

מי אוהז במושכות?

כיצד כללי המניעות וההשתק מעצבים את דיני המכרזים

מאת

עומר רזין*

בדיני המכרזים נודעת חשיבות רבה לכללי ההשתק והמניעות.¹ כללים אלו מתיישבים עם תחושת צדק בסיסית, הגינות, דרישת תום הלב ויתר כללי המשפט המינהלי. הם אמורים לתמרץ את המתמודדים הפוטנציאליים לחשוף פגמים במכרז במועד מוקדם, וכך למנוע נזקים מיותרים לעורך המכרז ולמתמודדים הנוספים. אלא שתיאוריה לחוד ומציאות לחוד – עובר להגשת ההצעות במכרז, אין למתמודדים הפוטנציאליים אינטרס לתקוף תנאי בעייתי בו; לאחר הגשת ההצעות ובמיוחד לאחר ההכרזה על הזוכה, מי שבעל אינטרס להעלות טענות בנדון, מנוע ומושקע מכך. למעשה, עוצמתם ונחרצותם של כללי המניעות וההשתק, מאפילים על היבטים קוגנטיים בדיני המכרזים, ומקנים כוח רב מאוד בידי עורך המכרז. לא רק שכללי המניעות וההשתק אינם מספקים תמריץ לעורך המכרז לחשוף ולתקן פגמים שנפלו בתנאים שניסח, הם מתמרצים אותו להוסיף ולקבוע תנאים המנסים להרחיב את סמכותו ו"להגמיש" את ההליך המכרזי – לעיתים בניגוד לדין הקוגנטי ולפסיקה. תהליך עקבי זה מוביל, אט-אט, לשחיקת תכליות דיני המכרזים. פסיקתו העדכנית של בית המשפט העליון רק מוסיפה להטיל על המתחרים את נטל הבקרה על הוראות דיני המכרזים תוך שחרור ועדת המכרזים מחובתה בסיסית זו. על מנת להתמודד עם קשיים אלו, ברשימה זו אציג מודל תלת-שלבי: לפיו, **בשלב ראשון** בית המשפט יידרש לסווג את התנאי המכרזי שבמחלוקת – האם מדובר בתנאי "מקצועי" או בתנאי שנקבע כחלק מ"כללי המשחק" המכרזיים. ככל שמדובר בתנאי מהסוג האחרון, יש להתקדם **לשלב השני**, שבו נדרש לבחון אם התנאי שבמחלוקת מתיישב עם הוראות דין קוגנטי בדיני המכרזים. **ובשלב השלישי**, ככל שנדרש, ידון בית המשפט בסעד הראוי.

* עוזר משפטי בכיר לכב' השופט בדימוס יוסף אלרון. ברצוני להביע תודתי העמוקה לשופט אלרון, אשר זכית לשמש כעוזרו המשפטי הבכיר במשך למעלה מארבע שנים. במהלך תקופה זו למדתי ממנו שיעורים מקצועיים רבי ערך, והוא תרם להתפתחותי המקצועית תרומה משמעותית ועמוקה. דחיפתו המתמדת, האמון שהעניק לי וההכוונה שקיבלתי ממנו לאורך הדרך הם שהובילו, בין היתר, להחלטתי לפעול לפרסום מאמר זה. השופט אלרון שימש עבורי כמורה דרך ודמות נוכחת ומשפיעה ברגעים מורכבים – אישיים ומקצועיים כאחד. על ליווי, עצותיו והעזרה שגיליתי בו בכל עת – אני חב לו תודה גדולה. ברצוני להודות גם לפרופ' עומר דקל, אשר עבודתי כעוזר מחקר עבורו לפני כעשור חשפה אותי לעולם דיני המכרזים והציתה את העניין שלי בתחום, ואשר הערותיו על טיוטת מאמר זה תרמו באופן ניכר לגיבושו ושיפורו. כמו כן, תודתי נתונה לעורך הדין גיא מיכאל כהן, על הערותיו ותובנותיו המחכימות כתמיד, אשר סייעו רבות אף הן. עוד אודה למערכת משפטים על אתר ובפרט לעורך המהדורה – מר שמעון לנג, וכן לקורא החיצוני, על הערות מעמיקות ומועילות. יצוין, כי אף על פי שישנם הבדלים אנליטיים מסוימים בין דוקטרינת ההשתק לדוקטרינת המניעות, הפסיקה נוהגת להתייחס אליהן בהקשר הרלוונטי למאמר זה באופן "מעורבב". לצורך ענייננו אין טעם להתעמק בהבחנה בין הדוקטרינות ועל כן כל האמור ברשימה זו מתייחס לשימוש בשתי הדוקטרינות יחדיו בהקשר הנדון.

מבוא. א. מניעות או השתק בשל אי-העלאת טענה במועד – היקף הכללי. ב. החרגים לכלל – מענה חלקי לקושי מבני. ג. המחשת הבעיה במצב הקיים – המקרה של תנאי במכרז האוסר על מציע לבקש צו העוצר את התקדמות המכרז. ד. הצעה למודל תלת-שלבי. 1. שלב ראשון – על ההבחנה הנדרשת בין תנאי "מקצועי" לתנאי הקובע את "כללי המשחק" המכריזים. 2. שלב שני – קביעה שיפוטית האם התנאי המדובר עולה בקנה אחד עם הוראות קוגנטיות בדיני המכרזים. 3. שלב שלישי – בחירת הסעד. ה. סיכום.

מבוא

לכללי ההשתק והמניעות תפקיד מרכזי, מבחינה עיונית ומבחינה מעשית, בתחום דיני המכרזים. כללים אלו, הקשורים בקשר הדוק לעילת השיהוי החלה בהקשרים נרחבים במשפט המנהלי, מתייחסים לעיתוי שבו מעלה מתמודד (או מתמודד פוטנציאלי) את טענותיו בקשר עם הליך מכרזי ספציפי. לפי גישת הפסיקה הנהוגה, מי שמזהה חוסר קוהרנטיות במסמכי המכרז, נדרש לשאול שאלת הבהרה בעניין או להעלות את השגותיו בפני עורך המכרז בדרך אחרת; מי שלא הלין בזמן אמת על תנאי המכרז והשתתף בו, אל לו להעלות טרזניה בנושא לאחר שהתברר כי הצעתו לא זכתה; מי שדבק רבב באופן שבו נהג, מושתק ומנוע מלהלין על יריבו שנהג באופן דומה. לכללים אלו וכללים דומים הגיון רב, תכליתם למנוע התנהלות טקטית וחסרת תום לב של מציעים, אשר יושבים בחיבוק ידיים כל עוד הדבר משתלם להם ועותרים לבית המשפט בטענות ששמרו לשעת כושר.

נניח תנאי במכרז הקובע במפורש כי בסמכות עורך המכרז לאפשר את תיקונו של כל פגם אשר ייתכן שיפול בהצעת מי מבין המציעים. זאת, בין אם מדובר בפגם בעל אופי טכני ובין אם מדובר בפגם מהותי. תנאי שכזה סותר את הכלל שלפיו פגם טכני ניתן לתיקון ולרוב אף ראוי לאפשר את תיקונו, אולם פגם מהותי בהצעה מביא ברגיל לבטלותה.² לכן, הוא מצוי במתח ישיר עם ההלכה הפסוקה.³ על מנת שלא תועלה טענת השתק ומניעות בעלת משקל כלפי המתמודד במכרז המבקש לפקפק בתוקפו של התנאי האמור, הדין מחייב כי עוד בטרם מוגשות ההצעות, הוא ילין בפני עורך המכרז על תוכן הסעיף הבעייתי ויבקש לבטלו או לצמצמו, וכי אם טענותיו יידחו אף יפנה לערכאה המשפטית המתאימה ויתקוף החלטה זו. ברם, המציאות המשפטית חושפת פער תהומי בין הציפייה הנורמטיבית לבין התנהגותם בפועל של המתמודדים במכרז, אשר נעדרים תמריץ ממשי לפעול מבעוד מועד.⁴ בראש ובראשונה, מבחינה רציונאלית, כל מציע יעדיף שלא לכרות את הענף שעלול לשאת אותו – כלומר, יימנע מלהשיג על תנאי המקנה לוועדה שיקול דעת לתקן פגמים שעלולים ליפול

² ע"מ 5409/18 רשות מקרקעי ישראל נ' מוחמד סלימאן, פ"ס 15 (נבו 3.1.2019); ע"מ 10073/17 מטיילי ירון בר בע"מ נ' מועצה אזורית יואב, פ"ס 11 (נבו 5.12.2018); ע"מ 1912/19 רשות מקרקעי ישראל נ' אביסרור משה ובניו עבודות בנין ופתוח בע"מ, פ"ס 12 (נבו 13.1.2020); ע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, 598-599 (2003); ע"מ 6131/17 מוניות שמשון בע"מ נ' רכבת ישראל, פ"ס 29 (נבו 18.2.2018); תקנה 20(ד) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות חובת המכרזים).

³ מתח דומה מתעורר במקרים של תנאים רווחים נוספים – כגון תנאי המונע מהמציעים במכרז לעתור לסעד של אכיפה, אלא לסעד של פיצויים בלבד; או תנאי המגביל את זכות העיון של המתחרים במכרז (בהשוואה לסעיף 21(ה) לתקנות חובת המכרזים).

⁴ עומד דקל מכרזים כרך שני 372 (2006) (להלן: דקל, מכרזים).

בהצעתו שלו. מעבר לכך, וגם אם יש בנמצא מתמודד אשר מתנדב לשמש כנציג טוהר ההליך המכריז – קיימת רתיעה מובנת מפתיחת "חזית" מול עורך המכרז, עוד בטרם הגשת ההצעה,⁵ ולו מאחר שעורך המכרז עתיד לנקד את הצעתו, בדרך כזו או אחרת, ולהכריע את שיעלה בגורלה. גם אם קיים מתמודד אשר בקרבו רצון עקרוני להעלות את טענותיו בשלב מוקדם, העלויות הכרוכות בפתיחת וניהול הליך משפטי – בייחוד טרם גיבוש ההצעה ותוך חוסר ודאות ביחס לסיכויי הזכייה – מרתיעות מלעשות כן. בנוסף, במקרים שבהם מדובר במכרז בהיקף קטן, המציעים השונים לעיתים אינם נעזרים ביעוץ משפטי עובר להגשת הצעתם, אלא רק לאחר שגילו כי הצעתם לא נבחרה על ידי עורך המכרז. במצב זה, אם מדובר בתנאים משפטיים ביחס לאופן ניהול ההליך המכריז,⁶ ייתכן שהם אינם מודעים לאפשרות כי אחד מבין תנאי המכרז סותר את הוראות הדין כך שהקושי בהוראות המכרז מתגלה רק בדיעבד. כך או כך, בהתאם לגישת הפסיקה עצם הגשת ההצעה מבלי לפנות לערכאות לקבלת סעד ביחס לאותו התנאי, יוצרת השתק ומניעות. מכשול נוסף ומשמעותי נגזר מההלכה שלפיה לעורך המכרז נתונה הפרוגטיבה בקביעת תנאיו, כך שבית המשפט ייטה שלא להתערב בתוכן המכרז אלא במקרים חריגים ויוצאי דופן.⁷ נוסף על כל זאת, אם יתגבר המתמודד על שלל מכשולים אלו וינהל הליך משפטי, אפילו מוצלח, על העלויות הכרוכות בכך – ימצא עצמו בקו הזינוק של המכרז, לצד יריביו, באותה נקודת מוצא תחרותית. במקרה כזה, הישגו מוגבל לעמידה על עקרונות וכללי דיני המכרזים. מדובר בהישג נכבד מבחינת דיני המכרזים, אך הישג דל ולא מתגמל מבחינת אותו מציע. אם כך, יש שיגידו שהדבר הנכון והרציונאלי מבחינת אותו מתמודד הוא לשבת בחיבוק ידיים ולכבוש את טענותיו: אם יפסיד, יוכל לשקול להלין בנדון, תוך שהוא לוקח בחשבון כי קיים סיכוי גבוה שטענותיו תידחנה מטעמי מניעות והשתק; אולם אם ינצח, יוכל לטעון, כאשר עורך המכרז ניצב לצדו ותומך בטענתו, כי יריביו מנועים ומושתקים מלהלין על תנאי המכרז. במובן זה, כל מתמודד במכרז הופך למעין שותף "מרצון" להפרה של עקרונות המכרז, באופן הפוגע בציבור בכללותו.

עד כאן עמדתי על שיקולי המציעים. אפנה עתה לבחינת שיקולי עורך המכרז עצמו. מבחינת עורך המכרז, תנאי מכרזי המאפשר לו גמישות ניכרת, בפרט תנאי המקנה לו את האפשרות לתקן באופן נרחב פגמים שנפלו בהצעות, משמש ככלי אפקטיבי לשימור האפשרות לבחור בהצעה העדיפה בעיניו. מכאן נובעת נטייה אינהרנטית לעצב את תנאי המכרז באופן שיאפשר מרחב שיקול דעת מרבי לעורך המכרז ויקטין את הסיכוי כי ייאלץ לפסול את ההצעה המועדפת עליו בשל פגם (טכני או מהותי) שעלול לדבוק בה. אף זאת, בהנחה ששיקוליו של עורך המכרז הם שיקולים ענייניים בלבד ואין בכוונתו להשתמש בסמכותו הרחבה כדי שלא "לאבד" הצעה של מציע אשר הוא חפץ ביקרו. מארג שיקולים אלו, מצד המתמודדים במכרז ומצד הרשות, בשילוב עם כללי המניעות וההשתק, צפוי אפוא להוביל לכך שיוכשר הליך מכרזי ספציפי אשר תקינותו מוטלת בספק. לא זו אף זו: בהיתן

⁵ שם, בעמ' 374.

⁶ בשונה מתנאים בעלי אופי מקצועי המתייחסים להתקשרות מושא המכרז, המתייחסים לליבת המומחיות של המתמודדים במכרז.

⁷ ע"מ 4067/23 מדטכניקה אורתופון בע"מ נ' לאומית שירותי בריאות, פס' 23 (נבו 8.1.2024); ע"מ 6466/19 משרד הביטחון נ' עמותת חברות הסיעוד, פס' 14 (נבו 11.10.2020); ע"מ 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פס' ל"ה (נבו 15.1.2012).

מערך התמריצים האמור, פעם אחר פעם, מכרז אחר מכרז, הוראה זו לא תועמד לבחינה שיפוטית. עורך המכרז יוסיף לכלול את אותו התנאי; המתחרים יוסיפו להגיש את הצעתם מבלי להלין עליו; וכאשר אחד מבין המפסידים במכרז יפנה לבית המשפט משהתברר כי הצעתו לא נבחרה – עתירתו תידחה על בסיס כללי ההשתק והמניעות. הנזק שבכך כמובן שאינו תחום למכרז בודד – כאשר הטענה העקרונית כלל אינה מתבררת לגופה והתוצאה הקונקרטית נותרת בעינה, מתקבע מצב שבו לעורך המכרז נוצר תמריץ להוסיף ולהחיל את ההוראה הנדונה במכרזים נוספים. לפיכך, קיים חשש כי הכללים הקוגנטיים המעצבים את דיני המכרזים ישחקו, ויפנו את הבמה להכרעה שיפוטית במישור הדיוני בלבד, הנגזרת מכללי המניעות וההשתק. לכך יש השפעה נוספת וקשה אף היא – דיני המכרזים מוצאים עצמם צועדים במקום. בהינתן האפשרות להכרעה שיפוטית פשוטה יחסית לפי כללי ההשתק והמניעות, ללא הידרשות לבחינה לגוף הדברים, בתי המשפט כלל אינם נותנים את דעתם במקרים אלו ביחס לסוגיות העקרוניות המתעוררות.

הקושי במצב דברים זה אינו מתמצה בפגיעה עקרונית, תיאורטית ועמומה בדיני המכרזים. על כן, רשימה זו אינה באה לתמוך בהקפדה טהרנית על הוראות הדין. דיני המכרזים מסדירים את האופן שבו מחולקים סכומי עתק (או משאבים רבי ערך) מצד המדינה לגופים פרטיים. החשש כי ועדת מכרזים תשתמש בסמכותה הרחבה, למשל, כדי לפסול מתחרה שלא מצא חן בעיניה; או, להבדיל, לתקן הצעת מתחרה "קרוב לצלחת", הוא חשש תמידי בעולם דיני המכרזים. בהתאם, הנחת היסוד שלאורה מעוצבים דיני המכרזים היא כי אי-הקפדה על הוראות דיני המכרזים, הגמשתם ומתן שיקול דעת רחב מדי לוועדת המכרזים משמעותם פגיעה אפשרית בשוויון ובטוהר המידות. מכך נגזרת במישורין גם פגיעה בתכלית הכלכלית של דיני המכרזים, וכנגזר מאלו פגיעה רחבה וקשה באינטרס הציבורי. פגיעה זו, ולא האפשרות התיאורטית כי מציע כלשהו אשר נהג באופן טקטי ופסול יצא נשכר ממעשיו, היא אשר צריכה, לטעמי, להטריד את בתי המשפט והיא שמגלמת פגיעה ממשית באינטרס הציבורי הרחב.

משהצגתי בתמצית את הסוגיה, דרך הילוכה של רשימה זו יהא כדלקמן: אסקור תחילה את ההצדקה לכללי המניעות וההשתק בהקשר המכרזי ואת היקפו; לאחר זאת אציג את החריגים לכלל ואסביר מדוע אינם מספקים; אוסיף להמחיש ולחדד את הקושי במצב הקיים, תוך שאתמקד בדוגמה של תנאי מכרזי האוסר, או מגביל, הגשת בקשה למתן צו העוצר את התקדמות המכרז; אציג את המודל התלת-שלבי המוצע על ידי; לבסוף – אסכם ואפנה מבט לעתיד.

א. מניעות או השתק בשל אי-העלאת טענה במועד – היקף הכלל

מכרז ציבורי הוא הזמנה של גוף ציבורי לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה.⁸ המכרז הציבורי כפוף לשתי מערכות דינים עיקריות: כללי המשפט המינהלי ודיני החוזים והטרום חוזים.⁹ שני עקרונות יסוד ניצבים בבסיס המכרז הציבורי: ראשון – הגשמת המטרה

⁸ ע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' ד' (נבו 16.01.2007).

⁹ ע"מ 4607/16 Alstom Transport SA נ' נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ, פס' 48 (נבו 18.04.2017); ע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים - עיריית עפולה, פס' 12 (נבו).

הציבורית של שמירה על עקרון השוויון וטוהר המידות על-ידי מתן הזדמנות שווה לכל אדם לזכות במכרז. עיקרון זה מתואר בפסיקה כ"נשמת אפו" של המכרז הציבורי;¹⁰ שני – השאיפה לנהוג ביעילות ובחיסכון בכספי הציבור על-ידי השגת מרב היתרונות למזמין באמצעות מנגנון התחרות.¹¹ עקרונות אלה אינם משתקפים רק במישור המהותי של תנאי המכרז ותכליותיו, אלא גם במישור הדיוני, ובפרט בכללים הנוגעים לעיתוי העלאת הטענות נגד תנאים אלו. בהקשר זה באים לידי ביטוי כללי המניעות וההשתק. טענת השתק או מניעות מהסוג הרלוונטי לרשימה זו קשורה לעיתוי העלאת טענתו של העותר. לפי הטענה, בשל מחדלו של העותר, אשר השתהה יתר על המידה בהעלאת טענותיו ובהגשת העתירה, שינה גורם כלשהו את מצבו באופן שמתן הסעד המבוקש על ידי העותר יפגע בו מעבר לפגיעה שהייתה נוצרת אילו העתירה הייתה מוגשת במועד הראוי.¹² לפיכך, מחמת המועד המאוחר שבו הועלו טענותיו, הן יידחו על הסף. בפסיקה נזכרים מגוון מקורות לכלל זה והוא תואר ככלל המבטא שיקולי צדק לצד שיקולי יעילות.¹³ שיקול אחד, הוא כי הכנת ההצעה והגשתה כרוכים בהשקעת משאבים ומאמץ מצד המתמודדים. על כן, אין זה הוגן כלפי המציע או כלפי עורך המכרז, כי מתחרה מסוים במכרז יכבוש את טענותיו באופן אשר יעצים את הפגיעה שתיגרם ליתר המתמודדים ולרשות.¹⁴ שיקול נוסף, הוא שמירה על טוהר הליך המכרז. קיים חשש כי התנהלות טקטית מצד מצייע, הנמנע מלהעלות את טעותו במועד, תוביל לביטול המכרז ועריכתו מחדש לאחר שהצעות המתחרים נחשפו במידה כזו או אחרת.¹⁵ בכך מגולמת גם פגיעה ביסוד סודיות ההצעות הנובע מכך שאותו פגם נחשף באיחור.¹⁶ מלבד זאת, הפסיקה רואה בהתנהלות מחושבת של מתמודד במכרז, אשר שומר את טענותיו לעיתוי המתאים, כחוסר הוגנות המצדיק את דחייתו.¹⁷

ניתן לחלק, באופן גס, את התרחישים שבהם התקבלה טענה כי העותר מנוע ומושתק מלהעלות את טענתו בעיתוי מסוים למספר מקרים: **מקרה ראשון** – שבו אתמקד ברשימה זו – הוא כאשר מדובר בטענה לקיומו של פגם באחד מתנאי המכרז. אחד מפסקי הדין המרכזיים והמוקדמים שבהם עוגן כלל זה, הוא בעניין **טיולי הגליל**.¹⁸ שם, העלתה אחת המתמודדות במכרז טענה ביחס לכמה מתנאיו. אחד מהם היה תנאי סף אשר איפשר לכל בעל רישיון מתאים להפעלת אוטובוסים להשתתף במכרז. אולם, לאחר ש"אגד", המחזיקה ברישיון הנדרש, זכתה במכרז, נטען כי עורך המכרז היה צריך לאסור עליה מלהשתתף בו. בית המשפט העליון הבהיר כי "העותרת השתתפה במכרז לפי התנאים האמורים, מבלי שמחתה נגדם. כלל

18.1.2009); ע"א 4605/99 **אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל**, פ"ד נה(1) 10, 1 (1999).

10 ע"מ 6823/10 **מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות**, פס' 21 (נבו 28.2.2011); ע"מ 8284/08 **תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'**, פס' 24 (נבו 13.9.2010).

11 ע"מ 1966/02 **המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים**, פ"ד נז(3) 512, 505 (2003).

12 דקל, **מכרזים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 361.

13 ע"א 8189/11 **רפאל דיין נ' מפעל הפיס**, פס' 21 (נבו 21.02.2013).

14 בג"ץ 126/82 **"טיולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל - משרד התחבורה**, פ"ד לו(4) 44, 49 (1982).

15 בג"ץ 35/82 **ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון**, פ"ד לז(2) 512, 505 (1982).

16 שם, בעמ' 514-513.

17 ע"מ 2914/09 **אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' מדינת ישראל - משרד החינוך**, פס' 13 (נבו 24.11.2009).

18 עניין **טיולי הגליל**, לעיל ה"ש 14.

הוא, שאין אדם יכול מצד אחד להשתתף במכרז ומצד שני להעלות טענות נגדו, משנתברר שלא זכה בו.¹⁹ במקרה אחר, נטען בדיעבד כי הוראות המכרז לא אפשרו זמן מספק להגשת ההצעות. על אותה הדרך, הטענה נדחתה תוך שנומק: "מי שנוקט בדרך זו, בית-משפט זה לא יטה אוזן לתרעומתו שלא ניתן לו זמן מספיק לפעול כהלכה. כבר נפסק פעמים רבות שמי שהשתתף במכרז שהיה בו פגם כלשהו מבחינתו ופונה לבית-המשפט רק לאחר שנפלה הכרעה נגדו לא יוכל לזכות בביטול ההכרעה על-סמך אותו פגם שנגדו לא מחה ושאתו השלים ופעל בלי טענות ומענות עד שנודעה לו ההחלטה שנפלה נגדו ..."²⁰ למעשה, מאז שנות ה-70 של המאה הקודמת כללי המניעות וההשתק בנסיבות אלו השתרו בפסיקה ויושמו במסגרתה פעמים רבות מאוד.²¹

מקרה שני שבו נעשה שימוש נפוץ בכללי המניעות וההשתק בהקשר המכרזי, הוא כאשר נטען לפגם בהתנהלות המכרז עצמו. במקרה זה, אשר אליו אתייחס בתמצית בלבד מאחר שאינו במוקד הרשימה, אין מדובר במצב שבו הוראות המכרז כשלעצמן פגומות, אלא בנסיבות שבהן עורך המכרז לא עמד בתנאי מבין התנאים שהוא עצמו קבע, או בהוראות דין אחרות המסדירות את התנהלות המכרז אשר הוא אינו חולק כי מחייבות אותו. למשל, כאשר עורך המכרז לא הקפיד על פתיחת תיבת המכרזים כפי שהוסדר בחוק הרלוונטי ובהוראות המכרז, או אם סטה מאופן ניקוד ההצעות כפי שנקבע על ידו טרם הגשתן. ככלל, גם בנסיבות אלו יש תוקף לכללי המניעות וההשתק אם הטענות מועלות בדיעבד על ידי מתמודד שנטל חלק בהליך הפסול מבלי להלין עליו, עד אשר פנה לקבלת סעד רק משהתברר לו כי הצעתו לא נבחרה.²²

שם, בעמ' 48-49.

בג"ץ 509/78 נח סביר נ' הנהלת בתי-המשפט, פ"ד לב(3) 627 (1978).

ראו, מני רבים: ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (נבו 12.04.2009); ע"מ 6945/21 ק.מ. מדף 4 בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (18.11.2021); ע"מ 6552/21 ש.א. רפאל פרויקטים בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבינוי והשיכון, פס' 20 (נבו 5.12.2022); ע"מ 5333/23 אבו ג'אמע נ' רשות מקרקעי ישראל, פס' 9 (נבו 13.2.2024); ע"מ (מינהליים י-י) 6738-04-23 אדיר - הבידור בע"מ נ' עיריית ירושלים, פס' 23 (נבו 4.8.2023); ת"א (מחוזי ת"א) 57044-08-22 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' תאגיד המים והביוב מי שיקמה בע"מ, פס' 97 (נבו 2.1.2023).

בבג"ץ 252/71 "רסקו" חברה להתיישבות חקלאית ועירונית בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כה(2) 582 (1971), מדובר היה במכרז שערכה עיריית תל אביב, בית המשפט העליון התרשם ביחס להתנהלות המכרז (בשונה מתנאיו), כי "קשה למצוא פגם שעלול היה להיות בהליכי המכרז ולא היה". כך למשל, תיבת המכרזים נפתחה על ידי גורמים לא מוסמכים כחצי שעה לפני השעה שנקבעה לכך ומבלי שינכחו במעמד פתיחת תיבת ההצעות כלל הגורמים המתחייבים לפי דין. בכל זאת, בית המשפט העליון לא ראה להורות על ביטול המכרז מפאת עיתוי העלאת הטענה באשר לאופן התנהלות המכרז הנדון, ואף מכרזים קודמים שבהם העותרת השתתפה מבלי להלין. מנימוקים דומים, נדחתה עתירה שבה הועלו טענות כלפי החלטת עורך המכרז לבטל את המכרז ולקיים משא ומתן עם המציעות. נומק: "... העותרת השתתפה בשיבה והציעה את הצעתה במשא ומתן, בכך יש לראותה כמוותרת על טענות נגד ביטול המכרז השני. ייאמר לה, כפי שנאמר לעותרים אחרים לפני, שאילו זכתה במשא ומתן, בוודאי לא היתה באה בהשגות על הנוהל שנקטו המשיבים, ומשהפסידה לא תישמענה עוד טענותיה נגד אותו נוהל" (בג"ץ 57/76 אחים נחום בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד ל(2) 703 (1976)). במקרה נוסף, נדחתה עתירה ביחס ל"הכשרת" פגם באחת מההצעות – בהיותה בלתי חתומה כנדרש, גם כן נוכח אי-העלאת התנגדותו במועד: "... לא היתה התנגדות מצדו לבקשת בא-כוח המשיבה השלישית לתקן את המעוות על-ידי הוספת חתימתו על ההצעה ולמתן הרשות, וכבר נפסק כי אי-התנגדות בשעה הנכונה פועל נגד מי שמבקש לאחר-מכן לבטל אקט מינהלי. שכן שתיקתו בשעת מעשה יכולה להתפרש כוויתור מצדו על התנגדות לעשייתו"

בשונה משני המקרים לעיל – פגם בתנאי המכרז ופגם בהתנהלות המכרז, הפסיקה אימצה גישה שונה לבחינת טענה המועלת על ידי אחד מהמציעים במקרים **מהסוג השלישי** – טענה של מתמודד כלפי פגם בהצעת יריבו, כאשר אותו מתמודד היה מודע לפגם עובר להגשת הצעתו במכרז. במקרה כזה, נקבע שאין להטיל על מציע כלשהו מעין "חובת פיקוח" כלפי יריבו, וכי ככלל, עקרון תום הלב אינו דורש כי מתמודד המזהה פגם בהצעת יריבו יודיע על כך לעורך המכרז.²³

כאמור, מבין שני התרחישים המרכזיים שבהם יש תחולה לכללי ההשתק והמניעות – טענה לפגם בתנאי המכרז וטענה לפגם בהתנהלותו – רשימה זו מתמקדת בתרחיש הראשון בלבד. בעוד שמקרים מהסוג השני מתעוררים במקרה של פגם נקודתי **בהתנהלות** מכרז מסוים, מקרים מהסוג הראשון משקפים **מדיניות** משפטית מחושבת של הרשות כפי שהיא באה לידי ביטוי במסמכי המכרז. על מקרים מהסוג הראשון, כפי שארחיב, ניתן וראוי להשפיע באמצעות שרטוט גבולות קוגנטיות דיני המכרזים מראש, באופן המגביל את סמכות עורך המכרז; ואילו מקרים מהסוג השני, מעצם טיבם, לעולם יוכרעו לפי הנסיבות הספציפיות אשר נוצרו בדיעבד. מדובר אפוא בסוגיות שונות בתכלית המגלמות מארג אינטרסים ותמריצים שונה. מפאת קוצר היריעה והמיקוד אתיחס כאמור לשינוי הנדרש במקרים מהסוג הראשון.²⁴

ב. החריגים לכלל – מענה חלקי לקושי מבני

משעמדתי בקצרה על היקף הכלל, בפרק זה אסקור את החריגים שנקבעו לו בפסיקה ואבחן אם הם מספקים מענה לקושי המבני שפורט לעיל. חריג מובהק **ראשון** ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **אנגלסמן**.²⁵ שם, הועלתה על ידי אחת המתמודדות, זמן קצר אחרי ההחלטה על הזוכים במכרז וכשבוע לפני פרסומה, טענה לפגם בחוקיות תנאי המכרז. בעניין **אנגלסמן** תוארה ההלכה בעניין השתק ומניעות באופן מעט שונה, המציג חריג לצד הכלל: "...הימנעות ממתן התרעה על פגם במכרז עד לאחר שפורסמו תוצאותיו, מקימה מניעות מלתקוף את

(בג"ץ 249/72 **מבואות בית"ר נ' עיריית ירושלים**, פ"ד כו(2) 627 (1972)). ראו גם: ע"מ 6366/20 **קונטאל אוטומציה ובקרה בע"מ נ' אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ** (נבו 20.05.2021); עניין **אגודת מגן דוד אדום בישראל**, לעיל ה"ש 17; עת"מ (מינהליים נצ') 66560-08-22 **סי.אר.אם שיא בע"מ נ' עיריית עפולה (לשכה משפטית ותביעה עירונית)** (נבו 10.01.2023).

²³ "פגם שכזה אינו פוגע במכרז, אלא בהצעה בלבד. בדרך-כלל תום-הלב אינו דורש כי משתתף הסובר כי נפל פגם בהצעתו של משתתף אחר יודיע על כך לבעל המכרז. כל משתתף רשאי לסמוך על כך כי הליכי המכרז יתנהלו כדין, וכי בעל המכרז ינקוט את הצעדים המתבקשים כלפי הצעה שאינה מקיימת את תנאי המכרז. אין זה רצוי כלל להטיל על משתתפים במכרז חובת 'פיקוח' הדדית על כשירותם ועל מסוגלותם של המשתתפים האחרים" (ע"א 4683/97 **ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון**, פ"ד נא(5) 643, 647 (1997)); וכן ראו בעת"מ (מנהלי נצרת) 154/01 **ג'מאל אברהים נ' מועצה מקומית מג'אר** (נבו 13.02.2002); ועת"מ (מנהלי נצרת) 51/08 **מ. חליל בע"מ נ' עיריית צפת** (נבו 11.06.2008). לקביעה דומה, ראו: ע"מ 6117/15 **ג.י.א. יזמה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל – מרחב עסקי דרום**, פס' 33-35 (נבו 23.6.2016).

²⁴ אין בכך כדי לומר כי לא נדרשת חשיבה מחודשת ביחס לגישת הפסיקה במקרים מהסוג השני, שבהם מתנהלת הרשות באופן פגום במסגרת הליך המכרז ובניגוד לכלליו.

²⁵ ע"מ 8539/11 **מלכה אנגלסמן ושות' משרד עורכי דין נ' משרד האוצר אגף החשב הכללי** (נבו 5.7.2012).

המכרז על סמך פגם זה, אלא אם כן מדובר בפגם חמור היורד לשורש חוקיות המכרז...".²⁶ באותו מקרה, קבע בית המשפט העליון כי הוראות המחייבות משרד עורכי הדין וחברה מקצועית לקיים שיתוף בהכנסות המתקבלות בתמורה למתן השירותים נושא המכרז, מפרות את סעיף 58 לחוק לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986. משכך, נמצא כי ההתקשרות מושא המכרז נוגדת הוראת חקיקה ראשית. השופט פוגלמן נימק: משקבענו כי המכרז מפר את סעיף 58 לחוק, יש לאזן ולהכריע ידו של איזה מן האינטרסים תהא על העליונה: אינטרס השמירה על שלטון החוק או אינטרס המשיבים הטוענים למחסום דיוני של שיהוי ומניעות. כשלעצמי, סבורני כי האיוון הראוי מחייב להעדיף את הראשון...²⁷

מאחר שהטענות כלפי תנאי המכרז לא נדחו על הסף מטעמי שיהוי ומניעות, המכרז בוטל. אם כן, בעניין אנגלסמן, שבו נקבע תנאי מכרזי המנוגד להוראת חקיקה ראשית, אף על פי שטענת המציע לא הועלתה במועד, בית המשפט לא משך את ידו מבחינת הסוגיה והכרעה בה.²⁸

חריג שני, ועל פניו משמעותי, ניתן למצוא בפסק הדין בעניין אסום שבו נדון פגם בתנאי המכרז המתייחסים לדרישת ערבות ההצעה.²⁹ על נוקשות פסיקת בית המשפט ביחס לפגמים בערבות ההצעה ניתן ללמוד מפסקי דין רבים.³⁰ לכל העוסקים בתחום דיני המכרזים ידוע –

²⁶ שם, בפס' 16 (ההדגשה הוספה). אולם, לא בעניין טיולי הגליל ולא בעניין אמנון מסילות, פסקי הדין שאליהם הפנה בית המשפט בעניין אנגלסמן כתמיכה למשפט זה, ניתן למצוא את ההחלטה במקרה של "פגם חמור היורד לשורש חוקיות המכרז". דומה שמקורה בספרו של פרופ' דקל, שגם אליו הפנה השופט פוגלמן. פרופ' דקל הציע בספרו לקבוע חזקה שלפיה הימנעות מציע מלהתריע על פגם שנפל במכרז בעת שנודע לו על כך תמנע ממנו להסתמך על פגם זה לאחר שהסתיים המכרז; וכי ניתן יהיה לסתור את החזקה בנסיבות שבהן מדובר בפגם חמור במיוחד באופן עריכת המכרז "המגיע עד כדי חריגה מסמכות או חשד לשחיתות, לשרירות או לחוסר תום לב מצד הרשות". עוד הציע פרופ' דקל, כי במקרים כאלו יוכל בית המשפט להסתפק בביטול המכרז, מבלי להכריז על העותר כזוכה (דקל, מכרזים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 373). ניתן לראות כי קיים פער משמעותי בין החריג הצר ביותר כפי שהוצג בעניין אנגלסמן, לבין עמדת פרופ' דקל כעולה מספרו.

²⁷ עניין אנגלסמן, לעיל ה"ש 25, בפס' 21; ראו גם: עת"מ (מינהליים ת"א) 71383-10-21 ארי ינאי בע"מ נ' נתיבי ישראל - החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ, פס' 35 (נבו 16.11.2021).

²⁸ ראו גם עמדת השופט מזוז בע"מ 4529/15 אורט ישראל (חל"צ) נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל (נבו 24.08.2015): "לא למותר להוסיף, כי אין גם לקבל שמציע, המודע לפגם במכרז, ייכבד את טענתו עד לאחר הכרזת הזוכה במכרז, ומשנוכח שלא זכה - יבחר אז להעלות טענותיו. התנהגות כגון זו עלולה להיזקק לחובתו, כטענת ויתור, מניעות או שיהוי ... אם כי אין זה השיקול היחיד כאשר מדובר בפגם מהותי" (שם, בפס' 10); וכן נוסח רחב יותר לחריג, בפסק דינו של הנשיא שמגר בבג"ץ 5377/90 לוי נ' עיריית אשדוד (נבו 16.1.1991): "כמובן שנשמר לבית המשפט בכל מקרה שיקול דעת כי יתכן ונכונותו של בית המשפט להתערב תושפע ממהותו של התנאי, ובעיקר משאלת עצם חוקיותו; אולם, במקרה כגון זה שבפנינו, בו איננו מדובר על תנאי בלתי חוקי, אלא על תנאי מיותר לדעת העותרים, אין לגלות כל סיבה מדוע נושיט סעד למי שנוטל חלק במכרז ומעלה השגותיו רק לאחר שהצעתו איננה מתקבלת".

²⁹ ע"מ 1873/12 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (נבו 6.8.2012) (להלן: עניין אסום).

³⁰ בג"ץ 368/76 אליהו גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 512-513 (1976); ע"מ 5375/15 בטחון שרתים אביר בע"מ נ' נתיבי ישראל - החברה הלאומית לתשתיות, פסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 11.08.2016); ע"א 65/23 מ.א. אוטומטים בע"מ נ' מש-קר בע"מ, פס' 19-20 (נבו 17.01.2023). לגישה שונה: ראו בעניין אביר, בפסק דינו של השופט עמית. לאחרונה אף נראה כי מספר שופטים בבית המשפט העליון

לפי הגישה השלטת בפסיקה פגם בערבות משמעותו פסילת ההצעה, למעט מקרים חריגים שבחריגים.³¹ גישה נוקשה זו בפסיקה, הממאנת להשלים עם פגמים בערבות, תהיינה ההשלכות הכלכליות של כך אשר תהיינה, נובעת מכך שפגם בערבות נתפס כפגם שתיקונו או הבלגה עליו יוצרים פגיעה בשוויון שבין המתחרים.³² חרף גישה נחרצת זו של הפסיקה, בעניין אסום נכלל בהוראות המכרז שערכה אוניברסיטת בן גוריון סעיף הקובע כך: אי התאמה לדרישות הערבות עלולה להביא לפסילת ההצעה. יחד עם זאת, האוניברסיטה תהיה רשאית (אך לא חייבת) לפנות למציעים בדרישה לתיקון כתב הערבות במקום לפסול את ההצעה.

קיים אפוא קושי מובהק ליישב בין הסעיף, המקנה לעורך המכרז סמכות רחבה להבליג על פגם בערבות, לבין הפסיקה האוסרת על כך למעט במקרים חריגים ביותר. ככלל, פגמים בערבות יכולים להיות שונים ומגוונים – כך למשל, ייתכן שהמציע יערוך את הערבות לתאריך שאינו תואם את שהתבקש במסמכי המכרז (אפילו באופן המיטיב כביכול עם עורך המכרז),³³ או שיטעה בסכום הערבות בשיעור פעוט (או אפילו זניח),³⁴ או שנוסח הערבות לא יהא תואם לחלוטין לנוסח הנדרש.³⁵ דוגמה נוספת שהגיעה לפתחו של בית המשפט העליון ועוררה מחלוקת, הייתה במקרה שבו המציע צירף להצעתו העתק צבעוני של הערבות, ולא את הערבות המקורית.³⁶ מדוגמאות מייצגות אלו ברור כי מקרה טיפוסי של פגם בערבות אינו תוצר של החלטה מושכלת או קושי אובייקטיבי של המציע, אלא של רשלנות וחוסר תשומת לב. לכן, כמובן שאין הפתעה בכך שאיש מבין המתמודדים בעניין אסום לא הלין כלפי אותו תנאי, מאחר שאיש מהם לא ידע אם הפגם בערבות עלול ליפול, חלילה, בהצעתו שלו. למרות זאת, בית המשפט לא ראה לבלום את טענות המערערת אשר הועלו רק לאחר שהאוניברסיטה עשתה שימוש בסעיף הנדון כדי להכשיר פגם שנפל בערבות המציע הזוכה. הן השופט הנדל, הן השופטת חיות, הסירו מן הדרך את הטענה כי המערערת מושקתת ומנועה מלהלין נגד כך. השופט הנדל נימק כי חופש ההתקשרות של עורך המכרז מוגבל, וסמכות ועדת המכרזים מוגבלת על ידי החוק והפסיקה אשר אימצו גישה מחמירה לבחינת פגמים בערבות:

ככלל, מציע איננו יכול להעלות טענות נגד המכרז לראשונה לאחר שהפסיד. ברם, 'טענת השתק' זו - כוחה מוגבל במקרה דנא. אין לשלול את תשובת אסום לפיה יש לפרש את סעיף 7 באופן שהאוניברסיטה תאפשר תיקון

מטילים ספק בגישה הנוקשה כלפי פגמים בערבות, וייתכן כי הלכה ותיקה זו עומדת לקראת שינוי משמעותי (ע"מ 25-03-2003 **זוהר חוצות בע"מ נ' עיריית קרית אונו**, פס' 11 (22.4.2025)).

³¹ ע"מ 5834/09 **אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי** (נבו 31.1.2010); עניין **אבירד**, לעיל ה"ש 30, פסק דינה של הנשיאה נאור.

³² לסקירה מקיפה של הדין הקיים, והצעה לביסוס מודל חלופי, ראו יגאל מרזל "פגם בערבות להצעה במכרז ושאלת המידתיות" **משפטים** מה 203 (2015).

³³ למשל, עניין **בטחון שרותים אבירד**, לעיל ה"ש 30; ע"מ 8748/13 **מועצה אזורית הגלבוע נ' המסיע עפולה (ע.ח)** (נבו 2.12.2014).

³⁴ ע"מ 303/12 **מטיילי קרית שמונה בע"מ נ' עיריית צפת** (נבו 3.7.2012); ע"מ (מינהליים ב"ש) 32830-04-15 **בובליל נ' מועצה מקומית מיתר** (נבו 28.6.2015).

³⁵ ה"פ (מחוזי ירושלים) 599/99 **א.ג.י. בניה ופיתוח בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון** (נבו 14.3.2000).

³⁶ ע"מ 7230/19 **גילי ויואל עזריה בע"מ נ' בן ארי תל רם פרויקטים בע"מ** (נבו 26.5.2020).

הערבות הבנקאית רק במקרים חריגים. על פי קו זה, לא יעלה על הדעת שהאוניברסיטה התכוונה לסטות בצורה כה ברורה מכלל הפסילה שמעוגן בפסיקה. ... לכך יש להוסיף, שסעיף 7 הינו ניסיון לקבוע כלל שיעקוף את הדרישה המקפידה על ערבות בנקאית תקינה. אל תתמה כי בית המשפט איננו מעוניין להשלים עם אימוץ מסלול עוקף שכזה.³⁷

כלומר, לשיטת השופט הנדל מתמודד יכול להניח כי עורך המכרז לא יסטה מהוראות הדין. משכך, מקום בו תנאי מכרז נוקט בלשון "רחבה" אין הוא חייב להשיג על אותו התנאי, מתוך ציפייה כי אותה לשון רחבה למעשה גדורה, בפועל, על ידי הוראות הדין. לפי גישה זו, היות שבעיני העותר (על בסיס ההנחה האמורה) אין "פגם" במכרז, לא קמה לו החובה להלין על ה"פגם" עובר להגשת הצעתו. השופטת חיות הגיעה לתוצאה דומה, אולם נימוקה שונה במידת מה. לעמדתה, את מסמכי המכרז יש לפרש פרשנות תכליתית באופן שבו מתוך מגוון האפשרויות הלשוניות יש לבחור במשמעות המשפטית המקיימת את מטרותיו:

במקרה דנן ניתן לפרש את הוראת סעיף 7 שבנספח א' לתנאי המכרז באופן המקנה לוועדת המכרזים שיקול דעת בלתי מוגבל לפנות למציע ולדרוש ממנו לתקן ולהתאים את תנאי הערבות הבנקאית שמסר לאלו שנקבעו במסמכי המכרז, יהא הפגם שנפל בערבות הבנקאית אשר יהא. פירוש אפשרי אחר של אותה הוראה הוא כי שיקול דעתה של ועדת המכרזים לפנות אל המציע על מנת שיתקן פגם שנפל בערבות הוא שיקול דעת המוגבל אך ורק לאותם המקרים אשר בהם התיקון הנדרש אפשרי על פי דיני המכרזים - כפי שעוצבו בחקיקה ופותרו בהלכה הפסוקה. לגישתי הפירוש השני הוא פירוש המקיים את התנאי ואילו הפירוש הראשון אותו אימצה ועדת המכרזים ... הוא פירוש העלול להביא לבטלותו מטעמים של תקנת הציבור, בהיותו נוגד כללי כרזל בדיני המכרזים ועקרונות יסוד של שוויון ושל תחרות הוגנת עליהם מבוססים דינים אלה.³⁸

לפי גישה זו, העושה אף היא שימוש בכלים מדיני הפרשנות, המוקד אינו באופן שבו המתמודדים מפרשים את תנאי המכרז מראש, אלא דווקא באופן שבו בית המשפט מפרש את תנאי המכרז כדיעבד. שני נתיבים שונים אלו, חרף ההבדל העיוני שבהם, הובילו לתוצאה דומה – דחיית טענת השתק ומניעות והכרעה לגוף הדברים.³⁹

חריג **שלישי** מתייחס לתרחיש שבו משתתף הביע את השגותיו בפני עורך המכרז מבעוד מועד, אולם מסיבות שאינן תלויות בו התשובה הדוחה את טענותיו נמסרה לו במועד סמוך למועד האחרון להגשת הצעות, עד כדי שלא ניתן לצפות ממנו לפנות לערכאה המתאימה לפני הגשת הצעתו. במקרה כזה, נקבע כי הגם שהמשתתף נדרש לפנות לערכאות במועד

³⁷ עניין **אסום**, לעיל ה"ש 29, בפס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

³⁸ שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

³⁹ ראו גם: בג"ץ 751/89 א. לוי קבלני בנין בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מד(2) 441, 444 (1990), שאף בו הובהר, גם כן בהקשר של פגם בערבות: "לאור מהותו של הפגם, לא תועיל למשיבות הטענה, כי במסמכי המכרז שמרה לעצמה המשיבה 1 את הכוח לוותר על פגמים פורמליים. הפגם שלפנינו אינו פורמלי, ודי בכך בלבד כדי לשלול תחולתה של ההוראה האמורה. לא נבחן על-כן את טענת בא-כוח העותרת, כי אין בהוראה הסכמית זו כדי להתגבר על דרישת הערבות המופיעה כחלק מתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987."

שמתאפשר לו לעשות זאת, הוא יוכל להגיש את הצעתו תחת מחאה מבלי שטענותיו יידחו בעתיד מחמת מניעות.⁴⁰

טבעי על כן יהיה לתהות מדוע לא ניתן להסתפק בחריגים אלו. התשובה לכך היא כי הם אינם מדויקים דיים ואינם מותאמים לקושי שעליו אני מצביע ברשימה זו. החריג הראשון, נקבע ויושם כאמור בעניין **אנגלסמן**, במקרה שבו מימוש ההתקשרות מושא המכרז ניצב בסתירה לחקיקה ראשית אשר אינה קשורה לדיני המכרזים. כעולה מנימוקי פסק הדין, בית המשפט העליון היה מוטרד מהאפשרות כי בפסק דינו הוא נותן גושפנקה להפרה עתידית ומתמשכת של הוראת חקיקה ראשית.⁴¹ אפשרות זו הייתה חמורה מספיק על מנת לגבור על כללי ההשתק והמניעות. בנסיבות אלו, הגנת בית המשפט לא הייתה על טוהר ההליך המכרזי ודרך התנהלותו, אלא על אינטרסים לבר-מכרזיים. מעבר לכך, וזהו העיקר, כלל לא ברור מדוע נדרש פגם כה חמור היורד לשורש חוקיות המכרז ומדוע לא ניתן להסתפק בכך שהמכרז נוגד את הוראות הדין, עד כדי כך שהוא עלול לחרוג מסמכות ועדת המכרזים.⁴² לא כל שכן, כאשר עסקינן באופן חלוקתם של כספי ציבור ובראי רגישותם הרבה של דיני המכרזים לפגמים אחרים, כגון פגם בערבות. כלומר, החריג שנקבע בעניין **אנגלסמן** יכול לספק מענה, לכל היותר, למקרי הקצה החמורים – "פגם חמור היורד לשורש חוקיות המכרז"⁴³ כלשון פסק הדין. ואולם, הקושי שעליו אני מצביע אינו רלוונטי למקרי הקצה בלבד, אלא להוראות המופיעות באופן נפוץ במכרזים שונים. בהמשך הרשימה אנתח דוגמה מובהקת לכך, בדמות תנאי מכרזי המגביל או שולל את זכותו של מציע במכרז מלפנות לערכאה משפטית ולבקש סעד של "הקפאת" הליך המכרז עד לביורור טענותיו.⁴⁴

החריג הנוסף, כפי שנקבע בעניין **אסום**,⁴⁵ עניינו בתנאי המתייחס ל"כללי המשחק" המכרזיים הקונקרטיים. אולם, את ההלכה בעניין **אסום** ניתן, כביכול, לפרש בשתי דרכים – באופן רחב, כך שכל תנאי מכרזי הסותר את הוראות הדין אינו "מוגן" באמצעות השתק ומניעות, כהמשך של גישת בית המשפט בעניין **אנגלסמן**;⁴⁶ או באופן צר יותר – על רקע העובדה שמדובר היה בתנאי שביקש להכשיר פגמים בערבות, בניגוד לפסיקה נחרצת ומושרשת היטב.⁴⁷ לטעמי ניתן היה ללמוד מעמדות השופט הנדל והשופטת חיות פרשנות רחבה כאמור. אלא שבפועל, הפסיקה לא צעדה בנתיב זה. דומה כי קביעות בית המשפט בעניין **אסום** לא הניאו עורכי מכרזים מהכללת תנאים מוקשים ואף לא הובילו לשינוי מגמה, כפי שתיארתי לעיל.⁴⁸ במובן מסוים, ניתן לראות בקביעות בית המשפט בעניין **אסום** כמקרה פרטי של יישום הלכת **אנגלסמן** – מזווית ראייה זו, לאור גישת בית המשפט ביחס לפגמים

⁴⁰ ע"מ 1456/23 **צבי בן-אליעזר נ' מדינת ישראל משרד האוצר, החשב הכללי ומשרד הביטחון** (נבו) 10.12.2023.

⁴¹ שם, לעיל ה"ש 25 בפס' 21.

⁴² על כך ארחיב בפרק ד.3.

⁴³ עניין **אנגלסמן**, לעיל ה"ש 25, בפס' 16.

⁴⁴ ראו בפרק ד.3.

⁴⁵ לעיל ה"ש 29.

⁴⁶ פסק הדין בעניין **אנגלסמן** ניתן כחודש לפני פסק הדין בעניין **אסום**.

⁴⁷ ע"מ (מינהליים ת"א) 56162-08-18 **מנרב הנדסה ובנין בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות**, פסקה 36 (נבו) 27.11.2018.

⁴⁸ גם לעניין זה יפה הדוגמה שבפרק ד.3.

בערבות, הפגם שבהכשרת ההצעה הפגומה חמור דיו כדי לגבור על כללי ההשתק והמניעות. המשמעות של כך שהחריג הראשון והחריג השני יחדיו, יכולים לספק מענה רק לפגמים חמורים שנפלו בהוראות המכרז. כך יוצא כי אותם "מקרי גבול" שבהם בית המשפט נדרש לשרטט ולעצב את גבולות קוגנטיות דיני המכרזים נותרים ללא מענה.

החריג השלישי, המתייחס למצב שבו טענות המתמודד נדחות זמן קצר לפני מועד הגשת ההצעות, כלל אינו משפיע על מארג התמריצים המונע כאמור העלאת טענות בזמן אמת מלכתחילה. אין בו כדי לפתור את הבעיה הבסיסית אלא רק לספק מענה נקודתי לתרחיש ייחודי שבו הפגם התגלה למתמודד בשלב מאוחר.

מעבר לחריגים שפורטו לעיל, וכפתרון נוסף ל"מלכוד" שעליו עמדתי, ישנה אפשרות לראות בשלב שאלות ההבהרה פתרון לבעיה שהוצגה. בשלב זה, ככל שמסמכי המכרז מאפשרים זאת, מציעים פוטנציאליים יכולים לפנות לעורך המכרז ולהעלות את טענותיהם כלפי תנאי כזה או אחר באופן ישיר. ככלל, תשובה לשאלת הבהרה מהווה חלק מתנאי המכרז.⁴⁹ פניה בשלב זה אף יכולה להיתפס כפחות "לעומתית" כלפי עורך המכרז ומתאפשר לבצעה מבלי להסתייע בייצוג משפטי תוך נשיאה בעלות כספית ניכרת. ניתן אף לטעון כי מקום בו נעשתה פנייה שכזו על ידי המציע, גם אם נדחתה, יצא המציע ידי חובה וכעת פתוחה בפניו הדרך להעלות את טענותיו בעתיד בפני הערכאה המתאימה אם יפסיד במכרז. טענה זו מדגימה מקרה פרטי של סוגיה מעט רחבה יותר – האם די בכך שהמתמודד התריע בפני עורך המכרז על הפגם שנפל (בין אם באמצעות בשלב שאלות ההבהרה ובין אם בשלב אחר), לפני הגשת הצעתו, או שמא עליו להתעקש ולפנות לערכאות לאחר שזה דחה את טענתו. לגישת פרופ' דקל, מציע הסבור כי נפל פגם במכרז יצא ידי חובה מרגע שהתריע על הפגם בפני עורך המכרז. כלומר, אין הוא נדרש לעתור לבית המשפט על מנת שטענותיו לא יידחו בעתיד מפאת השתק ומניעות.⁵⁰ ואולם, בית המשפט העליון בחן לאחרונה בעניין **בן-אליעזר**,⁵¹ מה הדין במצב שבו מתמודד במכרז מעלה טענותיו לפני ועדת המכרזים, זו דוחה את עמדתו, הוא ניגש למכרז מבלי להביע מחאה, אך פונה לבית המשפט טרם פרסום זהות הזוכה. בפסק דינו של השופט כשר נקבע כי ככלל, יש לדחות במצב זה את העתירה על הסף מפאת "מניעות".⁵² מכאן נובע, שאין די בכך שהמציע התריע בפני עורך המכרז בדבר הפגם שנפל. עליו לעשות, הלכה למעשה, כל שביכולתו על מנת שטענתו תובא בפני הערכאה השיפוטית המתאימה

ע"מ 303/12 **מטייל קרית שמונה בע"מ נ' עיריית צפת**, פס' 21 (נבו 3.7.2012).

דקל, מכרזים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 375-377.

עניין בן-אליעזר, לעיל ה"ש 40.

שם, בפס' 65. השופט כשר מסכם את עמדתו במילים אלו: "ככלל, מי שהגיש עתירה כנגד תנאי של מכרז אחרי שהגיש הצעה במסגרתו, ולאחר שחלף המועד האחרון להגשת הצעות במסגרת המכרז – עתירתו תידחה על הסף מטעמי מניעות. זאת, בכפוף לשלוש הסתייגויות: א. כאשר העתירה מעלה שאלות של אי-חוקיות או אי-תקינות של הליכי המכרז (פגיעה בשלטון החוק), בית המשפט, לפי שיקול דעתו, יוכל להחליט כי האינטרס הציבורי שבביטול העתירה גובר על המניעות. ב. אם המשתתף הביע את השגותיו בפני עורך המכרז, ומסיבות שאינן תלויות בו התשובה הדוחה את השגותיו ניתנה לו במועד שהינו כה סמוך למועד האחרון להגשת הצעות עד שלא ניתן לצפות ממנו להגיש עתירה קודם למועד זה – יכול המשתתף להגיש את הצעתו תחת מחאה, להבהיר בהודעה בכתב לעורך המכרז על כוונתו לעתור לבית המשפט, ואם הדבר אפשרי ובידיעת המשתתף – לשגר הודעה כזו למציעים פוטנציאליים אחרים. עשה כן המשתתף – אין מקום לראותו כמנוע. ג. קביעת מניעות, ככלל, הינה עניין שבשיקול דעת שיפוטי".

במועד מוקדם ככל שניתן.⁵³ מבחינת מארג התמריצים והשיקולים, פסק דין זה מוסיף וצוועד באותה המגמה המוקשה שעליה עמדתי – על המתחרים במכרז הנטל לשמש כ"שומרי הסף" של תקינות ההליך, בעוד שמבחינת הוועדה אין אינטרס ממשי לכבול את ידיה מראש. למעשה, נוכח האמור לא רק ששלב שאלות ההבהרה אינו מספק מענה של ממש, בפועל, הוא רק מציב את המציעים בדילמה קשה עוד יותר – אם יבקשו שינוי באחד מתנאי המכרז וועדת המכרזים תידחה את בקשתם, עוצמת טענת ההשתק והמניעות כלפיהם רק תגבר. המתחרים של אותו מציע שהגיש את שאלת ההבהרה (ועורך המכרז) יוכלו לטעון כי היה מודע היטב לתנאי ה"בעייתי" לשיטתו, ביקש לשנותו, בקשתו נדחתה – ואילו הוא השלים עם כך והגיש את הצעתו בעודו מודע היטב לתנאי המכרז. בהינתן זאת, גם טענה אפשרית לאי-הבנת הסעיף, או לפרשנות חלופית לו, עלולה להיחסם בפניו. לעומת זאת, אם המתמודד ישב בחיבוק ידיים, הוא מותיר עצמו חשוף לטענה כי היה עליו, לכל הפחות, לדרוש את שינוי או הבהרת התנאי במסגרת שאלות ההבהרה.⁵⁴ כך או אחרת, הצבת דרישה המחייבת את המציע להקדים ולהעלות את טענותיו בשלב שאלות ההבהרה לא תפתור את ה"מלכוד" שעליו הצבעתי כל עוד הפסיקה אינה מסתפקת בפניה מוקדמת לעורך המכרז והדרישה לפניה לקבלת סעד שיפוטי עומדת בעינה.

ג. המחשת הבעיה במצב הקיים – המקרה של תנאי במכרז האוסר על מציע לבקש צו העוצר את התקדמות המכרז

יהיו שיגידו שבמצב הקיים אין כל בעיה שכן הוא מונע מצב שבו "חוטא יוצא נשכר", וכאמור – מתיישב עם כללי הגינות ותום לב. גישה זו, לטעמי, משקפת ראייה צרה מן הנדרש אשר אינה אופיינית לפסיקת בית המשפט ביחס להגשמת עקרונות דיני המכרזים. התרחיש המוקשה אשר מלווה את רשימה זו מתחילתה ועד סופה, הוא תרחיש שבו ועדת המכרזים מבקשת לקבל הצעה פגומה המספקת מבחינתה תוצאה כלכלית עדיפה, באמצעות הדיפת טענות יתר המציעים באמצעות כללי ההשתק והמניעות. בתרחיש זה, אף אם נקבל גישה שיפוטית שלפיה לא ראוי למחול למי שמניעים טקטיים הובילו אותו להימנע מלהעלות את טענותיו במועד, ניווכח שזו מבכרת תוצאה ראויה כביכול לטווח הקצר, על פני תוצאה ראויה לטווח הארוך. גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה אשר הבהירה בעקביות שכאשר עקרון השאת התועלת הכלכלית נמצא במתח עם עקרון השוויון והתחרות ההוגנת – ידם של האחרונים על העליונה.⁵⁵ עדיפות עקרון השוויון והתחרות ההוגנת מבוססת על ההנחה, אשר ניתן לחלוק עליה, כי בטווח הזמן הארוך שמירה על עקרונות אלו תוביל להגברת אמון הציבור במנגנון המכרזים ותעודד השתתפות בו, באופן שיקדם גם את יתר האינטרסים

⁵³ ניתן בהחלט להרהר אחר חיוב המציע הפוטנציאלי לפנות לערכאות על מנת שטענתו לא תידחה על הסף. העלאת הטענה בפני עורך המכרז מאיינת במידה רבה את ההצדקות לדחיית טענותיו של עותר מטעמי השתק ומניעות. שהרי, העותר לא כבש את טענותיו, הפנה את תשומת לב הרשות, ואילו היא בחרה לדבוק בעמדתה. מאחר שסוגיה זו כשלעצמה רחבת היקף, לא ארחיב בעניינה ברשימה ממוקדת זו. אסתפק בלציין כי קביעה זו רק מחריפה את הקושי המגולם ביישום כללי המניעות וההשתק באופן כה נרחב.

⁵⁴ ראו למשל ע"מ 1338/21 חנן אום אלפחם, חברה למתן שירותי בית ורווחה בע"מ נ' משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (נבו 6.10.2021), שבו סיווג השופט סולברג מקרה כזה כ"אי-מיצוי הליכים" (פס' 41 לחוות דעתו).

⁵⁵ עניין אחים כאלדי, לעיל ה"ש 8, בפס' י'; עניין רון עבודות עפר, לעיל ה"ש 9, בפס' 12.

שביסוד עריכת המכרזים.⁵⁶ קושי נוסף באימוץ נרחב של כללי ההשתק והמניעות, הוא שבמצב שבו במכרז ספציפי הופרו הוראות החוק, לעיתים באופן בוטה, ובכל זאת המכרז ותוצאותיו נותרים על כנם, קיימת בהחלט פגיעה בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי. אם מדובר בפגיעה עקבית, תוצר של כך שמכרזים מתנהלים באופן מתמשך שלא על פי מגבלות החוק והפסיקה – מדובר בפגיעה חריפה פי כמה. כאמור, במבט מעט רחב יותר, המצב הקיים מוביל לכך שדיני המכרזים אינם זוכים לפיתוח פסיקתי.

מלבד זאת, העמדה המתמקדת ברצון "להעניש" את המתמודד על אופן התנהלותו באמצעות כללי ההשתק והמניעות, מתבססת על הנחת המוצא כי כללי המניעות וההשתק אכן מונעים מצב שבו "חוטא יוצא נשכר". לאמיתו של דבר, עמדה זו לוקה, פעם נוספת, בהתמקדות במציעים והתעלמות מן האחריות המוטלת על עורך המכרז. כללי ההשתק והמניעות כפי שהם מוחלים כעת רק מונעים מצב שבו מתמודד במכרז שחטא יצא נשכר מהתנהלותו הפסולה, בעוד עורך המכרז אשר עיצב את תנאיו בניגוד לדין בהחלט יוצא נשכר. מדובר בתוצאה בעייתית ביותר בהתחשב בכך שוועדת המכרזים חייבת לנהל את המכרז בהגינות, ביושר, בשוויון, בסבירות, ללא שיקולים זרים או שרירות.⁵⁷ עיצוב הוראות המכרז באופן הסוטה מהוראות הדין, ייתכן שאף במודע, אינו עולה בקנה אחד עם חובה זו. יישום כללי ההשתק והמניעות באופן שבו נעשה כיום, עלול להוביל לכך שבית המשפט ישלים פעם אחר פעם עם התנהלות פסולה של עורך המכרז תוך הפעלת "סנקציה" דווקא על המתמודדים אשר, לכל היותר, נמנעו מלעמוד על הפגם בעיתוי המתאים מהמניעים האגואיסטיים שלהם. אמחיש את האופן שבו קשיים אלו באים לידי ביטוי מבחינה מעשית באמצעות דוגמה בדמות תנאי מכרזי המגביל או שולל לחלוטין את זכותו של מציע במכרז מלפנות לערכאה המשפטית המתאימה ולבקש סעד של "הקפאת" הליך המכרז עד לבירור טענותיו.⁵⁸ שאלת תוקפו של תנאי כזה היא סוגיה מורכבת וסבוכה. מחד גיסא, עיכוב של הליך המכרז משמעותה עיכוב בהתקשרות מושא המכרז וכתוצאה מכך פגיעה באינטרס הציבורי; מאידך גיסא, בהיעדר סעד המעכב את מימוש ההתקשרות תוצר המכרז, עלול להיווצר בתוך זמן קצר יחסית "מעשה עשוי" אשר ימנע מתן סעדים אופרטיביים אפקטיביים. המשמעות היא שהתקשרות פגומה עשויה להיוותר על כנה.⁵⁹ נקודת הפתיחה לבחינת תוקפו של תנאי זה, מצויה בפסק הדין בעניין **היולט-פקרד**.⁶⁰ באותו מקרה, היה מדובר במכרז לפיתוח, הקמה ותחזוקה של מערכת ממוחשבת עבור מפעל הפיס. במסגרת מסמכי המכרז, נכלל בסעיף 16 תנאי המגביל את המתמודדים, בין היתר מקבלת סעד זמני המקפא את ההתקשרות מושא המכרז. זו לשון הסעיף:

אם וככל שיחליט לנקוט בהליך משפטי כלשהו כנגד מפעל הפיס ו/או מי מטעמו בכל עניין הקשור בהליכי המכרז ו/או מימושו, לרבות הליכים

⁵⁶ ע"מ 3719/22 **שירותי בריאות כללית נ' אודיו מדיק בע"מ**, פס"מ 53 (נבו 4.2.2024).

⁵⁷ עניין **אחים כאלדי**, לעיל ה"ש 8, בפס"ח; ע"מ 10089/07 **אירוס הגלבו בע"מ נ' לאה ברוך ואח'**, פס"מ 24 (נבו 5.4.2011).

⁵⁸ למשל לפי סעיפים 9, 9א או 43 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000; או לפי סעיף 19 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984.

⁵⁹ אדגיש, כי איני מתיימר לערוך ברשימה זו דיון ממצה בסוגיה זו לגופה, אלא רק להציג את האופן שבו ההכרעה בה מתייתרת, כביכול, נוכח עוצמתם של כללי המניעות וההשתק.

⁶⁰ רע"א 9333/05 **היולט-פקרד(ישראל) בע"מ נ' מפעל הפיס** (נבו 30.10.2005) (להלן: עניין **היולט-פקרד עליון**).

הקשורים בהליכי המיון והבחירה של הזוכה... אזי המציע יהיה רשאי לבקש מבית המשפט סעדים כספיים בלבד על הנזקים שיגרמו (אם יגרמו) למציע אך לא צו עשה/לא תעשה או צווים וסעדים זמניים או קבועים כלשהם (ההדגשה הוספה). מובהר כי הסכמת המציע לאמור לעיל ניתנת בין שהמציע יזכה במכרז ובין אם לאו וזאת מתוך שהוא מכיר בעובדה כי מאזן הנוחיות נוטה בבידור לטובת מפעל הפיס, באשר כל הפסקה בהליכי המכרז ו/או מימושו עלולה לגרום לנזקים, ישירים או עקיפים, בלתי הפיכים ובסכומים עצומים למפעל הפיס ולפעילותו השוטפת.

לנוכח סעיף זה, בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה למתן צו מניעה זמני שהגישה היולט-פקרד.⁶¹ הסוגיה הונחה לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת בקשת רשות ערעור על החלטתו זו. בהחלטתו, השופט גרוניס עמד על מורכבות הסוגיה:

שאלת תוקפו של הסעיף האוסר על המבקשת לעתור לקבלת סעדים זמניים הינה שאלה מורכבת. מחד, צודקת המבקשת בטענתה כי בית המשפט בוחן בקפידה ואף קובע את בטלותן של תניות בחוזה החוסמות את דרכו לערכאות של צד לחוזה או מניחות מכשול של ממש על דרך זו ... כך במיוחד, שעה שמדובר בתניות המופיעות בחוזה אשר נחזה על-פניו לכאורה להיות חוזה אחיד. מאידך, זכותה של המבקשת לפנות לבית המשפט לא נשללה לחלוטין אלא הוגבלה לסעד כספי בלבד. ... מכל מקום, הואיל ובית משפט קמא לא סמך החלטתו על הוראת הסעיף האמור ובחן את טענותיה של המבקשת לגופן, אין צורך להידרש לשאלת תוקפו של הסעיף.⁶²

על כן, הכרעה עקרונית בתוקפה של מגבלה זו לא ניתנה.⁶³ אוסיף כבר עתה – הכרעה עקרונית שכזו לא ניתנה עד היום. באופן צפוי, סעיפים דומים הוסיפו להיכלל במכרזים, ביניהם "מכרזי ענק", שבהם מדובר בהתקשרויות אשר שווין יכול להגיע לכדי מיליארדי שקלים.⁶⁴ מבחינת עורך המכרז, סעיף מעין זה מקנה לו "תעודת ביטוח" כי ההתקשרות מושא המכרז לא תיבלם לאורך זמן מקום שבו המכרז יוביל להתדיינות משפטית, כפי שקורה פעמים רבות.

מתבקש לשאול – כיצד סוגיה כה משמעותית, בעלת השלכות כה דרמטיות, אינה זוכה להכרעה ברורה בפסיקה? התשובה לכך נעוצה בנימוקו הנוסף של השופט גרוניס בעניין היולט-פקרד: "כמו-כן, צדק בית משפט קמא משקבע כי אם סברה המבקשת כי הסעיף דנן

בש"א (ת"א) 18872/05 היולט פקד ישראל בע"מ נ' מפעל הפיס (נבו) 21.9.2005.

עניין היולט-פקרד עליון, לעיל ה'ש 60, בפס' 5.

לצד העובדה שלא הוכרעה הסוגיה העקרונית כאמור, בית המשפט העליון הדגיש כי מי שפונה לקבלת צו מניעה זמני, אינו יכול שלא לציין בבקשתו את דבר קיומו של התנאי המגבילו מלבקש סעד זה (שם), וזאת מטעמי ניקיון כפיים. כך הובהר גם במקרים מאוחרים יותר – עת"מ (מינהליים י-ם) 62225-09-19 גיי לינקס בע"מ נ' משרד האוצר, פס' 5 (נבו) 27.10.2019; עת"מ (מינהליים י-ם) 40792-01-22 סקאטק סולגרין דימונה בע"מ נ' משרד האוצר/המשרד הראשי, פס' 2 (נבו) 19.1.2022; רע"א 28/24 גני-בר עפר, פיתוח ונוף בע"מ נ' ח.ל.ת. החברה לפיתוח ולתיירות נתניה בע"מ, פס' 17 (נבו) 18.1.2024.

בהתאם, התפתחה פרקטיקה שלפיה חלף הגשת בקשה למתן סעד זמני, מוגשת לצד העתירה בקשה לקביעת דיון דחוף בה.

61

62

63

64

הינו פסול, היה עליה להעלות טענה זו מראש ולא להמתין לתוצאות המכרז.⁶⁵ בחלוף השנים המשיכו הערכאות השונות להציג את המורכבות הגלומה בסעיפים מסוג זה. עם זאת, פעם אחר פעם, הם נמנעו מלהכריע בחוקיותו מאחר שכפי שניתן לצפות, איש מבין המתמודדים במכרז לא עתר נגדה.⁶⁶ כאמור, מדובר בהתנהלות רציונאלית לחלוטין מבחינת כל מציע ומצייע במכרז, ולו מאחר שאף מצייע אינו יודע אם הוא יהיה המצייע הזוכה אשר ייהנה מכך מהשימוש בסעיף זה. בנסיבות אלה, אין למציעים כל סיבה להשקיע משאבים במאבק נגד ועדת המכרזים אשר ממילא אינו צפוי להקנות להם יתרון תחרותי כלשהו. מנגד, מי שמרוויח בבירור מהסעיף הוא עורך המכרז, באופן שלא דווקא מתיישב, ודאי שלא לטווח הארוך, עם האינטרס הציבורי.

במקביל לכך, הפסיקה הבהירה לא אחת במרוצת השנים כי היא רואה קושי בהכללת סעיפים מסוג זה מכרזים ציבוריים. כך, בעניין **ארבע איי התפלה** ציינה השופטת ברק-ארז כי הגבלה שכזו: "עשויה להכשיר החלטות פגומות במישור של טוהר המידות ועקרונות אחרים של דיני המכרזים, שפיצוי בכסף עשוי שלא לתת להן מענה מספיק מהיבטו של האינטרס הציבורי".⁶⁷ השופט גרוסקופף אף הוא תהה אם תנאי שכזה תואם את תקנת הציבור ואם ראוי לכלול אותו במכרזים ציבוריים.⁶⁸ השופטת רונן ציינה גם היא לאחרונה כי "הפסיקה אשר דנה בתניות מסוג זה – קרי תניות המגבילות את האפשרות לעתור לצווים אופרטיביים להבדיל מפיצויים – עמדה על כך שהן מעוררות קושי לא מבוטל לאור המגבלה המסוימת על הגישה לערכאות. כך אף ביתר שאת כאשר מדובר במכרז ציבורי בו נודעת חשיבות לשמירה על שלטון החוק. ואולם, שאלת תוקפו של תנאי כאמור טרם הוכרעה".⁶⁹ בעוד שהעצרות אלו בפסיקה אינן נטולות משקל, בהעדר הכרעה שיפוטית ברורה שלפיה תנאי מסוג זה נטול תוקף, מבחינת הרשות אין סיבה להימנע מלכלול אותו בתנאי המכרז.

מדובר אפוא בסעיף בעייתי, לכל הפחות, בעל השלכות מעשיות משמעותיות ביותר, אשר ייתכן כי ראוי לקבוע כי הוא חסר תוקף. אולם, כללי המניעות וההשתק מונעים, כצפוי, הכרעה שיפוטית בו מזה כשני עשורים. זוהי רק דוגמה אחת לאופן שבו בסוגיה נקודתית מסוימת כללי ההשתק והמניעות משפיעים בפועל על דיני המכרזים המהותיים ומונעים את פיתוחם.

ד. הצעה למודל תלת-שלבי

על רקע הקשיים שנפרשו עד כה, ובראשם הפער שבין האופן הרחב שבו מיושמים כללי המניעות וההשתק לבין הצורך בבקרה אפקטיבית על תנאי המכרז כפי שהם מעוצבים על ידי

⁶⁵ עניין **היולט-פקרד**, לעיל ה"ש 60, בפס' 5.

⁶⁶ רע"א 4328/09 **זאב גרינברג נ' מפעל הפיס**, פס' 5 (נבו 25.06.2009); עת"מ (מינהליים י-ם) 51671-02-11 מ.א.ה. **מנרב אלקטרה הדרכה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – אגף החשב הכללי** (נבו 10.4.2011); עע"מ 3813/11 **טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ**, פסקה 21 (נבו 5.1.2012).

⁶⁷ עע"מ 3597/20 **ארבע איי התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, משרד האנרגיה ורשות המים**, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברק ארז (נבו 19.8.2020).

⁶⁸ שם, בפס' 47 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף.

⁶⁹ עניין **גני-בר עפר**, לעיל ה"ש 63, בפס' 15; דפנה ברק-ארז "סעדים כספיים במכרזים ציבוריים – בין זכויות לתמריצים" **ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה** 957, 981 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021).

הרשות, אציע מודל תלת-שלבי, אשר יכול להסדיר באופן מיטבי את בחינתן של טענות לפגם בתנאי מכרז גם כאשר הן מועלות באיחור. מודל זה מבקש לאזן בין שני צירים מתחרים: מצד אחד, החשש מפני שימוש חסר תום לב ובלתי הוגן בהליך השיפוטי על ידי מציעים שנמנעו מלהעלות טענות בזמן; ומהצד האחר, הצורך לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על תנאים שחורגים מגדרי הדין הקוגנטי.

1. שלב ראשון – על ההבחנה הנדרשת בין תנאי "מקצועי" לתנאי הקובע את "כללי המשחק" המכריזים

ביישום כללי ההשתק והמניעות הפסיקה אינה מבחינה באופן עקבי וסדור בין סוגים שונים של תנאים מכריזים אשר נתקפים באיחור. ואולם, כפי שאדגים, הרציונל הניצב בבסיס החלת כללי ההשתק והמניעות תלוי במידה רבה בטיבו של התנאי שבמחלוקת. בפועל, זהו המשתנה המרכזי שמשפיע על מערך התמריצים – הן של עורך המכרז והן של המשתתפים בו. זהו גם המשתנה המשפיע על עוצמת הפגיעה האפשרית באינטרס הציבורי ובשלטון החוק.

אציע חלוקה בין שני סוגים של תנאים מכריזים: הסוג הראשון הוא תנאי "מקצועי". תנאי זה קובע את הדרישות המקצועיות-כלכליות ממציע מסוים, כפי שהרשות עורכת המכרז סבורה כי הן נדרשות על מנת לעמוד בהצלחה בהתקשרות מושא המכרז. כדוגמה לכך, ניתן להציג תנאי הדורש מהמציע להוכיח ניסיון קודם בפרויקטים הדומים לפרויקט מושא המכרז, או דרישה לאיתנות פיננסית מסוימת של המתמודדים במכרז. מדובר בתנאי אשר קביעתו ניצבת בליבת שיקול הדעת של עורך המכרז. תנאים מסוג זה הם תנאים אשר מטיבם לוועדת המכרזים, ובפרט לגורמי המקצוע בה, שיקול דעת רחב בעיצובם. בהתאם, בית המשפט אינו נוהג להתערב בהם.⁷⁰ כפי שאמחיש, ביחס לתנאי מסוג זה מארג התמריצים הוא ייחודי – גם מבחינת ועדת המכרזים וגם מבחינת המתמודדים במכרז.

תחילה לבחינת הדברים מנקודת מבטם של המתמודדים הפוטנציאליים במכרז. ביחס לתנאי "מקצועי" אם מתמודד מסוים חושש כי התנאי יוביל לפסילתו אין לו כל תמריץ לשבת בחיבוק ידיים עד להגשת ההצעות. כאמור, נוכח הרציונאליים של כללי ההשתק והמניעות, מצופה ממציע אשר סבור כי הרף שהוצב על ידי הרשות הוא גבוה או נמוך מדי, מטעמים בלתי מוצדקים או בלתי ענייניים (כגון חשש ל"מכרז תפור"), לפנות לרשות עובר להגשת ההצעות.⁷¹ אלא שבמקרה זה, לא רק שזו הציפייה המשפטית-נורמטיבית, זו גם ההתנהלות הרציונאלית מבחינת אותו מציע. בנסיבות שבהן הוצב תנאי מקצועי לא ענייני או לא נחוץ, אם יצליח המתמודד במאבק המשפטי – תיפתח בפניו הדרך להתמודד במכרז או שתיחסם דרכו של יריבו.⁷² במקרים מסוימים אין להתמודד ברירה אחרת: אם התנאי שולל ממנו את היכולת להתמודד ולזכות במכרז, בהינתן שהוא אינו עומד בדרישת התנאי המקצועי אשר נקבע, הצעתו תיפסל. מדובר אפוא במאבק משפטי שיכול בהחלט להניב תועלת תחרותית. יתרה מזאת, למקרה מסוג זה עשוי להינתן מענה במסגרת שלב שאלות ההבהרה. ניתן לערוך פניה סדורה לרשות ולעמוד על כך שהתנאי שנקבע הוא צר או רחב מן הנדרש, בגיבוי טיעונים

⁷⁰ עניין עמותת חברות הסיפור, לעיל ה"ש 7, בפס' 14.

⁷¹ וכאמור, ייתכן שאף לפנות בית המשפט.

⁷² במקרה שבו התנאי הפסול פתח בפני אותו מתמודד אשר האפשרות להתמודד. למשל, באמצעות קביעת תנאי סף ברף נמוך מן הראוי.

מקצועיים, באופן שיאיר את עיני עורך המכרז לפגם אשר ייתכן שנפל במסמכי המכרז. אם הפניה תידחה, תבשיל העת לפניה לערכאות המשפטיות המתאימות. מכל כיוון, בנסיבות של תנאי מסוג זה, לא רק שיש הצדקה נורמטיבית לכללי ההשתק והמניעות, לא קיים הכשל המובנה במארג התמריצים המוביל את המציעים לנקוט בטקטיקה של אי-פעולה.

במקביל לכך, מנקודת מבטה של הרשות, תנאים מקצועיים אינם תנאים המרחיבים, ככלל, את שיקול דעתה של ועדת המכרזים. ועדת המכרזים תעדיף, כך ראוי וניתן לצפות מבחינה נורמטיבית, לעצב את תנאי המכרז באופן רחב דיו על מנת שיוגשו כמה שיותר הצעות העומדות בתנאי הסף הנדרשים. כלומר, ועדת המכרזים תציב את תנאי הסף המקצועיים המינימליים הנדרשים לביצוע המוצלח של ההתקשרות מושא המכרז. זאת, מתוך ההנחה כי ריבוי מציעים מתאימים הוא שיוביל למקסום היעילות הכלכלית של המכרז. למעשה, בהצבת תנאים מקצועיים עורך המכרז מצמצם את שיקול דעתו – ולא מרחיבו.⁷³ משכך, לא מתעורר הקושי שעליו עמדתי, שבו לעורך המכרז תמריץ לעצב תנאים המרחיבים את סמכותו באופן המאגר את גבולות קוגנטיות דיני המכרזים. האמור מניח כי ועדת המכרזים תנהג כמתחייב ותבחר לקבוע תנאים לפי שיקולים ענייניים בלבד. אולם, גם אם הרשות תבחר שלא לנהוג באופן זה ולעצב את התנאים המקצועיים דווקא באופן צר המכוון למציע ספציפי כזה או אחר,⁷⁴ למתמודדים הפוטנציאליים במכרז אשר תנאי זה מגבילם, קיים ממילא תמריץ משמעותי להלין על כך במועד ולא להמתין עד להגשת ההצעות או בחירת הזוכה.

מבחינת האינטרס הציבורי הרחב יותר, תנאים מקצועיים שכאלו, על פי רוב, מותאמים באופן ספציפי לכל מכרז ומאפייניו הייחודיים. לכן, החשש מפני השתרשות ממכרז למכרז אינו משמעותי. בהתאם, גם אם "יוכשר" במקרה כזו או אחר תנאי בעייתי, ההשלכות של קביעה זו יהיו מתוחמות למדי ורלוונטיות לנסיבותיו הספציפיות של המכרז. כך שגם בהיבט זה, פוטנציאל הנזק ארוך הטווח לדיני המכרזים ולאנטרס הציבורי הרחב, כתוצאה מהחלת כללי ההשתק והמניעות ביחס לתנאי "מקצועי", נמוך באופן יחסי. בה בעת, הפסול שבדבק בהתנהלות המתמודד במכרז הוא משמעותי יותר בהתחשב בכך שלא הייתה לו סיבה עניינית לנצור את טענותיו. הכוונה בכך, היא שלא ניתן לייחס את השתהות המציע להתנהלות רציונאלית ומחושבת אשר ניתן להבינה במידת מה כפי שתיארתי ברשימה זו; אלא להשתהות חסרת טעם, אשר הסבה נזק מיותר ליתר המשתתפים או לרשות הציבורית. ניכר אפוא כי גם מבחינת המתמודדים במכרז, גם מבחינת עורך המכרז וגם מבחינת האינטרס הרחב של דיני המכרזים, אין הצדקה למחול לעותר אשר איחר בהעלאת טענותיו כלפי תנאי "מקצועי".

מצב הדברים הוא שונה בתכלית כאשר מדובר בתנאי מסוג שני – תנאי המתייחס ל"כללי המשחק" המכרזיים. תנאים אלו, כעולה מכינויים המוצע, מסדירים את הפרוצדורה שבה מתנהל המכרז עצמו. הם אינם מתייחסים להתקשרות מושא המכרז או להיבטיה המקצועיים, אלא מעצבים את אופן התחרות שבין המתמודדים השונים, בין היתר באמצעות הגדרת היקף סמכויות ועדת המכרזים. כדוגמה לתנאים הנכללים בקבוצה זו, ניתן למנות את הוראות

⁷³ למשל, בקביעת דרישה "קשיחה" לניסיון סף מסוים, כובלת ועדת המכרזים את שיקול דעתה בכך שהיא שוללת מעצמה את האפשרות לקבל הצעה של מציע שאינו עומד בניסיון הנדרש. תנאי הסף המקצועיים מהווים גילוי דעת מובהק של הרשות בדבר מאפייני החובה של מציע כשיר לביצוע ההתקשרות מושא המכרז. מטבע הדברים, ככל שהרף יוצב גבוה יותר, כמות המציעים אשר יעמדו באותן דרישות היא נמוכה יותר.

⁷⁴ כגון בנסיבות המעוררות חשש ל"מכרז תפור".

המכרז ביחס לערבות ההצעה, תנאי המכרז באשר לסמכות ועדת המכרזים לאפשר תיקון או הבהרה של הצעה כזו או אחרת, הוראות מכרזיות הקובעות את דרך ניהול תיבת המכרזים (והגשת ההצעות בכלל), הוראה המקנה לוועדת המכרזים סמכות רחבה שלא לבחור באף הצעה ולבטל את המכרז וכן הלאה. כאשר מדובר בתנאי מסוג זה, לעורך המכרז ישנו אינטרס לעצב את תנאי המכרז מראש באופן הגמיש ביותר המקנה לו את שיקול הדעת המרבי. עורך המכרז מעוניין להעניק לעצמו את הסמכות לתקן ולקבל הצעות שנפל בהם פגם⁷⁵; או האפשרות לנהל משא ומתן החורג מן המקובל בדיני המכרזים⁷⁶; או, ככלל, שתינתן לו הסמכות להגמיש מעט את המסגרת הנוקשה של דיני המכרזים, מסגרת אשר אינה שמה לנגד עיניה את אינטרס היעילות הכלכלית בלבד ומוכנה, לפחות באופן עקרוני, לבכר את עיקרון השוויון.

כמו כן, כפי שהמחשתי, למתמודדים אין אינטרס להלין על כך עד להגשת הצעתם והתברורות תוצאות המכרז. במקרים כאלו, העובדה שבית המשפט מושך את ידו מביורר הסוגיה ונמנע מקביעה ברורה וחדה אם כלל מסוים הוא קוגנטי או דיספוזיטיבי – מובילה לכך שהפסיקה אינה מכריעה לגופו של עניין באשר לתוקפו של תנאי מכרזי כזה או אחר. באופן זה, וכפי שהצגתי בפתח הרשימה, לא פסיקת בית המשפט וכללים קוגנטיים הם שמעצבים את דיני המכרזים, אלא כללי המניעות וההשתק.

במילים אחרות, בעניינם של תנאים מהסוג השני קיים מארג אינטרסים שונה. המתמודדים במכרז לא מתומרצים להלין לפני הגשת ההצעות במכרז; עורכי המכרז מתומרצים להוסיף ולנסות להרחיב את סמכותם (בהניחם שממילא בית המשפט לא ידון לגוף הדברים בשל כללי השתק ומניעות); וכל זאת עלול להוביל להשתרשות תנאים פסולים במכרזים עתידיים ולהשפעה רחבת היקף על דיני המכרזים והאינטרס הציבורי. הבדל מהותי זה, מצדיק לטעמי בחינה לגוף הדברים אף אם העותר נמנע מלעורר טענות כלפיהם במועד⁷⁷.

בעוד שלטעמי על פי רוב ההבחנה בין שני סוגי התנאים היא ברורה למדי, אציע, במידת הנדרש, לעשות שימוש במבחני-עזר: כמבחן אפשרי ראשון, על בית המשפט לשאול את עצמו מי נראה כי ניסח את התנאי – אם מדובר בעורך-דין או בעל השכלה משפטית, דומה כי מדובר בתנאי שנוגע לכללי המכרז עצמו ולא לצרכים המקצועיים הנקודתיים של המכרז. לעומת זאת, אם התנאי נוסח על ידי מהנדס, רואה-חשבון, מומחה כלשהו, קרי, על-ידי גורם מקצועי מובהק, הרי שהכף נוטה לסווגו כתנאי "מקצועי". מבחן עזר נוסף שעשוי לסייע מתמקד בתכלית התנאי – אם התנאי נועד לשרת את ההתמודדות ההוגנת והשוויונית בהליך המכרזי עצמו, סביר להניח כי הוא מסדיר את אותם "כללי המשחק" האמורים. אם התנאי הוצב על מנת להבטיח כי המתמודד במכרז יוכל לממש את ההתקשרות מושא המכרז באופן מוצלח, דומה כי מדובר בתנאי "מקצועי".

⁷⁵ למשל אם הן המשתלמות ביותר מבחינה כלכלית או אם הוגשו על ידי מציע שוועדת המכרזים חפצה ביקרו. באופן אשר מאפשר לטייב את התוצאה הכלכלית של המכרז, אך מעורר, בד בבד, חשש מהותי להעדפה פסולה של מציע כזה או אחר.

⁷⁶ דוגמה נוספת לתנאי מוקשה שכזה ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **זוהר חוצות**, לעיל ה"ש 30, בפס' 22: "במסגרת בחינת ההצעות החברה [...] שומרת לעצמה את הזכות לפנות למי מהמציעים, בכל עת, הכול על פי שיקול דעתה המלא והבלעדי, בבקשה לקבלת הבהרות ו/או השלמת מסמכים ו/או פרטים ו/או מידע, מכל מין וסוג שהם, הקשורים בהצעתו". השוו תנאי זה לסעיף 20, ובפרט סעיף 20(ה) לתקנות חובת המכרזים.

75

76

77

בהמשך לכך, בהתבסס על החלוקה האמורה בין סוגים שונים של תנאי המכרז – הצעתי היא שרק טענות המועלות כלפי תנאי מהסוג הראשון – תנאי "מקצועי", אשר לא הועלו במועד, תידחנה על הסף כפי שנוהגת הפסיקה כעת. החידוש המוצע הוא כי טענות ביחס ל"כללי המשחק המכרזיים" – תעבורנה לבחינה במסגרת השלב השני. למעשה, תכליתו של השלב הראשון היא לשמש מסננת מושגית ותכליתית: לוודא כי רק טענות הנוגעות לפגמים בעלי משמעות עקרונית, הנובעות מהמתח שבין סמכות הרשות להנחות את ההליך לבין חובותיה לפעול בגדרי הדין, יובאו להכרעה מהותית. בכך בא לידי ביטוי איזון ראוי בין השמירה על טוהר ההליך המכרזי לבין האינטרס הציבורי ואינטרס הצדדים לכך שפגמים אפשריים במכרז יחשפו במועד מוקדם ככל שניתן ויתוקנו.

2. שלב שני – קביעה שיפוטית האם התנאי המדובר עולה בקנה אחד עם הוראות קוגנטיות בדיני המכרזים

המעבר לשלב השני מותנה בממצא הנקבע בשלב הראשון – כי מדובר בתנאי מסוג "כללי המשחק" ולא בתנאי סף "מקצועי". הבחנה זו משקפת את ההבדל בין תנאים המגלים שיקול דעת מהותי ורחב הנוגע לדרישות התוכן של ההתקשרות מושא המכרז, לבין תנאים המעצבים את מסגרת ההליך המכרזי, את גבולות סמכות ועדת המכרזים ואת הכללים הפרוצדורליים של ההליך התחרותי. השלב הראשון, שניתן לסווגו כשלב "טכני" יחסית, לא קיים בפסיקה כעת. תכליתו היא לשרת את השלב המהותי, השלב השני, אשר הוא השלב שחסרונו קריטי. כל שסקרתי עד עתה והצעתי נועד לקדם דיון מהותי בשרטוט גבולות המותר והאסור בדיני המכרזים, מאחר שכעת עוצמתם של כללי המניעות וההשתק מייתרת ובולמת דיון זה.

כיצד צפוי אפוא להיראות דיון חיוני זה אשר יתבצע בשלב השני? הכלל הבסיסי הוא כי דיני המכרזים הם קוגנטיים בעיקרם וזכויות המציעים במכרז אינן ניתנות להתניה.⁷⁸ בעוד שתנאים מסוימים סותרים באופן מובהק את הוראות הדין – כדוגמת התנאי שנדון בעניין אסום⁷⁹ – הרי שתנאים אחרים מנוסחים בלשון מרוככת יותר: הם אינם עומדים באופן מובהק בניגוד חזיתי לדין, אך יש בהם כדי לסייג או לצמצם היבטים קוגנטיים בדיני המכרזים, לעיתים באופן מעודן ועמום. ביחס לתנאים מסוג זה מתבקש כי במסגרת השלב השני הפסיקה תעמיק ותגדיר את גבולות קוגנטיות דיני המכרזים. השלב השני אינו נדרש רק לצורך בירור המחלוקת הקונקרטית, אלא הוא נדבך יסודי וחיוני בפיתוחה של דוקטרינה סדורה ואפקטיבית בדבר היקפם של כללים קוגנטיים בדיני המכרזים. במצב הדברים הקיים, שאלות מהותיות בדבר תוקפם של תנאים מכרזיים – לעיתים תנאים שנוסחו באופן המעלה קשיים של ממש – נותרות פעמים רבות בלא מענה שיפוטי לגופם של דברים, נוכח דחיית העתירה מטעמי השתק או מניעות. בכך מוחמצת הזדמנות חיונית להבהרת הדין, להכוונת רשויות מינהליות ולעיצוב גבולותיו של שיקול הדעת המוקנה להן במרחב המכרזי.

לשלב השני יש חשיבות כפולה: הוא מאפשר הכרעה פרטנית לגופו של עניין במחלוקת המתעוררת בין הצדדים; בד בבד, הוא יוצר תשתית נורמטיבית מחייבת אשר צפויה לשמש אבן דרך בפעולתם העתידית של גופים ציבוריים הכפופים לדיני המכרזים. ודאות משפטית

⁷⁸ דקל, מכרזים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 339.

⁷⁹ לעיל ה"ש 29.

זו תסייע למתמודדים פוטנציאליים להבין את גבולות הזירה המכרזית, וחשוב מכך – תעודד את עורכי המכרזים להקפיד הקפדה יתרה על ניסוח תנאי המכרז בהתאם למגבלות הדין.

3. שלב שלישי – בחירת הסעד

השלב השני צפוי להסתיים בקביעה שיפוטית ברורה: האם התנאי המכרזי שבמחלוקת עומד בדרישות הדין אם לאו. עם זאת, גם לאחר שנקבעת מסקנה ביחס לתוקפו של תנאי מסוים, מלאכת ההכרעה טרם הושלמה. בשלב זה נדרש לבחון את הסעד הראוי לנוכח דוקטרינת הבטלות היחסית, המבחינה בין עצם קיומו של פגם לבין ההשלכות הנגזרות ממנו.⁸⁰ דוקטרינה זו חלה גם בדיני המכרזים הקובעים כי קיומו של פגם בהליך מכרז אינו מחייב את ביטולו.⁸¹ בגדרי מנעד הסעדים הבולטים האפשריים, ישנה האפשרות כי המתמודד יבקש שהצעתו תוכרז כהצעה הזוכה, חלף ההצעה שנבחרה על ידי עורך המכרז.⁸² לשם זאת נדרש כי הצעת העותר היא הצעה תקינה שלא נפל בה פגם; כי הצעתו אכן מדורגת במקום השני; כי לא משך את ערבות ההצעה מיוזמתו;⁸³ וכל זאת לצד תנאים נוספים.⁸⁴ ממילא, סעד הכופה על הרשות התקשרות עם המציע שאינו המועדף עליה אינו עניין של מה בכך, בפרט במקרים שבהם הוא מחייב את הרשות לשלם תמורה גבוהה יותר באופן ניכר (או לקבל סכום נמוך יותר בתמורה, במקרה של מכרז מכר) עבור השירות או הפרויקט מושא המכרז. סעד אפשרי אחר, בהינתן שמדובר בפגם שנפל בתנאי המכרז ועל כן אין תועלת בהשבת הדין לזוועדת המכרזים,⁸⁵ הוא ביטול המכרז. הפסיקה קבעה תנאים מחמירים לביטול מכרז, ורואה באפשרות זו "מוצא אחרון".⁸⁶ אפשרות נוספת, היא שבית המשפט יעמוד על הפגם שנפל בהתנהלות עורך המכרז ומי מבין המתמודדים – ולמרות זאת יקבע כי אין מקום לסעד

⁸⁰ ע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 24.5.2010).

⁸¹ ע"מ 8696/10 שערי ריבית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר, פס' 10 (נבו 6.9.2011); עניין מוניות שמשון, לעיל ה"ש 2, בפס' 33.

⁸² תרחיש אפשרי שבו סעד כזה הוא רלוונטי בנסיבות רשימה זו, הוא כאשר קיים תנאי במכרז המאפשר לוועדה, למשל, להתעלם מפגם בערבות. הוועדה עושה שימוש בסמכותה זו על מנת להתעלם מהפגם שנפל בערבות ההצעה ה"זוכה", והמתמודד שהצעתו במקום השני, מבקש לפסול את הצעת הזוכה בשל כך.

⁸³ ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז קישון, פ"ד נה(4) 873 (2001).

⁸⁴ למשל כי הצעת העותר צורפה לעתירה, ראו: עניין חופרי השרון, לעיל ה"ש 80, בפס' ע"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁸⁵ סעד זה הוא פעמים רבות "דרך המלך" הואיל והוא מחזיר את הדיון לגוף המינהלי על מנת שקיבלת החלטה מעודכנת. בג"צ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה(2) 274, 265 (1990).

⁸⁶ ע"מ 4818/17 טל אופיר גינון ופיתוח בע"מ נ' עיריית כרמיאל, פס' 22 (נבו 28.2.2018); ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11, 28 (2002); בג"ץ 688/81 מיגה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 97, 085 (1982); עניין גוזלן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 515; עניין שערי ריבית, לעיל ה"ש 81, בפס' 10. ביטול המכרז משמעותו חזרה לנקודת הפתיחה, על כל המשתמע מכך – נגזר מכך עיכוב של ההתקשרות מושא המכרז, ועל כן פוטנציאל לזנק לאינטרס הציבורי; הוצאות נוספות לרשות וליתר המתמודדים; וכל זאת, כאשר המכרז החדש יתקיים כאשר היבטים מסוימים בהצעה הזוכה ובהצעות הנוספות ידועים למתמודדים. לסקירת הקושי בביטול המכרז מבחינת המשתתפים בו, ראו: דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי: משפט מינהלי כלכלי כרך ג 148-149 (2013).

אופרטיבי כך שתוצאת המכרז לא תשתנה.⁸⁷ סיבה אפשרית אחת לכך, היא כי הזמן אינו קופא מלכת, ובהעדר סעד זמני העוצר את התקדמות ההתקשרות מושא המכרז ייתכן שאת שנעשה לא ניתן (או לא ראוי) להשיב. במצב זה, עשוי להינתן סעד הצהרתי בלבד, מטעמי התגבשותו של מעשה עשוי, ואולי גם הפנייתו של העותר לסעד הפיצויים.⁸⁸

השיקולים להכרעה באשר לסעד הראוי מבין שלל האפשרויות, הם רבים ומגוונים, ולצורך רשימה זו אין צורך להרחיב ביחס להן. אעמוד אפוא על שתי נקודות מהותיות בלבד באשר לבחירת הסעד, הניתנות ליישום במסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית, והמתקשרות במישרין לענייננו. הראשונה, כי לא משנה איזה סעד ייפסק בסופו של דבר על ידי בית המשפט, עצם העובדה שטענות העותר לא נדחו על הסף תורמת באופן משמעותי לשרטוט הגבולות של דיני המכרזים. עצם קיום הדיון בטענות העותר לגופן, במקום דחייתן על הסף מטעמי השתק ומניעות, משמרת את התמריץ של מתמודדים במכרז אשר כבשו את טענותיהם לפנות לבית המשפט, גם אם באיחור. המציע שהצעתו השנייה בטיבה יכול, במקרים המתאימים, להיות מוכרז כזוכה; יתר המציעים, בעלי תמריץ לנסות ולבטל את המכרז, ולו מתוך תקווה כי במכרז החדש ישפרו את מצבם. או, לכל הפחות, יפגעו בביצועים העסקיים של אחד ממתחריהם הישיר אשר יאלץ להתמודד פעם נוספת במכרז, תוך השקעה נוספת של משאבים, כשווה בין שווים.

גם במקרה ה"קל" יותר מבחינת הרשות, שבו נקבע, במסגרת השלב השני, כי נפל פגם באופן שבו נהגה בקביעת תנאי מכרזי מסוים אך לא ניתן סעד אופרטיבי, קביעה זו צפויה להפחית עד מאוד את הסיכוי שרשות זו, ורשויות אחרות, יעשו שימוש בתנאי דומה בעתיד. כאשר מדובר בתנאי אשר בית המשפט כבר קבע במפורש כי הוא פסול, הצבתו על ידי עורך מכרז, שהינו גוף ציבורי, תהיה מוקשית, בלשון המעטה. בנסיבות מסוימות, היא אף עלולה לחשוף את עורך המכרז לתביעה כספית מצד מתמודדים. קל וחומר במקרה שבו יינתן סעד אופרטיבי – החלפת הזוכה במכרז או ביטול המכרז, התרומה של העתירה לאינטרס הציבורי היא מובהקת – הרשות פעלה שלא כדין, ועליה לשאת בהשלכות של כך גם במקרה הספציפי הנתון. בין אם משום שהיא תידרש לערוך מחדש את המכרז במקרה שהוא יבוטל; ובין אם משום שבית המשפט יכפה עליה להתקשר עם המציע שהצעתו הייתה השנייה בטיבה, דבר אשר פוגע, מבחינתה, ביעילות הכלכלית של ההתקשרות.

מכאן לנקודה השנייה: האם במסגרת קביעת הסעד יש להעניק משקל גם להתנהלות העותר, אשר כבש כזכור את טענותיו והעלה אותן באיחור? לעמדת, אכן יש להביא בחשבון גם את התנהלות העותר, אך המשקל שיינתן לכך נגזר ממידת סטיית הרשות מנורמות קוגנטיות. ארחיב. אם נקבע כי התנאי המכרזי הוא תנאי הסוטה בבירור מהוראות הדין, פוחתת מידת ההבנה שניתן לגלות לאופן פעולתה של הרשות ומתעצם האינטרס הציבורי כי להתנהלותה תהיינה השלכות מעשיות. ייתכן כי מסקנה זו אינה אינטואיטיבית, שהרי ניתן לטעון שאם הפסול בהתנהלות הרשות כה ברור, מדוע לא להלין עליו מבעוד מועד. אלא שמדובר במצב דברים שבו הרשות בחרה לכלול במכרז הוראה המנוגדת לדין. אף אין להניח

⁸⁷ עניין אחים כאלדי, לעיל ה"ש 8, פס"כ"ב.

⁸⁸ ע"מ 3719/13 ש.מרדכי עבודות עפר בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, פסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 6.9.2018); להרחבה ביחס להבחנה שבין אכיפה לפיצויים, ראו: ע"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה (נבו 9.9.2015).

כי הדבר נעשה בשוגג הואיל והרשות מלווה בכל מקרה בייעוץ משפטי. במצב דברים זה ניתן וראוי לגלות הבנה רבה יותר להתנהלות של מציע אשר בוחר שלא להשקיע ממשאביו ומרצו בפתיחת הליך משפטי נגד עורך המכרז כאשר להערכתו ממילא הסיכויים שתנאי שכזה ייאכף על ידי בית המשפט אינם רבים (במקרה שבו טענותיו לא ייחסמו מטעמי השתק ומניעות כפי שנעשה היום). בהתאם, מידת חוסר תום הלב שניתן לייחס למציע, בוודאי אל מול חוסר תום הלב של עורך המכרז, אינה רבה. זאת ועוד, כאשר מדובר בתנאי הסוטה באופן כה ברור מהוראות הדין, קשה לקבל טענה של מתחזה אחר במכרז שלפיה "הופתע" מאי-אכיפת התנאי בדיעבד. כך שגם האינטרס של יתר המתמודדים נפגע באופן מתון יותר. אם כן, לגישתי בנסיבות אלו על בית המשפט להתחשב במידה פחותה, גם במישור הסעד, בעיתוי העלאת טענות העותר. בכך, יאויין במידה רבה התמריץ של הרשויות לכלול מלכתחילה במסמכי המכרז תנאי הפסול בבירור. כאן המקום להדגיש – הציפייה הנורמטיבית מהרשות אינה זהה לציפייה מהמתמודדים במכרז. כאמור, הרשות מחויבת בנורמות התנהלות מחמירות, ובהם כאמור החובה לנהל את המכרז בהגינות, ביושר, בשוויון, בסבירות, ללא שיקולים זרים או שרירות. לעומת המתמודדים, אשר גם אם משתתפים במכרז ציבורי אינם אלא אדם או חברה המבקשים להשיא את תועלתם הכלכלית אשר חובת תום הלב המוטלת עליהם ודאי אינה רחבה מחובת הרשות.

לעומת זאת, כאשר מדובר בתנאי מכרזי המצוי ב"טווח האפור" של דיני המכרזים – כזה שאין זה ברור אם הוא עומד בגדרי הוראות הדין הקונגנטיות אם לאו – פוחתת מידת ה"אשם" שניתן לייחס לרשות. בנסיבות אלו, האינטרס הציבורי להחיל השלכות ממשיות על פעולתה, ולו לשם הרתעתה מהתנהלות דומה בעתיד, נחלש אף הוא. הציפייה של המתמודדים אשר הבחינו בתנאי בטרם הגישו את הצעתם כי תנאי זה לא ייאכף, היא נמוכה יותר. משכך, כאשר הפגם אינו מעיד על חריגה מובהקת וברורה מהוראות הדין, המוקד יכול לעבור מהכרעה בעלת משמעות אופרטיבית במקרה הקונקרטי להכוונת התנהלות הרשות, ורשויות אחרות, לעתיד לבוא. במקרים מסוג זה, ניתן להעניק משקל נמוך יותר לפגם שנפל בהתנהלות הרשות (שעוצמתו פחותה ממילא), כך שתגבר הנטייה להימנע מהענקת סעד אופרטיבי בדמות ביטול המכרז או פסילת ההצעה הזוכה והכרזה על זוכה חלופי במכרז.

רוצה לומר: אם הרשות יודעת כי היא פועלת שלא כדין, באופן ברור ומובהק, לא ראוי שבית המשפט יאפשר לה להרוויח מהתנהלות זו ואף אין הצדקה להטיל על המתמודדים במכרז את העלויות של אכיפת הדין על הרשות. ראוי בנסיבות אלו להסיט את המוקד מבחינת התנהלות המציעים לבחינת התנהלות הרשות. לא מפאת רצון לקדם את עניינם של המתמודדים על פני האינטרס הציבורי; אלא להפך, מתוך רצון למנוע פגיעה עקבית ורחבת היקף באינטרס הציבורי.

לסיכום חלק זה: בהמשך לאמור בשלב השני, שבו נבחן אם התנאי עומד בדין, ניתוח הסעד בשלב השלישי מחייב להבחין בין סוגי הפגמים לפי מידת סטיית הרשות מהוראות הדין. כאשר הרשות קבעה תנאי הסותר בבירור את הוראות הדין יש להעניק משקל מופחת לאיחור שבו הועלתה הטענה ביחס לתנאי זה הועלתה על ידי מי מבין המתמודדים במכרז. על כן, ניתן ואף ראוי יהיה, בנסיבות המתאימות, להעניק סעד אופרטיבי בדמות הכרזה על זוכה חלופי או ביטול מכרז. לעומת זאת, כאשר מדובר בתנאי אשר בדיעבד מתברר כי הוא חורג במידה מועטה מגבולות הגרעין הקונגנטי של דיני המכרזים, ניתן יהא לקבל סעד מתון

יותר בדמות הבהרה על הפסול שבתנאי, למען המכרזים בעתיד, לצד הותרת התוצאה הקונקרטית של המכרז בנסיבות המקרה זהה. יודגש כי שיקול זה אינו בא במקומם של שיקולים אחרים, אלא מצטרף אליהם כחלק מההכרעה המושכלת שעל בית המשפט לבצע בעת קביעת הסעד הראוי.⁸⁹

ה. סיכום

ברשימה זו ביקשתי להמחיש את עוצמתם של כללי המניעות וההשתק, כפי שהם מוחלים על ידי בית המשפט באופן גורף מדי, שיש בו כדי להוביל לתוצאות לא רצויות. הלכה למעשה, במצב המשפטי הקיים בית המשפט, במידה רבה, ויתר על תפקידו בעיצוב הגבולות של דיני המכרזים והותר את הזירה לוועדות המכרזים וליועציהן המשפטיים. במצב הקיים, לעורך המכרז ישנו תמריץ עקבי לכלול בתנאי המכרז תנאים המבקשים להעניק לו סמכויות אשר דיני המכרזים אינם מקנים לו, בידיעה שדה-פקטו יינתן תוקף לתנאים שקבע. לביסוס מסקנתי, בחנתי את תחולתם של כללי המניעות וההשתק על טענות נגד תנאים הנכללים במכרזים ציבוריים. עמדתי על ההצדקות הנורמטיביות לכללים אלו, ולאחר מכן סקרתי את ההלכות המרכזיות והחריגים שנקבעו להן בפסיקה. הראיתי כי חריגים אלו אינם מספקים מענה לקושי המבני שביסוד ההסדר הקיים. כצעד המשך, באמצעות ניתוח מארג האינטרסים של המציעים ועורכי המכרזים ובהתבסס על דוגמאות מן הפסיקה, הצעתי מודל תלת-שלבי שבבסיסו הבחנה בין סוגים שונים של תנאי מכרז. הבחנה זו מהווה תנאי מוקדם הכרחי להפעלה מדורגת, מדודה ומושכלת של כללי המניעות וההשתק, באופן שיאזן, בין היתר, בין שיקולי הוגנות ויעילות לבין פיקוח אפקטיבי על פעולה מינהלית.

למודל המוצע השלכות מעשיות ברורות: הוא מצייד את בתי המשפט בכלי מושגי שיטתי, המאפשר לא רק הכרעה צודקת במקרים קונקרטיים, אלא גם עיצוב נורמות שיכוונו את פעולתה של הרשות המינהלית בשלב גיבוש תנאי המכרז. בדרך זו מתחדדת לא רק אחריות הרשות וחובתה להיצמד להוראות הדין, באופן שאינו מותנה בהתנהלות המשתתפים במכרז, אלא גם שבים ומתבססים עקרונות של ודאות משפטית, לצד קידום ומימוש תכליות דיני המכרזים. המודל אינו זונח שיקולי הגינות ויעילות ועם זאת מאפשר לתקן את הכשל המרכזי שביישומם הגורף של כללי המניעות וההשתק – בלימת ביקורת שיפוטית אפקטיבית על תנאי המכרז. במידה רבה, מטרת המאמר צנועה ופשוטה בתכליתה: לא להציע מהפכה עיונית מקיפה, אלא לסמן נקודת כשל מעשית ולהציע לה מענה שקול וניתן ליישום במסגרת המנגנונים הקיימים של המשפט המינהלי והביקורת השיפוטית. בדרך זו, יש לקוות כי דיני המכרזים יוסיפו להתפתח, כאשר המחקק והפסיקה ישבו וייטלו את מושכות דיני המכרזים.

⁸⁹ ע"א 1255/13 אולניק חברה להובלה עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' בני רצביקה בע"מ, פס"מ 16 (נבו 13.5.2013).