

לא חייבים לפסול הצעה פגומה – הצעה להסדר חלופי באשר לדין של הצעות פגומות במכרז

מאת

עומר זקל*

השאלה כיצד ראוי לנהוג בהצעה פגומה שהוגשה למכרז היא סוגיה מרכזית המעסיקה תדיר ועדות מכרזים ובתי משפט. הדין בארץ ובעולם קובע כי בדרך כלל יש לפסול את ההצעה, בעוד שבמקרים חריגים, שבהם הפגם קל ערך במיוחד, ניתן להבליג עליו או לאפשר את תיקונו מבלי שתוטל על המפר סנקצייה כלשהי. הטעם שבבסיס מדיניות זו הוא שהבלגה על הפגם או מתן אפשרות לתקנו עומדים בסתירה לערכים שהמכרז הציבורי נועד לקדם – שוויון בין המתחרים, שמירה על טוהר המידות ויעילות כלכלית לטווח הארוך. אלא שלצד היתרונות הגלומים בהסדר זה יישומו גורר במקרים רבים פגיעה ביעילות ההתקשרות בטווח המידי – ערך מרכזי של מנגנון המכרז הציבורי – ואף נאמנותו לעקרון השוויון מוטלת בספק. נוכח קשיים אלה מוצע הסדר חלופי באשר לדין של הצעות פגומות שיש בו כדי להגשים את תכליות המכרז הציבורי ודיני המכרזים הגשמה מיטבית. על פי ההסדר המוצע יהיה עורך המכרז רשאי לקבוע בו מנגנון שלפיו חלק ניכר מהפגמים שכיום מובילים לפסילת ההצעה יהיו ניתנים לתיקון, בכפוף להפחתת ניקוד מההצעה. סוגי הפגמים ושיעור ההפחתה בגין כל אחד מהם יוגדרו מראש במסמכי המכרז. אימוצה של ההצעה צפוי לשפר את יעילותו הכלכלית של הליך המכרז הציבורי ואת שוויוניותו שיפור ניכר, מבלי שהדבר יהיה כרוך בהגברת החשש לשחיתות.

מבוא. א. עקרונות דיני המכרזים וההסדר הנוהג בעניין הצעה פגומה. 1. עקרונות דיני המכרזים והמתח שיוצרת הצעה פגומה; 2. ההסדר הנוהג בעניין הצעה פגומה; ב. **ההסדר המוצע** – אמת מידה שעניינה אופן עמידתו של המציע בדרישות המכרז. 1. תמצית ההצעה; 2. קו הגבול בין פגם הניתן לתיקון או להבלגה לפגם המחייב את פסילת ההצעה; 3. דין פגם שמעצם טיבו אינו ניתן לתיקון אך ניתן להבלגה; 4. היקף שיקול הדעת של עורך המכרז ושל ועדת המכרזים; 5. ההבחנה שבין תנאי סף לאמת מידה; 6. היבטים נוספים של ההסדר המוצע; ג. **היחס שבין ההסדר המוצע לבין עקרונות דיני המכרזים, שיקולי מדיניות נוספים וההסדר הקיים.** 1. צמצום הפגיעה ביעילות ההתקשרות; 2. שמירה על עקרון השוויון; 3. שמירה על טוהר המידות ומניעת מניפולציות מצד מציעים; 4. הקלת עבודתם של ועדת המכרזים ושל בית המשפט; 5. יצירת תמריצים רצויים בקרב נציגי הרשות; 6. הסדר מידתי המשקף את השיח של המשפט הציבורי; 7. התחשבות ואיזון בין האינטרסים של כלל השותפים להליך המכרז; ד. **קשיים וחולשות של ההסדר המוצע.** ה. **האם ההסדר המוצע תואם את הדין?** 1. האם ההסדר המוצע תואם את עקרונות דיני המכרזים?; 2. האם

* מרצה בכיר, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. תודה לאלה על הערות חשובות: רות אשור, יואב דותן, רביד דקל, שחר ולר, איילת וקסלר, שרית יקוטי, ברק מדינה, מעיין מנשה, תמנע פורת, דן פרידמן, מירב קנולר, דורון תמיר; וכן לחברי מערכת כתב העת משפטים ולקורא האנונימי, שהערותיהם תרמו רבות לחידוד הטיעון ולהבהרתו.

ההסדר המוצע תואם את החקיקה בתחום המכרזים? ; 3. האם ההסדר המוצע תואם את הפסיקה בתחום המכרזים? ; 4. היחס בין ההסדר המוצע להצעות חלופיות בדבר היחס הראוי להצעה פגומה ; 1. סיכום.

מבוא

הגשת הצעה למכרז כרוכה בסדרה של פעולות שרב הסיכוי לטעות בהן: ראשית, מדובר בפעולה המתבצעת בדרך כלל בסד זמנים קצר; שנית, מדובר בפעולה המצריכה איסוף והצגה של נתונים רבים, שעל מכין ההצעה ללקט ולגבש. במכרזים פשוטים מדובר בעבודה מאומצת של כמה ימים עד שבועות. במכרזים מורכבים מדובר בעבודה שיכולה לארוך חודשים, ושותפים לה גורמים רבים הדורשים תיאום ושיתוף פעולה; שלישית, דיני המכרזים והוראות המכרז עצמן מטילים על המציעים רשת צפופה של הוראות, חלקן בעלות אופי טכני ולא אינטואיטיבי, שרב הסיכון לטעות בהן; רביעית, גורמים המתמודדים במכרזים אינם עשויים מקשה אחת. ניתן למצוא ביניהם מציעים סדרתיים, שהכנת הצעות היא לחם חוקם, ולצדם מציעים שהתמודדות במכרזים היא אירוע נדיר מבחינתם, בקיאותם ברזיו של התחום מוגבלת, ובשל מורכבותו וסד הזמנים שבו הם נתונים סיכוייהם לטעות רבים. נוכח דברים אלה אין להתפלא כי במקרים לא מעטים הצעות המוגשות למכרז אינן תואמות את מלוא דרישות המכרז, או במילים אחרות – מפרות איזו מדרישות אלה.

כאשר מתברר כי הצעה הפרה את דרישות המכרז, על ועדת המכרזים להחליט כיצד לנהוג בה. האם לפסול אותה? האם להבליג על ההפרה? האם לאפשר למפר לתקן את ההפרה? האם לפעול אחרת? החלטה זו היא מהשכיחות שעל ועדות מכרזים לקבל, אך לא פעם גם מהקשות שבהן, הן בשל הקושי להבחין בין הפרה המחייבת פסילה להפרה שאינה מחייבת זאת, והן בשל ההפסד הכלכלי הכרוך בפסילתה של הצעה שהיא הטובה ביותר.¹ מבחינה עובדתית, במקרים מסוג זה עומדות בפני ועדת המכרזים שלוש חלופות: בקצה האחד, פסילתה של ההצעה המפרה; בקצה השני, הבלגה על ההפרה או מתן אפשרות לתקנה מבלי שתוטל על המציע כל סנקצייה; בתווך, הבלגה על ההפרה או מתן אפשרות לתקנה, בכפוף להטלת סנקצייה כלשהי על המפר בגין הפרתן של דרישות המכרז. אולם במישור הנורמטיבי הדין, הן בארץ הן בעולם, מכיר בשתי דרכי הפעולה הראשונות בלבד, וברוב המקרים אף מורה לעורך המכרז לבחור בראשונה. לפיכך דיני המכרזים קובעים שככלל, הצעה שהפרה את הוראות המכרז תיפסל² אלא אם מדובר בהפרה קלת ערך

1 לדוגמה, נניח שבמכרז לרכישת כיסאות משרדיים נדרשו המציעים להתחייב לאחריות של שלש שנים על הכיסא שהם הציעו. בעל ההצעה הטובה ביותר ציין בהצעתו כי על הכיסא המוצע אחריות של שנתיים וחצי. על ועדת המכרזים להחליט אם לפסול את ההצעה בגין הפרתה של הדרישה המכרזית; אם להבליג על ההסתייגות מדרישות המכרז; אם לאפשר למציע לחזור בו מהסתייגותו ובכך לתקן את הצעתו; או אולי לנקוט דרך אחרת.

2 ראו למשל בג"ץ 441/83 סעדיאן נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד (4) 368 (1983). לפיכך, בדוגמה המובאת בה"ש 1 לעיל (תקופת אחריות קצרה מהנדרש), הדין מחייב בבירור את פסילת ההצעה המפרה.

במיוחד, שאז עורך המכרז רשאי להבליג עליה או לאפשר את תיקונה.³ דרך הפעולה השלישית – מתן אפשרות לתקן את ההפרה או הבלגה עליה, בכפוף להטלת סנקצייה על המפר – מעולם לא נבחנה ולא נדונה לא בבית המשפט, לא על ידי המחוקק ואף לא במחקר המשפטי. נאמר כבר עתה כי עניינו של המאמר בדרך פעולה זו.

החלתו של ההסדר הנוהג, שכאמור מכיר באפשרויות הקיצון בלבד, וברוב המקרים מורה על פסילתה של ההצעה המפרה, כרוכה במחיר לא פשוט. העיקרי (אך לא היחיד) שבהם הוא שכל אימת שההצעה המפרה היא גם ההצעה הטובה ביותר שהוגשה במכרז, פסילתה גוררת פגיעה מידית ביעילות ההתקשרות. ההסדר המוצע אמור לספק מענה לקושי זה. זאת באמצעות הכרה בסמכותו של עורך המכרז לעגן במכרז כלל שלפיו מציע שהצעתו לקתה בפגם, מתוך רשימה קבועה מראש של פגמים שכיחים, יהיה רשאי לתקן את הצעתו, בכפוף להפחתת ניקוד מההצעה בשיעור שייקבע מראש במסמכי המכרז. לפיכך סטייה מדרישות המכרז תהיה במקרים רבים בת־תיקון, בכפוף להטלת סנקצייה על המפר של הפחתה מהניקוד המגיע להצעה, בשיעור ידוע וקבוע מראש. פסילה של ההצעה המפרה תתחייב רק במיעוט של מקרים, בשונה מאוד מהמצב הנוהג כיום.

ההסדר המוצע אינו מתיימר לשנות את הגדרת המכרז, והוא אף אינו כופר ברציונלים ובתכליות שבבסיסו, שעיקרן שמירה על שוויון ההזדמנויות, שמירה על טוהר המידות ושימוש יעיל בכספי ציבור. ההסדר המוצע גם אינו מעניק לוועדת המכרזים שיקול דעת רחב מזה המסור בידה כיום – ההפך הוא הנכון. תכליתו של ההסדר המוצע היא לאפשר לעורך המכרז להגשים אותן מטרות שמקדם ההסדר הקיים, אך ב"מחיר" נמוך יותר. זאת, באמצעות הוספת "כלי עבודה", מתוך מהקיימים, ל"ארגז הכלים" של ועדת המכרזים. הסדר כדוגמת המוצע כאן אמנם טרם עמד למבחן שיפוטי, אולם ניתוח ההסדר החקוק וההלכה הפסוקה מוביל למסקנה כי ברוב המקרים הדין אינו אוסר אותו, ובמעט המקרים שהוא כן אוסר, מוצע לתקנו.

נוסף על פרק המבוא המאמר כולל שישה פרקים. הפרק הראשון מתאר בקצרה את עקרונות היסוד של דיני המכרזים, את הקונפליקט שנוצר ביניהם בנסיבות שבהן ההצעה הטובה ביותר הפרה את דרישות המכרז, ואת הדין הנוהג בקשר להצעה הפגומה. הפרק השני מציג את ההסדר המוצע על היבטיו השונים. הפרקים השלישי והרביעי בוחנים, בהתאמה, את יתרונותיו של ההסדר המוצע ביחס לעקרונות של דיני המכרזים, ביחס להסדר הנוהג וביחס לשיקולי מדיניות נוספים, וכן את הקשיים הגלומים בו. הפרק החמישי בוחן אם ההסדר המוצע תואם את דיני המכרזים או מחייב שינויים. הפרק השישי מסכם את המאמר.

3 כגון חסר במסמך שהיה בידיו של המציע במועד הגשת ההצעה ובטעות לא צורף לה, או מסמך המעיד על מצב דברים אובייקטיבי עובר להגשת ההצעה (ראו למשל עת"ם (מינהליים חי) 403/02 חיים ישראלי ובניו בע"מ נ' מועצה אזורית מטה אשר, פ"מ התשס"ב 111, 119 (2002)).

א. עקרונות דיני המכרזים וההסדר הנוהג בעניין הצעה פגומה

1. עקרונות דיני המכרזים והמתח שיוצרת הצעה פגומה

מקובל להתייחס הן למנגנון המכרז הציבורי הן לדיני המכרזים בכללותם כשואפים להגשים שלוש תכליות: התכלית האחת היא שמירה על טוהר המידות, מניעת שחיתות וצמצום האפשרות להעדפת מקורבים; התכלית השנייה היא הענקת שוויון הזדמנויות לכול בהתקשרויותיהם עם הרשות. בהנחה שההתקשרות עם הרשות מגלמת בחובה טובת הנאה כלכלית, הליך המכרז נועד להעניק לציבור הרחב הזדמנות שווה להתמודד על טובת הנאה זו; התכלית השלישית היא שימוש מיטבי בקופה הציבורית, באמצעות התקשרות יעילה מבחינה כלכלית.⁴

תכליות אלה מושגות באמצעות מגוון אמצעים ותכונות המאפיינים את מנגנון המכרז הציבורי ובאמצעות ההסדרים שמעוגנים בדיני המכרזים. לדוגמה, עצם הרעיון התחרותי, שהוא לב לבו של הליך המכרז, נועד לקדם יעילות כלכלית, ובה בעת להעניק הזדמנות שווה למציעים פוטנציאליים להתמודד על העסקה העומדת על הפרק. הכלל החקוק והפסוק, האוסר על חברי ועדות מכרזים ויועציהם להיות במצב של ניגוד עניינים,⁵ נועד לצמצם את החשש לפגיעה בטוהר המידות ובה בעת להבטיח שהחלטות תתקבלנה משיקולים ענייניים, דבר שאמור להבטיח יעילות כלכלית ושוויון הזדמנויות. עקרון הפומביות, שהוא עיקרון מכוון בדיני המכרזים, נועד אף הוא להבטיח שוויון הזדמנויות בהתמודדות על ההתקשרות עם הרשות; להקשות על נציגי הרשות העדפה לא הולמת של גורמים מקורבים; ליצור תנאים לתחרות אפקטיבית, שאמורה לאפשר למדינה לבחור ספק מיטבי לשירות או לטובין שאותם היא מבקשת לרכוש.

כל עוד הליך המכרז מתנהל כסדרו, יש באפשרותו להגשים את כל שלוש המטרות. לדוגמה, במכרז פומבי לרכישת עפרונות שהוגשו לו שתי הצעות תקינות, האחת דורשת 1.5 ש"ח לכל עיפרון והשנייה דורשת 2 ש"ח לעיפרון, בחירה בהצעה הזולה תגשים את כל שלוש המטרות שפורטו לעיל.⁶ היא תהיה החלטה יעילה, אין בה כדי לפגום בעיקרון של

4 כל אחת מתכליות אלה טומנת בחובה מורכבות שדיון מפורט בה חורג מענייניו של מאמר זה. לצורך כך ניתן לעיין באלה: עומר דקל חובת המכרז של גופים מינהליים 35–154 (2001) (להלן: דקל חובת המכרז); עומר דקל מכרזים כרך א 91–140 (2004) (להלן: דקל מכרזים א); עומר דקל "מטרות המכרז: השוויון אינו העיקר" ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה 441 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (להלן: דקל "מטרות המכרז"); Omer Dekel, *The Legal Theory Of Competitive Bidding*, 37 PUB. CONT. L.J. 237 (2008).

5 תק' 10(ג) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 קובעת: "היה לחבר ועדת המכרזים, לקרובו, או לתאגיד שהוא בעל ענין בו, או ליועץ או לחבר ועדת משנה ענין אישי או מוסדי בנושא הנדון בוועדה, לא ישתתף בדיון, ובמקומו ימונה חבר אחר לאותו נושא". כן ראו בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה(2) 265 (1990); בג"ץ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד לז(2) 505 (1982).

6 בהנחה שמדובר בעיפרון שתכונותיו הוגדרו מראש, ששתי ההצעות ממלאות תכונות אלה, ושהמחיר המבוקש סביר.

שוויון ההזדמנויות, ובהיעדר אינדיקציה לקנוניה או מניפולציה אחרת, סביר שגם העיקרון של טוהר המידות יישמר.

שונה המצב כאשר בהצעה הטובה ביותר נפל פגם, שמצד אחד יש בו כדי להפר את כללי המשחק המכרזיים, אך מצד שני אין בו כדי לבטל את התוכנה שמדובר בהצעה הטובה ביותר. דוגמה לכך יכולה להיות מקרה שבו ההצעה הטובה ביותר הוגשה באיחור קל או שצורפה לה ערבות בנקאית נמוכה מעט מהנדרש. בסיטואציה מעין זו נוצר מתח בין שאיפתו של המכרז להשיג התקשרות יעילה מבחינה כלכלית לבין מחויבותו לשמירה על עקרון השוויון. אם יוחלט להבליג על הפגם או לאפשר את תיקונו, הדבר יאפשר את השאת התועלת הכלכלית מההתקשרות, אך יהיה כרוך בויתור על היחס השוויוני לכלל המציעים. לעומת זאת אם יוחלט לפסול את ההצעה בשל הפגם שנפל בה, היחס השוויוני בין המציעים יישמר, אך יעילות ההתקשרות תיפגע.⁷

מתח זה בין תכליות המכרז, בנסיבות שבהן ההצעה הטובה ביותר אינה מקיימת את דרישות המכרז במלואן, עומד בלב לבם של דיני המכרזים. הוא מבטא דילמה שכיחה ביותר, שוועדות מכרזים נדרשות להתמודד עמה מדי יום, והוא מגיע תדיר גם לפתחם של בתי המשפט. להלן נפרט בקצרה כיצד מסדירים דיני המכרזים, החקוקים והפוסקים, דילמה זו.

2. ההסדר הנוהג בעניין הצעה פגומה

האופן שבו ועדת המכרזים נדרשת להתייחס להצעה פגומה מעוגן בהוראות הדין החקוק ובהלכה הפסוקה. ייאמר כבר עתה כי ההסדר שקובע הדין הוא בינארי באופיו – פסילת ההצעה המפרה או הבלגה על ההפרה ומתן אפשרות לתקנה. הדין אינו מציע הסדרים המפשרים או מאזנים בין התכליות השונות של המכרז הציבורי.

(א) ההסדר החקוק בעניין הצעה פגומה

הדין החקוק מסדיר חלקית את האופן שבו על ועדת המכרזים להתייחס להצעה פגומה, ועל כן אינו מעניק פתרון שלם למתח שנוצר בנסיבות מעין אלה בין ערך השוויון לערך הכלכלי של המכרז. כך, כשמדובר במכרזים הכפופים לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב–1992, תקנה 20 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג–1993 מסדירה בבירור שני סוגים בלבד של פגמים מבין מכלול הפגמים האפשריים – הצעה שהוגשה באיחור, שאותה יש לפסול;⁸ הצעה

7 לדיון רחב יותר במתח שנוצר בין תכליות המכרז בנסיבות מעין אלה ראו דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 4, בעמ' 476–477.

8 תק' 20(ב) לתקנות חובת המכרזים קובעת כי "ועדת המכרזים לא תדון בהצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון להגשת הצעות". בהקשר זה ראו גם ע"ם 2696/06 מדינת ישראל נ' חרכוש, פס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.7.2006): "לשון התקנה אינה מניחה מקום לשיקול דעת. מחוקק המשנה שפתיו ברור מיללו (על פי איוב ל"ג 3), כי הצעות אשר לא נמצאו בתיבת המכרז במועד האחרון לא יידונו. המבחן הוא טכני ופשוט על פניו. בשעה שנקבעה לסיים, היא המועד האחרון, בדיוק בשעה זו, 'ננעל' פתחה של תיבת המכרז. מה שנמצא בתוך התיבה באותו מועד יידון; מה שלא נמצא לא יידון".

שנפלה בה טעות סופר או טעות חשבונית, שאותה יש להכשיר.⁹ אשר להפרות מסוגים אחרים, התקנה קובעת חזקת פסילה, הניתנת לסתירה על ידי ועדת המכרזים במקרים חריגים, שהתקנות אינן מפרטות מהם.¹⁰ הסדר מעט שונה ניתן למצוא בחקיקה המסדירה את מכרזיהן של רשויות מקומיות.¹¹ כאן התקנות מחייבות באופן גורף פסילה של הצעות שהוגשו באיחור,¹² או "שלא בהתאם לתקנות אלה או שלא בהתאם לתנאי המכרז או שצורפה להם הסתייגות עקרונית או שינוי יסודי".¹³

כפי שניתן לראות, בכל המקרים מדובר בפתרונות קצה. מן העבר האחד פסילה, ומן העבר האחר הבלגה או תיקון, לפי העניין, שאין בצדו כל סנקציה. נוסף על כך, אשר לפגמים שאופן ההתייחסות אליהם מסור לשיקול דעתה של ועדת המכרזים, אין בתקנות הנחיה באילו נסיבות היא רשאית להימנע מפסילתה של ההצעה הפגומה, ובאילו נסיבות עליה לפסול את ההצעה. ניסיון להתמודד עם אתגר זה ניתן למצוא בפסיקת בתי המשפט.

(ב) ההלכה הפסוקה בדבר היחס המתבקש להצעה פגומה

כפי שצוין לעיל, הדילמה שבין יעילות לשוויון, כפי שהיא באה לידי ביטוי בצורך להחליט בדבר גורלה של הצעה פגומה (שהיא גם הטובה ביותר), מגיעה תדיר לפתחו של בית המשפט, ומדיניותו של בית המשפט בשאלה זו ברורה וחד־משמעית – השוויון גובר.¹⁴ כך,

9 תק' 20(ג) לתקנות חובת המכרזים קובעת: "נתגלו בהצעות טעויות סופר או טעויות חשבוניות, רשאית יושב ראש ועדת המכרזים לתקן; התיקון ייעשה במהלך בדיקת ההצעות בידי הועדה ויירשם בפרוטוקול; הודעה על התיקון תימסר למציע". על אף המילה "רשאית" בית המשפט פירש את התקנה באופן המחייב את ועדת המכרזים לתקן טעות סופר, ולא באופן שמוותר לה שיקול דעת בנושא. ראו למשל ע"מ 2638/12 רשות שדות התעופה בישראל נ' א.א. עינת מסעדות בע"מ (פורסם בבנו, 19.7.2012); ע"מ 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בבנו, 31.1.2010); דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 546–548.

10 תק' 20(ד) לתקנות חובת המכרזים קובעת: "ועדת המכרזים תפסול הצעות אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של נושא המכרז, וכן הצעות שעולה מהן שבקיום ההתקשרות ייפגעו זכויות עובדים, זולת אם החליטה הועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו [...]". כן ראו דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 549–550.

11 מכרזיהן של כלל הרשויות המקומיות מוסדרים באותו אופן בדיוק, אך באמצעות שלושה דברי חקיקה שונים: תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח–1987; התוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות (א), התשי"א–1950; התוספת השנייה לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח–1958. בשל זהות ההסדר בכל דברי החקיקה ההתייחסות להלן תהיה לתקנות העיריות (מכרזים).

12 תק' 14(ב) לתקנות העיריות (מכרזים).

13 שם, תק' 20(ג). כן ראו שם, תק' 20(א) ו-20(ב).

14 כך, בע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, 26–27 (1995) קבעה השופטת דורנר: "אכן המכרז נועד, במידה רבה, לאפשר לרשות הציבורית לבחור את ההצעה הטובה לה ביותר. עם זאת, לעקרון התחרות בתנאים של שוויון מעמד בכורה. על-כן, בדרך-כלל, בהתנגשות בין שתי מטרות אלה גובר עקרון השוויון שיסודו בעקרונות הכלליים של המשפט המינהלי. זאת ועוד: הקפדה על קיום מכרזים באופן שוויוני והוגן תורמת לאמון הציבור בשיטת המכרזים ולנכונות ליטול בהם חלק. על-כן, לטווח הרחוק, קיום דווקני של עקרונות השוויון וההגינות ייטיב גם עם האינטרס של הרשויות לזכות בהצעות הנוחות ביותר, אף אם – במקרה פרטיקולרי זה או אחר – תיאלץ הרשות לקבל הצעה שאינה מושלמת".

כל אימת שבית המשפט מוצא כי תיקון או הבלגה על פגם שנפל בהצעה יקנו למציע יתרון על פני מציעים אחרים, או אף על פני מציעים פוטנציאליים שלא התמודדו כלל במכרז, בית המשפט מכתיר פגם זה "פגם מהותי", שמחייב את פסילת ההצעה.¹⁵ זאת, אף אם ההפסד הכלכלי שייגרם מפסילת ההצעה הפגומה הוא רב, ולמעשה תוך התעלמות מהיבט זה. להלן שלוש דוגמאות הממחישות מדיניות זו.

בעניין אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ¹⁶ נדון מכרז שפרסמה הרשות הממשלתית למים ולביוב. למכרז הוגשו ארבע הצעות, בסכומים שנעו בין 12 מיליון ש"ח ל-20 מיליון ש"ח. עם בדיקת ההצעות נמצא חוסר התאמה בין דרישת המכרז בעניין הערכות הבנקאית שהמציעים נדרשו לצרף להצעתם, לבין כתבי הערכות שצירפו להצעתן בפועל שלוש מבין ארבע המציעות (בין היתר אחד מכתבי הערכות היה ארוך מהנדרש ב-19 יום, באופן שהיטיב עם עורך המכרז). בעקבות זאת הורה בית המשפט על פסילתן של הצעות אלה, וכזוכה במכרז נבחר המציע היקר ביותר.¹⁷ בעניין *Elsag Datamat spa* ("אלסג")¹⁸ נדון מכרז שערכה רכבת ישראל להקמה, הספקה ותחזוקה של מערכת כרטוס חכם ללא מגע.

בעע"מ 10785/02 י.ת.ב. בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 905–907 (2003) קבעה השופטת (כתוארה אז) ביניש: "כאשר יש פגם מהותי בהצעה, כלומר פגם הפוגע בשוויון שבין המציעים ובתחרות ההוגנת במכרז, בדרך-כלל תיפסל ההצעה הפגומה אף אם מדובר בהצעה הכדאית ביותר מבחינה כלכלית. במקרים כאלה נסוג האינטרס הכלכלי המיידית בקבלת ההצעה הכדאית ביותר מבחינתה של הרשות הציבורית מפני הצורך בהבטחת עקרון השוויון, ההגינות וטוהר המידות במכרזים. לעתים, כאשר קיים פער גדול בכדאיות הכלכלית בין ההצעה שנפסלה לבין הצעות אחרות עלולה התוצאה להיות קשה במיוחד, אך היא מתחייבת נוכח מעמד הבכורה שיש לעקרון השוויון ולהגינות השלטונית במכרזים. [...] לבסוף נעיר, כי מעמד הבכורה שממנו נהנה האינטרס הציבורי בקיום תחרות הוגנת על פני האינטרס הכלכלי המיידית, תורם, בטווח הזמן הארוך גם לאינטרס הכלכלי-עסקי. הקפדה על עריכת מכרזים בכפוף לנורמות הציבוריות, ובראשן עקרון השוויון, תגביר את אמון הציבור בשיטת המכרז ותעודד השתתפות במכרזים ציבוריים באופן שעולה בקנה אחד עם האינטרס הכלכלי שבבסיס המכרזים."

כן ראו בג"ץ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 472, 476 (1982); בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 101 (1982) (להלן: עניין מיגדה 688/81); עע"ם 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' י, יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.1.2007); עע"ם 5949/07 אמישראל – גז טבעי בע"מ נ' פזגו (1993) בע"מ, פס' 7–8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.4.2008); עע"ם 5159/08 מיצויסי הסעות בע"מ נ' אור הסעות ג.ד., פס' כ (פורסם בנבו, 4.3.2008).

15 זאת, להבדיל מפגם "טכני", שאינו מחייב את פסילת ההצעה. ראו למשל בג"ץ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לו(1) 651 (1983); עניין אחים כאלדי בע"מ, לעיל ה"ש 14, פס' יא–יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עע"ם 1811/09 אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב, פס' 23 (פורסם בנבו, 6.1.2010). בכמה פסקי דין ציין בית המשפט כי ההבחנה שבין "פגם מהותי" ל"פגם טכני" מעוררת קושי, וספק אם ראוי לדבוק בה. ראו למשל עניין אסום נ' מועצה אזורית שדות נגב, שם וכן עע"ם 6090/05 מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ, פס' 13 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו 27.2.2006); עם זאת, היות שלא הוצעה לכך חלופה, בית המשפט ממשיך להסתייע בה.

16 עע"ם 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל – הרשות הממשלתית למים ולביוב (פורסם בנבו, 1.1.2012).

17 בסופו של דבר הסכים המציע להפחית את הצעתו מ-20 מיליון ש"ח ל-16 מיליון ש"ח.

18 עת"ם (מינהליים ת"א) *Elsag Datamat spa* 1259/09 נ' רכבת ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 10.11.2009).

למכרז הוגשו שש הצעות, וזכתה בו חברת אמן ארגון מדעי ניהול יועצים בע"מ ("אמן"), שהגישה את ההצעה הזולה ביותר, על סך כ-24 מיליון אירו. אולם בית המשפט הפך את החלטתה של ועדת המכרזים, בקבעו כי הערכות שהגישה אמן מטעם חברת האם שלה לא עמדה בדרישות המכרז, והחלטת ועדת המכרזים לאפשר את תיקונה לא הייתה לגיטימית בשל פגיעתה בהגינות התחרות. לפיכך ביטל בית המשפט את זכייתה של אמן והכריז על אלסג, שהצעתה הייתה השנייה בטיבה, כזוכה במכרז. העובדה שהצעת אלסג הייתה יקרה בכ-40 מיליון ש"ח (כ-8 מיליון אירו) מהצעת אמן לא הייתה שיקול בקבלת ההחלטה.¹⁹ בעניין חברת החשמל²⁰ נדון מכרז מורכב להקמתה של תחנת כוח פרטית. בשל טעות בהבנתן של דרישות המכרז שינה המציע הטוב ביותר את צורת ההתאגדות שלו מחברה לשותפות בין שלב הבדיקה הטכנית לשלב הגשת הצעות המחיר, וכן שינה את ההרכב הפנימי של בעלי התאגיד. אף על פי שהפער בין הצעה זו להצעה הבאה אחריה היה כ-20 מיליון דולר, בית המשפט הורה על פסילת ההצעה, בקבעו כי הפגם מהותי.²¹ גם הפעם הפער הכספי העצום בין ההצעות לא היה שיקול בהחלטה השיפוטית. במאמר מוסגר יצוין כי מבחינה מעשית בכל שלוש הדוגמאות היה ניתן לתקן את ההפרה באופן שההצעה המתוקנת תתאם במדויק את דרישות המכרז.

בבסיסה של המדיניות השיפוטית, שאינה נותנת כל משקל לפגיעה ביעילות ההתקשרות הנובעת מפסילתה של ההצעה (הפגומה) הטובה ביותר, עומדים שני נימוקים מרכזיים,²² שבית המשפט חוזר עליהם שוב ושוב: ראשית, בית המשפט מדגיש כי על אף חשיבותה של היעילות הכלכלית, השמירה על השוויון ועל התחרות ההוגנת חשובים יותר, ועל כן במצב של קונפליקט בין ערכים אלה יש להעדיף את השוויון; שנית, בית המשפט מציין כי המדיניות שהוא נוקט אמנם גובה לעתים מחיר כלכלי בשלב המידי, אך היא יעילה בטווח

19 ראו גם עניין אמישראל – גז טבעי בע"מ, לעיל ה"ש 14, פס' 7-8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. מדובר במכרז שעניינו בחירת זכיון לחלוקת גז טבעי באזור הדרום. אף שהצעת אמישראל נותרה יחידה במכרז והציון המשוקלל שהוענק לה היה 97.75 מתוך 100 נקודות אפשריות, אף שבית המשפט ציין במפורש כי מדובר בהצעה איכותית, ואף שבית המשפט ציין במפורש כי הוא מודע לכך שפסילת ההצעה תוביל לביטול המכרז ולדחייה ארוכה בהקצאת הזכיון, הוא הורה על פסילת ההצעה משום שהמציע הסתמך בהצעתו על יועץ שלא עמד באופן מלא בדרישות שצוינו במסמכי המכרז.

20 ה"פ (מחוזי ת"א) 200938/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' I.L.P. LIMITED PARTNERSHIP (פורסם בנבו, 31.12.1998). ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה תוך חיובה של המערער בהוצאות לא שגרתיות בסך 100,000 ש"ח (ע"א 2293/99 I.L.P. Limited Partnership נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.1999)).

21 כן ראו ע"מ 21/13 מגנזי תשחיות בע"מ נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ (פורסם בנבו, 24.3.2013). בפרשה זו קבע בית המשפט העליון כי הצעה שצורפה לה ערבות אוטונומית מטעם חברת ביטוח, כאשר במכרז נדרשה ערבות בנקאית, פסולה. היותה של הצעה זו זולה בכ-10.8 מיליון ש"ח מההצעה הבאה אחריה לא היה שיקול בהחלטת בית המשפט. לביקורת על הלכה זו ראו גיל חגי "איך ירדו 11 מיליון שקל מכספי ציבור לטמיון?" *TheMarker* 16.5.2013, זמין ב-www.themarker.com law/1.2021553 (הכותב מבקר את המדיניות השיפוטית הקשוחה בנושא הערכות הבנקאית בשל הפגיעה הקשה ביעילות הנגרמת ממנה, לצד חוסר התועלת שבצדה).

22 ייתכן שניתן להציע הצדקות נוספות למדיניות זו, שבית המשפט אינו נוקב בהן בדבריו. ראו דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 4, בעמ' 451-455.

הארוך, שכן יש בה כדי לתמרץ את ציבור המציעים להקפיד בהצעתם וכדי לחזק את אמון הציבור בשיטת המכרזים.²³

בעבר הצעתי ליישב את המתח שבין יעילות לשוויון בנסיבות של הצעה פגומה באמצעות הענקת שיקול דעת לוועדת המכרזים לאזן בין משקלו של השיקול הכלכלי לבין מידת הפגיעה בשוויון לפי נסיבות המקרה.²⁴ אלא שבית המשפט דחה גישה זו, תוך הדגשת יתרונותיה של מדיניות נוקשה.²⁵

לסיכום, מקום שההצעה הטובה ביותר שהוגשה במכרז הפרה דרישה מדרישות המכרז נוצר מתח בין שתיים מהתכליות המרכזיות של המכרז הציבורי – יעילות כלכלית מול שוויון הזדמנויות. ההסדר הנוהג קובע כי בסיטואציה מעין זו, על ועדת המכרזים להעדיף את השמירה על השוויון על פני שיקולי יעילות, ולפסול את ההצעה הפגומה.

עיון בהסדרים הנוהגים בעולם באשר לדינה של הצעה פגומה מגלה גישה דומה לזו הנוהגת אצלנו. כמו אצלנו, גם בשיטות משפט אחרות עומדות בפני עורך המכרז שתי חלופות בלבד בנסיבות של הפרת דרישות המכרז: מצד אחד פסילת ההצעה המפרה, ומן הצד האחר הבלגה על הפגם או מתן אפשרות לתקנו מבלי שמוטלת על המפר סנקציה כלשהי. אף לא אחת מהשיטות מתייחסת לאפשרות, שלא לומר ללגיטימיות, של תגובה מתונה בגין ההפרה – תיקון ההפרה או הבלגה עליה בכפוף להפחתת ניקוד להצעה.²⁶ דמיון רב בין שיטות המשפט ניתן למצוא גם ביחס השיפוטי להצעה פגומה. לפחות בארצות

23 ראו לעיל ה"ש 14; דפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 39 (2013).

24 ראו דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 564–569; דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 4, בעמ' 441.

25 ראו עניין אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ, לעיל ה"ש 16, פסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"ע 5022/06 וייספיש נ' מינהל מקרעי ישראל, פ"ב ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.4.2008); עניין אחים כאלדי בע"מ, לעיל ה"ש 14, פ"ב יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין אמיראגוז – גז טבעי בע"מ, לעיל ה"ש 14, פ"ב 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

26 לדוגמה, תק' 14.404-2 לתקנות הרכש הפדרליות בארצות הברית (FAR (2008) קובעת עיקרון כללי שלפיו הצעה שאינה עומדת בדרישות המהותיות של המכרז תיפסל. בהמשך, התקנה מפרטת סוגים ספציפיים של הפרות המחייבות פסילה, כגון הסתייגות מלוחות הזמנים להספקה (שם, 14.404-2(c) או הסתייגות משינויים עתידיים בחוזה (שם, 14.404-2(d)(1)). תק' 14.405 מסדירה את האופן שבו יש לנהוג בפגמים טכניים שאינם מצדיקים את פסילת ההצעה ויש לאפשר את תיקונם, כגון חסר במידע שאינו חלק מהתחרות, חסר בחתימה שאינה מהותית או חסר בעותקים מההצעה. תק' 14.407-2 מסדירה את האופן שבו יש להתייחס לטעויות סופר. בדומה להסדר אצלנו, גם בארצות הברית הרישות מוסמכת לתקן טעות מסוג זה, אך בשונה מאצלנו, הפקיד המוסמך נדרש לוודא עם המציע כי אכן מדובר בטעות סופר. תק' 28.101-4 מסדירה את האופן שבו יש לנהוג בערבות שאינה תואמת את דרישות המכרז. כן ראו ס' 20 ו-43 למודל הרכש הממשלתי שגובש על ידי האו"ם ומוצע למדינות כדי שיאמצו אותו לתוך ספר החוקים שלהן (UNCITRAL, MODEL LAW ON PUBLIC PROCUREMENT, U.N. Sales No.)
E.14.V.1 (2014), available at [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procure-ment-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurement/ml-procure-ment-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf). כן ראו הנחיית האיחוד האירופי בדבר רכש ממשלתי (Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the Coordination of Procedures for the Award of Public Works Contracts, Public Supply Contracts and Public Service Contracts, O.J. (L 134), 114, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/35922/Classic_Directive_1_1342004_The_Public_Contracts_Regulations.pdf); וכן תקנות הרכש הציבורי באנגליה (0430en01140240); (U.K.) 2006/5, S.I. (2006).

הברית, גישתם של בתי המשפט להצעות פגומות קשיחה, בלתי מתפשרת ואינה מביאה בחשבון שיקולי יעילות.²⁷ ההסדר שיוצג להלן מציע גישה שונה להצעות פגומות, שתאפשר לוועדת המכרזים להימנע מהגישה הדיכוטומית המאפיינת את ההסדר הנוהג. נפנה עתה להצגת עיקריו של ההסדר המוצע.

ב. ההסדר המוצע – אמת מידה שעניינה אופן עמידתו של המציע בדרישות המכרז

1. תמצית ההצעה

זכור, על פי ההסדר הנוהג על ועדת המכרזים לפסול כל הצעה הלוקה בפגם שבתיקונו או שבהבלגה עליו יש כדי להקנות למציע יתרון. על פי ההסדר המוצע, עורך המכרז יהיה רשאי לקבוע במכרז אמת מידה שכותרתה תהיה "אופן עמידתו של המציע בדרישות המכרז". מציע שהצעתו תציית לכל דרישות המכרז יזכה במלוא הניקוד עבור אמת מידה זו. לעומת זאת מציע שהצעתו תפר דרישה שעל פי אמת המידה האמורה ניתנת לתיקון או להבלגה, יהיה רשאי לתקן את ההפרה בכפוף להפחתת ניקוד מהצעתו בשיעור שאף הוא ייקבע ויצוין מראש במסמכי המכרז.²⁸ לוועדת המכרזים לא יהיה שיקול דעת שלא לאפשר תיקונה של הצעה כשמדובר בפגם שהוגדר ב-רתיקון, והיא גם לא תהיה רשאית לשנות את שיעורה של הפחתת הניקוד. לדוגמה, נניח שבטור המפרט את הפגמים הניתנים לתיקון יופיע: "הסתייגות מדרישות המכרז",²⁹ ולצדו יירשם: "15%". בהתאם לכך, מציע שיסתייג מדרישות המכרז יהיה רשאי לתקן את הצעתו באמצעות מחיקת הסתייגותו, בכפוף להפחתת

27 ראו למשל קביעותיה של ערכאת הדיון המנהלית המוסמכת לבקר את החלטותיו של הממשל הפדראלי בתחום הרכש הממשלתי (Comptroller General Decisions): "[...] Maintaining confidence in the competitive system is of greater importance than the possible advantage to be gained by considering a late proposal in a single procurement" (Silvics, Inc., B-225299, 87-1 CPD ¶ 204 (Comp. Gen. Feb. 24, 1987)); "[...] The public interest in strict adherence to federal competitive bidding procedures required by law outweighs any financial advantage that might accrue to the government in a particular case by a violation of those procedures" (A & A Roofing Co., Inc., B-219645, 85-2 CPD ¶ 463 (Comp. Gen. Oct. 25, 1985)).

כן ראו: Phoenix Research Group, Inc., B-240840, 90-2 CPD ¶ 514 (Comp. Gen. Dec. 21, 1990); Secure Applications, Inc., B-261885, 95-2 CPD ¶ 190 (Comp. Gen. Oct. 26, 1995); Armstrong Elevator Company, B-292864.2 (Comp. Gen. Apr. 13, 2004).

28 "הפרה" כוללת גם חריגה מדרישות המכרז הפועלת לכאורה לטובת הרשות ולרעת המציע, כגון ערבות טובה מהנדרש. ראו בהקשר זה עניין אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ, לעיל ה"ש 16.

29 "הסתייגות" יכולה לשאת פנים רבות. לדוגמה, הערה בטופס ההצעה כי הצעת המחיר אינה מתייחסת לפרק מסוים במפרט העבודות (עניין סעדיאן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 372) או הערה על נספח הביטוחים, שהוא נספח לחוזה, כי הביטוח אינו מכסה סיכון מסוים שנדרש במכרז או בחוזה (ע"א (מחוזי מרכז) 798-05-09 מ.ג.ע.ר – מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' מניב ראשון בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2009); בש"א (מחוזי ת"א) 31258/03 חוצות זהב בע"מ נ' עיריית רמת גן (פורסם בנבו, 23.9.2003)). ראו גם עע"מ 7111/03 "יוסף חורי" חברה לעבודות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל ע"י מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(6) 170, 174–176 (2004); דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 595–598.

15% מהניקוד המרבי שהיה יכול לקבל בגין אמת מידה זו. כיום הפרה מעין זו מחייבת את פסילת ההצעה.³⁰ יוצא, שבשונה מהמצב הנוהג, על פי ההסדר המוצע מציע יוכל למנוע את פסילת הצעתו ולהישאר בתחרות הגם שהפחתת הניקוד תפגע, מטבע הדברים, בסיכויי לזכות במכרז. סביר להניח כי הפחתת הניקוד תוביל לאי-זכייה במכרז, כאשר פערי האיכות או המחיר בין ההצעות יהיו קטנים. אולם בנסיבות שבהן פערי האיכות או המחיר יהיו גדולים, אפשר שההצעה המפרה תזכה במכרז על אף הפחתת הניקוד.

יודגש כי ההסדר המוצע אינו אמור להקל בדרישות המכרז. הוא גם אינו נותן לגיטימציה לסטייה כלשהי מדרישות אלה. כמו ההסדר הנוהג, גם ההסדר המוצע רואה בהפרה של דרישות המכרז התנהגות פסולה הראויה לתגובה שלילית. אלא שבעוד שכיום קיים סוג אחד של סנקציה לכל הפגמים ה"מהותיים" – פסילת ההצעה הפגומה – ההסדר המוצע מתאים סנקציות בדרגות חומרה שונות לסוגים שונים של פגמים, "מהותיים" ו"טכניים" כאחד, לפי חומרת הפגם, באופן שיוגדר מראש במסמכי המכרז ולא יהיה נתון לשיקול דעתה של ועדת המכרזים בכל מקרה ומקרה.

נוסף על כך, כדי למנוע הפרה מכוונת של דרישות המכרז וכדי למנוע ממציעים טווח תמרון בהחלטה אם לתקן את הצעתם אם לאו, מוצע כי במסמכי המכרז יצוין במפורש כי הימנעותו של מציע מלתקן את הצעתו תהיה שקולה לחזרה מההצעה, ועל כן תהיה, כשלעצמה, עילה לחילוט הערבות שצורפה להצעה.³¹

2. קו הגבול בין פגם הניתן לתיקון או להבלגה לפגם המחייב את פסילת ההצעה

מוצע כי לא כל פגם יהיה ניתן לתיקון או להבלגה. יש פגמים, שכמו בהסדר הנוהג – ראוי כי דינם יהיה לפסול את ההצעה. בהקשר זה נראה כי מתבקשת התייחסות לשתי אמות מידה מרכזיות: אמת המידה הראשונה מתמקדת בהבחנה שבין פגם הניתן לתיקון בדרך אחת בלבד, שאז מוצע להתיר את התיקון, לבין פגם הניתן לתקנו ביותר מדרך אחת, שאז מוצע לאסור את התיקון. זאת מן הטעם שמתן אפשרות למציע לתקן פגם שניתן לתקנו ביותר מדרך אחת מקנה לו טווח תמרון החלטי כיצד הוא רוצה לתקן את הפגם, ומאפשרת לו לבחור בדרך התיקון שמיטיבה את מצבו.³² אפשרות זו מקנה לו יתרון לא הוגן. בנוסף, הדבר עלול לעודד מציעים להגיש הצעה פגומה במכוון, על אף "המחיר" הכרוך בתיקונה, אם אותו מציע יסבור שבנסיבות העניין מדובר ב"מחיר משתלם".

30 ראו למשל עניין סעדיאן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 372. עם זאת, קיימים מצבים שבהם עורכי מכרזים מציינים מראש במסמכי המכרז כי ועדת המכרזים רשאית להתעלם מהסתייגות מדרישות המכרז או החוזה. ראו למשל ע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590 (2003). לפרטי פסק הדין ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 103.

31 גם על פי הדין החקוק חזרה מהצעה מקימה עילה לחילוט הערבות. ראו תק' 16(ב) לתקנות חובת המכרזים.

32 הטבת מצבו של המציע אין משמעה בהכרח הגשת הצעה טובה יותר. לעתים מציע עשוי לסבור כי הגיש הצעה טובה מדי, במובן זה שגם הצעה טובה פחות תאפשר לו לזכות במכרז. מצב זה יכול להתרחש כאשר המציע נחשף למידע בדבר הצעות מתחרות שהוגשו למכרז או בשל שינויים בתנאי השוק שלמציע ניתנת אפשרות להתאים להם את הצעתו.

בהתחשב במבחן זה ניתן להצביע על כמה קטגוריות של פגמים שראוי לאפשר את תיקונם. קטגוריה אחת כוללת פגמים המתייחסים לסוגיות שאינן קשורות כלל למושא התחרות, כגון חסר בחתימה, פגם בערבות,³³ פגם או היעדר תצהיר בדבר שמירה על זכויות עובדים, אי-צירוף אישור בדבר ניהול ספרים כדין, הגשת צילום במקום שבו נדרשה הגשת מסמך מקורי, הגשת ההצעה במספר עותקים קטן מהנדרש, אי-שלום עבור מסמכי המכרז בניגוד לדרישת המכרז וכדומה.

קטגוריה נוספת כוללת השלמה או תיקון של ראייה שהיה נדרש לצרפה להצעה,³⁴ ובלבד שמדובר בראייה המעידה על מצב הדברים קודם למועד הגשת ההצעות, כגון היעדר תצהיר או אישור נדרש אחר (כגון מטעם עורך דין או רואה חשבון) בדבר נכונותו של מידע המפורט בהצעה (כגון ניסיון קודם, מספר עובדים, מחזור כספי וכדומה), השמטה של תעודת מקצוע או של תעודה אחרת וכדומה. כן מוצע לאפשר השלמה או תיקון של מידע אובייקטיבי המתייחס למציע או ל"הצעה" (הטובין, השירות או העבודה המוצעים), ובלבד שמדובר במידע חד-משמעי, שיש בו כדי לתאר את המציע או את ה"הצעה" קודם למועד הגשת ההצעות. כך לדוגמה מוצע להתיר תיקון מידע הנוגע למספר העובדים של המציע, למחזור הכספי של עסקיו, למבנה הבעלות בו, לניסיונו הקודם, לסוג העובדים שהוא מעסיק וכדומה, כל עוד מדובר במידע הנכון למועד הגשת ההצעה. בדומה לזה מוצע לאפשר למציע לתקן מידע אובייקטיבי המתייחס לתכונותיו של המוצר או של השירות המוצע.

עוד מוצע לאפשר תיקון של פגם שממנו עולה לכאורה כי ה"הצעה" (הטובין, השירות או העבודה המוצעים) אינה עומדת בדרישה מכרזית או חוזית, ובלבד שהתיקון אינו יכול להשפיע על הניקוד הניתן להצעה, והפגם ניתן לתיקון בדרך אחת בלבד. לדוגמה, נניח שנדרשת במכרז התחייבות לשירות של 24 שעות ביממה, והמציע ציין בהצעתו כי הוא יעניק שירות של 20 שעות בלבד; או שהמציע נדרש לבטח את עצמו בתנאים מסוימים, ובהצעתו מפורט ביטוח נחות יותר; או שהמכרז דרש אחריות של שלוש שנים למוצר המוצע, והמציע התחייב לשנתיים בלבד. תיקון חריגות אלה שקול למחיקת התניה או הסתייגות מדרישה מכרזית או חוזית (כגון מחיקת הסתייגות מסעיף בנספח הביטוח המצורף לחוזה), שעל פי המוצע ראוי לאפשרה.³⁵

כאמור, בבסיסן של הקטגוריות דלעיל שני עקרונות משותפים – מדובר בפגמים שתיוקנם אפשרי בדרך אחת בלבד, ואין בתיקון כדי להשפיע על ניקוד ההצעה. על כן במתן האפשרות לתקנם אין כדי להקנות למציע טווח תמרון³⁶ או כדי לשפר את סיכוייו לזכות במכרז, מעבר לעצם הותרתו בתחרות המכרזית.

33 ובלבד שהערבות בת-חילוט או אינה נמוכה בהרבה מסכום הערבות שנדרש במכרז. זאת מכיוון שחלק מהותי מההסדר הוא שאם המציע אינו מתקן את הצעתו, ובכך מוביל לפסילתה, ערבותו מחולטת. לכן בקבלת הצעה שהוגשה ללא ערבות כלל או שהערבות שצורפה להצעה אינה בת-חילוט או שהיא נמוכה בהרבה מהדרישה המכרזית, יש כדי לסכל את ההסדר המוצע ולהוות פתח למניפולציה אסורה.

34 בין שמדובר בראייה המתייחסת לסוגיה שבעניינה מתנהלת התחרות ובין שלא.

35 ראו לעיל את פסקי הדין המוזכרים בהקשר זה בה"ש 29.

36 לתמיכה בטענה זו ראו עת"ם (מינהליים ח"י) 61131-10-10 Ltd Hitachi Power Systems America נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פס' 48-50, 58-60 (פורסם בנבו, 13.2.2011). עניינו של פסק הדין במכרז בין-לאומי מורכב לתכנון, לייצור, להספקה ולהפעלה של מערכות להפחתת פליטה של מזהמים

לעומת זאת מוצע לאסור תיקון של פגם שניתן לתקנו ביותר מדרך אחת, או שמתן האפשרות לתקנו מעניק למציע טווח תמרון ופתיח לרכישת יתרון לא הוגן. לפיכך מוצע שלא לאפשר למציע "לתקן" את הצעת המחיר הנקובה בהצעתו, גם אם לטענתו נפלה בה שגגה, ולא לאפשר למציע לתקן מידע הנוגע למוצר המוצע, כשקיימת יותר מאפשרות תיקון אחת או כשמדובר בתיקון שיש בו כדי להשפיע על ניקוד ההצעה. לדוגמה, במכרז לרכישת מערכת מחשוב מוצע שלא לאפשר למציע לשנות את הצעת המחיר או איזה מחלקיה. כן מוצע שלא לאפשר שינוי של הזיכרון המוצע של המערכת, של מהירותה או רכיבים אחרים בה, כשיש יותר מדרך אחת לתקנם או כשיש בתיקון כדי להשפיע על ניקוד ההצעה.³⁷ אמת מידה שנייה מתייחסת ליושרו של המציע ולתום לבו. לכאורה קיים פיתוי להגביל את אפשרות התיקון לפגמים הנובעים מטעות שנפלה בתום לב בלבד ולא לאפשר תיקונים של פגמים שנעשו במכוון. אולם אימוצה של אמת מידה מעין זו יטיל על עורך המכרז קושי ראייתי לא פשוט, בדמותו של הצורך להבחין בין הפרה שנעשתה בתום לב (בטעות) לבין הפרה שנעשתה שלא בתום לב (במכוון). בשל הקושי הטמון בסיווג התנהלותו של מציע כחסרת תום לב, מוצע להימנע מאמת מידה זו כתנאי לתיקון ההצעה. אם ההסדר המוצע אכן יהיה תמריץ יעיל להישמע לדרישות המכרז, ייתר הדבר את הצורך לעמוד על כוונותיו הנסתרות של המציע.

עם זאת אני סבור כי פטור בלא כלום אי אפשר, ועל כן מוצע שלא לאפשר תיקונו של פגם המלמד בבירור, וללא צורך בעריכת חקירה, על חוסר יושר, חוסר אמינות או התנהגות המהווה עבירה פלילית. דוגמאות לכך יכולות להיות חתימה על תצהיר כוזב, ניסיון שנחשף להונות את ועדת המכרזים או חשיפה של קשר בין מציעים לצורך הפחתת התחרות. מדובר במצבים שבהם הפסול בהתנהלותו של המציע מדבר בעד עצמו באופן שהבלגה עליו עשויה להיות מקוממת כשלעצמה. הכוונה היא למקרי קיצון מובהקים, ומטבע הדברים נדירים. מתן אפשרות למציע לתקן את הצעתו במקרה מעין זה מקוממת כשלעצמה, ויש בה כדי לפגוע באמון הציבור במנגנון המכרז.

ניתן גם להגדיר נסיבות קונקרטיות שבהתקיימן לא יהיה הפגם ברת-תיקון. לדוגמה, ניתן לקבוע כי במקרה של איחור בהגשת ההצעה, כל דקה של איחור תוביל להפחתה של אחוז אחד מהציון בגין אמת מידה זו, עד לאיחור של 15 דקות, ומעבר לו ההצעה תיפסל. ההנחה בבסיסו של כלל מעין זה היא שאיחור קל בהגשת ההצעה הוא בסבירות גבוהה תוצאה של תקלה, אין בו כדי לשבש את הליך המכרז, ואין בו כדי להקנות למציע יתרון על פני מציעים אחרים. מנגד, מדובר בהפרה של דרישות המכרז, ועל כן ראוי להטיל בגינה סנקצייה. אולם מתבקש לקבוע למידת ההפרה גבול עליון המצוי במתחם הסבירות. בדומה לזה ניתן לקבוע

בתחנות כוח. בית המשפט אישר את החלטתה של ועדת המכרזים לאפשר למציע להמציא מידע שלא נכלל בהצעה בדבר עמידתו בתנאי סף במכרז. בהחלטתו זו הסתמך בית המשפט, בין היתר, על סעיף במכרז שאפשר לעורך המכרז לבקש השלמת פרטים ומידע חסר.

37 לפיכך אם דרישת המכרז היא למהירות מוגדרת, והמציע הציע מהירות שונה, הרי שקיימת רק דרך אחת לתקן את הפגם, ועל כן יש להתירו. לעומת זאת אם המכרז הותיר את דרישת המהירות פתוחה ליותר מאפשרות מוצעת אחת, והמציע טוען שהוא שגה בהצעתו, הרי שבמקרה זה התיקון לא יהיה אפשרי.

כי הצטברות של חמישה פגמים בהצעה היא כשלעצמה פגם שאינו ברתיקון משום שהדברים מעידים על רשלנות רבתי בניסוח ההצעה, בבחינת כמות המעידה על איכות.

3. דין פגם שמעצם טיבו אינו ניתן לתיקון אך ניתן להבלגה

יש פגמים שמעצם טיבם אינם ניתנים לתיקון, אך הם ניתנים להבלגה. לדוגמה, אם תנאי המכרז כללו דרישה שהמציע יהיה בעל חמש שנות ניסיון, ולמציע ניסיון של ארבע שנים ועשרה חודשים בלבד, מטבע הדברים תיקון ההצעה אינו אפשרי, ויש להחליט אם בנסיבות מעין אלה ראוי לפסול את ההצעה או לאפשר הבלגה על הפגם בכפוף להפחתת ניקוד. כיום אין לוועדת המכרזים מנוס מפסילת ההצעה, גם אם חברי הוועדה סבורים כי מדובר בהצעה מצוינת, כי ניסיון של ארבע שנים ועשרה חודשים מספק לצורך ביצוע ההתקשרות, וכי ההצעה בולטת לטובה בכל יתר המרכיבים שלה.³⁸ אם כך הדבר, האם לא ראוי לאפשר בנסיבות מעין אלה הבלגה על הפגם תוך הפחתה בניקוד המוענק להצעה? מנגד, אם ארבע שנים ועשרה חודשים של ניסיון מספיקים לצורך ביצוע ההתקשרות ברמה נאותה, היה ראוי לקבוע מלכתחילה תנאי סף פחות מחמיר. אלא שבמקרים רבים בעת ניסוח דרישות המכרז מעצבי המכרז שרויים בעלטה יחסית, והם קובעים את התנאים המוקדמים להשתתפות בו על סמך שכל ישר, הכרתם את צורכי הרשות והכרתם, המוגבלת לעתים, את תנאי השוק. בנסיבות מעין אלה קשה לצפות מהם לרמת דיוק גבוהה במיוחד. יתר על כן, ספק אם מוצדק לדרוש ממצעבי המכרז והחווה רמת דיוק גבוהה, שמטבע הדברים מחייבת חקירה ולימוד מעמיקים של מצב השוק הצפויים לייקר את עלויות העסקה. על כך יש להוסיף כי לא רק מציעים טועים; הדבר קורה לעתים גם לכותבי מכרזים, וראוי לשאוף להסדר משפטי המתחשב גם באפשרות זו. מובן כי דילמה מעין זו יכולה להתעורר גם באשר לתנאי סף נוספים, כגון מחזור העסקים של המציע, מספר עובדיו, הוותק שלו בתחום, היקף ניסיונו בביצוע התקשרויות דומות וכדומה.

בהקשר זה אני רואה מקום להבחין בין הפרה של דרישות המכרז הניתנת לתיקון (כגון היעדר חתימה, חסר במסמך או הסתייגות מדרישה חוזית) לבין הפרה שאינה ניתנת לתיקון כי אם להבלגה בלבד (כגון היעדר ניסיון מספיק או מחזור כספי קטן מהנדרש). למעט במקרה של איחור קל בהגשת ההצעה, ההסדר המוצע אינו מאפשר הבלגה על הפרתה של דרישה חוזית או מכרזית.³⁹ הסיבה העיקרית לכך היא שלפי הדין הקיים מציע פוטנציאלי שמגלה כי הוא אינו עומד בדרישה הקבועה במכרז רשאי לפנות לוועדת המכרזים ולבקש את שינויה כל עוד לא חלף המועד האחרון להגשת ההצעות.⁴⁰ בנסיבות מעין אלה ועדת המכרזים רשאית לשקול אם לשנות את הדרישה אם לאו, וזאת לפי הערכתה אם יש בכך כדי לשרת את תכלית ההתקשרות. אם ועדת המכרזים החליטה להותיר את הדרישה על כנה, על

38 ראו למשל עניין **אמישראגז – גז טבעי בע"מ**, לעיל ה"ש 14.

39 הסיבה לכך היא שלא כבדוגמאות המפורטות לעיל, איחור בהגשת ההצעה מהווה הפרה של דרישה פרוצדורלית בלבד (שאינה קשורה להצעה עצמה). בשל פרק הזמן הקצר שעליו מוצע להבליג (15 דקות), ההנחה היא שמדובר בהפרה הנובעת מתקלה גרידא, ויקשה לטעון כי יש בכך כדי להעניק למציע יתרון של ממש על מתחיריו.

40 דקל **מכרזים א**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 398.

אף הפנייה אליה בעניין זה, איני רואה הצדקה להבליג על הפרתה של דרישה זו בשלב של בדיקת ההצעות, ואם מדובר בדרישה שהמזיע לא ביקש כלל את שינויה, גם אז אין הצדקה להבליג על אי-עמידתו בדרישה זו. אמנם קיים חשש שוועדת המכרזים תושפע בהחלטתה אם להיענות לבקשת השינוי ממהות הפונה, אולם חשש זה קיים גם בשלב של עיצוב דרישות המכרז מלכתחילה. נוסף על כך, מציע הסבור כי ועדת המכרזים הונחתה משיקולים זרים, הן בעיצובן של דרישות המכרז מלכתחילה הן בהחלטתה אם להיעתר לבקשתו לשנות דרישה מכרזית או לסרב לה, רשאי להעמיד את החלטתה במבחן שיפוטי.

כמו כן הסדר שלפיו ועדת המכרזים תבליג על אי-עמידה של מציע בתנאי סף, בכפוף להפחתת ניקוד ששיעורה ייגזר ממידת ההפרה של אותו תנאי, שקול לקביעתו של תנאי סף מקל שמציע שיעמוד בו מעבר לנדרש יקבל בגין כך ניקוד נוסף.⁴¹ מכיוון שהסדר כדוגמת זה האחרון אפשרי גם כיום, איני רואה יתרון בתוספת של אפשרות ההבלגה להסדר המוצע. בשל דברים אלה מוצע כי בנסיבות שבהן הצעה אינה עומדת בדרישת סף מכרזית הנוגעת להצעה או למציע שאינה ניתנת לתיקון אלא להבלגה בלבד – ההצעה תיפסל, כפי שנהוג גם כיום.

4. היקף שיקול הדעת של עורך המכרז ושל ועדת המכרזים

חשוב להדגיש כי לא זו בלבד שההסדר המוצע אינו מרחיב את שיקול הדעת המסור לוועדת המכרזים, הוא אף מצמצם שיקול דעת זה, בשני היבטים: ראשית, בכך שהוא מייחר את הצורך להבחין בין פגם מהותי לפגם טכני; שנית, בכך שהוא שולל מוועדת המכרזים את שיקול הדעת להחליט כיצד לנהוג בהצעה שנפל בה פגם טכני.

כיום ועדת המכרזים נדרשת לסווג כל הפרה של דרישות המכרז כ"מהותית" או "טכנית", ומסיווג זה נגזר גורלה של ההצעה המפרה לשבט או לחסד. במקרים רבים סיווג זה אינו מובן מאליו וכרוך בהתחבטות רבה.⁴² על פי ההסדר המוצע, ועדת המכרזים תידרש לזהות את ההפרה ולסווג אותה לפי רשימת הפרות שיפורטו במסמכי המכרז.⁴³ גם במקרה זה גורלה של ההצעה ייגזר מסיווג זה, אלא שנראה כי מדובר בסיווג פשוט הרבה יותר, המצריך שיקול דעת צר יותר.

על מנסח המכרז לשאוף שאמת המידה המוצעת תייתר את הצורך בהבחנה שבין פגם "מהותי" לפגם "טכני" ותקבע בבירור ובפשטות ככל הניתן את "תג המחיר" הנלווה לכל סוג של פגם, ללא צורך בהפעלתו של שיקול דעת מורכב בכל מקרה ומקרה. על מנת לשמור על פשטותו של ההסדר המוצע וכדי לצמצם את האפשרות ליחס מפלה מצד ועדת המכרזים,

41 לדוגמה, תנאי סף שקובע כי ההשתתפות במכרז מותנית בניסיון של 5 שנים במתן שירות דומה, כאשר כל חודש פחות מהנדרש יוריד מהניקוד המוענק למציע חצי נקודה, עד להפחתה של 6 נקודות, ומתחת ל-4 שנות ניסיון ההצעה תיפסל, שקול להסדר שלפיו תנאי הסף במכרז הוא 4 שנות ניסיון, וכל חודש ניסיון נוסף יעניק למציע חצי נקודה נוספת, עד לתקרה של 6 נקודות (או 5 שנות ניסיון).

42 "אשר להבחנה בין פגמים 'מהותיים' ו'טכניים', זו אינה פשוטה כידוע ויש בה פתח לפלפולים לא מעטים שחכמי הישיבות השוקדים יום ולילה על תלמודם לא היו בוראים כמותם" (עניין מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ, לעיל ה"ש 15, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

43 מבנה סכמטי של אמת המידה המוצעת ורשימה מוצעת של הפרות הניתנות לתיקון ולהבלגה מצורפים כנספח למאמר.

ההסדר המוצע אינו מקנה לוועדת המכרזים שיקול דעת בדבר היקף הפחתת הניקוד ואינו קושר בין חומרת הפגם לשיעור ההפחתה. כך לדוגמה הפחתת הניקוד בגין פגם בערכות תהיה אחת בין שהערכות שצורפה להצעה קצרה מהנדרש ביום או ביומיים ובין שהיא קצרה בשבוע או בשבועיים.

לכאורה ניתן לטעון כי ההסדר המוצע מקנה לעורך המכרז שיקול דעת שאין לו כיום, וזאת בעיצובה של אמת המידה המוצעת, ובעיקר – בקביעת "תג המחיר" שיוצמד לכל הפרה והפרה של דרישות המכרז. לפי טיעון זה, עורך המכרז עלול לעצב את אמת המידה המוצעת באופן שייטיב עם מציע שהוא רוצה ביקרו וירע עם מציעים אחרים, תופעה המכונה "מכרז תפור". כך, אם עורך המכרז סבור שהמציע שהוא רוצה ביקרו יתקשה לעמוד באיזו מדרישות המכרז (לדוגמה, הגשת ערכות בנקאית בסכום מסוים) הוא יקבע להפרה זו "תג מחיר" נמוך. בטיעון זה היה יכול להיות ממש אילו היה ההסדר המוצע מתיר לוועדת המכרזים להבליג או לוותר על דרישה מכרזית. אלא שהדבר אינו כך.⁴⁴ ההסדר המוצע מתנה את הישארותו של המציע בתחרות בתיקון ההצעה באופן שיתאם את דרישות המכרז, ונוסף על כך מפחית מהניקוד הניתן להצעה. לכן הדבר היחיד שמציע יכול "להרוויח" מהגשת הצעה פגומה הוא פרק הזמן שבין המועד האחרון להגשת ההצעות למועד שבו הוא נדרש לתקן את הפגם, וזאת במחיר של פגיעה בסיכוייו לזכות במכרז. לפיכך עורך מכרז שמעוניין ביקרו של מציע מסוים ומעריך כי אותו מציע יתקשה לעמוד בלוח הזמנים הקבוע להגשת ההצעות במכרז, ייטיב לעשות אם ידחה בכמה ימים את המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז. בכך יהיה כדי להיטיב עם המציע המועדף יותר מאשר קביעת "תג מחיר" נמוך להפרת דרישות המכרז. לחלופין, עורך מכרז המודע לקושי של מציע שהוא רוצה ביקרו לעמוד בדרישה מסוימת יכול בפשטות להקל בדרישה זו מלכתחילה או להימנע ממנה כליל, החלטה שיקשה מאוד לתקוף אותה בערכאות. לפיכך נראה כי החשש לניסוח מגמתי של אמת המידה המוצעת, שתכליתו להיטיב את מצבו של מציע מסוים, אינו ממשי. נוסף על האמור לעיל, כיום גם אם ועדת המכרזים החליטה כי הפגם שנפל בהצעה הוא "טכני" במהותו, מסור בידה שיקול דעת להחליט אם לפסול את ההצעה או לאפשר למציע לתקנה.⁴⁵ ההסדר המוצע אינו מותיר לוועדת המכרזים שיקול דעת בשאלה זו. כשמדובר בפגם שעל פי מסמכי המכרז הוא בר-תיקון, ועדת המכרזים נדרשת לאפשר את תיקונו בכפוף להפחתת הניקוד, ששיעורה הוגדר אף הוא במסמכי המכרז.

5. ההבחנה שבין תנאי סף לאמת מידה

אף על פי שההסדר המוצע כולל ניקוד של הצעות לפי אופן עמידתן בדרישות המכרז, ובכלל זה בתנאי סף, הוא אינו מטשטש את ההבחנה המקובלת שבין תנאי סף לאמת מידה. זאת מן הטעם שההסדר המוצע אינו מציע להבליג על אי-עמידה של הצעה בתנאי סף

44 למעט במקרה של איחור בהגשת ההצעה, שבו מוצע להבליג על הפגם בכפוף להפחתת ניקוד, ובלבד שמדובר באיחור של דקות ספורות.

45 כך למשל בעת"ם (מינהליים נצ') 165/09 כרם עתמאלה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 31.5.2009) אישר בית המשפט את החלטתה של ועדת המכרזים לפסול הצעה בשל אי-צירוף של תעודת התאגדות להצעה.

להתמודדות במכרז, ומכאן שהצעה שאינה עומדת בתנאי סף להתמודדות במכרז תיפסל גם לפי ההסדר המוצע. כל שהסדר המוצע מאפשר הוא הזדמנות למציע לתקן את הצעתו, כדי שהיא תעמוד בכלל דרישות המכרז, ובכלל זה דרישות הסף; הימנעותו של מציע מלנצל הזדמנות זו – תוביל לפסילת הצעתו. זאת, הן באשר לתנאי סף סטטוטוריים הן באשר לתנאי סף וולונטריים. כך לדוגמה אם מציע לא צירף להצעתו רישיון עסק (תנאי סף סטטוטורי),⁴⁶ מוצע לאפשר לו לצרף את רישיון העסק באיחור, בכפוף להפחתת ניקוד להצעה, בשיעור שנקבע מראש במסמכי המכרז. אולם אם המציע לא מימש את ההזדמנות שניתנה לו – הצעתו תיפסל. בדומה לזה, אם מציע צירף להצעתו ערבות שאינה תואמת את דרישות המכרז (תנאי סף וולונטרי),⁴⁷ ההסדר המוצע יאפשר לו להגיש לוועדת המכרזים ערבות תקינה תחת זו הפגומה. אולם בכך אין כדי לוותר על תנאי הסף או כדי להפכו לאמת מידה, וגם כאן – הימנעות המציע מהגשת ערבות תקינה, מכל סיבה שהיא, תוביל לפסילת ההצעה. מכאן שכל תנאי הסף להתמודדות במכרז נותרים בעינם גם על פי ההסדר המוצע.

המקרה היחיד שבו ניתן לטעון כי ההסדר המוצע מטשטש במידת מה את ההבחנה שבין תנאי סף לאמת מידה נוגע לסוגיית מועד ההגשה, וזאת בשל ההצעה לאפשר לוועדת המכרזים להבליג על איחור קל בהגשת ההצעה, בכפוף להפחתת ניקוד ובכפוף לכך שהאיחור הוא בתוך מסגרת זמן מוגדרת וקבועה מראש. אלא שגם במקרה זה הטשטוש הוא למראית עין בלבד ותלוי במידה רבה באופן ניסוחו של "כלל משחק" זה. כך, ניתן לנסח את דרישת מועד ההגשה במכרז כדלקמן: "על המציעים להגיש את הצעתם עד ליום ב' בשעה 12:00. להצעה שתוגש לאחר מועד זה יופחת ניקוד לפי המפורט בנספח X, וזאת כל עוד האיחור אינו עולה על 15 דקות. הצעה שתוגש לאחר השעה 12:15 לא תידון ותוחזר לבעליה". העברת נקודת הייחוס מהשעה 12:00 לשעה 12:15 מבהירה כי תנאי הסף להתמודדות במכרז הוא הגשת ההצעה לא יאוחר מהשעה 12:15, אם כי הגשת ההצעה ברבע השעה האחרונה כרוכה בהפחתת ניקוד. על כן כדאי למציע להקדים ולהגיש את הצעתו קודם למועד זה.

עוד ראוי לציין בהקשר זה כי "איחור קל בהגשת ההצעה" הוא המקרה היחיד שבו מוצע להבליג על הפגם שנפל באופן התנהלותו של המציע (בכל יתר המקרים המציע נדרש לתקן את הצעתו כתנאי לזכייתו במכרז), וגם במקרה זה נקל לראות כי ההתייחסות להבלגה כתנאי סף או כאמת מידה היא בעיקרה עניין של ניסוח ושל נקודת ייחוס.

כן ראוי להבהיר כי גם על פי ההסדר הקיים אי-עמידה של הצעה בתנאי סף אינה מובילה אוטומטית לפסילתה. אם מדובר בתנאי סף בעל אופי טכני (כגון המצאת פטור מניכוי מס במקור, אישור בדבר ניהול ספרים כדין או תעודת התאגדות), או שהפגם שנפל בתנאי הסף הוא בעל אופי טכני (כגון היעדר אישור חתימה על תצהיר, היעדר אישור רואה חשבון על ההצעה, השמטת מסמך המעיד על ניסיונו של המציע וכדומה), ועדת המכרזים אינה מנועה מלאפשר את תיקונו.⁴⁸

46 ראו תק' 6(א)(1) לתקנות חובת המכרזים.

47 ראו שם, תק' 6(ב).

48 ראו למשל עניין חיים ישראלי ובניו בע"מ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 118 ("אין לערב את ההבחנה בין תנאי סף לתנאי אחר שאינו תנאי סף, עם ההבחנה בין תנאי מהותי לתנאי טכני. [...] אמנם כאשר תנאי הוא תנאי

6. היבטים נוספים של ההסדר המוצע

(א) משקלה של אמת המידה המוצעת

אשר למשקלה של אמת המידה המוצעת, ככל שזה יהיה נמוך יותר, תהיה המשמעות המעשית של הפרת דרישות המכרז מצומצמת יותר, ובפועל היא תאצור כוח קטן יותר להשפיע על תוצאת המכרז. עובדה זו עלולה לפגוע בתמריץ של המציע להקפיד על קיומן של דרישות המכרז, ואף ליצור תמריץ ל"שתילה" מכוונת של פגם, שתכליתו להעניק למציע טווח תמרון להחליט אם ברצונו להישאר בתחרות אם לאו. זוהי בבירור תוצאה לא רצויה. מנגד, קביעת משקל יתר לאמת המידה המוצעת תגרום שבפועל כל פגם בהצעה יגרור הפחתה ניכרת של ניקוד מההצעה, שתוביל לאי-זכיייה של ההצעה הפגומה במכרז. תוצאה זו שקולה מבחינה מעשית לפסילתה של ההצעה הפגומה, תוצאה המאפיינת גם את ההסדר הקיים.

לפיכך משקלה של אמת המידה המוצעת צריך לאזן בין הצורך לתמרץ מציעים להקפיד על דרישות המכרז לבין הצורך להימנע ממצב שבו כמעט כל פגם יוביל לאי-זכיייה של ההצעה הפגומה. מטבע הדברים אי אפשר להציע מספר קסם שיהיה בו כדי לשקף איזון זה. עם זאת לצורך גיבושו של משקל סביר לאמת המידה המוצעת ניתן להסתייע בכך שבאופן מעשי ניתן לשום, פחות או יותר, את ערכו של כל אחוז הפחתה ולתרגמו לערכים כספיים. לדוגמה, נניח מכרז שבו ניתן למחיר משקל של 75%, ולאמת המידה המוצעת משקל של 25%. נניח עוד שנקבע כי משקלו של פגם בערבות יהיה 20% מאמת המידה המוצעת (5% מכלל הניקוד במכרז). עוד נניח שההצעה הנמוכה ביותר במכרז היא 100,000 ש"ח, ושנפל פגם בערבות שצורפה לה. במצב זה ההצעה תקבל את מלוא 75 הנקודות לרכיב המחיר, ו-20 נקודות בלבד (מתוך 25) בגין אמת המידה המוצעת, ובסך הכול 95 נקודות מתוך 100. חמש הנקודות שהופחתו להצעה בגין הפגם בערבות יכולות לקבל ביטוי מספרי אם נחשב איזו הצעת מחיר על מציע אחר להגיש כדי לקבל ניקוד זהה כאשר הערבות שצירף להצעתו תקינה. בענייננו מדובר ב-107,142 ש"ח.⁴⁹ במילים אחרות, מציע שיציע 107,142 ש"ח, והצעתו תתאם את דרישות המכרז במלואן, יקבל אף הוא 95 נקודות. משמעות הדבר היא שבנסיבות דוגמה זו המציע הזול ביותר "הפסיד" בגין הפגם בערבות 7,142 ש"ח. לכן אם הפער הכספי בין ההצעה הזולה ביותר לזו שאחריה יהיה גדול מסכום זה, הרי שהמציע עדיין יזכה במכרז, אולם אם הפער יהיה קטן יותר, יהיה בפגם בערבות כדי לשנות את תוצאת המכרז. ניתן לומר גם כי בנסיבות דוגמה זו פגם בערבות "שווה" 7,142 ש"ח, שהם כ-7% מהצעת המחיר. נוכח דברים אלה אני סבור שככלל, ככל ששווי ההתקשרות גדול יותר, המשקל היחסי של כל פגם צריך להיות קטן יותר, אם כי לא בהכרח ביחס ישר.

ספ קיימת הנחה שהוא תנאי מהותי, אך הנחה זו אינה מתממשת תמיד, ויש מקרים שבהם הגיון הדברים יחייב קביעה שעל-אף היותו של תנאי תנאי סף – הוא בעל אופי טכני בלבד". כן ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 599/99 א.ג.י. בניה ופיתוח בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון פס' 42–43 (פורסם בנבו, 14.3.2000); ע"א (מחוזי י-ם) 11525/07 נאות דורית בע"מ נ' המועצה המקומית אלקנה (פורסם בנבו, 24.8.2008); עת"ם (מינהליים חי') 54648-10-10 ע.ג. הר עפר בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 15.11.2010); דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 571–572.

49 זאת לפי החישוב: $100,000 \times 75/70 = 107,142.857$

(ב) דינן של הפרות קלות

מוצע כי גם בגין הפרות קלות של דרישות המכרז (כגון חסר במסמך או בחתימה), שעל פי המצב הנוהג מקובל להבליג עליהן או לאפשר את תיקונן, יופחת מניקוד ההצעה. עמדה זו מבוססת על שלושה טעמים נפרדים: ראשית, כיום מציע יודע כי כל עוד הצעתו לוקה בפגם "טכני", הדבר אינו מעורר מבחינתו כל קושי, שכן ועדת המכרזים תבליג על כך או תאפשר לו לתקן את הפגם. בכך יש כדי להפלות לרעה מציעים קפדניים, שמתייחסים לדרישות המכרז ברצינות ומתאמצים להגיש הצעה תקינה ומלאה. בהנחה ששתי הצעות מגיעות לקו הסיום בניקוד זהה, האם לא ראוי כי ההצעה שמאופיינת בציות קפדני לדרישות המכרז תיהנה מיתרון על פני הצעה שלוקה במידה של רשלנות, ומחייבת אפוא הליך של הבהרות, תיקונים או השלמות? שנית, היות שהקפדה על דרישות המכרז במלואן "עולה כסף", גישה מקלה מצד ועדת המכרזים לפגמים "קלים" בהצעה היא תמריץ שלילי להשקיע בציות מלא לדרישות המכרז. שלישית, ובכך לדעתי העיקר, מדיניות שלפיה תיקונו של פגם טכני אינו כרוך בכל סנקצייה עלולה לעודד מציעים "לשתול" בהצעתם פגם מכוון, כדי לרכוש לעצמם טווח תמרון בדבר המשך ההתמודדות במכרז. כך, אם המציע יהיה מעוניין להישאר בתחרות, הוא יתקן את הצעתו כדרישת ועדת המכרזים. לעומת זאת אם הוא יהיה מעוניין לפרוש מהמכרז, הוא יימנע מלתקן את ההצעה (לדוגמה, יימנע מלהמציא את המסמך החסר) וההצעה תיפסל. יוצא שלעומת כלל המציעים המחויבים להצעתם, מציע זה רכש לעצמו פתח מילוט מהמכרז מבלי שהדבר יהיה כרוך בסנקצייה כלשהי. לפתח מילוט מעין זה יש ערך כלכלי, ועל כן השלמה עמו פוגעת בשוויון בין המציעים.

מכאן שקיימת הצדקה להטיל סנקצייה בגין כל הפרה של דרישות המכרז, ובכלל זה הפרה קלה. במקרים מעין אלה ראוי כי שיעורה של הפחתת הניקוד יהיה קטן יותר הגם שבשל החשש להפרה מכוונת של דרישות המכרז ראוי כי הימנעות מתיקונה של ההפרה תוביל גם במקרה זה לחילוט הערבות, בדומה למוצע בעניינו של כל פגם שלא תוקן.

(ג) אי-כפייתו של ההסדר המוצע

מוצע שלא לכפות את ההסדר המוצע ולחייבו בכל מכרז. על פני הדברים אמת המידה המוצעת משרתת את האינטרס הציבורי בדבר צמצום הסיכון להתקשרות לא יעילה, ועל כן ניתן להעריך כי היא תאומץ ברוב המקרים. עם זאת ככל שהיקפו הכספי של המכרז קטן יותר, נחיצותו של ההסדר המוצע פוחתת.

הטמעתו של ההסדר המוצע במכרזים הכוללים מגוון של אמות מידה פשוטה למדי. מדובר באמת מידה נוספת על אלו שממילא כלולות במסמכי המכרז. לעומת זאת במכרזים הכוללים תחרות על המחיר בלבד הטמעתה של אמת המידה המוצעת מורכבת מעט יותר, שכן הדבר מחייב את הפיכתו של המכרז מ"מכרז מחיר" ל"מכרז ניקוד", שלפיו יוענק להצעות ניקוד בגין כל אחת מאמות המידה, ובכלל זה רכיב המחיר. הזוכה במכרז יהיה המציע שיקבל את הניקוד המצטבר הגבוה ביותר.

לסיום פרק זה, חשוב להבהיר כי בשל חדשנותו וראשוניותו של ההסדר המוצע המאפיינים המפורטים לעיל אינם מתיימרים להיות ממצים או סופיים. אם ההצעה תאומץ

ותופעל, סביר להניח כי אופיו, תוכנו והיקף פריסתו של ההסדר המוצע יגובשו לפי הניסיון המצטבר.

לאחר הצגת עקרונותיו ומאפייניו העיקריים של ההסדר המוצע יש לבחון אם הוא מגשים את עקרונותיהם של המכרז הציבורי ושל דיני המכרזים; אם הוא יוצר תמריצים חיוביים בקרב העוסקים בתחום; אם הוא נהנה מעדיפות על פני ההסדר הנוהג.

ג. היחס שבין ההסדר המוצע לבין עקרונות דיני המכרזים, שיקולי מדיניות נוספים וההסדר הקיים

כפי שנראה להלן, בחינת ההסדר המוצע לאור העקרונות של המכרז הציבורי ולאור שיקולי מדיניות נוספים מובילה למסקנה שלא זו בלבד שההסדר המוצע עולה בקנה אחד עם עקרונות ושיקולים אלה, הוא אף עושה כן טוב יותר מההסדר הקיים. כפי שיפורט להלן, ההסדר המוצע צפוי לצמצם את הפגיעה ביעילות ההתקשרות בטווח המידי, מבלי לפגוע בשיקולי יעילות ארוכי טווח. בנוסף, הוא מכבד את עקרון שוויון ההזדמנויות ושומר עליו טוב יותר מההסדר הנוהג. אין בו כדי להרחיב את החשש לשחיתות ולפגיעה בטווח המידות, והוא צפוי לייצר תמריצים חיוביים בקרב העוסקים בתחום המכרזים. כמו כן הוא תואם את חובתה של הרשות לנהוג במידתיות וכך את השיח הכללי של המשפט הציבורי בדבר יחסותם של אינטרסים ושל זכויות.

1. צמצום הפגיעה ביעילות ההתקשרות

אין חולק כי ההסדר הנוהג מקריב את יעילות ההתקשרות לטובת העיקרון של שוויון ההזדמנויות. בית המשפט מציין זאת במפורש, וכזכור, אף נותן לכך שתי הצדקות: ראשית, הוא קובע כי על אף חשיבותה של היעילות הכלכלית השמירה על השוויון בין המתמודדים חשובה יותר. על כן בדילמה שבין שוויון ליעילות, ראוי להעדיף את השוויון;⁵⁰ שנית, הוא מציין כי מדיניותו אמנם פוגעת ביעילות ההתקשרות בטווח המידי, אך היא יעילה בטווח הארוך, משני טעמים: הטעם הראשון הוא שיש בכך כדי לתמרץ מציעים עתידיים להקפיד בהצעתם; הטעם השני הוא שגישה זו מחזקת את אמון הציבור בהליך המכרז הציבורי, והדבר מעודד התמודדות במכרזים.⁵¹

אף אם נקבל טעמים אלה כמשכנעים, סוגיה שהדיון בה חורג מעניינו של המאמר, אין בכך כדי לערער על עדיפותו של ההסדר המוצע במישור היעילות הכלכלית. תרומתו של ההסדר המוצע לצמצום הפגיעה ביעילות ההתקשרות היא כמעט מובנת מאליה. היא מושגת בכך שעל פי ההסדר הקיים ההצעה הפגומה נפלטת מהתחרות ואת מקומה בראש הטור תופסת הצעה טובה פחות, ואילו על פי ההסדר המוצע הפרתן של דרישות המכרז אמנם מקטינה את סיכוייה של ההצעה הפגומה לזכות במכרז, אך אינה מובילה לאבדן מוחלט של סיכוי זה. כך, אם פערי האיכות או המחיר שבין ההצעה הפגומה לזו שאחריה גדולים

50 ראו לעיל ה"ש 14.

51 שם.

מספיק, ההצעה הטובה ביותר תזכה במכרז על אף הניקוד שהופחת ממנה. אפשרות מעין זו אינה קיימת כיום.

יתרה מכך, יתרונו של ההסדר המוצע במישור היעילות הכלכלית בא לידי ביטוי במצבים שבהם ההסדר הקיים מוביל לפגיעה הקשה ביותר ביעילות ההתקשרות. כך, כאשר הפער בין ההצעה הטובה ביותר (אך הפגומה) לזו שאחריה אינו גדול, פסילתה של ההצעה הפגומה לפי ההסדר הקיים אינה מעוררת קושי רב, שכן ההצעה הבאה אחריה קרובה לה בטיבה, והפגיעה הצפויה ביעילות ההתקשרות אינה גדולה. שונה המצב כאשר הפער בין ההצעה הטובה ביותר (אך הפגומה) לזו שאחריה הוא רב. במצב דברים זה פסילתה של ההצעה הפגומה צפויה לגרום פגיעה קשה ביעילות ההתקשרות. ההסדר המוצע נותן מענה הולם למצב דברים זה. כך, כאשר פער הניקוד בין ההצעה הפגומה לזו שאחריה קטן, הפחתת הניקוד להצעה הפגומה צפויה לגרום שההצעה לא תזכה במכרז. אולם כאמור, בשל הפער הקטן בין ההצעות תוצאה זו אינה מעוררת קושי. לעומת זאת כאשר הפער בין ההצעות יהיה גדול, ההצעה המפרה עשויה להוביל את התחרות על אף הפחתת הניקוד, ומכאן שהיא גם תזכה במכרז. קרי, הפגיעה הקשה ביעילות ההתקשרות תימנע.

יוצא שהן ההסדר הקיים הן ההסדר המוצע יובילו לאותה תוצאה כשהפער בין ההצעה הפגומה לזו שאחריה אינו גדול. אולם כאשר הפער בין ההצעות גדול, על פי ההסדר הקיים ההצעה המפרה תיפסל, ועל כן לא תזכה במכרז, ואילו על פי ההסדר המוצע ההצעה המפרה לא תיפסל, וקיים סיכוי סביר שהיא אף תזכה במכרז, תוצאה שתמנע פגיעה ניכרת ביעילות ההתקשרות. בשל האמור, יקשה לחלוק על כך שאימוצו של ההסדר המוצע יצמצם את הפגיעה ביעילות ההתקשרות במישור המידי, כפי שהיא קיימת בהסדר הנוהג.

אשר ליעילות בטווח הארוך, זו מושגת בהסדר המוצע באמצעות הסנקציה של הפחתת ניקוד מההצעה הפגומה. אילו תיקון הפגם או ההבלגה עליו לא היו מלווים בסנקציה אפקטיבית, הדבר אכן היה יוצר תמריץ בקרב מציעים לזלזל בדרישות המכרז ואולי אף להפר אותן בכוונה, באופן שהיה פוגע ביעילות המכרז הציבורי בטווח הארוך. אולם הסנקציה של הפחתת ניקוד להצעה הפגומה, בצירוף החובה לתקן את הפגם, גורמים שלמציע לא יכולה לצמוח כל תועלת מהפרה מכוונת או בכלל של דרישות המכרז, אלא הוא יכול רק להפסיד מכך. בכך יש כדי לשמר את התמריץ של המציעים לציית להוראות המכרז. יוצא אפוא שההסדר המוצע מגשים את תכליתו של המכרז הציבורי להתקשרות יעילה טוב יותר מההסדר הקיים, מבלי לוותר של שיקולי יעילות לטווח הארוך.

2. שמירה על עקרון השוויון

על היותו של עקרון השוויון מאשיות המכרז הציבורי – אין צורך להכביר מילים, וכפי שהוסבר כבר לעיל, רציונל מרכזי העומד בבסיס ההסדר הנוהג הוא שמירה על עיקרון זה.⁵² כפי שיוסבר להלן, לא זו בלבד שבאימוצו של ההסדר המוצע אין כדי לכרסם או כדי לפגוע בעקרון השוויון, אלא יש בכך לקדם את השמירה על השוויון.

עקרון השוויון בא לידי ביטוי בהליך המכרז, ובדיני המכרזים בכלל, בשני היבטים מרכזיים, האחד מראש והשני בדיעבד. מראש, עקרון השוויון בא לידי ביטוי בציפייה שמנגנון המכרז הציבורי יקנה הזדמנויות שווה לכול ליהנות מטובת ההנאה הכלכלית הגלומה בהתקשרות העסקית עם הרשות.⁵³ ציפייה זו מקבלת ביטוי מעשי במגוון דרכים: ראשית, באמצעות הדרישה להליך פומבי, הפתוח לכול; שנית, באמצעות הליך "שקוף", המאפשר בקרה על החלטות ועדת המכרזים; שלישית, באמצעות צמצום שיקול דעתה של ועדת המכרזים, בין היתר כדי למנוע את הפעלתו באופן שאינו שוויוני; רביעית, ובכך העיקר, בכך שחוקיותה של כל דרישה המעוגנת במכרז מותנית בכך שהיא משרתת את תכלית ההתקשרות. דרישה שאינה עומדת בקריטריון זה מהווה הבחנה לא רלוונטית, ועל כן הפליה בין שווים. לדוגמה, אם במכרז לרכישת שירותי גינון אחד מתנאי הסף הוא שלמציע ניסיון בגינון, הדבר לא ייתפס כהפליה כלפי מי שאינו מקיים דרישה זו, שכן מדובר בדרישה המשרתת את תכלית ההתקשרות, ומכאן שמדובר בהבחנה רלוונטית לנסיבות העניין. לעומת זאת אם תנאי להשתתפות במכרז יהיה שלמציע השכלה אקדמית בספרות עברית, יקשה לשכנע כי מדובר בתנאי המשרתת את תכלית ההתקשרות. מכאן שמדובר בתנאי היוצר הבחנה לא רלוונטית, ועל כן מפלה, בין המציעים השונים.⁵⁴ יתרה מכך, הדבר אף עשוי להעיד כי מדובר בהפליה מכוונת, שתכליתה לאפשר את זכייתו במכרז של מציע מסוים – "מכרז תפור".

בדיעבד, עקרון השוויון בא לידי ביטוי בחובתה של ועדת המכרזים לבחון את כלל ההצעות שהוגשו במכרז לפי אותם כללי משחק ואותן אמות מידה שעוגנו במכרז. זאת, הן באשר לעמידת ההצעה בתנאים המוקדמים להתמודדות במכרז (תנאי הסף) הן באשר לניקוד המוענק לרכיבי ההצעה השונים (אמות מידה). לפיכך הצעה שהפרה תנאים אלה או חרגה מהם אמורה להיפסל. על כן אם מציע הפר כלל המעוגן במכרז (לדוגמה, הגיש את הצעתו באיחור, הסתייג מדרישה חוזית, לא מילא כראוי את טופס ההצעה, לא חתם במקום שבו הוא נדרש לחתום וכדומה), וועדת המכרזים מחלה לו על כך, אם באמצעות הבלגה על ההפרה או באמצעות מתן אפשרות לתקנה, הרי שעצם החריגה מכללי המשחק ביחס למציע זה היא כשלעצמה הפליה.

אולם מלבד היותה של עצם המחילה על הפרה של דרישה מכרזית כשלעצמה פגיעה בשוויון, הרי שלעצמים קרובות יש בהפרה ובמחילה עליה גם כדי להקנות למציע המפר יתרון בהליך התחרותי. יתרון זה יכול לבוא לידי ביטוי בדרכים שונות: ראשית, בכך שהמציעים הצייתנים השקיעו מאמץ, שבדרך כלל כרוך בעלות כספית, בעמידה קפדנית בדרישות המכרז, ואילו המציע המפר חסך מעצמו עלות זו, ובכך התאפשר לו להגיש הצעה אטרקטיבית יותר; שנית, כלל המציעים התאמצו לעמוד במגבלת הזמן הקבועה במכרז, ואילו המציע המפר נהנה מזמן נוסף להכנת הצעתו; שלישית, מתן האפשרות למציע לתקן את הצעתו יש בו כדי להעניק לו טווח תמרון, שאינו מוענק למציעים הצייתנים. ירצה, יתקן את הצעתו ויוותר בתחרות. לא ירצה, יימנע מכך והצעתו תיפסל. יוצא שכלל המציעים מחויבים להצעתם מרגע שהגישו אותה, וכוח הקיבול נמצא בידי עורך המכרז, ואילו למציע

53 דקל חובת המכרז, לעיל ה"ש 4, בעמ' 36–56; דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 104.

54 זאת בהנחה שאין מדובר בנסיבות מיוחדות המצדיקות דרישה זו.

המפר ניתנת אפשרות בחירה אם להישאר בתחרות אם לא, וכוח הקיבול נותר בידיו. מכאן שהימנעות מפסילת הצעתו של מציע שהפר דרישה מכרזית יש בה כדי להעניק לו יתרון לא הוגן על פני המציעים האחרים, ובכך לפגוע כמובן בעקרון השוויון.

האם ההסדר המוצע מקיים את דרישת השוויון כתיאורה לעיל טוב פחות מההסדר הקיים? אשר לשלב של עיצוב המכרז ("שוויון מראש"), הן ההסדר הקיים הן ההסדר המוצע פועלים לפי אותן הנחות ולפי אותן אמות מידה, ועל כן יקשה לראות הבדלים בין השניים. הטענה היחידה היכולה לעלות נגד ההסדר המוצע בהקשר זה היא שהוא יאפשר לעורך המכרז לעצב את אמת המידה המוצעת בדבר "אופן עמידתו של המציע בדרישות המכרז" באופן שתטיב עם מציע אחד יותר מאשר עם אחרים, ועובדה זו תפגע בשוויון ההזדמנויות. אלא שטיעון זה אינו אוצר כוח שכנוע ממשי, וזאת בהתחשב בכך שכל שההסדר המוצע מעניק למציע המפר הוא דחייה במועד קיומה של הדרישה המכרזית. ההסדר המוצע אינו מקנה למציע אפשרות שלא לקיים איזו מדרישות המכרז. מכאן שאם עורך המכרז רוצה ביקרו של מציע מסוים, וזה מתקשה לעמוד בדרישה מכרזית במועד המקורי להגשת הצעות, אך יהיה באפשרותו לעמוד בדרישה זו כמה ימים מאוחר יותר, הדרך הקלה והפשוטה להיטיב עמו היא באמצעות דחייה של כמה ימים במועד הגשת הצעות. מנקודת מבטו של המציע שרוצים ביקרו, קביעת סנקצייה קלה בגין ההפרה היא אופצייה אטרקטיבית הרבה פחות.

לעומת זאת, קיים בין ההסדר הקיים לזה המוצע הבדל ניכר ביחסם להצעות פגומות ("שוויון בדיעבד"). ההסדר הקיים מחייב כזכור פסילה של הצעה שנפל בה פגם מהותי ומאפשר הבלגה או תיקון ללא הטלת סנקצייה של הצעה שנפל בה פגם טכני. לעומת זאת ההסדר המוצע קובע קטגוריות מוגדרות יחסית של פגמים, ללא צורך להידרש להבחנה שבין פגם מהותי לטכני, ומאפשר למציע לתקנם בכפוף להטלת סנקצייה (בנקודות) בשיעור קבוע מראש. הימנעות מהתיקון מובילה לחילוט הערכות שצורפה להצעה. האם הבדלים אלה מובילים למסקנה כי ההסדר המוצע שוויוני פחות מהקיים? נראה כי ההפך הוא הנכון, וזאת משלושה טעמים:

ראשית, ההסדר המוצע מחויב לכללי המשחק המכרזיים יותר משמחויב להם ההסדר הקיים. ההסדר הקיים מתיר חריגה מכללי המכרז, כשמדובר בפגם "טכני", ואילו ההסדר המוצע מעגן במכרז כלל משחק מוגדר וידוע מראש, שאותו הוא מפעיל באופן שווה על כלל המציעים. לשון אחר, ההסדר הקיים מתיר בנסיבות מסוימות חריגה מכללי המכרז, ואילו ההסדר המוצע אינו מאפשר זאת, ומכאן שהוא מחויב יותר להחלה שוויונית של כללי המשחק המכרזיים על המציעים. לכאורה ניתן לטעון שגם בהסדר הנוהג קיים כלל משחק המסדיר את דין של הצעות פגומות – זהו כלל משתמע, שאינו כתוב במסמכי המכרז, ושלפיו הצעה שנפל בה פגם מהותי תיפסל, והצעה שנפל בה פגם טכני בדרך כלל לא תיפסל (אם כי הדבר נתון לשיקול דעתה של ועדת המכרזים). אולם גם לפי הנחה זו דומה כי כלל משחק מפורש, ברור וידוע מראש מגן על עקרון השוויון יותר, ומכל מקום לא פחות, מכלל משחק משתמע.

שנית, ההסדר המוצע מצמצם את שיקול הדעת המסור לוועדת המכרזים. כזכור, ההסדר הקיים מקנה לוועדת המכרזים שיקול דעת, בין היתר בשני המישורים האלה: ראשית,

בהבחנה המורכבת לעתים שבין פגם מהותי לפגם טכני; שנית, בהחלטה אם לפסול הצעה שנפל בה פגם טכני או לאפשר למציע לתקן את הצעתו. שיקול דעת זה מהווה מטבע הדברים פתח לפגיעה בשוויון, הן בין המציעים באותו מכרז והן בין מציעים במכרזים שונים. לעומת זאת ההסדר המוצע מיתר את הצורך בהבחנה שבין פגם מהותי לפגם טכני ומסתפק בסיווג הרבה יותר פשוט ליישום. נוסף על כך, הוא אינו מותיר לוועדת המכרזים שיקול דעת בשאלה מה ייעשה בהצעה הפגומה. בכך יש כדי לצמצם את החשש שוועדת המכרזים תקבל החלטות המפלות בין המציעים במכרז או בין המציעים במכרזים שונים. לדוגמה, נניח מציע שלא חתם על הצעתו. לפי ההסדר הקיים ועדת המכרזים תידרש לשיקול ולהחליט אם מדובר בנסיבות העניין בפגם מהותי או טכני, ואם היא תחליט כי מדובר בפגם טכני, היא תידרש לשיקול ולהחליט אם להבליג על הפגם, לאפשר את תיקונו, או לפסול את הצעה.⁵⁵ שיקול דעת זה עלול להוות פתח ליחס מפלה בין המציעים, הן במכוון הן בהיסח הדעת. לעומת זאת לפי ההסדר המוצע, בנסיבות מעין אלה תינתן למציע הזדמנות להשלים את חתימתו, בכפוף להפחתת ניקוד בשיעור קבוע מראש. תוצאה זו תהיה ידועה מראש, והיא לא תהיה תלויה בשיקול דעתו של איש. בכך יימנע החשש כי הדבר יהווה פתח להפליה בין מציעים.

שלישית, ההסדר המוצע שוויוני מזה הקיים מן הטעם שהוא מנטרל את היתרון שכיום הפרת דרישות המכרז עשויה להקנות למציע. כאמור, על פי ההסדר הקיים, אם נפל בהצעה פגם טכני, ועדת המכרזים רשאית להתיר למציע לתקנו מבלי שתוטל עליו כל סנקצייה. אולם אם המציע כשל בכך – ההצעה תיפסל. לדוגמה, אם מציע לא מילא אחר הדרישה לצרף להצעתו אישור רואה חשבון על מחזור עסקיו, לפי ההסדר הקיים תינתן לו כנראה הזדמנות להמציא את האישור באיחור. אולם אם הוא לא ימציא את האישור, אף שניתנה לו הזדמנות לעשות כן – הצעתו תיפסל. עובדה זו עלולה לתמרץ מציע "לשתול" בהצעתו פגם טכני בכוונה כדי להקנות לעצמו מרחב תמרון להחלטה אם להישאר בתחרות המכרזית או לפרוש ממנה (באמצעות פסילת הצעתו) מבלי שתוטל עליו כל סנקצייה. בכך קונה לעצמו המציע יתרון כלכלי ניכר, ולא הוגן, על פני יריביו לתחרות. לעומת זאת לפי ההסדר המוצע, הן תיקונו של פגם הן הימנעות מתיקונו כרוכים בסנקצייה. בכך יש כדי לשלול מהמציע את היתרון שעשוי לצמוח לו מהיות הצעתו פגומה, ועל כן גם לנטרל את התמרץ שב"שתילה" מכוונת של פגם בהצעה.

לסיכום נקודה זו, הן ההסדר הקיים הן ההסדר המוצע שוויוניים באותה מידה מבחינת הגשמתו של עקרון השוויון בשלב של עיצוב המכרז. לעומת זאת ההסדר המוצע נהנה מיתרון על ההסדר הקיים ביחסו לשוויון בשלב של בדיקת הצעות. כאמור, ההסדר הקיים משלים עם הפרת דרישות המכרז כשמדובר בפגם טכני, מותיר לוועדת המכרזים שיקול דעת

55 כך, עיון בפסיקה מגלה מקרים שבהם ועדת המכרזים פסלה הצעה בגין חסר בחתימה (עניין כח (2000) אחזקות בע"מ, לעיל ה"ש 15; עת"ם (מינהליים חי') 35359-02-10 ג.עומר הנדסה מתקדמת בע"מ נ' יפה נוף תחבורה תשתיות ובנייה בע"מ (פורסם בנבו, 27.7.2011)), לעומת מקרים אחרים שבהם היא אפשרה למציע לתקן את הצעתו (בג"ץ 249/72 מבואות בית"ר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כו(2) 627 (1972); ע"א 4964/92 נשיץ נ' עשת, פ"ד נ(3) 762 (1996)). כן ראו דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 612-613.

רחב יחסית להחליט אם אכן מדובר בפגם טכני, מותר לוועדת המכרזים שיקול דעת רחב אם לפסול או לא לפסול הצעה שנפל בה פגם טכני, ומותר למציע טווח תמרון באשר להחלטה אם לתקן את הצעתו כשנפל בה פגם טכני. כל אחד מאלה אוצר בחובו פוטנציאל לפגיעה בשוויון. לעומת זאת ההסדר המוצע מסדיר את היחס להצעות פגומות במסגרת כללי המכרז עצמם, הוא מצמצם את שיקול דעתה של ועדת המכרזים לצורך סיווג הפגם, הוא שולל מוועדת המכרזים כל שיקול דעת בדבר תוצאת הפגם, והוא מנטרל את היתרון שמציע עלול לרכוש לעצמו בנסיבות שבהן נפל בהצעה פגם טכני. כל אלה מובילים למסקנה כי ההסדר המוצע שומר על עקרון השוויון טוב יותר מההסדר הקיים. לסיכום, איני מוצא כל בסיס עיוני לטענה כי השמירה על עקרון השוויון מחייבת כי כל הפרה מהותית של דרישות המכרז תוביל לתוצאה הקיצונית של פסילת ההצעה המפרה, בעוד שהטלת סנקצייה מתונה יותר שוויונית פחות.

3. שמירה על טוהר המידות ומניעת מניפולציות מצד מציעים

כאמור, אחת מתכליות העיקריות של המכרז הציבורי היא שמירה על טוהר המידות.⁵⁶ הגם שהדבר אינו נאמר במפורש, סביר להניח כי זהו גם אחד הטעמים שבבסיס מדיניותו הקשוחה של בית המשפט בדבר היחס הראוי להצעות פגומות.⁵⁷ החשש הוא שאם בית המשפט "יתיר את הרסן" ויתיר לוועדות מכרזים מרחב של שיקול דעת בשאלה אם לפסול הצעה פגומה אם לאו, הדבר יהווה פתח להעדפת מקורבים ולפגיעה בטוהר המידות. כדי לבחון אם ההסדר המוצע מגביר את החשש לשחיתות אם לאו, מתבקשת התייחסות לשתי שאלות: ראשית, בהנחה שקיים קשר בין היקף שיקול הדעת המסור לוועדת המכרזים לבין היקף החשש לשחיתות, יש לבחון אם ההסדר המוצע מרחיב את שיקול הדעת המסור לוועדת המכרזים. שנית, יש לבחון אם יש בהסדר המוצע כדי להקל או כדי לעודד מניפולציות אסורות מצד מציעים. כפי שיוסבר להלן, התשובה לשתי השאלות היא בשלילה.

אשר להיקף שיקול הדעת המסור לוועדת המכרזים בנוגע להצעות פגומות, כפי שהוסבר בהרחבה בפרק ב.4. לעיל, ואין טעם לחזור על הדברים, לא זו בלבד שההסדר המוצע אינו מרחיב שיקול דעת זה, דומה כי הוא אף מצמצם אותו. האם ההסדר המוצע מעורר הפרה מכוונת או מניפולטיבית של הוראות המכרז יותר מהמצב כיום? על פי ההסדר המוצע, הפרת הוראות המכרז המותרת לתיקון תגרור הפחתת ניקוד, שעלולה לגרור הפסד במכרז. יקשה לראות כיצד יש בכך כדי לעודד הפרה של הוראות המכרז. יתרה מכך, על פי ההסדר הנוהג קיימים פגמים שבדרך כלל תיקונם אינו מלווה בכל סנקצייה (לדוגמה, השלמת מסמך חסר או חתימה חסרה),⁵⁸ ואילו על פי ההסדר המוצע גם תיקונו של פגם "טכני" ילווה

56 עניין אחים כאלדי בע"מ, לעיל ה"ש 14, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ, לעיל ה"ש 15, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

57 דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 4, בעמ' 454.

58 עניין נשיץ, לעיל ה"ש 55, בעמ' 768; עת"ם (מינהליים י-ם) 349/10 קומדע בע"מ נ' משרד הפנים, פס' 57 (פורסם בנבו, 6.8.2010); עת"ם (מינהליים ת"א) 1203/02 רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית

בסנקצייה. אמנם מוצע לנקוט סנקצייה מתונה, אך כאשר הקרב בין ההצעות צמוד, גם שברירי נקודות עשויים להכריע את הכף.

אשר לטווח התמרון, כפי שצוין כבר לעיל, אחד הנימוקים שלא לאפשר למציע לתקן את הצעתו הוא שהדבר מקנה לו טווח תמרון שאינו ניתן למציעים האחרים.⁵⁹ כך, כלל המציעים מחויבים להצעתם מרגע שחלף המועד האחרון להגשת ההצעות. על כן חזרה מההצעה בשלב זה תטיל על המציע סיכון כי ערבותו תחולט.⁶⁰ לעומת זאת במתן אפשרות למציע לתקן את הצעתו יש כדי להעניק לו טווח תמרון. ירצה – יתקן את ההצעה והיא תיוותר בתחרות. לא ירצה – יימנע מלתקנה וההצעה תיפסל. בכך ישיג המציע את מבוקשו – לפרוש מהתחרות תוך הימנעות מהסיכון הכרוך בכך, דבר המקנה יתרון לא הוגן.

האם ההסדר המוצע לוקה בהקשר זה משום שהוא מרחיב את מגוון המצבים המאפשרים תיקון של ההצעה? התשובה לכך היא בשלילה, משני טעמים: ראשית, על פי ההצעה אין לאפשר תיקונו של פגם אם מדובר בפגם שלמציע יש טווח תמרון בדבר אופן תיקונו. לדוגמה, ההסדר המוצע אוסר תיקון הכרוך בהצעת המחיר או ברכיבי ההצעה שתוכנם תלוי במציע, כדי להימנע מלהעניק למציע טווח תמרון באשר לאופן תיקון ההצעה, כאשר הוא עלול לנצל זאת לצורך שיפור סיכוייו לזכות במכרז; שנית, אחד מרכיבי ההסדר הוא שהימנעות מתיקון ההצעה שקולה למשיכתה, ומקימה כשלעצמה עילה לחילוט הערבות. בכך יש כדי לנטרל את התמריץ לשלב בהצעה הפרה מכוונת של דרישות המכרז.

ניתן לכאורה לטעון כי ההסדר המוצע עלול לתמרץ מציע "לשתול" בהצעתו פגם מכוון כדי לשמור לעצמו את האפשרות לחזור בו מהצעתו, ולו במחיר של חילוט הערבות. אלא שטענה זו לאו טענה היא, משני טעמים: ראשית, גם על פי ההסדר הקיים מציע שמוכן לשלם בחילוט ערבותו בתמורה למשיכת הצעתו יכול לעשות כן. לצורך כך הוא אינו צריך לפגום בהצעתו במכוון; שנית, כיום מציע יכול ליהנות מטווח תמרון מעין זה ללא כל חשש לחילוט ערבותו, באמצעות "שתילה" של פגם טכני בהצעה (לדוגמה החסרת מסמך) והימנעות מלתקנו, ואילו לפי ההסדר המוצע דבר זה לא יהיה אפשרי, שכן הימנעות מתיקון הפגם תוביל לחילוט הערבות.

לסיכום נקודה זו, השוואה בין ההסדר הנוהג להסדר המוצע מעלה כי ההסדר המוצע מצמצם את היקף שיקול הדעת המסור כיום לוועדת המכרזים, אין בו כדי לעודד הפרה מכוונת של דרישות המכרז, ואין בו כדי להרחיב את טווח התמרון שרוכש לעצמו מציע בהגשתה של הצעה פגומה. נוכח אלה מתבקשת המסקנה כי אין בהסדר המוצע כדי להגביר את החשש לפגיעה בטווח המידות.

ת"א-יפו, פ"מ התשס"ב 865 (2002); עת"ם (מינהליים ת"א) 55138-02-13 עמ"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.3.2013).

59 ראו למשל עניין מגנזי תשתיות בע"מ, לעיל ה"ש 21, פס' 6 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית; עניין קל בנין בע"מ, לעיל ה"ש 30, בעמ' 600–601; בג"ץ 462/79 שרביב בע"מ נ' ראש עיריית נהריה, פ"ד לד(1) 467 (1979); דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 620.

60 תק' 16ב לתקנות חובת המכרזים; עת"ם (מינהליים י-ם) 42572-04-12 איי ווי סי מערכות בע"מ נ' שר התקשורת (פורסם בנבו, 5.9.2012).

4. הקלת עבודתם של ועדת המכרזים ושל בית המשפט

כיום גורלה של הצעה פגומה, ולעתים של המכרז בכללותו, נגזר מהחלטתה של ועדת המכרזים אם לסווג את הפגם שנפל בהצעה כ"מהותי" או כ"טכני". אם ימצא כי הפגם הוא "מהותי", הרי שההצעה תיפסל ותורחק מהתחרות, לעומת זאת אם הפגם "טכני", ההצעה תיוותר על כנה, מבלי שתוטל על המפר כל סנקציה. העובדה שמדובר בהחלטה שהיא מצד אחד לא פשוטה ומצד אחר רבת משמעות, מקשה מטבע הדברים את קבלתה. עובדה זו גוררת לעתים קרובות התחבטויות קשות בקרב חברי הוועדה, מחלוקות פנימיות, הזמנה של חוות דעת משפטיות, ולעתים גם ניסיון "למתוח" את גבולות הפרשנות כדי להימנע מהתוצאה הלא רצויה של פסילת ההצעה הטובה ביותר.⁶¹ מצב זה מייקר, מטבע הדברים, את עלויות הניהול של המכרז ופוגם ביעילות עבודתה של ועדת המכרזים.

ההסדר המוצע צפוי להקל על עבודתה של ועדת המכרזים, משני טעמים: ראשית, הוא מצמצם את הצורך בהבחנה הבעייתית שבין פגם "טכני" לפגם "מהותי",⁶² שכן ברוב המקרים לא יהיה בה עוד צורך. אמנם יהיה צורך לסווג את ההפרה לפי הסיווגים הכלולים באמת המידה המוצעת, אך כאמור, מדובר בסיווגים קלים ופשוטים יותר ליישום.

אמנם ניתן לטעון כי בהסדר המוצע יש כדי להטיל על עורך המכרז נטל שאינו עומד לפתחו כיום והוא לנסח את אמת המידה המוצעת בכל מכרז ומכרז. אלא שנראה כי טיעון זה אינו אוצר כוח שכנוע רב בהתחשב בכך שככלל יש לנסח את אמת המידה המוצעת פעם אחת בלבד.⁶³ לאחר מכן כל שיידרש הוא התאמה קלה, בעיקר במישור של קביעת משקלה הכולל של אמת המידה, לפי שווייה המוערך של ההתקשרות.⁶⁴ עוד ניתן לטעון כי ההצעה לחייב פסילה של ההצעה בנסיבות המעידות "בבירור, וללא צורך בעריכת חקירה, על חוסר יושר, חוסר אמינות או התנהגות המהווה עבירה פלילית"⁶⁵ מצד המציע מחייבת אף היא הפעלה של שיקול דעת מורכב מצד ועדת המכרזים, אלא שגם במקרה זה נראה כי אין בטענה ממש. זאת הן מן הטעם שהכוונה באמת מידה זו היא למקרים ברורים המדברים בעד עצמם, ושאינם יכולים לעורר מחלוקת, הן מן הטעם שמדובר במקרים נדירים ויוצאי דופן והן מן הטעם שמדובר במקרים מקוממים, שבהם סביר להניח כי חברי ועדת המכרזים יהיו ממילא מעוניינים בפסילת ההצעה.

שנית, היות שתוצאתה המעשית של הפרת דרישות המכרז תהיה מתונה מהתוצאה הנוהגת כיום, גם ההחלטה כיצד לנהוג בהצעה זו צפויה להיות קלה יותר. ניתן להמחיש הבחנה זו באמצעות דוגמה מעולם הספורט התחרותי. אם המשמעות המעשית של נגיעת יד

61 ראו למשל ע"מ 7590/12 החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ נ' לינוס בע"מ (פורסם בנבו, 18.4.2013). כן ראו עומר דקל ויואב דותן "ההשפעה השונה של הטיות קוגניטיביות על סוגים שונים של החלטות – ניסוי בתחום המכרזים" משפטים מד 689 (2014) (ממצאי המחקר מלמדים כי במקרים לא מועטים חברי ועדות מכרזים נמנעים מלפסול הצעות, גם כאשר מדובר בבירור בהצעה פגומה. ראו שם, טבלה 5 בעמ' 710).

62 בית המשפט מודע אף הוא לקושי הגלום בהבחנה שבין פגם "טכני" בהצעה לפגם "מהותי". ראו למשל דברי השופט רובינשטיין המובאים לעיל, בה"ש 42.

63 ראו להלן נוסח מוצע בנספח.

64 ראו לעיל הדיון בפרק ב.6.א.

65 ראו לעיל פרק ב.2.

אסורה בכדור במסגרת משחק כדורגל היא הפסד של הקבוצה המפרה במשחק בכללותו, שופט סביר יתלבט מאוד בטרם יפסוק כי הנגיעה בכדור אכן הייתה לא חוקית. לעומת זאת אם המשמעות של נגיעת היד מתמצית בכך שהכדור יעבור לשליטת הקבוצה היריבה, הרי שההחלטה אם הייתה נגיעת יד אסורה או לא צפויה להיות הרבה יותר קלה.⁶⁶ טיעון זה תקף גם בבית המשפט. עמימות ההבחנה שבין פגם מהותי לפגם טכני, והתוצאה הקיצונית הנגזרת מסיווג זה, מקשה על בית המשפט לקבוע זאת וגוררת עמה לעתים מחלוקות שופטים⁶⁷ ואף מידה של חוסר קוהרנטיות בהלכה הפסוקה.⁶⁸ ניתן להעריך כי פישוטה ומיתונה של תוצאת ההפרה יקלו על בית המשפט את המלאכה.

5. יצירת תמריצים רצויים בקרב נציגי הרשות

כפי שהוסבר לעיל, ההסדר הקיים מחייב ברוב המקרים פסילתה של הצעה פגומה. אם הצעה זו היא ההצעה הטובה ביותר, הרי שמנקודת מבטו של עורך המכרז זוהי תוצאה לא רצויה, שכן משמעותה התקשרות תת-אופטימלית ופגיעה ביכולתו של הארגון לממש את כוונתו להתקשר בחוזה עם הספק הטוב ביותר. כתוצאה מכך נוצרים אצל נציגי הרשות שני תמריצים לא רצויים:

ראשית, נוצר אצלם תמריץ להימנע מעריכת מכרזים. הידיעה כי קיים סיכון ממשי שעריכתו של מכרז תסתיים בתוצאה לא יעילה יוצרת, כמוכך, תחושה כי המכרז אינו מכשיר כלכלי יעיל.⁶⁹ תחושה זו יוצרת מוטיבציה להימנע מעריכת מכרזים.⁷⁰ הדרכים לעשות כן

66 הגם שגם במקרה כזה הדבר עשוי לעורר מחלוקת, סביר להניח כי עצמתה והמשאבים שהצדדים יהיו מוכנים להשקיע בה יהיו מתונים יותר.

67 ראו למשל מחלוקות השופטים בפסקי הדין המפורטים להלן, שבאופן די ברור משקפות קושי להשלים עם אבדנה של ההצעה הטובה ביותר: עניין אמישראל – גז טבעי בע"מ, לעיל ה"ש 14; ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מח(3) 749 (1994); עניין מיגדה 688/81, לעיל ה"ש 14; בג"ץ 632/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673 (1982) (להלן: עניין מיגדה 632/81).

68 דוגמה טובה לכך היא המדיניות השיפוטית בנושא פגם בערבות הבנקאית. מצד אחד ניתן למצוא פסקי דין המבטאים מדיניות קפדנית באופן קיצוני, עד כדי פסילת הצעות שצורפה להן ערבות המיטיבה עם עורך המכרז יותר מן הנדרש (ראו עניין אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ, לעיל ה"ש 16; ע"ם 6242/09 חג'אזי חברה לסייעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 10.11.2009); ע"ם 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(6) 755 (2004)). מצד אחר ניתן למצוא פסקי דין שהורו על הכשרתן של הצעות שצורפה להן ערבות שגויה, שעל פני הדברים אינה ניתנת כלל לחילוט, בנימוק שמדובר בטעות סופר (ראו למשל עניין רשות שדות התעופה בישראל ועניין ארמונית החורש בע"מ, לעיל ה"ש 9).

69 הטענה שעורכי מכרזים תופסים את מנגנון המכרז כלא יעיל תואמת את תוצאותיו של סקר שנערך בשנת 1996 בקרב רשויות מנהליות הכפופות לחובת מכרז, ושמצאיו מפורטים בדקל חובת המכרז, לעיל ה"ש 4, בעמ' 429 ואילך. על פי ממצאי הסקר, שנערך בקרב 67 נשאלים, 85% מהמשיבים הביעו את הדעה כי המכרז הציבורי מקיים את הדרישה לשוויון (שאלה 10), 79% מהמשיבים סברו כי המכרז הציבורי מצמצם את החשש לשחיתות (שאלה 11), ורק 49% מהמשיבים השיבו כי המכרז הציבורי מאפשר לרשות המנהלית התקשרות בתנאים אופטימליים (שאלה 12).

70 בכך אין כדי לטעון כי הסיבה היחידה להעדפתם של נציגי הרשות להימנע מעריכת מכרזים היא דאגה לטובתו הכלכלית של הארגון. סביר להניח כי במקרים לא מעטים ההימנעות מעריכת מכרז נובעת מטעמים אחרים, לגיטימיים פחות, כגון עצלות, נוחות בהמשך העבודה עם ספק מוכר, הרצון בקידום

רבות ומגוונות וכוללות לדוגמה ניצול מרבי של הוראות הפטור המעוגנות בתקנות ומתן פרשנות מרחיבה להוראות אלה⁷¹ או ניצול מרבי של כל זכות ברירה המעוגנת בחוזה להארכתה או להרחבתה של התקשרות קיימת. במקרים לא מועטים רשויות אף נמנעות מעריכת מכרז, הגם שהדבר אינו כדין.⁷² חיזוק מסוים לשכיחותה של התנהלות זו ניתן למצוא בהטלתו של מחוקק המשנה בשנת 2009 על כלל הרשויות הכפופות לחוק חובת המכרזים חובה לפרסם ברבים את כל החלטותיהם להתקשר עם ספקים שלא בדרך של מכרז.⁷³

היות שההסדר המוצע מצמצם את החשש לפגיעה ביעילות ההתקשרות, ניתן לצפות שהדבר יחזק את אמונם של נציגי הרשות ביעילות המכרז ובלגיטימיות הכלכלית שלו, ועל כן יצמצם את המוטיבציה של גורמים אלה להימנע מעריכת מכרזים. בעקבות זאת היקף השימוש במנגנון המכרז צפוי לעלות, והדבר יתרום הן ליעילות ההתקשרות, הן לשוויון ההזדמנויות והן לשמירה על טוהר המידות. יתרה מכך, היות שהנימוק בדבר חוסר יעילותו של המכרז עלול לשמש כסות לטעמים לגיטימיים פחות לאי-עריכת מכרז (כגון עצלות, נוחות בהמשך העבודה עם ספק מוכר, רצון להעדפה של מקורבים או שחיתות ממש),⁷⁴ יש בנטרולו של נימוק זה כדי לחשוף ולבודד את הטעמים האמתיים לאי-עריכתו של מכרז, אם אלה אכן קיימים.

מקורבים, ולעתים שחיתות ממש (ראו בהקשר אחרון זה דפנה ברק-ארוז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" משפטים 682, 667, 685–682 (2007)).

71 ראו למשל בר"מ 2349/10 שעשועים וספורט בע"מ נ' עיריית בני-ברק (פורסם בנבו, 20.5.2010). בית המשפט העליון עצר התקשרות של עיריית בני-ברק שנערכה ללא מכרז בעקבות החלטה כי יבואן של מתקני משחק לגנים ציבוריים הוא ספק יחיד; עת"ם (מינהליים ת"א) 2621/09 חן המקום בע"מ נ' איגוד ערים איזור דן (פורסם בנבו, 30.6.2010). בית המשפט לעניינים מנהליים פסל את כוונת האיגוד להתקשר ללא עריכת מכרז עם חברה לצורך הקמת מפעל לייצור ולעיבוד של RDF (טכנולוגיה להפקת אנרגיה באמצעות עיבוד אשפה), מכוח התקנה הפוטרת מחובת עריכת מכרז בנסיבות של ספק יחיד; עת"ם (מינהליים י-ם) 307/03 דרך הים התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – אגף החשב הכללי (פורסם בנבו, 19.1.2003). בית המשפט לעניינים מנהליים מנע ממשרד האוצר לממש את כוונתו להתקשר ללא עריכת מכרז עם חברות לצורך הקמת מתקנים להתפלת מי ים, מכוח "פטור סל" המעוגן בתק' 3(28) לתקנות חובת המכרזים; בש"א (שלום חי) 4186/00 ש.ו.ש. פחטר יבוא ושיווק ציוד בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 12.3.2000). בית משפט השלום ביטל את החלטתה של רשות שדות התעופה לרכוש מכונות טיאוט ללא עריכת מכרז, מכוח הוראת הפטור הקבועה בתק' 14 לתקנות חובת המכרזים, שעניינה עסקה לרכישת טובין מתוצרת חוץ (הוראה זו מעוגנת כיום בתק' 3(31) לתקנות חובת המכרזים).

72 שם (כל ארבעת פסקי הדין).

73 תק' 1(א) לתקנות חובת המכרזים קובעת: "גוף ציבורי שהחליט לבצע התקשרות שלא באמצעות מכרז לפי תקנות אלה, למעט התקשרות לפי תק' 3(1), יפרסם את החלטתו המנומקת באתר האינטרנט בתוך חמישה ימי עבודה ממועד קבלת החלטה". תק' 3(א)1 לתקנות חובת המכרזים קובעת: "ביקשה יחידה מזמינה להתקשר עם ספק יחיד לפי תקנה 3(29) [...] תביא היחידה המזמינה את הבקשה לאישור ועדת המכרזים לאחר שעשתה את כל אלה: [...] (ב) פרסמה באתר האינטרנט לתקופה של עשרה ימי עבודה לפחות [...] (1) הודעה על כוונתה להתקשר עם מי שלפי דעתה הוא ספק יחיד, או עם ספק חוץ לרכישת טובי חוץ, לפי העניין, ואת עיקרי ההתקשרות; [...]".

74 ראו לעיל ה"ש 70.

התמריץ הבעייתי השני שנוצר בקרב עורכי מכרזים בשל החובה לפסול כל הצעה שנפל בה פגם מהותי, הוא להמעט ממשקלם של פגמים, לעתים עד כדי התעלמות מהם. טענה זו מקבלת משנה תוקף בשל הטיית האישוש (Confirmation Bias) הגורמת למקבלי החלטות להעצים שלא במודע את משקלו של מידע או של ראיות התומכות בתוצאה הרצויה להם, ולהמעט שלא במודע מערכן של ראיות העומדות בסתירה לתוצאה זו, לעתים עד כדי התעלמות מוחלטת מהן.⁷⁵ המחקר בתחום קבלת ההחלטות מלמד כי הטיית האישוש קיימת גם כאשר אין למקבל ההחלטה מוטיבציה להגיע דווקא לתוצאה מסוימת,⁷⁶ אך היא מתחזקת כאשר קיימת מוטיבציה מעין זו,⁷⁷ כפי שהדבר בענייננו. לדוגמה, ניסויים הראו כי חוקרי משטרה שגיבשו עמדה בנוגע לאשמתו של חשוד נטו לייחס משקל רב יותר לראיות התומכות באשמתו ומשקל פחות לראיות הסותרות הנחה זו.⁷⁸ בענייננו הטיית האישוש עלולה לגרום להפחתה לא מודעת של המשקל המיוחס לפגם שנפל בהצעה וסיווגו כפגם "טכני", וזאת כדי להימנע מהתוצאה הלא רצויה של פסילת ההצעה הטובה ביותר.⁷⁹

- 75 לסקירה מקיפה של המחקר הפסיכולוגי בתחום הטיית האישוש ראו Raymond S. Nickerson, *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*, 2 REV. GEN. PSYCHOL. 175 (1998). כן ראו Charles G. Lord, Lee Ross & Mark R. Lepper, *Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*, 37 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 2098 (1979) (המאמר מראה כי אנשים המחזיקים בעמדות מסוימות נוטים להתייחס לראיות אמפיריות המוצגות להם באופן המחזק את עמדתם המקורית, גם כאשר הדבר אינו מתבקש מהמידע הרלוונטי); Kari Edwards & Edward E. Smith, *A Disconfirmation Bias in the Evaluation of Arguments*, 71 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 5 (1996) (המאמר מראה כי טיעונים שאינם מתיישבים עם עמדתו המקורית של מקבל ההחלטה זוכים לביקורת חריפה יותר ומוערכים כחלשים מטיעונים שתומכים בעמדתו הראשונית של מקבל ההחלטה).
- 76 Lee Ross, Mark R. Lepper & Michael Hubbard, *Perseverance in Self Perception and Social Perception: Biased Attributional Processes in the Debriefing Paradigm*, 32 J. PERS. SOC. PSYCHOL. 880 (1975) (המחקר מדגים כיצד עמדות של מקבלי החלטות אינן משתנות גם כאשר מתברר כי הבסיס שעליהן גובשו אינו אמין).
- 77 Ziva Kunda, *The Case for Motivated Reasoning*, 108 PSYCHOL. BULL. 480 (1990) (המאמר מראה כיצד המוטיבציה של מקבל ההחלטה משפיעה על התהליך הקוגניטיבי של קבלת ההחלטה).
- 78 Karl Ask & Pär Anders Granhag, *Motivational Bias in Criminal Investigators' Judgments of Witness Reliability*, 37 J. APPLIED SOC. PSYCHOL. 561 (2007) (המחקר מצא כי חוקרי משטרה השרויים בלחץ זמן נוטים שלא לערכן את עמדתם בדבר אשמתו של הנחקר גם כאשר הדבר מתבקש מהעדות המוצגת להם); Barbara O'Brien, *Prime Suspect: An Examination of Factors that Aggravate and Counteract Confirmation Bias in Criminal Investigations*, 15 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 315 (2009) (המאמר בוחן גורמים שונים להטיית האישוש בחקירות פליליות ומציע דרכים לצמצום ההטייה); Eric Rassin, Anita Eerland & Ilse Kuijpers, *Let's Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations*, 7 J. INVESTIGATIVE PSYCHOL. OFFENDER PROFILING 231 (2010) (המאמר בוחן את ההשפעה של הטיית האישוש על גורמים המעורבים בהליך הפלילי וכן נסיבות שיש בהן כדי להעצים הטייה זו); Anita Eerland and Eric Rassin, *Biased Evaluation of Incriminating and Exonerating (Non)evidence*, 18 PSYCHOL. CRIME & L. 351 (2012) (המאמר מדגים את נטייתם של חוקרים לייחס משקל רב יותר להימצאותן של ראיות מפלילות מאשר להיעדרן של ראיות כאלה).
- 79 לחיזוקו של טיעון זה ראו עניין החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, לעיל ה"ש 61, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז: "השאלה האם רמת עמדה בתנאי הסף נדונה כאשר כבר היה ידוע שהצעתה

העובדה שעל פי ההסדר המוצע במקרים רבים הפרת דרישות המכרז לא תוביל לפסילתה של ההצעה המפרה צפויה להקטין את התמריץ של חברי ועדת המכרזים להתעלם מהפרתן של דרישות המכרז, ועל כן צפויה להפחית את שיעורם של מקרים כגון אלה. אמנם גם על פי ההסדר המוצע יש לעורך המכרז תמריץ שלא להפחית ניקוד מההצעה הטובה ביותר אם הוא סבור כי הדבר עלול להוביל לאי-זכייתה במכרז. אלא שנוכח האמור לעיל תוצאה מעין זו תתרחש רק אם הפער בין שתי ההצעות הטובות ביותר יהיה קטן, עובדה שיש בה גם כדי לצמצם את מידת העניין של עורך המכרז בזכייתה של הצעה זו במכרז.

6. הסדר מידתי המשקף את השיח של המשפט הציבורי

עקרון המידתיות הוא מאבני היסוד של המשפט הציבורי, הן במישור החוקתי⁸⁰ הן במישור המנהלי.⁸¹ לעקרון המידתיות שני היבטים הרלוונטיים לענייננו: ראשית, נובע ממנו כי אם רשות מנהלית יכולה להגשים את התכלית שבה היא מעוניינת ביותר מדרך אחת ובאותה מידה של יעילות, חובה עליה לבחור בדרך שפגיעתה בפרט היא הקטנה ביותר. משמעות הדבר לענייננו היא שאם ניתן לשמור על התחרות ההוגנת, על עקרון השוויון ועל טוהר המידות באמצעים שונים, שעל פני הדברים מידת יעילותם דומה (עניין שהוסבר בהרחבה לעיל), חובתה של הרשות להעדיף את האמצעי הפוגעני פחות (הפחתת ניקוד) על פני האמצעי הפוגעני יותר (פסילת ההצעה).

שנית, עקרון המידתיות מחייב פרופורציה בין חומרת מעשיו של אדם לבין התגובה המוסדית על מעשה זה.⁸² בנסיבות שבהן על הרשות להחליט בדבר גורלה של הצעה פגומה

הייתה ההצעה הזולה ביותר, ולכן הכדאית ביותר לכאורה מהיבטה של מע"צ. זהו מצב בלתי רצוי, משום שבמצב דברים זה קיים חשש שגורמי המקצוע – גם אם בתום לב ומתוך חתירה לקידום האינטרס הציבורי כפי שהם תופסים אותו – ייטו לפרשנות נדיבה של תנאי הסף לטובת מי שהצעתו היא הזולה ביותר.⁸³ הגם שבאשר לפרשנותם של תנאי הסף נותרה השופטת ברק-ארז במיעוט, קביעה ספציפית זו זכתה להסכמתו המפורשת של השופט פוגלמן (שם, בפס' 4 לפסק דינו). בניסוי שבחן קביעה שיפוטית זו נמצא כי עצם ידיעת המחיר לא גררה יחס מקל כלפי הצעות פגומות (ראו דקל ודוהן, לעיל ה"ש 61). עם זאת, נמצא כי חברי ועדות מכרזים נמנעו לא פעם מלפסול הצעות שהיו פגומות בכירור.

80 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ופסקי הדין הרבים שפירשו אותו, כגון: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). כן ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010); רבקה וייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזבוב?" על מידתיות במשפט" משפט ועסקים טו 337 (2012).

81 ראו למשל בג"ץ 1073/04 סלאמה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 6.8.2006); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 838, 807 (2004); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006); בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996). כן ראו זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (Disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507 (1991); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 130–133 (1994).

82 ראו רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה 147, 150 (2005): "הדרישה לשמירה על מידתיות בין חומרת העבירה לחומרת העונש מהווה כיום עקרון בסיסי בענישה.

ההסדר הקיים מציע לרשות המנהלית שתי חלופות בלבד, המצויות בקצוות של סקאלת התגובות האפשריות. מן הקצה האחד, פסילת ההצעה – התגובה הקיצונית ביותר – ומן הקצה האחר, תיקון ההפרה או הבלגה עליה, מבלי שנלווית לכך כל סנקציה. הסכנה הגלומה בהיעדרן של חלופות מתונות יותר היא שבמקרים רבים התגובה על הפרתן של דרישות המכרז תחרוג מהמידה הראויה, לחומרא או לקולא.

לעומת זאת ההסדר המוצע מתחשב בחומרת ההפרה ומתאים לה מענה הולם מתוך מגוון רחב של אפשרויות באופן השומר על פרופורציה בין חומרת ההפרה לבין התגובה הניתנת לה, החל מהפחתת מספר נקודות קטן בנסיבות של פגם קל, המשך בהפחתת מספר נקודות גדול בנסיבות של פגם ממשי וכלה בפסילת ההצעה לחלוטין בנסיבות של פגם חמור. מדרג זה מבטא טוב יותר את מורכבות המצב ומיישם את חובתה של הרשות המנהלית לפעול במידתיות. אמנם גם בהסדר המוצע ייתכנו מקרים שבהם הפחתת הניקוד תיתפס כענישת יתר או חסר, שכן התאמה מדויקת בין חומרת הפגם לחומרת הסנקציה היא משימה קשה עד בלתי אפשרית. אולם על רקע העובדה שההסדר הנוהג מטיל אותה סנקציה – פסילת ההצעה – בגין כל פגם מהותי שנפל בהצעה, ההסדר המידתי שמגולם בהסדר המוצע מקיים בקירוב גדול בהרבה את עקרון המידתיות.

7. התחשבות ואיזון בין האינטרסים של כלל השותפים להליך המכרז

מנגנון המכרז הוא הליך רב-משתתפים. מצדו האחד ניצב עורך המכרז, יוזם התהליך והמנסח של כלליו, המצפה להשיא את התועלת מהעסקה באמצעות ניסוח כללי משחק שיתמרצו את המציעים להגיש את ההצעה האטרקטיבית ביותר שהם מסוגלים לתת.⁸³ מצדו האחר ניצבים כלל המציעים, שמקבלים הזדמנות שווה להתמודד על עסקה שמנקודת מבטם מגלמת פוטנציאל לתועלת כלכלית. כפי שהוסבר לעיל, כל עוד כלל השחקנים מציינים לכללי המשחק, המכרז משרת את מכלול האינטרסים של השותפים לו – הוא מאפשר לרשות להשיא את התועלת מההתקשרות, והוא מעניק למציעים הזדמנות שווה לזכות בהתקשרות זו. אולם כיצד ראוי לנהוג כאשר שחקן אחד או יותר מפרים את כללי המשחק? מחובתה של הרשות המנהלית לפעול בסבירות נובעת גם החובה לאמץ הסדר משפטי המתחשב במכלול האינטרסים של כלל השותפים להליך המכרז – הציבור הרחב (באמצעות הרשות המנהלית, נציגתו), המציעים הצייתנים והמציע המפר – נותן לכל אינטרס את

דרישה זו קיימת בכל שיטות המשפט המערביות. קביעה זו אמנם מתייחסת לענישה פלילית, אך היא נכונה באותה מידה גם לגבי סנקציה מנהלית.

83 להתייחסות לעיצוב המכרז מנקודת מבטה של תורת המשחקים לצורך השגת תוצאה אופטימלית ראו למשל Paul Milgrom, Putting Auction Theory to Work (2004); Paul Klemperer, *What Really Matters in Auction Design*, 16 J. Econ. Persp. 169 (2002); להיבטים העיקריים שמעצב המכרז צריך לתת עליהם את דעתו על מנת להשיג תוצאה אופטימלית); Evan R. Kwerel & Gregory L. Rosston, *An Insider's View of FCC Spectrum Auctions*, 17 J. Reg. Econ. 253 (2000) (המאמר כולל סקירה מפורטת של השיקולים שהנחו את מעצבי המכרזים להקצאת רישיונות לשימוש בתדרי שידור בארצות הברית).

המשקל הראוי לו ומאזן ביניהם איזון הולם.⁸⁴ מנקודת מבט מעשית מתבקש כי ההסדר המשפטי יכלול סנקצייה מרתיעה כלפי המציע המפר, ובה בעת יצמצם ככל הניתן את הפגיעה במציעים הצייתנים ובציבור בכללותו, צדדים תמי לב שאין כל הצדקה לפגוע בהם. ראוי כי ההסדר המשפטי יתור אחר נקודת איזון שתבטא בצורה מיטבית את מכלול האינטרסים הרלוונטיים בנסיבות העניין.

ההסדר הקיים אינו עומד באמת מידה זו. הוא אמנם מכיל תגובה שלילית כלפי המפר, אולם ספק אם הוא מגלם איזון אינטרסים סביר במערכת היחסים שבין המציעים, בינם לבין עצמם, ובעיקר – הוא אינו נותן את המשקל המתבקש לאינטרס של הציבור הרחב בהתקשרות יעילה. אמנם בית המשפט מנמק תוצאה זו בקביעה כי הגם שהרחקתו של המציע המפר פוגעת בציבור בטווח המידי, היא תביא עמה תועלת בטווח הארוך.⁸⁵ אולם כוח השכנוע הגלום בשקילות זו מצומצם למדי, משלושה טעמים: ראשית, לעומת הפגיעה בציבור, שהיא מיידית, ודאית וניכרת לעין, התועלת הצפויה בטווח הארוך אינה מובנת מאליה כלל, ואין כל ודאות בקיומה.⁸⁶ שנית, לעומת הפגיעה המיידית, הנושאת תמיד אופי קונקרטי הניתן לכימות, התועלת העתידית ערטילאית ומבוזרת. שלישיית, ובכך העיקר, ניתן לגבש הסדר שבעת ובעונה אחת יצמצם את הפגיעה ביעילות ההתקשרות בטווח המידי ולא יבוא על חשבון היעילות בטווח הארוך – כזה הוא ההסדר המוצע.

ההסדר המוצע מטיל על המציע המפר סנקצייה מרתיעה בדמות הפחתת ניקוד כאשר קיימת זיקה בין חומרתה של הסנקצייה לחומרת ההפרה. סנקצייה זו מאזנת בין האינטרסים של משתתפי המכרז, בינם לבין עצמם, בכך שמצד אחד היא מהווה תגובה שלילית כלפי המציע המפר, ומצד אחר היא מתגמלת את המציע הצייתן, שכן היא משפרת את סיכוייו לזכות במכרז. נוסף על כך, היא נותנת ביטוי לאינטרס הציבורי בהתקשרות יעילה מבחינה כלכלית, באמצעות צמצום המקרים שבהם תורחק מהתחרות ההצעה הפגומה (שהיא גם הטובה ביותר). בכך מושגת תוצאה מאוזנת וסבירה, שמצד אחד מענישה את המציע המפר ומרתיעה מציעים פוטנציאליים מפני הפרות עתידיות של דרישות המכרז, ומצד אחר מעניקה משקל לאינטרס הציבורי בעסקה יעילה מבחינה כלכלית לצד תגמול מידי למציע הצייתן. כל זאת מבלי לפגוע בשיקולי יעילות ארוכי טווח ומבלי להגדיל את הסיכון לפגיעה בטווח המידי. בכך יש כדי למלא אחר חובתה של הרשות המנהלית לפעול בסבירות.

84 למאפינייה של חובת הסבירות המנהלית, כחובה לאזן בין שיקולים שונים, ראו דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 725–728, 733–736 (2010).

85 לעיל ה"ש 14.

86 כך למשל זה עשרות שנים מנמק בית המשפט העליון את מדיניותו הקשוחה בעניין פגם בערבות בכך שהיא יעילה בטווח הארוך, שכן מציעים לא זהירים ילמדו לקח, ולכן יהיו זהירים יותר וקפדנים יותר בעתיד (ראו למשל עניין מבני פלס חברה הנדסית לבנין ופיתוח בע"מ, לעיל ה"ש 14). הגם שאין כל דרך למדוד אם תחזית זו התגשמה אם לאו, הכול יסכימו כי פגמים בערבות הבנקאית הם עדיין מהפגמים השכיחים ביותר.

בע"מ 303/12 מטיילי קרית שמונה בע"מ נ' עיריית צפת (פורסם בנבו, 3.7.2012), ציינה השופטת ברק-ארוז במפורש כי על אף מדיניות רבת שנים, שבמסגרתה נוקט בית המשפט העליון גישה מחמירה בנוגע לפגמים בערבות, "[...] פגמים בערבויות חוזרים ומתגלים כאבן נגף על דרכם של דיני המכרזים", וכי "[...] טעויות בחישוב סכום הערבות חוזרות על עצמן חדשות לבקרים, באופן שפוגע לעתים גם במציעים רציניים, שפסילתם אינה משרתת למעשה את האינטרס הציבורי" (שם, בפס' 26 לפסק דינה).

לסיכום פרק זה, בחינת ההסדר המוצע לאור העקרונות של המכרז הציבורי, אמות המידה שמכתיב המשפט המנהלי ושיקולי מדיניות נוספים מובילה למסקנה שלא זו בלבד שההסדר המוצע מגשים עקרונות ואמות מידה אלה באופן משביע רצון, הוא עושה כן טוב יותר מההסדר הנוהג.

ד. קשיים וחולשות של ההסדר המוצע

האם אימוצו של ההסדר המוצע טומן בחובו גם קשיים? האם להסדר המוצע חסרונות לעומת זה הקיים או אף ללא קשר לכך?

ניתן בהחלט להראות כי ההסדר המוצע אינו חף מקשיים. לדוגמה, הקושי לצפות מראש כל סוג וצורה של הפרה עלול להוביל לכך שהפרה המנויה בהסדר תהיה ניתנת לתיקון, ואילו הפרה בעלת חומרה דומה או אף קלה יותר תחייב את פסילת ההצעה, רק מן הטעם שלא נצפתה מראש על ידי מנסחי המכרז. כמו כן הפחתת ניקוד זהה להפרות בעלות עצמה שונה או אופי שונה עלולה להוביל לתוצאה לא מאוזנת. לדוגמה, אי-התאמה קלה בין דרישת הערבות במכרז לבין הערבות שהוגשה בפועל עשויה להוביל לאותה הפחתת ניקוד שאליה תוביל אי-התאמה ניכרת. תיתכן גם טענה שהפחתת ניקוד זהה להפרות בעלות אופי שונה עלולה להוביל לתוצאה מעוותת.

כמו כן, ההסדר המוצע מחייב הפעלת שיקול דעת בעת עיצוב המכרז לצורך התאמת משקלה של אמת המידה המוצעת להיקפו ומאפייניו של המכרז העומד על הפרק, פעולה המחייבת מטבע הדברים הקצאה של משאבים. ככלל, ניתן להתייחס לכל נקודה המופחתת מהצעה פגומה כשוות ערך לסכום מסוים, המתווסף רעיונית להצעת המחיר, ועל כן מקטין את סיכוייה של אותה הצעה לזכות במכרז. לפיכך, וכפי שהוסבר לעיל, מתן משקל יתר לאמת המידה המוצעת יוביל לכך שבפועל – הצעה שתלקה בפגם כמעט תמיד תפסיד במכרז (כפי המצב כיום). לעומת זאת מתן משקל חסר לאמת המידה המוצעת יוביל לכך שברוב המקרים לא יהיה בפגם כדי להשפיע על תוצאת המכרז, תוצאה שעלולה לעודד זלזול בדרישות המכרז ואף הפרה מכוונת שלהן. לפיכך על מעצב המכרז לתת משקל מאוזן לאמת המידה המוצעת, ומשימה זו עשויה להיות מורכבת.

טענות אלה נכונות ותקפות אם תכליתן להראות שההסדר המוצע אינו מושלם ואינו חף מקשיים. אולם מידת רצינותו של כל הסדר משפטי אינה אמורה להיגזר ממידת קרבתו לשלמות אלא מהשאלה אם הוא עדיף על החלופה לו. אם התשובה לשאלה זו היא בחיוב, הרי שההסדר ראוי לאימוץ, ולכך כבר ניתנה התייחסות מפורטת שאין טעם לחזור עליה. טיעון נוסף נגד ההסדר המוצע יכול להיות שיהיה בו כדי לסרב ולהאריך את הליך המכרז, משני טעמים: ראשית, הדבר יחייב כתיבת פרק נוסף למכרז; שנית, הדבר יחייב התייחסות למרכיביה של אמת המידה המוצעת בעת בדיקת ההצעות וכן התמשכות של הליך הבדיקה בשל הצורך לאפשר למציעים שהצעתם אינה תואמת את דרישות המכרז לתקן את הצעתם.

אולם עיון מעמיק מעט יותר יגלה כי אין בטיעון זה ממש. למעשה, ניתן לצפות ברמה סבירה של ודאות כי אימוצו של ההסדר המוצע דווקא יחסוך בזמן וייעל את הליך המכרז.

אשר לכתיבתה של אמת המידה המוצעת, כפי שכבר הוסבר לעיל, מדובר בפרק שבנוסח כזה או אחר יחזור על עצמו בכל מכרז, ועל כן אימוצו אינו כרוך במשאבי זמן ניכרים. אשר לבדיקת ההצעות, אמת המידה המוצעת כוללת שיקולים ומרכיבים שממילא על מערכי ההצעות לבחנם, ועל כן אין בכך כדי לסרב את עבודתם. יתרה מכך, קיומה של אמת המידה המוצעת אף עשוי למנוע טעויות, שכן היא מבנה ומסדירה את הליך הבדיקה של ההצעות.

נוסף על כך, כיום כאשר מתגלה פגם בהצעה, הדבר מעורר במקרים רבים קושי בהחלטה אם ניתן להבליג עליו או שיש לפסול את ההצעה. ההחלטה בעניין זה מצריכה דיון בוועדת המכרזים, ובמקרים רבים אף מתבקשת חוות דעת משפטית. כל אלה אורכים זמן ועולים בממון רב. על פי ההסדר המוצע, צפוי כי בדרך כלל הדבר לא יידרש. כאשר תתגלה הצעה פגומה שהמכרז קובע כיצד לנהוג בה, יופעל מנגנון זה אוטומטית, ללא צורך במעורבותה של ועדת המכרזים. אכן, תיקון ההצעה עשוי לארוך ימים מספר, אך פרק זמן מעין זה בדרך כלל אינו מעורר קושי. על כן נראה כי אימוצו של ההסדר המוצע אינו צפוי לסרב את הליך המכרז, אולי אף לייעלו. יוצא אפוא כי אף על פי שההסדר המוצע מעורר כמה קשיים, אין בקשיים אלה כדי להוביל למסקנה כי ההסדר אינו רצוי. משנמצא כי כך הדבר, ראוי לבחון אם אימוצו אפשרי כבר כיום, או שמא נדרש לצורך כך תיקון החוק.

ה. האם ההסדר המוצע תואם את הדין?

בהנחה שההסדר המוצע אכן רצוי, האם אימוצו תואם את הדין או מהווה חריגה ממנו? זאת, הן במישור הרחב, של המערכות הנורמטיביות החלות על המכרז הציבורי, והן במישור הקונקרטי, באשר להסדרים החקוקים והפסוקים המסדירים את אופן ההתייחסות הנדרש להצעה פגומה.

1. האם ההסדר המוצע תואם את עקרונות דיני המכרזים?

מקובל להגדיר את המכרז "הזמנה לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה"⁸⁷, וככזה הוא כפוף לשתי מערכות נורמטיביות: ⁸⁸ האחת היא המשפט המנהלי, שתחולתו על המכרז הציבורי נובעת מהיותו פעולה מנהלית המשפיעה על מצבם של גורמים חיצוניים לרשות, הן המציעים במכרז הן הציבור בכללותו; או במילים אחרות – בשל היותו "ציבורי". כמו כל פעולה מנהלית, גם הליך המכרז הציבורי כפוף לאמות המידה המעוגנות במשפט המנהלי בדבר האופן שבו רשות מנהלית נדרשת להפעיל את סמכותה – משיקולים ענייניים בלבד, באופן שוויוני, בסבירות ובמידתיות.⁸⁹

87 עניין אחים כאלדי בע"מ, לעיל ה"ש 14, פס' ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 73. אין בנמצא הגדרה חקוקה להליך ה"מכרז".

88 בג"ץ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הביטחון, פ"ד לד(3) 706, 716 (1979); עניין מיגדה 688/81, לעיל ה"ש 14, בעמ' 90.

89 דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 172–176.

בנוסף, המכרז (הציבורי והפרטי כאחד) כפוף למערכת הנורמטיבית של דיני החוזים. כפיפות זו נובעת משני מאפיינים שלו: האחד, עובדת היותו של המכרז הליך טרום-חוזי מכפיפה אותו לדיני הטרומ-חוזים, שעיקרם סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, המחייב את הצדדים למשא ומתן טרום-חוזי לנהוג זה כלפי זה בדרך מקובלת ובתום לב;⁹⁰ המאפיין השני הוא היותו של המכרז הליך רב-משתתפים, הכולל התחייבויות הדדיות ביניהם והמתנהל על פי כללים קבועים מראש, שמחייבים הן את עורך המכרז הן את המציעים. עובדה זו מכפיפה את המכרז גם לדיני החוזים ומאפשרת להתייחס אליו כאל חוזה ממש, או בלשון בית המשפט – "חוזה נספח".⁹¹

כפי שצוין לעיל, מוסכם⁹² כי תכליתו של המכרז הציבורי היא השגת יעילות כלכלית לרשות בהתקשרויותיה הכלכליות תוך שמירה על שוויון הזדמנויות ועל טוהר מידות,⁹³ ובמצבים של מתח בין שני צדי המשואה הבכורה היא לשוויון ולטוהר המידות.⁹⁴ כפי שהראינו בהרחבה לעיל, ההסדר המוצע תואם עקרונות אלה, אינו מציע לשנותם כמלוא הנימה ומכפיף עצמו הן למסגרת הנורמטיבית של המכרז הציבורי, הן לעקרונותיו והן לתכליותיו. יתרה מכך, ההסדר המוצע תואם את תכליות המכרז הציבורי טוב יותר מההסדר הקיים, שכן הוא עולה עליו הן בנוגע להגשמת תכליתו הכלכלית של הליך המכרז הן בנוגע לשמירה על עקרון השוויון, והוא אינו נופל ממנו במידת השמירה על טוהר המידות.

כפי שהוסבר בהרחבה בפרק ג לעיל, ההסדר המוצע גם עומד באמות המידה הנובעות מן המשפט המנהלי בדבר חובתה של הרשות המנהלית לפעול בשוויון, בסבירות ובמידתיות. לא זו אף זו, גם בהקשר זה הוא צפוי לעשות כן טוב יותר מההסדר הנוהג.

ההסדר המוצע אינו מעורר קושי גם מנקודת המבט החוזית. כל עוד פרטי ההסדר מפורטים במסמכי המכרז, וכל מתמודד ידע מראש מה דינה של הצעה פגומה, אין בו כדי לעורר קושי מנקודת מבט חוזית. ההסדר המוצע אינו אלא "כלל משחק" נוסף על הכללים המרכיבים ממילא את הליך המכרז. כל עוד כלל זה גלוי, ברור, אינו סותר כללים אחרים, יופעל באופן שוויוני כלפי כלל המציעים ומחייב את כלל השחקנים בהליך – הן את עורך

90 בג"ץ חברה פלונית, לעיל ה"ש 88, בעמ' 716; עניין מיגדה 688/81, לעיל ה"ש 14, בעמ' 101.

91 יצחק זמיר "דיני מכרזים ציבוריים" הפרקליט כ 403, 408 (1964); ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד (1) 533 (1982); עניין אחים כאלדי בע"מ, לעיל ה"ש 14, פס' ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין; דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 184-189. גישה זו מקובלת גם בשיטת משפט אחרות. ראו למשל באנגליה: Blackpool & Flyde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough Council, [1990] 1 W.L.R. 1195 (Eng.) R. (Ont.) v. Ron Engineering & Construction; ובקנדה: M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 S.C.R. 111 (Can.); M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd., [1999] 1 S.C.R. 619 (Can.)

92 למעשה, משנת 1962, אז נוסחו לראשונה מטרות המכרז הציבורי בבג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז(1) 20 (1962).

93 ראו למשל ע"מ 3813/11 טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' מלם מערכות בע"מ, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 5.1.2012); ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 28.2.2011); ע"מ 5525/11 נ.ע. מעלות שער העיר בע"מ נ' משרד האוצר, פס' לד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.1.2012); דקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 92-93.

94 ראו לעיל ה"ש 14.

המכרז הן את המציעים – הרי שהוא תואם הן את הגדרת המכרז הן את הדרישות הנובעות מדיני החוזים.

דרך נוספת להסתכל על ההסדר המוצע מנקודת מבט חוזית היא כעל מעין "פיצוי מוסכם"⁹⁵. ההסדר מפרט הפרות שהתרחשותן לא תוביל לביטול ההתקשרות (אך יופחת בגינן ניקוד בשיעור קבוע מראש), ולצדן הפרות אחרות, שהתרחשותן כן תוביל לסיום ההתקשרות. עם זאת לצדדים לחוזה "רגיל" חופש רחב לעצבו כראות עיניהם, ואילו במקרה דנא על ההסדר להיות סביר, מידתי והוגן, ולא כל קביעה בו תהיה לגיטימית. לדוגמה, קביעה כי מציע יהיה רשאי לתקן ערבות שאינה תואמת את דרישות המכרז תהיה לגיטימית רק אם תתלווה לכך תגובה שלילית הולמת כלפי המציע המפר.⁹⁶

2. האם ההסדר המוצע תואם את החקיקה בתחום המכרזים?

אשר לנקודת המבט החקיקתית יש להקדים ולומר כי לא נמצא חיקוק, לא בארץ ואף לא בעולם, האוסר במפורש על קיומו של ההסדר המוצע, ולא נמצא חיקוק המתיר אותו במפורש. לכל היותר ניתן להצביע על חיקוקים שההסדר המוצע אינו סותר אותם לצד חיקוקים שאינם מאפשרים את יישומו, במלואו או בחלקו. דומה כי הסיבה לכך היא שהמחוקק מעולם לא נתן את דעתו לסוגיית ההסדר המוצע ולאפשרות אימוצו. על כן האפשרות או חוסר האפשרות ליישמו במסגרת הדין הקיים היא בעיקרה מקרית.

לגופם של דברים, מנקודת מבטו של חוק חובת המכרזים, ההסדר המוצע אינו סותר את הוראות החוק. כך, הוראת סעיף 4(א)(7) לחוק מסמיכה את שר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות: "כל עניין אחר הנראה לו דרוש לשם ניהול תקין והוגן של עסקאות ובמטרה להבטיח את קבלת ההצעות שיעניקו את מרב היתרונות למי שערך את המכרז". קרי, המחוקק עצמו הגדיר את יעילות ההתקשרות כתכלית מרכזית של מנגנון המכרז הציבורי והטיל על שר האוצר להתקין תקנות שיבטיחו זאת. יקשה לחלוק על כך שההסדר המוצע מגשים תכלית זו.

לעומת זאת תקנות חובת המכרזים מקשות על אימוצו של ההסדר המוצע, שכן התקנתן נעשתה לפי ההנחה שבידי ועדת המכרזים תגובות קיצון בלבד בנסיבות של הפרת הוראות המכרז, ללא אפשרות הביניים של תיקון ההפרה או הבלגה עליה בכפוף להפחתת ניקוד. עם זאת עיון בתקנות מגלה כי ההסדר המוצע יכול לדור עמן בכפיפה אחת, הגם שלעתים מעט בדוחק. כך, תקנה 20(ב) לתקנות חובת המכרזים מחייבת פסילה של "הצעות אשר לא נמצאו בחיבת המכרז במועד האחרון להגשת הצעות". אולם אם ייכתב במסמכי המכרז כי יש להגיש את ההצעה עד ליום ולשעה מסוימים, איחור בהגשה שלא יעלה על 15 דקות לא יגרור את פסילת ההצעה, אלא הפחתת ניקוד בלבד, ואיחור העולה על 15 דקות יוביל

95 ס' 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

96 בהקשר זה ראו ע"ס 1873/12 אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (פורסם בנבו, 6.8.2012), וההתייחסות אליו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 106.

לפסילת ההצעה, ספק אם יהיה בכך כדי לסתור את נוסח התקנה.⁹⁷ תקנה 20(ג) לתקנות חובת המכרזים קובעת כי יושב ראש ועדת המכרזים רשאי לתקן הצעות שנתגלו בהן "טעויות סופר או טעויות חשבוניות". קביעה במסמכי המכרז כי תיקונה של טעות מעין זו יהיה כרוך בהפחתת ניקוד אינה סותרת בהכרח את הוראת התקנה. הדבר תלוי במדיניות הפרשנית שינקוט בית המשפט.⁹⁸ אשר לתקנה 20(ד), המסדירה מגוון רחב של הפרות, זו קובעת כי "ועדת המכרזים תפסול הצעות אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של נושא המכרז [...] זולת אם החליטה הועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו; [...] קשה להעריך אם בתי המשפט יאותו לפרש הסדר שתחת לפסול את ההצעה מטיל על המציע המפר סנקצייה, ששיעורה והנסיבות להטלתה נקבעו מראש במסמכי המכרז כ"טעמים מיוחדים" כאמור. הדבר תלוי במידה רבה במדיניות הפרשנית שבית המשפט יבחר לאמץ.

הדברים אינם חד-משמעיים גם באשר למכרזיהן של רשויות מקומיות. כך, תקנה 20(ג) לתקנות העיריות (מכרזים) קובעת כי "מסמכי מכרז שהוגשו שלא בהתאם לתקנות אלה או שלא בהתאם לתנאי המכרז או שצורפה להם הסתייגות עקרונית או שינוי יסודי – פסולים". היות שההסדר המוצע הוא מעצם טבעו חלק מ"תנאי המכרז", הרי שכל עוד אין מדובר בפגם המהווה "הסתייגות עקרונית" או "שינוי יסודי", לכאורה אין מניעה להחיל עליו את ההסדר המוצע. מנגד, השאלה מהי הסתייגות "עקרונית" ואיזה שינוי הוא "יסודי" תלויה במדיניותו הפרשנית של בית המשפט.⁹⁹

לסיכום נקודה זו, התשובה לשאלה אם גופים הכפופים לחובת מכרז סטטוטורית רשאים לאמץ את ההסדר המוצע כבר כיום, אינה חד-משמעית. היא תלויה במידה רבה במדיניות הפרשנית שיאמץ בית המשפט בדבר הוראות הדין המסדירות כיום את אופן ההתייחסות להצעות פגומות. לפיכך ראוי לתקן את ההסדר החקוק באופן שיסמיך בבירור את עורך המכרז לעגן בו אמת מידה שעניינה אופן עמידתו של המציע בדרישות המכרז.¹⁰⁰

97 דוגמה לנוסח העונה על דרישת התקנה הובא בפרק ב.5. לעיל. בנוסף, גם אם עמדה פרשנית זו לא תתקבל, אין בכך כדי להשפיע על תוקפו של הטיעון הכללי, שכן מדובר בעניין נקודתי, שלכל היותר מצמצם את היקף תחולתו של ההסדר המוצע צמצום שולי או לחלופין מצדיק את תיקון התקנה.

98 גם במקרה זה, היות שמדובר בנסיבות צרות מאוד, קביעה שיפוטית כי על פי הפרשנות ה"נכונה" של התקנה תיקון של טעות סופר אינו אמור לגרור הפחתת ניקוד לא תכרסם במעמדו של ההסדר בכללותו. לחלופין, יהיה בכך כדי להצדיק את תיקון התקנה כדי להתאימה להסדר המוצע.

99 קושי פרשני דומה מציבות גם תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג–1993, המסדירות את מכרזיו של משרד הבטחון ושל החברות הנמצאות באחריותו של שר הביטחון. על פי נוסח תק' 17(ו), "הצעות שצורפה להן הסתייגות עקרונית או שיש בהן שינוי יסודי של תנאי המכרז – פסולות" (ההדגשה הוספה – ע"ד).

100 כשמדובר בתקנות חובת המכרזים, הדבר יכול להיעשות בין היתר באמצעות תיקונה של תק' 20 או באמצעות הוספה של אמת מידה בדבר אופן עמידתו של המציע בדרישות המכרז לרשימת אמת המידה הזמינות לעורך המכרז המנויה בתק' 22(א).

3. האם ההסדר המוצע תואם את הפסיקה בתחום המכרזים?

אשר לנקודת המבט השיפוטית, גם פה אי אפשר להצביע על התייחסות מפורשת להסדר כדוגמת המוצע כאן. באופן כללי, ראוי לשים לב כי ההסדר המוצע תואם בעת ובעונה אחת שתי מגמות פסיקתיות, שעד כה היה מקובל לראותן כמתחרות זו בזו. המגמה האחת היא זו המבטאת אי-שביעות רצון מהפגיעה ביעילות ההתקשרות הנובעת מפסילתן של הצעות טובות.¹⁰¹ כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, ההסדר המוצע צפוי לצמצם פגיעה זו. המגמה הפסיקתית האחרת, שלכאורה עומדת בסתירה למגמה הראשונה, היא זו הקוראת לגישה פורמליסטית מצד ועדת המכרזים ולדבקות בכללי משחק פשוטים ליישום ולהפעלה.¹⁰² כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, ההסדר המוצע, המאופיין בצמצום שיקול הדעת הניתן לוועדת המכרזים, תואם גם מדיניות זו. יוצא אפוא שהמנגנון המוצע תואם שתי מגמות סותרות לכאורה – המגמה המעדיפה יעילות על פני שמירה על השוויון, והמגמה המעדיפה כללי משחק ברורים וחדים על פני שיקול דעת רחב לוועדת המכרזים.

באופן קונקרטי יותר, ניתן למצוא מספר מועט של מקרים שבהם התייחס בית המשפט במישרין לגיטימיות של הוראה במכרז המאפשרת לוועדת המכרזים שלא לפסול הצעה פגומה אלא לאפשר למציע לתקנה.

כך, בעניין קל בנין בע"מ,¹⁰³ שעסק במכרז מורכב לתכנון, הקמה ותפעול של מכון לטיפול בשפכים, נדונה חוקיות החלטתה של ועדת המכרזים לאפשר למציע לתקן פרט בהצעתו שלא תאם את המפרט הטכני של המכרז. במסמכי המכרז נקבע כי עורך המכרז רשאי, על פי שיקול דעתו, לפסול הצעה בגין הסתייגות מדרישות המכרז, להתעלם מההסתייגות או לדרוש את תיקונה מבלי שהדבר ישליך על המחיר המבוקש.¹⁰⁴ לא זו בלבד שבית המשפט לא הכריז על בטלותה של הוראה זו, הוא אף נתן לה תוקף מלא, והנשיא ברק אף ביסס עליה את פסק דינו.¹⁰⁵

סוגיה דומה התעוררה גם בפרשת אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ,¹⁰⁶ שעניינה במכרז שערכה אוניברסיטת בן-גוריון לבניית מעונות לסטודנטים. המציעים במכרז נדרשו לצרף להצעתם ערבות בנקאית בנוסח שהוכתב במכרז, אלא שהמכרז כלל גם הוראה שלפיה "[...] האוניברסיטה תהיה רשאית (אך לא חייבת) לפנות למציעים בדרישה לתיקון כתב הערבות

101 ראו למשל בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505, 522 (1976); עניין מיגדה 632/81, לעיל ה"ש 67, בעמ' 690; עניין מספנות ישראל בע"מ, לעיל ה"ש 67, בעמ' 781–782; וכן הדיון בפסקי דין אלה בדקל מכרזים א, לעיל ה"ש 4, בעמ' 135–139.

102 עניין אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ, לעיל ה"ש 16, פס' 20 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס ופסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ, לעיל ה"ש 15, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

103 עניין קל בנין, לעיל ה"ש 30.

104 לנוסח הסעיף ראו שם, בעמ' 613.

105 שם, בעמ' 614. כן ראויים לציטוט דבריה של השופטת פרוקצ'יה, שכתבה את פסק הדין העיקרי, כי "תנאי המכרז גופו הם הקובעים את מסגרת ניהול המכרז ואת מיתחם המותר והאסור בנוהלי קבלת ההצעות והטיפול בהם [כך במקור], בכפוף לעקרונות היסוד של דיני המכרזים" (שם, בעמ' 598).

106 פרשת אסום, לעיל ה"ש 96.

במקום לפסול את ההצעה". עם פתיחת ההצעות התברר כי בעלת ההצעה הזולה ביותר צירפה להצעתה ערכות שאינה תואמת במדויק את דרישות המכרז. כך, במכרז נדרש כי פירעון הערכות יתבצע בתוך שבעה ימים מיום הצגתה לבנק, בערכות שצורפה להצעה נכתב שהבנק יפרע אותה בתוך עשרה ימים מיום הצגתה. ועדת המכרזים קבעה כי מדובר בסטייה לא מהותית מדרישות המכרז, שנעשתה בתום לב, ושתיקונה אינו צפוי להקנות למציע יתרון, ובהסתמך על הסעיף האמור במכרז אפשרה את תיקון הערכות. הגם שפסילת תוצאת המכרז התבססה על פגמים אחרים שנפלו בהליך המכרז, הביעו שופטי בית המשפט העליון את עמדתם בנוגע לגיטימיות של הוראה זו. השופט הנדל, שכתב את פסק הדין העיקרי, קבע כי הוראות המכרז אינן יכולות לגבור על הדין, ומכיוון שהדין קובע כי פגם בערכות מחייב את פסילת ההצעה, לא הייתה הוועדה רשאית להתיר את תיקונה. השופטת חיות קבעה כי יש לפרש הוראה זו כמאפשרת אך ורק תיקון פגמים המותרים לתיקון על פי ההלכה הפסוקה, שכן פרשנות רחבה יותר עלולה להוביל לבטלותה של ההוראה מטעמים של תקנת הציבור. השופט סולברג חלק על עמדות חבריו בקבעו כי ההוראה אינה בהכרח פסולה, ובמקרים מתאימים ראוי לתת לה תוקף.¹⁰⁷

ההסדר המוצע כאן "שמרני" הרבה יותר מההוראות שנדונו לעיל, הן במובן זה שהוא אינו מעניק לוועדת המכרזים שיקול דעת רחב הן במובן זה שהוא מתנה את התיקון בהפחתת ניקוד למציע המפר. נוכח אלה ניתן, בזהירות הראויה, לסבור כי הוא יעמוד במבחן הביקורת השיפוטית.¹⁰⁸

4. היחס בין ההסדר המוצע להצעות חלופיות בדבר היחס הראוי להצעה פגומה

עיון בכתיבה המשפטית בתחום דיני המכרזים מגלה כי שאלת היחס הראוי להצעה פגומה העסיקה זה מכבר חלק מהכותבים בתחום, שניסו להציע לה פתרונות שונים. ניתן לאפיין כתיבה זו כנחלקת לשתי מגמות מרכזיות: המגמה האחת פוסעת במידה רבה בנתיב הקיצוני שהתווה בית המשפט העליון, תוך הצעה של שינויים קלים בלבד. כך, הרציג תומך בהמשך הקו הנוקשה באשר להצעות פגומות, בהציעו לצמצם את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשני היבטים: ראשית, הוא מציע שהחלטה אם נפל בהצעה פגם מהותי או טכני תיגזר מהפוטנציאל האובייקטיבי הגלום בפגם במישור של הפגיעה בשוויון ובתחרות ההוגנת. זאת, תוך התעלמות מהשאלה הסובייקטיבית אם בנסיבות העניין אכן נוצרה פגיעה בשוויון.¹⁰⁹ כמו כן הוא מציע שכאשר מדובר בפגם טכני, שבתיקונו אין כדי להעניק למציע יתרון, תהיה ועדת המכרזים חייבת לאפשר את התיקון, ולא יינתן לה שיקול דעת בהקשר

107 בקשה של אוניברסיטת בן-גוריון לקיומו של דיון נוסף בשאלת תוקפה של הוראה זו נדחתה מבלי שבית המשפט הביע עמדתו בסוגיה (דנ"ם 6667/12 אוניברסיטת בן גוריון בנגב נ' אסום – חברה קבלנית לבנין בע"מ (פורסם בנבו, 14.11.2012)).

108 כן ראו עניין *Ltd Hitachi Power Systems America*, לעיל ה"ש 36, שבו נתן בית המשפט תוקף להוראה במכרז שאפשרה לוועדת המכרזים לדרוש מהמציעים מידע שלא נכלל בהצעתם המקורית.

109 שמואל הרציג דיני מכרזים כרך ד, חלק ראשון, 2–3 (מהדורה שנייה, 2010).

זה.¹¹⁰ גישה דומה ניתן למצוא גם אצל הררי, המצדד אף הוא בהמשך המדיניות המחמירה כלפי הצעות פגומות, ובהימנעות מבחינת נסיבות נפילת הפגם בכל מקרה ומקרה.¹¹¹ הררי מציג לסטות מקו זה רק כשהפגם שנפל בהצעה הוא בגדר זוטרי דברים, שאז פסילת ההצעה בגינו עלולה להוביל לתוצאה אבסורדית, שתפגע באמון הציבור בשיטת המכרזים. נראה כי אף על פי שגישות אלה אכן מציעות שינוי מה במדיניות השיפוטית הנוהגת, הן אינן מתמודדות עם בעיית היסוד הגלומה בהסדר הנוהג – המחיר הכלכלי הכבד הכרוך ביישומה של מדיניות זו. נוסף על כך, על אף הרצון לצמצם את היקף שיקול דעתה של ועדת המכרזים, הכותבים אינם מציעים חלופה להבחנה הקשה והבעייתית המאפיינת את ההסדר הנוהג שבין פגם מהותי לפגם טכני בהצעה, המחייבת כזכור הפעלת שיקול דעת מורכב. כמו כן אין בהצעתם התמודדות עם סוגיית טווח התמרון שקונה לעצמו מציע אם נפל בהצעתו פגם טכני. מכאן שמדובר בהצעות שיקשה לראות בהן חלופה ממשית למסלול שכבש בית המשפט העליון.

מגמה אחרת שניתן למצוא בכתיבה המשפטית מבקשת למתן את הפגיעה הכלכלית הכרוכה בהסדר הנוהג באמצעות הענקת שיקול דעת לוועדת המכרזים לאזן לפחות בחלק מהמקרים בין התועלת הכלכלית הגלומה בהכשרת ההצעה הפגומה לבין הפגיעה בשוויון שתיגרם מכך. כך, על פי הצעה שהעלתי בעבר, הכלל בנסיבות של הצעה פגומה אכן צריך להיות פסילת ההצעה. אלא שבה בעת הצעתי להכיר בסמכותה של ועדת המכרזים לסטות מכלל זה מקום שמצד אחד הפגיעה בשוויון אינה חמורה, ומצד אחר העלות הכלכלית הכרוכה בפסילת ההצעה ניכרת.¹¹² כפי שכבר צוין לעיל, הצעתי נדחתה על ידי בית המשפט במפורש,¹¹³ וזאת משום שיישומה מחייב הפעלת שיקול דעת רחב מצד ועדת המכרזים. גישה דומה ניתן למצוא גם אצל מרזל, המציע להתמודד עם העלות הכלכלית הכבדה, הנובעת לעיתים מיישום ההסדר הקיים באמצעות שימוש בעילת המידתיות.¹¹⁴ לפי הצעתו של מרזל, ועדת המכרזים תהיה רשאית לפסול הצעה שנפל פגם בערבות שצורפה לה רק אם מדובר בהחלטה המאזנת באופן מידתי בין השמירה על עקרון השוויון לבין הפגיעה הכלכלית הכרוכה בפסילת ההצעה המיטבית, על פי שלושת מבחני המידתיות המוכרים בפסיקה. נראה כי הקושי העיקרי הגלום בהצעת מרזל דומה לקושי הגלום בהצעה שהעלתי בעבר – יישומה כרוך בהקניית שיקול דעת רחב לוועדת המכרזים, הרבה מעבר לזה שעומד לה כיום.

אכן, אין לכחד כי הענקת שיקול דעת רחב לוועדת המכרזים מעוררת קושי לא מבוטל, ממגוון טעמים: ראשית, שיקול דעת רחב עלול להוות פתח לשחיתות וליחס לא שוויוני

110 שם, בעמ' 3.

111 גל הררי **ההצעה במכרז** 104–107 (2013).112 דקל **מכרזים א**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 564–569; דקל "מטרות המכרז", לעיל ה"ש 4, בעמ' 483–485.

113 ראו פסקי הדין המפורטים לעיל בה"ש 25.

114 יגאל מרזל "פגם בערבות בהצעה במכרז ושאלת המידתיות בדיני המכרזים" **משפטים** מה 203 (2015). מרזל מגביל את מאמרו לדיון בפגם בערבות הבנקאית, שהוא אכן נפוץ, והדיון בו מגיע תדיר לערכאות שיפוטיות. עם זאת, ניכר כי הטיעונים העומדים בבסיס הצעתו תקפים לגבי כל פגם שנפל בהצעה.

כלפי מציעים שבטווח הארוך עלולים להוביל גם לפגיעה ביעילותו הכלכלית של המכרז; שנית, אין להתעלם מההטיה המובנית של חברי ועדת המכרזים להבליג על פגם בהצעה, כאשר מדובר בפגם שאין בו כדי להעיד על איכות המציע או ההצעה (כדוגמת פגם בערכות) לטובת בחירה בהצעה המיטבית מבחינה כלכלית. מלבד הפגיעה בשוויון הגלומה בכך, גלומה גם סכנה למדרון חלקלק שיפגע באמון הציבור ובאמונם של מציעים פוטנציאליים בהליך המכרז; שלישית, היעדרם של כללי הכרעה ברורים פוגע בוודאות ההליך ומעודד התדיינות שיפוטית יקרה ומסורבלת; רביעית, היעדרם של כללי הכרעה ברורים מחייב את ועדת המכרזים לקבל החלטות קשות, דבר המסרבב לשלעצמו את הליך קבלת ההחלטות במכרז.

ההסדר המוצע כאן שונה בתכלית מהפתרונות שהוצעו עד כה, בשני היבטים מהותיים: ראשית, יישומו אינו כרוך בהרחבת שיקול דעתה של ועדת המכרזים, ההפך הוא הנכון; שנית, הוא אינו משלים עם הפרת כללי המשחק המכרזיים אלא קובע כלל משחק חדש, גלוי וידוע מראש, שיוחל באופן שוויוני על כלל המציעים. תכונות אלה מאפשרות הימנעות מפסילתן של הצעות טובות אף שנפל בהן פגם, מבלי שהדבר יהיה כרוך בחשש לפגיעה בשוויון או בהרחבת החשש לשחיתות. דומה אפוא כי ההסדר המוצע שונה מהותית מהצעות שעלו עד כה בכתיבה המשפטית בדבר היחס הראוי להצעה פגומה, ונראה כי הוא מקיים באופן מיטבי אחר תכליותיו ועקרונותיו של מנגנון המכרז הציבורי.

1. סיכום

בעולם אידאלי, שבו מציעים אינם טועים, ספק אם למאמר זה הייתה זכות קיום. אולם המצב כידוע שונה. השאלה מה דינה של הצעה פגומה מתעוררת באופן תדיר, היא מעסיקה ועדות מכרזים ובתי משפט כאחד, ואופן הסדרתה אינו משיביע רצון. הדבר בולט במיוחד בנסיבות שבהן ההסדר הנוהג מחייב את פסילתה של ההצעה הטובה ביותר, כאשר פער האיכות או המחיר בינה לבין ההצעה הבאה אחריה ניכר, וזאת בשל פגם שמשמעותו הכלכלית זניחה (כגון הגשת ערכות שתוקפה קצר מעט מהנדרש) או שאף אין לו כל משמעות כלכלית (כגון איחור של כמה שניות בהגשת ההצעה). במצב דברים זה נוצרת פגיעה קשה בקופה הציבורית שקשה להשלים עמה.

ההסדר המוצע צפוי לשפר תוצאה זו בכך שיאפשר למציע לתקן את הפגם שנפל בהצעתו, בכפוף להפחתת ניקוד מההצעה בשיעור קבוע וידוע מראש. הגם שמדובר ברעיון פשוט, ניתן להעריך כי אימוצו ישפיע השפעה מהותית ועמוקה על האופן שבו מתנהל המכרז הציבורי.

נספח – הצעה סכמטית לניסוחה של אמת מידה בדבר "אופן עמידתה של ההצעה בדרישות המכרז"

א. כללי

1. משקלה של אמת מידה זו הוא 25%¹¹⁵ מסך הניקוד להצעה. הצעה המקיימת את דרישות המכרז במלואן תזכה במלוא הניקוד בגין אמת מידה זו.
2. להצעה הלוקה באחת או יותר מההפרות המפורטות בטבלה שבפרק ב להלן יופחת ניקוד לפי משקלה היחסי של ההפרה, כמפורט בטור השמאלי בטבלה, בכפוף לתיקון ההפרה לפי דרישתה של ועדת המכרזים (למעט איחור בהגשת ההצעה (הפרה מס' 8), שמטבע הדברים אינו בר-תיקון).
3. הימנעות מציע מלתקן את הצעתו שקולה לחזרה מההצעה, ומקימה כשלעצמה עילה לחילוט הערבות, בכפוף למתן זכות טיעון למציע, כקבוע בתקנה 16 ב לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.
4. המשקל המפורט בטור השמאלי בטבלה מבטא את שיעור ההפחתה מהניקוד המרבי שניתן לקבל בגין אמת מידה זו. כך לדוגמה, 10% משמעם הפחתה של 10% מהציון המרבי האפשרי בגין אמת מידה זו (הפחתה של 2.5% מהציון הכולל להצעה).
5. במקרה שבו ההצעה כוללת יותר מהפרה אחת מאותו סוג, יראו הפרות כנפרדות וכשונות זו מזו, והפחתת הניקוד תהיה בהתאם. לדוגמה, אם ההצעה כוללת שתי הסתייגויות מדרישות המכרז או החוזה, ומשקלה של כל "הסתייגות" הוא 15%, הרי שיופחת מהניקוד שיינתן להצעה 30% מהניקוד המרבי בגין אמת מידה זו – 7.5% מהציון הכולל להצעה.
6. מכל מקום, הניקוד שיופחת להצעה לא יעלה על משקלה המרבי של אמת מידה זו (25%).
7. למען הסר ספק, בהחלטת ועדת המכרזים לפי פרק זה אין כדי להשליך על סמכותה ועל שיקול דעתה בהערכת ההצעות.
8. כל הפרה של דרישות המכרז שאינה נכללת בקטגוריות המפורטות להלן – יחול בעניינה ההסדר הקבוע בתקנות ובפסיקת בתי המשפט בהקשר של פגם בהצעה.

115 כפי שצוין לעיל בפרק ב.א.6., לתפיסתי ככל שהיקפו הכספי של המכרז גדול יותר, כן מתבקש משקל נמוך יותר לאמת מידה זו, ולהפך.

ב. להלן ההפרות הניתנות לתיקון ומשקלן היחסי ביחס לאמת מידה זו

שיעור ההפחתה בגינה באחוזים	סוג ההפרה	
פגם בהצעה המתייחס לסוגיה שאינה קשורה למושא התחרות		
5%	היעדר חתימה נדרשת (גם אם מדובר בכמה חתימות); אי-צירוף אישור בדבר ניהול ספרים כדין; הגשת צילום במקום שבו נדרשה הגשה של מסמך מקורי; הגשת ההצעה במספר עותקים קטן מהנדרש; אי-תשלום עבור מסמכי המכרז בניגוד לדרישת המכרז.	1.
10%	פגם או היעדר של תצהיר בנושא שאינו קשור לתחרות המכרזית, כגון תצהיר בדבר שמירה על זכויות עובדים או שימוש בתוכנות מקוריות בלבד.	2.
15%	הגשת ערבות בנקאית שאינה תואמת במלואה ובמדויק את דרישות המכרז, ובלבד שהערבות ניתנת לחילוט במועד בדיקת ההצעות, ושיעורה במועד זה אינו נופל מ-75% משיעורה הנדרש על פי מסמכי המכרז.	3.
השלמה או תיקון של ראייה שנדרש לצרפה להצעה, ובלבד שמדובר בראיה המעידה על מצב הדברים קודם למועד הגשת ההצעות		
10%	לדוגמה, היעדר תצהיר או אישור נדרש אחר (כגון אישור עורך דין או רואה חשבון) בדבר נכונותו של מידע המפורט בהצעה (כגון ניסיון קודם, מספר עובדים, מחזור כספי וכדומה); השמטת תעודה שהיה צריך לצרף להצעה, ובלבד שמדובר בתעודה שהונפקה קודם למועד הגשת ההצעות וכדומה.	4.
השלמה או תיקון של מידע אובייקטיבי המתייחס למציע או ל"הצעה" (הטובין, השירות או העבודה המוצעים), ובלבד שמדובר במידע שיש בו כדי לתאר את המציע או את ה"הצעה" קודם למועד הגשת ההצעות		
10%	לדוגמה, תיקון של מידע בדבר מספר העובדים של המציע, המחזור הכספי של עסקיו, מבנה הבעלות בו, ניסיונו, סוג העובדים שהוא מעסיק וכדומה, כל עוד מדובר במידע הנכון למועד הגשת ההצעה.	5.
תיקון מידע שממנו עולה לכאורה כי ה"הצעה" (הטובין, השירות או העבודה המוצעים) אינה עומדת בדרישה מכרזית או חוזית, כל עוד אין בתיקון כדי להשפיע על הניקוד הניתן להצעה, וניתן לתקנו בדרך אחת בלבד		
10%	לדוגמה, תיקון התחייבות לשירות שאינה תואמת את דרישת המכרז או החוזה; תיקון של ביטוח נחות מזה שנדרש במכרז או בחוזה; תיקון אחריות נחותה מזו שנדרשה במכרז או בחוזה.	6.
10%	התניה או הסתייגות מדרישה הקבועה במכרז או בחוזה או בנספח למכרז או לחוזה.	7.
קטגוריות נוספות הניתנות לתיקון או להבלגה		
1% בגין כל דקת איחור	איחור בהגשת ההצעה שאינו עולה על 15 דקות, ¹¹⁶ ובלבד שתיבת המכרז טרם נפתחה.	8.
5%	תיקון של טעות סופר שניתן להבין כיצד לתקנה מההצעה עצמה, ללא צורך להסתייע במציע לשם כך.	9.
5%	תיקון טעות חשבונית שניתן להבין כיצד לתקנה מההצעה עצמה, ללא צורך להסתייע במציע לשם כך.	10.
10%	הבהרת עמימות בהצעה הניתנת להבהרה מבלי שיהיה בכך כדי לשנות את תוכן ההצעה או כדי להקנות למציע טווח תמרון, ושאינה נובעת מניסוח לקוי של המכרז.	11.

116 מחייב לנסח במכרז את דרישת מועד ההגשה באופן המתיר איחור שלא יעלה על 15 דקות בכפוף להפחתת ניקוד.

ג. להלן פגמים שאינם ניתנים לתיקון או להבלגה ושהצעה הלוקה בהם תיפסל

1. אי-עמידה בתנאי סף שאינה ניתנת לתיקון (לדוגמה, ניסיון קטן מהנדרש, מחזור כספי קטן מהנדרש, מספר עובדים קטן מהנדרש, סיווג קבלני קטן מהנדרש וכדומה – הכול לפי העניין).
2. איחור בהגשת ההצעה העולה על 15 דקות.
3. הצטברות של חמש הפרות או יותר נוסף על אלה המפורטות בטבלה דלעיל.
4. אי-הגשת ערבות כלל על אף קיומה של דרישה להגשת ערבות במסמכי המכרז, או הגשת ערבות שאינה ניתנת לחילוט במועד בדיקת ההצעות או הגשת ערבות ששיעורה נמוך מ-75% מהשיעור שנדרש במכרז.
5. סבסוד צולב בין רכיבי ההצעה שהמזיע אינו יכול לנמקו בהסבר המושתת על אדנים כלכליים מוצקים ומוכחים. הפסילה בכפוף לשימוע.
6. הצעה נמוכה באופן לא סביר (בנסיבות שבהן קיים אומדן – פחות מ-70% מהאומדן) שהמזיע אינו יכול לנמקה בנימוק המושתת על אדנים כלכליים מוצקים ומוכחים. הפסילה בכפוף לשימוע.
7. מסירת מידע כוזב בהצעה, כאשר מההצעה עצמה עולה כי הדבר נעשה במודע. הפסילה בכפוף לשימוע.
8. נסיבות המעידות בבירור על חוסר יושר או על ניסיון להונות את עורך המכרז או את המציעים האחרים. הפסילה בכפוף לשימוע.
9. מסירת תצהיר כוזב אף אם הדבר נעשה בתום לב.
10. חסר במחיר המבוקש, כולו או חלקו, שאינו ניתן להשלמה מתוך ההצעה עצמה, או סתירה פנימית בקשר להצעת המחיר, שאינה ניתנת לתיקון מתוך ההצעה עצמה.
11. חסר או שגיאה שאינה ניתנת לתיקון מתוך ההצעה עצמה, שיש יותר מדרך אחת לתקנה, ושיש בתיקונה כדי להעניק למזיע יתרון במכרז.