

המכללה למינהל
קורס דיני תכנון ובניה
מרצה חנה אטינגר, עו"ד

דיני מכרזים - דף חזרה

מכרז הוא הליך של פנייה לקבלת הצעות לביצוע מיזם מסוים עבור הפונה, לאספקת **מוצר** או **שירות** מסוים לפונה, לרכישת נכס שהוא רוצה למכור, או לקבלת משרה אצל הפונה במסגרת הסכם שיחתם בין הצדדים. ברבים מהמקרים הפונה מוכיח הן את יכולתו לעמוד בתנאי המכרז באופן המיטבי והן מציע הצעת **מחיר** לשירותו במסגרת זו. אולם, בחלק מהמקרים המחיר קבוע ונבדקת רק היכולת המיטבית לעמוד בתנאי המכרז. בתגובה לפנייתו, מקבל מפרסם המכרז הצעות מתחרות ממזיעים, שמעוניינים להתקשר עימו. הפניה למזיעים יכול שתהיה כללית, ויכול שתופנה לקבוצה מוגדרת של מזיעים. ניתן לראות במכרז סוג של משא ומתן. השימוש במכרז נפוץ ואף מחויב על-פי דין **במגזר הציבורי**, אך נעשה בו שימוש גם **במגזר הפרטי**. למכרז שלוש מטרות עיקריות:

1. מתן אפשרות למפרסם המכרז לבחור את ההצעה הטובה ביותר עבורו;
2. מתן הזדמנות שווה למזיעים להשתתף בפעילות העסקית במשק;
3. שמירה על **טוהר המידות**, על ידי צמצום האפשרות מצד מפרסם המכרז להעדיף מקורבים.

ההצעות שמוגשות למכרז, כוללות פרטים על המזיעים וכן את הצעות המחיר שלהם. ההסכם בין הצדדים אינו נכרת בשלב הגשת ההצעות, אלא רק בעקבות קבלת אחת או יותר מהן על ידי מפרסם המכרז, וחתומה על הסכם בין הצדדים. בתנאי המכרז ניתן להקנות לחלקים של ההצעה משקל שונה, למשל: לאיכות הטובין, מחד גיסא, ולמחירם, מאידך גיסא, ולשקלל ביניהם כדי לקבוע מי היא ההצעה הטובה ביותר. כמו כן, ניתן בנסיבות מסוימות לנהל משא ומתן במסגרת המכרז, וכן לבצע בין ההצעות השונות הליך של התמחרות (מעין **מכירה פומבית**).

שיטת המעטפה החתומה - מחיר ראשון

במכרז מסוג זה המשתתפים מכניסים את הצעות המחיר שלהם, עבור הפריט המוצע למכירה, לתיבה. לאחר מכן מוציא מנהל המכירה את המעטפות והמשתתף שהציע את ההצעה הגבוהה ביותר, זוכה - הוא מקבל את המוצר ועליו לשלם את המחיר אותו הציע. במקרה של שוויון הצעות בין מספר מתמודדים, יתבצע שובר שוויון. שובר השוויון יכול להיות הסתברותי (הטלת מטבע, הגרלה...) או קבוע (המתמודד שהציע ראשון, המתמודד עם המספר הסידורי הגבוה ביותר...)

שיטת המעטפה החתומה - מחיר שני הוא סוג של **מכירה פומבית** 'במעטפות סגורות' (כלומר, אף מתמודד לא רואה את ההצעות שהגישו מתמודדים אחרים). המנצח **במכרז** הוא מי שהגיש את ההצעה הגבוהה ביותר. בניגוד למכירה רגילה המנצח לא משלם את ההצעה שלו אלא את ההצעה השנייה בגובהה. היתרון של מכרז בשיטה זו הוא שאסטרטגיית השלטת של כל משתתף הינה להציע את המחיר הקרוב ביותר לשווי האמיתי של המוצר עבור אותו משתתף.

1. במידה והקונים לא בטוחים בערך המוצר עבורם המכרז לא יהיה יעיל ועלול להוביל לתוצאות שלא משקפות את השווי האמיתי.
2. המוכר יכול להוסיף הצעות מזויפות על מנת להעלות את הרווח שלו. מפני שהתשלום של הזוכה לא זהה להצעתו אין לזוכה כל דרך לגלות שהמוכר השתמש בהצעות מזויפות.
3. במידה והקונים מכירים זה את זה עלול להיווצר מצב בו שיתוף פעולה סמוי על ידם יגרום למכירת המוצר במחיר נמוך. זאת לעומת מכירה פומבית פתוחה בה שיתוף פעולה בין קונים אינו בהכרח יעיל.
4. המכרז לא ממקסם את הרווח עבור המוכר. למשל במקרה בו עבור קונה בודד ערך המוצר גבוה אך עבור האחרים הערך נמוך בהרבה, הקונה ישלם מחיר נמוך למרות שהיה באופן תאורטי מוכן לשלם הרבה יותר.

דוגמא:

שימוש מעניין בשיטת מכרז זו בצורתה הבסיסית אירע בשנת 1990 בניו-זילנד. ממשלת ניו-זילנד החליטה למכור רישיונות לשימוש בתדרי רדיו.

מפני שלא היה ניתן להעריך באופן ברור את שווי הרישיון לשימוש בתדרי רדיו ועל מנת לעודד את המשתתפים להציע את ההצעות הקרובות ביותר לשווי האמיתי הוחלט להשתמש בשיטת מכרז מחיר שני. במכרז לא הוכנס מחיר מינימום במטרה לעודד ריבוי הצעות. מכיוון שכמות המתעניינים הייתה קטנה יחסית נוצר מצב אבסורדי בו אדם שהציע שבעה מיליון דולר ניו זילנדי עבור תחום תדרים מסוים קיבל אותו במחיר של 5000 דולר בלבד. אדם אחר הציע מאה אלף דולר ושילם 6 דולר בלבד. מבחינה תאורטית אמנם אין כל סתירה וייתכן כי בשיטות מכרז אחרות לא היו מושג ערך גבוה בהרבה אולם מבחינה ציבורית ותקשורתית נעשה נזק.

מכרז הכל משלמים: הינו סוג של מכירה פומבית בה מוצע למכירה חפץ מסוים, וכל קונה המשתתף במכרז מגיש הצעת מחיר לקנייתו. זהו מכרז סגור - הצעות המחיר מוגשות במעטפות סגורות, כלומר אין הקונים יודעים על הצעות המחיר האחד של השני. הזוכה במכירה הוא מגיש הצעת המחיר הגבוהה ביותר. במנגנון זה, כל קונה משלם את הצעת המחיר שהגיש, בין אם זכה בחפץ ובין אם לא. בכך נבדל סוג זה של מכירות פומביות מאלו מסוג מכרז מחיר ראשון, בהן רק הזוכה בחפץ משלם את גובה הצעתו. באופן דומה, מכירות מסוג זה נבדלות ממכירות פומביות מסוג מכרז מחיר שני, שכן בהן יתרה על כך שרק הזוכה בחפץ משלם - הוא משלם את גובה הצעת המחיר השנייה בגובהה. סוג זה של מכרז מהווה מודל מתאים לתחרויות בהן מתקיים כי גם קונה שאינו זוכה משלם את הצעת המחיר שהגיש. לדוגמא: הגרלות הלוטו כעל מכרז הכל משלמים, שכן כל קוני כרטיסי ההגרלה שילמו עבורם, ואמנם לא כולם זוכים.

כנהוג במקומות רבים בעולם, חייבים גופים ציבוריים, משרדי ממשלה, תאגידים סטאטוטוריים, חברות ממשלתיות וקופות החולים בישראל, לפני שהם מתקשרים בחוזים, לפרסם מכרזים. החובה מוטלת עליהם מכח חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992 והתקנות שהותקנו על פיו. הרשויות המקומיות ואיגודי הערים חייבים לפרסם מכרזים מכוח פקודת העיריות וצנ המועצות המקומיות (א) התשי"א-1950. פטורים מחובת עריכת מכרז וכן פרטי ההליכים של עריכת מכרזים מפורטים בתקנות שהותקנו מכוח חיקוקים אלה. על-פי פסיקת בתי המשפט חייבים גם גופים ציבוריים אחרים לפרסם מכרז בטרם שהם כורתים חוזים. עתירות בקשר למכרזים שפורסמו על ידי גופים ציבוריים, שהיו נדונות בעבר ב**בג"ץ**, נדונות כיום בבתי המשפט לעניינים מנהליים, שהוקמו בשנת 2000. קבלת עובדים בדרגות מסוימות לעבודה, בסקטור הציבורי, נעשית במכרזי כח אדם. תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 מסדירות את אופן עריכת המכרז וקובעות כשלושים מקרים שבהם יינתן פטור מחובת מכרז. התקנות קובעות כי על גוף ציבורי מוטלת החובה לבחון אפשרות לערוך מכרז גם במקרים שבהם יש פטור מעריכתו. סעיף 197 של פקודת העיריות מחייב רשויות מקומיות לקיים מכרז פומבי לרכישת שירותים ומוצרים למעט במקרים מיוחדים בהם ניתן פטור. אחד מהמקרים המיוחדים הוא כאשר יש רק ספק יחיד בישראל המסוגל לספק את המוצר או השירות. השופט חנן מלצר הביע חשש "לשימוש נפוץ ובלתי הולם בפטור "ספק יחיד" כדי לעקוף את החובה לערוך מכרז פומבי כנדרש בחוק", כאשר המוצר הרצוי מוגדר באופן צר מידי כדי שרק ספק אחד יוכל לספקו. השופט מלצר קבע כי בכל מקרה בו יש ספק האם אכן מדובר בספק יחיד יש לקיים מכרז פומבי. מכרז תפור הוא כינוי למעשה ה**ונאה**, שבו כביכול, משרה או שירות מוצגים למכרז בפני כל נותן שירות רלוונטי, אך למעשה דרישות העמידה במכרז נוסחו בכוונה תחילה כך שרק מועמד אחד (או קבוצת מועמדים מסוימת) יוכלו לעמוד בתנאי המכרז. על פי רוב, במכרז תפור מוסיפים לדרישות התפקיד ההכרחיות גם דרישות פחות הכרחיות, או אפילו לא רלוונטיות, שרק המועמד הרצוי יכול לעמוד בהן. לעתים גם מסירים מרשימת הדרישות דרישות הכרחיות למילוי התפקיד שהמועמד הרצוי אינו יכול לעמוד בהן.

הסובלים ממכרזים תפורים הם הן הגוף המעסיק והן האנשים המקבלים שירות מאותו גוף. למשל במקרה בו המכרז לאחראי בקרת איכות במפעל יהיה מכרז תפור, בקרת האיכות עלולה להיפגע וכתוצאה מכך הלקוחות יקבלו מוצרים פחות טובים והמפעל יפסיד כסף.

איסור אפליה – החוק אוסר על קיום אפליה בעבודה מטעמי מין או נטייה מינית, גיל, גזע, דת, מעמד אישי, לאום, ארץ מוצא, או השקפה ושיוך פוליטי. לדוגמא, מכרז בו הועדף עובד על פני חברו בשל העובדה שהוא שייך להסתדרות הינו מכרז פסול ופגום שתוצאתו תבוטל.

תוצאה בלתי סבירה באופן קיצוני – לדוגמא, לזוכה אין כל ניסיון או כישורים לתפקיד, ולעומת זאת את/ה מועמד מנוסה בעל ניסיון רב ובעל תואר אקדמי המעניק לך יתרון רב בביצוע התפקיד.

חשש למשוא פנים וניגודי אינטרסים – על החלטת ועדת המכרזים (הבוחנים) להיות נקייה מהעדפות פסולות. המחליטים עצמם חייבים להיות נקיי כפיים וחסרי קשר ישיר או עקיף למי מהמועמדים.

חשש לשיקולים זרים – לדוגמא, ועדת הבוחנים שוקלת את התאמתך בהתייחס לכך שאת בוגרת תואר ראשון במדעי החברה, למרות שכבר נקבע שבעלי תואר זה מתאימים למשרה ורשאים להגיש מועמדותם למכרז.

הפרת חובה לפרסם הנחיות והוראות – לדוגמא, אם עורך המכרז לא פירסם את כל הקריטריונים הנדרשים למכרז ומועמדותך נפגעה כתוצאה מכך, יתכן והתוצאה תהיה ביטול המכרז.

חובה לקיום הליך תקין – יש לקיים את ההליך בהתבסס על מסמכי המכרז והדינים החלים עליו. לדוגמא, קיום מכרז הנוגד את הוראת התקשי"ר עשוי להביא לפסילתו ע"י נציבות שירות המדינה.

איסור הפליה – החוק אוסר על קיום אפליה בעבודה מטעמי מין או נטייה מינית, גיל, גזע, דת, מעמד אישי, לאום, ארץ מוצא, או השקפה ושיוך פוליטי. לדוגמא, מכרז בו הועדף עובד על פני חברו בשל העובדה שהוא שייך להסתדרות הינו מכרז פסול ופגום שתוצאתו תבוטל.

תוצאה בלתי סבירה באופן קיצוני – לדוגמא, לזוכה אין כל ניסיון או כישורים לתפקיד, ולעומת זאת את/ה מועמד מנוסה בעל ניסיון רב ובעל תואר אקדמי המעניק לך יתרון רב בביצוע התפקיד.

חשש למשוא פנים וניגודי אינטרסים – על החלטת ועדת המכרזים (הבוחנים) להיות נקייה מהעדפות פסולות. המחליטים עצמם חייבים להיות נקיי כפיים וחסרי קשר ישיר או עקיף למי מהמועמדים.

חשש לשיקולים זרים – לדוגמא, ועדת הבוחנים שוקלת את התאמתך בהתייחס לכך שאת בוגרת תואר ראשון במדעי החברה, למרות שכבר נקבע שבעלי תואר זה מתאימים למשרה ורשאים להגיש מועמדותם למכרז.

הפרת חובה לפרסם הנחיות והוראות – לדוגמא, אם עורך המכרז לא פירסם את כל הקריטריונים הנדרשים למכרז ומועמדותך נפגעה כתוצאה מכך, יתכן והתוצאה תהיה ביטול המכרז.

חובה לקיום הליך תקין – יש לקיים את ההליך בהתבסס על מסמכי המכרז והדינים החלים עליו. לדוגמא, קיום מכרז הנוגד את הוראת התקשי"ר עשוי להביא לפסילתו ע"י נציבות שירות המדינה.