

הרובד הפנימי של המכרז הציבורי

יגאל מרזל*

פסק-דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה בפרשת דגש סחר נ' רשות הנמלים מבטא ומגלם תובנה חשובה בדיני המכרזים, שלפיה כל פעולותיה של רשות ציבורית בקשר למכרז כפופות לעקרונות המשפט הציבורי. זאת, לא רק במישור של ניהול המכרז באופן שוויוני, הוגן ויעיל, אלא גם במישור שעניינו עיצוב תוכנו המהותי של המכרז וההסדרים שהוא קובע לגופם – מישור המכונה בפסק-הדין "הרובד הפנימי" של המכרז.

המאמר דן ב"רובד הפנימי" של המכרז הציבורי. הוא מבקש לתת מענה לא רק לשאלה מהו המקור לכפיפותו של הרובד הפנימי של המכרז לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי, אלא גם – ובעיקר – לשאלה מהי המשמעות של הפעלת ביקורת שיפוטית על הרובד הפנימי של המכרז הציבורי. בכלל זה נבחנות במאמר הן שאלות של פרוצדורה (זכות העמידה, מניעות ושיהוי וכן סמכות עניינית), אך בעיקר סוגיות של אמות-המידה להפעלת ביקורת שיפוטית על הרובד הפנימי של המכרז הציבורי והסעדים שבית-המשפט יכול לתת. המאמר מתמקד במיוחד במתחים שמתעוררים בין הרובד הפנימי של המכרז לבין התכליות הכלליות של דיני המכרזים, ובראשן עקרון השוויון, וכן בפתרונות אפשריים למתחים אלה.

מבוא

פרק א: בחינת הרובד הפנימי של המכרז – היבטים מהותיים

1. קו הגבול בין הרובד הפנימי של המכרז לבין הרובד החיצוני שלו
2. כפיפותם של כל רובדי המכרז לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי
3. כפיפות לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי – משמעות אופרטיבית

* שופט בית-המשפט המחוזי בירושלים. תודתי לשופטת נאוה בן אור ולשופט חנן מלצר על הערות והארות מצוינות. כן תודתי לחברי מערכת כתב-העת **משפט ועסקים** ולקורא החיצוני (האנונימי) על הערות חשובות ומועילות לגרסאות קודמות של מאמר זה וכן על עריכה מיטבית שלו. האחריות לכתוב היא שלי בלבד, כמובן.

- (א) החובה לקיים הוראות שבדין
 (ב) סבירותם ומידתיותם של תנאי המכרז
 (ג) התאמתם של תנאי המכרז לעקרונות כלליים של המשפט הציבורי
 (ד) החובה לקבוע תנאי מכרז ענייניים ביחס לתכליתו
 (ה) חוקיותם של שיקולים "כלליים" שהרשות הציבורית מבקשת לקדם באמצעות מכרז
4. הרובד הפנימי של המכרז – סיכום ביניים
 פרק ב: בחינת הרובד הפנימי של המכרז – היבטים דיוניים
1. מעמד בדין
 2. שיהוי ומניעות
 3. סמכות עניינית וסעד חליפי
- פרק ג: מתח בין רובדי המכרז – שינוי תנאי מכרז בשלב מאוחר של ההתדיינות
 סיכום

מבוא

מקובל לראות מכרז ציבורי – כלומר, מכרז של רשות ציבורית¹ – כמשקף דואליות נורמטיבית. לצד היות המכרז רכיב בהתקשרות חוזית של הרשות הציבורית,² חלות על הרשות הציבורית הנורמות של המשפט הציבורי ועילות הביקורת השיפוטית על הפעלת שיקול-הדעת של רשות ציבורית.³ בין יתר המשמעויות של נקודת מוצא זו, בעיקר בכל

- 1 ראו יצחק זמיר "דיני מכרזים ציבוריים" הפרקליט כ 226 (1964) (להלן: זמיר "דיני מכרזים ציבוריים"); עומר דקל **מכרזים** 69–73, 203 (2004) (להלן: דקל **מכרזים** כרך ראשון); יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך א 381 (1996); גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 139, 150–157 (1999) (להלן: שלו **חוזים ומכרזים**); ס' 1–2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; ס' 1–2 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.
- 2 אם כ"הזמנה להציע הצעות" מטעם הרשות הציבורית, כאשר ההצעה במכרז היא הצעה חוזית והזכייה היא קיבול (ראו ע"מ 3309/11 **קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד**, פס' 28 לפסק-דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 6.1.2013) (להלן: עניין **קוטלרסקי**)), ואם כ"חווה נספח" הכולל את כל תנאי ההתקשרות (ראו ע"א 3051/08 **סאסי קבלני בנין, עפר וכבישים (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הבינוי והשיכון**, פס' 15 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 19.1.2010); ע"א 3643/97 **כהן עיצובים בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג 553, פס' 8 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין (1999); ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג (1) 441, פס' 4 לפסק-דינו של השופט א' ברק (1989)).
- 3 ראו, למשל, ע"א 334/01 **מדינת ישראל נ' אבו שינדי**, פ"ד נז (1) 883, 895 (2003) (להלן: פרשת **אבו שינדי**); ע"מ 1847/06 **בזק** – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל משרד

הקשור למרכיב ה"ציבורי" של המכרז, ניתן לראות במכרז מערכת כללים ומנגנון נורמטיבי המשקפים משחק בתנאי תחרות, שבאמצעותם הרשות הציבורית מחליטה עם מי להתקשר בתחרות שוויונית ויעילה בין מציעים. אולם לנוכח העובדה שמדובר מלכתחילה בפעולה של רשות ציבורית ככזו, ברור שהמכרז אינו מתמצה רק בבחירת זוכה בתחרות שוויונית בין מציעים, אלא שכל תנאי ההתקשרות שבמכרז צריכים לעמוד בכל הכללים החלים על רשות ציבורית ככזו ועל הפעלת שיקול-דעתה. הביקורת השיפוטית המופעלת על החלטותיה של הרשות הציבורית בעריכת מכרז ובניהולו כמכרז "כדין" כוללת לא רק בחינה של הפעלה וניהול ראויים של מנגנון התחרות המכרזי (בעיקר עמידה שוויונית בתנאים שנקבעו), אלא גם בחינה רחבה יותר שעניינה עמידתן של כל ההחלטות שקיבלה הרשות המנהלית במסגרת המכרז וסביב לו – לרבות עיצוב תנאי המכרז עצמו והאינטרסים המקודמים על-ידי המכרז – בעקרונות ובכללים של המשפט הציבורי.

פסק-דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה בפרשת **דגש סחר**⁴ מהווה דוגמה למימד רחב זה של הביקורת השיפוטית בדיני המכרזים הציבוריים, הכולל לא רק את חובתה של הרשות הציבורית לנהל את המכרז "כדין", אלא גם את חובתה לעצב את תנאי המכרז ואת התקשרותה עם המציע הזוכה על-פי העקרונות והכללים של המשפט הציבורי והחובות החלות עליה. באותו מקרה נמצא פגם, בין היתר, בתנאיו של מכרז לזיכיון לניהול ולהפעלה של ממגורות נמל חיפה. הפגם היה בכך שלא הוגבלה דייה האפשרות שמפעיל הממגורות שיזכה במכרז יהיה גם צרכן שלהן ויהיה מצוי על-כך בניגוד עניינים.⁵

בית-המשפט ציין כי לכל מכרז ככזה יש שני רבדים – רובד פנימי ורובד חיצוני. הרובד החיצוני עוסק בחובותיה של הרשות הציבורית בהתנהלותה כבעלת המכרז,

האוצר – החשב הכללי, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת א' חיות (פורסם בנבו, 25.4.2007) (להלן: פרשת **בוק**); עע"ם 1985/10 **חברת נתיבי איילון בע"מ נ' די. אנד די. בטיחות בע"מ**, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 18.7.2010) (להלן: פרשת **נתיבי איילון**). ראו גם עע"ם 2311/02 **איגוד ערים אזור דן (תברואה וסילוק אשפה) נ' דסאל מרחבים, חברה לעבודות עפר בע"מ**, פ"ד נט(6) 346, 337 (2002); Omer Dekel, *The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts*, 37 PUB. CONT. L.J. 237 (2008); זמיר "דיני מכרזים ציבוריים", לעיל ה"ש 1, בעמ' 229.

4 ראו עע"ם 4011/05 **דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ)** (פורסם בנבו, 11.2.2008) (להלן: פרשת **דגש סחר**). לפסק-הדין של השופטת א' פרוקצ'יה הצטרפו יתר חברי ההרכב – השופטים ס' ג'ובראן וא' רובינשטיין.

5 שם. הדברים התבססו, בין היתר, על החשיבות הרבה של הממגורות. בהתאם לפסק-הדין, מדובר באחד משירותי הנמל החיוניים, שעיקרו פריקה ואחסון של תבואות, ובתי הממגורות בחיפה חולשים על 75% מעסקי הפריקה והאחסון של תבואות המגיעות לישראל (ראו בעיקר שם, פס' 26 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). כמו-כן דובר בזיכיון לתקופה ממושכת של חמש-עשרה שנה (ראו בהרחבה שם, פס' 24–28 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). במכרז נעשה לכאורה ניסיון להתמודד עם בעיית ניגוד העניינים, אולם מסקנת בית-המשפט הייתה שהניסיון לא היה מוצלח דיו ולא נתן מענה מספק לחשש (שם, פס' 65 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

"שעיקרן בחיובה לפעול בהגינות, בשוויון, בסבירות ובתום-לב בעריכת המכרז וברוך ניהולו".⁶ הרובד הפנימי עוסק בתוכנו הפנימי של המכרז, קרי, במהותם של ההסדרים הפנימיים שהוא קובע ובמידת התאמתם לדין. "בחינת הרובד הפנימי של המכרז נועדה לבדוק האם ההסדר המהותי שהמכרז קובע עומד, כשהוא לעצמו, במבחן העקרונות של המשפט הציבורי; בחינה זו נוגעת להסדר המיכרזי המשקף החלטה מינהלית שנתקבלה על ידי בעל מכרז, הנדרשת לעמוד במבחן הדין".⁷ על-מנת שמכרז יהא אם כן "כדין", צוין עוד בפסק-הדין, נדרש שפעולת הרשות תקיים את כל הכללים הן ביחס לרובד ה"חיצוני" של המכרז והן ביחס לרובד ה"פנימי" שלו.⁸

מאמר זה מבקש להתמקד באותו "רובד פנימי" של המכרז, שהועלה על נס בפרשת **דגש סחר**. נבקש להראות במאמר כי הגם שיש בסיס נורמטיבי איתן להכפפת שיקול-הדעת של הרשות המנהלית לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי ולתכליותיהם של דיני המכרזים לא רק בניהול המכרז (הרובד החיצוני), אלא גם בעיצוב תנאיו המהותיים (הרובד הפנימי), יישומה של כפיפות זו מוביל לא פעם לקשיים דיוניים ומהותיים. המאמר מבקש להציג קשיים אלה ופתרונות אפשריים להם.

כדי להדגים ולו חלק מהקשיים האמורים, טלו, למשל, נסיבות מעין אלה: רשות ציבורית מפרסמת מכרז שבו היא מוכרת קרקע למרבה במחיר. למכרז ניגשים כמה מציעים. נבחר זוכה במכרז תוך הקפדה על עקרון השוויון בזכייה. הצעתו היא המיטבית לרשות, והיא עומדת בכל תנאי המכרז. המציעים האחרים במכרז משלימים עם הזכייה. אלא שלבית-המשפט מוגשת עתירה על-ידי "עותר ציבורי", שטוען כי יש לבטל את הזכייה ואת המכרז מפני שהיה על הרשות הציבורית לתת עדיפות ברכישת הקרקע לתושבי אותו אזור – מעוטי אמצעים – המתגוררים סמוך לו, וזאת כעניין של העדפה מתקנת. בחינת טענות מעין אלה ברובד ה"חיצוני" הצר של המכרז עצמו תוביל לכאורה למסקנה כי הרשות פעלה כדין, שהרי נבחר זוכה על-פי תנאי המכרז, ותנאים אלה לא נתקפו על-ידי יתר המציעים במועד. ניהול המכרז על-ידי הרשות הציבורית – כעניין של מנגנון בחירת הזוכה – התנהל אם כן ללא דופי. אולם הנכונות והחובה לבחון את המכרז

6 שם, פס' 34 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

7 שם.

8 שם, פס' 35 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. יצוין ויודגש כי הפגם שנמצא במכרז בנסיבותיה של פרשה זו לא היה רק ברובד ה"פנימי" שלו (התנאים המהותיים של ההתקשרות), אלא גם ברובד ה"חיצוני" שלו, כלומר, בפעילותה של ועדת המכרזים. בית-המשפט העליון מצא כמה ליקויים בהתנהלותה של ועדת המכרזים וברוך קבלת החלטות שלה בכל הקשור לפתיחת המכרז לתחרות בין גורמים בעלי זיקה לשוק המסחרי של התבואות. הפגמים שפורטו בפסק-הדין בהקשר זה היו שינוי תנאי המכרז המקוריים בלא קבלת הצעות ממציעים בכוח קודם לשינוי; אי-מתן הסבר לבחירה בשיעור שליטה של 36% דווקא שבעל שליטה רשאי להחזיק במפעיל; ההתעלמות מעמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים שלפיה יש חשש להסדר כובל בתנאי-הסף; ולבסוף – תיקון תנאי-הסף המקוריים במכרז לא על יסוד תשתית עובדתית ומקצועית מספקת. ראו שם, פס' 71–75 לפסק-הדין.

וההתקשרות גם ברובד ה"פנימי" של המכרז, כלומר גם את התנאים המהותיים שנקבעו בו, ובמיוחד בשלב מאוחר זה, מעוררת שורה של שאלות:

במישור הדיוני אפשר לשאול איזו ערכאה מוסמכת לבחון טענות אלה נגד המכרז – האם מדובר עדיין ב"ענייני מכרזים", אשר מתבררים ככלל בכית-המשפט לעניינים מנהליים?⁹ כמו-כן, האם לעותר הציבורי, אשר לא השתתף במכרז, יש מעמד בדין לטעון לפגם מעין זה בתנאי המכרז? אם התשובה היא בחיוב, האם כללי השיהוי והמניעות אשר חלים ברגיל על מציעים במכרז חלים גם עליו, ובאיזה אופן? במישור המהותי יותר ניתן להוסיף ולשאול: האם רשות ציבורית רשאית בכלל להגביל את המשתתפים במכרז, כנדרש על-ידי אותו "עותר ציבורי" היפותטי, הגם שיש בכך פגיעה לכאורית בשוויון וביעילות המכרז בשל הצמצום במספר המציעים? זאת ועוד, אם אכן היה על הרשות המנהלית בדוגמה הנזכרת לעיל לתת העדפה במכרז דווקא לתושבי המקום, מעוטי האמצעים, כלום ניתן "להכניס" העדפה זו לתנאי המכרז בשלב מאוחר כזה בחיי המכרז, תוך פגיעה כביכול בחובתה של הרשות המנהלית לפעול בשוויון במסגרת ניהול המכרז (ברובד החיצוני שלו)? בהמשך לכך, במישור הסעד, האם בית-המשפט יכול לאפשר את שינוי תנאי המכרז תוך הותרת הזוכה על כנו (או החלפתו בזוכה אחר) מבלי לבטל את המכרז כולו?

הדיון בשאלות אלה ובתשובות להן יהיה עיקרו של המאמר. וזה יהיה סדר הדיון בו:

בחלק הראשון נתמקד בהיבטים המהותיים של בחינת הרובד הפנימי של המכרז, כלומר, של בחינת עמידתם של תנאי המכרז בעקרונות ובכללים של המשפט הציבורי. במסגרת חלק זה נעמוד תחילה ביתר פירוט על ההבחנה שבין הרובד החיצוני של המכרז לבין הרובד הפנימי שלו – כפי שהיא באה לידי ביטוי בפרשת **דגש סחר** – ועל מגבלותיה. בהמשך חלק זה נעמוד על המערכות הנורמטיביות החלות על מכרז ככזה, המובילות למסקנה – אשר באה לידי ביטוי, בין היתר, בפרשת **דגש סחר** הנזכרת – כי המכרז חייב לקיים את עקרונות המשפט הציבורי הן ברובד החיצוני של המכרז והן ברובד הפנימי שלו. על יסוד זה נעבור לבדוק את המשמעות של הכפפת הרובד הפנימי של המכרז לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי. נתעכב במיוחד על המתח שעלול להתעורר בין תנאי המכרז ברובד הפנימי שלו לבין התכליות העיקריות של דיני המכרזים – השוויון והיעילות. בהמשך לכך נעמוד על מגבלות החלות על הרשות המנהלית בעיצוב תנאי המכרז ברובד הפנימי שלו ועל הזיקה הנדרשת לתכליות הכלליות של דיני המכרזים.

בחלק השני של המאמר נבקש להראות כי הנכונות לבחון את הרובד הפנימי של המכרז יכולה לעורר במצבים מסוימים שאלות ובעיות מיוחדות לא רק כעניין של מהות והתאמה לכללי המשפט הציבורי, אלא גם בעיות פרוצדורליות (מעמד בדין, שיהוי וסמכות עניינית).

בחלקו השלישי והאחרון של המאמר נבקש להראות כי הנכונות הקיימת לעיתים לבחון את הרובד הפנימי של המכרז בשלבים מאוחרים של חיי המכרז – כלומר, לא

9 ראו ס' 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים).

כתקיפה מיידית של תנאי המכרז עם פרסומם, אלא כתקיפה מאוחרת שלהם, אפילו לאחר זכייה במכרז – מעוררת בעיות מיוחדות. נעמוד על בעיות אלה ועל ההתייחסות אליהן בפסיקה. נבקש להראות כי מדובר למעשה במתח בין הרובד הפנימי של המכרז (תנאי המכרז) לבין הרובד החיצוני שלו (ניהול ראוי של המכרז). נראה גם כי אף שהסעד המתבקש לכאורה בנסיבות אלה הוא ביטול המכרז, לא תמיד זה הסעד הניתן בבית-המשפט.

פרק א: בחינת הרובד הפנימי של המכרז – היבטים מהותיים

1. קו הגבול בין הרובד הפנימי של המכרז לבין הרובד החיצוני שלו

בפרשת **דגש סחר** הודגש כאמור ההיבט שלפיו למכרז יש שני רבדים שונים – חיצוני ופנימי. עם זאת, בפרשה זו לא נדרש בית-המשפט לתיחום ברור של קו הגבול בין רובדי המכרז הנזכרים, שכן המסקנה בפסק-הדין וגם היישום שבו היו כאמור ששני רובדי המכרז צריכים לעמוד בעקרונות ובכללים של המשפט הציבורי, וכי שניהם כפופים לביקורת שיפוטית של בית-המשפט. מהי ההבחנה – ככל שקיימת – בין רובדי המכרז שצוינו בפרשת **דגש סחר**?

מפרשת **דגש סחר** עצמה ניתן להבין, כאמור, שהרובד ה"חיצוני" של המכרז עניינו בניהול ובעריכה של המכרז עצמו, בעוד הרובד ה"פנימי" של המכרז עניינו בהסדר המהותי שהמכרז קובע. אלא שקיימת אי-בהירות מסוימת בהבחנה זו כלשונה. טעם הדבר הוא שלא ברור מהם "עריכת המכרז" ו"ניהול המכרז", הנכללים כביכול ברובד החיצוני של המכרז לפי פרשת **דגש סחר**, כאשר הם נפרדים מהתנאים המהותיים של המכרז (הרובד הפנימי לפי פסק-הדין).

אכן, קיימים הסדרים בדין החרות ובפסיקה המתייחסים למכרז באשר הוא – לעריכתו ולניהולו. אלה כוללים, למשל, את ההוראות בעניין תנאים מוקדמים להשתתפות במכרז ציבורי ככזה¹⁰ ובעניין פעולתה של ועדת המכרזים,¹¹ וכן את הביקורת השיפוטית על החלטות של ועדת המכרזים בתחומים "טכניים" הקשורים לעצם ניהולו של מכרז ככזה, בלא קשר בהכרח לתוכנו המהותי הקונקרטי.¹² אולם גם הוראות

10 ראו ס' 6 לתקנות חובת המכרזים.

11 ראו, למשל (ובאופן חלקי), ס' 8, 10 ו-20 לתקנות חובת המכרזים.

12 דוגמת איחור בהגשת הצעות (ראו, למשל, ע"מ 2696/06 **מדינת ישראל נ' חרכוש**, פס"ה לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.7.2006)), הצעה לא-חתומה (ראו, למשל, בג"ץ 504/82 **כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד לז(1) 651, 659–661 (1983)) או הצעה תכסיסנית (ראו, למשל, בר"ם 6926/10 **גילי ויואל עזריה בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח נכסים בע"מ**, פס" 22 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 22.11.2010); ע"מ 3499/08

והסדרים אלה קשורים לא פעם באופן הדוק לתנאיו המהותיים של המכרז.¹³ דוגמה לכך היא עיצוב תנאי-הסף במכרז תוך דרישה לניסיון קודם או לכישורים מסוימים של המציע. נושא זה מוסדר אומנם בחלקו בדין החרות המסדיר עריכת מכרז ככזה,¹⁴ אך הוא מהווה לא פעם חלק משמעותי מהתנאים ה"מהותיים" שעומדים ביסוד ההתקשרות של הרשות הציבורית, כלומר, כחלק מהרובד ה"פנימי" כביכול של המכרז. טלו מקרה שבו רשות מפרסמת מכרז להפעלת קווי תחבורה ציבוריים, ודורשת כתנאי-סף שלמציע יהיה ניסיון קודם בהפעלת קווי תחבורה ציבוריים. תנאי-סף כזה – האם הוא שייך לרובד ה"חיצוני" של המכרז (שכן הוא חלק מ"עריכת" המכרז וקביעת תנאי-הסף בו) או לרובד ה"פנימי" שלו (שכן הוא מהווה חלק מההסדרים המהותיים של המכרז)? או שמא – כפי שנראה – הוא שייך לשני הרבדים גם-יחד?

הנה כי כן, הגם שמבחינה אינטואיטיבית יש מקום להבחנה בין עריכת המכרז וניהולו לבין תנאיו המהותיים, מדובר בהבחנה לא-פשוטה, שאינה חד-משמעית ואינה כה חדה.¹⁵ בפרשת **דגש סחר** לא נדרש עיון בהבחנה זו, היות שנקבע כאמור כי על רשות ציבורית העורכת מכרז מוטלת חובה כללית לעמוד בכל כללי המשפט הציבורי בכל רובדי המכרז באשר הם.¹⁶ אנו סבורים, עם זאת, כי ההבחנה שנעשתה בפרשת **דגש סחר** היא חשובה, ולו במובן זה שהיא הפנתה את זרקור הביקורת השיפוטית לא רק להתדיינות השכיחה בדיני המכרזים סביב כשירותה של ההצעה הזוכה ותקינות העדפתה על ההצעות האחרות, אלא גם לתנאי המכרז עצמו ולחובתם לעמוד בכללי המשפט הציבורי, לצד חובת העמידה בכללים אלה בניהול המכרז עצמו.

על רקע זה, וכן על רקע אי-הבהירות בהבחנה בין רובדי המכרז השונים, נדמה שניתן להסתפק במסקנה שלפיה הרובד הפנימי של המכרז עניינו תנאי המכרז באשר הם, כלומר כללי התחרות שהרשות הציבורית עורכת המכרז קבעה בו (מיוזמתה ועל-פי שיקוליה או מכוח הוראות שבדין המסדירות זאת), ואילו הרובד החיצוני של המכרז עניינו ניהול המכרז עצמו על-פי ההוראות שנקבעו בו ועל-פי הכללים הקבועים בדין לניהול מכרז ככזה. ההבחנה המוצעת – שנראית לנו מדויקת יותר ואשר בה נעשה

13 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה, פס' 13–14 לפסק-דינה של השופטת א' חיות (פורסם בנבו, 18.1.2009).

14 ראו פרשת **דגש סחר** עצמה, לעיל ה"ש 4, שם מצא בית-המשפט העליון קושי בהתנהלותה של ועדת המכרזים, ברובד **החיצוני** של פעולתה, ביחס למידת השליטה במפעיל שנקבעה כתנאי להשתתפות במכרז (פס' 73 לפסק-הדין).

14 ראו ס' 6(ב) לתקנות חובת המכרזים.

15 ראו עוד מיכל עקביה "מכרזים" טנה שפנין ניגוד עניינים במגזר הציבורי למעשה ולהלכה 427, 429–432 (2013), המבחינה בין חובתה של הרשות לנהוג בהגינות, בשוויון, בסבירות ובתום-לב בהתנהלותה כבעלת המכרז לבין תוכנו הפנימי של המכרז, כגון מאפייני השירותים מושא המכרז, הדרישות והמגבלות הקבועות במכרז והתאמתו של תוכן זה לדין. כן ראו את הבחנתו השונה של עומר דקל בין ההיבט הצורני של המכרז לבין ההיבט המהותי שלו – דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 142–202.

16 פרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4, פס' 34 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

שימוש בהמשך דרכנו במאמר זה – היא אפוא בין שלב עיצוב המכרז לבין שלב התחרות המכרזית עצמה על יסוד תנאי המכרז, או במילים אחרות, בין "כללי המשחק" לבין "המשחק עצמו".¹⁷ כאמור לעיל, וכעולה למעשה מפרשת **דגש סחר**, על כל פעולותיה של הרשות הציבורית במסגרת המכרז חלים העקרונות והכללים של המשפט הציבורי. מהו הבסיס הנורמטיבי לתחולה זו?

2. כפיפותם של כל רובדי המכרז לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי

המארג הנורמטיבי החל על דיני המכרזים הוא מורכב. במקומות רבים מצוין כי למכרז יש שתי מטרות עיקריות, שהן למעשה שני עקרונות-יסוד של דיני המכרזים: קידום השוויון¹⁸ (שנחשב תכלית-העל של דיני המכרזים)¹⁹ וקידום היעילות.²⁰ אך בכך לא

17 נדמה שאף פרשת **דגש סחר** יכולה "להכיל" הבחנה זו. ראו את דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה שם, בפס' 35 לפסק-הדין, בעניין הדוגמאות לכל אחד מן הרבדים, שמהם ניתן ללמוד לדעתנו גם על ההבחנה המוצעת בין הרבדים, כלומר, בין תנאי המכרז לבין אופן ניהולו: "פגם במיכרז עלול להימצא לא רק ברובד החיצוני של המכרז, הנוגע להתנהלות הרשות בניהול המכרז, כגון ליקוי בקיום תחרות לא שוויונית, בהפרת כללי הגילוי, או בהפרת כללי צדק טבעי וכיוצא באלה; הוא עלול להימצא גם בתוכן הפנימי של המכרז, למשל, מקום שההסדר או העסקה הנדונים במכרז נגועים בפסול, כגון אי חוקיות, שרירות, חוסר הגינות וחוסר תום לב, ניגוד עניינים, פגיעה בשוויון או הפלייה מובנית, חוסר סבירות, וכיוצא באלה." עם זאת, הדברים אינם חד-משמעיים, שכן בהמשך פסק-הדין (שם, פס' 72–74) בית-המשפט מונה פגמים בעיצוב תנאי המכרז כמצויים ברובד החיצוני של המכרז דווקא.

18 ס' 2 (א) לחוק חובת המכרזים; תק' 1א (א) לתקנות חובת המכרזים. כן ראו דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 104–115. תכלית נוספת, אשר לעיתים נכללת בתכלית השוויון ולעיתים מוזכרת כתכלית נפרדת, היא מניעת שחיתות. ראו לעניין זה ע"מ 5853/05 **אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ**, פס' 1 לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.1.2007) (להלן: פרשת **אחים כאלדי**); דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 457–460; דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 36–37 (2013); ע"מ 10785/02 **חברת י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הפנים**, פ"ד נח(1) 897, 906 (2003) (להלן: פרשת י.ת.ב.).

19 ראו, למשל, ע"מ 5498/09 **ניו-אלי בנמל בע"מ נ' אוצר מפעלי ים המלח בע"מ**, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 11.10.2011) (להלן: עניין **ניו-אלי בנמל**); פרשת י.ת.ב, לעיל ה"ש 18, בעמ' 905; פרשת **אחים כאלדי**, לעיל ה"ש 18, פס' 1 לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

20 למטרותיהם של דיני המכרזים ראו עוד בהרחבה ע"מ 687/04 **ינון – תכנון יעון ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל**, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 15.6.2006); ע"מ 1966/02 **המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים**, פ"ד נז(3) 505, 510–511 (2003); ע"מ 3813/11 **טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ**, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת א' חיות (פורסם בנבו, 5.1.2012) (להלן: פרשת **טלדור**); דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 91–115; עומר דקל "מטרות המכרז: השוויון אינו העיקר" **ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה** 441 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (להלן: דקל "מטרות המכרז"); ברק מדינה "החיפוש אחר תאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל:

מתמזה העניין. כפי שמסביר ד"ר דקל במחקרו הנרחב,²¹ ובעקבות פרופ' גבריאלה שלו,²² ניתן להבחין מלכתחילה בין ההיבט הצורני של המכרז ככזה לבין העקרונות המהותיים שחלים עליו. בכל הקשור להיבט הצורני – כלומר, המקורות הפורמליים של דיני המכרזים – מדובר ב"חמש מערכות דינים, הממוקמות בחמישה מעגלים קונצנטריים":²³ המעגל הפנימי ביותר הוא חקיקה ספציפית החלה על מכרז זה או אחר וכן הסכמים בין-לאומיים; המעגל שלאחריו כולל את חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, ואת התקנות שהותקנו מכוחו, וכן את הוראות התכ"מ;²⁴ אחריו באה ההלכה הפסוקה בתחום דיני המכרזים; לאחר-מכן מטרות המכרז הנגזרות מן המשפט הציבורי (כגון מקסום היעילות, התחרות, טוהר המידות ועוד); ולבסוף עקרונות כלליים המהווים את התכלית הכללית של דיני המכרזים ומשמשים "מטרייה נורמטיבית" מעל כל דיני המכרזים.²⁵ דקל מבהיר בהמשך כי היחס בין המעגלים השונים הוא כיחס שבין הסדר מיוחד לבין הסדר כללי – כל מעגל הוא הסדר מיוחד ביחס למעגל שבא לאחריו. עם זאת, המעגלים הרחוקים מן ההסדר המיוחד הם מקור פרשני שיש להיזקק אליו, ויש להעדיף פתרון של הרמוניה בין המעגלים השונים על סתירה ביניהם.²⁶ דקל טוען עוד כי נוסף על היבטים אלה יש רלוונטיות, בהקשרים שונים של "דיני המכרזים", גם למערכות דינים נוספות, כגון דיני עשיית עושר ולא במשפט, הדין הפלילי, דיני הנזיקין ועוד.²⁷ אך מעבר לכך, כפי שמבהיר דקל, חלים על המכרז במישור המהותי מערכות דינים שונות, שהעיקרית מביניהן היא המשפט המנהלי.²⁸

אכן, המשמעות של מארג נורמטיבי זה – הן במובן הצורני של המכרז והן במובן המהותי שלו, או אם תרצו, ולהבדיל, הן ברובד הפנימי של המכרז והן ברובד החיצוני שלו – היא תחולה מלאה של העקרונות והכללים של המשפט הציבורי ושל חובות הרשות הציבורית על מכרזים. כל החלטותיה של רשות ציבורית סביב מכרז ובמהלכו כפופות ממילא גם לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי. מצב דברים זה מוצא ביטוי מעשי בהכפפת שיקול-הדעת של ועדת המכרזים לעילות הביקורת השיפוטית הרגילות של המשפט המנהלי.²⁹

מכרזים" עלי משפט ד 359, 362–366 (2005); עומר דקל חובת המכרז של גופים מינהליים 87–85

(2001); שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 161–165.

21 דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141–202.

22 שלו חוזים ומכרזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141.

23 ראו דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 142.

24 תקנון כספים ומשק – קובץ הוראות מנהל שמפרסם החשב הכללי של משרד האוצר ואשר חל על כל

משרדי הממשלה. ראו דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 143.

25 שם, בעמ' 142–143.

26 שם, בעמ' 145–146.

27 שם, בעמ' 172–202.

28 שם, בעמ' 143, 172–176.

29 ראו האסמכתות לעיל בה"ש 3.

3. כפיפות לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי – משמעות אופרטיבית

הן הרובד החיצוני של המכרז, כלומר ניהולו, והן הרובד הפנימי שלו, כלומר תנאיו, כפופים אם כן לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי. פסיקה ענפה עוסקת באופן ניהול המכרז על-ידי הרשות הציבורית, כלומר, ברובד החיצוני של המכרז. במאמר זה נבקש כאמור להתמקד דווקא ברובד הפנימי של המכרז, כלומר, בתנאי המכרז עצמו. מהי המשמעות של הכפפת רובד זה לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי החלים על רשות ציבורית ככזו?

(א) החובה לקיים הוראות שבדין

בראש ובראשונה ברור שכל תנאי או תניה שנקבעים במכרז של רשות ציבורית צריכים לבטא את חובתה של הרשות הציבורית למלא את הדין. לכן ברור שאם יש הוראה בדיני המכרזים עצמם או בדינים אחרים אשר מחייבת הימצאות של תניה מסוימת במכרז או אוסרת את הימצאותה, אזי המכרז חייב לקיים הוראה זו.³⁰ כך, למשל, אסור לכלול בהסדר המהותי שנקבע במכרז תנאים העומדים בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים³¹ או בניגוד לדינים המגינים על זכויות עובדים.³²

(ב) סבירותם ומידתיותם של תנאי המכרז

מישור נוסף של ביקורת על הרובד הפנימי של המכרז, והוא המישור השכיח יותר, הוא בחינת סבירותו של תנאי שנקבע³³ ומידתיות פגיעתו בזכויות-יסוד של הפרט³⁴ – בעיקר

30 ראו ע"מ 8539/11 מלכה אנגלסמן ושות' – משרד עורכי דין נ' משרד האוצר – אגף החשב הכללי, פס' 19–23 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 5.7.2012) (להלן: פרשת אנגלסמן).

31 ראו ודוקו ע"א 3700/98 א.מ. חנויות (ירושלים) בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590, פס' 9–12 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין (2003); דנ"א 3113/03 א.מ. חנויות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים, פס' 12 לפסק-דינו של השופט מ' חשין (פורסם בנבו, 10.7.2003); בג"ץ 734/88 התאחדות בעלי המלאכה והתעשייה, אשקלון נ' עיריית אשקלון, פ"ד מג(3) 665, 671 (1989) (להלן: עניין התאחדות בעלי המלאכה והתעשייה). ראו עוד ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 94–97. שאלה נפרדת ומעניינת היא מי הוא הגורם שאמור לברר טענה של אי-חוקיות כאשר זו מתעוררת, במיוחד כאשר קיים גורם המחזיק בידיו את סמכות הבירור הישירה של הסוגיה. כך, למשל, לגבי השאלה אם מדובר בהסדר כובל אם לאו – האם העניין צריך להיבחן על-ידי הרשות העורכת את המכרז או על-ידי הממונה על ההגבלים העסקיים? נדמה שיש יתרון וטעם שבדין ובתועלת אם הבחינה תיעשה על-ידי הגורם שמוסמך באופן ישיר לבחון את הסוגיה. ראו עוד ודוקו פרשת דגש סחר, לעיל ה"ש 4, פס' 74 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

32 ע"מ 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו, 8.7.2010) (להלן: פרשת שלג לבן). כן ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 88–91.

33 ראו בהרחבה גל הררי ההצעה במכרז 73–84 (2013); ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 102–103.

34 ראו דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 462–467; הררי, שם, בעמ' 84–89.

בזכות לשוויון³⁵ אך גם בחופש העיסוק.³⁶ בבחינת סבירותו של תנאי במכרז ניתן לבדוק, למשל, אם הרשות שקלה את כל השיקולים הענייניים ונתנה להם משקל ראוי כאשר קבעה את התנאי, ואם הוא עולה בקנה אחד עם תכליתו של המכרז.³⁷ כך, למשל, בית-המשפט עשוי לבחון אם הגבלה גיאוגרפית של אזור הפעילות של המציע היא סבירה ועניינית,³⁸ או אם תנאי-סף הדורש ניסיון מוקדם של המציעים, באופן המדיר מציעים בכוח (קרי, מציעים פוטנציאליים) מן התחרות המכרזית, הוא סביר ומידתי.³⁹

(ג) התאמתם של תנאי המכרז לעקרונות כלליים של המשפט הציבורי

הרובד הפנימי של המכרז נבחן לא רק בהיבט של ההלימה בינו לבין האיסורים שבדין, אלא גם בהיבט של ההלימה בינו לבין העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי. כפי שראינו לעיל, בפרשת דגש סחר נמצא כי יש מקום להתערב ברובד הפנימי של המכרז בשל אי-ההלימה בין התנאי בדבר מידת השליטה במפעיל לבין הכלל האוסר ניגוד עניינים.⁴⁰ באופן דומה ניתן למצוא בפסיקה התערבות ברובד הפנימי של המכרז על יסוד עקרונות כלליים של המשפט הציבורי, כגון פגם בעצם ההתקשרות של הרשות מכיוון שיש בה משום הפרטה לא כדין של שירות ציבורי חשוב;⁴¹ חיוב הרשות

35 ראו, למשל, ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, אגף שומת מקרקעין, פ"ד נה(3) 293, 305–306 (2004).

36 ראו דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 278–279.

37 ראו ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749, 763 (1995).

38 ראו ע"א 2087/99 דודו דפוס וכריכה 1988 בע"מ נ' משרד החינוך, התרבות והספורט – מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 860 (2000) (להלן: עניין דודו דפוס וכריכה); ברק-ארו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 102–103.

39 ע"מ 7736/10 הרקולס את סנפיר בע"מ נ' טייפון קבלנים בע"מ, פס' 16–26 לפסק-דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 6.9.2011) (להלן: פרשת הרקולס); פרשת נתיבי איילון, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור.

40 לדוגמאות נוספות ראו בהתאם ע"מ 7080/10 מ.ג.ע.ר. – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' המועצה המקומית פרדס חנה – כרכור, פס' 12–14 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: פרשת מ.ג.ע.ר.). ראו עוד, בהרחבה, עקביה, לעיל ה"ש 15.

41 הדוגמה הבולטת לכך היא הפרטת בתי-הסוהר, שם נתקפה אומנם חוקתיותו של החוק שאפשר את הפרטת השירות, אולם יש לזכור שגם נבחר זוכה במכרז שנערך על יסוד החוק. ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: פרשת הפרטת בתי-הסוהר). לדוגמה נוספת ראו ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 28.2.2011) (להלן: פרשת מתן שירותי בריאות). עם זאת, במקרה זה לא היוותה הביקורת על עצם ההפרטה חלק מנימוקי פסק-הדין בערעור לגופו, היות שלא בכך התמקדה ההתדיינות בין הצדדים מלכתחילה, שכן הצדדים לה היו רק המשתתפים במכרז והרשות הציבורית. ראו גם את דבריו של השופט א' רובינשטיין בהקשר של ההפרטה במסגרת פרשת דגש סחר, לעיל ה"ש 4, פס' ה לפסק-דינו. ראו עוד ע"מ 2914/09 אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פס' 22–28 לפסק-דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 24.11.2009) (להלן: פרשת מגן דוד אדום).

הציבורית בשמירה על טוהר המידות והעדר עבר פלילי של המציעים במכרו; 42 או מניעת כבילה פסולה של שיקול-הדעת המנהלי בהוראות המכרו.⁴³

(ד) החובה לקבוע תנאי מכרו ענייניים ביחס לתכליתו

הכפפת הרובד הפנימי של המכרו לעקרונות המשפט הציבורי משמעותה, מעבר לאמור לעיל, גם חיוב של הרשות הציבורית העורכת את המכרו לקבוע במכרו תנאים ענייניים ורלוונטיים ביחס להתקשרות עצמה ולתכליתה.⁴⁴ קביעת תנאי במכרו שאינו תנאי ענייני ביחס להתקשרות אינה רק שרירות ופתח למניע נסתר שעלול להתברר כשחיתות, אלא עלולה גם להוביל לפגיעה ביעילות המכרו, עקב פגיעה בתחרות, וכן לפגיעה אפשרית בעקרון שוויון ההזדמנויות.⁴⁵ זאת ועוד, ערבוב לא-ראוי של תכליות במכרו על-דרך קביעת תנאים לא-ענייניים יכול להקים גם קשיים במונחי חוקיותה של פעולת הרשות ככזו. כך קורה, למשל, אם הרשות מתנה במסגרת תנאי המכרו תנאי שאינו בסמכותה הקשור להתחייבותו של מציע על-פי תנאי אחר במכרו.⁴⁶ דרישת הענייניות במכרו היא אפוא דרישה מרכזית,⁴⁷ ועיקרה הוא שתנאי שנקבע במכרו ינבע מנסיבות ההתקשרות ויתרום להשגת יעדיה.⁴⁸

בחינת ענייניותו של תנאי במכרו היא מלאכה פשוטה יחסית, אם התנאי נבחן רק ביחס למטרת המכרו הישירה ואם הוא סוטה ממנה באופן ברור.⁴⁹ תנאי לא-ענייני אינו

42 ע"א 8189/11 דיין נ' מפעל הפיס, פס' 20, 26 ו-47 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארו (פורסם בנבו, 21.2.2013).

43 ראו בג"ץ 18/61 אנצילביץ נ' ראש העיר חדרה, פ"ד טו 929, 931-932 (1961).

44 ראו, למשל, פרשת עיריית אילת, לעיל ה"ש 37, בעמ' 762-763; ע"מ 5525/11 נ.ע מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פס' לו לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.1.2012) (להלן: פרשת מעלות שער העיר). הדברים מוצאים ביטוי מפורש בס' 2א(א) לחוק חובת המכרוים, שלפיו "עורך מכרו לא יקבע תנאי להשתתפות של מציע במכרו, אלא אם כן התנאי מתחייב מאופיו או ממהותו של המכרו". ראו גם ס' 2(ב) ו-2(ג)(1)-(2) לחוק. ראו עוד הררי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 73-84.

45 ראו, למשל, את דבריו של השופט י' עדיאל בע"מ 8340/04 מורדן – שירותי גבייה וייעוץ לרשות בע"מ נ' איגוד ערים לשרותי כבאות אילת-אילות, פס' 17-18 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 11.4.2005) (להלן: פרשת מורדן).

46 לזיקה בין סוגיית הסמכות לסוגיית המכרו ראו, למשל, בג"ץ 4289/00 אברמוביץ נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 17-26 לפסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן – בדעת מיעוט (פורסם בנבו, 10.12.2009) (להלן: פרשת הקרן לירושלים); ברק-ארו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 10 (ה"ש 16).

47 ראו גם תק' 6(ב) לתקנות חובת המכרוים; ברק-ארו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 99-100.

48 ראו בהרחבה דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 460-461. לזיהוי יעדי ההתקשרות – כלומר, תכליותיו (האובייקטיבית והסובייקטיבית) של המכרו – יש חשיבות רבה גם בפרשנות המכרו. ראו פרשת מתן שירותי בריאות, לעיל ה"ש 41, פס' 31 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

49 דקל מביא כדוגמה דרישה לתואר ראשון בביוכימיה במכרו לביצוע עבודות נגרות. ראו דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 460-461. דוגמה נוספת היא מקרה שבו פרסמה רשות ציבורית מכרו להשכרה ולניהול של מתקני חוף, שבמסגרת תנאיו נקבע כי יינתן משקל גם לנכונותו של

בהכרח תנאי פסול מעיקרו – למשל, תנאי הלוקה באי-חוקיות – אלא די בכך שהגשמת תנאי כזה צריכה להיות במכרז נפרד או בהתקשרות נפרדת, ככל שהאינטרסים והתכליות שהרשות מבקשת להגשים באמצעות מכרז נתון מנותקים זה מזה, עד כדי מסקנה שקיימת בעייתיות בשילובם יחד באותו מכרז.⁵⁰ לעומת זאת, אם מדובר בתנאי שהוא ענייני ביחס לתכלית, הוא יכול לכאורה לעמוד על תילו גם אם יש בו משום פגיעה בעקרונות היסוד ה"רגילים" של דיני המכרזים, כגון קידום השוויון והיעילות. פרשת אגד⁵¹ יכולה לספק דוגמה לכך. במקרה זה עלתה השאלה אם ניתן להדיר מראש מתחרה "כבד" – כלומר, מתחרה שכבר אוחד באותה עת בנתח שוק משמעותי – מגדר מציע אפשרי במכרז שעסק ברשימות להפעלת קווי שירות בתחבורה ציבורית, וזאת כדי לעודד תחרות בשוק הרלוונטי. מבלי להכריע בנידון, ציין בית-המשפט העליון כי אילו מטרת המכרז הייתה לקדם רפורמה מסודרת וברורה בתחבורה הציבורית, הוא לא היה פוסל על הסף מתכונת של מכרז שהייתה מוציאה מראש מהתחרות את המתחרה ה"כבד", הגם שמדובר בצעד בעייתי וקשה. יובהר כי במקרה כזה אכן מדובר בצעד בעייתי וקשה, שכן הדרת מציע העומד ביתר תנאי המכרז ויכול לספק את השירות שהרשות מבקשת יכולה להיתפס באופן עקרוני כהפרת חובתה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון כלפי מציעים. אך כל עוד זהו תנאי רלוונטי (סביר ומידתי), הוא יכול להיכלל במכרז אף שהוא פוגע בשוויון וביעילות ה"מכרזיים".

(ה) חוקיותם של שיקולים "כלליים" שהרשות הציבורית מבקשת לקדם באמצעות מכרז

הדרישה לענייניות של תנאי המכרז באשר הם, ביחס לתכלית המכרז ככזה ובמסגרת הבדיקה של הרובד הפנימי של המכרז, מעוררת בעייתיות מיוחדת כאשר מדובר בתנאי מכרז שהם "כלליים" באופיים.⁵² הכוונה בעיקר לתנאים שהרשות הציבורית מוסיפה למכרז מיוזמתה-היא, על-מנת לקדם באופן זה אינטרסים ציבוריים כלליים חשובים, שניתן לראותם כמשגימים כשלעצמם עקרונות-יסוד חשובים של המשפט הציבורי אך שהזיקה בינם לבין המכרז הספציפי – כעניין של תכלית מידתית שהרשות מבקשת להשיג – היא זיקה חלשה למדי, אם בכלל.⁵³ זאת, להבדיל מתנאים "רגילים" הקשורים

המציע "לתת הלוואה לעירייה" – תנאי שעל פניו לא היה מן העניין. אלה הנסיבות שהיו בבג"ץ 212/78 שרותי התיכון בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד לב(2) 477 (1978) (להלן: פרשת שרותי התיכון).

50 ראו את דבריו של השופט א' ויתקון בפרשת שרותי התיכון, שם, בעמ' 480, ואת דבריו של השופט ח' כהן שם, בעמ' 481. להשלכות בעייתיות נוספות של עירוב עסקות בהקשר קרוב ראו בג"ץ 187/77 שלום קופטש – חברה לבנין בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 309 (1977).

51 בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 705 (1999) (להלן: פרשת אגד).

52 ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 87 (ה"ש 231) ובעמ' 93 (ה"ש 250); דקל מכרזים כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 201.

53 יצוין כי הטכניקה לשימוש במכרזים ככלי לקידום שיקולים כלליים של הרשות הציבורית אינה מתבטאת בהכרח בתנאי מכרז ישירים. כך, למשל, במשפט ההשוואתי השיקולים הכלליים מוכנסים

למכרו עצמו על-פי מהותו, כלומר, תנאים שיכולים אומנם לפגוע בשוויון בין המציעים וביעילות המכרז אך שהינם סבירים ומידתיים לפי מהות המכרז ותכליתו (למשל, ניסיון רלוונטי קודם של המציע).

כדוגמאות לתנאי מכרז ולשיקולים "כלליים" מעין אלה שהרשות יכולה לבקש להגשים באמצעות מכרז נתון – שיקולים שניתן לכוונתם גם "משניים" או "עקיפים" למכרז⁵⁴ – אפשר למנות תנאים במכרז הקובעים סטנדרט "ירוק" לביצוע עבודות, לשם קידום האינטרס של הגנה על הסביבה, או תנאים שעניינם העסקה של אנשים עם מוגבלות או של בני מיעוטים, לשם קידום הערך של שוויון הזדמנויות בתעסוקה.⁵⁵ על אלה ניתן להוסיף, למשל, שיקולים של עידוד תחרות חופשית;⁵⁶ עידוד מציעים על בסיס גיאוגרפי;⁵⁷ העדפת תוצרת הארץ;⁵⁸ מדיניות כללית של העדפה מתקנת⁵⁹ ועוד.

לעיתים כחלק מאפיון המוצר או השירות הנדרשים; כפטור שניתן לקבוצה מסוימת מדרישות המכרז; כמניעת השתתפות של מציעים שלא עמדו בעבר בדרישות מסוימות (כגון הקפדה על קיום דיני העבודה); על-ידי שימוש בשיקולים הכלליים כאמות-מידה לבחירת הזוכה, ועוד. ראו בהרחבה: SUE ARROSMITH, *THE LAW OF PUBLIC AND UTILITIES PROCUREMENT* 1242–1253 (2005).

54 כפי שהם מכונים לא פעם במשפט ההשוואתי – secondary objectives או collateral objectives. ראו בהרחבה: Simona Morettini, *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*, in *GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW AND EU ADMINISTRATIVE LAW – RELATIONSHIPS, LEGAL ISSUES AND COMPARISON* 187 (Edoardo Chiti & Bernardo Giorgio Mattarella eds., 2011). לעיתים ניתן למצוא מונח נוסף – "מדיניות פרואקטיבית", כלומר, מדיניות שנועדה לקדם שיקולים שמעבר לשיקולים ה"מסורתיים" של דיני המכרזים. ראו PETER TREPTE, *REGULATING PROCUREMENT: UNDERSTANDING THE ENDS AND MEANS OF PUBLIC PROCUREMENT REGULATION* 169 (2004).

55 ברק-ארז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 87.

56 ראו פרשת **אגד**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 712–713. ראו עוד עניין **התאחדות בעלי המלאכה והתעשייה**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 671–672; פרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4, פס' 33 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו עוד והשוו רע"א 4802/98 **שידורי פרסומת מאוחדים בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד נה(1) 587, פס' 14–19 לפסק-דינו של השופט ת' אור (1998).

57 פרשת **מעלות שער העיר**, לעיל ה"ש 44, פס' לו–לז לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין. ראו עוד והשוו עניין **דודו דפוס וכריכה**, לעיל ה"ש 38; ברק-ארז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 102–103; בג"ץ 482/78 **שמחה נ' ראש עיריית באר שבע**, פ"ד לג(1) 133 (1978).

58 ראו בג"ץ 118/83 **אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות**, פ"ד לח(1) 729, 736–737 (1984).

59 פרשת **מעלות שער העיר**, לעיל ה"ש 44. ראו עוד, במשפט ההשוואתי, את הדוגמאות המופיעות אצל Morettini, לעיל ה"ש 54, בעמ' 188. כן ראו, למשל, בהקשר של העדפת עסקים קטנים כשיקול כללי במכרזים בארצות-הברית: Fernand A. Lavallée, *Socio-Economic Programmes in Public Procurements – Are Preferences Fair and Effective for All?*, in *THE APPLIED LAW AND ECONOMICS OF PUBLIC PROCUREMENT* 246 (Gustavo Piga & Steen Treumer, eds., 2013). יצוין כי שיקולים של העדפה מתקנת (או למצער של חוסר שוויון) מוצאים לעיתים ביטוי בדין החרות בדיני המכרזים בישראל. ראו, למשל, את ההעדפה לאזורים מסוימים או לעסקות

הבחירה של הרשות הציבורית עורכת המכרז לכלול שיקולים מעין אלה במכרז נתון⁶⁰ היא פועל יוצא, בין היתר, מן התועלת הגלומה בשימוש דווקא במכרז ככלי לקידום עקרונות כלליים של המשפט הציבורי. זאת, מכיוון שההתחשבות בשיקולים ובאינטרסים ציבוריים רחבים במסגרת דיני המכרזים יכולה לגלם תועלת אסדרתית (רגולטיבית) חשובה, היות שלמכרז כזה יש כוח להכווין התנהגות מראש (ex ante), חלף התמודדות עם תופעה לא-רצויה (כגון הפליה פסולה) בדיעבד (ex post).⁶¹ כמו-כן, מעצם העובדה שמדובר בהתקשרות חוזית של הרשות על בסיס תחרות שביסודה קיים גם מרכיב כלכלי, יש בה משום כלי רב עוצמה – עם סעדים משלו – להביא לידי קידום אינטרסים ציבוריים חשובים שמעבר לתכלית המכרז ככזה.⁶² על רקע תועלת זו אין להתפלא על כך שדיני המכרזים נהפכים יותר ויותר לבסיס לקידום תכליות כלליות של הרשות הציבורית,⁶³ ושהרשות הציבורית בוחרת לא פעם מיוזמתה-היא להגשים שיקולים ציבוריים דווקא באמצעות הכלי המכרזי.

אולם, הגם שלרשות הציבורית יש ככלל שיקול-דעת רחב בעיצוב תנאי המכרז,⁶⁴ קיים קושי אפשרי במצבים אלה ובשיקולים כלליים מעין אלה, והוא שהכללתם במכרז נתון כתנאים להשתתפות בו עלולה לפגוע בתכליות המכרז ככלי המקדם שוויון ויעילות.⁶⁵ זאת, מכיוון שהכללתם של שיקולים כאלה עלולה להביא לידי צמצום מספר

מסוימות המוצאת ביטוי בס' 3 לחוק חובת המכרזים, ובמקביל את הוראות הפטור ממכרז המצויות בתק' 3 לתקנות חובת המכרזים. כן ראו, למשל, תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ), התשנ"ה-1995; תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית), התשנ"ח-1998. 60 ברור על פניו שתנאים מעין אלה הרשות הציבורית חייבת לכלול במפורש במכרז עצמו, שכן מלכתחילה זיקתם למכרז רופפת ופגיעתם בשוויון בין המציעים בפועל ובכוח גדולה יותר. הדרישה ששיקולים משניים יצוינו במפורש בתנאי המכרז עצמו הוכרה בפסקתו של בית-המשפט האירופי. ראו Moretini, לעיל ה"ש 54, בעמ' 192.

61 ראו פרשת **שלג לבן**, לעיל ה"ש 32, פס' 5-6 לפסק-דינו של השופט א' לוי. 62 נדמה שעל רקע זה מציינת פרופ' ברק-ארז, ולא בכדי, כי "טרם מוצה הפוטנציאל הטמון בכללי העדפה לקידום אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים באמצעות מכרזים". ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 140; ובהרחבה – שם, בעמ' 134-141.

63 ראו שם, בעמ' 87-96. 64 לשיקול-דעת רחב זה, וכנגזרת מכך להתערבותו המצומצמת של בית-המשפט בנידון, ראו, למשל, בג"ץ 8467/10 **זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה המסחר והתעסוקה**, פס' 35 לפסק-דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 29.11.2011); פרשת **נתיבי איילון**, לעיל ה"ש 3, פס' 14-15 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור; פרשת **הרקולס**, לעיל ה"ש 39, פס' 18 לפסק-דינו של השופט י' עמית.

65 בהקשר של הסחר הבין-לאומי – אם במסגרת האיחוד האירופי ואם במסגרת הסכמי סחר בין-לאומיים המחייבים עריכת מכרזים שוויוניים – המתח מתעורר במימד נוסף, והוא ככל שהמדינות והמשפט המקומי שבהן מבקשים לקדם אינטרסים מקומיים ספציפיים באמצעות הוראות כלליות במכרזים בין-לאומיים, תוך פגיעה בשוויון ובעיקרון של זכיית בעל ההצעה הכלכלית הטובה ביותר. להרחבה בנידון – לרבות ההוראות שנקבעו כדי לאזן מתח זה בפסיקה, באמנות ובהסכמים עצמם – ראו Moretini, לעיל ה"ש 54. כן ראו באופן ספציפי לאיחוד האירופי: CHRISTOPHER H. BOVIS, EU PUBLIC PROCUREMENT LAW 278-281 (2nd ed. 2012).

המשתתפים בכוח או בפועל במכרז. לחלופין הדבר עלול להוביל לתמחור לא יעיל דיו של ההצעות, במובן זה שהן יכללו את "עלות" השיקול הכללי שהוסף למכרז, מבלי לקיים בגינו תחרות נפרדת ויעילה במכרז נפרד. אומנם, כל תנאי־סף מצמצם את התחרות – השוויון – וממילא את יעילותו של המכרז. אולם בעוד לגבי תנאים "רגילים" נבחנת כאמור ענייניותם, סבירותם ומידתיותם לאור התכליות הספציפיות של המכרז, לגבי מטרות ותכליות משניות עלולה להיווצר בעיה קשה יותר באיזון בינן לבין תכליותיהם של דיני המכרזים, ובראשן השוויון. בה־בעת, ככל שמדובר בתכליות משניות חשובות לכאורה, לא רק שהרשות רשאית לעיתים לשקול שיקולים הנוגעים בהן, אלא שיכולה להישמע טענה שהיא אף חייבת לעשות כן כרשות ציבורית. ממילא נוצרים מתח ועימות בין עקרונותיהם של דיני המכרזים מזה (שוויון ויעילות בעיקר) לבין העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי מזה.

כיצד ניתן לפוגג מתח מעין זה או לפחות למתנו? עד לעת הזו נדמה שהסוגיה טרם התבררה לעומקה בדין בישראל. בית־המשפט ער לקושי העיוני המתעורר במצבים מעין אלה,⁶⁶ אך נמנע היכן שאפשר מלהכריע במתח זה.⁶⁷ מעיון בפסיקה ניתן עם זאת להצביע על כמה כיוונים ודרכי התמודדות אפשריים:

דרך אחת העולה מן הפסיקה היא קביעה שהשיקול הכללי – כגון העדפה מתקנת – הוא שיקול רלוונטי למכרז ספציפי. דוגמה לכך היא פרשת **מעלות שער העיר**.⁶⁸ במקרה זה נתקף תנאי־סף במכרז לצורך איתור שטח משרדי בעבור הרשות הציבורית אשר הגביל את האזור שבו ישכנו הנכסים המוצעים לשטח השיפוט העירוני של נצרת בלבד. נטען כי מדובר בתנאי לא־סביר במיוחד ככל שהוא אינו מאפשר הצעת נכסים בתחום נצרת עילית. בית־המשפט העליון, בעקבות בית־המשפט לעניינים מנהליים, דחה טענות אלה. נקבע כי בשל החשיבות של עקרון השוויון ומדיניות ההעדפה המתקנת של הממשלה, התנאי שנקבע במכרז הוא סביר ורלוונטי כעניין של העדפה מתקנת, וממילא אינו משקף הפליה פסולה, אלא הגשמה של השוויון.⁶⁹ בית־המשפט התייחס בפסק־דינו למתח שבין החובה של הרשות הציבורית לנהוג בשוויון בניהול המכרז לבין דרישת ההעדפה המתקנת ומתן העדיפות לעיר נצרת דווקא בנסיבותיו של אותו מקרה. צוין כי את השוויון בין המשתתפים במכרז יש לראות כמעין שוויון פורמלי, אולם את ההעדפה

66 ראו, למשל, בג"ץ 7217/95 **עמותת חברות הסיעוד בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד נא(3) 561, 573–574 (1997); עניין **לשכת שמאי המקרקעין בישראל**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 302–303; פרשת **אגד**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 712; בג"ץ 7872/10 **המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 13 לפסק־דינו של השופט "עמית (פורסם בנבו, 7.6.2012). כן ראו ברק־ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 94 (ה"ש 252).

67 ראו, למשל, פרשת **המועצה המוסלמית ביפו**, שם (שבו נדחתה העתירה בעיקר על יסוד הדוקטרינה של העדר בשלות); ע"מ 1789/10 **סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 7.11.2010).

68 פרשת **מעלות שער העיר**, לעיל ה"ש 44.

69 וראו ודוקן שם את עמדתו של השופט נ' הנדל, שלפיה מלכתחילה אין מדובר בהעדפה מתקנת.

של העיר נצרת בנסיבות המקרה יש לראות כעניין של שוויון מהותי; ובמתח בין שוויון פורמלי לבין שוויון מהותי – "דעת לנבון נקל, כי על השוויון המהותי לגבור"⁷⁰. דרך שנייה להתמודדות עם המתח האמור לעיל היא זיהוי השיקול או התנאי הכלליים שהוספו למכרז כשיקול או תנאי המחויבים על-פי הדין. אוראז ניתן לומר כי השיקול או התנאי נהפכים בהגדרתם לרלוונטיים למכרז, ושהם אף גוברים בנסיבות מסוימות על העקרונות הכלליים של דיני המכרזים, ביניהם השוויון והיעילות.⁷¹ כך, מקום שהדין החרות קובע כי חובה על הרשות לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת נראה שהמתח מאבד מעוקצו. החובה שבדין – ברובד הפנימי של המכרז – גוברת, גם אם היא עומדת באופן עקרוני בניגוד לחובתו של עורך המכרז לנהוג בשוויון כלפי המציעים.⁷² דרך שלישית להתמודדות עם המתח האמור היא הבחנה נוקשה יחסית בין השוויון בין המשתתפים בפועל במכרז לבין השוויון בין המשתתפים בכוח במכרז. צמצום היקפה של חובת השוויון של עורך המכרז מצמצם ממילא את המתח שבין תנאי המכרז (לרבות שיקולים כלליים "משניים") לבין הצורך בשמירה על שוויון בין המציעים. כך, לדוגמה, במקרים אחדים נטען כי תנאי שנקבע במכרז נחזה כשוויוני אך למעשה אינו כזה, היות שקיימים הבדלים בין המציעים בכוח שבעטיים מציע אחד יכול לעמוד בתנאי ואילו מציע אחר אינו יכול לעמוד בו. הטענה הייתה כי מדובר לפיכך בתנאי מפלה שיש לבטלו או לשנותו.⁷³ למעשה, הטענה באותם מקרים הייתה שהרשות צריכה לקבוע את תנאי המכרז באופן שימנע הפליה מעין זו (מעין טענה של העדפה מתקנת, במובן זה שתנאי המכרז התבקשו לתקן אי-שוויון קיים בין מציעים). בפסיקה נדחתה טענה זו לא פעם, תוך קביעה כי המכרז אינו אמור להשוות בין מתחרים שיש ביניהם מלכתחילה הבדלים מהבדלים שונים (שוויון "חיצוני"). נקבע כי השוויון המכרזי הוא "פנימי", ומתייחס לפיכך לתנאי המכרז ולתחולתם השווה על מציעים בפועל ובכוח, ולא להשוואה ביניהם.⁷⁴

70 שם, פס' ל לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

71 ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 88–91.

72 ראו פרשת מורדן, לעיל ה"ש 45; פרשת המועצה המוסלמית ביפו, לעיל ה"ש 66, פסק-דינו של השופט צ' זילברטל (ודעתם החולקת של יתר חברי ההרכב בנידון). כן ראו והשוו בג"ץ 9451/10 הייב נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 22.8.2011).

73 ראו, למשל, ע"מ 2398/12 ע.מ.ת. ערוצי מדידה ותשתיות בע"מ נ' החברה הכלכלית שהם בע"מ, פס' 15–17 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 22.4.2012).

74 פרשת בזק, לעיל ה"ש 3, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת א' חיות ("אכן, עיקרון השוויון הוא מנשמת אפו של הליך המכרז... ויש להקפיד הקפדה יתרה לקיימו בכל תג ותו הנוגע להליך זה. עם זאת, אין לדרוש מעורך המכרז כי יציב את כל המשתתפים בנקודת זינוק זהה, ככל שהדבר נוגע לנתוני רקע שהינם חיצוניים למכרז"); פרשת מורדן, לעיל ה"ש 45, פס' 20 לפסק-דינו של השופט י' עדיאל; בג"ץ 1234/10 א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, פס' 28 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 21.7.2010) (אם כי במקרה זה הוסיף השופט ע' פוגלמן כי הוא אינו רואה צורך לטעת מסמרות בדבר היקף פרישתם של הדברים שנקבעו בפרשת בזק, לעיל ה"ש 3).

אכן, גישה זו מתרכזת בתנאי המכרז השוויוניים כלפי מציעים באשר הם ובתחולתם השוויונית של התנאים. זהו דגש במנגנון המכרזי ובניהול המכרז בדרך של שוויון בין המציעים, תוך ניתוק מסוים של מנגנון זה מראיית המכרז והתנאים שנקבעו בו ברובד הפנימי ככלי לקידום ולהגשמה של תכליות ואינטרסים ציבוריים רחבים יותר.⁷⁵ ניתן לאפיין גישה זו כמתמקדת בשוויון הפורמלי בין המשתתפים במכרז על-פי תנאיו (יחס שווה לכל המשתתפים במכרז), תוך העדר הפליה כביכול כלפי מי שאינו זכאי להשתתף במכרז (כעניין של שוויון מהותי ושל שוני רלוונטי בין מי שעומד בתנאי המכרז, שכלפיו צריך לנהוג בשוויון, לבין מי שאינו עומד בתנאי המכרז, שלגביו אין הכרח לנהוג בשוויון).⁷⁶ ממילא, על-פי גישה זו, הוספת שיקולים כלליים של הרשות הציבורית בשלב עיצובם של תנאי המכרז אינה מהווה בהכרח פגיעה בשוויון בין המציעים במכרז עצמו. עם זאת, אחת הבעיות בגישה זו היא שההבחנה בין מאפיינים שהם חיצוניים למכרז (ואשר לגביהם אין כביכול חובת שוויון "מכרזית" מלכתחילה) לבין מאפיינים שהם פנימיים לו (ואשר לגביהם יש כביכול חובת שוויון "מכרזית") אינה כה פשוטה.⁷⁷

דרך רביעית ואחרונה שניתן לדעתנו לזהות בכל הקשור להתמודדות עם מתח זה היא הניסיון לאזן, באופן מידתי, בין שיקולים כלליים של המשפט הציבורי לבין שיקולי השוויון המכרזיים.⁷⁸ דוגמה לכך היא פסק-הדין בפרשת **מ.ג.ע.ר.** באותו מקרה התעורר חשש לניגוד עניינים ("מוסדי") בין מתן שירותי גבייה לרשות המקומית לבין מתן שירותי גבייה לתאגיד מים הפועל בתחומה. בערעור לבית-המשפט העליון נקבע כי חלף פסילת הצעתה של המערערת בבית-משפט קמא היה מקום לקבוע הסדרים מידתיים שיצמצמו את החשש מפני ניגוד עניינים אך לא יהוו כלל פסילה מוחלטת מהשתתפות במכרז. בין השיקולים שעמדו ביסודה של מסקנה זו עמד הנתון שלפיו קביעת כלל

75 עם זאת, לא תמיד קיימת עקביות ביישום גישה זו של הפרדה. נתון רלוונטי לנידון יכול להיות אם קיימת הפליה באותה קבוצת-שוויון, כלומר, בנסיבות שבהן בתוך אותה קבוצת-שוויון קיימת למעשה הבחנה בתנאי הכניסה למכרז. אר-אז ההבחנה הנוקשה בין השוויון בין המשתתפים בפועל במכרז לבין השוויון בין המשתתפים בכוח במכרז היא בעייתית יותר. ראו ודוקו בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד(2) 503 (2000) (להלן: פרשת **"עם חופשי"**).

76 לתפיסת השוויון בדיני המכרזים – אם שוויון פורמלי או שוויון מהותי – ראו דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 20; דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 107–115 (המבחין גם בין שוויון "מנהלי" לבין שוויון "חוקתי"); ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 49–50; פרשת **מעלות שער העיר**, לעיל ה"ש 44, פס' ל לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

77 ראו פרשת **המועצה המוסלמית ביפו**, לעיל ה"ש 66, פס' 13 לפסק-דינו של השופט י' עמית ופסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין. אך ראו גם את דעתו השונה של השופט צ' זילברטל בנידון באותו מקרה.

78 לתחולתו של עקרון המידתיות ביחס לבחינת תנאיו של מכרז ראו פרשת **הרקולס**, לעיל ה"ש 39, פס' 16 לפסק-דינו של השופט י' עמית; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 102–103; דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 462–464. להרחבה בעניין תחולתו של עקרון המידתיות בדיני המכרזים, ועל השימוש בו ככלי לאיזון בין תכליות המכרז, ראו יגאל מרזל "פגם בערכות ושאלת המידתיות בדיני המכרזים" **משפטים** מה (צפוי להתפרסם ב-2014).

פסילה מוחלט מותר את השוק הרלוונטי עם מציע אחד בלבד.⁷⁹ פסק-הדין מבטא לפיכך ניסיון לאזן בין הרובד הפנימי של המכרז (בעיית ניגוד העניינים) לבין עקרון השוויון המכרזי (קיום מכרז אמיתי בין כמה מציעים).
 אכן, גישה זו של איזון מבקשת ליישב את המתח בין עקרונות כלליים של המשפט הציבורי ברובד הפנימי של המכרז לבין העקרונות הכלליים של דיני המכרזים, תוך הכרה בחשיבות של כלל העקרונות של המשפט הציבורי החלים על הנידון ואיזון ביניהם.⁸⁰ הבחירה דווקא במבחן המידתיות ככלי איזון בהקשר זה מגלמת את ההכרה בכך שיש לנסות למצוא דרך לקיים את כל העקרונות האמורים זה לצד זה, ככל שיש התנגשות ביניהם. למשל, קיימת חובה שתנאי המכרז יעמדו בדרישה של מניעת ניגוד עניינים. בצד זאת קיימת גם חובה לקיים מכרז בתנאים של שוויון בין המציעים ותחרות אמיתית. ככל שיש קושי לקיים את שתי החובות בו־זמנית, יש לנסות – לפי גישת־ביניים אחרונה זו – למצוא דרך שתאפשר קיום של שתיהן. ואם הדבר אינו אפשרי, נדמה שאין מנוס מעריכת איזון שסופו הכרעה איזה שיקול הוא בעל הבכורה בנסיבות המקרה. כך, ככל שמדובר בשיקול של טוהר מידות, כגון מניעת ניגוד עניינים, או בהגנה על זכויות־יסוד של הפרט, כגון שמירה על הפרטיות, יהיה אפשר להכיר, במסגרת הרובד הפנימי של המכרז, בעליונותו של השיקול הציבורי הכללי על השוויון המכרזי, וזאת גם אם אין מדובר בתכלית ישירה של המכרז הספציפי.⁸¹ לא למותר לציין כי גם במקרה כזה יהיה צריך עדיין לבדוק כיצד ניתן להגשים שיקול ציבורי עדיף זה תוך פגיעה מידתית וקטנה ככל

79 ראו פרשת **מ.ג.ע.ר.**, לעיל ה"ש 40, פס' 15 לפסק־דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש ("תוצאה כאמור תפגע באינטרס הציבורי. היא תמנע מן המועצות המקומיות ותאגדי המים את היכולת לבחור את ההצעות הטובות ביותר ותאיין כמעט לחלוטין את התכלית המונחת ביסוד חובת קיום המכרזים"). ראו גם ברק־ארז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 96–97.

80 הצורך באיזון יכול לנבוע גם מהעיקרון של המשפט הציבורי עצמו כעיקרון יחסי. ראו, למשל, ישירות לעניין מעמדו היחסי של העיקרון בדבר מניעת ניגוד עניינים והצורך לאזנו אל מול תכליות אחרות, פרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4, פס' 39 לפסק־דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

81 דברים אלה עולים, שוב, מפרשת **דגש סחר** עצמה, בקביעתה של השופטת א' פרוקצ'יה כי בנסיבותיו של אותו מקרה, באיזון בין השיקול של מניעת ניגוד עניינים לבין השיקול הנגדי של עידוד תחרות, לא ניתן משקל מספיק לבעיית ניגוד העניינים וניתן משקל־יתר לא־ראוי לעידוד התחרות: "האיזון בין השיקולים הנוגדים מביא למסקנה בלתי נמנעת, כי הנוק לציבור בהותרה בעינו של פסול ניגוד העניינים בתנאי הסף במכרז, גובר על היתרון הטמון בהרחבת גורם התחרות לבחירת מפעיל עתידי לממגורות. הרחבת התחרות, על דרך הכללת מתחרים שיש בהם בעלי ניגוד עניינים מובנה, אינה שקולה בחשיבותה כנגד צמצום התחרות לגופים המנותקים מקשר עיסקי כלשהו לשוק התבואות, המבטיח הגינות חסרת פניות בהפעלת זכיון לשירות ציבורי רב שנים. בהעדיפה את אינטרס הגברת התחרות לבחירת מפעיל על חשבון הדאגה לניתוקו של המפעיל העתידי מהשפעה של ניגודי עניינים, פעלה הרשות הציבורית בחוסר סבירות קיצונית. באיזון שנעשה על ידה בין הגורמים הרלבנטיים השונים, היא ייחסה משקל רב, במידה לא ראויה, לאינטרס התחרות, והמעטיה באופן בלתי סביר בחשיבות פסול ניגוד העניינים, בהתירה לגורמים עיסקיים, צרכני השירות נשוא הזיכיון, להיכלל בהנהלת המפעיל." פרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4, פס' 64 לפסק־דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו עוד שם, פס' 70 לפסק־הדין.

האפשר בשוויון המכרזי.⁸² עם זאת, ככל שהשיקול הציבורי הכללי ("המשני") חלש יותר בעוצמתו, וככל שהקשר שלו למכרז הספציפי רופף יותר, כן יכבד הנטל על הטוען כי יש עדיפות דווקא לשיקול ה"משני" הכללי על השוויון המכרזי.

4. הרובד הפנימי של המכרז – סיכום ביניים

אם נסכם אפוא את הילוכנו עד לנקודה זו, הרובד הפנימי של המכרז, כלשון השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת **דגש סחר**, כולל את תנאי המכרז, ויש לבחון גם רובד זה על-פי עקרונות המשפט הציבורי החלים על רשות ציבורית ככזו. בחינה זו כוללת, בין היתר, עמידה של תנאי המכרז בהוראות שבדין וכן הלימה בין תנאי המכרז לבין עקרונות כלליים של המשפט הציבורי. תנאי המכרז צריכים להיות כדין. הם צריכים להיות סבירים ומידתיים. הם צריכים להיות ענייניים. בעיה מיוחדת מתעוררת, כפי שראינו, בכל הקשור למתח בין שיקולים כלליים שהרשות הציבורית מבקשת לקדם באמצעות מכרז לבין התכליות המרכזיות של דיני המכרזים – השוויון והיעילות.

עד כה עסקנו בהיבט המהותי של בדיקת הרובד הפנימי של המכרז, כלומר, תנאי המכרז וחוקיותם בהתאם לדין ולכללי המשפט הציבורי. אולם הנכונות לבחון לא רק את אופן ניהול המכרז (הרובד החיצוני שלו), אלא גם את הרובד הפנימי, מעוררת לא רק שאלות בדבר חוקיות התנאי עצמו, אלא גם שאלות דיוניות. לעניין זה נעבור עתה.

פרק ב: בחינת הרובד הפנימי של המכרז – היבטים דיוניים

הכפפת הרובד הפנימי של המכרז לכללי המשפט הציבורי ולעקרונות-היסוד של המשפט הציבורי, כמודגש בפרשת **דגש סחר**, מעוררת כאמור לא רק שאלות של מהות – כלומר, מתי תנאי במכרז יהיה "כדין" – אלא גם היבטים דיוניים. נתמקד עתה בהיבטים אלה.

1. מעמד בדין

ה"שחקנים" השגרתיים בהתדיינות בדיני המכרזים הם המציעים במכרז והרשות הציבורית עורכת המכרז. יכול שיהא מדובר במציעים בכוח המבקשים לחייב את הרשות הציבורית לצאת במכרז; במציעים בכוח או בפועל התוקפים את תנאי המכרז קודם להגשת ההצעות; או במציעים אשר השתתפו במכרז וכעת תוקפים את תוצאותיו.

82 בבית-המשפט האירופי, אשר מתיר החדרת שיקולים משניים לדיני המכרזים, יש עדיפות לתכליות הכלליות של דיני המכרזים דווקא, ובראשן מניעת הפליה. עם זאת, החדרת שיקולים לא-כלכליים למכרזים תוכר, בין היתר, אם פגיעתה בעקרונות הכלליים של המכרזים מידתית. ראו Morettini, לעיל ה"ש 54, בעמ' 192.

לעיתים מדובר בגורמים שאינם משתתפים במכרז אולם המכרז משפיע על עניין או אינטרס שלהם ישירות.⁸³ המשותף לכל אלה הוא עניין קונקרטי במכרז – למשל, עניין שהרשות הציבורית אכן תקיים מכרז בנידון (שבו יוכלו להשתתף) או אינטרס מידי בזכייה במכרז ככל שהם השתתפו בו. ככל שמדובר בגורמים שהשתתפו במכרז עצמו, יש להניח שהם לא יתקפו את תנאי המכרז לאחר שכבר הגישו בו הצעות, וככל שהם יעשו כן, הם יהיו מושתקים לרוב מלטעון נגד תנאים אלה באיחור.⁸⁴ בהכללה ניתן לומר כי טענות בכל הקשור לאופן שבו הרשות הציבורית ניהלה את המכרז – כלומר, ביחס לרובד החיצוני של המכרז – יישמעו על-פירוב מפי המציעים במכרז (בפועל או בכוח).⁸⁵

אולם ההכרה בכך שמכרז צריך לקיים גם את עקרונות המשפט הציבורי ברובד הפנימי שלו, כמוסבר בהרחבה לעיל, משמיעה לכאורה גם הרחבה אפשרית של מעגל הטענות והטוענים ביחס למכרז ולתנאיו. אמת, טענות לעניין תנאי המכרז והסדריו המהותיים יישמעו על-פירוב, כאמור, מפי המשתתפים בכוח במכרז, במיוחד בתקיפה של תנאי-הסף במכרז או של התנאים האחרים שנקבעו במכרז, לרבות לעניין קביעת הזוכה (למשל, אמות-המידה לזכייה, משקלות וכדומה). אולם טענות מסוימות כלפי תנאי המכרז ברובד הפנימי שלו (כגון טענות בדבר אי-חוקיות של תנאי במכרז) או טענות ביחס ל"אינטרסים ציבוריים" כלליים במכרז (כגון טענות בדבר חובה של הרשות הציבורית לקדם במכרז את ההגנה על הסביבה או לעודד תחרות חופשית במשק, כמו-גם טענות בעניין מניעת ניגוד עניינים או העדפה מתקנת) הן לא פעם טענות שיישמעו דווקא מפי עותרים ציבוריים, ולא דווקא מפי המשתתפים במכרז בכוח או בפועל, ואף לא מפי צדדים שלישיים המושפעים ישירות מן המכרז.

ניטול, לדוגמה, טענות נגד עצם ההפרטה של השירות הציבורי הגלומה במכרז.⁸⁶ יש להניח שטענה מעין זו לא תישמע מפי המציעים במכרז, באשר להם יש דווקא עניין בכך שהרשות תפריט את השירות ותקיים את המכרז. הוא הדין, למשל, בטענה כי הרשות הציבורית לא כללה במכרז תניות המגינות מספיק על זכויותיהם של עובדים, וזאת על בסיס המציאות הבעייתית – שעלולה להתהוות במקרים מסוימים – שבה כל המציעים בכוח ובפועל הם גורמים ש"נהנים" מ"הקלה" זו ולכן לא יטענו בנידון.⁸⁷ הנה כי כן, נכונות לבחון טענות מסוג זה, המשתייכות לרובד הפנימי של המכרז ולתנאיו, יכולה

83 ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 187–188.

84 ראו, למשל, פרשת **מגן דוד אדום**, לעיל ה"ש 41, פס' 13 לפסק-דינו של השופט י' עמית; בר"ם 6571/05 **אהוד מאיר שאיבות בע"מ נ' עיריית תל-אביב** (פורסם בנבו, 25.7.2005) (להלן: פרשת **מאיר שאיבות**); בר"ם 8378/04 **אלקו התקנות ושירותים (1973) בע"מ נ' איגוד ערים אוור דן (ביוב)** (פורסם בנבו, 23.9.2004) (להלן: פרשת **אלקו התקנות ושירותים**).

85 ראו, למשל, ע"ם 1811/09 **אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מועצה אוורית שדות נגב** (פורסם בנבו, 6.1.2010); ע"ם 6063/05 **זיד עיד – קבלן לעבודות בניין ופיתוח נ' מועצה מקומית כפר קרא** (פורסם בנבו, 7.2.2007); בג"ץ 441/83 **סעדיאן נ' ראש עיריית אשדוד**, פ"ד לז(4) 368 (1983).

86 ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 186–195.

87 השוו פרשת **שלג לבן**, לעיל ה"ש 32.

להשמיע גם הכרה במעמד בדין של עותרים ציבוריים לטעון טענות מעין אלה, באשר טענות אלה, כאמור, לא יבואו בהכרח מפי המשתתפים במכרז עצמו, המבקשים דווקא לקיימו.⁸⁸

אכן, הכרה בהרחבה אפשרית של המעמד בדין בנסיבות אלה מבטאת את הרעיון שלפיו המכרז ככזה אינו אינטרס של המציעים בו בלבד, ואין הוא "משחק" המוגבל לרשות הציבורית עורכת המכרז ולא להשבתה של עתירתו. לפי קו טיעון זה של הרחבת המעמד בדין, מכרז הוא פעולה הכפופה לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי, והרשות הציבורית העורכת אותו צריכה לעמוד בכללים אלה, בלא קשר לזהותו של מעלה הטענה – בין שמדובר בגורם שהשתתף במכרז ובין שמדובר בעותר ציבורי. עד כה לא הוכרעה בפסיקה שאלת מעמדו של העותר הציבורי ה"מובהק" בדיני המכרזים, אך ניכרת נכונות עקרונית להרחיבו.⁸⁹ מכל מקום, ככל שתימשך ותורחב ההכרה בטענות ברובד הפנימי של המכרז, תגבר לכאורה ההצדקה להרחבה של דיני המעמד במכרזים גם לעותרים ציבוריים. כך הדבר תחת ההשקפה שלפיה תנאי המכרז צריכים לקיים את העקרונות והכללים של המשפט הציבורי ומדובר באינטרס של הציבור כולו, וכך במיוחד משעה שגוברת הלגיטימיות של ההכרה במכרז ככלי להגשמת יעדים חברתיים ואינטרסים ציבוריים כלליים.

שאלה נפרדת היא אם יש מקום להרחיב במקרים מסוימים את זכות העמידה גם לגבי טענות שמצויות ברובד החיצוני של המכרז, כלומר, טענות שעניינן האופן שבו הרשות הציבורית ניהלה את המכרז. טלו, למשל, עתירה של עותר ציבורי בטענה כי ההצעה הזוכה במכרז אינה מקיימת אחר תנאי המכרז במלואם – למשל, עקב פגם שנפל בערבות הבנקאית שצורפה להצעה במכרז. האם יש מקום לתת גם לעותר כזה מעמד בדין?⁹⁰ בעניין זה ניתן להציג טיעונים לכאן ולכאן:

88 פרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, שבה הוגשה העתירה על-ידי גורם שלא היה משתתף בכוח או בפועל במכרז. כן ראו פרשת **סבא**, לעיל ה"ש 67, פס' 7 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; עע"מ 868/13 **עמותת קו לעובד נ' משרד החינוך**, פס' 2–4 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז (פורסם בנבו, 4.4.2013) (להלן: פרשת **קו לעובד**).

89 ראו, למשל, פרשת **אבו שינדי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 889–892, 898–899; ע"א 5035/98 **משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נו(4) 11, 20–21 (2002) (להלן: פרשת **משה"ב**); פרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 88, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז; פרשת **סבא**, לעיל ה"ש 67, פס' 7 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; עומר דקל **מכרזים** כרך שני 356 (2006) (להלן: דקל **מכרזים** כרך שני). למגמה מרחיבה לעניין זכות העמידה במכרזים השוו: Joseph M. Goldstein & Vanessa L. Prieto, *A Survey of Florida's Recent District Court of Appeal and Administrative Decisions Involving Bid Protests: Challenging the Government's Conduct Regarding a Public Procurement*, 25 NOVA L. REV. 43, 46 (2000).

90 השאלה מתעוררת בעיקר במצב שבו אף לא אחד מן המשתתפים במכרז עותר בנידון ומבקש את ביטול הזכייה. סיטואציה כזו יכולה להתרחש למרות ההתדיינות הרבה יחסית בדיני המכרזים – למשל, בגלל שיקולים הנוגעים בעלות ניהולם של הליכים משפטיים, בגלל מכרז קטן-ערך או מכרז שמתייחס לתקופה קצרה, או מכיוון שמדובר ב"שחקנים חוזרים" שעשויים להעדיף משיקוליהם לא להיגרר להליכים משפטיים אל מול הרשות הציבורית המזמינה. נוסף על כך ייתכנו מקרים של

מחד גיסא אפשר לטעון כי טענות בכל הקשור לאופן ניהולו של המכרז הן טענות השמורות למי שהשתתף בו (בפועל או בכוח). הדבר יכול להיות מוצדק בראייה נורמטיבית שלפיה המכרז משקף "חווה נספח" או לחלופין יחסים טרום-חוזיים בין הרשות הציבורית לבין המציעים.⁹¹ ממילא טענות ביחס לאופן ניהול המכרז צריכות להיות מוגבלות לצדדים לאותה מסכת חוזית. הדבר יכול להיות מוצדק גם בראייה מעשית, שכן ניהול המכרז כולל לא פעם מעורבות נמשכת של המציעים ושל הרשות המזמינה בהליכים שונים, כגון שאלות הבהרה, סיור קבלנים, הופעה לפני ועדת המכרזים או ועדות-משנה שלה ועוד. מעבר לכך, דיני המכרזים מעניקים למשתתפים במכרז זכויות עיון מיוחדות,⁹² כך שמתן מעמד לעותר ציבורי "להכניס את ראשו" למארג זה עלול לכאורה לסרב את אופן ניהול המכרז⁹³ ולגרום להתדיינות לא-יעילה ומיותרת.⁹⁴ מתן מעמד כזה עלול גם ליצור "מעקף" לא-רצוי שבמסגרתו יבחר עותר לא להשתתף במכרז, להמתין עד לאחר שייבחר בו זוכה, ואז לטעון נגד התקשרותה של הרשות רק באמצעות המכרז;⁹⁵ או "מעקף" אחר שבמסגרתו עותר שהשתתף במכרז והפסיד בו יעלה לאחור-מכן טענות נגד המכרז הנובעות לא מההפסד במכרז עצמו, אלא מטעמים אחרים.⁹⁶

מאידך גיסא אפשר לטעון כי היות שהמכרז משקף – כחלק מהדואליות הנורמטיבית שהוזכרה בפתח המאמר – חובת עמידה של הרשות בעקרונות ובכללים של המשפט הציבורי, הן ברובד הפנימי והן ברובד החיצוני, השאלה החשובה היא אם הרשות עמדה בכללים הללו, ולא מי הוא הטוען להפרה. לפי קו מחשבה זה, פעולה של הרשות

⁹¹ "קניית" הזכייה בין מציעים, ואף מקרים חמורים יותר שבהם הסיבה לכך היא "קרטל" בין המציעים.

⁹¹ ראו לעיל ה"ש 2.

⁹² ראו תק' 21(ה)1 לתקנות חובת המכרזים, העוסקת ב"משתתף" במכרז. ראו עוד דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 199, 205–206. אומנם, תק' 21(ה)2 לתקנות חובת מכרזים קובעת כי אין באמור בתק' 21(ה)1 כדי לגרוע מהוראות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (ככל שהיה בכך כדי לפגוע מלכתחילה, היות שמדובר בחוק ראשי), אולם על פניו זכות העיון מכוח חוק חופש המידע היא מצומצמת יותר וכפופה, בין היתר, למנגנוני האיזון שנקבעו שם ולאיינטרסים המגינים על זכויותיהם של צדדים שלישיים במידע – ראו ס' 9 לחוק חופש המידע.

⁹³ זאת, אלא אם כן תורחב זכות העיון למי שלא השתתף במכרז דווקא כנגזרת של ההכרה במעמד של עותר ציבורי ככזה. לטענה זו ראו דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 226. כן ראו את הטיעון בדבר חשיבותו של ה"עיון הציבורי במסמכי מכרז" אצל ברק-ארז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 57 (ה"ש 124).

⁹⁴ לא-יעילה, שכן יש להניח כי המשתתפים האחרים במכרז יהיו בעמדת מידע טובה יותר מכל עותר ציבורי (כנגזרת, בין היתר, מזכות העיון העדיפה שלהם – ראו לעיל ה"ש 92), ויהיה להם לרוב גם עניין כספי ישיר יותר לבסס את הטענות הטובות ביותר בנידון.

⁹⁵ ראו, למשל, את הנסיבות שהתעוררו בבג"ץ 6980/10 **אלבר ציי רכב בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל** (פורסם בנבו, 26.7.2011).

⁹⁶ ראו את הנסיבות שהתעוררו בפרשת **בנק יהב** (אם כי שם לא דובר בעותר ציבורי) – בג"ץ 1443/08 **בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שר האוצר**, פס' 26 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 22.5.2008).

הציבורית על-פי כללי המכרזים **בניהול המכרז**, כלומר ברובד החיצוני שלו, היא אינטרס לא רק של המשתתפים במכרז, אלא של הציבור כולו. ממילא מוצדק, לפי קו טיעון זה, לאפשר לעותרים ציבוריים לטעון בנידון ו"להתערב" במכרז אף שלא השתתפו בו.⁹⁷ כך, לדוגמה, אם רשות ציבורית בחרה בהצעה שאינה מיטבית בעבורה (למשל, במחיר שאינו הטוב ביותר מבחינתה), בניגוד לתנאי המכרז ותוך הפעלה לא-ראויה של שיקול-הדעת של ועדת המכרזים, מדוע שעותר ציבורי לא יוכל לטעון בנידון אף אם שום משתתף במכרז לא עשה כן, שהרי מדובר בכספי ציבור ובהתנהלות לא-ראויה כביכול של רשות ציבורית?

נראה שאם עד כה הביעה הפסיקה זהירות בהכרה במעמדו של עותר ציבורי "מובהק" בעתירות שבהן נתקפו תנאים שהיו בעיקרם ברובד הפנימי של המכרז, צפויה זהירות מיוחדת בהכרה במעמד של עותר ציבורי לטעון טענות ביחס לרובד החיצוני של המכרז, כלומר, ביחס לאופן ניהולו של המכרז על-ידי הרשות הציבורית. אכן, יש להכיר בכך שהרחבת קשת הטוענים ביחס למכרז נתון של הרשות הציבורית אינה דבר של מה-בכך. דיני המכרזים כוללים מימד חשוב של ודאות ויציבות.⁹⁸ כחלק מכך הם מבקשים לא פעם להגשים תכלית של הקטנת התדיינות אפשרית.⁹⁹ מכרזים מתנהלים לרוב במסגרת מסודרת של לוחות-זמנים ופעולות. הרשות הציבורית וגם המציעים זקוקים להכרעה ברורה ומהירה, שכן מדובר במנגנון לבחירת זוכה שאחריה צריכה לבוא ההתקשרות המהותית שתגשים את האינטרס של הרשות הציבורית שלשמו נערך המכרז, ואינטרס זה ראוי כעיקרון להגנה כחלק ממימוש מדיניותה וחובותיה המהותיות של הרשות כלפי הפרט (למשל, מכרז להקמת מעונות לילדים עם מוגבלות). הרחבה של קשת הטוענים צפויה להגדיל את ההתדיינות בדיני המכרזים. לפיכך כל הרחבה כזו צריכה להיעשות בזהירות – וכלשון הפסיקה בנידון, "במקרה מתאים, ולא על דרך

97 ראו פרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 88, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז, שלפיהם "לא ברור מאליו מדוע דווקא דיני המכרזים יהיו שונים מענפים אחרים של המשפט הציבורי, שבהם הוכר מעמדם של עותרים ציבוריים, במקרים מתאימים". כן ראו דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 354–356. לטענה בדבר החשיבות של הרחבת מעמדו של העותר הציבורי במכרזי עבודה ראו אלישבע ברק "יחודם של דיני מכרזים לקבלה לעבודה" **שנתון משפט העבודה** ו 145, 154 (1996).

98 ע"מ 2628/11 **אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל – הרשות הממשלתית למים ולביוב**, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור ופס' 2 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס (פורסם בנבו, 1.1.2012).

99 שם. רצון זה (של כל הצדדים למכרז או לפחות של הרשות הציבורית המזמינה) להקטין את ההתדיינות בא לעיתים לידי ביטוי בתניות במכרז עצמו המגבילות את האפשרות ליוזם הליכים משפטיים בעקבותיו. לפרקטיקה זו ולשאלת חוקיותה ראו פרשת **טלדור**, לעיל ה"ש 20, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת א' חיות; רע"א 4328/09 **גרינברג נ' מפעל הפיס** (פורסם בנבו, 25.6.2009); רע"א 9333/05 **היולט-פקרד (ישראל) בע"מ נ' מפעל הפיס** (פורסם בנבו, 30.10.2005); עת"מ (מנהליים י"ם) 51671-02-11 **מ.א.ה מנרב – אלקטרה – הדרכה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – אגף החשב הכללי**, פס' 16–23 לפסק-דינו של השופט נ' סולברג (פורסם בנבו, 25.1.2012).

השיגרה¹⁰⁰ – ולהביא בחשבון את המשמעויות של הרחבת ההתדיינות ואת העלויות הישירות והעקיפות היכולות לנבוע מכך. עם זאת, נראה שככל שיש פגם ממשי בפעולתה של הרשות הציבורית, אפשר לשקול לתת מעמד לעותר ציבורי – במקרים המתאימים ובוהירות הראויה – גם בהתייחס לטענות הנוגעות ברובד החיצוני של המכרז.¹⁰¹

ניתן אפוא לסכם ולומר כי ככל שהדברים אמורים בטענות לעניין הרובד הפנימי של המכרז, כלומר הוראותיו המהותיות והתאמתן לעקרונות ולכללים של המשפט הציבורי, קיים לכאורה טעם חזק יותר להכרה במעמדו של העותר הציבורי לעומת טענות הנוגעות באופן ניהולו של המכרז על בסיס תנאי המכרז. זאת, משום שהטענות האחרונות יתמקדו לרוב בשאלה מדוע הועדף המציע שנבחר על מציע אחר, ובנושא זה יש בעלי עניין ישירים לטעון בנידון, הלא הם המשתתפים במכרז. עם זאת, נדמה שאין לשלול כליל את האפשרות להכיר במעמדו של עותר ציבורי – בנסיבות המתאימות – גם בטענות ביחס לאופן ניהולו של המכרז עצמו, קרי, ברובד החיצוני שלו.

2. שיהוי ומניעות

משמעות דיונית נוספת הקשורה להבחנה בין הרובד החיצוני והרובד הפנימי של המכרז עניינה בתחולתן של דוקטרינות השיהוי והמניעות. אכן, בדיני המכרזים נהוגה הקפדה מיוחדת עם מציעים בכל הקשור לדיני השיהוי.¹⁰² קיימת כאמור הקפדה עם מציעים גם על-דרך מניעות, בכך שלא יתאפשר להם על-פי-רוב להעלות טענות נגד תנאי המכרז לאחר שכבר השתתפו במכרז ונדעו תוצאותיו.¹⁰³ אולם ככל שקיימת נכונות להרחיב את קשת הטוענים והטענות נגד המכרז, ואף לתת מעמד בדין לעותרים ציבוריים לתקוף את ההסדרים המהותיים של המכרז, הדבר יכול לשקף במקרים מסוימים גם הקלה בהקפדה על השיהוי והמניעות.¹⁰⁴ כיצד?

100 פרשת אבו שינדי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 891.

101 ראו עוד ברק-ארז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 194–195.

102 ראו, למשל, פרשת מגן דוד אדום, לעיל ה"ש 41, פס' 13 לפסק-דינו של השופט י' עמית.

103 שם. כן ראו פרשת מאיר שאיכות, לעיל ה"ש 84; פרשת אלקו התקנות ושירותים, לעיל ה"ש 84; עע"ם 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(6)

755, 763 (2004). ראו גם ברק-ארז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 190–192.

104 ראו, למשל, פרשת הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 41, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. כן ראו פרשת אנגלסמן, לעיל ה"ש 30, פס' 15–16 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן. אך ראו כנגד זה את הגישה המצמצמת דווקא בבג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 7–10 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס (15.8.2012) (להלן: פרשת האגודה לזכויות האזרח). כן ראו פרשת הקרן לירושלים, לעיל ה"ש 46, פס' 38–41 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. לעיתים הפתרון לבעיית השיהוי והמניעות הוא מתן סעד על-ידי בית-המשפט תוך הבחנה בין רמות הסתמכות שונות של המשתתפים במכרז ותוך מניעת המשך קיום המכרז כלפי מציעים או משתתפים בעלי רמת הסתמכות נמוכה. ראו פרשת "עם חופשי", לעיל ה"ש 75, בעמ' 518–523.

במישור השיהוי, ככל שעניין לנו בעותר ציבורי שלא השתתף במכרז, ייתכן שהוא לא ידע כלל על המכרז ותנאיו ולכן לא השתתף במישור הסובייקטיבי.¹⁰⁵ כמו־כן, לנוכח העובדה שעותר מעין זה יכול שלא היה מעורב כלל במכרז עצמו, ייתכנו מקרים שבהם יקל הדבר גם במישור האובייקטיבי של השיהוי – למשל, ככל שעותר מעין זה לא יצר לפני הרשות מצגים שבעקבותיהם שינתה הרשות את מצבה לרעה.¹⁰⁶ לבסוף, ככל שטענותיו של אותו עותר ציבורי יתמקדו ברובד הפנימי של המכרז – ויש להניח שכך יהיה על־פירוב, היות שלעותר כזה אין עניין ישיר בשאלה מי הזוכה במכרז, אלא מהם תנאי הזכייה – יהיה מדובר לא פעם בטענות המתייחסות לעקרונות־היסוד של המשפט הציבורי ושל הפעלת שיקול־הדעת המנהלי. כאמור לעיל, מדובר בין בטענות בדבר אי־חוקיות ביחס להוראות שבדין החרות ובין בטענות בנוגע להפעלה לא־ראויה של שיקול־הדעת המנהלי על־פי עקרונות של המשפט הציבורי (כגון החשש מפני ניגוד עניינים). בהמשך לכך, אף אם קיים שיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי, טענת השיהוי יכולה לסגת ככל שהעותר מצליח לבסס פגיעה משמעותית בשלטון החוק.¹⁰⁷

גם במונחי המניעות, המגבילה את יכולתם של המשתתפים במכרז להעלות טענות נגד תנאי המכרז לאחר שכבר נטלו בו חלק ולא תקפו תנאים אלה בזמן־אמת, ניתן להלום הקלה עם עותר ציבורי ככל שמכירים במעמדו בדין. בעוד מוצדק כביכול למנוע ממי שבחר להשתתף ב"משחק" המכרזי את האפשרות להעלות טענות נגד כללי המשחק לאחר שלא זכה בו, הצדקה זו נחלשת במידת־מה – בוודאי במונחי מניעות – ככל שמדובר במי שלא השתתף במכרז כלל, במיוחד אם הוא לא ידע עליו, ומבקש כעת לתקוף את תנאי המכרז בהזדמנות הראשונה שנקרתה בדרכו.

עם זאת, גם בהקשר זה של שיהוי ומניעות חשוב להדגיש את הקושי שעלול להיווצר במונחי היציבות והוודאות של דיני המכרזים בשל הרחבה של ההתדיינות בנידון. כל הקלה בדיני השיהוי והמניעות ביחס לעותר ציבורי, לעומת מי שהשתתף במכרז, עלולה להביא לידי כך שטענות מסוימות שמציעים אינם יכולים לטעון עוד (היות שהם מנועים או השתהו) יוכלו להיטען דווקא על־ידי עותר ציבורי שאין לו עניין אישי ישיר בתוצאת

105 להבחנה בין המישור הסובייקטיבי, המישור האובייקטיבי ומישור הפגיעה בשלטון החוק בדוקטרינת השיהוי, ראו, למשל, ע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673, 678–680 (2002). בדיני המכרזים ראו, למשל, פרשת אנגלסמן, לעיל ה"ש 30, פס' 16 לפסק־דינו של השופט ע' פוגלמן.

106 לדוגמה, משיכת הערבות הבנקאית להצעה על־ידי המציע, שמשמעה על־פירוב ויתור על טענה לזכייה במכרז. ראו ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז קישון, פ"ד נה(4) 873, פס' 25 לפסק־דינו של השופט מ' חשין (2001); ע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ, פס' צו לפסק־דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 24.5.2010) (להלן: פרשת חופרי השרון); עומר דקל "משיכת הערבות כיוצרת מניעות במכרזי רשות" משפט וממשל 1 ו 609 (2003); ברק־ארז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 189–190.

107 ראו, למשל, את הדיון המקיף ואת התוצאה בערעור בפרשת אנגלסמן, לעיל ה"ש 30.

המכרז. בכך קיים קושי מובנה.¹⁰⁸ הדבר מקבל אף משמעות חזקה ובעייתית יותר אם הטענה של העותר הציבורי מתאפשרת בשלב מאוחר בחיי המכרז, שבו היחסים המשפטיים בין השחקנים במכרז כבר הגיעו כביכול לכלל מיצוי (נבחר זוכה, חלף הזמן לתקוף את הזכייה או קיימת מניעות לעשות כן). האם כעת כביכול "יפתח" כל ההליך המכרזי מחדש בשל טענה של עותר ציבורי אשר לא השתתף בו כלל, תוך גרימת אי-ודאות ועלויות לכל המשתתפים במכרז, ולעיתים תוך עיכוב הרשות הציבורית ממימוש ההתקשרות העומדת ביסוד המכרז עצמו?¹⁰⁹ קושי זה קיים במיוחד ביחס לתקיפה מאוחרת של הרובד הפנימי של המכרז, כלומר, של תנאי המכרז וכללי המשחק שעל-פיהם פעלו כל המשתתפים במכרז.

גם כאן, טיעון-הנגד שיבקש להצדיק את ההקלה בדיני השיהוי והמניעות הוא שאם מוכחת פגיעה משמעותית בשלטון החוק – והדברים רלוונטיים במיוחד, כאמור, לרובד הפנימי של המכרז ולעקרונות המשפט הציבורי החלים בו – אזי קיימת הצדקה בנסיבות מסוימות לקבל הקלה זו בדיני המניעות והשיהוי המכרזיים, חרף מחירה האפשרי במונחים של עלות, ודאות ויציבות.¹¹⁰ כך במיוחד מקום שלשום משתתף במכרז אין אינטרס להעלות את הטענה שברובד הפנימי של המכרז, כגון טענה נגד הפרטת השירות הציבורי. אר-אז, וגם תחת גישה זהירה וקפדנית מלכתחילה עם עותר ציבורי, יש להניח שבסופו של יום תעמוד על הפרק כשיקול מרכזי – ולעיתים אף מכריע – מידת הפגיעה בשלטון החוק ובערכי-היסוד של השיטה, לעיתים עד כדי התגברות על שיקולים של שיהוי ומניעות.¹¹¹

108 ראו, למשל, בג"ץ 6457/13 דלאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 5 לפסק-דינו של השופט א' שהם והאסמכתות המובאות שם (פורסם בנבו, 30.10.2013).

109 שאלת עיכוב הביצוע במצבים אלה בערכאות תלויה בעיקר בתשובה לשאלה אם מדובר במכרז למתן שירות – להבדיל, למשל, מביצוע עבודות תשתית – ובמונחים של מאזן הנוחות והאפשרות לשנות את מיהות הזוכה, כך שהשירות יינתן על-ידי הזוכה תוך תשלום פיצויים לטוען נגד הזכייה ככל שייקבע כי הזכייה לא הייתה כדין והייתה צריכה להיות מוענקת לאחר. ראו, למשל, ע"מ 5/05 גלובקול תקשורת בע"מ נ' ועדת מכרזי מחשוב וטכנולוגיה מרכזיים משרד האוצר – החשב הכללי, פס' 14 לפסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 31.1.2005); ע"מ 1173/10 איילון עמית ורפי בע"מ נ' דפוס העיר העתיקה בע"מ, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.3.2010); ע"מ 1672/09 מודיעין אזרחי בע"מ נ' השמירה בע"מ, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת א' חיות (פורסם בנבו, 31.3.2009); ע"מ 8162/07 חברת הארכבירים בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 4.11.2007); ע"מ 1025/11 שיכון ובינוי – סולל בונה – תשתיות (פיתוח כבישים) בע"מ נ' אחים זילברברג בע"מ, פס' 3 לפסק-דינו של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 5.4.2011).

110 לשיקולים בעניין זה ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 192–195.

111 במצבים שבהם יש פגיעה קשה בשלטון החוק אך מדובר במכרז שיצא לדרכו זה כבר, אפשר למתן את הקושי על-ידי דיון בטענה המהותית הנוגעת ברובד הפנימי אך תוך מתן סעד הצופה פני עתיד ואינו מבטל על-אתר את הזכייה או את המכרז כולו. זאת, למשל, על-ידי קיצור תקופת המכרז או אי-הפעלה של אופציה להאריכו. ראו, למשל, ע"מ 3257/12 להלן: חברת נמל אשדוד בע"מ נ' סארפ אוניקס ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 13.12.2012) (עניין חברת נמל אשדוד).

ניתן לסכם אפוא ולומר כי במסגרת הביקורת השיפוטית על הרובד הפנימי של המכרז, עקרון שלטון החוק והרצון למנוע פגיעה ממשית בו יכולים להביא בנסיבות מסוימות לידי שקילת הקלה בדיני השיהוי והמניעות נגד הטוען. עם זאת, יש להניח כי תהיה זו עדיין משוכה גבוהה לצליחה, במיוחד בנסיבות שבהן המכרז כבר יצא לדרכו והתנהל זמן־מה, ובשלב מאוחר מתבקשת בדיקה של תנאי המכרז עצמם.

3. סמכות עניינית וסעד חליפי

סוגיה אחרונה שנבקש לתת לה את הדעת במסגרת ההשלכות הדיוניות של ההבחנה בין רובדי המכרז השונים היא השאלה באיזו ערכאה יתבררו הטענות המתייחסות לרובד הפנימי של המכרז.

לפי חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, עתירות נגד רשויות ציבור בענייני מכרזים¹¹² מתבררות ככלל בבית-המשפט לעניינים מנהליים.¹¹³ בהתאם לכך, ומשעה שהן הרובד החיצוני של המכרז והן הרובד הפנימי שלו הם כביכול "ענייני מכרזים", המקום לברר טענות ביחס לשני הרבדים הוא ככלל בבית-המשפט לעניינים מנהליים, ולא בבית-המשפט הגבוה לצדק.¹¹⁴

אולם בעוד ברור כביכול שטענות ביחס לרובד החיצוני של המכרז הן אכן "ענייני מכרזים" (היות שמדובר בטענות לעניין אופן ניהולו של מכרז נתון כעיקרון), נשמעות לעיתים טענות שלפיהן קיימים אזורים של "אי-בהירות" ביחס להשגות המשתייכות דווקא לרובד הפנימי של המכרז. ביחס להשגות אלה מועלית לא אחת השאלה אם מדובר ב"ענייני מכרזים"¹¹⁵ או לכל-הפחות אם אין מקום שדווקא בית-המשפט הגבוה לצדק הוא שיברר את העתירה, וזאת מכוח סמכותו שלו ושיקול-דעתו לדון בעתירות

112 לפי ההגדרה שבס' 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, המונח "מכרזים" כולל "ענייני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, וענייני מכרזים של רשות מקומית, שענינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, לביצוע עבודה או לרכישת שירותים, וכן מכרזים שענינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין".

113 כאמור שם, קיימת הגדרה מהן אותן רשויות ציבור או גופים שבהם מדובר לצורך הגדרת הסמכות העניינית. ראו עוד בהרחבה דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 403–407.

114 וזאת לא בשל העדר סמכות של בית-המשפט הגבוה לצדק, אלא בשל קיומו של סעד חליפי בבית-המשפט לעניינים מנהליים, ככל שהוא מוסמך עניינית לדון בנידון. ראו, למשל, בג"ץ 6589/11 **עמאד נ' מינהל מקרקעי ישראל ירושלים**, פס' 4 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 24.4.2012). עוד נזכיר כי לעיתים הסמכות העניינית לדון בענייני מכרזים היא דווקא של בית-הדין לעבודה. ראו בר"ם 657/03 **עיריית רהט נ' אלפראונה**, פ"ד נז(3) 26, 30 (2003).

115 ראו עניין **קוטלרסקי**, לעיל ה"ש 2, פס' 25–28 לפסק-דינו של השופט י' עמית; עת"ם (מחוזי י"ם) 1096/07 **קונקס תחבורה לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה, אגף התחבורה הציבורית** (פורסם בנבו, 21.2.2008) (להלן: עניין **קונקס תחבורה**).

המצויות גם בסמכותו העניינית של בית-משפט אחר.¹¹⁶ כך נטען, לדוגמה, לגבי עתירות נגד החלטה לא לצאת במכרז¹¹⁷ או לגבי תקיפת עצם ההחלטה של הרשות הציבורית להפריט שירות מסוים (כאשר אין טענה כלפי היציאה במכרז דווקא או נגד הוראותיו הספציפיות).¹¹⁸ כך נטען גם, לדוגמה, לגבי עתירה המתייחסת למדיניות כללית של הרשות הציבורית, אשר המכרז אינו אלא ביטוי ספציפי שלה.¹¹⁹ נדמה, עם זאת, שהגישה הכללית בפסיקה מפרשת את סמכותו של בית-המשפט לעניינים מנהליים לדון בענייני מכרזים באופן רחב יחסית, תוך החלטה על רצף ההחלטות של הרשות המנהלית בנוגע למכרז (כלומר, הן ברובד החיצוני של המכרז והן ברובד הפנימי שלו), וממילא הימנעות מלדון בנידון בבית-המשפט הגבוה לצדק בשל קיומו של סעד חליפי.¹²⁰

אי-בהירות נטענת אחרת מקורה בתשובה לשאלה מהי נקודת הזמן שבה המכרז "מתחיל" ומהי נקודת הזמן שבה הוא "מסתיים". כך, למשל, ייתכנו מצבים שבהם הטענה נגד הרשות הציבורית תהא שהזוכה במכרז אינו עומד בתנאי המכרז עצמו לאחר שזכה בו כדין, וזאת בלא טענה נגד אופן ניהול המכרז ("הרובד החיצוני"). אכן, בין הזכייה במכרז לבין כריתת החוזה עם הרשות הציבורית קיים "אזור דמדומים" המשקף מעבר מהרובד המכרזי לרובד החוזי.¹²¹ ככל שמדובר כבר בשלב ביצוע החוזה ואכיפתו על-ידי הרשות הציבורית בהמשך לזכייה במכרז, עולה השאלה אם נכון עדיין לראות בנידון עניין ששייך למכרז או שמא עניין הקשור להפעלת שיקול-הדעת של הרשות במסגרת ביצוע החוזה גרידא.¹²² אומנם, קושי זה בזיהוי נקודת הזמן שבה המכרז

- 116 ראו לעניין זה את הגישה המצמצמת שהובעה, למשל, בבג"ץ 2371/04 וולף נ' רשות שדות התעופה בישראל, פס' 3 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס (פורסם בנבו, 14.3.2004).
- 117 ראו, למשל, את ההליכים התלויים ועומדים נכון לעת הזו בבג"ץ 8238/13 הארגון תדיטל אוטו מוטיב בע"מ נ' שר התחבורה (פורסם בנבו, 12.2.2014); בג"ץ 5493/10 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 13.2.2013).
- 118 ראו, למשל, פרשת הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 41, פס' 3 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. הטענה המרכזית נגד הפרטה באותו מקרה הייתה נגד החוק שאפשר זאת, ולא נגד המכרז.
- 119 ראו פרשת האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 104, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס (שבו לא נמחקה העתירה על הסף אף שעלה עניין הסעד החליפי, אם כי שיקול זה היה אחד הטעמים לדחייתה). כן ראו פרשת "עם חופשי", לעיל ה"ש 75, שבו נידונה מדיניות מפלה כללית שבאה לידי ביטוי, בין היתר, במכרז לשיווק דירות באזור שניתנו בו הטבות למשתכנים מחוץ למכרז. אך ראו גם מקרים שבהם נמחקה העתירה על הסף עקב קיומו של סעד חליפי, למרות טענה לגבי מדיניות כללית של הרשות – בג"ץ 4202/12 מרכז מוסאוא לזכויות האזרחים הערבים בישראל נ' משרד התחבורה, פס' 4 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 9.7.2012); פרשת הייב, לעיל ה"ש 72, פס' 5 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס; בג"ץ 6219/06 ארגון בתי חולים פרטיים לחולים כרוניים בישראל נ' משרד האוצר, פס' 7 לפסק-דינו של המשנה לנשיא מ' חשין (פורסם בנבו, 17.9.2006).
- 120 ראו עוד, מעבר לאסמכתות שבה"ש 114 לעיל, בג"ץ 2774/07 בן חמו נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 16.9.2007), שבו דחה בג"ץ עתירה שבה התבקש, בין היתר, למנוע יציאה במכרז.
- 121 ראו, למשל, עניין קונקס תחבורה, לעיל ה"ש 115, פס' 21 לפסק-דינו של השופט מ' סובל.
- 122 ראו, למשל, ע"מ 1141/13 חלפון נ' מדינת ישראל – משרד המשפטים, פס' 5 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור (פורסם בנבו, 19.11.2013). ראו עוד בהרחבה, גם במובן העילות המהותיות

מסתיים אינו אופייני רק לטענות שברובד הפנימי של המכרז, שכן ייתכנו טענות בשלבים מאוחרים מעין אלה היורדות לשורש ניהולו של המכרז.¹²³ אולם ככל שנקודת הזמן מתרחקת מן ההחלטה על הזכייה במכרז, מתרחקות גם הטענות לעניין אופן ניהול המכרז, כלומר הרובד החיצוני, ונותרות בעיקר טענות המתייחסות דווקא לרובד הפנימי של המכרז, כלומר, לקיום תנאי המכרז וההסדרים המהותיים שהוא קובע ברובד הפנימי שלו. דוגמה לכך היא טענה נגד הרשות הציבורית שהיא אינה מחייבת את הזוכה במכרז לעמוד בתנאי המכרז עצמו כמו-גם בסטנדרטים שמחובתה הכללית כרשות ציבורית לוודא שנשמרים.¹²⁴ אי-ודאות זו ביחס לשאלה אם בחלוף הזמן מדובר עדיין ב"ענייני מכרזים", בעיקר בהתייחס לטענות ברובד הפנימי של המכרז כאמור, יכולה אפוא ליצור קושי גם בשאלה איזו ערכאה צריכה לברר את הטענות הללו ובאיזה הליך.¹²⁵

פרק ג: מתח בין רובדי המכרז – שינוי תנאי מכרז בשלב מאוחר של ההתדיינות

עד כה עמדנו על היבטים מהותיים של בחינת הרובד הפנימי של המכרז, כלומר תנאי המכרז, ועל היבטים דיוניים הנובעים מכך. הסוגיה האחרונה שנבקש לעסוק בה במסגרת מאמר זה היא מתח אפשרי המתעורר בין הרובד הפנימי של המכרז לבין הרובד החיצוני שלו.

ראינו בפרק הראשון למאמר כי נכונותה של הרשות הציבורית לכלול במכרז שיקולים מסוימים או תנאים מסוימים עלולה ליצור עימות בין אותם שיקולים לבין

להתערבות בהחלטותיה של הרשות הציבורית בשלב ביצוע ההתקשרות, עומר דקל "שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז" **משפט ועסקים** ה' 287 (2006); ע"מ 7256/08 **שריקי נ' מינהל מקרקעי ישראל מחוז ירושלים**, פס' 6 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 30.6.2009). לא רק שספק אם מדובר ב"ענייני מכרזים" לצורך הסמכות העניינית, אלא שמתעוררת גם שאלה בדבר מעמדו בדין של מי שאינו חלק מן החוזה לטעון לעניין זה. ראו ברק-ארו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 116–118. היבט נוסף של סיום הליכי המכרז הוא טענת "המעשה העשוי", המתייחס ליכולת לברר את עילת התביעה המנהלית (במיוחד בסעד של צו עשה) בשעה שההתקשרות עצמה, בעקבות המכרז, כבר יצאה לדרכה. ראו, למשל, פרשת **סבא**, לעיל ה"ש 67, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; ברק-ארו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 173.

123 למשל, אי-עמידה בתנאים שנקבעו במכרז לשם מימוש הזכייה – ראו ע"א 9347/01 **ויספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נז(5) 241, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ד' ביניש (2003).

124 ראו, למשל, בג"ץ 5872/07 **איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו** (פורסם בנבו, 27.10.2010).

125 בשלב ביצוע החוזה תיתכן אף טענה שהערכאה המוסמכת היא ערכאה אזרחית, ולא בית-המשפט לעניינים מנהליים – ראו ע"מ 7832/08 **כפר הנוער דרך תקוה נ' משרד הרווחה**, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת א' חיות (פורסם בנבו, 19.10.2009).

תכליותיהם של דיני המכרזים, ובעיקר השוויון המכרזי. אולם ההכרה באפשרות לתקוף את הרובד הפנימי של המכרז, במיוחד בשלבים מאוחרים של חיי המכרז (בין היתר על-דרך הרחבת דיני המעמד, שכן משתתף במכרז מנוע ככלל מתקיפה מאוחרת של התנאים), מעוררת בעיה מיוחדת.

עמדנו לעיל על הקושי שעלול להיווצר במונחי השיהוי והמניעות, במיוחד ככל שתיבת המכרזים כבר נפתחה¹²⁶ ואף הוכרז הזוכה.¹²⁷ אולם בנקודת זמן זו בחיי המכרז עלול להיווצר קושי מהותי היורד לשורשם של דיני המכרזים. זאת, כאשר כפועל יוצא מתקיפת שיקול-הדעת של הרשות הציבורית בעיצוב המכרז בשלב מאוחר זה, בית-המשפט מגיע למסקנה שיש לבטל תנאי מסוים מתנאי המכרז, לשנותו או להוסיף תנאי שלא היה בו. אין הכוונה למקרה שבו תנאי מסוים לא נקבע במפורש במכרז אולם יש לראותו באופן אינהרנטי כתנאי מתנאי המכרז, שכן הוא נובע ישירות מכוח הדין החרות או מכוח הפסיקה המתייחסת לאופן ניהולו של מכרז ככזה,¹²⁸ אלא למקרים שבהם בית-המשפט משנה את תנאי המכרז המהותיים ברובד הפנימי שלו בשל עקרונות כלליים של הפעלת שיקול-דעת ברשות הציבורית.¹²⁹ דוגמה לכך ראינו בפרשת **דגש סחר**,¹³⁰ שם פסק בית-המשפט בשלב מאוחר של ההתדיינות – לאחר בחירת הזוכה – כי ההסדר שנקבע במכרז אינו נותן מענה מספק לחשש מפני ניגוד עניינים של הזוכה. במקרה כזה מתעורר קושי ביחס שבין הרובד הפנימי של המכרז, כלומר תנאי המכרז המהותיים, לבין הכללים החלים על הרשות הציבורית בניהול מכרז ככזה (ברובד החיצוני). הקושי מתעורר היות שבדיני המכרזים עצמם, ועל בסיס עקרון-העל שלפיו הרשות צריכה לפעול בשוויון בניהול מכרז,¹³¹ קביעה מאוחרת של תנאי נוסף שלא נזכר במכרז או

126 דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 68–70, 77–82.

127 לרלוונטיות של המועדים השונים בחיי המכרז – קודם להגשת ההצעות, לאחר הגשתן, לאחר פתיחת תיבת המכרזים ולאחר ההכרזה על הזוכה – ראו שם, בעמ' 175–185.

128 למשל, איסור הגשת הצעה תכסיסנית או החובה לשמור על זכויות עובדים לפי הדין – ראו פרשת **שלג לבן**, לעיל ה"ש 32, פס' 10 לפסק-דינו של השופט א' לוי. גם אז יכולות להתעורר שאלות לגבי אופן ניסוחו של המכרז ופרסום תנאיו – ראו, למשל, פרשת **מעלות שער העיר**, לעיל ה"ש 44, פס' מא–מד לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

129 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 88–92. ראו עוד ודוקו פרשת **דיין**, לעיל ה"ש 42, פס' 34–38 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארוז.

130 פרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4.

131 לתפיסה שלפיה השוויון הוא עקרון-העל בדיני המכרזים ראו, למשל, ע"מ 10392/05 **אחים אוזן חברה לבניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 37 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 5.7.2009); עניין **ניו-אלי בנמל**, לעיל ה"ש 19, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל; ע"מ 5949/07 **אמישראלגו – גו טבעי בע"מ נ' פזגו (1993) בע"מ**, פס' 7 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.4.2008); ע"א 6283/94 **"מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל** – **משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נא(1) 21, 26–27 (1995) (להלן: עניין **"מנורה"**). לביקורת על עמדה זו ראו בעיקר את ביקורתו של דקל **"מטרות המכרז"**, לעיל ה"ש 20.

שקילה של שיקול נוסף בבחירה עלולות להוות פגיעה בשוויון בין המציעים.¹³² מטעם זה, וכן מטעמים נוספים, הכלל הוא ש"שינוי דרישות המכרז לאחר פתיחת ההצעות הינו אסור בכל תנאי ובכל מכרז".¹³³ במישור הכללים החלים על הרשות הציבורית בניהול מכרז – כלומר, ברובד החיצוני של המכרז – קבעה הפסיקה על-פירוב כי התחשבות בשיקול שלא עוגן בתנאי המכרז היא פסולה.¹³⁴

אכן, משעה שמכרז צריך להיות "כדין" הן ברובד החיצוני שלו והן ברובד הפנימי שלו, כעולה מפרשת **דגש סחור** ומהבסיס הנורמטיבי שעליו עמדנו בהרחבה לעיל, תנאי במכרז שהוא לקוי (או חסר) יכול להוביל לקביעה שלפיה בית-המשפט מתקן למעשה את תנאי המכרז או משנה אותם. אולם כאשר מדובר בשלב מאוחר של חיי המכרז, שינוי או תיקון של תנאי המכרז עלולים לגלם פגיעה בעקרון השוויון – אם כלפי המציעים שהשתתפו במכרז (למשל, בשל מתן עדיפות למציע אחד על מציע אחר בשלב מאוחר ובשל שינוי התנאים) ואם כלפי מציעים בכוח שלא נישאו למכרז (בתנאי המקוריים, קודם לשינוי).¹³⁵ זאת, ככל שאין מדובר בעניין טכני או בעניין של מה-בכך, אלא בעניין שתיקונו מהותי ויש בו משום פגיעה אפשרית בשוויון בין המציעים.¹³⁶

על פניו, הפתרון להתנגשות מאוחרת זו שבין הרובד החיצוני של המכרז (השוויון המכרזי) לבין הרובד הפנימי שלו (התניות המהותיות שלו) יכול להימצא בכך שבית-המשפט יורה על ביטול המכרז.¹³⁷ סעד זה, שברור כי אינו סעד של מה-בכך וכי ככלל

132 ראו, למשל, בג"ץ 126/82 "טיולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל – משרד התחבורה, פ"ד לו(4) 44, 51–52 (1982); ע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, 599 (2003); דקל מכרזים כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 68–70, 77–82.

133 ראו דקל מכרזים כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 77.

134 ראו, למשל, בג"ץ 148/64 קציף בע"מ נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי העיר אילת, פ"ד יח(3) 423, 425 (1964); בג"ץ 119/65 "שרביב" חברה לעבודות שרברבות וכיוב בע"מ נ' ראש העיריה, חברי המועצה ותושבי העיר אשקלון, פ"ד יט(2) 220, 224 (1965); בג"ץ 63/85 אינטרדקן חברת המסחר לתעשיות בע"מ נ' עיריית קריית שמונה, פ"ד ט(3) 324, 328 (1985); ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984), פ"ד נ(5) 59, 66 (1996); ע"מ 5431/03 אופטינט ניהול משולב אימגינג בע"מ נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פס' 3 לפסק-דינו של המשנה לנשיא א' מצא (פורסם בנבו, 6.7.2004).

135 השוו לנסיבות שהתעוררו בפרשת **הרקולס**, לעיל ה"ש 39, פס' 15 לפסק-דינו של השופט י' עמית.

136 ראו, למשל, בג"ץ 252/71 "רסקו" חברה להתיישבות חקלאית ועירונית בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כה(2) 582, 586–587 (1971). ראו עוד דקל מכרזים כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 80. נדמה שהרשות הציבורית צריכה לתת הסבר מספק במיוחד לטענה שלה נגד תנאי שהיא עצמה הכלילה במכרז וסברה בתחילה כי הוא ראוי וענייני ורק בדיעבד שינתה את דעתה. ראו ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 643, 647 (1997).

137 ראו, למשל, בג"ץ 246/76 חיים נ' עיריית ירושלים, פ"ד לא(1) 218, 221 (1976) (להלן: עניין חיים). אפשרות אחרת היא ביטול ההתקשרות כולה – השוו בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כה(2) 449 (1974) (להלן: פרשת בינוי ופיתוח בנגב). לדיון מקיף בסוגיה של ביטול מכרז גם בשלבים מוקדמים יותר ראו דקל מכרזים כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 175–185.

יש להימנע ממנו,¹³⁸ משקף לכאורה את גבול ההתחשבות בשיקול "ציבורי" מעבר לתנאי המכרז המקוריים שברובד הפנימי של המכרז, בוודאי כאשר תיבת המכרזים כבר נפתחה – גבול שמעבר לו הרשות הציבורית (ולמעשה בית-המשפט) אמורה לבטל את המכרז ולא לקיימו.¹³⁹

אולם מעניין שלא תמיד הלכה הפסיקה בנתיב זה, ויש מקרים שבהם למרות מסקנה בשלב מתקדם של המכרז בדבר פגם בהתנהלות הרשות ברובד הפנימי של המכרז, המחייב שינוי מאוחר של תנאי המכרז (אפילו לאחר ההכרזה על הזוכה), לא בוטל המכרז. זאת, חרף הפגיעה האפשרית בשוויון ברובד החיצוני של המכרז, כלומר, בחובתה של הרשות המנהלית לקיים תחרות בתנאי שוויון בשלב ניהול המכרז.¹⁴⁰ כך, למשל, בפרשת **דגש סחר** הגיעה כאמור ההתדיינות לבית-המשפט לאחר שכבר הוכרז זוכה במכרז. בית-המשפט העליון עמד, במסגרת הדיון בשאלת הסעד, על הקושי בעריכת שינויים מבניים באותו שלב במכרז בשל הפגיעה בשוויון. משמעות פסק-הדין

138 ראו, למשל, ע"מ 7111/03 "יוסף חורי" חברה לעבודות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל ע"י מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(6) 170, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק (2004); פרשת **חופרי השרון**, לעיל ה"ש 106, פס' 6 לפסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן.

139 ראו, למשל, בג"ץ 545/82 **אינג' אליהו פבר** – חברה להנדסה אזרחית בע"מ נ' מנהל מדור חוזים והתקשרויות במשרד הביטחון, ב, פ"ד לז(1) 441, 453–454 (1983); ע"מ 5159/08 **מיצוסי הסעות בע"מ נ' אור הסעות ג.ד.**, פס' כח לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.3.2008); פרשת **חופרי השרון**, לעיל ה"ש 106, פס' פג לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין; ע"מ 8696/10 **שערי ריבית בע"מ נ' מדינת ישראל** – **משרד האוצר**, פס' 11–12 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 6.9.2011). כן ראו פרשת **אנגלסמן**, לעיל ה"ש 30, פס' 21 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן. ראו עוד והשוו בג"ץ 632/81 **מיגרה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(2) 673, 681 (1982). יצוין, עם זאת, שגם לביטול מכרז ולקביעת תנאים חדשים במכרז חדש יש מגבלות. ראו, למשל, ע"מ 7561/01 **פינץ' נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד נו(3) 611, 621 (2003). כך, חובתה של הרשות המנהלית לנהוג בתום-לב וללא שרירות (ראו בג"ץ 106/88 **חמודה נ' המועצה המקומית כפר מנדא**, פ"ד מב(3) 433, 437 (1988)), וכן לפעול בסבירות (ראו, למשל, ע"מ 8328/02 **יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ**, פ"ד נח(1) 145, 153 (2003) (להלן: פרשת **ב. יאיר**)). קושי בביטול מכרז קיים וביציאה למכרז חדש מתעורר במיוחד אם הייתה כבר הסתמכות על הזכייה במכרז הקודם (ראו, למשל, בג"ץ 99/77 **גבע נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד לא(2) 808 (1977)) או אם לא נעשה שינוי מהותי בין המכרז הקודם למכרז החדש וקיים חשש לפגיעה בשוויון (ראו, למשל, דעת הרוב בבג"ץ 334/70 **א' שרמן ובנו (1954) בע"מ נ' עיריית גבעתיים**, פ"ד כה(1) 303 (1971); עניין **חיים**, לעיל ה"ש 137, בעמ' 220; עניין **"מנורה"**, לעיל ה"ש 131, בעמ' 26–27). ראו עוד ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 152–153. שאלה נפרדת היא, כמובן, הסעדים שאולי עומדים למציעים או לצדדים אחרים בגין ביטול המכרז – לדוגמה, פיצויים. ראו, למשל, דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 183, 189–194; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 185–186. ראו עוד פרשת **בינוי ופיתוח בנגב**, לעיל ה"ש 137.

140 קיימים גם מקרים שבהם תוך כדי ניהול ההליך המכרזי, ולאחר הגשת ההצעות, חל שינוי במצב הנורמטיבי. גם אז עולה השאלה אם הדרך הראויה היא לבטל את המכרז או להחיל את השינוי על כל המשתתפים באופן שווה. למקרה שבו הוחל השינוי על המשתתפים, תוך קביעה כי אין בכך משום פגיעה בשוויון (בנסכיבותיו של אותו מקרה), ראו פרשת **משה"ב**, לעיל ה"ש 89.

הייתה שינוי של תנאי המכרז הגם שכבר נבחר על יסודם זוכה. אלא שחלף ביטול המכרז לנוכח המסקנה שאליה הגיע בית-המשפט, הוא העדיף את האפשרות של עריכת שינויים במבני הבעלות של הזוכה שינטרלו את ניגוד העניינים (כלומר, הותרת הזכייה כפוף לנטרול ניגוד העניינים). בפסק-הדין הוסף כי רק אם הדבר לא יתאפשר וגם לא יהיה אפשר לחלופין להעביר את הזכייה לאחת מהמציעות האחרות, יבוטל המכרז.¹⁴¹ משמעות הדבר היא שפסק-הדין הכיר לכאורה באפשרות של הוספת תנאי למכרז בשלב מאוחר – כחלק מהביקורת השיפוטית על הרובד הפנימי של המכרז – מבלי שהדבר יביא בהכרח לידי ביטול של המכרז כולו.¹⁴² יוסף כי מהלך מעין זה, גם אם הוא נעשה בשאלת הסעד, מכרסם במידת-מה במעמדו המבוצר והעליון של השוויון כעקרון-העל בדיני המכרזים.¹⁴³ זאת, מכיוון שיש בכך משום העדפה של שיקולים אחרים על תחרות שוויונית מלאה בין כל המשתתפים בכוח ובפועל במכרז.

ביטוי נוסף לקו מחשבה זה ניתן למצוא בפרשת **מ.ג.ע.ר.**¹⁴⁴ באותו מקרה עלתה כאמור השאלה אם היה אפשר לפסול הצעה במכרז למתן שירותי גבייה לתאגידי מים רק בשל כך שבאותה עת נתן המציע שירותי גבייה לרשות המקומית (כלומר, בשל חשש לניגוד עניינים). המכרז לא כלל תנאי מפורש בנידון, אולם ועדת המכרזים פסלה את ההצעה, ובית-המשפט לעניינים מנהליים לא מצא מקום להתערב בהחלטה זו. אלא שבערעור קבע בית-המשפט העליון כי לא היה מקום לפסול את הצעת המערערת מחמת ניגוד עניינים. בית-המשפט העליון הכיר בכך שבנסיבות המקרה אכן הייתה בעיה של ניגוד עניינים ("מוסדי") במתן שירותי גבייה הן למועצה המקומית והן לתאגיד המים, ומבלי שהמכרז קבע הסדרים לעניין זה או תנאי המונע השתתפות. בהמשך לכך הכיר

141 פרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4, פס' 79 (א) לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. זאת, בין היתר, בהמשך לרתיעה מעצם ביטולו של מכרז ככזה – ראו שם, פס' 64 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

142 ניתן לסייג לכאורה מסקנה זו לנוכח חלק מעובדות המקרה הספציפי שנידון בפרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4. כך, בפירוט ההליכים שקדמו לפסק-הדין צוין כי תקיפת התנאים קדמה לזכיית המציעה, וכי מכוח הסדר בין הצדדים להתדיינות נמשך ההליך המכרזי כפוף לתוצאות העתירה (ראו שם, פס' 7 ו-9 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). עם זאת, עניין זה לא צוין בפסק-הדין עצמו כשיקול משמעותי, ואף לא כשיקול רלוונטי, בשאלת הסעד שניתן (ככל שמלכתחילה היה אפשר לראות בכך מענה לטענת אי-השוויון בין המציעים לבין עצמם). מעבר לכך, נטען במפורש לפני בית-המשפט כי אי-אפשר בשלב זה לשנות את תנאי המכרז, אלא יש לבטלו, בין היתר, לנוכח הפגיעה במציעים בכוח (ראו שם, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

143 למעמד-העל של עקרון השוויון בפסיקה בדיני המכרזים ראו לעיל ה"ש 131. למקרים נוספים שבהם דווקא במסגרת הסעד לא הייתה בהכרח הקפדה כה נוקשה על מעמדו של עקרון השוויון, כחלק מהחלת עקרון הבטלות היחסית בדיני המכרזים, ראו, למשל, פרשת **אחים כאלדי**, לעיל ה"ש 18, פס' כב לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין; ע"ע 303/12 **מטיילי קריית שמונה בע"מ נ' עיריית צפת**, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז (פורסם בנבו, 3.7.2012); עניין **חברת נמל אשדוד**, לעיל ה"ש 111, פס' 4 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס. ראו גם את דבריו של ממלא-מקום הנשיא ח' כהן בבג"ץ 492/79 **חברה פלונית נ' משרד הביטחון, מדינת ישראל**, פ"ד לד(3) 719, 706 (1980).

144 פרשת **מ.ג.ע.ר.**, לעיל ה"ש 40.

בית-המשפט העליון באפשרות לשקול שיקול זה של מניעת ניגוד עניינים ולנטרלו באמצעות הסדרים אלה או אחרים, וזאת, כאמור, מבלי שהדבר עוגן במכרז הספציפי. משמעות הדבר היא שהתאפשר להוסיף למכרז כתנאי מאוחר, ואפילו לאחר הזכייה, את סוגיית הבחינה של ניגוד העניינים. אולם באשר לסעד נקבע במישור העקרוני כי לא היה מקום לבטל את הזכייה לאלתר מטעם זה בלבד.¹⁴⁵ חלף זאת ניתן סעד שהותיר את המכרז והזכייה לזמן-מה על כנם.¹⁴⁶

הנה כי כן, מפסיקה זו עולה שקיימת לעיתים נכונות לשקול שיקולים ואינטרסים ציבוריים רחבים במסגרת דיני המכרזים (ברובד ה"פנימי" שלו), גם בשלבים מאוחרים של הרצף המכרזי ומבלי להביא בהכרח לידי ביטול המכרז. נתון זה – כשהוא מצטרף להקלה הנשקלת לעיתים בדרישות המעמד בדיון, השיהוי והמניעות (כפי שתואר לעיל) – יוצר למעשה מעין **עדיפות** ודין ספציפי בתוך דיני המכרזים לאותם רכיבים שברובד ה"פנימי" של המכרז.¹⁴⁷ המשמעות היא שבהינתן עימות בין עקרונות כלליים חשובים של המשפט הציבורי לבין תכליותיהם הספציפיות של דיני המכרזים (השוויון והיעילות), אם אין בנמצא איזון מידתי אפשרי שיקיים את כל העקרונות גם-יחד, אזי אותם עקרונות כלליים של המשפט הציבורי יכולים לגבור בסופו של יום על תכליותיהם של דיני המכרזים הקשורים לניהול המכרז עצמו. נדמה שתוצאה זו ראויה, שכן היא משקפת את המדרג הרגיל של איזונים בתוך המשפט הציבורי ואת עדיפותם של עקרונות מסוימים על אחרים. היא משקפת עמדה בסיסית שלפיה דיני המכרזים אינם תחום אקס-טריטוריאלי לעקרונות המשפט הציבורי כולם, על האיזונים שבהם. היא מעניינת עם זאת במיוחד, כאמור לעיל, משעה שהיא מוכנה להכיל גם מקרים שבהם השוויון המכרזי נסוג מפני עקרונות חשובים אחרים, וזאת בניגוד למגמה הכללית שלפיה עקרון השוויון הוא עקרון-העל של דיני המכרזים, הגובר על שיקולים מתחרים אחרים.¹⁴⁸

עם זאת, אין לכחד שבאפשרות זו של הוספת תנאים בשלבים מאוחרים של המכרז עלולה להיות פגיעה משמעותית בשוויון בין המשתתפים במכרז וגם כלפי משתתפיו

145 זאת, אף שפגם של ניגוד עניינים במכרז הוא ככלל פגם חמור עד כדי מסקנה שלפיה "ביטול המכרז והחווה שבעקבותיו הינם כמעט מחויבי המציאות". ראו דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 182.

146 במקרה זה לא חזר העניין לבית-משפט קמא ולוועדת המכרזים, וזאת בשל חלוף זמן ניכר, אשר מקורו, בין היתר, בשינוי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. הסעד שניתן היה קציבת תקופת המכרז וסיומה זמן לא רב לאחר פסק-הדין, לשם פרסום מכרז חדש לאחר-מכן. ראו פרשת **מ.ג.ע.ר.**, לעיל ה"ש 40, פס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

147 נדמה שמשמעות הדברים היא כי הגם שמדובר במעגל "מרוחק" של דיני המכרזים, הוא יכול לגבור לעיתים על מעגלים קודמים לו המצויים בליבת דיני המכרזים. השוו לדימויו של דקל ולמדרג שהוא מציע – דקל **מכרזים** כרך ראשון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 142.

148 ראו ע"מ 21/13 **מגנזי תשתיות בע"מ נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ**, פס' 7 לפסק-דינו של השופט נ' סולברג (פורסם בנבו, 24.3.2013); פרשת **טלדור**, לעיל ה"ש 20, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת א' חיות. לעניין היחס בין תורת הבטלות היחסית בכלל לבין עילות הפסילה הקטגוריות בדיני המכרזים בפרט ראו דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 396–401.

בכוח. האפשרות להמשיך לקיים זכייה או מכרז במצב כזה, חלף ביטול המכרז וקביעת הכללים מחדש בתחרות פתוחה ושוויונית לכל, צריכה להיות מוצדקת בנסיבות מיוחדות, שעיקרן פגיעה שולית או קטנה בשוויון בין המציעים והעדר כל חשש לחוסר תום-לב או לשיקולים זרים, ובה-בעת נזק ממשי למציעים, לרשות הציבורית ולציבור בביטול המכרז.¹⁴⁹ נזק כזה יכול להתבטא באובדן ההתקשרות עצמה, כלומר, באי-הגשמת המטרה היסודית שלשמה יצאה הרשות המנהלית במכרז מלכתחילה; בנזק כלכלי משמעותי; או בכישלון צפוי ואף הכרחי של מכרז נוסף, דווקא בשל חשיפת הנתונים וההצעות במכרז הנוכחי.¹⁵⁰ על רקע המורכבות הטמונה בשינוי תנאי מכרז מהותיים לאחר הגשת ההצעות ופתיחת תיבת המכרזים, לא בכדי התוצאה של שינוי תנאי מכרז בשלב מאוחר חלף ביטול המכרז אינה שכיחה בפסיקה. לא זו אף זו, על רקע הזהירות והנסיבות המיוחדות הנדרשות, נדמה שהכלל במצבים מעין אלה אכן צריך להיות ביטול המכרז, ולא קיומו תוך שינוי, או למצער ולחלופין, הימנעות מביטול המכרז תוך צמצום הפגיעה בשוויון על-דרך סעד מדורג שיבטא איזון מידתי (ותוצאה יחסית) בין הפגם במכרז לבין אינטרסים חשובים אחרים, כגון התועלת הציבורית או נזקי הסתמכות אלה או אחרים. סעדים חלופיים ומידתיים אלה יכולים להיות ביטול המכרז מכאן ולהבא או קיצור תקופת ההתקשרות, הימנעות מהפעלת אופציה להארכת המכרז וכדומה.¹⁵¹

סיכום

פסק-דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה בפרשת **דגש סחר** – על ההבחנה שחודדה בו בין הרובד החיצוני של המכרז לבין הרובד הפנימי שלו, והקביעה כי מכרז חייב לעמוד בדרישות הדין בשני הרבדים – נראה כמהלך טבעי ומתבקש לנוכח העובדה שמכרז ציבורי הוא פעולה של רשות ציבורית הכפופה לעקרונות המשפט הציבורי ולכל הכללים החלים על הפעלת שיקול-דעת מנהלי. עם זאת, בחינת הרובד הפנימי של המכרז עשויה לעורר שורה של שאלות וקשיים דיוניים, ומציבה לעיתים גם אתגר מהותי בכל הקשור למתח אל מול הדינים המסדירים את הרובד החיצוני של המכרז, ובעיקר אל מול תכליותיהם ה"רגילות" של דיני המכרזים – קידום השוויון והיעילות בכל רובדי המכרז.

149 ראו פרשת **דגש סחר**, לעיל ה"ש 4, פס' 79 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. מעניין עם זאת להקביל רעיון זה דווקא לנסיבות המצדיקות ביטול מכרז – שהוא צעד חריג כשלעצמו – מנימוקים דומים, בין היתר של חיסכון תקציבי ושמירת טובת הציבור. ראו, למשל, פרשת **ב. יאיר**, לעיל ה"ש 139. ראו גם דקל **מכרזים** כרך שני, לעיל ה"ש 89, בעמ' 177.

150 ראו, למשל, פרשת **אנגלסמן**, לעיל ה"ש 30, פס' 21 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

151 ראו פרשת **מ.ג.ע.ר.**, לעיל ה"ש 40, פס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש. כן ראו ה"ש 111 לעיל.

אלא שחרף קשיים אלה, הן במישור הדיוני והן במישור המהותי, דומה שראיית המכרז כמורכב מרכדים שונים, תוך הבחנה אפשרית בין ניהול המכרז ככזה לבין הוראותיו המהותיות, היא חשובה. חרף הקשיים שעליהם עמדנו, יש בהבחנה זו חשיבות, שכן ההתמודדות עימה והיישום שלה בחיי המעשה יש בהם כדי להוביל בסופו של יום להאחדה ולהרמוניה בין דיני המכרזים המתייחסים לאופן ניהולו של המכרז לבין העקרונות הכלליים החלים על הפעלת שיקול-הדעת של הרשות הציבורית בכלל ובעיצוב תנאי המכרז בפרט. בכך, בין היתר, טמונה תרומתו החשובה של פסק-הדין בפרשת **דגש סחר**, כמבטא שילוב של דיני המכרזים בתוך הדין המנהלי הכללי ועקרונות המשפט הציבורי. ובכך, בין היתר, יש ביטוי לתרומתה העצומה, רבת ההיקף והרבדים, של השופטת אילה פרוקצ'יה במכלול פרישת הדין – תרומה שתמשיך ללוות ולפתח את דיני המכרזים ואת המשפט בכללותו גם בעתיד.