

מכרזים ציבוריים לאחר חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992

גבריאלה שלו*

- א. מבוא. ב. המבנה החוקי - חוק ותקנות; 1. חוק "רוה"; 2. תקנות; 3. התכ"ס. ג. הצגת החוק; 1. מעט היסטוריה; 2. על מי חלה החובה; 3. על מה חלה החובה; 4. החידוש בחוק. ד. מהו מכרז?; 1. הגדרת המכרז; 2. ההיבט הציבורי וההיבט הכלכלי של המכרז; 3. תחרות הוגנת בתנאי שוויון; 4. אמות-מידה ותנאי סף. ה. הדין המהותי; 1. החלוקה המתודית; 2. חלוקה אנכית: פסיקה ותחיקה; 3. חלוקה אופקית: שניות נורמטיבית. ו. תחולת סעיף 12 לחוק התחזים על מכרזים; 1. כללי; 2. מסקנות. ז. משא ומתן במכרז; 1. העיקרון; 2. משא ומתן עם המציעים; 3. משא ומתן עם הזוכה. ח. סמכות השיפוט. ט. התוצאות של אי-קיום חובת המכרז (סעדים); 1. בטלות; 2. אכיפה; 3. פיצויים. י. אפיקי התקשרות חלופיים. יא. כללי המכרז; 1. ניהול המכרז; 2. פגמים במכרז; 3. ביטול המכרז. יב. פטורים.

* פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
אני מבקשת להקדיש רשימה זו למורי ולידידי, פרופ' יצחק זמיר, לרגל מינויו לכהונה הרמה של שופט בבית-המשפט העליון. פרופ' זמיר הגיח בכתיבתו את היסודות לדיני המכרזים. כעורך כתבי-עת זה פנה אלי בהצעה לכתוב רשימה על חוק המכרזים החדש. בהשראתו ובעידודו נכתבו שורות אלה. כן אני מבקשת להודות לשירלי וולובלסקי, שסייעה לי באיסוף חומר, ולעו"ד דרורה ליפשיץ, סגנית היועץ המשפטי במשרד האוצר, שנאותה לחלק עמי את הידע הרב שרכשה בנושא המכרזים. ברור, עם זאת, שהאחריות לדברים הכתובים היא עלי בלבד.

א. מבוא

במשך כשלושים שנה התגלגלו להם במשרדי הממשלה תזכירים והצעות חוק להסדרה חוקית של נושא המכרזים הממשלתיים, ולחיוב כל הגופים השלטוניים בעריכת מכרזים לביצוע עסקות ולרכישת שירותים. מטעמים רבים ושונים – לא כולם ענייניים – נחקק חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992,¹ רק לאחרונה, בשלהי כהונתה של הכנסת הקודמת. מתכונתו של חוק זה שונה מכל ההצעות שקדמו לו, וניתן, למצער, להגדירו כמוזר: חוק "רזה" ולצדו גודש של תקנות, בשתי מהדורות נפרדות: האחת למכרזי הממשלה בדרך כלל, האחרת למכרזים של מערכת הביטחון.

מאז נחקק חוק חובת המכרזים תוקנו הוא ותקנותיו פעמים אחדות. החוק גם הצליח לעורר ביקורת – ואפילו עוינות – מצד גורמים ממשלתיים וציבוריים. אישי ציבור אינם מחמיצים כל הזדמנות להסביר עד כמה מכביד חוק חובת המכרזים על הפעילות השוטפת של משרדיהם והגופים הכפופים להם. כובן שלא ניגרר לוויכוח מעין זה, וכל שנעשה כאן יהיה להבהיר את החוק החדש והחשוב הזה, להציבו במקום הראוי לו במרקם המשפט הישראלי ולהאירו מהיבטים שונים.

ב. המבנה החוקי – חוק ותקנות**1. חוק "רזה"**

חוק חובת המכרזים מהווה מסגרת נורמטיבית למכרזי המדינה ותאגידיה. עם זאת, פרטים חיוניים רבים לא נקבעו בחוק והושארו לקביעת מחוקק המשנה. כך נוצר מבנה חוקי בעייתי הן מבחינה מושגית והן מבחינה קונסטטוציונית, באשר עיקר כובד המשקל של ההסדר החוקי מצוי בתקנות. מבנה חוקי זה נובע מן השאיפה של חברי כנסת מסוימים, ושל מי שהיה יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת הקודמת, להביא לידי סיום את חקיקת החוק. אילו היה המחוקק הראשי נאלץ לקבוע, בנוסף להסדר הכללי, גם את הכללים המפורטים שנקבעו בתקנות, היתה חקיקת החוק מתעכבת עד מאוד וספק אם היה ניתן להוציאה לפועל.

עם זאת, יש להטעים כי מדובר בתקנות שהן "במסגרת החוק", כלומר תקנות שההסמכה להתקנתן היא בחקיקה הראשית (סעיפים 4 ו-5 לחוק). בנוסף על כך טעונות התקנות אישור של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת – דבר המבטיח פיקוח פרלמנטרי הדוק על חקיקת המשנה.

לעניין היחס הקיים בין החוק לבין התקנות יש לציין גם את סעיף 4(ב) לחוק המסמיך את שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט, לקבוע בתקנות פטור מחובת מכרז "להתקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש ולהתקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז". סעיף קטן זה, שנוסף לחוק כשנה אחת לאחר חקיקתו, נועד להסיר – בריעבד – ספק לגבי חוקיותן של "תקנות סל"

1. ס"ח התשנ"ב 114.

או "תקנות עוללות", כמו תקנה 3(2) הפוסרת מחובת מכרז "התקשרות הנדרשת בדחיפות למניעת נזק של ממש" ותקנה 3(28) הפוסרת מחובת מכרז "התקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז".

2. תקנות

שני קובצי תקנות הותקנו מכוח חוק חובת המכרזים. האחד - תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, החלות על כל משרדי הממשלה ויחידות הסמך שלהם, למצט משרד הביטחון; האחר - תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון), התשנ"ג-1993, שהן בעלות תחולה ספציפית על מכרזים של משרד הביטחון.

בעוד שהסמכות להתקנת התקנות הכלליות נמסרה לשר האוצר (סעיף 4 לחוק), הוענקה סמכות דומה לשר הביטחון בכל הנוגע לעסקות של מערכת הביטחון. סעיף 5 לחוק, מקור הסמכותו של שר הביטחון, קובע כי שר הביטחון יתקין את התקנות בהתייעצות עם שר האוצר. ההתייעצות בין השרים נועדה בוודאי להבטיח - כפי שגם נאמר בדברי הכנסת² - תיאום בין שתי מערכות התקנות, הכללית והביטחונית, וכן התחשבות בשיקולים לאומיים תקציביים כלליים.

הצרכים המיוחדים של מערכת הביטחון הובילו להפרדת דין המכרזים של מערכת הביטחון מדין המכרזים של המדינה ותאגידיה, ולקביעת דין שונה למכרזי מערכת הביטחון. למרות ההבדלים המהותיים בין שני קובצי התקנות, התפיסה הרעיונית שביסודן דומה.

בניגוד למערכת הכללית, שרוב חוזה נערכים בעקבות מכרז פומבי, נערכים רוב החוזים של משרד הביטחון (כ-80%) ללא מכרז. הדבר נובע בעיקר מתנאי סף, הקבוע בתקנה 9 לתקנות של מערכת הביטחון, שלפיו על המציע להיות "ספק מוכר". כפי שיבואר להלן ניתן לקבוע בתקנות תנאי סף, למשל תנאים המגבילים את ההשתתפות במכרז לפלח אוכלוסייה מסוים. ואמנם, נדירים המכרזים במערכת הביטחון שאינם כוללים תנאי סף כזה. מכיוון שמכרזים פומביים במערכת הביטחון הם מעטים ונדירים, נדרש בהם פיקוח ציבורי רב יותר מאשר במכרזים של המערכת הכללית, שבה מובטח הפיקוח על-ידי עצם שיטת המכרז הפומבי. זו כנראה הסיבה לכך שבועדות מכרזים של משרד הביטחון (אך לא של המערכת הכללית) משתתפים באורח קבוע נציגי ציבור.³

3. התכ"ם

בתחתית המדרג החוקי מצוי התכ"ם - תקנון כספים ומשק, הרואה אור מטעם החשב הכללי במשרד האוצר.⁴ עד לצאת חוק חובת המכרזים פעלה הממשלה, על משרדיה וגופיה השונים, על-פי הוראות התכ"ם. הוראות אלו קבעו את הנהלים לרכישת טובין ושירותים

2. ראו דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, בעת הבאתו של נוסח החוק לקריאה שנייה ושלישית: ד"כ התשנ"ב 3393.

3. ראו תקנות 8(ב), 14(א), 15(א) ו-16 לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון), התשנ"ג-1993.

4. התכ"ם נדון פעמים אחדות בפסיקת בית המשפט העליון, ראו בג"צ 15/77 פוטשניק נ'

על-ידי רשויות המדינה באמצעות מכרזים. מבחינת תוקפן הנורמטיבי נחשבו הוראות התכ"ם להנחיות פנימיות של המינהל הציבורי, המתוות את הדרך לעריכת התקשרויות של הרשות הציבורית, ולפיכך ניתנו לאכיפה על-ידי בג"ץ.⁵ עם זאת יכלה לפרקים הרשות הציבורית לסטות מהוראות התכ"ם,⁶ וניתן היה לומר כי התכ"ם מהווה "שטח אפור". במקרים רבים לא נערך כלל מכרז לפני התקשרות חוזית של הממשלה, וזאת בגלל פטורים שהעניק החשב הכללי לעסקה או להתקשרות מסוימת או לסוג של עסקות או בגלל מוסכמה נוהגת (למשל, לא נדרש, בדרך כלל, מכרז בעסקות של הממשלה עם חברות ממשלתיות). פגם בולט של שיטת המכרזים על-פי התכ"ם היה אי-פרסומו של התקנון האמור. ואכן, בהתאם לרוחו החדשה של החוק, נקבע בתקנה 24(ב) כי הוראות התכ"ם יוצעו למכירה לכל דורש ולא יהיו עוד בבחינת "דין גסתר". יש לציין כי ההסדר החוקי החדש לא ביטל את התכ"ם, המוגדר בתקנה 1 לתקנות הכלליות כ"הוראות מינהל שקובע החשב הכללי". ואמנם בתקנה 24(א) נקבעת סמכות החשב הכללי לקבוע בתכ"ם הוראות מינהל ביצועיות. הכוונה היתה שסמכות זו של החשב הכללי תופעל רק כלפי המדינה ורק להחמרה, למשל במקרים שבהם יש פטור ממכרז, אך לא כלפי תאגידים ממשלתיים. התכ"ם מוסיף לחול גם על היחסים שבין המדינה לבין יחידות הסמך שלה (כמו, למשל, המדפיס הממשלתי), הפטורות מחובת מכרז על-פי התקנות.

ג. הצגת החוק

1. מעט היסטוריה

חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, מטיל לראשונה חובה סטטוטורית לקיים מכרז פומבי על הממשלה ועל תאגידים ממשלתיים. שלא כמו גופי השלטון המקומי, המחויבים על-פי חוק לערוך מכרזים לפני קשירת עסקות,⁶ לא נדרשו בעבר מדינת ישראל ורשויותיה השונות להקדים מכרז להתקשרויותיהן החוזיות שנושאות אספקת שירותים ורכישת טובין. עם זאת, כאמור לעיל, נבעו חובות מסוימות לעריכת מכרזים מן התכ"ם. לעומת זאת, גם בעבר היתה קיימת חובת מכרז מכוח חוק בטרם קבלת עובדים לשירות המדינה.⁷ מצב זה, שבו הרשויות המינהליות הציבוריות המרכזיות פטורות ממכרז כדי לבצע עסקות ולהוציא כספי ציבור, היה מצב לא רצוי, שעורר שאלות בדבר הטעם להבחנה זו

משרד התקשורת, פ"ד לא (3) 304; בג"צ 528/81 ספרא נ' שר הבריאות, פ"ד לו (3) 561.

5. בג"צ 528/81, שם 562.

6. לגבי עיריות: סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש], תשכ"ד-1964; לגבי מועצות מקומיות: סעיף 192 לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1950; לגבי מועצות אזוריות: סעיף 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), תשי"ח-1958.

7. סעיף 19 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959.

בין רשויות השלטון המרכזי לבין רשויות השלטון המקומי. בפסיקה ובספרות הובעה תקווה שהמחוקק ירחיב את תחולת החובה למכרז פומבי.⁸ ואמנם, כאשר הובא חוק חובת המכרזים – המרחיב את חובת המכרז ומחילה גם על השלטון המרכזי – לקריאה ראשונה, הסביר יוזם החוק, ח"כ מ' וירשובסקי, ש"החוק הוא חשוב ובא כדי למנוע שחיתות, כדי למנוע פגיעה במינהל תקין וכדי לקבוע עקרונות ברורים בטיפול ברכוש הציבורי".⁹ בשלב הקריאה השנייה והשלישית אמר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ אוריאל לין, כי: "...זה חוק שמכיל הרבה מאוד, והוא מכניס נורמה חשובה ביותר בחיים הציבוריים במדינת ישראל, שהיא חובת קיום מכרזים".¹⁰

2. על מי חלה החובה?

על-פי הצעת החוק¹¹ היתה הכוונה להחיל את חובת המכרז על כל המוסדות והגופים שהממשלה מעורבת בהנהלתם או בתקציבם. כוונה זו לא הוגשמה במלואה. אמנם, החוק מטיל את חובת המכרז על המדינה ורשויותיה ועל "תאגידים ממשלתיים" הכוללים – לפי סעיף 1 לחוק – חברות ממשלתיות ותאגידים שהוקמו בחוק (למשל, רשות הפיתוח, רשות הדואר, המוסד לביטוח לאומי); אולם גופים רבים שהממשלה מעורבת בהנהלתם או בתקציבם – כמו המוסדות להשכלה גבוהה או קופות-החולים – אינם כפופים לחובת המכרז הסטטוטורית. יתר על כן, לאחרונה גוברת במשפטנו הנטייה להחיל את עיקרי המשפט הציבורי גם על גופים המוקמים במשפט הפרטי אך ממלאים תפקידים ציבוריים או מספקים שירותים חיוניים.¹² בעקבות מגמה זו היה ניתן לצפות כי גם על יצירי כלאיים כאלה תוחל חובת המכרז. ציפייה זו לא הוגשמה.

3. על מה חלה החובה?

גם תחולתו המהותית של חוק חובת המכרזים רחבה. שלושה סוגי התקשרויות חוזיות כפופים לחובת המכרז:
א. ביצוע עסקה בטובין או במקרקעין; ב. ביצוע עבודה; ג. רכישת שירותים. למעשה, אלה הם החוזים הידועים בארצות-הברית כחוזי רכישה ("procurement contracts"). על אף הגיסוח הצר של סוג ההתקשרות הראשון – "טובין" ולא "מיטלטלין" – נראה כי הוא כולל גם עסקה שנושאה זכויות מופשטות, כמו עסקה במניות. פרשנות רחבה זו נתמכת בעצם קיומה של תקנה 3(14), הפוטרת מחובת המכרז "מכירה או רכישה של ניירות ערך".

8. דברי השופט שמגר בהקדמה לספרו של ש' הרציג, דיני מכרזים (1976) 7; ז' זמיר, דיני מכרזים ציבוריים, הפרקליט כ (תשכ"ד) 226.

9. ד"כ התשנ"א 5305, 5306.

10. ד"כ התשנ"ב 3393.

11. ה"ח התשנ"א 354.

12. ראו, למשל, ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 518.

חוק חובת המכרזים אינו חל על קבלת עובדים למשרות בשירות המדינה, שלגביה חלה חובת המכרז מכוח חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959. כפי שניתן ללמוד מלשון סעיף 2 ("לא יתקשרו בחוזה") חלה חובת המכרז הפומבי רק על התקשרויות חוזיות ולא על פעולות שלטוניות משפטיות אחרות. דוגמה לפעולה שלטונית שאינה מצריכה מכרז היא מתן רשיון יבוא.¹³ הסיבה להוצאת פעולות אלו מחוץ לתחום חובת המכרז היא שלא קיים לגביהן הטעם הכלכלי שביסוד דיני המכרזים – השגת ההצעה היעילה והטובה ביותר מבחינת בעל המכרז.

4. החידוש בחוק

שני חידושים טמונים בחוק חובת המכרזים. האחד, הטלת חובה חוקית על הרשויות הממשלתיות לערוך מכרז לפני התקשרויותיהן החוזיות. האחר, ואולי הראשון בחשיבותו, הסדרה גלויה של נושא המכרזים. כל עוד פעלו רשויות הממשלה על-פי הוראות התכ"מ, היו הנהלים בדבר דרך ניהול המכרזים בבחינת "דין נסתר" לכלל הציבור. חידושו של החוק הוא בקביעת אמות-מידה ברורות וידועות לטיפול ברכוש הציבור ובחשיפתו, ופרסומו של נושא המכרזים הפומביים. פרסום זה מאפשר פיקוח ציבורי יעיל על כספי הציבור.

החוק מבסס את הזכויות החוקתיות החשובות לטיעון ולעיון בהחלטה הסופית של ועדת המכרזים, בנימוקיה של הוועדה ובהצעה הווכה. בתקנה 21(ב) נקבעה זכותו של בעל ההצעה הזולה ביותר להביא טענותיו בפני ועדת המכרזים, אם זו לא בחרה בהצעתו; ובתקנה 21(ה) נקבעה זכותו העקרונית של משתתף שלא זכה במכרז לעיין בהחלטה הסופית, בנימוקיה ובהצעת הווכה במכרז.

ד. מהו מכרז?

1. הגדרת המכרז

המכרז הוא מכשיר כלכלי משפטי להשגת התוצאות הטובות ביותר בשביל הרשות, תוך הקפדה על עקרונות היסוד של פעילות המינהל הציבורי. השופט ברק מגדיר מכרז כך: "מסגרת ממוסדת לניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה בדרך של תחרות בין הצעות שונות".¹⁴ בפרשה אחרת הוא מציין כי מטרתה של מסגרת זו היא: "השגתן של הצעות, שהן הראויות ביותר מבחינתו של המזמין, תוך שמירה על עקרונות יסוד של שוויון, הגינות וטוהר המידות".¹⁵

13. בג"צ 5871/92 מיטראל נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד מז (1) 521, 527.

14. ד"נ 22/82 בית יולט נ' רביב, פ"ד מג (1) 441, 480.

15. בג"צ 118/83 אינווסט אימפקט נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח (1) 729, 734.

2. ההיבט הציבורי וההיבט הכלכלי של המכרז

לכל מכרז למסירת עבודה מטרה כפולה משני אספקטים שונים: מבחינת בעל המכרז, הרי שלנגד עיניו עומדת המטרה להשיג הצעות מתאימות רבות ככל האפשר, שמהן יוכל לבחור את ההצעה הטובה והנוחה לו ביותר; ואילו מבחינת קהל הקבלנים הבאים בחשבון כמציעים, הרי שהמכרז פותח בפניהם האפשרות לזכות בעבודה המוצעת על יסוד של התחרות הוגנת בתנאים של שוויון.¹⁶

דברים אלה של השופט ברנזון בפרשת בית אריזה רחובות מהווים, עד היום, בסיס להלכות השונות בנושא המכרזים.

למכרז שני היבטים: הציבורי והכלכלי. מבחינה ציבורית מיועדים דיני המכרזים להגשים את עקרון השוויון על-ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים. מבחינה כלכלית מבטאים דיני המכרזים את השאיפה לנהוג ביעילות ובחיסכון בכספי הציבור על-ידי השגת מרב היתרונות למזמין.¹⁷ שני היבטים אלה של דיני המכרזים מהווים מקור למתח המתמיד הקיים בין האינטרס הציבורי, המחייב את הרשות הציבורית, בעלת המכרז, לכלכל את מעשיה ולנהל את ענייניה בדרך שתבטיח שוויון והעדר משוא פנים כלפי המשתתפים במכרז לבין האינטרס העסקי המיועד להפיק מן ההצעות השונות את ההצעה הטובה והיעילה ביותר, כדי שהציבור יקבל את מרב התועלת במחיר זול ונוח ככל שניתן.

עם זאת, כיוון שמדובר במכרזיה של רשות ציבורית, העוסקת בכספי ציבור, האינטרס העסקי לעולם איננו אינטרס כלכלי טהור, וגם בחובו ניתן לגלות את האינטרס הציבורי הכללי. ואמנם, בדרך כלל, חוק חובת המכרזים מעדיף את האינטרס הציבורי ואת עקרון השוויון שהוא מבטא, על פני האינטרס הכלכלי. סעיף 2 לחוק – שהוא הסעיף המרכזי בו – קובע את חובת המדינה ותאגידיה לקיים מכרז פומבי "הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו".

האינטרס הכלכלי נזכר בחוק רק פעם אחת – בסעיף 4(א) – "סעיף עוללות", המשקף את ההלכה הפסוקה, שלפיה צריך המכרז לשמש יתרון ולא מגרעת לבעל המכרז.¹⁸ תקנה 22 לתקנות הכלליות קובעת את אמות המידה לבחירת ההצעה "המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז", ובכך מקדמת אף היא את האינטרס הכלכלי.

16. בג"צ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, 27.

17. בג"צ 187/71 "רמט" בע"מ נ' החברה לשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, פ"ד כו (1) 118, 123.

18. ראו בג"צ 187/71, שם 123.

3. תחרות הוגנת בתנאי שוויון

לעומת הליכים טרום חוזיים אחרים, המכרו מתאפיין באופיו התחרותי. כזכור הגדירו השופט ברנזון כ"התחרות הוגנת בתנאים של שוויון".¹⁹ השופט ברק ציין כי המאפיין את המכרו הוא קיומה של "תחרות מאורגנת", דהיינו, יצירתה של מסגרת ארגונית, מעין שוק, שבה מתבקשות ומתקבלות הצעות הגבחות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן.²⁰ ובעניין אחר הוסיף השופט ברק ואמר כי היסוד התחרותי הוא לבו של הליך המכרו.²¹

ואכן, עקרון השוויון, שהוא העיקרון החשוב ביותר בתחום המכרוים, נגזר מעצם מהותו ואופיו התחרותי של המכרו.²² תחרות שאין עמה שוויון – אינה יכולה להיות תחרות הוגנת. לפי עקרון השוויון זכאי כל משתתף במכרו ליהנות ממעמד שווה למעמד של מתחריו. כדברי השופט לנדוי, השוויון של תנאי התחרות בין המציעים וביחסו של מוציא המכרו אל המציעים הוא "נשמח אפו של המכרו".²³

4. אמות-מידה ותנאי סף

סעיף 4(א)(5) לחוק חובת המכרוים מסמיך את שר האוצר לקבוע בתקנות אמות-מידה לבחירת ההצעות המתאימות. שר האוצר עשה שימוש בסמכות זו והתקין את תקנה 22, הקובעת את אמות-המידה לבחירת ההצעה, המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרו. מלשון תקנה 22, הקובעת כי אמות-המידה האמורות בה "הן אלה", ומלשון תקנה 21(ב), המפנה את ועדת המכרוים אל "אמות-המידה האמורות בפסקאות (2) עד (4) שבתקנה 22", נובע כי אמות-המידה המנויות בתקנה 22 הן סופיות. אמות-מידה ייחודיות אלו אינן חורגות מאלו שנקבעו בעבר בפסיקה לצורך בחירת ההצעה הראויה.²⁴

19. בג"צ 292/61 (לעיל, הערה 16) 27.

20. בג"צ 118/83 (לעיל, הערה 15) 734.

21. ד"נ 22/82 (לעיל, הערה 14) 481-480.

22. בג"צ 187/77 קופטש נ' שר הפנים, פ"ד לה (1) 309, 315; בג"צ 19/79 רחמן נ' עיריית אשקלון, פ"ד לג (3) 794, 798; בג"צ 173/82 סלע נ' עיריית נהריה, פ"ד לו (2) 472, 475. לאחרונה מסתמנת בפסיקת בית-המשפט העליון מגמה של החלת דיני המכרוים, ובעיקר עקרון השוויון המאפיין אותם, גם על אדם או גוף פרטי המוציא מכרו לציבור. דאו בג"צ 376/80 פעלים נ' התעשייה האווירית, פ"ד לד (4) 207. ראשיתה של מגמה זו בפרשת בית יולס, על שני גלגוליה, ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לו (1) 533; ד"נ 22/82 (לעיל, הערה 14); המשכה בפסק-דין בעניין קסטנבאום, ע"א 294/91 (לעיל, הערה 12) וסופה מי ישרנו.

23. בג"צ 47/68 שרמן נ' שר העבודה, פ"ד כב (1) 496, 499.

24. ת"א (חי') 831/92 "שושן" נ' ראש המועצה המקומית שלומי, פ"מ תשנ"ג (א) 344, 345; בג"צ 28/79 852/78 חברת שי גטר נ' שר הבריאות, פ"ד לג (2) 566, 574; בג"צ 112/81 ר' זילבר ובניו נ' עיריית באר-שבע, פ"ד לה (4) 456, 461; בג"צ 417/82 פרינץ נ' עיריית ירושלים, פ"ד לו (1) 169, 177; בג"צ 789/83 בדיר נ' המועצה המקומית – כפר קאסם,

ואלו הן אמות המידה האמורות:

- א. המחיר המוצע או המבוקש, לפי העניין;
- ב. איכות הטובין, העבודה או השירות המוצעים, והתאמתם לעורך המכרז;
- ג. אמינותו של המציע, כישוריו, מומחיותו ותחומי התמחותו;
- ד. המלצות על המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות.

בתקנה 21(ב) מודגש שהמחיר איננו הגורם היחיד שיש להתחשב בו, אלא יש להתחשב בכל אחת מאמות המידה המוזכרות בתקנה 22.

בשנת 1993 הוסף לחוק סעיף 3א המסמיך את הממשלה לקבוע בתקנות, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הוראות בעניינים נוספים שנועדו לקדם אינטרסים ציבוריים. בתקנות שיותקנו מכוח סעיף זה ייקבעו הוראות בדבר העדפת תוצרת הארץ; העדפה בשל התחייבות לשיתוף פעולה עסקי בין-לאומי או לרכש גומלין בין-לאומי והעדפה של תוצרת מאזורי עדיפות לאומית.

תקנות לפי סעיף זה עדיין לא הותקנו. עצם הכוונה להתקינן כבר מעוררת מחלוקת ציבורית רבה. אמנם מדובר בשאיפה – מבורכת כשלעצמה – לקדם ולהעדיף את תוצרת הארץ. אולם ברור כי חיוב גופים ממשלתיים להעדיף תוצרת מסוימת היא התערבות לא רצויה בשוק ובכלכלה החופשית.

בסעיף 9(ב) לחוק נקבע כי עד לכניסתו לתוקף של התקנות לפי סעיף 3א²⁵ ינהגו המדינה וכל תאגיד ממשלתי בכל העניינים המפורטים בסעיף האמור לפי הכללים והנהלים, שהיו נוהגים לפני תחילתו של חוק זה.

נוכח תוספת זו לא ניתן להתייחס לתקנה 22 ולאמות המידה המנויות בה כאל רשימה מלאה. בבוא ועדת המכרזים לבחור את "ההצעה המעניקה את מרב היתרונות לעורך המכרז", יהיה עליה להתחשב גם בכללים ובנהלים שנקבעו בעבר, ועם זאת התקנות – גם בהוראות המפורשות שייקבעו בהן.

יש להבחין בין אמות מידה ובין תנאי סף. בעוד שאמות המידה הן, כאמור, הקריטריונים לבחירת ההצעה, תנאי סף הם תנאים מוקדמים להשתתפות במכרז מסוים. ההסמכה לקבוע תנאי סף מצויה בסעיף 4(א2) לחוק, המסמיך את שר האוצר לקבוע "סוגי עסקות שבהן תהיה ההשתתפות במכרז מותנית בתנאים שייקבעו".

²⁵ פ"ד לח (4) 406, 412 ובג"צ 358/84 אלקו נ' איגוד ערים אזור דן, פ"ד לח (4) 660, 663. וראו, למשל, ע"א 700/89 חברת החשמל נ' מליבו, פ"ד מז (1) 667, 677, שלפיו רשאי בעל המכרז לבחור גם בהצעה שאינה הזולה ביותר, ובלבד שהוא סומך עצמו אל "טעם סביר ומיוחד שלעניין" (שאז – כדברי השופט חשין – עובר אליו הנטל להראות על שום מה לא בחר במציע הזול ביותר).

25. או עד למועד שחזר והוארך בתיקונים לחוק עד ליום 1.1.1995.

בדומה לאמות המידה, גם תנאי סף היו מוכרים ומקובלים בהלכה הפסוקה שקדמה לחוק, כתנאים מקדמיים להשתתפות במכרז, שעורך המכרז רשאי לקבוע, ובלבד שהדבר יצוין במפורש בתנאי המכרז.²⁶ נקבע²⁷ שהצעה שאינה עונה על תנאי סף היא פסולה. תנאי הסף המוקדמים להשתתפות במכרז קבועים בתקנה 6, והם בעיקר: רישום בכל מרשם רלוונטי (תקנה 6(א1)); עמידה בדרישות התקן (תקנה 6(א2)); המצאת אישורים על תשלום חובות מס (תקנה 6(א3)); וכן (תקנה 6(ב)) "תנאים ענייניים נוספים" כמו ניסיונו של המציע, כישוריו והיקף פעילותו, כפי שהתנה בעל המכרז. תנאי סף אפשרי שמוגה תקנה 6(ב), הוא חשיבות המקום שבו מתנהלים עסקיו של המעוניין להשתתף במכרז. הכוונה היא לחשיבות הכלכלית או הלאומית, המעוגנת בהעדפת תוצרת הארץ.²⁸

ה. הדין המהותי

1. החלוקה המתודית

את הדין המהותי החל על המכרז ניתן לתאר על-פי שתי חלוקות: חלוקה אנכית וחלוקה אופקית. על-פי החלוקה האנכית חלות על המכרז שתי מערכות דינים: ההלכה הפסוקה בנושא מכרזים מצד אחד, והחוק החדש, על תקנותיו, מצד אחר. על-פי החלוקה האופקית חלים על המכרז, בד בבד, המשפט הציבורי והמשפט הפרטי. זוהי "הדואליות הנורמטיבית" המפורסמת, מבית מדרשו של השופט ברק.²⁹ אתייחס עתה לשתי חלוקות אלה.

2. חלוקה אנכית: פסיקה ותחיקה

א. פסיקה. לפני כשלושים שנה פתח ד"ר יצחק זמיר מאמר על דיני מכרזים ציבוריים בזו הלשון:

26. ת"א (חי') 831/92 (לעיל, הערה 24) 347; בג"צ 417/82 (לעיל, הערה 24) 170 ובג"צ 118/83 (לעיל, הערה 15) 736.

27. בג"צ 466/82 עזר את רובנגן נ' עיריית רמת-גן, פ"ד לו (1) 696, 699.

28. ראו בג"צ 358/77 דרון נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב (1) 729, 733-734, ובג"צ 118/83 (לעיל, הערה 15) 736, שבהם מביע השופט ברק את השקפתו, שלפיה השיקול של העדפת תוצרת הארץ הוא שיקול ענייני.

29. ראו בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הביטחון, פ"ד לד (3) 706, 716; בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729, 748; בג"צ 389/80 דסי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 435; בג"צ 341/80 דוויק נ' בכר, פ"ד לה (2) 197, 199; בג"צ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85, 90; בג"צ 118/83 (לעיל, הערה 15) 736; בג"צ 295/83 דר נ' ועדת המכרזים של עיריית קריית ביאליק, פ"ד לח (2) 87, 85.

במשך השנים האחרונות יצר בית המשפט הגבוה לצדק, בחינת יש מאין, מערכת מסועפת של הלכות בקשר למכרזים הנערכים על-ידי רשויות המינהל הציבורי.³⁰

אמנם בפסק-דין פסטרנק³¹ אומר השופט ברק כי בית המשפט הגבוה לצדק לא יצר הלכות אלה "יש מאין" אלא פנה לעקרונות היסוד של השיטה, ויצק בהם את התוכן הקונקרטי של דין המכרז; אולם ברור הדבר כי העקרונות והכללים החלים על מכרזים במשפטנו נקבעו על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק בפסקתו היוצרת, ופסיקה זו רק הלכה והתגברה במהלך השנים שחלפו מאז נכתב המאמר החלוצי של פרופ' זמיר. בפנינו כיום "מערכת נורמטיבית מגובשת אשר ניתן להפעילה הלכה למעשה".³²

עקרונות וכללים אלה, שנקבעו בבית המשפט הגבוה לצדק, ממשיכים לחייב את הרשות הציבורית העורכת מכרז, לצד החוק והתקנות, כתשתית להוראות התחיקה וכעיבוי להן. יתר על כן, ניתן לומר כי חוק חובת המכרזים מבטא את העקרונות שנקבעו בפסיקה, ואילו התקנות שלפי החוק משקפות את הכללים המפורטים יותר שנקבעו בפסיקה ונגזרות מתוך עקרונות היסוד.

ב. תחיקה. את ההיררכיה הנורמטיבית של חוק חובת המכרזים תיארתי לעיל כך: בראש, חוק – הקובע את החובה לקיים מכרז; לאתרו, תקנות שבחובה – הטעונות אישור פרלמנטרי בשני קבצים (למערכת הכללית ולמערכת הביטחון) ובהן ההסדרים הפרטניים; ובתחתית, התכ"ם – תקנון כספים ומשק הכולל הוראות מינהל שקובע החשב הכללי.

לרשימה זו יש להוסיף גם את חוקי החוזים הכלליים: חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אשר – כפי שיבואר בהמשך – חלים על מכרזים ועל החוזים הנוצרים בעקבותיהם.

3. חלוקה אופקית: שניזת נורמטיבית

א. כללי. המכרז ניתן לבחינה אנליטית ולתיאור בשתי מסגרות דין: המשפט הציבורי והמשפט הפרטי.

ב. משפט ציבורי. בתשתיתם הרעיונית של דיני המכרז מצויים כללי המשפט הציבורי. המכרז מהווה חלק מפעילותה המינהלית של הרשות הציבורית, החשופה לביקורת שיפוטית. רשות ציבורית העורכת מכרז כפופה לכל דיני המשפט הציבורי החלים על פעילות מינהלית, למשל, האיסור להפלות והאיסור להתחשב בשיקולים זרים. ג. משפט פרטי. ניתן להשקיף על המכרז גם באספקלריה של המשפט הפרטי. במונחי המשפט הפרטי המכרז הוא הזמנה להצעה וגם חלק מן המשא ומתן לקראת כריתת חוזה

30. "זמיר", דיני מכרזים ציבוריים, הפרקליט כ (תשכ"ד) 226.

31. בג"צ 991/91 פסטרנק נ' שר השיכון, פ"ד מה (5) 50, 63.

32. כדברי השופט ברק בבג"צ 991/91, שם 63.

הרשות; משא ומתן שעליו חולש ואתו מסדיר סעיף 12 לחוק החוזים,³³ זאת ועוד; לאחרונה חזרה והובלטה בפסיקת בית המשפט העליון האפשרות – שהועלתה לראשונה על ידי השופט ברק בפרשת רביב נ' בית יולס,³⁴ לראות במסגרת המכרז "חוזה נספח" בין בעל המכרז לבין כל אחד מן המשתתפים, המחייב את הצדדים לו לנהוג לפי כללי המכרז.³⁵ על חוזה נספח זה ועל הפרתו חלים דיני החוזים והתרופות בשל הפרה.

ו. תחולת סעיף 12 לחוק החוזים על מכרזים

1. כללי

על אף הניגוד הפנימי, שעליו נעמוד להלן, הקיים בין מושג המשא ומתן ובין מושג המכרז, יש להטעים כי בהיות המכרז – כמונחי המשפט הפרטי – הזמנה להצעה, הרי הוא מצוי בשלב הטרום-חוזי.

כאשר מדובר בחוזה-רשות, מתחיל המשא ומתן לקראת כריתתו עם פרסום המכרז. מכאן שעל פרסום המכרז, ניסוח תנאיו וההתנהגות על-פיו, קבלת ההצעות, שקילתן והבחירה מתוכן חלה גם, בנוסף לכללי המשפט הציבורי, הגורמה, הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים הכללי, שלפיה יש לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב" בשלבים הקודמים – לוגית וכרונולוגית – לכריתת החוזה.

2. מסקנות

מתחולת סעיף 12 לחוק החוזים בתחום המכרזים הציבוריים משתמע כמה מסקנות:
א. בנוסף לחובות הרשות הציבורית, בעלת המכרז, שמקורן במשפט הציבורי, שומה על הרשות לצאת גם ידי חובת תום-הלב. ייתכן שאין בכך אלא כדי להציב מקור נוסף, חלופי, לחובת הרשות הקיימת בלאו הכי, מכוח המשפט הציבורי. עם זאת התפתחו, במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים, הלכות רבות, הניתנות ליישום גם בנושא המכרזים. כך, למשל, נקבע בפסיקה כי מי שמנהל משא ומתן בלי כוונה אמיתית לסיימו, או מי שעורך חוזה בלי כוונה לקיימו, פועל בחוסר תום-לב.³⁶ במקביל ובאנלוגיה להלכה זו, הלקוחה מן המשפט הפרטי, ניתן לומר כי מי שמוציא מכרז "תפור" או מפרסם מכרז בידועו מראש שלא יסכים לשום הצעה, פועל בחוסר תום-לב.³⁷

ב. לא רק הרשות, בעלת המכרז, אלא גם האזרח המתקשר חייב לנהוג בתום-לב בשלבים הטרום-חוזיים, ושלב המכרז בכללם. ומכיוון שכל המציעים משתתפים, רעיונית,

33. ראו ג' שלו, דיני החוזים (1990) 657-660; ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לו (1) 533, 542.

34. ע"א 207/79, שם 546.

35. ראו דברי השופט חשין בע"א 700/89 (לעיל הערה 24) 687-688.

36. ראו ע"א 760/77 בן עמי נ' בליל, פ"ד לג (3) 567, 574.

37. השוו בג"צ 295/83 (לעיל, הערה 29) 87, שם נקבע כי בעל מכרז המבקש הצעות לחלופה מסוימת, בידועו מראש כי לא יסכים לאף אחת מהן, פועל בחוסר תום-לב.

בימשה ומתן לקראת כריתתו של חוזה הרשות, שומה עליהם לנהוג בתום לב. ואמנם בפסיקת בג"ץ נקבע כי משתתף במכרז שהגיש הצעה שנקבה בסכומים מופרזים באופן בלתי מתקבל על הרעת - פעל בניגוד לסעיף 38.12

ג. הוראת סעיף 12(ב) לחוק החוזים קובעת סעד של פיצויים שליליים כנגד צד למשא ומתן הפועל בחוסר תום לב, מכוח הוראה זו עשויות לקום תביעות הדדיות לפיצויים (שליליים) של הצדדים למכרז.

ז. משא ומתן במכרז

1. העיקרון

משא ומתן הוא היפוכו של מכרז. כשקיימת חובת מכרז - בין מכרז פומבי ובין מכרז סגור - אין מקום למשא ומתן. כך, למשל, ניתן לומר כי תקנה 17 לתקנות המחייבת להמציא את מסמכי המכרז הפומבי לכל דורש, וביניהם גם את נוסח החוזה, מנטרלת במידה רבה את כללי המשא ומתן המסחרי הרגיל.

2. משא ומתן עם המציעים

סעיף 4(א)(3) לחוק מסמיך את שר האוצר להתקין תקנות לגבי "סוגי עסקאות שבהן ניתן לנהל משא ומתן עם המציעים שהצעותיהם נמצאו מתאימות, וכללים לניהול המשא ומתן".

בעבר קבעה ההלכה הפסוקה שבדרך כלל אין לנהל משא ומתן אישי עם אחד המציעים להפתחת המחיר שנקב בו לראשונה, שכן משא ומתן כזה פוגע בעקרון השוויון. אולם במקרים מסוימים ומוגדרים הוכרה האפשרות לנהל "דמוי מכרז" או "מעין מכרז", באמצעות פנייה לכמה מועמדים ראויים.³⁸ עתה קובע החוק כי בעסקאות מסוימות ניתן לנהל משא ומתן עם המציעים "שהצעותיהם נמצאו מתאימות". משא ומתן כזה מיועד להביא לשיפור ההצעות השונות, עוד לפני שהסתיימו הליכי המכרז ולפני שנקבע איזו היא ההצעה הטובה ביותר ומי הוא המציע הזוכה. נראה כי משא ומתן כזה - ואפילו הוא מתנהל רק עם כמה מן המציעים, שהצעותיהם נמצאו מתאימות - פוגע בעקרון השוויון ובכללי המכרז הבסיסיים.

בתקנה 7 הופעלה סמכות שר האוצר לפי סעיף 4(א)(3) לחוק; והיא מסדירה את הסוגיה של ניהול משא ומתן עם המתמודדים במכרז שהצעותיהם נמצאו מתאימות.

בתקנה 7(א) נקבעים - באורח צר ודווקני - סוגי העסקאות שבהן, ורק בהן, ניתן לנהל משא ומתן עם מציעים, והן - בדרך כלל - עסקאות מורכבות מבחינה טכנולוגית, או כאלו הדורשות איתנות פיננסית, או התקשרויות לרכישת טובין בעלי תכונות מיוחדות ואפיונים בלתי נפוצים.

38. בג"צ 707/80 בתי אילנות נ' המועצה המקומית ערד, פ"ד לה (2) 309, 312.

39. ראו בג"צ 492/79 (לעיל, הערה 29); בג"צ 35/82 ישמאר נ' משרד הביטחון, פ"ד לו (2)

505; בג"צ 528/85 חזאן נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד מ (2) 487.

נקבע גם, בתקנה 7(ב), כי חובה להודיע מראש – במסמכי המכרז, ובמכרז פומבי גם במודעה בעיתונים – כי ההתקשרות תיעשה באמצעות ניהול משא ומתן עם המציעים בתקנה 7(ג) נקבע אופן ניהול המשא ומתן, והוא: "תוך הקפדה על מתן הודמנות הוגנת לכל המציעים שעמם מנוהל משא ומתן". נדרש גם באותה תקנה שתוכנו של המשא ומתן יירשם בפרוטוקול, דבר היוצר מסגרת בת-פיקוח למשא ומתן עם מציעים.

3. משא ומתן עם הזוכה

הטעם הרעיוני לכלל האוסר ניהול משא ומתן עם מציעים במכרז, הוא שמשא ומתן כזה סותר, מיניה וביה, את עקרון השוויון העומד בבסיס דיני המכרז הפומבי. מטעם זה קבע בעבר השופט ברק כי אין לראות מגיעה עקרונית בניהול משא ומתן עם בעל ההצעה הזוכה, לאחר שהליכי המכרז הסתיימו והוחלט כבר למסור לו את העבודה.⁴⁰

הלכה זו של השופט ברק היוותה בשעתה חידוש ושינוי לעומת ההלכות המסורתיות, שבהן נקבע חד וחלק, בלשוננו של השופט זוסמן, כי "העקרון של עריכת מכרז... הוא שמקבלים הצעה או דוחים אותה כמות שהיא, אך אין מנהלים משא ומתן".⁴¹ השופט זוסמן מנמק את הלכתו בהבעת תמיהה: "על שום מה יסכים מציע שכבר נמסרה לו העבודה להוריד מהמחיר?" ומוסיף ומציין כי "אין צריך לומר שלא מן המידה להוציא מכרז על מנת שבעל המכרז יוכל לאחר מכן לעמוד על המקח עם מציע זה או אחר".⁴² לעומתו, השופט ברק מסביר את הלכתו החדשה כך: "במסגרתו של משא ומתן זה, נקודת המוצא היא, שהמציע, שהצעתו זכתה, זכאי שיעשה עמו תווה על-פי הצעתו המקורית, וכל שינוי בהצעתו הוא עניין לשיקול-דעתו שלו בלבד. הדבר דומה בעיני למקרה, שבו החוזה כבר נחתם ומתבצע, ובעלי החוזה מנהלים משא ומתן במסגרתו של החוזה להכניס בו שינויים מסויימים".⁴³

תקנות חובת המכרזים אינן כוללות היתר מפורש לניהול משא ומתן עם הזוכה. עם זאת, נראה כי על-פי הפסיקה החדשה הנזכרת, מותר גם היום לנהל משא ומתן עם הזוכה על-פי החלטה רשמית וסופית של ועדת המכרזים.

בעריכת משא ומתן עם הזוכה יש להיזהר מעקיפת דיני המכרזים ובעיקר מפגיעה בעקרון השוויון. לפיכך אסור שמשא ומתן כזה יהפוך למכרז חדש, ויש להגבילו לנושא המכרז המקורי ולהימנע משינויים מהותיים או משמעותיים בו. עם זאת, משא ומתן לשינוי

40. בג"צ 118/83 (לעיל, הערה 15) 737.

41. בג"צ 316/63 גזית ושחם נ' רשות הנמלים, פ"ד יח (1) 172, 180-181. וראו גם בג"צ 210/52 רהיטי "לכל" נ' שר הכסתר והתעשייה, פ"ד ו 795, 798-799.

42. בג"צ 316/63, שם 180.

43. בג"צ 118/83 (לעיל, הערה 15) 737.

במחיר הינו משא ומתן מותר, משום שהוא מקיים את הדרישה של צמידות למסגרת החוזית שנקבעה כבר.⁴⁴ במשא ומתן כזה יש להיזהר ממצב שבו ייענה המציע ללחץ להפחית מחיר, מתוך תקווה לזכות בעתיד במכרזים אחרים.

ח. סמכות השיפוט

התבוננות על המכרז הציבורי באספקלריה חוזית אפשרה עוד בעבר ראייה שונה גם של סמכות בתי המשפט. סעיף 12 לחוק החוזים עשוי היה להוות עוגן להחלת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים, ולא רק של בג"ץ, על הליכי המכרז הציבורי.

אולם בעבר נדונו, כידוע, ענייני מכרזים ציבוריים בבית המשפט הגבוה לצדק, ולא בבתי המשפט האזרחיים. התקדמות בכיוון של הכרה בסמכות בתי המשפט האזרחיים לגבי מכרזים ציבוריים ניתן למצוא בפרשת מיקרודף נ' חברת החשמל,⁴⁵ שבה נקבעה סמכות בתי המשפט האזרחיים לגבי משא ומתן של חברת החשמל. אמנם חברת החשמל איננה רשות ציבורית במלוא מובן המלה, אולם בקרב החברות הממשלתיות יש לה מעמד מיוחד, הנובע מן הסמכויות השלטוניות שהוענקו לה באמצעות זיכיון מן המדינה ומשליטתה על אמצעי ייצור חיוני.

ואכן, ההכרה בסמכות בתי המשפט האזרחיים לגבי משא ומתן של חברת החשמל סללה את הדרך להכרה בסמכות זו לגבי מכרזים ציבוריים בדרך כלל. בפסק הדין בעניין פסטרנק⁴⁶ נקבע, כעניין של מדיניות והכוונה שיפוטית, כי בדרך כלל יש לדון בתביעות שנושאות מכרזים בבתי המשפט האזרחיים. קביעה זו נבעה רעיונית מראיית המכרזים כשלב טרום-חוזי בעריכת חוזה הרשות. עם זאת נשמרה, כמובן, סמכותו המקבילה של בג"ץ בענייני מכרזים, אולם נאמר שזו תופעל במקרים "חריגים ויוצאי דופן". ואכן, הלכה למעשה, נדונים עתה ענייני המכרזים של המדינה ושל כל הגופים הציבוריים בבתי המשפט האזרחיים. כרבני פרופ' זמיר: "תם עידן המכרזים הציבוריים בבית המשפט הגבוה לצדק".⁴⁷

הלכת פסטרנק לא שינתה את הדין המהותי החל על מכרזים, אלא רק את הדין המוסמך לדון בהם. אולם מהקניית הסמכות לדון במכרזים לבתי המשפט האזרחיים ושיוורה בידי בג"ץ במקרים נדירים, נובעת גם תחולתם של סדרי דין שונים. כך, למשל, ניתן כיום לחקור בפני בית המשפט הן במכרז את חברי ועדות המכרזים, וניתן גם לדרוש גילוי רב יותר של מסמכי המכרז (אם כי גילוי כזה נובע גם מן התקנות החדשות).

44. ראו דברי השופט ברק בבג"צ 118/83 (לעיל, הערה 15) 738.

45. בג"צ 731/86 מיקרודף נ' חברת החשמל, פ"ד מא (2) 449-455.

46. בג"צ 991/91 (לעיל, הערה 31).

47. יי זמיר, "מכרזים ציבוריים בבתי המשפט אזרחיים" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 197,

ט. התוצאות של אי-קיום חובת המכרז (סעדים)

1. בטלות

חוזה שנערך בלא שקדם לו מכרז, במקום שבו חוק חובת המכרזים תובע קיום מכרז, או חוזה שנערך בעקבות מכרז פגום או בניגוד אחר לחוק חובת המכרזים ותקנותיו – הוא חוזה שכריתתו היא לא-חוקית. על-פי סעיף 30 לחוק החוזים הכללי חוזה כזה, שכריתתו לא-חוקית, הוא בטל.⁴⁸

תוצאותיו של חוזה לא-חוקי קבועות בסעיף 31 לחוק החוזים הכללי. התוצאה העיקרית והעקרונית של בטלות חוזה כזה היא חובת ההשבה ההדדית.

בהמשך סעיף 31 נקבעות סמכויותיו המיוחדות של בית-המשפט כלפי חוזה בטל בשל אי-חוקיות.⁴⁹ חשובה ביניהן לענייננו היא סמכות בית-המשפט, המותנית בשיקולי צדק, לחייב צד לחוזה פסול בקיום החיוב שכנגד. סמכות זו, שתופעל רק במקרים נדירים, מאפשרת לחייב את הרשות הציבורית לקיים את חלקה בחוזה שכריתתו מנוגדת לחוק – כאשר חוזה זה כבר בוצע, בחלקו או במלואו.

2. אכיפה

על-ידי המכרז נוצר קשר חוזי בין בעל המכרז (בענייננו, הרשות הציבורית) לבין כל אחד מן המציעים. נושאו של קשר חוזי זה הוא תנאי המכרז, ובו מתחייב בעל המכרז לפעול לפי תנאים אלה. רעיון זה, שלפיו נוטלים על עצמם המשתתפים במכרז התחייבויות הדדיות לקיים את תנאי המכרז, הועלה לראשונה על-ידי פרופ' זמיר⁵⁰ ופותח על-ידי השופט ברק.⁵¹

עולה מכאן כי כאשר הרשות הציבורית פועלת בניגוד לכללי המכרז, היא מפרה את התחייבותה החוזית כלפי כל המשתתפים במכרז להתנהג לפי תנאי המכרז, וכל אחד מן המציעים זכאי כלפי הרשות לתרופות הגיתנות בשל הפרת חוזה.

על כן, מציע שהיה צריך לזכות במכרז, אך זכייתו נשללה ממנו שלא כדין ונמסרה לאחר, זכאי לבקש – ולקבל – מבית-המשפט צו אכיפה, הכולל על-פי הגדרת האכיפה בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, גם צו מניעה ("צו לא תעשה").

עם זאת, המהפך שחל עם העברת ענייני המכרזים מבית-המשפט הגבוה לצדק לבתי-המשפט האזרחיים תולל שינוי גם בנושא האכיפה, ולא דווקא לטובה. בעבר, כאשר גדונו ענייני מכרזים בבג"ץ, יכול היה האזרח שהשתתף במכרז, לזכות בצו שיחייב את

48. השו"ב בג"צ 749/78 מרינובסקי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לג (21) 601; בג"צ 282/80 אלף נ' נתיבות, פ"ד לה (1) 601.

49. לדיון בסמכויות אלה ראו ג' שלו (לעיל, הערה 33) 396-403.

50. במאמרו "דיני מכרזים ציבוריים" (לעיל, הערה 30) 408, אומר פרופ' זמיר: "ניתן לראות במכרז התחייבות-מכללא לנהוג בהצעות שתתקבלנה על-פי דיני המכרז; ההשתתפות במכרז, על יסוד הבטחה זאת, יוצרת חוזה בין הרשות לבין המשתתף; וסטייה של הרשות מדיני המכרז תהווה הפרת החוזה".

51. ראו ע"א 207/79 (לעיל, הערה 22) 546-547 ור"נ 22/82 (לעיל, הערה 14) 480.

הרשות השלטונית לקיים את כללי המכרז כהלכתם, ולעתים גם בצו מוחלט שיחייב את הרשות להתקשר עמו בחוזה. אולם כיום, כאשר ענייני המכרזים נדונים במערכת בתי-המשפט האזרחיים, מציב סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ט-1958, מחסום דינוני, המונע מבית-המשפט אכיפת חוזה על המדינה (אם כי לא על גופים ציבוריים אחרים החייבים במכרז). בכך נשללת מן הפרט המתקשר עם המדינה התרופה העיקרית המוענקת על-ידי בית-המשפט במקרים של הפרת חוזה, הלא היא תרופת האכיפה. תוצאה זו אינה רצויה, ובתי-המשפט הצליחו לרכך אותה באמצעות מתן סעדים הצהרתיים. ניסיון העבר הוכיח כי בדרך כלל די בפסק-דין הצהרתי כדי לחייב את הרשות לקיים את התחייבויותיה, ופסק-דין הצהרתיים – סופיים וזמניים⁵² – הפכו תחליף בעל השפעה להשגת אכיפתו של חוזה-רשות על המדינה. בקרוב ישתנה גם המצב החוקי-פורמלי, כאשר תיושם המלצתה של ועדה, בראשות שופט בית-המשפט העליון תיאודור אור, לביטול סעיף 5 האמור.

3. פיצויים

את תביעת הפיצויים של משתתף במכרז, שזכותו על-פי דיני המכרזים נשללה ממנו, ניתן לבסס הן על המסגרת הנורמטיבית החוזית והן על המסגרת הנורמטיבית הטרומ-חוזית.

במסגרת החוזית יכול משתתף לזכות בפיצויים מן הרשות הציבורית, בעלת המכרז, במערכות נסיבות מגוונות. כך, למשל, כאשר המשתתף אינו מעוניין באכיפה אלא בפיצויים דווקא. גם כאשר קיימת מניעה – בדמות סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) – לתביעת אכיפה, או כאשר תרופת האכיפה איננה אפשרית, למשל מן הטעם שמי שזכה במכרז שלא כדין כבר השלים את ביצוע החוזה, יכול המשתתף המאוכזב לזכות בפיצויים.

משתתף במכרז, שהפרת כללי המכרז הביאה לנישולו מזכויותיו, יכול לתבוע גם במסגרת הטרומ-חוזית, בהתבסס על סעיף 12(ב) לחוק החוזים. אמנם, על-פי לשונו, מגביל סעיף זה את הסעד במקרים של הפרת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב בשלב הטרומ-חוזי, לפיצויים שליליים, ששיעורם כשיעור אינטרס ההסתמכות ומטרתם החזרת המצב לקדמותו.⁵³ אולם לאחרונה מסתמנות בפסיקת בית-המשפט העליון מגמות חדשניות, מרחיקות לכת, הן במישור דיני החוזים⁵⁴ והן במישור דיני המכרזים.⁵⁵

52. השו"ע"א 144/79 יוטבין נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 344, שבו ניתן לראשונה בתולדות הפסיקה פסק-דין הצהרתי זמני נגד המדינה.

53. ראו ג' שלו (לעיל, הערה 33) 63-65.

54. ע"א 829/80 שיכון עובדים בע"מ נ' זפניק, פ"ד לו (1) 579; ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבטו בע"מ, פ"ד מב (2) 278.

55. בע"א 700/89 (לעיל, הערה 24) הוענקו פיצויים חיוביים למשתתף במכרז שהיה צריך לזכות במכרז, אך הזכייה נשללה ממנו שלא כדין, בערעור זה נדון מכרז פומבי להקמת מבנה עליון בתחנת כוח שחברת החשמל בונה בסמוך לאשקלון; הצעת דרוקר (כיום,

י. אפיקי התקשרות הלופיים

חידוש חשוב נוסף של חוק חובת המכרזים הוא הסדרת המיגות בתחום דיני המכרזים. בעוד שבעבר שררה ערבוביה בתחום זה ולא היתה הבחנה נאותה וברורה בין "דמוי מכרז",⁵⁶ "מכרז מרצון"⁵⁷ ו"מכרז סגור", קובע כיום החוק באלו נסיבות ניתן לסטות מן ההסדר הכללי של מכרז פומבי ולהסתפק בפנייה לקבלת הצעות או במכרז סגור. עד שיצא חוק חובת המכרזים היתה המדינה חופשית - לפחות במקרים שלא הוצאו לגביהם הנחיות פנימיות - לבחור לעצמה את דרך ההתקשרות הנוחה לה. כיום, לאחר כניסתו לתוקף של ההסדר החוקי, המדרג של אפיקי ההתקשרות המוצעים לרשות ציבורית הם כלהלן:

1. פטור ממכרז. במקרים שחל לגביהם פטור, כללי או פרטני, ממכרז, יכולה הרשות הציבורית לבחור לעצמה את בעל דברה החוזי המיועד, ולנהל משא ומתן עמו, ועמו בלבד.

2. פנייה לקבלת הצעות וניהול משא ומתן עם מציעים. אפשרות זו קיימת רק בעילות מוגדרות, ובעיקר כאשר מדובר בהתקשרות עם בעל מקצוע מומחה (תקנה 5) ובעסקות חוץ מסוימות (תקנה 14).

3. מכרז סגור. מכרז שהפנייה על-פיו להזמנת הצעות נעשית - כלשון תקנה 1 - "למציעים מסויימים בלבד", וכהגדרה בתקנה 16(א) - "למספר גורמים מתוך רשימה מסווגת של מציעים מתאימים בכוח". גם מכרז סגור, כמוהו כפטור ממכרז וכפנייה לקבלת הצעות, חורג מהעיקרון הרחב של שיטת המכרז הפומבי, ולפיכך טעון היתר מיוחד בתקנות. היתר כזה מצוי בתקנות 4 ו-26 המונות סוגי התקשרויות, שבהן - ורק בהן - ניתן להסתפק במכרז סגור. לדוגמה, התקשרות בעסקה שעניינה מתן שירותי פרסום.

מליבו) היתה הוולת ביותר שהוגשה במכרז זה. למרות זאת זכתה במכרז חברה אחרת (בנייקר) ואף ביצעה את העבודה על-פי החוזה שנכרת עמה. דרוקר תבעה מחברת החשמל פיצויים על נזקיה בשל אותו חוזה שנשלל ממנה, וזכתה בפיצויי קיום. השופט ד"ר מישאל חשין (אליו הצטרפו השופטים ד' לויין ומצא) ביסס את קבלת תביעת דרוקר לפיצויים חיוביים על ארבעה מקורות, כלהלן: מקור אחד - המשפט המנהלי. השופט חשין קובע כי מכוח דינים אלה היה בית-המשפט רשאי ומוסמך לצוות על חברת החשמל כי תזכה את דרוקר במכרז; אך כיוון שהעבודה כבר בוצעה על-ידי החברה הזוכה, זכאית דרוקר בפיצוי כדי ההפסד שנשאה בו (שם, 686-687). מקור שני - חוזה נספה, הנוצר בהליך המכרז, ועל-פיו מתחייב מכללא בעל המכרז לנהוג בהצעות שיתקבלו על-פי דיני המכרז. השופט קבע כי חברת החשמל סתתה מדינים אלה ובכך הפרה את החוזה; בשל הפרה זו זכאית דרוקר לרווח שנמנע ממנה (שם, 687-689).

שני מקורות נוספים שהשופט חשין מזכירם, אם כי אגב אורחא, הם: סעיף 12 לחוק החוזים, ועילת הנויקין של הצהרה כוזבת רשלנית בשלב המשא ומתן (שם, 689).

56. בג"צ 35/82 (לעיל, הערה 39) 511; בג"צ 492/79 (לעיל, הערה 29) 716.

57. בג"צ 270/65 אשכר נ' שר האוצר, פ"ד כ (1) 388.

4. מכרז פומבי. מכרז הפתוח לכל הציבור.
5. הגרלה. אפשרות ההגרלה אמנם איננה אפיק התקשרות חלופי, אך היא רלוונטית לאופן הבחירה.
- תקנה 3(9) קובעת כי התקשרות עם מי שזכה בהגרלה של משרד השיכון פטורה ממכרז. תקנה 26 קובעת כי התקשרות של מינהל מקרקעי ישראל לביצוע עסקה במקרקעין אינה טעונה מכרז פומבי אלא מכרז סגור, שבמהלכו גם ניתן לערוך הגרלה. ההגרלה יכולה להיערך כאשר מדובר באוכלוסיית מצוקה: נכים, מעוטי יכולת ונוזקים אחרים. ברור כי הגרלה מקיימת את האינטרס הציבורי הטמון במכרז,⁵⁸ אך מבחינה כלכלית אין היא מסייעת למוזמן להשיג את היתרונות הטמונים במכרז.

יא. כללי המכרז

1. ניהול המכרז

עד לצאתם של החוק והתקנות לא היו בנמצא כללים ברורים להסדרת עבודתן של ועדות המכרזים. היום מוסדר בתקנות ההיבט של עבודת ועדת המכרזים (תקנה 10) וניהול המכרז. כך, למשל, מדברת תקנה 20 על בדיקת ההצעות על-ידי ועדת המכרזים. יש להדגיש כי הוראת תקנה 20(ה), המרשה לוועדה להזמין מציע לברור, מתייחסת רק לברורים טכניים ולא למשא ומתן עם מציע כזה.

תקנה 21 דנה בהחלטות ועדת המכרזים. חשובה ההנחיה בתקנה 21(ב), הקובעת כי בדרך כלל על ועדת המכרזים לבחור את ההצעה הכראית ביותר (הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין). אולם היא רשאית שלא לעשות כן מנימוקים המתבססים על אמות-המידה שבתקנה 22 "ולאחר שנתנה לבעל ההצעה הזולה או היקרה ביותר, לפי העניין, הזדמנות להביא טענותיו בפניה". תקנה 21(ג) מאפשרת לוועדת המכרזים להחליט על פיצול ההתקשרות בין כמה מציעים, ובלבד שניתנה הודעה במסמכי המכרז על אפשרות כזאת.

2. פגמים במכרז

תקנה 20, הכוללת הנחיות לגבי שלב בדיקת ההצעות, מסדירה את סוגיית הפגמים במכרז, תוך הסמכת ועדת המכרזים לפסול הצעות פגומות. בעבר ראו מציע, שלא הביע את התנגדותו בשלב פתיחת ההצעות לפגם בהצעתו של מציע אחר, כמוותר על זכותו.⁵⁹ היום קובעת תקנה 19 - בניגוד למצב הנוהג ברשויות המקומיות⁶⁰ - כי המציעים במכרז ממשלתי אינם רשאים להיות נוכחים במעמד פתיחת

58. כדברי השופט מצא בבג"צ 5871/92 (לעיל, הערה 13) 528-529.

59. בג"צ 249/72 מבואות בית"ר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כו (2) 627, 631.

60. סעיף 15(ג) לתקנות העירויות (מכרזים), התשמ"ח-1978: "יושב ראש הוועדה יפרסם הודעה על המקום והמועד בו תפתח תיבת המכרזים לעניין מכרז פלוגי ויצוין בה כי כל אדם רשאי להיות נוכח בעת פתיחת תיבת המכרזים וההצעות ורישום מסמכי המכרז...". סעיף 15(ה) - "כל אדם רשאי להיות נוכח בעת פתיחת תיבת המכרזים ורישום מסמכי המכרזים בפרוטוקול".

תיבת המכרו. ההסדר החלופי שנקבע בתקנה 21(ה) הינו שמשנתן, שקיבל הודעה כי לא זכה במכרו, יהיה רשאי, בתוך 30 ימים ממועד מסירת ההודעה, לעיין בהחלטה הסופית, בנימוקה ובהצעת הווכח במכרו.

בתקנה 20(ד) - המסמיכה את ועדת המכרוים לפסול הצעות - סמוגה ההבחנה בין פגם פורמלי ופגם מהותי. על-פי הבחנה זו רק פגם מהותי פוסל את ההצעה לאלתר, משום שהוא פוגע בעקרון השוויון ולפיכך לא ניתן להכשירו או להשלימו.

3. ביטול המכרו

התקנות מסדירות ומאזכרות רק מצבים ספורים של ביטול מכרו. תקנה 21(א) מתייחסת לביטול מכרו לאחר בדיקת ההצעות, ואילו תקנה 23(ב) דנה בביטול מכרו שלא הוגשה אליו כל הצעה או שלא נמצאה אף הצעה מתאימה.

אף שאין התייחסות נוספת בתקנות, דומה כי ניתן לבטל מכרו בכל עת, מרגע פרסומו ועד לעריכת חווה על-פיו. באספקלריה חווית מהווה המכרו הזמנה להצעה, והמשתתפים בו - מציעים. לפיכך בעל המכרו הוא הניצע, שבידיו כוח הקיבול, עד לשכלול החווה על-ידי קיבול אחת ההצעות. מבאן שהרשות, בעלת המכרו, רשאית לבטלו. מנגד, על-פי תורת החווה הנספת, שקנתה לה אחיזה מסוימת בפסיקה,⁶¹ ניתן לראות את מסמכי המכרו כהצעה (ולא כהזמנה גרידא), ואת הצעות המשתתפים כקיבול. אימוץ תורת החווה הנספת ביחס למכרוים יביא להטלת הגבלות נוספות על ביטול מכרו כבר מרגע הגשת ההצעות לפיו, שכן בדרך כלל ייתשב ביטול כזה להפרת החווה הנספת. בעיני זוהי סיבה נוספת לדחייתה של ההשקפה החווית, הרואה במכרו הצעה.

מובן ששיקולי הרשות בביטול המכרו צריכים להיות סבירים. בין השיקולים לביטול מכרו, שהוכרו בפסיקה כשיקולים נאותים,⁶² ניתן לציין את הדאגה לחיסכון תקציבי.⁶³ בעבר בוטל גם מכרו לא ברור⁶⁴ וכן מכרו שהיה נתון לפרשנויות שונות.⁶⁵

יב. פטורים

אל מול הנורמה הבסיסית, התובעת מכרו פומבי, ניצבות בעיות כבדות משקל בעולם המציאות העסקית המקשות את קיום המכרו,⁶⁶ ומצדיקות לפיכך פטור ממכרו. ואמנם חוק חובת המכרוים מסמיך את שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לפטור מחובת מכרו עסקת חוץ (סעיף 3) וכן גם סכומים או סוגי עסקות הפטורים ממכרו, או הפטורים ממכרו פומבי (סעיף 4).

61. ראו לאחרונה ע"א 700/89 (לעיל, הערה 24) 687-689.

62. ראו באורת כללי בג"צ 2709/91 חפציבה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מה (4) 428.

63. בג"צ 106/88 חמודה נ' המועצה המקומית כפר מנדא, פ"ד מב (3) 433, 438-437.

64. בג"צ 246/76 חיים נ' עיריית ירושלים, פ"ד לא (1) 218, 221.

65. בג"צ 159/81 חברת מיור בע"מ נ' חברת נתיבי איילון, פ"ד לה (3) 596, 601.

66. ראו והשוו ד"כ התשנ"ב 3393, 3394.

סעיף 3 לחוק הופעל בתקנה 3(25) לתקנות לגבי הכנת מטבעות או שטרות בחו"ל, וכן גם בתקנה 14 המקנה סמכות כללית לוועדת מכרזים לפטור עסקת חוץ ממכרז. ואילו תקנה 3, על 28(1) סעיפיה הקטנים, מפרטת את סוגי העסקות הפטורות ממכרז. המכנה המשותף של כל הסעיפים הקטנים הפוטרים מחובת המכרז הוא קיומו של אינטרס אחר, הגובר על האינטרסים (הכלכלי והציבורי) שבקיום מכרז פומבי. במקרים מסוימים ניתן לאתר את טביעות האצבעות, ואולי אפילו את טביעות כף הרגל, של השדולות שעלו לבית המחוקקים על מנת להשיג פטור ממכרז. כך, למשל, תקנה 3(10) הפוטרת ממכרז שיווק תוצרת חקלאית; תקנה 3(12) הפוטרת ממכרז שירותי תרבות ואמנות; תקנה 3(13) הפוטרת ממכרז התקשרות לרכישת תרופות; תקנה 3(14) הפוטרת ממכרז שירותים בנקאיים.

פטורים כלליים בולטים הם: סכום עסקה נמוך, תקנה 3(1); צורך בהתקשרות דחופה למניעת נזק של ממש, תקנה 3(2); שמירה על ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה, תקנה 3(3); התקשרות המשך נוספת, תקנה 3(4); התקשרות עם חברות ממשלתיות, תקנה 3(5).

בנוסף לפטורים הרבים שבתקנה 3, זרועים על פני התקנות פטורים נוספים, למשל, פטור מהתקשרות עם בעל מקצוע מומחה (תקנה 5) או פטור גורף להתקשרויות של מינהל מקרקעי ישראל (תקנות 25-26).

עיון בפטורים ממכרז מצדיק תשומת לב מיוחדת לתקנות 9 ו-42. על-פי תקנה 9 כל החלטה של יחידה על התקשרות בצורה שאיננה מכרז פומבי (כלומר, התקשרות ללא מכרז, התקשרות במכרז סגור או ניהול משא ומתן עם מציעים) טעונה אישור ועדת המכרזים בכל משרד ("ועדת פטור"). תפקיד ועדת הפטור הוא לסווג את ההתקשרויות על-פי האפשרויות הבאות: פטורה, מכרז סגור, וניהול משא ומתן עם מציעים, ולאשרה או לא לאשרה. לוועדת המכרזים, המוקמת בכל מכרז (ראו תקנה 8) אין שיקול דעת ועליה לפעול לפי הקריטריונים הקבועים בתקנות, והכול בהתחשב בתקנה 42, המורה על העדפת התקשרויות (גם אם פטורות) בדרך של מכרז פומבי, ככל שמוצדק וסביר בנסיבות העניין. תקנה 42 מצביעה על דרך פרשנית המעדיפה בבירור את הכלל של מכרז פומבי על פני חריגיו.

