

שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז

עומר דקל*

מבוא

פרק א: הדין

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

פרק ב: שיקולי מדיניות

1. בעד גישה מקלה
 - (א) אין למנוע שינוי שהוא כורח המציאות
 - (ב) השינוי יעיל כלכלית
 - (ג) מדובר בתקופה החוזית ומנקודת ראות חוזית שינוי שנעשה בהסכמה אינו מעורר קושי.
 - (ד) שינוי החוזה אינו פוגע בשוויון ההזדמנויות
 - (ה) חיזוק אמונה של הרשות בהליך המכרז
 - (ו) קיים קושי מעשי באכיפה
 2. בעד גישה מחמירה
 - (א) פתח לשחיתות וחשש מפני ניצול לרעה
 - (ב) חשש ל"מדרון תלול" ולגלישת המשא ומתן לשלב המכרז
 - (ג) חשש לפגיעה בעקרון השוויון
 - (ד) פגיעה באינטרס הציפיה של המתמודדים במכרז ושל מתמודדים פוטנציאליים במכרז
 - (ה) מסר בעייתי לציבור המציעים ולנציגי הרשות
 - (ו) פגיעה באמון הציבור בהליך המכרז וברשות המנהלית
 - (ז) ספק אם השינוי יעיל מבחינה כלכלית
 - (ח) השינוי מהווה כריתה של חוזה חדש ללא עריכת מכרז
- פרק ג: הצעה להסדר
1. המרכיב המהותי – חזקה הניתנת לסתירה
 - (א) צפיות הצורך בשינוי ומועד השינוי

- (ב) שינוי המוסדר בחוזה המקורי
 - (ג) לשון החוזה
 - (ד) שינוי טכני או שינוי מהותי
 - (ה) השפעת השינוי המבוקש על התחרות ההוגנת ועל העיקרון של שוויון ההזדמנויות
 - (ו) כפיפותו של השינוי המבוקש לחובה לערוך מכרז אילו היה עומד לבדו
 - (ז) הזיקה בין החוזה המקורי לבין השינוי המבוקש
 - (ח) נחיצותו של השינוי המבוקש להגשמת יעדי ההתקשרות
 - (ט) יעילות השינוי
 - (י) קיומה של חלופה סבירה לספק הנוכחי
 - (יא) היקף השינוי המבוקש
 - (יב) סוג ההתקשרות שבה מדובר
 - (יג) המניע שבבסיס השינוי: שיקול ענייני או שיקול זר
 - (יד) סיכום ביניים
2. המרכיב הדיוני
- פרק ד: סיכום ומסקנות

מבוא

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

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

הרצון לשנות את תנאי ההתקשרות המוגדרים בחוזה עשוי לנבוע ממניעים שונים, בעלי מידה משתנה של לגיטימיות. כך לדוגמא, הצורך לשנות את תנאי ההתקשרות עשוי לנבוע משינוי ממשי בנסיבות, היוצר מצב שבו נוסח החוזה המקורי אינו תואם עוד את צרכי הרשות ואינו משרת את תכלית ההתקשרות. דוגמא טיפוסית לכך יכולה להיות גילוי של אתר עתיקות בתוואי של כביש שאמור להיסלל על ידי הזוכה במכרז. בנסיבות מעין אלה שינוי תנאי ההתקשרות הינו ממש כורח המציאות. הצורך לשנות את תנאי ההתקשרות עשוי לנבוע גם מניסוח רשלני של החוזה המקורי, כך שאם נוסח החוזה לא יתוקן תסוכל תכלית ההתקשרות. בנסיבות אחרות המניע לשינוי תנאי ההתקשרות עשוי להיות התפתחות טכנולוגית שלא היתה ידועה בעת ניסוח המכרז והחוזה המקורי, כך שאי-עדכון של החוזה והימנעות מהתאמתו למציאות החדשה יובילו להתקשרות לא יעילה. המניע לשינוי תנאי ההתקשרות עשוי להיות הרצון להזיל אותה כדי להתאימה למגבלות התקציב שבהן נתונה הרשות המתקשרת. מניע אחר לשינוי תנאי ההתקשרות עשוי להיות הרצון להרחיבה לתחומים נוספים או

1 ראו תקנה 17 (ב) (3) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג – 1993 (להלן – תקנות חובת המכרזים).

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

לרכישת מוצרים נוספים מאותו ספק. מניעים מעין אלה עשויים להיתפס על ידנו כלגיטימיים במידה כזו או אחרת.

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

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

3 ראו, לדוגמא, ת"פ (ת-א) 2881/94 /ר' **מדינת ישראל נ' אלי לנדאו** (לא פורסם), שבו הואשם ראש עיריית הרצליה במרמה ובהפרת אמונים בעקבות הקלה שניתנה לספק לגבי סוג חומר הגלם שבו נדרש להשתמש לבניית מרינה על פי מסמכי המכרז. כן ראו *Webcraft Packaging, Div. Of Beatrice foods Co., Comp. Gen.* 120 CPD 79-2 (B-194087), Dec. שבו סירב בית המשפט המנהלי בארצות-הברית לאשר שינוי של חוזה לביצוע הדפסה באופן שיאפשר לספק להשתמש בנייר מסוג שונה מזה שהוגדר במכרז. זאת, מכיוון שבמסמכי המכרז הוגדר נייר מסוג מיוחד וקשה להשגה, בעוד שאם היה מוגדר מראש סוג נייר אחר, סביר להניח שמתמודדים פוטנציאליים רבים היו מעוניינים להתמודד במכרז. ראו גם *Marvin J. Perry & Associates (B-277684; B-277685), 1997 U.S. Comp. Gen. LEXIS* 375. בפרשה זו פסל בית המשפט המנהלי שינוי של תנאי ההתקשרות, שבמסגרתו נתן הצי האמריקני את הסכמתו להספקת רהיטים מעץ שהיה זול באופן משמעותי מסוג העץ שנדרש במסמכי המכרז.

החוזה המקורי⁴, והדוגמאות כאמור הן אינסופיות.

ראוי להדגיש כי שינוי של תנאי ההתקשרות אינו חייב לבוא לידי ביטוי בשינוי מפורש של החוזה, אלא הדבר יכול להיעשות גם בדרך של מחדל, וזאת על ידי הבלגה מצד נציגי הגוף המזמין על הפרת החוזה על ידי הספק, הבלגה המהווה, למעשה, הסכמה שבשתיקה לשינוי תנאי⁵.

אם נבחן את השאלה המוצגת בתחילת המאמר מנקודת ראות חוזית בלבד – שהרי מדובר בשינוי במערכת היחסים החוזית שבין הצדדים – נראה לכאורה כי השאלה אינה מעוררת כל קושי: ברור ששינוי חוזי שנעשה בהסכמה מלאה ומודעת של הצדדים הינו לגיטימי. מנקודת המבט החוזית אף אין כל משמעות נורמטיבית אם נכתיר את השינוי כ"שינוי של החוזה הקיים" או כ"כריתה של חוזה חדש". הקושי שהמאמר דן בו נוצר כתוצאה מכך שבנסיבות העניין אין מדובר בחוזה שנכרת בעקבות משא ומתן פשוט בין הצדדים לאותו חוזה, אלא מדובר בחוזה שנכרת שמציעים שונים התמודדו בתנאים שיוויוניים על הזכות לכרות חוזה זה עם הרשות. הקושי שהמאמר דן בו נוצר כתוצאה מכך שבנסיבות העניין מדובר בחוזה שנכרת בעקבות מכרז. בנסיבות מעין אלה עשויה בהחלט להתעורר שאלה בדבר הלגיטימיות של השינוי, אך זאת לא מנקודת מבט חוזית, כי אם מנקודת מבט מכרזית. לשון אחר – הצורך לבחון את מידת הלגיטימיות של שינוי תנאי ההתקשרות אינו נובע מדיני החוזים כי אם מדיני המכרזים. זאת מכיוון שלמתן היתר גורף לשינוי תנאיה של התקשרות שנוצרה בעקבות מכרז עשוי להיות השפעה מרחיקת-לכת על הליך המכרז

4 ראו בג"צ 118/83 אינווסט אימפקט נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד לח (1) 729. בפרשה זו נדרש בית המשפט להכריע האם משא ומתן שנוהל בין עורכת המכרז לבין הזוכה במכרז, לצורך הורדת המחיר ולצורך שינוי מועדי ההספקה שצויינו במסמכי המכרז הינו כדין. בית המשפט קבע כי משא ומתן שמונהל תוך כדי התנהלותו של המכרז הינו פסול, בעוד שמשא ומתן שמונהל לאחר שהליכי המכרז הסתיימו זה מכבר הינו כדין.

5 לדוגמא, בעת"מ (י-ם) 834/02 פז נ' קק"ל, תקדין, טענה העותרת כי הזוכה במכרז (חברת דלק) הפרה את החוזה שנכרת בינה לבין קק"ל בעקבות זכייתה במכרז, וכי הבלגתה של קק"ל על ההפרה מהווה למעשה הסכמה לשינוי תנאי ההתקשרות. לטענת העותרת, קק"ל לא הייתה רשאית להבליג על הפרה זו אלא היה עליה לפעול לביטול זכייתה של דלק במכרז. לדוגמאות נוספות ראו ת"א (י-ם) 861/94 מ.ע. סיורי הסעות נ' עיריית ירושלים, נבו, פסקה 12 לפסק הדין; ה"פ (חיל) 30382/97 חבר – מקבוצת חבר המתרגמים נ' הנהלת בתי המשפט, תקדין, פסקאות 1(א)-1(ח) לפסק הדין; ה"פ (ת-א) 436/04 ג'יי. סי. אס. ספורט נ' ההתאחדות לכדורגל, נבו, פסקה 5(א).

ועל דיני המכרזים בכללותם. כפי שיוסבר להלן הדבר עלול ליצור פתח לשחיתות ולפגיעה בטוהר המידות בשלב המכרז, הדבר עלול לפגוע בשוויון ובתחרות החופשית בין המתמודדים במכרז, הדבר עלול לפגוע בעניינם של מציעים פוטנציאליים שלא התמודדו במכרז, והדבר אף עלול להשליך על יעילות ההתקשרות⁶. משמעות הדבר היא שמתן היתר גורף ובלתי מסוייג לשנות את תנאי של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז עלול לשמוט את הקרקע תחת רעיון המכרז בכללותו ולרוקנו מכל תוכן.

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

בפרק השני שלהלן אציג את ההסדר הקבוע בדין לסוגיית שינוי תנאי ההתקשרות של חוזה שנכרת בעקבות מכרז, ככל שקיים כזה, ואראה כי מדובר בהסדר חסר ובעייתי; בפרק השלישי אציג מגוון שיקולי מדיניות, שיש בהם כדי להשליך על ההסדר הרצוי; בפרק הרביעי אציג בקצרה כמה הסדרים הנהוגים בשיטות משפט זרות, שיש בהם כדי להאיר את הסוגייה הנדונה מנקודות מבט נוספות; ובפרק החמישי, המהווה את לב המאמר, אציע הסדר משפטי המתיימר לסייע בהתמודדות עם סוגיה זו.

פרק א: הדין

6 לעיתים שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות עשוי לעורר חלק מקשיים אלה גם כשמדובר בהתקשרות שנעשתה שלא בעקבות מכרז. כך, לדוגמא, בפרשת **פרץ בוני הנגב** (עת"מ (ב-ש) 315/02 **פרץ בוני הנגב נ' מנהל מקרקעי ישראל**, דטה חוק ומשפט), נדון מצב שבו הוקצתה למשיב קרקע ללא עריכת מכרז, וזאת על סמך מצג שלפיו הקרקע מיועדת להקמת מפעל תעשייתי. בדיעבד התברר כי לאחר שהקרקע הוקצתה למשיב ונכרת עמו חוזה חכירה, הוא נטש את כוונתו לבנות במקום מפעל תעשייתי ופעל להקמת מרכז.

עיון בפסיקת בתי המשפט מגלה כי הסוגיה של שינוי תנאי ההתקשרות עם הזוכה במכרז עלתה בשני הקשרים, שעל אף הדמיון והקרבה ביניהם זכו להתייחסות שונה מצד בית המשפט: ההקשר הראשון שבו עלתה סוגיה זו מתייחס למצב שבו מציע זכה במכרז, ומייד לאחר מכן נוהל עימו משא ומתן לשינוי תנאי ההתקשרות, כפי שזו הוגדרה מראש במסמכי המכרז. ההקשר השני מתייחס לשינוי תנאי ההתקשרות שבוצע בשלב מתקדם יותר של ההתקשרות, ומכל מקום לאחר שכבר נחתם החוזה בין הצדדים⁷. לפיכך, ההתייחסות שלהלן לדין המצוי תיעשה תוך הבחנה בין שני ההקשרים האמורים. לעומת זאת, בהצגת ההסדר המוצע לא ראיתי הצדקה להחזיק בהבחנה זו, באשר, לדעתי, ההקשר הראשון אינו אלא מקרה פרטי של ההקשר השני.

1. ניהול משא ומתן עם הזוכה במכרז

ככלל, ניהול משא ומתן עם המציעים במסגרת עריכת מכרז רגיל הינו אסור⁸. אולם, בית המשפט העליון התיר לנציגי הרשות לנהל משא ומתן עם הזוכה במכרז – לאחר שהליך המכרז הסתיים – לצורך שינוי של תנאי ההתקשרות⁹. הנימוק שהעמיד בית המשפט כבסיס לקביעה זו הינו:

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

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

9 הלכה זו נקבעה בבג"צ **אינווסט אימפקט**, הערה 4 לעיל (וזאת בשונה מעמדת השופט זוסמן, כפי שבאה לידי ביטוי בבג"צ 316/63 **גזית ושחם נ' רשות הנמלים**, פ"ד יח (1) 172, 180), ולאחר מכן אומצה בפסקי דין רבים נוספים. ראו, לדוגמא, ה"פ (ת-א) 200535/98 **זגם מערכות נ' משרד החינוך**, תקדין, פסקה 11 לפסק הדין; ה"פ (חי) 154/99 **מגל מערכות בטחון נ' רשות שדות התעופה**, תקדין, פסקה 4 לפסק הדין; עת"מ (י-ם) 241/01 **קשר צילומי אוויר נ' ק.ק.ל**, תקדין, פסקה 12 לפסק הדין; עת"מ פז **חברת הנפט**, הערה 5 לעיל, פסקה 6 לפסק הדין; עת"מ (ת-א) 1381/02 **מחלב גדי שירותי הסעות נ' עיריית רעננה**, תקדין, פסקה 8 לפסק הדין.

משא ומתן זה אין בו כדי לפגוע בשוויון התחרות בין המשתתפים השונים שכן ההצעה הנבחרת היא זו המתקבלת ללא ניהולו של משא ומתן כלשהו ועל פי ההצעות המקוריות בלבד. במסגרתו של משא ומתן זה נקודת המוצא היא שהמזיע שהצעתו זכתה זכאי שיעשה עמו חוזה על פי הצעתו המקורית וכל שינוי בהצעתו הוא עניין לשקול דעתו שלו בלבד. הדבר דומה בעיני למקרה שבו החוזה כבר נחתם ומתבצע ובעלי החוזה מנהלים משא ומתן במסגרתו של החוזה להכניס בו שנויים מסויימים המתבקשים על פי הנסיבות. כשם שהמשא ומתן בדוגמא האמורה אין בו כדי לפגוע בשוויון התחרות, כך אין משא ומתן פוגע בשוויון זה שעה שהוא נערך לאחר קבלת אחת ההצעות אך בטרם החלה העבודה ובטרם נחתם מסמך פורמלי.¹¹¹⁰

10 בג"צ אינווסט אימפקט, הערה 4 לעיל, 737.

מובן כי ניהול המשא ומתן הינו בגדר רשות בלבד. כך, בנסיבות שבהן ועדת המכרזים עומדת על כך שהזוכה במכרז יקיים את הצעתו כלשונה, אין לזוכה במכרז כל זכות לדרוש כי ינוהל עמו על כך משא ומתן או כי תינתן לו הקלה ביחס לאיזו מדרישות המכרז. ראו, לדוגמא, עת"מ (חי') 2221/04 **קבוצת אלון נ' מועצה אזורית משגב**, דטה חוק ומשפט, פסקה 4.2 לפסק הדין. עניינה של פרשה זו במכרז שפרסמה המועצה האזורית (המשיבה) להספקת משאית לפינוי אשפה. העותרת הציעה לספק למשיבה משאית מדגם מסוים והצעתה זו זכתה במכרז. אולם, לאחר זכייתה הודיעה העותרת כי הדגם שצוין בהצעתה אינו מיוצר עוד, ועל כן היא מוכנה לספק למועצה האזורית משאית של אותו יצרן אך מדגם חדיש ומתקדם יותר ללא תוספת מחיר. המועצה האזורית דחתה את ההצעה בשל חריגתה מההצעה שהוגשה למכרז, וזיכתה במכרז את המזיעה הבאה בתור. בית המשפט לעניינים מנהליים אישר החלטה זו ושיבח את אופן התנהלותה של ועדת המכרזים בנסיבות העניין. תוצאה זו נראית בעיני בעייתית, וזאת מכמה טעמים: ראשית, בתחום הספקת כלי הרכב ניתן לצפות כי יצרן יפסיק לייצר דגם מסוים, ובנסיבות מעין אלה ראוי להסכים להספקת דגם חדיש ומתקדם יותר כל עוד אין בכך כדי להטיל על הרשות המנהלית נטל כלכלי נוסף; שנית, בנסיבות העניין ברור כי הצעתה החלופית של הזוכה במכרז היטיבה עם הרשות המנהלית; שלישית, קשה לראות כיצד פגע השינוי המוצע בתחרות ההוגנת, בעיקרון של שוויון ההזדמנויות או בערך אחר שהמכרז נועד להגשים. על כן, נראה כי בנסיבות העניין ראוי היה לקבל את הצעתה החלופית של הזוכה במכרז. כן ראו ע"א 1368/02 **צמנטכל ב. קוטיק נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נו (1) 516,

המגבלות שבית המשפט העליון קבע לניהול משא ומתן כאמור הינן שהמשא ומתן לא יהווה "אמצעי לעקוף את דיני המכרזים עצמם"¹², וכן ש"משא ומתן זה חייב שיהיה מוגבל למטריה הנדונה בחוזה הראשון, ושלא יהיה בו משום שינוי מהותי או משמעותי ממנה"¹³.

הלכה זו, שקבע בית המשפט העליון בפרשת **אינווסט אימפקט**, מצאה ביטוי מרומז גם בתקנה 18א לתקנות העיריות (מכרזים), החלה על מכרזי השלטון המקומי¹⁴:

לא ינוהל משא ומתן עם משתתף במכרז בטרם נקבע הזוכה במכרז.

נראה, כי מסקנה פרשנית מתבקשת מנוסח זה היא, שאסור לנהל משא ומתן כל עוד לא נקבע הזוכה במכרז, אך מותר לנהל עם הזוכה במכרז משא ומתן לאחר שהוכרז ככזה¹⁵.

הקושי העיקרי שאני רואה בהסדר ההלכתי שקבע בית המשפט הינו בפשטנותו, ובכך שהסייג היחיד שהוא מציב בפני ניהול המשא ומתן אינו מהווה הנחיה מספקת עבור ועדת המכרזים. בהתחשב בעמימותו ובכלליותו של הסייג, ועדות המכרזים מפרשות את ההסדר כהיתר גורף לניהול משא ומתן עם הזוכה במכרז, בעיקר

527-528; ה"פ (ב-ש) 8007/03 י. בן-עמי ובניו עבודות עפר ופיתוח נ' רשות הנמלים והרכבות נמל אשדוד, נבו.

12 בג"צ **אינווסט אימפקט**, הערה 4 לעיל, 738.

13 שם, שם. כן ראו ע"א **צמנטכל**, הערה 11 לעיל, 527.

גבריאלה שלו מציינת בספרה כי תנאי לעריכתו של משא ומתן מעין זה הינו עיגונה של אפשרות זו במסמכי המכרז (שלו, הערה 7 לעיל, 173), אולם לעמדה זו אין תימוכין בפסק הדין, ובפועל לא כך נוהגת הרשות.

14 תקנה זו הוספה לקובץ התקנות בעקבות פסק הדין בע"א 6585/95 **מ.ג.ע.ר. נ' עיריית נשר**, פ"ד נ (4) 206. על נסיבות פסק הדין ותוצאותיו ראו ע. דקל, **מכרזים כרך ראשון** (2004) 142, 163.

15 לחיזוק מסקנה פרשנית זו ראו גם המ' (י-ם) 6008/96 **ליפר נ' עיריית ירושלים**, תקדין; ה"פ **דגם מערכות**, לעיל הערה 9, פסקה 11 לפסק הדין; בש"א (ב-ש) 2747/99 **מובילי ערוער נ' מועצה מקומית ערערה**, תקדין; בש"א (ב-ש) 3974/03 **יראב שירותי נוי** (1985) **נ' עיריית באר-שבע**, נבו, פסקה 7 בפסק הדין.

בנסיבות שבהן הדבר נתפס על ידן כהזדמנות לשפר את תנאי ההתקשרות המעוגנים בחוזה. זאת, גם אם בשינוי זה יש כדי להטיב באופן משמעותי עם המציע שזכה במכרז.

2. שינוי תנאי ההתקשרות לאחר החתימה על החוזה

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

תקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים מסדירה את הנסיבות שבהן רשאית רשות מנהלית להרחיב או להאריך התקשרות קיימת מבלי לערוך לשם כך מכרז. התקנה קובעת כי לא חלה על רשות חובה לערוך מכרז לגבי התקשרות העונה על התנאים הבאים:

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

המשך. 16

הרחבה או הארכה של התקשרות קיימת אינם אלא מקרים פרטיים של שינוי תנאי ההתקשרות, היכול לבוא לידי ביטוי גם בדרכים רבות נוספות כגון הקטנת היקף ההתקשרות, ויתור על חלק מהדרישות המפורטות בחוזה, קיצור משך ההתקשרות, שינוי הטובין שהספק נדרש לספק, שינוי המפרט הטכני של החוזה וכיו"ב. כאמור, תקנה 3(4) מסדירה סוג אחד ממגוון השינויים האפשריים. מהעיון בתקנה עולה כי הנחת המוצא של מתקין התקנה הייתה שהרחבתה או הארכתה של ההתקשרות החוזית אינם מהווים חלק מאותה התקשרות, אלא מדובר ב"התקשרות נוספת המהווה המשך להתקשרות ראשונה". קרי: מדובר בהתקשרות חדשה, שאלמלא נקבע במפורש בחיקוק כי היא פטורה מחובת מכרז, היא הייתה מחויבת בעריכת מכרז¹⁷. מהסדר זה ניתן להסיק כי אילו הסוגיה של שינוי תנאי ההתקשרות שנכרתה בעקבות מכרז היתה מוסדרת בחיקוק, סביר להניח כי המדיניות שבה היה נוקט מחוקק-המשנה היתה זהה. לשון אחר: מנוסח תקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים ניתן ללמוד כי שינוי מהותי של תנאי ההתקשרות שקול בעיני מחוקק-המשנה לכריתתו של חוזה חדש, המחייבת עריכת מכרז – אלא אם כן קיים לגבי ההתקשרות פטור מפורש מעריכת מכרז, בהתאם לאחת מעילות הפטור המעוגנות בתקנות חובת המכרזים.

3. ההלכה הפסוקה

מעטים המקרים שבהם חוקיות שינויו המאוחר של חוזה שנכרת בעקבות מכרז עמדה בפני ביקורת שיפוטית. עובדה זו אינה נובעת מכך ששינוי מאוחר של החוזה הינו פרקטיקה נדירה אלא, ככל הנראה, כתוצאה מכך שפעולה זו נעשית בדרך כלל רחוק מעין הציבור ומענים הבוחנת של המציעים האחרים, ומכיוון שהתמריץ של המציעים

16 לפרשנות תקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים ראו דקל, הערה 14 לעיל, 232-235.

17 לחיזוק עמדה זו ראו גם S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (1996) 119.

לתקוף פעולה מעין זו אינו רב, בהתחשב בכך שבדרך כלל לא תצמח להם טובת הנאה ישירה מסיכול השינוי.

פרשה שהגיעה לדיון בפני בית המשפט העליון, וחייבה דיון בחוקיות שינויו של זיכיון שבמקורו הוענק בעקבות מכרז, הינה פרשת **טלסינימה**¹⁸. עניינה של פרשה זו בהחלטה של שרת התקשורת לשנות את תנאי הזיכיון להפעלת טלוויזיה בכבלים באופן שיאפשר לזכייניות להוסיף ערוץ שידור דו-כיווני, שיאפשר למנויים צפייה בסרטים על פי תשלום (pay-per-view). טענת העותרות הייתה ששינוי מעין זה של תנאי הזיכיון מחייב עריכת מכרז, בעוד שעמדתה של שרת התקשורת הייתה שניתן לבצע את השינוי במסגרת הרחבת הזיכיון המקורי וללא פרסום מכרז. במקרה מיוחד זה הסמכות לשינוי תנאי הזיכיון עוגנה בחוק הבזק, התשמ"ב-1982, עצמו, שמכוחו נערך המכרז המקורי והוענקו זיכיונות השידור. על כן, לא התחייב בנסיבות העניין דיון רחב בדבר עצם הסמכות להחליט על שינוי תנאי ההתקשרות ללא עריכת מכרז חדש, והדיון השיפוטי התמקד בהיקף שיקול הדעת המוקנה לשרת התקשורת בחוק הבזק. בהתחשב בנסיבות המיוחדות של העניין קבע בית המשפט העליון כי השרה לא חרגה ממתחם הסבירות בעת שהחליטה לשנות את תנאי הזיכיון ללא עריכת מכרז. פסק דינו של השופט קדמי ביטא עמדה ביקורתית כלפי החלטתה של שרת התקשורת להימנע מעריכת מכרז, אך גם ביקורת זו לא הגיעה כדי החלטה שיפוטית להתערב בהחלטת השרה. על אף ההחלטה השיפוטית שלא להתערב בהחלטת השרה להימנע מעריכת מכרז ציין בית המשפט כי שינוי מהותי של תנאי ההתקשרות עלול להיחשב כעקיפה של חובת המכרז¹⁹, וכי סעיף חוק המסמיך את הרשות לשנות את תנאי ההתקשרות ללא מכרז ראוי לפירוש מצמצם²⁰.

הלכה אחרת שניתן להקיש ממנה לענייננו, הינה פרשת **אינווסט אימפקט**, שהוזכרה לעיל²¹. כזכור, בפרשה זו קבע בית המשפט העליון כי לאחר שהליכי המכרז הסתיימו רשאת הרשות המנהלית לנהל משא ומתן עם הזוכה במכרז לצורך

18 בג"צ 1605/94 **טלסינימה נ' שרת התקשורת**, פ"ד נב (3) 803.

19 בג"צ **טלסינימה**, שם, 814.

20 שם, 810.

21 בג"צ **אינווסט אימפקט**, הערה 4 לעיל.

שינוי מועדי ההספקה שהיו קבועים בחוזה המקורי. קביעה זו השתית בית המשפט על ההנחה שניהול משא ומתן בין צדדים לחוזה שנכרת בעקבות מכרז לצורך שינוי תנאי ההתקשרות אינו מעורר קושי.

מקור נוסף שממנו ניתן ללמוד על עמדתו של בית המשפט בסוגיה הינו המדיניות השיפוטית לגבי זכות העמידה של מציע שהפסיד במכרז למנוע שינוי מאוחר בתנאי ההתקשרות שנקשרה בין הזוכה במכרז לבין הרשות עורכת המכרז. מטבע הדברים, מדיניות שיפוטית מרחיבה לגבי זכות העמידה בנסיבות מעין אלה יכולה ללמד על עמדה ביקורתית כלפי שינויים כאמור. לעומת זאת, מדיניות מצמצמת יכולה ללמד על עמדה הרואה בשינוי תנאי ההתקשרות פעולה לגיטימית של הרשות. סוגיה זו טרם נדונה בבית המשפט העליון, ומספר פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי עולה עמדה שאינה אחידה. כך, בפרשת נגה – נעליים גבעת השלושה²² קבע בית המשפט המחוזי כי מציע שהפסיד במכרז זכאי לעקוב אחר אופן ביצוע החוזה, ולעמוד על כך שיבוצע בהתאם לקבוע במסמכי המכרז, כל עוד מדובר בתנאים מהותיים, שאי-עמידה בהם מקרינה לאחור על הלגיטימיות של המכרז²³. את זכות העקיבה ביסס בית המשפט על דוקטרינת החוזה הנספח²⁴, בקובעו כי החוזה הנספח שנכרת בין כל אחד מהמציעים לבין עורך המכרז כולל גם את התחייבותו של עורך המכרז לבצע את ההתקשרות בינו לבין הזוכה במכרז בהתאם לתנאים הקבועים במסמכי המכרז. הכרה מסויגת יותר בזכות העקיבה של המציעים אחר אופן ביצוע ההתקשרות עם הזוכה במכרז ניתן למצוא בפרשת חבר המתרגמים²⁵. בפרשה זו קבע בית המשפט המחוזי כי יהיה מקום להיעתר לעתירה לביטול מכרז על רקע אי-קיומן של הוראות החוזה שנכרת בעקבותיו –

"רק במקרים חריגים כאשר ניתן ללמוד מ'סוף מעשה' על קיומה של קנוניה מלכתחילה בין המזמין והזוכה, או כאשר ההפרה אוצלת

22 ה"פ (ת-א) 796/94 נגה – נעליים גבעת השלושה נ' משרד הבטחון, תקדין.

23 שם, פסקה 11 לפסק הדין.

24 להסבר בדבר דוקטרינה זו ראו זקל, הערה 14 לעיל, 189-184.

25 ה"פ חבר, הערה 5 לעיל.

רטוראקטיבית על השלב שבו נתקיימו הליכי המכרז עובר לבחירת הזוכה²⁶.

במלים אחרות: קיימת הצדקה למנוע שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות רק בנסיבות המעידות על קיומה של שחיתות כבר בשלב המכרזי. עם זאת, ראוי לשים לב כי על אף הצהרתו דלעיל בחן בית המשפט את טענות העותרת בדבר שינויים שנערכו בחוזה לגופן, ולמרות שקבע כי אין כל ראייה לכך שמדובר בקנוניה – הורה להנהלת בתי המשפט לעמוד על הדרישות החוזיות המפורטות בחוזה, בעיקר על אלה שהן בעלות משמעות כספית²⁷.

לעומת זאת, ניתן להצביע גם על פסיקה שבה שלל בית המשפט כמעט לחלוטין את זכותו של מציע שהפסיד במכרז לתקוף את חוקיותו של שינוי מאוחר בתנאי ההתקשרות. כך לדוגמא, בפרשת פז²⁸ טענה העותרת כי הזוכה במכרז (חברת דלק) הפרה את החוזה שנכרת עמה בעקבות המכרז, ועל כן שומה על הקרן הקיימת לישראל לבטל את ההתקשרות עמה ולהכריז על פז כזוכה במכרז. בית המשפט דחה טענה זו וקבע –

שלאחר שנחתם (בעקבות הזכיה במכרז) החוזה בין המזמין לבין הזוכה במכרז, אין למשתתפים האחרים במכרז מעמד לטעון להפרת החוזה על ידי הזוכה²⁹.

הלכה אחרת, שלכאורה ניתן להקיש ממנה לענייננו, הינה זו הקובעת ששינוי של ההצעה מהווה הצעה חדשה ושינוי של מסמכי המכרז מהווה הזמנה חדשה להציע הצעות³⁰. על פי הלכה מושרשת זו, שינוי בדרישות המכרז לאחר שהמכרז פורסם מהווה הזמנה חדשה להגשת הצעות, ושינוי ההצעה לאחר שהוגשה מהווה הצעה

26 שם, פסקה 2 לפסק הדין. מבחן זה אומץ גם בעת"מ (ת-א) 1330/01 מודיעין אזרחי נ' חברת החשמל, תקדין.

27 שם, פסקאות (ג)3 ו- (ד) לפסק הדין.

28 עת"מ פז חברת הנפט, הערה 5 לעיל.

29 שם, פסקה 6 לפסק הדין. קביעה דומה ניתן למצוא גם בפסקי דין נוספים של בית המשפט המחוזי. ראו, לדוגמא, ת"א מ.ע. סיורי הסעות, הערה 5 לעיל, פסקה 12 לפסק הדין; ה"פג'יי.סי.אס ספורט, הערה 5 לעיל, פסקה 5 (א) לפסק הדין.

30 ראו בג"צ מיגדה I, הערה 7 לעיל, 679; בג"צ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85, 91-95.

חדשה (ועל כן הדבר אינו אפשרי לאחר חלוף המועד האחרון להגשת ההצעות). אם נמשיך קו מחשבה זה – שינוי של החוזה שנכרת עם הזוכה במכרז מהווה כריתה של חוזה חדש, המחייב עריכת מכרז חדש. אמנם, ראוי להבחין לצורך כך בין שינוי טכני, שולי או זניח, שניתן לראותו כשינוי הנעשה במסגרת החוזה המקורי, לבין שינוי מהותי, המתייחס להיבטים מרכזיים ומהותיים של ההתקשרות; אך ככל שמדובר בשינוי מהותי מעין זה, ראוי לראותו ככריתה של חוזה חדש בין הרשות המנהלית לבין הזוכה במכרז³¹. לסיכום, יקשה לדלות מההסדרים החקוקים או מההלכה הפסוקה עמדה אחידה וברורה בדבר כוחה של הרשות לשנות (בהסכמה) את תנאי החוזה שנכרת בינה לבין הזוכה במכרז.

4. מבט משווה

על פי תקנות הרכישה של הממשל הפדרלי בארצות-הברית, החלטה בדבר שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות בין הרשות לבין הספק שזכה במכרז הינה בסמכות הפקיד המוסמך לחתום על החוזה בלבד, ואינה בסמכותה של היחידה המזמינה או של כל גורם אחר³². מקור הסמכות לשינוי תנאי ההתקשרות הינו בחוזה עצמו, שתקנות הרכישה מחייבות לכלול בו "פסקת שינויים" המקנה לפקיד המוסמך שיקול דעת רחב להכניס שינויים בתנאי ההתקשרות³³. על פי נוסח פסקת השינויים שמכתיבות התקנות, הספק אינו זכאי להתנגד לשינוי אלא רק לדרוש תשלום הולם עבור השינוי שהוכנס לחוזה. אם הסכום שהספק דורש תואם את הערכת הרשות,

31 לחיזוק עמדה זו ראו ארוסמית', הערה 17 לעיל, 122-123.

לשאלה אם חוזה ששונה בהסכמת הצדדים הינו בבחינת חוזה חדש או חלק מן החוזה המקורי אין משמעות רבה בדיני החוזים, אך עשויה להיות לה משמעות רבה מנקודת הראות של דיני המכרזים. אם מדובר בשינוי של החוזה המקורי ייתכן שהדבר יהיה לגיטימי, בעוד שאם מדובר בחוזה חדש, מתחייב לכאורה פרסום מכרז חדש או קבלת פטור מעריכת מכרז בהתאם לעילות הפטור המעוגנות בתקנות חובת המכרזים.

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

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

דרישתו תאושר והחוזה ישונה בהתאם; אם דרישתו הכספית של הספק עולה על הסכום הראוי לפי הערכת הרשות, והצדדים אינם מצליחים ליישב ביניהם סוגייה זו – יוחל על המחלוקת המנגנון ליישוב סכסוכים, שאף הוא מעוגן בחוזה עצמו³⁴. בכל מקרה מחויב הספק לבצע את השינוי שהרשות דורשת, וזאת גם אם קיימת בין הצדדים מחלוקת בדבר שיעור התשלום המגיע לו בעקבות השינוי³⁵.

למרות הלשון הרחבה של פסקת השינויים, כפי שהיא מוכתבת על ידי תקנות הרכישה, בית המשפט המנהלי בארצות-הברית לא נתן לרשות יד חופשית לבצע שינויים בהתקשרות, והגביל אותה לשינויים שהוגדרו על ידו ככלולים במסגרת "מתחם החוזה" המקורי³⁶. בית המשפט לא התיר שינוי ששינה באופן מהותי את המוצר או את העבודה שהיה על הספק לספק על פי החוזה המקורי, שחייב סטייה משמעותית ממסגרת התקציב של החוזה המקורי או ששינה באופן משמעותי את משך ההתקשרות המקורית³⁷. כמו כן, כאשר העותר נגד השינוי היה מציע שהפסיד במכרז או מציע פוטנציאלי, בית המשפט בחן אם השינוי נמצא ב"מתחם התחרות" של החוזה המקורי³⁸; ואם הוא מצא שמדובר בשינוי שמתמודד סביר לא היה אמור לצפותו בעת ההתמודדות במכרז – הוא מנע את ביצועו³⁹.

מעבר לסמכות לשנות את החוזה הנובעת מנוסח החוזה עצמו, תקנות הרכישה

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

35 FAR § 52.243-1(e); FAR § 52.243-3(d)

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

37 ראו סקירה של מקרים מעין אלה אצל: J. Cibinic & R. C. Nash, *Administration of Government Contracts* 3rd ed. (1995) 385-386

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

39 ראו דוגמאות לפסיקת בית המשפט בחקשר זה אצל קיביניק ונאש, לעיל הערה שניאה! **הסימניה אינה מוגדרת**, 391-388.

הפרדליות מפרטות נסיבות נוספות שבהן שינוי החוזה מותר. ככלל, התקנות קובעות כי טענה של ספק כי הוא סובל הפסדים עקב ההתקשרות אינה מהווה סיבה מספקת לביצוע שינויים בחוזה⁴⁰. חריג לכלל זה הינו כאשר מדובר בחוזה שבו הפסדי הספק עלולים לפגוע בביצועיו ברמה כזו שאינטרס חיוני לביטחון הלאומי עלול להיפגע. בנסיבות מעין אלה ישונה החוזה באופן שימנע את הפגיעה האמורה⁴¹. חריג נוסף הינו כאשר הפגיעה ברווחיו של הספק נובעת מפעולה של הרשות המנהלית עצמה. גם בנסיבות מעין אלה ניתן להתאים את תנאי ההתקשרות למציאות החדשה, וזאת משיקולי הגינות⁴². נסיבות אחרות המאפשרות שינוי של החוזה הינן טעות שנפלה בחוזה⁴³. דגש מיוחד שמות התקנות על הפרוצדורה לאישור כל שינוי בחוזה, וזאת כדי למנוע ניצול לרעה של סמכות זו⁴⁴.

בצרפת, כמו בארצות-הברית, סמכותה של הרשות לשנות את תנאי החוזה קבועה בחוזה עצמו. הפעלתה של סמכות זו מותנית בכך שהשינוי המבוקש נועד להבטיח את המשכיות השירות המוענק לציבור. כמו בארצות הברית, גם בצרפת הסמכות להחליט על השינוי נתונה בידי נציגי הרשות, וזכויותיו של הספק מתמצות בזכותו לקבל תשלום הוגן עבור הנטל הנוסף שהוטל עליו. אולם, גם כאן החוק אינו מאפשר לרשות חופש בלתי-מוגבל לשנות את תנאי ההתקשרות. שינוי תנאי ההתקשרות מותר רק אם הוא נעשה במסגרת החוזה המקורי והוא בעל זיקה לחוזה זה. "חוזה חדש" או "עבודה חדשה" לא ייחשבו כשינוי לגיטימי של תנאי ההתקשרות. "חוזה חדש" הוגדר על ידי בית המשפט בצרפת כחוזה המסדיר עבודה שונה בתכלית מזו שאליה התייחס החוזה המקורי וללא כל קשר אליה, או חוזה המסדיר עבודה דומה או קשורה לזו שאותה הסדיר החוזה המקורי, אך בתנאים חוזיים שונים לגמרי. כאשר הגיע בית

FAR § 50.301 40

.FAR § 50.302-1(a) 41

.FAR § 50.302-1 (b) 42

FAR § 50.302-2. התקנות נותנות כמה דוגמאות לטעויות העשויות להצדיק תיקון של החוזה. 43

.FAR § 50.303–FAR § 50.304 44

המשפט למסקנה שהשינוי מהווה "חוזה חדש", הוא אסר זאת וחייב את הרשות לפרסם מכרז חדש⁴⁵. חוק הרכישות הממשלתיות בצרפת⁴⁶ מסדיר את הסוגייה של שינוי החוזה בשתי הוראות חוק: סעיף 19 לחוק קובע כי אין לשנות את החוזה באופן שישנה את נושא ההתקשרות או את היבטיה הכלכליים, אלא בנסיבות בלתי צפויות שמעבר לשליטתם של הצדדים. נוסף על כך קובעים סעיפים III(a)35 ו-III(b)35 לחוק שני מצבים שבהם ניתן להתקשר עם ספק שזכה במכרז התקשרות המשך: אחד, כאשר מדובר בהחלפה או בשרוג של מוצר שסיפק אותו ספק, ורכישת מוצר אחר עלולה לגרור קשיים טכניים בהפעלת המוצר או בתחזוקתו. התקופה של התקשרות ההמשך אינה יכולה לעלות על שלוש שנים, ומפורטת מגבלה גם לגבי שוויה; שניים, כאשר מדובר בשירות או בעבודה נוספים, הכוללים תנאים ודרישות שלא היו כלולים בחוזה המקורי, אך עקב נסיבות בלתי-צפויות נהפכו לחיוניים לביצוע השירות או העבודה המוגדרים בחוזה המקורי, ולא ניתן להפרידם מהחוזה המקורי מבלי שהדבר יגרום לאי-נוחות משמעותית עבור הרשות המנהלית. השווי הכולל של כל התקשרויות ההמשך אינו יכול לעלות על 33% משווי ההתקשרות המקורית.

באיטליה, שינוי של חוזה שנכרת בעקבות מכרז הינו אפשרי בשלושה מצבים: (1) כאשר הצורך בשינוי תנאיו של החוזה נובע משינוי בחקיקה; (2) כאשר הצורך בשינוי תנאיו של החוזה נובע מטעות בתכנון או מטעות בביצוע של הפרויקט (במקרה כזה ניתן להטיל אחריות לתשלום פיצויים על הגורם שבגינו נגרמה הטעות). בכל מקרה, ערכו של השינוי המבוקש בחוזה מוגבל לחמישית מערך החוזה המקורי⁴⁷. אוריצי'ו הצביע על כך שבפועל המגבלה בדבר ערך השינוי המבוקש אינה מקוימת, והממשלה פועלת בהתאם למגבלה המקלה יותר, המעוגנת בהנחיות האיחוד האירופי⁴⁸.

45 ראו אוריצי'ו, לעיל הערה 61, 117-119.

46 Code des marches publics. לנוסח המלא של החוק באנגלית ראו

http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/mpa.htm

47 אוריצי'ו, לעיל הערה 61, 116.

48 שם, שם.

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

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

פרק ב: שיקולי מדיניות

1. בעד גישה מקלה

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

Annexe to the Royal Decree concerning the General Rules 50
 on Public Procurements, שם.

אוריצי'ו, שם, 119-120. 51

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

(א) אין למנוע שינוי שהוא כורח המציאות

שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות הינו לעתים כורח המציאות. כאשר מדובר בחוזה מורכב או בחוזה ארוך-טווח, שהיכולת לצפות מראש את מלוא הנסיבות הכרוכות בביצועו כמעט שאינה קיימת (ואם היא קיימת עלותה עצומה), שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות והתאמתה למציאות המשתנה ולצרכים המשתנים הינם לעיתים כורח המציאות⁵². נניח, לדוגמא, שתוך כדי ביצועו של פרויקט טכנולוגי ארוך-טווח שמתבצע בעקבות מכרז, חלו התפתחויות טכנולוגיות המחייבות עדכון של תנאי ההתקשרות עם הספק. דוגמא אחרת: נניח שבמהלך ביצועו של חוזה ארוך-טווח למתן שירותי בריאות, חינוך או רווחה, שנכרת בעקבות מכרז, מתברר כי השתנו צרכיו של קהל מקבלי השירותים, השתנו מאפייני הקהל או השתנתה מדיניות הרשות בנוגע להענקת שירותים אלה. דוגמא נוספת: נניח שבמהלך עבודה המתבצעת בעקבות מכרז התגלה קושי בלתי-צפוי בביצוע העבודה, המחייב את שינוי תנאי ההתקשרות (כגון שבעת סלילת כביש התגלה בתוואי המתוכנן אתר ארכיאולוגי או מחצב יקר שלא היה ידוע עליו מראש. עובדה זו מחייבת את שינוי התוואי של הכביש, ושינוי זה כרוך בשינויים רבים אחרים כגון שינויים במשך ההתקשרות, בתקציב וכדו'). בכל הדוגמאות דלעיל, ההתאמה של תנאי ההתקשרות לנסיבות החדשות הינה נחוצה ומתבקשת, ובכל אחת מהן – המשך ההתקשרות עם הזוכה במכרז תוך התעלמות מהנסיבות החדשות, ביטל ההתקשרות או פרסום מכרז אינם פתרונות ראויים.

הדוגמאות דלעיל מתייחסות לנסיבות שקשה – ואולי כלל לא ניתן – לצפותן מראש, עובדה שיש בה כדי להקל על מתן הסכמה לשינוי תנאי ההתקשרות. אולם,

52 חיזוק לעמדה זו ראו אצל א' זמיר, חוק חוזה קבלנות (1994) 406.

לעתים, הצורך בשינוי תנאי ההתקשרות אינו נובע מנסיבות בלתי-צפויות או מנסיבות הנמצאות מחוץ לשליטתו של עורך המכרז, אלא ממחדל של הרשות – בין שמדובר במחדל הקשור בעיצוב המכרז או החוזה, במחדל הקשור בניהולו של המכרז או החוזה, או בהעדר התייחסות בחוזה לנסיבות שניתן וראוי היה לצפותן מראש. כך, לדוגמא, נניח שבעת ביצועו של פרויקט בנייה מתברר כי עקב הערכה שגויה של מתכנני הפרויקט, עבודות החפירה הנדרשות עלולות על הקבוע בחוזה. בדומה, נניח שחוזה ארוך-טווח לביצוע עבודות מחשוב אינו כולל התייחסות לשינויים טכנולוגיים, הגם שניתן היה לצפות את התרחשותם של שינויים מעין אלה כבר בעת פרסום המכרז. העובדה שהצורך בשינוי תנאי ההתקשרות נובע מרשלנות של נציגי הרשות המנהלית אינה מחייבת בהכרח את המסקנה ששינוי תנאי ההתקשרות אינו ראוי בנסיבות העניין. עצם העובדה שנציגי הרשות התרשלו בביצוע תפקידם אין משמעה כי על הציבור לשאת בנזק נוסף על הנזק שנגרם ממילא כתוצאה מרשלנות זו. על כן, שאלת הלגיטימיות של שינוי תנאי ההתקשרות ראוי שתתברר לגופה, תוך התמקדות בעתיד. עם זאת, לסיבה שבגינה נוצר הצורך בשינוי ראוי שתהיה השפעה בשני מישורים: ראשית, צורך בשינוי שנוצר כתוצאה ממחדל של נציגי הרשות מעורר חשד שמא מדובר בקנוניה מכוונת ולא ברשלנות גרידא – עובדה העשויה להשפיע על ההתייחסות הראויה לשינוי המבוקש. על כן, שינוי מעין זה מחייב חשדנות-יתר מצד הגורם המוסמך לאשרו, וזאת כדי לוודא שאכן מדובר בצורך ענייני שאינו נובע ממניעים זרים. שנית, צורך בשינוי של תנאי ההתקשרות שמקורו במחדל של נציגי הרשות מחייב לשקול אם אין בהתרת השינוי המבוקש כדי לשדר מסר שלילי שלפיו "הרשלנות משתלמת". שיקולים אלה אינם מתעוררים כשהשינוי המבוקש בתנאי ההתקשרות נובע מנסיבות שלא הייתה לעורך המכרז יכולת לצפותן.

(ב) השינוי יעיל כלכלית

בנסיבות שבהן מתברר כי תנאי ההתקשרות, כפי שנוסחו בחוזה, אינן תואמות את תכלית ההתקשרות, וזאת מכל טעם שהוא, עומדות בפני הרשות שלוש אפשרויות בסיסיות: האפשרות האחת הינה לבטל את החוזה ולפרסם מכרז חדש. האפשרות השנייה הינה להמשיך בהתקשרות ללא כל שינוי, וזאת על אף העובדה שהיא אינה

תואמת את צרכי הרשות או את תכליתה. האפשרות השלישית הינה לתקן את החוזה ולהתאימו לצרכי ההתקשרות כך שישרת את מטרתה. מנקודת מבט כלכלית אף אחת מהאפשרויות המצויינות לעיל אינה אופטימלית וכל אחת מהן כרוכה במחיר כלכלי. האפשרות הראשונה (ביטול ההתקשרות) כרוכה באובדן זמן ובדחיה משמעותית של מימוש ההתקשרות, בעלויות העיסקה הנובעות מפרסום של מכרז חדש ובסיכון שביטול ההתקשרות יחייב את הרשות בתשלום פיצוי למציע שזכה במכרז כדין. האפשרות השנייה (המשך ההתקשרות ללא שינוי) עלולה ליצור בזבוז של כספי ציבור, חוסר יעילות של ההתקשרות עצמה, סיכון שההתקשרות לא תגשים את יעדיה, וחשש שהדבר יחייב התקשרות נוספת שתשלים או תפצה על ההתקשרות הכושלת. האפשרות השלישית (תיקון החוזה) כרוכה אף היא בעלויות – עלויות העיסקה הכרוכות בשינוי החוזה – היא אינה מבטיחה שהשינוי יוביל להתקשרות יעילה, והיא נעשית בנסיבות של תלות מצד הרשות בספק. עם זאת, דומה כי מבין שלוש האפשרויות, ניתן להצביע על מצבים רבים שבהם האפשרות השלישית תהיה הגרועה פחות. כך לדוגמא, כאשר מדובר בשינוי שאין לו משמעות כלכלית רבה, כאשר מדובר בשינוי שנעשה בהתאם למנגנון המעוגן בחוזה עצמו, כאשר מדובר בשינוי שהוא כורח המציאות, כאשר מדובר בשינוי שמשמעותו הכלכלית מוגדרת ועריכת מכרז חדש לגביו תניב תוצאה צפויה מראש, כאשר מדובר בשינוי שמטיב בבירור את מצבה של הרשות כצד לחוזה וכדו'.

מכאן, שלא ניתן לשלול את הטענה שלפיה קיימות נסיבות שבהן לפחות בטווח הקצר התאמת תנאי ההתקשרות למציאות המשתנה עדיפה מנקודת מבט כלכלית על פני פרסום של מכרז חדש או על פני המשך הליכי ההתקשרות בהתאם לקבוע בחוזה המקורי.

(ג) מדובר בתקופה החוזית ומנקודת ראות חוזית שינוי שנעשה בהסכמה אינו מעורר קושי.

על אף האמור בפרק המבוא, תיתכן טענה שלפיה שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בין הזוכה במכרז לבין הרשות המינהלית אינו מעורר קושי, כל עוד מדובר בשינוי שאינו פרי קנוניה מוקדמת שנעשתה בשלב המכרז. זאת מכיוון שמדובר בפעולה

הנעשית מתחילתה ועד לסופה בשלב מערכת היחסים החוזית שבין הצדדים, לאחר שהמכרז פג זה מכבר ועבר מן העולם. מכיוון שאין חולק כי שינוי מוסכם ומודע של חוזה, הנעשה בין הצדדים לאותו חוזה, אינו מעורר קושי, אין סיבה להקשות דווקא על צדדים לחוזה, משום שמדובר בחוזה שנכרת בעקבות מכרז. זה כן זה הינם חוזים "רגילים", שהצדדים רשאים לשנותם בכל עת. יש לזכור כי שינוי תנאי ההתקשרות נעשה עם המציע שהגיש את ההצעה הטובה ביותר וזכה במכרז כדין. עוד נובע מטענה זו כי אין מקום להכיר בזכותם של המתמודדים שהפסידו במכרז לעקוב אחר אופן ביצוע ההתקשרות בין הזוכה במכרז לבין הרשות המינהלית. משהפסידו אלה במכרז פקעה הצעתם ועימה פקעה גם זכותם לעקוב אחר אופן ביצוע ההתקשרות.

(ד) שינוי החוזה אינו פוגע בשוויון ההודמניות

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

(ה) חיזוק אמונה של הרשות בהליך המכרז

אחת ממטרות המכרז הינה לאפשר לרשות המינהלית התקשרות יעילה מבחינה כלכלית⁵³. הגבלת כוחה של הרשות לבצע שינויים נדרשים בתנאי של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז עלולה ליצור תחושה של תיסכול וחוסר השלמה בקרב נציגי הרשות בשל התוצאות הקשות שעלולות להתלוות לכך. תחושה זו עשויה להיות מתורגמת לתובנה כי מנגנון המכרז אינו מאפשר לרשות המינהלית ביצועה של

53 דקל, הערה 14 לעיל, 98.

התקשרות יעילה, ולפגיעה באמון הרשות במנגנון המכרז. חוסר אמון זה עלול להוות תמריץ להתחמקות מחובת עריכת המכרז ולפגוע בסופו של דבר בשיטת המכרזים.

(ו) קיים קושי מעשי באכיפה

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

2. בעד גישה מחמירה

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

(א) פתח לשחיתות וחשש מפני ניצול לרעה

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

הרשות ידאג ל"שיפור" תנאי ההתקשרות והספק ידאג "לתגמל" את נציג הרשות בהתאם.

לא זו אף זו: אפילו נתעלם לרגע מהחשש לשחיתות, עדיין נותר החשש כי הכרה רחבה בסמכותה של הרשות לשנות את תנאי ההתקשרות עם הזוכה במכרז תנוצל לרעה כתוצאה מעצלות או משמרנות של נציגי הרשות. כך, במקום שנציגי הרשות יפרסמו מכרז חדש בנסיבות שבהן קיימת לכך הצדקה עניינית, השמרנות וחוסר הרצון להתאמץ יובילו לבחירה באפשרות ה"קלה", אך לא בהכרח הראויה – הכנסת שינויים ותוספות לחוזה המקורי.

החשש כי סמכות רחבה לשנות את תנאי ההתקשרות תנוצל לרעה מתחזק נוכח העובדה שה"התאמות" והשינויים בהתקשרות המקורית נעשים, בדרך כלל, רחוק מעינם של המציעים שהפסידו במכרז, רחוק מעינו של הציבור וספק אם המגעים בין הצדדים מלווים בעריכת פרוטוקול. משמעות הדבר הינה כי בעת ניהול המשא ומתן בין נציגי הרשות לבין המציע שזכה במכרז לצורך שינוי תנאי ההתקשרות מצויים נציגי הרשות בבעיית נציג חריפה, והמשא ומתן המנוהל בין הצדדים חשוף לקנוניות, למניפולציות אסורות ולפגיעה במראית פני הצדק.⁵⁴

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

54 חיזוק לחשש זה ניתן למצוא בעת"מ (י-ם) 281/01 גלובקול תקשורת נ' משרד האוצר, תקדין, פסקאות 1-11 ו-39 לפסק הדין. עניינה של פרשה זו במכרז של משרד האוצר להספקת מרכזיות טלפון ולמתן שירותי תחזוקה למרכזיות. לאחר שזכתה במכרז הודיעה חברת בזקל למשרד האוצר כי נפלה בהצעתה טעות סופר שאותה היא מבקשת לתקן. הטעות היא שעבור עמדת מרכזן ממוחשבת דרשה בזקל בהצעתה סכום של 156.5 ש"ח, בעוד שבפועל הסכום הנכון הוא 1,565 ש"ח. רק לאחר שמשרד האוצר עמד על סירובו לתקן את ההצעה חזרה בה בזקל מדרישתה. משנדרשה בזקל להסביר את חזרתה מהדרישה לתקן את החוזה הסבירה כי "במקומות אחרים שניגשנו למכרז הגופים שהוציאו את המכרז הסכימו לתקן. בממשלה כנראה שיותר קשוחים"; ובהמשך: "כשראינו שהמכרז קשיח חזרנו מהמכתב ששלחנו". אמירות מטרידות אלה מרמזות על פירות הבאזשים שעלולים לצמוח מההיתר ההלכתי לשנות את תנאי ההתקשרות לאחר הזכייה במכרז.

סו ארוסמית', שהתלבטה בשאלה אם משא ומתן עם הזוכה במכרז מותר על פי תקנות הרכישה האנגליות, קבעה שמשא ומתן המיטיב את תנאי ההתקשרות עבור הזוכה הוא אסור בכל מקרה. ראו ארוסמית', הערה 17 לעיל, 250.

קיים חשש שאם ההסדר המשפטי יתיר לרשות גמישות בניהול משא ומתן ובשינוי תנאי ההתקשרות עם הזוכה במכרז, משא ומתן זה לא יותר בשלב החוזי – הפוסט-מכרזי – אלא יגלוש לשלב המכרז עצמו. נסביר. בנסיבות שבהן מתחוויר לעורכי המכרז תוך כדי עריכת המכרז כי קיימת הצדקה לשנות את תנאי החוזה, וזאת מכל טעם שהוא (שינוי נסיבות, קושי תקציבי, רשלנות בניסוח החוזה וכדו'), עדיף להם לנהל את המשא ומתן לגבי פרטי השינוי במועד שבו המציע הטוב ביותר טרם זכה במכרז, מאשר לאחר ההכרזה על הזוכה במכרז. זאת מכיוון שכל עוד בעל ההצעה הטובה ביותר לא הוכרז כזוכה במכרז סביר להניח שנכונותו "לבוא לקראת" הרשות תהיה רבה יותר, וזאת לעומת נכונותו לבצע וויתורים לאחר שכבר הוכרז כזוכה. לפיכך, קיים לנציגי הרשות תמריץ ברור "לסכם" את פרטי השינוי עוד בטרם ההכרזה על הזוכה במכרז – היינו, בשלב המכרז עצמו. תמריץ זה עלול ליצור מצב שבו בטרם ההכרזה על מציע כזוכה במכרז הוא יהיה חשוף ללחץ מצד הרשות "לשפר" את הצעתו, "שיפור" שיוצג על ידי נציגי הרשות כתנאי לזכייתו במכרז⁵⁵. מובן כי תוצאה מעין זו אינה רצויה.

(ג) חשש לפגיעה בעקרון השוויון

נוסף על החשש מפני ניצולה של סמכות השינוי לרעה, שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות, אפילו הוא נעשה מטעמים ענייניים, עלול לפגוע בעיקרון של שוויון ההזדמנויות ובתחרות ההוגנת. שמירה על עיקרון השוויון מחייבת מתן הזדמנות שווה לכל להתמודד על טובת ההנאה הכלכלית הגלומה בהתקשרות עם הרשות. הענקת טובת הנאה כלכלית נוספת לזוכה במכרז המקורי, ללא עריכת תחרות, וללא מתן הזדמנות שווה גם למציעים האחרים להתמודד על טובת הנאה זו, פוגעת בזכותם של המתמודדים האחרים לשוויון הזדמנויות ולתחרות הוגנת; שכן אילו היו מציעים אלה יודעים שתנאי ההתקשרות בפועל יהיו שונים מהתנאים שפורטו במסמכי המכרז,

⁵⁵ ראו בהקשר רחב יותר R. A. Posner *Economic Analysis of Law* (New-York, 6th ed., 2003) 25-26.

ייתכן שהיו מגישים הצעה שונה מזו שהגישו בפועל⁵⁶. לא זו אף זו: שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות פוגע גם בזכותם של מציעים פוטנציאליים (שלא התמודדו במכרז) לשוויון הזדמנויות ולתחרות הוגנת, שכן לגבי אלה ניתן לומר כי אילו היו יודעים על תנאי ההתקשרות לאשורם, ייתכן שהיו מעוניינים להתמודד במכרז⁵⁷.

לפיכך, הגם ששינוי תנאי ההתקשרות הינו מהלך הנעשה בשלב החוזי, לאחר שהמכרז הסתיים ועבר כבר מן העולם, ניתן לומר כי יש בשינוי כדי להשליך לאחור, וכדי להוביל למסקנה כי הוא עומד בסתירה ואינו מתיישב עם המכרז שקדם להתקשרות החוזית.

(ד) פגיעה באינטרס הציפיה של המתמודדים במכרז ושל מתמודדים פוטנציאליים

במכרז

בהמשך לאמור לעיל, מציע המתמודד במכרז מצפה כי ההתקשרות שתבוא לאחריה תתאם את הקבוע במסמכי המכרז ובחווה המצורף למכרז. בהתאם לכך הוא מכלכל את צעדיו ומגבש את הצעתו. גם מתמודד פוטנציאלי במכרז, שעומד בדרישות המכרז אך בסופו של יום מחליט שלא להתמודד בו, מגבש החלטה זו, בין היתר בהתחשב בתנאי המכרז והחווה. שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות פוגע הן באינטרס הציפיה של המתמודדים במכרז והן באינטרס הציפיה של מתמודדים פוטנציאליים – מתמודדים במכרז יתכן שהיו מגבשים את הצעתם באופן שונה ומתמודדים פוטנציאליים יתכן שהיו מחליטים להתמודד במכרז. לפיכך, שיטת משפט הרואה

56 ראו, לדוגמה, ת"א מ.ע. סיווי הסעות, הערה 5 לעיל, פסקה 5 לפסק הדין, שעניינו מכרז לביצוע הסעות עבור עיריית ירושלים. אחת מטענות התובעת הייתה כי אילו ידעה שהעירייה לא תקפיד על תנאי ההתקשרות היא הייתה יכולה להגיש למכרז הצעה זולה יותר. דוגמא נוספת למקרה שבו התנגד משתתף במכרז המקורי לכוונתה של הרשות לממש אופציה להארכת ההתקשרות עם הזוכה במכרז, וזאת מן הטעם שהזוכה הפרה את התחייבותיה החוזיות, ניתן למצוא בעת"מ (ת-א) 1444/01 ג'יימס ריצ'רדסון נ' רשות שדות התעופה, תקדין. בפרשה זו לא הכריע בית המשפט בטענת העותרת, שכן העתירה סולקה על הסף מחמת חוסר סמכות. כן ראו ע"א צמנטכל, הערה 11 לעיל, שם. כן ראו עת"מ יראב שירותי נוי, הערה 15 לעיל, פסקה 7 לפסק הדין; ת"א (ב-ש) 3259/97 אוליפקי עבודות עפר, כבישים ופיתוח נ' מועצה מקומית עומר, פ"מ, תש"ס (2), 213.

57 ע"א צמנטכל, הערה 11 לעיל, שם.

באינטרס הציפיה אינטרס הראוי להגנה, אמורה להגביל את האפשרות בדבר שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות לנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן בלבד.

(ה) מסר בעייתי לציבור המציעים ולנציגי הרשות

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

(ו) פגיעה באמון הציבור בהליך המכרז וברשות המנהלית

מתן היתר רחב לרשות המנהלית לשנות את תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז יוצר מסר שלילי גם לציבור בכללותו, שכן נובע מכך שאין משמעות רבה להליך המכרז. משנקבע זוכה במכרז, ממילא תנאי ההתקשרות יעוצבו בינו לבין הרשות המנהלית ללא קשר הכרחי בין האמור במכרז ובחוזה שצורף לו לבין החוזה שיבוצע בפועל. מסר מעין זה עלול לפגוע באמון הציבור בכללותו בהליך המכרז וברשות המנהלית בכלל, ועלול להרתיע מציעים רציניים מלהשתתף במכרזים. ציבוריים.

(ז) ספק אם השינוי יעיל מבחינה כלכלית

שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות עלול גם להיות לא יעיל מבחינה כלכלית, וזאת מכמה טעמים: ראשית, בהתחשב בכך שהשינוי נעשה ללא עריכת תחרות, קשה להעריך את יעילותו. לעיתים רבות יקשה לסתור את הטענה שאילו ההתקשרות הייתה מנוסחת מלכתחילה כפי שנוסחה בדיעבד, ייתכן שמציעים אחרים – או אולי מציעים פוטנציאליים שכלל לא השתתפו במכרז – היו מגישים למכרז הצעות טובות יותר מאלה שהוגשו בפועל. בהעדר תחרות קשה לדעת אם שינוי תנאי ההתקשרות הינו יעיל, או שמא ניתן לקבל אותו מוצר או שירות שנרכש מהספק הנוכחי במחיר זול יותר. שנית, לעיתים הצורך או הרצון לשנות את תנאי התקשרות מתגבש בשלב שבו הרשות המנהלית כבר מצויה במצב של תלות בספק, ועל כן בעמדה נחותה במשא ומתן שייערך עמו לצורך שינוי תנאי ההתקשרות. גם עובדה זו מגבירה את הסיכון שההתקשרות המעודכנת לא תהיה יעילה⁵⁸. שלישית, נוכח המסר הבעייתי הכרוך בשינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות הן כלפי המציעים, הן כלפי מציעים פוטנציאליים, הן כלפי נציגי הרשות והן כלפי הציבור בכללותו⁵⁹, גם אם השינוי יעיל בטווח המידי, גלום בו פוטנציאל לפגיעה חמורה ביעילותו של הליך המכרז בטווח הארוך.

אמנם, שינוי תנאי ההתקשרות עם הספק הנוכחי מגלם גם מרכיבים יעילים. כך, הדבר חוסך בעלויות העסקה שהיו מתחייבות אילו היה נערך מכרז חדש וההתקשרות הנוכחית הייתה נפסקת. כמו כן, המשך ההתקשרות עם הספק הנוכחי מבטלת את הסיכון הכרוך בהתקשרות עם גורם חדש. אולם, יקשה להעריך מה משקלם של

58 דוגמא לשינוי של תנאי ההתקשרות, שהניב למתקשר הפרטי רווח ניכר על חשבון הקופה הציבורית, ניתן למצוא בע"א 3979/01 בנייני ישקו ומקרקעין נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נז (5) 423. עניינה של פרשה זו במכרז לשיווק שני מגרשים סמוכים לצורך בניית שני מרכזים מסחריים. לאחר סיום המכרז החליטו הזוכים כי יעיל יותר לבנות מרכז מסחרי אחד בעל שטח כפול על מגרש אחד על פני בניית שני מרכזים מסחריים על שני מגרשים, כפי שנדרש בחוזה שנכרת בעקבות המכרז. לצורך כך פעלו הזוכים לשינוי תכנית בניין העיר שחלה על המקום ולקבלת הסכמתו של מנהל מקרקעי ישראל לביצוע השינוי. אילו היה המכרז מנוסח מראש באופן שמאפשר חלופה זו, או אילו מנהל מקרקעי ישראל היה עורך מכרז חדש, בהתאם לתכניות החדשות, סביר להניח שהתמורה לקופה הציבורית ממכירת המגרשים הייתה גבוהה יותר (ראו לעניין זה בעיקר את דברי השופט גרוניס, בעמ' 432 לפסק הדין). בקשה שהגיש מנהל מקרקעי ישראל לקיום דיון נוסף בפרשה זו נדחתה (דנ"א 7405/03 מנהל מקרקעי ישראל נ' בנייני ישקו ומקרקעין, נבו); ראו בעיקר פסקה 5 לפסק הדין. ראו גם ת"א אוליצקי עבודות עפר, הערה 56 לעיל.

יתרונות אלה אל מול החסרונות שפורטו לעיל.

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

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

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

פרק ג: הצעה להסדר

60 ג"צ מיגדה I, הערה 7 לעיל, 679-680.

61 לחיזוק מסקנה זו ראו גם V. Auricchio, "The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts", *7 Public Procurement Law Review* (1998) 113.

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

1. המרכיב המהותי – חזקה הניתנת לסתירה

השאלה מתי ראוי להתיר לרשות המנהלית לשנות תנאים בהתקשרות שנכרתה בעקבות מכרז הינה שאלה מורכבת, שאינה מאפשרת תשובה פשוטה וחד-משמעית. במסגרת הניסיון לענות על שאלה זו לא ניתן לשרטט קו ברור וחד, שיבחין בין שינוי מותר של תנאי ההתקשרות לבין שינוי אסור. בדומה, למעט במקרים קיצוניים (כגון שינוי הנובע ממניעים מושחתים), יקשה להצביע על מבחן מכריע שניתן לגזור ממנו עמדה חד-משמעית ביחס לשינוי המבוקש. בדרך כלל, ההחלטה אם לאשר שינוי בתנאי ההתקשרות מחייבת התייחסות למגוון של שיקולים הצריכים איזון ושיקילה. ברמה העקרונית ניתן לומר שקבלת החלטה מעין זו מחייבת את נציגי הרשות המנהלית לאזן בין האינטרס הציבורי שבשמירה על טוהר המידות, על קופת הציבור ועל שוויון ההזדמנויות – שהם האינטרסים העומדים בבסיסו של המכרז הציבורי – לבין האינטרס הרחב שבהגשמת מטרות ההתקשרות. על נציגי הרשות לפרוט מערכת איזונים זו לשורה של מבחנים קונקרטיים, המתאימים לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

נוכח החשש שהכרה בכך שלנציגי הרשות המנהלית עומד שיקול דעת רחב לשנות את תנאי ההתקשרות תנוצל לרעה, ונוכח הפגיעה האפשרית הגלומה בשינוי מעין זה בעקרון שוויון הזדמנויות, ראוי לקבוע חזקה, שעל פיה שינוי מאוחר של תנאי התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז הינו אסור. משמע, נקודת המוצא הראויה לבחינת סוגיית השינוי היא ששינוי מאוחר של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז הינו אסור. אולם, נקודת המוצא אינה בהכרח גם נקודת הסיום. בהתקיים נסיבות מתאימות ראוי לאפשר סתירה של חזקת האיסור ומתן היתר לשינוי המבוקש, אולם הנטל להוכיח כי נסיבות מעין אלה מתקיימות הוא על מבקש השינוי. להלן יוצגו שורה של

שיקולים ומבחנים המחייבים שקילה והתייחסות בטרם קבלת החלטה בדבר התרת השינוי או מניעתו. מטבע הדברים, רשימת שיקולים אלה אינה יכולה להיות ממצה, ואף משקלם של השיקולים השונים ישתנה ממקרה למקרה על פי נסיבותיו המיוחדות.

(א) צפיות הצורך בשינוי ומועד השינוי

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

בית המשפט המנהלי בארצות-הברית הרחיק-לכת עוד יותר וקבע כי בנסיבות שבהן כבר בעת עריכת המכרז צפוי כי יהיה צורך בשינוי תנאי ההתקשרות, יש לעצור את הליך ההתקשרות ואין להמשיך במכרז. בנסיבות שבהן הרשות לא נהגה כך אסר בית המשפט על עריכת השינוי המבוקש⁶².

מבחן הצפיות רלבנטי גם בהתייחס למציעים במכרז, ויש לו השפעה עקיפה גם על השמירה על התחרות ההוגנת ושוויון ההזדמנויות שהוזכרו לעיל. כך, כאשר מדובר בשינוי שמציע סביר היה יכול לצפות מראש שקיימת אפשרות סבירה

62 ראו, לדוגמא, *A & Mfg. Co.*, 53 Comp. Gen. 838 (B-178163), 74-1 CPD ¶ 240; *Midland Maintenance, Inc.*, Comp. Gen. Dec. (B-184247), 76-2 CPD ¶ 127

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

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

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

64 לכאורה, עמדה זו עומדת בסתירה להלכה הפסוקה בבג"צ **אינוסט אימפקט**, הערה 4 לעיל.

65 לחיזוק עמדה זו ראו ת"א **אוליצקי עבודות עפר**, הערה 56 לעיל. בפרשה זו ביטלה הנתבעת מכרז לביצוע עבודות עפר לאחר שהתברר כי הזוכה בו אינה מסוגלת לעמוד מאחורי הצעתה עקב קשיים בביצוע העבודה.

(ב) שינוי המוסדר בחוזה המקורי

כהמשך ישיר לשיקול בדבר צפיות הצורך בשינוי ניתן להצביע על הבדל מהותי בין מצב שבו שינוי תנאי ההתקשרות נעשה בהתאם למנגנון המעוגן בחוזה⁶⁶ לבין מצב שבו שינוי כזה נעשה שלא מכוח הסדר המעוגן בחוזה. ראשית, כאשר אפשרות השינוי מעוגנת בחוזה המקורי, כל מציע יכול לצפות כבר בעת הגשת ההצעה שקיימת אפשרות כי החוזה ישונה בעתיד. לפיכך, בידו לשקול אפשרות זו ולהביאה בחשבון במסגרת גיבוש הצעתו. מכאן שבנסיבות מעין אלה הפגיעה הפוטנציאלית בשוויון הזדמנויות ובאינטרס הציפיה של המציעים פחות חריפה. גם החשש לשינוי לא יעיל מצומצם יותר בנסיבות מעין אלה, שכן אם מנגנון השינויים מנוסח כהלכה ניתן לקבוע במסגרתו את משמעותו הכלכלית של השינוי, או לכל הפחות לנסח מנגנון שעל פיו תיעשה התאמה כלכלית למצב החדש. כמו כן, בנסיבות שבהן מנגנון השינויים מעוגן בחוזה המקורי, טבעי יותר לראות את השינוי כחלק מהחוזה המקורי ולא כהתקשרות חדשה, ומכאן שגם הפגיעה בחובת המכרז חלשה יותר. על כן, בנסיבות שבהן מדובר בהתקשרות ארוכת-טווח, או בנסיבות אחרות הטומנות בחובן מידה רבה של חוסר-ודאות – ראוי לתת את הדעת כבר בעת כתיבת המכרז לאפשרות שייווצר צורך לשנות את תנאי ההתקשרות, ולכלול בחוזה המצורף למסמכי המכרז מנגנון שיאפשר בעתיד שינוי של תנאי ההתקשרות⁶⁷. עם זאת, גם אם מנגנון כזה יכול להפחית את הקושי שבשינוי מאוחר של החוזה, עדיין עלולות להתעורר מחלוקות פרשניות בדבר היקף השינוי המותר, בדבר התשלום המגיע לספק עבור ביצוע השינוי, ובדבר גבולותיו של השינוי המותר מנקודת המבט של דיני המכרזים. כמו כן, בכך שמדובר בשינוי שנעשה בהתאם למנגנון שעוצב במסמכי המכרז מראש, אין כדי למנוע שחיתות או ניצול לרעה של מנגנון השינויים.

ארוסמית' סבורה שגם כשאפשרות השינוי מעוגנת בחוזה המקורי, אך השינוי תלוי בהסכמתם של שני הצדדים, ראוי לראות את השינוי כחוזה חדש המחייב עריכת

66 ראו התייחסות לאפשרות זו ב**דקל**, הערה 14 לעיל, 436.

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

מכרז⁶⁸, וזאת מכיוון שבנסיבות מעין אלה המשך ההתקשרות תלוי ברצונו ובהחלטתו של כל אחד מהצדדים⁶⁹. אולם, לדידה, אם האופציה לשינוי תנאי ההתקשרות, להארכתה, להרחבתה או לסיומה מוקנית על פי החוזה לצד אחד בלבד (בדרך כלל לרשות המנהלית) – ניתן לראות בכך המשך או חלק מההתקשרות המקורית.

לדעתי, ההבחנה שעליה מבססת ארוסמית' את עמדתה מעוררת קושי, שכן גם אופציה לשינוי תנאי החוזה המוענקת רק לרשות המנהלית אינה נטולת-קשיים: ראשית, נציגי הרשות עדיין עלולים לנצל לרעה את אפשרות השינוי לצורך הענקת טובות הנאה אסורות לספק; שנית, אפשרות זו יוצרת אצל הספק תמריץ להענקת טובות הנאה פסולות לנציגי הרשות, במטרה לגרום להם לממש את האופציה בדרך שתהיה נוחה לו; שלישית, אין כל ביטחון שאופן מימושה של האופציה אכן יהיה יעיל; ורביעית, קביעת אופציה מעין זו במסמכי המכרז עלולה להוות תחליף לתכנון מוקדם ולמחשבה מראש, שכן מעצבי ההתקשרות יניחו שכל כשל בעיצוב ההתקשרות יתוקן ממילא בהמשך על ידי מימוש האופציה לשינוי תנאי החוזה⁷⁰. על כן, לדעתי, נדרשת בנסיבות העניין הבחנה אחרת. ההבחנה הראויה היא בין אופציה רחבה, המעניקה לרשות שיקול דעת רחב לבצע שינויים בחוזה, לבין אופציה צרה, המגדירה תנאים ברורים ומדידים למימושה, ומתייחסת להיבטים מוגדרים של החוזה, שניתן מראש להסביר מדוע נחוצה גמישות לשינויים. מימושה של אופציה מן הסוג הראשון – אופציה רחבה – אינו שונה בהרבה משינוי חוזי שאין לו בסיס במסמכי המכרז עצמם. מדובר בשיקול דעת רחב, חסר גבולות וגדרות ממשיים, המאפשר לנציגי הרשות לבצע קשת רחבה של שינויים בתנאי המכרז. מבחינה פורמלית, שינויים אלה אולי אינם תלויים בהסכמת הספק (ואף ניתן לראותם כחלק מהחוזה המקורי ולא כחוזה חדש), אך מבחינה מעשית קשה לראות כיצד ניתן לכפות על ספק ביצוע מטלות שאין הוא מעוניין בהן, ובכל מקרה יקשה לחייב את הספק לפעול עבור

68 ארוסמית', הערה 17 לעיל, 120. עם זאת, ארוסמית' מסייגת את מסקנתה זו ככל שמדובר בהתקשרויות שחידושן לאחר זמן הוא הפרקטיקה הנוהגת. הדוגמא הבולטת ביותר לסוג זה של התקשרויות הינה חוזי ביטוח או חוזי שכירות מקרקעין (שם, 121).

69 שם, 121.

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

תמורה שהוא אינו מסכים לה. כמו כן, ניתן לנצל את האופציה לרעה לצורך הענקת טובות הנאה פסולות לספק. על כן, ראוי לשפוט את הלגיטימיות שבמימושה של אופציה רחבה לשינוי תנאי ההתקשרות בהתאם למבחנים שיפורטו בהמשך. שונה הדבר לגבי מימושה של אופציה מן הסוג השני – אופציה צרה – המעניקה לנציגי הרשות שיקול דעת צר לגבי אופן מימושה, התנאים למימושה והמועד למימושה. שיקול הדעת לגבי מימושה של אופציה צרה יכול להיבחן ביתר קלות על ידי גורם חיצוני, החשש כי היא תנוצל לרעה מצומצם יותר, החשש לפגיעה בעיקרון השוויון ובתחרות ההוגנת קטן יותר, וכך גם החשש לפגיעה בעיללות ההתקשרות. על כן, כאשר מדובר במימושה של אופציה צרה קיימת, ככלל, הצדקה להתייחס לכך כאל מימוש של מנגנון הקבוע בחוזה המקורי וכחלק מיישומו של חוזה זה.

(ג) לשון החוזה

כאמור לעיל, אם החוזה נוקט לשון ברורה ומסדיר במפורש את הסוגיה של שינוי תנאי ההתקשרות יש בכך כדי להקל מאוד על אישור השינוי. אולם, לשון החוזה עשויה להיות מבחן-עזר ללגיטימיות השינוי גם במצבים נוספים, גם אם פחות מובהקים. כך, בנסיבות שבהן לשון החוזה מתייחסת במפורש או במשתמע לאפשרות של שינוי עתידי בתנאיו, באופן שמציע סביר יכול היה להעריך שקיימת אפשרות כזו, הדבר עשוי לתמוך בהחלטה לאשר את השינוי. לעומת זאת, בנסיבות שבהן אין בלשון החוזה כל התייחסות מפורשת או משתמעת לשינוי עתידי שלו, או שקיימת התייחסות שממנה ניתן ללמוד על היעדר אפשרות לשינוי תנאי ההתקשרות או שהשינוי המבוקש חורג מהקבוע בלשון החוזה, הדבר מהווה שיקול שלא לאשר את השינוי. זאת בעיקר מן הטעם שמדובר בשינוי שמציע סביר לא היה יכול לצפותו מראש או בשינוי שאישורו פוגע בתחרות ההוגנת ובשוויון ההזדמנויות, שיקולים שיידונו להלן⁷¹.

71 דוגמא ליישומו של שיקול זה ראו (B- *Ervin and Associates, Inc.* 279083; B-279219), 1998 U.S. Comp. Gen. LEXIS 194

(ד) שינוי טכני או שינוי מהותי

שיקול מרכזי נוסף שראוי להיבחן בטרם קבלת החלטה בדבר שינוי בתנאי ההתקשרות מתייחס לאופיו של השינוי המבוקש. כאשר מדובר בשינוי שולי וזניח, הנמצא במעטפת החיצונית של ההתקשרות, ראוי לראות בו שינוי טכני, שאישורו אינו אמור לעורר קושי ממשי. לעומת זאת, כשמדובר בשינוי מהותי של ההתקשרות, אם מבחינת היקפו הכספי של השינוי ואם מבחינת השפעתו על עיקרי ההתקשרות, ראוי כי הנטייה תהיה שלא לאשר⁷². מטבע הדברים, יישומה של הבחנה זו הלכה למעשה אינו פשוט, שכן ההבחנה בין שינוי מהותי לבין שינוי טכני עשויה במקרים רבים להיות עמומה. אולם ניתן לומר, כקביעה לא ממצה, ששינוי מהותי של החוזה הינו שינוי המתייחס להיבטים עיקריים ומרכזיים של ההתקשרות, שאילו היה נכלל בהתקשרות המקורית היה עשוי להשפיע על האסטרטגיה שהיו נוקטים המציעים ומציעים פוטנציאליים; לשינוי מהותי ייחשב גם שינוי שהיקפו הכספי הינו כזה שאילו היה ניתן להפרידו מהחוזה המקורי הייתה חלה לגביו חובת עריכת מכרז, או שהיקפו הכספי משנה באופן משמעותי את היקף ההתקשרות בכללותה. בהתאם לכך, שינוי טכני של תנאי ההתקשרות יהיה שינוי שאין בו כדי להשפיע על עיקרי החוזה, שאינו גורר שינוי משמעותי בתמורה החוזית, שאילו היה נעשה מלכתחילה במסמכי המכרז לא היה בו כדי לשנות את תוצאות המכרז, או שאילו ניתן היה להפרידו מהחוזה המקורי לא היה בו כדי לחייב עריכת מכרז.

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

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

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

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

שיקול זה הוכר כרלבנטי גם על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים שעה שעל הפרק עמדה זכותו של מתמודד שהפסיד במכרז לטעון להפרה צפויה של החוזה מצד הזוכה במכרז⁷³.

בפסיקה האמריקנית השפעת השינוי על התחרות ההוגנת מהווה מבחן מרכזי המיושם על ידי גורמי הביקורת, וממנו גוזר בית המשפט המנהלי את יתר השיקולים. כך, בית המשפט מבחין בין שינוי שהוא *within the scope of the competition*, שאותו ניתן לאשר כלגיטימי, לבין שינוי המהווה *cardinal change to the contract*, שאותו אין לאשר⁷⁴.

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

73 עת"מ מודיעין אזרחי, הערה 26 לעיל.

74 ראו, לדוגמא, *Hewlett Packard Company*, 91-2 Comp. Gen. Proc. Dec. P576 (B-245293); כן ראו קיביניק ונאש, לעיל הערה שגיא! *הסימניה אינה מוגדרת*, 389-388.

מבחן נוסף הראוי ליישום הינו: האם השינוי המבוקש היה מחייב עריכת מכרז אילו היה עומד לבדו? בנסיבות שבהן התשובה לשאלה זו שלילית, ניתן לטעון כי הפגיעה בתחרות ההוגנת ובעיקרון של שוויון ההזדמנויות עקב אישור השינוי אינה גדולה, שכן לכאורה ניתן היה להמיר את הבקשה לשינוי תנאי ההתקשרות בהתקשרות נפרדת ועצמאית עם בעל החוזה, מבלי שהיה בכך כדי להפר את דיני המכרזים. כך, לדוגמא, אם שוויו של השינוי המבוקש נמוך מסכום הסף המחייב עריכת מכרז, או שמדובר במתן מענה לצורך דחוף, ניתן היה להתקשר בחוזה נפרד עם אותו ספק גם ללא עריכת מכרז, וזאת מכוח הוראות הפטור המעוגנות בתקנות חובת המכרזים⁷⁵. בנסיבות מעין אלה יקשה להצביע על מניעה לאשר את השינוי המבוקש.

(ז) הזיקה בין החוזה המקורי לבין השינוי המבוקש

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

(ח) נחיצותו של השינוי המבוקש להגשמת יעדי ההתקשרות

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

מבחן נוסף שראוי ליישום בטרם מתן אישור לשינוי החוזה הינו: נחיצותו של השינוי להגשמת יעדי ההתקשרות. במסגרת זו אף ראוי לבחון אם השינוי המבוקש אינו עולה על המידה הנדרשת, ואין הוא מהווה אמתלה להרחבת ההתקשרות מעבר לנדרש. כך, אם מדובר בשינוי שאכן טומן בחובו אפשרות לשיפור תנאי ההתקשרות, אך גם בלעדיו יוגשמו יעדיה, ראוי כי הנטייה לאשרו תהיה נמוכה יותר, וזאת לעומת שינוי שבלעדיו יוחטאו יעדי ההתקשרות כליל. לדוגמא, נניח שעל הפרק עומדת התקשרות לרכישת מערכת טכנולוגית שבשלב כלשהו שלה יצא לשוק דגם חדיש יותר ומשוכלל יותר של המערכת שנרכשה. בנסיבות מעין אלה סביר כי שידרוג המערכת הקיימת ישפר את ביצועיה, אך חיוניותו של השידרוג להגשמת יעדי ההתקשרות אינה מובנת מאליה.

(ט) יעילות השינוי

חשוב שהגורם המאשר יבחן האם השינוי המבוקש יעיל – הן מבחינת תרומתו להגשמת יעדי ההתקשרות והן מבחינת עלותו לקופה הציבורית. על הגורם המאשר לשאול את עצמו מהי הדרך היעילה יותר לשנות את תנאי ההתקשרות – שינוי החוזה הקיים או עריכת מכרז וכריתת חוזה חדש. לצורך בחינה של יעילות השינוי ושל הצורך בו רשאית הרשות להסתייע במבחני-עזר כדוגמת השיקולים המפורטים בתקנה 3(4) לתקנות חובת המכרזים (לדוגמא, האם השינוי מיטיב עם עורך המכרז? האם השינוי נדרש מטעמי חסכון או שמירה על אחדות?). מבחן-עזר נוסף ניתן לגזור מרשימת השיקולים המפורטים בהנחיית האיחוד האירופי⁷⁶, שלפיהם הרחבת ההתקשרות מותרת בנסיבות שבהן מטעמים טכניים או כלכליים הפרדת העבודה הנוספת מהעבודה המקורית תגרור אי-נוחות גדולה עבור הרשות או שמדובר בשינוי חיוני לצורך ביצוע החלקים האחרים של ההתקשרות המקורית.

(י) קיומה של חלופה סבירה לספק הנוכחי

76 ראו הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. לעיל.

מבחן נוסף שמוצע לנקוט הינו: האם ניתן בנסיבות העניין להטיל את ביצוע העבודה הנוספת, השירות הנוסף או הספקת הטובין הנוספים על גורם אחר, שאינו הספק הנוכחי. אם אכן כך הדבר ראוי להעדיף אפשרות זו על פני הרחבת היקף ההתקשרות עם הספק הקיים. עמדה זו נשענת על כמה נימוקים: ראשית, ידיעה מראש של הספק כי לא תצמח לו כל טובת הנאה כלכלית משינוי תנאי ההתקשרות תקטין את התמריץ שלו לדרוש שינויים כאמור, ותקטין את התמריץ שלו ליצור נסיבות שיחייבו שינוי של תנאי ההתקשרות. לא זו אף זו: ייתכן שבנסיבות מסוימות כדאי יהיה לספק לספוג את העלות הנוספת הגלומה בביצוע שינויים מבלי לדרוש בגינה תמורה, וזאת כדי למנוע את כניסתו של ספק נוסף לזירה; שנית, לא פעם הספק הנוכחי נושא ב"אשם תורם" להיווצרות הצורך בשינוי תנאי ההתקשרות. בנסיבות שאכן כך הדבר, אין הצדקה שטובת ההנאה הגלומה בשינוי זה תוענק דווקא לו; שלישית, פיצול ההתקשרות יצמצם את החשש ליצירת מראית-עין של משוא פנים באישור השינוי; רביעית, מכיוון שמדובר בהענקת של טובת הנאה נוספת, המוענקת ללא עריכת מרכז, פיצול ההתקשרות יתרום לחלוקה צודקת יותר של כספי הציבור⁷⁷; וחמישית, פיצול ההתקשרות בין שני ספקים עשוי לעתים להיות יעיל יותר, וזאת בשל יצירתו של מתח תחרותי ביניהם.

(יא) היקף השינוי המבוקש

מבחן נוסף שראוי להפעיל מתייחס להיקפו של השינוי המבוקש, הן מבחינת שוויו הכלכלי, הן במישור תחולתו בזמן והן במישורים נוספים. ככל שהיקף השינוי המבוקש ביחס להיקף ההתקשרות המקורית גדול יותר, כך ראוי כי הנטייה לאשרו תהיה קטנה יותר, ולהפך⁷⁸. הנחת המוצא צריכה להיות שהשינוי בתנאי ההתקשרות ייוותר טפל להתקשרות עצמה. אם השינוי הוא משמעותי במידה כזו שהוא הופך

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

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

לעיקר והחווה המקורי הופך לטפל, ראוי כי הנטייה תהיה למנוע את השינוי ולהתנותו בעריכת מכרז חדש⁷⁹.

(יב) סוג ההתקשרות שבה מדובר

חשוב, כי הלגיטימיות של השינוי המבוקש תיבחן תוך התחשבות בסוג החווה שבו מדובר. ככל שההתקשרות מורכבת יותר, ארוכת-טווח או שאין לגביה ניסיון קודם, האפשרות שלא כל ההיבטים הכרוכים בביצועה נשקלו מראש או נצפו מראש על ידי מנסחי החווה הינה סבירה וראויה ליחס סלחני. לעומת זאת, כשמדובר בחווה פשוט, או בחווה שכבר נרכש לגביה ניסיון קודם, ההצדקה לשינוי פחותה וקיימת סבירות רבה יותר שהבקשה לשינוי החווה נובעת מרשלנות בניסוחו או משיקולים זרים. על כן, בנסיבות מעין אלה הנטייה הראויה היא שלא לאשר את השינוי⁸⁰. כמו כן, על הגורם המאשר לשקול אם מדובר בהתקשרות שניתן לספוג את כישלונה – שאז ראוי לשקול הימנעות מהשינוי המבוקש – או שמדובר בהתקשרות חיונית, שלכישלונה עלולות להיות תוצאות קשות. בנסיבות מעין אלה סביר ששיקולים של שמירה על תחרות הוגנת, שוויון הזדמנויות ויעילות כלכלית יידחו מחמת חיוניותה של ההתקשרות.

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

מבחן ראשוני הראוי ליישום בטרם אישור שינוי בתנאי התקשרות הינו: האם הצורך בשינוי נובע ממניעים ענייניים המשרתים את מטרת ההתקשרות, או שעומדים בבסיסו שיקולים זרים, כגון כוונה להעניק טובת הנאה כלכלית לספק או רצון להתחמק מפרסום מכרז חדש עקב עצלות, שמרנות ועוד. מאליו ברור, שאם עולה

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

80 קיביניק ונאש, לעיל הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, 387.

חשד שהצורך בשינוי אינו חיוני להצלחת ההתקשרות או שהוא נובע משיקולים זרים, מדובר בשינוי שאין מקום לאשרו.

מקרה מובהק שבו שינוי תנאי ההתקשרות ייחשב כבידול בבלתי-לגיטימי הינו שינוי המבטא קנוניה שנוקמה מראש בין גורם ברשות המנהלית לבין הזוכה במכרז, שבמסגרתה סוכם עוד בטרם הגשת הצעות כי לאחר הזכייה במכרז תינתנה לזוכה הקלות שונות. מובן כי סיכום מעין זה מבטא שחיתות שלטונית, פגיעה בשוויון ההזדמנויות וחוסר יעילות כלכלית, ואחת דינו – פסלות.

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

(יד) סיכום ביניים

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

2. המרכיב הדינוי

נוכח העובדה ששינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות מתגבש ומתרחש, מטבע הדברים, רחוק מעיניו של הציבור ואף רחוק מעיניהם של גורמים בעלי עניין, ונוכח העובדה שהאינטרס הכלכלי להעמיד שינוי מעין זה במבחן שיפוטי אינו רב⁸¹ – קיים חשש ממשי כי הכרה בסמכותה של הרשות המנהלית להחליט על שינויים בתנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז תנוצל לרעה, והיא לא תופעל בהתאם לאמות מידה ראויות. בהתחשב בכך, מן הראוי לאמץ הסדר הכולל כמה עקרונות דיוניים, שעשויים לצמצם את החשש מפני ניצול לרעה של הסמכות.

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

אשר לזהותו של הגורם המאשר, האורגן הראוי לבצע משימה זו הינו ועדת המכרזים המשרדית, אותה ועדה שליוותה את עריכת המכרז שקדם להתקשרות. ועדת המכרזים נהנית בהקשר זה משני יתרונות: מצד אחד, כמי שליוותה את עריכת המכרז ואת הליך ההתקשרות יש לה מידה של היכרות עם המטריה המדוברת. מצד שני, היא גורם חיצוני ליחידה המזמינה, ואינה מעורבת בהתקשרות גופא. מאפיינים אלה אמורים להקנות לוועדת המכרזים את הכלים הנחוצים לצורך בחינת הצורך בשינוי תנאי ההתקשרות בעיניים יותר ביקורתיות⁸². במסגרת הליך האישור מן הראוי שהגורם המבקש ינמק את הטעמים העומדים בבסיס בקשתו, ובין היתר יסביר לוועדה

81 מציע שהפסיד במכרז יודע כי אם יעלה בידו להוכיח שקופח על ידי ועדת המכרזים גמולו יהיה זכיה במכרז, על הרווח הכלכלי הברור הגלום בכך. לעומת זאת, גורם המעמיד למבחן שיפוטי החלטה מנהלית בדבר שינוי תנאי ההתקשרות יוכל, לכל היותר, לסכל את השינוי. מכך לא תצמח לו, בדרך כלל, כל טובת הנאה ישירה. גמולו יסתכם במניעת רווח נוסף ממתחרה עיסקי שלו ואולי בסיכוי לזכות במכרז שיפורסם בעקבות מניעת השינוי. על פני הדברים, מידת האטרקטיביות של גמול זה אינה רבה.

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

מדוע לא ניתן לערוך בנסיבות העניין מכרז חדש, מה המשמעות הכלכלית של השינוי המבוקש, מה תהיה המשמעות של סירוב לבקשת השינוי, מדוע ראוי לאשר את השינוי, מהו היחס הכלכלי בין החוזה המקורי לבין החוזה לאחר השינוי, האם ניתן להתקשר עם ספק אחר לצורך יישום השינוי, האם זהו השינוי הראשון בחוזה או שקדמו לו שינויים נוספים, מתי נכרת החוזה וכדו'.

שנית, על ההסדר הדיוני להתחשב בכך שעל אף היכרותם של חברי ועדת המכרזים את המטריה הנדונה עדיין נכון לאפיינם כמי שאינם נהנים מידע מקצועי מספיק מעמיק הנחוץ כדי להעמיד את הבקשה במבחן ביקורתי. נוסף על כך, יש לזכור כי המידע שעל פיו אמורים חברי ועדת המכרזים לגבש את עמדתם נמצא בידי מגיש הבקשה – מזמין הטובין, העבודה או השירות – ובידי הספק עצמו, שהם גורמים בעלי אינטרס, שלא תמיד ישתפו את חברי הוועדה בכל המידע המצוי ברשותם. כדי לאפשר ביקורת אפקטיבית על תהליך האישור, כדי לצמצם את החשש להטעייתם של חברי ועדת המכרזים על ידי היחידה המזמינה או על ידי הספק עצמו, וכדי למנוע מראית עין של שחיתות או שחיתות ממש – ראוי כי תהליך האישור ייעשה בתנאים של שקיפות מירבית. ניתן להשיג זאת על ידי הטלת חובה על ועדת המכרזים לתעד את הן את תהליך קבלת ההחלטה והן את תהליך המשא-ומתן עם הספק בפרוטוקול שישקף את מהלכו. כמו כן, יש לראות את ועדת המכרזים כמוסמכת להתנות את הסכמתה לביצוע השינוי בתנאי ההתקשרות בפרסום פומבי ובמתן הזדמנות למציעים האחרים שהתמודדו במכרז להתייחס לכך⁸³. הליך מעין זה אמנם עלול לסרב את תהליך האישור, אך מאידך גיסא הוא עשוי להוות מנגנון פיקוח יעיל ונחוץ על בקשת האישור, וזאת מכמה טעמים: ראשית, מכיוון שבידי המתמודדים במכרז עשוי להיות מידע חיוני לצורך קבלת החלטה מושכלת בבקשה, שאינו מצוי בידי ועדת המכרזים; שנית, מכיוון שסביר להניח שכפיפותה של בקשת השינוי לפרסום פומבי ולביקורת חיצונית תהווה גורם מרתיע מפני הגשת בקשות לשינויים שאינם נחוצים; שלישית, יש בכך כדי לבטא את העובדה ששינוי מהותי של תנאי ההתקשרות עלול להוות פגיעה (בדיעבד) בזכותם של המתמודדים במכרז

83 מנגנון דומה מועגן בתקנה 9(ב) לתקנות חובת המכרזים, בהקשר של התקשרות ללא עריכת מכרז. להרחבה ראו זקל, הערה 14 לעיל, 236-238.

לשוויון הזדמנויות ולתחרות הוגנת, ופגיעה לכאורית זו מצדיקה את כפיפת ההחלטה להענקת זכות טיעון לנפגע הפוטנציאלי. לפיכך, על אף שמדובר בסירבול של הליך ההחלטה נראה כי במקרים רבים תועלתו תעלה על נזקו.

עקרון דיוני שלישי שראוי לאמץ בנסיבות העניין, אשר אף עולה בעקיפין מהאמור לעיל, הינו הכרה בזכותם של בעלי עניין, ובכלל זה המציעים שהפסידו במכרז, לעקוב ולבקר החלטות בדבר שינוי תנאי ההתקשרות⁸⁴. בכלל זה ראוי להכיר בזכותם של בעלי עניין לעיין במסמכי ההתקשרות, בפרוטוקול ועדת המכרזים ובפרוטוקול המשא ומתן שנוהל בין הרשות לבין הספק שזכה במכרז, ובזכותם לפנות לבית המשפט בנסיבות שבהן הם סבורים כי החלטת השינוי אינה כדין. כפי שפורט לעיל, שינוי שאינו לגיטימי בתנאי ההתקשרות עלול לגלם בחובו פגיעה בגורמים שונים, ובראשם המציעים שהתמודדו במכרז. גורמים אלה הינם בעלי האינטרס העיקרי להעמיד שינויים מעין אלה במבחן הביקורת השיפוטית, ומדיניות שיפוטית ראויה אמורה לעודדם לכך ולא להרתיעם. לפיכך, ראויה הכרה שיפוטית במעמדם של בעלי עניין לעקוב אחר אופן ביצוע ההתקשרות ובזכאותם להעמיד לביקורת שיפוטית שינויים מאוחרים בתנאי ההתקשרות שנראה כי אינם לגיטימיים.

פרק ד : סיכום ומסקנות

כעולה מהאמור לעיל הסדרת הסוגיה בדבר שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז מעוררת קושי. קושי זה נובע מהמתח שנוצר בין שיקולים ואינטרסים נוגדים: מצד אחד, ההכרה בכך ששינויים מעין אלה עשויים להיות נחוצים, ולעיתים אף חיוניים להצלחת ההתקשרות; ומהצד השני, החשש כי הכרה רחבה בסמכותה של הרשות המנהלית לבצע שינויים מעין אלה תהווה פתח לשחיתות, לפגיעה בעקרון

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

השוויון ולסיכול רעיון המכרז בכללותו. בהתחשב בכך שמדובר בסוגיה יום יומית בהתנהלותה של הרשות, קיימת חשיבות באימוצו של הסדר שיישב בין השיקולים והאינטרסים המתנגשים בנסיבות העניין. ההסדר המוצע על ידי ברשימה זו מושתת על שני נדבכים: הנדבך הראשון הינו מהותי באופיו והוא מורכב משני חלקים: החלק הראשון כולל חזקה משפטית שעל פיה חל על הרשות המינהלית איסור לבצע שינוי בתנאי ההתקשרות. חזקה זו נועדה לסמן את נקודת ההתחלה של הדיון – מחוייבות לתנאי ההתקשרות שפורטו במסמכי המכרז ושלגביהם נערכה התחרות המכרזית. החלק השני כולל רשימה של שיקולים שמחייבים איזון והתחשבות במסגרת הדילמה: האם להיצמד לחזקת האיסור ולקבוע את האיסור גם כנקודת הסיום של הדיון בנושא או לסטות מהחזקה ולהתיר את השינוי המבוקש באופן מלא או חלקי. על אף שרשימת השיקולים המפורטת לעיל אינה קצרה היא אינה מתיימרת ואינה יכולה להיות ממצה. כל מקרה והשיקולים המאפיינים אותו, על משקלם השונה ממקרה למקרה. הנדבך השני הינו דיוני באופיו והוא מציע אימוצן של דרכי דיון, שיהיה בהן כדי לקדם וכדי לאפשר את המרכיב המהותי של ההסדר המוצע – הסמכת ועדת המכרזים שערכה את המכרז שקדם להתקשרות לאשר את שינוי תנאיה, יצירת תנאים של שקיפות בתהליך השינוי והכרה במעמדם של צדדים חיצוניים למשא-ומתן להעמידו במבחן הביקורת. נראה לי כי אימוץ הסדר מעין זה עשוי להוות איזון ראוי בין האינטרסים המתחרים בנסיבות העניין.