

דיני מכחים - ניתוח היבטים כלכליים ותחרותיים

עו"ד ערן בצלאל, שותף
ש. הורוביץ ושות'



מהו מכרז ועל מי הוא חל?

- מכרז הוא הזמנה לתחרות מאורגנת, המנוהלת על-פי כללי משחק שנקבעו מראש, לקראת כריתתו של חוזה עם המזמין
- למעט פטורים מצומצמים, מוטלת על המדינה, תאגידים ממשלתיים, רשויות מקומיות, מועצות דתיות, קופות חולים ומוסדות להשכלה גבוהה, חובת עריכת מכרז פומבי, הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו.
- על אף שלא מוטלת חובת מכרז על גופים פרטיים, במקרים רבים נעשה בו שימוש גם במגזר הפרטי.
- פריצת הסכר - תקיפת הליכים מכרזיים של הרשויות - היום ובעבר
- היקפי התקשרות באמצעות מכרזים במשק הישראלי

יתרונותיו של ההליך המכרזי

ההליך המכרזי מבטיח מספר יתרונות עבור עורך המכרז, ובין היתר:

- **הוא מאפשר השגת הצעה מיטבית עבור המזמין;**
- **מבטיח שמירה על טוהר-המידות של המזמין בעת בחירת הספק עמו יתקשר;**
- **נותן הזדמנות שווה לספקים להשתתף בפעילות עסקית במשק (הממומנת על-ידי רשויות המנהל).**

דיני המכרזים הם "דין צעיר"

- שיטות משפט רבות מטילות חובת מכרז על גופים ציבוריים הפועלים בשוק הפרטי.
- מדובר במגמה שהחלה להתפתח בעיקר בעשרות השנים האחרונות. הדבר נכון גם במדינות מפותחות, בעלות מסורת משפטית ארוכה (כמו אנגליה).
- מדובר בענף משפטי המצוי עדיין בעיצומם של תהליכי גיבוש ועיצוב.

עקרונות דיני המכרזים

דיני המכרזים נועדו להגשים 3 מטרות שונות:

1. יעילות כלכלית

2. מניעת שחיתות ומשוא פנים

3. שמירה על שוויון הזדמנויות

**לא תמיד תהיה סתירה בין שלושת המטרות. אולם, האתגר המשמעותי
בא לידי ביטוי כשיש התנגשות בין לפחות שתיים מבין המטרות הללו.**

הליך המכרז – חקיקה רלוונטית

בעבר

מכרזי הרשויות המנהליות בישראל לא היה כפופים להסדר חקוק, אלא חובת מכרז פרי נוהג ופסיקת בית המשפט הגבוה לצדק.

- **1961-1991 - בג"ץ טיפל בכל התיקים הנוגעים למכרזים.**

- **1991-2000 - העברת הטיפול בענייני מכרזים לבית המשפט האזרחי (פרשת פסטרנק).**

- **2000 - חוק בתי משפט לעניינים מנהליים מהווה נדבך משמעותי בתהליך הארגון מחדש של מערכת בתי המשפט בארץ.**

- **החוק הביא להקמתה של מחלקה מנהלית בבתי המשפט המחוזיים, אשר מיועדת להתמקצע בעניינים מנהליים. הכשרה ייחודית של שופטים.**

המסגרת החקיקתית כיום והשינויים הדרמטיים של שנות ה-90

- **חוקי היסוד**

- **חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992**

- **תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993**

- **תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987**

- **תקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד להשכלה גבוהה), התש"ע-2010**

- **תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון), התשנ"ג-1993**

- **חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000**

תקיפת ההליך המכרזי – ההבדלים בין הליך מנהלי להליך אזרחי רגיל

- אלפי עתירות בשנה. בעיקר בתחום המכרזים.
- התמריץ לתקוף הליכים מכרזיים בדרך של עתירה מנהלית - היום ובעבר
- יעילות ההליך השיפוטי - מנגנונים בדין ליעילות ההליך, ולגיבוש לוחות זמנים קצרים ביותר להשלמת ההליך.
- בכל בית משפט מחוזי בישראל עברו מספר שופטים הכשרה ייחודית לענין, ורק הם מוסמכים לדון בתיקים מנהליים.
- קופות חולים ותאגידים עירוניים - הדואליות של ההליך המשפטי, והמורכבות שעולה מתוך הענין.
- הרעיון - הליך "בזק", שנמשך מספר חודשים, לכל היותר.
- דיון בתוך שבועות ספורים מרגע הגשת העתירה.
- הקושי של הפרקליט בניהול הליך משפטי מהיר, שבו הוא מתבקש בשלב מאד מקדמי לגבש את מתווה ההליך, הסעדים, והטיעונים המשפטיים.

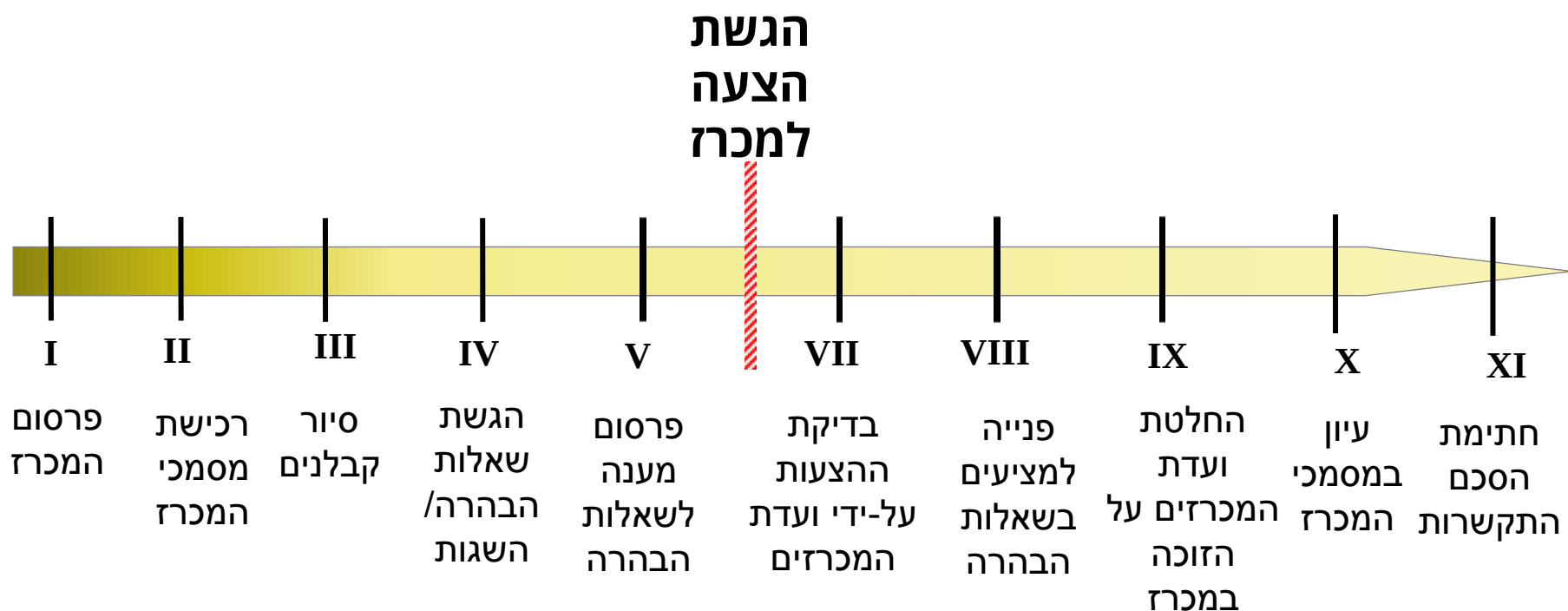
תפקיד בית המשפט

- לא יושב כערכאת ערעור על החלטת ועדת המכרזים.
- מתערב בעניינים הנוגעים לחוסר תקינות ההליך המכרזי (שקילת שיקולים זרים, ניגוד עניינים, הפרת חובת שמיעה, היעדר שקיפות)
- נוטה שלא להתערב בעניינים הנוגעים לליבת שיקול דעתה של ועדת המכרזים.
- מתערב כאשר החלטת ועדת המכרזים בלתי סבירה באורח קיצוני.
- צורת התערבות - לרוב, החזרה לדיון בוועדת המכרזים, או הכרזה על זוכה במכרז. ביטול מכרז - במקרים חריגים ביותר.
- עילות התערבות - סבירות, מידתיות, פגיעה בשוויון, שיקולים זרים, ניגוד עניינים.

סוגי מכרזים

- **ראשית, המעבר ממכרזים "מרובעים" למכרזים מורכבים.** כיצד השינוי השפיע על יחסי מזמין – מציע – מממנים – בית המשפט? (לדוגמא: מכרזי B.O.T)
- **מכרז עם שלב מיון מוקדם (Pre-Qualification)** הכולל בחינת עמידת המציעים בתנאי הסף ובניקוד איכותי מינימלי שנקבע, לצורך יצירת קבוצת מציעים סופית, אשר רק הם יורשו להגיש הצעה למכרז.
- **מכרז עם בחינה דו-שלבית** – הגשת הצעה בשתי מעטפות. בתחילה, קביעת ציון המציעים בפרק האיכותי, על סמך תכולת המעטפה הראשונה (מסמכי המכרז וההצעה); ורק לאחר מכן – בחינת ההצעה הכספית, רק עבור מציעים שעמדו בדרישות המקצועיות או בציון האיכותי המינימאלי.
- **מכרז פומבי עם הליך תחרותי נוסף (Best & Final)** – פניית עורך המכרז למציעים, לאחר פתיחת ההצעות הראשוניות, להגיש הצעה סופית בתנאים מיטיבים יותר עם עורך המכרז, לעומת הצעתם המקורית. מציע שלא הגיש הצעה נוספת, הצעתו הראשונית תיחשב כהצעתו הסופית (אפשרי רק במידה שנקבעו במכרז, מראש, תנאים שבהתקיימם ייערך הליך תחרותי נוסף, והתנאים אכן התקיימו).
- **מכרז פומבי מוגבל** – ועדת המכרזים שומרת לעצמה מראש, במסמכי המכרז, את הזכות לנהל מו"מ עם המתמודדים שהצעותיהם נמצאו מתאימות, תוך הקפדה על מתן הזדמנות הוגנת ושווה לכל המציעים בקבוצת המציעים הסופית (אפשרי רק בסוגים ספציפיים של התקשרויות שנקבעו בתקנות והן בגדר "רשימה סגורה", בד"כ עסקאות מורכבות ומיוחדות).
- **מכרז ממוכן/ממוכן מתפתח/ממוכן מהיר (בסכום של עד 400,000 ₪)**
- **מכרז בעל הליך התמחות דמוי "מכירה פומבית"**

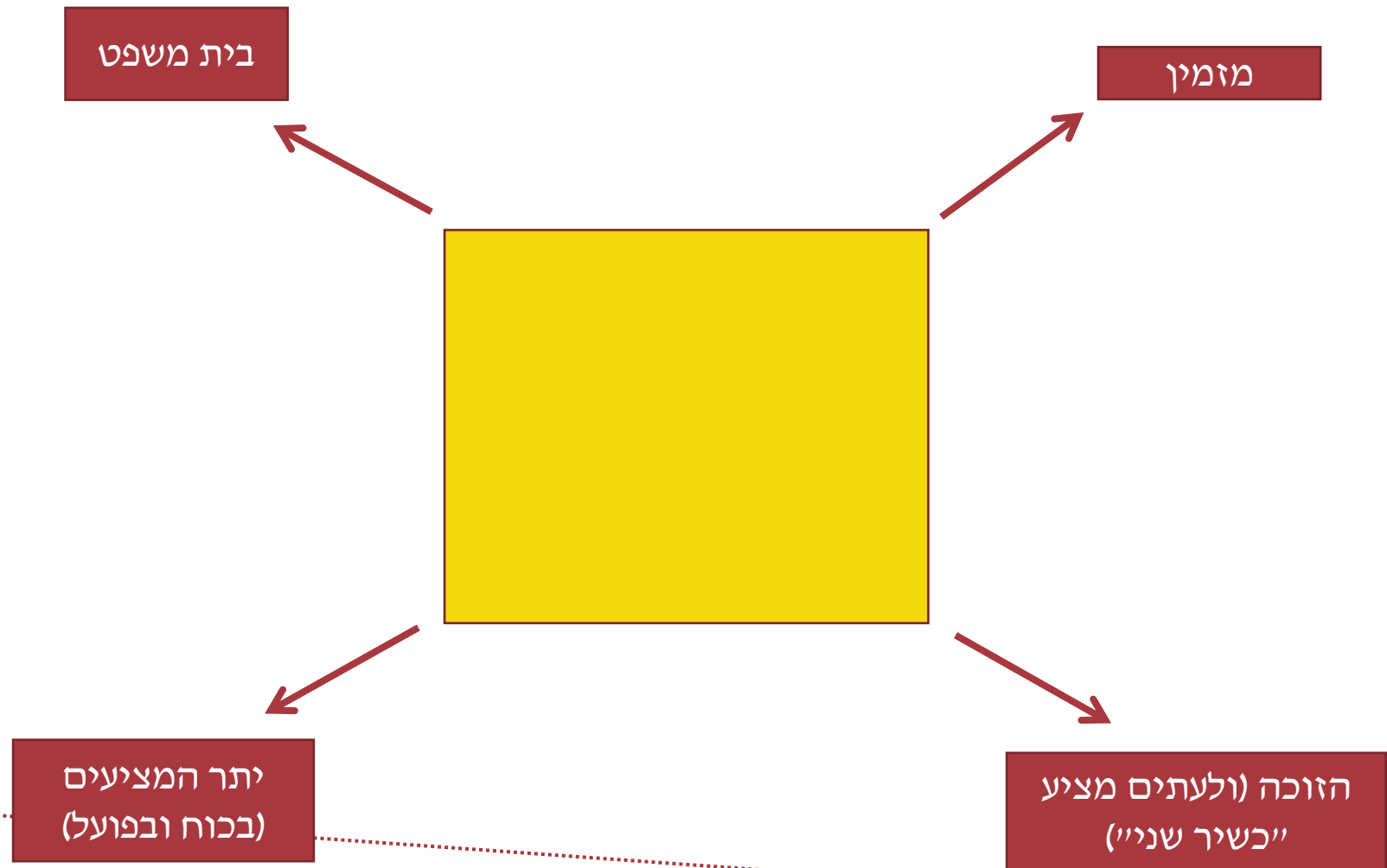
שלב ההליך המכרזי



אופן הגשת ההצעה

- עמידה בתנאי סף
- ערבות בנקאית – פגם בערבות, ערבות מיטיבה
- שאלות הבהרה
- הצעת מחיר – "Price Shifting", תמחור "0"
- איחור בהגשת הצעה
- הסתייגויות בהצעה

ניהול הליך משפטי בדיני מכרזים



מכרזים ככלי במשחק התחרותי בין מציעים - אסטרטגיה והשלכות כלכליות

- קבלת החלטות אי-רציונליות - הליכי התמחרות ומשמעות המונח "זכייה"
- משחקים "אסטרטגיים" בין מציעים
- תכנון הגשת ההצעה
- הליך משפטי וזכות עיון כ"מסע דיג" בין מציעים בחסות החוק
- משחקים "אסטרטגיים" בין המציע לבין המזמין
- האם ההליך המכרזי חוטא לתכלית של עצמו ומוביל לתוצאות שאינן יעילות?

פגמים שעלולים להביא לפסילת ההצעה

- **תיאום בין מציעים במכרז**
- **הצעה נמוכה/ גבוהה מהאומדן באופן בלתי סביר**
- **תכסיסנות מציע- העמסת מחירים, תמחור "0"**
- **אי מילוי כל הפרטים כנדרש, לרבות מחירים**
- **הסתייגות מציע מתנאי המכרז**
- **ניגוד עניינים, קשר פסול לחברי ועדת המכרזים**