

**וובינר בדיני מכרזים ליועצים משפטיים בחברות
כלים אסטרטגיים וחידושי פסיקה ליועצים משפטיים**

**בהנחיית עו"ד תומר רייף
שותף מייסד, משרד עורכי הדין רייף אפלשטיין**

על סדר היום:

1. משא ומתן ושינוי תנאים לאחר זכייה במכרז – גבולות המותר והאסור - כיצד לבצע התאמות ושינויים מסחריים מול המזמין (והזוכה) ללא חשיפה לעתירות מנהליות? מתי שינוי תנאי ההתקשרות נחשב לגיטימי ומתי לא?

2. עושים סדר בפסקי הדין מהשנה החולפת - ניתוח פרקטי של פסקי הדין המהותיים מהשנה החולפת שישנו את אופן הגשת וניהול המכרזים בחברה שבה אתם מכהנים כיועצים משפטיים

ניהול משא ומתן עם זוכה לאחר זכייה ושינוי תנאי ההתקשרות לאחר הכרזת זוכה. מה מותר? מה אסור?

- תקנה 7 לתקנות חובת המכרזים מסדירה את סמכותה של ועדת המכרזים לנהל משא ומתן עם מציעים במכרז תוך כדי ההליך המכרזי מה שמכונה "Best & Final" (לפי תקנה 7, מדובר בסוגי מכרזים מסוימים, חובת הודעה במסמכי המכרז על מכרז הכולל הליך של משא ומתן, קביעת "מציעים סופית", הזכות להגיש הצעה סופית).
- **אבל מה המצב המשפטי כאשר כבר נבחר זוכה ואנחנו עוברים מהשלב המכרזי לשלב החוזי?**
- אנחנו נמצאים, מבחינת ציר הזמן, בשלב הפוסט מכרזי.
- לכל מכרז באשר הוא, נלווה חוזה שאמור להיכרת בין עורך המכרז לבין הזוכה במכרז. חוזה זה מהווה חלק ממסמכי המכרז כבר בעת פרסומו, והוא מגדיר לכלל המתמודדים במכרז את הצפוי להתרחש לאחר סיומו של הליך המכרז וההכרזה על הזוכה בו. אולם לעיתים, הצדדים לחוזה שנכרת בעקבות המכרז, קרי, הרשות המנהלית מצד אחד והזוכה במכרז מהצד השני, מעוניינים להכניס בו שינויים, וזאת לאחר שההתקשרות כבר יצאה לדרכה. [עומר דקל, **שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז**, משפט ועסקים ה', התשס"ו]
- הבסיס החוקי לשינוי תנאי ההתקשרות לאחר כריתת חוזה בין עורך המכרז לבין הזוכה בו, הוא בתקנות חובת המכרזים. תקנה 8א(א)(11) שנכנסה לתוקף בשנת 2009 קובעת כי:
"אלה תפקידי ועדת המכרזים: לאשר שינוי מהותי בתנאי חוזה שנכרת בעקבות מכרז ;

עקרונות משפטיים במטריה המשפטית הנוגעת לשינוי תנאי ההתקשרות

- כעקרון בעולם של דיני חוזים שינוי חוזה בהסכמה מלאה ומודעת הוא לגיטימי לחלוטין.
- אבל בחוזה שנכרת כתוצאה ממכרז - "חוזה רשות" - חלים על החוזה הזה גם מערכת הדינים והכללים של דיני המכרזים כמו גם המשפט המנהלי (חוזה רשות, דואליות נורמטיבית).
- שינוי תנאי ההתקשרות אינו חייב להיות דווקא בשינוי מפורש של החוזה אלא הדבר יכול להיעשות גם בדרך של מחדל, הבלגה של הרשות המנהלית על קיום התחייבויות מצד החברה שזכתה במכרז.
- צריך לזכור שכבר לפני כשלושים וחמש שנים כב' השופט ברק קבע בבג"צ 118\83 **אינווסט אימפקט** כי אין מניעה לניהול מו"מ עם בעל ההצעה הזוכה לשם שינויים בהצעתו כל עוד המו"מ לא נועד להיהפך לאמצעי לעקוף את דיני המכרזים.
- ככלל שינוי מהותי של תנאי ההתקשרות שקול לכריתתו של חוזה חדש המחייב עריכת מכרז, אלא אם כן קיים לגבי ההתקשרות פטור מפורש מעריכת מכרז בהתאם לאחת מעילות הפטור בתקנות חובת המכרזים.

- אין פסיקה רבה על חוקיות שינוי תנאי ההתקשרות ולא בגלל שמדובר בפרקטיקה נדירה אלא מכיוון שבד"כ זה נעשה "מתחת לרדאר" כאשר המציעים שהשתתפו במכרז ולא זכו אין להם תמריץ ממשי "לעקוב" אחר יישום המכרז או שאין להם בנמצא מידע זמין כיצד בדיוק מיושמת ההתקשרות עם החברה הזוכה.
- ככלל מציע שהפסיד במכרז זכאי לעקוב אחר אופן ביצוע החוזה ולעמוד על כך שיבוצע בהתאם לקבוע במסמכי המכרז, כל עוד מדובר בתנאים מהותיים, שאי עמידה בהם מקרינה לאחור על הלגיטימיות של המכרז (פרשת נגה – נעליים גבעת השלושה, ה"פ 796/94, כב' השופט אורי גורן).
- ברם, צריך להיות ערים גם לפסיקה סותרת שקבעה שלמפסיד במכרז אין מעמד לעקוב ולהתערב אחר יישום תנאי ההתקשרות בין הזוכה לבין מפרסם המכרז (כב' השופט י' עדיאל ב- ת.א 861/94 מ.ע סיורי הסעות ו- עת"מ 834/02 פז חברת הנפט).
- יש להבחין בין שינוי מהותי בהתקשרות, כלומר שינוי המתייחס להיבטים מרכזיים ומהותיים של ההתקשרות לבין שינוי טכני או זניח שניתן לראותו כשינוי שנעשה במסגרת החוזה המקורי ואין המדובר ב"חוזה חדש"/חוזה שונה לחלוטין מהחוזה המקורי. (הבחנה לא פשוטה).

- ניתן לתקוף את שינוי תנאי ההתקשרות בטענה כי שינוי בדרישות/תנאי ההתקשרות לאחר שהוגשה הצעה מהווה, הלכה ולמעשה, הצעה חדשה והדבר אינו אפשרי מבחינת דיני המכרזים. כלומר, שינוי של החוזה שנכרת עם הזוכה מהווה כריתה של חוזה חדש המחייב עריכת מכרז חדש.
- קיימת דעה שסוברת שכאשר מדובר בחוזה מורכב או בחוזה ארוך-טווח, שהיכולת לצפות מראש את מלוא הנסיבות הכרוכות בביצועו כמעט שאינה קיימת שינוי מאוחר של תנאי ההתקשרות והתאמתה למציאות המשתנה ולצרכים המשתנים הינם לעיתים כורח המציאות (ראו השופט ד"ר קובי ורדי **בעת"מ 16-11-45137**).
- בגישה מחמירה לשינוי תנאי ההתקשרות תעלה הטענה כי מתן אפשרות לשנות את תנאי ההתקשרות עלולה להוות פתח לשחיתות ולניצול אפשרות זו לרעה. כך, לדוגמא, עלולה להיות קנוניה בין מי מהמציעים לבין נציג הרשות שלפיה תוגש הצעה אטרקטיבית/זולה במיוחד במכרז ולאחר מכן "ישופרו" תנאי ההתקשרות או שהקנוניה האמורה תהיה מאוחרת יותר, לאחר הכרזת ההצעה הזוכה.
- החשש ממתן גושפנקא לסמכות רחבה לשינוי התנאים נובעת מכך שהדבר נעשה, לרוב, הרחק מעינם של המציעים שהפסידו במכרז כאמור "מתחת לראדר".
- שינוי מאוחר בתנאי ההתקשרות, אפילו מטעמים לגיטימיים, עלול לפגוע בעיקרון שוויון ההזדמנויות ובתחרות ההוגנת לרבות משתתפים פוטנציאליים שלא הגישו הצעות בשל תנאי ההתקשרות הידועים בעת פרסום המכרז.

נקודת המוצא הינה שצריך לבחון את השאלה האם מדובר בשינוי שנובע

ממניע לגיטימי או ממניע לא לגיטימי

- הצורך לבחון את מידת הלגיטימיות של שינוי תנאי ההתקשרות אינו נובע מדיני החוזים אלא מדיני המכרזים.
- **מניעים לגיטימיים** - שינוי ממשי בנסיבות – נוסח החוזה המקורי אינו תואם עוד את צרכי הרשות ואינו משמש עוד את תכלית ההתקשרות; התפתחות טכנולוגית שלא הייתה ידועה בעת ניסוח המכרז והחוזה המקורי כך שאי עדכון החוזה והימנעות מהתאמתו למציאות החדשה יובילו להתקשרות לא יעילה; שינוי בצרכיו או מאפייניו של קהל מקבלי השירותים נשוא המכרז; מגבלות תקציב שלא היו ידועות/צפויות בעת עריכת המכרז.
- **מניעים לא לגיטימיים** – רצון להיטיב עם הזוכה (מטעמים מושחתים העומדים בניגוד גמור לאינטרס הציבורי); טעמים של "עצלות" מצד נציגי הרשות המנהלית באכיפת תניות החוזה על הספק או בפרסום מכרז חדש כאשר ההתקשרות הנוכחית עומדת לפוג.
- **מקרים גבוליים בשאלה האם לגיטימי או שלא** - ניסוח רשלני של המכרז שמצריך שינוי תנאיו עם הזוכה; צורך להרחיב את ההתקשרות גם לתחומים נוספים או לרכישת מוצרים נוספים מאותו ספק.

עע"ס 877/21 ממ"ל - מפעלי מיחזור לישראל בע"מ נ' משרד האוצר ואח', כב' השופטת דפנה ברק ארז, הלכה מאוד

חשובה בסוגיה:

מדובר במכרז פומבי מורכב לבניית מתקן ענק לטיפול בפסולת בסמוך למכון השפד"ן כאשר בסוף תקופת ההתקשרות המתקן יועבר למדינה (על דרך של B.O.T). מנגנון התמורה שהזוכה ינהל מו"מ עם רשויות מקומיות וכך הסיכון הכלכלי יוטל על הזוכה. העותרת הגישה הצעה הכוללת בקשה לקבל מענק הקמה של 435 מיליון ₪ מהמדינה וכן תשלום חצי שנתי קבוע בסך של 3.8 מיליון ₪ מהמדינה. הזוכה, המשיבה 2, לא השלימה את הפיתוח וגם לא הצליחה להשלים את הסגירה הפיננסית במהלך תקופת הפיתוח. לאחר הזכייה במכרז התגלה באתר שהיה מיועד למתקן קו צנרת עצום של חברת מקורות ("קו מקורות 100") אשר הציב קשיים טכניים מורכבים על תכנון וביצוע הפרויקט.

לאחר מו"מ בין הזוכה לבין המדינה, סוכם כי הזוכה תקבל מהמדינה סך של 150 מיליון ₪ בתמורה למילוי כל התחייבויותיה ועוד תיקון תנאים נוספים בהתקשרות לטובת החברה הזוכה. העותרת הגישה עתירה וערעור לבית המשפט העליון בטענה המרכזית כי ההטבות שניתנו לזוכה מהוות שינוי מהותי של תנאי הסכם הזיכיון באופן המחייב לחזור לשלב של תחרות על תנאי ההתקשרות, לשיטת המערערת ההטבות השונות שהזוכה קיבלה מכוח המו"מ מסתכמות לסכום עתק של 300 מיליון ₪ לפחות.

עע"ס 877/21 ממ"ל - מפעלי מיחזור לישראל בע"מ נ' משרד האוצר ואח', כב' השופטת דפנה ברק ארז:

כב' השופטת דפנה ברק ארז דוחה את הערעור תוך שהיא קובעת, בין היתר, כי:

"המקרה שבפנינו מדגים את המתח המובנה במצב שבו נערך שינוי בתנאיה של התקשרות חוזית שמקורה במכרז. מנקודת מבט חוזית, השינוי יכול להיחשב לגיטימי ואף רצוי, כל עוד הוא נעשה בהסכמת שני הצדדים לחוזה. הצורך לשנות את תנאי ההתקשרות נובע לעתים קרובות משינויי נסיבות שלא היו צפויים במועד ניהול המכרז או אף במועד ההתקשרות עם הזוכה, באופן המצריך גמישות מסוימת מצד הצדדים לחוזה. הדברים אמורים במיוחד כאשר מדובר בהתקשרות חוזית בין רשות מינהלית לזכיהן בעקבות מכרז מורכב, רחב-היקף וארוך טווח. לעומת זאת, מן הפרספקטיבה של דיני המכרזים, השינוי עלול לעמוד במתח עם החובה לנהוג בשוויון בין המציעים במכרז, וזאת במישור היחסים שבין הרשות המינהלית לצדדים שלישיים, ובהם מציעים אחרים במכרז, כמו גם מציעים פוטנציאליים. שינוי של תנאי ההתקשרות בדיעבד עשוי במקרים מסוימים להקים טענה מצד מציע שלא זכה במכרז לפיה לו היה השינוי נקבע עוד קודם לכן בתנאי המכרז, היה בו כדי להשפיע על תוצאתו. כמו כן, שינוי כזה יכול לשמש בסיס לטענה שעניינה פגיעה באינטרס הציפיה של מציעים פוטנציאליים, בהתייחס לכך שהם לא ניגשו למכרז מתוך הנחה שלא יעמדו בתנאיו המקוריים. מובן כי הדבר עלול לפתוח פתח לעקיפת תנאי המכרז.."

ע"ס 877/21 ממ"ל - מפעלי מיחזור לישראל בע"מ נ' משרד האוצר ואח', כב' השופטת דפנה ברק ארז:

"אני סבורה כי השיקולים העיקריים הצריכים לעניין הם שינוי הנסיבות וחלוף הזמן מאז ההתקשרות. ... ככל שפרק הזמן שחלף מאז המכרז וההתקשרות המקורית מכוחו ועד לשלב שבו מתרחש שינוי הנסיבות הוא ארוך יותר, ניתק לכאורה חבל הטבור בין המכרז לבין ההתקשרות שנולדה ממנו והחובה הופך להיות חי הנושא את עצמו יש לתת את הדעת גם למורכבותו של המכרז, היקפו ומשך ההתקשרות העתידית. לא למותר לציין כי במכרז שנסב על התקשרות שצפויה להימשך לאורך שנים, ניתן להניח שיידרשו לעתים שינויים במהלך שנות ההתקשרות. על שיקולים אלה יש להוסיף, כמובן, את השיקול החולש על הדיון כולו – ערך השוויון, שהוא עקרון על בדיני המכרזים. מפרספקטיבה זו יש כמובן הבחנה בין שינוי הנדרש בשל קושי מאוחר למועד ההתקשרות שכל אחד מהמציעים היה נתקל בו באותו אופן, לשינוי הנדרש בשל מאפייניו הספציפיים של אחד המציעים.

ת"ל לשיקול הבא בהחלטת כב' השופטת דפנה ברק ארז:

"נתון רלוונטי נוסף לענייננו, מבחינתו של היבט השוויון בין המציעות במכרז, הוא השפעתו של השינוי על הערכת ההצעות האחרות במכרז אל מול ההצעה הזוכה, דהיינו האם השינוי היה משפיע על הפן התחרותי בין המציעות. בקשר לכך יש לבחון, האם התמונה הייתה שונה לו ההטבות הנוספות שניתנו לזירו במסגרת הסכם הפשרה היו משוקללות בגדר הצעתה, במובן זה שוועדת המכרזים הייתה מעדיפה את הצעתה של ממ"ל על פניה?"

ד"ר קובי ורדי: פסק דין לא שגרתי, בית המשפט "מכשיר" מתן הנחה לזוכה בסך של 100 מיליון ₪ במחיר ההצעה שזכתה במכרז.

מכרז למכירת מניות הזכיון והמפעיל במתקן ההתפלה באשדוד של מקורות. הצעת הזוכות במכרז עמדה על סך של 900 מיליון ₪ לאחר שהצעה נוספת, בסך של כ- 400 מיליון ₪, נפסלה בשל איחור בהגשתה. לאחר זכיית הזוכות, ועדת המכרזים הסכימה לשנות את תנאי ההתקשרות עם הזוכות ולהפחית מסכום התמורה נשוא הצעתן סך של כ- 100 מיליון ₪ וזאת לאור עליית הריביות עקב המלחמה באוקראינה. לפי חוות דעת שקיבלה ועדת המכרזים חלק ניכר מהעיכוב בסגירה הפיננסית של ההתקשרות (מצד הזוכות) היה בשל סיבות אקסוגניות שאינן תלויות ברוכשות מה שגרם לשינוי מהותי בכל המבנה הפיננסי של העסקה ואופן המימון של העסקה. כב' השופט ורדי דוחה את העתירה ואת הטענות הנוגעות לשינוי תנאי ההתקשרות (הנחה של כמאה מיליון ₪ במחיר העסקה) וקובע, בין היתר כי:

"אין מחלוקת למעשה שמדובר בשינוי מהותי ודרמטי של הפחתת התמורה בשלב ההתקשרות החוזית לאחר הזכייה במכרז (ולמרות שהחלטה נפלה טרם הסגירה היא נעשתה הרבה לאחר הזכייה במכרז ומספר חודשים לאחר חתימת הסכם הרכישה) כך שנראה שמדובר בשלב החוזי או לפחות בתפר שבין השלב המכרזי לחוזי (ראו פס"ד ממ"ל)..."

מדובר אם כן באירוע בלתי צפוי שהיה משפיע באותה צורה על כל מי שהיה זוכה במכרז או על מציעים פוטנציאליים, שכן מדובר באירוע חיצוני שהיה משפיע באופן שוויוני על כל המשתתפים במכרז ומציעים פוטנציאליים. לא זו אף זו, נקודת מוצא נוספת הינה שמלחמת אוקראינה הביאה לעליית ריבית של 202 מיליון ₪ לתוספת למחיר, כעולה מחוות הדעת המקצועית של מהרן שאימצה וועדת המכרזים של מקורות, חוות דעת שהעותרת לא ניסתה אף לסתור באמצעות חוות דעת מטעמה ואף לא טענה כנגדה.

עת"מ 1174-09-22 I.D.E. TECHNOLOGIES נ' מקורות פיתוח וייזום בע"מ, כב' השופט ד"ר קובי ורדי:

"יישום של הפסיקה בפס"ד ממ"ל על ענייננו, מביא לטעמי למסקנה שאין מקום להתערבות בית המשפט בהחלטת וועדת המכרזים בנסיבות הקונקרטיות לגבי השינוי המהותי שנעשה בהפחתת התמורה. מדובר במכרז מורכב ביותר, ייחודי ורחב היקף, כאשר השינוי נבע עקב שינוי נסיבות בלתי צפוי שלא ניתן היה לחזותו מראש, נסיבות שהתגלו מספר חודשים לאחר חתימת הסכם ההתקשרות, בדמות מלחמת אוקראינה ועליית הריבית בגינה, כשלא נפגע עקרון העל של השוויון בין המציעים ואף לא כלפי המציעים הפוטנציאליים, שכן מדובר באירוע חיצוני המשליך ומשפיע באותה מידה על כל ההצעות, וגם לאחר הפחתת התמורה שנעשתה הצעת הזכות נמוכה במאות מיליוני ₪ מהצעת העותרת שנפסלה.

לא מדובר במבחנים של סיכול והאם ניתן להכיר בחוזה בנזקי מלחמת אוקראינה, אלא בכך שועדת המכרזים, בחנה את דרישות הזכות להפחתה בתמורה ולאחר שיקול דעת ומעין מו"מ הסכימה להפחית כמחצית מהנזק הכספי המוכח של עליית הריבית ומדובר בשימוש סביר שנעשה בהתאם לסמכות הוועדה לאשר שינוי מהותי לאור תקנה 8א(א)(11) לתקנות חובת המכרזים והפסיקה, תוך הסתמכות על גורמים מקצועיים, החלטה שאין מקום, בנסיבות העניין ובוודאי לא עקב התנהלות העותרת, השיהוי והמעשה העשוי, להתערב בה.

קבלת עמדת העותרת במקרה זה, תביא, במקרה הטוב מבחינת העותרת, לפיצוץ העסקה, לתוהו ובוהו כלכלי ומשפטי לאור המצב שיווצר בעקבות פיצוץ העסקה, דבר שיפגע ביציבות של המציאות ב"עולם האמיתי" המסחרי והכלכלי ובאינטרס הציבורי לקיומו של מתקן התפלה שנרכש במחיר גבוה המיטיב עם הציבור ולנזקים כלכליים ניכרים שלא נראה שהם ניתנים לריפוי.."

עת"מ (ת"א) 45137-11-16 מילניום שרותים ולוגיסטיקה בע"מ נ' חברת נמלי ישראל - פיתוח ונכסים בע"מ (כב')

השופט ד"ר קובי ורדי) :

מכרז פומבי שעניינו מתן הרשאה להפעלת מסוף רכבת ציבורי למטענים ולשימוש בשטח לוגיסטי צמוד לו בעורף נמל אשדוד. עקב שינוי מהותי בכמות המכולות שיכולות להיכנס למתחם נשוא ההתקשרות, בגלל אירועים שונים שנוגעים לרכבת ישראל, חנ"י הסכימה לשינוי זמני של התעריפים נשוא המכרז והקטנת שטח המתחם כך שהזוכה תשלם פחות לחנ"י. העותרת טענה כי שינויים אלו בהתקשרות עם הזוכה צריכים להוביל לביטול הזכייה, ביטול המכרז ופרסום מכרז חדש. בית המשפט על כך :

"לא יעלה על הדעת כי עקב כל שינוי במציאות שיקרה ולו זמני, יבוטל המכרז וייערך מכרז חדש, שכן הנ"ל יגרום לחוסר יציבות ולכאוס מוחלט בדיני המכרזים ובאפשרות של כל הצדדים לכלכל את צעדיהם ופגיעה קשה בחיי המסחר ובחופש החוזים.

ברי כי לא ניתן לערוך מכרז חדש ולבטל מכרז ישן כל אימת שיש שינוי נסיבות בלתי צפוי שהינו גם זמני בהתקשרות ארוכת טווח וניתן לכן לבצע שינויים והתאמות בחוזה ובהתקשרות לאחר הזכייה במכרז שלא משנים גם את **מהות ההתקשרות**. כמובן, שבסופו של דבר, יש לנהוג בשכל ישר, בהיגיון ובסבירות בקבלת ההחלטות לגבי ההתאמות החוזיות והשינויים שייערכו בהתקשרות כתוצאה מהמציאות הבלתי צפויה והכל בהתאם לדין ועל ידי הגוף המוסמך.

מדובר בצורך לשנות את תנאי ההתקשרות הנובע משינוי ממשי בנסיבות, שבו נוסח החוזה המקורי **אינו תואם עוד את צורכי הרשות ואינו משרת את תכלית ההתקשרות** ושינוי תנאי ההתקשרות הינו כורח המציאות ממש שנעשה בנסיבות בלתי צפויות וזאת במרחק רב מסיום הליך המכרז וביצוע ההתקשרות ארוכת הטווח (חודשים רבים) ובלא שנערך שינוי במהות ההתקשרות ובמאטריה שבה עסקין ובלא שניתן היה לצפות את המציאות החדשה שנוצרה, שהיא גם זמנית."

עת"מ 57635-12-24 שחר-צח שירותי הסעות נ' מועצה אזורית מטה אשר ואח' (כב' השופט רון סוקול) מרץ 2025 :

מכרז פומבי שעניינו מתו שירותי הסעות תלמידים ועובדי הוראה למוסדות החינוך בשטח המועצה. מסלולי ההסעה חולקו ל-3 אשכולות שונים. העותרת נבחרה כזוכה לביצוע הסעות באשכול צפון, והמשיבה 2, נבחרה כזוכה לביצוע הסעות באשכול הדרום. בעתירה שהגישה העותרת נטען כי לאחר השלמת הליכי המכרז, ולאחר שהמועצה התקשרה עם הזוכות, שינתה המועצה את תנאי ההתקשרות עם המשיבה 2 והעבירה מספר מסלולי הסעה מאשכול הדרום לחברות הסעה אחרות, ובהן המשיבות 3, 4 ו-5. העותרת טענה כי שינוי מסלולי ההסעה באשכול הדרום, וההתקשרויות עם המשיבות 3 – 5, פוגעים בעיקרון השוויון שבין המתמודדים במכרז. על כן ביקשה העותרת להורות למועצה לכפות על המשיבה 2 לבצע את כל מסלולי אשכול הדרום, ולחלופין לבטל את ההתקשרות עמה ולפרסם מכרז חדש לביצוע כל ההסעות באשכול הדרום.

הרקע לשינוי תנאי ההתקשרות עם המשיבה 2 - לאחר חתימת הסכמי ההתקשרות ותחילת ההיערכות לביצוע ההסעות, התברר כי באשכול הדרום נעשו שינויים בסדרי ושעות הפעילות במוסדות החינוך. שינויים אלו נעשו בעקבות המצב הביטחוני ששרר במדינה, אשר אילץ את מוסדות החינוך לשנות את שעות הלימודים ואת נקודות האיסוף, ולהתאים את מסלולי ההסעה למצב הביטחוני החדש. בפגישה שנערכה בין נציגי המועצה לנציגי המשיבה 2 שבה נטען על ידה כי בעקבות השינויים במסלולי ההסעה הנדרשים, החברה לא תוכל לבצע את ההסעות ב-7 מסלולים בנסיבות אלו, החליטה המועצה לבחון את ביצוע ההסעות במסלולים שהשתנו על ידי חברות הסעה אחרות.

עת"מ 57635-12-24 שחר-צח שירותי הסעות נ' מועצה אזורית מטה אשר ואח' (כב' השופט רון סוקול) מרץ 2025 :

השופט רון סוקל דוחה את העתירה תוך שהוא קובע כי :

"הלכה היא כי המעבר מהשלב המכרזי – רב המשתתפים, לשלב החוזי – הדו צדדי, אינה משחררת לגמרי את הצדדים מכבלי ההליך המכרזי, ועל כן, בכל שינוי בתנאי ההתקשרות יש להתחשב בכך שמקור ההתקשרות היה בהליך מכרזי. משמעות הדבר אינה איסור מוחלט על שינוי בתנאי ההתקשרות אלא התחשבות בהליך המכרזי, תוך מתן היתר לשינויים בתנאי ההתקשרות, רק כאשר התקיימו נסיבות המצדיקות זאת, ואשר אין בהן כדי פגיעה בעקרון השוויון במכרז. "

"לאורך חיי התקשרות חוזיים עשויים הצדדים להידרש לשינויים. לעיתים מתגלות עובדות שלא היו ידועות לצדדים במועד ההתקשרות (כלומר במועד המכרז), לעיתים הנסיבות החיצוניות משתנות ומחייבות התאמה של החוזה, לעיתים הצרכים משתנים וכדומה על כן נקבע לא אחת כי אין למנוע עריכת שינויים מאוחרים בתנאי ההתקשרות, ובלבד שהשינוי מוצדק בנסיבות הזמן ושאין בו משום פתיחת פתח לשחיתות, וכי ההחלטה על השינוי התקבלה משיקולים עניינים ועל ידי הגורם המוסמך..."

"דומה שאין מקום לרשימה סגורה של שיקולים ואין אפילו מקום לקביעת חזקה, כפי שהוצע בעבר, ולפיה כל שינוי מאוחר להתקשרות הוא אסור, אלא אם ישכנעו הצדדים האחרים.. כל מקרה יבחן על פי נסיבותיו..."

עת"מ 57635-12-24 שחר-צח שירותי הסעות נ' מועצה אזורית מטה אשר ואח' (כב' השופט רון סוקול) מרץ 2025 :

השופט רון סוקל דוחה את העתירה תוך שהוא קובע כי :

"במקרה הנוכחי, נדרש השינוי בתנאי ההתקשרות בעקבות השינויים בלוחות הזמנים במוסדות החינוך, ובמיוחד בבית החינוך אופק על שלוחותיו. השינויים בלוחות הזמנים נבעו מאילוצים שאינם בשליטת מי מהצדדים להתקשרות, ומקורם במצב הביטחוני ששרר, פינוי תושבים רבים מבתיהם והצורך להתאים את מסגרות החינוך לכל אלו. עוד נזכיר כי השינוי שהתבקש מתייחס רק לשבעה מסלולי הסעה וכי מרבית מסלולי ההסעה באשכול ממשיכים להתבצע על ידי טיולי מירא.

אין לפניי שמץ ראיה כי הבקשה להעברת המסלולים שבמחלוקת למסיעים אחרים, נבעה משיקולים פסולים, או מרצון של המשיבה 2 להגדיל את רווחיה."

סקירת פסקי דין מהותיים מהשנה החולפת

ניתוח פרקטי של פסקי דין מהותיים מהשנה החולפת והמלצות פרקטיות
ליועצים משפטיים לאור פסקי הדין האמורים

הצעת מחיר נמוכה לא מובילה בהכרח לפסילה/חובת ועדת המכרזים לבצע בדיקה מעמיקה של העובדות/חובת עריכת שימוע כהלכתו טרם

פסילת הצעה

ת"א 46098-04-26 י. שומרוני חב' להשקעות נ' החברה לפיתוח פתח תקוה ואח', פסק דין מחודש מאי 2026 (כב'

השופט ד"ר קובי ורדי) :

מכרז פומבי שעניינו ביצוע עבודות פיתוח, הקמת כביש, הקמת תשתיות, קירות תומכים ועוד. בחירת ההצעות לפי מפתח של 60% מחיר, 40% איכות. הצעת המחיר במתכונת של שיעור ההנחה באחוזים למחירי כתב הכמויות במכרז. התובעת נתנה שיעור הנחה של 17.17% ואילו המשיבה 2 נתנה שיעור הנחה של 14.7%. האומדן במכרז עמד על שמונים מיליון ₪ ועורך המכרז העריך את שיעור ההנחה המקסימלי לאומדן בטווח שבין 8%-10%. הצעת התובעת הייתה הזולה ביותר ובשקלול כולל הצעתה דורגה ראשונה. ברם, בדיון שנערך בועדת המכרזים נקבע כי הצעת המחיר של התובעת (שיעור הנחה של 17.17%) חורגת בשיעור של למעלה מ-70% מהרף העליון של האומדן (שיעור הנחה של 10%) ולכן קיים חשש שהתובעת לא תוכל לקיים את הצעתה. הישיבה זומנה באמצעות זום. בפגישה התובעת מסרה כי היא עומדת מאחורי הצעתה, היא חברה גדולה ואיתנה וכוח הקנייה שלה גדול ולכן יכולה לקבל מחירים טובים/זולים לרכיב הבטון. יתרה מזו, התובעת הסכימה להעביר לועדה קובץ פנימי של חישוב ההנחה למכרז תוך ניתוח כל העלויות וכן ניתוח הרווח שיוותר לה לאחר העלויות. לאחר דיון בועדת המכרזים שבו גם עלה לכאורה שהתובעת לא תמחרה עלות שיפוץ מבנה מסוים, הוחלט על פסילת הצעת התובעת ומכאן ההליך המשפטי.

התובעת העלתה טענות לגבי השימוע שנערך לה (לא נאמר לה דבר או חצי דבר על כוונה לפסול את הצעתה), התובעת העלתה טענה כי הפער בין הצעתה הכספית לבית הצעת המשיבה 2 הוא רק שני מיליון ₪ וכי הטענה על חריגה של 70% מהאומדן פשוט שגויה.

ת"א 46098-04-26 י. שומרוני חב' להשקעות נ' החברה לפיתוח פתח תקוה ואח' :

בית המשפט קובע כי יש להשיב את הנושא לבחינה מחודשת לועדת המכרזים בכדי שתדון בלב פתוח ונפש חפצה בטענות ולאחר שתערוך שימוע פרונטאלי (לא בזום!). בית המשפט מבקר בצורה נוקבת את החלטת ועדת המכרזים ובזו הלשון :

"תמוה כיצד הצעתה של התובעת, שנתנה 17.17% שיעור הנחה, היא, לשיטת המשיבה, בלתי סבירה באופן קיצוני עד כדי שיש לפסלה בעוד הצעת קסמג שנתנה 14.7% שיעור הנחה היא, לשיטת המשיבה סבירה וראויה. אציין כי נראה שהמשיבה וועדת המכרזים נפלו לכלל טעות, בכך שהנימוק העיקרי לפסילת הצעת התובעת היה שהצעתה חורגת ב-72% מהאומדן, שכן היא נתנה הנחה של 17.17% בעוד שיעור ההנחה על פי האומדן עומד על 10%. והנה, האומדן עומד, כפי שגילתה המשיבה, על 80 מיליון ש"ח. אם בהצעת התובעת ניתנה הנחה של 17.17% מהאומדן, אזי הצעתה של התובעת עומדת למעשה על 66,264,000 ₪. זאת בעוד הצעת קסמ"ג, שנתנה 14.7% הנחה מהאומדן, עומדת על 68,240,000 ₪. דהיינו, הפער בין הצעת קסמג להצעת התובעת עומד על 1,976,000 ₪ הפרש של כ-2.4% בלבד ומדובר בחריגה מהאומדן שהוא 80 מיליון ₪ בשיעור של 17.17% ולא, כפי שהמשיבה מציגה, שמדובר בחריגה מהאומדן של 72%. לכן, הצגת העניין על ידי המשיבה, כאילו הצעת התובעת נמוכה ב-72% מהאומדן חוטאת למציאות ולמספרים ואף מעוותת את התוצאה. הצעת התובעת זולה סה"כ בפחות מ-2 מיליון ₪ מהצעת קסמ"ג ובפער של 2.4% ממנה ותמוה כאמור כיצד הצעת קסמג שלשיטת המשיבה חורגת מהאומדן בכמעט 50% טובה סבירה וראויה, לשיטת המשיבה, בעוד הצעת התובעת פסולה לחלוטין ולא סבירה באופן קיצוני."

ת"א 46098-04-26 י. שומרוני חב' להשקעות נ' החברה לפיתוח פתח תקוה ואח' :

”כידוע לא כל הצעה הפסדית דינה להיפסל, כשבשלב ראשון על ועדת המכרזים, לאחר שמיעת התובעת, לקבל החלטה האם אכן הצעת התובעת הפסדית, שכן לשיטת התובעת זה כלל וכלל לא המצב והצעתה רווחית, וגם אם מדובר בהצעה הפסדית יש לבחון את התשתית העובדתית והראייתית ולקבוע מה המשמעות של אותה הפסדיות, איך היא משליכה על עמידה בתנאי המכרז וביצועו ולשקול האם יש מקום לפסול את הצעת התובעת עקב כך....

בסופו של דבר, לא ניתן להתעלם מתנאי המכרז, מכך שהצעת התובעת עמדה בתנאי הסף והייתה הזולה ביותר ושדורגה אף מבחינת האיכות לפני הצעת קסמג, כשעל עורך המכרז לפעול לפי כללי המשחק שקבע בתנאי המכרז ולא לחרוג מהם, וזו לא תוכנית כבקשתך לבחירת הזוכה. לכן, צריך נימוקים כבדי משקל לקבלת החלטה כמו ההחלטה שקיבלה המשיבה וזאת רק לאחר שתהיה בפניה תשתית עובדתית וראייתית מספיקה להסקת ממצאים ומסקנות וקבלת החלטת פסילה מנומקת, לאחר שניתנה זכות טיעון ממשית למי שהיה אמור לזכות, לאחר שעמד בתנאי הסף וקיבל את הניקוד הגבוה ביותר, ופוסלים את הצעתו...”

הבעייתיות באמת מידה לניקוד איכות **"שביעות רצון לקוחות"**, החובה לבצע תיעוד מדויק "ושקוף" של אמת מידה זו.

עת"מ 4199-06-26 **טופ סקיי ליין נ' מדינת ישראל ואח'**, פסק דין מיולי 2026, השופטת תמר בר-אשר:

מכרז לאספקת ולתחזוקת מערכות בטחון ומתח נמוך למשרד רוה"מ. העותרת העלתה טענה הנוגעת למרכיב של "חוות דעת לקוחות" בקביעת הניקוד. על פי הוראות המכרז ציון האיכות מורכב משלושת המרכיבים הבאים: 15% עבור **"הכנסות למציע הממשיך משירותים למערכות ביטחון"**, 50% עבור **"התרשמות מפרויקט מוכר וגדול"** ו- 35% עבור **"חוות דעת לקוחות"**.

הוראות המכרז קבעו את אופן קביעת הניקוד בעניין "חוות דעת לקוחות" בזו הלשון:

"יתקיימו שיחות עם לקוחות, עבורם המציע ביצע 'פרויקטים מוכרים' או 'פרויקטים מוכרים גדולים' (כהגדרתם במסמכי המיון המוקדם). הניקוד יינתן על בסיס ממוצע חוות הדעת. יינתנו עד שבע עשרה וחצי (17.5) נקודות לכל חוות דעת (סה"כ ינוקדו עד שתי (2) חוו"ד). הוראות נוספות לביצוע חוות דעת מפורטות בסעיף 6.2.5 להלן.

הנושאים שייבדקו במסגרת השיחות עם הלקוחות יכללו:

1. **מקצועיות המציע הממשיך.**
2. **התמודדות עם אתגרים לעבודה בסביבה מסווגת.**
3. **יוזמה וערך מוסף.**
4. **זמינות ועמידה בלוחות זמנים.**
5. **יחסי אנוש."**

עת"מ 4199-06-26 **טופ סקיי ליין נ' מדינת ישראל ואח'**, פסק דין מיולי 2026, השופטת תמר בר-אשר:

סעיף 6.2.5 למכרז קבע את ההוראות לגבי אופן בדיקת חוות דעת לקוחות של המציע ובזו הלשון:

"רביעית, תבוצע בדיקת חוות דעת של לקוחות המציע הממשיך, באופן הבא:

6.2.5.1 המשרד יבחר עד שני (2) לקוחות מבין הלקוחות שיוצגו על ידי המציע, בהצעתו. יובהר כי המציע רשאי להציג את

המשרד כלקוח, ובמקרה זה תיבדק חוות הדעת למול הגורם הרלוונטי במשרד.

6.2.5.2 המשרד רשאי לבקש חוות דעת מגורמי המשרד הרלוונטיים, לגבי מציע ממשיך שנתן שירותים למשרד, גם אם המציע

הממשיך לא ציין את המשרד כלקוח. עשה כן המשרד, תהיה חוות דעת זאת אחת משתי חוות הדעת שייבדקו.

6.2.5.3 הבחירה בלקוחות תבוצע על ידי וועדת המכרזים בהתאם לשיקול דעתה הבלעדי.

6.2.5.4 כל לקוח יישאל שאלות אחידות שיקבעו על ידי ועדת המכרזים, בהתאם לרכיבי האיכות הנבחנים, כפי שפורטו

בשורה 3 בטבלה בסעיף 3.2 לעיל.

6.2.5.5 השיחה ללקוחות תהיה לאחר תיאום מראש, על מנת שיוכלו להיערך למתן חוות הדעת. השיחה תבוצע במהלך שעות

העבודה הרגילות (שעון ישראל). ככל ולקוח מסוים לא יאותר אחרי שני (2) ניסיונות לשיחה טלפונית או ישיב שאינו מכיר את המציע

עליו הוא אמור לספק חוות דעת – יינתן ציון אפס (0) ברכיבי האיכות עבור חוות דעת זו.

6.2.5.6 יובהר כי המשרד יפעל לקבלת מספר זהה של חוות דעת לקוחות עבור כל מציע, אך אם למציע מסוים אין מספיק לקוחות

או שהלקוחות שציין לא היו זמינים למתן תשובות, תובאנה בחשבון רק חוות הדעת של לקוחות המציע עמם נוצר קשר".

עת"מ 4199-06-26 **טופ סקיי ליין נ' מדינת ישראל ואח'**, פסק דין מיולי 2026, השופטת תמר בר-אשר:

במסגרת ההליך המשפטי הסתבר שלא היה כל תיעוד (קולי או כתוב) לאותן שיחות ואין כל דרך לבקר את עריכתן, את תוכן, מתי נעשו, אם היו בהתאם להוראות סעיף 6.2.5 במסמכי המכרז ואם אמנם נבחנו הנושאים המנויים בטבלה שבסעיף 3.2.2 (שורה 3 שצוטטה). אף לא ניתן לבחון מי מטעם אותם ממליצים ענה על השאלות, עד כמה היה בקיא במידע הרלוונטי כדי להשיב לשאלות ואם הבין אותן. אף לא ניתן לדעת אם למי שהשיב לשאלות היו מניעים כלשהם ואם היו, מה היו מניעיו. החלטת כב' השופטת בר-אשר:

- לפי תקנה 22(א)(4) לתקנות חובת המכרזים אחת מאמות המידה האפשרויות לבחירת ההצעה הזוכה היא **"המלצות אודות המציע, אם נדרשו לפי תנאי המכרז, ומידת שביעות הרצון מאופן ביצוע התקשרויות קודמות"**.
- יחד עם זאת, בית המשפט מדגיש כי השימוש באמת מידה זו, הבוחנת המלצות גורמים שונים בעניינו של המציע ככלי לבחירת הזוכה במכרז מעלה לא מעט קשיים. אמת מידה זו עלולה ליצור הפליה בין ספקים חדשים לבין ספקים ותיקים... בנוסף, הציון באמת מידה של 'שביעות רצון' הוא ללא ספק קשה להערכה". קשיים אלו יוצרים "אי בהירות", אי בהירות זו באשר לאופן ההערכה הראוי של שביעות הרצון עלולה לפתוח פתח לעיוותים ואף למניפולציות אסורות". חרף זאת נקבע, כי לא ניתן לוותר על אמת מידה זו, מאחר שלצד הקשיים הטמונים בה, גם ניתן להפיק יתרונות מהשימוש בה.

עת"מ 4199-06-26 **טופ סקיי ליין נ' מדינת ישראל ואח'**, פסק דין מיולי 2026, השופטת תמר בר-אשר:

- "קשיים נוספים שפורטו הם כי חוסר השוויון שעשוי להיגרם בשל השימוש בהמלצות; מצב שבו שימוש בהמלצות עשוי להביא ליצירת "מועדון סגור" של ספקים ואף לתופעת "ושמרתי את משמרתיי" (ספקים שימליצו על חבריהם ומנגד, יפגעו במתחריהם), באופן אשר "עלול להידרדר חלילה למדרון חלקלק של שחיתות בין מזמינים לספקים..." ,קושי הנובע מהיעדר שקיפות ועוד."
- בהינתן הקשיים הנוגעים לאמת מידה של "שביעות רצון" והמלצות לקוחות בית המשפט מתווה כללים ברורים בכל הנוגע לאופן איסוף המידע הנוגע להמלצותיהם של לקוחות קודמים:
- **ראשית**, לנוכח הקשיים הנעוצים באמת המידה הבוחנת חוות-דעת ממליצים, ספק רב אם ישנה הצדקה למשקל הרב שניתן לאמת מידה זו במכרז הנדון. כאמור לעיל, הניקוד שניתן הוא מעט יותר משליש מציון האיכות (35%). מאחר שציון האיכות הוא 60% מהציון הסופי, הרי שמדובר ביותר מחמישית מהציון הסופי."
- **שנית**, על איסוף הנתונים בכל הנוגע להמלצות קודמות להיעשות באופן שוויוני מרבי ובאופן אחיד, כך שאם הדבר נעשה בשיחת טלפון, יהיה זה אדם אחד שישוחח עם הממליצים ויציג את השאלות. כמו כן, במקרה של המלצה שלילית או נמוכה, יש לוודא כי לא ניתנה בשל שיקול זר.
- **שלישית והחשוב ביותר**, יש להקפיד על תיעוד מלא של איסוף ההמלצות, אשר יכלול הן תיעוד קולי הן תיעוד כתוב, כך שתתאפשר ביקורת בעניין ההמלצות ותוכנן. "בדרך עלומה זו של הסתרת פרטי השיחות לא ניתן לבחון האם פעלה ועדת המכרזים בסבירות והגינות ומה הייתה התשתית העובדתית שעמדה לנגד מקבלי ההחלטה"

עת"מ 4199-06-26 **טופ סקיי ליין נ' מדינת ישראל ואח'**, פסק דין מיולי 2026, השופטת תמר בר-אשר:

בית המשפט נשען על פסק דין אחר שבו נמצא כי היה תיעוד לקוי ביותר ("איסוף ההמלצות נעשה באמצעות "שיחות עם הממליצים"... שלא מוזכר מי היו הצדדים לכל שיחה, מתי היא נערכה ומה היה תוכנה..."). כך בהיעדר מחלוקת על כך ש"השיחות לא הוקלטו ולא נערכו תרשומות". זאת, כפי שנקבע, באופן ה"מנוגד לכללי מינהל תקין").

"כך בדיוק נעשה גם בעניין המכרז הנדון. אין כל תיעוד של השיחות הטלפוניות עם המציעים, לא ברור מי ערך אותן, לא ברור מי השיב לשאלות, לא ידוע אם היה לו הידע הנדרש כדי להשיב לשאלות שהוצגו לו ואף לא ידוע אם תשובותיו היו אובייקטיביות. בהיעדר כל מידע או תיעוד לאותן שיחות, לא ניתן לבחון אותן ואף לא ניתן לדעת אם אמנם נשמר עיקרון השוויון במכרז.

בנסיבות אלו נמצא כי לא ניתן להסתמך על הניקוד שניתן למרכיב "חוות דעת לקוחות". מכיוון שכך, יש לבטל את תוצאות המכרז ואת זכיית המשיבה 2.

חובת ועדת המכרזים לשנות את החלטותיה או לשקול אותן מחדש בהתאם לשינוי בנסיבות, חובת ועדת המכרזים לנהוג בשקיפות והגינות מול המשתתפים במכרז.

עע"מ 69312-01-25 נ. אליאב הנדסת תשתיות וקורוזיה בע"מ נ' תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ, בית המשפט העליון, פסק דין חשוב ביותר מחודש מרץ 2026:

מכרז של חברת תש"ן לאספת רכיבי הגנה קתודית. האומדן ביחס למכרז זה, שהוכן על ידי המתכנן עימו עובדת תש"ן בהתבסס על מכרזים קודמים שנערכו בחברה, הועמד על סך של 726,000 ש"ח (ללא מע"מ). המערערת הגישה את ההצעה היחידה במכרז על סך של כ-1,220,000 ₪. לאור החריגה מהאומדן ועדת המכרזים החליטה על פסילת ההצעה וביטול המכרז.

המערערת הגישה השגה לעורך המכרז וטענה שהאומדן ככל הנראה הוכן בשנת 2018 ומאז חלו שינויים מאקרו גלובליים שהשפיעו על מחירי המתכות בעולם ובפרט על מחירי הטיטניום שהוא המרכיב העיקרי בטובין נשוא המכרז ולכן האומדן שהוכן למכרז אינו רלוונטי. ועדת המכרזים החליטה לדחות את ההשגה בהודעת מייל קצרה. לאחר מכן תש"ן פרסמה מכרז חדש שתנאיו דומים למכרז הראשון והאומדן למכרז זה עמד על סך של כ-1,300,000 ₪. המערערת השתתפה במכרז השני אך הצעתה לא נבחרה שכן הייתה הצעה זולה יותר.

המערערת הגישה תובענה מנהלית לבית המשפט המחוזי במסגרת התובענה, טענה המערערת כי פסילת ההצעה הראשונה במכרז נובעת מהתנהלות רשלנית, שלא כדיון, של תש"ן. בתמצית, נטען, כי ההצעה הראשונה נפסלה על סמך אומדן שאינו עדכני, אינו רלוונטי ושלא שיקלל את התמורות הגלובליות שחלו למן מועד הכנתו. המערערת סמכה את טענותיה על האומדן השני שהוכן כחודש וחצי בלבד לאחר פסילת הצעתה. נטען, כי עוד בטרם נדחתה השגתה, היה בידי תש"ן כבר אומדן עדכני המלמד על חוסר העדכניות של האומדן הראשון, בשים לב לפער של עשרות אחוזים בין האומדנים, כך שהיה ידוע לתש"ן כי המערערת צודקת בטענותיה בהשגה. תש"ן הסתירה מהמערערת את המידע החדש/האומדן השני ונוכח האמור, טענה המערערת כי היה על תש"ן להכריז עליה כזוכה במכרז הראשון, ומשלא עשתה כן – נגרם לה נזק ממשי בדמות מניעת רווחים, המקיים עילת פיצויים.

עע"מ 69312-01-25 נ. אליאב הנדסת תשתיות וקורוזיה בע"מ נ' תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ, בית המשפט העליון, פסק דין מחודש מרץ

2026, השופט עופר גרוסקופף:

בית המשפט העליון הביע ביקורת נוקבת ביותר על התנהלות עורך המכרז ובכלל זה על הסתרת המידע שהיה בידי ועדת המכרזים בטרם ניתנה החלטה בהשגה (המידע אודות האומדן המעודכן/האומדן השני) וכן על כך שועדת המכרזים לא השכילה לשקול מחדש את החלטתה לאור המידע החדש שהיה בידה עובר לקבלת ההחלטה בהשגה:

"שונים הדברים כשבאים אנו לבחון את ההחלטה בהשגה. באותו מועד, על אף שהמשיבה ידעה כי המערערת צודקת בטענותיה כי האומדן הראשון אינו עדכני (הטענה הראשונה), היא דחתה את טענותיה של המערערת בהשגה. כאמור לעיל, זהו מוקד הערעור.... אף אם במועד ההחלטה במכרז פעלה המשיבה כדין, במועד ההכרעה בהשגה היו בפניה מספיק אינדיקציות שמעידות כי ההחלטה המקורית התבססה על תשתית עובדתית שגויה, ולכן היה עליה לבחון החלטתה מחדש. ...

רשות מינהלית שקיבלה החלטה רשאית, ולעיתים אף חייבת, לשנות או לבטל את החלטתה, לאחר שאיזנה כראוי בין הטעם לתיקון או לשינוי ובין הפגיעה האפשרית במי שהסתמך על ההחלטה המקורית דברים אלו נכונים, על דרך קל וחומר, כאשר עסקינן בהליך השגה, אשר מלכתחילה נועד על מנת לאפשר לפרט להעלות את טענותיו בפני הרשות המינהלית, ולתת לרשות הזדמנות לתקן פגמים שנפלו, ככל שנפלו, בהחלטתה. היעדר יכולת לתקן החלטה באותו מועד, יאיין הלכה למעשה את הליך ההשגה ואת התכליות והתועלות שבבסיסו...."

”כידוע, הלכה היא כי על עורכו של מכרז ציבורי מוטלת חובת הגינות ותום לב מוגברת, שהיא מחמירה אף יותר מחובת תום הלב המוטלת על צד למשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה.... עוד נקבע בפסיקתנו כי חובת הגינות זו באה לידי ביטוי גם במישור הדיוני, כך שבניגוד לבעל דין פרטי, הכפוף לאמת מידה של ”אדם לאדם – אדם“, נדרשת הרשות הציבורית ל-”מידת חסידות” אף כשהיא הנתבעת... על רקע האמור לעיל, קבעה הפסיקה כי פעולה מטעם רשות העולה כדי הפרה של חובת ההגינות המוטלת עליה, עשויה להקים מניעות המשתיקה אותה מהעלאת טענות מסוימות.... בענייננו, נפסלה הצעתה של המערערת, בנימוק הבא: ”הרינו להודיעכם בזאת כי ועדת המכרזים של החברה החליטה על פסילת הצעתכם למכרז שבנדון לאחר שחרגה משמעותית מהאומדן אשר הוכן למכרז זה, בהתאם להוראות סעיף 9.4 במסמכי המכרז.”

כשזוכרים כי במוקד השגתה של המערערת עמדה טענתה בעניין האומדן הראשון, וכי שבעה ימים לפני משלוח המענה הלאקוני שצוטט לעיל, הייתה בידי המשיבה ראייה ברורה שהמערערת צודקת בנטען בהשגתה ושהאומדן הראשון אכן היה לא מעודכן ושגוי, קשה להלום (בלשון עדינה שבעדינות) את התשובה שניתנה על-ידי המשיבה, שלמעשה מתמצת בחמש מילים (”המכרז שבנדון בוטל בהתאם לדין”).

אוסוף ואציין, מעבר לצורך (נוכח נסיבות העניין) כי לדעתי, אף לולא הייתה מגישה המערערת השגה כלל, משהמשיבה פסלה את הצעתה בנימוק של חריגה משמעותית מהאומדן (ובנימוק זה בלבד), וכך אף כתבה למערערת, הייתה מוטלת על המשיבה החובה, משהתברר שהנימוק שהיה בסיס להחלטה הינו מוטעה, לפנות ביוזמתה ולגלות את הדבר למערערת (למצער, כל עוד אותה החלטת פסילה הינה אקטואלית).

עע"מ 69312-01-25 נ. אליאב הנדסת תשתיות וקורוזיה בע"מ נ' תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ, בית המשפט העליון, פסק דין מחודש מרץ

2026, השופט עופר גרוסקופף:

על ועדת המכרזים של המשיבה, כגוף מינהלי וכנאמן הציבור, לקבל את החלטותיה לאחר ששקלה את מכלול השיקולים הרלוונטיים ואיזנה בין האינטרסים השונים, תוך הסתמכות על תשתית עובדתית וראייתית נאותה, מהימנה ומבוררת.... קבלת ההחלטה בהשגה מבלי לשקול ומבלי לתת משקל ממשי לאינדיקציות החדשות – אינה עולה בקנה אחד עם החובה לקבל החלטה על בסיס תשתית עובדתית וראייתית נאותה והולמת, באופן שמעיד על התחשבות בכלל ההיבטים הרלוונטיים. כך במיוחד מקום שבו הפגמים בתשתית העובדתית יורדים לשורשו של עניין, ושומטים את הקרקע תחת השיקול המרכזי שעמד בבסיס ההחלטה על פסילת הצעת המערערת.

בנסיבות המקרה דנא, מכלול השיקולים תמך בקבלת ההשגה ובשינוי ההחלטה המקורית על פסילת הצעת המערערת. כך, בין השאר, לאור השלב המינהלי בו היה מדובר והתכליות העומדות בבסיס הליך ההשגה; האינדיקציות החדשות שעמדו בפני המשיבה שהעידו שנפלה טעות באומדן הראשון עליו הסתמכה; העובדה שהפרט מושא ההחלטה, הוא שפנה למשיבה על מנת לשנות את ההחלטה; והיעדר מציעים נוספים שהסתמכו על ההחלטה...."

"השורה התחתונה" בית המשפט העליון קיבל את הערעור ופסק למערערת פיצויי קיום מלאים, נוכח אובדן הרווח שנגרם לה

בשל אי אספקת המוצרים נשוא המכרז הראשון.

סטייה לא מהותית מהוראות המפרט הטכני לא תביא לפסילת ההצעה + יש חשיבות לשיקולים כלכליים בבחירת ההצעה הזוכה

עת"מ 3585-03-26 תדיראן מוצרי צריכה וטכנולוגיה בע"מ נ' עיריית באר שבע, השופטת יעל רז לוי, מחוזי באר שבע, פסק

דין מחודש מאי 2026:

מדובר במכרז לאספקת מזגנים במבני העירייה ומוסדותיה. על דגם המזגן המוצע ע"י המשתתפים לעמוד בדרישות הטכניות ביניהן עמידה במדד BTU - מדד תפוקת הקירור המקסימלית. לגבי שני סוגי מזגנים במכרז נדרשו תפוקות מקסימליות של 14,000 ו- 31,200. העותרת טענה כי בפועל תפוקת מזגן אחד שהוצע על ידי הזוכה (טורנדו) היה 13,989 ותפוקה של המזגן השני היה 30,708 (כלומר סטייה של 0.08% ו- 1.6% בהתאמה מהתפוקה שנדרשה במסמכי המכרז).

חשוב לציין כי במכרז נשאלה שאלת הבהרה האם ניתן לאשר סטייה של 15% בתפוקת ה-BTU וועדת המכרזים ענתה לשאלה "הבקשה מתקבלת ובלבד שמדובר בסטייה כלפי מעלה (אחוזון גבוה יותר)".

העותרת טענה כי יש לפסול את ההצעה הזוכה כי הדרישה לעמידה במדד BTU – מדד תפוקת הקירור המקסימלית – היא בליבת המכרז וכי אי עמידה במדד זה מהווה פגם מהותי בהצעה. עוד נטען כי לפי התשובה לשאלת ההבהרה מותרת סטייה רק כלפי מעלה ולא מטה.

טורנדו טענה כי הסטייה בתפוקה של שני דגמי המזגנים שהוצעו על ידה היא מינורית וחסרת משמעות וממילא נתוני מדד ה-BTU אינם מדויקים והם מושפעים מפרמטרים טכניים נוספים. עוד נטען כי הדרישה לעמידה במדד תפוקת הקירור המקסימלי היא לא תנאי סף במכרז והפגמים הנטענים על ידי העותרת מצויים במישור הטכני-מקצועי.

עת"מ 3585-03-26 תדיראן מוצרי צריכה וטכנולוגיה בע"מ נ' עיריית באר שבע, השופטת יעל רז לוי, פסק דין ממאי 2026:

בית המשפט דחה את העתירה תוך שציין כי על אף שהטענה ממבט ראשון שובה לב (סטייה מהוראות המכרז) בחינה מעמיקה של הטענות מובילה לדחייתן ובלשונה:

מדד ה-BTU אינו תנאי סף –

”הדרישה לעמידה במדד ה-BTU הינה פרמטר אחד מבין רבים אשר מסייעים לעירייה לבחון את התאמת ההצעות המוגשות לדרישותיה, ולא כתנאי לסינון מציעים פוטנציאליים. הפרשנות שיש לייחס לדרישת העמידה במדד זה, כחלק מעמידה בתנאים טכניים נוספים, הינה לשמש כאמת מידה עבור העירייה, בתור גוף הבוחן את ההצעות המוגשות בפניו. כלומר המדד הוא מעין כלי המסייע לבחון האם ההצעה המוגשת עומדת בשביעות רצונה של העירייה, בעיקר מבחינת איכות ההצעה. בהתאם לאמור, מאחר והמדד אינו מוגדר כתנאי סף, אין בו לבדו כדי לסנן או לגרום לפסילת מציעים פוטנציאליים, שכן זהו תפקידם של תנאי הסף, ובמקרה זה כאמור אין המדובר בתנאי סף, ועל כן עניין זה כשלעצמו אין בו כדי להוביל למסקנה כי יש לפסול את ההצעה...”

עת"מ 3585-03-26 תדיראן מוצרי צריכה וטכנולוגיה בע"מ נ' עיריית באר שבע, השופטת יעל רז לוי, פסק דין ממאי 2026:

"מבחינת ההצעה עצמה והמזגנים שהוצעו, שני הדגמים שסוטים בצורה מינורית מההספק המקסימלי שצוין בטבלה, הינם מזגנים שנותנים את אותו מענה ואת אותה יכולת קירור, ללא שום הבדל, בוודאי לא הבדל בעל משמעות, מדגמי המזגנים שהוצעו על ידי העותרת. נמצא אפוא, כי החלטת וועדת המכרזים מצויה במתחם הסבירות ומתבססת על שיקולים מקצועיים ועניינים....

זאת ועוד, עיון בהוראות המכרז מלמד כי צוין בסעיף (יד) כי "העירייה שומרת לעצמה את הזכות שלא להתחשב בפגמים פורמאליים באיזו הצעה שהיא, במידה שויתור שכזה לא יגרום כל נזק לעירייה ולא יפגע, לדעת העירייה, בעקרונות השוויון בין המציעים ודיני המכרזים". כלומר על פי הוראות המכרז עצמו, יש לעירייה זכות שלא להתחשב בפגמים פורמאליים, כאשר אותה סטייה מינורית בהספק של שני דגמי מזגנים, אם ניתן לכנותה פגם בהצעה, הינה לכל היותר פגם פורמאלי ולא מהותי כלל; שאינו גורם נזק ולא מוביל לפגיעה בשוויון בין המציעים. על כן החלטת העירייה שלא לפסול את הצעת טורנדו נמצאת בהלימה גם עם הוראות המכרז ומצויה בגדרי שיקול דעתה..."

עת"מ 3585-03-26 תדיראן מוצרי צריכה וטכנולוגיה בע"מ נ' עיריית באר שבע, השופטת יעל רז לוי, פסק דין ממאי 2026:

התייחסות לשיקול כלכלי בהחלטת בית המשפט-

"מעיון בסעיף 2 להוראות המכרז תחת הכותרת: "הוראות הנוגעות לבחינת ההצעות", נקבע בסעיף (א) כי "העירייה תבחר את המציע שהצעתו הינה הטובה ביותר. היינו, ששקלול ההנחות, על פי היחס המפורט להלן, הוא הגבוה ביותר." הבחירה בהצעתה של טורנדו התבססה על יתרונה הכלכלי היחסי לעומת הצעתה של תדיראן, והתגבשה בהתאם לעקרונות בחינת ההצעות שהוגדרו במכרז.

ביטול הצעתה של טורנדו יגרום מטבע הדברים להוצאה לא רצויה ולבזבוז כספי ציבור, וכאמור זהו טעם ראוי שיש לייחס לו משקל בעת הבחינה האם התערבות בית המשפט רצויה. יפים, לעניין זה, דבריו של השופט י' עמית (כתוארו אז) בע"מ 5375/15 בטחון שרותים אבידר בע"מ נ' נתיבי ישראל – החברה הלאומית לתשתיות (11.8.2016):

"...בתחרות בין התכלית של יעילות כלכלית לבין התכלית של עקרון השוויון, הפסיקה בחרה במוצהר בעקרון השוויון, שמקובל לראותו כ'עקרון העל' בדיני המכרזים... אין בדעתי להרהר ולכפור בדעה זו, שקנתה לה שביתה בפסיקה מזה שנים ארוכות... עם זאת, בבואנו להגשים את עקרונות השוויון וההגינות, אל לנו לשכוח גם את עקרונות היעילות הכלכלית ואת 'היד הרועדת' כאשר התוצאה היא פסילת הצעה תוך גרימת הפסד של ממש לקופה הציבורית ולאינטרס הציבורי.."

תודה רבה שנה טובה, כתיבה וחתימה טובה

לקבלת העתק המצגת במייל, נא לשלוח דוא"ל ישיר לעו"ד תומר רייף :

tomerr@raiflaw.co.il

או ניתן ליצור קשר ישיר עם המזכירות בטלפון : **03-7155100** או בטלפון נייד : **050-6960357**