

שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז

עומר דקל*

תכופות מתעורר צורך לשנות את תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות עריכת מכרז בין עורך המכרז לבין הזוכה בו. צורך זה יכול לנבוע ממגוון רחב של נסיבות, להתעורר בשלבים שונים של ההתקשרות ולהיות בעל מאפיינים מסוגים שונים. המאמר מצביע על הקושי הטמון בשינוי מעין זה מנקודת-הראות של דיני המכרזים גם אם השינוי נעשה בהסכמת הצדדים. כך, המאמר מצביע על החשש ששינוי מעין זה יהווה פתח לשחיתות, לפגיעה בעקרון השוויון ולחוסר יעילות. עם זאת, המאמר גם מצביע על כך שאין הצדקה לאסור באופן מוחלט שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות, שכן הטעמים העומדים בבסיס השינוי מוצדקים לעתים וקיים צורך כן להתיר את השינוי.

המאמר מציע לפתור דילמה זו באמצעות הסדר הכולל מרכיב מהותי ומרכיב דיוני. המרכיב המהותי מציע לקבוע חזקה כי שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות אסור, אלא אם-כן קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. בהקשר זה המאמר מציג רשימה לא-סגורה של שיקולים שראויים להיבחן בטרם יאושר השינוי, ומציע שהחלטה בדבר התרת השינוי או איסורו תהיה פרי איזון ביניהם. המרכיב הדיוני מציע כי ההחלטה בדבר השינוי תתקבל על-ידי ועדת המכרזים, ולא על-ידי היחידה המזמינה הנמצאת בקשר עם הספק, שהחלטה תתקבל תוך שקיפות מרבית ושתוכר זכותם של המתמודדים האחרים במכרז להעמיד את החלטת השינוי במבחן הביקורת.

מבוא

פרק א: הדין

1. ניהול משא-ומתן עם הזוכה במכרז
2. שינוי תנאי ההתקשרות לאחר החתימה על החוזה
3. ההלכה הפסוקה
4. מבט משווה

* המחבר הינו מרצה בכיר במכללה האקדמית למשפטים - רמת-גן.

פרק ב: שיקולי מדיניות

1. בעד גישה מקילה

- (א) אין למנוע שינוי שהוא כורח המציאות
- (ב) השינוי יעיל כלכלית
- (ג) מדובר בתקופה החוזית, ומנקודת־ראות חוזית – שינוי שנעשה בהסכמה אינו מעורר קושי.

(ד) שינוי החוזה אינו פוגע בשוויון ההזדמנויות

(ה) חיזוק אמונה של הרשות בהליך המכרז

(ו) קיים קושי מעשי באכיפה

2. בעד גישה מחמירה

(א) פתח לשחיתות וחשש מפני ניצול לרעה

(ב) חשש ל"מדרון תלול" ולגלישת המשא־ומתן לשלב המכרז

(ג) חשש לפגיעה בעקרון השוויון

(ד) פגיעה באינטרס הציפייה של המתמודדים במכרז ושל מתמודדים־בכוח במכרז

(ה) מסר בעייתי לציבור המציעים ולנציגי הרשות

(ו) פגיעה באמון הציבור בהליך המכרז וברשות המנהלית

(ז) ספק אם השינוי יעיל מבחינה כלכלית

(ח) השינוי מהווה כריתה של חוזה חדש ללא עריכת מכרז

פרק ג: הצעה להסדר

1. המרכיב המהותי – חזקה הניתנת לסתירה

(א) צפיות הצורך בשינוי ומועד השינוי

(ב) שינוי המוסדר בחוזה המקורי

(ג) לשון החוזה

(ד) שינוי טכני או שינוי מהותי

(ה) השפעת השינוי המבוקש על התחרות ההוגנת ועל העיקרון של שוויון ההזדמנויות

(ו) כפיפותו של השינוי המבוקש לחובה לערוך מכרז אילו היה עומד לבדו

(ז) הזיקה בין החוזה המקורי לבין השינוי המבוקש

(ח) נחיצותו של השינוי המבוקש להגשמת יעדי ההתקשרות

(ט) יעילות השינוי

(י) קיומה של חלופה סבירה לספק הנוכחי

(יא) היקף השינוי המבוקש

(יב) סוג ההתקשרות שבה מדובר

(יג) המניע שבבסיס השינוי: שיקול ענייני או שיקול זר

(יד) סיכום־ביניים

2. המרכיב הדיוני

פרק ד: סיכום ומסקנות

מבוא

האם צדדים לחוזה שנכרת בעקבות מכרז רשאים להכניס בו שינויים? אם כן, האם יש מקום להתייחס לנסיבות של עריכת השינוי ולסוג השינוי המבוקש? אלה השאלות שידונו במאמר זה.

לכל מכרז באשר הוא נלווה חוזה שאמור להיכרת בין הרשות – עורכת המכרז – לבין הזוכה במכרז.¹ חוזה זה מהווה חלק ממסמכי המכרז כבר בעת פרסומו, והוא מגדיר במדויק לכלל המתמודדים במכרז את הצפוי להתרחש לאחר סיומו של הליך המכרז וההכרזה על הזוכה בו. אולם לעיתים, הצדדים לחוזה שנכרת בעקבות המכרז, קרי, הרשות המנהלית מצד אחד והזוכה במכרז מהצד האחר, מעוניינים להכניס בו שינויים, וזאת לאחר שהתקשרות כבר יצאה לדרכה.²

הרצון לשנות את תנאי ההתקשרות המוגדרים בחוזה עשוי לנבוע ממניעים שונים, בעלי מידה משתנה של לגיטימיות. כך, לדוגמה, הצורך לשנות את תנאי ההתקשרות עשוי לנבוע משינוי ממשי בנסיבות, היוצר מצב שכב נוסח החוזה המקורי אינו תואם עוד את צורכי הרשות ואינו משרת את תכלית ההתקשרות. דוגמה טיפוסית לכך יכולה להיות גילוי אתר עתיקות בתוואי של כביש שאמור להיסלל על-ידי הזוכה במכרז. בנסיבות מעין אלה, שינוי תנאי ההתקשרות הינו כורח המציאות ממש. הצורך לשנות את תנאי ההתקשרות עשוי לנבוע גם מניסוח רשלני של החוזה המקורי, כך שאם נוסח החוזה לא יתקן, תסוכל תכלית ההתקשרות. בנסיבות אחרות המניע לשינוי תנאי ההתקשרות עשוי להיות התפתחות טכנולוגית שלא היתה ידועה בעת ניסוח המכרז והחוזה המקורי, כך שאי-עדכון החוזה והימנעות מהתאמתו למציאות החדשה יובילו להתקשרות לא-יעילה. המניע לשינוי תנאי ההתקשרות עשוי להיות הרצון להויל אותה כדי להתאימה למגבלות התקציב שהרשות המתקשרת נתונה בהן. מניע אחר לשינוי תנאי ההתקשרות עשוי להיות הרצון להרחיבה לתחומים נוספים או לרכישת מוצרים נוספים מאותו ספק. מניעים מעין אלה עשויים להיתפס על-ידינו כלגיטימיים במידה כזו או אחרת.

אולם ייתכנו מצבים שבהם המניע לשנות את תנאי ההתקשרות הינו בלתי-לגיטימי בבירור. כך, לדוגמה, כאשר המניע הינו הרצון להיטיב עם הזוכה במכרז, וזאת מטעמים מושחתים העומדים בבירור בניגוד לאינטרס הציבורי. ייתכנו גם מצבים שבהם המניע לשינוי תנאי ההתקשרות אינו אלא עצלות מצד נציגי הרשות באכיפת תניות החוזה על הספק או בפרסום מכרז חדש כאשר ההתקשרות עם הספק הנוכחי עומדת לפוג. כל אלה הן דוגמות בלבד לאין-ספור אפשרויות נוספות של מצבים שבהם יהיו הצדדים לחוזה מעוניינים בשינוי תנאי ההתקשרות המוגדרים בחוזה.

1 ראו תקנה 71(ב)(3) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, ק"ת 826 (להלן: תקנות חובת המכרזים).

2 עניינו של המאמר אך בשינויים הנעשים בהסכמת הצדדים, וכלל לא בשינויים כפויים, ככל שאלה אפשריים בהתאם לתנאי ההתקשרות.

עוד יש לציין כי שינוי תנאיה של ההתקשרות יכול לשאת פנים רבות: במישור הזמן הוא עשוי להתרחש מייד לאחר סיום הליך המכרז או בשלב מאוחר של ביצוע ההתקשרות; הוא עשוי לבוא לידי ביטוי בשינוי תקופת ההתקשרות – הארכתה או קיצורה; שינוי תנאי ההתקשרות בעסקה לרכישת טובין או שירותים עשוי לבוא לידי ביטוי בהגדלה או בהקטנה של כמות הטובין או של היקף השירותים שהספק נדרש לספק על-פי החוזה המקורי, תוך התאמת התמורה שתשולם לו לכמות הטובין או השירותים שיסופקו בפועל, וכן בשינוי האיכות או הסוג של המוצר או השירות שהספק נדרש לספק על-פי החוזה המקורי, תוך התאמת התמורה שתשולם לספק (או ללא התאמתה) לנסיבות החדשות.³ שינוי תנאי ההתקשרות עשוי לבוא לידי ביטוי גם בשינוי מועדי ההספקה של הטובין או של השירותים שהספק מחויב בהם על-פי החוזה המקורי,⁴ והדוגמות הן אינסופיות, כאמור.

ראוי להדגיש כי שינוי של תנאי ההתקשרות אינו חייב לבוא לידי ביטוי בשינוי מפורש של החוזה, אלא הדבר יכול להיעשות גם בדרך של מחל, וזאת על-ידי הבלגה מצד נציגי הגוף המזמין על הפרת החוזה על-ידי הספק, הבלגה המהווה למעשה הסכמה שבשתיקה לשינוי תנאיו.⁵

3 ראו, לדוגמה, ת"פ (ת"א) 2881/94 מדינת ישראל נ' אלי לנדאו (לא פורסם), שבו הואשם ראש עיריית הרצליה במרמה ובהפרת אמונים בעקבות הקלה שניתנה לספק לגבי סוג חומר-הגלם שבו הוא נדרש להשתמש לבניית מרינה על-פי מסמכי המכרז. כן ראו *Webrcraft Packaging, Division of Beatrice Foods Co., Comp. Gen. 1979 (B-194,087), 79-2 CPD 120* סירב בית-המשפט המנהלי בארצות-הברית לאשר שינוי של חוזה לביצוע הדפסה באופן שיאפשר לספק להשתמש בנייר מסוג שונה מזה שהוגדר במכרז. במסמכי המכרז הוגדר נייר מסוג מיוחד וקשה להשגה, בעוד שאילו היה מוגדר מראש סוג נייר אחר, סביר להניח שמתמודדים פוטנציאליים רבים היו מעוניינים להתמודד במכרז. ראו: *Marvin J. Perry & Associates, U.S. Comp. Gen. (1997)(B-277,684; B-277,685)*, בפרשה זו פסל בית-המשפט המנהלי שינוי של תנאי ההתקשרות שבמסגרתו נתן הצי האמריקאי את הסכמתו להספקת רהיטים מעץ שהיה זול באופן משמעותי מסוג העץ שנדרש במסמכי המכרז.

4 ראו בג"ץ 38/811 אינווסט אימפקט נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729 (להלן: עניין אינווסט אימפקט). בפרשה זו נדרש בית-המשפט להכריע אם משא-ומתן שנוהל בין עורכת המכרז לבין הווכה במכרז לצורך הורדת המחיר ולצורך שינוי מועדי ההספקה שצויינו במסמכי המכרז הינו כדין. בית-המשפט קבע כי משא-ומתן שנוהל תוך כדי התנהלותו של המכרז הינו פסול, בעוד שמשא-ומתן שנוהל לאחר שהליכי המכרז הסתיימו זה מכבר הינו כדין.

5 לדוגמה, מחוזי – עת"מ (י"ם) 834/02 פז נ' קק"ל (לא פורסם, ניתן ביום 4.12.2002) (להלן: עניין פז), בפרשה זו טענה העותרת כי הווכה במכרז (חברת דלק) הפרה את החוזה שנכרת בינה לבין קק"ל בעקבות זכייתה במכרז, וכי הבלגתה של קק"ל על ההפרה מהווה למעשה הסכמה לשינוי תנאי ההתקשרות. לטענת העותרת, קק"ל לא היתה רשאית להבליג על הפרה זו, אלא היה עליה לפעול לביטול זכייתה של דלק במכרז. דוגמות נוספות ראו מחוזי – ת"א (י"ם) 861/94 מ.ע. סיורי הסעות נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, ניתן ביום 29.11.1995) (להלן: עניין סיורי הסעות); מחוזי – ה"פ (חי') 30382/97 חבר – מקבוצת חבר המתרגמים נ' הנהלת בתי-המשפט, (לא פורסם, ניתן ביום 24.12.1997), פסקאות 1(ז) ו-1(ח) לפסק-הדין (להלן: עניין המתרגמים).

אם נבחן את השאלה המוצגת בתחילת המאמר מנקודת-ראות חוזית בלבד – שהרי מדובר בשינוי במערכת היחסים החוזית שבין הצדדים – נראה לכאורה כי השאלה אינה מעוררת כל קושי: ברור ששינוי חוזי שנעשה בהסכמה מלאה ומודעת של הצדדים לחוזה הינו לגיטימי. מנקודת-המבט החוזית אף אין כל משמעות נורמטיבית אם נכתיר את השינוי כ"שינוי של החוזה הקיים" או כ"כריתה של חוזה חדש". הקושי שהמאמר דן בו נוצר כתוצאה מכך שבנסיבות העניין אין מדובר בחוזה שנכרת בעקבות משא-ומתן פשוט בין הצדדים לאותו חוזה, אלא בחוזה שנכרת לאחר שמציעים שונים התמודדו בתנאים שוויוניים על הזכות לכרות חוזה זה עם הרשות. הקושי שהמאמר דן בו נוצר כתוצאה מכך שבנסיבות העניין מדובר בחוזה שנכרת בעקבות מכרז. בנסיבות מעין אלה עשויה בהחלט להתעורר שאלה בדבר הלגיטימיות של השינוי, אך זאת לא מנקודת-מבט חוזית, כי אם מנקודת-מבט מכרזית. לשון אחר: הצורך לבחון את מידת הלגיטימיות של שינוי תנאי ההתקשרות אינו נובע מדיני החוזים, כי אם מדיני המכרזים; זאת מכיוון שלמתן היתר גורף לשינוי תנאיה של התקשרות שנוצרה בעקבות מכרז עשויה להיות השפעה מרחיקת-לכת על הליך המכרז ועל דיני המכרזים בכללותם. כפי שיוסבר להלן, הדבר עלול ליצור פתח לשחיתות ולפגיעה בטוהר המידות בשלב המכרז, לפגוע בשוויון ובתחרות החופשית בין המתמודדים במכרז, לפגוע בעניינם של מציעים-בכוח שלא התמודדו במכרז, ואף להשליך על יעילות ההתקשרות.⁶ משמעות הדבר היא שמתן היתר גורף ובלתי מסוגל לשנות את תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז עלול לשמוט את הקרקע מתחת לרעיון המכרז בכללותו ולרוקנו מכל תוכן.

לסיכום נקודה זו, הסוגיה של שינוי תנאי ההתקשרות שנכרתה בעקבות מכרז מעוררת דילמה הנובעת מהמתח שבין שיקולים המחייבים הסדר גמיש, המאפשר שינוי של תנאי ההתקשרות במגוון רחב של נסיבות, לבין שיקולים המצדיקים הסדר קשיח, האוסר על עריכת שינויים כאמור. מטרתו של המאמר היא להתמודד עם מתח זה ולהציע לו הסדר ראוי.

בפרק א שלהלן אציג את ההסדר הקבוע בדין לסוגיה של שינוי תנאי ההתקשרות של חוזה שנכרת בעקבות מכרז, ככל שקיים הסדר כזה, ואראה כי מדובר בהסדר חסר ובעייתי; בפרק ב אציג מגוון של שיקולי מדיניות שיש בהם כדי להשליך על ההסדר הרצוי; ובפרק ג, המהווה את לב המאמר, אציג הסדר משפטי המתיימר לסייע בהתמודדות עם סוגיה זו.

⁶ עניין חבר; מחוזי – ה"פ (ת"א) 436/04 ג"י. סי. אס. ספורט בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל (לא פורסם, ניתן ביום 8.9.2004), פסקה 5 (א) לפסק-הדין (להלן: עניין ג"י.סי.אס. ספורט).

לעיתים, שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות עשוי לעורר חלק מקשיים אלה גם כאשר מדובר בהתקשרות שנעשתה שלא בעקבות מכרז. כך, לדוגמה, בפרשת פרץ בוני הנגב (מחוזי – עת"מ (כ"ש) 315/02 פרץ בוני הנגב נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 29.1.04)) נידון מצב שבו הוקצתה למשיב קרקע ללא עריכת מכרז, וזאת על-סמך מצג שלפיו הקרקע מיועדת להקמת מפעל תעשייתי. בדיעבד התברר כי לאחר הקצאת הקרקע למשיב וכריתת חוזה הכירה עמו, הוא נטש את כוונתו לבנות במקום מפעל תעשייתי ופעל להקמת מרכול.

פרק א: הדין

עיון בפסיקת בתי המשפט מגלה כי הסוגיה של שינוי תנאי ההתקשרות עם הזוכה במכרז עלתה בשני הקשרים, שעל-אף הדמיון והקרבה ביניהם זכו להתייחסות שונה מצד בית המשפט: ההקשר הראשון שבו עלתה סוגיה זו מתייחס למצב שבו זכה מציע במכרז, ומייד לאחר-מכן נוהל עמו משא-ומתן לשינוי תנאי ההתקשרות כפי שזו הוגדרה מראש במסמכי המכרז. ההקשר השני מתייחס לשינוי תנאי ההתקשרות שנעשה בשלב מתקדם יותר של ההתקשרות, ומכל מקום לאחר שכבר נחתם החוזה בין הצדדים.⁷ לפיכך, ההתייחסות שלהלן לדין המצוי תיעשה תוך הבחנה בין שני ההקשרים האמורים. לעומת זאת, בהצגת ההסדר המוצע לא ראיתי הצדקה להחזיק בהבחנה זו, מאחר שלדעתי, ההקשר הראשון אינו אלא מקרה פרטי של ההקשר השני.

1. ניהול משא-ומתן עם הזוכה במכרז

ככלל, ניהול משא-ומתן עם המציעים במסגרת עריכת מכרז רגיל הינו אסור.⁸ אולם בית המשפט העליון התיר לנציגי הרשות לנהל משא-ומתן עם הזוכה במכרז – לאחר סיומו של הליך המכרז – לצורך שינוי של תנאי ההתקשרות.⁹ הנימוק שהעמיד בית המשפט כבסיס

7 ראוי לציין כי על-פי פסיקה עקבית של בית המשפט העליון, עצם ההכרזה על מציע כעל זוכה במכרז משכללת חוזה תקף בין עורך המכרז לבין המציע הזוכה. לפיכך, לחתימה על החוזה אין משמעות נורמטיבית, אלא מדובר בפעולה פורמלית גרידא. ראו, לדוגמה, בג"ץ 462/79 שרכיב נ' ראש עיריית נהריה, פ"ד לד(1) 467, 472; בג"ץ 632/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673, 679 (להלן: עניין מיגדה I); ע"א 431/82 חסיד נ' פרזות, פ"ד לט(4) 451, 460; ע"א 4850/96 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נב(5) 562, 571; ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289. כן ראו גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (1999) 147-148 (להלן: "שלו").

8 ראו, לדוגמה, בג"ץ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 91-95 (להלן: עניין מיגדה II); עניין אינווסט אימפקט, לעיל הערה 4, בעמ' 737. זאת להבדיל ממכרז מיוחד או מכרז גמיש, שבמסגרתו ניהול משא-ומתן עם המציעים במכרז הינו מותר. ראו תקנה 7 לתקנות חובת המכרזים.

9 הלכה זו נקבעה בעניין אינווסט אימפקט, (וזאת להבדיל מעמדת השופט זוסמן, כפי שהיא באה לידי ביטוי בבג"ץ 316/63 גזית ושחם נ' רשות הנמלים, פ"ד יח(1) 172, 180), ולאחר-מכן אומצה בפסקי-דין רבים נוספים. ראו, לדוגמה, מחוזי – ה"פ (ת"א) 200535/98 דגם מערכות נ' משרד החינוך (לא פורסם, ניתן ביום 3.6.99), פסקה 11 לפסק-הדין (להלן: עניין דגם מערכות); מחוזי – ה"פ (חי') 154/99 מגל מערכות בטחון נ' רשות שדות התעופה (לא פורסם, ניתן ביום 27.5.99), פסקה 4 לפסק-הדין; מחוזי – עת"מ (י"ם) 241/01 נשר צילומי אוויר נ' ק.ק.ל (לא פורסם, ניתן ביום 7.5.01), פסקה 21 לפסק-הדין; עניין פז, לעיל

לקביעה זו הינו:¹⁰

"משא-ומתן זה אין בו כדי לפגוע בשוויון התחרות בין המשתתפים השונים שכן ההצעה הנבחרת היא זו המתקבלת ללא ניהול של משא-ומתן כלשהו ועל-פי ההצעות המקוריות בלבד. במסגרתו של משא-ומתן זה נקודת המוצא היא שהמציע שהצעתו זכתה זכאי שיעשה עמו חוזה על-פי הצעתו המקורית וכל שינוי בהצעתו הוא עניין לשקול דעתו שלו בלבד. הדבר דומה בעיני למקרה שבו החוזה כבר נחתם ומתבצע ובעלי החוזה מנהלים משא-ומתן במסגרתו של החוזה להכניס בו שנויים מסויימים המתבקשים על-פי הנסיבות. כשם שהמשא-ומתן בדוגמה האמורה אין בו כדי לפגוע בשוויון התחרות, כך אין משא-ומתן פוגע בשוויון זה שעה שהוא נערך לאחר קבלת אחת ההצעות אך בטרם החלה העבודה ובטרם נחתם מסמך פורמלי."

המגבלות שקבע בית-המשפט העליון לניהול משא-ומתן כאמור הינן שהמשא-ומתן לא יהווה "אמצעי לעקוף את דיני המכרזים עצמם",¹¹ וכן ש"משא-ומתן זה חייב

הערה 5, פסקה 6 לפסק-הדין; מחוזי - עת"מ (ת"א) 1381/02 מחלב גדי שירותי הסעות נ' עיריית רעננה (לא פורסם, ניתן ביום 21.5.2003), פסקה 8 לפסק-הדין.
 10 עניין אינוסט אימפקט, לעיל הערה 4, בעמ' 737. מובן כי ניהול המשא-ומתן הינו בגדר רשות בלבד. כך, בנסיבות שבהן ועדת המכרזים עומדת על כך שהזוכה במכרז יקיים את הצעתו כלשונה, אין לזוכה במכרז כל זכות לדרוש שינהל עמו על כך משא-ומתן או שתינתן לו הקלה ביחס לאיזו מדרישות המכרז. ראו, לדוגמה, מחוזי - עת"מ (חי) 2221/04 קבוצת אלון נ' מועצה אזורית משגב (לא פורסם, ניתן ביום 14.7.2004), פסקה 4.2 לפסק-הדין. עניינה של פרשה זו במכרז שפרסמה המועצה האזורית (המשיבה) להספקת משאית לפינוי אשפה. העותרת הציעה לספק למשיבה משאית מדגם מסוים, והצעתה זו זכתה במכרז. אולם לאחר זכייתה הודיעה העותרת כי הדגם שצוין בהצעתה אינו מיוצר עוד, ועל-כן היא מוכנה לספק למועצה האזורית משאית של אותו יצרן, אך מדגם חדיש ומתקדם יותר, ללא תוספת מחיר. המועצה האזורית דחתה את ההצעה בשל חריגתה מן ההצעה שהוגשה למכרז, וזיכתה במכרז את המציעה הבאה בתור. בית-המשפט לעניינים מנהליים אישר החלטה זו ושייכה את אופן התנהלותה של ועדת המכרזים בנסיבות העניין. תוצאה זו נראית בעיני בעייתית, וזאת מכמה טעמים: ראשית, בתחום הספקת כלי-הרכב ניתן לצפות שיצרן יפסיק לייצר דגם מסוים, ובנסיבות מעין אלה ראוי להסכים להספקת דגם חדיש ומתקדם יותר כל עוד אין בכך כדי להטיל על הרשות המנהלית נטל כלכלי נוסף; שנית, בנסיבות העניין ברור כי הצעתה החלופית של הזוכה במכרז היטיבה עם הרשות המנהלית; שלישית, קשה לראות כיצד פגע השינוי המוצע בתחרות ההוגנת, בעיקרון של שוויון ההזדמנויות או בערך אחר שהמכרז נועד להגשים. על-כן נראה כי בנסיבות העניין היה ראוי לקבל את הצעתה החלופית של הזוכה במכרז. כן ראו ע"א 1368/02 צמנטכל ב. קוטיק נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(1) 516, 825-725 (להלן: עניין צמנטכל); מחוזי - ה"פ (ב"ש) 8007/03. בן-עמי ובניו עבודות עפר ופיתוח נ' רשות הנמלים והרכבות נמל אשדוד (לא פורסם, ניתן ביום 28.2.2005).
 11 עניין אינוסט אימפקט, לעיל הערה 4, בעמ' 738.

שיהיה מוגבל למטריה הנדונה בחוזה הראשון, ושלא יהיה בו משום שינוי מהותי או משמעותי ממנה".¹²

הלכה זו שקבע בית-המשפט העליון בפרשת אינווסט אימפקט מצאה ביטוי מרומז גם בתקנה 18 לתקנות העיריות (מכרזים), החלה על מכרזי השלטון המקומי:¹³

"לא ינהל משא-ומתן עם משתתף במכרז בטרם נקבע הזוכה במכרז."

נראה כי מסקנה פרשנית מתבקשת מנוסח זה היא שאסור לנהל משא-ומתן כל עוד לא נקבע הזוכה במכרז, אך מותר לנהל משא-ומתן עם הזוכה במכרז לאחר שהוכרז ככזה.¹⁴ הקושי העיקרי שאני רואה בהסדר ההלכתי שקבע בית-המשפט הינו בפשטנותו, ובכך שהסייג היחיד שהוא מציב לפני ניהול המשא-ומתן אינו מהווה הנחיה מספקת לוועדת המכרזים. בהתחשב בעמימותו ובכלליותו של הסייג, ועדות המכרזים מפרשות את ההסדר כהיתר גורף לניהול משא-ומתן עם הזוכה במכרז, בעיקר בנסיבות שבהן הדבר נתפס על-ידיהן כהזדמנות לשפר את תנאי ההתקשרות המעוגנים בחוזה; זאת גם אם בשינוי זה יש כדי להיטיב באופן משמעותי עם המציע שזכה במכרז.

2. שינוי תנאי ההתקשרות לאחר החתימה על החוזה

דיני המכרזים החקוקים מסדירים באופן חלקי בלבד את האופן שבו נציגי הרשות נדרשים לנהוג כאשר ברצונם לשנות את תנאי החוזה שנכרת בין הרשות לבין הזוכה במכרז, ואינם מספקים מענה חד-משמעי לשאלה: האם שינוי מעין זה הינו אפשרי, או שהוא מחייב עריכת מכרז חדש? עם זאת ניתן, לדעתי, ללמוד מאופן ההסדרה הקיים על עמדתו של מחוקק-המשנה ביחס לסוגיה זו. נסביר.

תקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים מסדירה את הנסיבות שבהן רשות מנהלית רשאית להרחיב או להאריך התקשרות קיימת מבלי לערוך מכרז לשם כך. התקנה

12 שם, שם. כן ראו עניין צמנטכל, לעיל הערה 10, בעמ' 527. גבראלה שלו מציינת בספרה כי תנאי לעריכתו של משא-ומתן מעין זה הינו עיגונה של אפשרות זו במסמכי המכרז (שלו, לעיל הערה 7, בעמ' 173), אולם לעמדה זו אין תימוכין בפסק-הדין, ובפועל אין הרשות נוהגת כך. 13 תקנה זו הוספה לקובץ התקנות בעקבות פסק-הדין בע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. נ' עיריית נשר, פ"ד (נ) 206. על נסיבות פסק-הדין ותוצאותיו ראו עומר דקל מכרזים א (2004) 142, 163.

14 לחיזוק מסקנה פרשנית זו ראו גם מחוזי - המ' (י"ם) 6008/96 ליפר נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, ניתן ביום 21.10.96); עניין דגם מערכות; מחוזי - בש"א (ב"ש) 2747/99 ובילי ערוער נ' מועצה מקומית ערערה (לא פורסם, ניתן ביום 15.7.1999); מחוזי - בש"א (ב"ש) 3974/03 יראב שירותי נוי (1985) בע"מ נ' עיריית באר-שבע (לא פורסם, ניתן ביום 17.11.2003), פסקה 7 בפסק-הדין (להלן: עניין יראב שירותי נוי).

קובעת כי לא חלה על רשות חובה לערוך מכרז לגבי התקשרות העונה על התנאים הבאים:¹⁵

"התקשרות נוספת המהווה המשך להתקשרות ראשונה בתוך שלוש שנים ממועד ההתקשרות הראשונה, בתנאים זהים לה או מטיבים עם עורך המכרז, בנסיבות שבהן השמירה על האחידות נדרשת מטעמי חסכון או יעילות (בפסקה זו – התקשרות המשך); שווין המצטבר של כל התקשרויות המשך לא יעלה על שווי ההתקשרות הראשונה. עלה שווין המצטבר של התקשרויות המשך על חמישים אחוזים משווי ההתקשרות הראשונה – טעונה התקשרות המשך אישור החשב הכללי, ובהעדרו מי שהוא הסמיכו לעניין זה; החשב הכללי רשאי לאשר, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיירשמו, התקשרות המשך אף אם היא נעשית לאחר שלוש שנים ממועד ההתקשרות הראשונה, אף אם עלה שווין המצטבר של התקשרויות המשך על שווי ההתקשרות הראשונה או אף אם היא נעשית שלא בעקבות מכרז; בפסקה זו – 'שווי ההתקשרות הראשונה' – שוויה במועד כל אחת מהתקשרויות המשך."

הרחבה או הארכה של התקשרות קיימת אינן אלא מקרים פרטיים של שינוי תנאי ההתקשרות, היכול לבוא לידי ביטוי גם בדרכים רבות נוספות, כגון הקטנת היקף ההתקשרות, ויתור על חלק מהדרישות המפורטות בחוזה, קיצור משך ההתקשרות, שינוי הטובין שהספק נדרש לספק, שינוי המפרט הטכני של החוזה וכיוצא בזה. כאמור, תקנה 3(4) מסדירה סוג אחד ממוגוון השינויים האפשריים. מהעיון בתקנה עולה כי הנחת המוצא של מתקין התקנה היתה שהרחבתה או הארכתה של ההתקשרות החוזית אינן מהוות חלק מאותה התקשרות, אלא מדובר ב"התקשרות נוספת המהווה המשך להתקשרות ראשונה". קרי: מדובר בהתקשרות חדשה, שאלמלא נקבע במפורש בחיקוק שהיא פטורה מחובת מכרז, היא היתה מחויבת בעריכת מכרז.¹⁶ מהסדר זה ניתן להסיק כי אילו היתה הסוגיה של שינוי תנאי ההתקשרות שנכרתה בעקבות מכרז מוסדרת בחיקוק, סביר להניח שהמדיניות שהיה מחוקק המשנה נוקט בה היתה זהה. לשון אחר: מנוסח תקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים ניתן ללמוד כי שינוי מהותי של תנאי ההתקשרות שקול בעיני מחוקק המשנה לכריתתו של חוזה חדש, המחייבת עריכת מכרז – אלא אם כן קיים לגבי ההתקשרות פטור מפורש מעריכת מכרז בהתאם לאחת מעילות הפטור המעוגנות בתקנות חובת המכרזים.

3. ההלכה הפסוקה

מעטים המקרים שבהם חוקיות שינויו המאוחר של חוזה שנכרת בעקבות מכרז עמדה לביקורת שיפוטית. עובדה זו אינה נובעת מכך ששינוי מאוחר של החוזה הינו פרקטיקה נדירה, אלא, ככל הנראה, כתוצאה מכך שפעולה זו נעשית בדרך-כלל רחוק מעין הציבור

15 לפרשנות תקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים ראו דקל, לעיל הערה 13, בעמ' 232–235.

16 לחיזוק עמדה זו, ראו גם: Sue Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* (London, 1996) 119.

ומענים הבוחנת של המציעים האחרים, ומכיוון שהתמריץ של המציעים לתקוף פעולה מעין זו אינו רב בהתחשב בכך שלא תצמח להם בדרך כלל טובת-הנאה ישירה מסיכול השינוי. פרשה שהגיעה לדיון לפני בית-המשפט העליון וחייבה דיון בחוקיות שינויו של זיכיון שהוענק במקורו בעקבות מכרו הינה פרשת טלסינימה.¹⁷ עניינה של פרשה זו בהחלטה של שרת התקשורת לשנות את תנאי הזיכיון להפעלת טלוויזיה בכבלים באופן שיאפשר לזכייניות להוסיף ערוץ שידור דו-כיווני, שיאפשר למנויים צפייה בסרטים על-פי תשלום (pay-per-view). טענת העותרות היתה ששינוי מעין זה של תנאי הזיכיון מחייב עריכת מכרו, בעוד שעמדתה של שרת התקשורת היתה שניתן לעשות את השינוי במסגרת הרחבת הזיכיון המקורי וללא פרסום מכרו. במקרה מיוחד זה עוגנה הסמכות לשינוי תנאי הזיכיון בחוק הבזק עצמו,¹⁸ שמכוחו נערך המכרו המקורי והוענקו זכויות השידור. על-כן לא התחייב בנסיבות העניין דיון נרחב בדבר עצם הסמכות להחליט על שינוי תנאי ההתקשרות ללא עריכת מכרו חדש, והדיון השיפוטי התמקד בהיקף שיקול-הדעת המוקנה לשרת התקשורת בחוק הבזק. בהתחשב בנסיבות המיוחדות של העניין קבע בית-המשפט העליון כי השרה לא חרגה ממתחם הסבירות בעת שהחליטה לשנות את תנאי הזיכיון ללא עריכת מכרו. פסק-דינו של השופט קדמי ביטא עמדה ביקורתית כלפי החלטתה של שרת התקשורת להימנע מעריכת מכרו, אך גם ביקורת זו לא הגיעה לכלל החלטה שיפוטית להתערב בהחלטת השרה. על-אף ההחלטה השיפוטית לא להתערב בהחלטת השרה להימנע מעריכת מכרו, ציין בית-המשפט כי שינוי מהותי של תנאי ההתקשרות עלול להיחשב לעקיפה של חובת המכרו,¹⁹ וכי סעיף חוק המסמך את הרשות לשנות את תנאי ההתקשרות ללא מכרו ראוי לפירוש מצמצם.²⁰

הלכה אחרת שניתן להקיש ממנה לענייננו הינה פרשת אינווסט אימפקט, שהוזכרה לעיל.²¹ כזכור, בפרשה זו קבע בית-המשפט העליון כי לאחר שהליכי המכרו הסתיימו, הרשות המנהלית רשאית לנהל משא-ומתן עם הזוכה במכרו לצורך שינוי מועדי ההספקה שהיו קבועים בחוזה המקורי. קביעה זו השתית בית-המשפט על ההנחה שניהול משא-ומתן בין צדדים לחוזה שנכרת בעקבות מכרו לצורך שינוי תנאי ההתקשרות אינו מעורר קושי. מקור נוסף שניתן ללמוד ממנו על עמדתו של בית-המשפט בסוגיה הינו המדיניות השיפוטית לגבי זכות העמידה של מציע שהפסיד במכרו למנוע שינוי מאוחר בתנאי ההתקשרות שנקשרה בין הזוכה במכרו לבין הרשות עורכת המכרו. מטבע הדברים, מדיניות שיפוטית מרחיבה לגבי זכות העמידה בנסיבות מעין אלה יכולה ללמד על עמדה ביקורתית כלפי שינויים כאמור. לעומת זאת, מדיניות מצמצמת יכולה ללמד על עמדה הרואה בשינוי תנאי ההתקשרות פעולה לגיטימית של הרשות. סוגיה זו טרם נידונה בבית-המשפט העליון,

17 בג"ץ 1605/94 טלסינימה נ' שרת התקשורת, פ"ד (נב) 3) 803 (להלן: עניין טלסינימה).
18 חוק הבזק (העברת עובדים ל"בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ), תשמ"ב-1982, ס"ח 231.

19 עניין טלסינימה, בעמ' 814.

20 שם, בעמ' 810.

21 עניין אינווסט אימפקט, לעיל הערה 4.

ומפסקי-דין אחדים שניתנו על-ידי בית-המשפט המחוזי עולה עמדה שאינה אחידה. כך, בפרשת נגה – נעליים גבעת השלושה²² קבע בית-המשפט המחוזי כי מציע שהפסיד במכרז זכאי לעקוב אחר אופן ביצוע החוזה ולעמוד על כך שיבוצע בהתאם לקבוע במסמכי המכרז, כל עוד מדובר בתנאים מהותיים, שאי-עמידה בהם מקרינה לאחור על הלגיטימיות של המכרז.²³ את זכות העקיבה ביסס בית-המשפט על דוקטרינת החוזה הנספח,²⁴ בקובעו כי החוזה הנספח שנכרת בין כל אחד מהמציעים לבין עורך המכרז כולל גם את התחייבותו של עורך המכרז לבצע את ההתקשרות בינו לבין הזוכה במכרז בהתאם לתנאים הקבועים במסמכי המכרז. הכרה מסויגת יותר בזכות העקיבה של המציעים אחר אופן ביצוע ההתקשרות עם הזוכה במכרז ניתן למצוא בפרשת חבר המתרגמים.²⁵ בפרשה זו קבע בית-המשפט המחוזי כי יהיה מקום להיעתר לעתירה לכיטול מכרז על רקע אי-קיומן של הוראות החוזה שנכרת בעקבותיו:²⁶

”רק במקרים חריגים כאשר ניתן ללמוד מ’סוף מעשה’ על קיומה של קנוניה מלכתחילה בין המזמין והזוכה, או כאשר ההפרה אוצלת רטרואקטיבית על השלב שבו נתקיימו הליכי המכרז עובר לבחירת הזוכה.”

במילים אחרות: קיימת הצדקה למנוע שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות רק בנסיבות המעידות על קיומה של שחיתות כבר בשלב המכרזי. עם זאת ראוי לשים-לב שעל-אף הצהרתו דלעיל בחן בית-המשפט לגופן את טענות העותרת בדבר שינויים שנערכו בחוזה, ולמרות קביעתו כי אין כל ראייה לכך שמדובר בקנוניה, הורה להנהלת בתי-המשפט לעמוד על הדרישות החוזיות המפורטות בחוזה, בעיקר על אלה שהן בעלות משמעות כספית.²⁷ לעומת זאת ניתן להצביע גם על פסיקה שבה שלל בית-המשפט כמעט לחלוטין את זכותו של מציע שהפסיד במכרז לתקוף את חוקיותו של שינוי מאוחר בתנאי ההתקשרות. כך, לדוגמה, בפרשת פז²⁸ טענה העותרת כי הזוכה במכרז (חברת “דלק”) הפרה את החוזה שנכרת עמה בעקבות המכרז, ועל-כן שומה על הקרן הקיימת לישראל לבטל את ההתקשרות עמה ולהכריז על “פז” כעל הזוכה במכרז. בית-המשפט דחה טענה זו, וקבע כי לאחר שנחתם (בעקבות הזכייה במכרז) החוזה בין המזמין לבין הזוכה במכרז, אין למשתתפים האחרים במכרז מעמד לטעון להפרת החוזה על-ידי הזוכה.²⁹

22 מחוזי – ה”פ (ת”א) 796/94 נגה – נעליים גבעת השלושה נ’ משרד הבטחון (לא פורסם, ניתן ביום 11.1.1996).

23 שם, פסקה 11 לפסק-הדין.

24 להסבר בדבר דוקטרינה זו ראו דקל, לעיל הערה 13, בעמ’ 184–189.

25 עניין חבר, לעיל הערה 5.

26 שם, פסקה 2 לפסק-הדין. מבחן זה אומץ גם במחוזי – עת”מ (ת”א) 1330/01 מודיעין אזרחי נ’ חברת החשמל (לא פורסם, ניתן ביום 1.12.2002) (להלן: עניין מודיעין אזרחי).

27 שם, פסקות (ג3) ו-(ד3) לפסק-הדין.

28 עניין פז, לעיל הערה 5.

29 שם, פסקה 6 לפסק-הדין. קביעה דומה ניתן למצוא גם בפסקי-דין נוספים של בית-המשפט

הלכה אחרת שניתן לכאורה להקיש ממנה לענייננו הינה זו הקובעת ששינוי ההצעה מהווה הצעה חדשה, ושינוי של מסמכי המכרז מהווה הזמנה חדשה להציע הצעות.³⁰ על-פי הלכה מושרשת זו, שינוי בדרישות המכרז לאחר פרסום המכרז מהווה הזמנה חדשה להגשת הצעות, ושינוי ההצעה לאחר שהוגשה מהווה הצעה חדשה (ועל-כן הדבר אינו אפשרי לאחר חלוף המועד האחרון להגשת ההצעות). אם נמשיך קו-מחשבה זה, שינוי של החוזה שנכרת עם הזוכה במכרז מהווה כריתה של חוזה חדש, המחייב עריכת מכרז חדש. ראוי אומנם להבחין לצורך זה בין שינוי טכני, שולי או זניח, שניתן לראותו כשינוי הנעשה במסגרת החוזה המקורי, לבין שינוי מהותי, המתייחס להיבטים מרכזיים ומהותיים של ההתקשרות; אך ככל שמדובר בשינוי מהותי מעין זה, ראוי לראותו ככריתת חוזה חדש בין הרשות המנהלית לבין הזוכה במכרז.³¹ לסיכום, יקשה לדלות מן ההסדרים החקוקים או מן ההלכה הפסוקה עמדה אחידה וברורה בדבר כוחה של הרשות לשנות (בהסכמה) את תנאי החוזה שנכרת בינה לבין הזוכה במכרז.

4. מבט משווה

על-פי תקנות הרכישה של הממשל הפדרלי בארצות-הברית, החלטה בדבר שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות בין הרשות לבין הספק שזכה במכרז הינה בסמכות הפקיד המוסמך לחתום על החוזה בלבד, ואינה בסמכותה של היחידה המזמינה או של כל גורם אחר.³² מקור הסמכות לשינוי תנאי ההתקשרות הינו בחוזה עצמו, שתקנות הרכישה מחייבות לכלול בו "פסקת שינויים" המקנה לפקיד המוסמך שיקול-דעת רחב להכניס שינויים בתנאי ההתקשרות.³³ על-פי הנוסח של פסקת השינויים שהתקנות מכתיבות, אין הספק זכאי להתנגד לשינוי, אלא רק לדרוש תשלום הולם בעבור השינוי שהוכנס לחוזה. אם הסכום שהספק דורש תואם את הערכת הרשות, תאושר דרישתו והחוזה ישונה בהתאם; אם דרישתו הכספית של הספק עולה על הסכום הראוי לפי הערכת הרשות, והצדדים אינם מצליחים ליישב סוגיה זו ביניהם, יוחל על המחלוקת המנגנון ליישוב סכסוכים, שאף הוא מעוגן

המחוזי. ראו, לדוגמה, עניין סיורי הסעות, לעיל הערה 5, פסקה 12 לפסק-הדין, וכן עניין גיין. ס.א.ס. ספורט, לעיל הערה 5, פסקה 5(א) לפסק-הדין.

30 ראו עניין מיגדה I, לעיל הערה 7, בעמ' 679, ועניין מיגדה II, לעיל הערה 8.
31 לחיזוק עמדה זו, ראו: Arrowsmith, *supra* note 16, at pp. 122–123, לשאלה אם חוזה ששונה בהסכמת הצדדים הינו בבחינת חוזה חדש או חלק מן החוזה המקורי אין משמעות רבה בדיני החוזים, אך עשויה להיות לה משמעות רבה מנקודת-הראות של דיני המכרזים. אם מדובר בשינוי החוזה המקורי, ייתכן שהדבר יהיה לגיטימי, בעוד שאם מדובר בחוזה חדש, מתחייב לכאורה פרסום מכרז חדש או קבלת פטור מעריכת מכרז בהתאם לעילות הפטור המעוגנות בתקנות חובת המכרזים.

32 FAR (Federal Acquisition Regulations) §43.102(a).

33 ראו את ההנחיה המפורטת ב-FAR §43.205, ואת נוסח הפסקות שיש לכלול בחוזה ההתקשרות שבין הרשות לבין הספק ב-FAR §52.243–6 – FAR §52.243–1.

בחווה עצמו.³⁴ בכל מקרה, הספק מחויב לעשות את השינוי שהרשות דורשת, וזאת גם אם קיימת בין הצדדים מחלוקת בדבר שיעור התשלום המגיע לו בעקבות השינוי.³⁵ למרות הלשון הרחבה של פסקת השינויים כפי שהיא מוכתבת על ידי תקנות הרכישה, לא נתן בית המשפט המנהלי בארצות הברית לרשות יד חופשית לעשות שינויים בהתקשרות, והגביל אותה לשינויים שהוגדרו על ידי ככלולים במסגרת "מתחם החווה" המקורי.³⁶ בית המשפט לא התיר שינוי ששינה באופן מהותי את המוצר או את העבודה שהיה על הספק לספק על פי החווה המקורי, שחייב סטייה משמעותית ממסגרת התקציב של החווה המקורי או שינה באופן משמעותי את משך ההתקשרות המקורית.³⁷ כמו כן, כאשר היה העותר נגד השינוי מציע שהפסיד במכרז או מציע בכוח, בחן בית המשפט אם השינוי נמצא ב"מתחם התחרות" של החווה המקורי;³⁸ ואם הוא מצא שמדובר בשינוי שמתמודד סביר לא היה אמור לצפותו בעת ההתמודדות במכרז – הוא מנע את ביצועו.³⁹ מעבר לסמכות לשנות את החווה הנובעת מנוסח החווה עצמו, תקנות הרכישה הפדרליות מפרטות נסיבות נוספות ששינוי החווה מותר בהן. ככלל, התקנות קובעות כי טענה של ספק כי הוא סובל הפסדים עקב ההתקשרות אינה מהווה סיבה מספקת לעשיית שינויים בחווה.⁴⁰ חריג לכלל זה הינו כאשר מדובר בחווה שבו הפסדי הספק עלולים לפגוע בביצועיו ברמה כזו שאינטרס חיוני לביטחון הלאומי עלול להיפגע. בנסיבות מעין אלה ישונה החווה באופן שימנע את הפגיעה האמורה.⁴¹ חריג נוסף הינו כאשר הפגיעה ברווחיו של הספק נובעת מפעולה של הרשות המנהלית עצמה. גם בנסיבות מעין אלה ניתן להתאים את תנאי ההתקשרות למציאות החדשה, וזאת משיקולי הגינות.⁴² נסיבות אחרות המאפשרות שינוי של החווה הינן טעות שנפלה בחווה.⁴³ התקנות שמות דגש מיוחד בפרוצדורה לאישור כל שינוי בחווה, וזאת כדי למנוע ניצול לרעה של סמכות זו.⁴⁴

34 FAR §52.243–1(d); FAR §52.243–3(d); FAR §52.243–5(e)

35 FAR §52.243–1(e); FAR §52.243–3(d)

36 בית המשפט גזר מגבלה זו מלשונה של פסקת השינויים בחווה ההתקשרות, המאפשרת לבצע אך שינויים הנמצאים "within the general scope of this contract".

37 ראו סקירה של מקרים מעין אלה אצל: John Cibinic & Ralph C. Nash *Administration of Government Contracts* (Washington D.C., 3rd ed., 1995) 385–386

38 בית המשפט בחן אם השינוי הינו Within the scope of the competition conducted to achieve the original contract. *AT&T Communications Inc. v. WilTel Inc.*, 1 F.3d 1201 (1993), 1205

39 ראו דוגמות לפסיקת בית המשפט בהקשר זה אצל Cibinic & Nash, *supra* note 37, at pp. 388–391

40 FAR §50.301

41 FAR §50.302–1(a)

42 FAR §50.302–1 (b)

43 FAR §50.302–2. התקנות נותנות כמה דוגמות לטעויות העשויות להצדיק תיקון של החווה.

44 FAR §50.304 – FAR §50.303

בצרפת, כמו בארצות הברית, סמכותה של הרשות לשנות את תנאי החוזה קבועה בחוזה עצמו. הפעלתה של סמכות זו מותנית בכך שהשינוי המבוקש נועד להבטיח את המשכיות השירות המוענק לציבור. גם בצרפת, כמו בארצות הברית, הסמכות להחליט על השינוי נתונה בידי נציגי הרשות, וזכויותיו של הספק מתמצות בזכותו לקבל תשלום הוגן בעבור הנטל הנוסף שהוטל עליו. אולם גם כאן אין החוק מאפשר לרשות חופש בלתי-מוגבל לשנות את תנאי ההתקשרות. שינוי תנאי ההתקשרות מותר רק אם הוא נעשה במסגרת החוזה המקורי והוא בעל זיקה לחוזה זה. "חוזה חדש" או "עבודה חדשה" לא ייחשבו לשינוי לגיטימי של תנאי ההתקשרות. "חוזה חדש" הוגדר על-ידי בית המשפט בצרפת כחוזה המסדיר עבודה שונה בתכלית מזו שאליה התייחס החוזה המקורי וללא כל קשר אליה, או חוזה המסדיר עבודה דומה או קשורה לזו שאותה הסדיר החוזה המקורי אך בתנאים חזויים שונים לגמרי. כאשר הגיע בית המשפט למסקנה שהשינוי מהווה "חוזה חדש", הוא אסר זאת וחייב את הרשות לפרסם מכרוז חדש.⁴⁵ חוק הרכישות הממשלתיות בצרפת⁴⁶ מסדיר את הסוגיה של שינוי החוזה בשתי הוראות חוק: סעיף 19 לחוק קובע כי אין לשנות את החוזה באופן שישנה את נושא ההתקשרות או את היבטיה הכלכליים, אלא בנסיבות בלתי-צפויות שמעבר לשליטתם של הצדדים. נוסף על כך, סעיפים III(a)35 ו-b)35 לחוק קובעים שני מצבים שבהם ניתן להתקשר עם ספק שזכה במכרוז בהתקשרות-המשך: האחד, כאשר מדובר בהחלפה או בשדרוג של מוצר שסיפק אותו ספק, ורכישת מוצר אחר עלולה לגרום קשיים טכניים בהפעלת המוצר או בתחזוקתו. התקופה של התקשרות-המשך אינה יכולה לעלות על שלוש שנים, ומפורטת מגבלה גם לגבי שוויה; האחר, כאשר מדובר בשירות או בעבודה נוספים הכוללים תנאים ודרישות שלא היו כלולים בחוזה המקורי, אך עקב נסיבות בלתי-צפויות הם נעשו חיוניים לביצוע השירות או העבודה המוגדרים בחוזה המקורי, ולא ניתן להפרידם מהחוזה המקורי מבלי שהדבר יגרום אי-נוחות משמעותית לרשות המנהלית. השווי הכולל של כל התקשרויות המשך אינו יכול לעלות על 33% משווי ההתקשרות-המקורית.

באיטליה, שינוי של חוזה שנכרת בעקבות מכרוז אפשרי בשלושה מצבים: (1) כאשר הצורך בשינוי תנאיו של החוזה נובע משינוי בחקיקה; (2) כאשר הצורך בשינוי תנאיו של החוזה נובע מכוח עליון; (3) כאשר הצורך בשינוי תנאיו של החוזה נובע מטעות בתכנון או מטעות בביצוע הפרויקט (במקרה כזה ניתן להטיל אחריות לתשלום פיצויים על הגורם שבגינו נגרמה הטעות). בכל מקרה, ערכו של השינוי המבוקש בחוזה מוגבל לחמישית מערך החוזה המקורי.⁴⁷ אוריציאו הצביע על כך שבפועל, המגבלה בדבר ערך

45 ראו: Vito Auricchio "The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts" 7 *Public Procurement L. Rev.* (1998) 113, 117-119.

46 Code des Marches Publics. נוסח מלא של החוק באנגלית נגיש ב: <http://www.legifrance.gouv.fr/> (22.3.2006).

47 Auricchio, *supra* note 45, at p. 116

משפט ועסקים ה, התשס"ו

שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז

השינוי המבוקש אינה מקוימת, והממשלה פועלת בהתאם למגבלה המקילה יותר, המעוגנת בהנחיות האיחוד האירופי.⁴⁸

בבלגיה הסמיך המחוקק את הרשות המנהלית לשנות באופן חד-צדדי את היקף ההתקשרות המקורית, ובלבד שמתקיימים שלושה תנאים: (1) הדבר נעשה במסגרת ההתקשרות המקורית; (2) אין בכך כדי לשנות את מטרות ההתקשרות; ו-(3) הוצע לספק תגמול הולם בעבור עשיית השינוי.⁴⁹ אולם הספק אינו מחויב בביצוע העבודה הנוספת אם ערכה עולה על מחצית ערכה של ההתקשרות המקורית.⁵⁰ אשר לפרשנות הביטוי "לשנות את מטרות ההתקשרות" קבע בית-המשפט בבלגיה שאם מדובר בהארכה משמעותית של תקופת החוזה, בשינוי משמעותי של המסגרת הכלכלית של החוזה, בשינוי של מטרות ההתקשרות, או שבעקבות השינוי התבקש הספק לספק מוצר שונה מזה שהוגדר בחוזה – יש לראות בכך התקשרות חדשה המחייבת עריכת מכרז, ולא שינוי לגיטימי של התקשרות קיימת.⁵¹

לסיכום, ניתן להצביע על מכנה משותף לרוב ההסדרים שפורטו לעיל: שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות מותר אם הוא מהווה תנאי להצלחתה או לאי-כשלונה של ההתקשרות המקורית, אם קיימת זיקה ברורה בין ההתקשרות המקורית לבין השינוי המבוקש, ואם היקפו הכספי של השינוי המבוקש אינו הופך אותו לעיקר ואת ההתקשרות המקורית לטפל.

פרק ב: שיקולי מדיניות

1. בעד גישה מקילה

ניתן להצביע על כמה שיקולים המצדיקים לכאורה גישה מקילה שתאפשר לרשות ולזוכה במכרז לעשות שינויים והתאמות מוסכמות בחוזה שנכרת ביניהם במגוון רחב של נסיבות מבלי שהדבר יהווה כר לביקורת מצד המציעים שהפסידו במכרז או מצד בית-המשפט.

(א) אין למנוע שינוי שהוא כורח המציאות

שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות הינו לעיתים כורח המציאות. כאשר מדובר בחוזה

⁴⁸ *Ibid*, *ibid*

Law Decree of September 26, 1996, *Moniteur Belge* October 18, 1996, 26880; Annexe 49 to the Royal Decree concerning the General Rules on Public Procurements
לאנגלית על-ידי אוריצי'ו: Auricchio, *ibid*, at pp. 119–120.

Annexe to the Royal Decree concerning the General Rules on Public Procurements, 50
ibid, *ibid*

⁵¹ *Ibid*, *ibid*

מורכב או בחוזה ארוך-טווח, שהיכולת לצפות מראש את מלוא הנסיבות הכרוכות בביצוע אינה קיימת כמעט (ואם היא קיימת, עלותה עצומה), שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות והתאמתם למציאות המשתנה ולצרכים המשתנים הינם לעיתים כורח המציאות.⁵² נניח, לדוגמה, שתוך כדי ביצועו של פרויקט טכנולוגי ארוך-טווח שמתבצע בעקבות מכרז חלו התפתחויות טכנולוגיות המחייבות עדכון של תנאי ההתקשרות עם הספק. דוגמה אחרת: נניח שבמהלך ביצועו של חוזה ארוך-טווח למתן שירותי בריאות, חינוך או רווחה שנכרת בעקבות מכרז מתברר כי השתנו צרכיו של קהל מקבלי השירותים, השתנו מאפייני הקהל או השתנתה מדיניות הרשות בנוגע להענקת שירותים אלה. דוגמה נוספת: נניח שבמהלך עבודה המתבצעת בעקבות מכרז התגלה קושי בלתי-צפוי בביצועה, המחייב את שינוי תנאי ההתקשרות (כגון שבעת סלילת כביש התגלה בתוואי המתוכנן אתר ארכיאולוגי או מחצב יקר שלא היה ידוע עליו מראש. עובדה זו מחייבת את שינוי התוואי של הכביש, ושינוי זה כרוך בשינויים רבים אחרים, כגון שינויים במשך ההתקשרות, בתקציב וכדומה). בכל הדוגמות דלעיל, ההתאמה של תנאי ההתקשרות לנסיבות החדשות נחוצה ומתבקשת, ובכל אחת מהן – המשך ההתקשרות עם הזוכה במכרז תוך התעלמות מהנסיבות החדשות אינו ראוי. ביטול ההתקשרות או פרסום מכרז אינם פתרונות ראויים.

הדוגמות דלעיל מתייחסות לנסיבות שקשה – ואולי לא ניתן כלל – לצפותן מראש, עובדה שיש בה כדי להקל על מתן הסכמה לשינוי תנאי ההתקשרות. אולם לעיתים, הצורך בשינוי תנאי ההתקשרות אינו נובע מנסיבות בלתי-צפויות או מנסיבות הנמצאות מחוץ לשליטתו של עורך המכרז, אלא ממחדל של הרשות – בין שמדובר במחדל הקשור לעיצוב המכרז או החוזה, במחדל הקשור לניהולו של המכרז או החוזה, או להיעדר התייחסות בחוזה לנסיבות שהיה ניתן וראוי לצפותן מראש. כך, לדוגמה, נניח שבעת ביצועו של פרויקט בנייה מתברר כי עקב הערכה שגויה של מתכנני הפרויקט, עבודות החפירה הנדרשות עולות על הקבוע בחוזה. בדומה לכך, נניח שחוזה ארוך-טווח לביצוע עבודות מחשוב אינו כולל התייחסות לשינויים טכנולוגיים, הגם שהיה ניתן לצפות את התרחשותם של שינויים מעין אלה כבר בעת פרסום המכרז. העובדה שהצורך בשינוי תנאי ההתקשרות נובע מרשלנות של נציגי הרשות המנהלית אינה מחייבת בהכרח את המסקנה ששינוי תנאי ההתקשרות אינו ראוי בנסיבות העניין. עצם העובדה שנציגי הרשות התרשלו בביצוע תפקידם אין משמעה שעל הציבור לשאת בנוק נוסף על הנוק שנגרם ממילא כתוצאה מרשלנות זו. על-כן, שאלת הלגיטימיות של שינוי תנאי ההתקשרות ראוי שתתברר לגופה, תוך התמקדות בעתיד. עם זאת, לסיבה שבגינה נוצר הצורך בשינוי ראוי שתהיה השפעה בשני מישורים: ראשית, צורך בשינוי שנוצר כתוצאה ממחדל של נציגי הרשות מעורר חשד שמא מדובר בקנוניה מכוונת, ולא ברשלנות גרידא – עובדה העשויה להשפיע על ההתייחסות הראויה לשינוי המבוקש. על-כן, שינוי מעין זה מחייב חשדנות-יתר מצד הגורם המוסמך לאשרו, וזאת כדי לוודא שאכן מדובר בצורך ענייני שאינו נובע ממניעים זרים. שנית, צורך בשינוי של תנאי ההתקשרות שמקורו במחדל של נציגי הרשות מחייב לשקול אם אין בהתרת השינוי המבוקש כדי לשדר מסר שלילי שלפיו "הרשלנות משתלמת".

52 חיזוק לעמדה זו ראו אצל איל זמיר חוק חוזה קבלנות (גד טדסקי עורך, תשל"ד) 406.

משפט ועסקים ה, התשס"ו

שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז

שיקולים אלה אינם מתעוררים כאשר השינוי המבוקש בתנאי ההתקשרות נובע מנסיבות שלא היתה לעורך המכרז יכולת לצפותן.

(ב) השינוי יעיל כלכלית

בנסיבות שמתברר בהן כי תנאי ההתקשרות כפי שנוסחו בחוזה אינן תואמות את תכלית ההתקשרות, וזאת מכל טעם שהוא, עומדות לפני הרשות שלוש אפשרויות בסיסיות: האפשרות האחת הינה לבטל את החוזה ולפרסם מכרז חדש. האפשרות השנייה הינה להמשיך בהתקשרות ללא כל שינוי, וזאת על-אף העובדה שאין היא תואמת את צורכי הרשות או את תכליתה. האפשרות השלישית הינה לתקן את החוזה ולהתאימו לצורכי ההתקשרות כך שישירת את מטרותיה. מנקודת-מבט כלכלית, אף אחת מהאפשרויות המצוינות לעיל אינה אופטימלית, וכל אחת מהן כרוכה במחיר כלכלי. האפשרות הראשונה (ביטול ההתקשרות) כרוכה באובדן זמן ובדחייה משמעותית של מימוש ההתקשרות, בעלויות העסקה הנובעות מפרסום של מכרז חדש ובסיכון שביטול ההתקשרות יחייב את הרשות בתשלום פיצוי למציע שזכה במכרז כדין. האפשרות השנייה (המשך ההתקשרות ללא שינוי) עלולה ליצור בזבוז של כספי ציבור, חוסר יעילות של ההתקשרות עצמה, סיכון שההתקשרות לא תגשים את יעדיה וחשש שהדבר יחייב התקשרות נוספת שתפצה על ההתקשרות הכושלת או תשלם אותה. האפשרות השלישית (תיקון החוזה) כרוכה אף היא בעלויות: עלויות העסקה הכרוכות בשינוי החוזה, היא אינה מבטיחה שהשינוי יוביל להתקשרות יעילה והיא נעשית בנסיבות של תלות מצד הרשות בספק. עם זאת דומה כי מבין שלוש האפשרויות, ניתן להצביע על מצבים רבים שבהם האפשרות השלישית תהיה הגרועה פחות. כך, לדוגמה, כאשר מדובר בשינוי שאין לו משמעות כלכלית רבה, כאשר מדובר בשינוי שנעשה בהתאם למנגנון המעוגן בחוזה עצמו, כאשר מדובר בשינוי שהוא כוח המציאות, כאשר מדובר בשינוי שמשמעותו הכלכלית מוגדרת ועריכת מכרז חדש לגביו תניב תוצאה צפויה מראש, כאשר מדובר בשינוי שמיטיב בבירור את מצבה של הרשות כצד לחוזה וכדומה. מכאן שלא ניתן לשלול את הטענה שקיימות נסיבות שבהן, לפחות בטווח הקצר, התאמת תנאי ההתקשרות למציאות המשתנה עדיפה מנקודת-מבט כלכלית על פרסום מכרז חדש או על המשך הליכי ההתקשרות בהתאם לקבוע בחוזה המקורי.

(ג) מדובר בתקופה החוזית, ומנקודת-ראות חוזית – שינוי שנעשה בהסכמה אינו מעורר קושי

על-אף האמור בפרק המבוא, תיתכן טענה כי שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בין הזוכה במכרז לבין הרשות המנהלית אינו מעורר קושי כל עוד מדובר בשינוי שאינו פרי קבוצה מוקדמת שנעשתה בשלב המכרז. זאת מכיוון שמדובר בפעולה הנעשית מתחילתה ועד לסופה בשלב של מערכת היחסים החוזית שבין הצדדים, לאחר שהמכרז פג זה מכבר ועבר מן העולם. מכיוון שאין חולק כי שינוי מוסכם ומודע של חוזה הנעשה ברגיל בין הצדדים לאותו חוזה אינו מעורר קושי, אין סיבה להקשות על צדדים לחוזה דווקא משום שמדובר בחוזה שנכרת בעקבות מכרז. זה כן זה הינם חוזים "רגילים", שהצדדים רשאים

לשנותם בכל עת. יש לזכור כי שינוי תנאי ההתקשרות נעשה עם המציע שהגיש את ההצעה הטובה ביותר וזכה במכרז כדין. עוד נובע מטענה זו כי אין מקום להכיר בזכותם של המתמודדים שהפסידו במכרז לעקוב אחר אופן הביצוע של ההתקשרות בין הזוכה במכרז לבין הרשות המנהלית. משהפסידו אלה במכרז, פקעה הצעתם, ועמה פקעה גם זכותם לעקוב אחר אופן הביצוע של ההתקשרות.

(ד) שינוי החוזה אינו פוגע בשוויון ההזדמנויות

אכן, בעת עריכת המכרז, חובתה של הרשות היא לנהוג בשוויון בין המציעים, ואסור לה להעדיף מציע אחד על מציע אחר. לא זו אף זו, חריגה של הרשות מחובתה זו תיתקל בביקורת שיפוטית מחמירה. אולם השינוי של תנאי ההתקשרות שנכרתה בעקבות המכרז נעשה לאחר שהמכרז הסתיים ומיצה עצמו. שינוי זה נעשה בין הרשות לבין המציע שהתמודד במכרז בתנאים של שוויון, וזכה בו מכיוון שהגיש הצעה טובה יותר מזו שהגישו יתר המתמודדים במכרז. בהנחה שהשינוי אינו פרי קנוניה ששורשיה בתקופת המכרז ואינו נובע ממניעים זרים, ניתן לטעון כי אין בו כדי להשליך לאחור על שוויוניותו של המכרז.

(ה) חיזוק אמונה של הרשות בהליך המכרז

אחת ממטרות המכרז הינה לאפשר לרשות המנהלית התקשרות יעילה מבחינה כלכלית.⁵³ הגבלת כוחה של הרשות לעשות שינויים נדרשים בתנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז עלולה ליצור תחושה של תסכול ואי-השלמה בקרב נציגי הרשות בשל התוצאות הקשות שעלולות להתלוות לכך. תחושה זו עשויה להיות מתורגמת לתובנה כי מנגנון המכרז אינו מאפשר לרשות המנהלית ביצוע של התקשרות יעילה ולפגיעה באמון הרשות במנגנון המכרז. חוסר אמון זה עלול להוות תמריץ להתחמקות מן החובה לערוך מכרז ולפגוע בסופו של דבר בשיטת המכרזים.

(ו) קיים קושי מעשי באכיפה

שיקול נוסף שעשוי להצדיק גישה מקילה כלפי שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות הינו השיקול המעשי. בדרך-כלל, שינוי תנאיה של ההתקשרות נעשה רחוק מעינו של הציבור, והיכולת לעקוב אחר אופן ביצועה של ההתקשרות מוגבלת מאוד. לכן, כדי לאכוף איסור מעין זה מתחייבת הכרה במעמדם של הגורמים העיקריים שיש להם עניין למנוע את השינוי – המתמודדים שהפסידו במכרז או מתחרים עסקיים בפועל או בכוח של הזוכה במכרז. כדי לאפשר לגורמים אלה למנוע שינויים אסורים יש להכיר בזכותם לקבל מידע שוטף בדבר אופן הביצוע של ההתקשרות והתקדמותו וכן מידע בעל משמעות עסקית. דבר זה עשוי להיות בעייתי הן מכיוון שהוא עלול לפגוע שלא בצדק במציע שזכה במכרז, הן מכיוון שהדבר עלול להטיל נטל ביורוקרטי כבד על הרשות והן מכיוון שהדבר עלול לסרב את ההתקשרות ולפגוע במימושה.

53 דקל, לעיל הערה 13, בעמ' 98.

2. בעד גישה מחמירה

כנגד השיקולים דלעיל ניתן להצביע על שורה של שיקולים המצדיקים מדיניות מחמירה כלפי שינוי מאוחר בתנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז.

(א) פתח לשחיתות וחשש מפני ניצול לרעה

הכרה באפשרות של הצדדים לשנות את תנאי החוזה שנכרת בעקבות מכרז עלולה להוות פתח לשחיתות ולניצול אפשרות זו לרעה. כך, הדבר עלול ליצור תמריץ לקנוניה בין מי מהמציעים לבין נציג הרשות עוד בטרם הוגשו ההצעות, שלפיה יציע אותו מציע הצעה אטרקטיבית במיוחד מבחינתה של הרשות, יזכה במכרז, ולאחר זמן־מה "ישופרו" תנאי ההתקשרות בהסכמה באופן שייטיב עמו. אולם שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות הנובע משחיתות אינו חייב להיות פרי קנוניה מוקדמת בין מציע לבין נציגי הרשות. הוא עלול להיות גם פרי קנוניה מאוחרת ביניהם, שבמסגרתה ידאג נציג הרשות ל"שיפור" תנאי ההתקשרות, והספק ידאג "לתגמל" את נציג הרשות בהתאם.

לא זו אף זו: אפילו נתעלם לרגע מהחשש לשחיתות, עדיין נותר החשש שהכרה רחבה בסמכותה של הרשות לשנות את תנאי ההתקשרות עם הזוכה במכרז תנוצל לרעה כתוצאה מעצלות או שמרנות של נציגי הרשות. כך, במקום שנציגי הרשות יפרסמו מכרז חדש בנסיבות שקיימת בהן הצדקה עניינית לכך, יובילו השמרנות וחוסר הרצון להתאמץ לבחירה באפשרות ה"קלה", אך לא בהכרח הראויה: הכנסת שינויים ותוספות לחוזה המקורי. החשש סמכות רחבה לשנות את תנאי ההתקשרות תנוצל לרעה מתחזק לנוכח העובדה שה"התאמות" והשינויים בהתקשרות המקורית נעשים בדרך־כלל רחוק מעינם של המציעים שהפסידו במכרז, רחוק מעינו של הציבור, וספק אם המגעים בין הצדדים מלווים בעריכת פרוטוקול. משמעות הדבר הינה כי בעת ניהול המשא־ומתן לשינוי תנאי ההתקשרות בין נציגי הרשות לבין המציע שזכה מצויים נציגי הרשות בבעיית־נציג חריפה, והמשא־ומתן המנוהל בין הצדדים חשוף לקנוניות, למניפולציות אסורות ולפגיעה במראית פני הצדק.⁵⁴

(ב) חשש ל"מדרון תלול" ולגלישת המשא־ומתן לשלב המכרז

קיים חשש שאם יתיר ההסדר המשפטי לרשות גמישות בניהול משא־ומתן ובשינוי תנאי

54 חיזוק לחשש זה ניתן למצוא במחוזי - עת"מ (י"ם) 281/01 גלובקול תקשורת נ' משרד האוצר (לא פורסם, ניתן ביום 15.8.2001). עניינה של פרשה זו במכרז של משרד האוצר להספקת מרכזיות טלפון ולמתן שירותי תחזוקה למרכזיות. לאחר שזכתה במכרז, הודיעה חברת "בזקכל" למשרד האוצר כי נפלה בהצעתה טעות־סופר, והיא מבקשת לתקנה. הטעות היא שבעד עמדת מרכזן ממוחשבת דרשה "בזקכל" בהצעתה סכום של 156.5 ש"ח, בעוד שבפועל הסכום הנכון הוא 1,565 ש"ח. רק לאחר שמשרד האוצר עמד על סירובו לתקן את ההצעה חזרה בה "בזקכל" מדרישתה. משנדרשה "בזקכל" להסביר את חזרתה מהדרישה לתקן את החוזה, היא הסבירה כי "במקומות אחרים שניגשנו למכרז הגופים שהוציאו את המכרז הסכימו לתקן. בממשלה כנראה שיותר קשוחים"; ובהמשך:

ההתקשרות עם הזוכה במכרז, לא ייוותר משא-ומתן זה בשלב החוזי – הבת-ר-מכרזי – אלא יגלוש לשלב המכרז עצמו. נסביר. בנסיבות שבהן מתחוויר לעורכי המכרז, תוך כדי עריכתו, שקיימת הצדקה לשנות את תנאי החוזה, וזאת מכל טעם שהוא (שינוי נסיבות, קושי תקציבי, רשלנות בניסוח החוזה וכדומה), עדיף להם לנהל את המשא-ומתן לגבי פרטי השינוי במועד שבו טרם זכה המציע הטוב ביותר במכרז מאשר לאחר ההכרזה על הזוכה במכרז. זאת מכיוון שכל עוד לא הוכרז בעל ההצעה הטובה ביותר כזוכה במכרז, סביר להניח שנכונותו "לבוא לקראת" הרשות תהיה רבה יותר, וזאת לעומת נכונותו לוותרים לאחר שכבר הוכרז כזוכה. לפיכך, לנציגי הרשות יש תמריץ ברור "לסכם" את פרטי השינוי עוד בטרם יוכרז הזוכה במכרז, דהיינו בשלב המכרז עצמו. תמריץ זה עלול ליצור מצב שבו לפני ההכרזה על מציע כזוכה במכרז הוא יהיה חשוף ללחץ מצד הרשות "לשפר" את הצעתו, "שיפור" שיוצג על-ידי נציג הרשות כתנאי לזכייתו במכרז.⁵⁵ מובן כי תוצאה מעין זו אינה רצויה.

(ג) חשש לפגיעה בעקרון השוויון

נוסף על החשש מפני ניצולה של סמכות השינוי לרעה, שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות, אפילו הוא נעשה מטעמים ענייניים, עלול לפגוע בעיקרון של שוויון ההזדמנויות ובתחרות ההוגנת. שמירה על עקרון השוויון מחייבת מתן הזדמנות שווה לכל להתמודד על טובת-ההנאה הכלכלית הגלומה בהתקשרות עם הרשות. הענקת טובת-הנאה כלכלית נוספת לזוכה במכרז המקורי, ללא עריכת תחרות וללא מתן הזדמנות שווה גם למציעים האחרים להתמודד על טובת-ההנאה זו, פוגעת בזכותם של המתמודדים האחרים לשוויון הזדמנויות ולתחרות הוגנת; שכן, אילו ידעו מציעים אלה שתנאי ההתקשרות בפועל יהיו שונים מהתנאים שפורטו במסמכי המכרז, ייתכן שהיו מגישים הצעה שונה מזו שהגישו בפועל.⁵⁶ לא זו אף זו: שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות פוגע גם בזכותם של מציעים-בכוח (שלא

הפרות הבאזשים שעלולים לצמוח מן ההיתר ההלכתי לשנות את תנאי ההתקשרות לאחר הזכייה במכרז. סו ארוסמית', שהתלבטה בשאלה אם משא-ומתן עם הזוכה במכרז מותר על-פי תקנות הרכישה האנגליות, קבעה שמשא-ומתן המיטיב את תנאי ההתקשרות בעבור הזוכה אסור בכל מקרה. ראו: Arrowsmith, *supra* note 16, at p. 250.

55 להרחבה, ראו: Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (New York, 6th ed., 2003) 25–26.

56 ראו, לדוגמה, עניין סיורי הסעות, לעיל הערה 5, פסקה 5 לפסק-הדין, שעניינו מכרז להסעות בעבור עיריית ירושלים. אחת מטענות התובעת היתה כי אילו ידעה שהעירייה לא תקפיד על תנאי ההתקשרות, היא היתה יכולה להגיש למכרז הצעה זולה יותר. דוגמה נוספת למקרה שבו התנגד משתתף במכרז המקורי לכוונתה של הרשות לממש אופציה להארכת ההתקשרות עם הזוכה במכרז, וזאת מן הטעם שהזוכה הפרה את התחייבויותיה החוזיות, ניתן למצוא במחוזי – עת"מ (ת"א) 1444/01 גיימס ריצ'רדסון נ' רשות שדות התעופה, (לא פורסם, ניתן ביום 21.2.2002). בפרשה זו לא הכריע בית-המשפט בטענת העותרת, שכן העתירה סולקה על-הסף מחמת חוסר סמכות. כן ראו עניין צמנטכל, לעיל הערה 10, שם. כן ראו עניין יראב שירותי נוי, לעיל הערה 14, פסקה 7 לפסק-הדין; מחוזי – ת"א (ב"ש) 3259/97 אוליצקי

התמודדו במכרז) לשוויון הזדמנויות ולתחרות הוגנת, שכן לגבי אלה ניתן לומר כי אילו ידעו על תנאי ההתקשרות לאשורם, ייתכן שהיו מעוניינים להתמודד במכרז.⁵⁷ לפיכך, הגם ששינוי תנאי ההתקשרות הינו מהלך הנעשה בשלב החוזי, לאחר שהמכרז הסתיים וכבר עבר מן העולם, ניתן לומר כי יש בשינוי כדי להשליך לאחור וכדי להוביל למסקנה כי הוא עומד בסתירה למכרז שקדם להתקשרות החוזית ואינו מתיישב עמו.

(ד) פגיעה באינטרס הציפייה של המתמודדים במכרז ושל מתמודדים בכוח במכרז

בהמשך לאמור לעיל, מציע המתמודד במכרז מצפה שההתקשרות שתבוא אחרי המכרז תתאם את הקבוע במסמכי המכרז ובחווה המצורף אליו. בהתאם לכך הוא מכלכל את צעדיו ומגבש את הצעתו. גם מתמודד בכוח במכרז העומד בדרישות המכרז, אך מחליט בסופו של יום לא להתמודד בו, מגבש החלטה זו בין היתר בהתחשב בתנאי המכרז והחווה. שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות פוגע הן באינטרס הציפייה של המתמודדים במכרז והן באינטרס הציפייה של מתמודדים בכוח: מתמודדים במכרז ייתכן שהיו מגבשים את הצעתם באופן שונה, ומתמודדים בכוח ייתכן שהיו מחליטים להתמודד במכרז. לפיכך, שיטת משפט הרואה באינטרס הציפייה אינטרס הראוי להגנה אמורה להגביל את האפשרות לשינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות לנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן בלבד.

(ה) מסר בעייתי לציבור המציעים ולנציגי הרשות

ההכרה באפשרות לשנות את תנאי ההתקשרות בכל עת הינה בעייתית גם בשל המסר הגלום בכך לציבור המציעים ולנציגי הרשות המנהלית כאחד. המסר המועבר בכך למציעים הינו שכדאי להם להציע במסגרת המכרז הצעה אטרקטיבית, שכן העיקר הוא לזכות במכרז; לאחר שזכו במכרז ויחלו בביצוע העבודה או בהספקת השירות, ממילא יהיה ניתן לשנות את החווה ו"לשפרו". המציעים רשאים להניח כי לאחר שתצא ההתקשרות לדרכה, יעדיפו נציגי הרשות לשנות את תנאי ההתקשרות על עריכת מכרז חדש. תובנה מעין זו בקרב מתמודדים במכרזים עלולה לפגוע ביעילותו של הליך המכרז ולהיות הרסנית ממש בטווח הארוך. ההכרה באפשרות לשינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות משדרת מסר שלילי גם לנציגי הרשות, שכן משמעותה היא שגם אם התרשלו בעיצוב המכרז והחווה – וכתוצאה מכך נכרת חוזה שאינו עונה על צורכי הרשות – יהיה ניתן לשפרו תוך כדי ביצוע ההתקשרות כדי להתאימו לצרכים המדויקים של הרשות. מסר מעין זה מתמרץ חוסר השקעה וחובבנות בעיצוב המכרז והחווה, ופגיעתו בתחרות וביעילות המכרז ברורה מאליה.

(ו) פגיעה באמון הציבור בהליך המכרז וברשות המנהלית

מתן היתר רחב לרשות המנהלית לשנות את תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז

עבודות עפר, כבישים ופיתוח בע"מ נ' מועצה מקומית עומר, פ"מ תש"ס (2) 213 (להלן: עניין אוליצקי עבודות עפר).

57 עניין צמנטכל, לעיל הערה 10, שם.

יוצר מסר שלילי גם לציבור בכללותו, שכן נובע מכך שאין משמעות רבה להליך המכרו. משנקבע זוכה במכרו, ממילא יעוצבו תנאי ההתקשרות בינו לבין הרשות המנהלית ללא קשר הכרחי בין האמור במכרו ובחווה שצורף לו לבין החווה שיבוצע בפועל. מסר מעין זה עלול לפגוע באמון הציבור בכללותו בהליך המכרו וברשות המנהלית בכלל ולהרתיע מציעים רציניים מלהשתתף במכרזים ציבוריים.

(ז) ספק אם השינוי יעיל מבחינה כלכלית

שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות עלול להיות גם לא־יעיל מבחינה כלכלית, וזאת מכמה טעמים: ראשית, בהתחשב בכך שהשינוי נעשה ללא עריכת תחרות, קשה להעריך את יעילותו. לעיתים רבות יקשה לסתור את הטענה שאילו היתה ההתקשרות מנוסחת מלכתחילה כפי שנוסחה בדיעבד, ייתכן שמציעים אחרים – או אולי מציעים־בכוח שלא השתתפו כלל במכרו – היו מגישים למכרו הצעות טובות יותר מאלה שהוגשו בפועל. בהיעדר תחרות קשה לדעת אם שינוי תנאי ההתקשרות הינו יעיל, או שמא ניתן לקבל אותו מוצר או שירות שנרכש מהספק הנוכחי במחיר זול יותר. שנית, הצורך או הרצון לשנות את תנאי התקשרות מתגבש לעיתים בשלב שבו הרשות המנהלית כבר מצויה במצב של תלות בספק, ועל־כן בעמדה נחותה במשא־ומתן שיערך עמו לצורך שינוי תנאי ההתקשרות. גם עובדה זו מגבירה את הסיכון שההתקשרות המעודכנת לא תהיה יעילה.⁵⁸ שלישית, לנוכח המסר הבעייתי הכרוך בשינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות הן כלפי המציעים, הן כלפי מציעים־בכוח, הן כלפי נציגי הרשות והן כלפי הציבור בכללותו,⁵⁹ גם אם השינוי יעיל בטווח המידי, גלום בו פוטנציאל לפגיעה חמורה ביעילותו של הליך המכרו בטווח הארוך.

אומנם, שינוי תנאי ההתקשרות עם הספק הנוכחי מגלם גם מרכיבים יעילים. כך, הדבר חוסך בעלויות העסקה שהיו מתחייבות אילו נערך מכרו חדש וההתקשרות הנוכחית היתה

58 דוגמה לשינוי של תנאי ההתקשרות שהניב למתקשר הפרטי רווח ניכר על־חשבון הקופה הציבורית ניתן למצוא בפסק־דין ע"א 3979/01 בניני ישקו ומקרקעין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(5) 324. עניינה של פרשה זו במכרו לשיווק שני מגרשים סמוכים לצורך בניית שני מרכזים מסחריים. לאחר סיום המכרו החליטו הזוכים כי יעיל יותר לבנות מרכז מסחרי אחד בעל שטח כפול על מגרש אחד על בניית שני מרכזים מסחריים על שני מגרשים, כפי שנדרש בחווה שנכרת בעקבות המכרו. לצורך זה פעלו הזוכים לשינוי תוכנית בניין העיר שחלה על המקום ולקבלת הסכמתו של מנהל מקרקעי ישראל לשינוי. אילו היה המכרו מנוסח מראש באופן שהיה מאפשר חלופה זו, או אילו היה מנהל מקרקעי ישראל עורך מכרו חדש בהתאם לתוכניות החדשות, סביר להניח שהתמורה לקופה הציבורית ממכירת המגרשים היתה גבוהה יותר (ראו לעניין זה בעיקר את דברי השופט אשר גרוניס, בעמ' 432 לפסק־הדין). בקשה שהגיש מנהל מקרקעי ישראל לקיום דיון נוסף בפרשה זו נדחתה (דנ"א 7405/03 מנהל מקרקעי ישראל נ' בניני ישקו ומקרקעין (לא פורסם, ניתן ביום 17.8.2004); ראו בעיקר פסקה 5 לפסק־הדין. ראו גם עניין אוליצקי עבודות עפר, לעיל הערה 56.

59 כמפורט לעיל בפרק א, תת־פרק 2.

נפסקת. כמו־כן, המשך ההתקשרות עם הספק הנוכחי מבטלת את הסיכון הכרוך בהתקשרות עם גורם חדש. אולם יקשה להעריך מה משקלם של יתרונות אלה אל מול החסרונות שפורטו לעיל.

(ח) השינוי מהווה כריתה של חוזה חדש ללא עריכת מכרז

שינוי של תנאי ההתקשרות לאחר סיומו של הליך המכרז יוצר קושי גם במישור הפורמלי, שכן מדובר לכאורה בהתקשרות חדשה שנקשרה ללא עריכת מכרז. טעם מרכזי שעמד בבסיס האיסור שהטיל בית־המשפט העליון על גיהול משא־ומתן תוך כדי עריכת מכרז היה שיש בשינוי ההצעה המקורית משום הגשת הצעה חדשה לאחר שחלף המועד המותר לכך על־פי מסמכי המכרז, ועל־כן אין הדבר אפשרי במסגרת המכרז המקורי.⁶⁰ על אותו משקל ניתן לטעון כי שינוי תנאי ההתקשרות לאחר סיומו של הליך המכרז מהווה כריתה של חוזה חדש, השונה מהחוזה שלגביו נערך המכרז. תוצאה זו מהווה למעשה התקשרות של הרשות המנהלית ללא מכרז – העומדת בסתירה לדיני המכרזים.

לסיכום: ההכרה בסמכותה של הרשות המנהלית לשנות את תנאי ההתקשרות עם הזוכה במכרז תוך כדי ביצוע החוזה יוצרת התנגשות בין הצורך הכן שהכרה זו נועדה לעיתים לשרת לבין החשש שסמכות זו תנוצל לרעה, שהדבר יוביל לפגיעה בשוויון ההזדמנויות וביעילות ההתקשרות, ושהשינוי יעביר מסר שלילי למעצבי המכרזים ולציבור המתמודדים במכרז.⁶¹

פרק ג: הצעה להסדר

ההסדר המוצע בסוגיה זו מורכב משני נדבכים: נדבך מהותי, שמנסה להתוות את האופן שבו ראוי להפעיל את שיקול־הדעת המנהלי בעת שעולה שאלה של שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז; ונדבך דיוני, שעניינו בהליך שראוי להתקיים בטרם מתן אישור לשינוי תנאי ההתקשרות. נבחן תחילה את הסוגיה מנקודת־המבט המהותית.

1. המרכיב המהותי – חזקה הניתנת לסתירה

השאלה מתי ראוי להתיר לרשות המנהלית לשנות תנאים בהתקשרות שנכרתה בעקבות מכרז הינה מורכבת, ואינה מאפשרת תשובה פשוטה וחד־משמעית. במסגרת הניסיון לענות על שאלה זו לא ניתן לשרטט קו ברור וחד שיבחין בין שינוי מותר של תנאי ההתקשרות לבין שינוי אסור. בדומה לכך, למצט במקרים קיצוניים (כגון שינוי הנובע ממניעים מושחתיים), יקשה להצביע על מבחן מכריע שניתן לגזור ממנו עמדה חד־משמעית ביחס לשינוי המבוקש. ההחלטה אם לאשר שינוי בתנאי ההתקשרות מחייבת בדרך־כלל

60 עניין מיגדה I, לעיל הערה 7, בעמ' 679–680.
61 לחיזוק מסקנה זו, ראו: Auricchio, *supra* note 45.

התייחסות למגוון של שיקולים הצריכים איזון ושקילה. ברמה העקרונית ניתן לומר שקבלת החלטה מעין זו מחייבת את נציגי הרשות המנהלית לאזן בין האינטרס הציבורי שבשמירה על טוהר המידות, על קופת הציבור ועל שוויון ההזדמנויות – שהם האינטרסים העומדים בבסיסו של המכרז הציבורי – לבין האינטרס הרחב שבהגשמת מטרותיה של ההתקשרות. על נציגי הרשות לפרוט מערכת איזונים זו לשורה של מבחנים קונקרטיים המתאימים לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

לנוכח החשש שהכרה בכך שלנציגי הרשות המנהלית עומד שיקול-דעת רחב לשנות את תנאי ההתקשרות תנוצל לרעה, ולנוכח הפגיעה האפשרית הגלומה בשינוי מעין זה בעיקרון של שוויון הזדמנויות, ראוי לקבוע חוקה שעל-פיה שינוי מאוחר של תנאי התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז הינו אסור. משמע, נקודת-המוצא הראויה לבחינתה של סוגיית השינוי היא ששינוי מאוחר של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז הינו אסור. אולם נקודת-המוצא אינה בהכרח גם נקודת הסיום. בהתקיים נסיבות מתאימות, ראוי לאפשר סתירה של חוקת האיסור ומתן היתר לשינוי המבוקש, אולם הנטל להוכיח כי נסיבות מעין אלה מתקיימות מוטל על מבקש השינוי. להלן יוצגו שורה של שיקולים ומבחנים המחייבים שקילה והתייחסות לפני קבלת החלטה בדבר התרת השינוי או מניעתו. מטבע הדברים, רשימת שיקולים אלה אינה יכולה להיות ממצה, ואף משקלם של השיקולים השונים ישתנה ממקרה למקרה על-פי נסיבותיו המיוחדות.

(א) צפיות הצורך בשינוי ומועד השינוי

מבחן ראשון הראוי ליישום הינו: האם הצורך בשינוי תנאי ההתקשרות נובע מנסיבות שמעצבי החוזה לא יכלו לצפותן מראש, או שהוא פרי הבאשים של רשלנות בניסוח המכרז או החוזה. כאשר הטעם העומד בבסיס השינוי הינו נסיבות שלא היתה לרשות כל דרך לצפותן מראש, יש בכך כדי לחזק את הנטייה לאשר את השינוי – להבדיל מנסיבות שבהן הצורך בשינוי נובע מרשלנות בתכנון המכרז או החוזה. אומנם, ראוי שהשיקולים באישור השינוי יבחנו בעיקר את השפעת השינוי כלפי העתיד, אלא שאין להתעלם מכך שקלות-יתר באישור שינויים עלולה לשדר מסר שלילי, שלפיו אין צורך להקפיד יתר על המידה בעיצוב המכרז והחוזה, שכן ממילא יהיה ניתן לתקן בהמשך את הדרוש תיקון. כמו-כן, לנסיבות שהובילו לצורך בשינוי תנאי ההתקשרות יש חשיבות לשם הפקת לקחים, לתכנון מכרזים עתידיים ולהטלת אחריות על מי שהתיר בביצוע תפקידו.

בית-המשפט המנהלי בארצות-הברית הרחיק לכת עוד יותר, וקבע כי בנסיבות שבהן צפוי כבר בעת עריכת המכרז שיהיה צורך בשינוי תנאי ההתקשרות, יש לעצור את הליך ההתקשרות ואין להמשיך במכרז. בנסיבות שבהן לא נהגה הרשות כך אסר בית-המשפט על עריכת השינוי המבוקש.⁶²

מבחן הצפיות רלוונטי גם בהתייחס למציעים במכרז, ויש לו השפעה עקיפה גם על השמירה על התחרות ההוגנת ושוויון ההזדמנויות. כך, כאשר מדובר בשינוי שמציע סביר

62 לדוגמה, ראו: 74-1 (B-178163), 53 Comp. Gen. 838 (1974) *A & J Manufacturing Co.*; 76-2CPD 127 (B-184247), 1976 Comp. Gen. Dec. *Midland Maintenance, Inc.*; CPD240.

היה יכול לצפות מראש שקיימת אפשרות סבירה להתרחשותו, סביר שהשינוי גולם באופן זה או אחר בהצעתו וכן בעצם ההחלטה אם להתמודד במכרז. על-כן ניתן לומר כי בנסיבות מעין אלה אין באישור השינוי כדי לפגוע פגיעה מהותית בעקרון השוויון ובתחרות ההוגנת. לעומת זאת, כאשר השינוי המבוקש חורג ממה שמציע סביר היה יכול לצפות, יש באישורו כדי לפגוע פגיעה קשה יותר בעקרון השוויון ובעקרון התחרות ההוגנת.⁶³

בהקשר זה ניתן להוסיף ולקבוע שככל שמועד השינוי קרוב למועד כריתתו של החוזה המקורי, ראוי שהנטייה תהיה לא לאשרו ולהיפך.⁶⁴ מבחן זה מושתת על כמה טעמים: ראשית, בנסיבות שבהן הבקשה לשינוי תנאי ההתקשרות מוגשת סמוך למועד כריתתו של החוזה, הסיכוי שהשינוי המבוקש נובע מנסיבות שלא היה ניתן לצפותן קטן יותר; שנית, בנסיבות מעין אלה, הסיכון שמדובר בקנוניה שנרקמה מראש בין הזוכה במכרז לבין גורם כלשהו ברשות גדול יותר; שלישית, מכיוון שביצוע ההתקשרות טרם החל או שהוא אך בתחילתו, האפשרות לבטל את ההתקשרות ולערוך מכרז חדש מעשית יותר.⁶⁵ לעומת זאת, כאשר מדובר בשינוי המתבקש בעת שביצוע ההתקשרות כבר נמצא בעיצומו, ניתן לייחס משקל רב יותר לטענה כי לא היה ניתן לצפות מראש את הצורך בשינוי תנאי התקשרות; הסיכון שמדובר בקנוניה שנרקמה מראש בין הספק לבין נציג הרשות המנהלית קטן יותר (אם כי ייתכן שמדובר בקנוניה שנרקמה בדיעבד); והאפשרות לבטל את ההתקשרות ולפרסם מכרז חדש מעשית פחות. על-כן ראוי שהנטייה לאשר שינוי של תנאי ההתקשרות סמוך למועד כריתתו של החוזה תהיה קטנה יותר מהנטייה לאשר שינוי כאמור לאחר שחלק משמעותי מההתקשרות כבר בוצע.

(ב) שינוי המוסדר בחוזה המקורי

כהמשך ישיר לשיקול בדבר צפיות הצורך בשינוי ניתן להצביע על הבדל מהותי בין מצב שבו שינוי תנאי ההתקשרות נעשה בהתאם למנגנון המעוגן בחוזה⁶⁶ לבין מצב שבו שינוי כזה נעשה שלא מכוח הסדר המעוגן בחוזה. ראשית, כאשר אפשרות השינוי מעוגנת בחוזה המקורי, כל מציע יכול לצפות כבר בעת הגשת הצעה שקיימת אפשרות שהחוזה ישונה בעתיד. לפיכך, בידו לשקול אפשרות זו ולהביאה בחשבון במסגרת גיבוש הצעתו. מכאן שבנסיבות מעין אלה, הפגיעה בכוח השוויון ההודמנויות ובאינטרס הצפייה של המציעים חריפה פחות. גם החשש לשינוי לא-יעיל מצומצם יותר בנסיבות מעין אלה, שכן אם מנגנון

63 גם מבחן זה מהווה נדבך מרכזי בגישתם של בתי-המשפט המנהליים בארצות-הברית. לדוגמה, *American Air Filter Co.*, 57 Comp. Gen. Dec. (B-188408), 78-1 CPD 443; *MCI*; *Telecomms. Corp.*, Comp. Gen. (1997) (B-276659), 97-2 CPD 90; *Makro Janitorial Servs., Inc.* (1999) (B-282690), 99-2 CPD 39.

64 לכאורה, עמדה זו עומדת בסתירה להלכה הפסוקה בעניין אינווסט אימפקט, לעיל הערה 4.
65 לחיזוק עמדה זו ראו עניין אוליפקי עבודות עפר, לעיל הערה 56. בפרשה זו ביטלה הנתבעת מכרז לביצוע עבודות עפר לאחר שהתברר כי הזוכה בו אינה מסוגלת לעמוד מאחורי הצעתה עקב קשיים בביצוע העבודה.

66 ראו התייחסות לאפשרות זו אצל דקל, לעיל הערה 13, בעמ' 436.

השינויים מנוסח כהלכה, ניתן לקבוע במסגרתו את משמעותו הכלכלית של השינוי, או לכל הפחות לנסח מנגנון שעל-פיו תיעשה התאמה כלכלית למצב החדש. כמו-כן, בנסיבות שבהן מנגנון השינויים מעוגן בחוזה המקורי, טבעי יותר לראות את השינוי כחלק מהחווה המקורי, ולא כהתקשרות חדשה, ומכאן שגם הפגיעה בחובת המכרז חלשה יותר. על-כן, בנסיבות שבהן מדובר בהתקשרות ארוכת-טווח או בנסיבות אחרות הטומנות בחובן מידה רבה של חוסר-ודאות מן ראוי לתת את הדעת כבר בעת כתיבת המכרז לאפשרות שיווצר צורך לשנות את תנאי ההתקשרות, ולכלול בחוזה המצורף למסמכי המכרז מנגנון שיאפשר בעתיד שינוי של תנאי ההתקשרות.⁶⁷ עם זאת, גם אם מנגנון כזה יכול להפחית את הקושי הכרוך בשינוי מאוחר של החוזה, עדיין עלולות להתעורר מחלוקות פרשניות בדבר היקף השינוי המותר, בדבר התשלום המגיע לספק בעד ביצוע השינוי ובדבר גבולותיו של השינוי המותר מנקודת-המבט של דיני המכרזים. כמו-כן, בכך שמדובר בשינוי שנעשה בהתאם למנגנון שעוצב מראש במסמכי המכרז אין כדי למנוע שחיתות או ניצול לרעה של מנגנון השינויים.

Arrowsmith סבורה שגם כאשר אפשרות השינוי מעוגנת בחוזה המקורי, אך השינוי תלוי בהסכמתם של שני הצדדים, ראוי לראות את השינוי כחווה חדש המחייב עריכת מכרז,⁶⁸ וזאת מכיוון שבנסיבות מעין אלה המשך ההתקשרות תלוי ברצונו ובהחלטתו של כל אחד מהצדדים.⁶⁹ אולם לדידה, אם האופציה לשינוי תנאי ההתקשרות, להארכתה, להרחבתה או לסיומה מוקנית על-פי החוזה לצד אחד בלבד (בדרך-כלל לרשות המנהלית), ניתן לראות בכך המשך או חלק מן ההתקשרות המקורית.

לדעתי, ההבחנה ש-Arrowsmith מבססת עליה את עמדתה מעוררת קושי, שכן גם אופציה לשינוי תנאי החוזה המוענקת רק לרשות המנהלית אינה נטולת-קשיים: ראשית, נציגי הרשות עדיין עלולים לנצל לרעה את אפשרות השינוי לצורך הענקת טובות-הנאה אסורות לספק; שנית, אפשרות זו יוצרת אצל הספק תמריץ להענקת טובות-הנאה פסולות לנציגי הרשות במטרה להניע אותם לממש את האופציה בדרך שתהיה נוחה לו; שלישית, אין כל ביטחון שאופן מימושה של האופציה אכן יהיה יעיל; ורביעית, קביעת אופציה מעין זו במסמכי המכרז עלולה להוות תחליף לתכנון מוקדם ולמחשבה מראש, שכן מעצבי ההתקשרות יניחו שכל כשל בעיצוב ההתקשרות יתוקן ממילא בהמשך על-ידי מימוש האופציה לשינוי תנאי החוזה.⁷⁰ על-כן, לדעתי, בנסיבות העניין נדרשת הבחנה אחרת. ההבחנה הראויה היא בין אופציה רחבה, המעניקה לרשות שיקול-דעת רחב לעשות שינויים בחוזה, לבין אופציה צרה, המגדירה תנאים ברורים ומדידים למימושה, ומתייחסת להיבטים

67 דוגמה למנגנונים מעין אלה, וכן התייחסות לקשיים ששינוי מאוחר של החוזה עלול לעורר במישור דיני החוזים, ראו זמיר, לעיל הערה 52, בעמ' 406-434.

68 Arrowsmith, *supra* note 16, at p. 120. עם זאת, Arrowsmith מסייגת את מסקנתה זו ככל שמדובר בהתקשרויות שחידושן לאחר זמן הוא הפרקטיקה הנוהגת. הדוגמה הכוללת ביותר לסוג זה של התקשרויות הינה חוזי ביטוח או חוזי שכירות מקרקעין.

69 *Ibid*, at p. 121.

70 עם זאת, כאמור, מימוש של אופציה הקבועה מראש בחוזה יפגע בעיקרון של שוויון ההזדמנויות באופן קל יותר משיפגע בו שינוי שאין לו זכר בחוזה המקורי.

מוגדרים של החוזה שניתן להסביר מראש מדוע נחוצה גמישות לשינויים. מימושה של אופציה מן הסוג הראשון – אופציה רחבה – אינו שונה בהרבה משינוי חוזי שאין לו בסיס במסמכי המכרז עצמם. מדובר בשיקול-דעת רחב, חסר גבולות וגדרות ממשיים, המאפשר לנציגי הרשות לעשות קשת רחבה של שינויים בתנאי המכרז. מבחינה פורמלית, שינויים אלה אינם תלויים אולי בהסכמת הספק (ואף ניתן לראותם כחלק מהחוזה המקורי, ולא כחוזה חדש), אך מבחינה מעשית קשה לראות כיצד ניתן לכפות על ספק ביצוע מטלות שאין הוא מעוניין בהן, ובכל מקרה יקשה לחייב את הספק לפעול בעבור תמורה שאין הוא מסכים לה. כמו-כן ניתן לנצל את האופציה לרעה לצורך הענקת טובות-הנאה פסולות לספק. על-כן ראוי לשפוט את הלגיטימיות שבמימושה של אופציה רחבה לשינוי תנאי ההתקשרות בהתאם למבחנים שיפורטו בהמשך. הדבר שונה לגבי מימושה של אופציה מן הסוג השני – אופציה צרה – המעניקה לנציגי הרשות שיקול-דעת צר לגבי אופן מימושה, התנאים למימושה והמועד למימושה. שיקול-הדעת לגבי מימושה של אופציה צרה יכול להיבחן ביתר קלות על-ידי גורם חיצוני, החשש שהיא תנוצל לרעה מצומצם יותר, החשש לפגיעה בעקרון השוויון ובתחרות ההוגנת קטן יותר, וכך גם החשש לפגיעה ביעילות ההתקשרות. על-כן, כאשר מדובר במימושה של אופציה צרה קיימת, ככלל, הצדקה להתייחס לכך כאל מימוש של מנגנון הקבוע בחוזה המקורי וכחלק מיישומו של חוזה זה.

(ג) לשון החוזה

כאמור לעיל, אם החוזה נוקט לשון ברורה ומסדיר במפורש את הסוגיה של שינוי תנאי ההתקשרות, יש בכך כדי להקל מאוד על אישור השינוי. אולם לשון החוזה עשויה להוות מבחן-עזר לגיטימיות השינוי גם במצבים נוספים, גם אם מובהקים פחות. כך, בנסיבות שבהן לשון החוזה מתייחסת במפורש או במשתמע לאפשרות של שינוי עתידי בתנאיו, באופן שמציע סביר היה יכול להעריך שקיימת אפשרות כזו, הדבר עשוי לתמוך בהחלטה לאשר את השינוי. לעומת זאת, בנסיבות שבהן אין בלשון החוזה כל התייחסות מפורשת או משתמעת לשינוי עתידי שלו, או שקיימת התייחסות שניתן ללמוד ממנה על היעדר אפשרות לשינוי תנאי ההתקשרות או שהשינוי המבוקש חורג מהקבוע בלשון החוזה, הדבר מהווה שיקול לא לאשר את השינוי. זאת בעיקר מן הטעם שמדובר בשינוי שמציע סביר לא היה יכול לצפותו מראש או בשינוי שאישורו פוגע בתחרות ההוגנת ובשוויון ההודמנויות, שיקולים שידונו להלן.⁷¹

(ד) שינוי טכני או שינוי מהותי

שיקול מרכזי נוסף הראוי להיבחן לפני קבלת החלטה בדבר שינוי בתנאי ההתקשרות מתייחס לאופיו של השינוי המבוקש. כאשר מדובר בשינוי שולי וזניח, הנמצא במעטפת החיצונית של ההתקשרות, ראוי לראות בו שינוי טכני, שאישורו אינו אמור לעורר קושי

71 לדוגמה ליישומו של שיקול זה, ראו: Ervin and Associates, Inc., U.S. Comp. Gen. (1998) (B-279083; B-279219).

ממשי. לעומת זאת, כאשר מדובר בשינוי מהותי של ההתקשרות, אם מבחינת היקפו הכספי של השינוי ואם מבחינת השפעתו על עיקרי ההתקשרות, ראוי שהנטייה תהיה לא לאשרו.⁷² מטבע הדברים, יישומה של הבחנה זו הלכה למעשה אינו פשוט, שכן ההבחנה בין שינוי מהותי לבין שינוי טכני עשויה להיות עמומה במקרים רבים. אולם ניתן לומר, כקביעה לא-ממצה, ששינוי מהותי של החוזה הינו שינוי המתייחס להיבטים עיקריים ומרכזיים של ההתקשרות, שאילו נכלל בהתקשרות המקורית, היה עשוי להשפיע על האסטרטגיה שהיו המציעים ומציעים-בכוח נוקטים; לשינוי מהותי ייחשב גם שינוי שהיקפו הכספי הינו כזה שאילו ניתן היה להפרידו מהחוזה המקורי, היתה חלה לגביו חובה לערוך מכרז, או שהיקפו הכספי משנה באופן משמעותי את היקף ההתקשרות בכללותה. בהתאם לכך, שינוי טכני של תנאי ההתקשרות יהיה שינוי שאין בו כדי להשפיע על עיקרי החוזה, שאינו גורר שינוי משמעותי בתמורה החוזית, שאילו נעשה מלכתחילה במסמכי המכרז, לא היה בו כדי לשנות את תוצאות המכרז, או שאילו ניתן היה להפרידו מהחוזה המקורי, לא היה בו כדי לחייב עריכת מכרז.

מובן כי שינוי מהותי של החוזה אינו חייב לבוא לידי ביטוי בהרחבה של היקף ההתקשרות, והוא יכול להתבטא גם בצמצומו. כך, לדוגמה, אם בחוזה המקורי נדרש הספק לספק כמות מסוימת של טובין, להעניק מספר מסוים של שעות ייעוץ, לבנות מבנה בעל שטח מסוים או לספק טובין באיכות מסוימת, הקטנה משמעותית של הדרישה החוזית החלה על הספק או ויתור לגבי איכות הטובין שהיה עליו לספק עשויה להוות אף היא שינוי מהותי של תנאי ההתקשרות.

(ה) השפעת השינוי המבוקש על התחרות ההוגנת ועל העיקרון של שוויון ההזדמנויות

כפי שהוסבר לעיל, אחד הקשיים העיקריים הכרוכים באישורו של שינוי בתנאי ההתקשרות הינו השפעתו על עקרון התחרות ההוגנת ועל שוויון ההזדמנויות. זאת מכיוון שהשינוי עשוי לעורר טענה כי אילו היה ידוע מראש שתנאי ההתקשרות (כפי שצויינו במסמכי המכרז) ישתנו, היו המתמודדים במכרז מגישים הצעות טובות יותר, ומתמודדים-בכוח שבחרו לא להשתתף במכרז בתנאיו המקוריים היו מתמודדים בו. על-כן, שאלה מרכזית הראויה להיבחן בטרם שינוי הינה: האם מדובר בשינוי שאילו היה מעוגן בתנאי ההתקשרות המקוריים היה בו כדי לשנות את תמונת ההתמודדות במכרז – הן מבחינת מיהות המתמודדים, הן מבחינת מהות ההצעות והן מבחינת תוצאות המכרז? בנסיבות שבהן התשובה לשאלה זו חיובית, ראוי שנטיית הגורם המאשר תהיה למנוע את השינוי המבוקש ולהתנותו בפרסום מכרז.

שיקול זה הוכר כרלוונטי גם על-ידי בית-המשפט לעניינים מנהליים שעה שעמדה

72 ראו חיזוק להבחנה זו גם בפסיקה האמריקאית: CAD Language Sys, 68 Comp. Gen. Dec. 376 (1989) 89-1 CPD 364; Symetrics Industries, Inc., U.S. Comp. Gen. (2002) (B-289606).

משפט ועסקים ה, התשס"ו

שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז

על הפרק זכותו של מתמודד שהפסיד במכרז לטעון להפרה צפויה של החוזה מצד הזוכה במכרז.⁷³

השפעת השינוי על התחרות ההוגנת מהווה מבחן מרכזי בפסיקה האמריקאית המיושם על-ידי גורמי הביקורת, ובית-המשפט המנהלי גוזר ממנו את יתר השיקולים. כך, בית-המשפט מבחין בין שינוי שהוא *within the scope of the competition*, שאותו ניתן לאשר כלגיטימי, לבין שינוי המהווה *cardinal change to the contract*, שאותו אין לאשר.⁷⁴

(ו) כפיפותו של השינוי המבוקש לחובה לערוך מכרז אילו היה עומד לבדו

מבחן נוסף הראוי ליישום הינו: האם היה השינוי המבוקש מחייב עריכת מכרז אילו היה עומד לבדו? בנסיבות שבהן התשובה לשאלה זו שלילית ניתן לטעון כי הפגיעה בתחרות ההוגנת ובעיקרון של שוויון ההזדמנויות עקב אישור השינוי אינה גדולה, שכן לכאורה היה ניתן להמיר את הבקשה לשינוי תנאי ההתקשרות בהתקשרות נפרדת ועצמאית עם בעל החוזה מבלי שהיה בכך כדי להפר את דיני המכרזים. כך, לדוגמה, אם שוויו של השינוי המבוקש נמוך מסכום הסף המחייב עריכת מכרז, או שמדובר במתן מענה לצורך דחוף, היה ניתן להתקשר בחוזה נפרד עם אותו ספק גם ללא עריכת מכרז, וזאת מכוח הוראות הפטור המעוגנות בתקנות חובת המכרזים.⁷⁵ בנסיבות מעין אלה יקשה להצביע על מניעה לאשר את השינוי המבוקש.

(ז) הזיקה בין החוזה המקורי לבין השינוי המבוקש

מבחן נוסף שיש להפעיל בטרם יינתן אישור לשינוי תנאי ההתקשרות הינו מידת הזיקה בין החוזה המקורי לבין השינוי המבוקש. כך, כאשר השינוי המבוקש מהווה תוספת ברורה והכרחית לחוזה המקורי, וניתן להצביע בבירור על הזיקה שבין החוזה המקורי לבין התוספת או השינוי, ניתן לראות בכך חלק מאותה התקשרות. לעומת זאת, כאשר מדובר בתוספת שעומדת על רגליה-היא ואין לה זיקה ישירה וברורה לחוזה המקורי, ייתכן שראוי לראות בכך התקשרות נפרדת או תוספת שאינה ראויה להיכלל במסגרת ההתקשרות הראשונית. כך, לדוגמה, כאשר החוזה המקורי הינו להספקת מערכת מחשוב והשינוי המבוקש הינו לשדרוג מערכת המחשוב, ניתן להצביע על זיקה ממשית בין ההתקשרות המקורית לבין השינוי המבוקש. לעומת זאת, כאשר החוזה המקורי הינו להספקת מערכת מחשוב והשינוי המבוקש הינו לתוספת ריהוט בעבור רכיבי המערכת, מדובר בזיקה חלשה הרבה יותר, ויקשה להצדיק את הכללתה תחת אותה התקשרות.

73 עניין מודיעין אזרחי, לעיל הערה 26.

74 ראו, לדוגמה: Hewlett Packard Company, 91-2 Comp. Gen. Proc. Dec. P576 (B-245293); כן ראו: 388-389 *supra* note 37, at pp. Cibinic & Nash.

75 ראו, בהתאמה, תקנות (1)3 ו-3(2) לתקנות חובת המכרזים, לעיל הערה 1.

(ח) נחיצותו של השינוי המבוקש להגשמת יעדי ההתקשרות

מבחן נוסף שראוי ליישם בטרם יינתן אישור לשינוי החוזה הינו נחיצותו של השינוי להגשמת יעדי ההתקשרות. במסגרת זו אף ראוי לבחון אם השינוי המבוקש אינו עולה על המידה הנדרשת ואם אין הוא מהווה אמתלה להרחבת ההתקשרות מעבר לנדרש. כך, אם מדובר בשינוי שאכן טומן בחובו אפשרות לשיפור תנאי ההתקשרות, אך יעדי ההתקשרות יוגשמו גם בלעדיו, ראוי שהנטייה לאשרו תהיה נמוכה יותר, וזאת לעומת שינוי שבלעדיו יוחטאו יעדי ההתקשרות כליל. לדוגמה, נניח שעל הפרק עומדת התקשרות לרכישת מערכת טכנולוגית שבשלב כלשהו שלה ייצא לשוק דגם חדיש יותר ומשוכלל יותר ממנה. בנסיבות מעין אלה סביר ששדרוג המערכת הקיימת ישפר את ביצועיה, אך חיוניותו של השדרוג להגשמת יעדי ההתקשרות אינה מובנת מאליה.

(ט) יעילות השינוי

חשוב שהגורם המאשר יבחן אם השינוי המבוקש יעיל – הן מבחינת תרומתו להגשמת יעדי ההתקשרות והן מבחינת עלותו לקופה הציבורית. על הגורם המאשר לשאול את עצמו מהי הדרך היעילה יותר לשנות את תנאי ההתקשרות: שינוי החוזה הקיים או עריכת מכרז וכריתת חוזה חדש? לשם בחינת יעילותו של השינוי והצורך בו הרשות רשאית להסתייע במבחני-עזר, דוגמת השיקולים המפורטים בתקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים (לדוגמה, האם השינוי מיטיב עם עורך המכרז? האם השינוי נדרש מטעמי חיסכון או שמירה על אחידות?). מבחן-עזר נוסף ניתן לגזור מרשימת השיקולים המפורטים בהנחיית האיחוד האירופי,⁷⁶ שלפיהם הרחבת ההתקשרות מותרת בנסיבות שבהן הפרדת העבודה הנוספת מהעבודה המקורית תגרור מטעמים טכניים או כלכליים אי-נוחות גדולה לרשות או שמדובר בשינוי חיוני לצורך ביצוע החלקים האחרים של ההתקשרות המקורית.

(י) קיומה של חלופה סבירה לספק הנוכחי

מבחן נוסף שמוצע לנקוט הינו: האם ניתן בנסיבות העניין להטיל את ביצוע העבודה הנוספת, השירות הנוסף או הספקת הטובין הנוספים על גורם אחר, שאינו הספק הנוכחי? אם אכן כך הדבר, ראוי להעדיף אפשרות זו על הרחבת היקף ההתקשרות עם הספק הקיים. עמדה זו נשענת על כמה נימוקים: ראשית, ידיעה מראש של הספק כי לא תצמח לו כל טובת-הנאה כלכלית משינוי תנאי ההתקשרות תקטין את התמריץ שלו לדרוש שינויים כאמור, ותקטין את התמריץ שלו ליצור נסיבות שיחייבו שינוי של תנאי ההתקשרות. לא זו אף זו: ייתכן שבנסיבות מסוימות יהיה כדאי לספק לספוג את העלות הנוספת הגלומה בעשיית שינויים מבלי לדרוש תמורה בגינה, וזאת כדי למנוע את כניסתו של ספק נוסף

76 שיקולים אלה מפורטים בסעיף 16 של הנחיית האיחוד האירופי: European Parliament and Council Directive 2004/18/EC of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (2003/C 147 E/01).

לזירה; שנית, הספק הנוכחי נושא לא-פעם ב"אשם תורם" להיווצרות הצורך בשינוי תנאי ההתקשרות. בנסיבות שאכן כך הדבר, אין הצדקה שטובת-ההנאה הגלומה בשינוי זה תוענק דווקא לו; שלישית, פיצול ההתקשרות יצמצם את החשש ליצירת מראית-עין של משוא-פנים באישור השינוי; רביעית, מכיוון שמדובר בהענקה של טובת-הנאה נוספת, המוענקה ללא עריכת מכרז, יתרום פיצול ההתקשרות לחלוקה צודקת יותר של כספי הציבור;⁷⁷ וחמישית, פיצול ההתקשרות בין שני ספקים עשוי להיות לעיתים יעיל יותר, וזאת בשל יצירת מתח תחרותי ביניהם.

(יא) היקף השינוי המבוקש

מבחן נוסף שראוי להפעיל מתייחס להיקפו של השינוי המבוקש, הן מבחינת שוויו הכלכלי, הן במישור תחולתו בזמן והן במישורים נוספים. ככל שהיקף השינוי המבוקש ביחס להיקף ההתקשרות המקורית גדול יותר, כן ראוי שהנטייה לאשרו תהיה קטנה יותר, ולהיפך.⁷⁸ הנחת-המוצא צריכה להיות שהשינוי בתנאי ההתקשרות ייותר טפל להתקשרות עצמה. אם השינוי משמעותי במידה כזו שהוא נהפך לעיקר והחווה המקורי נעשה טפל, ראוי שהנטייה תהיה למנוע את השינוי ולהתנותו בעריכת מכרז חדש.⁷⁹

(יב) סוג ההתקשרות שבה מדובר

חשוב שהלגיטימיות של השינוי המבוקש תיבחן תוך התחשבות בסוג החווה שבו מדובר. ככל שההתקשרות מורכבת יותר, ארוכת-טווח או שאין לגביה ניסיון קודם, כן האפשרות שלא כל ההיבטים הכרוכים בביצועה נשקלו מראש או נצפו מראש על-ידי מנסחי החווה הינה סבירה וראויה ליחס סלחני. לעומת זאת, כאשר מדובר בחווה פשוט או בחווה שכבר נרכש לגביה ניסיון קודם, ההצדקה לשינוי פחותה, וקיימת סבירות רבה יותר שהבקשה לשינוי החווה נובעת מרשלנות בניסוחו או משיקולים זרים. על-כן, הנטייה הראויה בנסיבות מעין אלה היא לא לאשר את השינוי.⁸⁰ כמו-כן, על הגורם המאשר לשקול אם מדובר בהתקשרות שניתן לספוג את כשלונה – שאז ראוי לשקול הימנעות מהשינוי המבוקש – או שמדובר בהתקשרות חיונית, שעלולות להיות לכשלונה תוצאות קשות. בנסיבות מעין אלה סביר ששיקולים של שמירה על תחרות הוגנת, שוויון הזדמנויות ויעילות כלכלית יידחו מחמת חיוניותה של ההתקשרות.

77 בפסק-הדין שניתן בפרשת הפשרת הקרקעות (בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64-66) קבע בית-המשפט העליון כי רשות מנהלית המעניקה טובת הנאה כלכלית לציבור חייבת להתחשב גם בשיקולים של צדק חלוקתי.

78 מבחן זה עשוי לחפוף לעיתים את ההבחנה שבין שינוי טכני לשינוי מהותי, שפורטה לעיל.

79 דוגמה לנסיבות שבהן קבע בית-המשפט המנהלי בארצות-הברית כי מדובר בשינוי החורג מהמותר במסגרת החווה המקורי, וחייב את הרשות לפרסם מכרז נפרד ביחס לשינוי זה, ניתן למצוא בפרשת: (B- (1998) U.S. Comp. Gen. *Sprint Communications Company*, 278407.2.

80 *Cibinic & Nash, supra note 37, at p. 387*

(יג) המניע שבבסיס השינוי: שיקול ענייני או שיקול זר

מבחן ראשוני הראוי ליישום בטרם יאושר שינוי בתנאי התקשרות הינו: האם הצורך בשינוי נובע ממניעים ענייניים המשרתים את מטרות ההתקשרות, או ששיקולים זרים עומדים בבסיסו, כגון כוונה להעניק לספק טובת-הנאה כלכלית או רצון להתחמק מפרסום מכרז חדש עקב עצלות, שמרנות ועוד? מאליו ברור שאם עולה חשד שהצורך בשינוי אינו חיוני להצלחת ההתקשרות או שהוא נובע משיקולים זרים, מדובר בשינוי שאין מקום לאשרו. מקרה מובהק שבו ייחשב שינוי בתנאי ההתקשרות לבלתי-לגיטימי הינו שינוי המבטא קנוניה שנרקמה מראש בין גורם ברשות המנהלית לבין הזוכה במכרז, שבמסגרתה סוכם עוד בטרם הגשת ההצעות כי לאחר הזכייה במכרז יינתנו לזוכה הקלות שונות. מובן כי סיכום מעין זה מבטא שחיתות שלטונית, פגיעה בשוויון ההזדמנויות וחוסר יעילות כלכלית, ואחת דינו – פסלות.

דומה כי להבדיל ממבחנים אחרים שיפורטו להלן, למבחן-עזר זה יש השפעה מכרעת על מידת הלגיטימיות של השינוי, במובן זה שאם מתברר כי המניע העומד בבסיס השינוי הינו שחיתות או מטרה זרה, מתבקשת פסילה של החלטה ללא יוצא מן הכלל.

(יד) סיכום-ביניים

כאמור, נקודת-המוצא הראויה לגבי בקשה או דרישה לשינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות שנכרתה בעקבות מכרז הינה סירוב. אולם לנוכח מורכבותה של סוגיה זו, נקודת המוצא אינה בהכרח גם נקודת הסיום, וייתכנו מקרים שבהם, לנוכח שיקולים נוגדים, תהיה התוצאה הסופית אישור של השינוי המבוקש. המבחנים המפורטים לעיל ממחישים את מורכבותה של הסוגיה האמורה ואת היקף השיקולים הראויים להיבחן בטרם תתקבל החלטה בנושא. לא זו אף זו, מאליו ברור כי רשימת המבחנים דלעיל אינה מתיימרת ואף אינה יכולה להיות ממצה. הרשימה המלאה של המבחנים והשיקולים הראויים להישקל על-ידי הגורם המאשר ומשקלו היחסי של כל שיקול הינם עניין לכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו המיוחדות. מורכבותה של החלטה בדבר אישורה או אי-אישורה של בקשה לשינוי תנאי ההתקשרות והיעדר האפשרות להציע מבחן פשוט, ברור וקל ליישום מחדדים את החשיבות הגלומה במנגנון הדיוני לקבלת החלטה, כפי שהוא מוצע להלן.

2. המרכיב הדיוני

לנוכח העובדה ששינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות מתגבש ומתרחש, מטבע הדברים, רחוק מעיניו של הציבור ואף רחוק מעיניהם של גורמים בעלי עניין, ולנוכח העובדה שהאינטרס הכלכלי להעמיד שינוי מעין זה במבחן שיפוטי אינו רב,⁸¹ קיים חשש ממשי שהכרה בסמכותה

81 מציע שהפסיד במכרז יודע שאם יעלה בידו להוכיח כי קופח על-ידי ועדת המכרזים, יהיה גמולו זכייה במכרז, על הרווח הכלכלי הברור הגלום בכך. לעומת זאת, גורם המעמיד למבחן שיפוטי החלטה מנהלית בדבר שינוי תנאי ההתקשרות יוכל, לכל היותר, לסכל את השינוי. מכך

של הרשות המנהלית להחליט על שינויים בתנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז תנוצל לרעה, והיא לא תופעל בהתאם לאמות-מידה ראויות. בהתחשב בכך, מן הראוי לאמץ הסדר הכולל כמה עקרונות דיוניים שעשויים לצמצם את החשש מפני ניצול לרעה של הסמכות.

ראשית, ראוי שהסמכות להחליט על שינוי תנאי ההתקשרות לא תהיה בידי היחידה המזמינה עצמה – זו הנמצאת בקשר ישיר עם הספק – אלא בידי גורם אחר. אומנם, היחידה המזמינה הינה הגורם המודע באופן המרבי לצורכי ההתקשרות ולמידת נחיצותו של השינוי, אולם מכיוון שהחלטת השינוי מצריכה מבט רחב יותר ונכונות להתחשב גם בהיבטים הבעייתיים של שינוי תנאי ההתקשרות, ובשל החשש מפני ניצולה של הסמכות לרעה, ראוי שהחלטה בדבר שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות תהיה מותנית באישורו של גורם חיצוני ליחידה המזמינה.

אשר לזהותו של הגורם המאשר, הגוף הראוי לבצע משימה זו הינו ועדת המכרזים המשרדית, אותה ועדה שליוותה את עריכת המכרז שקדם להתקשרות. ועדת המכרזים נהנית בהקשר זה משני יתרונות: מצד אחד, כמי שליוותה את עריכת המכרז ואת הליך ההתקשרות, יש לה מידה של היכרות עם המטריה המדוברת. מצד אחר, היא גורם חיצוני ליחידה המזמינה ואינה מעורבת בהתקשרות גופא. מאפיינים אלה אמורים להקנות לוועדת המכרזים את הכלים הנחוצים לבחינת הצורך בשינוי תנאי ההתקשרות בעיניים ביקורתיות יותר.⁸² במסגרת הליך האישור, מן הראוי שהגורם המבקש ינמק את הטעמים לבקשתו, ובין היתר יסביר לוועדה מדוע לא ניתן בנסיבות העניין לערוך מכרז חדש, מהי המשמעות הכלכלית של השינוי המבוקש, מה תהיה משמעות דחייתה של בקשת השינוי, מדוע ראוי לאשר את השינוי, מהו היחס הכלכלי בין החוזה המקורי לבין החוזה לאחר השינוי, האם ניתן להתקשר עם ספק אחר לצורך יישום השינוי, האם זה השינוי הראשון בחוזה או שקדמו לו שינויים נוספים, מתי נכרת החוזה וכדומה.

שנית, על ההסדר הדיוני להתחשב בכך שעל-אף התמצאותם של חברי ועדת המכרזים במטריה הנדונה, עדיין נכון לאפיינם כמי שאינם נהנים מידע מקצועי מעמיק די הצורך להעמיד את הבקשה במבחן ביקורתי. נוסף על כך יש לזכור כי המידע שחברי ועדת המכרזים אמורים לגבש על-פיו את עמדתם נמצא בידי מגיש הבקשה – מזמין הטובין, העבודה או השירות – ובידי הספק עצמו, שהם גורמים בעלי אינטרס שלא תמיד ישתפו את חברי הוועדה בכל המידע המצוי ברשותם. כדי לאפשר ביקורת אפקטיבית על תהליך האישור, כדי לצמצם את החשש להטעייתם של חברי ועדת המכרזים על-ידי היחידה המזמינה או על-ידי הספק עצמו וכדי למנוע מראית-עין של שחיתות או שחיתות ממש, ראוי שתהליך האישור ייעשה בתנאים של שקיפות מרבית. ניתן להשיג זאת על-ידי הטלת

לא תצמח לו, בדרך-כלל, כל טובת-הנאה ישירה. גמולו יסתכם במניעת רווח נוסף ממתחרה עסקי שלו, ואולי בסיכוי לזכות במכרז שיפורסם בעקבות מניעת השינוי. על פני הדברים, מידת האטרקטיביות של גמול זה אינה רבה.

82 אימוץ ההסדר הדיוני המוצע יכול להיעשות במסגרת תיקון לתקנות חובת המכרזים, כתוספת לתקנה 9 לתקנות חובת המכרזים.

חובה על ועדת המכרזים לתעד הן את תהליך קבלת ההחלטה והן את תהליך המשא-ומתן עם הספק בפרוטוקולים שישקפו את מהלכם. כמו-כן יש לראות את ועדת המכרזים כמוסמכת להתנות את הסכמתה לעשיית השינוי בתנאי ההתקשרות בפרסום פומבי ובמתן הזדמנות למציעים האחרים שהתמודדו במכרז להתייחס לכך.⁸³ הליך מעין זה עלול אומנם לסרבול את תהליך האישור, אך מאידך גיסא, הוא עשוי להוות מנגנון פיקוח יעיל ונחוץ על בקשת האישור, וזאת מכמה טעמים: ראשית, מכיוון שבידי המתמודדים במכרז עשוי להיות מידע חיוני שאינו מצוי בידי ועדת המכרזים לצורך קבלת החלטה מושכלת בבקשה; שנית, מכיוון שסביר להניח שכפיפותה של בקשת השינוי לפרסום פומבי ולביקורת חיצונית תהווה גורם מרתיע מפני הגשת בקשות לשינויים שאינם נחוצים; שלישית, יש בכך כדי לבטא את העובדה ששינוי מהותי של תנאי ההתקשרות עלול להוות פגיעה (בדעיכה) בזכותם של המתמודדים במכרז לשוויון הזדמנויות ולתחרות הוגנת, ופגיעה לכאורית זו מצדיקה את כפיפת ההחלטה להענקת זכות טיעון לנפגע-בכות. לפיכך, אף שמדובר בסרבול של הליך ההחלטה, נראה כי תועלתו תעלה במקרים רבים על נזקו.

עיקרון דיוני שלישי שראוי לאמץ בנסיבות העניין, שאף עולה בעקיפין מהאמור לעיל, הינו הכרה בזכותם של בעלי-עניין, ובכללם המציעים שהפסידו במכרז, לעקוב אחר החלטות בדבר שינוי תנאי ההתקשרות ולבקר אותן.⁸⁴ בכלל זה ראוי להכיר בזכותם של בעלי-עניין לעיין במסמכי ההתקשרות, בפרוטוקול של ועדת המכרזים ובפרוטוקול המשא-ומתן שנוהל בין הרשות לבין הספק שזכה במכרז, ובזכותם לפנות לבית-המשפט בנסיבות שבהן הם סבורים כי החלטת השינוי אינה כדין. כפי שפורט לעיל, שינוי שאינו לגיטימי בתנאי ההתקשרות עלול לגלם בחובו פגיעה בגורמים שונים, ובראשם המציעים שהתמודדו במכרז. הגורמים הללו הינם בעלי האינטרס העיקרי להעמיד שינויים מעין אלה במבחן הביקורת השיפוטית, ומדיניות שיפוטית ראויה אמורה לעודדם לכך, ולא להרתיעם. לפיכך ראויה הכרה שיפוטית במעמדם של בעלי-עניין לעקוב אחר אופן ביצוע ההתקשרות ובזכותם להעמיד לביקורת שיפוטית שינויים מאוחרים בתנאי ההתקשרות שנראה כי אינם לגיטימיים.

83 מנגנון דומה מעוגן בתקנה 9(ב) לתקנות חובת המכרזים, בהקשר של התקשרות ללא עריכת מכרז. להרחבה ראו דקל, לעיל הערה 13, בעמ' 236-238.

84 בנסיבות מתאימות יהיה ראוי להכיר גם במעמדו של עותר ציבורי, וזאת בהתאם לאמות-המידה שבג"ץ פועל על-פיהן בסוגיה זו. ראו ע"א 8416/99 אי.אי.אם אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי נ' מפעל הפיס, פ"ד נד(3) 425, 429-430, וכן ראו ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נו(1) 883, 898.

פרק ד: סיכום ומסקנות

כעולה מהאמור לעיל, הסדרת הסוגיה בדבר שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז מעוררת קושי. קושי זה נובע מהמתח שנוצר בין שיקולים ואינטרסים נוגדים: מצד אחד, ההכרה בכך ששינויים מעין אלה עשויים להיות נחוצים, ולעיתים אף חיוניים, להצלחת ההתקשרות; ומהצד האחר, החשש שהכרה רחבה בסמכותה של הרשות המנהלית לעשות שינויים מעין אלה תהווה פתח לשחיתות, לפגיעה בעקרון השוויון ולסיכול רעיון המכרז בכללותו. בהתחשב בכך שמדובר בסוגיה יומיומית בהתנהלותה של הרשות, יש חשיבות באימוצו של הסדר שיישב בין השיקולים והאינטרסים המתנגשים בנסיבות העניין. ההסדר המוצע ברשימה זו מושתת על שני נדבכים: הנדבך הראשון הינו מהותי באופיו, והוא מורכב משני חלקים: החלק הראשון כולל חוקה משפטית שעל-פיה חל על הרשות המנהלית איסור לעשות שינוי בתנאי ההתקשרות. חוקה זו נועדה לסמן את נקודת ההתחלה של הדיון – מחויבות לתנאי ההתקשרות שפורטו במסמכי המכרז ושלגביהם נערכה התחרות המכרזית. החלק השני כולל רשימה של שיקולים שמחייבים איזון והתחשבות במסגרת הדילמה: האם להיצמד לחוקת האיסור ולקבוע את האיסור גם כנקודת הסיום של הדיון בנושא, או לסטות מהחוקה ולהתיר את השינוי המבוקש באופן מלא או חלקי? אף שרשימת השיקולים המפורטת לעיל אינה קצרה, אין היא מתיימרת ואינה יכולה להיות ממצה. כל מקרה והשיקולים המאפיינים אותו, על משקלם השונה. הנדבך השני הינו דיוני באופיו, והוא מציע אימוצן של דרכי דיון שיהיה בהן כדי לקדם ולאפשר את המרכיב המהותי של ההסדר המוצע: הסמכת ועדת המכרזים שערכה את המכרז שקדם להתקשרות לאשר את שינוי תנאיה, יצירת תנאים של שקיפות בתהליך השינוי והכרה במעמדם של צדדים חיצוניים למשא-ומתן להעמידו למבחן הביקורת. נראה לי כי אימוץ הסדר מעין זה עשוי להוות איזון ראוי בין האינטרסים המתחרים בנסיבות העניין.

