

ג'ו ג'ו
5301.20

דיני מכרזים - סמסטר ב', תשס"ז
פתרונות למבחן - מועד א' (13/07/07)

הערה כללית:

בנוסף לניקוד שצוין ביחס לכל פריט - לבודק היה שיקול דעת כדי 10 נקודות נוספות ביחס לכל אחת מהשאלות.

שאלה מס' 1

משרד הביטחון פרסם הזמנה להצעת השתתף בהליך תחרותי, אשר עניינו הקמה, התקנה וחזקת של עמודי תאורה במachinery צה"ל - מערכת שתמיה מקוורת למערכת ההתראה הצבאייה. באחד מסעיפי המכרז נקבע כי: "המשרד רשאי, במידה ובוטל המכרז, או לא נתקבלה ההצעה, או ההצעה תקפה כלשאי - לנחל מווים עם משתתפי המכרז, כולם או מקצתם ו/או גם עם קבלנים אחרים, שלא בדרך של מכרז".

חמשה קבלנים רכשו את מסמכי המכרז והשתתפו בסיוור קבלנים אותו ערך משרד הביטחון. הקובלן ראובן, אשר לא היה אחד מלאה, שמע גם הוא על המכרז, אך לאחר שיעין במשרד הביטחון במסמכי המכרז - החליט לוותר על התמודדות בשל "כדיות כלכלית נומוכה". לאחר פקיעת המועד האחרון להגשת ההצעות נפתחה תיבת המכרזים ונתגלה כי קיימת בה הצעה אחת בלבד, אותה הגיש הקובלן שמעון. לאחר שההצעה נבדקה - הסתבר שההצעה אינה עומדת בתנאי הסף של המכרז ועל כן החלטה ועדת המכרזים לפסול אותה.

הוועדה החלטה עם זאת לנחל עם הקובלן שמעון מווים, שבמסגרתו ניתנה לו האפשרות לשפר את הצעתו ולהתאים אותה גם לתנאי הסף. המווים הניל' הבשיל לידי הסכם (בסכום שעלה על הצעתו המקורי ב-20%). לאחר חתימת ההסכם החל שמעון ביצוע העבודה.

הקובלו וראובן עתר לבית המשפט לעניינים מנהליים וטען כי יש לבטל את המכרז ולהורות על פיתוחו של מכרז חדש במקומו, בשל הליקויים שנפלו במכרז ובתהליך בחירת ההצעה הזוכה.

השבויות:

- (1) האם ראובן יכול לתקן את המכרז ו/או את המווים שעירך בעקבותיו.
- (2) מה יטען משרד הביטחון במסגרת ההליך המשפטי.
- (3) במידה ויתברר שבמהלך המווים אכן יותר משרד הביטחון על חלק מדרישות הסף - האם תהיה תשובה (1) ו-(2) שונות?
- (4) במידה ולא היה מדובר במשרד הביטחון, אלא: א) במשרד ממשלתי אחר; ב) עירייה - האם תשובה לכך היו שונות?

תשובות לשאלת מס' 1

האם רואבן יכול לתקוף את המכרז או את המו"מ שנערך בעקבותיו (15 נק')

- 1.** רואבן יכול לתקוף את המכרז או את המו"מ שנערך בעקבותיו (15 נק')
- 1.1 זכות עמידה**
- ראובן טוען כי למרות שלא השתתף במכרז הוא בעל עניין במכרז ולכן צריך להיות בעל זכות עמידה לתקוף אותו. היותו בעל עניין במכרז באה ידי ביתוי בכך שעין במסמכי המכרז, ובשים לב לכך ששבועה שעשה כן נכון לדעת שהמכרז איננו כדי מבחינה כלכלית ולכן החלית לא להשתתף בו. במהלך המו"מ הציע משרד הביטחון לשמעון תנאים נוספים יותר, כאמור, אשר הפכו את המכרז לכדי מבחינה כלכלית, ובמידה והיה נהוג כך גם במכרז המקורי - היה גם רואובן מתמודד. לכן, בנסיבות אלו, יש לו זכות עמידה.
- טען זה מבוסס על עדותו של כב' השופט חשן בע"א 6926/93 **ஸפנות ישראל נ' חברה החשמל**, פ"ד מ"ח (3) 749, 766, (להלן: "פרשת מספנות ישראל"), הסבור כי יש לאפשר לתקוף את המכרז גם למי שיכל היה להשתתף במכרז ובחר שלא לעשות כן - במידה והדבר לא חוקי במכרז רלוונטי להחלטתו שלא להשתתף במכרז.
- 1.2 השתתפות**
- ראובן טוען:
- החלטתו של משרד הביטחון להצעיר לשמעון תנאים נוספים יותר התגלתה לרואובן רק בשלב מאוחר וכאן הוא לא השתתפה, שהרי כלל לא יכול היה לתקוף את המכרז לפני סיוםו. תנאי המכרז (כפי שיפורט בהמשך) פוגעים באופן קשה בעקרונות היסוד של זיני המכרזים ועל כן אייזון האינטරסים מוביל לביטולו של המכרז, למרות הפגיעה שתיגרם לשמעון.
- ראו: בג"ץ 5023/91 **פורז נ' שוד הבינוי והשיכון**, פ"ד מו (2) 793 - 804, 805, (להלן: "פרשת פורז") בו קבע כב' הנשיא שנగר כי יש לאזן "בין המגמה לקיים מינהל שלטוני תקין ולמנוע שימוש לרעה בסמכות לבין הרצון שלא לפגוע בגורם תם לב, שהשלים מעשו לפניו פтиחת ההליכים".
- 1.3 האפשרות לבטל את המכרז ולנהלמו"מ - פוגעת בחובת ערכית מכraz**
- ראובן טוען כי תנאי המכרז המאפשרים למערכת הביטחון לבטל את המכרז ולנהלמו"מ "עם משתתפי המכרז, כולם או מקצתם ו/או גם עם קבלנים אחרים, שלא בדרך של מכraz" מהווים פגיעה בחובתה של מערכת הביטחון לעורך מכרז לשם ביצוע העסקה הנ"ל.
- חובת ערכית המכraz על העסקה הנ"ל מבוססת על המקורות הבאים:
- סעיף 2(א) **חוק חובת המכrazים, התשנ"ב-1992** (להלן: "חוק חובת המכrazים") מטיל חובת עריכת מכrazים על עסקאות של המדינה, משרד הביטחון הוא חלק ממנה.
- עסקה מסווג זה אין פטור כללי ממכraz על פי **תקנות חובת המכrazים (התקשויות מערכת הביטחון), התשנ"ג-1993** (להלן: "תקנות מערכת הביטחון").

- לא ניתן לישם במקרה זה את החרגיג של תקנה 17 (יא)(1) ו - 17 (יא)(2) - הן מושם שהמכרז לא הוגדר כ"מכרז סגור" והן משומש שההתקשרות בעסקה נושא המכרז לא הוגדרה כ"נדרשת בדחיפות". 1.3.3
- תקנה 17(ט) אינה רלוונטית, הן בשל העובדה שהיא מצורכה נימוקים מיוחדים שיירשםו (תנאי שלא הتمלה במקרה זה) והן בשל העובدة שתקנה זו רלוונטית רק לגבי הצעה, אשר עמדת בתנאי הסק (תנאי כללא, שגム הוא לא הتمלה במקרה זה). 1.3.4
- האפשרות לנוהל מוי'ם כחלק מהלכי המכרז - נוגדת את דיני המכרזים** 1.4
- ראובן יטען כי תנאי המכרז, ככל שהם אפשרים למערכת הביטחון לנוהל מוי'ם כחלק מהלכי המכרז - נוגדים את דיני המכרזים - מושורה של טעמים: 1.4.1
- תנאי המכרז פוגעים בעקרון השווון בכך שהם מאפשרים למשרד הביטחון לנוהל מוי'ם עם משתתפי המכרז בולם או מקצתם ו/או עם קבלנים אחרים - זאת מבלי לקבוע לצורך העניין קriterיוונים שוווניים. על כן, תנאי המכרז פסולים אפילו לפי עמדתת המקרה של כב' השופטת שטרסברג-כהן בע"א 6585/95 מ.ג.ע. ר - מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריות נשר ואח', פ"ד נ (4) 206 (להלן: "פרשת מ.ג.ע.ר").
- תנאי המכרז נוגדים את תקנות מערכת הביטחון - מהטעמים הבאים: 1.4.2
- א. תקנות מערכת הביטחון לא מאפשרות ניהול מוי'ם כאשר לא מדובר במכרז סגור מיוחד - ובמקרה שלפנינו אפשר המכרז ניהול מוי'ם, למרות שהמכרז אינו מכרז סגור מיוחד. המכרז אינו סגור מיוחד אך הוא בשל העובדה שאינו עומד בתנאי תקנה 7(א) רישא והן בשל העובדה שעובדת המכרזים בחרה לפרסם אותו כמכרז פומבי רגיל (כך שאיפילו היה עומד בתנאים של תקנה זו - זה לא רלוונטי).
- ב. גם אם מדובר היה במכרז סגור מיוחד - קובעת תקנה 7(א)(2) איסור על ניהול מוי'ם עם מציע שלא עומד בתנאי הסק של המכרז, ואילו במקרה זה נוהל מוי'ם עם שמעון, אשר הצעתו המקורית לא עמדה בתנאי הסק של המכרז.

מה יטען משרד הביטחון במסגרת ההליך המשפטי (15 נק') 2.

- זכות עמידה** 2.1
- משרד הביטחון יטען כי אומנם בנסיבות חריגות אפשר בית המשפט זכות עמידה גם לעותרים, אשר בחרו שלא להשתתף במכרז, אך במקרה זה אין לתת לרואובן זכות עמידה, מאחר והואクトו למכרז אינה משמעותית: הוא טען כי לא השתתף במכרז בשל חוסר כדוות כלכלית, אך לא ביצע בדיקה רצינית לפני הגיעו להחלטתו זו, דבר הבא לידי ביטוי בכך שלא טרח אפילו לרכוש את מסמכי המכרז ו/או להשתתף בסיוור הקבלנים. עיון במסמכיו המכרז במשרד הביטחון - אינו מספק מבחינה זו, לאור מרכיבתו של המכרז.
- טען זה מבוסס על עמדתו של כב' השופט גולדברג בפרשת מספנות ישראל, המстиיג ממתן אפשרות למי שבחר שלא להשתתף במכרז - לעתור נגד תוכאותיו (שם בעמ' 806). אף כב'

השופט חין, שנקט בגישה מרוחיבה יותר, לא סבור שיש לתת זכות עמידה לכל מי שבחר לא להשתתף במכרז, ובמקרה זה נראה שגם לשיטתו אין לאפשר זכות עמידה לרואבן.

<u>השתנות</u>	2.2
<u>משרד הביטחון יטען:</u> במידה וראובן סבר שתנאי המכרז אינם חוקיים - הוא צריך היה לתקן את המכרז באופן מיידי, ולא להשתנות עד לסיומו של המכרז. השתהותו (הנובעת ממחדריו) מונעת ממנו את האפשרות לתקן את תוכנותיו של המכרז.	2.2.1
לשיהוי בתקיפת מכרז ראו את בג"ץ 126/82 טיולי הגליל נ' ממשלה ישראל , פ"ד לו (4) 44, 47 - 48, בו נמנע ממציע להציג בתקיפתו של מכרז לאחר שהסתומים - בשל השתהותו.	2.2.2
שמעון נהג כדין ובתום לב במליך המכraz והמו"מ ושינה את מצבו לרעה לאחר שחתם על החוזה והחל ביצוע העבודה. لكن אין לבטל את המכraz, על פי העיקרונות ש"י אין מתכוונים עול בעול".	2.2.2
ליישום עקרון זה, ראו : בג"ץ 292/61 בית אריזה וחובות נ' שר החקלאות , פ"ד טז (1) 31 ; פרשת פורץ, שם בעמ' 804 - 805.	2.3
<u>האפשרות לבטל את המכraz ולנהל מו"מ - לא פוגעת בחובות עיריכת מכרז</u>	2.3
משרד הביטחון ערך מכרז, בהתאם לחובתו על פי דין. האפשרות שקבע בהליך - לבטל את המכraz ולנהל מו"מ במידה ולא יהיו הצעות שיעמדו בתנאי הסוף - אפשרות על פי תקנות מערכת הביטחון :	2.3
במידה ומדובר במכרז סגור - על פי תקנה 17(יא)(2).	2.3.1
במידה ומדובר במכרז פומבי - על פי תקנה 17(יא)(3).	2.3.2
תקנה 17(ט) קובעת כי "עודת המברזים רשאית, מינויוקים מיוחדים שיירשו, להחיליט על בחירת הצעה גם אם הייתה זו הצעה יחידה שהוגשה או שנותרה יחידה לדין בפניה", והאפשרות שקבע המכraz לבטל את המכraz ולנהל מו"מ - תואם את תקנה זו.	2.3.3
<u>האפשרות לנוהל מו"מ כחלק מהליך המכraz - אינה נוגדת את דיני המכrazים</u>	2.4
משרד הביטחון יטען כי תנאי המכraz, אשר היקנו למערכת הביטחון אפשרות לנוהל מו"מ כחלק מהליך המכraz - אינם נוגדים את דיני המכrazים מהኒוקים הבאים :	2.4.1
תנאי המכraz אינם פוגעים בעקרון השוויון, על אף שהם אפשריים למשרד הביטחון לנוהל מו"מ עם משתתפי המכraz <u>בולם או מקצתם /או עם קבלנים אחרים</u> - מאחר ותנאי מכללה במכraz כזה גורס שניהול המו"מ יערך על פי קרייטריונים שוויוניים. במקרה זה נשמר עקרון השוויון, שכן המציע שעמו נוהל מו"מ היה המציע היחיד שהגיש הצעה, והבחירה בו נעשתה רק לאחר שSiefer את הצעתו והתאמים אותה לתנאי הסוף של המכraz.	2.4.1

האפשרות שנצפתה בתנאי המכרז לניהול מוו"ם במקרה של נתקבלה הצעה, או הצעה תקפה כלשהי" - תואמת את דיני המכרזים :	2.4.2
א. אפשרות זו הייתה לגיטימית, אפילו לשיטתו המחייבת של השופט טל בפרשת מ.ג.ע.ר. (עמ' 218 לפסק הדין).	
ב. אפשרות זו קיימת על פי תקנה 7(א)(2) לתקנות מערכת הביטחון, המאפשרת ניהול מוו"ם כאשר מדובר במכרז סגור מיוחד - סוג המכרז בו בחרה מערכת הביטחון במקרה זה. בחירה של מערכת הביטחון לנוהל מכרז סגור מיוחד נעשתה בהתאם לתקנה 7(א), לאור העובודה שהעסקה נשוא נכללת בדוח בדוקרייה של תקנה 5(א)(6) (בשל העובדה מקורתה למערכת ההתראה הכת"לית), וכן בדוח בדוקרייה של תקנה 5(א)(8) 1 - 5(א)(10).	
במידה ויתברר שבמהלך המוו"ם אכן יותר משרד הביטחון על חלק מדרישות הסף - האם תהיינה תשובות (1) ו-(2) שונות? (10 נק')	3.
האפשרות לבטל את המכרז ולנהל מוו"ם - פוגעת בחובת עיריכת מכרז גם לשיטתו של משרד הביטחון, במידה ואכן משרד הביטחון שינה את תנאי הסף - כמה מחדש החובה לעורך מכרז, משום שמדובר למעשה בעיטה חדשה.	3.1
האפשרות לנוהל מוו"ם כחלק מהליך המכרז - נוגדת את דיני המכרזים גם לשיטתו של משרד הביטחון, מוו"ם שבו שינה את תנאי הסף נוגד את דיני המכרזים, שכן יש בכך: פגעה בעיקרונו השוווני, שהרי ייתכן שלאור תנאי הסף החדשם עשויים היו להיות מציעים פוטנציאליים נוספים למכרז. פגיעה בתקנה 7(א)(2) לתקנות מערכת הביטחון: גם לפי הפירוש המרחיב ביותר לתקנה 7(א)(2), בו דגל משרד הביטחון, ברור שניהול מוו"ם עם מציע שהצעתו לא תامة מראש את תנאי הסף של המכרז, תוך שינוי תנאי הסף, נוגד את התקנה הנ"ל.	3.2
במידה ולא היה מדובר במשרד הביטחון, אלא: א) במשרד ממשלתי אחר; ב) בעירייה - האם תשובותיך היו שונות? (10 נק')	4.
במידה והיה מדובר במשרד ממשלה אחר התקנות הרלוונטיות הן תקנות חובה המכרזים , התשנ"ג-1993 (להלן: "תקנות חובה המכרזים") ולא תקנות מערכת הביטחון. היה מתנהל דין סביר אפשרותו של המשרד הרלוונטי לנוהל מוו"ם עם שמעון על פי תקנה 7(א) لتקנות חובה המכרזים: א. האם הצעתו של שמעון עומדת בקריטריון של "מתמודדים במכרז שהצעותיהם נמצאו מתאימות" (תקנה 7(א) רישא)?	4.1

ראובן היה טוען כי מאחר והצעתו של שמעון לא עמדה בתנאי הסוף - אין היא יכולה להיחשב להצעה, אשר נמצאה מתאימה. מנגד, היה טוען המשרד הרלוונטי כי מאחר והצעתו של שמעון הייתה ההצעה ייחידה והותאמת לדרישות הסוף - יכולה היא להיחשב להצעה אשר נמצאה מתאימה.

ב. האם הצעתו של שמעון עומדת בראובריקה של תקנה 7(א)(1): "התיקשות לביצוע מיזום בעל מורכבות טכנולוגית מיוחדת, או מיזום הדורש אינטנסיבית פיננסית ממשמעותית?"

ראובן היה טוען שהתשובה הינה שלילית, והמשרד הרלוונטי - שהתשובה חיובית. היה מתנהל דיון סביר אפשרותו של המשרד הרלוונטי "להתකשר ללא מכרז באישור ועדת הפטור" בהתאם לתקנה 23(ב) לתקנות חובת המכרזים: משרד הביטחון היה טוען לתחולת התקנה, ואלו רואובן היה טוען כי אין זה אפשרי להחיל אותה, הן בגלל שעריכת מכרז נוסף נסף עשוייה להביא תועלת, והן בגלל משרד הביטחון לא ביקש את אישורה של ועדת הפטור.

במידה ומה מדבר בעירייה	4.2
תקנות הרלוונטיות הן תקנות הערים (מכרזים) , התשמ"ח-1987 (להלן: "תקנות הערים")	4.2.1
תקנה 18 קובעת כי "לא יוחל משא ומתן עם משתף במכרז בטרם נקבע הזכחה במכרז".	4.2.2
הדיון היה מתנהל סביר השאלה האם במקרה בו מדובר במציע יחיד, אשר מתכן את הצעתו כך שתעמדו בתנאי הסוף - ניתן לנחל עמו מוו"מ בטרם הצעתו נקבעה זוכחה במכרז. רואובן היה טוען כי יש לפרש את התקנה באופן דוקני, ואילו העירייה הייתה טוענת כי יש לפרש את התקנה כמאפשרת ניהול מוו"מ במקרה זה, לאחר והמו"מ התנהל "תוך הקפדה על עקרונות השוויון, התרומות ההוגנת, טוהר המידות ותומם הלב" ומשום שמדובר במקרה בו הולשה הצעת אחת בלבד.	
הדיון מבוסס על: ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר נ' עיריית נשר , פ"ד נ (4) 216 ; ע"מ 3190/02 קל בניין נ' החברה לטיפול בשפכים , פ"ד נח (1) 599 , 590 .	4.2

שאלת מס' 2

חברת הנמלים חיפה בע"מ, שהיא חברת ממשלתית שהוקמה מכוח חוק **רשות הספנות והנמלים**, התשס"ד-2004 (להלן: "החברה"), מבקשת להקים רציף חדש בנמל חיפה. החברה החליטה על רורך הליך תחרותי לצורך זה (להלן: "ההליך"). אחד מתנאי ההליך קבע שעל המציע להוכיח בעלות על הצד שפורט במסמכי ההליך ולשמרו בעולותה - לתקופת החוזה שייחתמו עם הזוכה.

לאחר ניהול משא ומתן אורך שערכה החברה עם כל המתמודדים בהליך, בחרה לבסוף החברה הזוכה. אחד השיקולים שהובילו לזכיה את הזכיה בהליך היו שתי הנחות שככל הזוכה בהצעתו, שלא הייתה חתומה, והפכו אותה עקב לכך להצעה הזולה ביותר:

הנחה ראשונה - דיברה בכך שהזוכה ינתן 10% הנחה מהמחיר שהצע, אם החברה תשלם את כל תשלוםיו התמורה שנדרשו על פי ההצעה - במועד.

הנחה שנייה - הותנטה בכך שהרציף שייבנה יהיה באורך של יותר מ- 700 מ'.

בבדיקה שערך השמאן מטעם החברה, עobar לקבالت החלטה, הוא קבע כי על פי האישורים שהמצאו לחברה על ידי הזוכה, הצד שלה מתאים לתנאי ההליך והוא בעלות הזוכה. לימים נחתם עם הזוכה חוזה, אולם כשהתחיל הזוכה להתארגן לביצוע העבודה, הסתבר כי הוא מביא לאתר ציוד שונה מן הצד אותו פירט בהצעתו, וכי נמנע מהביא את הצד המובטח, שכן על זה הוטל עיקול מטעם מושו של הזוכה. זאת ועוד - מבחן שערכה החברה בעקבות התפתחויות הניל', הסתבר לה כי אם תבצע את העבודה על ידי הגוף הפנימי הקבלני שלו, הוצאות תהא נמוכה יותר. לפיכך, ולאחר הנסיבות שתוארו לעיל באשר לזכה בהליך, מבקשת החברה לבטל את החוזה ולבצע עצמה את העבודה.

מה תטען החברה, מה יטען הזוכה, באיזו ערכאה יתררו הדברים ומה יפסוק בית המשפט.

תשובות לשאלת מס' 2

1. טענות החברה (15 נק')

הזוכה לא עמד בתנאי הסף של התחרות (3 נק')

1.1

אחד מותנאי הסף של ההליך התחרותי הינו כי על המציע להוכיח בעלות על הצד שפורט במסמך ההליך ולשמרו בעלותו לתקופת החוזה שייחתום עם הזוכה. התברר בדייבד כי הזוכה הביא לאתר ציוד שונה מן הצד שפירט בהצעתו וכי על ציודו המובטח הוטל עיקול. החברה תטען כי מדובר בהפרת תנאי סף עקב שני טעמים: ראשית - הזוכה לא השתמש בצד אותו פירט בהצעתו. שנייה - הזוכה לא הבטיח את בעלותו בכך.

הפגמים האמורים הינם פגמים מוחותיים, שכן בדייבד מסתבר כי נפגע שוויון ההזדמנויות לגשת למכרז ולזכות בהליך התחרותי וכן כי ההתקשרות עם הזוכה אינה ההתקשרות האופטימלית מבחינה כלכלית: דרישת הבעלות על הנכסים באה, בין השאר, להבטיח שהזוכה במכרז יהיה בעל איתנות פיננסית ולודוא כי יוכל לעמוד בתנאי ההסכם במלאם. בנוסף לפגמים זה נוצרה כאן פגיעה בהגינותו של ההליך. לאור העובדה של הפגמים האמורים פגמים מוחותיים ולאחר הפגיעה כאן בעקרונות ההליך התחרותי הרי שהם אינם בררי תיקון.

הצעת הזוכה לא הייתה חתומה (3 נק')

1.2

הצעת הזוכה לא הייתה חתומה - לטענת החברה העדרה של החתימה בנסיבות העניין יש בה כדי להוות פגם מוחותי. החברה טוענת כי לאור העדר החתימה לא ניתן למוד כלל על התגבשותה של גמירות הדעת של הזוכה וממילא לא נוצר קיבול. צוין כי גם אם נניח שניתן למוד על גמירות דעתו של הזוכה, הרי שפגם טכני הנגוע בחומר תום לב - איןו בר תיקון, ולשיטתה המעודכנת של החברה - הזוכה לא חתום על החוזה באופן מכוון ותכיסיני, או לפחות לפחות חרורה.

החברה מאבחןת את המקורה שלנו מוהלכה שנקבעה ע"א 4964/92 **פטר גד נשיך נ' צביקה עשת ואח', פ"ד נ (3) 765** (להלן: "ההלכת נשיך") לאחר ששם לא היה ספק שניתן ללמידה על גמירות דעתו המציע ושם המציע פעל בתום לב.

הנחות שהוצעו על ידי הזוכה וגרמו לו זכייתו בתחרות פגעו בשוויון ההזמנויות ולפיכך החוצה פגומה (5 נק')

1.3

ה*זוכה זכה בהוצאה רക בזכות הנחות שהוצאה*. החברה תוקפת את הנחות במספר מישורים.
ראשית - התנניה שבמידה והרציף שייבנה יהיה באורך של יותר מ 700 מטר תנינו הנחה אינה בהירה כלל. לא ברור מה היקף הנחה ומהי המחויבות להעניקה לפיכך היא פוגעת בנסיבות הוצאה.

שנייה - החברה טען שעיל פי תנאי התחרות נקבע כי (ביסוס הטענה תלוי בשאלה עובדתית של פרשנות תוכן החוזה) המחיר של כל מטר הינו מחיר אחד. לפיכך הצעת הנחה זו מהוות סטייה מההצעה ומהוות פגס מהותי, לאחר שאילו המציגים האחרים והפוטנציאלים היו מודעים לאפשרות זו, הרי שייתכן שהיו גם הם משפרים את הצעתם, או נגישים למכרז. (אלה שבחרו

שללא להשתרף בהליך)

בנוסך החברה יכולה לטען, בנגד להלכה שנקבעה בבג"ץ 683/83 פוגץ ובנוו נ' המועצה המקומית הוד השרוין, פ"ד לח (1) 487 (להלן: "ההלכת פוגץ"), כי הנחה המותנית בתשלומים במועד אינה לגיטימית מאחר שהיא מעניקה למציע יתרון על פני שאר המתמודדים, שכן היא משפרת את מצבו במקרה של הפרה מצד החברה ומהוות "תעודת ביטוח" עבורו. השוו: עומר דקל, **מכרזים**, כרך ראשון, שורת הדין הזואה לאור (2004) עמ' 587 (מי שהציג טיעון זה קיבל בonus, וכי שלא הציג טיעון זה לא הופחת לו ניקוד)

שלישית - גם אם הצעת הנחה אין בה כדי לפסול את ההצעה, הרי שאסור היה לתת מסקל להנחה ביחסות מחיר ההצעה, כפי שנקבע בהלכת פוגץ, וזאת על מנת שניתן יהיה לבחון באופן הוגן ההצעות שונות. בפועל הביטוי שניתן להנחה במקרה שלפנינו הוא שגרם לזכיות ההצעה ולהעדרתה על פני ההצעות אחרות, והוא מהוות פגעה בשוויון ההזמנויות הנחוץ לערכית השוואה ראוייה בין ההצעות.

אין באי - עמידת החברה עצמה על הפגמים שההצעה כדי להכשיר את הליך המכרז (2 נק')

1.4

הליך המכרז נועד ליצור מגנון שוויוני, ילייל והוגן בין כל המשתתפים ואף המשתתפים-בכח. הפוטנציאלים. לפיכך אין בעובדה שהחברה לא נתנה דעתה לפגמים שהיו קיימים בהליך המכרז כדי להכשיר את הפגמים, זאת כאמור לאור הרצionarioאים של הליך המכרז ומיהוות בעלי האינטרסים אותו ההליך נועד לשרת.

יש לאפשר לחברה לבצע את העבודה באמצעות ביצוע עצמי (2 נק')

1.5

ה*זוכה לא תחיל ל לעבוד בפועל, אלא נמצא בשלב החתאות בלבד. בהתאם להלכה הקיימת, במצב דברים זה האינטראס הציורי - לאור שיקולי ייעילות כלכלית, מצדיק שהחברה תבצע את העבודה ביצוע עצמי. בנוסף על כן במקרה דנן מדובר בזכה שפעלת בחוסר תום לב ולא עמד בתנאי המכרז. בהתאם לכך אין הוא זכאי בנסיבות אלו לפיצויים.*

הטענה מובוססת על החלטה שנקבעה בבג"ץ 101/74, 102 בינוי ופיתוח בנגב נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כח (2) 449 (להלן: "החלטת בינוי ופיתוח").

טענות חזקה בהתאם (15 נק')

2.

החזקה עומד בתנאי הסף של המכרז ובכל מקרה בזמן הקיבול של החסכים חזקה עדمد בתנאי

התחרות (4 נק')

העובדה שהותל עיקול על נכסיו חזקה, לא משפיעה על בעלותו בנכס. והוא הבעלים על פי דין של הצד. בנוסף החברה יכולה להיות לדריש תנאים מקדים שיבתו את השמירה המלאה על בעלות הנכסים וימנוו את עיקולם, אולם אלו לא נדרש. חזקה עדמד בכל הדרישות, אשר הותנו, כפי שנקבע על ידי השימוש שפועל מטעם החברה. חזקה טען, כי יש להבחן בין אי עמידה בתנאי התחרות לבין אי עמידה בחסכים ולכל היתר ניתן לטעוןראי עמידתו בחסכים ובהתאם לכך לדריש רק את השעים הנובעים מכך.

2.1

העדר החתימה מהויה פגם טכני שהינו בר תיקון (3 נק')

2.2

אין ספק שהחזקה גמר בדעתו להתקשר בחזויה. ניתן לוחות את גמירות דעתו מניסיונות העניין ומהתנהגות הצדדים לאחר החזויה ותחילת ההתארכות לקרה ישות החזויה. כאמור הכלל בפסקה שנייתן להתגבר על העדר חתימה (כל פגם טכני אחר) מקום שמדובר בפגם שנוצר בתום לב.

הטענה מובוססת על החלטת נשיא.

2.2

הנחות המותנות כשירות ולגיטימיות (4 נק')

2.3

בהחלטת פוגץ נקבע שאין פגם מזמן הנחות מותנות זואות ככל שאין בהם סטייה, או שינוי מתנאי המכרז, וכל עוד אין בהם כדי לפגוע בהירותו של המכרז. לגבי הנחה המותנית בכשחתשלום יבוצע בזמנן - נקבע בהחלטה פוגץ במפורש שמדובר בהצעה תקינה. חזקה יציג כי לא נקבע בהצעת המכרז מחיר קבוע ביחס לכל מטר בגין לפיכך איןפה סטייה מההצעה. בנוסף טען חזקה כי לא נקבע בהחלטה פוגץ כי ככל מקרה אין לתת ביטוי להנחה בחשבון מחיר ההצעה, אלא רק כאשר מתן הביטוי יקשה על היכולת לבחון באופן הוגן את ההצעות השונות. יצוין כי חזקה ינסה לבקש את קביעתו של כב' השופט ברק בהחלטה פוגץ כי אין לתת מסקל להנחה בחשבון מחיר ההצעה ויטען שימושה שנקבע שההצעה הנחה אינה פגומה, הרישייש לתת לה את משקללה בקביעת המחיר. ראו: עומר דקל, מכרזים, כרך ראשון, שורת הדין הוצאה לאור (2004) עמ' 587.

החברה לא יכולה לטעון לפגמים שהיא הכשירה בזמן אמת (4 נק')

2.4

התנהגות החברה נוגעה בחוסר תום לב. החברה טוענת בדיעד לפגמים שהיא עצמה הכשירה זואות כדי להתנער 책임יותה. שחרור החברה מהחוב החוזי>Ifsgv באמון הציבור במוסד המכרז, מה עוד שהחזקה נקט בפעולות למימוש החסכים. יצוין שכשם שמציע צורך להתריע על

אי עמידה בתנאי סף בהזדמנות ראשונה, אחררת מנוע המכarius מلتעון לפגמים בהצעה - אזי קל וחומר שהגוף שמנhall את המכraz צריך להתריע על פגמים בזמן אמת.
השו: בג"ץ 126/82 **טיולי הגליל נ' ממשלה ישראל ואח'**, פ"ד לו (44).

הערכתה בעלות הסמכות לדון בעטירה (10 נק')

סעיף 5(1) לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 (להלן: "חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים") קובע כי החלטה של רשות או גוף המנווי בתופסת הראונה, בעניין המנווי בתופסת הראונה ידוע בבית המשפט לעניינים מנהליים על דרך של עתירה מנהלית. בסעיף 5 לתוספת הראונה, מפורטים, בין השאר, מקרים של גוף או רשות המנוויים בסעיף 2 לחוק חובת המכrazים, שעניינים התקשרות בחוזה לביצוע עבודה. סעיף 2 לחוק חובת המכrazים מונה בין השאר כל תאגיד ממשלתי. לאור סעיף ההגדרות שם - חברה ממשלתית, חברה בת ממשלתית, או תאגיד שהוקם בחוק. לפיכך ככל שההсад המבוקש עניינו במכraz, בביטולו, או בסוגית הביצוע העצמי, הרי שבית המשפט המוסמך לדון מכלול הינו בית המשפט לעניינים מנהליים.

הערות:

* צוין שם הזוכה היה תובע את אכיפת החוזה או פיצויים על הפרתו, הרי שניתן לטעון כי הסמכות היא לבית משפט אזרחי, או לבית משפט מנהלי על דרך של תובענה מנהלית לפי סעיף 5 (3) לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים.

* ניתן לדון גם בסמכות המקבילה של בגין ו拜师学艺ים והניסיונות בהם בגין ידוע בעטירה (עיינו בג"ץ 991/91 **פיטרנק נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה (50)).

מה יפסוק בית המשפט (10 נק')

בית המשפט יפסוק כי אין מקום לטענת החברה כי יש לפסול את הליך המכraz בגין הפגמים שנפלו בהצעת הזוכה. הטעם לכך הינו שבס בהנחה שאכן היו פגמים בהצעה, הרי שהחברה עצמה היא שהחשירה אותם, ולא עוררה בזמן אמת טענות באשר לפגמים שנפלו בהצעה. אולם נראה עם זאת כי בית המשפט יסכים לביצוע עצמי על ידי החברה וזאת מאחר שהזוכה טרם החליל בbijoux העבודות ושיקולי ייעילות והאינטרס הציבורי מצדדים זאת. כך נקבע **בhalcat בגין ופיתוח**. כל וחומר בעניינו מקום שהזוכה פעל בתכיסנות, הפר את החוזה ויש ספק ביכולתו לעמוד בהתחייבויותיו.

דינונים נוספים העולים מן האירוע האמור

• דיון בחובת המכraz - לאור סעיף 2 לחוק חובת המכrazים חל הכלל שתאגיד ממשלתי מחויב בחובת המכraz ולא נראה שחל פטור מחובה זו. בכל מקרה משעה שהחברה בחרה להתקשרות בדרך של מעין מכraz, הרי שהיא כפופה לעקרונותיו.

- דיוון בניהול המומ"ם - ככל איןקיימים משא ומתן למעט בהתקיים החרגים שבתקנה 7 לתקנות חובת המכירות. דיוון בסוגיה אילו כללי מכרו חלים על חברה ובפרט לגבי תקנה 7(1) - מיזום בעל מרכיבות טכנולוגיות מיוחדת, או מיזום הדורש אינטנסיבית פיננסית.
- דיוון בשאלת האם הופרה פה החובה לנחל משא ומתן תוך הקפדה על שיוויון הזדמנויות, החובה להודיע על האפשרות שיתקיים משא ומתן במסמכי החברה וחובת הרישום בפרוטוקול.
- דיוון בשאלת האם תנאי הדורש בעלות בנכיסים הינו תנאי ענייני כאמור בתקנה 6 (ב) והאם הוא סביר.
ראו ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מנהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מט (3) 749, ע"א 2087/99 דודו דפוס וכריכה 1988 בע"מ נ' משרד החינוך, התרבות והספורט - מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 860.
- דיוון במשמעות הדבר שמדובר בהליך תחרותי - נראה שבנסיבות העניין מדובר בمعنى - מכרז, שמאפיינו הינים:
 - א) הזמנה לתחרות.
 - ב) כללי משחק קבועים מראש.
 - ג) מטרת ההליך להוביל לכריית חזזה.יצוין שלאור כלל הנסיבות והחובה של החברה הממשלתית לקיים מכרז, הרי שמדובר לכואורה בהליך מכרז שנקבע על פי מהותו ולא על פי שמו.

שאלת מס' 3

אם הפרשה שעמדה לדיוון בע"א 6926/93 מספנות ישראל נ. חברה חשמל, ואח', פ"ד מה' (3), 749 הייתה נדונה היום - אילו שינויים (אם בכלל) היו נצפים לאור תהיפות התקינה והפסיקה. בהקשר זה פרט/י, בין היתר, עיקרי ההוראות שນפקו שם.

תשובות לשאלת 3

1. ההוראות שנקבעו (סה"כ 25 נקי; יש לציין חמישה הלוות מבין אלו המוזכרות להלן):

- 1.1 מי שהצעה שהוא הגיע במכרז פסולה - לא יכול לזכות במכרז, גם אם נמצא פגמים שנפלו בהלכי המכרז, יהיו הפגמים קשים ככל שייהיו.
 - 1.2 העובדה שנפל פגם בהצעת צד למכרז לא מנע את מעמדו כעוטר ראוי לביטול המכרז.
 - 1.3 שאלת מעמד של עותר תוכרע על בסיס שכלל של שלושה יסודות:
- אחד, הפגם שנפל בהצעתו של העוטר. **שתיים**, הפגם שנפל בהצעתו של הזוכה או הפגם שנפל במכרז בכללו. **שלוש**, הצורך הדוחק לשומר על טוהר המהלך הציבורי.

1.4	ההבדל בין כל סוגים המכרים - ובינם "מעין מכרים" הוא הבדל בדרכי ההליכים, אך לא במהותם ועקרונות היסוד של דיני המכרים יחולו במלואם גם על מכרים וגם על מעין מכרים.
1.5	הצעה במכרז תפסל, אם היא לוקה באז וDAO, ואם היא תולה עצמה בתנאי העוסה אותה בלתי ברורה.
1.6	הליך של מעין-מכרז מאפשר על פי עצמו טיפול, גמישות בענייניו של בעל המכרז.
1.7	נקבע כי הצעת מחיר המותנית בכך שתינתן הנחה או הקללה חיונית למציע ההצעה אינה פוגמה.
1.8	בהעדר הסדר מפורש כיצד יקבע היום להשוואת ההצעות במכרז, כאשר אין יתרון ברור לאחת ההצעות על רעותה - ראוי כי שיקול הדעת בעניין זה יינתן לוועדת המכרים.
1.9	בתיקיפתו של מכרז ראוי כי בית המשפט ישකול בכבוד ראש שימוש בהלכי גילוי מסמכים, תוך קביעת תקופות זמן קצרות ביותר למילוי אחר צוים שניתנו.
1.10	כל מסמכי המכרז כולם, לרבות ההצעות שעובדת המכרים דנה בהן, חייבים להיות פתוחים בפני כל משתתפי המכרז, בכפוף לזכות החיסין.
1.11	זכותו של כל משתתף במכרז לעיין גם בחילטה הסופית וגם בהנקותיה.
1.12	בית המשפט "האזורתי" צריך לבחין בין שיקול דעת של מהות לשיקול דעת של דין. שלטונו החוקי בשלטונו מחייב את צמצום העילות המנהליות (טענות הסוף), כשהן מועלות בבית משפט אזרחי. לפיכך בית משפט אזרחי אינו רשאי לפעול על פי הסמכות הדיוונית של בגין ולדחות הדיון בתובענה מחמת אי ניקיון כפויים, שייחוי, קיומו של סعد חולפי. בית המשפט האזרחי הדן בעניין מאבחן לעצמו רק את הדיון המהותי.
2.1	שינויים לאור מגמות הפסיקת וחוקיות (25 נק')
2.2	שינוי הסמכות (8 נק') בית המשפט המוסמך לדון עתה בסכסוך מעין זה הוא בית המשפט לעניינים מינהליים מכח חוק בית המשפט לעניינים מינהליים.
2.3	הרחבת העילות (7 נק') ס' 8 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים קובע כי בית המשפט לעניינים מנהליים ידו בעתרה מנהלית בהתאם לעילות, לסמכוויות ולנסיבות שלפיהם זו בית המשפט העליון כבית משפט גבוה לצדק. בכך המחוקק לא קיבל את הבדיקה האמורה לעיל (פסקה 1.12) שנקבעה בhalacha מספנות ישראל . (בנוסף ראו: תקנות 4, 6(ב), 7(2) לתקנות בתי המשפט המינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000)
	התפתחות בזכות העמידה (10 נק') הרחבתה הכלכלית של זכות העמידה וסעיף 8 המפורט לעיל הרחיבו אף את זכות העמידה של עותר בענייני מכרז ומאפשרים אף לעותר ציבורי להציג עתירה נגד מכרז. בנוסף מציע

שהתמודד במכרו זכאי לתקוף כל החלטה שהתקבלה שלא כדי ללא קשר לטיב הפגיעה
שבהצעתו וטיב הפגם שבהצעה הזוכה.

הצעה מחיר מותנית בקבלה מענק על ידי ממשלה בריטניה (בונוס)

2.4

נראה כי לאור המגמה הכללית של הקפדה על הגינות המכרו אף על חשבון עילויות ההליך יש
לראות בהצעת מחיר מותנית (בשונה מההצעה שיש בה הנחה) הצעה פגומה.