

דיני מכרזים תלויי הקשר

עומר דקל*

תכליתו של מאמר זה היא להפנות זרקור אל התועלת שיכולה לצמוח מהטמעתו של שיח הקשרי בתחום דיני המכרזים. הצורך בהתייחסות הקשרית בהסדרתן של סוגיות משפטיות מוכר במשפט. הוא זכה בפיתוח תיאורטי בגישה הריאליסטית למשפט, והוא מאפיין תחומי משפט רבים. עיקרו בתובנה שכדי להגיע להסדרה ראויה ומאוזנת, מתבקשת לעיתים התייחסות אסדרתית או שיפוטית המתחשבת בהקשר האופף את הסוגיה המחייבת הסדרה. מכוח תובנה זו, דיני המכרזים עצמם מהווים משפט מנהלי הקשרי, המבטא את התובנה שהמשפט המנהלי הכללי מחייב התאמות מקום שמדובר בפעילות הכלכלית של הרשות המנהלית. עניינו של המאמר, אם כן, הוא להמשיך מגמה זו, על ידי הצעה להטמעת התייחסות הקשרית בתחום דיני המכרזים הציבוריים. המאמר מראה כי חסרונו של שיח הקשרי בפסיקה בתי המשפט מוביל לא פעם להלכות מוקשות, שהיה אפשר למונען באמצעות התייחסות הקשרית, שאותה המאמר מנסה להבליט ולקדם. במסגרת זו מוצע כי הסדרים נורמטיביים בתחום דיני המכרזים הציבוריים, הן במישור החקוק הן במישור הפסוק, יבחינו בין סוגים שונים של מכרזים, בין סוגים שונים של מציעים ובין סוגים שונים של עורכי מכרזים.

בנוגע לסוג המכרז מוצע להבחין בין מכרז מורכב למכרז פשוט, בין מכרז ראשוני למכרז שגרתי, בין מכרז קטן למכרז גדול, ובין מכרז שהפסד בו אינו קריטי למתמודדים לבין מכרז שהפסד בו עלול להיות קטלני לגביהם. ההצעה היא שככלל, אם מדובר במכרז מורכב, ראשוני, גדול או מסוכן במיוחד מבחינת המציעים, יוקנה לוועדת המכרזים שיקול דעת רחב יותר הן בניהולו הן בהכשרת הצעה שנפל בה פגם. הבחנה חשובה נוספת בהקשר זה היא בין מכרז לרכישת שירות באופן כללי לבין מכרז לרכישת שירות עתיר כוח אדם. לגבי מכרז מהסוג השני מוצעים שורה של כללים

* פרופסור למשפטים, מומחה בדיני מכרזים. תודה ליואב דותן, לברק מדינה ולאיל פלג על הערותיהם המועילות. כן תודה למשתתפי הסמינר המחלקתי במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, שהערותיהם תרמו לשיפור המאמר.

קוגנטיים, שתכליתם להקשות פגיעה בזכויותיהם של העובדים מטעם ספק השירות.

כן מוצע לתת ביטוי אסדרתי להבדל שבין סוגי מציעים, תוך הבחנה בין מציע שהתמודדות במכרזים הינה לחם חוקן, שעומו קיימת הצדקה להקפיד על קוצו של יוד, לבין מציע שאינו אמון על מלאכת ההתמודדות במכרז, שביחס אליו מתבקשת גישה מקילה יותר. כן מוצע להבחין בין מציע מרובה אמצעים לבין מציע דל אמצעים ככל שמדובר בהלכת המניעות, הרואה מציע אשר התריע על פגם במכרז אך לא נקט הליך משפטי לשם הסרתו כמי שהשלים עימו.

לבסוף, מוצע להבחין בין סוגים שונים של עורכי מכרזים, תוך מתן אמון רב יותר בהליכי מכרז שהשלטון המרכזי מקיים מאשר בהליכי מכרז שנציגי השלטון המקומי מקיימים, ותוך הענקת מרחב רחב יותר של שיקול דעת לוועדת מכרזים של חברה ממשלתית הפועלת בסביבה תחרותית מאשר לגוף שאינו חשוף לתחרות.

אף שחלק מההקשרים כבר זכו בפיתוח מסוים בדיני המכרזים, מוצע להרחיב ולשכלל פיתוח זה, על מנת לאפשר לדיני המכרזים הציבוריים להגשים את תכליתם באופן מיטבי.

מבוא

פרק א : דיני המכרזים הציבוריים כמשפט מנהלי הקשרי-תחומי – מבט חיצוני על דיני המכרזים

פרק ב : היבטים הקשריים פנימיים בתחום המכרזים הציבוריים – תמונת מצב
1. היבטים הקשריים פנימיים בתחום המכרזים הציבוריים – המישור החקוק

2. היבטים הקשריים פנימיים בתחום המכרזים הציבוריים – המישור הפסוק

פרק ג : היבטים הקשריים פנימיים בדין המכרזים הציבוריים – דין רצוי
1. היחס בין מטרות המכרז
2. הבחנה בין סוגי מכרזים
3. הבחנה בין סוגי מציעים
4. הבחנה בין סוגים של עורכי מכרזים

פרק ד : חולשותיה של הסדרה הקשרית
סיכום

מבוא

משרד ממשלתי עורך מכרז לרכישת ציוד משרדי שהיקפו הכספי כחמש מאות אלף ש"ח. עם פתיחת ההצעות מתברר כי להצעה הזולה ביותר צורף צילום של כתב ערבות חלף ערבות מקורית. בתגובה על שאלת הבהרה ציין המציע כי בטעות הוחלפה המעטפה שכללה את הערבות המקורית במעטפה שכללה את צילום הערבות. לתגובה צורפה גם הערבות המקורית. האם בנסיבות מעין אלה מתבקשת פסילת ההצעה? התשובה החיובית לשאלה זו כמעט מובנת מאליה. אולם האם ראוי שהתשובה לדילמה זו תעמוד בעינה גם אילו דובר במכרז מורכב להקמתה של תחנת כוח פרטית לייצור חשמל, שעלות הקמתה מוערכת בכחמש מאות מיליון ש"ח, ואשר כדי לגבש את ההצעה – על מרכיביה התכנוניים, הטכניים והכלכליים – העסיקו המציעים צוותים של עשרות עובדים במשך תקופה של חודשים רבים?¹ האם העובדה שבמקרה הראשון מדובר במכרז פשוט, שגרתי ובהיקף כספי מתון, בעוד במקרה השני מדובר במכרז מורכב, סבוך, ראשוני ובהיקף כספי עצום, ראוי שתשפיע על ההסדר המשפטי?

רשות מקומית עורכת מכרז לסלילת כביש. ההצעה הזולה ביותר נמוכה בכ-20% מאומדן ההתקשרות שהוכן קודם להגשת ההצעות. במסגרת הליך שימוע שנערך לו הסביר המציע כי הצעתו אכן הפסדית, אלא שאי-ביצוע הפרויקט יגרום לו הפסדים גדולים אף יותר בשל עלויות התפעול הגבוהות שלו. האם הצעתו תיפסל בנסיבות אלה? התשובה לשאלה זו תהיה בדרך כלל שלילית.² אולם האם ראוי שתשובה זו תיוותר בעינה מקום שמדובר בהצעה הפסדית המוגשת במסגרת מכרז להתקשרות ארוכת טווח לרכישת שירותי בקרה בתחומי החינוך או הרווחה, שלגביהם רב החשש שהצעה הפסדית תתורגם לשירות ירוד בתחומים רגישים מאוד, ואולי גם לפגיעה בזכויותיהם של העובדים?³

המצב הנורמטיבי הנוהג כיום אינו מכיר בשוני בין המקרים. אימוצו של שיח הקשרי עשוי לאפשר הסדרה חקיקתית ושיפוטית שונה בכל אחת מהדוגמאות דלעיל, באופן שיביא לידי ביטוי את ההקשר המייחד כל אחת מהן.

1 הדוגמה מבוססת על הפרשה שעמדה בבסיס ה"פ (מחוזי ת"א) 200938/98 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' I.L.P. Limited Partnership** (פורסם בנבו, 28.2.1998) (להלן: עניין I.L.P.), שתידון בהרחבה בהמשך המאמר.

2 ע"מ 3499/08 **רון עבודות עפר יזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה**, פס' 19 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 18.1.2009) (להלן: עניין **רון עבודות עפר**); בר"ם 6926/10 **גילי ויואל עזריה בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ**, פס' 21 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 22.11.2010) (להלן: עניין **עזריה**); עומר דקל **מכרזים** כרך שני 125 (2006) (להלן: דקל **מכרזים** ב).

3 ככל שמדובר ברכישת שירותים בתחום השמירה והניקיון, המתאפיינים בכך שהם ניתנים על ידי עובדים מוחלשים ובשכר נמוך, אכן הכיר בית המשפט בקושי הגלום בהצעה הפסדית. ראו דיון בנושא להלן בפרק משנה ג2.

הצורך בהתייחסות הקשרית בהסדרתן של סוגיות משפטיות מוכר במשפט, והוא מאפיין תחומי משפט רבים. עיקרו בתובנה שלעיתים, כדי להגיע להסדרה ראויה ומאוזנת, מתבקשת התייחסות חקיקתית או שיפוטית המביאה בחשבון את ההקשר האופף את הסוגיה המחייבת הסדרה.⁴ כך, לדוגמה, דיני החוזים מורכבים מדין כללי, שלצידו מערכת של דינים מיוחדים המתייחסת לסוגים שונים של התקשרויות חוזיות, כגון חוזים אחידים, חוזי בנייה, חוזי ביטוח, חוזי שמירה, חוזי נאמנות, חוזי קבלנות, חוזי מתנה ועוד.⁵ התייחסות הקשרית קיימת גם במשפט הפלילי. כך, לדוגמה, הדין הפלילי קובע דין שונה לעברה הנעשית על ידי בגיר לעומת אותה עברה כאשר היא נעשית על ידי קטין;⁶ ודין שונה למעשי גנבה זהים, תוך הבחנה בין גנבה סתם,⁷ גנבה על ידי עובד ציבור⁸ וגנבה ממעביד.⁹ הבחנה הקשרית ניתן למצוא גם במשפט החוקתי האמריקני, המבחין בין הפליה הנעשית בהקשרים שונים, המחייבת רמה שונה של "חשדנות" מצד בית המשפט.¹⁰

הסדרה הקשרית ניתן למצוא גם במשפט המנהלי. כך, לדוגמה, אצילת הסמכות המנהלית עשויה להיות לגיטימית בהקשר אחד אך לא לגיטימית בהקשר אחר;¹¹ באופן דומה, בית המשפט מייחס מידה שונה של חומרה להחלטות מנהליות מפלות, תוך הבחנה בין הפליה הנעשית בהקשר חוקתי לבין הפליה הנושאת אופי מנהלי בלבד.¹²

4 לדיון תיאורטי ביתרונות הגלומים בהסדרה ההקשרית-התחומית, להבדיל מהסדרה כללית בלבד, כפי שהם באים לידי ביטוי בגישה הריאליסטית למשפט, ראו איל פלג **אתגר העוני של המשפט המנהלי** 420–424 (2013) וההפניות המפורטות שם.

5 לדיון בהסדרה ההקשרית בתחום דיני החוזים ראו שם, בעמ' 405–415.

6 כך, ס' 40טו לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע: "א) על ענישת קטין יחולו הוראות חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971. (ב) בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסימן זה, תוך התאמתם לענישת הקטין, ככל שסבר שראוי לתת להם משקל בנסיבות המקרה."

7 ס' 384 לחוק העונשין קובע: "הגונב, דינו – מאסר שלוש שנים, והוא אם לא נקבע לגניבה עונש אחר מחמת נסיבותיה או מחמת טיבו של הדבר שנגנב."

8 ס' 390 לחוק העונשין קובע: "עובד הציבור הגונב דבר שהוא נכס המדינה או דבר שהגיע לידי מכוה עבודתו, וערכו עולה על אלף שקלים חדשים, דינו – מאסר עשר שנים."

9 ס' 391 לחוק העונשין קובע: "עובד הגונב דבר שהוא נכס מעבידו, או שהגיע לידי העובד בשביל מעבידו, וערכו עולה על אלף שקלים חדשים, דינו – מאסר שבע שנים."

10 JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 30 (1980); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1456–1553 (2nd ed. 1988). לסקירה תמציתית של הדין האמריקני בסוגיה זו ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 136–137 (1995).

11 כך, לדוגמה, בבג"ץ 2303/90 **פיליפוביץ נ' רשם החברות**, פ"ד מו(1) 410 (1992), קובע בית המשפט כי חוקיותה של החלטת האצילה תלויה, בין היתר, בסוג הסמכות המואצלת, תוך הבחנה בין סמכות חקיקתית, סמכות מעין-שיפוטית וסמכות ביצועית. ראו גם דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א 84–85 (2010) (להלן: ברק-ארו **משפט מינהלי** א).

12 ע"ם 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סד(2) 1, 42

עם זאת, בהשוואה להתייחסות ההקשרית המאפיינת ענפי משפט אחרים, מפותחים יותר, ההתייחסות ההקשרית במשפט המנהלי מצומצמת יותר, עקבית פחות וסדורה ופחות.¹³ ככלל, התייחסות הקשרית של הדין בענף משפטי מסוים מבטאת גישה מורכבת יותר למצבים המוסדרים על ידי אותו ענף, ועל כן היא מעידה לא מעט על מידת התפתחותו של ענף זה.¹⁴ ככל שהדין מפותח יותר, הוא מתאפיין בהתייחסות הקשרית מפותחת יותר, ולהפך. ניתן להבחין בכך גם באמצעות עיון בהתפתחותו של המשפט המנהלי הישראלי. כך, לדוגמה, במשך שנים התפתחה זכות העיון בפסיקתו של בית המשפט העליון. תחילה הוכרה זכות העיון במסמכי הרשות רק כאשר בקשת העיון הייתה קשורה לעניינו של המבקש;¹⁵ שנים מאוחר יותר הכיר בית המשפט בזכות העיון גם בהקשר רחב יותר;¹⁶ ולבסוף חוקק חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, המסדיר את זכות העיון

-
- (2010) (להלן: עניין **הבית הפתוח**): "החובה המינהלית לנהוג בשוויון היא רחבה מההגנה על הזכות החוקתית לשוויון"; בג"ץ 9722/04 **פולגת גינס בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פס" 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנוב, 7.12.2006): "מעמדה החוקתי של הזכות לשוויון מותנה בשילובה כחלק מהזכות לכבוד האדם... מעמד זה מותנה במהות הפגיעה בשוויון, ובמידת נגיעתה למושג כבוד האדם... טענות העותרים לפיהן הטלת הגבלות על מתן היתרים לעובדים זרים בתעשייה משמען פגיעה בזכות לשוויון ביחס לעוסקים בענפי משק אחרים אינה שקולה בגרעין, ואף בשוליה, לפגיעה בכבוד האדם. זו טענה שמשמעה, לכל היותר, טענת הפלייה במישור המעשה המינהלי של הרשות הציבורית, שעניינה השפעה על הפעילות הכלכלית-עסקית ועל התחרות והרווחיות של העוסקים"; בג"ץ 441/97 **צנוירט נ' ראש-עיריית ירושלים**, פ"ד נג(2) 798, 813 (1999): "...לא כל איסור על הפליה הוא בעל אותה חומרה: הזכות לשוויון כשהיא ערך לעצמה וכשאין לה זיקה לזכות יסוד אחרת, היא זכות פגיעה יותר." כן ראו עניין **מילר**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 132: "אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד." ראו גם רע"ב 3969/97 **מדינת ישראל נ' אבו רביע**, פ"ד נא(5) 470, 479 (1997); בג"ץ 7691/95 **שגיא נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נב(5) 577, 611-612 (1998); בג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נג(3) 485, 497 (1996); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" **ספר שמגר חלק א** 287 (2003); דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ב 678-680 (2010). עם זאת, לא כל השופטים שותפים להבחנה שבין שוויון חוקתי לשוויון מנהלי: "שוויון הוא שוויון, ולטעמי, אין – ולא צריך שתתקיים – הפרדה דיכוטומית בין 'שוויון חוקתי' לבין 'שוויון מינהלי'..." (עניין **הבית הפתוח**, לעיל בהערה זו, בעמ' 78).
- 13 ראו סקירה ודיון מקיפים בעניין זה אצל פלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 343-367. לסקירת ספרות רחבה בנושא של חשיבה הקשרית בתחום המשפט המנהלי ראו שם, בעמ' 384-404.
- 14 על המשפט המנהלי כדין צעיר ראו אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי – עילות ההתערבות** יא-יב ("הקדמה מאת מישאל חשיין") (2008); ברק-ארו **משפט מינהלי** א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 2 ו-21.
- 15 בג"ץ 337/66 **עובון פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון**, פ"ד כא(1) 69, 71 (1967); בג"ץ 142/70 **שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים**, פ"ד כה(1) 325, 331-332 (1971). במקרה האחרון ציין בית המשפט במפורש כי "הרשות אינה חייבת, ואולי אף אינה רשאית, לגלות את החומר שבידיה לאדם זר שאינו נוגע בדבר".
- 16 בג"ץ 1602/90 **שליט נ' פריס**, פ"ד מד(3) 353 (1990).

באופן מפורט ומורכב בהרבה מכפי שהיא עוגנה בפסיקה.¹⁷ התפתחות זו מדגימה יפה את הקשר שבין התפתחות המשפט להתפתחותה של גישה הקשורת.¹⁸ תכליתו של המאמר היא להפנות את הזרקור לחסרונו של שיח הקשרי בתחום דיני המכרזים ולאפשרויות הטמונות בשיח ההקשרי לפיתוח דיני המכרזים. הוא עושה כן באמצעות שורה של דוגמאות שיש בהן כדי להמחיש את הדברים. עם זאת, המאמר אינו מתיימר להציע הסדר מפורט וממצה לסוגיה זו או אחרת.

בטרם ניכנס לעובי הקורה נבהיר כי את ההתייחסות ההקשרית בתחום המכרזים ניתן לסווג לשני סוגים. הסוג האחד עוסק ביחס שבין דיני המכרזים לענפי משפט אחרים, בעיקר המשפט המנהלי,¹⁹ ובהטמעתן של נורמות חקוקות או פסקות שגובשו בענפי משפט אלה בתחום דיני המכרזים, תוך התייחסות למאפייניו הייחודיים של הליך המכרז (לדוגמה, הימנעות מהחלת עקרון השוויון בהקשרו החוקתי על מצבים המבטאים הקשר מנהלי-מכרזי גרידא).²⁰ מישור התייחסות זה הינו **חיצוני** לדיני המכרזים, שכן הוא בוחן את מערכת היחסים בינם לבין ענפי משפט אחרים. המישור האחר, **הפנימי**, עוסק בגיבושם של דיני המכרזים באופן המביא בחשבון היבטים הקשורים, כך שדין המכרזים עצמו יסדיר דילמות המתעוררות בהקשרים שונים באופן המתייחס להקשר הייחודי שבו

17 לדוגמה, מעבר לחובתה של הרשות לדרוש בבקשות עיון המוגשות לה ולהיענות להן, החוק מטיל עליה גם חובת גילוי אקטיבית של הנחיות מנהליות שהיא התקינה (ס' 6א) לחוק חופש המידע) ושל מידע הנוגע באיכות הסביבה (ס' 6א) לחוק חופש המידע).

18 ניתן לטעון לקיומו של דמיון מסוים בין הדיון בעד ונגד הסדרה הקשרית לבין הדיון המבחין בין הסדרה באמצעות כללים לבין הסדרה באמצעות סטנדרטים. לכתיבה מרכזית בסוגיה זו ראו: Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. LEGAL STUD. 257 (1974); Colin S. Diver, *The Optimal Precision of Administrative Rules*, 93 YALE L.J. 65 (1983); Pierre J. Schlag, *Rules and Standards*, 33 U.C.L.A. L. REV. 379 (1985); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Russell B. Korobkin, *Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited*, 79 OR. L. REV. 23 (2000). על כן חשוב להבהיר כי אין זהות הכרחית בין שתי הסוגיות. כך, לדוגמה, במסגרת השיח ההקשרי נטען לעיתים כי הסדרה הקשרית מצדיקה קביעתו של "כלל" צר (לדוגמה, כלל שיקבע כי במכרז לרכישת שירותים עתירי כוח אדם תיפסל הצעה הפסדית), בעוד במקרים אחרים היא מצדיקה קביעתו של "סטנדרט" רחב (לדוגמה, הוראה שתקנה לוועדת המכרזים שיקול דעת רחב בעריכת מכרזים מורכבים, ראשוניים או גדולים במיוחד).

19 ניתן לטעון – הגם שברמה נמוכה יותר של עוצמה – ליחס הקשרי גם בין דיני החוזים לדיני המכרזים, וזאת משום ש"המכרז הציבורי" הוא מקרה פרטי של "מכרז", הכפוף לדיני החוזים מכוח היותו הליך טרום-חוזי. תמיכה לכך ניתן למצוא ביחסו של בית המשפט העליון למכרז הציבורי ככפוף ל"דואליות נורמטיבית" (בג"ץ 462/79 **שרביב בע"מ נ' ראש עיריית נהריה**, פ"ד לו(1) 467, 471 (1979); בג"ץ 632/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(2) 673, 679 (1982); בג"ץ 688/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(4) 85, 90 (1982) (להלן: עניין **מיגדה השני**)) וכן בפיתוחו של סעד הפיצויים בדיני המכרזים, בין היתר מכוח דיני החוזים (ראו להלן את פסקי הדין המוזכרים בה"ש 40–42 ואת הדיון שלידין).

20 דיון בסוגיה זו ראו להלן פרק משנה ג1.

מדובר (לדוגמה, יחיל את עקרון המניעות באופן שונה על מציע בעל אמצעים לעומת מציע חסר אמצעים). עיקר עניינו של המאמר במישור זה.

פרק א של המאמר מתאר את דיני המכרזים כמשפט מנהלי הקשרי, במובן זה שמצד אחד הם מהווים חלק מהמשפט המנהלי הכללי, אך מצד אחר הם כוללים מארג של כללים חקוקים ופסוקים השונים לעיתים מאלה שנהוגים במשפט המנהלי הכללי. עובדה זו מבטאת את התובנה כי ההקשר של עריכת מכרז מחייב לא פעם הסדרים שונים מאלה שמחייבת פעולה מנהלית אחרת. פרק ב בוחן את מידת קיומה של התייחסות הקשרית בדיני המכרזים פנימה. הפרק מצביע על מצבים שבהם קיימת בדיני המכרזים התייחסות הקשרית הן במישור החקוק הן במישור הפסוק, אולם הוא מצביע גם על מצבים שבהם העדרה של התייחסות הקשרית הוביל להלכות שיפוטיות מוקשות, שנראה כי היה אפשר להימנע מהן באמצעות התייחסות שיפוטית הקשרית. פרק ג כולל כמה הצעות להעשרת ההיבט ההקשרי של דיני המכרזים, תוך הבחנה בין סוגים של מכרזים, סוגים של מציעים וסוגים של עורכי מכרזים. פרק ד מצביע על חולשותיה של התייחסות הקשרית ועל המסקנה הנובעת מכך. הפרק האחרון מסכם את המאמר.

פרק א: דיני המכרזים הציבוריים כמשפט מנהלי הקשרי-תחומי – מבט חיצוני על דיני המכרזים

בטרם נבחן את ההצדקה והצורך בהסדרה הקשרית של דיני המכרזים פנימה, מן הראוי לשים לב שדיני המכרזים בכללותם, בהיותם ענף של המשפט המנהלי, מבטאים בעצמם משפט מנהלי הקשרי-תחומי.²¹ הדבר בא לידי ביטוי בכך שדין המכרזים מבוסס אומנם על הדוקטרינות הכלליות של המשפט המנהלי²² אך במקרים לא מעטים הותאמו דינים אלה להיבטים הייחודיים של הליך המכרז. התאמה זו מבטאת הכרה של המשפט בייחודו של הליך המכרז ובשוני שבינו לבין הליך המנהלי ה"רגיל".

כך, להבדיל מההליך המנהלי ה"רגיל", ליבו של הליך המכרז הוא תחרות על משאב מוגבל, שמעורבים בה צדדים פרטיים המתחרים זה בזה. תוצאה ישירה של תחרות זו היא ביקורת אינטנסיבית ותקיפה של הצדדים המעורבים בהליך על אופן התנהלותה של הרשות בנסיבות שבהן הם הפסידו בתחרות, וחוסר סלחנות מצידם לגבי כל פגם שנפל בפעולתה של הרשות. כמו כן, בהליך התחרותי, להבדיל מההליך המנהלי ה"רגיל", הרשות נדרשת לנסח את כללי ההתנהלות שלה מראש, וחופש הפעולה שלה לסטות

21 פלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 377–419.

22 ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 769 (1994) (להלן: עניין מספנות ישראל): "צבינו, תכונותיו ואופיו של המכרז כפי שנתפס הוא במשפטנו כיום, המשפט הציבורי יצרו; והיוצר – בצלמו כדמותו הוא יוצר."

מהם בהמשך מוגבל מאוד ולעיתים אינו קיים כלל. על כך יש להוסיף כי הליך המכרז, להבדיל מההליך המנהלי ה"רגיל", כורך לעיתים קרובות הכרעות בעלות משמעות כלכלית ניכרת הן לגבי הרשות הן לגבי הצדדים הפרטיים המעורבים בו. לבסוף, הליך המכרז מתאפיין לעיתים קרובות בהתנגשות חזיתית בין ערכים שונים שהמכרז הציבורי נועד לקדם – שוויון הזדמנויות מזה ויעילות כלכלית מזה. מתח זה מציב את מקבלי ההחלטות מקרב הרשות בסיטואציה של ניגוד עניינים מובנה בין מחויבותם לעקרון השוויון לבין מחויבותם לשמירה על הקופה הציבורית. כל אלה מצדיקים את בידולו של דין המכרזים מהמשפט המנהלי הכללי, ואת גיבושם של כללים המתאימים למאפייניו הייחודיים.

דוגמה להתפתחותו של דין המכרזים כדין מיוחד ונפרד מהמשפט המנהלי הכללי ניתן לראות בהסדרתה של זכות העיון של כל מתמודד במכרז, המהווה אמצעי חשוב לבקרת עבודתה והחלטותיה של ועדת המכרזים על ידי מציע שהפסיד במכרז. כך, בתחילת דרכה נגזרה זכות העיון במסמכי המכרז מזכות העיון שהשתרשה במשפט המנהלי הכללי.²³ אולם בהמשך קיבלה זכות העיון המנהלית הכללית תוכן אחד,²⁴ בעוד שזכות העיון המכרזית קיבלה תוכן שונה,²⁵ התואם את מאפייניו הייחודיים של הליך המכרז, המחייב התנהלות מהירה ואפקטיבית. על כן, בעוד זכות העיון המנהלית מותנית בפרוצדורה מובנית ארוכה יחסית ובתיווכו של פקיד שמונה במיוחד לצורך זה ("הממונה על העמדת מידע לרשות הציבור"),²⁶ זכות העיון המכרזית מהירה הרבה יותר, והפנייה לוועדת המכרזים הינה ישירה ובלתי אמצעית; בעוד זכות העיון המנהלית עומדת לכל אדם,²⁷ זכות העיון במסמכי המכרז עומדת רק ל"משתתף" במכרז,²⁸ ובאופן מעשי רק למתמודד שהפסיד במכרז;²⁹ בעוד זכות העיון המנהלית זמינה בכל עת, זכות העיון המכרזית זמינה למשך שלושים יום בלבד מיום שנודעה לפונה תוצאת המכרז;³⁰ בעוד זכות העיון המנהלית כפופה להליך בירור מסורבל למדי מקום שמדובר במידע

23 שם, בעמ' 793–797.

24 תוכנה האחד של זכות העיון המנהלית הכללית מתרכז בחוק חופש המידע.

25 ראו תק' 21(ה) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

26 ס' 3 ו-7 לחוק חופש המידע.

27 ס' 1 לחוק חופש המידע קובע: "לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית, בהתאם להוראות חוק זה."

28 תק' 21(ה1) לתקנות חובת המכרזים קובעת: "המשתתף יהיה רשאי בתוך 30 ימים ממועד מסירת ההודעה לעיין בפרוטוקול ועדת המכרזים, בהתכתבויותיה עם המציעים, בחוות דעת מקצועיות שהוכנו לבקשתה, בעמדת היועץ המשפטי בוועדה ובהצעת הזוכה במכרז, ולקבל עותק ממסמכים אלה..."

29 להבדיל ממתמודד שזכה במכרז. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 11182/99 **עלית תעשיות בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הבטחון** (פורסם בנבו, 28.11.1999).

30 תק' 21(ה1) לתקנות חובת המכרזים.

הנוגע בצד שלישי,³¹ זכות העיון המכרזית כוללת במפורש גם את הזכות לעיין בהצעתו של הזוכה במכרז.³²

הבדל הקשרי זה בין המשפט המנהלי הכללי לבין דין המכרזים מבטא את מאפייני המיוחדים של הליך המכרז, ונותן להם ביטוי אסדרתי הולם. אולם הבדל אסדרתי מתבקש זה אינו היחיד. כך, לדוגמה, לנוכח הצורך בביטוי מהיר של עתירות בענייני מכרזים, כללי השיהוי שגיבש בית המשפט בעתירות שעניינן מכרז מחמירים יותר מכללי השיהוי הסטטוטוריים המעוגנים בתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000;³³ לנוכח חשיבותה המיוחדת של השקיפות בהליך המכרז, חובות הפרסום החלות על ועדת המכרזים בנסיבות מסוימות³⁴ שונות ומפורטות יותר מחובות הפרסום החלה ברגיל על רשויות מנהליות;³⁵ ולנוכח החשיבות שבעיגון מעמדה של ועדת המכרזים כ"מנהלת ההתקשרות" של הארגון העורך את המכרז, תקנות חובת המכרזים אוסרות במפורש על ועדת המכרזים לאצול מסמכויותיה,³⁶ וזאת להבדיל מהמשפט המנהלי הכללי, המתיר בנסיבות מסוימות אצילה של הסמכות המנהלית.³⁷

31 ס' 13 לחוק חופש המידע.

32 תק' 21 (ה)1 לתקנות חובת המכרזים. עם זאת, הזכות אינה כוללת עיון במידע שיש בו כדי לחשוף סוד עסקי או סוד מסחרי של המציע או בחוות דעת משפטית שהוגשה לוועדת המכרזים. ראו תק' 21(ה)1(א)-(ב) לתקנות.

33 עת"ם (מנהליים י-ם) 1770/09 יתרב – חברה לשיירות סיעוד ורווח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ארד (פורסם בנבו, 1.11.2009): "נוכח הדחיפות הקיימת בכל הנוגע להליכים בענייני מכרזים, על מתמודד במכרז המבקש לתקוף את החלטת ועדת המכרזים, לפעול במהירות יתרה ולעתור כנגד ההחלטה בסמוך לקבלתה. בהעדר טעמים שיש בהם כדי להצדיק עיכוב בהגשת העתירה, תידחה עתירה שהגשתה עוככה וזאת אף אם הוגשה בטרם חלפו ארבעים וחמישה ימים מיום מתן החלטת הוועדה..." (ההדגשה במקור); עת"ם (מנהליים י-ם) 1888/09 אדרי נ' שר הבינוי והשיכון, פס' 14 לפסק דינו של השופט סובל (פורסם בנבו, 27.12.2009): "ענייני מכרזים נמנים ברגיל על העניינים שבהם תקופת השיהוי קצרה בהרבה מ-45 ימים, ואינה עולה על המינימום הנדרש לשם הכנת והגשת העתירה."

34 כך, לדוגמה, תק' 11 לתקנות חובת המכרזים מורה כי על ועדת המכרזים לפרסם באתר המרשתת של עורך המכרז החלטות בדבר פטור מעריכת מכרז; תק' 3 לתקנות חובת המכרזים מורה על פרסום מראש של הכוונה להתקשר עם מציע כספק יחיד; ותק' 24ב(ג) לתקנות חובת המכרזים מורה על הותרת פרסומים אלה זמינים לעיון הציבור למשך שנה לפחות.

35 במסגרת חובה זו על הרשות לפרסם תקנות ברשומות לפי הוראות ס' 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. ס' 6(א) לחוק חופש המידע קובע כי "רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור".

36 ס' 8(ב) לתקנות חובת המכרזים קובע: "ועדת המכרזים אינה רשאית לאצול את תפקידיה לפי תקנת משנה (1)(א) עד (12)..."

37 עניין פיליפוביץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 421; ברק-ארו משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 174; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 432-433 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010). ניתן לראות באיסור האצילה הגורף שחל על ועדת המכרזים גם יישום של העיקרון הרגיל, שלפיו אצילת מסמכויות אינה אפשרית בכל סיטואציה. כך, ניתן לנמק את איסור האצילה החל על ועדת המכרזים

ההבחנות דלעיל הן בעיקרן במישור החקוק, אולם גם במישור הפסוק ניתן להצביע על פיתוח הקשרי של דיני המכרזים כנגזרת של המשפט המנהלי. דוגמה לכך ניתן למצוא בגיבושו של סעד הפיצויים לטובת מציע שהפסיד במכרז בשל טעות או עוול, בנסיבות שבהן אי-אפשר להעניק לו את הזכייה במכרז בפועל – לדוגמה, בשל מעשה עשוי.³⁸ בתחילה ראה עצמו בית המשפט העליון מנוע מלפסוק פיצויים בשל העדר סמכות לכך.³⁹ אולם בהמשך הוא מצא דרכים להתגבר על מגבלת הסמכות, תוך קביעה כי הוא מוסמך לפסוק פיצויים במקרים המתאימים לכך.⁴⁰ לאחר זמן החל בית המשפט לפתח את סעד הפיצויים בדין המכרזים, תוך שהוא גוזר את מידותיו מדיני החוזים ומהמשפט המנהלי כאחד.⁴¹

תחילה התעלם בית המשפט משאלת התאמתו של דין הפיצויים הכללי להקשר המכרזי, ובהתאם לכך קבע, בין היתר, כי כשם שצד לחוזה שנפגע מהפרתו רשאי לבחור בין סעד האכיפה לסעד הפיצויים, כך גם מציע שקופח רשאי לבחור בין הסעד של זכייה במכרז לבין פיצוי כספי בגין העוול שנגרם לו.⁴² פסיקה זו התעלמה מכך שבהקשר המכרזי אפשרות בחירה זו מעוררת קושי.⁴³ אולם כמה שנים מאוחר יותר תוקנה ההלכה, באופן המביא לידי ביטוי את מאפייניו הייחודיים של הליך המכרז.⁴⁴ באופן

בהרכבה הייחודי, המוכתב בתקנות, ובכך ששני בעלי תפקידים בה (היועץ המשפטי והחשב) נהנים מזכות וטו על החלטותיה בהתאם לתק' 10(ב) לתקנות חובת המכרזים.

38 דוגמה לכך ניתן למצוא בבג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, 31 (1962).

39 שם, בעמ' 32.

40 בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449, 454–457 (1974); עניין מיגרדה השני, לעיל ה"ש 19, בעמ' 98.

41 ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 692–694 (1993) (להלן: עניין מליבו). ראו גם דפנה ברק-ארו "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" משפט וממשל ב 35 (1994).

42 ראו עניין מספנות ישראל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 789–790: "הטוען כי קופח בהליך של מכרז, יכול שיבחר לו אחת משתי דרכים חלופיות. הדרך האחת היא, למחול על הכבוד לבצע את פרויקט המכרז, ולתבוע מאת בעל המכרז פיצויי נזק על חובה שזה האחרון הפר כלפיו... ואולם הסובר כי קופח בהליך של מכרז, אפשר לא יסכים למחול על כבודו לבצע את פרויקט המכרז, אלא ידרוש לבוא אל שלו במלואו ולזכות בביצוע בעין דווקא."

43 בעיקר בשל החשש להטלת כפל תשלום על המדינה, החשש לתמרוץ שלילי של מציעים לעתור נגד פגם שנפל בהליך המכרז ועידודם להעדיף במקום זאת תביעה לפיצוי כספי, והחשש להנצחת פעולות בלתי חוקיות שעשתה הרשות. לדיון רחב בשיקולים אלה ראו ע"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 9.9.2015) (להלן: עניין קסם מילניום); דקל מכרזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 334–337.

44 דיון מקיף והכרעה בסוגיה זו ניתנה בעניין קסם מילניום, שם. כן ראו ע"מ 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ, פסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 13.8.2007) (להלן: עניין קטימורה); ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פס' 18 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 12.4.2009); ע"א 8835/07 רם-שן שירותים והשקעות בע"מ נ' עיריית ירושלים,

דומה, בתחילה קבע בית המשפט כי כמו בדיני החוזים, גם מתמודד במכרז זכאי לפיצוי חיובי ככל שיש ביכולתו להראות כי אלמלא טעותה של ועדת המכרזים הוא היה זוכה במכרז.⁴⁵ אלא שגם במקרה זה לא חלפו שנים רבות ובית המשפט סייג הלכה זו תוך התייחסות למאפייניו הייחודיים של המכרז הציבורי.⁴⁶

בהתחשב בכך שדין המכרזים מבטא זה כבר את ייחודו של הליך הרכש הציבורי כתחום המצדיק הסדרה נפרדת מתחום המשפט המנהלי הכללי, האם מוצדקת התייחסות הקשירת גם בתוך דיני המכרזים? בטרם נעמיק בשאלה זו, נקדים ונבחן אם התייחסות הקשירת מעין זו כבר קיימת בדיני המכרזים.

פרק ב: היבטים הקשורים פנימיים בתחום המכרזים הציבוריים – תמונת מצב

עיון בחקיקה ובפסיקה בתחום המכרזים הציבוריים מעלה כי אף שהמינוח והשיח בדבר משפט הקשרי אינם נוכחים בה כמעט, התייחסות הקשירת מסוימת נוכחת בתחום המכרזים הן בחקיקה הן בפסיקה, הן במפורש הן במשמע.

1. היבטים הקשורים פנימיים בתחום המכרזים הציבוריים – המישור החקוק

במישור החקוק ההתייחסות ההקשירת הפנימית בתחום המכרזים הציבוריים באה לידי ביטוי הן ברובד הפרסונלי (החלת הסדרים שונים על עורכי מכרזים מסוגים שונים ועל מציעים מסוגים שונים) הן ברובד המהותי (החלת הסדרים שונים על סוגים שונים של התקשרויות). ברובד הפרסונלי, בעוד התקשרויותיהם של כלל משרדי הממשלה כפופות לתקנות חובת המכרזים, התקשרויותיו של משרד הביטחון כפופות לתקנות שונות, שהתאמו למאפייניו הייחודיים של הרכש הבטחוני.⁴⁷ בכך באה לידי ביטוי התובנה כי

פס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 8.12.2010); עע"ם 4028/14 איגוד ערים לאיכות הסביבה "דרום יהודה" נ' עופר ובניו חברה חקלאית בע"מ, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (פורסם בנבו, 26.5.2015) (להלן: עניין איגוד ערים).

45 עניין מליבו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 690–694.

46 עניין קטימורה, לעיל ה"ש 44, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס. כן ראו את חילוקי הדעות בין השופט מזוז לשופטת ברק-ארו בעניין איגוד ערים, לעיל ה"ש 44, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו ופסק דינו של השופט מזוז. להיבטים הקשורים נוספים של דיני המכרזים ביחס למשפט המנהלי הכללי ראו פלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 377–383.

47 תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות המכרזים במערכת הביטחון). כך, לדוגמה, בהתקיים תנאים מסוימים, התקנות החלות על מערכת הביטחון פוטרות את המשרד מעריכת מכרז כאשר מדובר ב"עסקה עם בעל רעיון חדשני וייחודי בתחום

תחום הרכש הבטחוני מצדיק הסדרה שונה מזו של הרכש הציבורי בכללותו. תקנות ייחודיות קיימות גם ביחס להתקשרויותיהם של מוסדות להשכלה גבוהה⁴⁸ ושל רשויות מקומיות,⁴⁹ אף זאת מכוח התובנה – בין אם היא מוצדקת ובין אם לאו – כי מדובר בגופים בעלי מאפיינים ייחודיים, שראוי להסדיר את התקשרויותיהם באופן הנותן ביטוי לייחוד זה.⁵⁰ חברות ממשלתיות וקופות החולים כפופות אומנם לתקנות הכלליות, אך לנוכח מאפייניהן הייחודיים לא הוחלו עליהן חלק מההסדרים החלים על משרדי הממשלה, ותחתם הוחלו עליהן הסדרים הייחודיים אך להן.⁵¹ גם כאן ניכרת, אם כן, התייחסות הקשרית.

התייחסות הקשרית מסוימת נוכחת בתחום המכרזים גם ברובד של החקיקה המהותית. כך, לדוגמה, בעוד הרשות מחויבת ככלל להקדים להתקשרויותיה מכרז פומבי, שאינו מאפשר ניהול משא ומתן עם המציעים, בהקשרים מסוימים ומוגדרים

הביטחוני" (תק' 33) לתקנות המכרזים במערכת הביטחון) או ב"עסקה שביצועה כרוך בשימוש בקו ייצור, שמשקולים בטחוניים יש ענין לקיימו באופן רצוף, כאשר יש מקום להניח שקיום מכרז לגבי עסקאות כאמור יגרום לסגירתו של הקו" (תק' 53) לתקנות המכרזים במערכת הביטחון). הבחנה בין רכש של הממשל בכללותו לבין רכש בטחוני ניתן למצוא גם במערכת הכללית המסדירה את הרכש הפדרלי בארצות הברית. כך, בעוד הרכש הכללי מוסדר ב-Federal Acquisition Regulation (FAR) (זמין בכתובת www.acquisition.gov/browsefar; להלן: FAR), הרכש הבטחוני מוסדר ב-Defense Federal Acquisition Regulations System (DARS) וב-Defense Federal Acquisition Regulation Supplement (DFARS).

48 תקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), התש"ע-2010 (להלן: תקנות המכרזים במוסדות להשכלה גבוהה). כך, לדוגמה, בהתקיים תנאים מסוימים, מוסד להשכלה גבוהה פטור מעריכת מכרז ככל שמדובר ב"התקשרות לרכישת מכשור מדעי, ספרות מדעית, ציוד מדעי וחומרים המשמשים לפעילות השכלה גבוהה ושירותים החיוניים למחקר... הנדרשים בשל מאפייניהם הרלוונטיים לצורך פעילות ההשכלה הגבוהה..." (תק' 8 לתקנות המכרזים במוסדות להשכלה גבוהה).

49 תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987. כך, לדוגמה, בעוד כלל הגופים הציבוריים רשאים לקיים משא ומתן עם מציעים במכרז בהתקיים נסיבות מסוימות (תק' 7 א) לתקנות חובת המכרזים), רשויות מקומיות מנועות מכך באופן גורף (תק' 18 א לתקנות העיריות (מכרזים)). הבחנה בין הסדרת הרכש של השלטון המרכזי להסדרת הרכש של השלטון המקומי ניתן למצוא גם בארצות הברית. כך, תקנות הרכש הפדרליות (FAR, לעיל ה"ש 47) חלות על התקשרויות של הממשל הפדרלי בלבד, בעוד הרכש המדינתי והרכש של השלטון המקומי מוסדרים על ידי כל רשות באופן עצמאי, השונה ממדינה למדינה ומרשות מקומית לרשות מקומית. לנסיון האחדה של הסדרים אלה ראו The 2000 ABA Model Procurement Code for State and Local Governments ו-The 2000 ABA Model Procurement Code – Recommended Regulations for State and Local Governments, שגיבשה לשכת עורכי הדין בארצות הברית.

50 בהקשר זה ראוי לציין כי לא כל הבחנה הקשרית הינה מוצדקת וראויה בהכרח. כך, לדוגמה, ניתן לטעון כי ההצדקה להסדרה שונה של התקשרויותיה של מערכת הביטחון ניתנת להצדקה במצבים מעטים בלבד. באופן דומה ניתן לטעון כי ככלל אין הצדקה להבחנה בין מכרז של משרד ממשלתי למכרז של עירייה. ניתוח מפורט וביקורתי של כל אחד מההסדרים השונים חורג ממסגרת המאמר.

51 ראו פרק ה ופרק משנה 11 לתקנות חובת המכרזים.

מחוקק המשנה מאפשר לרשות להסתפק בעריכת מכרז סגור,⁵² בהקשרים מוגדרים אחרים הוא מאפשר לה לנהל משא ומתן עם המציעים במכרז,⁵³ ובנסיבות מוגדרות אחרות היא רשאית להתקשר ללא עריכת מכרז כלל.⁵⁴ בכך באה לידי ביטוי התובנה של מחוקק המשנה כי הכלל בדבר עריכת מכרז פומבי אינו ראוי ליישום אחיד בכל מצב, וכי בהקשרים שונים מתבקשת הסדרה שונה.

ביטוי להתגברותה של המודעות לנקודת המבט ההקשרית במישור החקיקתי ניתן למצוא במסגרת הרפורמה המקיפה שנערכה בתקנות חובת המכרזים בשנת 2009.⁵⁵ דוגמה אחת לכך היא הוספת שורה של תקנות שתכליתן להגן על עובדים מוחלשים בתחום השמירה והניקיון מפני פגיעה בזכויותיהם הסוציאליות על ידי הזוכה במכרז במטרה לחסוך בעלויות.⁵⁶ התקנות שנוספו מאפשרות לוועדת המכרזים לתת משקל – הן במישור תנאי הסף הן במישור אמות המידה – למידת השמירה על זכויותיהם של עובדים המועסקים על ידי מתמודדים במכרזים בתחומים עתירי כוח אדם. תקנות אלה משקפות בבירור את התובנה שלמכרז לרכישת שירותים עתירי כוח אדם יש מאפיינים ייחודיים, שעיקרם סכנה מוגברת לפגיעה בזכויותיהם הסוציאליות של עובדי הספק. כדי להפחית סיכון זה, הטמיע מחוקק המשנה תקנות המכוונות במיוחד לסוג זה של מכרזים.⁵⁷

דוגמה נוספת לתובנה הקשרית ברפורמה של שנת 2009 ניתן למצוא בהוספת תקנה 5 לתקנות חובת המכרזים, שיצרה הבחנה בין הליך תחרותי לבחירת בעל מקצוע מומחה באופן כללי (תקנה 5) לבין הליך תחרותי לבחירת מתכנן בתחום הבנייה והתשתיות (תקנה 5א), תוך צמצום התחרות על רכיב המחיר בהליך תחרותי לבחירת מתכנן בתחום הבנייה. הבחנה זו משקפת את התובנה שלהבדיל מרוב התחומים האחרים, בתחום הבנייה והתשתיות תכנון רשלני עלול לעלות בחיי אדם. לכן בבחירת מתכנן בתחום הבנייה הדגש צריך להיות באיכותו המקצועית של המתכנן, ופחות בעלותו של השירות שהוא עתיד לספק.⁵⁸

דוגמה שלישית להתייחסות הקשרית ברפורמה של שנת 2009 ניתן למצוא בהוספת שורה של הליכים תחרותיים לארגו הכלים של ועדת המכרזים. תוספת זו משקפת את

52 תק' 4 לתקנות חובת המכרזים; תק' 8 לתקנות העיריות (מכרזים).

53 תק' 7 (א) לתקנות חובת המכרזים. מכוח הוראות תק' 18 לתקנות העיריות (מכרזים), אפשרות זו אינה עומדת לרשות מקומיות.

54 תק' 3 לתקנות חובת המכרזים; תק' 3 לתקנות העיריות (מכרזים).

55 תקנות חובת המכרזים (תיקון), התשס"ט-2009, ק"ת 442.

56 ראו תק' 6(א), 4, 6א, 20(ד) ו-22(א) (6) לתקנות חובת המכרזים.

57 להרחבה בהיבט זה ולהצעות נוספות בהקשר של מכרזים להתקשרויות עתירות כוח אדם, ראו להלן פרק משנה ג.

58 תובנה זו הינה פרי עבודתה של ועדת זיילר, שהוקמה בעקבות "אסון אולמי ורסאי", שבו נהרגו עשרים ואחד אנשים כתוצאה מהתמוטטות רצפה באולם שמחות. ראו ועדת החקירה הממלכתית לעניין בטיחות מבנים ומקומות המשמשים ציבור דו"ח הוועדה פרק 27 (2003) elyon1.court.gov.il/heb/veadot/versay_full/a.htm.

התובנה הכללית שסוג אחד של מכרז אינו יכול לתת מענה הולם לכל סוגי ההתקשרויות, ועל כן ראוי להתאים לכל סוג של התקשרות את ההליך התחרותי המתאים לו. כך, לדוגמה, הוסדר בתקנות חובת המכרזים כיצד יש לערוך מכרז עם שלב של מיון מוקדם, מכרז עם בחינה דו-שלבית, מכרז עם הליך תחרותי נוסף, מכרז מסגרת ומכרז ממוכן (במרשתת).⁵⁹ גם מהלך זה מבטא חשיבה הקשרית.

גם בחקיקה זרה ניתן למצוא התייחסות הקשרית. כך, לדוגמה, הנחיות האיחוד האירופי בתחום הרכש הממשלתי הציעו בעבר הסדרים שונים לגבי רכש של טובין, של שירותים, של עבודה או של מוצרים ציבוריים.⁶⁰ ההנחיות אף מעודדות אימוץ של פרוצדורות תחרותיות באופן התואם את נסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.⁶¹ גישה דומה ניתן למצוא גם בתקנות הרכש הפדרליות בארצות הברית, המנחות את הרשות לבחור במנגנון התחרותי המשקף באופן היעיל ביותר את צורכי הרשות בנסיבות העניין.⁶²

לסיכום, החקיקה בתחום המכרזים מבטאת כבר כיום התייחסות הקשרית במקרים לא מעטים.⁶³ האם הגישה ההקשרית נוכחת גם בפסיקת בתי המשפט בתחום המכרזים? על כך להלן.

59 תק' ג17-ג117 ו-19א-19 לתקנות חובת המכרזים.

60 עד שנת 2004 היו רכש של טובין, רכש של שירותים, רכש של עבודה ורכש של מוצרים ציבוריים כפופים להנחיות שונות. בשנת 2004 אוחדו ההנחיות בנוגע לרכש של טובין, של שירותים ושל עבודה לכלל הנחיה אחת (European Parliament and Council Directive 2004/18/EC of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts). מצב זה לא השתנה גם בהנחיה משנת 2014, שהחליפה את ההנחיה משנת 2004 (European Parliament and Council Directive 2014/24/EU of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (להלן: הנחיה 2014/24/EU)). עם זאת, עדיין עומדת כיום בעינה הנחיה נפרדת המסדירה את הליכי התחרות והרכש של מוצרים ציבוריים (European Parliament and Council Directive 2014/25/EU of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (להלן: הנחיה 2014/25/EU)).

61 ראו הנחיה 2014/24/EU, שם, ס' 40 להקדמה: "There is a great need for contracting authorities to have additional flexibility to choose a procurement procedure, which provides for negotiations... Member States should be able to provide for the use of the competitive procedure with negotiation or the competitive dialogue, in various situations where open or restricted procedures without negotiations are not likely to lead to satisfactory procurement outcomes". כן ראו שם, ס' 26(4).

62 ראו FAR, לעיל ה"ש 47, ס' 6.101(b) "Contracting officers shall provide for full and open competition through use of the competitive procedure(s) contained in this subpart that are best suited to the circumstances of the contract action and consistent with the need to fulfill the Government's requirements efficiently (10 U.S.C. 2304 and 41 U.S.C. 3301)".

63 בהמשך המאמר יוצע לפתח את הגישה ההקשרית החקיקתית בכמה היבטים נוספים.

2. היבטים הקשריים פנימיים בתחום המכרזים הציבוריים – המישור הפסוק

עיון בפסיקת בתי המשפט בתחום המכרזים הציבוריים מגלה מודעות שיפוטית מוגבלת בלבד להיבטים הקשריים פנימיים הנוגעים בעריכת המכרז ובניהולו. דוגמה להתייחסות הקשרית ניתן למצוא בהבחנה שבית המשפט עורך לעיתים בין מכרז פשוט ושכיח לבין מכרז מורכב וייחודי, וזאת לצורך הכרה בסמכותה של ועדת המכרזים להפעיל במקרה של מכרז מורכב שיקול דעת רחב יותר בהערכת ההצעות, ובאפשרות העומדת לה במקרה זה לחרוג במידת מה מתנאי המכרז, ככל שמדובר בחריגה שאינה מהותית ואשר אינה פוגעת יתר על המידה בעקרון השוויון. כך, בפסק הדין בעניין **שידורי עדן**,⁶⁴ שעניינו מכרז למתן רישיונות להפעלת שידורים של טלוויזיה מסחרית, קבע בית המשפט כי "הכלל שאומץ בפסיקת בית-משפט זה ביחס לדרך ניהולם של מכרזים מורכבים הוא שכל עוד נשמרת ההקפדה המהותית על עקרון השוויון, ניתן לסטות מכללי המכרז ולאפשר את תיקונם של פגמים קלים שנפלו בהצעות".⁶⁵ תפיסה דומה ביטא בית המשפט גם בפסק הדין בעניין **קל בנין**,⁶⁶ שעניינו מכרז מורכב לתכנון, להקמה ולתפעול של מכון לטיהור שפכים במימונו של הספק. במסגרת ההליך השיפוטי נטען כי תחת מסווה של הבהרת ההצעה אפשר עורך המכרז למציע שזכה במכרז לשנות את הצעתו, באופן שהיווה משא ומתן אסור.⁶⁷ לאחר שדן בטיבם של אותם שינויים וציין כי הם אינם מהותיים, קבע בית המשפט (מפי השופטת פרוקצ'יה) כי לנוכח ייחודו של המכרז ומורכבותו אין מקום להתערבות שיפוטית בהחלטתה של ועדת המכרזים,⁶⁸ ובלשון בית המשפט:

"מיתחם המותר והאסור ביישומם של כללי המכרז הספציפי נגזר במידה רבה מאופיו המיוחד של המכרז ומתכליותיו. לא הרי מכרז לקבלת הצעות בתחומים מוגדרים ופשוטים אשר כל פרטיו הטכניים ידועים, מגובשים וברורים מראש, כהרי מכרז העוסק בתחום טכני מיוחד, המחייב ידע ומומחיות מקצועיים ייחודיים, ומותר תחום נרחב לתכנון פרטני עתידי. השוני בין סוגי המכרזים כאמור עשוי להשפיע גם על אופיין של הצעות המציעים ולהשליך במישרין על

64 ע"מ 5678/01 **שידורי עדן בע"מ נ' אפיק רום – הערוץ הישראלי החדש בע"מ**, פ"ד נו(1) 917 (2001) (להלן: עניין **שידורי עדן**).

65 שם, בעמ' 922.

66 ע"מ 3190/02 **קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ**, פ"ד נח(1) 590 (2003) (להלן: עניין **קל בנין**).

67 שם, בעמ' 597. דובר בהצעה לספק מסנן שאינו עונה במדויק על דרישות המכרז, ובתכנון מתקן הטיהור לעומסים נמוכים מאלה שנדרשו במכרז. ראו שם, בעמ' 605–606.

68 שם, בעמ' 609.

היקף הצורך בהידברות בין המזמין לבין המציע לצורך קבלת הסברים והבהרות להצעה.⁶⁹

ובהמשך:

"מרווח ההידברות בין הצדדים למכרז לצורך הבהרות וסילוק אי-ודאות אינו מושג סטטי בעל משמעות זהה בכל מכרז, יהא אשר יהא נושא וטיבו. מרווח זה נגזר במידה רבה מאופיו של המכרז, מתכליתו, מטיב הדרישות שהוא מציב, מהיקף הפרטים והנתונים שהוא כולל וממידת הנוקשות הנדרשת לגבי נתוני הצעות המשתתפים לעומת גמישות אפשרית בהצגתם.⁷⁰"

בתמצית, בית המשפט קבע כי החלטה של ועדת מכרזים לאפשר למציע לתקן היבטים שונים בהצעתו עשויה להיות אסורה במכרז פשוט ושגרתית אך מותרת במכרז מורכב וייחודי;⁷¹ או במבט רחב יותר – החלטה או פעולה של ועדת מכרזים עשויה להיות לא לגיטימית בהקשר אחד אך להיתפס כלגיטימית כאשר היא נעשית בהקשר אחר.⁷²

69 שם, בעמ' 598–599.

70 שם, בעמ' 606.

71 התייחסות הקשרית זו אומצה ויושמה על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים במקרים נוספים של מכרזים מורכבים, תוך הסתמכות על פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין **קל בנין**. ראו, לדוגמה, עת"ם (מנהליים ת"א) 14562-01-16 Alstom Transport S.A. **נ' רכבת ישראל בע"מ**, פס' 3 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן (פורסם בנבו, 19.4.2016), שעסקה במכרז רחב היקף של רכבת ישראל לחשמולן של מסילות הרכבת ברחבי המדינה; עת"ם (מנהליים ת"א) 11800-03-16 **מלט הר טוב בע"מ נ' חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ** (פורסם בנבו, 16.5.2016), שעסקה במכרז להפעלת רציף בנמל לפריקת מלט; עת"ם (מנהליים י-ם) 46663-09-12 **סופרבוס ושות' נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה**, פס' 68–69 לפסק דינו של השופט דראל (פורסם בנבו, 6.1.2013), שעניינה מכרז להפעלת קווי שירות לתחבורה ציבורית; עת"ם (מנהליים י-ם) 32245-12-11 **מלם מערכות בע"מ נ' משרד האוצר – החשב הכללי – מינהל הרכש הממשלתי**, פס' 15 ו-38 לפסק דינה של השופטת בן-אור (פורסם בנבו, 19.1.2012), שעניינה מכרז מורכב להספקת תוכנה לניהול תוכן ארגוני למשרדי הממשלה. כן ראו עת"ם (מנהליים י-ם) 51671-02-11 **מ.א.ה מנרב – אלקטרה – הדרכה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – אגף החשב הכללי**, פס' 10 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 10.4.2011); עת"ם (מנהליים י-ם) 51671-02-11 **מ.א.ה מנרב – אלקטרה – הדרכה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – אגף החשב הכללי**, פס' 11 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 25.1.2012) (שני פסקי הדין להלן: **פרשת מ.א.ה מנרב**); עת"ם (מנהליים י-ם) 1918/09 **חברת בית יובלים בע"מ נ' מנהל נכסי הדיור הממשלתי בחשב הכללי משרד האוצר**, פס' 20 לפסק דינה של השופטת בן-אור (פורסם בנבו, 31.1.2010).

72 התייחסות הקשרית ניתן להלף גם מפסיקתו של השופט חשין בפסק הדין בעניין **מספנות ישראל**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 772–773, 776 ו-780–781, אשר מבחין בין מכרז רגיל או נוקשה, היאה להתקשרויות פשוטות ושגרתיות, לבין "מעין מכרז" או "מכרז גמיש", המתאימים להתקשרויות

עם זאת, אי־אפשר לומר כי ההתייחסות ההקשרית הפנימית המתוארת לעיל מאפיינת את פסיקתו של בית המשפט בתחום המכרזים. העדר ההתייחסות ההקשרית בפסיקת בית המשפט יוצר רושם של חוסר מודעות (או אולי חוסר מוכנות) של בית המשפט להתייחסות הקשרית פנימית. חוסר מודעות זה מוביל להחלתן של נורמות כלליות במצבים שעשויים להצדיק התייחסות הקשרית, דבר המוליד לעיתים תוצאה מוקשית; או לשינוי בעייתי של נורמה כללית שתכליתו להימנע מתוצאה לא רצויה במקרה ספציפי, אולם זאת כאשר נראה כי היה אפשר להימנע מתוצאה לא רצויה זו באמצעות התייחסות הקשרית פנימית. נדגים.

דוגמה למצב הראשון, שנראה כי הצדיק לכל הפחות התייחסות הקשרית, ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **אמישראל**,⁷³ שעניינו מכרז למתן רישיון להקמה ולהפעלה של מערכת לחלוקת גז טבעי באזור הדרום למשך תקופה של עשרים וחמש שנה. דובר במכרז ראשון מסוגו שנערך בארץ בתחום זה – מכרז ייחודי, ראשוני ומורכב, שהיקפו עשרות מיליוני דולרים, ואשר יש לו חשיבות אסטרטגית למשק בכללותו החורגת מחשיבותו של המכרז הספציפי. אף לא אחד מהנוגעים בדבר – עורכי המכרז ומציעים כאחד – היה בעל ניסיון בתחום של חלוקת גז טבעי, לא כל שכן בעריכת מכרזים בתחום זה. אחד מתנאי הסף להתמודדות במכרז היה ניסיון של חמש שנים לפחות בהפעלת רשת חלוקה של גז טבעי בהיקף מצטבר של 100 ק"מ לפחות. דרישה זו היה אפשר למלא גם באמצעות קבלן משנה של המציע. במכרז זכתה חברת אמישראגז, שהצעתה קיבלה ציון משוקלל של 97.75 מתוך 100. אולם לאחר סיום המכרז התברר כי קבלן המשנה שהוצע על ידיה (EN) אינו מקיים את התנאי דלעיל כלשונו. לקבלן היה אומנם ניסיון בהפעלה ובתחזוקה של רשת חלוקת גז בהיקף של יותר מ-50,000 ק"מ (פי 500 מהנדרש), אך נסיונו במועד הגשת ההצעות עמד על כארבע שנים וחצי בלבד. הסיבה לכך הייתה שדובר בתאגיד שהיווה בעבר מחלקה בתאגיד אנרגייה גדול (Nicor Gas), וארבע שנים וחצי לפני עריכת המכרז הוא הואגד כאישיות משפטית עצמאית ונפרדת. נוסף על כך, כמחצית ממניות EN נמכרו לגוף אחר, כך שבעת ההתמודדות במכרז החזיקה Nicor Gas רק בכמחצית מהון המניות של EN. עם זאת, כל הפעילות של הפעלת רשתות החלוקה של גז טבעי הועברה מ-Nicor Gas ל-EN (כאמור, יותר מ-50,000 ק"מ), ורבים מהמנהלים ומהעובדים המקצועיים שעבדו ב-Nicor Gas עברו אף הם לתאגיד החדש, כך שמבחינה מהותית ופונקציונלית לא הייתה מחלוקת כי מדובר בקבלן מנוסה שכשיר לקיים את ההתקשרות. עם זאת, מבחינה פורמלית ההצעה אכן לא עמדה בתנאי הסף. בית המשפט העליון קבע (ברוב דעות) כי בנסיבות העניין מדובר בפגם מהותי המחייב את פסילת ההצעה. החלטה זו הובילה לביטול המכרז בכללותו ולדחייה

מורכבות ובעלות היקף כספי ניכר. בית המשפט מציין כי ב"מעין מכרז" מסור לוועדת המכרזים שיקול דעת רחב יותר בניהול המכרז ובהתייחסות להצעות שאינן עומדות במדויק בדרישות המכרז לעומת זה המסור לה במכרז רגיל.

73 ע"מ 5949/07 **אמישראל** – גז טבעי בע"מ נ' פד-גז (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 28.4.2008) (להלן: עניין אמישראגז).

משמעותית בהקמת רשת החלוקה, על הפגיעה הכלכלית הכלל-משקית שהייתה כרוכה בכך, אשר בית המשפט היה מודע לה בהחלט.⁷⁴ החשוב לענייננו הוא שבית המשפט החיל על נסיבות העניין את הכלל הרגיל בדבר פסילת הצעה שאינה תואמת תנאי סף במכרז, מבלי לדון בשאלה אם ראשוניותו של המכרז, מורכבותו, ייחודו וחשיבותו לכלל המשק מצדיקים בנסיבות העניין החלה גמישה יותר של דרישות המכרז. אומנם, ניתן למצוא בפסק הדין התייחסות הקשרית חלקית (להיקף הכספי של המכרז),⁷⁵ אך פסק הדין נעדר התייחסות למכלול המאפיינים ההקשריים שצוינו לעיל. פסק הדין גם אינו מזכיר את ההלכות שגובשו בפסקי הדין שקדמו לו בעניין **שידורי עדן** ובעניין **קל בנין**,⁷⁶ ועל כן אין בו כל התמודדות עם השאלה מדוע לא תוחל הגישה ההקשרית שיושמה בפסקי דין אלה גם במקרה דנא, אשר על פני הדברים תאם את אמות המידה שגובשו שם. נראה כי המכרז שנדון בפרשה זו הצדיק דיון הקשרי מקיף ויסודי, אשר אילו נערך היה עשוי להשפיע גם על תוצאת הערעור. אולם גם אם דיון הקשרי כזה לא היה משנה את תוצאת פסק הדין, דבר שאין כמובן לדעת, היה בו ערך רב, הן כתרומה למידת השכנוע הגלומה בפסק הדין הן כהנחיה לוועדות מכרזים עתידיות.

דוגמה למקרה שבו ביקש בית המשפט להימנע מתוצאה לא רצויה במקרה הקונקרטי, וכתוצאה מכך קבע הלכה מוקשית, לא ברורה ומלאה סתירות, שהיה אפשר למונעה באמצעות נימוק הקשרי, ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **אדמונית החורש**.⁷⁷ עניינה של פרשה זו במכרז שערך המוסד לביטוח לאומי למתן שירותי סיעוד לקשישים.⁷⁸ על פי תנאי המכרז, המציעים שצלחו את תנאי הסף דורגו על פי מדדי איכות, וצוותו ל-314 ועדות הפזורות ברחבי הארץ. לכל ועדה גובשה רשימת זוכים, שאורכה נגזר ממספר הקשישים המטופלים על ידי אותה ועדה, והרכבה נקבע בהתאם לניקוד שקיבלו ההצעות השונות. בפועל, בתום המכרז נותרו לא מעט ועדות שרשימת הספקים בכוח שלהן לא מולאה. עוד חשוב לציין כי לגבי רוב רובם של המציעים הייתה הזכייה במכרז בבחינת "להיות או לחדול", שכן המתמודדות במכרז היו חברות ועמותות שכל עיסוקן במתן שירותי סיעוד לקשישים, הניתנים מכוח ההתקשרות מושא המכרז עם

74 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ביניש. דעת המיעוט גרסה כי יש להחזיר את העניין לדיון בוועדת המכרזים, כדי שתשקול אם ניתן וראוי לערוך בנסיבות העניין מעין הרמת מסך בין קבלן המשנה לתאגיד המקור שלו.

75 השופטת ביניש מנמקת את פסק דינה בדבר דחיית הערעור, בין היתר, בכך ש"דווקא משום שמדובר במכרז שתחיתי משמעותי בעל היקף כספי של עשרות מיליוני דולרים, שעניינו הוא במתן רישיון לתקופה של 25 שנה, חשובה בו ההקפדה על העקרונות שגובשו בדיני המכרזים הציבוריים במשפטנו בכלל ועל עקרון השוויון בפרט". שם.

76 עניין **שידורי עדן**, לעיל ה"ש 64; עניין **קל בנין**, לעיל ה"ש 66.

77 ע"מ 5834/09 **אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 31.1.2010) (להלן: עניין **אדמונית החורש**).

78 המחבר ייעץ למוסד לביטוח לאומי בעריכת המכרז, ואף ייצג אותו בהליך השיפוטי. כמה מהנתונים שיפורטו להלן אינם מוזכרים בפסק הדין, אך היו ידועים לבית המשפט בשעה שפסק בתיק.

המוסד לביטוח לאומי. לפיכך, להבדיל ממכרז "רגיל", שבו לא־זכייה במכרז אין בדרך כלל משמעות קיצונית מבחינת המציע המפסיד, במקרה דנא משמעותה המעשית של אי־הזכייה הייתה סיום פעילותו העסקית של המציע ופיטורים של כלל עובדיו.⁷⁹ נוסף על כך, לגבי רוב המתמודדים במכרז הייתה זו התמודדותם הראשונה במכרז, כך שרבים מהם לא היו מודעים למידת ההקפדה הנדרשת ביחס להצעות בכלל וביחס לערבות הבנקאית הנלווית להצעה בפרט. קרי, מדובר במכרז שזכייה בו הקנתה זכות להיכלל ברשימה של ספקים בכוח ("מכרז רשימה"), שהפסד בו היה הרה אסון מבחינת המתמודד, ושהמתמודדים בו לא היו אמונים על התמודדות במכרזים.

אדמונית החורש עצמה העסיקה במועד עריכת המכרז כ־280 עובדים. בעליה של החברה היה נכה צה"ל מהמגזר הדרוזי, והחברה הייתה היחידה מבין אלה שהעניקו שירותים למגזר הדרוזי שגם השתייכה למגזר זה. דא עקא, שבהצעתה של אדמונית החורש נפל פגם: בערבות שצורפה להצעתה, שנדרשה להיות בסכום של 50,000 ש"ח, במקום הסימן "שח" הופיעה האות הספרדית "ñ" (ñ 50,000), מה שהפך לכאורה את הערבות לחסרת פשר, ועורר ספק לגבי האפשרות לחלטה במקרה הצורך. על רקע זה החליטה ועדת המכרזים לפסול את ההצעה. עתירה שהגישה אדמונית החורש נגד ההחלטה נדחתה על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים,⁸⁰ וכך אף בקשתה לעכב את תוצאת פסק הדין עד להכרעה בערעור.⁸¹ מעניין שנימוק מרכזי שעמד בבסיסה של החלטה שיפוטית זו (של השופטת פרוקצ'יה) היה סיכויי הנמוכים של הערעור להתקבל. אולם לא כך אירע בפועל.

נראה כי צירוף נדיר של נסיבות הביא לידי כך ששלושת שופטי בית המשפט העליון שדנו בערעור חשו כי פסילת הצעתה של אדמונית החורש הינה תוצאה לא ראויה בנסיבות העניין. צירוף זה כלל את המשמעות הקשה של פסילת ההצעה (סגירתו של המציע, פיטורים של מאות עובדים, פגיעה בנכה צה"ל ובמגזר הדרוזי); הפגיעה השולית במציעים האחרים אם ההצעה תוכשר (שכן הדבר יוביל לצירופה של אדמונית החורש לרשימת הספקים בכוח, מבלי שמציע אחר יידחק עקב כך מהרשימה); הסברה כי מדובר בטעות שנפלה בתום לב; העובדה שהגורם שטעה אינו המציע עצמו, אלא

79 במצב שבו עורך המכרז הוא המעסיק הבלעדי או הדומיננטי בתחום שלגביו נערך המכרז, פסילתה של הצעה בגין פגם שאינו משמעותי יכולה להיתפס כפגיעה לא מידתית בזכות היסוד לחופש העיסוק (בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נגד 673, 681 (1999): "רשות המהווה מנופול לעניין העסקתם של בעלי מקצועות או משלחי־יד מסוימים, או שהיא צרכנית יחידה של תוצרי עבודתם, והמטילה הגבלות על העסקתם או על ההיקקות לתוצרי עבודתם, פוגעת בכך בחופש העיסוק. המעמד המונופוליסטי הוא המאפשר לרשות לשלול את אפשרות העיסוק גם בלי להטיל עליו איסור פורמאלי").

80 עת"ם (מנהליים י-ם) 1457/09 אלרואד למתן שירותי סיעוד, רווחה בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי – אגף סיעוד (פורסם בנבו, 9.7.2009) (מפי הנשיאה מוסיה ארד) (להלן: עניין אלרואד).

81 עע"ם 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 29.7.2009) (החלטה בבקשה לעיכוב ביצוע).

הבנק;⁸² העובדה ששפת האם של מנהלי המציע אינה עברית, מה שאולי הקשה עליהם לשים לב לפגם שנפל בכתב הערבות; והעובדה שהמציע לא היה מודע לכך שנדרשת ממנו מידת הקפדה עילאית באופן כללי, ובכלל זה גם לגבי מסמכים שלא הוא עצמו הכין. על כך יש להוסיף שאדמונית החורש צירפה לעתירתה מכתב מהבנק, שבו נכתב כי מדובר בטעות קולמוס, וכי אילו הוגשה הערבות לפירעון, היה הבנק מכבד אותה. אולם מכתב זה נוסח לאחר שהערבות כבר פקעה וממילא כבר לא הייתה ניתנת לחילוט. כל אלה יכלו להצדיק פסיקה המכירה בסמכותה של ועדת המכרזים לאפשר למציע לתקן פגם שנפל בהצעתו בנסיבות המיוחדות של המקרה דנא – לדוגמה, במצב שבו אין בתיקון הפגם כדי לפגוע באופן מהותי במציעים האחרים, בעוד שפסילת ההצעה תגרום למציע נזק עצום, עד כדי הפסקת פעילותו לחלוטין. אך לא זו הדרך שבה פסע בית המשפט העליון.

השופט מלצר, שכתב את פסק הדין המרכזי, מנע את פסילת הצעתה של אדמונית החורש באמצעות ניסוח של סייג להלכות ה"רגילות" בדבר היחס המחמיר מאוד כלפי פגם בערבות הבנקאית. לפיכך הוא קבע כי ניתן להכשיר ערבות פגומה במקרים חריגים כגון –

"פגם בערבות בנקאית הנובע מפליטת קולמוס, או מטעות סופר, או מהשמטה מקרית, או מהוספת דבר באקראי (להלן ביחד: **טעות**), כאשר – **כתנאים מצטברים** – חייבות להתקיים דרישות נוספות אלה: (א) הטעות נלמדת מהערבות עצמה; (ב) ניתן לעמוד על כוונתו המדויקת של השוגה, תוך שימוש בראיות אובייקטיביות מובהקות, המצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרזים; (ג) על פני הדברים נראה כי הטעות, או אי־גילוייה טרם הגשת ההצעה, מקורם בתום לב והם נובעים מהיסח דעת גרידא ולא מכוונת מכוון כלשהי של המציע, או של הבנק הערב; (ד) אין בטעות ובתיקונה כדי להקנות למציע יתרון הפוגע בעקרון השוויון וביתר הכללים של דיני המכרזים."⁸³

השופט מלצר ציין כי בנסיבות העניין מדובר בפליטת קולמוס הזועקת לתיקון, שכן ברור שהטעות נפלה בתום לב, שבנק המכבד את עצמו היה מכבד את הערבות, ושאינן בפגם כדי לפגום בתכליות הערבות בדבר העדה על חוסנו של המציע וגמירות דעתו להתקשר בחוזה. על כן היה ראוי להבליג על הפגם בנסיבות העניין.⁸⁴ השופט רובינשטיין, אשר בפסיקה קודמת שלו הביע עמדות קשיחות ונחרצות מאוד נגד הצורך לאפיין ולהבחין בין פגמים טכניים לפגמים מהותיים בכלל, ובערבות הבנקאית בפרט,

82 פגם זהה נפל גם בערבות שהגישה מתמודדת נוספת במכרז (עניין **אלרואד**, לעיל ה"ש 80), וזאת באותו סניף בנק.

83 עניין **אדמונית החורש**, לעיל ה"ש 77, פס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשות במקור, ההפניות הושמטו).

84 שם, פס' 7–8 לפסק דינו של השופט מלצר.

וכן הנחה את ועדות המכרזים לנקוט גישה מחמירה בהצעות פגומות,⁸⁵ שילם מס שפתיים למדיניותו זו גם במקרה דנא, אך בסופו של יום הצטרף לפסק דינו של השופט מלצר, תוך שהוא מפציר בקורא לא לראות בכך סימן לשינוי בגישתו.⁸⁶ משקל מכריע ייחס השופט רובינשטיין למכתבי הבנק שצורפו לעתירה, שבהם ציין כאמור הבנק כי מדובר בטעות קולמוס, וכי אילו הוגשה הערבות לפירעון, הוא היה מכבד אותה.⁸⁷ זאת, בניגוד לעמדתו של השופט מלצר – שציין בפסק דינו במפורש כי ועדת המכרזים לא הייתה רשאית לייחס למכתב מאוחר זה משקל כלשהו בהחלטתה⁸⁸ – ועל אף העובדה שמדובר במכתב שנופק לאחר שהערבות כבר פקעה ועל כן לא היה בו כדי להטיל על הבנק חבות כלשהי. הגדיל לעשות השופט הנדל, אשר דחה את המבחן שהציע השופט מלצר,⁸⁹ ותלה את החלטתו להצטרף לאותה תוצאה במכתבי הבנק לברם.⁹⁰

פסק הדין מעורר שורה של קשיים, שהרחבה בהם חורגת מענייניו של מאמר זה, ועל כן נציגם בקיצור רב. ראשית, פסק הדין עומד בסתירה לפסיקה המחמירה של בית המשפט העליון בסוגיית הערבות הבנקאית – עובדה הזורעת חוסר ודאות בקרב ועדות המכרזים. זאת, כאשר בית המשפט עצמו מדגיש פעם אחר פעם את חשיבותה של הלכה רדאית ופשוטה ליישום, לצורך תקינות עבודתן של ועדות המכרזים.⁹¹ שנית, ובאותו

85 ראו, לדוגמה, ע"ם 6090/05 מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.2.2006) (להלן: עניין מ.ג.ע.ר.) ("לידידי ההקפדה היתרה צריך שתחול לא רק על ענייני ערבות בלבד, אלא על כל תנאי מתנאי המכרז. פשיטא הוא, כי ככל שיייותר כר מועט יותר ל'פרשנות יצירתית' של תנאי מכרז, כן ייטב לשוויון, להגינות, ולעשיית צדק עם כולי עלמא. הותרת מרווח לפרשנות בענייני מכרזים משמעה, כפי שציינה חברתי בפרשת א.ג.י, חוסר יעילות וביטול זמן בוועדות המכרזים, דיונים שיפוטיים לאחור מכן, וכיוצא בזה; ולא למותר לציין כי כל ההתדייניות הללו עולות ממון רב לקופות הציבור וגם לצדדים אחרים... אשר על כן, לידידי על מגישי הצעות במכרזים לבדוק בשבע עיניים אם מילאו אחד לאחד את התנאים למיניהם, ובבוא ועדות המכרזים לדון בהם, גישתן צריכה להיות קפדנית"); שם, פס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין ("כללו של דבר, מגיש הצעה המדקדק בתנאי מכרז ראוי שייצא נשכר, והמחמיר עם שאינו מדקדק בהם – תבוא עליו ברכה"); ע"ם 10392/05 אחים אוזן חברה לבניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.7.2009) ("...וככל שהמדובר בערבויות במכרזים יאה גישת בית שמאי, דבר נודע שאין צורך להכביר עליו דיבור").

86 עניין אדמונית החורש, לעיל ה"ש 77, פס' ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

87 שם, פס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין ("אלא שבעניינינו מכתבי הבנק למערערת... נותנים ממשות לתובנת טעות הסופר, ומטים את הכף").

88 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט מלצר ("...אף שאין ועדת המכרזים צריכה להידרש להבהרה מאוחרת מסוג זה").

89 שם, פסק דינו של השופט הנדל ("סבורני כי לא בשלה העת לקביעת כללים מחייבים בנדון, כמוזכר בפסקה 6 לחוות הדעת של השופט מלצר").

90 שם ("אלמלא העובדה שהבנק הודיע כי יכבד את הערבות כפי שהיא, הייתה מסקנתי בנדון כנראה אחרת").

91 ע"ם 8748/13 מועצה אזורית הגלבע נ' המסיע עפולה, פס' 32 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 2.12.2014); ע"ם 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל –

הקשר ממש, קשה ליישב בין פסקי דין שבהם פסל בית המשפט העליון הצעות טובות רק מן הטעם שצורפה להן ערבות המיטיבה עם עורך המכרז מעבר לנדרש במסמכי המכרז,⁹² וזאת בשם הוודאות והצורך בהקפדה יתרה, לבין פסק דין זה, שבו החליט בית המשפט כי ניתן להבליג על פגם מהותי בערבות, המעורר ספק ממשי בדבר האפשרות לחלטה במקרה הצורך. שלישיית, שלושת השופטים הגיעו אומנם לתוצאה זוהי, אך בדרכים שונות ואף סותרות. כך, בעוד שהשופט מלצר ראה בפגם הנדון חריג שבחריג המצדיק הבלגה, תוך שלילת משקלם של מכתבי הבנק כשיקול רלוונטי בנסיבות העניין, השופטים רובינשטיין והנדל שמכו את החלטתם על מכתבי הבנק. עובדה זו תורמת אף היא לחוסר הוודאות ולמבוכה שזרע פסק הדין, שכן לא ברור כלל מה ההלכה הנובעת ממנו – כגישת השופט מלצר או כגישת השופט הנדל. זו כן זו מעוררות קשיים. באשר להלכת מלצר, הסימנים שהוא מציע עמומים, עובדה הפוגמת בכוחם להנחות את ועדות המכרזים. הלכת השופט הנדל בעייתית לא פחות, שכן מתן משקל (קל וחומר משקל מכריע) למכתבי הבנק בנסיבות מעין אלה פותח פתח להגשת ערבות שאינה ניתנת לחילוט, תוך מודעות לכך שניתן להתגבר על פגם זה באמצעות מכתב מאוחר מהבנק. זאת, כאשר במקרים רבים מדובר במכתב שניתן לאחר שהערבות כבר פקעה, כך שהבנק אינו נוטל על עצמו כל סיכון בהצהירו כי אילו הוצגה לפניו הערבות לפירעון הוא היה מכבדה.⁹³

להערכת, הן המבחן שניסח השופט מלצר הן ההנמקה (השונה) של השופטים רובינשטיין והנדל לתוצאת פסק הדין מבטאים, בראש ובראשונה, את רצונו של בית המשפט להימנע מהתוצאה הלא-רצויה של פסילת ההצעה בהיתן מאפייניו הייחודיים של המכרז, כפי שצוינו לעיל, ואינם נובעים ממאפייניו הייחודיים של הפגם שנפל בערבות במקרה דנא. רוצה לומר, אילו נפל פגם זה בהצעה שהוגשה במסגרת מכרז שגרת, סביר להניח שבית המשפט היה מגבה את החלטתה של ועדת המכרזים לפסול את ההצעה, ולא היה מתערב בה. אולם אי-מודעותו של בית המשפט לשיח ההקשרי במקרה דנא הובילה להנמקה מוקשית ואף סותרת של פסק הדין. לעומת זאת, אילו היה

הרשות הממשלתית למים ולביוב, פס' 20 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 1.1.2012) (להלן: עניין אפקון); ע"ע 10785/02 **חברת י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 909 (2003) (להלן: עניין י.ת.ב);** עניין **מ.ג.ע.ר.**, לעיל ה"ש 85, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

92 עניין **מועצה אזורית הגלבע, לעיל ה"ש 91; עניין אפקון, לעיל ה"ש 91; ע"ע 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(6) 755, 758 (2004) (להלן: עניין אמנון מסילות).**

93 ראו בהקשר דומה ע"ע 5085/02 **רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 941, 947 (2002).** בפרשה זו קבע בית המשפט העליון כי הצגת מכתב מהבנק המאשר את מצבו הפיננסי התקין של המציע לאחר הזכייה במכרז מחמיצה את מטרתו של תנאי סף זה, שכן "פרקטיקה זו, אם ותאפשר, יהיה בה משום הפיכת הסיבה למסובב. במקום שהוכחת היכולת הפיננסית תהיה יסוד לזכייה במכרז, עלולה הזכייה במכרז לשמש בסיס לקבלת מסמך בנקאי המעיד על יכולת פיננסית".

בית המשפט העליון מודע וקשוב לשיח ההקשרי, הוא היה יכול לקבוע כי בנסיבות הנדירות שבהן פסילתו של מציע צפויה להסב לו נזק עצום ברמה גבוהה של ודאות, בעוד מתן אפשרות למציע לתקן את הפגם שנפל בהצעתו אינו צפוי לפגוע באופן מהותי במציעים האחרים, יש לאפשר למציע לתקן את הצעתו. בדרך זו הוא היה נותן מענה ראוי למקרה שנדון לפניו, תוך הימנעות מפסיקה הסותרת את מדיניותו הכללית, מכרסמת בוודאות הדין ונושאת עימה משמעות תקדימית בעייתית.⁹⁴

דוגמה נוספת להלכה מוקשית שהיה אפשר לכאורה להימנע ממנה, אילו נתן בית המשפט את דעתו להיבט ההקשרי, ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין I.L.P., שעניינו מכרז להקמת תחנה פרטית לייצור חשמל.⁹⁵ בפרשה זו נפלו בהצעת העותרת כמה פגמים, שאחד מהם היה שבמקום ערבות בנקאית מקורית היא צירפה להצעתה העתק צילומי של הערבות. רק לאחר שוועדת המכרזים הסבה את תשומת ליבה של המציעה לפגם זה, היא הגישה את הערבות המקורית.⁹⁶ לכאורה, על פי פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון, היה על ועדת המכרזים לפסול את ההצעה ללא אומר, וזאת משני טעמים חלופיים: האחד, מכיוון שלצילום של כתב ערבות אין כל נפקות משפטית, ומכאן שמבחינה מהותית ההצעה הוגשה למעשה ללא ערבות; והאחר, מכיוון שמתן אפשרות למציע להמציא את כתב הערבות באיחור מקנה לו טווח תמרון להחליט אם להמציא את כתב הערבות ולהישאר ב"משחק" או להימנע מכך ובכך להביא לידי פסילת הצעתו מבלי להסתכן בכך שערבותו תחולט. לטווח תמרון זה יש ערך כלכלי, המקנה למציע יתרון על מציעים אחרים. למרות זאת קבע בית המשפט כי בנסיבות העניין מדובר בפגם טכני שאינו מהווה עילה לפסילת ההצעה.⁹⁷ אף שהדבר לא נאמר בפסק הדין, קשה להשתחרר מן הרושם כי קביעה זו לא הייתה מנותקת מכך שבנסיבות העניין דובר במכרז סבוך ועתיר ממון, ושבהכנת ההצעות לבדן השקיעו המתמודדים מיליוני שקלים ואלפי שעות עבודה. על רקע זה אכן קשה להניח שמציע יסכן את הצעתו באמצעות הגשת העתק של כתב הערבות. דא עקא, לנימוק הקשרי זה אין כאמור זכר בפסק הדין.⁹⁸ כתוצאה מכך, פסק הדין יוצר לכאורה הלכה שלפיה הגשת

94 לטעון כי קביעת נורמה כללית על בסיס מקרה קונקרטי, מבלי להתייחס למאפיינים המיוחדים של מקרה זה, עלולה להוביל להכללת יתר, ראו גם פלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 491–492. לכאורה, בית המשפט היה יכול להימנע מלהגיע לתוצאה לא רצויה בעיניו, ללא צורך בקביעת הלכה מוקשית, גם באמצעות הפעלתה של תורת הבטלות היחסית, אלא שלא זו כאמור הדרך שבה בחר בית המשפט העליון לפסוע במקרה זה.

95 עניין I.L.P., לעיל ה"ש 1.

96 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות.

97 שם.

98 ניתן כמובן להעלות השערות נוספות בדבר הטעמים העומדים בבסיס קביעה שיפוטית זו. כך, לדוגמה, ניתן לטעון כי העובדה שההצעה לקתה בפגמים נוספים, אשר בסופו של יום גם הובילו לפסילתה, הפכה את ההחלטה בעניין הערבות לחסרת נפקות מעשית. אולם כנגד זה ניתן לטעון כי דווקא מסיבה זו לא הייתה הצדקה לסטות מהכלל הרגיל בדבר גישה קפדנית לפגמים שנפלו בערבות.

העתק צילומי של כתב הערבות הינה בבחינת פגם טכני הניתן לתיקון. זאת, בסתירה לפסיקה אחרת שלפיה פגמים זניחים הרבה יותר בכתב הערבות מחייבים את פסילת ההצעה.

מן הדוגמאות המפורטות לעיל עולה כי השיח ההקשרי אומנם נוכח בפסיקת בית המשפט בתחום המכרזים אך אינו רווח בה, וכי מודעות ושימוש בשיח זה עשויים לאפשר לבית המשפט להגיע לתוצאה ההולמת את נסיבות העניין ובה בעת להימנע מהלכות בעייתיות וסותרות. ודוק, חשיבותו של השיח ההקשרי אינה נעוצה בכך שהוא מוביל בהכרח לתוצאה שונה של פסק הדין. כך, הן בעניין אדמונית החורש הן בעניין I.L.P. תוצאת פסק הדין הייתה כנראה זהה לתוצאה שהייתה מתקבלת גם אילו נקט בית המשפט נימוק הקשרי. אלא שהשיח ההקשרי היה מונע הלכה מוקשית כפי שהתקבלה בפועל, והיה מציג נימוק משכנע יותר לפסק הדין.

נפנה עתה להצגת ארבע סוגיות מרכזיות בתחום המכרזים הציבוריים שניתן להמחיש באמצעותן את האופן שבו מוצע להטמיע שיח הקשרי בדין המכרזים.

פרק ג: היבטים הקשריים פנימיים בדין המכרזים הציבוריים – דין רצוי

ראשית, נזכיר שוב כי הדיון ההקשרי מאוחר בדרך כלל לפיתוחו של הדין הכללי, ומבטא התפתחות שלו.⁹⁹ תחילה נוצר דין כללי; עם הזמן מתגבשת התובנה כי הדין הכללי אינו נותן מענה הולם לכלל המקרים והנסיבות שהוא נועד להסדיר; ותובנה זו מובילה להסדרה נוספת, מורכבת יותר, המבטאת את הצורך בהסדרה שונה בהקשרים שונים ואת ההצדקה לכך. כך בעולם המשפט בכלל, כך גם בתחום המכרזים. תחילה פותחו דיני המכרזים כענף של המשפט המנהלי וכפיתוח הקשרי-תחומי המבטא את התובנה שהמשפט המנהלי הכללי חסר את הכלים הנחוצים להסדרת התקשרויותיהם הכלכליות של גופים ציבוריים. עתה, כאשר דין המכרזים עומד במידה רבה על רגליו, נראה כי בשלה העת לפיתוחה של התייחסות הקשרית פנימית, המבטאת את התובנה כי מורכבותה וגיוונה של ההתקשרות הציבורית מצדיקים הסדרה המבחינה בין הקשרים שונים.

להלן יוצגו ארבע סוגיות מרכזיות בתחום המכרזים הציבוריים שלגביהן מוצעת התבוננות הקשרית: היחס בין מטרות המכרז, ההבחנה בין סוגים שונים של מכרזים, ההבחנה בין סוגים שונים של מציעים וההבחנה בין סוגים שונים של עורכי מכרזים. סוגיות אלה אינן

99 כאמור, לא תמיד זה המצב. כך, לדוגמה, חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, חוקק בשנת 1973, בעוד שחלק מחוקי החוזים המיוחדים חוקקו קודם לכן, דוגמת חוק המכר, התשכ"ח-1968; חוק הערבות, התשכ"ז-1967; חוק המתנה, התשכ"ח-1968; וחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971.

ממצות בהכרח, וייתכן שניתן לחשוב על הקשרים ראויים נוספים, אולם הן מהוות סוגיות מרכזיות ומשמעותיות בהווה של עולם המכרזים.

1. היחס בין מטרות המכרז

כאמור, מנקודת מבט היסטורית דיני המכרזים מהווים ענף של המשפט הציבורי.¹⁰⁰ במשפט הציבורי עקרון השוויון נושא במקרים רבים גוון חוקתי, ובהתאם לכך בית המשפט מעניק לו משקל רב מקום שעולה חשש לפגיעה בו או כאשר הוא נמצא במתח עם ערך או אינטרס נוגדים.¹⁰¹ שונה המצב בתחום של עריכת מכרזים, שבו על אף מרכזיותו של עקרון השוויון, כעניין שבעובדה אין מדובר בדרך כלל בשוויון חוקתי, כי אם בשוויון מנהלי.¹⁰² אולם מעיון בפסיקת בית המשפט בתחום המכרזים מתקבל הרושם כי משקלו הניכר של עקרון השוויון בתחום החוקתי מקריין גם על משקלו בהקשר המכרזי, באופן הגורר הענקת משקל יתר לעיקרון זה על חשבונם של עקרונות ואינטרסים אחרים. עובדה זו באה לידי ביטוי בעיקר בנסיבות של מתח בין עקרון השוויון לבין מטרה חשובה אחרת של הליך המכרז הציבורי – השאיפה ליעילות כלכלית.¹⁰³ כך, עמדתו העקבית של בית המשפט היא שבנסיבות של מתח בין שיקולי יעילות לבין שמירה על עקרון השוויון, האחרון הוא שגובר.¹⁰⁴

100 עניין מספנות ישראל, לעיל ה"ש 22.

101 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.2.2006): "עקרון השוויון הוא מעקרונותיה הבסיסיים ביותר של מדינת ישראל. הזכות לשוויון היא מהחשובות שבזכויות האדם... עקרון ראשון במלכות הוא לפירושם וליישומם של חוקים... ההפליה הינה מן הפגיעות החמורות שיתכנו באדם ובזכויות האדם." עוד קבע בית המשפט העליון, בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969), כי עקרון השוויון "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו". בבג"ץ 5394/92 הופרט נ' י"ד ושם, "רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 363 (1994), נקבע כי עקרון השוויון הוא "בעל מעמד חוקתי, על-חוקי".

102 כך, לדוגמה, האיסור החל על ועדת המכרזים לקבל הצעה שהוגשה באיחור או לשנות את תנאי המכרז לאחר הגשת הצעות או האיסור החל על מציע להתנות את הצעתו נועדו אומנם לשמור על השוויון, אך אין מדובר בשוויון במובנו החוקתי, כי אם במובנו המנהלי. לדין רחב בהבחנה שבין שוויון חוקתי לשוויון מנהלי בהקשר של המכרז הציבורי ראו עומר דקל "מטרות המכרז – השוויון אינו העיקר" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 441, 472–475 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (להלן: דקל "מטרות המכרז").

103 מדובר בעיקר במצבים שבהם נפל פגם בהצעה הטובה ביותר, שאז פסילתה צפויה לפגוע ביעילות ההתקשרות. דיון נרחב בסוגיה זו ראו שם, בעמ' 442–448.

104 ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, 26 (1995) (להלן: עניין "מנורה") ("אכן המכרז נועד, במידה רבה, לאפשר לרשות הציבורית לבחור את ההצעה הטובה לה ביותר. עם זאת, לעקרון התחרות בתנאים של שוויון מעמד בכורה. על-כן, בדרך-כלל, בהתנגשות בין שתי מטרות אלה גובר עקרון השוויון שיוסדו בעקרונות הכלליים של המשפט המינהלי"); עניין י.ת.ב., לעיל ה"ש 91, בעמ' 905–906 ("כאשר יש פגם מהותי בהצעה,

בעוד בהקשר החוקתי אכן ראוי לייחס לעקרון השוויון משקל רב, בהקשר המכרזי- העסקי ייתכן שראוי להעניק לעקרון השוויון (המכרזי) משקל נמוך יותר, ולהעדיף עליו לעיתים שיקולי יעילות.¹⁰⁵

במילים אחרות, אף שניתן להציע הצדקות נוספות לעדיפות שבית המשפט מעניק לעקרון השוויון על האינטרס הכלכלי של המכרז,¹⁰⁶ ייתכן שאחת הסיבות לכך היא העדר רגישות מספקת להיבט ההקשרי.¹⁰⁷

כיום חסרה בדיני המכרזים התובנה שכללל השוויון שהליך המכרז הציבורי מקדם אינו שוויון חוקתי, ועל כן המשקל שראוי לייחס לו בהקשר המכרזי נמוך מהמשקל המיוחס לו בהקשר החוקתי. תובנה מעין זו ניתן, עם זאת, למצוא בשיטות משפט אחרות. כך, לדוגמה, תקנות הרכש הפדרליות בארצות הברית מחייבות את הרשות להתייחס למציעים בהגינות וללא משוא פנים אך לא בהכרח בשוויון.¹⁰⁸ התקנות גם מעניקות לרשות שיקול דעת רחב בבחירה בין עריכת מכרז קשיח לעריכת מכרז גמיש, המאפשר ניהול משא ומתן עם המציעים¹⁰⁹ – רחב לאין שיעור מזה המסור לרשויות

כלומר פגם הפוגע בשוויון שבין המציעים ובתחרות ההוגנת במכרז, בדרך-כלל תיפסל ההצעה הפגומה אף אם מדובר בהצעה הכדאית ביותר מבחינה כלכלית. במקרים כאלה נסוג האינטרס הכלכלי המידי בקבלת ההצעה הכדאית ביותר מבחינתה של הרשות הציבורית מפני הצורך בהבטחת עקרון השוויון, ההגינות וטוהר המידות במכרזים).

105 להרחבה בביקורת זו ראו דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 102, בעמ' 472–475.

106 כך, הנימוק שבית המשפט עצמו נותן לכך הוא שהעדפת השוויון על היעילות הכלכלית אומנם אינה יעילה בטווח המידי, אך היא יעילה בטווח הארוך. בעניין זה ראו, לדוגמה, עניין "מנורה", לעיל ה"ש 104; ע"ע" 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' י לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.1.2007). (להלן: עניין כאלדי); עניין אמישראגו, לעיל ה"ש 73, פס' 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. נימוק נוסף לכך הוא שוועדת המכרזים מצויה בניגוד עניינים אינהרנטי, שבעטיו היא נוטה להעדיף את השיקול הכלכלי על המחויבות לשוויון, ועל כן בית המשפט אינו יכול לסמוך על כך שהיא תשכיל לאזן בין השניים. ראו אצל דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 102, בעמ' 483.

107 לעמדה הקוראת להפעלת יחס מידתי יותר כלפי הצעות פגומות ראו יגאל מרזל "פגם בערבות להצעה במכרז ושאלת המידתיות בדיני המכרזים" משפטים מה 203 (2015). בעבר נטען לטובת הסדרה המעניקה משקל נמוך יותר לעקרון השוויון: עומר דקל מכרזים כרך ראשון 564–569 (2004); דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 102, בעמ' 483–485. אלא שעמדה זו נדחתה על ידי בית המשפט – ראו עניין אפקון, לעיל ה"ש 91, פסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"ע" 5022/06 וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.4.2008); עניין כאלדי, לעיל ה"ש 106, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין אמישראגו, לעיל ה"ש 73, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

108 48 C.F.R. § 1.102-2(c)(3): "All contractors and prospective contractors shall be treated fairly and impartially but need not be treated the same"

109 48 C.F.R. § 6.401: "Sealed bidding and competitive proposals, as described in Parts 14 and 15, are both acceptable procedures for use under Subparts 6.1, 6.2; and, when appropriate, under Subpart 6.3"; 48 C.F.R. § 6.401(b)(1): "Contracting officers may request competitive proposals if sealed bids are not appropriate under paragraph (a) above"

בישראל.¹¹⁰ גם כללי הפסילה של הצעות פגומות מורכבים ומשוכללים הרבה יותר בארצות הברית, ומתייחסים למגוון רחב יותר של נסיבות מזה שמוסדר בתקנות חובת המכרזים, תוך התאמת ההסדר המשפטי לנסיבות העניין.¹¹¹ אסדרה מורכבת זו עשויה להיות תולדה טבעית של התפתחות הדין, כמו גם הכרה בכך שערך השוויון המכרזי אינו משרת בדרך כלל ערכים חוקתיים, כי אם ערכים בעלי אופי מנהלי גרידא. סימנים לגישה דומה ניתן למצוא גם בדין האירופי. דוגמאות לכך הן העידוד להסתייע במנגנון ההתקשרות של "שיח תחרותי", המניח ויתור מסוים על עקרון השוויון לטובת קידום של שיקולי יעילות,¹¹² וכן עידודן של רשויות מנהליות לשלב בהליך ההתקשרות התחרותי מנגנונים של משא ומתן.¹¹³

ייתכן שהכרה שיפוטית בכך שככלל השוויון בהקשר המכרזי שונה באופיו וחלש מהשוויון בהקשר החוקתי הייתה סוללת את הדרך לאימוץ מדיניות דומה גם בשיטתנו המשפטית, והייתה מאפשרת להעדיף שיקולים כלכליים על עקרון השוויון בנסיבות המתאימות לכך.¹¹⁴

110 בשיטתנו המשפטית תק' 7 (א) לתקנות חובת המכרזים מפרטת רשימה סגורה של מצבים שבהם רשויות הכפופות לחוק חובת המכרזים רשאיות לנהל משא ומתן עם מציעים, בעוד רשויות מקומיות אינן רשאיות כלל לנהל משא ומתן כאמור, כקבוע בתק' 18 א לתקנות העיריות (מכרזים).

111 כך, לדוגמה, בהקשר של פגם בערבות. בעוד בשיטתנו המשפטית כמעט כל פגם בערבות, לרבות ערבות טובה מהנדרש, מוביל לפסילת ההצעה (ראו, לדוגמה, עניין אפקון, לעיל ה"ש 91), תקנות הרכש הפדרליות קובעות לצד כלל הפסילה תשעה חריגים (FAR), לעיל ה"ש 47, ס' 28.101- (9)-(1)(c)(4). כמו כן, להבדיל משיטתנו המשפטית, שבה הצעה שהוגשה באיחור פסולה, וזאת ללא יוצא מן הכלל (ראו תק' 20 (ב) לתקנות חובת המכרזים; עע"ם 2696/06 מדינת ישראל נ' חרוש, פס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.7.2006), בארצות הברית גם הצעה שהוגשה באיחור עשויה להתקבל כלגיטימית בשורה של נסיבות המוגדרות בתקנות הרכש הפדרליות (ראו FAR, לעיל ה"ש 47, ס' 14.304(b)(1)(i)-(ii) ו-15.208(b)(1)(i)-(iii)). באופן דומה, גם ההסדר ביחס להצעות שנמצאה בהן טעות הינו מפורט ביותר, ומכיר באפשרויות רבות יותר להבליג על פגם שנפל בהצעה (שם, ס' 14.407-4-14.407-1).

112 מדובר במנגנון שלפיו מציעים פוטנציאליים מוזמנים לנהל שיח עם הרשות שתכליתו לגבש יחדיו את דרישות ההתקשרות. עם גיבושן של דרישות אלה נערך מכרז על בסיס התוכנות שהושגו במהלך מגעים אלה. השימוש במנגנון זה מותר ככל שמדובר בהתקשרויות מורכבות במיוחד (ראו הנחיה 2014/25/EU, לעיל ה"ש 60, ס' 30).

113 ראו לעיל ה"ש 61.

114 לכאורה ניתן לייחס דיון הקשרי זה גם למישור החיצוני של דיני המכרזים – לצורך החיל נורמה חוקתית (עקרון השוויון) בתחום דיני המכרזים באופן המתחשב במאפיינים הייחודיים של המכרז הציבורי. איני מייחס חשיבות רבה לסיווג זה, ומכיוון שלדיון ההקשרי במובן זה נודעת השפעה ממשית על המישור הפנימי של דיני המכרזים (היחס בין מטרות המכרז בנסיבות של מתח ביניהן), מצאתי לנכון למקמו כאן.

2. הבחנה בין סוגי מכרזים

כפי שפורט לעיל, התבונה כי מכרזים בעלי אופי שונה מצדיקים אסדרה שונה מצאה ביטוי מסוים הן בחקיקת המכרזים הן בפסיקתו של בית המשפט העליון. בית המשפט הכיר בחופש של עורך המכרז לקבל הצעות שאינן תואמות במדויק את דרישות המכרז, ככל שמדובר במכרז מורכב ובדרישות מורכבות, ככל שמידת הסטייה מדרישות המכרז אינה רבה, וככל שהדבר אינו פוגע בשוויון בין המציעים.¹¹⁵

עם זאת, נראה כי הבחנה זו מבקשת פיתוח ושכלול נוספים, תוך התייחסות להבחנות בין סוגים נוספים של מכרזים וכן להקשרים נוספים שבהם לשוני זה עשויה להיות רלוונטית. כך, מעבר להבחנה שבין מכרז פשוט למכרז מורכב, דומה כי מתבקשת הבחנה גם בין מכרז בעל היקף כספי מתון למכרז בעל היקף כספי משמעותי; בין מכרז שגרתי שנערך פעם אחר פעם, ואשר הרשות כבר צברה לגביו ניסיון רב, לבין מכרז ראשוני, אשר לרשות אין לגביו ניסיון קודם; בין מכרז שלהפסד בו אין משמעות דרמטית מבחינת המציעים לבין מכרז בעל משמעות הרת גורל, שכישלון בו עלול להוביל בסבירות גבוהה לסגירת עסקו של המציע; בין מכרז לרכישת שירותים "רגילים" לבין מכרז לרכישת שירותים עתירי כוח אדם; ובין מכרז לרכישת שירותים או טובין לבין מכרז להתקשרות עם עובד ביחסי עבודה ארוכי טווח.

באופן דומה, נראה כי מתבקשת התייחסות אסדרתית למכלול רחב יותר של משמעויות שעשויות לנבוע מההבחנות דלעיל, וזאת מעבר לאפשרות לקבל הצעות שאינן תואמות במדויק את דרישות המכרז. כך, לדוגמה, מעבר לכלל הפסיקתי שפורט לעיל, פועל יוצא מההבחנה שבין מכרז פשוט למכרז מורכב עשוי להיות הכרה בסמכותו של עורך המכרז להיוועץ עם המציעים בכוח ועם הציבור בכללותו במסגרת עיצוב תנאי המכרז וההתקשרות;¹¹⁶ הכרה רחבה יותר בסמכותה של ועדת המכרזים לנהל משא ומתן עם המציעים במכרז מורכב;¹¹⁷ הכרה בסמכותה של ועדת המכרזים, בהתקיים תנאים מסוימים, לשנות – ולו באופן מוגבל – דרישות מכרזיות או אף אמות מידה להכרעה במכרז גם לאחר הגשת ההצעות, תוך מתן אפשרות למציעים להתאים את הצעותיהם לדרישות המתוקנות; הכרה בסמכותה של ועדת המכרזים לאפשר למציע לתקן את הצעתו גם אם מדובר בפגם המוגדר כיום כמהותי, או להבליג על פגם כגון איחור קל בהגשת ההצעה, כל עוד מדובר במכרז דו-שלבי והצעות המחיר טרם נפתחו; הכרה בסמכותה של ועדת המכרזים לא לקבוע משקל קשיח לאמות המידה להכרעה

115 ראו לעיל ה"ש 64–72 והטקסט שלידן. להתייחסות להבחנה שבין מכרז פשוט למכרז מורכב בחקיקת המכרזים ראו גם דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 32–33 (2013).

116 כאמור, הליך מעין זה מעוגן במפורש בהנחיות האיחוד האירופי במסגרת המנגנון של "השיח התחרותי" (competitive dialogue) – ראו לעיל ה"ש 112.

117 הכרה מעין זו כבר קיימת כיום במסגרת תק' 7 לתקנות חובת המכרזים, אך במידה מצומצמת בהרבה מזו שמאפשרות, לדוגמה, תקנות הרכש הפדרלי בארצות הברית. ראו לעיל ה"ש 109 והטקסט שלידה.

במכרז, אלא להסתפק בקביעת משקלן היחסי בלבד,¹¹⁸ ועוד. המלצות אלה מקבלות משנה תוקף מקום שהמכרז המורכב הוא גם ראשוני ובעל היקף כספי ניכר. הסדרים מעין אלה ראוי שיעוגנו בתקנות, אך ניתן לקדם גם באמצעות פסיקת בתי המשפט. נוסף על האמור לעיל, **במכרז שבו ההפסד במכרז הינו הרה גורל לגבי המציעים**, כולם או חלקם,¹¹⁹ או **במכרז שמשמעותו הכלכלית עצומה**¹²⁰ ראוי לשקול גישה פורמליסטית פחות מצד ועדת המכרזים כלפי מציעים שנפל פגם בהצעתם, ומתן אפשרות רחבה יותר למציעים מעין אלה לתקן את הצעתם, ככל שמדובר בפגם שנפל בתום לב ושבתיקונו אין כדי להקנות למציע יתרון לא הוגן. אומנם, במכרזים מעין אלה מצופה שהמציעים יקפידו יותר על הצעתם, אולם הניסיון מלמד כי במקרים לא מעטים ציפייה זו אינה מתממשת.¹²¹ דוגמאות לפגמים כאלה יכולות להיות איחור קל בהגשת ההצעה, פגם קל בערבות המצורפת להצעה או חסר בנתונים הדרושים לצורך ההכרעה במכרז. המשותף לפגמים אלה הוא שהם אינם נוגעים בתחרות המכרזית עצמה, ועל כן בהבלגה עליהם או במתן האפשרות לתקנם אין כדי להקנות למציע יתרון ממשי.¹²² כמו כן, קשה להניח שמציע יסכן את זכייתו במכרז שהזכייה בו חשובה לו מאוד על ידי "שתילת" פגמים מכוונים בהצעתו, ומכאן שסביר להניח כי ברוב רובם של המקרים מדובר בטעות שנפלה בתום לב. כאשר מדובר במכרז "רגיל", ייתכן שהיתרונות

118 הסדר מעין זה כבר נהוג בשיטות משפט אחרות. כך, לדוגמה, על פי תקנות הרכש הפדרליות בארצות הברית: "All factors and significant subfactors that will affect contract award and their relative importance shall be stated clearly in the solicitation (FAR), לעיל ה"ש 47, ס' 15.304(d). דרישה זו פורשה בפסיקה כמחייבת את עורך המכרז לציין את סדר החשיבות בין אמות המידה, אך לא לקבוע בהכרח את משקלה המדויק של כל אמת מידה. הנחיות האיחוד האירופי מתייחסות לאפשרות זו באופן מפורש בהנחיה 2014/25/EU, לעיל ה"ש 60, ס' 95 להקדמה: "Contracting entities should, however, be permitted to derogate from that obligation to indicate the weighting of the criteria in duly justified cases for which they must be able to give reasons, where the weighting cannot be established in advance, in particular because of the complexity of the contract. In such cases, they should indicate the criteria in decreasing order of importance"

119 דוגמת זה שנדון בעניין **אדמונית החורש**, לעיל ה"ש 77.

120 דוגמת המכרז להקמת תחנת כוח פרטית שנדון בעניין **I.L.P.**, לעיל ה"ש 1. דוגמאות נוספות הן המכרז להקמת קריית ההדרכה הצה"לית בנגב (עת"ם (מנהליים ת"א) 15827-12-11 **מחנגב – עיר הבה"דים בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון – ועדת המכרזים** (פורסם בנבו, 10.1.2012)) והמכרז להקמת קריית ההדרכה של המשטרה (שנידון בפרשת **מ.א.ה מנרב**, לעיל ה"ש 71).

121 חיזוק לכך ניתן למצוא בדוגמאות שהובאו לעיל: עניין **אדמונית החורש**, לעיל ה"ש 77; עניין **I.L.P.**, לעיל ה"ש 1; עניין **אמישראלגו**, לעיל ה"ש 73.

122 ניתן כמובן לטעון כי אפילו איחור של כמה דקות בהגשת ההצעה מקנה למציע יתרון, שכן עמד לרשותו זמן רב יותר להכנת הצעתו. ניתן גם לטעון כי הגשת ערבות אשר נמוכה אפילו בשקלים ספורים מהנדרש או קצרה אפילו ביום או יומיים מהנדרש מקנה למציע יתרון, שכן מידת חשיפתו לסיכון שבחילוט הערבות נמוכה מזו של המציעים האחרים. לטעמי, יתרונות אלה בטלים בשישים, ומידת השכנוע הגלומה בטענות האמורות אינה גבוהה.

הגלומים בגישה הפורמליסטית הנוהגת (כגון ודאות ופשטות) עולים על חסרונותיה. אולם כאשר המחיר הכלכלי הגלום בפורמליזם מעין זה הוא כבד (בין למציע עצמו ובין לעורך המכרז ודרכו לציבור הרחב), ייתכן שראוי לשקול מדיניות גמישה יותר. הבחנה חשובה נוספת היא **ההבחנה שבין מכרזים לרכישת שירותים באופן כללי לבין מכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם**, כגון שירותי ניקיון, שירותי שמירה, שירותי סיעוד, שירותי קלדנות וכדומה. במהלך השנים התברר כי התקשרויות אלה מהוות כר נרחב לפגיעה בזכויות עובדים, וזאת כתוצאה משילוב של שלושה עובדות: העובדה שבמכרזים אלה התחרות היא על מחיר השירות בלבד, העובדה שהתשומה הכמעט-יחידה של הספק היא שכר עבודה, והעובדה שציבור המועסקים בעבודות אלה הוא ציבור מוחלש שיכולתו לשמור על זכויותיו מוגבלת מאוד.¹²³ משהתגבשה ההכרה בכך שלשיטת המכרז מבוסס המחיר יש חלק מרכזי בתופעה שלילית זו, החלו להינקט פעולות שתכליתן להקשות על קבלני כוח אדם פגיעה בזכויות עובדיהם, וכן למנוע ממציע זכייה במכרז במחיר שאינו מאפשר לכאורה תשלום של מלוא הזכויות הסוציאליות המגיעות לעובד.¹²⁴ בשנת 2009 מצא תהליך זה גם ביטוי אסדרתי מסוים, כאשר לתקנות חובת המכרזים נוספו הוראות שתכליתן לתמרץ מעסיקים לשמור על זכויות עובדיהם. זאת, על ידי מתן גושפנקה לפסילת מציע שאינו שומר על זכויות עובדיו,¹²⁵ ומתן העדפה – במסגרת אמות המידה להכרעה במכרז – למציע המכבד את זכויות עובדיו.¹²⁶ מדובר אם כן באסדרה הקשרית פנימית של דיני המכרזים במישור החקיקתי.

מבלי לגרוע מחשיבותן של הוראות אלה, ניתן לחשוב על כללים נוספים שראוי לנקוט בהקשר של מכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם, שתכליתם להקשות פגיעה בזכויות העובדים. כך, לדוגמה, ראוי לאמץ את הצעתם של דפנה רובינשטיין, אורלי בנימין וערן גולן שזכייה במכרז למתן שירותים עתירי כוח אדם תותנה בכך שהמציע יצרף להצעתו תחשיב כלכלי המפרט כיצד הצעת המחיר שלו מתיישבת עם חובתו לקיים

123 לתיעוד של פגיעה בזכויות העובדים בתחום עבודות הניקיון הקבלניות ראו נועם אבחסרה, נטע בקר וזיו כהן **עובדים שקופים בשירות המדינה – דו"ח הפרת זכויות עובדי קבלן במשרדי הממשלה בדגש על עובדי ניקיון** (הקליניקה לרווחה תעסוקתית, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2006); אבישי בניש ורועי צרפתי "כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם" **מעשי משפט** א 93, 95, 98–99 (2008); ערן גולן "שינוי חברתי בצל תרבות המכרזים, מסחור העבודה והחסר השיפוטי" **מעשי משפט** ג 201, 202–203, 211–212 (2010); דפנה רובינשטיין, אורלי בנימין וערן גולן "דרך המלך": העצמה פוליטית של עובדים עניים בצל תרבות המכרזים" **העצמה במשפט** 159, 175–176 (מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק עורכים, 2008). רובינשטיין, בנימין וגולן טוענים (שם, בעמ' 166–167) כי סיבה מרכזית להחרפת הפגיעה בזכויותיהם של עובדים מוחלשים היא מה שמכונה על ידיהם "תרבות המכרזים".

124 לתיאור תהליך זה ראו גולן, לעיל ה"ש 123, בעמ' 211–215.

125 תק' 6(א)(4), א6 ו'20(ד) לתקנות חובת המכרזים.

126 תק' 22(א)(6) לתקנות חובת המכרזים.

את הוראות חקיקת המגן,¹²⁷ וכדי למנוע מצב שבו הזוכה יגרוף לכיסו את התשלום שהוא אמור להעביר לעובדיו, ניתן לחייבו לצרף תחשיב זה גם לחוזי ההעסקה שלו עם עובדיו.¹²⁸

נוסף על כך, בעוד במכרזים "רגילים" הצעה הפסדית אינה מהווה בהכרח עילה לפסילת ההצעה, שכן ייתכנו שיקולים לגיטימיים העומדים בבסיס התמחור ההפסדי,¹²⁹ במכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם ראוי לייחס לטעמים אלה משקל נמוך הרבה יותר, אם בכלל. על כן מתבקש הסדר שלפיו במכרזים לרכישת שירותים עתירי כוח אדם תיפסל הצעה שמניתוח כלכלי שלה עולה כי היא אינה מותירה בידי המציע רווח סביר. זאת, כהוראה קוגנטית שאינה תלויה בנוסח המכרז.¹³⁰ בפסק הדין החשוב בעניין שלג לבן אומנם הכיר בית המשפט העליון בלגיטימיות של השיקול בדבר השמירה על זכויות העובדים כעילה לפסילתה של הצעה הפסדית, אך זאת כאשר מסמכי המכרז עצמם קבעו זאת.¹³¹ נוסף על כך, העדר מודעות שיפוטית לשיח ההקשרי הובילה את בית המשפט לקביעות גורפות ורחבות יתר על המידה, שלפיהן שמירה על זכויות עובדים היא אחת ממטרותיו הכלליות של המכרז הציבורי.¹³²

הבחנה נוספת הראויה לבחינה, אף שהיא טרם זכתה במחקר ובפיתוח, היא ההבחנה שבין מכרזים לרכישת טובין ושירותים לבין מכרזים שתכליתם התקשרות עם עובדים ביחסי עבודה ארוכי טווח או העלאה בדרגה של עובדים.¹³³ קיים שוני מהותי בין מכרז לרכישת עפרונות, לסלילת כביש או לרכישת שירותי ניקיון לבין מכרז לגיוס עובד.

127 רובינשטיין, בנימין וגולן, לעיל ה"ש 123, בעמ' 161.

128 חיובים מעין אלה ניתן כמובן לעגן גם במכרז עצמו, אף ללא אסדרה חקיקתית.

129 ראו עניין רון עבודות עפר, לעיל ה"ש 2, פס' 9 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין צוריה, לעיל ה"ש 2, פס' 21 לפסק דינו של השופט מלצר; דקל מכרזים ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 125.

130 טיעון ברוח זו ניתן למצוא גם במאמרם של בניש וצרפתי, לעיל ה"ש 123, בעמ' 103–104.

131 ע"ע 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו, 8.7.2010). (להלן: עניין שלג לבן). כן ראו עת"ם (מנהליים נצ') 127/01 גוש ז.א. בע"מ נ' עיריית נצרת עלית, פ"מ התשס"ב 769 (2002); עת"ם (מנהליים י-ם) 1077/06 כח עצמה בע"מ נ' קרן קיימת לישראל (פורסם בנבו, 25.2.2007); עת"ם (מנהליים ב"ש) 334/06 י.א. אחזקה ושירותים בע"מ נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו, 19.2.2007); עת"ם (מנהליים ת"א) 1464/07 פרח השקד בע"מ נ' עיריית בתי-ם (פורסם בנבו, 14.4.2008); עת"ם (מנהליים מר') 25692-04-10 אדמונית – חברה לגינון בע"מ נ' עיריית פתח תקווה, פס' 39–49 לפסק דינו של השופט שילה (פורסם בנבו, 11.8.2010); עת"ם (מקומיים אר') 14626-05-14 אלקובי נ' עיריית אריאל פס' 32–33 לפסק דינו של השופט פלג (פורסם בנבו, 19.6.2015).

132 עניין שלג לבן, לעיל ה"ש 131, פס' 3 לפסק דינו של השופט לוי: "...משטר ההגנה על זכויות עובדיו של מציע במכרז ציבורי הוא חלק בלתי נפרד מדיני המכרזים." לגישתי, להבדיל מהחובה להעניק לפרט הזדמנות שווה לזכות בטובת ההנאה הכלכלית הגלומה בהתקשרות עם הרשות, הגנה על זכויות עובדים אינה "מטרה" של דיני המכרזים, אלא אילוץ או מגבלה שעל דיני המכרזים לקבל על עצמם, גם אם הדבר בא על חשבון יעילותה של ההתקשרות.

133 איני כולל בקטגוריה זו מכרזים להתקשרות עם חברה המספקת שירותי כוח אדם לרשות, כגון שירותי שמירה, שירותי ניקיון, שירותי סיעוד וכדומה, שאליהם התייחסתי לעיל.

אומנם, בבסיסם של שני סוגי המכרזים עומדים אותם עקרונות – שמירה על טוהר המידות, שוויון הזדמנויות ותוצאה מיטבית מבחינה כלכלית – אולם ראוי לשים לב גם להבדלים המהותיים בין השניים: כך, בעוד במכרז מהסוג הראשון אמות המידה להכרעה במכרז הינן כמותיות ואובייקטיביות בעיקרן, מכרז מהסוג השני מוכרע בדרך כלל על פי מדדים איכותיים ובמידה רבה סובייקטיביים; בעוד מכרז מהסוג הראשון מוביל בדרך כלל להתקשרות מוגבלת בזמן, מכרז מהסוג השני מוביל בדרך כלל להתקשרות ארוכת טווח, שעשויה לארוך אף עשרות שנים; בעוד מכרז מהסוג הראשון מוכרע על ידי ועדת מכרזים, שבדרך כלל אין לה היכרות מוקדמת עם המציעים, במכרז מהסוג השני חברי ועדת המכרזים מכירים במקרים רבים את המתמודדים במכרז, כולם או חלקם, ובמקרים לא מעטים אף יש להם דעה מוקדמת בדבר התאמתם לתפקיד.¹³⁴ יתרה מזו, בחלק מהמקרים המשרה שלגביה נערך המכרז כבר מאוישת על ידי אחד מהמתמודדים – עובדה היוצרת חוסר שוויון מובנה ביניהם. המשמעות המעשית של כל אלה היא שהכללים המתאימים למכרזים "רגילים" אינם מתאימים בהכרח למכרזים לגיוס עובדים, וראוי לבחון את התאמתם של כללים אלה למטריה מיוחדת זו. הרחבה ופירוט בסוגיה זו מצריכים דיון רחב ומעמיק, החורג מתחומו של מאמר זה, אולם מצאתי לנכון להפנות את תשומת הלב לכך.

לסיכום חלק זה, הרושם המתקבל הוא שדיני המכרזים אומנם פוסעים לכיוונה של התייחסות הקשרית המבחינה בין סוגים שונים של מכרזים, אלא שגם אם התרשמות זו אכן נכונה, נראה כי אנו נמצאים רק בתחילתה של הדרך. כך, על ההבחנה הנוהגת שבין מכרז פשוט למכרז מורכב ראוי להוסיף הבחנות רלוונטיות נוספות, כגון ההבחנה שבין מכרז שגרתו למכרז ראשוני, בין מכרז שהיקפו הכספי מצומצם למכרז עתיר ממון, בין מכרז שלהפסד בו אין השלכות חריגות על המציעים לבין מכרז שהפסד בו עלול להוביל להפסקת פעילותו הכלכלית של המציע, בין מכרז לרכישת שירותים "רגילים" לבין מכרז לרכישת שירותים עתירי כוח אדם, ובין מכרז לרכש טובין או שירותים לבין מכרז להעסקת עובדים.

3. הבחנה בין סוגי מציעים

הבחנה הקשרית נוספת הראויה לבחינה היא זו שבין סוגי מציעים. כך, קיימים מציעים שהתמודדות במכרזים הינה לחם חוקם, שכן עיקר פרנסתם באה להם מהתקשרויות הנערכות בעקבות מכרז. דוגמאות מובהקות לכך הן תאגידים בתחומי הניקיון והשמירה, שעיקר עיסוקם בהענקת שירותים לגופים ציבוריים שהתקשרויותיהם נעשות באמצעות מכרזים, או חברות שעיקר עיסוקן בהענקת שירותים של גביית מיסים וחובות לרשויות מקומיות. כאלה הן גם חברות העוסקות בתחום התשתיות, אשר מטבע הדברים עיקר עיסוקן בהתקשרויות עם גופים ציבוריים שנכרתו בעקבות זכייתן במכרז. לעומת זאת, עסקים רבים אחרים אינם נדרשים כמעט להתמודד במכרזים במסגרת עיסוקם, ועל כן

134 בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817 (2004).

השתתפותם במכרז הינה אירוע נדיר ויוצא דופן מבחינתם. לגבי מציעים מהסוג הראשון, סביר לצפות שהם יכירו בצורה מדוקדקת את דיני המכרזים, על כל תגיהם, ועל כן גם לדרוש מהם הקפדה יתרה על קוצו של יוד. ציפייה מעין זו סבירה פחות לגבי מציע מהסוג השני. עובדה זו מצדיקה לכאורה גישה מקילה יותר לגבי פגם שנפל בהצעתו, כל עוד נראה כי מדובר בשגגה שנפלה בתום לב. כך, לדוגמה, איחור בהגשת ההצעה מצד מציע מהסוג הראשון ראוי שיזכה ביחס נוקשה ומחמיר, וזאת אף אם מדובר באיחור קל, כפי המצב כיום. לעומת זאת, מקום שמדובר במציע מהסוג השני, ראוי לשקול יחס מקל יותר ככל שהאיחור אינו משמעותי, ואם ניתן להניח באופן סביר כי הדבר אירע בתום לב. גישה דומה ראוי לאמץ גם לגבי פגם שנפל בהצעה עצמה או בכתב הערכות שצורף לה, כל עוד תיקונו אינו צפוי להשפיע על התחרות המכרזית.

הבחנה מתבקשת נוספת בהקשר זה היא ההבחנה שבין מציע "חזק" למציע "חלש". בביטוי "מציע 'חזק'" הכוונה למציע הנהנה מחוסן כלכלי משמעותי, כגון בנק, חברת ביטוח, תאגיד גדול וכדומה, בעוד "מציע 'חלש'" הינו אדם פרטי או עסק קטן או בינוני. להבחנה זו ראוי ליחס משקל בשני הקשרים. ראשית, ממציע "חזק" ניתן לצפות שיסתייע בליווי מקצועי במסגרת התמודדותו במכרז, ועל כן מוצדק לדרוש ממנו מידת הקפדה גבוהה במסגרת הצעתו למכרז ולצפות שהוא יעמוד בדרישה זו. ציפייה מעין זו לגיטימית פחות מקום שמדובר במציע "חלש", שלא עומדים לו האמצעים להסתייע ביעוץ מקצועי במסגרת הצעתו במכרז. על כן הפרה של דרישה מכרזית מצד מציע מעין זה ראויה לעיתים ליחס מקל יותר מצד ועדת המכרזים.

הקשר שני שבו ראוי ליחס משקל להבחנה בין מציע "חזק" למציע "חלש" נוגע בפלל הפסיקתי בדבר מניעות, שלפיו מציע שנמנע מלעתור נגד פגם שנפל לגישתו במכרז מנוע מלעשות כן לאחר שהתמודד במכרז והפסיד בו, ורואים את התמודדותו במכרז כהסכמה לתנאיו.¹³⁵ על אף ההיגיון הטמון בהלכה זו, היא מעוררת גם כמה קשיים: היא מחייבת את המציע להוציא זמן וממון עוד בטרם הגיש את הצעתו, באופן שלא ברור אם ניב לו תועלת; היא מציבה אותו בעימות עם ועדת המכרזים עוד בטרם הגיש את הצעתו;¹³⁶ והיא מחייבת אותו לפעול באופן שיש בו (אם יצליח) כדי לשרת לעיתים קרובות גם את מתחריו. על אף קשיים אלה, נראה כי קיימת הצדקה להחיל הלכה זו על מציע חזק, שעומדים לרשותו האמצעים הכלכליים הנחוצים כדי לתקוף את חוקיותו של תנאי במכרז מקום שהוא סבור כי התנאי אינו חוקי. לעומת זאת, החלתה של הלכה זו על מציע דל אמצעים מוצדקת הרבה פחות. לפיכך מקום שמדובר במציע מסוג זה ייתכן שראוי להסתפק בהתרעה של המציע לפני ועדת המכרזים על הפגם שנפל

135 עניין אמנון מסילות, לעיל ה"ש 92, בעמ' 763-764; ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נא(5) 646, 643 (1997); בג"ץ 126/82 "טיולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל – משרד התחבורה, פ"ד לו(4) 44, 47-48 (1982).

136 לטיעונים ולמצאים שלפיהם אנשים עניים נמנעים מלהגיע להליכי שימוע בשל החשש להתעמת עם הרשות ראו פלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 155-157.

במכרז, ובכך לראותו כמי שיצא ידי חובתו בהקשר של הלכת המניעות. זאת, במקום להטיל עליו את הנטל הכלכלי הכרוך בתקיפת חוקיותו של המכרז בבית המשפט.¹³⁷ לסיכום, בנסיבות המתאימות לכך גם לסוגו ולאופיו של המציע עשויות להיות השלכות על ההסדר המשפטי הרצוי.

4. הבחנה בין סוגים של עורכי מכרזים

הבחנה הקשרית נוספת הראויה לבחינה היא ההבחנה שבין סוגים שונים של עורכי מכרזים. כפי שצוין לעיל, הבחנה מעין זו קיימת זה כבר במישור החקיקתי, ובאה לידי ביטוי בכך שקיים שוני בין הסדרת התקשרויותיהם של כלל משרדי הממשלה לבין ההסדר החל על התקשרויותיו של משרד הביטחון. כך גם לגבי קופות החולים, תאגידים סטטוטוריים, חברות ממשלתיות, מוסדות להשכלה גבוהה ורשויות מקומיות.¹³⁸ אולם מעבר להבחנה הסטטוטורית הקיימת דומה כי מתבקשת התייחסות הקשרית גם בהיבטים נוספים.

כך, ככל שמדובר בהבחנה שבין התקשרויותיו של משרד ממשלתי להתקשרויותיו של חברה ממשלתית ניתן לצפות שדיני המכרזים יעניקו מידה רבה יותר של לגיטימציה לשיקולים כלכליים מקום שמקבלת ההחלטה היא ועדת מכרזים של חברה ממשלתית, המתמודדת בשוק תחרותי מול גורמים פרטיים. טיעון זה מקבל חיזוק של ממש לנוכח הוראת סעיף 4(א) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, הקובעת כי "חברה ממשלתית תפעל לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא־ממשלתית, זולת אם קבעה לה הממשלה, באישור הועדה, שיקולי פעולה אחרים". אומנם, בדומה למשרד ממשלתי, גם חברה ממשלתית כפופה לאמות המידה שמכתיב המשפט המנהלי, ובעיקר לחובה לפעול בשוויון. אלא שבעוד משרד ממשלתי אינו מחויב בחוק לפעול על פי שיקולים עסקיים, על חברה ממשלתית חלה חובה חקוקה לפעול "לפי השיקולים העסקיים שעל פיהם נוהגת לפעול חברה לא־ממשלתית".

לאמירה מפורשת זו ראוי לתת גם ביטוי מעשי, לכל הפחות בנסיבות שבהן קיימת תחרות בין אותה חברה ממשלתית לבין המגזר הפרטי. עד כה נמנע בית המשפט מלהתמודד עם המתח הקיים בין הוראת סעיף 4(א) לעיל לבין הפסיקה המחמירה בתחום המכרזים, ולמעשה התעלם ממנה. לכאורה, ראוי שדיני המכרזים יתירו לוועדת מכרזים בחברה ממשלתית הנדרשת להתחרות במגזר הפרטי¹³⁹ לתת לשיקולי יעילות משקל כבר

137 להרחבה בסוגיה של מידת האקטיביות הנדרשת ממציע שטוען לפגם במכרז ראו דקל **מכרזים ב**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 374–377.

138 ראו לעיל פרק משנה ב1.

139 דומה כי ראוי להבחין בין חברה ממשלתית הנדרשת להתמודד בתחרות מול המגזר הפרטי (דוגמת רכבת ישראל, המתחרה בחברות הובלה של משאיות בתחום של הובלת מטענים, או חברות ממשלתיות הפעילות בתחום הבטחוני, דוגמת התעשייה האווירית לישראל, תעש מערכות או רפא"ל, הנאלצות להתחרות בחברות פרטיות הפועלות בתחום זה) לבין חברה ממשלתית שאינה נדרשת לכך (דוגמת חברת החשמל לישראל או מקורות).

מזה המותר לוועדת מכרזים "רגילה"¹⁴⁰ בכך יינתן ביטוי הן להיבט ההקשרי הן לדבר המחוקק בחוק החברות הממשלתיות.

נוסף על כך, דומה כי מכרזיהן של רשויות מקומיות ראויים למידה רבה יותר של חשדנות לעומת מכרזיהם של משרדי ממשלה, וזאת משלושה טעמים מוסדיים לפחות. ראשית, בעוד ועדת המכרזים בשלטון המרכזי מורכבת מגורמים מקצועיים בלבד, ביניהם שני שומרי סף מובהקים (יועץ משפטי וחשב),¹⁴¹ ברשות המקומית ועדת המכרזים מורכבת מנציגי מועצה,¹⁴² שאינם נהנים ממקצועיות בתחום המכרזים, ואשר בהיותם נציגים פוליטיים הם מחויבים לא פעם לציבור זה או אחר. שנית, בעוד בשלטון המרכזי ליועץ המשפטי עומדת זכות וטו לגבי החלטה שאינה חוקית לתפיסתו,¹⁴³ ברשות המקומית היועץ המשפטי אינו חבר כלל בוועדת המכרזים, ומכאן שמעמדו חלש בהרבה.¹⁴⁴ לא זו אף זו, ברשויות מקומיות רבות היועץ המשפטי אף אינו עובד הרשות, אלא נותן שירותים חיצוני, עובדה המציבה אותו במעמד מוחלש אף יותר. שלישית, במקרים רבים מידת הקרבה בין המתמודדים במכרז לבין מקבלי ההחלטות גבוהה יותר ברשות המקומית מאשר ברשות המרכזית – עובדה המגבירה את החשש להשפעה אסורה על חברי ועדת המכרזים. צירופם של מאפיינים אלה מוביל למסקנה כי החשש לשחיתות במכרזיהן של רשויות מקומיות גדול מן החשש לשחיתות במכרזיהם של משרדי ממשלה. עובדה זו מצדיקה גישה חשדנית יותר כלפי החלטותיה של ועדת המכרזים ברשות המקומית,¹⁴⁵ מתן משקל נמוך יותר לחזקת התקינות שהרשות המנהלית נהנית ממנה, ומעורבות שיפוטית רבה יותר מקום שהחלטה של ועדת המכרזים

140 לדוגמה, ראוי להתיר לוועדת המכרזים להבליג על פגם בהצעה או לאפשר למציע לתקנו מקום שפסילת ההצעה הפגומה תפגע מאוד ביעילות ההתקשרות.

141 תק' 8(א) (1) לתקנות חובת המכרזים קובעת: "מנהל כללי של משרד רשאי למנות למשרד מבין עובדי המשרד ועדת מכרזים אחת או יותר, ואלה יהיו חבריה: (א) המנהל הכללי של המשרד יהיה יושב ראש הוועדה, או מי שהוא מינה לנציגו; (ב) חשב המשרד או מי שהוא מינה לנציגו; (ג) היועץ המשפטי של המשרד או עורך דין שהוא מינה לנציגו; (ד) עד שני חברים נוספים..."

142 ס' 148(א) לפקודת העיריות [נוסח חדש] קובע: "המועצה תבחר מבין חבריה ועדת מכרזים קבועה שתפקידה לבדוק הצעות מחירים המוגשות לעיריה בעקבות פרסום מכרז ולהמליץ לפני ראש העיריה על ההצעה שלדעת הוועדה ראוי לאישורו..."

143 תק' 10(ב) לתקנות חובת המכרזים קובעת: "עמדת היועץ המשפטי, או נציגו בוועדה, תכריע בעניינים משפטיים..."

144 הגם שיקשה על ועדת המכרזים לקבל החלטה שהיועץ המשפטי לוועדה מתנגד לה. ראו ע"ם 6145/12 עיריית נצרת עלית נ' הרטמן, פס' מד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.1.2013): "חוות הדעת של היועץ המשפטי לעיריה בשאלה משפטית קובעת מבחינת גורמי העיריה, ובכלל זאת העומד בראשה, את המצב המשפטי המצוי... כמובן בכפוף לחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה בהקשרים הנצרכים, ולפסיקת בתי המשפט."

145 ביטוי מסוים לחשש זה ניתן למצוא גם בהסדר החקוק. כך, בעוד לגבי משרדי ממשלה מחוקק המשנה מתיר בנסיבות נתונות ניהול משא ומתן עם המציעים במכרז (ראו תק' 7 לתקנות חובת המכרזים), ככל שמדובר במכרזיהן של רשויות מקומיות האיסור בהקשר זה גורף (תק' 18א לתקנות העיריות (מכרזים)).

מאותגרת בבית המשפט. מכאן שלהלכה שלפיה בית המשפט אינו שם עצמו בנעליה של ועדת המכרזים, ואין דרכו להתערב בהחלטתה כל עוד מדובר בהחלטה סבירה,¹⁴⁶ ראוי שתהיה תחולה מצומצמת יותר מקום שמדובר בהחלטה שקיבלה ועדת מכרזים ברשות מקומית.

הבחנה אפשרית נוספת בין סוגים שונים של עורכי מכרזים היא ההבחנה שבין עורך מכרז גדול, מנוסה ומקצועי – דוגמת חברת החשמל, רכבת ישראל, החשב הכללי במשרד האוצר, משרד הביטחון או עיריית תל אביב – לבין עורך מכרז קטן ומזדמן, דוגמת יישוב קהילתי או חברה ממשלתית קטנה. בעוד מעורך מכרז גדול ומקצועי מצפים שיפגין רמה מקצועית גבוהה של התנהלות, קשה להציב דרישה דומה בפני עורך מכרז קטן ומזדמן. עובדה זו עשויה להצדיק, לדוגמה, הסדר המאפשר לעורך מכרז קטן להצטרף למכרז שנערך זה כבר וליהנות מפירותיו, תוך פטירתו מעריכת מכרז עצמאי, דבר שיקשה להצדיקו מקום שמדובר בעורך מכרזים סדרתי, מנוסה וחזק. לסיכום חלק זה, התעלמות מהבדלים רלוונטיים בין סוגים שונים של עורכי מכרזים מחמיצה הבחנות חשובות שעשויות להיות רלוונטיות לגיבושה של מדיניות שיפוטית ראויה בנוגע לביקורת השיפוטית על עבודתן של ועדות המכרזים.

פרק ד: חולשותיה של הסדרה הקשרית

היתרון העיקרי הגלום באימוצו של השיח ההקשרי הוא האפשרות לגבש הסדרים משפטיים התואמים באופן מדויק יותר את נסיבות העניין, ומאזנים באופן מיטבי בין התכליות השונות של המכרז הציבורי, כפי שהן באות לידי ביטוי במקרה הקונקרטי. עם זאת, במורכבותו של הדין ההקשרי גלומים גם חסרונות, שמן הראוי להביאם בחשבון ולתת להם את המשקל המתבקש בעת עיצובם של דיני המכרזים מחדש. קושי אחד הוא **בעיית הסיווג**. אסדרה הקובעת הסדרים שונים למצבים עובדתיים שונים עלולה ליצור בעיה לא פשוטה של סיווג, בעיקר במצבים שאינם מובהקים. כך, לדוגמה, בהנחה שהדין החל על מכרז מורכב יהיה שונה מהדין החל על מכרז פשוט, היכן יעבור הקו בין מכרז מורכב למכרז פשוט? קביעה שלפיה יחסה של ועדת המכרזים למציע "חלש" צריך להיות שונה מיחסה למציע "חזק" מחייבת התמודדות עם הצורך להבחין בין שני סוגי המציעים. כאמור, הצבת הגבול בין הקטגוריות השונות עלולה ליצור קושי, בעיקר במצבי ביניים. אלא שבאותם מצבי ביניים גם הצורך בהכרעה בעלת אופי הקשרי דוחק פחות, ועל כן ניתן לוותר עליה. ככלל, ההצדקה להכרעה הקשרית

146 ע"מ 3827/10 טל אופיר גינן ופיתוח בע"מ נ' עיריית נשר, פס" 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 17.3.2011); עניין רון עבודות עפר, לעיל ה"ש 2, פס" 11 לפסק דינה של השופטת חיות; ע"א 4964/92 נשיץ נ' עשת, פ"ד נ(3) 762, 762–769 (1996); בג"ץ 161/80 מלון סן טרופו בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 709, 711 (1980).

כולטת בעיקר במצבים מובהקים, שבהם שאלת הסיווג אינה מתעוררת או שהיא קלה למענה. במצבי הביניים, שבהם שאלת הסיווג מעוררת קושי ממשי, דומה כי נחיצותה של הכרעה הקשורת אינה רבה.

קושי הסיווג עלול להיות מורכב אף יותר מקום שבאותו מכרז באים לידי ביטוי הקשרים סותרים. כך, לדוגמה, נניח שמדובר במכרז ראשוני ומורכב שעורכת רשות מקומית. בעוד במכרז ראשוני ומורכב ראוי לתת גמישות רבה יותר בידי ועדת המכרזים, כלפי ועדת מכרזים של רשות מקומית ראוי לנקוט מדיניות מחמירה יותר. דוגמה נוספת יכולה להיות מכרז בעל משמעות כלכלית עצומה שכל המציעים בו מגוונים וחזקים. מחד גיסא, המאפיין הראשון של המכרז מצדיק גישה מקילה כלפי המציעים, ומאידך גיסא, המאפיין השני מכתוב גישה קפדנית כלפיהם. במקרים מעין אלה דומה כי בית המשפט יידרש לקבוע מדרג בין הקשרים שונים (לדוגמה, לקבוע שבמכרז של רשות מקומית אין מקום לגישה מקילה גם אם מדובר במכרז מורכב וראשוני) או להעדיף את ההקשר המשמעותי יותר בנסיבות העניין. בנסיבות מעין אלה בית המשפט אף יכול לקבוע כי לנוכח הסתירה שבין המשמעויות הנובעות מההקשרים השונים, יש לראותם כ"מקזזים" זה את זה, באופן שמצדיק הכרעה על פי הכללים ה"רגילים". מטבע הדברים, סוגיות אלה אינן יכולות לקבל פתרון אחיד מראש, והן יבואו על פתרון במהלך גיבושו של השיח ההקשרי.

הקושי המעשי בסיווג לקטגוריות מגלם קושי נוסף, והוא הפגיעה בוודאות. הסדר פשוט וגורף עלול אומנם להוביל לתוצאות אבסורדיות ומקוממות במצבים מסוימים, אך יתרונו בהיותו צפוי, קל להבנה ופשוט ליישום.¹⁴⁷ לעומת זאת, הסדר מורכב או קשה ליישום מקשה הן על ועדת המכרזים בעבודתה הן על המציעים המעוניינים לדעת מה הדין החל בסיטואציה נתונה. עובדה זו עלולה גם לעודד התדיינויות משפטיות. עם זאת, ראוי לזכור שגם התעלמות מהשיח ההקשרי עלולה להוביל לעיתים לפגיעה בוודאות, וזאת בשל רצונו של בית המשפט להימנע מתוצאה לא רצויה ובלתי משכנעת, כפי שקרה בעניין אדמונית החורש המוזכר לעיל.¹⁴⁸ כמו כן, ככל שהכרעה בעלת אופי הקשרי תיחד למצבים מובהקים בלבד, גם הפגיעה בוודאות תהיה מינימלית.

קושי שלישי נובע מכך שדיני מכרזים הקשריים מגלמים בהכרח הסדר מורכב יותר מדין המכרזים הקיים. מורכבותו של ההסדר המשפטי מגלמת בהכרח פגיעה ביכולתו של הפרט להכיר את ההסדר המשפטי על בוריו ולהבינו. בעוד הסדר פשוט הינו קל להבנה וליישום, ועל כן קל גם לאדם מן השורה להכירו ולדרוש את קיומו, הסדר מורכב יותר קשה יותר להבנה, להכרה וליישום, ועל כן פוגע ביכולתו של הפרט להכיר את זכויותיו ולעמוד על מימושן. אולם קושי זה גלום בכל פיתוח של הדין, ואינו מהווה עילה להימנעות ממנו. כך, ברור שדיני החוזים היו פשוטים יותר להבנה וליישום אילו

147 אריאל בנדר "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפטי – על פורמליזם משפטי ראוי" משפט וממשל 595, 591 (2003); פלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 321–322; Frederick Schauer, *Formalism*, 97 YALE L.J. 509 (1988).

148 עניין אדמונית החורש, לעיל ה"ש 77.

הם כללו את חוק החוזים (חלק כללי) בלבד. מובן כי בכך אין כדי להצדיק את מחיקתם של חוקי החוזים המיוחדים מספר החוקים.

קושי רביעי בהסדרה הקשרית של תחום המכרזים גלום בכך שבמקרים רבים משמעותו המעשית היא **הרחבת שיקול הדעת המסור לוועדת המכרזים**. הרחבת שיקול דעתה של ועדת המכרזים תבוא לידי ביטוי הן בצורך לסווג סיטואציה כמשתייכת לקטגוריה זו או אחרת (לדוגמה, מכרז פשוט לעומת מכרז מורכב) הן בכך שבהקשרים מסוימים מוצע להעניק לוועדת המכרזים שיקול דעת רחב יותר להגמיש את כללי המשחק המכרזיים (לדוגמה, במכרז ראשוני או כאשר המציע אינו מיומן בהתמודדות במכרזים).

הקושי בהרחבת שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשאלת הסיווג מתחדד לנוכח העובדה שהגורם שאמור לבצע סיווג זה הוא ועדת המכרזים עצמה, וזו נמצאת במצב של ניגוד עניינים מוסדי, שכן צפוי כי נטייתה של ועדת המכרזים תהיה לסווג את המקרים הבאים לפניה באופן המקנה לה שיקול דעת רחב יותר. זאת, הן בשל הנטייה הקיימת אצל כל גוף לפרש את סמכותו ואת שיקול דעתו בהרחבה, והן בשל נטייתה המובנית של ועדת המכרזים להעדיף שיקולי יעילות על עקרון השוויון וההגינות.¹⁴⁹ הפתרון לקושי זה גלום בפתרון שהוצע לבעיית הסיווג והוודאות. כאמור, הסדרה הקשרית ראויה לאימוץ במצבים מובהקים, שבהם שאלת הסיווג אינה מעוררת קושי ממשי, ועל כן גם מרחב שיקול הדעת שנמסר לוועדת המכרזים אינו גדול. במצבי ביניים, שבהם ההיבט ההקשרי אינו מובהק, מן הראוי שוועדת המכרזים תפעל על פי הכללים הרגילים, ושיקול הדעת בדבר הצורך בהכרעה הקשרית ייוותר בידי בית המשפט לבדו.

קושי נוסף גלום בהרחבת שיקול הדעת של ועדת המכרזים נובע מכך שהדבר עומד בניגוד למדיניותו העקבית של בית המשפט העליון בהקשר זה, הדוגלת בגישה פורמליסטית וקשיחה מצד ועדת המכרזים.¹⁵⁰ אלא שהמענה לקושי זה טמון בשיח ההקשרי עצמו, הגורס כי בהקשרים נתונים קיימת הצדקה לשנות מגישה קשיחה זו.

קושי חמישי גלום בחשש שמתן היתר לגישה מקילה מצד ועדת המכרזים בהקשרים מסוימים עלול לתמרץ מציעים להתרשלות ולחוסר הקפדה בהכנת הצעתם, מתוך כוונה לחסוך במשאבים, ואף ל"שתילת" פגמים מכוונת בהצעתם, כדי לאפשר להם את מרחב התמרון הגלום בהחלטה אם לתקן את הפגם ולהישאר ב"משחק" או להימנע מכך במכוון כדי להוביל לפסילת ההצעה על ידי ועדת המכרזים. כל זאת כדי להימנע מהסיכון של חילוט הערבות בנסיבות של משיכת ההצעה. להערכתנו, אין ממש בחשש זה, וזאת דווקא בשל העמימות היחסית הגלומה בשיח ההקשרי. ככל שמציע יכול לדעת בוודאות שהצעתו לא תיפסל בשל פגם שנפל בה, אכן קיים חשש מסוים שהוא יעשה במידע זה שימוש מניפולטיבי. אולם מכיוון שהשיח ההקשרי אינו מבטיח תוצאה זו, אין למציע ודאות שהפגם שהוא "שתל" בהצעתו לא יוביל לפסילתה. על כן אין לו תמרץ

149 עומר דקל "לא חייבים לפסול הצעה פגומה – הצעה להסדר חלופי באשר לדין של הצעות פגומות במכרז" משפטים מה 157, 181 (2015).

150 שם.

ליטול סיכון כה גדול בעבור "רווח" ערטילאי שלא ברור כלל אם נחוץ לו ומה שיעורו. בהקשר זה חשוב אף לציין כי ככל שתמריץ מעין זה אכן קיים, הוא קיים גם לפי דיני המכרזים דהיום, וזאת ככל שמדובר בפגם בהצעה המוגדר "טכני". זאת, מן הטעם שלכאורה, לפי טיעון זה, לכל מציע יש תמריץ לשתול בהצעתו פגם "טכני", כדי לקנות לעצמו את מרחב התמרון שתואר לעיל. המציאות מלמדת שמקרים מעין אלה אינם שכיחים.

לסיכום פרק זה, המשמעות המעשית הנובעת מהקשיים שפורטו לעיל היא שראוי, לפחות בתחילה, להגביל את ההסדרה ההקשרית למצבים מובהקים, שבהם המאפיין ההקשרי בולט, אינו שנוי במחלוקת של ממש ואינו מצוי במתח עם שיקולים והקשרים נוגדים. נקיטת גישה זו תפיג במידה ניכרת את הקשיים העיקריים הגלומים בהסדרה ההקשרית – בעיית הסיווג, חוסר הוודאות והרחבת שיקול הדעת של ועדת המכרזים. הסדרה מפורטת עוד יותר, והתייחסות למצבי ביניים דוגמת אלה שפורטו לעיל, ראוי להתיר לשלבים מאוחרים יותר של האבולוציה של דיני המכרזים.

סיכום

עולם המשפט מתאפיין במקרים רבים בהכללה, והכללה מניחה מעצם טבעה אפשרות לרמה מסוימת של עיוות דין במצבי קיצון, שהרי אי-אפשר – ואף אין זה רצוי – לנסח כלל נפרד לכל מקרה ומקרה. עם זאת, הכללת יתר אף היא אינה רצויה, שכן יש בה כדי להתעלם מכך שמצבים שונים מצריכים הסדרה שונה. ההחלטה היכן עובר הקו בין הכללה לבין הסדרה הקשרית מחייבת איזון ופשרה בין שיקולים סותרים אלה.

ההתייחסות ההקשרית אינה זרה לדיני המכרזים. יש לה קיום הן בחקיקה הן בפסיקה. עם זאת, הרושם המתקבל הוא כי הכף נוטה יתר על המידה לכיוון המכליל, וכי מודעותו של בית המשפט לשיח ההקשרי מוגבלת, ולעיתים אינה קיימת כלל. עובדה זו מובילה לא פעם לתוצאות מוקשות ולא רצויות.

תכליתו של המאמר אינה להציע בהכרח הצעות קונקרטיות, סדורות וממצות להסדרה הקשרית בתחום המכרזים. תכליתו היא להפנות את הזרקור ליתרונות הגלומים בשיח ההקשרי בתחום המכרזים הציבוריים ולחסרונות הגלומים בהתעלמות ממנו, ולהצביע על כך שחיוזק ההתייחסות ההקשרית בתחום דיני המכרזים הציבוריים טומן בחובו פוטנציאל לגיבושם של הסדרים נורמטיביים טובים יותר מאלה הקיימים. בכך אין משום קריאה למהפכה. השיח ההקשרי ראוי שיתפתח בהדרגה, באחריות, ובנסיבות המתאימות לכך.