

עניינים תוכן

2	מבוא.....
3	המצב המצוי.....
4	ההלכה בשינוי תנאי ההתקשרות לאחר בחירת זוכה המכרז.....
5	תקנות.....
6	תנאי סף.....
8	זכות עמידה.....
8	סיכום הדין המצוי.....
10	משפט משווה.....
10	סמכות לשנות את תנאי החוזה.....
10	דוגמא לשינויים הנעשים בין זוכה במכרז לפקיד/רשות.....
11	פרוצדורת שינוי החוזה.....
12	סיכום משפט משווה.....
13	בחינה ביקורתית על הדין הקיים.....
13	זמן שינוי תנאי התקשרות כגורם משפיע בשיקולי מדיניות.....
14	שיקולי מדיניות בשינויי התקשרות שנכרתה לאחר הליך מכרז.....
16	התרחבות זכות העמידה כגורם משפיע על שינוי תנאי ההתקשרות עם זוכה המכרז.....
17	שינוי תנאי סף עם זוכה המכרז – שיקולי מדיניות.....
18	דיון, מסקנות וסיכום.....
19	ביבליוגרפיה.....
20	חקיקה ישראלית.....
20	חקיקה זרה.....
20	פסקי דין ישראלים.....
21	פסיקה זרה.....
22	ספרות ישראלית.....
22	ספרות בשפה זרה.....
22	מאמרים בעברית.....
22	מקורות אינטרנט ומקורות אחרים.....

מבוא

מכרזים הנם הליך נפוץ בקרב חברות שאמונות על השיטה של שוק חופשי. מדובר בהליך שבו מוגשות כמה הצעות לבעל המכרז, וזאת על מנת לבצע מיזם עבור הדורש. המכרז מכוון לכך שבעל המכרז יהנה מהיתרונות שמציעה השיטה של שוק חופשי, ולאפשר תחרות שוויונית והוגנת. ישנם תהליכים המקדימים למכרז וכאלו שבאים לאחר שהוא נקבע. ההליכים שקודמים למכרז ציבורי הנם הליכים טרום-חוזיים והם מהווים כלי משפטי בעל היבטים כלכליים שמטרתם להשיג יעדים רצויים עבור הרשות הציבורית. בעיקרו של דבר הליך טרום-חוזי שכזה הנו קריאה לתחרות בין מספר הצעות שייבררו בהתאם לשיקולים של חופש ושוויון.

למכרז ציבורי ישנן שתי מטרות עיקריות: לבעל המכרז מגיעות הצעות שמתוכן הוא יכול לבחור את זו שמתאימה לו, ומבחינתם של מגישי ההצעות יש במכרז אפשרות לזכות במיזם על סמך תחרות הוגנת. אולם המטרה הפרטית מתנגשת לעתים עם המטרה הציבורית, מכיוון שבעל המכרז מעוניין בהצעה הטובה ביותר ואילו מבחינה ציבורית יש לדאוג לכך שתימנע אפליה. המטרה של דיני חוזים היא להביא לאיזון בין תחרות ושקיפות ציבורית לבין תועלות מסחריות ואינטרסים כלכליים.

בדומה למדינות נוספות, נהוג לבצע מכרזים במגזר הציבורי גם במדינת ישראל. חברות ממשלתיות וקופות החולים בישראל, לפני שהן מתקשרות בחוזים, מחויבות מכוח חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992 והתקנות שהותקנו על פיו לפרסם מכרזים. עקב חשיבותו של המכרז לשוויון ולכספי הציבור יש חשיבות רבה בהגיונות ותום הלב של ועדת המכרזים, עליה לפעול בשוויוניות, ביושר, ללא משוא פנים או שרירות. ברם למרות שחוק חובת המכרזים יוצר מסגרת סטטוטורית למכרזים ציבוריים, עדיין ישנם פרטים אשר לא נקבעו בחוק והם מוטלים על חקיקת משנה שקובעת קביעות לגביהם על ידי תקנות.

ברמת העיקרון, החוק קובע כי אסור לנהל משא ומתן במהלך מכרז, וזאת כדי למנוע מצב של העדפה של מציע אחד על פני אחרים. בעל המכרז אמור לקבל הצעה או לדחותה כפי שהיא הונחה לפניו ואסור לו לעסוק בבירורים ובהבהרות לגביה. דבר זה נכון הן לבירורם של עניינים מהותיים והן לבירור של דברים הנוגעים למחיר או לתכנים אחרים הנוגעים למכרז. מבחינה של דיני חוזים, מרגע שבעל המכרז נענה למציע יש לראות בכך קיבול, ועל כן חלה חובה לכלול בקיבול את ההצעה המקורית כפי שניתנה מבלי לבצע שינויים מהותיים. במידה ונעשה שינוי מהותי בהצעה, יש לראות בכך הצעה חדשה ועל כן הצעה שכזו אינה יכולה להתקיים.

ההוראה הכללית קובעת כי אין לשנות תנאי מתנאי המכרז מפני שהדבר עלול לגרום לחוסר שוויון בין המציעים. עניינה של עבודה זו הוא **בירור של מצב שבו נעשים שינויים בתנאי ההתקשרות בין בעל מכרז למציע לאחר סיום הליך המכרז, דהיינו לאחר שנבחר הזוכה**. העבודה תבחן את השלב האחרון בהליך המכרז. חלקה הראשון של העבודה יציג את המצב המצוי בדין על כל היבטיו, החלק השני יעסוק במשפט משווה וזאת לפי הדין הקיים בארה"ב, בהמשך לכך פרק ביקורת על הדין המצוי עם הצעות לפתרונות, ולסיום דיון וסיכום העבודה.

המצב המצוי

הנושא שלנו הינו המצב המצוי במצב של שינוי תנאי ההתקשרות לאחר סיום הליך המכרז, דהיינו, לאחר בחירת הזוכה במכרז. פרק הזמן שאליהו אנו מתייחסים הינו, הרשות מול הזוכה במכרז, משמע, השלב האחרון בהליך המכרז. ככלל, אין לשנות תנאי מתנאי המכרז המקורים עד לאחר בחירת זוכה המכרז, דבר זה עלול לגרום לחוסר שוויון בין המציעים.¹

תחילה חשוב להדגיש שהביקורת השיפוטית שחלה על החלטותיה של ועדת המכרזים מתמקדת בבחינת השאלות: האם ההחלטה ניתנה בסמכות, תוך הפעלת שיקול דעת ענייני, שקילת כלל השיקולים הרלוונטיים וכן האם ההחלטות עומדות במבחן הסבירות.² המדובר בהחלטות מנהליות הנבחנות על פי הנורמות של המשפט הציבורי. כך בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הוועדה, אלא בוחן את סבירות החלטתה.³ "הליך הביקורת הוגדר כמצומצם לשאלה אם ההחלטה נקייה מפגמים מוגדרים, כמו שיקולים זרים והפליה. הפסיקה שעסקה בכך הבהירה כי בית המשפט אינו אמור לשמש כ"רשות על" המוסמכת לדון בעניין לגופו ואף לא כערכאת ערעור"⁴. הבדיקה הינה על שיקוליה של הוועדה, האם הם נתקבלו כדין משיקולים ענייניים, או שהחלטות הוועדה נעשו משיקולים זרים שלא לפי עקרונות דיני המכרזים הציבוריים וזאת לפי שנקבע בחקיקה ובפסיקה.⁵ לפיכך, בית המשפט יתערב רק כאשר ועדת המכרזים חרגה במעשיה.⁶

יודגש שלפי הבחנתו של המלומד עומר דקל וזאת לפי פסקי הדין בנושא הנ"ל, עצם ההכרזה על הזוכה במכרז מבחינה נורמטיבית משתכללת כחווה תקף, והחווה הקונקרטי הינו הליך פורמאלי בלבד.⁷

על המכרז הציבורי חולשות שתי מערכות דינים: הדין המינהלי ודיני החוזים,⁸ שתי מערכות הדינים הללו יוצרות "דואליות נורמטיבית". דואליות נורמטיבית מגשימה את עקרונות דיני המכרזים שהם: הגנה על עיקרון

¹ ע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 599, 590 (2003) (להלן: פרשת קל בנין); יגאל מרזל "הרובד הפנימי של המכרז הציבורי" משפט ועסקים ית, 363, 394 תשע"ה (דצמבר 2014)

² עת"מ (ת"א) 37783-12-10 קל-בנין בע"מ נ' מ.ע.צ החברה הלאומית לדרכים בישראל, ע"מ 8 (2011) (להלן: פרשת קל-בנין)

³ בג"ץ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לו (1) 651, 656 (פורסם בנבו, 1983.4.3); ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי פ"ד נז(1) 883, 895 (2003)

⁴ עתמ (מרכז) 10443-10-12 ענבר בטיחות בדרכים בע"מ נ' מעצ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, ע"מ 6 (פורסם בנבו, 21.11.2012); ד"ר ברק ארז משפט מנהלי 620 (התש"ע-2010).

⁵ עעמ 9018/04 סאלם מונא נ' משרד הפנים, 5 (פורסם בנבו, 12.09.2005)

⁶ פרשת קל-בנין, לעיל הערה 2, ע"מ 8.

⁷ עומר דקל "שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז" משפט ועסקים ה 287, 292 (2006) (להלן: עניין עומר דקל). תקנה 71(ב)(3) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג 1993, ק"ת 826

⁸ עעמ 3813/11 טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ, 13 (05.01.2012) (להלן: פרשת טלדור). בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 90-91 (1982); ע"א 4964/92 נשיץ נ' עשת, פ"ד נ(3) 762, 768 (1996); עע"מ 687/04 ינון-תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות-רכבת ישראל, פסקה 12 (פורסם בנבו, 15.6.2006); עע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ, פסקה מ"ח (פורסם בנבו, 24.5.2010)