

*המאמר טרם עבר עריכה טכנית ולשונית, ולכן צפויים שינויים מסוימים בנוסח הסופי.

סעדים בתובענה מינהלית בעילה של מכרזים ציבוריים מחזוריים:

מעבר מפיצויים לאכיפה משנית

אמיר לוי*

המאמר דן בסוגיית הפיצויים בתובענה מינהלית בעילה של מכרז ציבורי. הוא מציג הסדר חדש להסדר הקיים של "פיצויי קיום" וכהשלמה להסדר הנוכחי להטבת נזקיו של מציע שנפגע בהליך מכרז.

בבסיס המאמר עומדת השאלה האם פיצויי קיום מהווים סעד שמעמיד מציע במכרז ציבורי שנפגע מהחלטת ועדת מכרזים שהתבררה כשגויה, במצב שבו היה נמצא לו היה זוכה במכרז ומבצע את נושא המכרז. כיום, סעד פיצויי הקיום הוא הסעד יחיד לו זכאי מציע שנפגע ונשללה ממנו זכייה במכרז ללא הצדקה, כאשר אין אפשרות להחזיר את המצב לקדמותו ולהעניק לו את הזכייה (למשל, במקרים בהם הפרויקט נושא המכרז כבר בוצע או נמצא בשלב מתקדם והדבר בבחינת מעשה עשוי).

במאמרה של פרופ' דפנה ברק-ארז שפורסם לאחרונה, נבחן הדין החל על פסיקת סעדים כספיים בתחום דיני המכרזים.¹ היא דנה בסעד הפיצויים, בהשפעתו על הסעדים הזמניים ובאיזון הנדרש בין שתי רעות: המחיר של עיכוב ההתקשרות מצד אחד, במקרה שבו ניתן צו ביניים על מנת להימנע ממעשה עשוי, והמחיר של תשלום "פיצויי ציפייה" למי שהיה צריך לזכות במכרז, כאשר לא ניתן להעניק לו את הזכייה בשל ביצוע נושא המכרז ללא צו ביניים.

*עו"ד; תלמיד לתואר שלישי במשפטים, אוניברסיטת בר אילן ברמת גן. מאמר זה נכתב במסגרת סדנא לכתובת מאמרים משפטיים, שהתקיימה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן בהנחייתו של פרופ' אריאל בנדור. ברצוני להודות לו על ההנחייה בכתובת המאמר ועל הערותיו המשמעותיות למאמר. רוב תודות גם לעורך כתב העת ד"ר אילן סבן, לצוות המערכת ולקוראים החיצוניים על הערותיהם למאמר.

¹ דפנה ברק-ארז "סעדים כספיים במכרזים ציבוריים – בין זכויות לתמריצים" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 957 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021) (להלן: "ברק ארז סעדים כספיים").

לצד האיזון שערכה פרופ' ברק-ארז במאמרה בין שתי הרעות הללו, יש להתייחס גם לכך שסעד כספי לא תמיד מעמיד את המציע שנפגע מהחלטה שגויה של ועדת מכרזים, במצב שבו היה נמצא לו הייתה מוענקת לו הזכייה בפועל במכרז.

במאמר דגן מוצע הסדר אכיפתי שיכול לשמש סעד חלופי לפיצויי קיום במכרזים ציבוריים רבים. הסתכלות רחבה וכוללת על מכרזים רבים שמתפרסמים על ידי גופים ציבוריים מאפשרת להתמודד עם טענת המעשה העשוי כמשוכה למתן סעד מסוג אכיפה במכרזים, גם במקרים בהם לא ניתן צו ביניים ונושא המכרז כבר בוצע.

ההסדר המוצע מתייחס למכרזים מחזוריים שנערכים במגוון רב של תחומים, כגון קבלת שירותים, ביצוע עבודה או רכישת טובין, ושמתפרסמים מעת לעת בסיום של כל תקופת התקשרות. לפי ההסדר המוצע, תבוצע התקשרות עם המציע שנפגע בפטור ממכרז במקום לפרסם מכרז חדש וכחלופה לתשלום פיצויי קיום. קיימת קירבה בין ההסדר המוצע לסעד 'האכיפה בקירוב' אשר קיים בדיני החוזים הרגילים, אולם בסעד האכיפה בקירוב לא נעשה שימוש במכרזים ציבוריים בשל העדר סמכות לבית המשפט לעניינים מינהליים להעניק סעד זה ובהעדר תחולה ישירה של דיני החוזים על מכרזים.

ההסדר המוצע אינו מחליף את סעד פיצויי הקיום אלא משלים אותו בארגז הכלים להטבת נזקיו של מציע במכרז במקרים המתאימים לכך, כפי שאפרט.

תוכן	
א. מבוא	3.....
ב. סעד הפיצויים בעילה של מכרז	6.....
(1) סעד הפיצויים בעילה של מכרז בטרם נחקק חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים	6.....
(2) סעד הפיצויים בעילה של מכרז לפי חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים	9.....
(3) פיצויי קיום ופיצויי הסתמכות	11.....
(4) פיצויי קיום – חובת האכיפה כתנאי מקדמי לסעד	14.....
(5) הקשיים והחסרונות בסעד הפיצויים מנקודת מבט של המציע שנפגע	15.....
(6) הקשיים והחסרונות בסעד הפיצויים מנקודת מבט של עורך המכרז	19.....
(7) היתרונות בסעד הפיצויים בעילה של מכרז	20.....
ג. מבט השוואתי	21.....
ד. ההסדר המוצע - אכיפה משנית	26.....
(1) כללי	26.....
(2) ההסדר המוצע	26.....

- 30..... שיוך הסעד של אכיפה משנית להליך התובענה המינהלית (3)
- 32..... הגדרת המונח 'מכרז מחזורי' ונטלי ההוכחה (4)
- 33..... היחס בין ההסדר המוצע לדין – המסגרת הנורמטיבית של האכיפה המשנית ותיקוני חקיקה (5)
- ה. היתרונות והחסרונות בסעד האכיפה המשנית באספקלריה של עקרונות דיני המכרזים 35.....
- 35..... כללי (1)
- 36..... היתרונות בסעד האכיפה המשנית (2)
- 41..... החסרונות בסעד האכיפה המשנית והדיון בסייגים לאכיפה (3)
- 43..... סיכום 1. (4)

א. מבוא

על מכרז ציבורי חולשות שתי מערכות דינים כ'דואליות נורמטיבית': המשפט המינהלי ודיני החוזים.² במישור המשפט המינהלי, החלטות ועדת המכרזים כפופות לעקרונות היסוד, כגון שוויון, סבירות, מידתיות, הגינות, תום לב, התחשבות בשיקולים ענייניים והימנעות משיקולים זרים.⁴ במישור דיני החוזים, חלים כללי דינים אלו בהליך המכרזי תוך התאמות נחוצות בנפרד משלב ההתקשרות החוזית.⁵ אומנם המכרז עצמו אינו ההסכם הסופי שנכרת בין הצדדים, אולם מקובל לאפיין את הליך המכרז עצמו כמעין 'חוזה נספח'.⁶

בדין ובפסיקה נקבעו כללים ייחודיים לסעדים בתחום המכרזים, תוך התחשבות באופי הציבורי של ההליך. נקבע כהלכה פסוקה כי משתתף במכרז מחויב להגיש עתירה מינהלית לאכיפת זכייתו ולביטול החלטת ועדת המכרזים שהעניקה את הזכייה לאחר, כתנאי מקדים לתביעת פיצויי קיום.⁷ זאת בניגוד לזכותו של מי שהופר חוזה כלפיו לבחור בין סעד של ביטול ופיצויים לבין סעד של אכיפה.

במקרה בו משתתף במכרז נפגע מהחלטת ועדת המכרזים בכך שלא העניקה לו את הזכייה במכרז ובדיעבד מתברר כי החלטה הייתה שגויה, אם באותה עת כבר לא ניתן להעביר אליו את

² ע"מ 687/04 ינון תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות (נבו) 15.6.2006; ע"מ 5853/05 אחים כלאדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (נבו) 16.1.2007.

³ ראו יצחק זמיר "דיני מכרזים ציבוריים" הפרקליט כ 226 (1964).

⁴ ראו למשל ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי פ"ד נז(1) 883, 895 (2003).

⁵ ראו גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 163-164 (2000), (להלן: שלו חוזים ומכרזים).

⁶ ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 480 (1989); ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל נ' מליבו ישראל בע"מ פ"ד מז(1) 667 (1993) (להלן: עניין מליבו).

⁷ ע"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה (נבו) 9.9.2015 (להלן: עניין קסם מילניום).

ההתקשרות לביצוע נושא המכרז וההתקשרות בבחינת מעשה עשוי, פתוחה בפניו הדרך לתבוע פיצויים בהליך של תובענה מינהלית, אשר מוגשת לבית המשפט לעניינים מינהליים.⁸

במקרים מסוימים ניתן להסכים להמיר את העתירה המינהלית בתובענה מינהלית לפיצויים, במיוחד שיש צורך ודחיפות בביצוע נושא המכרז, והנזק מעיכובו לא ניתן לכימות כספי או גדול בהרבה מפיצוי אפשרי.⁹

הפסיקה והחקיקה הקיימות אינן מכירות באפשרות לאכיפה או להתקשרות בפטור ממכרז כחלופה לפיצוי כספי. הדבר מעורר את השאלה האם הסדר הפיצויים הוא ההסדר הבלעדי והנכון במקרים בהם משתתף במכרז נפגע מאי זכייתו בשל החלטה שגויה.

במאמר זה אטען כי במקרים מסוימים, ראיה רחבה של כלל ההתקשרויות של עורך המכרז עשויה לאפשר התקשרות עם המציע שניזוק וקופח מהחלטת ועדת מכרזים, גם אם תקופת ההתקשרות המקורית שהופיעה במכרז הספציפי הסתיימה. טיעון זה מאפשר להטיב את נזקיו של מציע במכרז שנפגע כתוצאה מהחלטה שגויה של ועדת מכרזים באמצעות סעד של אכיפה כחלופה לפיצויי קיום. ככלל, הפיצוי הכספי נועד להעמיד את הנפגע במקום בו היה נמצא אילו לא הפגיעה בו.¹⁰ בפועל, תשלום פיצויים אינו מבטיח את סילוקם של כל נזקי ההפרה אלא רק את הנזקים שראוי והוגן לייחס למפר ולהטיל עליו אחריות בגינם.¹¹ יתרונות רבים שיש לזוכה במכרז אינם מגולמים בשיעור הרווח בלבד, אשר עשוי להיפסק לטובתו במסגרת תובענה מינהלית לפיצויי קיום, כגון צבירת ניסיון ומוניטין, שיסייעו למציע או יאפשרו לו בהתמודדות במכרזים הבאים, צבירת ניסיון שתאפשר למציע להגדיל את סוג הרשיון שניתן לו, ועוד. בנוסף לכך, קיימים קשיים בתיחום הנזק ובאומדן הפיצוי, בהתחשב במתח הקיים בין הערכת הפיצוי בהיבט אובייקטיבי בהתאם לשיקול הדעת השיפוטי על מנת להשיב את המצב לקדמותו לבין הערכת הפיצוי מבחינה סובייקטיבית מצד המציע שניזוק.¹² אכיפה כתרופה ראשית ועיקרית בדיני חוזים

⁸ סעיף 35(3) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.

⁹ ת"מ (מחוזי י-ם) 202/05 טי. וי. שלוש בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (נבו 7.3.2007); ערעור על פסק הדין נמחק על ידי בית משפט זה בהסכמה, ראו עע"ם 3411/07 טי. וי. שלוש בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (נבו 21.1.2008) (להלן: עניין טי. וי. שלוש).

¹⁰ עניין מליבו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 686-687.

¹¹ ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 398 (2009) (להלן: שלו ואדר – חוזים תרופות).

¹² שם בעמ' 403.

מבוססת על עיקרון מוסרי, על אדנים של אוטונומיה ואמון ועל אמונה בהמשך קיומו של החוזה למרות הפרתו, שלא באים לידי ביטוי בפסיקת פיצוי כספי.¹³

קושי נוסף נעוץ מכך שהנוסחה הבסיסית לחישוב פיצויי קיום, המסתמכת על ההפרש בין הגידול הצפוי בהכנסות עקב קיום החוזה לבין ההוצאה הנדרשת להפקת ההכנסה, מעלה בעיות שונות, במיוחד בפן העובדתי והראייתי של היווצרות הנזק. לדוגמה, בחינה אם ובאיזו מידה היה קיום החוזה מגדיל את רווחי הנפגע,¹⁴ אינה מתחשבת באינטרסים לביצוע עבודה שאינם מתבטאים כרווח ישיר. שימוש במבחן אובדן הרווח במקרים כאלה עלול להצביע על העדר אובדן כלשהו ובהתאם, העדר זכות לפיצוי.¹⁵

עם זאת, במקרים מסוימים לסעד הפיצויים יתרונות על פני סעד האכיפה, ולעיתים הוא הסעד היחיד להטבת נזקיו של המשתתף במכרז שקופח ללא הצדקה. לכן, אין בכוונתי להפחית מחשיבותו של סעד הפיצויים או לגרוע אותו ממצבת הסעדים. במכרזים 'מחזוריים' בנושאם, אני מציע לאפשר למציעים שנפגעו לתבוע סעד אכיפה, אותו אכנה 'אכיפה משנית' להטבת מציע שנפגע בהליך של מכרז, אשר יעניק למציע שנפגע זכות להתקשר עם עורך המכרז בהסכם לביצוע נושא המכרז בפטור ממכרז, במקום פיצויי קיום.

המכרזים המחזוריים בהם עוסק המאמר הם מכרזים שעניינם טובין או שירות הנצרכים באופן שוטף ולא חד פעמי, בתחומים שאינם מבוצעים באופן עצמי על ידי עורך המכרז. מכרזים רבים נערכים לתקופת התקשרות מוגבלת עם אופציית הארכה, כך שבתום התקופה מתפרסם מכרז חדש בתנאים דומים בהתאם לצרכי הרשות הציבורית. מכרזים אלה מהווים חלק ניכר מהמכרזים הציבוריים. דוגמאות לכך כוללות מכרזי ניקיון של משרדים, מוסדות ציבור, מוסדות

¹³ נילי כהן, "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" **עיוני משפט** לג 241, 242 (2010) (להלן: נילי כהן חריג הצדק באכיפת חוזה).

¹⁴ שם בעמ' 443-444; בקשר לשאלת העמימות הראייתית, לא מן הנמנע כי יעשה שימוש בנוסחה הסתברותית ובמבחן האחריות היחסית לקביעת האחריות הניזקית, ראו בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" **מחקרי משפט** כג 955 (2007).

¹⁵ לעיתים נמצא כי המציע יוצא בהפסד ביישום זכייתו במכרז, אולם גם בכך אין כדי ללמד בצורה אמיתית מהו אותו חסרון של המציע שהיה אמור לזכות במכרז בהיבט של העסקת עובדיו, מימון פעילותו וקיומו של תזרים כספי, גם אם אינו נושא בחובו רווח, ובכך נמנעת קריסת העסק, עד שיצליח לערוך התקשרות בעסקה שתשפר את רווחיו. בהקשר זה אפנה למונח 'קללת המנצח' שמתייחס למצב שבו המציע שזכה במכרז מגלה כי העריך את הממכר בסכום הגבוה מערכו האובייקטיבי, ולמעשה קשר עסקת הפסד, ראו: עומר דקל **חובת המכרז של גופים מינהליים** 176 (2001).

לימוד,¹⁶ מכרזים למתן שירותי כוח אדם, שמירה ואבטחה,¹⁷ שירותי חניה,¹⁸ הפעלת תחנת מעבר לפסולת,¹⁹ הלנת חיילים באכסניות,²⁰ שירותי הסעות,²¹ פינוי פסולת,²² שירותי גבייה,²³ זכויות שילוט,²⁴ ביצוע עבודות שיפוצים ובניה ברשויות מקומיות, גינון, קטיף, שירותי תמיכה בתחום המחשבים או התכנות, שירותי ייעוץ בתחומים שונים ועוד.

ההסדר המוצע תואם את הגישה לפיה, במקרים המתאימים שבהם נשמרים עקרונות דיני המכרזים, יש מקום לשקול הסדרים נוספים מעבר להוראות הנוקשות הקיימות בתחום דיני המכרזים וזאת כמובן בתנאי שההסדרים הנוספים שומרים ואף מקדמים את עקרונות דיני המכרזים.²⁵

ב. סעד הפיצויים בעילה של מכרז

(1) סעד הפיצויים בעילה של מכרז בטרם נחקק חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים

לפני חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים), נדונה בפסיקה סוגיית הסמכות לחייב גוף ציבורי בפיצוי כספי במסגרת

¹⁶ ת"מ (מחוזי נצ') 21686-06-15 רוטנה מידל איסט בע"מ נ' מועצה מקומית כפר כנא (נבו 8.8.2016); ת"מ (מחוזי מרכז) 56925-05-18 רוטנה מידל איסט בע"מ נ' מועצה מקומית שוהם (נבו 30.11.2018).

¹⁷ ת"מ (מחוזי ת"א) 16630-12-09 תום אבטחה בע"מ נ' מועצה מקומית פרדסיה (נבו 21.8.2011). באותו עניין נדחתה התביעה על הסף מחמת אי מיצוי הליכים לאכיפת הזכייה בהליך של עתירה מינהלית הקודם להגשת התובענה המינהלית.

¹⁸ ת"מ (מחוזי ת"א) 124/07 חניוני הצלחה בע"מ נ' משרד הביטחון (נבו 13.1.2013).

¹⁹ ת"מ (מחוזי מרכז) 8495-03-13 חן המקום בע"מ נ' עיריית פתח תקווה (נבו 31.10.2014).

²⁰ ת"מ (מחוזי ת"א) 105/02 אדוס נ.ו. נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (נבו 27.8.2008).

²¹ ת"מ (מחוזי נצ') 28326-10-16 תיור וסיור הגליל ה.ס. בע"מ נ' מועצה מקומית כפר מנדא (נבו 3.5.2021); ת"מ (מחוזי נצ') 51951-05-19 הסעות ג'אד אליאס בע"מ נ' מועצה אזורית גליל תחתון (נבו 7.11.2019).

²² ת"מ (מחוזי ב"ש) 38342-10-19 בני וצביקה בע"מ נ' מועצה מקומית לקיה (נבו 30.7.2020).

²³ ת"מ (מחוזי נצ') 60503-05-13 ביצורית בע"מ נ' מועצה מקומית כפר כנא (נבו 12.12.2013).

²⁴ ת"מ (מחוזי ת"א) 104/01 אילן שבדרון נ' עיריית רחובות (נבו 10.9.2003); ע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 241, 248 (2005) (להלן: עניין שבדרון); ת"מ (מחוזי נצ') 45755-11-19 נשוט אחזקות בע"מ נ' החברה לפיתוח קצרין בע"מ (נבו 24.8.2020).

²⁵ ראו: עומר דקל "לא חייבים לפסול הצעה פגומה – הצעה להסדר חלופי באשר לדין של הצעות פגומות במכרז" משפטים מה 157 (2005).

עתירה בתחום המשפט המינהלי.²⁶ כאשר הליכים לתקיפת מעשה מינהלי נדונו בבג"ץ, לא היה נהוג לדון בשאלת הפיצויים.²⁷

פסק-הדין בעניין **בית אריזה רחובות**,²⁸ מהווה נקודת ציון מרכזית ובסיס לדיני המכרזים בישראל, שעוגנו תחילה בהוראות החשב הכללי ובהמשך בחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.²⁹ במקרה זה מדובר היה במכרז שפורסם בעקבות הוראה של משרד החקלאות לתחנה לחקר החקלאות, שניהלה פרדסים לשם מחקר חקלאי, לערוך מכרז לבחירת ספק לאריזת פרי הפרדסים ושיווקם. במהלך הדיון בבג"צ התברר כי הצעת הזוכה (של יכין) לא הייתה הזולה ביותר, וההצעה של העותרת הייתה אמורה לזכות במכרז. אולם מכיוון שעד לסיום בירור המחלוקת המשפטית נחתם החוזה עם הזוכה והיא כבר החלה בהכנות הדרושות לביצוע העבודה, נקבע כי לא ניתן להעניק את הזכייה לעותרת. בית המשפט נאלץ להסתפק במתן צו המכרז על ביטול ההחלטה של ועדת המכרזים לטובת יכין, עקב העדפה בלתי-חוקית, והביע צער על כך שאין באפשרותו להעניק סעד של אכיפה, שהוא 'סעד של ממש' לדבריו. בית המשפט פנה למחוקק לשקול תיקון החוק שיאפשר מתן תרופה מלאה שלאחר מעשה.³⁰

בעניין **בינוי ופיתוח**³¹ נפסקו לראשונה פיצויים כספיים לעותרות, אשר על אף שזכו במכרז לסלילת כביש בסיני, העבודה נמסרה למע"צ, שלא השתתפה במכרז אך הצעתה הייתה זולה יותר. בית המשפט העליון פסק פיצויים כספיים לעותרת, אם כי בשיעור נמוך יחסית, על פי אומדן כללי

²⁶ לכפיפותה של הרשות הציבורית לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי, גם כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי, ראו דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" **משפטים** ה 598 (1974).

²⁷ ראו במאמרה של דפנה ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב 35, 36 (2004); להתפתחות ההדרגתית בפסיקה שאפשרה להשתמש בסעד הפיצויים מקום שאי אפשר או שלא ראוי לבטל החלטה של רשות, ראו גם: דפנה ברק-ארז **עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכויות החוקתיות** 721 (1993); בנימין שמואלי "הפרדה משפילה בחינוך החרדי: היבטים נזיקיים ושיקולי מדיניות בעקבות בג"ץ 1067/08 עמותת 'נוער כהלכה' נ' משרד החינוך" **תרבות דמוקרטית** 265 (2013).

²⁸ בג"ץ 292/61 **בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות**, פ"ד טז 20 (1962) (להלן: עניין בית אריזה רחובות).

²⁹ אמיר לוי **דיני המכרזים בישראל** 5 (2012).

³⁰ עניין בית אריזה רחובות, לעיל ה"ש 28, בלשון פסק הדין: "יש להצטער על כך שאין בידנו להעניק למבקשות סעד של ממש [...] מצב כזה, בו נמצא בית המשפט מוסמך לדון בתרעומתו של אזרח, אך נטול כוח לתקן את המעוות, אינו רצוי כלל וכלל".

³¹ בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון**, פ"ד כח(2) 449 (1974) (להלן: בינוי ופיתוח).

ביותר.³² הלכת **בינוי ופיתוח** לא התפתחה בפסיקת בג"ץ בשנים שלאחר מכן,³³ כאשר חלק מהשופטים התנגדו להלכה זו, ואחרים הביעו ספקות לגביה.³⁴ נקודת המוצא להפעלת הסמכות הייתה כי פסיקת פיצויים על ידי בג"ץ תתבצע רק במקרים יוצאי דופן.³⁵

שינוי משמעותי חל בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין **פסטרנק**³⁶ שהעבירה את הדיון בענייני מכרזים לבתי המשפט האזרחיים.³⁷ בפסיקה מאוחרת בעניין **מליבו**,³⁸ אימץ בית המשפט העליון נורמה לפיה ניתן להשית על עורך מכרז פיצויים בגובה "ערכו של צו עשה", כלומר פיצויי קיום בגין אובדן הרווח. פיצויים אלו יכולים להתבסס על עילה הנובעת מהפרת הוראות המכרז (המהווה חוזה נספח), בהתאם לדיני החוזים או הנזיקין וגם מכוחה של עילה מינהלית.³⁹ חשיבותו של פסק הדין בעניין **מליבו** נבעה גם מהכרת זכותו של מציע שנפגע לקבל פיצויי קיום ולא רק פיצויי הסתמכות, כלומר פיצויים שנועדו להעמידו במצב בו היה נמצא אילו פעלה הרשות כדין.⁴⁰ הלכת **מליבו** פורשה בפסיקה כמתווה שני מסלולים חלופיים למי שטוען לפגיעה בהליכי המכרז: המסלול הראשון הוא מסלול האכיפה, שבו המציע מבקש מבית המשפט לתקן את הפגם שנפל בפעולת הרשות ולהכריז עליו כזוכה (במסלול זה, הסעד יכול לכלול ביטול המכרז, החזרת הדיון לוועדת המכרזים, או קביעה מפורשת המעניקה לעותר את הזכייה). המסלול השני הוא מסלול הפיצויים שבמסגרתו המציע מבקש לקבל סעד כספי בגין הרווח שנמנע ממנו עקב אי זכייתו במכרז.⁴¹

³² סך של 60,000 ל"י לכל אחת מהעותרות, על אף שלטענתן הן היו זכאיות לפיצויים בגין אובדן הרווח בשיעור של בין 10% ל-12.5% בהיקף כספי העולה על 18 מיליון ל"י. השיקולים העיקריים לפסיקת הפיצויים כחלופה לסעד אכיפה היו: חלופת הפיצוי לטובת העותרות תמנע פגיעה בטובת הכלל; פיזור הנזק שנגרם לפרט בגין החלטה ציבורית על כלל הציבור; פסיקת פיצויים כמנגנון שיוביל להגברת השלטת הנורמות הראויות בהתנהגותן של רשויות ציבוריות.

³³ לסקירת התפתחות הפסיקה בעניין פיצויים בעילה של מכרז ראו ברק ארז סעדים כספיים, לעיל ה"ש 1; אורן שבת **העתירה המינהלית והסעדים במכרזים ציבוריים: תיאוריה ופרקטיקה** 572-590 (2017) (להלן: שבת).

³⁴ דפנה ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב 35, 40 (1994).

³⁵ בג"ץ 35/78 י.ש.י.-פ.אב. **חברה קבלנית לעבודות בניין בע"מ נ' עיריית ירושלים**, פ"ד לב(1) 729 (1978).

³⁶ בג"ץ 991/91 **פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה(5) 50 (1991).

³⁷ מגמה זו התרחבה גם ביחס להעברת עניינים מינהליים נוספים לבתי המשפט האזרחיים.

³⁸ מליבו, לעיל ה"ש 6.

³⁹ שם, בעמ' 687-688.

⁴⁰ שם בעמ' 686-687; ראו גם עע"ם 7357/03 **רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ**,

פ"ד נט(2) 145, 166-167 (2004) (להלן: עניין צומת מהנדסים).

⁴¹ עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 7, בסעיף 8 לפסק הדין.

(2) סעד הפיצויים בעילה של מכרז לפי חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים

חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים שנחקק בשנת 2000, קבע באופן מובנה את חלוקת הסמכויות בנושאים מינהליים בין בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לבין בתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים. החוק קובע כי הן מסלול האכיפה והן מסלול הפיצויים יידונו בפני בית המשפט המחוזי בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים.

מסלול האכיפה בעילה של מכרז מוסדר באמצעות הגשת עתירה מינהלית, שבה נתקפת החלטת ועדת מכרזים באופן ישיר ומבוקש סעד המצהיר על ביטולה.⁴² כסעד נלווה או משני, ניתן לדרוש לבחור בהצעת העותר כזוכה במכרז אם הצעתו מדורגת שנייה, או לחלופין להחזיר את הדין לוועדת המכרזים לקבלת החלטה חדשה. מסלול הפיצויים בעילה של מכרז מוסדר באמצעות תובענה מינהלית לפיצויים בעילה של מכרז.⁴³ תובענה זו,⁴⁴ מתנהלת בדומה לתובענה אזרחית רגילה ועל פי סדרי הדין האזרחי,⁴⁵ אך משלבת גם מאפיינים מהדין המינהלי.⁴⁶ למעשה, יש בתובענה המינהלית שילוב בין המשפט וסדרי הדין האזרחיים לבין אלה החלים במשפט

⁴² פריט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים מסמיכה את בתי המשפט לעניינים מינהליים לדון בנושא המכרזים: "5. מכרזים – עניני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, ועניני מכרזים של רשות מקומית, שעניינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, וכן מכרזים שעניינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין".

⁴³ פריט 1 לתוספת השלישית לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים; בעניין שבדרון, לעיל ה"ש 24, התייחס בית המשפט העליון לתובענה המינהלית ולרצונו של המחוקק לכנס תחת קורת גג אחת את מכלול העניינים המינהליים: "לא למותר לציין כי מוסד התובענה המינהלית לא נכלל בגלגול הראשון של הצעת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים (הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תשנ"ז-1997), והוא הוסף בגלגולה השני (הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-1999), קרי ניתנה הדעת לרצון לכנס אל תחת קורת גג אחת את מכלול העניינים המינהליים, אם גם בהדרגה. דבר זה מצדיק מבט רחב. לא בכדי לכאורה הונחה התובענה המינהלית על-ידי המחוקק בפני שופטים שהתמחותם וחשיבתם מעוגנות בדין המינהלי".

⁴⁴ תקנה 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין) התשס"א-2001 (להלן: "תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים"). הגשת תובענה מינהלית לפיצויים בעילה של מכרז טעונה תשלום אגרה בשיעור דומה לאגרה המשתלמת בעת מוגשת תביעה כספית רגילה בהתאם לאמור בפריט 22 לתקנות בית משפט (אגרות) התשס"ז-2007.

⁴⁵ תקנה 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים. ליסודותיה של תביעת פיצויים ראו שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11.

⁴⁶ להבחנה בין תובענה מינהלית לתביעה רגילה ראו אורי גורן **בתי משפט מינהליים** 344–345 (2008).

המינהלי.⁴⁷ כך, ניתן להעלות במסגרת התובענה טענות סף מהמשפט המינהלי, כמו שיהוי, אי-מיצוי הליכים, מניעות והיעדר תום לב.⁴⁸

סעד הפיצויים בעילה של מכרז מהווה מסלול חלופי למסלול האכיפה במקרים חריגים, שבהם לא התאפשר למציע שנפגע לקבל סעד באמצעות עתירה מינהלית לאכיפת זכיותו מסיבות שאינן תלויות בו.⁴⁹ לדוגמה, כאשר הוגשה עתירה מינהלית אך לא ניתן צו ביניים שמעכב ביצוע נושא המכרז, כך שלאחר שהעתירה הוכרעה לטובת העותר לא ניתן להשיב המצב לקדמותו. במקרה כזה, הפיצויים יתבעו במסגרת תובענה מינהלית נפרדת.⁵⁰ כך גם במקרים שבהם העותר גילה את עילת התקיפה מאוחר מידי ולא ניתן לבטל את ההתקשרות עם הזוכה.⁵¹ בגדר מקרים אלה ניתן גם לכלול מצב שבו הרשות הסכימה כי המציע שנפגע יהיה זכאי לתבוע פיצויים גם אם לא ידרוש סעד של אכיפה בעתירה המינהלית. הכרה בחריג זה מעניקה לרשות גמישות לפעול במהירות

⁴⁷ להשפעה על הסעדים המינהליים של דוקטרינות מהמשפט הפרטי ראו דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" **משפט וממשל** ה' 95, 107 (2000).

⁴⁸ עניין שבדרון, לעיל ה"ש 24; עניין טי. וי. שלוש, לעיל ה"ש 9; ת"מ (מחוזי י-ם) 12/01 **עתיר בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 26.10.2008); ת"מ (מחוזי חי') 17273-04-11 **ביבאר נ' המועצה המקומית יינוח-ג'ת** (נבו 14.9.2011). בפסק דין זה התייחס בית המשפט – עת דחה תובענה מינהלית בעילה הנובעת ממכרז – לכך שבנסיבות העניין לא הייתה הכרזה של התובע כזוכה במכרז, היה שיהוי ניכר בפנייתו לבית המשפט לעניינים מינהליים בהליך של עתירה מינהלית, לא נוהל כל משא ומתן בין הצדדים וההסכמות, ככל שהיו, לא גובשו לכדי כמעט "חוזה מחייב".

⁴⁹ ביחס לסעד האכיפה בדיני החוזים בכלל וחלוקת שיטות המשפט השונות ראו: לאון יהודה אנידג'ר, איל זמיר, אורי כץ "המהפכה במעמדה של תרופת האכיפה: דין תיאוריה וממצאים אמפיריים" **משפטים** מט' 5, 6 (2019) (להלן: אנידג'ר, זמיר וכץ "המהפכה"); "ניתן לחלק את שיטות המשפט לשתי קבוצות: בקבוצה הראשונה, הכלל הוא שהנפגע אינו זכאי לאכיפה אלא לסעד כספי ואכיפה היא החריג. זו התפיסה המקובלת במשפט האנגלו אמריקאי. בקבוצה השנייה – שהמשפט הגרמני נחשב למיצג המובהק – אכיפה היא התרופה הרגילה לכל הפרה, זולת מקרים חריגים שבהם היא נשללת. לפי התיאור הרווח בפסיקה ובספרות המשפטית, לפני חקיקתו של חוק התרופות השתיך המשפט הישראלי – בעקבות המשפט האנגלי – לקבוצה הראשונה; ובעקבות המהפך שחולל החוק אנו משתייכים כעת לקבוצה השנייה".

⁵⁰ להבחנה הנהוגה בפסיקה בין סעדים זמניים בהליכים התוקפים מכרזים מסוג זה לבין הליכים הנוגעים למכרזים של אספקת שירותים, ראו למשל ע"מ 2915/12 ש.ו.ת. **ורד בר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (נבו 31.5.2012), פסקה 9.

⁵¹ ראו עומר דקל **מכרזים** כרך ב' 336-335 (2006) (להלן: דקל מכרזים ב); עניין טי.ו.י. שלוש, ה"ש 9 לעיל בפסקה 22; עת"מ (מחוזי י-ם) 1961/09 **דפוס בארי שותפות מוגבלת נ' היולט פקוד (ישראל) בע"מ** (נבו 13.1.2013), פסקה 24.

במקרים שבהם יש דחיפות גבוהה בהשלמת ההתקשרות, תוך הערכה כי עדיף שלא להקפיא את הליכי המכרז.⁵²

(3) פיצויי קיום ופיצויי הסתמכות

שני סוגי פיצויים ניתן לפסוק למציע שהיה אמור לזכות במכרז אך לא זכה בו בשל החלטה שגויה של ועדת המכרזים: פיצויי הסתמכות ופיצויי קיום. פיצויי הסתמכות הם פיצויים שליליים המכסים את ההוצאות שהוציא התובע לצורך השתתפותו במכרז.⁵³ פיצויי קיום, המכונים גם פיצויי ציפייה,⁵⁴ הם פיצויים חיוביים שנועדו להעניק לתובע את הרווחים שנמנעו ממנו ואשר עשויים להגיע לשיעור מלא,⁵⁵ אילו היה זוכה במכרז ומבצע את העבודה, אלמלא הפגם בהחלטת הוועדה.⁵⁶ פיצויים אלה מגנים על עקרון ההסתמכות.⁵⁷ עם זאת, בנסיבות מסוימות, פסיקת פיצויי קיום לצד פיצויי הסתמכות עלולה להוביל לכפל פיצוי. לדוגמה, כאשר התובע טוען כי נשא בעלויות לצורך הכנת ההצעה למכרז, הרי שאם היה זוכה במכרז, עדיין היה נושא באותן עלויות ולכן אין לפסוק פיצוי כפול בגין הוצאות אלו לצד רווחי המכרז שנשללו.⁵⁸ פסיקת פיצויי קיום

⁵² ת"מ (מחוזי ת"א) 124/06 אביגל שירותי כוח אדם ועבודה בע"מ נ' עיריית הרצליה (נבו 31.1.2010) (להלן: עניין אביגל); עניין טי. וי. שלוש, לעיל ה"ש 9, בפסקה 25 לפסק הדין.

⁵³ דקל מכרזים ב, לעיל ה"ש 51, בעמ' 305-306.

⁵⁴ בעניין מליבו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 687, נפסקו לראשונה פיצויים חוזיים מלאים למציע במכרז ציבורי שהזכייה נמנעה ממנו שלא כדין. ראו גם: דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין", לעיל ה"ש 47 בעמ' 100; עניין צומת מהנדסים, לעיל ה"ש 40 בעמ' 166; עע"ס 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ (נבו 13.8.2007) (להלן: עניין קטימורה), בפסקה 6 לפסק דינו של השופט א' גרוניס.

⁵⁵ שלו חוזים ומכרזים לעיל ה"ש 5.

⁵⁶ ראו: דקל מכרזים ב, לעיל ה"ש 51 בעמ' 321; עניין מליבו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 685-686.

⁵⁷ ראו: דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז 17, 24 (1996): "...ידיעתם של המשתתפים בחיי המסחר כי הציפייה לרווח בעסקאות שיעשו תזכה להגנה משפטית מעודדת את הנכונות להסתמך על עסקאות הצופות פני עתיד".

⁵⁸ ראו ת"מ (מחוזי ת"א) 109/04 טרנס מערכות בטחון וטכנולוגיות בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון (נבו 14.3.2010), בפסקה י' לפסק דינה של השופטת ש' דותן. ראו גם שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 291, על מהותם של אינטרס הקיום ושל אינטרס ההסתמכות ועל היחס ביניהם: "במשפט הישראלי אין הנפגע מהפרת חוזה זכאי לפיצוי על נזקי ההסתמכות שלו, שכן נזקים אלה הינם תוצאה של החלטתו שלו להתקשר בחוזה – ולא של הפרת החוזה בידי המפר... כאשר מבחינת הנפגע הייתה העסקה עסקת רווח – תכסה פסיקתם של פיצויי הקיום, אגב אורחא, גם את נזקי ההסתמכות שלו".

למשתתפים במכרזים ציבוריים אפשרית מכוח דיני החוזים,⁵⁹ והמשפט המינהלי.⁶⁰ העיקרון המנחה בפסיקת פיצויים הוא העמדת התובע במצב שבו היה נמצא אלמלא הפרת החוזה, העוולה הנזיקית, המעשה המינהלי הפגום, או ההתעשרות על חשבון הזולת.⁶¹ העובדה שהתובע לא ביצע בפועל את העבודה נושא המכרז נלקחת בחשבון, יחד עם מידת חוסר הוודאות לגבי שיעור הרווח ואפשרות השימוש במשאבים שנותרו בידיו לעבודות אחרות.⁶²

פסיקת פיצויי קיום מחייבת זהירות רבה והיא מורכבת, מאחר שהיא מבוססת על השערות ועל אומדנים בנוגע להתממשות החוזה, תוך התחשבות בנסיבות עובדתיות לא ברורות

⁵⁹ לדיון בשאלת סוג הפיצוי מחמת הפרתה של חובת תום הלב בשלב הטרם חוזי, לפי סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ראו ע"א 6370/00 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002).
⁶⁰ שם, בעמ' 302. לדיון בסוגיית פיצויי הקיום על פי המשפט העברי ראו: ת"א (מחוזי י-ם) 2220/00 מפעלי תאורה א. הכט בע"מ נ' רשות הדואר (נבו 31.7.2003) (להלן: עניין מפעלי תאורה): "על פי המשפט העברי, על אף שפיצויים של רווח עתידי הנם בגדר 'גרמא', מצינו ארבעה דרכים לחיוב הרשות השלטונית לשלם למי שהיה צריך לזכות במכרז פיצויים חיוביים על אבדן זכיותו, בדרך של תשלום רווחיו הצפויים: הנזק מצוי ורגיל לבוא והמדיניות המשפטית מסווגת אותו כ'גרמא'...; בשל העובדה כי משלם הפיצוי הוא הציבור הניצב מול הפרט, על הציבור לפצות את הנפגע מדין 'ועשית הישר והטוב'...; גם אם נסווג את הפיצוי כגרמא, ניתן לחייב את הרשות השלטונית לשלם פיצוי זה כי 'חייב בדיני שמיים' הופך לחובה מעשית לתשלום, כאשר החייב הוא הקהל או הציבור...; על פי הכלל 'גרמא בנוזיקין אסור', אם הציבור מפר כלל זה וגורם נזק, יש לחייבו לפצות את הנפגע, אף אם מבחינת הסיבתיות הנזק הוא בגדר גרמא... גם אם בניתוח עיוני ניתן למצוא חילוקים דקים ואבחנות מדוקדקות ביחס לארבעת הדרכים שהוצעו לעיל, עמדתו היא כי יש מקום לקבוע כי כאשר מדובר בחובת הציבור לפצות פרט כלשהו, גם אם מסווג הדבר כגרמא, מן הראוי כי השיטה המשפטית תטיל על הציבור את חובת הפיצוי".

⁶¹ ראו ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 81-85 (1997); לדיון בעקרונות מנחים ולבעיות מיוחדות בהערכת פיצויים, ראו שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 396; לדיון מקיף במטרות שעומדות בבסיס סעד דיני הנזיקין המודרניים, פיצוי, צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה יעילה, ראו בנימין שמואלי "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט 233, 245-254 (2018).

⁶² ראו עניין ת"מ (מחוזי ת"א) 102/01 צומת מהנדסים – תכנון, תאום וניהול פרויקטים בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות (נבו 13.7.2003), שם נפסק כי העובדה, שהתובעת לא ביצעה בפועל את הפיקוח על הפרויקט נושא המכרז, תומכת במתן פיצוי נמוך במידת-מה. בנסיבות העניין, נקבע כי ראוי לפצות את התובעת בסכום השווה למחצית הסכום שביקשה. ערעור שהוגש על פסק הדין התקבל בעיקרו, ראו עניין צומת מהנדסים, לעיל ה"ש 40. בית המשפט קבע כי על אף שלא נפל במכרז פגם אשר בעטיו היה על התובעת לזכות במכרז, בכל זאת נפל בו פגם באופן ניסוח תנאי המכרז, ועל כן על עורכת המכרז לפצות את התובעת בגין ההוצאות שנגרמו לתובעת כתוצאה מהפגמים שנפלו במכרז.

ותיאורטיות.⁶³ בתביעה לפיצויי קיום, על המציע להוכיח את הנזק שנגרם לו ולהציג את הפיצוי שיביאו למצב שבו היה נמצא אילו עורך המכרז פעל כדין,⁶⁴ במידת ודאות סבירה.⁶⁵ אם הרווח הצפוי לא הוכח, לא ניתן לקבל תובענה מינהלית לפיצויים,⁶⁶ אלא אם כן יש מקום לפסוק את הפיצוי על דרך של אומדנה.⁶⁷

לעומת זאת, פסיקת פיצויי הסתמכות, שבהתייחסות אליהם לא נקבע כלל גורף המחייב הגשת עתירה מינהלית מתאימה כתנאי לתביעתם בהתאם להלכת קסם מילניום כפי שאפרט להלן,⁶⁸ היא פשוטה יחסית בהשוואה לפיצויי קיום. מדובר בהוצאות ממשיות שהוכחתן פשוטה

⁶³ ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים בע"מ (נבו 14.6.2009), בפסקה כ"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

⁶⁴ עניין מליבו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 685–686.

⁶⁵ ת"מ (מחוזי ב"ש) 103/07 סלמאן נ' מדינת ישראל (נבו 14.9.2010), בפסקה 36 לפסק דינה של השופטת אבידע.

⁶⁶ בעניין ת"מ (מחוזי חי') 202/06 פ.א.ס. תשתיות וחשמל בע"מ נ' המועצה האזורית מעלה יוסף (תקדין 28.8.2008) נדחתה תביעה לפסוק פיצויי קיום מהטעם שהתובעת לא הוכיחה את שיעורו של הרווח הקבלני ולא היה מקום לפסוק שיעור זה של הרווח על דרך האמדנה. בעניין עת"מ (מחוזי ב"ש) 102/03 פיקא תשתית עבודות פיתוח בע"מ נ' עיריית קרית גת (נבו 22.3.2005), התייחס בית המשפט לכך שהתובעת לא עמדה כלל בהוכחת אבדן הרווחים הנטענים על ידיה, שכן כל שעשתה לעניין זה הוא צירוף מכתב החתום בידי רואה החשבון ובו התייחסות לרווח הקבלני שבהצעה ולרווח הקבלני לכלל העבודות לשנה המבוקרת שעליה נסמכה התובעת. אולם, בית המשפט מצא כי לא ניתן לראות במכתבו של רואה החשבון כדי ראייה של ממש כלשהי להוכחת טענת התובעת בדבר "רווח קבלני" שאבד. ראו גם ת"מ (מחוזי חי') 104/04 משתלות יהל בע"מ נ' המועצה האזורית אלונה (נבו 5.3.2007).

⁶⁷ בעניין ת"מ (מחוזי חי') 111/02 א.ג.ל.ר. עבודות בנין הנדסאות בע"מ נ' המועצה המקומית ג'וליס (נבו 2.11.2004), דן בית המשפט בתובענה מינהלית לפיצויים בעילה של מכרז והתייחס בפסיקתו לגישות להערכת רווח שנמנע. נקבע כי יש לבחון את שיעור הרווח של התובעת בעבודות דומות בעבר או לבחון את שיעור הרווח הצפוי בעבודה הרלוונטית על בסיס של "מבצע סביר". בין שתי השיטות העדיף בית המשפט את שיטת הרווח הממוצע בשנים קודמות: "הוא משקף את דרך פעילותה של התובעת, לטוב ולרע. לא צפויה הפרזה של סכומים, שכן המאזנים, שלא כמו חוות הדעת, לא הוכנו לצורך ההליך. הם מבוססים, סביר להניח, על תיעוד שכתב והם שימשו בסיס להצהרות המס של התובעת. יתרון נוסף של דרך זו הוא בכך שהוא מאפשר התייחסות לתקורה – הוצאות כלליות הצריכות להילקח בחשבון בבחינת הרווח, אם כי צריך לזכור שחלקן קבועות וחלקן משתנות, וקשה לדעת במדויק איזה חלק מושפע במישרין מן העבודה ואיזה חלק הוא קבוע" (פסקה 8 לפסק הדין).

⁶⁸ בעניין ע"מ 6552/21 ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון (נבו 5.12.2022) נפסק בפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) א' חיות בהקשר זה כי "ספק אם ניתן להחיל את הכללים שנקבעו בעניין קסם מילניום כמות שהם בנסיבות שבהן מציע במכרז מעוניין לנקוט בהליך משפטי לצורך קבלת פיצויי הסתמכות. כך למשל, אם מדובר במציע שלא זכה במכרז ומבקש לקבל פיצוי בגין פגם במכרז שגרם לו להוציא הוצאות מיותרות אך אין בפגם כדי

יחסית באמצעות מסמכים וראיות, כגון עלות רכישת מסמכי המכרז, הנפקת ערבות מכרז, הכנת ההצעה והתייעצות עם מומחים ועורכי דין. על התובע לתבוע בתובענה המינהלית סעד של פיצויי הסתמכות ולהוכיח את ההוצאות והנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהחלטות שגויות של ועדת המכרזים.⁶⁹

(4) פיצויי קיום – חובת האכיפה כתנאי מקדמי לסעד

בהתייחס ליחס בין הסעדים והשימוש במסלולים שנקבעו בפסיקה ולאחר מכן בחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, נדונה השאלה האם מציע שנפגע מהחלטת ועדת המכרזים מחויב תחילה לפעול לאכיפת זכייתו באמצעות הגשת עתירה מינהלית, או האם הוא רשאי להגיש תובענה מינהלית ולתבוע פיצויי קיום, מבלי להקדים לכך עתירה מינהלית.⁷⁰

לאחר שניתנו הכרעות שונות וסותרות בבתי המשפט, נקבעה הלכה בעניין **קסם מילניום**,⁷¹ לפיה תנאי להגשת תובענה לפיצויי קיום בעילה של מכרז הוא מיצוי הליכים לסעד של אכיפה במסגרת עתירה מינהלית, שתוגש לפני הגשת תובענה מינהלית לפסיקת פיצויי קיום. בית המשפט דן בשיקולים השונים, מצד אחד השיקולים בעד הקדמת עתירה לאכיפת הזכייה במכרז לתביעת פיצויי קיום,⁷² ומצד שני השיקולים בעד הותרת חופש הבחירה לנפגע בין שני המסלולים.⁷³ נקבע כי

להוביל לביטול המכרז או לשינוי הזוכה בו, כלל לא ברור אם ניתן להגיש בנסיבות אלה עתירה מנהלית לפני הגשת תובענה לקבלת הפיצוי. משכך, ובשונה מבית המשפט קמא, אינני סבורה כי ניתן לקבוע באופן גורף שאין מקום להבחנה בין פיצויי קיום לפיצויי הסתמכות בכל הנוגע לתחולת הלכת קסם מילניום. עם זאת, אני סבורה כי בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו – מציע שהשתתף במכרז, זכה בו ורק לאחר שבוטלה זכייתו דורש לקבל פיצויי הסתמכות בגין פגמים שנפלו במכרז עצמו – הרציונאליים של הלכת קסם מילניום מתקיימים במלואם, ובצדק קבע בית המשפט קמא כי יש לדחות על הסף את התובענה המנהלית שהגישה המערערת (ככל שהיא נוגעת לתנאי המכרז וחווה התשתיות), לנוכח הימנעותה מהגשת עתירה מנהלית מתאימה במועד". השופט י' אלרון במיעוט, הסתייג מקביעה זו וקבע כי יתרונותיה של הלכת קסם מילניום ובפרט החשש מפני חיוב הרשות בתשלום כפול לזוכה במכרז ובמסגרת פיצויי קיום למתמודד אחר, הם שמצדיקים באותן נסיבות את הגבלת זכות הגישה לערכאות הנגזרת מדחיית תובענה על הסף. כאשר מדובר בפיצויי הסתמכות, האיזון בין השיקולים אינו מוליך לתוצאה דומה.

⁶⁹ ראו בעניין ע"מ 10065/08 **חברת עתיר בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 28.4.2013) בפסקה 25 לפסק דינו של השופט ח' מלצר. באותו עניין קבע בית המשפט העליון כי אין מקום להעניק פיצויי הסתמכות מהסיבה שפיצויי הסתמכות לא נטענו וממילא לא הוכחו.

⁷⁰ ראו עניין קטימורה, לעיל ה"ש 54, בפסקה 6; ע"מ 5487/06 **סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל** (נבו 12.4.2009) בפסקה 18; ע"מ 8835/07 **רם שן שירותים והשקעות נ' עיריית ירושלים** (נבו 8.12.2010) בפסקה טו.

⁷¹ עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 7.

⁷² שם, בסעיף 15-20 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

מציע שקופח במכרז לא יוכל לתבוע סעד של פיצויי קיום בגין אי זכייה במכרז מבלי להראות כי נקט קודם בהליך לתקיפת החלטת ועדת המכרזים, או כי נמנעה ממנו אפשרות זו מסיבות שאינן תלויות בו.⁷⁴ עם זאת, קיימים שני חריגים לכלל זה: חריג פרוצדורלי, כאשר לא ניתן להגיש עתירה מינהלית או לקבל סעד באמצעותה מסיבות שאינן תלויות בתובע,⁷⁵ וחריג מהותי, כאשר מדובר בפגיעה חמורה בשלטון החוק.⁷⁶

(5) הקשיים והחסרונות בסעד הפיצויים מנקודת מבט של המציע שנפגע

לפי דיני התרופות, הצד הנפגע זכאי בדרך כלל לדרוש את קיומו של החוזה, ובהנחה שהוא מעדיף את תרופת האכיפה על פני תרופת הפיצויים, הוא זכאי עקרונית לתבוע את אכיפת החוזה. אכיפת החוזה, על פי בחירת הנפגע, מבטאת את עקרון הצדק המתקן, שהוא בסיס מרכזי בדיני החוזים.⁷⁷ בשונה מסעד האכיפה, שמעמיד את הנפגע במצב בו הוא ביקש להיות בעת החתימה על החוזה, חישוב פיצויי קיום בגין אובדן רווח מתבסס על ההפרש בין הגידול בהכנסות עקב קיום החוזה לבין ההוצאות שנדרשו להפקת ההכנסות.

מטרת הפיצויים שנפסקים בתביעה בעילה של הפרת חוזה, ובהתאמה, מחמת פגם בהליך המכרז, אינה להבטיח את סילוקם של כל נזקי ההפרה אלא רק את אלו שראוי והוגן ליחסם למפר

⁷³ שם, בסעיף 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

⁷⁴ שם, בסעיפים 13-21 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

⁷⁵ למשל כאשר הנתונים הרלוונטיים הנדרשים (לנקיטה בין בהליך מינהלי בין בהליך לקבלת פיצויים) נודעים למציע – שפעל בשקידה סבירה כדי לגלותם – בשלב שבו ביטול ההתקשרות עם הזוכה בפועל אינו אפשרי, ועל כן מסלול האכיפה מתייתר למעשה; כך יהיה גם כאשר המציע שקופח פתח בהליך אכיפה, היינו: הגיש עתירה מינהלית שבה ביקש לפעול למימוש זכייתו הנטענת במכרז אך הרשות או בית המשפט הכירו הלכה למעשה בכך שלא ניתן יהיה לממש את זכייתו בטרם תוכרענה טענותיו לגופן (למשל כאשר הרשות הסכימה כי זכותו של המציע שקופח לתבוע פיצויים תישמר לו אף אם לא יעמוד על זכייה במכרז במסגרת הליכי האכיפה), שם, בסעיפים 23-24 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

⁷⁶ שם, בסעיף 25 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן, לדוגמה: חשש מבוסס למעשי שחיתות או פגיעה אחרת בטוהר המידות, ר' פסקה 6 לפסק דינו של השופט מזוז. בשולי פסק הדין שניתן בעניין ע"א 4564/19 **אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' שירותי בריאות כללית** (נבו 14.6.2021) ציין המשנה לנשיאה (בדימוי) ח' מלצר, כי לשיטתו יש מקום להרחיב את החריגים שנקבעו להלכת קסם מילניום, שכן לא תמיד יש צורך לדרוש מהתובעים בכוח לנהל הליך מוקדם כאשר בעיניהם מדובר בהליך סרק ולעיתים מסיבות אובייקטיביות הם צודקים בכך. לחשש כי הלכת קסם מילניום תצמצם את הביקורת השיפוטית על מכרזים פגומים ותפגע דווקא במי שנפגע מהפגם במכרז ראו אבינועם מגן "שומרי הסף נרדמו? הנפגעים ישלמו" **הפרקליט** נו 285 (2024).

⁷⁷ נילי כהן חריג הצדק באכיפת חוזה לעיל, ה"ש 13.

ולחטיל עליו אחריות.⁷⁸ בנוסף, קיימות בעיות בחישוב שיעור הפיצוי, הנוגעות לפן העובדתי – ראייתי של הנזק, כגון הערכת הגידול בהכנסות שנמנעו עקב אי קיום החוזה.⁷⁹ עם זאת, בפסיקה הוכרו מקרים שבהם מציע בוחר להגיש הצעה ללא רווח ישיר, כאשר הערך המוסף נובע מהפעלת העסק ושימור עובדיו.⁸⁰ במקרים כאלה, למרות שהצעת המציע יכולה להציג יתרונות ותועלות שיכולה לעלות על הרווח הצפוי, בחינת הרווח הצפוי באופן צר לא תשקף את הפגיעה במציע ולא תתקן את הנזק שנגרם לו.⁸¹

לדוגמה, הוכרו שיקולים ארוכי טווח בבחינת סבירות קבלת הצעות נמוכות מהאומדן, כמו חדירה לשוק, ביסוס מעמד, צבירת ניסיון או הרחבת תחומי עיסוק;⁸² שיקולים הנוגעים להמשך העסקת עובדים, מימון פעילות ותזרים כספי שמונע את קריסת העסק ומאפשר תשלום לספקים ולעובדים. מדובר בשיקולים ראויים וחשובים עבור המציע שנפגע, שלא מקבלים ביטוי ישיר באיתור אובדן הרווח,⁸³ ואין בעובדה שמדובר בהצעה הפסדית כשלעצמה, כדי להביא לפסילתה.⁸⁴

⁷⁸ עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 7 בעמ' 398.

⁷⁹ שם בעמ' 443-444.

⁸⁰ דקל מכרזים ב, לעיל ה"ש 51, בעמ' 345.

⁸¹ ע"מ 2690/06 מ.ת.א.ר. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ' עיריית אשדוד (נבו 2.5.2006) (להלן: עניין מ.ת.א.ר.), פסקה 11 לפסק דינה של השופטת מ' נאור: "ההגיון העומד מאחורי הקביעה, כי ניתן להכיר בסבירות קבלתן של הצעות הנמוכות מהאומדן הוא כי נכונותו של מציע לעמוד בהצעתו אינה נגזרת בהכרח משיקולים צרים של רווח והפסד בעיסקה הקונקרטי נשוא המכרז. נכונות זו יכולה היא שתיגזר דווקא משיקולים ארוכי טווח, כגון חדירה לשוק, ביסוס מעמד, צבירת מוניטין או רצון להרחיב תחומי עיסוק, וכל זאת תוך ספיגת הפסד בטווח הקצר".

⁸² בהתייחס להצעה נטולת היגיון כלכלי ראו גם ע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ (נבו 24.5.2010), שם נקבע על ידי השופט א' רובינשטיין: "במצאות הכלכלית יתכן כי מציע יגיש הצעה, הנעדרת רווח כלכלי, אך יש בה תועלות אחרות מבחינתו כגון חדירה לשוק או רצון להרחיב את תחומי עיסוקו ... יתכן אף מקרה ליהחזקה בחיים של עסק שיש לו עובדים או מלאי או שניהם ובהיעדר עבודה לא רק שלא יהיה רווח אלא אף יהיו הפסדים. כמובן אין זה המקרה הרגיל, שהרי בסופו של דבר בעולם העסקי עסקינן והמטרה הבסיסית היא השאת רווחים. כשההצעה אינה רווחית, השאלה הנשאלת היא האם המציע יוכל לעמוד בהצעתו שכן החשש במקרים מסוג זה הוא כי המציע אינו איתן מבחינה פיננסית, ולא יוכל לעמוד בהשלמת העבודה לה התחייב, או כי זו תהיה באיכות ירודה ואף דברים אלה אינם בלתי אפשריים בניסיון החיים..." ואולם, "בעניין זה על החברה המבקשת להציע הצעה אשר יש בה חריגה בפרמטרים שבאומדן ועל כן עלולה להעלות חשש להתנהלות פסולה או חשש שמא לא תוכל לעמוד בה, להסביר מראש באופן מפורט, הנתמך במסמכים רלוונטיים ובנתונים מספריים, מדוע הצעתה אינה תכסיסנית וכי תוכל לעמוד. יתר על כן, כל דבר העלול להישאל בסדר רגיל ובשכל ישיר, צריך שיובהר מתחילה, בגדרי הגינות מסחרית".

⁸³ עניין מליבו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 686-687; עניין צומת מהנדסים, לעיל ה"ש 40, בעמ' 166-167; עניין שבדרון, לעיל

ה"ש 24, בעמ' 265; דקל מכרזים ב, לעיל ה"ש 51 בעמ' 344-345.

קיימים יתרונות נוספים מהם נהנה הזוכה במכרז, שאינם מתבטאים ישירות ברווח הכספי, שמהווה את המבחן המרכזי אם לא הבלעדי באיתור גובה הפיצוי אותו יש לפסוק למציע שנפגע. לדוגמה, במכרזים בהם נדרשים המציעים להוכיח ניסיון קודם לצורך עמידה בתנאי סף,⁸⁵ או הם מקבלים ניקוד איכות לפי אמות המידה שבוחנות את היקף הניסיון הקודם,⁸⁶ לא יהיה בפיצוי כספי בעבור אובדן הרווח, כדי לרפא פגיעה במציע. הניסיון עשוי במקרים מסוימים להגדיל את היקף העסקאות הבאות של אותו מציע, רכיב שאף הוא לא בא לידי ביטוי באותן ישיר בבחינת מבחן אובדן הרווח.⁸⁷ בנוסף, זכייה במכרז עשויה להוביל להתקשרות נוספת עם עורך המכרז בעילות פטור שונות, מתוקף היותו ספק אשר מבצע את העבודה נושא המכרז.⁸⁸

ניסיון הנצבר יכול לשמש גם להעלאת הדירוג של המציע ביחס למתחרים בשוק או לשיפור סוג רישיון המבוסס על ניסיון קודם בענף.⁸⁹

ביצוע עבודה עבור גופים ציבוריים מסוימים עשוי גם להעניק מוניטין רב מעבר לביצוע עבודה עבור גופים פרטיים או גופים ציבוריים אחרים. למרות שחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 מאפשר פסיקת פיצויים בעד נזק שאינו ממוני, קשה להעריך את הנזק הזה,⁹⁰ ולא נקבעו כללים מנחים לחישוב פיצויים עבור מציעים שנפגעו במכרזים. לפיכך, בתי משפט אינם נוטים לפסוק פיצויי קיום אלא במקרים חריגים.⁹¹

פעמים רבות פיצויי קיום אינם משקפים את הפגיעה במציע מבחינת התחרות בשוק. זכייה של מציע במכרז שלא היה זכאי לזכייה עשויה לקדם אותו בענף על חשבון המשתתף שנפגע ולעיתים

⁸⁴ ע"מ 1912/19 רשות מקרקעי ישראל נ' אביסורו משה ובניו עבודות בנין ופתוח בע"מ (נבו 13.1.2020).

⁸⁵ סעיף 2א(ב) לחוק חובת המכרזים ופרט 2 לתוספת לחוק.

⁸⁶ סעיף 22 לתקנות חובת המכרזים.

⁸⁷ ראו עניין מ.ת.א.ר., לעיל ה"ש 81.

⁸⁸ ראו תקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים.

⁸⁹ ראו לדוגמה תקנות רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות (סיווג קבלנים רשומים), התשמ"ח-1988 לפיהן קבלן יהיה רשאי לבקש הגדלת סיווגו על בסיס הוכחת ביצוע עבודות בהיקף הנדרש. זכייה במכרז וביצוע העבודה לפיו יכולים לבסס בקשה להגדלת סיווג. אולם, קבלן שקיבל פיצוי כספי בלבד יהיה מנוע מלבקש העלאת סיווג מכיוון שלא ביצע בפועל את אותה עבודה.

⁹⁰ ר' סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים תרופות").

⁹¹ ראו שבת, לעיל ה"ש 33, בעמ' 591-592; בפרשת צומת מהנדסים, לעיל ה"ש 40, נפסקו פיצויים על פי אומדן כללי כפי שנפסק בעניין בינוי ופיתוח, לעיל ה"ש 31. הפיצויים שנפסקו היו בסך של 150,000 ₪ בעבור הוצאות שנגרמו לצומת מהנדסים כתוצאה מהפגמים שנפלו במכרז ואין בפסק הדין פירוט בדבר אופן חישוב הפיצויים.

אף להקים מתחרה חדש, שלא היה קם אילולא הזכייה.⁹² קשיים נוספים בשימוש בסעד הפיצויים בתובענה בעילה של מכרז כוללים את נטל ההוכחה הכבד המוטל על התובע להוכיח את הנזק ולכמתו.⁹³ קיים קושי בתיחום הנזק והערכת שיעור הפיצוי, תוך איזון בין פיצוי בהערכה אובייקטיבית לפי שיקול דעת שיפוטי של 'השבת המצב לקדמותו' לבין פיצוי בהערכה סובייקטיבית.⁹⁴

מציע המבקש לתבוע פיצויי קיום צריך להתמודד גם עם עילות מינהליות, כגון עילת השיהוי,⁹⁵ שעשויה במקרים מסוימים להביא לדחיית תובענה מינהלית למרות קיומו של עוול

⁹² לעקרון התחרות ההוגנת בהליכי המכרז ראו בג"ץ 161/80, **מלון סן טרופז בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד לד (4) 709, 712 (1980); בג"ץ 203/75 **בן יקר נ' המועצה האזורית באר טוביה**, פ"ד כט (2) 707, 711-712 (1975); לדיון בטענה כי יש לפצות מציע במכרז בגין הקמת מתחרה שזכה במכרז שלא כדין ראו עניין מפעלי תאורה, לעיל ה"ש 60. באותו עניין דחה בית המשפט טענה, לפיה יש לפצות בגין רכיב זה וקבע כך: "ראש נזק יוצא דופן נתבע בסיום סעיף 24 לכתב התביעה. התובעת טוענת לעילה של 'הקמת מתחרה', כאשר בסעיף 44(ג) לכתב התביעה נאמר: 'העובדה שבמעשיה הבלתי תקינים יצרה הנתבעת מתחרה חדש שאינו מיומן ואינו מקצועי ובוודאי שמחירו בשוק נמוכים מאילו של התובע'. טענה זו אינה נכונה עובדתית, שכן, כמוזכר לעיל, דווקא התובעת היא זו שזכתה בכל המכרזים לאספקת תאי דואר החל משנת 1998, ואילו זיילבר לא זכתה באותם מכרזים. ... מעבר לכך, אני סבור כי תביעה לפיצוי בראש נזק זה מנוגדת לתקנת הציבור ולחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אשר מטרתו היא עידוד התחרות, וזאת הן לטובת הצרכן, והן למען יעילות כלכלית, שהיא, בסופו של חשבון, לטובת כלל הציבור. ... אמנם הנתבעת בהחלטתה לפצל את המכרז טעתה באי הפעלת ערך השוויון של דיני המכרזים, כאמור לעיל, אך ברור שלא התכוונה לגרום נזק לתובעת בהקמת מתחרה, ונזק זה אינו צפוי ואינו פועל יוצא מהחלטתה השגויה של הנתבעת. לפיכך, גם אם הייתי מכיר בראש נזק זה (וכאמור, סבור אני כי לא ניתן להכיר בו בהיותו סותר את תקנת הציבור), אין קשר סיבתי משפטי מחייב בין החלטת רשות הדואר לבין מעמדה של זיילבר בשוק, אשר אינו מושפע מהזכייה החלקית במכרז לאספקת תאי דואר. לפיכך, ראש נזק זה אינו ראוי לפיצוי".

⁹³ ראו בעניין ע"א 355/80 **אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ**, פ"ד לה (2) 800, 808 (1981): "הוכחת הנזק היא תנאי הכרחי אך לא מספיק לקביעת הפיצוי. כשם שעל הנפגע להוכיח את הנזק שנגרם לו, כן מוטלת עליו החובה להוכיח את הנתונים העובדתיים, מהם ניתן להסיק את הפיצוי, דהיינו, את הערך הכספי של החזרת המצב לקדמותו. נפגע אינו יוצא ידי חובתו בהוכחת הנזק, אלא עליו להניח אף תשתית עובדתית לקביעת שיעור הפיצוי. אין להשאיר עניין אחרון זה לאומדנו של השופט".

⁹⁴ שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 403.

⁹⁵ עניין טי. וי. שלוש, לעיל ה"ש 9; בעניין ת"מ (מחוזי נצ') 102/09 **ויקטור גרייב בע"מ נ' מועצה אזורית גלבע** (נבו 31.1.2012), התקבלה טענת שיהוי במצב שבו התובענה המינהלית לפיצויים בעילה של מכרז הוגשה בחלוף כשנתיים ושמונה חודשים מאז שנודע לתובעת שזכתה במכרז כי המכרז לא יצא אל הפועל.

שנגרם למציע. זאת בשונה מתביעה אזרחית, שאינה נדחית על הסף מחמת שיהוי, כל עוד הוגשה בתוך תקופת ההתיישנות.⁹⁶

(6) הקשיים והחסרונות בסעד הפיצויים מנקודת מבט של עורך המכרז

החיסרון העיקרי של סעד הפיצויים עבור עורך המכרז הוא בכך שבפועל מוטל על הקופה הציבורית לשלם פעמיים: פעם אחת עבור ההצעה הזוכה בפועל ופעם נוספת עבור רכיב הרווח של המציע שהיה אמור לזכות במכרז במסגרת פיצויי קיום.⁹⁷ מצב זה עלול לגרום לפגיעה בלתי מוצדקת בקופה הציבורית, ולכן יש להימנע ממנו במידת האפשר במקרים המתאימים.⁹⁸ בהקשר זה, יש לבחון גם את הדילמה שבין העלות היחסית של שתי רעות, כפי שמתארת פרופ' ברק ארז: מצד אחד, העלות של עיכוב ההתקשרות בעקבות צו ביניים, ומצד שני, העלות של תשלום פיצויי קיום למי שהיה אמור לזכות במכרז אם לא ניתן צו ביניים ובדיעבד התברר שהוא צודק.⁹⁹ השאלה המרכזית היא מה צריך להיות הרף השיפוטי להיענות לבקשה להתערב בהליכי המכרז לפני השלמת ההתדיינות. ככל שבית המשפט יקשה על מתן צווי ביניים, כך יוגשו יותר תביעות פיצויים ולהיפך.¹⁰⁰ המדיניות הנוכחית שמאפשרת פסיקת פיצויי קיום מבוססת על ההנחה שגם אם לא יינתן צו זמני, העותר יוכל לקבל פיצוי מלא על נזקו בהתדיינות שלאחר מעשה. הפחתת פסיקת פיצויי קיום עשויה להקל על עותרים בבקשת צווי ביניים, ובכך לעכב פרויקטים ציבוריים, דבר שעלול לגרום נזק לציבור.¹⁰¹ יש כאן מאבק בין גישה שמקלה על מתן צווי ביניים, המאפשרת במידת הצורך ביטול החלטות של ועדת מכרזים והענקת הזכייה למציע שנפגע, לבין גישה שמקשה

⁹⁶ ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003).

⁹⁷ עניין קטימורה, לעיל ה"ש 54, בחוות דעתה של הנשיאה בייניש בפסק הדין ופסקה 6 לחוות דעתו של כב' השופט גרוניס באותו עניין; עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 7 בפסקה 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין אביגל, לעיל ה"ש 52; דפנה ברק ארז **משפט מינהלי כלכלי** 182 (2013) (להלן: ברק ארז).

⁹⁸ עניין טי. וי. שלוש, לעיל ה"ש 9; אין באמור בכדי לגרוע מכך שעקרון היעילות הכלכלית אינו מנותק מהעיקרון השוויון שעומד אף הוא בבסיס דיני המכרזים ולכך שבדרך כלל עקרון השוויון זוכה למעמד בכורה מבין שניהם, ובתי המשפט נוהגים להעדיפו גם במחיר של ויתור על התוצאה הכלכלית המיטבית באותם המקרים שבהם נוצרת התנגשות בין שתי תכליות אלה, ראו בג"ץ 47/68 א' שרמן ובנו 1954 בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד כב(1) 496, 499 (1968); עע"ם 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 905 (2003).

⁹⁹ ברק ארז סעדים כספיים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 976-981.

¹⁰⁰ שם בעמ' 976.

¹⁰¹ שם בעמ' 977.

על מתן צווי ביניים אך מאפשרת פיצויי קיום למציע שנפגע ובכך מגדילה את הצורך בתשלום כפול.

יש גישה הטוענת שפסיקת פיצויי קיום אינה נחשבת לכפל תשלום, מכיוון שהרשות למעשה משלמת רק פעם אחת עבור ההתקשרות עם הזוכה בפועל, ואם הרשות הפרה מהותית את דיני המכרזים וגרמה בכך נזק למציע, יש לפצותו בגובה הפסד הרווחים שנגרם לו.¹⁰² אני מסכים עם גישה זו מבחינת עיונית, אך מבחינה מעשית הרווח שמשולם למציעים בגין אותו פרויקט כפיצויי קיום משולם פעמיים מקופת הציבור.

חיסרון נוסף הוא שפסיקת פיצויי קיום על בסיס חישוב אובדן הרווח של המציע שקופח מבטלת למעשה את שיקול הדעת של עורך המכרז. למשל בחוזים הנחתמים בעקבות מכרזים, לעורך המכרז יש שיקול דעת להפסיק את ההתקשרות עקב עבודה לא תקינה או להחליט לא להאריך את תקופת ההתקשרות לתקופות אופציה מטעמים מקצועיים או תקציביים. פסיקת פיצויי קיום עלולה להגבילו בזכות זו.¹⁰³ פתרון אפשרי לחיסרון זה הוא הפחתת פיצויי הקיום תוך התחשבות בזכות עורך המכרז לא להאריך את תקופת ההתקשרות לתקופות אופציה, או פסיקת פיצויים חלקיים בהתאם להסתברות מימוש אופציית הארכה במכרז.¹⁰⁴

(7) היתרונות בסעד הפיצויים בעילה של מכרז

לצד החסרונות, בוודאי שלא ניתן להתעלם מהיתרונות הגלומים בסעד הפיצויים בעילה של מכרז. כך כאשר סעד האכיפה אינו אפקטיבי במצבים בהם העבודה שעמדה בבסיס המכרז כבר הושלמה ולא מדובר בעבודה או בשירות שאינם מתבצעים באופן מחזורי. במקרים מסוימים, עיכוב פרויקט בעקבות צו ביניים עלול לפגוע באינטרס הציבורי בצורה חריפה, ולכן הפיצוי מהווה פתרון מינימלי להטבת הנזק שנגרם למציע שנפגע. בנוסף, פיצוי שומר על אמון הציבור במכרזים

¹⁰² שבת, לעיל ה"ש 33, בעמ' 638.

¹⁰³ ראו עניין אביגל, לעיל ה"ש 52, שם נדחתה טענת עיריית הרצליה שהועלתה במסגרת תובענה מינהלית לפיצויים בעילה של מכרז, לפיה לא היתה ערובה לכך שהעירייה תבחר לממש את האופציה ולהאריך את תקופת ההסכם עם התובעת. בית המשפט קבע כי "תביעות לפיצוי נשענות גם על חזקות ועל סבירות, ומשזכתה פרח השקד במכרז, שלא כדין, ועבדה בשירות הנתבעת 3 שנים, יש מקום לפצות את התובעת בגין הפסדי רווח לתקופה של 3 שנים".

¹⁰⁴ בהשוואה לפסיקת פיצויים בשים לב לנוסחה הסתברותית ובמבחן האחריות היחסית לקביעת האחריות הנזיקית, ראו בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאון הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק", לעיל ה"ש 14; כן ראו הצעה לפסוק את סכום הפיצויים לפי שיעור סיכויי הזכייה של המתמודד כתוצאה מאותה הפרה, ראו שבת, לעיל ה"ש 33 בעמ' 644.

בכך שהוא מהווה הכרה בפגמים שקרו ושומר על תקינות התהליך. החיוב בפיצוי עשוי לתמרץ את עורך המכרז לפעול מקצועית יותר, כיוון שההוצאות ייגרעו מתקציבו. בכך, סעד מסוג פיצויים ישמש כלי להשלטת נורמות רצויות על הרשות הציבורית וסייע בשיפור רמת השירות לאזרח בהליכים המכרזים והגברת מקצועיותו במתן החלטות ראויות ותקינות לבחירת הזוכה הראוי לפי תנאי המכרז.¹⁰⁵ פיצוי כספי עשוי להיות הפתרון היחיד כאשר המציע שנפגע כבר אינו מעוניין בהתקשרות או אינו יכול לספק את השירות בשל שינויים ביכולותיו או במשאביו. בנוסף, סעד הפיצויים מסייע לסגירת הפרק הנפשי של המציע הנפגע מול עורך המכרז.¹⁰⁶

ג. מבט השוואתי

בניגוד לדין הישראלי, שבו למציע שנפגע מהחלטת ועדת המכרזים יש אפשרות לתבוע פיצויים לאחר מיצוי הליכים לסעד של אכיפה במסגרת עתירה מינהלית, לפי הדין הפדרלי בארצות הברית מציעים במכרזים ציבוריים שמעלים טענת קיפוח בעקבות החלטת ועדת מכרזים אינם זכאים לפיצויי קיום אלא לפיצויי הסתמכות בלבד. פיצוי זה נועד להחזיר למציע שנפגע את ההוצאות שהשקיע בהכנת ההצעה ובהליכי ההשגה על החלטה.¹⁰⁷ הפיצויים מוגבלים להוצאות ישירות כגון שכר טרחת עורכי דין בשיעור סביר ועלויות יועצים או מומחים שנדרשו לצורך הכנת ההצעה למכרז והליכי ההשגה.¹⁰⁸ לדוגמה עניין Date Integrators,¹⁰⁹ שבו התקבלה הצעה לאחר המועד האחרון להגשת ההצעות. נקבע כי בנסיבות בהן לא נותר לביצוע חלק מהותי מההזמנה, הנפגע יהיה זכאי להוצאות הישירות שנגרמו לו במהלך הכנת ההצעה והגשת ההשגה שהתקבלה, כולל שכר טרחת עורכי דין בשיעור סביר.

שני הפורומים העיקריים שמטפלים בהליכי רכש פדרליים הם, המשרד לאחריות הממשל הפדרלי, שבראש עומד החשב הכללי, Government Accountability Office (GAO);¹¹⁰ ובתי

¹⁰⁵ ראו עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 7; שבת, לעיל ה"ש 33, בעמ' 576; ברק ארז, לעיל ה"ש 97, בעמ' 393.

¹⁰⁶ שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 293.

¹⁰⁷ DANIEL I. GORDON & MICHAEL R. GOLDEN, MONEY DAMAGES IN THE CONTEXT OF BID PROTESTS, IN THE UNITED STATES, PUBLIC PROCUREMENT LAW: DAMAGES AS AN EFFECTIVE REMEDY 212-199 (2012); שבת, לעיל ה"ש 33 בעמ' 621.

¹⁰⁸ 31 U.S. CODE § 3554(c)(1)(B).

¹⁰⁹ Data Integrators, Inc., Comp. Gen. Dec. B-310928, (2008).

¹¹⁰ סעיף 31 U.S. Code § 3552 וסעיף 33.104 לתקנות ה-FAR; ה-GAO, סוכנות בתוך הקונגרס של ארצות הברית, מכונה לעיתים בכינוי 'כלב השמירה של הקונגרס', congressional watchdog, משמשת כזרוע הביקורת והמשפטית של הרשות המחוקקת. הסוכנות עורכת ביקורת פיננסית ומשפטית של פעילויות הממשל הפדרלי בארצות הברית.

המשפט לתובענות פדרליות (COFC).¹¹¹ Court of Federal Claims (COFC), תהליך קביעת הפיצויים מורכב ממספר שלבים. אם לאחר החלטת ה-GAO יש לפצות את המציע שנפגע, הצדדים ינסו להגיע להסכמה על גובה הפיצוי ובהעדר הסכמה, ניתן לפנות ל-GAO לקבלת המלצה על שיעור הפיצוי.¹¹²

לעומת זאת, במשפט האיחוד האירופי, המנגנון לפיצוי מציעים שנפגעו במכרז ציבורי דומה במובנים מסוימים לזה הנהוג במשפט הישראלי, אך יש בו חולשות שהופכות את סעד הפיצויים לפחות יעיל.¹¹³ על מנת להתמודד עם החולשות שבו כפי שאפרט להלן, ובמטרה לאזן בין הרעות שקיימות גם במשפט הישראלי כפי שתיארתי לעיל, המחיר של עיכוב ההתקשרות מצד אחד באופן שיאפשר סעד של אכיפה למציע שנפגע מהחלטת ועדת מכרזים שלא בצדק והמחיר של תשלום פיצויים, נקבע במשפט האיחוד האירופי מנגנון לפיו זכייה במכרז מעוכבת באופן אוטומטי לתקופת מינימום על מנת לאפשר למציעים שנפגעו לתבוע סעד אכיפה באופן אפקטיבי יותר.

באופן כללי, הרכישות הציבוריות במדינות האיחוד האירופי כפופות לדירקטיבות המכרזים הציבוריים של האיחוד, והמרכזיות שבהן הן:¹¹⁴ (1) דירקטיבת הרכש הציבורי של המגזר הקלאסי (Directive 2014/24/EU) אשר קובעת כיצד גופים ציבוריים צריכים להתמודד עם חוזים לביצוע עבודות ולרכישת סחורות ושירותים; (2) דירקטיבת המכרזים של מגזר השירותים הציבוריים (Directive 2014/25/EU) העוסקת ברכש במגזרי המים, האנרגיה, התחבורה ושירותי

המשימה העיקרית של ה-GAO, שהוקמה ב-1921, היא לערוך ביקורת על הוצאות הממשלה, לפקח על השימוש בתקציב הפדרלי ולספק מידע לקונגרס ולציבור בנוגע לפעולות הממשלה. ה-GAO עורך ביקורות במגוון רחב של נושאים, כולל פעולות ממשלתיות, שימוש בתקציב הפדרלי, הפצת תוכניות ומדיניות ממשלתיות, תוכניות רווחה וביטחון, התאוששות כלכלית ומימון ממשלתי. בנוסף, ה-GAO ממלא תפקיד משמעותי בחקירות הקונגרס ומספק מידע חיוני לסוכנויות ממשלתיות. היא פועלת כסוכנות עצמאית, לא מפלגתית, המבטיחה שקיפות, אחריות וניהול יעיל של משאבי הממשל ומספק תובנות והמלצות חשובות לקונגרס ולציבור כדי לשפר את הניהול הפיננסי והמשפטי של הממשל הפדרלי בארצות הברית, ראו Russel N. Fairbanks, *Personal Service Contracts*, 6 MIL. L. REV. 1, (1959) 2. לעיון בכללי הפרוצדורה בהליכי השגה ב-GAO Bid Protest Regulations, ראו <https://www.gao.gov/legal/bid-protests/reference-materials>.

¹¹¹ Tucker Act, 28 U.S.C. § 1491; לעיון בכללי הפרוצדורה בבית המשפט הפדרלי בארצות הברית (Rules of the United States Court of Federal Claims) ראו <https://www.uscfc.uscourts.gov/rcfc>.

¹¹² 31 U.S. Code § 3554(c)(4); שבת לעיל ה"ש 33, בעמ' 622.

¹¹³ Reich, Arie and Shabat, Oren, *The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform*, PUB. PRO. L. REV. 2, 50 (2014).

¹¹⁴ SWEET & MAXWELL THE LAW OF PUBLIC AND UTILITIES PROCUREMENT: REGULATION IN THE EU AND UK 200 (2014).

הדואר; (3) דירקטיבת מכרזי הזיכיונות הציבוריים (Directive 2014/23/EU) העוסקת בהענקת חוזי זיכיון.

דירקטיבת הרכש הציבורי 2014/24/EU הינה הנחיה מפורטת שנותנת מענה לרוב ההיבטים הנוגעים לעריכת מכרזים ציבוריים.¹¹⁵ הוראותיה מבוססות על עקרונות של שוויון, איסור הפליה, מידתיות, שקיפות ובחירה בהצעה על בסיס מבחני איכות ומחיר.¹¹⁶

עיקרי דיני הרכש של האיחוד האירופי מכוונים להבטיח סחר חופשי של טובין ושירותים, לפתוח את התחרות בין כל המדינות החברות באופן לא מפלה, להבטיח שקיפות בהליכי המכרזים, ולבחור זוכים על פי קריטריונים אובייקטיביים,¹¹⁷ תוך שמירה על עקרון השוויון.¹¹⁸

בתחום התרופות, האיחוד האירופי אימץ שתי דירקטיבות עיקריות: דירקטיבה 89/665/EEC עבור המגזר הציבורי, ודירקטיבה 92/13/EEC עבור מגזר השירותים.¹¹⁹ דירקטיבות אלו תוקנו על ידי דירקטיבה 2007/66/EC בעקבות ביקורת על כך שהן לא מספקות הגנה מספקת למשתתפי מכרזים, בעיקר לגבי צווי מניעה וסעדים שניתן להעניק לאחר שנכרת חוזה עם הזוכה. בעיה זו נובעת מכך שפיצויים לרוב אינם מעמידים את הנפגע במקום שהיה נמצא בו אם היה זוכה במכרז.¹²⁰

¹¹⁵ Arrowsmith, Sue, *The Evolution of Procurement Law in the United Kingdom: a Common Law Perspective on Regulating Contract Award Procedures* (2023); .SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4756144>

¹¹⁶ סעיפים 67-69 לדירקטיבה; Sander Renes, *Balancing the Bids, Solutions for Unit Price Auctions*, TINBERGEN INSTITUTE DISCUSSION PAPER (2011).

¹¹⁷ Sander Renes, *Balancing the Bids, Solutions for Unit Price Auctions*, TINBERGEN INSTITUTE DISCUSSION PAPER (2011).

¹¹⁸ C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, ECR I-4401, (2008) paragraphs 31 and 32.

¹¹⁹ FRANÇOIS LICHÈRE, DUNCAN FAIRGRIEVE, *PUBLIC PROCUREMENT LAW: DAMAGES AS AN EFFECTIVE REMEDY* (2011).

¹²⁰ ARIE REICH, *INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT LAW: לעיון בהבדלים בין דירקטיבות הסעדים ראו* .THE EVOLUTION OF INTERNATIONAL REGIMES ON PUBLIC PURCHASING 338 (1999).

בניסיון למנוע התדיינות לביטול זכייה במכרז, עורכי מכרזים נטו להאיץ את תהליך ההתקשרות עם הזוכה, וליצור מצב שבו קשה לבטל את החוזה לאחר חתימתו, דבר שמנע בחינה יסודית של החלטות שהתקבלו בהליכי מכרזים במקרה הצורך.¹²¹

למציע שנפגע בהליך מכרזי עמדה האפשרות לתבוע פיצויים, בתנאי שהצליח להוכיח כי חלה הפרה חמורה של הוראה מחוקי האיחוד האירופי אשר נועדה להעניק לו זכויות, וכי קיים קשר סיבתי ישיר בין ההפרה לבין הנזק שנגרם לו.¹²² בנוסף, נציבות האיחוד האירופי זיהתה בעיות נוספות הנוגעות לחוסר האפקטיביות של סעד הפיצויים, לשיעורי הצלחה נמוכים בתביעת פיצויים, לפסיקת פיצויים בסכומים נמוכים ביחס לעלויות ניהול התובענות ולכך שההליכים הדיוניים מתמשכים זמן רב.¹²³

מרבית המדינות באיחוד האירופי הגבילו את סמכויות גופי הביקורת לפסוק פיצויים לאחר כריתת חוזה.¹²⁴ בנוגע לראשי הנזק, דירקטיבה 89/665/EEC לא סיפקה התייחסות מפורטת לראשי הנזק או לתנאים לפסיקתם. לאחר שנכרת חוזה וככל שלא ניתן להעביר את הזכייה לנפגע לאחר תחילת ביצוע העבודה לפי הזכייה במכרז, ראשי הנזק האפשריים כוללים הוצאות ישירות בפועל של המשתתף במכרז, אובדן הרווחים, הזדמנויות אבודות ופיצוי עונשי.¹²⁵ סעיף 2(7) בדירקטיבה 92/13/EEC מספק הנחיות מפורטות יותר, המתייחסות לעלויות ההשתתפות במכרז, להוצאות הישירות כתוצאה מפגיעה בסיכוי המציע לזכות במכרז ולדרישה להוכחת קשר סיבתי בין ההפרה לנזק.¹²⁶

בשל חולשת סעד הפיצויים והקושי שהמציעים במכרזים נתקלו בו בניסיון לערער על החלטות בזמן אמת בתום ההליכים,¹²⁷ הנציבות החליטה לחזק את מעמד הנפגע באמצעות הוספת הוראת

¹²¹ Collin D. Swan, *Lessons from across the Pond: Comparable Approaches to Balancing Contractual Efficiency and Accountability in the U.S. Bid Protest and European Procurement Review Systems*, 43 PUB. CONT. L.J. 29 (2013).

¹²² C-445/06 Danske Slagterier, ECR I-119 (2009), paragraph 20, and C-568/08 Combinatie Spijker v. Infrabouw-De Jonge Konstruktie and others, ECR I-12655 (2010), paragraph 87.

¹²³ שבת, לעיל ה"ש 33 בעמ' 630 ודו"ח נציבות האיחוד האירופי משנת 2006 שמאוזכר.

¹²⁴ C. BOVIS, EU PUBLIC PROCUREMENT LAW, 413 (2007).

¹²⁵ שם בעמ' 281.

¹²⁶ שם.

¹²⁷ Roberto Caranta, *Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement Legislation*, 8 REV. OF EUR. ADM. L. 75-98 (2015).

הקפאה זמנית (Standstill Period).¹²⁸ הוראה זו קובעת תקופת מינימום של 10 או 15 ימים קלנדריים, בהתאם לאופן ולדרך שבו נמסרה ההודעה על הזוכה במכרז, שעל המדינות החברות להחיל בחקיקה המקומית ובמהלך תקופה זו נמנעת חתימת החוזה עם הזוכה.¹²⁹ תקופת ההקפאה נועדה לתת למציעים שהות לבחון את ההחלטה, לבדוק את המסמכים הרלוונטיים ומצות את סעד האכיפה בצורה טובה יותר. נקבעו חריגים לכלל זה וסנקציות על אי קיום ההוראה, כאשר חוזים שנכרתו בניגוד להקפאה יוגדרו 'כבלתי יעילים' אם הפרת ההוראה השפיעה על הסיכוי של המציע לזכות, והם יבוטלו.¹³⁰ דירקטיבה 2007/66/EC מאפשרת ביטול חוזים שנחתמו שלא כדין בשל סיווגם כבלתי יעילים,¹³¹ אך המדינות החברות הן שקובעות מהן ההשלכות המעשיות לכך.¹³² הכלל הוא שכאשר החוזה נכרת, הסעד הזמין הוא פיצויים, והדירקטיבה אינה קובעת דרישות בנוגע לרמת ההוכחה או לשיטת חישוב הפיצויים.¹³³ דרישות אלו צריכות להיקבע בחקיקה המקומית, בהתאם להיקף הנזק, וניתן לפסוק פיצויים עונשיים או פיצויים על בסיס עקרון סבירות הנזק.¹³⁴

לפי שיטות המשפט שנסקרו ניכרת החשיבות שניתנת בדינים אלה לסעד האכיפה כשלב מקדים לסעד הפיצויים ובהתאמה, לתועלות שיש בסעד זה למציע שנפגע ולעורך. העדיפות שיש להעניק לסעד האכיפה על פני סעד הפיצויים, מצדיק בחינת ההסדר המוצע במאמר זה שבעיקרו סעד האכיפה, כחלופה לפסיקת פיצויים למציע שנפגע.

Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007¹²⁸ amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2007/66/oj>).

¹²⁹ ליישום ההוראה בדנמרק ראו: Dittmer MA, Christiansen C, Federspiel G. Denmark: *Implementation of the remedies directive in Denmark, European Procurement & Public Private Partnership*, L. Rev. 7(2): 138-141 (2012).

¹³⁰ ש.ם.

¹³¹ C-17/09, Commission v. Germany, ECR I-4 (2010).

¹³² ש.ם.

¹³³ BOVIS, לעיל ה"ש 124 בעמ' 281.

¹³⁴ בעניין C-275/03, Commission v. Portugal, C-70/06, Commission v. Portugal, ECR I-1 (2008) בוטלה הוראה בחוק הפורטוגלי שהתנתה פסיקת פיצויים בהליך רכש של האיחוד האירופי, בהוכחת אשמה או מרמה מצד עורך המכרז כתנאי לפסיקת הוצאות. נקבע כי תנאי זה מנוגד לעיקרון היעילות שבבסיס דירקטיבת הפיצויים.

ד. ההסדר המוצע - אכיפה משנית**(1) כללי**

הבסיס לפסיקת פיצויים בעילה של מכרז נשען על נסיבות המקרה, שבהן לרוב התובענה המינהלית נדונה בשלב שבו לא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו, להעביר את הזכייה במכרז למציע שנפגע ולאפשר לו לבצע את נושא המכרז במקומו של הזוכה המקורי. אולם רבים מהמכרזים מתקיימים במחזוריות, מעת לעת, כאשר בסיום תקופת התקשרות אחת מתפרסם מכרז חדש לתקופה הבאה באותו עניין. משך ההתקשרות עם המציע הזוכה בכל מכרז אינו קבוע בחוק ונתון לשיקול דעתו של עורך המכרז בהתאם לאופי וסוג השירות או המוצר הנדרש. לדעתי אין הצדקה להנחה שמדובר במעשה עשוי ולכן הפיצוי הכספי אינו צריך להיות הסעד היחיד למציע שנפגע.

(2) ההסדר המוצע

בהתאם להסדר המוצע, אציע להוסיף ולפתח כלי נוסף להטבת נזקי המציע הנפגע, לצד סעד הפיצויים הניתן כיום במסגרת תובענה מינהלית לפיצויי קיום בעילה של מכרז. סעד של "אכיפה משנית" במסגרתו תערך התקשרות עם המציע הנפגע על בסיס הצעתו המקורית במכרז הבא שיערך, כהתקשרות בפטור ממכרז חלף פסיקת פיצוי כספי. במקרים מסוימים ניתן יהיה לשלב את סעד האכיפה המשנית עם פיצוי כספי.

במסגרת תקנות חובת המכרזים תוענק לוועדת המכרזים סמכות להתקשר בפטור ממכרז עם מציע שנפגע, כחלופה לתשלום פיצויי קיום. למציע זה תעמוד אפשרות לתבוע הסעד הזה במסגרת תובענה מינהלית בעילה של מכרז, כחלופה לפיצויי קיום. יש לשקול אם יש לחייב בסעד זה כסעד ראשון להטבת הנזקים, בטרם יידון פיצויי הקיום. במקביל, עורך המכרז יוכל לטעון לסעד זה כטענת הגנה במקרים בהם המציע תובע פיצוי כספי בלבד. הדיון בסעד האכיפה המשנית יערך תוך התחשבות בהתאמתו לנושא המכרז, לצרכי הרשות הציבורית, ולשיקולים נוספים כמו יעילות, שינויים בענף המכרז מאז הגשת ההצעה ועד לביורר הסעד, וכן ביכולת המציע לבצע את העבודה במרוצת הזמן.¹³⁵

¹³⁵ בנסיבות חריגות בהן יוכח כי אין צורך בהמשך השירותים או כי הרשות החליטה על ביצוע השירותים באופן עצמי כך שלא יתפרסם מכרז עוקב לקבלת השירותים בתקופת המשך, יפנה בית המשפט לדון בסעד של פיצויים כספיים. לדוגמה, בעניין עניין רוטנה מידל איסט, לעיל ה"ש 16, הוגשה תביעה לפיצויים על ידי התובעת שהייתה אמורה לזכות

מעשית, בדיון בתובענה המינהלית, ובכפוף להוכחת עילת התביעה שמקנה לתובע זכות לפיצויי קיום, תיבחן האפשרות להתקשרות עם התובע לביצוע העבודה לפי הצעתו המקורית, כחלופה לפיצוי הכספי או לפחות כחלופה חלקית לו בתקופת התקשרות עוקבת. מבחינת מעמדו של המציע הזוכה שמבצע בפועל את נושא המכרז, לרוב אינו צד ישיר לדיון בתובענה המינהלית אלא להתדיינות בעתירה המינהלית, שבה נתקפת החלטת ועדת המכרזים שהעניקה לו את הזכייה. אך בשלב הדיון בסעד, לאחר שהוכרע במסגרת העתירה כי זכייתו אינה כדין, הוא אינו צד נדרש להליך, בין אם מדובר בפיצויים או בסעד אכיפה משנית לפי ההסדר. בחריגים בהם לא נדונה עתירה מינהלית שבה השתתף הזוכה לפני שנדונה תובענה מינהלית, בהתאם להלכת קסם מילניום,¹³⁶ יש להעניק לו זכות טיעון בשלב התובענה המינהלית ולצרפו כצד.

כדוגמה להמחשה, אציג מכרז לשירותי ניקיון במשרדי רשות ציבורית. שטח המשרדים ומפרט הניקיון נתון על פי רוב והמכרז נערך בין מציעים שעוסקים בתחום, בעלי ההיתרים המתאימים והמכרז מבוסס על תחרות מחירים. ועדת המכרזים פסלה את ההצעה המיטבית, למרות עמידתה באמות המידה שפורסמו. המציע שהצעתו נפסלה ביקש סעד זמני אך בית המשפט דחה את בקשתו, משום שלא הוכיח עילה מספיק חזקה לקבלת סעד זמני בהתחשב באופי המכרז.¹³⁷ לאחר שהעתירה נדונה לגופה, הוכיח העותר כי הצעתו הייתה צריכה לזכות, אולם מאחר שחלף זמן והתקופה שנקבעה במכרז הסתיימה נקבע כי מדובר במעשה עשוי והעתירה נדחתה. במצב זה, העותר יוכל להגיש תובענה מנהלית לפיצויי קיום על אובדן רווחים. במקביל, בסמוך לתום תקופת ההתקשרות עם הזוכה במכרז מפורסם מכרז חדש לאספקת שירותי הניקיון לתקופה עוקבת. בהתאם להסדר המוצע, ניתן לקבוע שעל אף שתקופת המכרז המקורית הסתיימה, מבחינה מהותית לא מדובר במעשה עשוי וניתן להתקשר עם העותר לביצוע העבודה לתקופה עוקבת על בסיס הצעתו המקורית.¹³⁸ לתוצאה דומה היינו מגיעים אם תקופת המכרז

במכרז למתן שירותי ניקיון במוסדות ציבור. המכרז בוטל על אף שהצעת התובעת הייתה הזולה ביותר, וזאת לנוכח יחסיה העכורים עם המועצה והחלטת המועצה בעקבות כך לבצע את השירותים באופן עצמי.

¹³⁶ עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 7.

¹³⁷ עע"ם 8832/11 י.ר.א.ב. שירותי נוי 1885 בע"מ נ' עיריית חיפה (נבו 23.1.2012).

¹³⁸ במידת הצורך ניתן לבצע התאמות לפי עליית המדד או שינוי שכר מינימום וכיוצ"ב; בעניין בית אריזה רחובות, לעיל ה"ש 28, בית המשפט העליון נאלץ להסתפק במתן צו המכרז כי ההחלטה שקיבלה ועדת המכרזים להכריז על הצעת יכין כהצעה הזוכה במכרז, בטלה בהיותה מבוססת על העדפה בלתי-חוקית ואף הוסיף קריאה למחוקק לשקול את תיקון החוק באופן שיאפשר לתת תרופה שלמה במקרים שלאחר מעשה. למקרא פסק דינו של בית המשפט העליון ניתן ללמוד כי בצער רב, לא יכל בית המשפט העליון להיעתר לבקשת העותרות למתן סעד של אכיפה וזאת על אף שהוצא על ידו צו מוחלט ונקבע כי נפל פגם בהחלטת ועדת המכרזים. הסיבה לכך הייתה נעוצה בכך שעד שניתנה

הראשונה הייתה שנתיים עם אופציית הארכה לשנתיים נוספות. משפסק בית המשפט כי נפלה שגגה בהחלטת ועדת המכרזים והעותר היה צריך לזכות במכרז, הייתה מתבטלת ההתקשרות עם הזוכה המקורי ובתום השנתיים הראשונות הייתה מתחילה התקשרות עם העותר לשנתיים הבאות. כמובן שהייתה מתעוררת שאלה האם תקפה הוראת האופציה להאריך את ההתקשרות עם העותר לשנתיים נוספות. נראה כי פרשנות מקיימת הינה פרשנות סבירה בנסיבות העניין, כך שעומדת זכות להאריך את תקופת ההתקשרות לשנתיים נוספות עם העותר, כך שבפועל ההתקשרות מכוח המכרז הייתה נמשכת שש שנים לפי הדוגמה המובאת לעיל. בהתאמה תופעל ההצמדה על התעריפים שהוצעו על ידי העותר לפי תנאי המכרז המקוריים.¹³⁹

ליישום ההסדר המוצע, אבקש להציג ארבעה מקרים מהפסיקה שדנו בסעד להטבת נזקיו של מציע שנפגע מהחלטת ועדת מכרזים ולבחון תוצאה חלופית על בסיס ההסדר המוצע.

בעניין **חניוני הצלחה**,¹⁴⁰ התובעת זכתה במכרז להשכרת חניות שערך משרד הביטחון, אך בחלוף מספר שבועות הוחלט לבטל את המכרז בטענה כי נפלה טעות בהליכי המכרז. במכרז חדש התובעת לא השתתפה וגם הוא בוטל. משרד הביטחון התקשר לבסוף עם חברה אחרת ללא מכרז.¹⁴¹ התובעת תבעה פיצויים עבור אובדן הכנסות ל-60 מקומות חניה למשך 24 חודשים ולפיצוי כללי. משרד הביטחון טען כי התובעת מבקשת לקבל תמורה על שירות שלא סיפקה מעולם וכי בתקופה הרלוונטית סופק השירות על ידי אחרים, ולכן קבלת התביעה משמעה תשלום כפול על ידי הקופה הציבורית. בית המשפט חייב את משרד הביטחון לשלם לתובעת פיצויי קיום בסך של 180,000 ₪. לפי ההסדר המוצע ניתן היה לפסוק אכיפה משנית ולשכור מהתובעת את החניות לתקופה העוקבת חלף פיצויי קיום. כך, משרד הביטחון היה יכול ליהנות מקבלת שירותי החניה, קופת הציבור לא הייתה מחויבת בכפל תשלום והתובעת הייתה נהנית מרווחים שנגרעו ממנה מחמת ביטול זכייתה.

ההחלטה, כבר חתם עורך המכרז על חוזה במסגרתו נמסרה העבודה ליכין, בוצעו על ידה כל ההכנות הדרושות וזו החלה בביצוע קטיף פרי ההדר. אולם בבחינת נושא המכרז, אריזה ושיווק פרי ההדר, ניתן היה לשקול התקשרות בפטור ממכרז עם העותרות בעונה הבאה של קטיף פרי ההדר בפרדסי התחנה לחקר החקלאות שכן מדובר בשירות של עיבוד הפרדסים וקטיף הפרי, שניתן באופן רציף ועקבי במהלך חמש שנים על ידי חברת יכין-חק"ל בע"מ ואריזת הפרי ושיווקו על ידי יכין אגודה שיתופית חקלאית בע"מ בהתאם לחוזה. זאת כמובן על בסיס ההצעה המקורית של העותרות ותוך ביצוע התאמות ככל שנדרש, למקרה בו שטח הקטיף קטן או גדל.

¹³⁹ לעיון בכללי הצמדה במכרזים אשר כפופים להוראות החשב הכללי, בהוראת תכ"ם 7.3.2 'כללי הצמדה'.

¹⁴⁰ ר' עניין חניוני הצלחה, לעיל ה"ש 18.

¹⁴¹ בפסק הדין לא הובהר לפי איזו עילת פטור בוצעה ההתקשרות ומדוע לא הוצעה לתובעת ההתקשרות.

בעניין **אדוס**,¹⁴² נדון מכרז להלנת חיילים באכסניות. בתובענה מינהלית נפסקו לטובת התובעת פיצויי קיום עבור חלק מהתקופה שנתבעה שכן התובעת לא עמדה על מימוש סעד האכיפה למלוא התקופה שנתבעה במסגרת הדיון בעתירה המינהלית שקדמה לתובענה המינהלית. לפי ההסדר המוצע, ניתן היה להתקשר עם התובעת בפטור ממכרז לקבלת שירותי הלנת חיילים באכסניות מכיוון שמדובר בשירותים מתמשכים, כך שמשרד הביטחון היה מקבל את שירותי ההלנה במתקניה חלף תשלום פיצוי כספי.

בעניין **אביגל**,¹⁴³ נדונה תובענה מנהלית לסעד של פיצויי קיום בעקבות החלטת ועדת מכרזים לבחור בהצעה של אחת מהמזיעות במכרז פומבי למתן שירותי כוח אדם לעיריית הרצליה. בית המשפט קבע כי הזוכה במכרז לא עמדה בתנאי סף והחלטת ועדת המכרזים להכריז עליה כזוכה במכרז, לקתה בפגם מהותי. בית המשפט פסק לתובעת פיצויי קיום בסך של מיליון ₪ בהתאם לתחשיב הפסד הרווח על בסיס התקופה עובר למכרז בעבור תקופת ההתקשרות שהופיעה במכרז כולל אופציות הארכה. בית המשפט דן בטענת הנתבעת, עורכת המכרז, לפיה הקופה הציבורית היא שתישא בעלות כפולה והאינטרס הציבורי גובר על אינטרס התובעת, אשר לא ביצעה כל עבודה עבור הנתבעת, וקבע כי אומנם הקופה הציבורית היא שתישא בהוצאה הנוספת, אך יחד עם זה, אין בכך בשום פנים כדי לבסס נימוק לדחיית התביעה. לפי ההסדר המוצע, ניתן היה לשקול שסיום ההתקשרות הנוכחית יוביל להתקשרות עם התובעת למתן שירותי כוח אדם בתקופה העוקבת כתחליף לתשלום פיצויים.

פסק דין **בן שטרית**¹⁴⁴ היווה מקרה ראשון שבו בית המשפט המחוזי בירושלים יישם סעד של 'אכיפה בקירוב' בהקשר של מכרז, בדומה להסדר המוצע, אך פסיקה זו בוטלה על ידי בית המשפט העליון והתביעה נדחתה ללא הנמקה.¹⁴⁵ מדובר היה בתביעה אזרחית שהוגשה נגד מנהל מקרקעי ישראל (להלן: ממ"י) שפרסם מכרז לתכנון והקמת תחנת דלק על מקרקעין ששיווק ולא במסגרת תובענה מינהלית לפיצויים. התביעה הוגשה לבית המשפט המחוזי ולא לבית המשפט לעניינים מנהליים והטענה המרכזית הייתה רשלנות עורך המכרז בהליך המכרז. בשלב עריכת

¹⁴² ר' עניין אדוס, לעיל ה"ש 20; התובענה המינהלית הוגשה לאחר שהתקבלה עתירה מינהלית שהגישה התובעת ר' ע"מ (מחוזי ת"א) 2467/04 אדוס נ.ו. נ' מדינת ישראל משרד הבטחון (נבו 17.3.2005). בעתירה המינהלית נקבע כי הליך בחירתה של המשיבה כזוכה במכרז לא היה תקין ולכן בחירתה פסולה. עם זאת, נוכח העובדה שהעותרת הודיעה שאינה מעוניינת עוד לממש את זכייתה במכרז קבע בית המשפט כי הסעד הרלוונטי היחיד הוא ביטול המכרז.

¹⁴³ ר' עניין אביגל, לעיל ה"ש 52.

¹⁴⁴ ת"א (מחוזי י-ם) 7393/05 מיכאל בן שטרית נ' מינהל מקרקעי ישראל (נבו 15.5.2009) (להלן: עניין בן שטרית).

¹⁴⁵ ע"א 6342/09 מינהל מקרקעי ישראל נ' מיכאל בן שטרית, ניתן ביום 14.7.2010 (לא פורסם).

המכרז, לאחר שהתובע הגיש הצעה עבור אחד מהמגרשים ששווקו, הודיע ממ"י כי שיווקו של אותו מגרש מבוטל. התובע ביקש לקבל בחזרה את ההצעה שהוגשה על ידו, אשר כללה ערבות מכרז מקורית בגין אותו מגרש ששיווקו בוטל, במטרה להנפיק ערבות חדשה על מנת לצרפה להצעתו עבור מגרש אחר שנכלל במכרז. לטענת התובע, עובדי ממ"י סירבו לבקשתו אולם הנחו אותו לצרף ערבות משלימה בלבד ביחס להפרש בין סכום הערבות שהוגשה כבר לתיבת המכרזים במסגרת ההצעה בגין המגרש שבוטל, לסכום הערבות הנדרשת בגין המגרש האחר. למרות שוועדת המכרזים אישרה את זכייתו של התובע, בית המשפט המחוזי פסל את הזכייה מחמת פגם מהותי שנפל בה בשל העדר ערבות מספקת, שכן הערבות שהוגשה עבור אותו מגרש הייתה חלקית. במסגרת התביעה האזרחית, ביקש התובע שבית המשפט יורה לממ"י להקצות לו מגרש דומה ללא מכרז. בית המשפט קיבל את התביעה על בסיס תקנת פטור 3(28) לתקנות חובת המכרזים¹⁴⁶ והורה לממ"י להקצות לתובע ללא מכרז מגרש דומה תוך שנה, בכפוף לכך שייערך מכרז נוסף לשיווק מגרשים להקמת תחנת דלק. נקבע כי אם לא ייערך מכרז כזה בתוך שנה, התובע יוכל להגיש תביעה כספית, כאשר כבסיס לתביעה זו ישמשו הממצאים העובדתיים והמסקנות המשפטיות כפי שנקבעו בפסק הדין, שיהוו מעשה בית דין ופלוגתא פסוקה. השופט שדן בתביעה היה מודע לחידוש בפסיקתו, אך קבע שהיא צודקת והוגנת.¹⁴⁷ ערעור שהגיש ממ"י על פסק הדין לבית המשפט העליון התקבל בפסק דין ללא הנמקה. יתכן שאם הייתה קיימת תשתית נורמטיבית הולמת לפסיקת סעד אכיפה בהתאם להסדר המוצע, היה אפשר לפסוק לתובע סעד אכיפה בדומה לזה שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי.

(3) שיוך הסעד של אכיפה משנית להליך התובענה המינהלית

סוגייה שדורשת בחינה היא האם יש לתבוע את הסעד בהתאם להסדר המוצע במסגרת עתירה מינהלית לביטול החלטת ועדת מכרזים או במסגרת דיון בתובענה מינהלית לפיצויים. לכאורה, שתי המסגרות עשויות להתאים לדיון בהסדר זה מבחינה עקרונית. ניתן לטעון כי עתירה מינהלית

¹⁴⁶ וזו לשונה של תקנה 3(28) לתקנות חובת המכרזים: "3. התקשרות משרד בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, אם היא אחת מאלה: (28) התקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות המצדיקות עשייתה ללא מכרז, ובלבד שוועדת הפטור ולענין הענקת זכויות במקרקעין – ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל, באישור שר האוצר החליטה מטעמים מיוחדים שיירשמו, לפטור אותה מחובת מכרז".

¹⁴⁷ בעניין מפעלי תאורה, לעיל ה"ש 60, בית המשפט לא שלל את האפשרות להעניק סעד של אכיפה אשר יורה לרשות הדואר להזמין מהתובעת תאי דואר בכמות שהופיעה במכרז, על אף שכבר סופקה על ידי הזוכה במכרז.

היא המסגרת המתאימה לדון בסעד האכיפה המשנית, שכן היא מתייחסת להחלטת הרשות המינהלית במכרז, והתקשרות עם מציע בפטור ממכרז עשויה להוות חלופה לפיצויים כספיים. סעד זה כולל מתן צו לרשות המינהלית, תחום שכיח לדיון במסגרת עתירה מינהלית. שיוך הסעד להליך של עתירה מינהלית עשוי לייתר שינוי חקיקתי בנוגע לסמכויות בתי המשפט לעניינים מינהליים בהליך של תובענה מינהלית לפי התוספת השלישית לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, וניתן לטעון שסעד אכיפה מצוי ממילא בסמכותם של בתי המשפט לעניינים מינהליים לדון בעתירה מינהלית בענייני מכרזים לפי פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים. בנוסף, ניתוח המיקומים השונים של הסעד מלמד כי מיקומו של סעד האכיפה המשנית במסגרת תובענה מינהלית המאוחרת, לאחר הדיון בעתירה, עלול להקטין את הסיכוי המעשי לפסיקת אכיפה משנית.¹⁴⁸ על אף טיעונים חשובים אלה אני סבור כי ההסדר המוצע וסעד האכיפה המשנית מקומם בדיון בתובענה המינהלית ממספר סיבות. לא בכדי פותח בחקיקה הליך נפרד שעניינו סעד של פיצויים בעילה של מכרז וזאת במנותק ובנפרד מהליך העתירה המינהלית. במסגרת העתירה המינהלית נערך דיון בסבירות ובחוקיות ההחלטה של ועדת המכרזים כאשר הצדדים הם המציע שנפגע, עורך המכרז והמציעים הנוספים שעלולים להיפגע מההחלטה. בית המשפט מחליט בשאלה האם יש מקום להתערב בהחלטה, לבטלה, לשנותה או לאפשר לעורך המכרז לדון מחדש בהצעות. הדיון בעתירה זו מסתיים בהכרעה ביחס לאותה החלטה של ועדת המכרזים, כאשר סעיף 8 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים קובע כי בית משפט לעניינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים המחויבים לגבי עתירה מינהלית. שונה הדבר בנוגע לדיון שעל בית המשפט לעניינים מינהליים לערוך בסעד שמטרתו להטיב עם המציע שנפגע ובנזקיו. הדיון בתובענה מינהלית לפיצויים מתנהל לפי הדין האזרחי¹⁴⁹ וכך גם הדיון בסעד האכיפה המשנית לפי ההסדר המוצע. מדובר בהליך שדומה במהותו להליך אזרחי רגיל, העוסק בתרופות הנפגע. סעד הפיצויים וסעד האכיפה המשנית מתבקשים רק כאשר הדיון בעתירה המינהלית הסתיים בהחלטה המורה כי יש לבטל את החלטת ועדת המכרזים, אך ההתקשרות עם הזוכה בפועל מצויה בשלב שאינו מאפשר להחליף את הזוכה ולהתקשר עם המציע שנפגע. בשלב זה הצדדים יגישו כתבי טענות חדשים ודיון נפרד בסעד האכיפה המשנית לא יפגע ביעילות ההליך.

¹⁴⁸ התייחסות לקריטריון הימשכות ההליכים המשפטיים ככזה שפוגם במקומו הראוי והחשוב של סעד האכיפה מול

סעד הפיצויים, ראו בפרק החסרונות לסעד המוצע בהמשך המאמר.

¹⁴⁹ סעיף 29 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים.

כדי לייעל את הדיון, ניתן לעשות שימוש נרחב יותר בתקנה 30 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים, המאפשרת להמיר הליך עתירה להליך תובענה מינהלית ולהתאים את כתבי הטענות להליך זה. כך ניתן לקיים דיון רציף גם בסעד האכיפה המשנית לאחר שנקבע שהמציע זכאי לפיצוי אך ביטול ההחלטה לא יעמידו במקומו המקורי.¹⁵⁰ באמצעות מנגנון זה ניתן להבטיח רצף בין הדיונים וליישם את הלכת קסם מילניום, כשהמציע לא הצליח לקבל סעד אכיפה במסגרת העתירה המינהלית. בשלב הדיון בסעדים לא יהיה צורך לשתף את יתר המציעים במכרז שהיה חובה לצרפם לעתירה המינהלית מחמת החשש שהחלטת בית המשפט תפגע בזכויותיהם, מכיוון שאנו בנקודת פתיחה בה הפרויקט שבמכרז בוצע או שלא קיימת אפשרות באותו שלב להחליף את הזוכה.¹⁵¹

(4) הגדרת המונח 'מכרז מחזורי' ונטלי ההוכחה

מהו אם כן המכרז המחזורי? גופים ציבוריים מפרסמים מכרזים בתחומים רבים לתקופה מוגדרת שבממוצע עומדת על מספר שנים בודדות. הטובין או השירותים נדרשים גם לאחר סיום התקופה שנקבעה להתקשרות. תהליך זה נובע מהצורך להמשיך ולספק את אותם טובין או שירותים, אשר אינם מבוצעים בביצוע עצמי על ידי עורך המכרז ולכן יש לפרסם מחדש את המכרז לאחר סיום התקופה שהוגדרה.

ההגדרה למכרז מחזורי יכולה להתבסס על ההסדר הקיים בנוגע 'להתקשרות המשך' כפי שמופיע בתקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים. התקשרות המשך מוגדרת כהתקשרות בתנאים זהים לתנאי ההתקשרות הראשונה או מיטיבים עם המזמין. שינויים מינוריים כתוצאה מחלוף הזמן, אינם פוגעים בסיווג המכרז כמחזורי.

על מנת לקבוע האם מכרז הוא מחזורי, יש לבחון מהי תקופת ההתקשרות המתמשכת ומהם התנאים המקבילים למכרז המקורי. נראה כי אין מקום לקבוע תקופת מינימום או מקסימום לתקופת הזמן שתעבור עד לפרסום מכרז עוקב שיסווג כמכרז מחזורי. הדיון בעיקרו צריך להתמקד לדעתי במהות השירות שנצרך במיקור חוץ באמצעות ספקים חיצוניים. בהקשר זה נבחן את השאלה אם במקרה בו הרשות הציבורית נמנעה מלפרסם מכרז חדש, למציע עומדת הזכות לטעון שהיא נמנעה מלעשות כן משיקולים זרים ועל מי מוטל הנטל להוכיח זאת. במקרה שבו

¹⁵⁰ ככל שיש צורך, ניתן לצרף מציעים נוספים לדיון בתובענה המינהלית והוראות חוק בתי משפט לעניינים מינהליים אינו מגביל את סמכותו של בית המשפט לדיון בתובענה המתנהלת אך ורק נגד רשות, ר' עניין אסום, לעיל ה"ש 76.

¹⁵¹ לפי תקנה 6 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים חובה לצרף כמשיב בעתירה את הרשות שנגד החלטתה מכוונת העתירה, כל רשות אחרת הנוגעת בדבר, וכן כל מי שעלול להיפגע מקבלת העתירה.

הרשות הציבורית לא פרסמה מכרז עוקב, המציע יכול לטעון כי ישנם שיקולים זרים מאחורי ההחלטה, והנטל יעבור לרשות להוכיח כי אי-הפרסום נבע משיקולים ענייניים, כגון ביטול הצורך או שינוי משמעותי באופי השירות המבוקש.

(5) היחס בין ההסדר המוצע לדין – המסגרת הנורמטיבית של האכיפה המשנית ותיקוני

חקיקה

בבחינת היחס בין ההסדר המוצע לדין הקיים ולצורך בתיקוני חקיקה אפשריים יש להתייחס הן להסמכה של בתי המשפט לעניינים מינהליים להעניק סעד והן לדין המהותי המתייחס להתקשרויות בפטור ממכרזים.

לפי פריט 1 בתוספת השלישית לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, בית המשפט מוסמך לדון בתובענות לפיצויים בעילה של מכרז.¹⁵² למרות שניתן לראות את סעד האכיפה המשנית כהקבלה לפיצויי קיום, נראה כי המחוקק כיוון לפיצוי כספי ולא לאכיפה בפועל, כפי שמוגדר בחוק החוזים תרופות. על כן יש לתקן את פריט 1 בתוספת השלישית לחוק ולאפשר לבתי המשפט לעניינים מינהליים להעניק גם סעד של אכיפה בעין ולא רק פיצויים.

בנוגע לתקנות חובת המכרזים ולהתקשרות בפטור ממכרז כחלופה לפיצוי כספי, פסק הדין **הדין בעניין בן שטרית**,¹⁵³ שבוטל על ידי בית המשפט העליון, העניק סעד של אכיפת התקשרות בין התובע לממ"י על בסיס סעיף פטור ממכרז בהתאם לתקנה 3(28) לתקנות חובת המכרזים המאפשרת התקשרות ללא מכרז בנסיבות מיוחדות.

תקנה 3 לתקנות חובת המכרזים כוללת מספר עילות לפטור ממכרז וביניהן עילה בתקנה

3(28), לפיה:

3. התקשרות משרד בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין,

לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, אינה טעונה מכרז, אם היא

אחת מאלה:

...

(28) התקשרות שלגביה נתקיימו נסיבות מיוחדות ונדירות

המצדיקות עשייתה ללא מכרז, ובלבד שוועדת הפטור ולענין

¹⁵² לשונו של סעיף 1 לתוספת השלישית לחוק בית המשפט לעניינים מינהליים: "תובענה לפיצויים שעילתה במכרז,

כאמור בפסקה 5 לתוספת הראשונה".

¹⁵³ עניין בן שטרית, לעיל ה"ש 144.

הענקת זכויות במקרקעין – ועדת הפטור של מועצת מקרקעי ישראל, באישור שר האוצר החליטה מטעמים מיוחדים שיירשמו, לפטור אותה מחובת מכרז.

נסיבותיו של התובע בעניין בן שטרית היו מיוחדות, בהיותו נכה צה"ל שביקש לזכות במכרז להקמת תחנת דלק כחלק מהשתכרותו ושיקומו. נסיבות מיוחדות כגון אלה לא מתקיימות באופן תדיר. לכן מוצע להתקין תקנה ספציפית שתתייחס להתקשרות בפטור ממכרז על פי ההסדר המוצע כחלופה לפיצוי כספי, בדומה לתקנה 25(9) לתקנות חובת המכרזים, אשר מאפשרת התקשרות של רשות מקרקעי ישראל לביצוע עסקה במקרקעין של המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל, בפטור ממכרז להענקת זכויות במקרקעין במסגרת פיצויים הניתנים בעקבות הפקעת מקרקעין.¹⁵⁴

כחלופה, עדיפה פחות לעמדתו, ניתן לשקול יישום תקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים להארכת התקשרות קיימת בהתאם לתנאים מסוימים. התקנה מאפשרת לוועדת המכרזים, ועדת פטור משרדית והחשב הכללי לאשר הארכת התקשרות בתנאים זהים או מיטיבים עם המזמין, במצבים בהם האחידות נחוצה לחיסכון ויעילות. כאשר התובע היה זכאי לזכייה במכרז, ניתן ליישם את תקנה זו ולהאריך או להרחיב את ההתקשרות על בסיס ההצעה המקורית.¹⁵⁵ עת ייקבע

¹⁵⁴ תקנה 25 לתקנות חובת המכרזים קובעת כי "נוסף על האמור בתקנה 3, התקשרות של מינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל) לביצוע עסקה במקרקעין של המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל, אינה טעונה מכרז כאשר נושא ההתקשרות הוא אחד מאלה: ... (9) הענקת זכויות במקרקעין במסגרת פיצויים הניתנים לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, או לפי חוק רכישת מקרקעין (אישור פעילות ופיצויים), תשי"ג-1953"

¹⁵⁵ הוראה דומה מצויה בתקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), תשי"ע-2010; ביחס להתקשרויות של מערכת הביטחון אפנה להוראות תקנה 3(6)-(7) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון), התשי"ג-1993 לפיה לא תהיה חובה על משרד הביטחון לערוך מכרז לגבי עסקה אם היא אחת מאלה: "(6) עסקה נוספת, המהווה המשך לעסקה ראשונה, הנערכת בתוך שלוש שנים ממועד העסקה הראשונה מטעמים של חסכון או יעילות ובתנאים שאינם גרועים למזמין מאלה שבעסקה הראשונה (בפסקה זו - עסקת המשך); שווין המצטבר של כל עסקאות המשך לא יעלה על שווי העסקה הראשונה; עלה שווין המצטבר של עסקאות המשך על חמישים אחוז משווי העסקה הראשונה, טעונה עסקת המשך אישור המנהל; המנהל רשאי, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיירשמו, לאשר עסקת המשך אף אם היא נעשית לאחר שלוש שנים ממועד העסקה הראשונה ואף אם עלה שווין המצטבר של כל עסקאות המשך על שווי העסקה הראשונה; בפסקה זו, 'שווי העסקה הראשונה' - שוויה במועד כל אחת מעסקאות המשך; (7) עסקה למימוש אופציה של משרד הביטחון הכלולה בחוזה שנכרת בעקבות מכרז; עסקה כאמור הנעשית לאחר תום שלוש שנים ממועד כריתת החוזה בו כלולה האופציה, טעונה אישור ועדת פטור"; בעניין התקשרויות של עיריות ראו תקנה 7 לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987 המאפשרת התקשרות בפטור ממכרז בתנאים הבאים: "(7)(א) חוזה הבא להגדיל את הוצאות העיריה בפרט מפרטי חוזה קיים, ובלבד

כי התובע היה זכאי להיות מוכרז כזוכה במכרז, ניתן לראות בו מבחינה עיונית כמי שמתקיימים בו התנאים הקבועים בתקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים ובהתאמה, ליישם את ההוראות אשר מאפשרות הארכה או הרחבת ההתקשרות לתקופה נוספת, כבסיס לסעד האכיפה. ביחס להתקיימות התנאי אשר קובע כי 'מדובר בהתקשרות המשך בתנאים זהים לתנאי ההתקשרות הראשונה או מיטיבים עם המזמין', ניתן לומר כי מדובר בהתקשרות המשך לתנאים זהים לתנאי ההתקשרות הראשונה, על בסיס ההצעה המקורית שהייתה אמורה לזכות במכרז וזאת הגם שבתקופה הראשונה לא הייתה ההתקשרות 'פעילה' על בסיס ההצעה המקורית. התנאי השני, המחייב כי מדובר 'בנסיבות שבהן השמירה על האחידות נדרשת מטעמי חיסכון ויעילות', אף הוא מתקיים עת נקבע כי מדובר בנסיבות המצדיקות מתן סעד של אכיפה על פני פיצויי קיום, כאשר מבין הנימוקים נמנים טעמים של חיסכון ויעילות.

ה. היתרונות והחסרונות בסעד האכיפה המשנית באספקלריה של עקרונות דיני המכרזים

(1) כללי

עקרונות דיני המכרזים משקפים את מטרותיהם ותכליותיהם של דינים אלה. למשל, אחת התכליות המרכזיות היא השגת יעילות כלכלית. לכן, כאשר נראה שההסדר המוצע תואם מטרות זו ותורם ליעילות כלכלית משמעותית, יש להעניק לכך משקל כבד. לצד זאת, יש להתייחס לתכלית הציבורית ולעקרון השוויון המנחה את הדינים, וכן לתכליות נוספות הנדרשות לבחינת סוגיות במכרזים ציבוריים.

בפרק זה אציג את ההסדר המוצע של אכיפה משנית אל מול העקרונות הבסיסיים של דיני המכרזים. ההסדר כולל יתרונות וחסרונות, אך בראיה הכוללת, אני מאמין כי ברוב המקרים היתרונות עולים על החסרונות. לכן, ההסדר המוצע מתאים ליישום במסגרת הדין הנוכחי, להטבת נזקיו של מציע שנפגע מהחלטת ועדת מכרזים.

ששיעור הגדלת ההוצאות לא יעלה על 50% מההוצאות לגבי אותו פרט על פי החוזה הקיים. (ב) חוזה הבא להגדיל את הוצאות העיריה על ידי הוספת פרטים לחוזה קיים; ובלבד ששיעור הגדלת ההוצאות בשל הוספה זו לא יעלה על 25% מכלל הוצאות העיריה על פי החוזה הקיים, או על 50% אם המועצה קבעה שעריכת המכרז לא תביא תועלת"; ראו גם הוראות דומות בסעיף 3(7) לתוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות, תשי"א-1950 ובסעיף 3(7) לתוספת השנייה לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), תשי"ח-1958.

(2) היתרונות בסעד האכיפה המשנית

המונח אכיפה מוגדר בסעיף 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ככולל צו לסילוק חיוב כספי, צו עשה או צו לא תעשה, וכן צו לתיקון או לסילוק תוצאות ההפרה. סעיף 2 לאותו חוק מפרט כי הנפגע זכאי לתבוע את אכיפת החוזה או את ביטולו, וזכאי גם לפיצויים בנוסף לאחת התרופות הללו או במקומן.

לאחר חקיקת חוק החוזים (תרופות), סעד האכיפה זכה למעמד בכיר בהשוואה לפיצויים,¹⁵⁶ והוא נחשב כתרופה העיקרית במקרים של הפרת חוזה.¹⁵⁷ בית המשפט העליון הדגיש את הבכירות של סעד האכיפה לעומת תרופות אחרות,¹⁵⁸ והגדיר אותו פעמים רבות כ'מובן מאליו'.¹⁵⁹ הבחירה באכיפה היא זכותו של הנפגע ואינה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט.¹⁶⁰ האכיפה חלה גם בנושאים נוספים, כמו בחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, שם ניתנת למוכר זכות לתקן אי-התאמה הניתנת לתיקון.¹⁶¹ העובדה שפיצויים הם תרופה הולמת אינה שוללת את הזכות לאכיפה, אלא רק כאשר מתקיים אחד מהחריגים שבסעיף 3 לחוק החוזים תרופות.¹⁶² מכיוון

¹⁵⁶ בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי, פ"ד כח(1) 372, 384 (1974).

¹⁵⁷ שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 192; נילי כהן חריג הצדק באכיפת חוזה לעיל, ה"ש 13; סקירה השוואתית מקיפה של דיני אכיפת חוזה בשיטות המשפט הקונטיננטלי (הדין בגרמניה והדין בצרפת), האנגלו-אמריקניות (הדין באנגליה, הדין באמריקה והדין בקנדה) ובשיטות משפט הנחשבות מעורבות (הדין בסקוטלנד, הדין בדרום אפריקה והדין בישראל) ראו: לאון יהודה אנידגר "לקראת ההתקרבות גלובלית של דיני האכיפה" **דין ודברים** י 218 (2018).

¹⁵⁸ ראו לדוגמה ביחס לסעד האכיפה: בעניין ע"א 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד ל(1) 367, 373 (1975): "הסעד הראשוני והעיקרי שהנפגע זכאי לו"; בעניין ע"א 48/81 פומרנץ נ' ק.ד.ש. בניין והשקעות, פ"ד לח(2) 813, 817 (1984): "הסעד הראשון במעלה והראשוני בעדיפות"; בעניין ע"א 2112/95 אגף המכס והמע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 796, 779 (1999): "לסעד האכיפה ניתן מעמד בכורה בדיני החוזים"; ובעניין ע"א 3023/91 ינאי נ' יחיא, פ"ד מז(4) 773, 778 (1993): "ראשון בין מי שאינם שווים ונעלה הוא על כך הסעדים האחרים".

¹⁵⁹ ע"א 846/75 עוניסון – חברה לבניין נ' דויטש, פ"ד ל(2) 398, 405 (1976).

¹⁶⁰ ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ, פ"ד לג(2) 281, 291 (1979).

¹⁶¹ סעיף 4ב לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 קובע: "התגלטה אי-התאמה או אי התאמה יסודית הניתנות לתיקון, על הקונה או קונה המשנה לתת למוכר הזדמנות נאותה לתקנה, ועל המוכר לתקנה תוך זמן סביר". ר' גם סעיף 3(א) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, אשר קובע כי מזמין עבודה נדרש לתת לקבלן הזדמנות נאותה לתקן פגם.

¹⁶² הסייגים לסעד האכיפה הקבועים בסעיף 3 לחוק החוזים תרופות הם כאשר נתקיימה אחת מאלה: (1) החוזה אינו בר-ביצוע; (2) אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי; (3) ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל; (4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.

שסעד האכיפה הוא הכלל והחריגים הם יוצאים מן הכלל, הנטל לשכנע את בית המשפט לא להעניק אכיפה מוטל על הצד המפר.¹⁶³

סעד האכיפה נועד להחזיר את המצב לקדמותו במובן שבו הנפגע מוצב, ככל האפשר, במצב שהיה בו אילולא ההפרה.¹⁶⁴ לשם כך, יש לחייב את המפר לקיים את התחייבותו או להימנע מפעולה הסותרת אותה.¹⁶⁵ אומנם אכיפת חוזה היא זכות ואינה חובה, והנפגע רשאי לבחור בפיצויים, בצירוף ביטול החוזה או כתרופה עצמאית.¹⁶⁶ יחד עם זאת, ניתן לדרוש אכיפה כסעד ראשון לפני פסיקת פיצויים.¹⁶⁷ בהתאם למגמה המודרנית להעניק תוקף לחוזים ולממש את תכליתם, ניתן לתבוע את סעד האכיפה תוך ביצוע התאמות עקב שינויי נסיבות, כגון "אכיפה בקירוב", כל עוד נשמרים אופיו וההיגיון הכלכלי של ההסכם.¹⁶⁸

במשפט המינהלי בכלל ובדיני המכרזים בפרט, האכיפה או הציווי השיפוטי הם סעדים מרכזיים והאפקטיביים.¹⁶⁹ עם זאת, התפתחו סעדים נוספים, כמו סעד הצהרתי ופיצויים, במקרים שבהם סעד של ציווי אינו אפשרי בשל מעשה עשוי.¹⁷⁰

ההסדר המוצע לאכיפה משנית במכרזים נכנס תחת הגדרת אכיפה לפי חוק החוזים תרופות, ומטרתו להגן את זכות הקיום של הנפגע. על אף הקרבה בין ההסדר המוצע לאכיפת חוזה בקירוב, החידוש שבו טמון בכך שכיום משתתף במכרז אשר נפגע מהחלטת ועדת מכרזים, אינו יכול לתבוע סעד זה בהליך של תובענה מינהלית. כיום, בסל הסעדים שבית המשפט לעניינים מינהליים בהליך של תובענה מינהלית לא מצוי סעד של אכיפה בעין או אכיפה בקרוב אלא רק פיצויים. בנוסף, סעד האכיפה בקירוב אינו כולל אפשרות להתקשר בפטור ממכרז, ובתי המשפט לעניינים מינהליים לא דנו באפשרות להעניק בתובענות מינהליות סעד מסוג אכיפה בקירוב, שמצוי בחוק החוזים תרופות. חוק חובת המכרזים והתקנות שהותקנו מכוחו קובעים כללים ברורים בנוגע לחריגים

¹⁶³ עניין רבינאי, לעיל ה"ש 160, בעמ' 292.

¹⁶⁴ שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11 בעמ' 177; עניין טי. וי. שלוש, לעיל ה"ש 9.

¹⁶⁵ שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 177.

¹⁶⁶ שם בעמ' 174.

¹⁶⁷ לדוגמה הזכות לתקן אי התאמה בטרם יחויב המוכר לשלם פיצויים בגינם לפי חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973.

¹⁶⁸ שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11 בעמ' 265.

¹⁶⁹ ברק ארז סעדים כספיים, לעיל ה"ש 1 בעמ' 960; בחקיקה ראו סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, אשר בין היתר מסמיך את בג"ץ לתת צווים לרשויות המדינה וסעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים אשר קובע כי בית משפט לעניינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בשינויים המחויבים.

¹⁷⁰ ברק ארז סעדים כספיים, לעיל ה"ש 1 בעמ' 961.

מפרסום מכרז פומבי, ולא ניתן לייבא את סעד כמו אכיפה בקירוב מדיני החוזים לדיני המכרזים ללא הוראה מפורשת בחוק. האכיפה המשנית על פי ההסדר המוצע משקפת את עקרון תום הלב בכך שהיא מאפשרת לאכוף את כוונת הצדדים המקורית, גם אם לא במדויק, תוך סטייה קטנה מהחוב המוקרי על מנת להגן על זכויות הנפגע ולתמוך במתן צו לאכיפה בקירוב.¹⁷¹ בקשר עם הליך המכרז, המטרה העיקרית והמרכזית של המציע היא לזכות במכרז ולבצע את העבודה הנדרשת, כאשר הרווח הכספי שמתקבל מביצוע העבודה נחשב תועלת משנית. הזכייה והביצוע כוללים גם פרנסה, מימוש עצמי, רכישת ידע וניסיון, בניית מוניטין, והזדמנויות להתקשרויות עתידיות המבוססות על הניסיון שנצבר במסגרת המכרז.¹⁷² הסעד של אכיפה משנית תואם את העיקרון שנקבע על ידי בית המשפט העליון בעניין **קסם מילניום**,¹⁷³ לפיו המסלול העיקרי שעל המציע לבחור הוא תביעה לאכיפת המכרז, כאשר תביעת פיצויים היא אופציה משנית בלבד עבור מציע שנפגע בהליך המכרז ומהווה סעד משלים.¹⁷⁴ לאורך השנים הועלו הסתייגויות ביחס לפסיקת פיצויי קיום בדיני מכרזים, בשל החשש מהשפעתם על תקציב הרשויות, בהקשר לצורך שלם פעמיים עבור אותו מכרז – הן לזוכה בפועל והן למי שהיה ראוי לזכות.¹⁷⁵ בהתייחס להסתייגויות אלה, נקבע בפסיקה כי ללא יכולת לפסוק פיצויי קיום, ייאלץ בית המשפט להקל יותר במתן סעדים זמניים בדיני מכרזים, כדי למנוע מצב שבו משתתף שזכייתו נשללה ממנו שלא כדין, יוותר ללא סעד כלשהו.¹⁷⁶ בפסיקה הודגש שמצב זה אינו אידיאלי, שכן יש לבצע מכרזים במהירות האפשרית, ולא לעכבם בשל הליכים משפטיים. לכן, לא יהיה זה צודק להימנע ממתן סעד זמני, מטעמי יעילות, ואף לא לשלול כל סעד ממני שנפגעה זכייתו שלא כדין.¹⁷⁷ סעד האכיפה המשנית נותן מענה הן לחששות הנוגעות לסעד של פסיקת פיצויי קיום ולהשלכתו על התקציב הציבורי והן כתשובה למתן מענה כסעד הולם עבור מציעים שנפגעו ונזקיהם מצריכים תיקון.

¹⁷¹ שם; סעד האכיפה בקירוב מעוגן בסעיף 4 לחוק החוזים תרופות, אשר מעניק סמכות לבית המשפט להתנות צו לאכיפת חוזה בתנאים כדלקמן: "בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין".

¹⁷² כפי שהומחש בעניין ד"ר 20/82 **אדרס חמרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה**, פ"ד מב(1) 221, 277 (1988): "כאשר נעשה חוזה למכירת סוס, רוכש הקונה זכות לקבלת סוס ולא זכות לפיצויים בגין אי קבלת סוס".

¹⁷³ עניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 7.

¹⁷⁴ דקל מכרזים ב, לעיל ה"ש 51, בעמ' 335.

¹⁷⁵ עניין קטימורה לעיל ה"ש 54, בפסקה 6 לפסק הדין.

¹⁷⁶ ע"א 2929/15 **מגנזי תשתיות בע"מ נ' החברה הכלכלית לפיתוח חולון בע"מ** (נבו 28.5.2015).

¹⁷⁷ שם בפסקה 16; ראו גם בעמ"ס 4028/14 **איגוד ערים לאיכות הסביבה "דרום יהודה" נ' עופר ובניו חברה חקלאית**

בע"מ (נבו 26.5.2015), בפסקה 21.

האכיפה המשנית תחזק את אמון הציבור והמציעים במערכת המכרזים, מתוך ידיעה שאם יוכח שהיו זכאים לזכות במכרז לאחר שזה כבר בוצע, תהיה להם הזדמנות לבצע את נושא המכרז, וכך יכובדו זכויותיהם כזוכים.¹⁷⁸

סעד של אכיפה משנית גם מקדם את עקרון הקטנת הנזק, במידה והנפגע מסוגל לכך.¹⁷⁹ עקרון זה עשוי לשמש גם כחובה משפטית לפיה על המציע שנפגע לבצע את העבודה בהתאם להצעתו, אפילו אם הוא מעדיף סעד כספי, ובכך ימנע בזבוז כספי ציבור.¹⁸⁰

צו לאכיפת זכייה משקף הישג משפטי לנפגע ומעניק לו משמעות פסיכולוגית בכך שהוא מקבל את האפשרות לבצע את העבודה שנגזלה ממנו.¹⁸¹ מצד שני, עורך המכרז מבין שהחלטתו השגויה ניתנת לתיקון, מבלי לגרום נזק כספי שיפגע בתקציב הציבורי.

סעד האכיפה מקל על הצורך להתמודד עם קשיים שבהערכת התועלות הסובייקטיביות שהנפגע ציפה לקבל מהחוויה, שכן בחינת פיצויים מתבצעת לפי אמת מידה אובייקטיבית, שאינה מתחשבת בערך האישי שהנפגע מייחס לקיום החוויה.¹⁸² יתרה מזאת, הוכחת שיעור הנזק עבור פיצויים היא נטל שעלול להכביד על התובע.¹⁸³

סוגייה נוספת הקשורה לנטל המוטל על הנפגע היא האגרה שיש לשלם בגין הגשת תובענה מינהלית לפיצויים. האגרה הינה בשיעור דומה לאגרה המשתלמת בעת מוגשת תביעה כספית רגילה, בהתאם לאמור בפריט 22 לתקנות בית משפט (אגרות) התשס"ז-2007.¹⁸⁴ חיוב זה,

¹⁷⁸ בעניין עניין אדרס, לעיל ה"ש 172, בעמ' 278, ניתן ביטוי לכך שהגישה הכלכלית אינה נותנת די משקל לשיקולים שלא ניתן להם משקל כלכלי ולכך שדיני החוזים באו לאפשר חיי חברה תקינים: "חוויה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו – כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם".

¹⁷⁹ סעיף 14(א) לחוק החוזים תרופות קובע כי "אין המפר חב בפיצויים לפי סעיף 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין". בעניין קסם מילניום, לעיל ה"ש 7, נקבע כי "לפי הילוכו של העקרון, מקום שבו הראה הנתבע כי התובע יכול היה – באמצעים סבירים – להקטין את נזקו, זכאי הנתבע כי הפיצויים שבהם הוא חב יופחתו בשיעור שהיה נחסך ממנו לו היה התובע עושה כן ... אינני רואה טעם לקביעה שלפיה עקרון הקטנת הנזק לא יחול מקום שבו עילת התביעה לפיצויים כתוצאה מפגם שנפל בהליך המכרז היא מינהלית, וזאת בשים לב לדוקטרינות אחרות שחלות על פיצויים מעין אלה, הלקוחות גם הן מעולם המשפט האזרחי" בס' 17 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן.

¹⁸⁰ שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11 בעמ' 362.

¹⁸¹ שם בעמ' 183.

¹⁸² שם בעמ' 183.

¹⁸³ דקל מכרזים ב, לעיל ה"ש 51, בעמ' 345.

¹⁸⁴ 2.5% מהסכום הנתבע כערכו בעת הגשת התובענה ו-1% מהסכום הנתבע בעבור כל סכום שמעל 26,943,738

שקלים חדשים, בהתאם לפריט 22 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007.

בהשוואה לחיוב באגרה לסעד שאינו ניתן לכימות בכסף, כמו סעד האכיפה, שהינו בשיעור נמוך משמעותית מאגרה בתובענה כספית, עלול להוות חסם למימוש הזכות של הנפגע.¹⁸⁵

כאשר נפסק סעד של פיצוי כספי, כל הצדדים המעורבים יוצאים נפסדים: מצד אחד, המציע שהפיצוי הכספי לא תמיד מגלם את כל הנזק שנגרם לו ולא מעמיד אותו בצורה אמיתית במצב בו היה נמצא לו היה מבצע את העבודה נושא המכרז. מצד שני, עורך המכרז, שבפועל לא התקשר עם ההצעה היעילה ביותר מבין ההצעות שהוגשו, יוצא נפסד גם בכך שנדרש לשלם פיצוי ותשלום בכפל בגין אותה עבודה ואינו יכול להפנות משאבים שבידיו לפעולות אחרות. בכך גם יוצא נפסד הציבור עליו אמון עורך המכרז, כאשר קופת הציבור תצא בחסר. בהיבט של התקשרות יעילה במכרז שנערך על ידי רשות מנהלית והשאיפה להשיג את התועלת המרבית לעורך המכרז על ידי התקשרות עם בעל ההצעה הטובה ביותר מבין ההצעות שהוגשו במכרז, הקצאת נשוא המכרז למציע שנפגע, שהצעתו הייתה ההצעה המיטבית והיעילה מבין ההצעות שהוגשו באותו מכרז, מקדמת את העיקרון הכלכלי, גם אם ההתקשרות מתבצעת בתקופה עוקבת שבאה בסיומה של התקופה שבמכרז המקורי. אומנם לא ניתן לשלול אפשרות שבמסגרת מכרז חדש, ככל שיפורסם, יתקבלו הצעות מטיבות יותר מההצעה של אותו מציע שנפגע ובכך עשוי להיפגע העיקרון הכלכלי להשגת הצעות טובות ביותר, אולם ההצעה הנוכחית אינה תיאורטית וככל שעומדת ביתר הדרישות ובכלל זה לא סוטה מהאומדן בשיעור שחורג מהמקובל, התקשרות על בסיס הצעה זו מהווה התקשרות יעילה בנסיבות העניין. לאותה תוצאת יעילות היינו מגיעים גם אם לדוגמה תקופת ההתקשרות של המכרז הראשון הייתה ארוכה יותר וניתן היה להחליף את ההצעה הזוכה בהצעה של המציע שנפגע בתוך תקופת ההתקשרות המקורית שהופיעה במכרז.

הענקת הזכייה באמצעות הסעד המוצע תחזיר את המציע ואת עורך המכרז לנקודה בה מוגשם עקרון השוויון כפי שהיה אמור להיות מוגשם אלמלא השגגה בהחלטת ועדת המכרזים שהובילה לקיפוחו של המציע. בעוד שלמציע שקופח נגרעה זכות חוזית (בראיית המכרז כחוזה נספח) וזכות על פי דין מכוח חוק חובת המכרזים, המציעים הפוטנציאליים טרם השתתפו במכרז העתידי ולא עומדת להם זכות קנויה להשתתף במכרז או לחייב את עורך המכרז לפרסם מכרז. כפי שתרופת האכיפה פועלת ל"השבת המצב לקדמותו" במובן זה שהיא פועלת להעמדתו של הנפגע ככל שהדבר ניתן, במצב שבו היה נתון אלמלא ההפרה, גם הסעד המוצע יאפשר להעמיד את

¹⁸⁵ לדוגמה: תובע שמגיש תביעה כספית בסך של 1,000,000 ₪ נדרש לשלם אגרת בית משפט בסכום של 25,000 ₪.

לעומת זאת, בתביעה לצו עשה בבית המשפט המחוזי, ישלם התובע לשלם אגרת בית משפט בסך של 1,285 ₪ בלבד ובגין הגשת עתירה מינהלית ישלם העותר אגרה בסך של 2,196 ₪ (תעריפי האגרות בהתאם לק"ת תשפ"ד מס' 11001

המציע שקופח במכרז וגם את עורך המכרז במצב בו היו נמצאים אילולא השגגה שנפלה בהחלטת ועדת המכרזים שהובילה לקיפוחו, הן מבחינת איכות השירות שיינתן על ידי המציע שאמור היה לזכות כבר במכרז הראשון והן מבחינת המחיר שישולם.

לסעד אכיפה משנית עשויה להיות השפעה על היעילות הכלכלית לא רק בטווח המיידי והפרטני של מכרז בודד אלא השפעה גם לטווח הארוך, כאשר משתתפים במכרז ידעו כי יזכו לבצע את העבודה בתקופה העוקבת אם יתברר כי קופחו שלא בצדק.

ניתן לטעון כי הכף נוטה לטובת ההסדר המוצע ככזה שיהיה בו לקדם את עקרון השוויון ואת האינטרס הציבורי עליו אמון עורך המכרז עת תינתן למציע שנפגע אפשרות לממש את הזכות שנלקחה ממנו לזכות במכרז, כמו גם את העיקרון הכלכלי לבחירת ההצעה היעילה ביותר מבין ההצעות שהוגשו. בנוסף, גם אם הזכייה ניתנה בסופו של דבר בשלב מאוחר יותר, ידע הציבור כי תקינותו של ההליך באה לידי ביטוי על אף 'האיחור', ובכך גם יגבר אמון הציבור בהליכים המכרזים.

(3) החסרונות בסעד האכיפה המשנית והדיון בסייגים לאכיפה

מול הטיעונים והטעמים המלמדים על היתרונות הגלומים בסעד האכיפה המשנית ומעניקים לו יתרון במקרים המתאימים על פני סעד של פיצוי כספי בלבד, ניתן להעלות טיעוני נגד ולהצביע על חסרונות לסעד מעין זה ביחס לסעד של פיצויים. לדעתי, יש לטעמים אלה משקל רב אך אין בהם כדי לשלול את ההסדר המוצע כתרופה וכסעד שיש להעניק למציע במכרז שקופח והוכיח את זכותו לזכות במכרז בדיעבד. מעבר לצורך בהצגת הטיעונים בצורה מלאה, החשיבות שיש בהצגתם הינה גם בכך שהם מלמדים כי ההסדר המוצע אינו מתיימר להחליף את סעד הפיצויים באופן מלא, אלא מיועד ליישום במקרים המתאימים שבהם יש לו עדיפות על פני סעד פיצויי הקיום להטבת נזקיו של מציע שנפגע מהחלטת ועדת מכרזים.

החיסרון העיקרי של ההסדר המוצע מתבסס על הסייג לזכות האכיפה, כפי שמופיע בסעיף 13(1) לחוק התרופות והוא ש'החוזה אינו בר ביצוע' ואליו מתווספים סייגים נוספים לפיהם 'ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת ההוצאה לפועל (סעיף 33(3) לחוק התרופות) וכי 'אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין' (סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות). הסייגים משקפים את ההבנה כי במקרים מסוימים לא תהיה תרופת האכיפה

המשנית מתאימה, מכיוון שהיא חסרת טעם, שתטיל נטל לא סביר על מערכת המשפט או שאין הצדקה לסעד האכיפה לפי ההסדר המוצע.¹⁸⁶

הסייג השני לפסיקת סעד האכיפה נוגע לנטל שעשוי להיות מוטל על מערכת המשפט ביישום ההצעה במכרז עוקב וביצוע התאמות במידת הצורך. יישום ההצעה הזוכה בנסיבות מסוימות עלול לעורר מחלוקות עד כדי צורך בפיקוח של בית המשפט או של נציג מטעמו ויש לכך עלויות שיש להביא בחשבון בבחינת ההיבטים הכלכליים של ההתקשרות. לעיתים מתן הסעד לא יביא לכדי סיום של המחלוקות בין הצדדים.¹⁸⁷ בהיבט זה קיים יתרון מובנה למתן סעד של פיצויים אשר מסיים את המחלוקות ואת האינטראקציה בין הצדדים. עם זאת כפי שציינתי, סעד האכיפה יתאים למקרים בהם ניתן ליישם את ההצעה גם בהתקשרות המשך, חלף מכרז חדש שיפורסם באותו עניין, על בסיס אותם תנאים בעיקרם. מכרזים רבים כוללים תנאים להתאמת המחיר המוצע לאורך שנות המכרז לכל תקופתו. תנאים אלה מלמדים כי המציעים במכרז הסכימו מראש על אופן התאמת המחיר לאורך התקופה והתאמה זו תחול גם ביחס למחירים שמופיעים בהצעתו של המציע שנפגע ונבחנת אפשרות להתקשרות עימו במסגרת אכיפה משנית.¹⁸⁸ בהקשר זה יש לשקול את הטענה לפיה עורך המכרז עלול להימנע מלערוך התקשרות המשך במטרה להימנע מהאכיפה המשנית אולם לצורך כך יהא עליו לנמק את החלטתו בטעמים ענייניים והוא יהיה חשוף לתשלום פיצויי הקיום שירדו מתקציבו.

הסייג השלישי לפסיקת סעד האכיפה לפי חוק התרופות מבוסס על עקרון הצדק, מושג שכלעצמו רחב, גמיש ומצריך שיקול דעת שיפוטי נרחב.¹⁸⁹ בהתאם להלכה הפסוקה, לא כל אי צדק הופך את האכיפה לבלתי צודקת, אלא רק אי צדק ניכר ומהותי.¹⁹⁰ בקשר עם אכיפה בעקבות מכרז, שאלה היא האם התקשרות עם המציע שקופח צודקת כאשר מנגד עלולים להיפגע עקרון השוויון כלפי מציעים פוטנציאליים שמצפים להשתתף במכרז העוקב והעיקרון הכלכלי כלפי עורך

¹⁸⁶ ניילי כהן חריג הצדק באכיפת חוזה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 249.

¹⁸⁷ שלו ואדר – חוזים תרופות, לעיל ה"ש 11 בעמ' 188.

¹⁸⁸ בהתאם להלכה לפיה הלכה מציע שהשתתף במכרז ולא זכה בו, יהיה מנוע מלטעון נגד תנאי המכרז, ראו: בג"ץ 126/82 "טיולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל – משרד התחבורה, פ"ד לו (4) 44, 47–48 (1982); ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נא(5) 643, 646 (1997); עע"ם 1981/02 קיסר הנדסה ופתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (נבו) 24.3.2002; בר"ם 6571/05 אהוד מאיר שאיבות בע"מ נ' עיריית תל-אביב (נבו) 25.7.2006; עע"ם 2419/09 אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' מדינת ישראל (נבו) 24.11.2009.

¹⁸⁹ שלו ואדר – חוזים ותרופות, לעיל ה"ש 11 בעמ' 217.

¹⁹⁰ עניין רבינאי, לעיל ה"ש 160, בעמ' 293.

המכרז בשל אפשרות לקבל הצעות טובות יותר מהצעתו המקורית של המציע שקופח אם יתפרסם מכרז חדש.¹⁹¹

ניתן להצביע גם על קשיים טכניים מצד המציע בנסיבות בהן בחלוף הזמן הוא אינו פנוי או אינו בעל יכולת לבצע את העבודה בהתאם להצעתו במכרז מסיבות שונות. כך למשל כאשר המציע התחייב לבצע עבודה עבור מזמין אחר ואינו פנוי לבצע את העבודה על פי הצעתו במקביל; כאשר העובדים שהוצגו בהצעתו במכרז אינם מועסקים על ידו; כאשר נקלע להליכי חדלות פירעון; כאשר חדל לעמוד בתנאי הרישיון אשר נדרש לביצוע העבודה וכו'. נימוקים כגון אלה יהוו בסיס לכך שהטבת הנזקים תתבצע על דרך של פיצויי קיום ולא באמצעות סעד של אכיפה משנית.

ו. סיכום

מציע שנפגע כתוצאה מהחלטה שגויה של עורך המכרז זכאי לתרופה להטבת נזקיו. כיום, בהתאם להסדר החקיקתי שמעוגן בחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, הסעד היחיד להטבת הנזקים הוא סעד הפיצויים. מציע שהוכיח כי היה אמור לזכות במכרז אלמלא טעות או כשל בהחלטת ועדת מכרזים, זכאי להטבת נזקים על דרך של פסיקת פיצויי קיום. ההסדר המוצע לאכיפה משנית כולל סעד חלופי של אכיפה בעין או אכיפה בקירוב, כתחליף לפיצויי קיום. סעד זה עשוי, במקרים מסוימים, להוות פתרון טוב ויעיל יותר לכל הגורמים המעורבים בהליך המכרז בהשוואה לסעד הפיצויים, במיוחד כשפיצויי קיום אינם מעמידים את המציע במצב שהיה בו אילו ביצע את העבודה בפועל. ההסדר המוצע שומר על עקרונות דיני המכרזים של שוויון ויעילות, ומאפשר הטבת נזק למציע שנפגע, תוך שמירה על איזון עם יתר המשתתפים והמציעים הפוטנציאליים.

אומנם ההסדר המוצע אינו חף מקשיים ומחסרונות ואינו פותר את כל הבעיות שמתעוררות בהקשר לתביעות בעילה של מכרז אך נראה כי ראוי שההסדר המוצע ייכלל בסל הכלים שעומד לרשות עורך המכרז ובתי המשפט, לשימוש במקרים המתאימים לכך כחלופה לפיצויי קיום במסגרת תובענה מינהלית.

¹⁹¹ ראו בעניין בן שטרית, לעיל ה"ש 144, בפסקה 575: "להפעלת הסעד המבוקש, יש השפעה על מציעים פוטנציאליים אחרים, שכלל לא היו צד למכרזים נשוא תיק זה, ולא היה להם כל קשר למכרז הנ"ל, אך, בפועל, זכותם להשתתף באחד מן המכרזים העתידיים, תימנע מהם, מבלי שידעו כלל על פסק דין זה. הם, כמו כל הציבור, לא יידעו כלל שהייתה כוונה להוציא מכרז ביחס לתחנת דלק במקום פלוני, ומכרז זה לא ייצא כלל לציבור, שכן בשלב הראשון, לפני פרסום המכרז, יזכה התובע לקבלת תחנת הדלק, אם אכן תתקבל טענת התובע, והוא יזכה לסעד המבוקש בתביעה".

הסעד אמור להיות מוגבל למכרזים מחזוריים שמתפרסמים מפעם לפעם בהתאם לצורכי הרשות ובשים לב לעניינם, בהם התועלת של הסעד המוצע עולה על החסרונות כפי שהוצגו. ההסדר המוצע מהווה כלי משלים ואלטרנטיבי להטבת נזקיו של מציע שנפגע עקב פגם בהליך של מכרז, והוא יכול לשמש את ועדת מכרזים באופן יזום בהתאם לעילת פטור ייחודית, כמו כן להוות כסעד שיידון בתובענה מינהלית בעילה של מכרז כחלופה לפיצויי קיום.