

פרשנות תכליתית של המכרז הציבורי – מתודולוגיה

מאת

אליאור כורם*

מבוא; א. הפרשנות התכליתית והמכרז הציבורי; ב. מאפייניו המיוחדים של המכרז הציבורי. 1. השפעת המשפט המנהלי על המכרז הציבורי; 2. השפעת המשפט הפרטי על המכרז הציבורי; 3. פירוש אחד למכרז הציבורי; 4. ההגנה על אינטרס ההסתמכות במכרז הציבורי; ג. לשון המכרז הציבורי. 1. המשמעות הלשונית; 2. אפשרויות הלשון; ד. תכלית המכרז הציבורי. 1. התכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי; 2. התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי; ה. התכלית הסופית של המכרז הציבורי. 1. איזון בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית; 2. כלל ברירת הדין בפירוש המכרז הציבורי; **סיכום**.

מבוא

המכרז הציבורי הוא המנגנון העיקרי שבאמצעותו מבצעים משרדי הממשלה, חברות ממשלתיות, רשויות מקומיות וגופים ציבוריים אחרים את התקשרויותיהם. למרות שדיני המכרזים הציבוריים הכו שורש במשפט בישראל לפני למעלה מיובל, המכרז הציבורי, נותר ללא כתיבה משמעותית המנחה כיצד יש לפרשו וכיצד יש לתת לו מובן.

לשיטת הפרשנות התכליתית גישה אחידה. היא חלה על כל הטקסטים המשפטיים. בהתאם לזאת ניתן לפרש גם את המכרז הציבורי בצורה תכליתית. עמדה עקרונית זו מסמנת את היעד. אולם אין בנמצא "תכנית" או מתודולוגיה כיצד להשיגו בדרך הטובה ביותר. הקרקע מוכנה אפוא למחקר המחבר בין הפרשנות התכליתית למכרז הציבורי בישראל. זוהי מטרתו של מאמר זה.

למאמר חמישה פרקים. הפרק הראשון מציג את גישתה האחידה של הפרשנות התכליתית כלפי כל הטקסטים המשפטיים, ולצד זאת את רגישותה לאופיו הייחודי של כל טקסט משפטי. כמו כן, הפרק מסביר מדוע נדרש דיון מפורט בשאלה כיצד לפרש את המכרז הציבורי באופן תכליתי.

* עו"ד; תלמיד לתואר שלישי במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה הוא עיבוד של עבודת תזה שנכתבה במרכז הבינתחומי הרצליה (היום, אוניברסיטת רייכמן), תחת הנחייתו של פרופ' אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון (בדימוס). ברצוני להודות למערכת כתב העת **משפט וממשל** ולמומחה/ית האנונימית/ת על הערותיהם החשובות למאמר.

הפרק השני של המאמר עוסק במאפיינים המיוחדים של המכרז הציבורי. הדיון מוקדש לצמיחתן של מטרות המכרז הציבורי מתוך המשפט המנהלי, וליצירתו של חוזה מכרז בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז, במסגרת הליכי המכרז. בנוסף מוקדש הדיון לכלל לפיו יש לפרש את המכרז הציבורי באופן אחיד, וכן להגנה על אינטרס ההסתמכות של המציעים במכרז.

בפרק השלישי של המאמר נערך דיון בנושא לשון המכרז הציבורי. הפרק מתמקד בשאלה כיצד ייחודו של המכרז הציבורי מעצב את המשמעות הלשונית שלו. הפרק דן בהקשרו הייחודי של המכרז הציבורי והשפעתו על משמעותו המפורשת ומשמעותו המשתמעת, באפשרות קיומה של לשון פרטית במכרז הציבורי לצד לשון ציבורית, ובמעמדה של לשון חריגה לעומת לשון רגילה במכרז הציבורי.

בפרק הרביעי מגיע הדיון לתכלית המכרז הציבורי. בהיבט של התכלית הסובייקטיבית מתמקד הדיון במקורות מהם ניתן ללמוד על כוונת הצדדים למכרז הציבורי ולחוזי המכרז הנוצרים בגדרו, ובמאמץ להגשים את רצונם תחת האילוצים המובנים של המערכת המכרזית. בפרק זה נדונה גם סוגיית האובייקטיביזציה של כוונת הצדדים למכרז הציבורי. בהיבט של התכלית האובייקטיבית מתמקד הדיון בחזקות התכלית של המכרז הציבורי ברמת ההפשטה הגבוהה של התכלית האובייקטיבית (התכלית הטיפוסית של הטקסט המשפטי), ובכלל זה בחזקות התכלית הכלליות המגשימות את מטרות המכרז הציבורי ובחזקות התכלית הספציפיות הנגזרות מהן.

בפרק החמישי והאחרון מתכנס הדיון לתכלית הסופית של המכרז הציבורי. במוקד נמצאת שאלת האיזון בין התכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי ובין תכליתו האובייקטיבית, כאשר קיימת התנגשות ביניהן. בסיום הפרק והמאמר מתקיים דיון בכלל הכרעת הדין במכרז הציבורי, לפיו במקרה שבו ניתן לתת לתנאי במכרז שני פירושים סבירים, אז יש לבחור בפירוש הנוח יותר למציע.

א. הפרשנות התכליתית והמכרז הציבורי

על פי ברק, מטרתה של הפרשנות התכליתית היא להגשים את תכלית הנורמה המשפטית הכלולה בטקסט המשפטי.¹ הפרשנות התכליתית משיגה את מטרתה על ידי מתן פירוש המגשים את תכליתו של הטקסט המשפטי.² כל כלליה של הפרשנות התכליתית נועדו להבטיח את השגת מטרה זו.

¹ אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 263 (1992) (להלן: ברק תורת הפרשנות); אהרן ברק פרשנות תכליתית 275 (2003) (להלן: ברק פרשנות תכליתית); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי: פרשנות החוזה 107 (2001) (להלן: ברק פרשנות החוזה).

² ברק תורת הפרשנות, שם, בעמ' 373; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 763 (1993) (להלן: פרשת אפרת); ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1992) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 293, 299 (1995) (להלן: פרשת אפרופים).

לפרשנות התכליתית שלושה מרכיבים: לשון, תכלית ושיקול דעת שיפוטי.³ עמדתו של ברק היא שכל שיטות הפרשנות צריכות לפעול במסגרת מרכיבים אלה.⁴ הסיבה לכך היא שעל אף השוני בין שיטות הפרשנות, לכולן מכנה משותף. כולן מבקשות לענות בדרכן שלהן על השאלה מהו היחס הראוי בין ה"נשמה" של הטקסט המשפטי ובין ה"גוף" שלו,⁵ ועל שאלות המשנה הכרוכות בכך: מהו "גוף" הטקסט? מהי "נשמתו"? ועד כמה ניתן לצאת מ"גוף" הטקסט אל "נשמתו" כדי להבינו?⁶ משום ששאלות יסוד אלה משותפות לכל הטקסטים המשפטיים, ניתן לגבש שיטת פרשנות אחידה.⁷ זוהי למעשה גישתה של הפרשנות התכליתית.

עם זאת, גישתה אינה נוקשה. הפרשנות התכליתית רגישה לאופיו הייחודי של כל טקסט משפטי.⁸ היא מכירה במשותף לכל הטקסטים המשפטיים ובשוני ביניהם. הפרשנות התכליתית נותנת ביטוי לייחודו של כל טקסט משפטי באמצעות מרכיב התכלית.⁹ תכלית הטקסט המשפטי מורכבת מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית.¹⁰ מ"נשמה" סובייקטיבית ומ"נשמה" אובייקטיבית. ביסוד קונסטרוקציה משפטית זו טעמים חוקתיים ופרגמטיים.¹¹ היא נטועה בעמדה לפיה שיטת פרשנות ראויה צריכה למלא אחר מטרתה וכן להיות יעילה.¹² התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית מקבלות משקל יחסי שונה בהתאם למאפייניו המיוחדים של הטקסט המשפטי.¹³ על ידי איזון ביניהן מתגבשת התכלית הסופית של הטקסט המשפטי.¹⁴ ובאמצעות התכלית הסופית "נשלפת" המשמעות המשפטית של הטקסט המשפטי מתוך משמעותו הלשונית.¹⁵

³ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני: פרשנות החקיקה 79-81, 300 (1993) (להלן: ברק **פרשנות החקיקה**); ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 133, 135; ברק **תורת הפרשנות**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 221-222; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 310; אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך חמישי: פרשנות הצוואה 154, 315-316 (2001) (להלן: ברק **פרשנות הצוואה**); ע"פ 4596/98 **פלוגית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145, 167 (2000); ע"א 10233/04 **עיריית יהוד נ' י.ר.א.ב. שירותי נוי 1985 בע"מ**, פ"ד ס(4) 254, 275 (2006); ע"פ 4654/03 **וליד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 567, 581-580 (2006); ע"א 9569/04 **עבידת נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה**, פס' 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו) 14.12.2008.

⁴ ברק **תורת הפרשנות**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 222.

⁵ פרשת **אפרופים**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 296.

⁶ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 63, 66; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 326-327; ברק **תורת הפרשנות**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 257-259, 308-313, 394-395.

⁷ ברק **תורת הפרשנות**, שם, בעמ' 127-128, 271-272; וראו: ע"מ 2849/07 **עיריית תל אביב נ' אנרג'י מכון כושר ובריאות בע"מ**, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו) 8.4.2009 (להלן: פרשת **אנרג'י**); רע"ב 328/15 **זלום נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' מג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו) 3.12.2015 (להלן: פרשת **זלום**); לביקורת על גישתה האחידה של הפרשנות התכליתית, ראו: גרשון גונטובניק "מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה" **המשפט** יח 105 (2013).

⁸ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 86.

⁹ ברק **פרשנות תכליתית**, שם, בעמ' 236.

¹⁰ פרשת **אפרופים**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 312; פרשת **אפרת**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 764; בג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות**, פ"ד נ(1) 19, 25 (1996); ע"א 11081/02 **דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש**, פ"ד סב(2) 573, פס' 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 25.6.2007.

¹¹ ברק **תורת הפרשנות**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 303, 306.

¹² ברק **תורת הפרשנות**, שם, בעמ' 326; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 274-276, 321-322.

¹³ לעיל הי"ש 16.

¹⁴ ברק **תורת הפרשנות**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 380, 417-418; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 385; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 158-159.

¹⁵ ברק **תורת הפרשנות**, שם, בעמ' 380; ברק **פרשנות החוזה**, שם, בעמ' 386; ברק **פרשנות תכליתית**, שם, בעמ' 158-159, 236-237; רע"א 3899/04 **מדינת ישראל נ' אבן זוהר**, פ"ד סא(1) 301, פס' 19 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2006); בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 416 (1995); פרשת **אפרופים**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 313.

ניתן לומר שהפרשנות התכליתית השתרשה במשפט בישראל. היא יושמה בטקסטים משפטיים מן המשפט הפרטי כדוגמת צוואות¹⁶ וחוזים,¹⁷ והיא יושמה בטקסטים משפטיים מן המשפט הציבורי כדוגמת חוקים¹⁸ וחוקי יסוד¹⁹. בפרט, בתי המשפט בישראל יישמו את שיטת הפרשנות התכליתית, בין היתר, בפירוש של התחייבויות חד-צדדיות,²⁰ ייפוי כוח,²¹ ערבויות,²² חוזי מתנה,²³ שטרות,²⁴ חוזים מסחריים שונים,²⁵ חוזים אחידים,²⁶ חוזי רשות,²⁷ הסכמים קיבוציים,²⁸ רישיונות,²⁹ פטנטים,³⁰ פסקי דין,³¹ הנחיות מנהליות,³² החלטות ממשלה,³³ כתב הקלה של נשיא המדינה,³⁴ חוקי עזר,³⁵ תכניות

¹⁶ ע"א 1900/96 טלמצינו נ' האפורופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 835 (1999) (להלן: פרשת טלמצינו); דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653, 686 (2005); ע"א 1062/09 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' בינר, פס" 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (נבו) 27.3.2012 (להלן: פרשת בינר); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1, פס" 3-2 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (2006) (להלן: פרשת ארגון מגדלי ירקות); ה"ם (י-ם) 24172/95 עזבון לוקר נ' האפורופוס הכללי, עמ' 10-7 (נבו) 28.11.1997; תמ"ש (משפחה ת"א) 63430/00 פלוניס נ' אלמוניס, פס" 5 (נבו) 21.10.2002; תמ"ש (משפחה ת"א) 32240/02 א.י.א. נ' ש.א., פס" 7-6 (נבו) 17.11.2005; ת"ע (משפחה נצרת) 1180/04 א.צ. נ' ו.צ., פס" 22-20 (נבו) 15.4.2007; עמ"ש (מחוזי חיפה) 35500-05-16 מ' נ' ג' ש', פס" 29 (נבו) 6.11.2016; ת"ע (משפחה ת"א) 41216-06-15 נ.א. נ' א.מ., פס" 9 (נבו) 7.2.2017.
¹⁷ לביקורת ראו: ע"א 7631/12 אמסטר נ' קרן קיימת לישראל, פסק דינו של השופט דנציגר (נבו) 12.8.2015; בע"ם 8300/11 פלוני נ' פלוני (נבו) 2.8.2012.
¹⁸ פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 312; ע"א 4869/96 מיליין בע"מ נ' The Harper Group, פ"ד נב(1) 845, 856 (1998) (להלן: פרשת מיליין); פרשת ארגון מגדלי ירקות, שם.
¹⁹ דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, 674-675 (2009); ע"ע 1446/06 הועדה המחוזית לתכנון ולבניה נ' השתתפויות בנכסים בישראל בע"מ, פס" 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (נבו) 21.9.2010 (להלן: פרשת השתתפויות בנכסים); ע"ע 8360/08 משרד הפנים נ' היברו יוניון קולג' מכון למדעי היהדות, פס" 11 (נבו) 15.6.2011; ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס" 33-34 (נבו) 14.5.2012 (להלן: פרשת רוטמן); בג"ץ 4790/14 יהדות התורה - אגודת ישראל - דגל התורה נ' השר לשירותי דת, פס" 24 (נבו) 19.10.2014; בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס" קח-קטו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו) 13.6.2017 (להלן: פרשת האגודה לזכויות האזרח); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים, פס" 35-39 לפסק דינו של השופט גיבוראן (נבו) 3.8.2017; ב"ר 7216/18 Alqasem נ' רשות האוכלוסין וההגירה, פס" 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו) 18.10.2018.
²⁰ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 311 (1995); בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס" 34-33 (נבו) 1.4.2007; בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, פס" 17-7 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו) 13.4.2016.
²¹ ע"א 1194/09 נתיבי איילון בע"מ נ' עיריית חולון, פס" 24-25 (נבו) 16.2.2011; ע"א 5483/02 שיכון בע"מ נ' עיריית חולון (נבו) 19.1.2004; ע"א 6567/99 שטרנשיין נ' פישר, פס" 8 (נבו) 22.5.2002.
²² ע"א 1117/06 חברת אלקודס קורפוריישן נ' יורשי המנוח עלי עבד אלרחמן, פס" 23 (נבו) 14.4.2010.
²³ פרשת בינר, לעיל ה"ש 16, בפס" 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור.
²⁴ ע"א 6296/05 כהן נ' עזבון כהן, פס" 5(5) (נבו) 5.8.2007 (להלן: פרשת כהן).
²⁵ ע"א 4294/90 עזבון רינסקי נ' רחמני ושות' מימון בע"מ, פ"ד נ(1) 453, 473-474 (1996). לביקורת ראו: ע"א 4085/07 און נ' תבל נכסים והשקעות י.מ. (1994) בע"מ, פ"ד סג(3) 1, פס" 32 לפסק דינו של השופט דנציגר (2009).
²⁶ ע"א 3894/11 דלק - חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום, פ"ד ס(2) 544, פס" 11-10 לפסק דינו של השופט גיבוראן (2013) (להלן: פרשת דלק); ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש, פ"ד סד(3) 248, פס" 13-12 לפסק דינו של השופט גיבוראן (2009); איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 13-14, ה"ש 40-21 (2012).
²⁷ רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998) (להלן: פרשת מילגרום).
²⁸ ע"א 7434/10 קיבוץ מגל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס" 9 (נבו) 21.10.2012; בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל, פס" 15-16 לפסק דינו של השופט גיבוראן (נבו) 10.12.2009.
²⁹ ע"ס"ק (ארצי) 38016-04-17 הבנק בינלאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות העובדים החדשה הסתדרות המעוף חטיבת עובדי הבנקים וחברות הביטוח, פס" 18-15 (נבו) 25.4.2018; ע"ס"ק 26/99 ארגון הכבאים המקצועיים בישראל נ' איגוד ערים, פ"ד לח(2003) 289, 300-302 (2002).
³⁰ ת"צ (מחוזי מרכז) 6730-04-12 שוורץ ג'ונסון נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ, פס" 78-80 (נבו) 3.8.2014; ת"צ (מחוזי מרכז) 492-11-16 גד בר אלי נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פס" 23 (נבו) 12.9.2018.
³¹ ע"א 8802/06 אוניפארם בע"מ נ' Smith Kline Beecham PLC, פס" 34 (נבו) 18.5.2011; בש"א (מחוזי י-ם) 814/05 אורבוטק בע"מ נ' קמטק בע"מ, פס" 29 (נבו) 1.5.2005; ת"א (מחוזי י-ם) 613/93 "טבעול" - מוצרי מזון מן הצומח נ' שמיר תעשיות מזון בע"מ, עמ' 8-9 (נבו) 17.10.1999.
³² בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי, פ"ד מה(5) 1, 7 (1991).
³³ בג"ץ 1836/16 פירט נ' רשות מקרקעי ישראל, פס" 28 (נבו) 15.1.2018; ע"ע 7749/09 אורט ישראל חברה לתועלת הציבור נ' הממונה על מחוז ירושלים, פס" 11 (נבו) 30.11.2011; פרשת אנרג'י, לעיל ה"ש 7, בפס" 6-7.
³⁴ בג"ץ 2386/11 צאלח נ' מנהל הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין, פס" 41 (נבו) 14.12.2017; ע"ע 9094/07 קרן אסטריד סנצ'ס נ' משרד הפנים, פס" 15 (נבו) 4.3.2013.
³⁵ פרשת זלום, לעיל ה"ש 7, פס" לב, פס" 6 לפסק דינו של השופט הנדל ופס" 4 לפסק דינה של השופטת ברון. ע"א 1600/08 מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו, פס" 13 (נבו) 18.8.2011.

מתאר³⁶ וצווים³⁷. נראה אפוא ששיטת הפרשנות התכליתית קנתה לה שביטה בפירוש הטקסטים

המשפטיים בישראל.³⁸

אף על פי כן, לא ניתן להרחיק ולומר שאחידותה של שיטת הפרשנות התכליתית במשפט בישראל היא מלאה או מושלמת. השיטה הייתה ועודנה נתונה לביקורת רבה בספרות ובפסיקה והפולמוס סביבה "חי ובועט".³⁹ ברם, הגם שהביקורת על שיטת הפרשנות התכליתית היא חשובה, מאמר זה אינו מבקש "להתנצח" עמה. המאמר מבקש אך "לקחת" את שיטת הפרשנות התכליתית כמות שהיא (as is) ולהציע מתודולוגיה ליישום שלה ביחס למכרז הציבורי בישראל.

³⁶ ע"מ 10277/06 **חברת פנינת אילת בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה**, פס' 11 (נבו 15.9.2010); ע"מ 2273/03 **אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע**, פס' 59 ו-63 (נבו 7.12.2006).
³⁷ רע"פ 9585/09 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה שקמים נ' ראש המועצה האזורית שפיר**, פס' 16, 19 (נבו 3.9.2012); ד"מ 7004/12 **בר עידן יצור ופיתוח בע"מ נ' הוועדה המרחבית לתכנון ולבניה**, פס' 5 (נבו 16.10.2012); ע"מ 10977/03 **דור אנרגיה 1988 בע"מ נ' עיריית בני ברק**, פס' ט (נבו 30.8.2006).
³⁸ ראו: ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו 737, 758 (התשס"ב).

³⁹ לביקורת בספרות ולתיאור הביקורת, ראו: גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 34-35** (התש"ס); גבריאלה שלו "פרשנות החוזה - תורת ברק" **המשפט** ח 675 (התשס"ג); גבריאלה שלו **דיני חוזים - החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 404-411** (התשס"ה) (להלן: שלו **דיני חוזים**); דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" **המשפט** ח 483, 488-492 (התשס"ג); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 244-249 (2003); ישראל צינגלאב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" **הפרקליט** נ 261 (התשס"ח); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 49-50 (התשס"ה); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" **מאזני משפט** ו 21, 50-55 (התשס"ז).

לביקורת השופט דנציגר ראו: ע"מ 5856/06 **לוי נ' נורקייט בע"מ**, פס' 27 (נבו 28.1.2008); ע"מ 5925/06 **בלום נ' אנגלו סכסון-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ**, פס' 43 (נבו 13.2.2008); בע"מ 4870/06 **פלונית נ' עזבון פלוני**, פסק דינו של השופט דנציגר (נבו 24.3.2008); ע"מ 8239/06 **אברון נ' פלדה**, פסק דינו של השופט דנציגר (נבו 21.12.2008); ע"מ 2032/06 **האגני נ' עזבון זיאן**, פס' 36 (נבו 1.2.2009); רע"מ 8613/08 **איתן לוי מהנדסים ויועצים בע"מ נ' עיריית גבעתיים**, פס' 10 (נבו 23.3.2009); ע"מ 3559/07 **זקס נ' מפרק עמותת הקוטג'ים בשועפט**, פס' 3 (נבו 7.7.2009); ע"מ 7379/06 **ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן**, פס' 1 (נבו 10.9.2009); ע"מ 9551/04 **אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 23 (נבו 12.10.2009); ע"מ 10849/07 **פוארסה נ' פוארסה** פס' 31 (נבו 12.11.2009); בע"מ 5141/09 **פלונית נ' פלוני**, פס' 14 (נבו 27.1.2010); ע"מ 8836/07 **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן**, פס' 24-25, 35.2 (נבו 23.2.2010).
לפסיקה ולספרות לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ראו: ע"מ 3375/06 **קמטק מערכות בע"מ נ' משרד הביטחון**, פס' 10 (נבו 22.3.2011) (להלן: פרשת **קמטק**); רע"מ 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ**, פסק דינו של השופט הנדל (נבו 26.2.2012); פרשת **בינר**, לעיל ה"ש 16, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור; פרשת **דלק**, לעיל ה"ש 25, בפס' 7 לפסק דינו של השופט גיבראן ובפס' 19 לפסק דינו של השופט סולברג; ע"מ 2232/12 **הפטריארכיה הלטינית בירושלים נ' פארוואגי**, פס' 14 ופסק דינו של השופט דנציגר (נבו 11.5.2014); רע"מ 6565/11 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' EMI MUSIC PUBLISHING LTD** (נבו 22.7.2014); ע"מ 643/14 **מנהל עיזבון שבו נ' ג'ראיסי**, פס' 10 (נבו 27.5.2015); ע"מ 841/15 **פנורמה הצפון חברה לבנייה בע"מ נ' פלוני**, פסק דינו של השופט סולברג (נבו 23.5.2016); ע"מ 8763/15 **זיו נ' גספא הנדסה בע"מ**, פס' 29-31 (נבו 4.1.2017); ע"מ 8300/15 **רשות הפיתוח נ' לבניין מוצרי מלט בע"מ**, פסק דינו של השופט דנציגר (נבו 29.8.2017); איל זמיר "אפרופים עדיין כאן" **עורך הדין** 11, 98 (2011); נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה" **עורך הדין** 11, 102 (2011); רונית דוניץ-קידר "פרשנות החוזה במשפט הישראלי: בעקבות התיקון לחוק החוזים" **חוקים** ט 7 (2017); שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" **משפטים** מג 55-58 (2012); יורם דנציגר, צביקה מצקין "האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973" **משפט ועסקים** טו 27 (התשע"ב).

לפולמוס העדכני ראו: ע"מ 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (נבו 20.11.2019) (להלן: פרשת **ביבי כבישים**); ע"מ 9025/17 **A.T.S Investments Inc נ' Segal Group**, פס' 22 (לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 19.2.2020); ד"מ 8100/19 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (נבו 19.4.2020); עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" **ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה** 507 (יהודה אדר, אהרן ברק, אפי צמח עורכים, 2020); חגי ויניצקי "על לידתן של הלכות שיפוטיות – התלכדות מהותית או נסיבתית – האם עניין ביבי כבישים שינה את הלכת אפרופים?" **משפטים על אתר** טז 40 (התש"פ); עלי בוקשפן "פירושו של חוזה - באילו נסיבות חשובות הנסיבות?" **משפטים על אתר** טז 9 (התש"פ); איל זמיר, "פירוש חוזים: תיאוריה, דין, עובדות וערכים (בשולי ע"מ 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" **משפטים** נא 81 (2021); אפי צמח ועמרי בן-צבי "פרשנות חוזים: תיאוריה ופרקטיקה (בשולי ע"מ 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" **משפטים** נא 121 (2021).

וראו הפולמוס הנוכחי בנוגע לפירוש חקיקה: לגישתו של השופט סולברג, ראו: דג"ץ 5026/16 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל**, פסק דינו של השופט סולברג (נבו 2.9.2017); רפי רוזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" **משפטים על אתר** יב 67 (התשע"ח); רפי רוזניק "בשולי המקורנות: הערה על מתודות פרשניות ומחנות אידאולוגיים" **ICON-S-IL Blog** (20.11.2018); רפי רוזניק "עוד בשולי המקורנות: הערה על מתודות פרשניות ומלחמות תרבות" **ICON-S-IL Blog** (29.1.2019); מני מאוטנר "בעד נגד המקורנות, בעד הפרשנות התכליתית" **ICON-S-IL Blog** (5.2.2019).

בספרות דיני המכרזים טרם הוקדש דיון מהותי לשאלה כיצד יש לפרש את המכרז הציבורי.⁴⁰ אף כאשר בוחנים את פסק הדין המרכזי שניתן בסוגית פירוש המכרז הציבורי – פסק דין **אלישרא**⁴¹ – ניכר כי לא מתקיים בו דיון במרכיביה של הפרשנות התכליתית במסגרת המכרז הציבורי.⁴² עיון בפסקי הדין מרכזיים אחרים בתחום פרשנות המכרז הציבורי, מעלה אמנם כי הם מסמנים את היעד – לפרש את המכרז הציבורי על פי הפרשנות התכליתית⁴³ – אך ניכר כי נפקד גם מהם דיון מפורט בשאלה כיצד להשיגו בצורה הטובה ביותר. בפסקי הדין חסר דיון בדבר: לשון המכרז הציבורי; מהותן של התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי, והמקורות לגיבושן; והשפעת מאפייניו המיוחדים של המכרז הציבורי על המשקל שניתן לכל אחת מהן בגיבוש תכליתו הסופית. מאמר זה מבקש לנסות ולמלא את החסר.

ב. מאפייניו המיוחדים של המכרז הציבורי

נקודת המוצא של הפרשנות התכליתית היא כאמור שפירושו של הטקסט המשפטי מושפע מאופיו המיוחד. לפיכך, נכון להידרש תחילה למאפייניו המיוחדים של המכרז הציבורי על מנת שאלה ישמשו כמפה לדרך פירושו התכליתי.

המכרז הוא אמצעי של הרשות הציבורית להשגת תוצאה במשפט הפרטי. כאשר רשות מפרסמת מכרז ציבורי למטרת כריתתו של חוזה, היא מבצעת אקט מנהלי במשפט הפרטי.⁴⁴ על המכרז הציבורי חלות אפוא שתי מערכות דינים – המשפט המנהלי והמשפט הפרטי.⁴⁵ הוא כפוף לדואליות-נורמטיבית.⁴⁶

⁴⁰ עיינו: שושנה גביש **סוגיות בדיני מכרזים ציבוריים** (תשנ"ז); עומר דקל **חובת המכרז של גופים מנהליים** (2001); עומר דקל **מכרזים** כרך ראשון (2004); עומר דקל **מכרזים** כרך שני (2006); גל הררי **ההצעה במכרז** (2013); אורן שבת **העתירה המנהלית והסעדים במכרזים ציבוריים** (2017). אך ראו שמואל הרציג ורונית גרבר **דיני מכרזים** כרך ד (מהדורה שניה, 2010), שם נסקרת פסיקה הנוגעת לפרשנותם של תנאי סף.

⁴¹ ע"א 4605/99 **אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, פ"ד נה(1) 1, 10 (1999) (להלן: פרשת **אלישרא**).

⁴² זאת על אף שבאותה עת, כבר ניתנו פסקי דין חשובים בנוגע לפרשנות התכליתית של חקיקה, חוזים וצוואות (פרשת **אפרת**, לעיל הי"ש 2, פרשת **אפרופים**, לעיל הי"ש 2, פרשת **טלמצ'יו**, לעיל הי"ש 16).

⁴³ ע"מ 5487/06 **סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ס 9 (נבו) 12.4.2009 (להלן: פרשת **סופרמאטיק**);

ע"מ 6823/10 **מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות**, פ"ס 31 (נבו) 28.2.2011 (להלן: פרשת **מתן שירותי בריאות**);

ע"מ 6352/01 **חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת**, פ"ד נו(2) 97, 139-140 (2001) (להלן: פרשת **חדשות ישראל**);

ע"מ 2914/09 **אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' משרד החינוך**, פ"ס 8 (נבו) 24.11.2009; בג"ץ 1234/10 **א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון**, פ"ס 28 (נבו) 21.7.2010; ע"מ 5511/13 **א.נ.א חשמל בע"מ נ' חברת נמל אשדוד**, פ"ס 13 (נבו) 16.6.2014 (להלן: פרשת **א.נ.א חשמל**); ע"א 5067/19 **נחלת מושבי הגליל אגודה שיתופית נ' קשר ימי בע"מ** (נבו) 13.2.2020; ע"מ 7293/20 **פנגיה די דבליו בע"מ נ' רשות שדות התעופה** (נבו) 24.1.2021. וראו:

דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי – משפט מינהלי כלכלי** כרך ג' 105 (2013) (להלן: ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך ג').

⁴⁴ בג"ץ 991/91 **פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה(5) 50, 58 (1991) (להלן: פרשת **פסטרנק**).

⁴⁵ Gabriëla Shalev, *Administrative Contracts*, 14 ISR. L. REV. 444, 478 (1979) (להלן: דניאל פרידמן "תחולתן של חובות

מן המשפט הציבורי של רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" **משפטים** ה' 598, 603-604 (התשל"ג); דפנה ברק-ארז

"אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" **משפט וממשל** א' 275, 278-281 (התשנ"ג); גבריאלה שלו "חוזי

רשות: הדין והדין" **עיוני משפט** יא 201, 208, 212-213 (התשמ"ז); גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 18

(התש"ס); דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי - תחומי גבול והשפעות גומלין" **משפט וממשל** ה' 95, 100 (התש"ס);

ע"א 700/89 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ**, פ"ד מז(1) 667, 691 (1993) (להלן: פרשת **מליבו**); בג"ץ

840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729, 745 (1980) (להלן: פרשת **מרכז הקבלנים**);

בג"ץ 389/80 **דפי זהב נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, 435 (1980) (להלן: פרשת **דפי זהב**).

⁴⁶ בג"ץ 492/79 **חברה פלונית נ' משרד הביטחון**, פ"ד לד(3) 706, 715 (1980) (להלן: פרשת **חברת פלונית**).

דואליות זו מחייבת מסקנה כי המכרז הציבורי נועד להגשים ערכים, אינטרסים ומטרות, הן של המשפט המנהלי והן של המשפט הפרטי.⁴⁷ אלה "חיים בו" לצד אלה. לייחוד זה השפעה על פרשנות המכרז הציבורי.

1. השפעת המשפט המנהלי על המכרז הציבורי

ניתן לציין שלוש אבני דרך בהתפתחות השפעתו של המשפט המנהלי על המכרז הציבורי. הראשונה, הכפפת הרשות הציבורית לחובותיה המנהליות בעשותה מכרז ציבורי. השנייה, מתיחת "הקו המחבר" בין החובות המנהליות של הרשות הציבורית למטרות המכרז הציבורי. והשלישית, עיגון חובת המכרז הציבורי ועקרונותיו בחקיקה.

(א) הכפפת המכרז הציבורי לחובות מנהליות

בפרשת **ברסלב**⁴⁸ ניתן אחד מפסקי הדין הראשונים אשר נגעו לדרך מילוי תפקידה של הרשות הציבורית. בפסק הדין נקבע כי חלה על הרשות הציבורית "חובה אחת כללית, יסודית, המוטלת על כל רשויות המדינה, והיא: שלא לקפח את האזרח, ושלא להפלותו לרעה לגבי קבלת שירות כל-שהוא - מן השירותים שלכך נוצרה הרשות, ושיש בידה, במקרה הקונקרטי, לתתם - אלא אם כן ישנו צידוק לכך במסיבות העניין הנדון". בפרשת **ארגוני הקבלנים**⁴⁹ חזר בית המשפט העליון על הלכה זו והדגיש כי במילוי תפקידה מוסמכת הרשות הציבורית ואף צריכה לשקול את אינטרס הציבור ולפעול לתועלתו, אך בפעולותיה אסור לה לנהוג "בדרך של הפליה או משוא פנים".

מכאן הייתה קצרה הדרך להחלת חובות מנהליות אלה על פעולותיה של רשות ציבורית במסגרתו של מכרז שהיא מפרסמת. ואכן, בפרשת **רהיטי לכל**⁵⁰ הסביר בית המשפט העליון כי הוא רשאי להעביר שבט ביקורתו על מעשה של רשות ציבורית גם אם מעשה זה נעשה "תחת מסווה של מכרז". המגמה הברורה שהתהוותה הייתה שבית המשפט העליון לא רואה קושי בלבחון אם מעשיה של הרשות הציבורית, שנעשו בגדר מכרז, אינם מפריים את חובותיה המנהליות. בין אם הרשות בחרה מיוזמתה להתקשר באמצעות מכרז, בין אם הוראותיה הנחו אותה לפרסם מכרז,⁵¹ ובין אם חיקוק חייב אותה לעשות כן - אין הדבר ייתר את חובותיה לפעול לפי אמות מידה מנהליות.

⁴⁷ ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 771 (1994) (להלן פרשת **מספנות ישראל**); עע"ם 687/04 ינון תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות בישראל, פס"י 12 (נבו 15.6.2006).
⁴⁸ בג"ץ 35/48 מ. ברסלב ושות' בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב 330, 334 (1949).
⁴⁹ בג"ץ 74/51 המרכז הארצי של ארגוני הקבלנים והבוניס בישראל נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ה 1544, 1550 (1951).
ראו גם: ה"ם 180/56 פיינברג נ' המועצה המקומית גבעתיים, פ"ד יא 209, 211 (1957).
⁵⁰ בג"ץ 210/52 מרכז רהיטי "לכל" נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 795, 798 (1952).
⁵¹ בג"ץ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח, פ"ד יג 891, 894-895 (1959).

(ב) מחובות מנהליות למטרות המכרז הציבורי

בפרשת **בית אריזה רחובות**⁵² ניתן פסק דין מכונן בתחום המכרזים הציבוריים. בפרשה זו עמד השופט ברנזון על חובותיה של הרשות הציבורית שעה שהיא מפרסמת מכרז, ועל מטרות המכרז הציבורי. חידושו של פסק הדין שניתן בפרשה לא היה בכך שהחיל חובות חדשות על הרשות הציבורית.⁵³ חידושו היה בקשר שיצר בין חובות הרשות הציבורית למטרות המכרז הציבורי. פסק הדין הראה כי מטרות המכרז הציבורי אינן אלא למלא אחר החובות החלות על הרשות, והמכרז אינו אלא מכשיר לקיומן. הגשמת מטרת המכרז שעניינה "להשיג הצעות מתאימות רבות ככל האפשר, שמהן יוכל לבחור את ההצעה הטובה והנוחה לו ביותר", אינה אלא קיום של חובת הרשות הציבורית "לכלכל את ענייניה ומעשייה".⁵⁴ ואילו הגשמת מטרת המכרז שעניינה בפתירת "האפשרות לזכות בעבודה המוצעת על יסוד של התחרות הוגנת בתנאים של שוויון", אינה אלא קיום של חובת הרשות הציבורית לפעול "ללא דעה קדומה וללא פניות או משוא-פנים, לנהוג ביושר ובהגינות עם כולם ולתת להם הזדמנות שווה".⁵⁵ במילים אחרות, שיטת המכרז נועדה לאפשר לרשות הציבורית למלא אחר חובותיה כלפי הציבור.⁵⁶

בית המשפט העליון הכיר בכך ששיטת המכרזים הציבוריים והדינים שהוחלו עליה, כולם באו כדי להבטיח את מילוי חובותיה של הרשות, ובראשן: החובה לפעול למען אינטרס ותועלת הציבור; החובה לנהוג בשוויון ובהגינות כלפי הציבור; והחובה להקפיד על מינהל תקין וטוהר מידות בפעולותיה. חובות אלה התבססו והשתרשו כמטרות המכרז הציבורי.⁵⁷

(ג) עיגון חובת המכרז הציבורי בהלכה ובחקיקה

השלב הבא באבולוציה של המכרז הציבורי היה הטלת חובת מכרז כללית על הרשויות. אם שיטת המכרז נועדה להבטיח כי הרשויות יקיימו את חובותיהן המנהליות, מן ההיגיון היה להפוך את ההתקשרות באמצעות מכרז לכלל, ואת ההתקשרות ללא מכרז לחריג.

⁵² בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20 (1962) (להלן: פרשת בית אריזה רחובות).

⁵³ פרשת פסטרניק, לעיל ה"ש 44, בעמ' 64-65.

⁵⁴ פרשת בית אריזה רחובות, לעיל ה"ש 52, בעמ' 27.

⁵⁵ שם.

⁵⁶ בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449, 451-452 (1974); בג"ץ 203/75 בן-יקר נ' המועצה האזורית באר-טוביה, פ"ד כט(2) 707, 711 (1975); ראו גם: בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505, 511-512 (1976) (להלן: פרשת גוזלן); בג"ץ 187/77 שלום קופטש - חברה לבנין בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 309, 315 (1977).

⁵⁷ עע"ם 5853/05 אחים כאלדי נ' רכבת ישראל בע"מ, פסי' י (נבו 16.1.2007) (להלן פרשת אחים כאלדי); עע"ם 3719/13 ש.מרדכי עבודות עפר נ' משרד הבינוי והשיכון, פסי' 15 (נבו 6.9.2018) (להלן: פרשת מרדכי).

הסנוניות הראשונות במגמה זו באו בפרשת **פלונית**⁵⁸ ובפרשת **מרכז הקבלנים**⁵⁹. בפרשת פלונית עמד השופט (כתוארו אז) ברק על חובותיה של הרשות הציבורית והסיק מהן כי ככלל עליה לתת לפרטים הזדמנות שווה להתקשר עמה. בפרשת מרכז הקבלנים המשיך וביאר השופט ברק כי הענקת הזדמנות שווה להתקשר עמה מאפשרת לרשות לבחור בהצעה הטובה ביותר, וכך למלא אחר חובתה לנהוג בסבירות, תוך הגברת אמון הציבור כי היא נוהגת בשוויון ובטוהר מידות. בפרשת **דפי זהב**⁶⁰ הבהיר השופט ברק (הפעם בדעת רוב) כי החלטה של רשות ציבורית שלא להתקשר באמצעות מכרז צריכה לעמוד במבחני הסבירות.

ההתפתחות הבאה שהגיעה בנושא הייתה בפרשת **פורז**⁶¹. בפרשה זו גזר הנשיא שמגר את חובת המכרז שחלה על הרשויות, מחובתן לנהוג בשוויון ולפי מינהל תקין. פסק הדין בפרשת פורז ניתן על רקע פרסום חוק חובת המכרזים בשנת 1992, אך טרם כניסתו וכניסת התקנות מכוחו לתוקף. חוק חובת המכרזים החיל חובת מכרז על גופים ציבוריים תוך שמירה על עקרון השוויון ועל אינטרס הציבור בהשגת הצעות המטיבות עם הרשות הציבורית.⁶² בשנת 2009 תוקנו תקנות חובת המכרזים והוספה להן תקנה 1א הקובעת במפורש את "עקרונות המכרז". תקנה זו מחייבת לערוך מכרז "באופן שקוף ככל הניתן בנסיבות העניין, הוגן ושוויוני, המבטיח את מרב היתרונות לגוף הציבורי".

(ד) סיכום ביניים - השפעת המשפט המנהלי

למכרז הציבורי ולמשפט המנהלי קשר מעגלי חזק. ההלכות שנקבעו במשפט המנהלי תרמו לפיתוח דיני המכרזים, ופיתוחם של אלה תרם בחזרה לפיתוח המשפט המנהלי. חובות הרשות הציבורית הלכו אחריה בעשותה מכרז, והמכרז הפך לדרך ולשיטה למילוי אחר חובותיה.⁶³ כיום, עקרונותיו של המכרז הציבורי הם תמונת ראי לעקרונות המשפט המנהלי.⁶⁴ הם פְּבוֹאָה לתפקידה של הרשות הציבורית ולמעמדה כנאמן הציבור.⁶⁵

עקרונות המכרז הציבורי אינם תלויים בכוונת הצדדים למכרז. מקורם במוסד המכרז הציבורי שנבנה בישראל. מעקרונות המכרז הציבורי ניתן ללמוד כי תכליותיו של המכרז הציבורי הן לשמור על

⁵⁸ פרשת **חברת פלונית**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 715-716.

⁵⁹ פרשת **מרכז הקבלנים**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 748-749.

⁶⁰ פרשת **דפי זהב**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 448-449.

⁶¹ בג"ץ 5023/91 **חבר הכנסת פורז נ' שר הבינוני והשיכון**, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992).

⁶² סעיפים 2(א) ו-4(א), לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

⁶³ לעניין זה ראו הדברים היפים שכתב השופט חשין בפרשת **מספנות ישראל**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 769.

⁶⁴ פרשת **אחים כאלדי**, לעיל ה"ש 57, בפס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁶⁵ עע"ם 8409/09 **חופרי השרון נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ**, פס' מט (נבו) 2010.5.24; פרשת **מרדכי**, לעיל ה"ש 57, בפס' 17; עע"ם 4821/10 **מנהל מקרקעי ישראל נ' צ.מ.ח. המרמן בע"מ**, פס' כב (נבו) 2011.4.17; עע"ם Alstom 4607/16 **Transport SA נ' נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ**, פס' 46 (נבו) 2017.4.18 (להלן: פרשת Alstom). על נאמנות הרשות לציבור כחלק מערכי היסוד של השיטה, ראו: בג"ץ 7074/93 **סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מח(2) 749, 775-774 (1994); בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוני והשיכון**, פ"ד מז(2) 229, 260-262 (1993); בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר - אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 346-349 (1998). והשוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 561.

השוויון וההגינות, להשיא את התועלת לרשות הציבורית, ולהקפיד על המינהל התקין. עקרונות אלה מוצאים מקומם בתכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי. לכן בפירושו של המכרז הציבורי יש לתת משקל נכבד לתכלית האובייקטיבית שלו.

2. השפעת המשפט הפרטי על המכרז הציבורי

יעדו של המכרז הציבורי הוא להוביל לכריתת חוזה התקשרות בין הרשות לזוכה במכרז. בחירת הצעתו של הזוכה מהווה מעשה קיבול מצד הרשות הציבורית, המשכלל את חוזה ההתקשרות.⁶⁶ אם המכרז הציבורי הוא הליך שסופו כריתת חוזה התקשרות, אז הוא מתרחש בשלב טרום-חוזי של חוזה ההתקשרות, וחלות עליו כל החובות והזכויות במשפט הפרטי הנוגעות להתנהגות בין צדדים בשלב זה, לרבות החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן.⁶⁷ ברם, האם לא ניתן לומר שיש נפקויות משפטיות נוספות למכרז? האם המכרז אינו כולל בגדרו נורמות משפטיות?⁶⁸ האם המכרז אינו טקסט משפטי? לסיווגו של טקסט משפטי יש חשיבות רבה בפירוש שיש לתת לו. אם במסגרת המכרז נעשות פעולות משפטיות חד-צדדיות הנוצרות מהבעת רצון של יוצר יחיד, אז יש לתת את הדגש לרצונו של יוצר הטקסט בפירושו.⁶⁹ אם במסגרת המכרז נוצרים חוזים ונעשות פעולות משפטיות דו-צדדיות,⁷⁰ אז יש לתת את הדגש לרצונם המשותף של יוצרי החוזה בפירושו.⁷¹ סיווגו של הטקסט המשפטי הוא חלק מייחודו, וגישת הפרשנות התכליתית היא כאמור כי יש להתחשב בייחודו של הטקסט בפירושו.⁷²

(א) המכרז וחוזה המכרז – ישראל והמשפט המשווה

הדעה המקובלת בישראל היא כי בגדרי המכרז נוצר חוזה בין עורך המכרז ובין כל אחד מהמזעיעים במכרז.⁷³ בפרשת **בית יולס**⁷⁴ ובדיון הנוסף⁷⁵ בפרשה הניח השופט (כתוארו אז) ברק את הקונסטרוקציה החוזית במכרז. על פי קונסטרוקציה זו, בהליך מכרזי המסתיים בבחירתו של זוכה

⁶⁶ בג"ץ 462/79 שרביב בע"מ נ' ראש עיריית נהריה, פ"ד לד(1) 472, 467 (1979) (להלן: פרשת שרביב); בג"ץ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673, 679 (1982); בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 91 (1982) (להלן: פרשת מיגדה 2); ע"א 431/82 חסיד נ' פרוזות חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ, פ"ד לט(4) 455, 451 (1985); ע"א 3549/90 אלחנפא מסחר ושירותים בע"מ נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל, פ"ד מה(3) 578, 581 (1991); אך ראו בע"א 9347/01 וייספיש נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(5) 241, 248 (2003).
⁶⁷ ע"א 207/79 רביב משה ושות' נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לו(1) 533, 542, 545 (1982) (להלן: פרשת בית יולס).
⁶⁸ ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 45; ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 51; בג"ץ 4562/92 ח"כ זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 802 (1996) (להלן: פרשת זנדברג).
⁶⁹ ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 47; פבלו לרנר אופקים חדשים במשפט - ההתחייבות החד צדדית 23-24, 27-26 (התשס"א) (להלן: לרנר ההתחייבות החד צדדית); דניאל פרידמן, נילי כהן חוזים כרך ג' 292 (2003); השוו: ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 363-364.
⁷⁰ ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון יצחק, פ"ד מא(1) 282, 305 (1987).
⁷¹ שלו דיני חוזים, לעיל הי"ש 39, בעמ' 172; ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 415-420.
⁷² ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 236; ברק פרשנות החוזה, שם, בעמ' 46, 50, 388, 537; פרשת כתון, לעיל הי"ש 23, בפס' ח(5); ע"א 6439/99 "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' פרח, פ"ד נח(2) 106, 118 (2003).
⁷³ דניאל פרידמן, נילי כהן חוזים כרך א' 146-147 (1991); דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל הי"ש 40, בעמ' 185.
⁷⁴ פרשת בית יולס, לעיל הי"ש 67, בעמ' 546, 548.
⁷⁵ ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 480 (1989) (להלן: דיון נוסף בית יולס).

מתגבשים שני סוגים של חוזים: החוזה הראשון הוא "חוזה נספח" שמקדים את חוזה ההתקשרות שייכרת בעקבות המכרז.⁷⁶ זהו **חוזה המכרז**.⁷⁷ פרסום תנאי המכרז מהווה הצעה מטעם עורך המכרז למשתתפים הפוטנציאליים ביחס לתנאי המכרז, ואילו הגשת הצעה על ידי משתתף במכרז מהווה מעשה קיבול של תנאי המכרז. בכך משתכלל חוזה מכרז בין עורך המכרז לכל משתתף בו. זהו "חוזה העומד בפני עצמו לכל דבר ועניין".⁷⁸ החוזה השני הוא חוזה ההתקשרות שיתגבש בסופו של המכרז. הגשת ההצעה במכרז מהווה הצעה מטעם המשתתף ביחס לתנאי החוזה שייכרת בעקבות המכרז. בחירה של עורך המכרז בהצעה הזוכה והודעתו למציע על כך, מהווה מעשה קיבול המשכלל חוזה התקשרות בין עורך המכרז למציע הזוכה במכרז.⁷⁹

את הקונסטרוקציה החוזית פיתח השופט ברק, בין היתר, בהתבסס על מאמר מוקדם של **זמיר**,⁸⁰ ובמקביל למגמות דומות בארצות אחרות. באנגליה, ניצנים של הקונסטרוקציה החוזית במכרז הגיחו בפרשת **Blackpool**.⁸¹ בפסק דין זה התקבלה העמדה כי בנסיבות מסוימות יכולים להיווצר יחסים חוזיים בין עורך המכרז למציע במכרז, בקשר לתנאי המכרז. דעה דומה התקבלה באוסטרליה בפרשת **Hughes**.⁸² הפיתוח המשמעותי ביותר של הקונסטרוקציה החוזית של המכרז ארע בקנדה. שם, בפרשת **Ron Engineering**,⁸³ פיתח בית המשפט העליון של קנדה את דוקטרינת Contract A/Contract B במכרזים. בהתאם לדוקטרינה זו, עם הגשת ההצעה במכרז יכול להיווצר חוזה בין עורך המכרז למציע בקשר לתנאי המכרז (Contract A). חוזה זה הוא מובחן ונפרד מהחוזה שיכול להיווצר בין עורך המכרז למציע במקרה בו הצעתו תיבחר כהצעה הזוכה במכרז (Contract B).⁸⁴

⁷⁶ לדין במושג "חוזה נספח" במשפט האנגלי ראו: גבריאלה שלו "חוזה נספח (COLLATERAL CONTRACT)" **משפטים** א' 577 (2018); פרידמן, כהן **חוזים** כרך א', לעיל ה"ש 66, בעמ' 527. פרופ' פרידמן מפנה, שם, גם להבהרה של הנשיא שמגר בדיון נוסף **בית יולס**, שם, בעמ' 457; לביקורת על השימוש במושג "החוזה הנספח" לתיאור הקונסטרוקציה החוזית במכרז, ראו לרנר **ההתחייבות החד צדדית**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 112.

⁷⁷ במינוח "חוזה מכרז" נעשה שימוש על ידי השופט שי' לוי, על רקע נסיבותיו של ע"א 4850/96 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ.** **רענה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נב(5) 562 (1998). מינוח זה נראה מתאים יותר מהמינוח "חוזה נספח" ממנו משתמע שמדובר בחוזה בעל מעמד משני לחוזה ההתקשרות.

⁷⁸ ע"א 405/69 **"עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' פילו**, פ"ד כד(1) 309, 315 (1970).

⁷⁹ הקונסטרוקציה החוזית אינה מייחדת עצמה למכרזים פרטיים בלבד: פרשת **מליבו**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 692-693; פרשת **כאלדי**, לעיל ה"ש 57, בפסי ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין; פרשת **אלישרא**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 9.

⁸⁰ יצחק זמיר "דיני מכרזים ציבוריים" **הפרקליט** כ' 403, 408 (1963); וראו יצחק זמיר "דיני מכרזים ציבוריים" **הפרקליט** כ' 226, 230 (1964). בקונסטרוקציה החוזית תומכים מספר מלומדים: פרידמן, כהן **חוזים** כרך א', לעיל ה"ש 66, בעמ' 182-178, 524-529, 593-594; גבריאלה שלו "מכרזים פרטיים" **משפטים** כט 179, 208-209 (התשנ"ח); דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 184; והשוו: לרנר **ההתחייבות החד צדדית**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 110-113.

⁸¹ *Blackpool and Fylde Aero Club v. Blackpool Borough Council*, 1 WLR 1195, 1202 [1990]; ראו גם: *Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v. Corporate Officer of the House of Commons* 1999 WL 146.

⁸² *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia* (No. 3), 146 A.L.R. 1, 35 [1997]; *Keco Industr. v. United States*, 192 Ct.Cl. 773, 778 (1970); *Heyer Products Company v. United States* 140 F. Supp. 409, 412-413 (1956); *Planning & Design Solutions v. City of Sante Fe* 885 P.2d 628, 636 (1994); *Neilsen & Co. v. Cassiah* 647 P.2d 773, 775 (1982).

⁸³ *R. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, 1 S.C.R. 111 [1981]; ראו גם: *Arie Reich, Israel's Public Procurement Regime: International and Comparative Aspects, in THE INTERNATIONALIZATION OF GOVERNMENT PROCUREMENT REGULATIONS* (Aris C. Georgopoulos, Bernard Hoekman, & Petros C. Mavroidis, eds., 2017).

⁸⁴ *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia*, 1 S.C.R. 69 [2010]; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, 1 S.C.R. 619 p. 1, 19 [1999].

(ב) חוזה המכרז – השתכללות

ההכרה בכך שבמסגרת המכרז נוצר חוזה מכרז בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז, מחייבת דיון מקדים בשאלה כיצד נוצר כל חוזה מכרז. בפרשת **בית יולס** הסביר השופט ברק: "לעתים קרובות תנאיה של התקשרות תחת כנפי הליכי המכרז, אינם מפורשים אלא משתמעים מעצם הליכי המכרז עצמם. על התקשרות זו אנו למדים על-פי גמירות דעתם הטיפוסית של משתתפים בהליכי המכרז ועל-פי ציפיותיהם הסבירות. אחת מאותן התקשרויות משתמעות, ואולי החשובה שבהן היא ההתחייבות, שנוטלים על עצמם בעל המכרז והמשתתפים בו, לקיים את תנאי המכרז. ... אכן, המשתתפים במכרז נוטלים על עצמם הוצאות וטרחה, וציפייתם היא, כי בהצעותיהם יעינו ויטפלו על-פי תנאי המכרז. יש להניח, שלולא כן לא היו משתתפים במכרז. גם בעל המכרז מוציא הוצאות וטרחה, ואף ציפייתו שלו היא, כי יקוימו תנאי המכרז. ההשתתפות במכרז מבוססת איפוא על ציפיות אלה, המוצאות את ביטוין המשפטי בהתחייבויות הדדיות של כל הנוטלים חלק בהליכי המכרז לקיים את תנאיו". משמע, השופט ברק הכיר בהשתכללותו של חוזה בין עורך המכרז ובין כל אחד מהמציעים במכרז, על סמך הציפיות הסבירות של צדדים הלוקחים חלק בהליך מכרזי.⁸⁵

מהו רצונו של עורך המכרז? המטרה הסופית שלו היא לבחור מציע על מנת להתקשר עימו בחוזה. אולם עורך המכרז לא יהיה מוכן להשקיע משאבים בהכנה, פרסום וניהול של מכרז ללא התקיימותם של תנאים יסודיים אשר בלעדיהם מנגנון המכרז אינו יכול לתפקד כראוי. התנאי הבסיסי ביותר של כל מכרז הוא קיומה של תחרות בין מציעים.⁸⁶ קרי כי יוגשו הצעות למכרז. תנאי נוסף וחשוב הוא כי המציעים יגישו הצעות העונות להצעה שהזמין עורך במכרז באמצעות המכרז (responsive bids).⁸⁷ תנאי אחר החשוב לתפקודו של המכרז הוא כי המציעים לא יחזרו בהם מהצעותיהם לאחר הגשת ההצעות.⁸⁸ אם תנאי זה אינו מתקיים עלול להיקלע עורך המכרז למצב שבו הוא בודק ומשווה בין הצעות שקיים ספק לגבי תוקפן. תנאים יסודיים נוספים שהתקיימותם דרושה לתפקודו התקין של המכרז הם שהמציעים לא ינהגו בתכסיסנות, לא ימסרו מידע מטעה⁸⁹ ולא יתאמו את הצעתם עם מציעים אחרים.⁹⁰

⁸⁵ השוו: עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 232-233 (2007).
⁸⁶ עומר דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 40 71-73; ברק-ארו **משפט מינהלי כלכלי** כרך ג', לעיל ה"ש 43, בעמ' 26-27; פרשת **סופרמאטיק**, לעיל ה"ש 43, בפס" 9; פרשת **א.נ.א. חשמל**, לעיל ה"ש 43, בפס" 13; בג"ץ 118/83 **אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות**, פ"ד לח(1) 729, 734 (1984) (להלן: פרשת **אימפקט**).
⁸⁷ השוו לקבוע בתק' 17(ה) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), תשנ"ג-1993, ק"ת 841; השוו לקבוע בסעיף 14.301(a) ל-Federal Acquisition Regulation.
⁸⁸ ע"א 7699/00 **טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז**, פ"ד נה(4) 873, 885 (2001).
⁸⁹ פרשת **מליבו**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 683; תק' 20(א) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987; הוראה 20(א) לתוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950.
⁹⁰ ראו: ע"מ 4282/16 **סאיג נ' חטיב**, פס" 18-21 (נבו 7.8.2017) (להלן: פרשת **סאיג**); הפ"ב (מחוזי ת"א) 1181-09 **צינוירט נ' אהרון** (נבו 31.10.2010).

מהו רצונם של המשתתפים במכרז? המטרה הסופית של המשתתפים היא לזכות במכרז. אולם הם לא יהיו מוכנים להשקיע מזמנם ומכספם בהכנה ובהגשת הצעה במכרז אלא אם עורך המכרז ינהג על פי תנאי המכרז שפרסם ואשר עליהם הם מסתמכים. אחרת, הוצאותיהם יוצאו לשווא. לפיכך, תנאים יסודיים מבחינת המציעים להשתתפות במכרז הם כי עורך המכרז יקיים את תנאי המכרז באופן מלא ובאופן זהה ביחס לכל המציעים במכרז,⁹¹ ובפרט כי: יתיר השתתפות במכרז רק להצעות שעמדו בתנאי הסף שנקבעו במכרז;⁹² ישקול את מועמדותן לזכייה של הצעות רק אם הן עונות לתנאי המכרז;⁹³ ויבחר בזוכה במכרז בהתאם לאמות המידה שנקבעו במכרז.⁹⁴

מהרצונות (הטיפוסיים או הסבירים) של הצדדים למכרז נגזרות ציפיותיהם (הטיפוסיות או הסבירות). ומציפיותיהם נגזרות התחייבויות הדדיות המשכללות חוזה מכרז בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז. אם נשתמש בתיאור הִסְכָּמְתִי של Fried⁹⁵: בפרסום או בהפצת המכרז מציע עורך המכרז למציעים, על מנת לעודד תחרות במכרז, לקיים את תנאי המכרז אם יגישו הצעות במכרז, וכן לשקול את הצעותיהם בתנאי שהן עונות להצעה שהזמין. אך את הצעה זו מתנה עורך המכרז בכך שהמציעים המקבלים את הצעתו יתחייבו לקיים את תנאיו שלו ביחס לתוקפן של ההצעות, לנכונות המידע המוצג בהן ולניקיון הכפיים של המציעים. לכן, עם הגשת ההצעות במכרז נוצר חוזה מכרז הכולל התחייבויות הדדיות בין עורך המכרז לכל מציע שהגיש הצעה במכרז.

נקודה הראויה לחידוד נוסף היא משמעות התנאי במכרז לפיו על ההצעה המוגשת במכרז להיענות לתנאים של ההצעה שהזמין המכרז. תנאי זה הוא כאמור תנאי מהותי מבחינתו של עורך המכרז. הצעה שאינה עונה לתנאי המכרז לוקה בשניים: ראשית, היא אינה רלוונטית לצרכיו (non-relevant bid).⁹⁶ שנית, היא משבשת את יכולתו להשוותה אל מול ההצעות האחרות במכרז (non-relative bid).⁹⁷ בתוך תנאי זה אף מקופלים תנאי-משנה שלפיהם אין להגיש הצעה חסרה, שגויה, מסויגת, מותנית או נעדרת ודאות.⁹⁸

אולם למרות שלעורך המכרז חשוב שהמציעים ימלאו אחר תנאי זה, ציפיותם (הטיפוסית או הסבירה) של המציעים במכרז היא שאי-קיום תנאי זה לא יהווה הפרה של חובה מצידם, המקימה

⁹¹ דיון נוסף בית יולס, לעיל ה"ש 75, בעמ' 480; פרשת א.נ.א., לעיל ה"ש 43, בפס' 24.
⁹² עע"ם 1811/09 אסום חברה קבלנית לבנין בע"צ נ' מועצה אזורית שדות נגב, פס' 15 (נבו 6.1.2010); עע"ם 2310/02 איגוד ערים אזור דן נ' דסאל מרחבים חברה לעבודות עפר בע"מ, פ"ד נט(6) 337, 346 (2002); עע"ם 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פס"י לה (נבו 15.1.2012) (להלן: פרשת מעלות).
⁹³ ע"א 691/82 חסם מערכות הגנה אמינות נ' משטרת ישראל, פ"ד לז(1) 475, 473 (1983); ע"א 3643/97 כהן עיצובים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 553, 561 (1999).
⁹⁴ עע"ם 6131/17 מוניות שמשון נ' רכבת ישראל, פס' 32 (נבו 18.2.2018).
⁹⁵ CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION 46-47 (2015).
⁹⁶ פרשת כהן עיצובים, לעיל ה"ש 52, בעמ' 561.
⁹⁷ ע"א 691/82 חסם מערכות הגנה אמינות נ' משטרת ישראל, פ"ד לז(1) 475, 473 (1983); פרשת שרביב, לעיל ה"ש 66, בעמ' 471.
⁹⁸ השוו לקבוע בתקנה 20(ד) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 602-569; פרשת שרביב, שם.

חבות כלפי עורך המכרז. ניסיון החיים מלמד כי מקרה של הגשת הצעה שאינה עונה לתנאי המכרז הוא מאורע שגור. על כן, ציפייתם של המציעים במכרז היא שלכל היותר אי-קיום התנאי יפקיע את זכותו של מציע כי הצעתו תישקל על ידי עורך המכרז כמועמדת לזכייה. זו גם הסיבה לכך שבאופן רגיל, עורך המכרז אינו מבקש להבטיח את התקיימות תנאי זה על ידי דרישה להפקדת ערבות הצעה בידיו.⁹⁹ במילים אחרות, התנאי המכרזי לפיו על ההצעות להיענות לתנאי המכרז הוא נטל (burden) שמחיל חוזה המכרז על כל מציע. אי-קיום התנאי יפקיע את הזכות (right) של המציע כי הצעתו תישקל במכרז,¹⁰⁰ ואת החובה (duty) הקורלטיבית של עורך המכרז לשקול את ההצעה.¹⁰¹ אך אי-קיומו לא יגבש חבות (liability) של המציע כלפי עורך המכרז.¹⁰²

(ג) סיכום ביניים - השפעת המשפט הפרטי

מצאנו כי המכרז הוא לא רק מסגרת טרום-חוזית להתקשרות. בגדרי הליכי המכרז נוצר חוזה מכרז בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז. חוזה המכרז הוא פעולה משפטית דו-צדדית השייכת למשפט הפרטי. עורך המכרז מביע את רצונו בפרסום תנאיו של המכרז, ואילו כל מציע במכרז מביע את רצונו לקבל את תנאי המכרז על ידי הגשת הצעה במכרז. חוזה המכרז משתכלל בעקבות הסכמה על תנאיו. חוזה הוא ביטוי מובהק של האוטונומיה של הרצון. כיבוד האוטונומיה של הרצון מחייב התחשבות בכוונת הצדדים של כל חוזה מכרז.¹⁰³ כוונת הצדדים משתקפת בתכלית הסובייקטיבית של חוזה המכרז.¹⁰⁴ על כן בפירוש המכרז הציבורי יש לתת משקל נכבד לתכלית הסובייקטיבית של כל חוזה מכרז שנוצר בגדרו של המכרז.

3. פירוש אחיד למכרז הציבורי

פרסום המכרז מהווה הצעה של עורך המכרז לגבי תנאי חוזה המכרז, ואילו הגשת הצעה על ידי מציע במכרז מהווה מעשה קיבול של תנאי חוזה המכרז. בכך משתכלל חוזה מכרז בין עורך המכרז למציע שהגיש את ההצעה. וכך הלאה. בכל הגשה נוספת של הצעה במכרז משתכלל חוזה מכרז נוסף בין עורך המכרז ובין כל מציע. והנה צפה בעיה. לכל חוזה מכרז יכולה להיות משמעות לשונית ומשפטית שונה מחוזה מכרז אחר. אם בגדרי המכרז מתגבשים מספר חוזי מכרז נפרדים בין עורך המכרז ובין כל

⁹⁹ ראו: תקנה 16ב(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

¹⁰⁰ השוו: (1919) 739, 743 YALE L.J. Arthur L. Corbin, *Conditions in the law of contract*, 28 YALE L.J.

¹⁰¹ ראו: 23 Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 30 (1913) YALE L.J. 16, 30.

¹⁰² השוו לנטל הקטנת הנזק: Michael G. Bridge, *Mitigation of Damages in Contract and the Meaning of Avoidable Loss*, 105 L.Q.R. 398, 399 (1989). והשוו לנטל הזהירות העצמית (אשם תורם): אריאל פורת **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** 130-131 (תשנ"ז).

¹⁰³ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 300-301.

¹⁰⁴ ברק **פרשנות החוזה**, שם, בעמ' 403.

מציע במכרז, אז כמספר החוזים כך מספר המשמעויות הלשוניות והמשפטיות במכרז. הייתכן שבמסגרתו של מכרז יקבל כל חוזה מכרז פירוש שונה?

נדגים את הבעיה ביחס למשמעות הלשונית. אם למכרז מסוים הוגשו שתי הצעות של מציע א' ומציע ב', אז השתכללו שני חוזי מכרז. חוזה מכרז א' השתכלל בין עורך המכרז למציע א', וחוזה מכרז ב' השתכלל בין עורך המכרז למציע ב'. אם נמצא כי קיים לקסיקון פרטי משותף בין עורך המכרז למציע א', אז לחוזה מכרז א' תהא משמעות לשונית שונה מחוזה מכרז ב'.¹⁰⁵ נדגים כעת את הבעיה ביחס למשמעות המשפטית. לכל חוזה מכרז שנוצר יש תכלית המורכבת מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית. אם בהליכי המכרז נוצרים חוזי מכרז נפרדים בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז, אז כמספר החוזים כך מספר התכליות במכרז. ואם אמת המידה ל"שליפת" המשמעות המשפטית של חוזה המכרז ממשמעותו הלשונית היא תכליתו, אז כמספר התכליות במכרז כך מספר המשמעויות המשפטיות במכרז.

המסקנה מדוגמאות אלה היא שכדי לתת פירוש אחיד למכרז, היינו לכל חוזי המכרז, צריכים להתקיים שני תנאים: התנאי הראשון הוא כי למכרז תהא משמעות לשונית משותפת לכל הצדדים למכרז. התנאי השני הוא כי למכרז תהא תכלית משותפת לכל הצדדים למכרז. כדי לתת פירוש אחיד למכרז יש לאתר אפוא תכלית סובייקטיבית משותפת ותכלית אובייקטיבית משותפת לכל הצדדים למכרז.¹⁰⁶ רק כך ניתן "לשלוף" משמעות משפטית משותפת מתוך המשמעות הלשונית המשותפת, ולתת פירוש אחיד (משותף) למכרז.

(א) פירוש אחיד לתנאי המכרז הציבורי - כלל הסכמי

דקל גורס שאחד המאפיינים היסודיים של כל מכרז הם כללי משחק קבועים מראש.¹⁰⁷ כללי המשחק במכרז הם תנאי המכרז. על בסיסם מגישים המציעים את הצעותיהם, על בסיסם הצעותיהם נבחנות, ועל בסיסם נבחרת ההצעה הזוכה. אם תנאי מכרז זהים מקבלים מובן שונה ביחס לכל מציע, אזי התנאי היסודי של כללי משחק קבועים מראש חדל להתקיים. אין מדובר במכרז יותר. מדובר בדרך אחרת לבצע התקשרות.

אם כן, מאופיו של המכרז נגזרת התחייבות של עורך המכרז לקיים את תנאי המכרז באופן זהה ביחס לכל המציעים.¹⁰⁸ התחייבות זו מחייבת מתן פירוש אחיד לתנאי. להתחייבות זו מסכים כל מציע

¹⁰⁵ השוו: ברק תורת הפרשנות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 120-121.

¹⁰⁶ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 415, 558.

¹⁰⁷ דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 83, 314; עומר דקל חובת המכרז של גופים מנהליים 93, 374 (2001). וראו: ע"א 6581/96 גניס שייטות חנייה מתקדמות בע"מ נ' איזי פארק בע"מ, פ"ד נ(5) 601, 609 (1997).

¹⁰⁸ וראו עמדת השופט ברק בדיון נוסף בית יולס, לעיל ה"ש 75, בעמ' 482-483.

כאשר הוא מגיש את הצעתו במכרז. ההסכמה כי תנאי המכרז יפורשו באופן אחיד בין כל הצדדים למכרז משתמעת בכל חוזה מכרז שמשתכלל בין עורך המכרז ובין כל מציע. הן לדעת **ברק** והן לדעת **שלו וצמח**, צדדים לחוזה רשאים להסכים על דרך פירושו.¹⁰⁹ לכן, ובהעדרו של כלל קוגנטי נוגד,¹¹⁰ אין מניעה לתת תוקף להסכמה בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז, כי התנאים של כל חוזה מכרז (תנאי המכרז) יפורשו באופן אחיד בין כל הצדדים למכרז.¹¹¹

(ב) פירוש אחיד לתנאי המכרז הציבורי - כלל קוגנטי

במכרז הציבורי הדברים מקבלים נדבך נוסף. עקרון השוויון במכרז הציבורי, שהוא "נשמת אפו",¹¹² מחייב פירוש שוויוני ואחיד של תנאי המכרז. הצדדים למכרז אינם רשאים להתנות על עקרון השוויון במכרז. עקרון השוויון במכרז הוא קוגנטי. מקורו בחובת הרשות הציבורית לנהוג בשוויון. מחובה זו אין היא יכולה להשתחרר.¹¹³

מקרה מדריך בסוגיה זו ניתן למצוא בפרשת **לנדאו**¹¹⁴. בפרשה זו פרסמה המדינה מכרז בו זכו שתי חברות, כאשר עם כל אחת מהן נכרת חוזה התקשרות בנוסח זהה. בין המדינה ובין אחת החברות (החברה הראשונה) התגלע סכסוך בקשר לאחד מתנאי חוזה ההתקשרות, ובית המשפט העליון הכריע לגבי פירושו. לאחר מכן פנתה החברה השנייה לבית המשפט וביקשה ליהנות מהפירוש שנקבע בסכסוך בין המדינה לחברה הראשונה. המדינה התנגדה לתביעת החברה השנייה בטענה שהתנהגות הצדדים ואומד דעתם מובילים לפירוש שונה של התנאי האמור בחוזה ההתקשרות מול החברה הראשונה. כאשר הגיע המקרה לבית המשפט העליון דחתה השופטת בן-פורת את טענות המדינה. היא ביססה את חוות דעתה בין היתר על העובדה שחוזי ההתקשרות שנכרתו בין המדינה לשתי החברות מקורם במכרז ציבורי. לכן עקרון השוויון אינו מאפשר לתת לכל אחד מהחוזים פרשנות שונה.¹¹⁵

¹⁰⁹ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 261-262, 443; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 88; גבריאלה שלו, אפי צמח "דין פירוש החוזה - על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" **קריית המשפט** י 1, 31-33 (התשע"ד).

¹¹⁰ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 262-263.
¹¹¹ יש להבחין בין פירוש אחיד ושוויוני של תנאי המכרז ובין תנאי מכרז שוויוניים. אם עורך המכרז קובע תנאי מכרז שונים למציעים שונים, אין המכרז פורץ בהכרח את גבולות הגדרתו. עדיין מדובר בכללי משחק קבועים מראש (דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 72-73).

¹¹² בג"ץ 175/66 **י' אורן, חברה להנדסה וקבלנות נ' עיריית תל-אביב**, פ"ד כ(3) 634, 637 (1966); בג"ץ 47/68 **א' שרמן ובנו, 1954 נ' שר העבודה**, פ"ד כב(1) 496, 499 (1968); עע"ם 1966/02 **המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים**, פ"ד נז(3) 505, 510-511 (2003).

¹¹³ פרשת **מספנות ישראל**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 769; דיון נוסף **בית יולס**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 473, 489.
¹¹⁴ ע"א 450/82 **מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ**, פ"ד מ(1) 658 (1986) (להלן: פרשת **לנדאו**).
וראו: אביגיל פאוסט "שיקול ההדדיות בדיני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית" **דין ודברים** י 91, 128 (2018).

¹¹⁵ פרשת **לנדאו**, שם, בעמ' 668-669; וראו לאחרונה את פסק דינו של השופט ע' פוגלמן בפרשת **ביבי כבישים**, לעיל ה"ש 39.

אם כן, תנאי המכרז הציבורי (התנאים של כל חוזה מכרז), מחייבים פירוש שוויוני ואחיד. כלל פרשנות זה אינו דיספוזיטיבי. הוא אינו ניתן לשינוי בהסכמת הצדדים למכרז ציבורי. הוא מהווה נורמה פרשנית קוגנטית.¹¹⁶

משמצאנו כי הצדדים למכרז מסכימים כי יינתן לו פירוש אחיד, וכי פירוש אחיד למכרז מתחייב בכל מכרז ציבורי, אזי פירושו של כל מכרז ציבורי וחוזי המכרז בכללו, חייב להתבסס על משמעות לשונית משותפת ותכלית משותפת לכל הצדדים למכרז.

4. ההגנה על אינטרס ההסתמכות במכרז הציבורי

באמצעות פרסום המכרז הציבורי או הפצתו מוזמנים מציעים פוטנציאליים להציע הצעות במכרז. המציעים הפוטנציאליים בוחנים את תנאי המכרז ומבקשים להחליט האם להציע הצעה במכרז.¹¹⁷ הם עושים חישוביהם על סמך לשון המכרז. המציעים הפוטנציאליים שהגישו הצעה במכרז מבצעים מעשה קיבול לתנאי המכרז. בכך הם מקבלים מעמד של "מציעים בפועל" במכרז. המציעים הפוטנציאליים שבחרו שלא להגיש הצעה במכרז נותרים במעמד של "מציעים בכוח" במכרז. המציעים בפועל ובכוח מסתמכים על לשון המכרז מתוך ציפייה כי תנאי המכרז לא ישונו לאחר הגשת ההצעות במכרז. על כן שינוי של תנאי המכרז בדיעבד פוגע באינטרס ההסתמכות שלהם ותוצאתו גם פגיעה בכל עקרונות דיני המכרזים.¹¹⁸ שינוי שכזה פוגע בשוויון בין המציעים בפועל ובכוח. הוא חותר תחת המינהל התקין. והוא, בניגוד לאינטרס הציבור, מערער את אמון המציעים הפוטנציאליים במוסד המכרז הציבורי ואת רצונם להשתתף במכרזים עתידיים. יוצא כי כדי להגן על עקרונות דיני המכרזים, יש צורך להגן על אינטרס ההסתמכות של המציעים בפועל ובכוח.

(א) פרשנות החורגת ממובנו של "מציע סביר"

המציעים הפוטנציאליים מחליטים אם להגיש הצעות במכרז לא רק על סמך "הנחת עבודה" כי הזוכה במכרז יוכרז על בסיס תנאי המכרז כפי שפורסמו, אלא גם שיוכרז על בסיס תנאי המכרז כפי שניתן היה להבינם מנקודת מבטם. כשם ששינוי של תנאי המכרז לאחר הגשת ההצעות פוגע בעקרונות

¹¹⁶ ברק תורת הפרשנות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 54-55.

¹¹⁷ דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 485.

¹¹⁸ ראו גם: בג"ץ 466/82 עוזר את רובננקו שותפות לביצוע עבודות בהנדסה אזרחית נ' עיריית רמת-גן, פ"ד לז(1) 696, 699 (1982); עומר דקל מכרזים כרך שני, לעיל ה"ש 40, 77-78; ע"מ 5159/08 מיציוסי הסעות נ' אור הסעות ג.ד, פסי כא-כב (נבו) 4.3.2009; רע"א 3888/15 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' ארד בע"מ, פסי 20 (נבו) 22.7.2015; ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984), פ"ד נ(5) 59, 64-65 (1996); ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 643, 646 (1997) (להלן: פרשת ידע); ע"מ 10785/02 י.ת.ב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 907 (2003) (להלן: פרשת י.ת.ב).

דיני המכרזים, כך גם מתן פירוש לתנאי המכרז החורג מהבנתו של "מציע סביר".¹¹⁹ בידי המציעים בפועל ובכוח במכרז הציבורי קיים אפוא אינטרס מוגן ביחס לפירוש תנאי המכרז. אם תנאי המכרז מקבלים מובן בלתי סביר מנקודת מבטו של "מציע סביר", נפגע אינטרס ההסתמכות שלהם.¹²⁰ אך יודגש: על מנת שתקום הגנה על ההסתמכות המציעים בפועל ובכוח על לשון המכרז, ההסתמכותם צריכה להיות סבירה.¹²¹ אם ל"מציע סביר" לא הייתה נוצרת ההסתמכות בנסיבות העניין, אין ההסתמכות סבירה ולכן אין היא ראויה להגנה. אם "מציע סביר" יכול היה להבין את תנאי המכרז כפי שפורשו ויושמו בפועל, אז לא נפגע אינטרס ההסתמכות של המציעים בפועל ובכוח. לעומת זאת, אם המציעים בפועל ובכוח החליטו להגיש (או לא להגיש) את הצעותיהם במכרז על סמך מובן של "מציע סביר" לתנאי המכרז, אולם לאחר הגשת הצעותיהם קיבלו תנאי המכרז מובן לא סביר, נפגע אינטרס ההסתמכות שלהם.¹²² משום כך, מציעים בפועל ובכוח במכרז הטוענים להסתמכות על תנאיו, צריכים לנהוג כ"מציע סביר".¹²³ זוהי אמת המידה להתנהגותם. זוהי אמת מידה אובייקטיבית.¹²⁴

(ב) מובן סביר ומובן בלתי סביר

ניתן לחלק את מובנו של טקסט המכרז הציבורי לשתי קבוצות – קבוצת המובנים הסבירים של טקסט המכרז, וקבוצת המובנים הבלתי סבירים שלו. כל קבוצה היא שיורית לקבוצה האחרת. מובן שלא נכלל בקבוצה הראשונה נכלל בקבוצה השנייה, ולהפך. מובן סביר או בלתי סביר של טקסט המכרז הוא פונקציה של המובן הלשוני ושל המשמעות המשפטית של הטקסט. בפונקציה זו קיים יחס של "מקבילית כוחות" בין המובן הלשוני של טקסט המכרז למשמעות המשפטית שלו. ככל שהמובן הלשוני

¹¹⁹ השוו: ע"מ 8696/10 **שערי ריבית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ס 8 (נבו 2011.6.9) (להלן: פרשת **שערי ריבית**); וראו: פרשת **א.נ.א.**, לעיל ה"ש 43; עת"מ (מינהליים י-ם) 16-07-49278 **דפוס בארי – טכנולוגיות מתקדמות בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים**, פ"ס 122-120 (נבו 2016.10.9) (להלן: פרשת **בארי**). כאשר ניתן לתנאי המכרז מובן בלתי סביר, הפגיעה במציעים בפועל ובכוח יכולה להתבטא בדרכים שונות: יכול להיות שהיו מציעים שנתנו מובן בלתי סביר לתנאי הסף במכרז, הגישו הצעות למכרז ונכנסו בשעריו, בעוד מציעים אחרים לא נכנסו; יכול להיות שמציעים שנתנו מובן לא סביר לתנאי המכרז חסכו בהוצאות הכנת הצעתם, וכתוצאה מכך יכלו להציע הצעה מושכת יותר ממציעים אחרים (או יכלו להגיש הצעה במכרז כאשר אחרים לא); יכול להיות שלמציעים שנתנו מובן לא סביר התאפשר "לבנות" הצעה זולה יותר ממציעים אחרים; יכול להיות שמתן פירוש בלתי סביר לתנאי סף במכרז הכשיר את הצעת אלמוני לזכייה על חשבון הצעת פלוני; לבסוף, יכול להיות שמתן פירוש בלתי סביר לאמות המידה לבחירת הזוכה במכרז הקנה את הזכייה למציע אלמוני על חשבון פלוני. והשוו לדבריו של השופט ח' אריאל בע"מ 6160/97 **ר.ג.א. שירותים ונקיון בע"מ נ' עיריית בת-ים**, פ"ד (נב) (4) 286, 287 (1998).

¹²⁰ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 430-431; בג"ץ 435/77 **נאשף נ' המועצה המקומית טייבה**, פ"ד לב (2) 50, 51-52 (1978) (להלן: פרשת **נאשף**).

¹²¹ השוו: בג"ץ 1027/04 **פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל**, פ"ס 137 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 2011.6.9).

¹²² ע"מ 5399/14 **מור חברה לשיווק מוצרי בניה (1992) בע"מ נ' א.פ.פורמיקה סנטר (1998) בע"מ**, פ"ס 21 (נבו 2016.1.24) (להלן: פרשת **מור**); ע"מ 6117/15 **ג.י.א. יזמה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל**, פ"ס 45 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 2016.6.23); השוו גם: בר"ם 6437/09 **גרינברג נ' חלמיש חברה ממשלתית עירונית לדיור ושיווק בע"מ** (נבו 2009.8.31). השוו: Clinton v Department of Labor, 41-42 (Ir. Sup. C. 2001); SIAC Construction Ltd v Mayo CC, All E.R. (EC) 272 (Ir. Sup. C. 2001); *Clinton* (hereafter: "*Clinton*"); Adrian L. Roberson, ASBCA No. 6248, 61-1 BCA, 2857 at 14,915.

¹²³ השוו: ע"מ 3195/97 **א. אלדן אלמנטים אורבניים בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל** (נבו 1998.7.6); ע"מ 191/85 **מדינת ישראל נ' חברת נוה שוסטר בע"מ** (פ"ד מב) (1) 573, 580 (1988) (פרשת **נוה שוסטר**).

¹²⁴ ראו: פרשת **חדשות ישראל**, ה"ש 43, בעמ' 139-140; פרשת **אלישרא**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 9-10. וראו: רע"א 3343/00 **מפעלי תחנות בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, פ"ס 9 (נבו 2000.8.8) (להלן: פרשת **מפעלי תחנות**); דפנה ברק-ארו "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז 209, 239 (תשס"ג).

שניתן לטקסט הוא רגיל וטבעי יותר, והמשמעות המשפטית שניתנת לטקסט מגשימה את תכליתו בצורה טובה יותר, אז ניתן לומר שמובנו של הטקסט הוא סביר יותר. מאידך, ככל שהמובן הלשוני שניתן לטקסט הוא מיוחד וחריג יותר, והמשמעות המשפטית שניתנת לטקסט מגשימה את תכליתו בצורה פחות טובה, אז ניתן לומר שמובנו של הטקסט הוא סביר פחות. אם תוצאת הפונקציה חוצה "מסה קריטית" מסוימת, משויך המובן של המכרז לקבוצת המובנים הסבירים. ואם אינה חוצה, משויך המובן לקבוצת המובנים הבלתי סבירים. הציר שעליו נע המובן הוא ציר של סבירות. יש מובן סביר יותר ויש מובן סביר פחות. אך משנחצית "מסה קריטית" מסוימת, המובן משויך לאחת הקבוצות. על מנת לעמוד על היחס בין המובן הלשוני של טקסט המכרז למשמעות המשפטית שלו, נבחן שתי דוגמאות.

דוגמה ראשונה:¹²⁵ במכרז שפרסם משרד התחבורה להספקת רישיונות נהיגה הוצב תנאי סף הדורש כי לכל מציע יהיה "מנהל בעל ניסיון בייצור ובפרסונליזציה"¹²⁶ של מיליון כרטיסים". נניח כי מציע מסוים הציע בהצעתו מנהל בעל ניסיון בפרסונליזציה של מיליון כרטיסים, בלבד, וללא ניסיון בייצור של כרטיסים. אותו מציע טוען כי הבין את תנאי הסף כדרישה חלופית ולא כדרישה מצטברת. כלומר הוא הבין את "ו' החיבור" כ"או" - ככזו הבאה להפריד ולא לחבר. אותו מציע מוסיף וטוען כי מי שרכש ניסיון ניהולי בפרסונליזציה של מיליון כרטיסים הוא ממילא גם בעל יכולות לנהל ייצור של כרטיסים.

יכול להיות שיש ממש בטענותיו של המציע בעניין הניסיון הניהולי הרלוונטי למכרז. קשה לומר האם תכלית המכרז תוגשם בצורה טובה יותר אם יידרש ניסיון ניהולי מצטבר בייצור ובפרסונליזציה של מיליון כרטיסים, ולא רק ניסיון ניהולי בפרסונליזציה של מיליון כרטיסים או רק ניסיון ניהולי בייצור של מיליון כרטיסים. אולם נראה שעל אף שלעיתים "ו' החיבור" יכולה לשמש להפרדה ולא לחיבור, לא יהיה חולק כי המובן הלשוני שנתן המציע לתנאי הסף הוא מובן בלתי רגיל.¹²⁷ לפנינו אפוא מצב בו אין משמעות משפטית העדיפה באופן ברור על האחרת, אך ניתן מובן לשוני חריג ביותר לטקסט המכרז. במצב זה יש לומר כי המובן שנתן המציע לתנאי הסף הוא בלתי סביר.

דוגמה שנייה: במכרז שפרסמה רשות שדות התעופה למתן שירותי ביעור צמחיה במסלולי המראה ונחיתה, הוצב תנאי סף הדורש כי כל מציע יצרף להצעתו "הסכם ליסינג לשימוש בטרקטור חקלאי". נניח כי מציע מסוים צרף להצעתו הסכם ליסינג שנחתם יום לפני הגשת ההצעות במכרז, ובו הוסכם כי

¹²⁵ הדוגמה לקוחה מפרשת בארי, לעיל ה"ש 119.

¹²⁶ הטבעת הנתונים האישיים של בעל הכרטיס על הכרטיס.

¹²⁷ בג"ץ 157/63 בוקסבאום נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד יח(1) 115, 124 (1964).

חברת הליסינג מתחייבת לספק למציע טרקטור חקלאי בתוך שנה. אותו מציע טוען כי הצעתו עומדת בתנאי הסף מכיוון שהציג "הסכם ליסינג לשימוש בטרקטור חקלאי".

אכן, המובן הלשוני שנתן המציע לתנאי הסף הוא מובן רגיל. עם זאת, המשמעות המשפטית שנתן המציע לתנאי הסף אינה משרתת את תכלית תנאי הסף - לוודא כי למציע הזוכה במכרז טרקטור חקלאי מוכן לשימוש. לפנינו מצב בו אין אפשרות לשונית העדיפה על אפשרות לשונית אחרת, אך ניתנה לטקסט המכרז משמעות משפטית שאינה מגשימה את תכליתו כלל ועיקר.¹²⁸ במצב זה שוב יש לומר כי המובן שנתן המציע לתנאי הסף הוא בלתי סביר.

המסקנה היא שהחלטה אם מובן כלשהו של טקסט המכרז הוא מובן סביר או בלתי סביר, מחייבת בחינה משולבת של המובן הלשוני שניתן לטקסט המכרז, ושל המשמעות המשפטית שניתנת לו על רקע תכלית המכרז הנשקפת מנקודת המבט של "מציע סביר".¹²⁹ על הפרשן להפעיל את שיקול דעתו, לבחון את נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, ולהחליט האם נחצתה או לא נחצתה "המסה הקריטית". כלומר האם הפירוש שניתן לתנאי המכרז הוא סביר או בלתי סביר.¹³⁰

את דברים אלה יש ללוות בביאור. מטרתו של הפרשן הנוקט בשיטת הפרשנות התכליתית אינה לתת לטקסט המשפטי פירוש סביר. הפרשן אינו עוסק ב"תורת הפרשנות הסבירה". מטרתו היא אחת - לתת פירוש המגשים את תכליתו של הטקסט המשפטי. הפרשן מבקש לאתר פירוש סביר לתנאי המכרז אך מתוך התחשבות בעקרונות המכרז הציבורי ובתכליות האובייקטיביות שנועדו להגשים ולהגן על עקרונות אלה. אם ניתן למכרז הציבורי פירוש סביר, זו אינה אלא תוצאת הפעלתה של שיטת הפרשנות התכליתית.¹³¹ זוהי ההבחנה בין שיטת הפרשנות לתוצאת הפרשנות.¹³²

¹²⁸ השוו: פרשת **מפעלי תחנות**, לעיל ה"ש 124, בפס' 8-9.

¹²⁹ השוו: Andrew Robertson, *Purposive Contractual Interpretation*, 39 LEGAL STUD. 230, 235 (2019): "If a contractual provision could mean A or B, and B is more consistent with what a reasonable person would understand to be the purpose of the provision or the instrument, then a reasonable person would understand the provision to mean B, and would therefore reasonably understand the parties to have agreed B"; (ב) לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס-1999: "כאשר סעיף קטן (א) לא חל, יפורשו הצהרות והתנהגות אחרת של צד, בהתאם להבנת אדם סביר מסוגו של הצד האחר באותן נסיבות".

¹³⁰ מבחן עזר טמון בבדיקה כיצד פירשו המציעים השונים את המכרז. השוו: פרשת **סאיג**, לעיל ה"ש 90, בפס' 17; וראו: "The reasonableness of a contractor's proffered interpretation may be proved by showing that other bidders adopted the same interpretation" (JOHN CIBINIC, Jr. et.al, ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS 230 (4.Ed., 2006), והאסמכתאות שם).

¹³¹ השוו: בג"ץ 2257/04 **סיעת חד"ש תע"ל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-17**, פ"ד נח(6) 685, 710-711 (2004) (להלן: פרשת **חד"ש**); השוו: דנ"א 6839/98 **ר.ג.א. שירותים ונקיון בע"מ נ' עיריית בת-ים** (נבו) 25.4.1999.

¹³² ראו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 65-66; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 342, 461-462; ברק **תורת הפרשנות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 38, 131.

ב. לשון המכרז הציבורי

1. המשמעות הלשונית

לפי ברק, המשמעות הלשונית של המכרז כוללת את כל מגוון האפשרויות הלשוניות של טקסט המכרז.¹³³ מתוך המשמעות הלשונית של טקסט המכרז "מחלץ" הפרשן את המשמעות המשפטית של המכרז.¹³⁴ הלשון קובעת אפוא את גבול המשמעות המשפטית של טקסט המכרז. בכך היא גם קובעת את גבול הפרשנות.¹³⁵

אמת המידה ל"שליפת" המשמעות המשפטית של המכרז מתוך משמעותו הלשונית היא תכליתו.¹³⁶ אולם התכלית אינה מעצבת המשמעות המשפטית של טקסט המכרז, בלבד. היא גם משפיעה על המשמעות הלשונית של טקסט המכרז.¹³⁷ כאשר אנו אומרים כי צדדים לחוזה התכוונו כי המילה "כלב" תובן ככסא, אנו אומרים למעשה כי התכלית הסובייקטיבית של החוזה מעצבת את המשמעות הלשונית שלו.¹³⁸ וכאשר אנו אומרים כי כלפי צד שלישי לחוזה יש לתת למילה "כלב" מובן של כלב ולא של כסא, גם אם זו אינה כוונת הצדדים לחוזה, אנו למעשה אומרים כי קיימת תכלית אובייקטיבית לחוזה המשליכה על המשמעות הלשונית של החוזה.¹³⁹

והנה, גם המשמעות הלשונית של המכרז הציבורי מושפעת מתכליתו. בכל מכרז קיימת הסכמה משתמעת כי יינתן פירוש אחיד לתנאי המכרז. עקרון השוויון אף מחייב זאת בכל מכרז הציבורי. בהינתן זאת תכלית המכרז הציבורי תוחמת את המשמעות הלשונית שלו, כך שזו תהא חייבת להיות משותפת לעורך המכרז ולמציעים בפועל במכרז. ללא משמעות לשונית משותפת, חוזה המכרז שמתגבשים בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז יכולים לקבל פירוש שונה, והמכרז יכול לקבל פירוש שאינו אחיד בין כל הצדדים למכרז. יותר מזאת, ההגנה על אינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח במכרז מחייבת לתחום את המשמעות הלשונית שלו, כך שזו תהיה משותפת לא רק לעורך המכרז ולמציעים בפועל במכרז, אלא גם למציעים בכוח במכרז. קרי לכל הנוגעים למכרז. ללא משמעות לשונית משותפת לכל

¹³³ ברק פרשנות תכליתית, שם, בעמ' 43.

¹³⁴ ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 39, 42-43; ברק תורת הפרשנות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31, 120-121, 124, 263; בג"ץ 846/93 ברק נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(1) 3, 10 (1994); אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267, 268 (התש"ן); ע"א 77/88 צימרמן נ' שרת הבריאות, פ"ד מג(4) 63, 73 (1989); פרשת זנדברג, לעיל ה"ש 68, בעמ' 802; עע"ם 6802/02 מילאון נ' עיריית אילת, פ"ד נו(3) 873, 878 (2003).
¹³⁵ פרשת טלמציני, לעיל ה"ש 16, בעמ' 827; פרשת חד"ש, לעיל ה"ש 131, בעמ' 704; בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 276-277 (2004); ברק תורת הפרשנות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 43, 125-126; ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55.

¹³⁶ בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 688, 683 (1991); ע"א 3622/96 חכם נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 646 (1998); פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 316-317; פרשת אפרת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 763; ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150-151; ברק תורת הפרשנות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21.

¹³⁷ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76-77.

¹³⁸ השוו: ברק פרשנות החוזה, שם, בעמ' 74, 288; נילי כהן "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לה 587, 697-698 (2013).

¹³⁹ השוו: ברק פרשנות החוזה, שם, בעמ' 344; ברק תורת הפרשנות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 381-382; ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 239, 386.

הנוגעים למכרז, יכול המכרז לקבל מובן בלתי סביר מנקודת מבטם של המציעים בכוח במכרז. המכרז יכול לקבל מובן בלתי סביר מנקודת מבטו של "מציע סביר".

ריבוי הנוגעים למכרז יוביל בדרך כלל לכך שהמשמעות הלשונית של המכרז תורכב מאפשרויות לשוניות אובייקטיביות, בלבד. אולם אין לשלול מראש כי המשמעות הלשונית של המכרז תכלול אפשרויות לשוניות סובייקטיביות המשותפות לכל הנוגעים למכרז.

2. אפשרויות הלשון

מתחם אפשרויות הלשון של המכרז כולל בחובו את המשמעות המפורשת והמשמעות המשתמעת של לשון המכרז. הן המשמעות המפורשת והן המשמעות המשתמעת של המכרז נלמדות מהקשרו של טקסט המכרז.¹⁴⁰ הקשרו של המכרז הוא ההקשר של כל הנוגעים למכרז. זהו ההקשר הרלוונטי של המכרז.¹⁴¹ אם כך, המשמעות המפורשת והמשמעות המשתמעת של טקסט המכרז צריכות לקבל ביטוי על רקע הקשר שהוא משותף לעורך המכרז, ולמציעים בפועל ובכוח של המכרז. הקשר זה מתאפיין מטבעו במידה גבוהה של אובייקטיביות. עם זאת, אין לשלול אפשרות כי לכל הנוגעים למכרז יהיה הקשר סובייקטיבי משותף ממנו ניתן יהיה ללמוד על המשמעות המפורשת והמשמעות המשתמעת של המכרז.

מתחם אפשרויות הלשון של טקסט המכרז כולל גם את הלשון ציבורית של הטקסט וגם את לשונו הפרטית. צדדים לחוזה יכולים להסכים ביניהם על שימוש בלשון פרטית בחוזה. אולם על מנת שהלשון הפרטית תהפוך לחלק מלשון החוזה, על הצדדים לספק לפרשן את "המפתח" לפענוח שלה. אם עשו כן, הלשון הפרטית תהפוך לחלק ממתחם אפשרויות הלשון של החוזה וממשמעותו הלשונית.¹⁴²

הדברים הם שונים בכל הקשור למכרז הציבורי. במכרז ציבורי לא ניתן לעשות שימוש בלשון פרטית המשותפת לעורך המכרז ולמציע כזה או אחר. המכרז הציבורי מופנה לכלל הציבור (מכרז פומבי) או לציבור מסוים (מכרז סגור). המציעים בפועל ובכוח מסתמכים על הלשון של המכרז. שימוש בלשון פרטית במכרז משבש את יכולתם לכוון את התנהגותם במכרז. לשון המכרז צריכה אפוא לשמור על מידה של אובייקטיביות. היא אינה יכולה לקבל מובן לשוני סובייקטיבי שהוא משותף רק לחלק מסוים של הנוגעים למכרז.

¹⁴⁰ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 148; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 170; אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" **משפטים** מה 573, 579, 581-582, 585 (2016); ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 109-110; אהרן ברק **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית** 121 (התשנ"ד) (להלן: ברק **פרשנות חוקתית**); פרשת **חז"ש**, לעיל ה"ש 131, בעמ' 703-704; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 149; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 357-355; רע"א 3130/05 **יורשי א.ר. נ' מנהל עזבון מ.ר.** (נבו 14.9.2006).

¹⁴¹ השו" : ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 429-430.

¹⁴² ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 235.

ניתן לעשות שימוש בלשון פרטית במכרז רק בשני מקרים: הראשון, כאשר טקסט המכרז כולל את "המפתח" לפענוח הלשון הפרטית על ידי הציבור. כך הלשון הפרטית הופכת למעשה לציבורית.¹⁴³ השני, כאשר קיימת לשון פרטית המשותפת לכל הנוגעים למכרז.¹⁴⁴ או אז עדיין ידרשו הנוגעים למכרז לספק לפרשן את "המפתח" לפיענוח כדי שזו תהפוך לחלק מהמשמעות הלשונית של המכרז.¹⁴⁵

ללשון ניתן לתת מובן רגיל וטבעי, וניתן לתת לה מובן חריג ומיוחד.¹⁴⁶ הבחירה בין מתן מובן משפטי ללשון רגילה של טקסט המכרז ובין מתן מובן משפטי ללשון חריגה שלו, היא פועל יוצא של תכלית המכרז. אולם אין הדבר אומר שללשון הרגילה וללשון החריגה משקל שווה בתחרות על הלשון הנבחרת שלה תינתן המשמעות המשפטית של המכרז. קיימת חזקה כי תכליתו של טקסט משפטי עולה מלשונו הרגילה.¹⁴⁷ לא מדובר בחזקה חלוטה, אך צריכים להיות טעמים כבדי משקל כדי לסתור חזקה זו.¹⁴⁸ מעבר לזאת, במכרז הציבורי יש להגן על הסתמכותם של המציעים בפועל ובכוח במכרז. הגנה זו מוגשמת בדרך כלל על ידי מתן מובן אובייקטיבי ללשון המכרז. מובן זה הוא כאמור המובן ש"מציע סביר" היה נותן ללשון המכרז.¹⁴⁹ מובן זה יהא לרוב המובן הלשוני הרגיל של המכרז.¹⁵⁰

ד. תכלית המכרז הציבורי

1. התכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי

(א) מהות התכלית הסובייקטיבית

התכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי היא הערכים, המטרות והאינטרסים שהצדדים למכרז רצו להגשים.¹⁵¹ זוהי ה"נשמה הסובייקטיבית" של המכרז. זוהי כוונת הצדדים למכרז.¹⁵²

¹⁴³ השו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 336; ברק תורת הפרשנות, לעיל הי"ש 1, בעמ' 253; ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 148 בהי"ש 39; ברק פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 138.

¹⁴⁴ השו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 339; פרשת מתן שירותי בריאות, לעיל הי"ש 43 בפס' 36 ו-ג'; ע"מ 7590/12 החברה הלאומית לדרכים בישראל נ' לינוס בע"מ, פס"מ 39 (נבו 18.4.2013) (להלן: פרשת לינוס).

¹⁴⁵ פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים", לעיל הי"ש 39, בעמ' 483, 486.

¹⁴⁶ ראו באופן כללי: ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 267; Thomas R. Lee & Stephen C. Mouritsen, *Judging Ordinary Meaning*, 127 YALE L.J. 788, 798 (2018); William Baude & Ryan D. Doerfler, *The (Not So) Plain Meaning Rule*, 84 U. CHI. L. REV. 539, 545 (2017); יניב רוזנאי, נדיב מרדכי "על נגישותה של החקיקה" משפט וממשל יט 448, 429 הי"ש 93 (2018); ע"א 260/83 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אברהם, פ"ד לט(2) 96, 100 (1985); רננה לנדוי "המשפט במשפט: בלשנות משפטית - הבלשן בשירות המשפט" עיוני משפט כב 37, 56 (התשנ"ט); ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 233, 360; ברק פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 117.

¹⁴⁷ השו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 359-361, 492-493, 566-567, 578, 582.

¹⁴⁸ השו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 361, 582-583; פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים", לעיל הי"ש 39, בעמ' 488-489.

¹⁴⁹ השו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 431, 434, 438, 449.

¹⁵⁰ השו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 578-579; ברק תורת הפרשנות, הי"ש 1, בעמ' 382; השו: ברק פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 587-589.

¹⁵¹ פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 201; ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 404; ברק פרשנות הצוואה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 182; פרשת מילגרומ, לעיל הי"ש 26, בעמ' 157; ע"מ 7414/13 בר טן אחזקות והשקעות בע"מ נ' עיריית רמת גן, פס"מ 12 (נבו 24.12.2014); בג"ץ 6247/04 גורודצקי נ' שר הפנים, פס"מ 24 (נבו 23.3.2010).

¹⁵² ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 165-166, 170; ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 405; ברק פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 202; ברק פרשנות הצוואה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 131; דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 654 (1995); ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פס"מ 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 16.5.2018); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס"מ 3 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 13.9.2017); פרשת רוטמן, לעיל הי"ש 18, בפס"מ

במסגרת הליכי המכרז משתכלל חוזה מכרז בין עורך במכרז ובין כל מציע שמגיש הצעה במכרז. חוזה המכרז הוא פעולה משפטית דו-צדדית במשפט הפרטי. ביסודו עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי. מכך נובע שיש לכבד את כוונת הצדדים של כל חוזה מכרז ולתת משקל נכבד לתכליתו הסובייקטיבית.¹⁵³

עם זאת, כיבוד כוונת הצדדים של כל חוזה מכרז נתקל באילוץ מובנה. הצדדים למכרז מסכימים כי ינתן לו פירוש אחיד. פירוש שכזה אף מתחייב במכרז ציבורי. לכן, התכלית הסובייקטיבית של המכרז חייבת לשקף את הכוונה המשותפת של כל הצדדים למכרז, ולא כוונה המשותפת לעורך המכרז ולמציע מסוים. אך גם כיבוד הכוונה המשותפת של הצדדים למכרז נתקל באילוץ מובנה. לא ניתן להתחשב בתכלית הסובייקטיבית של המכרז אם זו תוביל למתן פירוש אשר יפגע באינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח של המכרז.

ואולם, אילוץ אלה אינם צריכים לרפות את ידי הפרשן. על הפרשן להתמיד במאמץ לכבד את כוונת הצדדים למכרז. על הפרשן לנסות לאתר כוונה משותפת של הצדדים למכרז. עליו לנסות לאתר את התכלית הסובייקטיבית של המכרז. אם יצליח לעשות כן יכבד את כוונת הצדדים של כל חוזה מכרז. כמו כן אם הפרשן ימצא כי התחשבות בתכלית הסובייקטיבית של המכרז לא תוביל לפגיעה באינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח במכרז, ניתן יהיה להתחשב בתכלית זו ועל פיה לפרש את המכרז.

(ב) מקורות התכלית הסובייקטיבית

על התכלית הסובייקטיבית של המכרז למד הפרשן מההקשר הטקסטואלי של המכרז ומההקשר החיצוני שלו. ההקשר הטקסטואלי הוא המקורות שבתוך טקסט המכרז אליהם פונה הפרשן. ההקשר החיצוני הוא המקורות החיצוניים לטקסט המכרז. אלה הם כל המקורות שמחוץ לטקסט מהם למד הפרשן על תכליתו.¹⁵⁴ אלה הם הנסיבות.

אין רשימה סגורה של מקורות חיצוניים. ההקשר החיצוני של כל טקסט משפטי בנוי "מעגלים-מעגלים". הוא כולל את כל ההקשר החברתי, ההיסטורי והמשפטי של הטקסט.¹⁵⁵ על פי הפרשנות

49; פרשת **השתתפויות בנכסים**, לעיל ה"ש 18, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור; בג"ץ 869/92 **זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה**, פ"ד מו(2) 692, 702 (1992).

¹⁵³ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 264-265, 294; **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 51, 59-60; אך ראו הדעה שהובעה בת"א (מחוזי י-ם) 950/95 **ק.ח.א. שיכון ובניה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(4) 708, פס' 8(ג) (1999); ע"א (מחוזי י-ם) 5244/04 **מנזלי נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פס' 9 (נבו 5.7.2004).

¹⁵⁴ ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 292; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 180-181, 185; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 442; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 210.

¹⁵⁵ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 368; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 461; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 231; ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 146; ע"א 3798/94 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד נ(3) 133, 172-171 (1996).

התכליתית, כל המקורות הם קבילים וניתן לפנות אליהם בכל עת על מנת ללמוד על תכליתו הסובייקטיבית של הטקסט המשפטי.¹⁵⁶ אולם לא לכל המקורות משקל זהה. בעמידה על תכליתו הסובייקטיבית של המכרז, משקלו של כל מקור ייקבע בהתאם למידת יכולתו ללמד על כוונתם המשותפת של הצדדים למכרז.¹⁵⁷

מאמץ הפרשן ממוקד באיתור הכוונה המשותפת של הצדדים למכרז. הוא מבקש לאתר את המקורות המלמדים על ההקשרים הסובייקטיביים המשותפים של הצדדים למכרז. הפרשן יכול להתחיל מבחינה של לשון המכרז ולעבור לאחר מכן לבחינת נסיבותיו. הוא גם יכול להתחיל מהנסיבות ולסיים בלשון. העיקר הוא שהפרשן ישלים את "המעגל", תוך שהוא מוכן לשנות את דעתו במהלכו.¹⁵⁸ לשון המכרז היא בדרך כלל המקור האמין ביותר לעמידה על כוונת הצדדים למכרז.¹⁵⁹ היא הקשר טקסטואלי משותף לצדדים למכרז. הקשר זה כולל את טקסט המכרז בכללותו. הוא כולל את כל הוראות המכרז, נספחיו, ואת הטקסטים שהמכרז מאמץ לתוכו.¹⁶⁰ הקשר זה כולל בחובו גם את הוראות המכרז המפורשות והמשתמעות,¹⁶¹ פרקי המכרז, המבנה של טקסט המכרז, שם המכרז,¹⁶² כותרות המכרז,¹⁶³ הערות השוליים שלו,¹⁶⁴ הגדרותיו, מבואו¹⁶⁵ ופסקת המטרה שלו¹⁶⁶. על אלה יש להוסיף את התשובות לשאלות הבהרה במכרז באשר הן חלק מתנאיו.¹⁶⁷ ללשון המכרז עליונות כמקור המלמד על תכליתו הסובייקטיבית. לשון המכרז היא ההקשר הסובייקטיבי המשותף המובהק ביותר, ולעיתים היחיד, של הצדדים למכרז. הלשון היא הכלי שבאמצעותו ביקשו הצדדים למכרז להגשים את תכליתו. מכאן גם החזקה העובדתית שהלשון הטבעית והרגילה של המכרז משקפת את כוונת הצדדים למכרז ואת התכלית הסובייקטיבית שלו.¹⁶⁸

¹⁵⁶ השוו: ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 191, 296, 303; ברק **תורת הפרשנות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 142-143; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 289, 409-411, 498-499, 509, 526, 528; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 189-188, 188, 286; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 268; אהרן ברק "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" **הפרקליט** לו 165, 177 (התשמ"ד); אהרן ברק "פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית" **עיוני משפט** י 467, 484 (התשמ"ד).
¹⁵⁷ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 444-445, 463, 498.
¹⁵⁸ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, שם, בעמ' 589; ע"א 2000/97 **לינדרון נ' קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים**, פ"ד נה(1) 12, 25 (1999).
¹⁵⁹ השוו: פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 300.
¹⁶⁰ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 318-319; פרשת **נוה שוסטר**, לעיל ה"ש 123, בעמ' 578-579.
¹⁶¹ השוו: ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 182; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 219.
¹⁶² ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 459.
¹⁶³ השוו: ע"א 255/89 **פרדו נ' מ"י**, פ"ד מו(5) 641, 653-654 (1992).
¹⁶⁴ השוו: ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 315.
¹⁶⁵ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 458-459.
¹⁶⁶ ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 304-305; דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 269; פרשת **סופרמאטיק**, לעיל ה"ש 43, בפס' 9; פרשת **מתן שירותי בריאות**, לעיל ה"ש 43, בפס' 43; עת"ם (מחוזי ת"א) 2333/04 **ס.ח.א. נעלים בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, עמ' 6 (נבו 2004.22.8).
¹⁶⁷ עע"ם 303/12 **מטיילי קריית שמונה בע"מ נ' עיריית צפת**, פס' 21 (נבו 2012.3.7); פרשת **מתן שירותי בריאות**, לעיל ה"ש 43, בפס' 36; הוראת תכ"ם 7.4.3.2 "שאלות הבהרה וכן ספור ספקים ושקולו" (8.9.2013) (להלן: הוראת תכ"ם 7.4.3.2 (וראו טופס ה"מענה לשאלות הבהרה" המצורף להוראה).
¹⁶⁸ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 492-493, 582; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 180-181; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 212; ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 309, 324; ד"ר 32/84 **עזבון וויליאמס נ' israel british bank**, פ"ד מד(2) 276, 265 (1990); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 54 (התשס"ה).

נסיבות המכרז הן כל הנתונים שמחוץ לטקסט המכרז היכולים ללמד על כוונת הצדדים למכרז.¹⁶⁹ נסיבות המכרז עניינן בהקשר החיצוני של המכרז. הקשר זה יכול לכלול את מודעת המכרז,¹⁷⁰ מכרזים קודמים שפורסמו באותו נושא,¹⁷¹ התנהגות מציעים ועורך המכרז בהתקשרויות קודמות באותו נושא,¹⁷² תיקונים שנערכו בנוסח המכרז ממועד פרסומו, מידע שהוחלף בכנס ספקים שערך עורך המכרז,¹⁷³ הליך מיון מוקדם שפרסם עורך המכרז (Prequalification),¹⁷⁴ בקשה לקבלת מידע (Request For Information) שפרסם עורך המכרז,¹⁷⁵ פיילוט בו השתתפו המציעים,¹⁷⁶ פרוטוקולים של ועדת המכרזים, הצעות המציעים,¹⁷⁷ התכתבויות בין ועדת המכרזים למציעים, התנהגות עורך המכרז והזוכה במכרז בשלב מימוש ההתקשרות, ועוד.¹⁷⁸

לעיתים נסיבות המכרז ילמדו באופן אמין יותר מלשון המכרז על הכוונה של הצדדים למכרז.¹⁷⁹ לעיתים יהיה בנסיבות כדי להראות כי כוונת הצדדים למכרז תוגשם אם תינתן למכרז אפשרות לשונית שהיא חריגה ומיוחדת, ולא אפשרות לשונית טבעית ורגילה.¹⁸⁰ ולעיתים יהיה בהן להבהיר לשון מכרז שהיא עמומה או דו-משמעית.¹⁸¹ במצבים אלה יכולות הנסיבות לקבל משקל עדיף על לשון המכרז בעמידה על תכליתו הסובייקטיבית.¹⁸²

(ג) אובייקטיביות של כוונת הצדדים

הואיל והמכרז מנוסח על ידי עורך המכרז, מעטים יהיו המקרים בהם עורך המכרז והמציעים במכרז יחלקו הקשר סובייקטיבי משותף, שאינו ההקשר הטקסטואלי של המכרז.¹⁸³ הגם שלכל מכרז

¹⁶⁹ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 461-470.
¹⁷⁰ עת"ם (מינהליים י-ם) 217/06 רז ושחף הנדסה ובניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסי' 38 (נבו 4.4.2006) (להלן: פרשת שחף); תקי' 15 (א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; תקי' 11 (א) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ד-1993; תקי' 9 (א) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987; תקי' 9 (א) לתוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950.
¹⁷¹ ראו לדוגמה: פרשת סאיג, לעיל הי"ש 90, בפסי' 17; עת"ם (מינהליים ת"א) 2542/09 שלי משה מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הבטחון, פסי' ד (נבו 29.6.2011).
¹⁷² ראו לדוגמה: פרשת שחף, לעיל הי"ש 170, בפסי' 39; עת"ם (מינהליים חיפה) 34460-09-18 וידאו פלוס בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות, פסי' 5 (נבו 9.12.2018) (להלן: פרשת וידאו פלוס); בר"ם 2517/06 מידף שירותי קייטרינג ואירוח בע"מ נ' המרכז הזואולוגי תל אביב רמת גן בע"מ, פסי' 11 (נבו 17.4.2006) (להלן: פרשת מידף).
¹⁷³ ראו לדוגמה: עת"ם (מינהליים י-ם) 8571/08 מכבסת שלג חדרה (1985) בע"מ נ' משרד הבריאות, פסי' 13 (נבו 27.10.2008) (להלן: פרשת מכבסת שלג); עת"ם (מינהליים י-ם) 588/02 בזקכל תקשורת בע"מ נ' שר התחבורה, פסי' 8 (נבו 30.7.2002); ראו גם הוראת תכ"ם 7.4.3.2, לעיל הי"ש 143.
¹⁷⁴ ראו: תקי' 17 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; דקל מכרזים כרך שני, לעיל הי"ש 40, בעמ' 66-67.
¹⁷⁵ ראו: תקי' 14 (א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל הי"ש 40, בעמ' 272-273; עת"ם (מינהליים י-ם) 48330-07-14 אלסר בע"מ נ' ועדת המכרזים המרכזית לשירותים וטובין, פסי' 57 (נבו 31.10.2014).
¹⁷⁶ פרשת סופרמאטיק, לעיל הי"ש 43, בפסי' 11.
¹⁷⁷ פרשת מתן שירותי בריאות, לעיל הי"ש 43, בפסי' 43; פרשת לינוס, לעיל הי"ש 144, בפסי' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.
¹⁷⁸ והשוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 463-469; ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 388.
¹⁷⁹ ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 401; וראו: ברק פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 539-551; ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 566; ברק פרשנות הצוואה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 184, 199, 209.
¹⁸⁰ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 343; ברק פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 325; ברק פרשנות הצוואה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 214.
¹⁸¹ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 583.
¹⁸² ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 181.
¹⁸³ השוו: ע"א 6295/16 קוזלי נ' מדינת ישראל, פסי' 12 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 3.6.2019).

נסיבות האופפות אותו, לרוב לא יהיה בהן כדי ללמד על כוונה שהיא משותפת לכל הצדדים למכרז. למעשה, מהלך הפרשנות של המכרז ייסוב על דרך הכלל רק על לשון המכרז.

ההיצמדות לטקסט המכרז גורמת מאליה לאובייקטיביזציה של כוונת הצדדים למכרז.¹⁸⁴ אם לשון המכרז היא המקור היחיד להבנת כוונת הצדדים למכרז, אז כוונת הצדדים הנלמדת מטקסט המכרז לא צריכה להיות שונה מכוונה של צדדים אחרים שהיו עומדים בנעליהם.¹⁸⁵ במילים אחרות, אם אין הקשר חיצוני סובייקטיבי היכול ללמד על כוונת הצדדים למכרז, מובנו של המכרז אינו צריך להיות שונה ממובנם של "צדדים סבירים" למכרז.¹⁸⁶

דבקות בלשון המכרז מובילה למתן מובן אובייקטיבי לכוונת הצדדים למכרז. היא מובילה למתן מובן אובייקטיבי ל"נשמה הסובייקטיבית" של המכרז.¹⁸⁷ ברם יש להדגיש כי אם נמצא הקשר חיצוני סובייקטיבי לצדדים למכרז, המצביע באופן אמין יותר על כוונת הצדדים למכרז מאשר זו הנלמדת מהקשרו הטקסטואלי, אין סיבה להעדיף מתן מובן אובייקטיבי לכוונתם.¹⁸⁸

(ד) התכלית הסובייקטיבית והמציעים בכוח

כוחה של התכלית הסובייקטיבית יפה בין הצדדים למכרז. אין מניעה להתחשב בה ככל שהיא משותפת לכל הצדדים למכרז. אולם על הוראות המכרז הציבורי מסתמכים גם צדדים שלישיים. אלה הם המציעים בכוח שהחליטו שלא להשתתף במכרז בהסתמך על הוראותיו. למציעים בכוח אינטרס הסתמכות מוגן. על כן ניתן להתחשב בתכלית הסובייקטיבית של המכרז רק אם זו אינה פוגעת באינטרס זה.

ניתן לתאר ארבעה מצבים בהם התחשבות בתכלית הסובייקטיבית של המכרז לא תפגע באינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח: המצב הראשון הוא בסיטואציה של מכרז פומבי בו כל המציעים הפוטנציאליים של המכרז הגישו הצעה במכרז וכולם הפכו למציעים בפועל.¹⁸⁹ המצב השני דומה למצב הראשון אך עניינו בסיטואציה של מכרז סגור.¹⁹⁰ במכרז מסוג זה פונה עורך המכרז למספר מציעים

¹⁸⁴ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 448, 450; פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 302-304.
¹⁸⁵ השוו: ע"א 6909/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קבוצת אריה יצחקי, פ"ד נה(4) 83, 87 (2001); פרשת לנדאו, לעיל ה"ש 114, בעמ' 666-667.
¹⁸⁶ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 431; השוו לפירוש תקנון תאגיד: ע"א 54/96 הולנדר נ' המימד החדש תוכנה בע"מ, נב(5) 673, 689-693 (1998).
¹⁸⁷ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436-438; וראו: ליפשיץ ופינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים", לעיל ה"ש 39, בעמ' 90.
¹⁸⁸ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 433, 436.
¹⁸⁹ השוו: עת"ם (מינהליים י-ם) 233/01 נתיבי המפרץ בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 16 (נבו) 8.5.2001; פרשת בארי, לעיל ה"ש 119, בפס' 125.
¹⁹⁰ ראו סעיפי הגדרות בתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, ובתקנות חובת המכרזים (התקשוריות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993.

מסוימים ומזמין אותם להשתתף במכרז. אם כל המציעים שהוזמנו להציע הצעות במכרז הסגור הגישו הצעות, אז לא נותרו מציעים בכוח שהחליטו לא להשתתף במכרז.¹⁹¹

המצב **השלישי** הוא בסיטואציה בה פירוש המכרז נעשה בהתאם לתכלית סופית התואמת את התכלית הסובייקטיבית של מכרז, ופירוש זה אינו סוטה מהמובן ש"מציע סביר" היה נותן לתנאי המכרז. הוא אינו סוטה מפירוש סביר לתנאי המכרז. במקרה כזה אין פגיעה באינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח, שכן הם מוחזקים כמי שהבינו את הוראות המכרז כפי ש"מציע סביר" היה מבינם. אם לא כן, הסתמכותם על הוראות המכרז לא תקבל הגנה.

המצב **הרביעי** מחולק לשני מקרים. המקרה הראשון הוא כאשר המציע בכוח ידע או שלא יכול היה שלא לדעת על הכוונה המשותפת של הצדדים למכרז. כשם שלא נפגעת ההסתמכות של צד למכרז אם ידע על כוונתם של יתר הצדדים למכרז,¹⁹² כך גם לא נפגעת ההסתמכות של צד שלישי למכרז אם ידע על כוונתם המשותפת של הצדדים למכרז. אם הצדדים למכרז והמציעים בכוח במכרז חולקים הקשר סובייקטיבי משותף, והקשר זה לימד על הכוונה המשותפת של הצדדים למכרז, אז לא ניתן לומר כי נפגע אינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח, אם הוראות המכרז יקבלו פרשנות בהתאם לכוונה זן.¹⁹³

המקרה השני הוא כאשר המידע המצביע על הכוונה המשותפת של הצדדים למכרז היה נגיש למציע בכוח באופן סביר (reasonably available).¹⁹⁴ במצב בו הוראות המכרז קיבלו פרשנות בהתאם לכוונה זו, אין המציע בכוח יכול להישמע כי נפגעה הסתמכותו. אם נקודת המוצא היא כי על מנת שיקום למציע בכוח אינטרס הסתמכות ראוי להגנה, עליו לנהוג כ"מציע סביר", אז אינטרס זה אינו ראוי להגנה אם מציע התעלם ממידע רלוונטי בקשר למכרז, שהיה נגיש לו באופן סביר.¹⁹⁵

¹⁹¹ השוו: ע"מ 10064/04 **מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(4) 495, 505 (2004); פרשת **ידע**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 646.

¹⁹² השוו בחוזים: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 421-425, 433-434; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 386; ע"מ 154/80 **בורכד ליינס לימיטד לונדון נ' הידרובטון בע"מ**, פ"ד לח(2) 213, 223 (1984) (להלן: פרשת **בורכד**); ע"מ 539/86 **קליר נ' אלעד**, פ"ד מג(1) 602, 611 (1989); ע"מ 4541/91 **לוביאניקר נ' שר האוצר**, פ"ד מח(3) 397, 409 (1994); בג"ץ 846/93 **יעקב ברק נ' בית-הדין הארצי לעבודה ירושלים**, פ"ד נא(1) 3, 10 (1994); פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 312. השוו לקבוע בסעיף 8(א) לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999: "לענין אמנה זו, הצהרות והתנהגות אחרת של צד יפורשו בהתאם לכוונתו, כאשר הצד האחר ידע, או לא יכול היה שלא להיות מודע, מה היתה הכוונה".

¹⁹³ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 429-430; והשוו לפירוש תקנון תאגיד באוסטרליה: Lion Nathan Australia Pty Ltd v. Coopers Brewery Ltd, 156 FCR 1 (2006), 59; Adam Kramer, *Common Sense Principles of Contract Interpretation (and How We've been Using Them All Along)*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 173, 177-180 (2003).

¹⁹⁴ השוו לדבריו של השופט הופמן באנגליה בפרשת **Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society** (No.1), 1 W.L.R. 896, 912-913 (House of Lords, 1998).

¹⁹⁵ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 424-425; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 168, 386.

2. התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי

(א) מהות התכלית האובייקטיבית

התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי היא הערכים, המטרות והאינטרסים שהמכרז הציבורי נועד להגשים לפי אמות מידה אובייקטיביות.¹⁹⁶ אלה הם הערכים, המטרות והאינטרסים העומדים לנגד עיני "צדדים סבירים" למכרז הציבורי. אלה הן הערכים, המטרות והאינטרסים שמדינה דמוקרטית מבקש להגשים באמצעות המכרז הציבורי.¹⁹⁷ ואלה הן הערכים, המטרות והאינטרסים הטיפוסיים של המכרז הציבורי.

התכלית האובייקטיבית משקפת את הרצון ההיפותטי המשותף של הצדדים למכרז. התכלית היא אובייקטיבית במובן זה שהיא מנותקת מהרצון הריאלי של הצדדים למכרז הציבורי.¹⁹⁸ הרצון העובדתי של הצדדים למכרז הציבורי אינו מעניינה. אך כבכל טקסט משפטי, לא ניתן "לשלוף" מטקסט המכרז, באמצעות תכלית אובייקטיבית, משמעות משפטית שאין לה עיגון בלשון הטקסט.¹⁹⁹ הלשון היא האמצעי היחיד דרכו ניתן להגשים את תכלית המכרז. הגשמת תכלית שאין לה אחיזה בלשון מהווה פעילות לבר-פרשנית הצריכה לסמוך עצמה על דוקטרינות לבר-פרשניות לגיטימיות.²⁰⁰

(ב) רמות ההפשטה של התכלית האובייקטיבית

התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי יכולה להיות תכלית מאוד כללית והיא יכולה תכלית מאוד ספציפית.²⁰¹ לתכלית האובייקטיבית רמות הפשטה שונות. ברמת ההפשטה הנמוכה, התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי מגשימה את רצונם המשוער של עורך המכרז והמציעים במכרז אם הם היו נותנים את דעתם לשאלה הפרשנית הדרושה הכרעה. הפרשן משחזר את עובדות המקרה ומנסה לדמיין את רצונם של עורך המכרז והמציעים במכרז אם הם היו חושבים בדבר.²⁰² הוא מנסה להמשיך את קו המחשבה שלהם.

¹⁹⁶ ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 195.

¹⁹⁷ ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 195; ברק פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 249; ברק תורת הפרשנות, לעיל הי"ש 1, בעמ' 117; פרשת זלום, לעיל הי"ש 7; פרשת האגודה לזכויות האזרח, לעיל הי"ש 18, בפסי קיב לפסק דינו של השופט רובינשטיין; בג"ץ 6637/16 לוי נ' מדינת ישראל, פסי' 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 18.4.2017); פרשת מליליין, לעיל הי"ש 17, בעמ' 856; בע"מ 1813/18 פלוגי נ' פלוגי, פסי' 21 לפסק דינו של השופט מזוז (נבו 23.6.2019).

¹⁹⁸ ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 195; ברק פרשנות הצוואה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 273; ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 534-536.

¹⁹⁹ ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 542; ע"א Megasong Publishing Aps 11418/03 נ' אורנים פרויקטים 1994, פסי' 10 (נבו 11.4.2005).

²⁰⁰ ברק פרשנות הצוואה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 160, 132; ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 229-230, 288; ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 56, 102; ברק תורת הפרשנות, לעיל הי"ש 1, בעמ' 44, 126; בע"מ 4282/03 לרנר נ' פייר, פסי' 7-6 לפסק דינו של הנשיא ברק (נבו 21.6.2005); פרשת חז"ש, לעיל הי"ש 131, בפסי' 21 ו-37 לפסק דינו של הנשיא ברק.

²⁰¹ ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 537; ברק פרשנות החקיקה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 213.

²⁰² ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 198; ברק פרשנות הצוואה, לעיל הי"ש 3, בעמ' 274-275; ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 223-222; וראו בפרשנות חוקים: Richard A. Posner, *Statutory Interpretation-in the Classroom*; William N. Jr. Eskridge & *and in the Courtroom*, 50 U. CHI. L. REV. 800, 817 (1983); Philip P. Frickey, *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, 42 STAN. L. REV. 321, 329-332 (1990).

ברמת ההפשטה הבינונית, התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי מגשימה את התכלית שהיו רואים עורך המכרז והמזיעים במכרז לנגד עיניהם בנסיבות העניין, אם הם היו נוהגים באופן סביר. הפרשן בוחן את הבעיה הפרשנית מנקודת מבטם של "עורך מכרז סביר" ו"מזיעים סבירים", ולא מנקודת מבטם של עורך המכרז הספציפי והמזיעים הספציפיים.²⁰³

ברמת ההפשטה הגבוהה, התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי מגשימה את התכלית ש"עורך מכרז סביר" ו"מזיעים סבירים" היו רואים לנגד עיניהם בכל מכרז ציבורי. הפרשן צריך לשאול עצמו מהי התכלית הטיפוסית שמגשים כל מכרז ציבורי.²⁰⁴

ברמת ההפשטה העליונה, התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי מגשימה את התכלית ששיטת משטר דמוקרטית מבקשת להגשים בכל טקסט משפטי. הפרשן מתמקד ברצונה של השיטה.²⁰⁵ הוא מנסה לעמוד על הערכים, המטרות והאינטרסים הרלוונטיים ששיטת משטר דמוקרטית רוצה להגשים באמצעות המכרז הציבורי.²⁰⁶

הפרשן אינו מחויב להתחיל את הבחינה מרמת ההפשטה הנמוכה של התכלית האובייקטיבית. הוא גם אינו מחויב להתחיל את הבחינה מרמת ההפשטה הבינונית, הגבוהה או העליונה שלה. העיקר הוא שהפרשן יקבל ראיה כוללת על כל רמות ההפשטה ויימצא את האיזון הנכון ביניהן.²⁰⁷

ג) חזקות התכלית האובייקטיבית – רמת ההפשטה הגבוהה

טובת איתור התכלית האובייקטיבית נעזר הפרשן בחזקות בדבר תכליתה.²⁰⁸ חזקות התכלית האובייקטיבית משקפות ברמות ההפשטה השונות את הערכים, המטרות והאינטרסים שיש להניח שהמכרז הציבורי נועד להגשים.²⁰⁹ נכון למקד את הדיון בחזקות התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי ברמת ההפשטה הגבוהה. אלה הן חזקות בדבר התכלית האובייקטיבית המגשימה את הערכים, המטרות והאינטרסים של כל מכרז ציבורי, בהתאם לטיפוסו כטקסט משפטי.²¹⁰

²⁰³ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 538, 540, 544-546; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל הי"ש 3, בעמ' 274-275; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 198.

²⁰⁴ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 538, 671; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל הי"ש 3, בעמ' 274-275; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 198-199.

²⁰⁵ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 196.

²⁰⁶ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 538; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל הי"ש 3, בעמ' 275; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 199-200; ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל הי"ש 140, בעמ' 129.

²⁰⁷ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 197-200.

²⁰⁸ לצד לשון המכרז ונסיבותיו (ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 204) השוו: פרשת **בורכרד**, לעיל הי"ש 192, בעמ' 223-224; ראו גם בפרשת **Clinton**, לעיל הי"ש 122, בעמ' 30-31.

²⁰⁹ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 134-135, 221; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 564-565; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל הי"ש 3, בעמ' 287; ברק **תורת הפרשנות**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 55; ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל הי"ש 3, בעמ' 484-485; עע"ם 4105/09 **עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה**, פס' 46 (נבו 2.2.2012); רע"א 2575/18 **יעקבסון נ' ליון**, פס' 43 (נבו 25.3.2019); רע"פ 1553/15 **עיסא נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה "השומרון"**, פס' 33 (נבו 31.10.2017); עע"ם 4068/10 **עיריית חולון נ' קר פרי בע"מ**, פס' 12 (נבו 20.12.2011); פרשת **בינר**, לעיל הי"ש 16, בפס' 14-16 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור, פרשת **קמטק**, לעיל הי"ש 39, בפס' 17-18.

²¹⁰ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 129, 577, 580, 580, 600, 603, 632; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל הי"ש 3, בעמ' 185, 292-293, 299-301; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 372, 391, 393.

רמת ההפשטה הגבוהה נמצאת במוקד משום שחזקות התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי ברמה זו יוצרות את הבידול העמוק ביותר בין המכרז הציבורי לטקסטים משפטיים אחרים. מקור חזקות התכלית האובייקטיבית ברמת ההפשטה ה**בינונית** - ההתנהגות הסבירה של יוצר או יוצרי הטקסט - אינו משתנה מטקסט לטקסט.²¹¹ גם מקור חזקות התכלית האובייקטיבית ברמת ההפשטה ה**עליונה** - ערכי היסוד של השיטה - אינו משתנה מטקסט לטקסט.²¹² אולם מקור חזקות התכלית האובייקטיבית ברמת ההפשטה הגבוהה משתנה במידה רבה מסוג טקסט לסוג טקסט בהתאם למאפיינים המיוחדים של כל טקסט.²¹³ לכן, רמת ההפשטה הגבוהה של התכלית האובייקטיבית היא כר טבעי לבידול בין הטקסטים המשפטיים לסוגיהם.

עקרונות המכרז הציבורי התקבעו בהלכות בית המשפט העליון ובחקיקת המכרזים. עקרונות אלה הם המקורות להכרה בחזקות התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי ברמת ההפשטה הגבוהה שלה.²¹⁴ בהינתן מקורות אלה ניתן להכיר בחזקות תכלית כלליות המגשימות את מטרות המכרז הציבורי. ניתן להכיר בחזקה כי תכלית המכרז הציבורי היא לתת הזדמנות שווה להשתתף בו, ולשמור על השוויון בין המציעים והתחרות ההוגנת - חזקת השמירה על השוויון וההגיונות; בחזקה כי תכלית המכרז הציבורי היא לשמור על אינטרס הציבור ולאפשר לרשות הציבורית לבחור את ההצעה הטובה ביותר עבורה - חזקת השאת התועלת לרשות הציבורית; ובחזקה כי תכלית המכרז הציבורי היא למנוע משוא פנים מצד עורך המכרז ופגיעה בטוהר המידות - חזקת המינהל התקין.

מבין עקרונות המכרז הציבורי זוכה עקרון השוויון וההגיונות לעדיפות על פני העקרון המשיא את תועלתה של הרשות הציבורית. עקרון השוויון וההגיונות הוא "הבריח התיכון" של המכרז הציבורי. לכן הוא מקבל מעמד עדיף על עקרון השאת התועלת לרשות הציבורית.²¹⁵ במקרה של התנגשות בין חזקת השמירה על השוויון וההגיונות לחזקת השאת התועלת לרשות, על הפרשן לעשות את מרב מאמציו

²¹¹ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 198, 372, 393; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 574-576, 581, 589, 595, 626; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 209, 292, 297, 307; ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 540, 543, 558.

²¹² ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 550-556, 612, 614-618, 672; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 285-284, 304, 306; ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 457, 506, 508, 516; ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 532 (1992).

²¹³ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 539. יש להודות שמיון החזקות לפי רמות ההפשטה אינו מבטא חלוקה חדה ונקייה. קיימת חפיפה רבה בין רמות ההפשטה ולכן ניתן לחלוק על שיוך חזקה פלונית לרמת הפשטה מסוימת. הדרך אינה סגורה מלהציע מיונים וחלוקות אחרים. השוו: ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 213; ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 140, בעמ' 295-296.

²¹⁴ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 573; עע"ם 1873/12 **אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב**, פסי 3 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 6.8.2012) (להלן: **פרשת אסום 2**).

²¹⁵ סי' (א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; פרשת **י.ת.ב.**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 905; עע"ם 10392/05 **אחים אוזן חברה לבניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פסי 36, 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 5.7.2009); עע"ם 10089/07 **אירוס הגלבו בע"מ נ' ברוך**, פסי 25 (נבו 5.4.2011); ע"א 6283/94 **"מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נא(1) 21, 27-26 (1995); פרשת **מעלות**, לעיל ה"ש 92, בפסי' לד; אך ראו: עע"ם 5375/15 **בטחון שרותים אבידר בע"מ נ' נתיבי ישראל**, פסי 4 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 11.8.2016); וראו פרשת **Alstom**, לעיל ה"ש 65, בפסי' 48; עע"ם 3813/11 **טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ**, פסי' 14 (נבו 5.1.2012).

ליישב ביניהן. אך במקרה של "סתירה חזיתית" בין החזקות, הרי שבמסגרת האיזון ביניהן, מפאת חשיבות עקרון השוויון וההגינות, יש לתת משקל גבוה יותר לחזקת התכלית המגשימה את עקרון זה.²¹⁶ בהקשר של המכרז הציבורי נכון לציין שתי חזקות תכלית נוספות: ראשית, חזקה היא כי תנאי המכרז נועדו למלא אחר הוראות הדין. כך למשל, חזקה כי תנאי המכרז נועדו למלא אחר הדינים המגינים על זכויות עובדים או אחר דיני ההגבלים העסקיים.²¹⁷ בפרט, במכרז שטיפוסו או סוגו הוא קבלת שירותי כוח אדם,²¹⁸ ניתן להכיר בחזקה כי תנאי המכרז נועדו להגן את זכויות עובדים.²¹⁹ שנית, חזקה היא כי תנאי המכרז נועדו להגשים את תקנת הציבור והם אינם סותרים אותה. משום שתנאי המכרז הציבורי הפוגע באופן מהותי בעקרונות המכרז הציבורי עשוי להתבטל בשל פגיעה בתקנת הציבור, הרי שחזקה היא שהתנאי לא נועד לפגוע בעקרונות המכרז הציבורי באופן מהותי.²²⁰

(ד) חזקות תכלית ספציפיות – רמת ההפשטה הגבוהה

עקרונות המכרז הציבורי הם לא רק מקור לחזקות תכלית כלליות. הם גם מקור עקיף לחזקות תכלית ספציפיות הנגזרות מחזקות התכלית הכלליות. חזקות התכלית הכלליות משמשות כ"מטריה נורמטיבית" לחזקות תכלית ספציפיות.²²¹

דוגמה אחת לחזקות תכלית ספציפיות הנגזרות מחזקות התכלית של השמירה על השוויון וההגינות, ומחזקות התכלית בדבר המינהל התקין, היא החזקה כי הוראות המכרז אינן מאפשרות ניהול משא ומתן עם משתתפי המכרז. קיום משא ומתן עם המציעים לאחר הגשת ההצעות במכרז פותח פתח לפגיעה בשוויון ובתחרות ההוגנת בין המציעים, ולפגיעה בטוהר המידות.²²² חזקה זו יכולה להיסתר אם בתנאי המכרז כלולה הוראה מפורשת המתירה ניהול משא ומתן במסגרת המכרז, והדין מאפשר זאת.²²³

דוגמה שנייה לחזקות תכלית ספציפיות הנגזרות מכל חזקות התכלית הכלליות, היא כי תנאי המכרז אינם מעודדים הגשת הצעות תכסיסניות מצד המציעים. הצעה תכסיסנית יכולה להיות הצעה בה

²¹⁶ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 399-400, 569; ברק פרשנות תכליתית, לעיל הי"ש 1, בעמ' 226-229.
²¹⁷ השוו: יגאל מרזל "הרובד הפנימי של המכרז הציבורי" משפט ועסקים יח 363, 372 (2014); עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים, פסי' 74 (נבו 2008.11.2); עע"מ 6861/11 י.א. אחזקה ושירותים בע"מ נ' עיריית באר שבע, פסי' 30 (נבו 2015.8.26). וראו: תקנה 6(א)(4), 6א, 16(ד), 20(ד), 22(א)(6), 24(6), 24(7) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

²¹⁸ ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 537.
²¹⁹ עע"מ 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון, פסי' 3, 6 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (נבו 2010.7.8).
²²⁰ פרשת אסום 2, לעיל הי"ש 214, בפסי' 4-5 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות. השוו: עת"מ (מינהליים י-ם) 11-12-45692-11 מרווח הוגן בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר, פסי' 26 (נבו 2013.4.23).

²²¹ השוו: ברק פרשנות החוזה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 399.
²²² פרשת אימפקט, לעיל הי"ש 86, בעמ' 737; פרשת מיגדה 2, לעיל הי"ש 66, בעמ' 93.
²²³ פרשת בית יולס, לעיל הי"ש 67, בעמ' 551; פרשת מליבו, לעיל הי"ש 45, בעמ' 686; ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206, 213-214 (1996); השוו: דקל מכרזים כרך שני, לעיל הי"ש 40, בעמ' 155. ראו תק' 7(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; תק' 27(ב) לתקנות חובת המכרזים (התקשוריות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993.

המציע מבצע הסטת מחירים (Shifting). בעשותו זאת מוזיל המציע חלק מהצעתו באופן מלאכותי, כדי לזכות במכרז, ומייקר חלק מהצעתו כדי להגדיל את רווחיו בהתקשרות הצפויה. כך המציע מפצה עצמו על ההוזלה "בהמשך הדרך". תמחור מסוג זה פוגע בשוויון מול המציעים האחרים (שלא נהגו בתכסיסנות), פועל נגד אינטרס הרשות הציבורית לקבל את ההצעה הטובה ביותר עבורה, ופותח פתח לפגיעה בטוהר המידות במכרז.²²⁴ על כן חזקה כי תנאי המכרז אינם מעודדים הגשת הצעה תכסיסנית.²²⁵

דוגמה שלישית לחזקת תכלית ספציפית הנגזרת מכל חזקות התכלית הכלליות, היא כי תנאי המכרז אינם יוצרים "מכרז תפור". "מכרז תפור" הוא מכרז למראית עין, שכן תנאיו מאפשרים זכייה של מציע פוטנציאלי אחד שעורך המכרז חפץ בהתקשרות עמו.²²⁶ זהו מכרז "שנתפר" למידותיו של מציע מסוים.²²⁷ "מכרז תפור" חותר תחת כל עקרונות היסוד של המכרז הציבורי. משכך חזקה היא כי תנאי המכרז לא יוצרים מכרז שכזה.²²⁸

אלה מספר דוגמאות בלבד. רצוי להמשיך ולפתח את חזקות התכלית הספציפיות של המכרז הציבורי, כדי ליצור מורי דרך לכל הבא לפרשו.

ה. התכלית הסופית של המכרז הציבורי

התכלית הסופית של המכרז הציבורי מבטאת איזון בין התכלית הסובייקטיבית של המכרז לתכלית האובייקטיבית שלו. התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית ניצבות בפני הפרשן כחזקות לתכלית הסופית של המכרז,²²⁹ ועל הפרשן לאזן ביניהן על מנת לאתר את התכלית הסופית של המכרז.²³⁰

על מנת לעמוד על התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי, על הפרשן לשקול את חזקות התכלית הכלליות והספציפיות הטיפוסיות של המכרז הציבורי. כמו כן עליו לשקול את חזקות התכלית המשקפות את רצונם של "צדדים סבירים" למכרז, ואת חזקות התכלית המשקפות את רצונה של השיטה ביחס למכרז הציבורי.²³¹

²²⁴ בר"ם 6926/10 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ, פס" 22-23 (נבו 22.11.2010).

²²⁵ השוו: פרשת מור, לעיל ה"ש 122, בפס" 24 ו-26.

²²⁶ השוו: בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, נט"מ (3) 817, 829 (2004); עע"ם 7736/10 הרקולס את סנפיר נ' טייפון קבלנים בע"מ, פס" 25 (נבו 6.9.2011); עע"ם 8196/08 אור הייטק בע"מ נ' עיריית אילת, פס" כד-כו (נבו 10.11.2009).

²²⁷ עע"ם 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ, פס" 7 (נבו 13.8.2007).

²²⁸ השוו: פרשת סופרמאטיק, לעיל ה"ש 43, בפס" 12.

²²⁹ ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 135, 158-159, 236-237.

²³⁰ ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 191. וראו: ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 137-138; ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 397-398; ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157-158; אהרן ברק "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט" ספר ויסמן - מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 1, 13 (תשס"ב).

²³¹ לדוגמה לאיתורה של תכלית אובייקטיבית במכרז הציבורי, ראו פרשת א.נ.א, לעיל ה"ש 43. באותו מקרה ניתן לומר, כי בית המשפט העליון בחן את התכלית האובייקטיבית של המכרז תוך שימוש בחזקה כי "עורך מכרז סביר" ו"מציעים

ברוב המקרים יימשכו התכליות האובייקטיביות לאותו כיוון. לא תהיה ביניהן סתירה. אם יש לכאורה התנגשות ביניהן על הפרשן לנסות ליישב את הסתירה בין התכליות. אם ניסיון זה אינו צולח על הפרשן לבצע איזון בין התכליות ברמות ההפשטה השונות במטרה להגיע לתכלית האובייקטיבית הסופית של המכרז. האיזון הסופי בין התכליות האובייקטיביות ייעשה בהתאם למשקל הכולל של הערכים, האינטרסים והמטרות שהן מייצגות.²³²

לעיתים הפרשן יעמוד בפני ריבוי של תכליות אובייקטיביות בעלות משקל זהה. במצב זה הוא יכול להיעזר בתכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי (אם זו ידועה ורלוונטית) כדי להכריע מהי התכלית האובייקטיבית של המכרז.²³³

על הפרשן לעמוד גם על התכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי. עליו לנסות לאתר את הכוונה המשותפת של עורך המכרז והמציעים במכרז.²³⁴ בדרך כלל ההקשר הסובייקטיבי המשותף היחיד של עורך המכרז והמציעים במכרז יהיה לשון המכרז. במצב זה כוונת הצדדים למכרז תלמד לפי מבחן אובייקטיבי. במצב זה, על דרך הכלל, לא תיסתר החזקה כי קיימת התאמה וחפיפה בין התכלית הסובייקטיבית של המכרז לתכלית האובייקטיבית שלו.²³⁵ שתיהן ינועו באותו כיוון.

לעיתים התכלית הסובייקטיבית של המכרז תיוותר לא ידועה. גם במקרה זה ניתן לעשות שימוש בחזקה כי התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי היא גם התכלית הסובייקטיבית שלו. במקרה זה שתיהן שוב ינועו באותו כיוון. כמו כן, לעיתים, בסוף המהלך פרשני, לשון המכרז תיוותר לא בהירה

סבירים" היו מבקשים להימנע ממתן פירוש למכרז המוביל לתוצאה אבסורדית, שאינה משרתת את תכליתו של תנאי הסף - ניסיון מספק למציע. באופן פרטני ובמילים אחרות, "עורך מכרז סביר" לא היה מתכוון לכך שתנאי הסף יוביל לתוצאה אבסורדית המחמיצה את מטרתו. ו"מציעים סבירים" היו מבינים שזו כוונתו של "עורך מכרז סביר". הם היו מבינים את המכרז על רקע כוונה זו. כך התגבשה כוונה היפותטית משותפת של הצדדים במכרז המשקפת את תכליתו האובייקטיבית ואת תכליתו הסופית (שם, פסי' 22, 24) (והשוו לנאמר בפרשת **מילגרומ**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 157; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 390).

לדוגמה נוספת לאיתורה של תכלית אובייקטיבית במכרז הציבורי, ראו פרשת **נאשף**, לעיל ה"ש 120. באותו מקרה ניתן להיווכח כי בית המשפט עשה שימוש במספר חזקות בדבר התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי, ביניהן: חזקה כי "עורך מכרז סביר" ו"מציעים סבירים" במכרז נוהגים בהיגיון; חזקה ש"עורך מכרז סביר" ו"מציעים סבירים" רואים בלשון הרגילה של המכרז כמשקפת את כוונתם; וחזקה שהמכרז נועד להשיא את התועלת לציבור. חזקות אלה "כיוונו" את בית המשפט אל התכלית האובייקטיבית של המכרז ואל תכליתו הסופית, שעל פיה פירשו (שם, עמ' 51-52).

²³² ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 199, 289; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 539, 567-566, 569, 675; ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 205, 499-500; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 217-218, 230-231; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 276.

²³³ ברק **פרשנות החוזה**, שם, בעמ' 677.

²³⁴ לדוגמה לאיתורה של תכלית סובייקטיבית במכרז הציבורי, ראו פרשת **וידאו פלוס**, לעיל ה"ש 172. באותה פרשה עמד בית המשפט את התכלית הסובייקטיבית של המכרז על סמך לשון המכרז ועל סמך נסיבותיו – נוסח מכרז קודם באותו נושא, התנהגות המציע המפסיד ועורך המכרז בהתקשרות הקודמת, והתנהגות המציע הזוכה ועורך המכרז בהתקשרות הנוכחית. מכיוון שלא היו מציעים בכוח למכרז (הסגור), לא היה צורך להידרש לשאלה האם הפירוש שניתן למכרז הוא סביר ואינו פוגע באינטרס ההסתמכות שלהם. מכאן גם שלא הייתה כל מניעה לראות בתכלית הסובייקטיבית של המכרז כתכליתו הסופית, ועל פיה לפרשו (שם, פסי' 5).

לדוגמה נוספת לאיתורה של תכלית סובייקטיבית במכרז הציבורי, ראו ע"מ 7111/03 **"יוסף חוריי" נ' מ"י**, פ"ד נח(6) 170 (2004) (להלן: פרשת **חוריי**). באותה פרשה, בשונה מפרשת **וידאו פלוס**, לעיל ה"ש 172, למד בית המשפט על התכלית הסובייקטיבית מתוך לשון המכרז בלבד - טקסט המכרז, כותרותיו ומבנהו. בית המשפט מצא כי המציעים במכרז היו מודעים לכוונת עורך המכרז. ממצא זה שקול לממצא בדבר קיומה של כוונה משותפת לכל הצדדים במכרז אשר משקפת את תכליתו הסובייקטיבית. הואיל ומדובר היה במכרז פומבי, אף טוב שהובהר בפרשה כי הפירוש הנבחר עולה גם באופן אובייקטיבי מלשון המכרז. היינו מדובר בפירוש סביר שאינו פוגע באינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח של המכרז. לכן אין מניעה לראות בתכלית הסובייקטיבית שאותה כתכליתו הסופית של המכרז, ועל פיה לפרשו (שם, עמ' 178-179).

²³⁵ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 162, 168; ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 259; ברק **תורת הפרשנות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 379; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 107, 136, 184, 186; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 393-394.

ויעלו ממנה מספר תכליות סובייקטיביות. במקרה כזה יכול הפרשן לבחור בתכלית הסובייקטיבית העולה בקנה אחד עם התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי.²³⁶ או אז שתיהן שוב ינועו באותו כיוון. בנוסף, לעיתים הפרשן יצליח לאתר תכלית סובייקטיבית במכרז שאינה רלוונטית לשאלה הפרשנית. או אז יותר הפרשן תלוי בתכלית האובייקטיבית לפתרון הבעיה הפרשנית.²³⁷ הוא הדין אם התחשבות בתכלית הסובייקטיבית תוביל לפגיעה באינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח במכרז. ברוב המצבים שפורטו, התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי תשקף את התכלית הסופית שלו. אכן, יש להכיר בכך שלא רבים יהיו המקרים בהם יאתר הפרשן תכלית סובייקטיבית במכרז הציבורי השונה מהתכלית האובייקטיבית של המכרז. אך, אם איתר הפרשן תכלית סובייקטיבית במכרז, וזו לא תביא לפגיעה באינטרס ההסתמכות של המציעים בכוח במכרז, אין מניעה שהפרשן יפרש את המכרז על פיה. כך יכבד הפרשן את כוונת הצדדים למכרז.

1. איזון בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית

הפרשן עמד על התכלית הסובייקטיבית ועל התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי. עומדים בפניו כל הנתונים בדבר התכליות. אם שתי התכליות מובילות לאותו כיוון אז מדובר ב"מקרה קל" של גיבוש התכלית הסופית של המכרז הציבורי.²³⁸ ברם יהיו מקרים בהם יעמוד הפרשן מול התנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי. במקרים אלה יהיה עליו למצוא את נקודת האיזון ביניהן לשם גיבוש התכלית הסופית של המכרז הציבורי.

גישתה של הפרשנות התכליתית היא כי האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית משתנה בהתאם לסוג הטקסט המשפטי. המכרז הציבורי הוא טקסט משפטי מיוחד במינו. חלה עליו דואליות-נורמטיבית. למשפט המנהלי השפעה קרדינלית על המכרז הציבורי. עקרונות המכרז הציבורי מקורן בעקרונות היסוד המשפט המנהלי. התחשבות בעקרונות אלה מחייבת מתן משקל נכבד לתכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי.

מאידך, חוזה המכרז הוא פעולה משפטית דו-צדדית. הוא חוזה בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז. הוא תוצר של הבעות רצון של הצדדים. כיבוד האוטונומיה של הרצון המונח בחוזה המכרז מחייב מתן משקל נכבד לתכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי. אם כן, ניכר כי כל מקרה של התנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי הוא "מקרה קשה". במקרה שכזה יהיה על הפרשן לבצע איזון עדין בין התכליות כדי לגבש את התכלית הסופית של המכרז.

²³⁶ ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 234; ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 671, 677; ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 259.
²³⁷ ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 396.
²³⁸ ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 256.

אולם, ממבט קרוב יגלה הפרשן כי למכרז הציבורי מערכת מובנית של "איזונים ובלמים" אשר יכולה להדריך אותו במציאת האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, ובגיבוש התכלית הסופית. ניקח לדוגמה מצב בו קיימת התנגשות בין התכלית הסובייקטיבית של תנאי במכרז לתכלית האובייקטיבית שלו המגשימה את עקרון השוויון וההגינות. אם התכלית הסובייקטיבית אינה מעוגנת בתנאי המכרז בלשון מפורשת, יכול הפרשן להגיע למסקנה כי הסתירה היא רק סתירה לכאורה, וכי התכלית הסובייקטיבית של התנאי במכרז אינה מתנגשת עם התכלית האובייקטיבית בדבר השמירה על שוויון וההגינות.²³⁹

לעומת זאת, אם קיימת תכלית סובייקטיבית המעוגנת היטב בלשון של תנאי במכרז הציבורי, יכול הפרשן להגיע למסקנה כי זו מתנגשת עם התכלית האובייקטיבית בדבר השמירה על השוויון וההגינות. או אז נכנסת שוב לפעולה חזקת תקנת הציבור במכרז הציבורי כחזקת תוקף. זוהי חזקה הפועלת גם ב"סיבוב השני".²⁴⁰ אם ב"סיבוב הראשון" פעלה החזקה מול חזקה אחרת בדבר התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי, אז כעת, ב"סיבוב השני", היא פועלת מול התכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי (הניצבת מולה גם כחזקה).²⁴¹ על הפרשן לנסות ליישב בין התכלית הסובייקטיבית של התנאי במכרז לתכלית האובייקטיבית בדבר תוקפו של התנאי במכרז וההגנה על תקנת הציבור.²⁴² אם יישב הפרשן בין התכליות אז אין מניעה לראות בתכלית הסובייקטיבית של התנאי במכרז כתכליתו הסופית. אך אם מצא הפרשן סתירה שאינה ניתנת ליישוב, לא תהא ברירה אלא לבטל את התנאי במכרז הציבורי.²⁴³

2. כלל ברירת הדין בפירוש המכרז הציבורי

יהיו מקרים בהם יגיע הפרשן אל תום המהלך הפרשני, אך עדיין לא יהיה בידו להכריע בין שני פירושים (או יותר) של המכרז הציבורי. יכול להיות שלא יהיו לפרשן די נתונים בדבר התכליות כדי להחליט איזו מהן גוברת. יכול גם להיות שמשקל התכליות מאוזן ואין הכף נוטה לאף פירוש.²⁴⁴ כאן מגיע תפקידם של כללי ברירת הדין בפרשנות. אלה כללים שנועדו להדריך את הפרשן במקרים בהם

²³⁹ ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 261.
²⁴⁰ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 129-130; **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 184-185, 297, 306-307;
ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 372, 393.
²⁴¹ השוו: ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 570-571.
²⁴² ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 599; וראו: דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 193.
²⁴³ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 324, 395, 568, 603. התשובה לשאלה האם ביטול התנאי יגרור את ביטולו של המכרז כולו תלויה בנסיבות המקרה (השוו: עע"ם 3813/11 **טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ**, פסי' 21 (נבו 5.1.2012)).
²⁴⁴ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 256-257; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 675-676.

עומדים לפניו פירושים שאין אחד עדיף על רעהו. הם נועדו לכוון את הפרשן אל תכליתו הסופית של הטקסט המשפטי.²⁴⁵

כלל ברירת הדין הנוהג בפירוש המכרז הציבורי גובש בפסק דין **אלישרא**²⁴⁶. בפסק הדין נקבע כי במקרה בו ניתן לתת לתנאי במכרז שני פירושים סבירים, אז יש לבחור בפירוש הנוח יותר למציע. זאת משום שהוא לא לקח חלק בניסוח המכרז.²⁴⁷ הלכה זו התקבלה ב"זרועות פתוחות" בבתי המשפט. אין בכך הפתעה רבה. כללי ברירת דין הם אמצעי פרשני יעיל בטקסטים משפטיים שמתאפיינים לרוב בהעדרו של הקשר חיצוני. ובניסוח אחר: זהו אמצעי פרשני יעיל בטקסטים משפטיים מסוג המכרז הציבורי, בהם המהלך הפרשני סביר על לשון הטקסט בלבד, כאשר הפרשן יכול להיתקל בדו-משמעות או בעמימות של הלשון, ללא הקשר חיצוני היכול לסייע להבהירה. ואכן, מאז ניתנה הלכת אלישרא היא יושמה בעשרות פסקי דין.²⁴⁸

(א) כלל ברירת הדין - מהמערכת החוזית אל המערכת המכרזית

במערכת דו-צדדית של חוזה עומד מנסח החוזה מצד אחד של המתרס, ומן העבר עומד הצד השני שלא ניסח את החוזה. במצב זה הפעלת כלל הפירוש הנוח יותר לצד שלא ניסח את החוזה, יוביל למתן פרשנות נגד המנסח. בכך בא לידי ביטוי כלל הפירוש נגד המנסח. כלל זה מוצאו בהלכות בית המשפט העליון והוא קבוע כיום בסעיף 25(ב) לחוק החוזים.²⁴⁹ כלל הפירוש הנוח יותר לצד שלא ניסח את החוזה יאה למערכת הדו-צדדית של חוזה. אולם, פועלו במערכת הרב-צדדית של מכרז, בצורת כלל הפירוש הנוח יותר למציע, מעלה שאלה.

במערכת של מכרז ניתן לתאר שני מצבים של מחלוקת לגבי פירושו של תנאי במכרז: **הראשון**, עורך המכרז טוען לפירוש Y, מציע א' טוען לפירוש X, ומציע ב' טוען לפירוש X. **השני**, עורך המכרז טוען לפירוש Y, מציע א' טוען לפירוש Y, ומציע ב' טוען לפירוש X.²⁵⁰ תחת הנחת בסיס שפירוש Y

²⁴⁵ ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 230 (1993); דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547, 557-558 (2004).

²⁴⁶ פרשת **אלישרא**, לעיל ה"ש 41.
²⁴⁷ שם, בעמ' 9-10. לדוגמה מוקדמת יותר ראו: בג"ץ 433/72 אלמי את מעתוק בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד כז(1) 51, 54 (1972).

²⁴⁸ להלן מקבץ מהשנים האחרונות: עת"ם (מנהליים י-ם) 39046-10-17 קשר ימי בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, פס" 18 (נבו) 30.6.2019; ה"פ (מחוזי י-ם) 63486-05-19 אלקטרה תשתיות בע"מ נ' מוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ, פס" 56 (נבו) 27.6.2019; עת"ם (מנהליים י-ם) 40462-08-17 טווס שמירה אבטחה ושרותי ניקיון בע"מ נ' עיריית ירושלים, פס" 27 (נבו) 7.3.2019; עת"ם (מנהליים ב"ש) 32945-10-18 דוד שטרית שמאות מקרקעין בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל, פס" 16 (נבו) 26.12.2018; עת"ם (מנהליים חיפה) 33186-09-17 גרציאני נ' רשות מקרקעי ישראל, פס" 32 (נבו) 25.10.2018; פרשת **מרדכי**, לעיל ה"ש 57, בפס" 18; עת"ם (מנהליים מרכז) 21892-06-18 ד.מ. (3000) הנדסה בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פס" 31 (נבו) 13.8.2018; עת"ם (מנהליים מרכז) 3079-11-17 מ. דרורי שרותי חשמל בע"מ נ' עיריית יהוד-מונוסון, פס" 5.3 (נבו) 28.11.2017.

²⁴⁹ לטעמיו של הכלל ראו: איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** של חוזים 30-32 (1996); שלו **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 437-436; פרידמן, כהן **חוזים** כרך ג', לעיל ה"ש 69, בעמ' 280-283; רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו, פ"ד מח(4) 70, 77-76 (1994).
²⁵⁰ לטובת הפישוט הוגבל מספר המציעים ומספר הפירושים.

ופירוש X הם סבירים, הרי שבמצב הראשון, אם ייבחר פירוש X, יפעל כלל הפירוש הנוח יותר למציע באופן הרגיל והמצופה. הפעלת הכלל תוביל למתן פירוש לטובתם של מציע א' ומציע ב' ונגד עורך המכרז. אולם במצב השני, אם ייבחר פירוש X, הפעלת הכלל תוביל למתן פירוש לטובתו של מציע ב' ונגד עורך המכרז, אך כך נראה גם נגד מציע א'. במצב השני, כלל הפירוש הנוח יותר למציע פועל באופן לא רגיל. הוא פועל לטובתו של מציע ב' ונד בבד לרעתו לכאורה של מציע א'. הוא הדין אם ייבחר פירוש Y של מציע א'. במצב זה הפעלת הכלל תוביל למתן פירוש לטובתו של מציע א' אך לכאורה נגד מציע ב'. אם גם פירוש Y וגם פירוש X הם סבירים, כיצד אפוא ניתן להפעיל את כלל הפירוש הנוח יותר למציע? האין בפנינו "מבוי סתום" פרשני?²⁵¹

על מנת להציע תשובה לקושיה זו נתאר תחילה את המקרה שנדון בפרשת **סופרמאטיק**²⁵². באותה פרשה דובר על מכרז שפרסמה חברת החשמל לרכישת מכונות אוטומטיות לחלוקת מזון. במכרז נבחרה הצעתה של חברת מיסטר ווינד כהצעה הזוכה על פני הצעתה של סופרמאטיק. סופרמאטיק (המערערת) תקפה את זכייתה של מיסטר ווינד. היא טענה שהצעתה של מיסטר ווינד לא עמדה בדרישות המפרט הטכני של המכרז. לפי המפרט הטכני נדרשו המציעים להציע "מכונות בעלות קיבולת של 400 תאים לפחות, כל תא יהיה בגודל שיוכל להכיל בצורה נוחה כריך, מעדן חלב, או משקה חצי ליטר באריזת קרטון". סופרמאטיק טענה כי משמעות הדרישה היא כי כל אחד מ-400 התאים של המכונה צריך להיות מסוגל להכיל אריזת קרטון של משקה חצי ליטר. לעומת זאת, מיסטר ווינד וחברת החשמל טענו כי משמעות הדרישה היא כי ניתן להציע מכונות עם 400 תאים לפחות. אך די בכך שחלק מהתאים יוכלו להכיל אריזת קרטון של משקה חצי ליטר.

טענתה של סופרמאטיק נדחתה. בית המשפט העליון קבע ש"אף ש'בקרואה ראשונה' יש לכאורה טעם בדברי המערערת בסופו של דבר, לאחר עיון בהוראות המכרז כולן ובבדיקת תכליתו של המכרז, אין לפסול את פרשנותה של הזוכה"²⁵³. בית המשפט העליון קבע כי המשמעות הלשונית של הדרישה "סובלת" את המובן הלשוני של מיסטר ווינד וחברת החשמל, כמו גם את המובן הלשוני של סופרמאטיק.²⁵⁴ בית המשפט העליון המשיך וקבע כי תכליתו של המכרז הייתה להציע תחליף להספקת

²⁵¹ בפרשת **אלישרא**, לעיל ה"ש 41, נדונו שלושה פירושים שונים לתנאי המכרז אשר דרש "הצהרה" ו"תשובה" מהמציעים, כי הרכיבים שישפקו הם בייצור שוטף, שאין הפסקה מתכוננת של יצורם ושניתן לספק להם עדכונים: פירוש הדרישות כדרישה כללית וכדרישה ספציפית; כדרישות מצטברות; או כדרישות חלופיות. באותה פרשה, פירושה של חברת מגל, כדרישה כללית וספציפית, נמצא, כך ניתן להסיק, כבלתי סביר. ואילו פירושן של רשות שדות התעופה וחברת אלישרא, כדרישה חלופית, נמצא סביר לצד פירוש הדרישה כדרישה מצטברת. יש לתהות לאיזו הכרעה היה מגיע בית המשפט העליון אם היה מוצא כי שלושת הפירושים הם סבירים (בפרט נוכח הכרעתו של בית המשפט המחוזי לטובת פירושה של חברת מגל (שם, פס" 8; ה"פ (מחוזי חי) 154/99 **מגל מערכות בטחון בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל**, עמ' 13 (נבו 27.5.1999)). יוצא כי בית המשפט העליון לא "התעמת" בפרשת אלישרא עם המצב השני המתואר, שבו פירושו של כל אחד מהמציעים הוא סביר.

²⁵² פרשת **סופרמאטיק**, לעיל ה"ש 43.

²⁵³ שם, פס" 8.

²⁵⁴ שם, פס" 10.

ארוחות בוקר ארוזות לעובדים. כדי להגשים תכלית זו אין צורך במכונה שכל תאיה מסוגלים להכיל אריזת קרטון של משקה חצי ליטר. ודי במכונה שיכולה לספק תמהיל של פרטי המזון כתחליף לארוחת בוקר כפי שהציעה מיסטר ווינד.²⁵⁵ סופו של דבר, בהסתמך על הלכת אלישור קיבל בית המשפט העליון את פרשנותם של מיסטר ווינד: "כאשר קיימים מספר פירושים סבירים יש להעדיף פרשנות שתרחיב את מעגל המשתתפים במכרז ולא תצמצם אותה. ... נוכח הכלל הפרשני המעדיף פרשנות המקיימת הצעות על פני פרשנות הפוסלת אותן ... אין לקבל את טענת המערערת שהיה הכרח לפסול את ההצעה הזוכה ודין הערעור אפוא להידחות".²⁵⁶

כיצד ניתן להסביר את פסיקתו של בית המשפט העליון בפרשה? אם גם הפירוש של סופרמאטיק וגם הפירוש של מיסטר ווינד היה סביר, מדוע הועדף הפירוש של מיסטר ווינד? התשובה המצויה היא כי הבחירה בפרשנותה של מיסטר ווינד הכשירה את הצעתה והרחיבה את מעגל המשתתפים במכרז. אך הטעם מאחורי תשובה זו עמוק יותר ויורד לשורש ההגנה על אינטרס ההסתמכות של המציעים. ראינו כי אינטרס ההסתמכות של המציעים במכרז הציבורי נפגע אם ניתן פירוש בלתי סביר לתנאי המכרז. אינטרס זה אינו נפגע אם ניתן למכרז פירוש סביר. אם לתנאי במכרז יש שני פירושים סבירים אז כל "מציע סביר" יכול להסתמך על כל אחד מן הפירושים והסתמכותו תהיה מוגנת. על כן אם מציע א' בחר להסתמך על פירוש אחד ומציע ב' בחר להסתמך על פירוש אחר, אין מקום לכך שמציע ב' יעלה טענה נגד הפירוש שמציע א' נתן למכרז. הפירוש של מציע א' הוא סביר ומציע ב' יכול היה, לפי אמת המידה של "מציע סביר", להסתמך על פירוש זה אף בעצמו.

(ב) כלל ברירת הדין - מצב של "מבוי סתום" פרשני

כלל ברירת הדין בפירוש המכרז הציבורי יש בו כדי להכריע במרבית המקרים שבם ניצב הפרשן בפני שני פירושים סבירים של המכרז. ברם, כלל זה אינו יכול להביא להכרעה בכל המקרים. ניתן לתאר מקרים שבהם המשמעות של בחירה בפירוש סביר אחד תהיה דחייה של פירוש סביר אחר.

ניקח לדוגמה מצב בו קיימים שני פירושים סבירים של שני מציעים, ביחס לסכום ערבות ההצעה במכרז.²⁵⁷ נוכח הגישה המחמירה כלפי כל פגם בערבות,²⁵⁸ הרי שכל פירוש שיינתן לסכום הערבות יכול להכשיר הצעה אחת ולסכן את כשירותה של ההצעה האחרת, ולהפך. אם למשל מציע א' צירף להצעתו ערבות הצעה בסכום מסוים, ואילו מציע ב' צירף להצעתו ערבות הצעה בסכום אחר, הרי שכל הכרעה

²⁵⁵ שם, פסי' 11.

²⁵⁶ שם, פסי' 12.

²⁵⁷ ראו לדוגמה המחלוקת שהתעוררה בפרשת מידף, לעיל ה"ש 172; ובע"מ 2883/14 אסיה תורס בע"מ נ' מועצה איזורית ג'סר אל זרקה (נבו 6.7.2014).

²⁵⁸ להלכה בעניין ערבות מטיבה במכרז ולעיון המחודש בה ראו: ע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' הרשות הממשלתית למים וביוב (נבו 1.1.2012); ע"א 2789/20 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' הבאר השלישית תאגיד מים וביוב (נבו 23.7.2020).

פרשנית לגבי סכום הערבות שצריך היה לנקוב בו בערבות ההצעה, יכולה להכריע את גורלה של כל הצעה, לכאן ולכאן. זוהי התנגשות חזיתית בין הפירושים.

ניקח דוגמה אחרת שבה קיימים שני פירושים סבירים של שני מציעים, לנוסחה של ניקוד ההצעות במכרז. למשל, באשר למשקל שיש לתת לכל אחד מרכיבי המשנה בנוסחה.²⁵⁹ יכול להיות מצב שפירוש אחד לנוסחת הניקוד יקנה את הזכייה להצעתו של מציע אחד ואילו פירוש אחר יקנה את הזכייה להצעתו של מציע אחר. זהו שוב מצב של התנגשות חזיתית בין הפירושים.

מצבים של התנגשות חזיתית שמים באור את מגבלתו של כלל הפירוש הנוח יותר למציע, ככלל ברירת דין במערכת המכרזית. במצבים של התנגשות חזיתית אין סיבה להעדיף פירוש של מציע אחד על משנהו.²⁶⁰ כל בחירה באחד הפירושים עלולה להיות שרירותית ולפתוח פתח לפגיעה בעקרונות המכרז הציבורי. בהעדר יכולת לבחור מבין הפירושים נותרות שתי אפשרויות. האחת היא לקבל את שני הפירושים. השנייה היא לא להכריע ביניהם.

קיימת העדפה ברורה לבחירה באפשרות הראשונה על פני השנייה. האפשרות השנייה משמעה שהמכרז הגיע ל"מבוי סתום". אין יכולת לתת למכרז פירוש.²⁶¹ אין יכולת "לחלץ" את הנורמה המשפטית הכלולה בו. משמעות הבחירה באפשרות השנייה היא ביטול המכרז על כל הקשיים הכרוכים בכך: פגיעה באינטרס של הציבור להוציא את ההתקשרות המיועדת לפועל; פגיעה באינטרס ההסתמכות של המציעים אשר השקיעו זמן ומשאבים בהכנת הצעותיהם ואף אולי ויתרו על הזדמנויות חלופיות למכרז; פגיעה בסודיות ההצעות; ופתיחת פתח לפגיעה בטוהר המידות על ידי ניצול לרעה של האפשרות לבטל את המכרז.²⁶²

אכן, לא ניתן לקבוע כללי פרשנות המביאים לתוצאה ודאית בכל אחד מהמקרים. אי-הוודאות המאפיינת את המשפט אינה פוסחת על כללי הפרשנות.²⁶³ אם בסוף המהלך הפרשני לא נותרו לפרשן כללים המדריכים אותו, ועליו להכריע בין פירושים של המכרז הציבורי, לא נותר לו אלא לבחור בפירוש המגשים את הפתרון הצודק ביותר. זהו הפירוש המגשים צדק בין הצדדים. הצדק משמש כערך שיווי המכריע ב"מקרים הקשים".²⁶⁴ לפיכך, היכן שניתן לתת פרשנות למכרז שאינה מובילה לביטולו, יש

²⁵⁹ ראו לדוגמה המחלוקת שהתעוררה פרשת **שערי ריבית**, לעיל ה"ש 119.

²⁶⁰ בעניין זה קיים דמיון לאחד העקרונות בפרשנות חוזים על פי Eisenberg: "If, in a contractual context the parties subjectively attached different meanings to an expression, the two meanings were equally reasonable, and neither party knew that the other attached a different meaning, neither meaning prevails" (MELVINA. EISENBERG, FOUNDATIONAL PRINCIPLES OF CONTRACT LAW 402 (2018); Melvin A. Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, 107 MICH. L. REV. 1413, 1423 (2009)).

²⁶¹ השוו למצב של צוואה שתומה (ס' 33 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99-102).
²⁶² עע"מ 4529/15 **אורט ישראל (חל"צ) נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל**, פס' 15 (נבו 24.8.2015); פרשת **גוזלן**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 515.

²⁶³ ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 656-657; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 260.
²⁶⁴ ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 709-710; ברק **פרשנות החוזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 664-665; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 265-266; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 316; ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש

להעדיפה.²⁶⁵ זוהי הפרשנות המקבלת את שני הפירושים. במסגרת זו על הפרשן לבחון האם ניתן לקיים את המכרז תחת שני הפירושים.

בדוגמה שהובאה לעיל לגבי סכום ערבות ההצעה, ניתן לקיים את המכרז תחת שני הפירושים. אם ייקבע כי שתי ההצעות כשרות ועומדות בדרישת הערבות במכרז, אין מניעה להמשיך בקיומו של המכרז. מכיוון שיכולות להיות שתי הצעות כשרות במכרז, הרי שפרשנות אחת "יכולה לחיות" עם הפרשנות האחרת לצידה. אין זה המצב בדוגמה שהובאה לעיל לגבי נוסחת הניקוד. בדוגמה זו כל פרשנות תוביל לזכייה של מציע אחר במכרז. אין דרך לקיים את המכרז תחת שתי הפרשנויות. הואיל ושני הפירושים אינם "יכולים לחיות" אחד עם השני, אין מנוס מביטול המכרז.

(ג) כלל ברירת הדין ואמת המידה להתנהגות המציע

אינטרס ההסתמכות של המציע מקבל כאמור הגנה רק אם נהג כ"מציע סביר". משכך, אפשר לטעון כי אם אי-בהירות של תנאי במכרז היא בולטת ו"מציע סביר" היה מבין כי קיים פגם במכרז, אין מקום להגן על הסתמכותו אם סמך ידיו על פרשנות שנובעת מאי-בהירות זו. במצב זה ניתן לטעון כי המציע לא נהג כ"מציע סביר" ולכן הפירוש שנתן לתנאי אינו פירוש סביר. "מציע סביר" היה פונה לעורך המכרז בשאלת הבהרה, על מנת ללבן את אי-הבהירות, ולא היה "שותק" לנוכח הפגם הגלוי במכרז.²⁶⁶ אם המציע לא פנה בשאלת הבהרה בעניין, אז התוצאה תהיה שהוא לא "ייהנה" מכלל ברירת הדין ומבחירת הפירוש הנוח יותר להצעתו.²⁶⁷

טיעון זה מתבסס על ההלכה הקובעת כי "אין להשלים עם התנהלות של מציע הסבור כי נפל פגם במכרז ואינו טוען נגדו אלא לאחר שנודע לו כי לא זכה".²⁶⁸ הגיונה של הלכה זו הוא באינטרס עורך המכרז והמציעים בתיקון פגמים במכרז בטרם הוגשו ההצעות. תיקון הפגמים מבעוד מועד יכול למנוע מצב בו יידרש ביטול של המכרז לאחר שהושקעו בו משאבים רבים על ידי עורך המכרז והמציעים במכרז. תיקון הפגמים בשלב מוקדם של המכרז יכול למנוע סכסוכים אשר יעכבו את מימוש ההתקשרות בין הרשות הציבורית למציע הזוכה. תיקון הפגמים במכרז יכול אף למנוע סכסוכים בין

140, בעמ' 208; ברק תורת הפרשנות, לעיל הי"ש 1, בעמ' 316-317; אהרן ברק "על משפט, שיפוט וצדק" משפטים כז 5, 8-7 (תשנ"ו); דני"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 90 (1998).
²⁶⁵ מכאן גם החזקה כי הוראות המכרז אינן מביאות לביטולו (פרשת סאיג, לעיל הי"ש 90, בפס' 16).
²⁶⁶ השו" : פרשת שערי ריבית, לעיל הי"ש 119, בפס' 9; פרשת חורי, לעיל הי"ש 234, בעמ' 177, 179; עע"ם 4792/18 מי העמק 2000 בע"מ נ' תאגיד הרי נצרת-מפעלי מים וביוב בע"מ, פס' 2, 5 (נבו 2018.6.24).
²⁶⁷ Max Drill v. United States, 192 Ct. Cl. 608, 625 (1970); John T. Flynn, *The Rule Contra Proferentem in the Government Contract Interpretation Process*, 11 PUB. CON. L.J. 379 (1980); Joel P. Jr. Shedd, *Resolving Ambiguities in Interpretation of Government Contracts*, 36 GEO. WASH. L. REV. 1 (1967).
²⁶⁸ עע"ם 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(6) 755, 762 (2004); בג"ץ 126/82 "טיולי הגליל" בע"מ נ' משרד התחבורה, פ"ד לו(4) 44, 47-48 (1982); בר"ם 6571/05 אהוד מאיר שאיבות בע"מ נ' עיריית תל-אביב (נבו 2005.7.25).

עורך המכרז לזוכה במכרז בשלב מימוש ההתקשרות.²⁶⁹ כמו כן הלכה זו מקדמת את השוויון בין המציעים במכרז, ומרתיעה אותם מפני התנהגות תכסיסנית ואופורטוניסטית.²⁷⁰

(ד) פסיקות אחרונות – האם לקראת כלל ברירת הדין חדש?

בפסק הדין שניתן לא מכבר בפרשת **ערוץ הכנסת**²⁷¹ הובעה הדעה כי "הלכה עמנו כי כאשר לשון התנאי סובלת שני פירושים אפשריים ניתן משקל לעמדתה הפרשנית של ועדת המכרזים". בפסק דין נוסף שניתן לאחרונה בפרשת **רולן**²⁷², נכתב כי "הנחת היסוד היא כי כאשר לשון המכרז סובלת שני פירושים אפשריים, יש ליתן משקל לעמדתה הפרשנית של ועדת המכרזים". האם פסקי דין אלה מסמנים שינוי בכלל ברירת הדין בפירוש המכרז הציבורי? נראה כי מוקדם לומר.

ראשית, בשני פסקי הדין חזר בית המשפט העליון על ההלכה הנוגעת לכלל ברירת הדין שמוצאה בפרשת **אלישור**²⁷³, לפיה יש להעדיף פרשנות המקיימת את הצעות המשתתפים על פני פרשנות הפוסלת אותן. כלומר, בית המשפט העליון לא פסק שינוי בהלכה הקיימת.

שנית, בשני פסקי הדין תאמה העמדה הפרשנית של ועדת המכרזים את הבחירה בפרשנות המקיימת את ההצעה. לא נוצר ולא נדון "קונפליקט" בין בחירה בפרשנות עורך המכרז ובין בחירה בפרשנות המקיימת את ההצעה. אם היה מתעורר "קונפליקט" שכזה, בית המשפט העליון היה נדרש לכאורה להכריע איזה מבין הפירושים עדיף? האם הפירוש של עורך המכרז או האם הפירוש של המציע?²⁷⁴ או אז היה נדרש דיון לגבי ההלכה הקיימת.

²⁶⁹ השוו: דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 372-373.
²⁷⁰ ראו: S.O.G. of Ark. v. United States, No. 4-75, UNITED STATES COURT OF CLAIMS, 546 F.2d 367, 370-371 (1976).

²⁷¹ בג"ץ 4587/18 **ערוץ לשידורי הכנסת בע"מ נ' וועדת המכרזים לבחירת בעל הרישיון לשידור בערוץ הכנסת**, פס' 34 (נבו) (19.7.2018).

²⁷² עע"ם 7371/20 **רולן בע"מ נ' מועצה אזורית גולן**, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו) (22.7.2021).

²⁷³ פרשת **אלישור**, לעיל ה"ש 41.

²⁷⁴ בשאלה מסוג זו הכריעה בית המשפט המחוזי בפרשת **מכנסת שלג**, לעיל ה"ש 173, בפס' 10: "כידוע, בדרך כלל קיומן של מספר חלופות סבירות מונע מבית המשפט להתערב בבחירתה של ועדת המכרזים באחת החלופות, שהרי בכך טמונה תמצית מהותה של הביקורת השיפוטית בענייני מכרזים, כמו בעניינים מינהליים אחרים, ... כלל זה שריר וקיים גם כאשר הסוגיה העומדת על הפרק נוגעת לאופן סיווגו של פגם בהצעה כמהותי או כטכני בהקשר של התרת תיקונו לאחר פתיחת ההצעות. גם אז, לשם התערבותו של בית המשפט בהחלטת ועדת המכרזים אין די בכך שדעתו שונה מדעתה, אלא צריך שהתייחסותה של ועדת המכרזים לפגם תהיה מופרכת עד כדי חוסר סבירות או כדי כשל חמור אחר המאיין את תוקפה של החלטה מינהלית ... לא כן כאשר בית המשפט בוחן את הפרשנות שוועדת המכרזים העניקה לתנאי סף או לתנאי מהותי אחר מתנאי המכרז. בהקשר ספציפי זה, לא נבחנת סבירות הפרשנות של ועדת המכרזים אלא סבירות הפרשנות עליה סמך המציע שהצעתו נפסלה. אין זאת אלא שהסבירות ממלאת כאן תפקיד הפוך מתפקידה הרגיל: מי שנהנה ממתחם הסבירות אינה ועדת המכרזים אלא המציע; והימנעותה של ועדת המכרזים מלאפשר למציע ליהנות מפרשנות של תנאי המצויה בתוך מתחם הסבירות, היא היא העילה להתערבות השיפוטית בהחלטת הוועדה".

סיכום

במאמר זה ניסיתי להמשיך את "קו המחשבה" של הפרשנות התכליתית, וליישמה על המכרז הציבורי.

המכרז הציבורי הוא טקסט מיוחד במינו. שורשיו נטועים הן במשפט המנהלי והן במשפט הפרטי. מצד אחד עקרונות המכרז הציבורי צמחו והתפתחו מתוך המשפט המנהלי על מנת להגשים את חובותיה של הרשות הציבורית. מצד שני במסגרת הליכי המכרז הציבורי נעשים פעולות משפטיות דו-צדדיות. במסגרתו ניתנות הצהרות רצון המשכללות חוזה מכרז בין עורך המכרז ובין כל מציע במכרז. הגשמת עקרונות המשפט המנהלי מחייבת מתן משקל נכבד לתכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי, ואילו כיבוד הרצון הפרטי של עורך המכרז והמציעים במכרז מחייב מתן משקל נכבד לתכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי. לכן, כנקודת מוצא, עניין לנו ב"קרב במשקל כבד" בתחרות על גיבוש התכלית הסופית של המכרז הציבורי. אף כאשר צוללים למרכיבי הפרשנות התכליתית במסגרת המכרז הציבורי נגלית תמונה מורכבת.

המשמעות הלשונית של טקסט המכרז הציבורי מעוצבת על ידי הצורך במציאת לשון שהיא משותפת גם לעורך המכרז ולמציעים בפועל במכרז, וגם למציעים בכוח שלא הגישו הצעה במכרז. בנסיבות אלה המשמעות הלשונית של המכרז הציבורי תורכב לרוב מאפשרויות לשוניות אובייקטיביות. עם זאת, אם הפרשן יעמוד על אפשרויות לשוניות סובייקטיביות משותפות לכל הנוגעים למכרז, הן יצטרפו להרכבת המשמעות הלשונית של טקסט המכרז.

הצדדים למכרז מסכימים כי למכרז יינתן פירוש אחיד. דרך פירוש זו גם נכפת על הצדדים למכרז הציבורי מפאת קוגנטיות עקרון השוויון במכרז הציבורי. לא ניתן לתת פירוש אחיד למכרז אלא אם הפרשן יאתר תכלית משותפת לכל הצדדים למכרז. כלומר תכלית סובייקטיבית ותכלית אובייקטיבית משותפת לכל הצדדים למכרז. בנוסף, ההגנה על עקרונות המכרז הציבורי מחייבת מתן הגנה על אינטרס הסתמכות של המציעים בפועל ובכוח ביחס לפירוש תנאי המכרז. הגנה זו מוגשמת על ידי מתן פירוש סביר לתנאי המכרז.

אילווצים אלה גודרים את התכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי. אין היא מתגבשת אלא לאחר איתור כוונה שהיא משותפת לכל הצדדים למכרז, ועל דרך הכלל אין היא יכולה לשקף את התכלית הסופית של המכרז אם הדבר יוביל לפירוש בלתי סביר למכרז. עם זאת, על הפרשן לעשות את מיטב יכולתו להתחשב בתכלית הסובייקטיבית תוך התמודדות עם האילווצים. רק כך יכבד את הרצון הפרטי של הצדדים למכרז.

עקרונות המכרז הציבורי מוגשמים באמצעות התכליות האובייקטיביות של המכרז הציבורי. אלה ניצבות בפני הפרשן בדמות חזקות כלליות בדבר התכלית האובייקטיבית: חזקה שהמכרז הציבורי נועד לשמור על עקרון השוויון וההגינות; להשיא את תועלת הרשות הציבורית; ולשמור על המינהל התקין. מהחזקות הכלליות ניתן גם לגזור חזקות ספציפיות. החזקות הכלליות והחזקות הספציפיות הן חזקות הפועלות ברמת ההפשטה הגבוהה של התכלית האובייקטיבית של המכרז הציבורי. הן משקפות תכליות אובייקטיביות טיפוסיות של כל מכרז ציבורי. בצד חזקות אלה פועלות חזקות ברמת ההפשטה העליונה של התכלית האובייקטיביות, המשקפות את רצונה של השיטה, וחזקות ברמת ההפשטה הבינונית של התכלית האובייקטיבית, המשקפות את רצונם של "עורך מכרז סביר" ו"מציעים סבירים".

לרוב, בחיי המעשה, קשה יהיה לאתר תכלית סובייקטיבית במכרז הציבורי השונה מהתכלית האובייקטיבית שלו. לכן, בדרך כלל, התכלית הסופית של המכרז לא תהיה שונה מהתכלית האובייקטיבית שלו. אף על פי כן, לעיתים יידרש הפרשן לבצע איזון בין התכלית הסובייקטיבית של המכרז הציבורי ובין התכלית האובייקטיבית שלו. נוכח משקלם הנכבד של התכלית הסובייקטיבית ושל התכלית האובייקטיבית במכרז הציבורי, כל מקרה של התנגשות בין התכליות הוא "מקרה קשה" הדורש איזון עדין. על הפרשן לעשות את מיטב יכולתו "ליישב את המחלוקת" בין התכליות. אולם במקרה של סתירה חזיתית בין התכליות בידי הפרשן לפנות לחזקת תקנת הציבור במכרז הציבורי המשמשת גם כחזקת תוקף. אם בקצה המהלך הפרשני עומדים לפני הפרשן שני פירושים סבירים, ניתן לעשות שימוש בכלל ברירת הדין במכרז הציבורי. או אז ייבחר אותו פירוש הנוח יותר למציע.