוזה.

בית המשפט דחה טיעון זה, בקבעו בין היתר כי (1) אין להסיק קיומו של הסדר שלילי ביחס לעיריות רק משום שתקנות חובת המכרזים קובעות הסדר מסוים שאינו מצוי בהסדר הספציפי החל על עיריות<sup>8</sup>. מדובר בשאלה פרשנית עליה יש להשיב על פי כללי הפרשנות התכליתית החלה בשיטת המשפט הישראלית. (2) תכלית חקיקתן של תקנות העיריות (מכרזים) היא להוות הסדר מיוחד ושונה מן ההסדר שבדין הכללי.

**(ד) סמכות העירייה לכלול בתנאי ההתקשרות גם תקופות אופציה**

נקבע, בניגוד לטענת העותרת, כי העירייה רשאית לפי סעיף 22(ח) לתקנות העיריות (מכרזים), לכלול בתנאי ההתקשרות גם תקופות אופציה. בית המשפט הבהיר כי מדובר בהחלטה שנתקבלה בסמכות, בזהירות הראויה, לאחר הפעלת שיקול דעת ראוי, על בסיס תנאים שנקבעו תחילה לצורך מכרז פומבי ויש על כן לדחות את כל הטענות להעדרה של סמכות או לחוסר סבירות.

**(ה) פטור הניתן בגין 'ספק יחיד' בהשוואה לפטור הניתן לאחר 'התמחרות בין מתמודדים'**

העותרת טענה כי מוטלת על העירייה האחריות לבדוק האם השתנו הנסיבות והאם יש להמשיך בהתקשרות בדרך של מימוש אופציה להארכה, בדומה לנסיבות בהן ניתן 'פטור' עקב קיומו של 'ספק יחיד'.

בית המשפט הבהיר שאכן, במקרה של שינוי נסיבות, הרשות מחויבת לבחון מחדש את מצב השוק והאם בעטיו של השינוי הנסיבותי אכן מתבטלת ההצדקה להאריך התקשרות במסגרת האופציה. במקרה זה העותרת לא טענה לשינוי נסיבותי המצדיק פגיעה בהסתמכות הצדדים על החוזה שבו נכללו זכות לתקופות האופציה.

ראוי לציין כי מקום בו מדובר בפטור שניתן ל"ספק יחיד" מובן מאליו שאם לאחר שניתן אישור לאותה התקשרות, נכנסו אל השוק ספקים חדשים הרי שיהיה בכך משום הצדקה שלא להאריך את ההתקשרות המקורית (שאושרה בתנאים של העדר ספקים אחרים בישראל).

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

**1. כלים שבידי הוועדה - ועדת מכרזים צריכה להיות מודעת לכלים המצויים ברשותה העשויים לאפשר לה (בנסיבות המתאימות) להשלים התקשרות בעלת חשיבות, גם בנסיבות בהן לא הוגשו הצעות במכרז או כאשר כל הצעות שהוגשו נפסלו.**

**2. הימנעות מפרסום מכרז חדש - במקום לפרסם מכרז חדש מראשיתו, יכולה הוועדה לשקול לעשות שימוש בתקנה 22(ח) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987 ובמקבילתה הקבועה בתקנה 23(ב) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993. הפעלת שיקול הדעת, וקביעת**

<sup>7</sup> סוגייה התחולה העקיפה של תקנות חובת המכרזים על עיריות במצבים מסוימים היא נושא לדיון נפרד.

<sup>8</sup> בעניין זה ציטט בית המשפט את דברי כב' הש' ברק-ארז בע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' הרטמן (פורסם בנבו, 13.1.13): "דומה שכוונת המחוקק היא שלעת הזו יחולו על העיריות ההסדרים הספציפיים בתחום המכרזים כקביעתם בפקודת העיריות (נוסח חדש) והתקנות שהוצאו על פיה. חוק חובת המכרזים ותקנותיו עשויים לשמש מקור השראה בלבד, אך אינם מחליפים את ההסדרים המיוחדים למכרזים בשלטון המקומי".

הכללים שילוו את ההליך צריכות להיעשות בתשומת לב ובזהירות, ובין השאר לאחר שוועדת המכרזים נוכחה לדעת שעריכת מכרז חדש לא תביא תועלת<sup>9</sup>.

3. **מכרז ביטוח**<sup>10</sup> - ועדת מכרזים הנדרשת להכנת מכרז ביטוח, צריכה לקחת בחשבון שאין מדובר במכרז רגיל/סטנדרטי, ועליה להיערך בהתאם. מכרז ביטוח מתאפיין על פי רוב בקושי לייצר מפרט דווקני וסגור, שכן לכל אחת מחברות הביטוח יש תנאי פוליסה ייחודיים (ושונים) אפילו מבחינת הניסוח<sup>11</sup>. במכרזי ביטוח יש מקום לשקול הוספה של הוראות מתאימות המאפשרות לוועדה לנהוג בגמישות, לרבות אפשרות לניהול מו"מ, הליך תחרותי נוסף וכד'.

4. **הליך תחרותי שקוף (גם אם אינו הליך 'מכרז') - גם בנסיבות בהן נדרש הגוף הציבורי להתקשר בפטור ממכרז עם גורם כלשהו, רצוי לבצע את ההתקשרות ב'פטור', ככל הניתן, לאחר הליך תחרותי ושקוף בין הגורמים הרלבנטיים (כגון התמחרות פומבית בטרם אישור ההתקשרות בפטור ממכרז). הדבר רצוי ואף מתבקש לנוכח הוראות הדין והפסיקה המטילים חובה לנהל הליכי מכרז (או התקשרויות) באופן שקוף ככל הניתן, הוגן ושוויוני המבטיח את מרב היתרונות לגוף הציבורי.**

5. **מניעות מהעלאת טענות כנגד הליך פטור - על ועדת המכרזים להיות מודעת לכך שאין מקום לאפשר למי שלא זכה בהליך התמחרות להעלות טענות לפגמים שהתקיימו לטענתו לפני מועד הגשת הצעתו, ויש להחיל על מצב זה את אותם הכללים החלים על מכרז רגיל.**

6. **תחולת תקנות חובת המכרזים על עיריות - מדובר בסוגייה מורכבת אשר יש לבחון אותה בזהירות רבה, בשים לב לסוגייה העומדת על הפרק ותוך בחינת הפסיקה העדכנית בנושא. אין לקבל כמובנות מאליהן טענות של מציע, שכשל במכרז, לפיהן יש לפעול בהתאם לתקנות חובת המכרזים, כאשר הדבר משרת את מטרתו להביא את המכרז לכדי ביטול (למעשה 'הכשלתו').**

7. **פירוט מספק של התנאים בהליך תחרותי - בדומה למכרז, גם בהליך תחרותי ראוי לפרט את כל התנאים שיכללו הן בהליך התחרותי והן בהסכם ההתקשרות שייכרת בין המזמינה לבין המציע שייבחר, כולל תנאי המתייחס לאפשרות להארכת ההתקשרות. כך, למציעים בהליך התחרותי תינתן מחד, האפשרות להשיג על תנאי כזה או אחר, ומאידך גיסא ייווצר כלפיהם השתק, מקום שבו לא עתרו כנגד תנאי שאינו לשביעות רצונם בעיתוי המתאים.**

8. **הצפת ועדת המכרזים במכתבים מטעם מציע - משלוח מכתבים חוזרים אינו עוצר בהכרח את מרוץ השיהוי. ועדת מכרזים מחויבת מחד ליתן הזדמנות הוגנת למתמודדים להשמיע טענותיהם ומאידך, מחויבת היא להשגת היעדים לשמם פורסם ההליך המכרזי. ועל כן בהחלט קיימת אפשרות שגם בנסיבות בהן מציע "מצייף" את הוועדה במכתבים (אך אינו**

<sup>9</sup> סיוואציות בהן ועדת המכרזים אינה ממליצה על אף הצעה מתרחשות מעת לעת, ולא פעם בתחום מכרזי הביטוח. ככלל, מכרז ביטוח של גוף ציבורי (כגון עירייה, חברה ממשלתית) ראוי שיהיה מכרז 'גמיש' המותיר בידי הרשות שיקול דעת רחב יותר מזה שקיים במכרזים 'סטנדרטיים-רגילים'.

<sup>10</sup> ישנן הוראות מיוחדות בתקנות חובת המכרזים הנוגעות לביטוח.

<sup>11</sup> "החיים מחייבים גם את הגופים הציבוריים החייבים במכרז להתאים לפעמים את תנאי המכרז לתנאי השוק ובהתאם לכל חוות הדעת שהוצגו בפניי, מכרז ביטוח הינו מכרז שיש קושי רב, לייצר מפרט דווקני וסגור, שכן כל אחת מחברות הביטוח יש לה תנאי פוליסה ייחודיים ושונים אפילו מבחינת הניסוח, כך שבפועל קיים קושי מעשי לנהוג במכרז שכזה על פי הכללים הדווקניים והנוקשים. אין מניעה לנהוג בגמישות המתבקשת, אך במקרה שכזה, מן הראוי להבהיר זאת בתנאי המכרז במפורש" (עת"מ 16958-11-13 כהן - גבעון סוכנות לביטוח (1994) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון (פורסם בנבו, 10.8.14).



**עושה דבר מעבר לכך) הוועדה תהיה רשאית - ואף מחויבת - להמשיך בקידום ההליך המכרזי (ראו הערת שוליים 4 לעיל).**

**9. בחינת ההצדקה לפטור - ועדת מכרזים הנותנת פטור ממכרז אינה משוחררת כליל מהצורך לבחון את ההצדקה להמשך ההתקשרות בפטור. כאשר מדובר בפטור שניתן 'לספק יחיד' חובה זו חלה לכאורה ביתר שאת (בנסיבות בהן הגיעו ספקים חדשים לענף) בהשוואה לפטור הניתן לאחר 'התמחרות בין מתמודדים' כבמקרה מושא פסק הדין.**

2. עת"מ 196-06-21 **אטלנטיס מרכזי הכשרה לחקלאות בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד החוץ אגב מלש"ב** (פורסם בנבו, 11.10.22)

**[עיקרון השוויון; ההחלטה על פרסום מכרז; שיקול הדעת בקביעת תנאי המכרז; העדפת ניסיון קודם; אמות מידה לקביעת איכות ההצעות; תנאי סף במכרז]**

משרד החוץ פרסם מכרז להפעלת תכנית הכשרה והשתלמות בחקלאות לסטודנטים זרים, כאשר ערב פרסום המכרז פעלו שישה מרכזים שהפעילו את התכנית. במכרז נקבע, כי ייבחרו שמונה זוכים בהתאם לתנאי הסף ובהתאם לניקוד המשוקלל, הכולל מרכיב של 85% לאיכות ההצעה (בהתאם לאמות המידה שפורטו במכרז) ו-15% עבור הצעת המחיר.

העותרת פנתה לוועדת המכרזים בדרישה לביטול המכרז ולחלופין לביטול חלק מתנאיו, כשטענתה הייתה, כי פרסום המכרז והדרך בה עוצבו תנאיו הפרו את עיקרון השוויון, שכן המכרז "נתפר" למידות הספקים הנוכחיים של השירותים. יצוין, כי לאחר פנייה זו, ובמקביל אליה, הגישה העותרת הצעה למכרז (אשר נפסלה בסופו של יום), בשל אי עמידת ההצעה בשניים מתנאי הסף של המכרז.

משנדחתה דרישת העותרת לביטול המכרז או לשינוי תנאיו, הגישה העותרת את עתירתה לבית המשפט. עתירה זו נדחתה על הסף מחמת היותה תיאורטית שכן הצעת העותרת לא עמדה בשניים מתנאי הסף של המכרז והעותרת לא עתרה נגד תנאים אלה. העותרת הגישה ערעור על פסק הדין, **ובית המשפט העליון החזיר את הדין בעתירתה לבית המשפט קמא שדן בטענות העתירה.**

החלטת בית המשפט העליון התבססה על ההלכה, לפיה **"גם לעותר שהצעתו למכרז נפסלה נתונה זכות עמידה ויש באפשרותו לטעון לפגמים שנפלו במכרז או בהצעה הזוכה"**.

בעתירתה העלתה העותרת שורה של טענות נגד ההחלטה על פרסום המכרז וכנגד תנאיו. נטען בין היתר, כי המכרז נתפר למידות הספקים הנוכחיים שכן שיטת הניקוד שנקבעה במכרז מאפשרת **רק לספקים הנוכחיים** לקבל את הניקוד המינימאלי הדרוש לשם זכייה במכרז. נטען, כי לא היה מקום לבחור בהליך של מכרז לשם בחירת מרכזי ההכשרה שכן הליך זה איפשר לוועדת המכרזים לערוך מכרז "תפור". עוד נטען, כי תנאי המכרז עוצבו באופן הפוגע בעיקרון השוויון וכללו תנאי סף בלתי סבירים. לבסוף נטען, כי נכון היה לחלק את מכסת המשתלמים באופן שווה בין עשרה מרכזים חדשים.

**בית המשפט דחה את העתירה.** נקבע, כי פרסום מכרז הוא האמצעי היעיל, הנכון והיחיד המאפשר למדינה לבחור את מרכזי ההכשרה הטובים ביותר והמתאימים ביותר, תוך מתן הזדמנות שווה לכל המעוניינים להפעיל מרכזי הכשרה להתחרות.

**בהתייחס לתנאי הסף שעניינו ניסיון קודם** ולטענה כאילו המכרז נתפר למידותיהם של המרכזים הקיימים נקבע, כי מדובר בתנאים רלוונטיים המתחייבים מאופיו וממהותו של המכרז וכי הם תנאים סבירים, אשר מוסדות רבים - שאינם רק הספקים הנוכחיים - יכולים לעמוד בהם, ללא קשר לתחום הנלמד בהם. ביחס לתנאי הסף שעניינו

היכולת המקצועית והניסיון הקודם של צוות המרכז, נקבע, כי מדובר בתנאי רלוונטי שנועד להגשים את תכלית המרכז. נקבע, כי בצדק פסלה ועדת המכרזים את הצעת העותרת שכן הן העותרת הן ספקי המשנה מטעמה לא עמדו בו.

**בהתייחס לטענת הפגיעה בעיקרון השוויון ומתן העדיפות למרכזי ההכשרה הקיימים**, נקבע, כי די בעיון באמות המידה כדי לקבוע כי גם מציע חדש, אשר לא פעל קודם לכן בתחום החקלאות ואשר כלל לא הפעיל מרכז הכשרה, יכול בנקל לזכות בניקוד העולה על הניקוד המזערי שנקבע. בית המשפט סקר את אמות המידה האמורות ומצא, בין היתר, שאמות מידה אלו אפשרו למציע לצבור נקודות על ידי הצגת ספק משנה העומד בדרישות אלה. עוד נקבע, כי **דרישת הניקוד המזערי שנקבעה היא דרישה מקובלת וסבירה ביותר** ואין כל בסיס לטענה כי התנאים נתפרו למאן דהוא.

טענות העותרת בדבר "תפירת המכרז", נדחו תוך שנקבע, כי יש להבחין בין **החובה לקבוע תנאי מכרז שווים** כלפי כלל המציעים לבין **היעדרה של חובה לוודא כי המשתתפים במכרז יעמדו בתנאי פתיחה שווים**. בית המשפט גם קיבל בהקשר זה את טענת ועדת המכרזים, לפיה החלטה לבחור שמונה מרכזים, לעומת שישה שפעלו קודם למכרז, מעידה על כוונה לשתף מרכזים חדשים.

בית המשפט חזר והדגיש מספר עקרונות יסוד בדיני מכרזים: (א) קביעת אמות מידה ומתן ניקוד ברכיבי איכות ביצוע, כמו גם קביעות הנוגעות להיקף הניסיון הקודם הנדרש, מצויים ב"גרעין הקשה" של שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים וההתערבות השיפוטית בהן היא מצומצמת ביותר; (ב) עורך המכרז רשאי להגדיר דרישה מסוימת כתנאי סף, ובלבד שהתנאי סביר, נדרש ורלוונטי לשירות המבוקש; (ג) בביקורת השיפוטית על עיצוב תנאי המכרז, כמו על כל החלטה מנהלית, בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות והוא יתערב בהחלטה רק מקום בו מדובר בהחלטה קיצונית ובלתי סבירה; (ד) ישנו הבדל חשוב ועקרוני בין החובה לקבוע תנאי מכרז שווים כלפי כלל המציעים לבין היעדר כל חובה לוודא כי המשתתפים במכרז יעמדו בתנאי פתיחה שווים.

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

**1. קביעת תנאי סף ותנאים אחרים במכרז – לעיתים ועדות מכרזים אינן מודעות מספיק להוראות סעיף 2א לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992 (להלן: "חוק חובת מכרזים") המסמין את עורך המכרז לקבוע תנאי סף להשתתפות במכרז. **סעיף 2א(א)** לחוק קובע, כי ניתן לקבוע תנאי סף ובלבד ש"התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרז". כמו-כן, **סעיף 2א(ב)** לחוק מפנה אל **התוספת לחוק**, בה נקבעו תנאי סף (ותק וניסיון קודם, היקף מחזור כספי והיקף ייצור), אשר לגביהם נקבע כי אם הדרישה במכרז **מחמירה** מזו הקבועה בתוספת לחוק<sup>12</sup>, על עורך המכרז **לנמק** זאת במסגרת תנאי המכרז<sup>13</sup>. מובן כי יכולתה של ועדת מכרזים להסביר כי הליך קביעת תנאי המכרז התחשב בעקרונות שהותוו לעיל בתוספת לחוק תקשה על תקיפת סבירות החלטותיה<sup>14</sup>.**

<sup>12</sup> סעיף 2א(ב) לחוק קובע: "קבע עורך המכרז תנאי בנושא מן הנושאים המנויים בטור א' לתוספת, **המציב דרישה מחמירה יותר מהאמור בטור ב' לתוספת**, או תנאי הדורש ניסיון מוכח בעבודה עם עורך המכרז או עם גופים אחרים המנויים בסעיף 2, **ינמק** את החלטתו במסמכי המכרז". (ההדגשות אינן במקור)

<sup>13</sup> קביעת תנאי סף טובים ותקינים להשתתפות במכרז היא **משימה מאתגרת** המצריכה שקילת מגוון שיקולים ואיזון בין צרכי המכרז, עקרונות חופש העיסוק והיבטים נוספים כולל עידוד עסקים קטנים וכד'. כמו כן רלבנטית לדיון גם תקנה 6(ב) בתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993.

<sup>14</sup> לעורך המכרז סמכות להגדיר דרישות מסוימות כתנאי סף ובכלל זה ותק וניסיון קודם. בחינת תנאי הסף של מכרז נעשית בדומה לבחינת כל החלטה של הרשות המנהלית. בדומה להחלטות אחרות של ועדת המכרזים גם בנושא זה בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות ויתערב בקביעת תנאי הסף אם נמצאה חריגה קיצונית ממתאם הסבירות.

2. דוגמא - מהו ה"ותק" המותווה בתוספת לחוק חובת המכרזים - בתוספת לחוק מצוין ביחס ל"ותק" הסטנדרט הבא: "למציע ותק של שנה בתחום הרלוונטי להתקשרות במכרז, או ותק בתחום כאמור השווה למשך ביצוע ההתקשרות המתוכנן, לפי הגבוה מביניהם; בכל מקרה, לא תעלה דרישה הוותק על חמש שנים". כאמור, אם עורך המכרז קבע דרישה מחמירה יותר עליו לנמק זאת במסמכי המכרז. נשמח להרחיב על נושא זה (ועל הגישות המקובלות בנושא) בדיון נפרד.

3. "הגרעין הקשה" של שיקול דעת הוועדה, 'שטר ושוברו בצידו' - ידועה היטב ההלכה לפיה בית המשפט אינו מתערב בנושאים המצויים ב'גרעין הקשה' של שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים. הכוונה היא בד"כ לנושאים בהם לוועדת המכרזים (וליועציה) מומחיות מיוחדת/ניסיון (לרבות בנושא קביעת אמות מידה לניקוד איכות ההצעות או לאופן חלוקת הניקוד). עם זאת, יש לקחת בחשבון שאותו 'קרדיט' הניתן לוועדת המכרזים (המתבטא בריסון שבית המשפט נוקט בענייני הנוגעים, כאמור, ל'גרעין הקשה' של שיקול דעת הוועדה) מותנה במקרים רבים בעמידת הוועדה בכללים הנדרשים להתנהלותה, ובכלל זה ניהול הליך מכרזי העומד בכללים הפורמליים וביניהם רישום פרוטוקולים, הסתייעות בצוותים מקצועיים, שקילת שיקולים ענייניים וכד'. כך לדוגמא, ועדת מכרזים שלא תתעד את פעילותה כדין, תישלל מהחלטותיה חזקת התקינות המנהלית והדבר יערער את תוקף החלטותיה (אף אם עסקו בעניינים שבתחום מומחיותה) ויפחת משקלן גם בעיני בית המשפט.

4. האם מציע שנפסל רשאי לפנות לוועדה ולטעון לפגמים בבחירת הזוכה או לדרוש את ביטול המכרז? - גם מציע שהצעתו נפסלה רשאי לטעון לפגמים שנפלו במכרז או בהצעה הזוכה<sup>15</sup>. לפיכך מציע כזה רשאי, בין היתר, לפנות לוועדה, לעיין במסמכי המכרז (בהתאם להוראות התקנות) ולטעון כנגד הליך בחירת הזוכה או אף כנגד המכרז עצמו (כמובן בכפוף לטענות השתק וטענות רלבנטיות אחרות). במילים אחרות: הוועדה אינה רשאית לדחות פנייתו בתואנה שהואיל ונפסל הרי שאינו זכאי לטעון טענות כלשהן כנגד בחירת מציע אחר כזוכה במכרז<sup>16</sup>.

5. על נתוני רקע שיש לכל מציע ועל האיסור לקבוע 'תנאים שונים' למציעים על מנת להביאם לנקודת פתיחה שווה - עורך המכרז אינו נדרש ואינו צריך להציב את כל המשתתפים בנקודת זינוק זהה, ככל שהדבר נוגע לנתוני רקע שהינם חיצוניים למכרז. על כן, אין מקום לקבל טענותיו של מציע הטוען להבדלים חיצוניים בינו לבין מציע אחר ובלבד שתנאי המכרז עצמם שומרים על תחולה שוויונית והוגנת של הדרישות כלפי כל המשתתפים'. כל מציע מביא עמו את יתרונותיו היחסיים, כמו גם את חסרונותיו, ועליו להעריך את סיכוייו, ביחס למציעים אחרים<sup>17</sup>.

6. הגדרת מספר מינימלי של זוכים במכרז - ישנם מכרזים המצריכים בחירה במספר זוכים לשם מימוש מטרות המכרז. קביעת המספר, בין אם במכרז ראשון ובין במכרז המשך עשויה לעורר טענות בדבר פגיעה בחופש העיסוק, 'תפירת מכרז' למתמודדים עימם לרשות יש כבר התקשרות קיימת ועוד. גם החלטה כזו (בדבר מספר הזוכים) ככל החלטה מינהלית אחרת של

<sup>15</sup> גישה זו מקדמת את תקינות המנהל הציבורי ואת השמירה על טוהר המכרז - "רשות ציבורית, ביודעה כי היא חשופה לביקורת גם על ידי מי שלא יכול לזכות במכרז, תקפיד בהליכותיה ובמעשיה" (ע"מ 6629/21 אטלנטיס מרכזי הכשרה לחקלאות בע"מ נ' משרד החוץ - אגף מש"ב (פורסם בנבו, 14.3.22).

<sup>16</sup> מאידך, מובן שהוועדה רשאית לדחות את טענות המציע שנפסל מסיבות ענייניות לרבות בנסיבות של 'השתק' או 'מניעות' או על יסוד טענות לגופו של ענין.

<sup>17</sup> ע"מ 6945/21 ק.מ. מדף 4 בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 18.11.21), פס' 22 לפסק דינו של כבוד השופט נ' סולברג.

ועדת המכרזים, צריכה להיעשות בהתאם לכללים המקובלים ולכלול הנמקה ותיעוד בדבר שיקולי הוועדה וצרכיה גם בנושא זה. כך לדוגמא, במקרה הנוכחי מושא פסק הדין, התחשב בית המשפט (במענה לטענת "תפירת המכרז") בעובדה, שמספר הזוכים במכרז היה גבוה יותר מאשר בהתקשרות הקודמת (מה שאפשר למתמודדים נוספים להשתתף) והתחשב גם בכך שוועדת המכרזים אפשרה למציעים לעמוד בדרישת הניסיון גם בהסתמך על ניסיונו של ספק משנה (כלומר גם במצב בו להם עצמם אין הניסיון הדרוש).

3. עת"מ 12429-06-22 עאדל טאהא נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 15.11.22)

**[תנאי סף; הגשת מסמכים להוכחת העמידה בתנאי הסף; חוסרים במסמכים להוכחת העמידה בתנאי הסף; האבחנה בין פגם טכני לבין פגם מהותי; סילוק עתירה על הסף מחמת אי צירוף משיבים]**

פסק הדין עוסק בשמונה עתירות הנוגעות ל'מכרז מקוון' להרשמה והגרלה לבני מקום חסרי דיור, לצורך בנייה עצמית בכפר שעב שפורסם על ידי רשות מקרקעי ישראל. המכרז התייחס למספר קבוצות: קבוצה א' - הכוללת בני מקום מחוסרי דיור המוכרים כנכים; קבוצה ב' - הכוללת בני מקום חסרי דיור העונים על הגדרה של מומלצי משרד הביטחון; וקבוצה ג' - הכוללת בני מקום חסרי דיור.

ועדת המכרזים פסלה את הצעות העותרים בשמונה העתירות האמורות. כל עתירה עסקה אמנם בחוסרים מסוגים שונים, אך ככלל, ניתן לומר שבהצעות העותרים היו חסרים תצהירים ואישורים המעידים על קיום תנאי המכרז על ידם. כך, למשל, בעתירה אחת ביקשו שני העותרים להשתתף במכרז בהגרלה תחת הקטגוריה של נכים, אך לא צורף להצעתם "תצהיר נכה", כנדרש בתנאי המכרז. בעתירה נוספת הוגשה בקשה מטעם חמישה בני משפחה יחדיו, אשר לא צירפו אישור תושבות של אחד מהעותרים, כנדרש בתנאי המכרז. בעתירה אחרת ההצעה נפסלה הואיל ולא צורף תצהיר היעדר זכויות מטעמו של אחד משלושת בני המשפחה אשר הגישו את ההצעה ביחד, ובמקום זאת צורף פעמיים תצהיר של בן משפחה אחר.

כל העותרים טענו, כי בהתאם לקבוע בתקנות 20(ג) ו-20(ד) לתקנות חובת המכרזים, היה על ועדת המכרזים לאפשר להם לתקן את הצעותיהם, באופן שיאפשר להם להגיש את המסמכים החסרים לאחר שנסגר המכרז להגשת הצעות.

המשיבה, רשות מקרקעי ישראל טענה, כי לא ניתן לאפשר השלמת או תיקון מסמכים במקרים אלו, אף אם הייתה יוצאת מנקודת הנחה שהחוסרים והפגמים נובעים מטעויות אנוש בתום לב, שכן מדובר בפגמים מהותיים, ויש בתיקונם כדי לפגוע בתכלית המכרז ובעיקרון השוויון (במיוחד מול שאר תושבי המקום אשר הקפידו והגישו את כל המסמכים כנדרש ובמועד, ומול תושבים אחרים שהצעותיהם נפסלו בשל אותם פגמים בדיוק). רשות מקרקעי ישראל הוסיפה וטענה, כי יש לסלק את העתירות על הסף שכן היה על העותרים לצרף כמשיבים את כל התושבים אשר הצעותיהם התקבלו, שכן הם בעלי דין נדרשים.

בית המשפט דחה את העתירה וקבע, כי אין לקבל את טענות העותרים לפיהן הפגמים בהצעותיהם אינם מהותיים. בית המשפט הוסיף וקבע, כי חוסרים מסוג "תצהיר היעדר זכויות" או "תצהיר נכה" או "אישור תושבות" הם חוסרים מהותיים שכן מדובר במסמכים מהותיים העומדים בלב ליבו של המכרז. כן נקבע, כי תצהיר ממנו נעדרת החתימה של עורך הדין על התצהיר הוא תצהיר פגום מבחינה מהותית וניתן לומר שתצהיר לא מאומת שקול לאי הגשת תצהיר בכלל.

נקבע, כי כאשר בוחנים את המבחנים בפסיקה לגבי המקרים בהם ראוי ליישם את סעיף 20(ד) באופן שבו לא תפסלנה הצעות חסרות, רואים כי המדובר במקרים חריגים ולמעשה שוב חוזרים לשאלה אם מדובר בחוסר מהותי או בפגם טכני, בדיקה לשאלה אם אי-פסילת ההצעות פוגעת בשוויון. נקבע, כי החוסרים שפורטו בעתירות הם חוסרים מהותיים שהאפשרות להשלים אותם פוגעת בעיקרון השוויון.

בית המשפט דחה את טענת הסף בדבר אי צירוף כל התושבים שהצעתם התקבלה, וקבע, כי בסוג המסוים של העתירות בהן עסקינו, אין מקום לסלק על הסף את העתירות מחמת אי צירוף משיבים נדרשים. נקבע, כי אכן, קבלת העתירות, או מי מהן, תביא לכך שיותר מציעים ישתתפו בהגדרה והסיכוי לזכייה של כל משתתף יהא נמוך יותר, בין אם בקבוצה "שלו" ובין אם בכלל. ואולם נקבע, כי לא רק שמדובר במאות משתתפים בכל המכרזים, אלא שהפגיעה הפוטנציאלית בכל אחד מהמשתתפים הנוספים היא נמוכה ביותר ולכן, אין בפגיעה אפשרית זו כדי להצדיק סילוק על הסף, אשר נתון לשיקול דעת בית המשפט.

### מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:

1. בית המשפט אמנם דחה את העתירה אך בשולי פסק הדין ציין כי "אוכל רק להמליץ למשיבה לשוב ולבחון את המערכת המקוונת ולחשוב על דרכים חדשות לאפשר בדיקות, צפייה במסמכים, תיקונים וכו' - כך שניתן יהא לצמצם עד כמה שאפשר מקרים דומים בעתיד"<sup>18</sup>.

2. בעדכון קודם שפרסמנו, התייחסנו לפסק הדין שניתן בע"מ 1290/22 מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל נ' יוסף פורת פוקטש (פורסם בנבו, 19.5.22) שבמסגרתו בית המשפט העליון התייחס (בקצרה) למורכבות שבהגשת מכרזים מקוונים, וציין בסיפוק כי "בא-כוח המדינה עדכן ביחס לשיפורים שהוכנסו בינתיים במערכת המכרזים המקוונת (לרבות אפשרות צפייה במסמכים המצורפים קודם להגשתם). יש לברך על כך".

3. פסק הדין מושא עדכון זה - העוסק במכרז בו נפסלו כחמישים מציעים עקב פגמים בהגשת המסמכים - ממחיש עד כמה נדרשת, ובהקדם, הסדרת מתכונת ניהולם של מכרזים מקוונים - במיוחד כשהם מופנים לציבור מציעים שאינו עוסק בשגרת פעילותו בהגשת הצעות למכרזים. נראה כי בעיקר ראוי לתת את הדעת לדברים הבאים:

3.1. לשאוף ליצור מנגנון, במסגרת המכרז המקוון, אשר יאפשר למציעים לבחון את שלמות הצעתם בטרם הם לוחצים על מקש "שלח"<sup>19</sup>.

3.2. מומלץ לקבוע באופן מפורש, בנסיבות המתאימות, כי הצירוף הפיזי של מסמכים להצעה אינו מהווה כשלעצמו תנאי הסף, אלא קיומם של אותם מסמכים במועד הגשת ההצעה הוא תנאי הסף שעל המציע להוכיח. קביעה כזו אינה פוגעת ככלל, בעקרון שוויון והיא מאפשרת גמישות רבה יותר ביכולת הוועדה לאפשר הגשת מסמכים - שלא הוגשו במועד ההגשה - להוכחת תנאי הסף.

3.3. 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'.

3.4. 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. יתכן וקיימת אפשרות לדרוש מהמציע, כחלק מהגשת הצעתו למלא

<sup>18</sup> בית המשפט הפנה בפסק הדין למקרים דומים שביקורת זו הושמעה בהם - ע"מ (נצ') 72334-10-21 יוסף פורת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.22) וע"מ 1290/22 מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל נ' יוסף פורת פוקטש (פורסם בנבו, 19.5.22).

<sup>19</sup> טענת המציעים לפיה היה על המשיבה, רשות מקרקעי ישראל, לבדוק את הצעתם כבר במועד הגשתה ולאפשר להם להשלים פרטים חסרים, אינה ישימה לא רק משום המספר הגדול של המציעים אלא משום שיש בכך משום פגיעה בהליך הגשת ההצעה - וההפקדה לתיבת המכרז - אשר אמור להתבצע ללא מעורבות המזמין.

את אותו צ'ק ליסט בטרם יוכל ללחוץ על מקש "שלח" (שאז הצעתו על פגמיה וחוסריה מחייבת אותו).

4. מפסיקתו של בית משפט עולה, כי ראוי שועדת המכרזים תיקח בחשבון את ההיבטים האלה בעת שהיא מקיימת מכרז מקוון:

4.1. מורכבות וחדשנות - דרישות מכרז מקוון אינן מובנות מאליהן וגם משתנות ממכרז למכרז, שכן אין עדיין אחידות בין הגופים השונים העושים שימוש במכרזים מסוג זה. את המורכבות והחדשנות שיש במכרזים כאלה צריך "להנגיש" למשתתפים.

4.2. 'שחקנים חוזרים' ומשתתפים 'חד פעמיים' מהציבור - ההיבטים הטכנולוגיים - הגם שאינם מורכבים - והשוני ממכרז רגיל (למשל היעדר 'תיבת מכרז') מחייבים את ועדת המכרזים (החפצה בהגשת הצעות תקינות) להנגיש את המכרז גם למי שאינם שחקנים מיומנים המצויים ב'נבכי עולם המכרזים'.

5. העותרים שהצעתם נפסלה, ועוד עשרות מציעים נוספים שנפסלו עקב פגמים במסמכים שצורפו, טענו כי המכרז לקבלת מגש ביישוב בו הם גרים שנים רבות הוא "הזדמנות של פעם בחיים", והמשמעות של הותרתם מחוץ להגבלה קשה מאד מבחינת התא המשפחתי. אין ספק שזהו אינטרס משותף לוועדת המכרזים ולמציעים הפוטנציאליים לעשות כל מאמץ לצמצם סיטואציות מסוג זה.

6. במכרזים בהם סוג המסמכים שעל המציעים לחתום עליהם ידוע מראש, ניתן לשקול להגדיר מראש את הכלל שיחול בנסיבות בהם מסמכים אלה לא הוגשו (או כשהוגשו כשחסרים בהם נתונים או חתימות). ביטוי לצורך זה ניתן למצוא בנקל בפסקי הדין הרבים שצוטטו בהחלטת בית המשפט ואשר הפתרונות שניתנו בהם על ידי ועדות המכרזים ובתי המשפט ביחס לפגמים באותו סוג של מסמכים - היו לא פעם שונים (ואף הפוכים זה מזה).

7. בית המשפט אינו מחויב לסלק על הסף עתירה גם אם לא כל המשיבים (אותם מאות מציעים) לא צורפו לעתירה. סילוק עתירה על הסף הוא עניין המסור לשיקול דעת בית המשפט. וכפי שציין בית המשפט "...עקרונית, הפחתת הסיכוי לזכות יכולה להיות פגיעה בכל מציע ומציע במובן מסוים, אך לא מצאתי כי פגיעה אפשרית זו מצדיקה סילוק על הסף מחמת אי צירופם של כל המציעים כאמור (... אם העתירות היו מתקבלות, המשמעות הינה צירוף 8 הצעות תקינות ליותר מ-230 הצעות תקינות)".<sup>20</sup>

4. עת"מ 10125-11-22 סלמאן והבה ובניו בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.22)

[תנאי סף; פרשנות תנאי המכרז; תכלית המכרז; שיקולי ועדת המכרזים; התערבות בית המשפט בפרשנות ועדת המכרזים]

עתירה זו עסקה במכרז שפרסמה ח"י שעניינו ביצוע עבודות הנחת כבלי מתח עליון באיזור אוניברסיטת ת"א. ועדת המכרזים של חברת החשמל החליטה לפסול את העותרת מהשתתפות במכרז עקב אי עמידה באחד מתנאי

<sup>20</sup> תקנה 6 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000 קובעת כי "בית המשפט רשאי, בכל שלב משלבי הדיון, להורות על מחיקת עתירה אם לא צורף משיב ראוי, או להורות על צירופו של עותר או משיב, וכן על מחיקת משיב או עותר שצורף לעתירה".

הסף שבמכרז, בו נקבע (בין היתר) כי על המציע להיות בעל ניסיון ויכולת מוכחים בביצוע פרויקט אחד לפחות של עבודות להנחת כבלי חשמל מתח עליון.

ועדת המכרזים קבעה כי העותרת הציגה ניסיון בביצוע עבודות שמהותן הנחת כבלי חשמל מתח עליון אך לא ניסיון בביצוע הפרויקט בכללותו, לרבות עבודות ההנדסה הכלולות בו. העותרת טענה, כי יש לפרש את תנאי הסף כך שהיה עליה להציג ניסיון רק בעבודות הספציפיות של הנחת כבלים ולא ניסיון בעבודות ההנדסה הכלולות בפרויקט.

**בית המשפט דחה את העתירה.** בית המשפט קבע, כי יש לבכר את עמדת המשיבה לפיה נדרש **ניסיון בביצוע פרויקט מקיף שכולל את מכלול העבודות** (גם את הנחת הכבלים וגם את העבודות ההנדסיות) וכי היות וועדת המכרזים היא הגורם המקצועי שבסמכותו להחליט אם ההצעות עומדות בתנאי המכרז, לרבות תנאי הסף לגבי הניסיון הנדרש, אזי החלטתה לגבי הפרשנות הראויה של תנאי הסף הינה מסוג ההחלטות שבית המשפט יתערב בהן, רק שעה ששוכנע שהיא בלתי סבירה וחורגת ממתחם הסבירות.

כן נקבע, כי אמנם במקרה שבו קיימת עמימות לגבי פרשנותם של תנאי הסף יש לנקוט בפרשנות סובלנית ונדיבה, על מנת להרחיב את קהל ההצעות הבאות בחשבון. אולם, דברים אלה אמורים רק באותם מצבים שבהם המרחב הפרשני אינו נמצא במתח עם פרשנותם של תנאי המכרז בהתאם לתכליתו. נקבע, כי פרשנות העותרת אינה סבירה ואינה מתיישבת עם לשון התנאי ועם תכלית המכרז ולכן אין להתערב בהחלטת ועדת המכרזים.

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

**1. האם ועדת המכרזים רשאית לבחון מחדש את החלטותיה, ואם כן - עד מתי? האם רשאית ועדת המכרזים לשקול לשנות עמדתה לאחר שאישרה עמידת מציע בתנאי סף (או בחרה בזוכה או אף חתמה עימו על חוזה לביצוע המכרז). התשובה בעניין זה ברורה והיא שבהחלט יתכנו נסיבות בהן הוועדה תשוב ותבחן את החלטותיה מחדש<sup>21</sup>. לפיכך, אם מסתבר לוועדה כי מציע אינו עומד בתנאי הסף, יהא עליה לפעול בהתאם להוראות הדין והפסיקה ולשנות את החלטתה<sup>22</sup>. החלטה כאמור יכול להתקבל גם **לאחר** כריתת החוזה<sup>23</sup> וזאת בהתחשב בכך שמציע אשר מטעה את עורך המכרז ולא 'נתפס' עד לפנייתו של מציע אחר (הטוען כי הזוכה אינו ראוי לזכות במכרז) יתקשה לטעון למניעות מצידה של הוועדה, שהרי הוא עצמו **הטעה אותה או לכל הפחות נבחר שלא בהתאם לכללי המכרז**<sup>24</sup>. בהותרת הבחירה בגורם שלא היה זכאי לזכות במכרז יש גם משום פגיעה בעקרון השוויון.<sup>25</sup>**

<sup>21</sup> בדיקה מחודשת כזו יכולה להיערך מסיבות שונות, לרבות לבקשת מציע הטוען כנגד החלטת הוועדה ביחס למציע אחר, במסגרת שימוע ואף ביוזמת הוועדה היכולה לנבוע משלל נסיבות עובדתיות.

<sup>22</sup> בנסיבות כאלה יהא על הוועדה ברוב המקרים של המקרים לזמן את אותו מציע שביחס אליו ההחלטה צפויה להשתנות למסור את עמדתו. לא נרחיב בנושא זה כאן, אך יש לדעת כי גם הנסיבות בהן יקוים השימוע וגם המתכונת לביצועו חשובות לצורך תקינות החלטת הוועדה והיכולת לתקוף אותה בערכאות.

<sup>23</sup> ר' בעניין זה את הדברים שנקבעו בה"פ 62061-05-20 **מגאמא להנדסה בע"מ נגד מוריה חברה לפיתוח ירושלים** (פורסם בנבו, 29.12.20) ובין היתר ראו את האמור בפס' 27 לפסק הדין.

<sup>24</sup> בפסק הדין מובאים דברי כב' השופט שטיין בע"מ 5409/18 **רשות מקרקעי ישראל נ' מוחמד סלימאן** (פורסם בנבו, 3.1.19) נקבע בפס' 16 כך: **"...ועדת המכרזים רשאית - ועל פי רוב, גם חייבת - לבטל את זכייתו כדי לקיים את תנאי המכרז כהלכתם ולשמור בקפדנות על השוויון בין משתתפי המכרז. הלכה עמנו היא, כי לאבחנה בין בחירת הזוכה לבין מימוש הזכייה במכרז אין נפקות. השלב של מימוש הזכייה אכן מנוהל על ידי דיני חוזים, אולם בניגוד לעמדת המשיב, הוא מוסיף להיות נשלט גם על ידי דיני מכרזים וכפועל יוצא מכך על ידי תנאי המכרז אשר מהווים חלק אינטגרלי מהחוזה שבין הרשות לזוכה..."**

<sup>25</sup> וראו את הדברים שנקבעו בעת"מ (ת"א) 31486-02-17 י.ב. שיא משאבים בע"מ נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ (פורסם בנבו, 23.3.17) בפס' 35: נקבע כי **"אם מתגלה גם בדיעבד שהמציע לא עמד בתנאי הסף או נהג באופן לא חוקי או חסר תום לב או מרמה או תכסיסנות ופגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים כמו שוויון ותחרות הוגנת אזי הן מכוח עקרון העל של תום הלב, הן מכוח חוזה בלתי חוקי ו/או בטל מעיקרו (ואסור)**

2. בהמשך לאמור לעיל, נמליץ לוודא שהמכרז גם כולל הוראה מפורשת לפיה אם מתברר למזמין כי הצהרה שמסר המשתתף במסגרת הצעתו אינה נכונה או שהמשתתף לא גילה למזמין עובדה מהותית שיש בה לדעת המזמין כדי להשפיע על ההחלטה לבחור במשתתף כזוכה הרי שהמזמין יהיה רשאי לפסול הצעתו או לבטל זכייתו.

3. קביעת תנאי סף תקינים, בהירים וחדים – תנאי להצלחתו של מכרז – תנאי סף המנוסחים בחוסר תשומת לב, באופן המשתמע לשני פנים או יותר (או חמור מכך - באופן שאינו מאפשר הבנת הדרישה) עלולים לגרום לתקלות, סיבוכים ומחלוקות מיותרות בניהול המכרז, לאובדן זמן יקר, פגיעה ביכולת הגוף הציבורי להוציא לפועל את המכרז ולעלויות מיותרות, כולל לנזקים שייגרמו למציעים עקב הגשת הצעות שאינן תואמות את דרישות הוועדה או את תכלית המכרז (כפי שקרה בפסק הדין). טרם ניסוח תנאי הסף על הוועדה להכיר היטב את תנאי השוק ואת הפרויקט הרלבנטי שהיא מבקשת לקדם ולקבוע את תנאי הסף העניינים והנכונים בנסיבות הענין. על הוועדה לשקול, למשל, האם תנאי הסף נחוצים ככאלה, או שמא יכולים הם להיות מוגדרים כ'אמות מידה' בלבד כך שמציע שאינו עומד בתנאי באמת מידה, לא ייפסל אך הצעתו תדורג נמוך יותר בחלקה האיכותי. מובן כי בנוסף לכך יש להכיר את הוראות הדין והפסיקה בקשר עם 'ענייניות' תנאי הסף, עידוד התחרות ההוגנת, חופש העיסוק, עידוד עסקים זעירים, קטנים ובינוניים<sup>26</sup> ועוד.

4. תשומת לב מיוחדת יש לתת להגדרות הכלולות בתנאי הסף ובמכרז בכלל. מהו "פרוייקט", מהן "עבודות", מה נדרש המציע להגיש כדי להוכיח עמידתו בדרישות המכרז. באופן ספציפי, כאשר מנסחים תנאי סף העוסק בניסיון מקצועי קודם בביצוע פרויקטים מסוג מסוים, מומלץ לכלול הגדרה של המונח "פרוייקט" ולנסות לצקת בהגדרה זו תוכן מדויק וחד משמעי, עד כמה שניתן.

5. נמליץ גם לתת את הדעת, בעת ניסוח תנאי הסף, לא רק לתוכן הפרוייקט אותו יידרשו המציעים להציג, אלא גם ל'מועדי ההתחלה והסיום' של הפרוייקט המוצג. ניסוח תנאי הסף צריך להתבצע בשים לב לתכלית המכרז ולעבודות העיקריות שיידרשו להתבצע על ידי המציע הזוכה, וזאת בין היתר לאור הוראות הדין (שהוזכרו בהערת שוליים 12 במסמך זה) ובראי ההלכה, לפיה יש לפרש את תנאי הסף המחייב ניסיון קודם, לאור מטרת המכרז ותכליתו.

6. המשקל שיש לתת לעמדת ועדת המכרזים ביחס לפרשנות תנאי הסף – ועדת המכרזים צריכה להיות מודעת לכך שהפסיקה קבעה שיש לתת משקל לעמדת ועדת המכרזים ביחס לפרשנות הראויה שיש לתת לתנאי הסף שהוועדה ניסחה. במילים אחרות – גם אם מציע מציג פרשנות השונה מזו אליה התכוונה ועדת המכרזים, עשוי יינתן משקל לעמדת ועדת המכרזים בדבר הפרשנות הראויה שיש ליתן לאותו תנאי. זאת לאור התפיסה המשפטית לפיה ניתן לגזור את כללי הפרשנות של מכרז גם מפרשנות חוזים ובפרשנות חוזים ניתן משקל גם לאומד דעתו הסובייקטיבי של עורך המכרז. עמדתו של עורך המכרז משמשת נדבך נוסף שיש ליתן לו משקל מסוים בשאלת הפרשנות הראויה<sup>27</sup>.

7. עם זאת יש גם לזכור את קיומם של כללים נוספים הנהוגים בדיני המכרזים ביניהם הכלל לפיו פרשנות תנאי המכרז נגזרת מתכליתו, כאשר מבין הפרשנויות האפשריות, יש להעדיף פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז, ומרחיבה את מעגל המשתתפים, על פני

ו/או חוזה נספח ו/או תקנת הציבור ו/או דואליות נורמטיבית ודיני המכרזים הממשיכים לחול, ניתן לבטל את זכייתו במכרז...".

<sup>26</sup> לפי הוראות סעיף ג2 לחוק חובת המכרזים.

<sup>27</sup> (ע"מ 7590/12 החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ נ' לינום בע"מ (פורסם בנבו, 18.4.13).



**פרשנות הפוסלת אותן. כאשר לשון המכרז סובלת שני פירושים אפשריים, יש ליתן משקל לעמדתה הפרשנית של ועדת המכרזים<sup>28</sup>. כמו-כן ראוי ונכון לפרש תנאי הסף המחייב ניסיון קודם לאור מטרת המכרז שכן 'הפרשנות הראויה הינה זו המגשימה באופן מיטבי את תכלית התנאי ואת המטרות אשר לשמן הוסף תנאי זה לתנאי הסף'.**

5. דנ"מ 5804/22 **חי נחמיאס מגורים והשקעות בע"מ ואח' נ' פרץ בוני הנגב** (1993) בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 17.11.22)

#### **[דיון נוסף; תנאים לקיומו של דיון נוסף]**

תחילתה של הפרשה, מושא פסק דין זה, במכרז להקמת 5 מתחמי דיור ומסחר שפורסם על ידי רשות מקרקעי ישראל כשנקבע במכרז, כי כל מציע רשאי להגיש הצעה למתחם אחד או יותר, אך בכל מקרה כל מציע לא יוכל לזכות ביותר ממתחם אחד. המערערות 1 – 3 הוכרזו כזוכות, כל אחת במתחם אחר.

בעמ' 15 לעדכון האחרון שפורסם על ידינו, התייחסנו באריכות לפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון בערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. על קצה המזלג בלבד נציין כי בית המשפט המחוזי, ולאחריו גם בית המשפט העליון, הורו על ביטול זכיית המערערות 1 – 3 במכרז כשהנימוקים העיקריים לקביעה זו היו: (א) הוראות המכרז אסרו על ביצוע כל סוג של תיאום בין מציעים; (ב) לא ניתן לקבל את העמדה לפיה יש לפרש את המונח 'מציע' באופן דווקני שאינו כולל חברות קשורות; (ג) אין לקבל את העמדה לפיה חלוקת שוק אינה מהווה תיאום הצעות; (ד) טענות המערערות, לפיה עמדת רמ"י הייתה שונה בזמן אמת לא הוכחה.

בעדכוננו האחרון הצענו להסיק מפסק דין זה מספר מסקנות אופרטיביות ביניהן: (א) לתת את הדעת לתכליות המכרז במהלך ניסוח תנאיו, לרבות לסוגיות הנוגעות לעידוד התחרות ומניעת תיאום הצעות; (ב) לבחון לא רק את לשון המכרז אלא גם סוגיות נוספות כגון מתן יתרון בלתי הוגן, תכליות המכרז ותנאיו, מבחן הפגיעה בתחרות 'בכח' ולא דווקא בפועל וכו'; (ג) מקום בו ועדת המכרזים דנה בסוגיה עקרונית של תיאום ההצעות, עליה לבחון את הנושא לעומק, הן מהבחינה המשפטית והן מהבחינה העובדתית, ולתת ביטוי בכתב לעמדתה בפרוטוקול ועדת המכרזים.

המערערות הגישו בקשה לדיון נוסף כנגד פסק דינו של בית המשפט העליון.

**בית המשפט העליון דחה את הבקשה וקבע, כי בפסק הדין לא נפסקה כל הלכה חדשה וכי הקביעות שבו מבוססות על פרשנות של ההוראות הקונקרטיות במכרז ויישומן על נסיבותיו הפרטניות של המקרה דנן.** נקבע, כי בימ"ש עמד על לשון ועל תכליתן של הוראות המכרז והדגיש כי המסקנה לפיה תיאום ההצעות שביצעו המבקשות מהווה פגם מהותי המצדיק את פסילת ההצעה, נתמכת בפסיקה קודמת של בימ"ש העליון. קביעות אלו אינן עולות כדי להלכה חדשה, שהיא תנאי בסיסי לקיומו של דיון נוסף. אף לא נמצא כי קביעות בית המשפט עומדות בסתירה לפסיקה קודמת או לכללי הפרשנות הנוהגים בהקשר זה.

6. עע"מ 6552/21 **ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבינוי והשיכון** (פורסם בנבו 5.12.22)

**[טענות לפגמים בהתנהלות ועדת המכרזים; פיצויי הסתמכות; הלכת קסם מילניום; השתק פלוגתא; ערבות בנקאית-הערכאה המוסמכת]**

<sup>28</sup> עת"מ 20788-07-21 **אורקל ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר** (פורסם בנבו, 3.10.21).

מציע השתתף במכרז, זכה בו ורק לאחר שבוטלה זכייתו דורש לקבל פיצויי הסתמכות בגין פגמים שנפלו במכרז עצמו. האם מציע זה זכאי להגיש תביעה בעילה זו?

המערער הגישה נגד המדינה תובענה מנהלית לקבלת 'פיצויי הסתמכות'<sup>29</sup> בגין פגמים שנפלו לטענתה במכרז פומבי לחכירת שלושה מגרשים בבאר שבע. התובענה המנהלית עסקה בשלוש טענות לפגמים במכרז, כדלקמן: (א) הוראות המכרז שעסקו בשינוי התכנוני שהזוכה נדרש לקדם **נוסחו באופן לקוי** (ב) הנוסח המעודכן של ההסכם לביצוע תשתיות שעתיד היה להיחתם עם עיריית באר שבע **הועבר באיחור** (לאחר הגשת הצעות) ו- (ג) החלטת ועדת המכרזים בדבר חילוט 75% מהערבות שהפקידה המערערת **הייתה פגומה**.

בית המשפט המחוזי דחה על הסף את התובענה המנהלית בהתבסס על הלכת "קסם מילניום" החשובה, הקובעת כי<sup>30</sup>:

1. מציע שקופח במכרז לא יוכל לתבוע סעד של פיצויי קיום בגין אי-זכייה במכרז מבלי שיראה כי הקדים לתקוף את ההליך המכרזי עצמו.

2. הכלל בסעיף 1 כפוף לשני חריגים: חריג פרוצדורלי הנוגע למצבים שבהם המציע לא יכול היה להגיש עתירה מנהלית או לקבל את הסעד המבוקש על ידו מטעמים שאינם תלויים בו; וחריג מהותי הנוגע למקרים נדירים שבהם הפגם שנפל בפעולת הרשות חמור במיוחד ויש בו כדי לערער את יסודות שלטון החוק.

בית המשפט העליון דחה את הערעור, תוך מתן הבהרות שונות באשר להלכות המשפטיות שיש לנהוג לפיהן ביחס למספר היבטים.

כך, בין היתר, הובהר כי הלכת קסם מילניום נקבעה ביחס למציע המבקש לקבל פיצויי קיום משום שהיה זכאי לזכות במכרז וכי ההלכה הזו אינה בהכרח חלה כפי שהיא על מצבים אחרים שבהם מציע מבקש לקבל פיצויים בשל פגמים במכרז (למשל כשמדובר בדרישה לפיצויי הסתמכות מצד מי שאינו טוען כי היה אמור לזכות במכרז).

בית המשפט העליון אמנם לא קיבל את עמדתו הגורפת של בית משפט קמא שלפיה אין מקום להבחנה בין פיצויי קיום לפיצויי הסתמכות בכל הנוגע לתחולת הלכת קסם מילניום (כלומר - לפי עמדת בית משפט קמא, הלכת קסם מילניום תחול תמיד).

עם זאת, בית המשפט העליון מצא כי **הרציונלים שביסודה של הלכת קסם מילניום, מתקיימים גם מקום שבו מציע שהשתתף במכרז, זכה בו ורק לאחר שבוטלה זכייתו דורש לקבל פיצויי הסתמכות בגין פגמים שנפלו במכרז עצמו - ולכן נכון יהיה לדחות על הסף את התובענה המנהלית שהוגשה**.

השיקולים שהנחו את בית המשפט בקביעתו לפיה ראוי להחיל גם על מקרה זה (בו העותרת אינה מבקשת פיצוי קיום אלא רק פיצויי הסתמכות) את הלכת קסם מילניום הינם: (א) הגשת העתירה הייתה יכולה להביא לריפוי הפגם ב'זמן אמת'; (ב) הגשת העתירה במועד יש בה כדי לסייע בשמירה על כספי ציבור; (ג) הגשת העתירה מגשימה את עקרון הקטנת הנזק; (ד) העמידה על הגשת העתירה בשלב המוקדם מונעת "התנהלות אסטרטגית" של מציע -

<sup>29</sup> פיצויי הסתמכות אמורים לפצות את התובעת על נזקיה בגין השתתפותה במכרז (בנסיבות שאין היא מבקשת לזכות במכרז), להבדיל מ'פיצויי קיום' האמורים להעמיד את התובעת במצב כאילו זכתה במכרז. פיצויי הסתמכות במקרה של פסק דין זה הסתכמו ב- 40 מיליון ש"ח וכללו פיצוי בגין הותרת חלק מסכום הערבות בידי המשיבים (7,732,500 ש"ח); פיצוי בגין הוצאות הגשת הצעה למכרז (350,000 ש"ח); פיצוי בגין הוצאות שנדרשו לאחר הזכייה במכרז (287,433 ש"ח); ופיצוי בגין אבדן עסקאות אלטרנטיביות (31,630,067 ש"ח).

<sup>30</sup> ע"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 9.9.15);

אשר יימנע ממימוש זכייה (במקרה בו מסתבר לזוכה כי המכרז אינו מספיק 'כלכלי/ריווחי' עבורו) ולאחר מכן ידרוש פיצויים בגין פגמים שנפלו לכתחילה במכרז.

### **דרישה לקבלת פיצויים על יסוד 'עילה מינהלית' הנוצרת בהתנהגות הרשות:**

במסגרת הדיון הזכיר בית המשפט הלכה חשובה<sup>31</sup> בה עמד בית המשפט על **האחריות** הרבה המוטלת על ועדת המכרזים בבואה לנסח מסמכי מכרז. בית המשפט ציין, כי פגמים בניסוח מסמכי המכרז, עקב התרשלותה של הרשות, מזיקים לכל הצדדים להליך המכרז ויכולים לעתים לגרום לביטול המכרז. בית המשפט מוסיף שגם אם פגמים כאמור לא גרמו לביטולו של המכרז, הם עלולים לגרום למשתתפים במכרז להוציא הוצאות מיותרות, ובנסיבות אלו **הרשות עלולה להיחשב כמי שהפרה את חובתה כלפי משתתפי המכרז.**

בית המשפט הפנה לפסיקה קודמת בה צוין, כי "עלול ניסוח פגום של מכרז עלול לגרום נזק בכך שיעודד את האזרח להגיש את הצעתו למכרז שממילא אין לו סיכוי לזכות בו. במקרה כזה, לו נוסח המכרז באופן הולם, היו נחסכות מהאזרח ההוצאות שהוציא לשם הכנת הצעתו, ואולי גם נזקים עסקיים או מסחריים אחרים. ודוק, אין מדובר בעילה נזיקית או חוזית דווקא אלא בעילה מינהלית הנוצרת בהתנהגות הרשות...".

עוד נקבע, כי ניתן היה לדחות את התובענה על הסף גם מחמת מניעות והשתק (ומבלי להידרש להלכת קסם מילניום) שכן התנהלות המערערת מנוגדת להלכה לפיה הסתייגות מתנאי מכרז יש להעלות לפני הגשת הצעות, ומציע הסבור כי נפל פגם במכרז, אך אינו טוען נגדו אלא לאחר פרסום תוצאות המכרז, יהיה מנוע מלהישמע בנדון, זאת מטעמי ההגינות והשוויון כלפי מציעים אחרים. לרבות מציעים פוטנציאליים<sup>32</sup>.

### **מהו ההליך המתאים לבירור מחלוקות הנוגעות לחילוט (מלא או חלקי) של ערבות שהוגשה על ידי מציע במכרז?**

בית המשפט נדרש בפסק דינו זה לשאלה מהו ההליך המתאים לדיון במחלוקות הנוגעות לחילוט ערבות שהוגשה על ידי מציע במכרז. האם במסגרת תובענה מינהלית? או שמא עתירה מינהלית?

בית המשפט קבע כי לשון החוק אינה חד-משמעית וכל עוד המחוקק אינו נדרש לסוגיה זו, מוטלת על בית המשפט החובה לבחון את טיבם ומהותם של ההליכים שבהן מועלות טענות נגד חילוט ערבות במכרז, בראי תכליות חוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

בית המשפט העליון קבע כי מקומו "הטבעי" של הדיון בכלל ההיבטים הללו הוא בהליך של עתירה מינהלית<sup>33</sup>.

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

<sup>31</sup> ע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ (פורסם בנבו, 27.9.04);

<sup>32</sup> יצוין, כי כב' השופט אלרון הסכים לעיקר ההנמקה בפסק הדין אך הסתייג, בדעת מיעוט, מהקביעה הספציפית, לפיה הלכת "קסם מילניום" חלה גם כאשר מדובר במציע שהשתתף במכרז, זכה בו ולאחר שבוטלה זכייתו הוא דורש לקבל פיצויי הסתמכות. השופט אלרון ציין, כי יתרונות הלכת "קסם מילניום", ובפרט החשש מפני חיוב הרשות בתשלום כפול לזוכה במכרז ובמסגרת פיצויי קיום למתמודד אחר, הם שמצדיקים באותן נסיבות את הגבלת זכות הגישה לערכאות הנגזרת מדחיית תובענה על הסף. אולם, לדעת השופט אלרון כאשר מדובר בטענה שבפי הזוכה, האיזון בין שיקולים אלו אינו מוליך לתוצאה דומה.

<sup>33</sup> בית המשפט העליון שקל מגוון שיקולים בטרם הגיע להכרעה, לרבות מורכבות ההליכים, חשש לפיצול של דיונים, משך הזמן ועוד. בית המשפט ציין בין היתר כי "במצב הדברים הרגיל, הליכים הנוגעים לחילוט ערבות אינם מעוררים שאלות עובדתיות מורכבות דוגמת אומדן נזק, שכן סכום הערבות הוא סכום קצוב והמחלוקת בין הצדדים בהליכים מסוג זה מתמקדת בבחינה האם ההחלטה המנהלית בנוגע לחילוט הערבות התקבלה כדין... ועל כן המסלול המתאים לניהול הליך שעניינו חילוט ערבות במכרז הוא עתירה מינהלית".

1. בית המשפט עמד על כך שעל ועדת מכרזים מוטלת אחריות ציבורית ומשפטית לנסח את מסמכי המכרז באופן ראוי ומקצועי. אחריות זו חלה גם כלפי המשתתפים במכרז ועל כן, בנסיבות המתאימות יוכל משתתף במכרז לתבוע את ועדת המכרזים/הרשות הציבורית בגין נזקים שנגרמו לו עקב הפרת חובתה של ועדת המכרזים. עילת התביעה המדוברת היא "עילה מינהלית". נזקים כאלה עלולים להיגרם, למשל, עקב ניסוח פגום של המסמכים, חוסרים מהותיים וכד'. למותר לציין שעל המציעים מוטלת אחריות<sup>34</sup> לבחון את מסמכי המכרז, ולפנות לוועדת המכרזים בכל מקרה בו קיימת אי בהירות או חשש לאי הבנה והכל על מנת לאפשר לוועדת המכרזים "לתקן" ו"לרפא" את הפגמים, עוד בטרם מוגשות ההצעות ובשלב מוקדם של ההליכים.

2. נמליץ לוועדת המכרזים לעודד את המציעים ללמוד לעומק את מסמכי המכרז (ולא רק לאשר משפטית שהם מחויבים להם) ולהכיר את הפרויקט הרלבנטי על כל קשייו (קשיים אלה הם היוצרים את הבעיות בעת ביצוע ההסכם). נמליץ גם לעודד את המציעים לשאול שאלות הבהרה ובמקרים המתאימים גם להשתתף בסיור באתר הפרויקט/בכנס-מציעים/ולשלוח בקשות להבהרה. כל האמצעים האלה יאפשרו לוועדת המכרזים לעדכן/לתקן/להבהיר כוונותיה ולדייק את מסמכי המכרז כך שישקפו באופן ראוי ביותר את מטרות הגוף הציבורי<sup>35</sup>.

3. השלמת כל מסמכי המכרז על ידי ועדת המכרזים עד למועד הגשת ההצעות - לא פעם נדרשת ועדת מכרזים לפרסם מכרז בטרם עלה בידה להשלים את הכנת כל המסמכים הנדרשים. מצב כזה עלול לעורר קשיים. על כן בנסיבות בהן יש הכרח לקדם מכרז גם ללא כל המסמכים האמורים להיות מצורפים לו, יש לקבוע מנגנונים הסכמיים/מכרזיים<sup>36</sup> לנסיבות בהן תתעוררנה מחלוקות בקשר לתוכן המסמכים החדשים שיצורפו למסמכי המכרז רק לאחר הגשת ההצעות.<sup>37</sup>

4. גופים ציבוריים נתקלים לא פעם בטענות המופנות אליהם ממציעים המבקשים לשנות את תנאי החוזה עליו חתמו במסגרת הליך המכרז. במסגרת בחינת טענות/בקשות כאמור, זכאית (ואף חייבת לעיתים) ועדת המכרזים להתחשב בהלכה המשפטית לפיה מציע ששתק בזמן שהגיש הצעתו למכרז, מותר על האפשרות להטיל דופי לאחר מעשה במכרז ובתנאיו, וכי ככלל הימנעות של הנפגע מהגשת תביעה לאכיפה בסמוך לגילוי ההתנהגות הפגומה של הרשות מהווה השלמה מצידו עם התנהגות זו. מובן שאין בהמלצתנו הנ"ל משום הבעת דעה

<sup>34</sup> אחריות זו מוטלת לפי עקרונות הדין הכללי (תום לב והקטנת נזק) וגם לא פעם על פי מסמכי המכרז הכוללים לא פעם הוראות המחייבות את המציעים לבדוק את מסמכי המכרז, להתריע על ליקויים והקובעים בין היתר, כי במקרה של ספק פרשנותה של ועדת המכרזים היא שתחייב את הצדדים.

<sup>35</sup> לעיתים מציעים 'מתחכמים' מאתרים "מרווחי אי וודאות" במסמכי המכרז אך נמנעים מלהפנות את תשומת לב ועדת המכרזים לכך. זאת גם מתוך שיקולים תחרותיים אך לא פעם גם מתוך כוונה לשמר לעצמם זכויות תביעה כנגד ועדת המכרזים/הגוף הציבורי. מציעים כאלה המודעים לאחריותם המשפטית לפי מסמכי המכרז טוענים לא פעם ש"לא הבינו" את היקף מחויבותם או כי לא מוטלת עליהם אחריות או כי היה על ועדת המכרזים לנסח את המסמכים אחרת.

<sup>36</sup> ישנם מנגנונים מגוונים שנשמח לפרטם במידת הצורך, והחלים על נסיבות בהן יש צורך בהשלמת תוכניות/מפרטים ועוד. מובן כי מצב כזה אינו אידיאלי ולא פעם ישמש עילה למציעים להגיש תביעות כנגד ועדת המכרזים בתואנה שלא היו מודעים לחשיפה שהוטלה עליהם.

<sup>37</sup> במקרה הנוכחי ועדת המכרזים של רמ"י הסבירה כי עקב תקלה טכנית חוזה התשתיות לא הועבר למציעים. המציעים מצידם הגישו את הצעותיהם גם ללא חוזה זה. מפסק הדין עלה כי העותרת לא התריעה מבעוד מועד על היעדר חוזה תשתיות. היא פנתה לראשונה בעניין רק לאחר זכייתה במכרז. משלא התריעה על כך העותרת, היא אינה יכולה להשתמש בתקלה כהצדקה לאי עמידה בדרישות המכרז.

**באשר לנסיבות היכולות להצדיק שינוי בחוזה שנכרת בעקבות מכרז (סוגייה העומדת בפני עצמה ונדון בה בנפרד בהזדמנות אחרת).**

**5. מוצע לזכור, כי הלכת קסם מילניום למעשה מייצרת חסם דיוני בפני מציעים המעוניינים להגיש תובענה מנהלית נגד עורך המכרז, מקום בו אותם מציעים נמנעו מלהגיש עתירה מנהלית לריפוי הפגם שנפל לטענתם במכרז עוד בטרם הגישו הצעתם (ואף לאחריה). לכן, כאשר מוגשת תובענה מנהלית נגד ועדת המכרזים, יש לברר תחילה האם התובע הקדים והגיש עתירה מנהלית במועד המאפשר, בין היתר, ריפוי של הפגם על ידי ועדת המכרזים, קודם להגשת תביעתו.<sup>38</sup>**

**6. פסק דין "רפאל פרויקטים" בו אנו דנים מחדד את האבחנה לפיה אמנם הלכת קסם מילניום נועדה להתמודד עם מקרים בהם המציע שמגיש את התובענה המנהלית עותר לקבלת פיצויי קיום, אולם בנסיבות מסוימות, ובכלל זה במקרים בהם ההצדקות האמורות לעיל מתקיימות, ניתן להחיל את ההלכה גם על מקרה בו מציע השתתף במכרז, זכה בו ורק לאחר שבוטלה זכייתו דורש לקבל פיצויי הסתמכות בגין פגמים שנפלו במכרז עצמו. לכן יש לזכור, כי את ההלכה הזו יש ליישם לא רק במקרים של תובענה מנהלית לפיצויי קיום, אלא גם יש לבחון את האפשרות לקיימה גם במקרים של תובענה מנהלית לפיצויי הסתמכות.**

**7. הלכה נוספת וחשובה שנקבעה בפסק הדין האמור היא שטענות בנוגע לחילוט ערבות בנקאית מן ההכרח להעלות במסגרת עתירה מנהלית. לכן, מקום בו מציע מעלה טענות מהסוג האמור, יש לוודא שהוא עושה כן במסגרת המשפטית המתאימה.**

7. עת"מ 16033-11-22 א.מ.ן מחשבים בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר - אגף החשב הכללי - מינהל הרכש הממשלתי (פורסם בנבו, 24.11.22)

**[המועד האחרון להגשת ההצעות; הגשת הצעה באיחור; תיבת מכרזים דיגיטלית; תחולת "הלכת חרכוש" על הגשות בתיבת מכרזים דיגיטלית]**

פתח דבר:

תיבת מכרזים דיגיטלית בשונה מתיבה 'קלאסית' (אליה משלשלים את המעטפה הכוללת את ההצעה במכרז), יוצרת אתגרים מחודשים בתחום דיני המכרזים. זאת, בין יתר, משום שהגשת ההצעה לתיבה הדיגיטלית כבר אינה מתבצעת באופן פיזי (שאז האתגר הוא "רק" להגיע בזמן לתיבת המכרז, וכמובן לא לטעות בתיבה ולא להתמהמה...), אלא בדרך של משלוח דואר אלקטרוני לכתובת מייל (תיבת דואר) ועל מנת שההצעה תחשב ככזו שהוגשה במועד, על הודעת הדואר האלקטרוני להתקבל עד ולא יאוחר מהמועד האחרון שנקבע, בתיבת הדואר של ועדת המכרזים. מכאן שכל כשל "בשרשרת" – כשל היכול להתבטא למשל בכתיבת שם שגוי לקובץ, ביצירתו הקובץ, במשלוח או בהגעה לתיבת המכרז הדיגיטלית – עלול להביא לתוצאה הקשה של איחור בהגשת ההצעה.

פסק דין זה עוסק באיחור כזה, במשמעותיותו ותוצאותיו. בחלק השני של עדכוננו זה נתייחס להיבטים המעשיים הנוגעים לסוגיה זו בהקשר של תיבת מכרזים דיגיטלית.

<sup>38</sup> מציע המבקש לעתור כנגד ועדת המכרזים – יבחן קיומם של החריגים לתחולת הלכת קסם מילניום עליהם עמדנו לעיל באופן כללי. ועדת מכרזים תעמוד כמובן על קיומה של ההלכה ועל הרציונל החשוב העומד מאחוריה המחייב מציע הסבור שנפל פגם במסמכי המכרז, לפנות לוועדה בדרישה לתקן את הפגם.

בעתירה נטען, כי יש להתערב בהחלטת ועדת המכרזים של משרד האוצר, בה נפסלה הצעת העותרת מלהשתתף במכרז לאספקת שירותים ומערכות בתחומי תשתיות טכנולוגיות, מחמת איחור בהגשת ההצעה. עסקינן במכרז בו הוגשו הצעות באופן דיגיטלי.

לטענת העותרת, כשעה לפני המועד האחרון - החלה נציגה מטעמה להגיש את ההצעה, אך הדבר לא עלה בידה. בנסיבות אלה הנציגה התקשרה לעורך המכרז וזה הפנה אותה לנציגה במחלקה הטכנית. נציגת העותרת התקשרה שלוש פעמים ללא הצלחה לאותה המחלקה, כאשר בניסיון השלישי השיחה נותקה. נציג אחר של העותרת פנה בשעה 13:55 אל עורך המכרז בשנית. צוין באותה פניה כי העותרת עדיין לא מצליחה להגיש את ההצעה וכי הודעת השגיאה המתקבלת בעת ניסיון ההגשה, כוללת קוד המורכב מאותיות ומספרים, ללא ציון מהות או סוג השגיאה. עורך המכרז מסר לעותרת את כתובת הדוא"ל שלו המסתיימת באותיות gov.il. העותרת טוענת כי בהתחשב בלחץ הזמנים נפלה שגגה וההצעה אומנם נשלחה לאותה כתובת אך הושמטה, עקב טעות סופר, האות L אשר בסופה. כך, אף שדוא"ל נשלח לכתובת שנמסרה עובר למועד האחרון של המכרז, הרי שמחמת אותה טעות בהקלדה לא התקבלה ההצעה באותה כתובת במועד. נטען כי כאשר התגלתה הטעות, בוצעה העברה נוספת של ההצעה, הפעם לאחר תיקון, לכתובת הנכונה. דברים אלה עומדים ביסוד התוצאה המצערת, קרי - קבלת ההצעה שם, רק כארבע דקות לאחר המועד האחרון.

בית המשפט דחה את העתירה וקבע, כי אין מחלוקת, שהצעת העותרת במכרז לא הוגשה לתיבת המכרזים הדיגיטלית מחמת קושי טכני והיא הוגשה תחת זאת לדוא"ל של עורך המכרז. עוד נקבע כי גם אין חולק שבאותו דוא"ל (של עורך המכרז) לא התקבלה ההצעה עד המועד האחרון להגשת הצעות במכרז, אלא כארבע דקות לאחר מכן. צוין כי תקנה 20(ב) לתקנות חובת המכרזים אינה מניחה מקום לשיקול דעת וכי אין לבחון הצעות שהוגשו לתיבה לאחר נעילת תיבת המכרזים.

נקבע, כי עת מדובר בהגשה לתיבה דיגיטלית עשויות להתגלות מגבלות כאלה ואחרות, כפי שהתגלתה כאן. נקבע כי אמנם עשויות להיות נסיבות בהן ידונו תקלות שמקורן בהתנהלות עורך המכרז, אולם במקרה זה התקלה הייתה תקלה שמקורה בהתנהלות המציע. כן נקבע, כי המגבלה שעלתה כאן באשר לפורמט ההגשה - אינה יכולה להוות הצדקה לקבלת ההצעה לאחר המועד וכך נקבע באופן מפורש בהוראות ברורות אשר במכרז.

בשולי פסק הדין העירה כב' השופטת ע' זינגר, כי יתכן וראוי לשוב ולבחון את הלכת חרוש (בה נקבע כי "בשעה שנקבעה לסיום, היא המועד האחרון, בדיוק בשעה זו, "ננעל" פתחה של תיבת המכרז. מה שנמצא בתוך התיבה באותו מועד יידון; מה שלא נמצא לא יידון").

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

**1. תחולת תקנה 20(ב) לתקנות חובת המכרזים על מכרזים ממוכנים - בית המשפט יצא מנקודת הנחה שיש להחיל את תקנה 20(ב) לתקנות חובת המכרזים גם על מכרז ממוכן בו נעשה שימוש בתיבת מכרזים דיגיטלית.<sup>39</sup>**

**2. יישום הפסיקה בענין 'חרוש' על מכרזים ממוכנים - בהתאם לכך בית המשפט קבע (כאמור בהסתמך על תקנה 20(ב) לתקנות המכרזים<sup>40</sup>) ועל יסוד פרשנות תקנה זו בפסק דין חרוש<sup>41</sup> הידוע, כי לשון התקנה אינו מותיר מקום לשיקול דעת בשאלת משך האיחור והאם ניתן לקבל הצעה שהוגשה באיחור. בית המשפט הבהיר כי המבחן הוא טכני ופשוט על פניו. רק הצעה שנמצאה בתוך תיבת המכרז במועד האחרון להגשת הצעות תידון; מה שלא נמצא לא יידון.**

<sup>39</sup> לא נטען על ידי העותרת כי תקנה 20(ב) חלה רק על תיבת מכרז 'רגיל' ולא על מכרז ממוכן.

<sup>40</sup> "ועדת המכרזים לא תדון בהצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון להגשת הצעות".

<sup>41</sup> ע"מ 2696/06 מדינת ישראל נ' ראמי ג'מיל חרוש (פורסם בנבו, 25.07.06).

3. **קביעת הוראות, הנחיות מקצועיות והסדרים משפטיים אל מול המציעים - לצד היתרונות הגלומים בהגשה דיגיטלית, ישנם מציעים המתקשים להסתגל למתכונת הגשה זו, וכפועל יוצא מכך הצעתם (הטובה לעיתים בכל היבט אחר) נפסלת. פסילת הצעות הינה תופעה 'שלילית' הן למציע הן לרשות הציבורית אשר מאבדת הזדמנות לבחור בהצעה טובה לביצוע הפרויקט מושא המכרז.**

#### 4. נושאים מקצועיים ומשפטיים שרצוי להסדיר במסמכי המכרז -

1) **במכרז מושא פסק הדין נכללו הוראות מקצועיות ומשפטיות מחייבות שראוי לשקול לכלול (בניסוח כזה או אחר) גם במכרזים אחרים ביניהן הוראות הנוגעות, למשל, למשקל המרבי של קובץ ההצעה, סוג הקבצים שניתן להעלות למערכת של המציע לפנות לתמיכה הטכנית לפחות ארבע שעות לפני מועד ההגשה במקרה בו הוא נתקל בקשיים<sup>42</sup>.**

2) **היבט נוסף שרצוי להדגיש במסמכי המכרז נוגע לפעולות או בירורים מקדימים שעל המציע לבצע על מנת לוודא שהצעתו תוגש במועד. על ועדת המכרזים להבהיר למציעים (כפי שנעשה במכרז מושא פסק הדין) כי לא יהיו רשאים להעלות טענות בגין קשיים בהגשת הצעותיהם בנסיבות בהן הם לא ביצעו את הוראות ועדת המכרזים. במילים אחרות: מציע שהמתין לרגע האחרון (ללא שביצע את ההכנת הנדרשות) ולא הצליח להגיש הצעתו יתקשה לשכנע את ועדת המכרזים כי הוא זכאי לארכה (גם אם אי הבהירות או הליקוי הטכני היו של ועדת המכרזים) שכן היה עליו לפנות לתמיכה הטכנית במועד והוא לא עשה כן.<sup>43-44</sup>**

5. **ייזרה המציע ותישמר וועדת המכרזים - השילוב ההולך וגובר של מכרזים ממוכנים/מכרזים בהם ההגשה של ההצעה נעשית בתיבת מכרזים דיגיטלית, מחדד מבחינת ועדת המכרזים את הצורך בנקיטת אמצעי הסברה/הדרכה וכד' (שימחישו למציעים את החשיבות והצורך בהבנת ההיבטים הטכנולוגיים הנדרשים לשם הגשת הצעה תקינה), ומציף מבחינת המציעים את הצורך במוכנות טובה יותר - ובמועד - גם להיבטים הטכנולוגיים הנדרשים לשם הגשת ההצעה לתיבה הדיגיטלית.**

<sup>42</sup> הוראות נוספות שנכללו במכרז: "לא ניתן יהיה להגיש הצעות במערכת לאחר המועד האחרון להגשת הצעות"; "ככל שתהיה תקלה טכנית ממושכת אשר תימנע הגשות הצעות במכרז, יוכל המזמין בהודעה שתפורסם באתר האינטרנט לקבוע דרך הגשה אחרת במכרז"; "ככל שתהיה תקלה טכנית ממושכת אשר תימנע הגשות הצעות במכרז, יוכל המזמין בהודעה שתפורסם באתר האינטרנט לקבוע דרך הגשה אחרת במכרז. וראו הוראת תכ"ם 7.3.1 (עודכנה ביום 23.1.23) הכוללת הוראות זהות או כמעט זהות לאלו שבמכרז זה.

<sup>43</sup> " ... בסוגיות טכניות ובעזרה בתפעול המערכת ניתן לפנות למוקד התמיכה בימים א'-ה' בין השעות 8:00-17:00 באמצעות קישור זה: ... יש לציין בפניה... זמן ההמתנה מרגע משלוח הפניה ועד לחזרת נציג שירות לא יעלה על 4 שעות בטווח שעות פעילות המוקד. במקרים חריגים בלבד יתכן וזמן ההמתנה יחרוג מ-4 שעות. מוקד התמיכה אינו מתחייב לספק מענה לפניית אשר התקבלו בזמן קצר מ-4 שעות מהמועד האחרון להגשת ההצעות."

<sup>44</sup> "על מציע במכרז האחריות הבלעדית להגיש את ההצעה לפני המועד האחרון להגשת הצעות. על המציע להביא בחשבון כי בסמוך למועד האחרון להגשת הצעות יתכן עומס על מערכת ההגשה או תקלות טכניות אחרות אשר ימנעו מהמציע להגיש את הצעתו. על המציע להיערך לכך, ולהגיש את הצעתו מבעוד מועד. למציע לא תהיה כל טענה למזמין באשר לתקלה שהתגלתה במערכת הגשת ההצעות סמוך למועד האחרון להגשת הצעות, גם אם כתוצאה מכך הוא לא הצליח להגיש את הצעתו."

6. סימולציה-פרה רולינג להגשה של ההצעה הדיגיטלית (בדומה למנגנון הפרה רולינג לערביות בנקאיות שהוצע על ידי עו"ד תמיר בשנת 2005<sup>45</sup>, יושם במכרזים ובהמשך התקבל בפסיקה, בהוראות התכ"ם ובמכרזים רבים בישראל) - מוצע לשקול יצירת מעין 'הליך סימולציה' אשר יאפשר למציעים המעוניינים בכך לתרגל הגשת 'הצעה' לתיבה דיגיטלית של ועדת המכרזים. ההגשה תהיה (כמובן) של מסמך ריק ושל קבצים ללא תוכן מהותי, אך זו תאפשר הן למציע הן לוועדת המכרזים לבחון האם נפלו כשלים כלשהם בהגדרות המכרז ולאפשר למציע להבין כיצד עליו לעמוד בדרישות המכרז.

ראו לשימושכם הצעה ראשונית לניהול הליך פרה-רולינג להגשה של הצעה דיגיטלית אותו ניתן לשלב במסמכי מכרז או בהודעה למציעים. נשמח להערות והתייחסויות.

7. מועד הגשת הצעות הינו נושא מהותי גם כשלא מדובר בשלב בו מוגשת הצעת המחיר - עולה מפסק הדין כי אין מקום לקבל טענה לפיה פסק דין חרוש אינו חל על הצעת מציע שאינה הצעה כספית (למשל הליך 'מיון מוקדם' הקיים ברבים ממכרזי התשתית הגדולים או שלב במכרז מסגרת)<sup>46</sup> או בנסיבות בהן הוכח שהמציע לא שינה הצעתו בפרק הזמן שבין מועד ההגשה שנקבע במכרז ובין המועד בו הוגשה בפועל ההצעה כתוצאה מהאיחור<sup>47</sup>. בעמידה הנחרצת על המועד האחרון יש כדי למנוע הענקת יתרון למציע אחד על פני האחרים. בכלל זה גם מציעים פוטנציאליים שנמנעו מלהגיש הצעה מאחר וידעו שלא יעמדו במועד<sup>48</sup>.

8. הזהירות המתחייבת בתקשורת בין יו"ר הוועדה' עורך המכרז לבין מציע הנתקל בקשיים הנוגעים להגשת ההצעה במכרז- פניה טלפונית לנציג ועדת המכרזים לקבלת תשובה הנוגעת למכרז/להגשתו או לתנאיו, היא פתח ל'תקלות' בניהול המכרז. מענה הניתן בעל-פה ואינו מתועד כראוי, שאינו מופנה לכל המתמודדים באופן שיוויוני, עלול ליצור תקלה ממשית בניהול המכרז גם בגלל שמציעים שונים עשויים למצוא עצמם מתמודדים תחת תנאים שאינם זהים והן משום ששיחה בעל פה עלולה להתפרש בדרכים שונות ולהביא לחוסר בהירות בתנאי ההצעה שהוגשה. במקרה הנוכחי עורך המכרז פעל בזהירות ובמענה לפניית המציע (שככל הנראה בוצעה בעל-פה) אפשר למציע לשלוח את ההצעה בדוא"ל (תוך שהוא מדגיש הן את חובת המציע להגיש במועד את ההצעה לתיבת המכרזים הדיגיטלית הן את העובדה שכשרות ההגשה של ההצעה בתיבת דואר רגילה תהיה כפופה להחלטה של ועדת המכרזים).<sup>49</sup>

9. מהו מועד ההגשה- לא מדובר באירוע נמשך, אלא בנקודת זמן יחידה שכלליה נקבעו בתקנות ובפסיקה. בפסק דין חרוש לא הוגשה הצעה במועד. המציעים הגיעו עם ההצעה כאשר עדיין היו במקום שלוש עובדות, אשר תפקידן היה לשים את המעטפות בתיק שהוכן לשם

<sup>45</sup> ראו: עו"ד דורון תמיר ועו"ד מיכל מויל, "ערבות במכרזים: פתרון חדש", עורך הדין (נובמבר 2005), 56.

<sup>46</sup> נבחר כי לשיטתנו - וגם לפי ניסיונו - וועדת המכרזים רשאית במקרים המתאימים לקבוע במפורש כללים מיוחדים הנוגעים להגשת מסמכים המתבצעת תוך כדי הליך המכרזי (במיוחד במכרזים מורכבים), כגון הגשות או השלמות הנדרשות תוך כדי הליך להרכב המציע, השלמות הנדסיות במסגרת הליך בחינה איכותי של ההצעה ועוד. נשמח להרחיב במידת הצורך.

<sup>47</sup> מן המפורסמות היא שיש מציעים המעכבים הגשת הצעתם ל'רגע האחרון' על מנת לנסות ולהבין מי ממתחריהם הגיש הצעה במכרז ורק אז מגישים את הצעתם (שיכול ועדכנו אותה ברגע האחרון).

<sup>48</sup> גם ההחלטה האם להשתתף במכרז כלשהו עשויה להיות מושפעת מהשאלה מי המתמודדים שהגישו הצעה. הגשת הצעה באיחור - גם כשאינה בחובה הצעה כספית - יכולה לאפשר למציע לקבל החלטה האם לגשת למכרז כאשר כל המציעים האחרים כבר הגישו הצעותיהם.

<sup>49</sup> תשובות שניתנו בעל-פה על ידי נציגי ועדות מכרזים - למשל בשאלה עד מתי צריכה להיות בתוקף ערבות בנקאית הפוקעת ביום שבת - העסיקו את בתי המשפט.



כך. הערכאה הראשונה סברה, שמאחר והפקידה הייתה עדיין עסוקה במלאכת איסוף המעטפות מתוך התיבה, אין מקום לראות באיחור הקל כ'איחור' לצרכי המכרז. ערכאת הערעור לא קיבלה עמדה זו ואישרה את החלטת ועדת המכרזים שלא לקבל את ההצעה שם.

להלכה ולמעשה, אין הבדל בין "טעות הקלדה" של כתובת המייל של התיבה הדיגיטלית ובין טעות בקומה או טעות במעלית המגיעה למקום התיבה הפיזית; כניסה לחדר שגוי בבניין בו הוצגה התיבה או הפקדה בתיבת מכרז סמוכה אך לא בזו הנכונה.

10. תקלה של הרשות מפרסמת המכרז עשויה להצדיק מתן ארכה להגשה – אך זאת כאשר המציע מצידו עשה את הנדרש ממנו - העותרת טענה כי גם אם האיחור שלה היה נעוץ בתקלה טכנית אצלה, הרי שאותה תקלה טכנית, מהווה המשך של הקושי להגיש את ההצעה מחמת תקלה אשר נפלה אצל עורך המכרז. לכן נטען כי מדובר ב"תקלה של הרשות" - כאמור בפרשת חרכוש, שאז אין מקום לזקוף לחובתה את האיחור. בית המשפט לא קיבל את הטענה לנוכח האחריות שהוטלה על המציעים במכרז לבצע את כל הבירורים הנדרשים זמן מספיק מראש. עם זאת חשוב לציין כי בית המשפט לא שלל את האפשרות שוועדת המכרזים היתה מקבלת גם החלטה הפוכה (כזו המתחשבת בכל זאת בקשיים שנוצרו) ורמז שיתכן שגם במקרה זה לא היה מתערב בהחלטה, וכדברי בית המשפט "...גם אם ייתכן והיה ניתן לקבל החלטה אחרת, איני סבורה כי ניתן לומר שהחלטת ועדת המכרזים חורגת ממתחם הסבירות."

8. עת"מ (חי') 2875-11-22 אינדקס הגליל תקשורת ועיתונות בע"מ נ' מועצה מקומית רמת ישי (פורסם בנבו, 18.12.22)

#### [ביטול מכרז; השוואה בין הצעות; שימוע; אומדן; בהירות תנאי המכרז]

פסק דין עסק במכרז להתקנה, תחזוקה ותפעול של מתקני שילוט. בהוראות המכרז ציינה המזמינה את כמות ואת סוג השלטים הקיימים נכון למועד פרסום המכרז ואת סוג השלטים שבכוונת המזמינה להוסיף. במסגרת המכרז ביקשה המזמינה מהמציעים לנקוב בהצעות המחיר עבור כל אחד מסוגי השלטים, לפי הכמויות שנקבו במכרז. יצוין, כי נערך אומדן במכרז זה.

למכרז הוגשו שלוש הצעות ואלה הועברו לבחינה ראשונית של ועדת משנה מקצועית, אשר קבעה, כי יש לפסול את הצעתה מציעה אחת שהצעתה "נמוכה ואינה כדאית". עוד קבעה ועדת המשנה, כי שתי ההצעות הנותרות "טובות" ו- "עונות על הקריטריונים ותנאי הסף" וכי על ועדת המכרזים לשקול במי לבחור.

ועדת המכרזים בחרה בהצעה של חב' אינדקס כהצעה הזוכה, תוך שנקבע שהיא הכדאית ביותר. הזכייה אושרה ע"י ראש המועצה והסכם נחתם בין המזמינה לבין הזוכה. יצוין, כי בהליכי הבדיקה שנערכו עד לאותו השלב, **נערכה השוואה בין המחירים שהוצעו ביחס לשלט בודד**, מבלי לחשב את מחירה הכולל של ההצעה, המתחשב גם במחיר ביחס לסוגי השלטים השונים.

החברה שדורגה שניה פנתה למזמינה וביקשה לבטל את הזכייה של אינדקס תוך שהיא טוענת הן שאינדקס אינה עומדת בתנאי הסף של המכרז הן **שהחישוב שערכה ועדת המכרזים היה שגוי**. ועדת המכרזים ערכה שימוע לחב' אינדקס וציינה בזימון לשימוע, כי לאחר קיומו, תדון ותבחן ועדת המכרזים את עמידת המציעים בתנאי הסף וכן את הצעות המחיר שלהם.

עוד בטרם נערך השימוע עצמו, ערכה ועדת המכרזים בחינה נוספת של ההצעות, כאשר הפעם – **בניגוד לבחינה הראשונה שהובילה לבחירה בזוכה** - נלקחה בחשבון כמות השלטים שצוינו במכרז. בסופם של דיונים אלה נבחרה

חב' פרסום על כזוכה במכרז. יצוין, כי עולה מפסק הדין שלכל אורך הליך-המכרז ועדת המכרזים לא נתנה דעתה ליחס בין הצעות המחיר לאומדן.

בעתירתה טענה חב' אינדקס, כי לא היה כל נתון חדש או שינוי נסיבות שהצדיק את ביטול זכייתה. עוד טענה עותרת זו כי לא התקיים דיון במאזן האינטרסים ובהסתמכות חב' אינדקס על הודעת הזכייה וכי גם אם נעשתה טעות בחישוב, אין הדבר מצדיק שינוי ההחלטה וזאת לאחר שנחתם בין המזמינה לבין חב' אינדקס הסכם התקשרות.

**בית המשפט קיבל את העתירה והורה על ביטול המכרז.** נקבע, כי הדרך הראשונה בה נבחנו ההצעות במכרז, במסגרתה נערכה השוואה בין המחירים שהוצעו ביחס לשלט בודד, בהתעלם מכמויות השלטים שצוינו במכרז, הייתה שגויה. נקבע, כי תנאי המכרז כמו גם דיני המכרזים מחייבים לבחון את ההכנסה הצפויה לקופת המועצה ונתון זה מתקבל – רק אם מתייחסים גם לכמויות הצפויות של כל שלט ושלט במסגרת יישום החוזה.

נקבע, כי נוסחת החישוב לפיה יחושבו הצעות המחיר, צריכה להיקבע בצורה ברורה ומפורשת במסמכי המכרז וכל שינוי של הנוסחה הזו, במהלך חיי המכרז, עלול להתפרש כשינוי פסול ובדיעבד של תנאי המכרז. בית המשפט קבע, כי העמימות בדבר דרכי חישוב הצעות המחיר, פגעה לא רק בעיקרון השקיפות אלא גם בעיקרון השוויון, שהם כידוע עקרונות יסוד בדיני המכרזים.

כמו כן, בית המשפט קבע, כי התעלמות ועדת המכרזים מהאומדן שהוכן לקראת המכרז מהווה גם היא פגם בהתנהלות ועדת המכרזים שכן היה עליה לבחון את הצעות המחיר בהתאם לאומדן שהוכן לקראת המכרז.

נוכח כל האמור קבע בית המשפט, בליט ברירה, כי יש להורות על ביטול המכרז.

### מבחינה מעשית והתנהלותית בתחום המכרזים נמליץ כך:

**1. ניסוח מדויק ומפורש של נוסחת הצעת המחיר ושל מנגנון ההשוואה בין הצעות המחיר. ועדת המכרזים נדרשת לנסח בקפידה את האופן בו יוגשו הצעות המחיר כמו גם את האופן בו תשווה ועדת המכרזים בין ההצעות השונות. זאת מתוך מחויבות למנוע עמימות בנושא (העלולה ליצור גם אי וודאות באשר למתכונת הבחירה הצפויה בהצעות) ולוודא שהאופן בו ועדת המכרזים משווה בין ההצעות יהיה בהתאם לעקרונות שנקבעו מראש על ידי ועדת המכרזים.<sup>50</sup>**

**2. אומדן - אומדן המופקד בתיבת המכרזים יכול להוות כלי הערכה חשוב (ובמידה רבה מקצועי ואובייקטיבי) באשר לשווי הכספי הראוי או הסביר להתקשרות הצפויה בעקבות המכרז<sup>51</sup>. האומדן נועד להוות קנה מידה לסבירות ההצעות שהוגשו במכרז ואמצעי לחיזוק האמון בהחלטה המנהלית. לכן, ככל שנערך אומדן במסגרת המכרז, ועדת המכרזים נדרשת להתייחס אליו וליחס בינו לבין ההצעות שהוגשו במכרז. התעלמות מאומדן שנערך במסגרת המכרז עלולה, בנסיבות מסוימות, להוות פגם בהתנהלות ועדת המכרזים.**

**3. התעלמות מפערים בין אומדן לבין הצעות מחיר - משנערך אומדן (בין מתוך בחירה והחלטה ובין בנסיבות בהן הוועדה מחויבת לעשות כן לפי דין) אין ועדת המכרזים יכולה להתעלם מקיומו או להימנע מלקיים דיון אודות הפערים המשמעותיים בינו ובין ההצעות שהוגשו. זאת בין היתר משום שסטיות מהאומדן (במיוחד סטיות משמעותיות) יכולות להצביע על היותה של הצעה גרעונית או, חמור כך, על היותה תכסיסנית. ועדת המכרזים מחויבת לבחון**

<sup>50</sup> ולא בהתאם לנסיבות המשתנות מעת לעת, או לנתונים המוצגים לוועדה לאחר פתיחת ההצעות.

<sup>51</sup> השימוש באומדן, אימתי הוא מחויב על פי דין ומתי לא, מתי יועיל למקבלי ההחלטות ובאילו נסיבות הוא לא יהיה אפקטיבי (לנוכח מאפייני המכרז), כמו גם הכללים שייקבעו במכרז בקשר עם סטייה מאומדן (לרבות סמכות לפסילה) הינם נושא לדיון נפרד שנוכל להרחיב לגביו בהתאם לצורך.

את הפערים האמורים ולקבל החלטה מושכלת ומנומקת האם ניתן וראוי להתקדם עם הצעות אלה<sup>52</sup>.

4. **בחירת זוכה על פי אופציות השוואה שונות** - וועדת מכרזים המבקשת לשמר לעצמה מספר חלופות להשוואה בין הצעות מחיר, חייבת להבהיר זאת במסמכי המכרז. באופן זה המציעים ידעו לתמחר את הצעותיהם באופן המיטבי. למעט במקרים חריגים, וועדת המכרזים מחויבת לשקף למציעים - בדרך של קביעת אמות מידה מפורטות - מהן ציפיותיה מהמציעים. בדרך זו המציעים יוכלו ל'דייק' הצעותיהם ולמקסם את היתרונות הנובעים מההליך המכרזי.

5. **שינוי החלטת ועדת המכרזים** - מקום בו ועדת המכרזים מבקשת לשנות מצב משפטי שהיא יצרה - למשל ביטול בחירה בזוכה - עליה, ככלל, לקיים הליך שימוע<sup>53</sup> וכמובן לנמק כראוי החלטתה זו.

## 9. פעילות הוועדה המייעצת לבחינת היבטי ביטחון לאומי בהשקעות זרות לשנת 2021

אנו מוצאים לנכון לעדכן בקצרה אודות דו"ח פעילות הוועדה המייעצת לבחינת היבטי ביטחון לאומי בהשקעות זרות באופן החורג במעט מעדכוני הפסיקה הנכללים בדרך כלל במסמך זה. וועדה זו, עליה יורחב להלן, עוסקת בהשקעות זרות פוטנציאליות במשק הישראלי, בהיקף כולל של כ-36 מיליארד ש"י. יובהר, כי לעמדותיה של הוועדה אין מעמד מחייב שכן בהחלטה מספר ב/372 של ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) מיום 30.10.2019, בה נקבע תהליך ומנגנון עבודת הוועדה, נקבע שמדובר בוועדה מייעצת. ברם, גם לעמדת הוועדה עשויה להיות השפעה משמעותית על כינון של התקשרויות בתחומים בהם עוסקים גופים ציבוריים רבים במשק הישראלי.

כרקע יצוין, כי מדינות רבות בעולם הקימו וחיזקו בשנים האחרונות מנגנונים מדינתיים לבחינה וסינון של השקעות זרות. באופן דומה, החליטה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) ב-30.10.19 על הקמת מנגנון לבחינת היבטי ביטחון לאומי בהשקעות זרות בישראל. במסגרת זו הוקמה ועדה מייעצת בראשות הכלכלנית הראשית במשרד האוצר שתפקידה להעביר לרגולטורים, הנדרשים לאשר השקעות זרות, התייחסות להיבטי הביטחון הלאומי הנוגעים לאישור ההשקעה הזרה.

<sup>52</sup> לא פעם מגיעות ועדות מכרזים למסקנה שסטייה מאומדן אינה מהווה פגם ואינה מעלה חשש ליכולת להוציא לפועל את החוזה בהתאם להצעה הזוכה, אלא כי האומדן היה 'שמרני' או 'על הצד הגבוה' או כי לא נלקחו בחשבון היבטים מסוימים.

<sup>53</sup> ראו למשל: ע"מ 6546/12 **בכר נ' פנינת י.ב.א בע"מ**, פס' 45 לפסק-דינה של כב' השופטת ברק ארז (פורסם בנבו, 14.7.13). **שלושה רציונאליים מרכזיים** למתן זכות טיעון במשפט המנהלי. **הרציונל הראשון** למתן זכות טיעון מכון לכך שהרשות המנהלית תוכל לקבל את ההחלטות הנכונות ותהיה בפניה תמונה שלמה ומלאה ככל הניתן של העובדות הנוגעות לענין. בכך ש'הנפגע הפוטנציאלי' - מופיע בפני הרשות המנהלית ושוטח בפניה (או בפני נציגיה) את טענותיו, מאפשר הוא לרשות לבחון את הסוגיה מכיוונים רלבנטיים נוספים, להבין את משמעותה ובכלל זה את ההצדקה 'לפגיעה' האפשרית הצפויה בנפגע הפוטנציאלי. **הרציונל השני** למתן זכות טיעון נוגע להגינות הרשות מנהלית כלפי מי שעלול להיפגע מהחלטותיה. ההגינות מחייבת את הרשות לאפשר לאותו גורם להביא בפניה את טענותיו בטרם תתקבל החלטה סופית בעניינו. **הרציונל השלישי** למתן זכות טיעון עוסק בנקודת המבט הציבורית על החלטותיה של הרשות המנהלית. בכך שהרשות נותנת לאדם זכות טיעון כאשר עלול הוא להיפגע מהחלטותיה, מחזקת היא את אמון הציבור בה ונותנת ביטוי ל"עקרון השירות" ולהעדר השרירות בהחלטתה.

בוועדה זו חברים נציגים בכירים מהמטה לביטחון לאומי ומשרד הביטחון, לצד משקיפים משרד החוץ, משרד האוצר, משרד הכלכלה והתעשייה והמועצה הלאומית לכלכלה.

המודל שאומץ בהחלטת הקבינט מבוסס על ההכרה הבסיסית בכך שהיתרונות שהשקעות זרות מביאות עמן הן רבות, וצפויות להוביל לשיפור הפיריון, התחרותיות, התעסוקה וההכנסות ממסים באמצעות כניסת הון, טכנולוגיות וידע חדשים. עם זאת, לצד ההזדמנויות שנוצרות מהשקעות זרות, במקרים מסוימים, השקעה זרה בישראל עשויה לטמון בחובה סיכונים הנוגעים לביטחון הלאומי.

תוכן דיוני הוועדה המייעצת לבחינת היבטי ביטחון לאומי בהשקעות זרות, כמו גם תוכן ההתייחסויות שמועברות לרגולטור, הינם חסויים.

הרגולטורים הרשאים להתייעץ עם הוועדה בעניין השקעות זרות הנתונות לאישורם הם: בנק ישראל, רשות ניירות ערך, רשות שוק ההון, ביטוח וחסכון, וכן השרים והגורמים במשרד האוצר, במשרד התחבורה והבטיחות בדרכים, במשרד התקשורת ובמשרד האנרגיה, לרבות רשות הממשלתית למים ולביוב, רשות החשמל ורשות הגז הטבעי, אשר מוסמכים על פי דין להעניק אישור להשקעה זרה. הוועדה המייעצת נדרשת להעביר לרגולטור שפנה את התייחסותה המנומקת בתוך 30 יום מיום קבלת פנייתו.

ביום 7.9.22 פורסם דו"ח המפרט נתונים שנאספו, מהם עולה תמונת מצב עובדתית מעניינת ביחס לעסקאות השקעה זרות במשק הישראלי. דוחות כאמור מתפרסמים על ידי הוועדה מעת לעת ומומלץ לעיין בדוחות אלה.

ראוי לציין שפעילותה של וועדה זו אוזכרה בפסיקה, למשל, בפסק הדין שניתן עת"מ (ת"א) 30356-04-22 **אורבניקס אלרטי בע"מ נ' נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ** (פורסם בנבו, 7.9.22). כזכור, בפסק דין זה (אשר פירטנו אודותיו בעדכוננו הקודם) טענה העותרת (שאחד מבעלי המניות בה הוא תאגיד סיני), בין היתר, כי ועדת המכרזים פעלה משיקולים זרים עת החליטה לפסול את הצעת העותרת. העותרת טענה, כי העובדה שהוועדה המייעצת לבחינת היבטי ביטחון לאומי בהשקעות זרות דנה במכרז זה מחזקת את טענתה שנשקלו בעניין זה שיקולים זרים. בית המשפט התייחס באופן לפעילות הוועדה, לאופן הקמתה ולסמכויות שהוקנו לה. בית המשפט (כב' השופטת בדימ' צילה צפת) עיין בפרוטוקולים החסויים של דיוני הוועדה ומצא שאין בסיס לטענות העותרת. בית המשפט קבע כי "העובדה כי הוועדה המייעצת דנה במכרז בוודאי אינה מהווה ראיה לשיקול זר..." וכי "הוועדה המייעצת הוקמה לצורך בחינת היבטי ביטחון לאומי בהשקעות זרות, ומחובתה היה לדון במכרז התשתית הגדול במדינה...".

סקירת הפסיקה שהובאה לעיל נועדה לספק מידע כללי ותמציתי יחסית בנוגע לפסקי הדין המוזכרים בה וכן להציג לקחים ותובנות שניתן להפיק מהדברים העולים לטעמנו מפסקי הדין האמורים. למותר לציין שחלק מהתובנות והלקחים שאנו מציינים אינם מוצגים במפורש בפסקי הדין, ומהווים פרשנות שלנו לדברים, כבעלי ניסיון והיכרות רבת שנים עם תחום המכרזים, אך מובן שקוראים מיומנים אחרים יכול וימצאו היבטים אחרים או שונים עליהם לא עמדנו או יחלקו על עמדותינו. נשמח לכל התייחסות בנושא.

בסקירה זו לוקטו מספר פסקי דין שפורסמו במהלך הרבעון החולף. 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.

### **סקירה זו אינה מהווה ייעוץ משפטי ו/או תחליף לייעוץ משפטי אשר יש לקבלו באופן פרטני למכרז נתון.**

למידע נוסף, הערות והמלצות הנכם מוזמנים ליצור קשר עם עו"ד דורון תמיר או עמוס אוסיזון ממשד ארנון, תדמור-לוי בטלפונים (0523665238 או +972-2-6239239) או (+972-3-6087777) או בדוא"ל:

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

**[ראו בעמוד הבא - נספח מיוחד]**

## נספח מיוחד

כפי שפורט לעיל, אנו מציעים לשקול יצירת מעין 'הליך סימולציה' אשר יאפשר למציעים המעוניינים בכך לתרגל הגשת 'הצעה' לתיבה דיגיטלית של ועדת המכרזים.

ההגשה תהיה (כמובן) של מסמך ריק ושל קבצים ללא תוכן מהותי, אך זו תאפשר הן למציע הן לוועדת המכרזים לבחון האם נפלו כשלים כלשהם בהגדרות המכרז ולאפשר למציע להבין כיצד עליו לעמוד בדרישות המכרז. זאת בדומה למנגנון הפרה רולינג לערבויות בנקאיות שהוצע על ידי עו"ד תמיר בשנת 2005, יושם במכרזים ובהמשך התקבל בפסיקה, בהוראות התכ"ם ובמכרזים רבים.

להלן, לשימושכם הצעה ראשונית לניהול הליך פרה-רולינג להגשה של הצעה דיגיטלית אותו ניתן לשלב במסמכי מכרז או בהודעה למציעים.

### מדובר בטיסה ראשונית - נשמח להערות והתייחסויות.

#### טיסה - סימולציית הגשה דיגיטלית - 'פרה-רולינג' הגשת הצעה לתיבת המכרזים הדיגיטלית

1. מטרת הליך הפרה-רולינג לפי פרק זה הינה לצמצם ככל הניתן איחור/תקלה אחרת בהגשת הצעת המציע לתיבת המכרזים הדיגיטלית.
2. ועדת המכרזים ממליצה ומעודדת מציעים שטרם התנסו בהגשת הצעות לתיבת מכרזים דיגיטלית לממש את הוראות פרק זה ולבצע הליך פרה-רולינג מול ועדת המכרזים בנושא ההגשה לתיבת המכרזים הדיגיטלית. הסתייעות בהליך זה עשויה למנוע איחור/תקלה אחרת העלולים להביא לפסילת ההצעה בהתאם להוראות הדין והפסיקה.
3. בכפוף לאמור בסעיף 4 להלן, **ובכפוף להודעת ועדת המכרזים אשר תשלח לכל המציעים עד 14 ימים לפני מועד הגשת ההצעות**, מציע יהיה רשאי לבקש לבצע הליך פרה-רולינג - **סימולציה של הגשת הצעה לתיבת המכרזים הדיגיטלית** לצורך בחינה מוקדמת של אופן ההגשה על ידי המזמינה.
4. מציע שיבקש לבצע את סימולציית ההגשה יפעל בהתאם להוראות ועדת המכרזים אשר תפורסמה לכל המציעים כמפורט לעיל.
5. המזמינה תהיה רשאית לבחון את מסמך הסימולציה, ולהודיע למציע אם מסמך הסימולציה הוגש באופן תקין אם לאו.
6. כפועל יוצא מהגשות המציעים לפי פרק זה, או ביוזמתה, תהא ועדת המכרזים רשאית לפרסם הודעת הבהרה הנוגעת לתיקונים ו/או שינויים ו/או הבהרות ו/או הנחיות ביחס **לאופן הגשת ההצעות לתיבת המכרזים הדיגיטלית**.
7. יובהר כי אין בבחינת הסימולציה או בהודעות המזמינה בהקשר לביצועה:
  - 7.1. לגרוע מאחריות הבלעדית של המציע להיערך מראש ובאמצעות בעלי מקצועי מטעמו להגשת ההצעה לתיבת המכרזים הדיגיטלית במועד ולעמידה מלאה, שלמה וכוללת בכל דרישות המכרז, לרבות הדרישות הנוגעות לאופן הגשת ההצעות.
  - 7.2. ראו הסעיפים המפורטים בהערות שוליים 44 ו-45 היכולים להוות בסיס להשלמת פרק זה.
8. לא יהיה במענה מטעם המזמינה, לפיו הסימולציה הוגשה באופן תקין, כדי לחייב את ועדת המכרזים ו/או כדי לרפא כל פגם שיפול באופן בהגשת ההצעה על ידי המציע, ככל שיפול.
9. אין בסמכויות הוועדה המתוארות לעיל בקשר לסימולציית ההגשה כדי לגרוע מכל סמכות הנתונה לה לפסול הצעה שלא הוגשה כנדרש, לרבות במקרים של איחור בהגשה.
10. מובהר, כי אין בזכויות המזמינה כמפורט בסעיף זה בכדי לגרוע מכל סעד אחר אשר עומד לרשותה בהתאם למסמכי המכרז או על פי כל דין.