

שקיפות בדיני מכרזים על רקע מצב המלחמה

מוגש עבור לובי 99

1. מבוא

דיני המכרזים מסדירים את אופן התקשרותם של גופים ציבוריים לרכישת טובין ושירותים, וכן מסדירים את הנסיבות בהן מותר שלא לערוך מכרז (מצבים של פטור ממכרז), מהות ותוכן המכרז, אופן פרסום המכרז וכיצד מחליטים על הזוכה במכרז.

שיטת המכרז מאפשרת לחברות וספקים שונים להגיש את מועמדותם לביצוע נשוא המכרז, בצורה שוויונית בין כלל המציעים הפוטנציאליים העומדים בתנאי הסף שנקבעים במכרז. החובה המוטלת על גופים הציבוריים לקיים מכרז נובעת מההבנה שגופים אלה אמונים על משאבי ציבור ועל קופה ציבורית ועל כן קיימים תנאים שעליהם להתנהל על פיהם.

בהתאם לכך, הליך דיני המכרזים בישראל מכיל בתוכם שלבים רבים, ובמסגרתו מוטלות חובות שונות על הגוף הציבורי בבואו לבצע מכרז, שמטרתן לוודא הליך תקין. אחד האופנים המרכזיים באמצעותם ניתן לוודא את תקינות הליך המכרז, הוא על ידי שקיפות מרבית בניהול המכרז וכן למציעים למכרז. כאשר ההליך שקוף למתמודדים ולציבור, המועמדים למכרז יוכלו לנהל את הליך מועמדותם בשיקוף מלא בנוגע לדרישות אודותם, בעוד שהציבור יכול לפקח ולוודא כי ההליך מתנהל כראוי.

במסמך זה מוצגת אפוא סקירה רחבה הבוחנת את היקף חובת השקיפות החלה על גופים ציבוריים בהליך המכרזי כיום, את מקורותיה המשפטיים השונים, תוך השוואה למדינות שונות ברחבי העולם. לאור סקירה זו נגיע למסקנה כי הגם חובת השקיפות במכרז היא בעלת משקל משמעותי במשפט הישראלי, אך יש אופק לקדמה, במיוחד בהתנהלות בזמני חירום. לאחר סקירת המצב המצוי, המסמך יציג בסיכומו את המלצותיו לייעול ולקידום השקיפות בהליכי המכרז, בצורות מגוונות ושונות.

2. תקציר מנהלים

רקע: בפרק זה נבחן ממעוף הציפור את מהות המכרז ואת תכליותיו. לאחר מכן, נראה מדוע דיני המכרזים מסדירים תהליך משמעותי ורגיש ומה הן ההשלכות לכך במיוחד בסוגיית השקיפות. בסוף הפרק, נעסוק במצב הנתון במדינת ישראל, הן בתקופת שגרה והן בתקופות בהן המדינה נקלעת להתנהלות במצב חירום.

חקיקה: בפרק זה נסקור בצורה מפורטת את החוקים העוסקים בדיני המכרזים בכלל, ובתחום השקיפות בפרט. ראשית, נראה כי חוק חובת המכרזים, החקיקה הראשית המסדירה את חובת המכרזים מתווה בעיקרה מכילה עקרונות כלליים, ואינה כוללת היבטים מעשיים רבים. בהמשך, נסקור את חקיקת המשנה הכוללת פירוט מעמיק ופרקטי בנוגע לשקיפות שבמכרזים. לבסוף, נבחן את התמורות שנעשו בתחום, ואף כאלו שעודן בתהליך.

פסיקה : פרק זה יציג את גישת הפסיקה בנוגע לשקיפות בדיני המכרזים, ובו נציג את חובת הרשות המנהלית לנהוג בשקיפות לאורך כל ההליך המכרזי. נבין כי אף לפני חקיקת חוק המכרזים ביהמ"ש ראה בחומרה רשויות מנהליות אשר מונעות ממשתתפי המכרז לעיין במסמכים הרלוונטיים. נכיר כי דעת הפסיקה היא שגם במקרים בהם הרשות פטורה מהתקשרות בדרך של מכרז, זו נדרשת לקיים את ההליך לאור עקרונות השיוון והשקיפות. בנוסף, נבחין כי למרות שעקרון השקיפות הוא כלי למימוש האינטרס הכלכלי של המכרז, כאשר חלה התנגשות בין השויון לבין היעילות, ביהמ"ש יעניק בכורה לשויון ולשקיפות.

סקירת ספרות : בפרק זה נסקור את השקפת הספרות המשפטית בישראל על השקיפות בדיני המכרזים. תחילה, נציג את מטרות המכרז לגישת הספרות ונגלה שגם בהן יש התייחסות לצורך בשקיפות ומניעת שחיתויות בהליך. לאחר מכן נציג בקצרה את המושגים "בעיית הנציג" ו"שחיתות במכרז" כדי לגלות מדוע בהליך המכרז השניים עלולים להתקיים. לבסוף, נרחיב על רעיון השקיפות במכרז, לרבות השאלה כיצד ניתן להתגבר על בעיית הנציג והשחיתות דרך שקיפות בכלל ובכל שלבי המכרז בפרט.

סקירת משפט משווה : בפרק זה מובאת בחינה של דיני המכרזים באיחוד האירופי, וכן בניו זילנד ובקנדה. מדינות אלו בעלות ציון גבוה במדד השחיתות במדינות, מה שמעיד על קיומה של שחיתות נמוכה. נראה כי ניתן ללמוד רבות מיעילות הליך דיני המכרזים במדינות אלו, לרבות לגבי שקיפות ההליך המכרזי, וכיצד הן משפיעות על הפחתת השחיתות במדינה.

המלצות : בפרק זה נציע ארבע המלצות הנוגעות לאספקטים עליהם נעמוד בנייר זה. המלצות אלה בעיקרן הן : הלימת הפסיקה לחקיקה ראשית, עיגון פעילות במצבי חירום, יצירת כללי התנהגות לוועדת המכרזים, וצמצום סמכויות ועדות הפטור. ההמלצות תהיינה מגוונות כך שניתן יהיה לבחור מהן את הנתיהב האופטימלי ליעול השקיפות בהליך המכרזים.

3. תוכן עניינים

1	1. מבוא.....
1	2. תקציר מנהלים.....
3	3. תוכן עניינים.....
4	4. רקע.....
4	4.1 מטרות המכרז.....
4	4.2 פטור ממכרז וחריגים.....
5	5. חקיקה.....
5	5.1 חקיקה ראשית.....
5	5.2 חקיקת משנה ותקנות.....
7	6. פסיקה.....
7	3.1 חשיבות השוויון בדיני המכרזים.....
8	3.2 עקרון השקיפות בפסיקה עובר לחוק המכרזים.....
8	3.3 השקיפות לאורך שלבי המכרז.....
9	3.4 היקף השקיפות.....
10	3.5 הצורך בשקיפות גם בהתקשרות ללא מכרז.....
10	3.6 עקרון השקיפות מול עקרון היעילות.....
11	3.7 סיכום גישת הפסיקה.....
11	7. סקירה ספרותית.....
11	7.1 מטרות המכרז.....
12	7.2 שחיתות ובעיית הנציג.....
13	7.3 שקיפות.....
14	8. סקירת משפט משווה.....
14	8.1 האיחוד האירופי:.....
16	8.1.2 פרסום באתר TED.....
17	8.1.3 חובת הפרסום באתר הנציבות בהתאם לתקנות.....
18	1.5 חובת ציות מדינות האיחוד לדיני המכרזים.....
19	8.2 קנדה:.....
19	8.2.1 משפט מקובל:.....
20	8.2.2 הסכמי סחר בין לאומיים ומקומיים:.....
21	8.2.3 חוקים ותקנות:.....
21	8.2.4 קנדה כאחת ממדינות ה-OECD:.....
21	8.2.5 פרסום מקוון:.....
22	8.3 ניו זילנד.....
22	8.3.1 מקור החקיקה הראשי:.....
23	9. המלצות.....
23	9.1 המלצה ראשונה: הגברת השקיפות באמצעות זכות עיון במסמכי המכרז לצדדים שלא השתתפו בהליך.....

9.2 המלצה שניה : צמצום סמכותן של וועדות הפטור הפנימיות והגברת הסמכות של וועדת הפטורים המרכזית למשרדי הממשלה.....	24
9.3 המלצה שלישית : יצירת נוהל ברור למקרי חירום לאומיים המסדיר את תקנות המכרזים בעיתות אלו.....	24
9.4 המלצה רביעית : יצירת מסמך בעל מעמד מחייב מבחינה משפטית הכולל כללי התנהגות בשלבי המכרז.....	25

4. רקע

במדינת ישראל, על כל גוף ציבורי קיימת חובה לערוך מכרז לצורך ביצוע רכישה או קבלת שירות מגוף חיצוני. מכרז הינו הליך מנהלי במסגרתו נעשית פנייה פומבית לציבור להגשת מועמדות להתקשרות במכרז. כך, עורך המכרז חשוף להצעות מכלל הספקים הפוטנציאליים, ובכך הוא יכול לבחור את המועמד המתאים ביותר להתקשרות עימו.

4.1 מטרת המכרז

מטרתו של המכרז כפולה.¹ ראשית, מימוש האינטרס הציבורי להתנהלות תקינה של הגופים הציבוריים. בזכות ההליך המכרזי מוענקת לכלל האזרחים והספקים הזדמנות שווה להתמודד על אספקת השירות הנדרש. זאת, בניגוד למצב בו אין הליך מכרזי כהלכה, כך שספק מסוים עשוי להיות נותן השירותים הבלעדי של הגופים הציבוריים ללא פיקוח ראוי.

שנית, המכרז נועד לממש את האינטרס העסקי של הציבור. לציבור יש סך משאבים מוגבל ולכן יש לנהוג בו בכובד ראש ומתוך אחריות רבה לשימוש נכון בו. לכן, כאשר רשות ציבורית משתמשת בכספים שניתנו לה לצורך קידום האינטרס הציבורי, הרי שעליה לחסוך בהם ככל יכולתה ולהשיא מהם את מלוא התפוקה האפשרית. לאור זאת, השיטה המכרזית הינה הטובה ביותר, שהרי היא חוסכת ושומרת על כספי הציבור. שיטת המכרז מבטיחה כי בהינתן הצעות מגוונות העומדות לרשות, הן ברמות התשלום והן באיכות השירות ובסוגיו השונים, ההצעה המשתלמת ביותר ביעילותה ובעלותה תיבחר.² עם זאת, שיטת המכרז אינה נקייה מקשיים, ויש להיות ערניים לכך שעדיין קיימים פתחים לשחיתויות שונות אף כשעורכים מכרז.³ לדוגמא, ישנה תופעה המכונה "מכרז תפור". במכרז זה, יוצר המכרז "תופר" את מידותיו של המכרז כך שיתאימו לספק מסוים באמצעות הצבת תנאים מאוד ספציפיים שקשה עד בלתי אפשרי לספקים אחרים לעמוד בהם. כך, יוצר המכרז כמו "מוסר" את הזכייה בו לספק שיחפוץ בו ללא תחרות אמיתית, בעוד לעין חיצונית הדבר נראה תקין לחלוטין.⁴ כדי למנוע רעה חולה זו וכדוגמתה, קבע המחוקק עקרון יסוד בהליך המכרזי והוא חובת השקיפות, באמצעותה יוכלו האזרחים לעקוב ולבקר את טוהר המכרז.

4.2 פטור ממכרז וחריגים

¹ בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505, 511 (1976) (להלן: "עניין גוזלן").
² אורן שבת העתירה המינהלית והסעדים במכרזים ציבוריים 53 (2017) (להלן: "שבת").
³ דפנה ברק-ארז משפט מינהלי - משפט מינהלי כלכלי כרך ג 100 (2013) (להלן: "ברק-ארז, משפט מינהלי").
⁴ עע"מ 8196/08 אור הייטק בע"מ נ' עיריית אילת (נבו) 10.11.2009.

למרות חיוב עריכת המכרזים על גופים ציבוריים, במדינת ישראל רוב מוחלט של התקשורות המדינה מתבצעות בפטור ממכרז פומבי. מחקר שסקר את נתוני מנהל הרכש הממשלתי חשף כי 85% מתוך הרכישות של גופי הממשלה לא נעשו באמצעות מכרז.⁵ ברם, על אף הנתון הקשה, לא ניתן להסיק ממנו בהכרח על קיומן של שחיתויות כאלו ואחרות בפועל, וניתן להניח שהחתימה העצומה לפטור ממכרזים נובעת מרצון לקצר בהליכים ולחסוך בזמן. עם זאת, וודאי שהמצב אינו חיובי והוא מהווה פרצה הקוראת לגנב. מציאות מסוכנת זו מחייבת טיפול והתייחסות לאלתר, אדרבה כאשר מדינת ישראל כבר כיום נמצאת ברף שחיתות לא מיטבי.⁶

לעיתים, במצבי חירום, ועל מנת לייעל תהליכים, מדינת ישראל נוקטת בקיצור הליכים ומאפשרת הקלות בדיני מכרזים. לדוגמא, בשבעה באוקטובר 2023 מדינת ישראל ידעה את אחד מאסונותיה הגדולים ביותר – במהלך פעולת טרור, אלפי מחבלי חמאס חדרו למדינת ישראל מרצועת עזה, רצחו והשחיתו ללא הבחנה והשאירו אחריהם קרקע חרבה.⁷ כדי לשקם את יישובי עוטף עזה הקימה ממשלת ישראל את "מנהלת תקומה" שמטרתה לבנות מחדש את הקיבוצים ולהפיח חיים חדשים במקום.⁸ לצורך מימוש מטרה לאומית זו בזמן מהיר ככל הניתן, הודגש הצורך להאיץ את הליכי השיקום. בשל כך, הוחלט להעניק למנהלת תקומה מספר הקלות מנהליות בדיני מכרזים, אותן נציג בהמשך. הקלות אלו, וצמצום השקיפות שבא בעטיין, מהווים סיכון לשחיתות במנהלת תקומה וסיכוי ליצירת תקדים שלילי לצמצום השקיפות במקרי חירום אחרים, אף אם קלים יותר.

הקלות מסוימות בהליכי מכרזים בעתות משבר אינן דבר חדש ויש לכך תקדים מהתקופה בה מדינת ישראל היתה במשבר רפואי כתוצאה מנגיף הקורונה. בשונה משאר גופי המדינה, משרד הבטחון נהנה תמידית מתנאים פחות קפדניים בכל הקשור למכרזיו עקב סודיותם וחשיבותם.⁹ בשל כך, הורה שר האוצר דאז, לאפשר למשרד הבריאות לערוך מכרזים דרך משרד הבטחון ובכך לייעל ולהאיץ את הטיפול במשבר.¹⁰

5. חקיקה

5.1 חקיקה ראשית

החוק המרכזי האוגד בתוכו את עיקרי דיני המכרזים הינו **חוק חובת המכרזים**.¹¹ למעשה, החוק קצר ורזה למדי ואינו מקיף הרבה.¹² דלותו של החוק באה לידי ביטוי, בין היתר, בכך שאין בו ולו התייחסות אחת לעקרון השקיפות ולמשתמע ממנו, דבר המהווה חיסרון משמעותי עקב חשיבות השקיפות שהצגנו לעיל. בעקבות כך, לאחר כשנה הותקנו תקנות שמטרתן למלא את החללים שהחוק הותיר ריקים.¹³

5.2 חקיקת משנה ותקנות

⁵ Arie Reich, *The 2009 Reforms of Israel's Mandatory Tendering Regulations: One Step Forward, Two Steps Backward?*, 24 PPLR 193 (2015) (להלן: **רייך**, רפורמת 2009).

⁶ <https://www.transparency.org/en/countries/israel>

⁷ משרד ראש הממשלה "הקבינט המדיני-ביטחוני אישר את מצב המלחמה" (הודעת דוברות 08/10/2023).

⁸ החלטה 980 של הממשלה "הקמת מנהלת לשיקום ולפיתוח חבל 'התקומה' ואוכלוסייתו" (19.10.2023).

⁹ תקנות חובת המכרזים (התקשורות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993.

¹⁰ תקנות חובת המכרזים (התקשורות משרד הבריאות הנדרשות לצורך התמודדות עם נגיף הקורונה) (הוראת שעה), התשפ"א-2020.

¹¹ חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

¹² גבריאלה שלו "מכרזים ציבוריים לאחר חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992" **משפט וממשל** ב' 455, 456 (התשנ"ה).

¹³ תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: "התקנות").

תקנות חובת המכרזים הינו מסמך עשיר ומפורט המספק תשובות רבות ומענה רחב להתנהלות במכרז בנושאים שונים, לרבות לסוגיית השקיפות בהליך המכרז. תחילה, מוצגת הצהרת כוונות לפיה גופים ציבוריים מחויבים לערוך מכרזים בצורה שקופה ככל האפשר לפי נסיבות המקרה.¹⁴ כהשלכה ישירה לכך, התקנות מציגות כיצד השקיפות תיושם באופן פרקטי. לדוגמא, כאשר מכרז מתנהל בצורה הקלאסית, פתיחתו תפורסם על פי כללים ברורים,¹⁵ תנאי ודרישות הרשות מהספק יוצגו,¹⁶ וכן תיפתח תיבת ההצעות ובדיקתן תתועד.¹⁷

יחד עם זאת, ישנם מצבים יוצאי דופן בהם ההליך המכרזי אינו מתנהל כבדרך כלל או אף אינו קורה בכלל. לכן, הותקנו תקנות הממצקות את עקרון השקיפות גם כשישנה סטייה מדרך המלך. למשל, במידה וגוף ציבורי החליט שלא לערוך מכרז חלה עליו החובה לפרסם מדוע בחר כך.¹⁸ כמו כן, כאשר נוצר מצב של משא ומתן עם המועמדים, הדברים יתועדו בפרוטוקול.¹⁹ חובות אלו, לצד רבות אחרות המופיעות בתקנות חובת המכרזים, מוודאות כי ההליך המכרזי יתבצע בצורה השקופה ביותר. יש לציין כי ישנה חקיקת משנה נוספת מוקדמת יותר ואף פחות נוקשה, המסדירה את דיני המכרזים ביתר פירוט באופן ספציפי לעיריות²⁰ ולמועצות מקומיות.²¹

עם השנים הצטברה ביקורת רבה במשרדי הממשלה על סרבול ההליך המכרזי ועל הקשיים והעיכובים שהוא גורם, ביניהם חובת תיעוד קפדנית, ריבוי בירוקרטיה בהליך יצירת המכרז וחובת מתן פרק זמן ארוך להגשת הצעות. כל אלו, שואבים מהמשרדים השונים כוחות ומשאבים רבים. בשל כך, בשנת 2009 נעשתה רפורמה משמעותית בתקנות חובת המכרזים.²² בין השינויים המשמעותיים שנערכו בתיקון, היה הקמת וועדת פטור פנים משרדית שבכוחה לאשר פטור ממכרז לסכום של עד ארבעה מיליון שקלים.²³ לאותן וועדות פטור, עומדות לא פחות מ-30 עילות פטור שונות ממכרזים. השימוש השכיח ביותר נעשה בשתי עילות: עילת "הארכת התקשרות קיימת", המאריכה התקשרות קיימת ללא צורך בעריכת מכרז חדש, ומהווה כ-41% מהפטורים. ועילת "ספק יחיד", הטוענת כי את השירות המבוקש יכול לספק רק ספק אחד ורק הוא בלבד, המהווה כ-28% מהפטורים. לפי מחקרו של פרופסור אריה רייך, אחוזי השימוש בפטורים ממכרזים עלה בכ-20% תוך שלוש שנים בלבד מכניסת הרפורמה בתקנות לתוקף, נתון שלפי רייך גבוה בהרבה מהרצוי במדינה מתוקנת.²⁴

בשנים האחרונות משרד האוצר עמל על החלת רפורמה מקיפה נוספת בדיני המכרזים. על פי טיוטה ראשונית שפורסמה להערות הציבור,²⁵ השינויים המשמעותיים בתחום השקיפות הינם: ביטול חובת פרסום מכרזים בעיתונים מודפסים, בתואנה לחוסר יעילות ועלות גבוהה, ומצד שני הגדלת החשיפה של אתר מנהל הרכש הממשלתי בו מפורסמים המכרזים הפומביים. בנוסף, על עורך המכרז תחול חובת פרסום הזוכה בו, נתון

¹⁴ שם, בס' 1א (א) לתקנות.

¹⁵ שם, בתק' 15.

¹⁶ שם, בתק' 17.

¹⁷ שם, בתק' 19 ו-20.

¹⁸ שם, בתק' 1ג ו-9.

¹⁹ שם, בתק' 7.

²⁰ תקנות העיריות (מכרזים) לקבלת עובדים ברשויות המקומיות), התש"ס-1979. וגם- תקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987.

²¹ תקנות הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), התשל"ג-1973.

²² תקנות חובת המכרזים (הוראת שעה) (תיקון), התש"ע-2009.

²³ שם, תק' 10א(ב)(2).

²⁴ רייך, רפורמת 2009, לעיל ה"ש 5.

²⁵ טיוטת תקנות חובת המכרזים, התשפ"ב-2022.

שעד היום היה קשה מאוד להשיג. כמו כן, מוגברת זכות העיון לציבור במסמכי וועדת המכרז לאחר הזכייה בן.

בעקבות מלחמת חרבות ברזל, שר הפנים משה ארבל התקין תקנות זמניות לפיהן עיריות,²⁶ מועצות מקומיות²⁷ ומועצות אזוריות²⁸ תוכלנה להאריך את משך התקשרותן עם ספקים ללא צורך במכרז. הארכה זו, תוכל להתרחש רק אם הרשות לא יכולה לערוך מכרז כתיקונו בשל המלחמה. כמו כן, הארכה זו אינה תעלה על שישה חודשים ומחיר השירות שתקבל הרשות זהה למחיר שקיבלה עד כה. בנוסף, ועדת המכרזים תעניק את אישורה לכך תוך פרסום נימוקי החלטתה.

כאמור לעיל, גם מנהלת תקומה זכתה בהקלות משמעותיות בכל הכרוך בחובת מכרזים ועריכתם. בין ההקלות, ניתן למצוא פטור גורף מחובת ביצוע מכרזים לאיוש משרות במנהלה,²⁹ מתן כוח לוועדת הפטור של מנהלת תקומה לאשר עסקאות ללא מכרז עד סכום כפול מהוראת החוק הרגיל עד לסך של שמונה מיליון שקלים.³⁰ כמו כן המנהלה תוכל לרכוש מספקים ללא אישור ועדת הפטור בסכומים של עד 100,000 ש"ח שגם כאן, הועלה הרף בפני שתיים.³¹ שורת הקלות אלו מצטרפת לעוד הנחות מנהליות רבות שניתנו למנהלת תקומה בענייני מכרזים, שאת חלקן הצגנו לעיל.

6. פסיקה

לאורך השנים הכירה הפסיקה בעקרונות השוויון ומניעת משוא פנים ובעקרון היעילות כתכליות המרכזיות בדיני המכרזים.³² מן הפסיקה גם עולה כי שיטת המכרז נועדה ליצור שילוב בין האינטרס הציבורי – הכולל שוויוניות וטוהר מידות, מניעת שחיתות ומשוא פנים, ובין האינטרס העסקי – השואף להפקת יעילות כלכלית מקסימלית.³³ סקירה זו תתמקד בעקרון השקיפות אשר מהווה כלי מרכזי למימוש תכליות אלו.³⁴

3.1 חשיבות השוויון בדיני המכרזים

שוויון במכרז מופיע בשני אופנים.³⁵ ראשית, שוויון בזכות ההשתתפות במכרז מלכתחילה, קרי הזדמנות שווה לכל מי שעומד בתנאי הסף. שנית, שוויון באפשרות הזכייה במכרז.³⁶ משמע, ניהול התחרות בצורה שוויונית בהתאם לכללים ולאמות מידה אשר נקבעו מראש. זאת, על מנת למנוע קיומו של מכרז אשר "נתפר" מבעוד מועד עבור ספק מסוים.

על משקלו המשמעותי של השוויון בדיני המכרזים ניתן ללמוד מפרשת **קראון**,³⁷ בה קבע השופט אלון כי עקרון השוויון הוא "נשמת אפו של מכרז רשות ציבורית" ואילו מתן יתרון מקדמי כלשהו למי מהמשתתפים במכרז, חותר תחת יסוד השוויון ומהווה פגם מהותי.³⁸ דוגמא דומה לכך ניתן למצוא בפרשת **אילן**,³⁹ אשר

²⁶ תקנות העיריות (מכרזים) (הוראת שעה), התשפ"ד-2023, ק"ת 10905.

²⁷ צו המועצות המקומיות (הוראת שעה), התשפ"ד-2023, ק"ת 10905.

²⁸ שם.

²⁹ החלטה 2196 של ועדת שירות המדינה "פטור מכרז למשרות זמניות במנהלת תקומה, במשרד ראש הממשלה" (29.10.2023).

³⁰ ס' (1)(1)(ד)(ב)(2)(ג) לתקנות חובת המכרזים (חרבות ברזל – התקשרויות מינהלת תקומה) (הוראת שעה), התשפ"ד-2023.

³¹ שם, בתקנה 3(1)(א).

³² עע"מ 703/87 קראון נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מה(2) 512 (1994).
³³ עניין גוזלן, לעיל הי"ש 1.

³⁴ עומר דקל מכרזים, כרך א פרק שני 97 (2004) (להלן: "דקל").

³⁵ ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה, מג(1) 441, 465-467 (1989).

³⁶ שם.

³⁷ בג"ץ 703/87 קראון נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מה(2) 512 (1994).

³⁸ שם, בפסי' 9 לפסק הדין של השופט אלון.

³⁹ בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817, פסי' 10 לפסק הדין של השופט חשין (2004).

עסקה בשאלה האם פגישת חבר וועדת המכרזים עם אחד מהמועמדים טרם הוועדה מהווה פגם בהליך המכרזי. באותו עניין נקבע כי עקרון השוויון הוא הבריא המרכזי במכרז ציבורי, ומשמעותו מתן שוויון הזדמנויות לכל המועמדים ולכל הצעות המכרז.

3.2 עקרון השקיפות בפסיקה עובר לחוק המכרזים

כפי שצוין בפרק הקודם, כיום תקנות חובת המכרזים מחילות את חובת השקיפות על מנהל המכרז, והיא באה לידי ביטוי בכל שלבי המכרז – החל מפרסום פרטיו בשלב הראשוני וכלה בחשיפת המסמכים, דיווח וקיום פרוטוקולים בעת פרסום התוצאות.⁴⁰ אולם, טרם חקיקת חוק המכרזים, ההנחיות בדברי חובות המכרז היו קבועות בהוראות התכ"ם (תקנות כסף ומשק) בהן מרוכזות הוראות החשב הכללי לאופן ביצוע התקשרויות, וחייבו את הרשויות המקומיות בלבד. הנחיות אלו לא היוו נורמה מחייבת עבור הממשלה, וכן חובת השקיפות בהן הייתה מצומצמת.⁴¹

חרף היעדר חובת השקיפות, נראה כי בית המשפט העליון דאז הביע מורת רוח מהחלטות רשויות מקומיות שלא אפשרו למשתתפי המכרז לעיין במסמכים.⁴² כך ניתן לראות בעניין **מודול**,⁴³ העוסק בעתירה נגד ועדת המכרזים של עיריית חולון אשר העדיפה הצעת מתמודדת מסוימת, על אף שהיו הצעות זולות ממנה. הנשיא לנדוי בא בטרוניה כלפי הוועדה על חוסר הגילוי המלא של עובדות המשא ומתן, כגון חשיפת פרוטוקול הדיונים וצילום מסמכי המכרז.

3.3 השקיפות לאורך שלבי המכרז

א. שקיפות בניסוח תנאי המכרז

אחד מהשלבים המהותיים לקיומה של השקיפות הוא שלב ניסוח תנאי המכרז על ידי וועדת המכרזים. ניתן לראות בפסיקה גישה לפיה אי פרסום קריטריונים ואמות מידה לבחירת הזוכה מהווה פגם במכרז, אשר במקרים מסוימים אף עשוי להוביל לבטלותו:

למשל, בעניין **אבן הבונים** נקבע כי וועדת המכרזים נהגה שלא כדין כאשר השתמשה באמות מידה שלא פורטו במכרז ולא הובאו מראש לידיעת המועמדים.⁴⁴ דוגמה נוספת ניתן לראות בעניין **רשות הנמלים**,⁴⁵ שם נקבע כי הדרישה לפרסם את אמות המידה לבחירת הזוכה במכרז, נגזרת מחובת הרשות להודיע על הקריטריונים להכרעתה. בכך הרשות מאפשרת למשתתפים להעריך בצורה מיטבית את סיכויי זכייתם.

בפרשת **מילגם** לא פורסמו מבחני העזר אשר שימשו את הוועדה לבחינת איכות המציעים.⁴⁶ תקנות חובת המכרזים קובעות חובת פרסום של אמות המידה, אך אינן קובעות במפורש חובת פרסום של משקלן.⁴⁷ בית המשפט פסק כי ראוי לכלול בתנאי המכרז המפורסמים את אמת המידה של המשתתפים וכן את משקלה. זאת, כיוון שבהיעדר פרסום זה ועדת המכרזים עלולה לנתב את משקלו של כל קריטריון למאפייניו של

⁴⁰ סי' 114 לחוק חובת המכרזים; תק' 15, 21(ד) ו-תק' 17 לתקנות.
⁴¹ עומר דקל **חובת המכרזים של גופים מנהליים** פרק שמיני 362-365 (2001); מרכז המחקר והמידע של הכנסת **סמכותם של משרדי ממשלה לקיים התקשרויות בהליך של פטור ממכרז ושקיפות הנתונים על התקשרויות אלה** (2016).
⁴² ע"א 6926/93 **מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ**, מח(3) 749 (1994).
⁴³ בג"ץ 37/82 **מודול בטון בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית חולון**, פ"ד לו(2) 545 (1982).
⁴⁴ ע"א 3744/94 **אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות**, פ"ד נ(5) 059 (1996).
⁴⁵ ע"מ 7357/03 **רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאם וניהול פרויקטים בע"מ**, פ"ד נט(2) 145, פס' 23 לפסק הדין של השופטת ביניש (2004).
⁴⁶ ע"מ (חי) 7911-05-11 **מילגם שירותים לעיר בע"מ נ' מועצה אזורית מעלה יוסף** (נבו 21.12.2011).
⁴⁷ תק' 17(ב)5 לתקנות.

הזוכה.⁴⁸ בעניין **עבדאללה** נקבע כי על מנת לשמור על עקרון השוויון, על מסמכי המכרז להיות מפורשים ומשוקפים לציבור ודי בעובדה זו בלבד כדי להביא לביטול המכרז.⁴⁹

ב. שקיפות בעבודת וועדת המכרזים

לפי תקנות המכרזים על וועדת המכרזים חלה חובה לפעול בשקיפות, לנהל פרוטוקול ולנמק את החלטותיה.⁵⁰ הפסיקה מתארת באופן גורף דרישה לשקיפות מוגברת בעבודת הוועדה כדי להבטיח שוויון בהליך הבחירה.

כך למשל בעניין **מספנות**,⁵¹ נקבע כי בהתאם לחוק ולתקנות, על וועדת המכרזים של חברת החשמל לנהל פרוטוקול דיונים. בנוסף, כל מסמכי המכרז וכן ההצעות שמונחות על שולחן הוועדה, חייבים להיות פתוחים בפני כל משתתפי המכרז, בכפוף לזכויות חיסיון מוגדרות.

עניין **אילן** משמעותי לענייננו,⁵² במסגרתו נקבע כי עקרון השקיפות של וועדת המכרזים מורכב משלושה מרכיבים: דיווח, תיעוד וגילוי.⁵³ רכיב הדיווח מטיל חובה על כל חבר וועדה לדווח על נתונים העשויים להשפיע על ההחלטה, כגון קשר או היכרות מוקדמת עם אחד מהמועמדים. רכיב התיעוד הוא בעיקרו קיום פרוטוקול; ועדת המכרזים חייבת לרשום פרוטוקול אשר ישקף את עיקרי המידע שהובא לפניה ואת ההחלטות שהתקבלו לאורו, שכן זכותם של המועמדים לדעת כיצד ועל בסיס איזה מידע התקבלו ההחלטות. רכיב הגילוי משמעו חובת הגילוי הכללית המוטלת על הוועדה כלפי המשתתפים, לפיה מסמכי רשות ציבור פתוחים לעיון לפני הנוגע בדבר.⁵⁴

ג. שקיפות בפרסום תוצאות המכרז

לפי תקנות חובת המכרזים, לכל משתתף במכרז תימסר הודעה על החלטת הוועדה וכן תינתן לו זכות עיון בהתאם.⁵⁵ אולם, החוק לא מפרט על המועד למתן ההודעה. הדבר מעלה קושי, שכן לפי תקנות בתי משפט לעניינים מנהליים ניתן להגיש עתירה מנהלית רק עד ארבעים וחמישה יום מפרסום ההחלטה כדן.⁵⁶ משכך, פרסום חלקי או השהיית פרסום תוצאות המכרז, עלולים לפגוע במציע שמועמדתו נדחתה והוא מעוניין לעתור נגד החלטת הוועדה.⁵⁷ על כן, קבע בית המשפט בפרשת **כרמלי** כי יש לשלוח הודעה על אי זכיית ההצעה לכל מי שהשתתף במכרז, באותו מועד בו נשלחת ההודעה לזוכה.⁵⁸

3.4 היקף השקיפות

חרף מגמת הפסיקה לדרישת שקיפות מלאה הן בהכנת המכרז והן בבחירת הזוכה, השקיפות אינה מוחלטת. לדוגמה, עניין **נור** עסק בשאלה האם המחיר שהוצע ע"י הזוכה נחשב ל'סוד מסחרי' הנופל תחת מידע חסוי.⁵⁹

⁴⁸ לעניין זה נקבע כי בכל הנוגע לפרסום משקלן של אמות המידה הנוגעות לטיב המציע, יש לוועדת המכרזים חשיבות רבה יותר ובאפשרותה להחליט על פי עקרונות המנהל הציבורי, האם לפרסם משקלה של כל אמת מידה. כמו כן, החלטת וועדת המכרזים שלא לפרסם משקלן של אמות המידה, נתונה לביקורת שיפוטית; ראו גם עניין **רשות הנמלים**, לעיל ה"ש 45 עמ' 146.

⁴⁹ עת"מ (חיי) 14-12-39567 עו"ד **עבדאללה נ' מכר** (30.3.2015).

⁵⁰ אבינועם מגן **המשפט האזרחי והמאבק בשחיתות** פרק ב' 90 (2020) (להלן: "מגן"); תק' 31(ב), 2(ג)7 ו-3(ג)7 לתקנות.

⁵¹ עניין **מספנות**, לעיל ע"ש 42, בפס' 65 לפסק הדין של השופט חשין.

⁵² עניין **אילן**, לעיל ה"ש 39.

⁵³ שם, בעמ' 833-840.

⁵⁴ שם, בעמ' 839.

⁵⁵ תק' 21(ד) לתקנות.

⁵⁶ תקנה 3 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2001.

⁵⁷ עניין **מגן**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 91.

⁵⁸ עת"מ (י-ם) 535/02 ש.ח.ן **כרמלי עבודות קבלניות בע"מ נ' המועצה הדתית בית שמש**, 9 (נבו) 23.7.2002.

⁵⁹ עת"מ (ת"א) 1440/08 **נור חומרי ניקוי שיווק והפצה בע"מ נ' מדינת ישראל** משרד הבטחון (נבו) 7.5.2008.

בית הדין קבע כי עיקרון השקיפות אינו דורש מהגופים המתחרים לחשוף סודות מסחריים שעשויים לפגוע בהם. כמו כן, בשאלה האם המידע מהווה 'סוד מסחרי', יש לשקול את אינטרס הגנת המידע אל מול גילוי. נקבע כי מחיר אינו נחשב סוד מסחרי, שכן הוא חזית ההצעה והסתרתו עשויה לפגוע בתקינות ההליך ובאפשרות לבקרו. אולם כן ישנם דברים העשויים להיות מוגנים משקיפות תחת אינטרס מסחרי אשר עשוי להיפגע.

מעיון מעמיק בפסיקה עולה כי למרות שתקנות חובת המכרזים מעניקות זכות עיון רק למשתתפי המכרז,⁶⁰ ישנה חשיבות לשקיפות גם כלפי מי שאינו משתתף במכרז. עשויים להיות בעלי עניין במסמכי המכרז אשר אינם נמנים עם משתתפיו, שחשיפתם למסמכים עשויה לסייע בביקוח ובמניעת משוא פנים. דוגמא לכך ניתן למצוא בעניין **בלוק אבני**,⁶¹ בו העותרת לא השתתפה במכרז אך הבחירה בזוכה המסוים הייתה עשויה לפגוע בעסקיה. למרות היעדר חובה המורה להעניק לה זכות עיון, מנהל המכרז אפשר לה לעיין במסמכים. בפסק דין זה ביהמ"ש הרחיב את זכות העמידה בהתדיינויות העוסקות בדיני מכרזים, והזכות ניתנת כאשר לעותר אינטרס אישי שנפגע מהחלטת הרשות.

3.5 הצורך בשקיפות גם בהתקשרות ללא מכרז

תקנות המכרזים מאפשרות פטור ממכרז במספר מצבים מסוימים.⁶² אולם, יוצא כי חשיבותה של השקיפות בהתקשרויות אלו מקבלת משנה תוקף. שכן כאשר ההתקשרות הינה ללא מכרז, מוגבר החשש לפגיעה בטוהר המידות.⁶³ דוגמא לכך ניתן למצוא בעניין **שבדרון**,⁶⁴ בו עיריית רחובות אפשרה להציב שלטים באזורים מסוימים ללא מכרז, בעוד עסק אחר זכה במכרז להצבת שלטים באזורים אלו. בפסק הדין הודגשה חובת הרשות לנהל את ענייניה באופן שיש בו מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לציבור, הקיימת גם כאשר אין מדובר במכרז פורמלי. פטור ממכרז, אפוא, אינו פוטר את הרשות הציבורית מחובת הנאמנות כלפי הציבור אותו היא משרתת.

3.6 עקרון השקיפות מול עקרון היעילות

כאמור, אחת ממטרותיו של מגנון המכרז הינה לאפשר התקשרות אופטימלית מבחינה כלכלית, שכן בנכסי וכספי ציבור עסקינן.⁶⁵ אולם, לעיתים הרצון להתקשר בעסקה היעילה ביותר לא עולה בקנה אחד עם ניהול הליך שוויוני. פעמים רבות, עקרון השקיפות עלול לפגוע באינטרס היעילות, שכן התכלית העסקית שואפת לבצע הליך רכש מהיר, נטול פרוצדורות ועיכובים שעשויים לייקר את השירות או את הטובין הנרכשים.

הגישה הנוהגת בפסיקה היא שכאשר שתי המטרות האמורות אינן מתיישבות זו עם זו, תהיה עדיפות לעקרון השוויון והשקיפות על פני האינטרס הכלכלי: כך ניתן לראות בקביעה בעניין **אמישראל**, כי למרות ששיקול היעילות נוטה לבחירת חברה אחת, יש לתת מעמד בכורה לשוויון ההזדמנויות.⁶⁶ עם זאת, ניתן לזהות בפסיקה מגמה הרואה בעקרון השקיפות עצמו ככזה העשוי לקדם את היעילות, באופן שאינו מציג סתירה

⁶⁰ תקי' 21(ה) לתקנות.

⁶¹ עת"מ (חי') 30940-08-18 **בלוק אבני הצפון תעשיות בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל** (נבו) 22.11.2019. (להלן: "עניין בלוק אבני").

⁶² תקי' 3 ו-39 לתקנות.

⁶³ עניין **דקל**, לעיל ה"ש 34, בפרק רביעי 282.

⁶⁴ עע"מ 9660/03 **עיריית רחובות נ' אילן שבדרון**, פ"ד נט(6) 241 (2005).

⁶⁵ עניין **דקל**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 98.

⁶⁶ עע"מ 5949/07 **אמישראל - גז טבעי בע"מ נ' פז-גז (1993) בע"מ** (נבו) 24.4.2008.

ביניהן. כך, למשל, בעניין נור נקבע כי שקיפות המחירים של החברות המציעות תזכה לרוב את הרשות בתוצאה הכלכלית הטובה ביותר.⁶⁷

3.7 סיכום גישת הפסיקה

לסיכום, נראה כי גישת הפסיקה בנוגע לשקיפות בדיני המכרזים היא ברורה ומפורשת – על הרשות המנהלית לנהוג בשקיפות לאורך כל ההליך המכרזי, מתחילת כתיבתו ועד לפרסום תוצאותיו. עוד טרם חוק המכרזים, ביהמ"ש ראה בחומרה רשויות מנהליות אשר מונעות ממשותפי המכרז לעיין במסמכים הרלוונטיים. וכן, גם במקרים בהם הרשות פטורה מהתקשרות בדרך של מכרז, נדרש ממנה לקיים את ההליך לאור עקרונות השיוון והשקיפות. עם זאת, השקיפות אינה מוחלטת ולא ניתן לחשוף מכוחה סודות מסחריים העשויים לפגוע במשתתפי המכרז. בנוסף, למרות שעקרון השקיפות הוא כלי למימוש האינטרס הכלכלי של המכרז, כאשר חלה התנגשות בין השוויון לבין היעילות, ביהמ"ש יבכר את השוויון והשקיפות על פני האינטרס הכלכלי. זאת לאור תפקידו המרכזי של עקרון השקיפות בדיני המכרזים ככלי המסייע להגשמת השוויון, למניעת משוא פנים ולשלילת קיומו של מכרז הנתפר מראש לספק או עסק מסוימים.

7. סקירה ספרותית

7.1 מטרות המכרז

על דרך מה שראינו, עולה מסקירת ספרות המחקר אודות דיני המכרזים, כי למכרז שלוש מטרות עיקריות: יעילות כלכלית: אחת ממטרות המכרז היא ליצור התקשרות חוזית בסביבה תחרותית, ההנחה היא שמכך תגיע ההתקשרות היעילה ביותר עבור הרשות המנהלית ועבור הציבור בכללותו.⁶⁸ היעילות כוללת בתוכה גם את האינטרס הציבורי שההתקשרות נועדה להשיג. במדינות רבות יעילות כלכלית הינה הסיבה היחידה לעריכת מכרזים.⁶⁹ שוויון: המכרז מעניק הזדמנות לכל פרט בחברה להתמודד על ההתקשרות החוזית עם הרשות בתנאים של שוויון והגינות.⁷⁰ בדרך זו, המכרז משמש ככלי מקדם ומבטיח הזדמנות שווה למציעים להשתתף במכרז, וכן שוויון בניהול המכרז ובבחירת הזוכה.⁷¹ מניעת שחיתות ומשוא פנים: מנגנון המכרז נועד להתמודד עם בעיית הנציג, ולמנוע התקשרות ממניעים זרים או שוחד.⁷² כלומר, המכרז פועל למניעת הפגיעה בטוהר המידות והקטנת החשש מפני קבלת החלטה במשוא פנים.⁷³

את המטרות לעיל ניתן לחלק לשתי תכליות יסוד עיקריות: תכלית עסקית – קבלת ההצעה האופטימלית עבור הרשות, ותכלית ציבורית – הקפדה על כללי שוויון, יושר והגינות.⁷⁴ לפי התפיסה הרווחת למטרה העסקית יכולה להיות השפעה כלכלית גדולה על המשק עקב היקף המכרזים הגדול והתקציבים הגבוהים של ההתקשרויות במכרז.⁷⁵ לכן, ביצוע רכישות באופן שסוטה מתכלית זו עלול למזער את יכולת הרשות לנהל את תקציביה בצורה ראויה ומיטבית. לצד זאת, ביצוע רכישות ממשלתיות באופן הפוגע במטרה הציבורית,

⁶⁷ עניין נור, לעיל ה"ש 59.

⁶⁸ דקל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 40.

⁶⁹ שם.

⁷⁰ שם.

⁷¹ יגאל מרזל "פגם ברבות להצעה במכרז ושאלת המידתיות" משפטים מה 203, 210 (2015) (להלן: "מרזל").

⁷² עניין דקל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 93.

⁷³ עניין מרזל, לעיל ה"ש 71.

⁷⁴ עניין שבת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 60.

⁷⁵ שם.

כלומר הליך אשר פוגע בעקרון השוויון, היושר וההגינות, עלול להשפיע על אמון הציבור בשלטון, וכן עשוי לפגוע בנכונות הציבור לקיים את חובותיו האזרחיות. יוצא, אפוא, כי פגיעה בעקרון השוויון עלולה לגרום לבעיה חברתית. כאשר נוצר הצורך להכיר את הגורם המחליט או לשלם שוחד על מנת לזכות במכרז, נוצרת חברה מושחתת, המתקשה לשמר ערכים של הגינות, יושר, התנדבות ועוד.⁷⁶

דיני המכרזים כפופים לדיני החוזים, שכן המכרז ידוע כהליך הטרם חוזי של הרשות. בהליכים אלו כפופה הרשות לשתי מערכות דינים, מערכת הדינים הציבורית ומערכת הדינים הפרטית.⁷⁷ מכוח המערכת הציבורית על הרשות לפעול בהגינות, סבירות ושוויון תוך הקפדה על כללי הצדק הטבעי. במסגרת המערכת הפרטית, הרשות כפופה לנורמות משפטיות מדיני הנויקין, עשיית עושר והשתק בדיני החוזים – אשר גם בהם גלום עקרון השוויון.⁷⁸

7.2 שחיתות ובעיית הנציג

7.2.1 בעיית הנציג:

בעיית הנציג היא בעיה הקיימת במסגרת יחסי שולח-שלוח, כאשר הנציג (השלוח) נדרש לבצע משימה או לקבל החלטה בשם השולח, ולעיתים נתקל באינטרסים חיצוניים לאינטרס של השולח.⁷⁹ במערכת יחסים זו, קיים מתח תמידי בין חובתו של הנציג לשרת נאמנה את השולח, ובין הרצון האישי של הנציג למקסם ולקדם את האינטרסים האישיים שלו. אחת הסיבות העיקריות המאפשרות את בעיית הנציג היא "אסימטריות המידע" – כאשר לנציג מידע רב יותר משיש לשולח, כך שביכולת הנציג לנצל את המידע הרב שלרשותו, לטובת האינטרסים האישיים שלו.⁸⁰

בהליך המכרז ניתן לראות את השלטון בדמות השולח ואת עורך המכרז כנציגו, וכן כי מכרזים ציבוריים הם קרקע פורייה לקיום אסימטריות מידע, העשויה לעורר את בעיית הנציג בחריפות. עורך המכרז הוא בעל ידע רב בכל הקשור לפירטי ההתקשרות. למשל, זהות המציעים ופרטי ההצעות שהוגשו, הרקע הרלוונטי לפרסום המכרז, גובה התקציב ועוד. בעיית הנציג תתקיים במידה ועורך המכרז יעשה שימוש במידע לטובת קידום האינטרסים האישיים שלו. ניקח לדוגמה את בעיית הנציג בקרב גורמי הייעוץ – ייתכן פער בין אינטרס היועצים הפנימיים של ועדות המשנה, המורכבות מעובדי היחידה שעורכת את המכרז, לבין אינטרס היועצים החיצוניים של משרד המתקשר. גורמי הייעוץ השייכים למשרד המתקשר, למעשה מייצגים את הגורם עבורו מתבצעת ההתקשרות החוזית, לכן הייעוץ של אותם גורמים עלול להיות מוטה ומושפע משיקולי העדפה אישית ולא משיקולי טובת הציבור בצורה מלאה.⁸¹ מלבד זאת, לא תמיד קיימת התאמה בין אינטרס השלטון

⁷⁶ עניין **דקל**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 93.

⁷⁷ גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 134-135 (1999).

⁷⁸ שם.

⁷⁹ עניין **שבת**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 120-129.

⁸⁰ שם.

⁸¹ מעיין מנשה "התמודדות עם בעיית הנציג בהליך המכרז – הסדרת עבודתם של גורמי הייעוץ המקצועיים" משפטים מו, 115 (2017) 119-123.

לבין האינטרס של עורך המכרז, השלטון ועורך המכרז אינם חשופים לאותם הסיכונים בהליך, מה שעלול להגדיל אף יותר את בעיית הנציג.⁸²

7.2.2 שחיתות :

המושג מתייחס למקרים בהם עובד ציבור עושה שימוש בסמכותו לטובת קידום אינטרסים של צד שלישי או של קרוב משפחה, לרוב בתמורה לטובת הנאה מסוימת.⁸³ השחיתות ברשויות הציבוריות פוגעת בעקרון השוויון, בכבוד האדם, מחלישה את אמון האזרח בשלטון ומטשטשת את האבחנה בין מדינה לבין – חלילה – ארגון פשע.⁸⁴

הפיתוי לפעול בשחיתות במכרז הוא גדול, שכן הצדדים הן מחד חברות בעלות אינטרס כלכלי, ומאידך עובדי ציבור הנתונים ללחצים שונים בעלי תקציבים גדולים ביותר לרכש ציבורי.⁸⁵ השחיתות יכולה להתרחש הן בקרב מציעים שונים והן בקרב עובדי הרשות, העלולים לפעול בסטייה מהכללים לטובת בעלי אינטרס.

7.3 שקיפות

שקיפות היא אמצעי מרכזי להתמודדות עם בעיית הנציג ובעיית השחיתות.⁸⁶ מטרתה להביא לעבודה גלויה וחשופה של הרשות, כדי שהציבור יוכל להביע ביקורת על פעולותיה ועל הליך קבלת ההחלטות שלה.⁸⁷ גם בהליך המכרזי, מטרת השקיפות היא לאפשר לציבור המתמודדים על העסקה לבחון את התנהגות הרשות במהלך השלבים השונים, ואת השיקולים שהביאו לידי ביטוי בקבלת ההחלטה.⁸⁸ שקיפות מוגברת תפחית את השחיתות הפוטנציאלית, שכן הציבור יוכל לעתור במידת הצורך כנגד פעולות הרשות.

אם כן, יתרונות השקיפות רבים. ראשית, השקיפות עובדת הן לכתחילה, על דרך ההרתעה והן בדיעבד, בכך שהיא מאפשרת פיקוח מתמיד וביקורת על פעולות הרשות. על כן, מייצרת השקיפות הפעלת מנגנוני ביקורת ופיקוח שונים על ידי הרשות עצמה וכך השקיפות מגדילה את אמון הציבור בפעולות הרשות. אולם, לצד כל אלו לשקיפות גם חסרונות, למשל ישנם מקרים בהם לא ניתן יהיה להוציא לפרסום מסמכים שונים, עקב הצורך לשמור על פרטיות המציעים.⁸⁹

שקיפות בשלבי המכרז השונים :

1. שלב פרסום המכרז : מדובר בשלב חשוב ביותר להגשמת מטרות המכרז, בעיקר כיוון שזהו השלב החושף מציעים שונים להתקשרות.⁹⁰ במידה והרשות מעוניינת להתקשר עם מציע מסוים, היא יכולה לפרסם באופן לקוי ולא נגיש את ההתקשרות ובכך למנוע ממציעים נוספים להשתתף במכרז.

⁸² עניין שבת, לעיל הי"ש 2.

⁸³ שם, בעמ' 140-146.

⁸⁴ עניין שבת, לעיל הי"ש 2, בעמ' 145.

⁸⁵ רייד, רפורמת 2009, לעיל הי"ש 5.

⁸⁶ חובת המכרז של גופים מנהליים, לעיל הי"ש 41 עמ' 112-114.

⁸⁷ שם.

⁸⁸ שם.

⁸⁹ שם.

⁹⁰ עניין מגן, לעיל הי"ש 50, בעמ' 85-90.

פרסום שכזה יביא לפגיעה בשוויון ובעקרון היעילות, פרסום שקוף ונכון יכול למנוע שחיתות שכזאת מצד הרשות.

2. תנאי המכרז: לפי תקנות המכרזים, על תנאי המכרז להיות גלויים.⁹¹ עקרון זה נועד בעיקר להבטיח יעילות כלכלית ושוויון בין מציעים. פרסום תנאי המכרז באופן ראוי יכול למנוע שינוי של התנאים בדעיבד, למשל לצורך התאמתם למציע מסוים.⁹² במטרה להבטיח את פרסום התנאים בצורה הנכונה, יש לשמור על נוסח בהיר ככל שניתן, ולמנוע מתנאי המכרז להתפרש כך שיתאימו באופן אישי למועמד מסוים. לחלופין, נוסח עמום ומעורפל עלול להתריע מציעים אחרים מהשתתפות במכרז.

3. תנאי הסף לזכייה במכרז: השקיפות בתנאי הסף חשובה ביותר, ויכולה למנוע מצב של "תפירת מכרז" למציע מסוים.⁹³ למשל, ניתן לקבוע בתנאי הסף תנאי מופרך כמו צורך במספר גבוה של שנות ניסיון ובכך למנוע ממציעים שונים להתמודד. שקיפות בתנאי הסף תבטיח שתנאי חריג יפורסם לביקורת של ציבור המציעים ואולי אף ידליק "נורה אדומה" במידה והתנאי אינו רלוונטי שפוגע בעקרון השוויון.

4. ועדת המכרזים: התקנות קובעות כי ועדת המכרזים מחויבת לפעול בשקיפות, לנמק החלטותיה ולנהל פרוטוקול של הוועדה.⁹⁴ אולם, לפי החוק, זכות העיון שמורה למשתתפי המכרז בלבד.⁹⁵ יש הסוברים כי ראוי להרחיב זכות זו לכלל הציבור על מנת לשמור על זכות העמידה של האזרח וכן להבטיח בקרה ציבורית ומשפטית רחבה יותר על ההליך.⁹⁶

5. פרסום תוצאות: לפי התקנות לכל משתתף במכרז תימסרי הודעה על החלטת הוועדה, אך אין הסדרה של מועד החלטתה. קביעת המועד חשובה מאוד כדי למנוע פגיעה בשוויון, בטוהר המידות, באמון הציבור ובפומביות המכרז. למשל, פרסום במועד לקוי עלול ליצור מצב שהזוכה חוגג את זכייתו בעוד המפסידים טרם קיבלו תשובה שהפסידו, ועשויים לגלות זאת מגורם לא רשמי ובדרך אחרת, למשל מפרסום חגיגות הזוכה. מצב זה פוגע בפגיעה חמורה בטוהר המידות להתנהלות בהליך מכרזי הוגן.

8. סקירת משפט משווה

8.1. האיחוד האירופי

באיחוד האירופי, כחלק מהליך מכרזים מסודרים, מוסדות וחברות השייכות למדינה רוכשות ומוכרות סחורות, שירותים ועבודות.⁹⁷ בשנת 2013, נתח השוק הכולל של המכרזים באיחוד האירופי המתייחס לפעילות הממשלה ברכישת סחורות, שירותים ועבודות, הסתכם ב-12% מהתמ"ג (תוצר המוצר הפנימי הגולמי). מדובר ב-29% מההוצאה הכללית של הממשלה במדינות ה-OECD ובסך כולל של 4.2 טריליון אירו

⁹¹ תקי' 17(ב)5 לתקנות.

⁹² ראו ברק-ארז, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101-100.

⁹³ מגן, לעיל ה"ש 50.

⁹⁴ תקי' 7(ג), 10(א) ו-20 לתקנות.

⁹⁵ שם, בתקי' 21(ה).

⁹⁶ ראו ברק-ארז, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 59.

⁹⁷ OECD (forthcoming), OECD Preventing Corruption in Public Procurement p.5.

בשנה.⁹⁸ הגודל וההשפעה הכלכלית של פעולות הרכש הציבורי משקפות את חשיבותן בתפקיד היחידות הממשלתיות ואת תרומתן לכלכלה.⁹⁹

תחת תקנות המכרזים של האיחוד האירופי נרשמו שלושת הערכים המובילים שמנחים את האיחוד האירופי בכל אשר לחובת מכרזים:¹⁰⁰

1. **שוויון:** השתתפות בתהליכי הרכש פתוחה באופן שווה לכל עסק באיחוד האירופי, כולל אזרחים המקושרים לאיחוד האירופי. ההשתתפות אפשרית אף לעסקים מחוץ לאיחוד האירופי, בהתאם למסמך תנאי ההסכמה בין הממשלות (GPA) בארגון הסחר העולמי או לפי הסכמים מיוחדים נוספים של האיחוד האירופי בתחום הרכש הציבורי במכרזים.
2. **פרופרציונאליות:** יש לוודא שהמחיר הנדרש סביר, וביחס נכון לגודל הרכישה. ככל שהסכומים קטנים יותר, יש להפחית את המשאב הנדרש. החוזים אינם ניתנים רק על סמך המחיר הנמוך ביותר. הקריטריונים להענקת חוזים יכולים גם לכלול קריטריונים איכותיים, דרישות לפתרונות חדשניים וחיסכון באנרגיה.
3. **שקיפות:** התקשרויות חוזיות באיחוד האירופי צריכות להיות מפורסמות לכל אשר מעוניין לדעת ומהווה את אחד הערכים החשובים ביותר.

בשנים האחרונות המושג "שקיפות" מהווה סמן ימני בכל אשר למנהל תקין של גופים ומכרזים באיחוד האירופי. למרות הפופולריות העולה של המושג, נדרש דיון מעמיק במשמעות וביעילות של השקיפות. שקיפות כמושג איננה פתרון קסם למניעת השחיתות. אכן, שקיפות יכולה להרתיע גורמים מושחתים בכך שיחשפו מעלליהם, וכן השקיפות תביא לחיזוק האמון במערכת הפוליטית והמדינית בהינתן והיא מיושמת באופן מהימן. אולם יש גם ביקורת בעלת חשיבות לציון על מושג השקיפות. אין הגדרה חוקית ברורה ואחידה למונח "שקיפות" באיחוד האירופאי, מה שעלול להוביל לשימוש לא אחיד ולפרשנות סובייקטיבית.¹⁰¹ כמו כן, יש קושי ביישום השקיפות – כיצד משקפים לציבור את המידע באופן מובן, זמין ובר-שימוש לקהל הרחב.¹⁰²

ניתן לראות כי השקיפות היא עקרון יסוד בעל משמעות חוקית במערכת המשפט של האיחוד האירופי. כפי שצינו המלומדים קרייג ודה-בורקה, השקיפות כוללת קיום דיונים בפומבי, מתן מידע וזכות גישה למסמכים.¹⁰³ וסטרדורף, נשיא בית המשפט העליון של האיחוד האירופי לצדק, הדגיש את חשיבות השקיפות וקבע כי לצורך מימוש השקיפות במשפט המנהלי האירופי בהקשר לרכש ציבורי, על הדין להיות כפוף לארבעת העקרונות הבאים: (1) הזכות לקבל נימוקים לגבי ההחלטה לפני מימוש ההחלטה. (2) הזכות להשמיע ביקורת ולערער על ההחלטה לפני מימושה. (3) הזכות של הציבור לעיין במסמכים. (4) זכות הציבור לגישה למידע.¹⁰⁴

יובהר, עקרון השקיפות לא עוגן באופן מפורש באמנות האיחוד האירופי עד לחתימה על אמנת אמסטרדם בשנת 2007. אולם כבר קודם לכן, עם חתימת אמנת "מאסטריכט" בשנת 1992, הכירו מדינות האיחוד באופן

⁹⁸ שם.

⁹⁹ שם.

¹⁰⁰ Regulation (EU, Euratom) 2018/1046 of the European Parliament and of the Council.
¹⁰¹ Onno Heiting, *The principle of transparency in public procurement*, 2 Maastricht University (2012).

¹⁰² שם.

¹⁰³ P. Craig and G. de Búrca, *EU LAW. TEXT, CASES, AND MATERIALS*, (4th ed. 2008) p. 562.
¹⁰⁴ Bo Vestendorf, *Transparency – Not Just a Vogue Word*, 22 *FORDHAM INT'L L.J.* 902 (1998).

מפורש בחשיבותו הגבוהה. הצהרה מס' 17 קבעה כי "שקיפות תהליך קבלת ההחלטות מחזקת את האופי הדמוקרטי של מוסדות האיחוד ואת אמון הציבור במנהל" ומדינות האיחוד הכירו בזכות הגישה למידע בנושא.¹⁰⁵

בסעיף 1(1) לאמנת האיחוד האירופי (TEU) נקבע כי "החלטות בתוך האיחוד יתקבלו באופן שקוף ככל האפשר".¹⁰⁶ סעיף 15 באמנת תפקוד האיחוד האירופי (TFEU) קובע כי מוסדות האיחוד "במטרה לקדם ממשל תקין... ינהלו את עבודתם באופן שקוף ככל האפשר".¹⁰⁷ סעיף 3 באותה אמנה קובע כי "כל מוסד... יבטיח שהליכי עבודתו יהיו שקופים".¹⁰⁸

8.1.1 השפעת הוראות 2014 על שקיפות בהליכי מכרזים ציבוריים באיחוד האירופי

בשנת 2014 התקין האיחוד האירופי שלוש הוראות חדשות: 2014/25/EU, 2014/24/EU ו- 2014/23/EC אשר עיצבו מחדש את תחום המכרזים הציבוריים. הוראות אלה, המכונות יחדיו "הוראות 2014" הדגישו את שקיפות כתפיסה מרכזית. זאת, הן במכרזי עבודות ציבוריות, אספקה ושירותים קלאסיים והן במגזרי המים, האנרגיה, התחבורה והדואר. כמו כן, נוספה הוראה 2014/23/EC העוסקת במתן זיכיונות.¹⁰⁹

ההוראות קובעות סטנדרטים לפרסום המידע בכל הנוגע למכרזים, כגון פרסום מידע נרחב על המכרז, הכולל פרטים כגון: שם וזהות הגוף המזמין, סוג המכרז ותיאור הפרויקט, וכן פרסום הודעה על הזוכה במכרז הכוללת את שם הזוכה וסכום הזכייה הסופי. כלל המידע זמין באתר הנציבות האירופית ומיישם הלכה למעשה שקיפות אקטיבית.¹¹⁰

עם זאת, התקנות הן אך נקודת הפתיחה של המכרזים, ולא הדרך כולה. ניכר כי יש לבצע התאמות מדיניות, שכן ההוראות צריכות להיות מאומצות לחקיקה המקומית של כל מדינה החברה באיחוד. תהליך זה עלול להוביל לפרשנויות שונות ולשינויים בדגש שניתן על כללי השקיפות בכל מדינה ומדינה חברה. דוגמה בולטת לכך היא הגישה למידע. בעוד שהוראות 2014 מחייבות פרסום מידע בסיסי בהודעות מכרז, הרי שהגישה למסמכים שהגישו מציעים (כמו הצעות טכניות ומחירים) כפופה לחקיקה המנהלית הפנימית של כל מדינה.¹¹¹ חוקים אלו משתנים משמעותית, ובחלק מהמדינות כגון בריטניה, דנמרק ופינלנד, הם חלים רק על גופים ציבוריים ולא על גופים פרטיים.¹¹²

8.1.2 פרסום באתר TED

אתר המכרזים של האיחוד האירופי (TED) הוא פלטפורמה מקוונת המאפשרת גישה למידע רלוונטי בנוגע להליכי מכרזים ציבוריים של האיחוד. האתר מופעל על ידי הנציבות האירופית וזמין בשפות רבות.¹¹³ האתר מפרסם הודעות מכרז רבות ומגוונות מטעם גופים ציבוריים מכל רחבי האיחוד האירופי. ההודעות כוללות מידע מפורט על תנאי הסף, קריטריונים לבחירת ספקים ולוחות זמנים. האתר תורם לקיומה של שקיפות גבוהה יותר בהליכי המכרז, ומאפשר לכל ספק פוטנציאלי להתמודד במכרז באופן שווה. האתר מעודד

¹⁰⁵ Treaty on European Union (Maastricht text), July 29, 1992, 1992 O.J. C 191/1.

¹⁰⁶ The Treaty on European Union (section 1).

¹⁰⁷ שם, בס' 15.

¹⁰⁸ שם, בס' 3.

¹⁰⁹ Kohn Oosthoek, *Public Procurement In The European Union: Transparent And Fair?* 20(2), ROMANIAN J. POL. SCI. 30 (2020).

¹¹⁰ שם.

¹¹¹ ראה לעיל ה"ש 109.

¹¹² שם.

¹¹³ <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do> Eu Tenders.

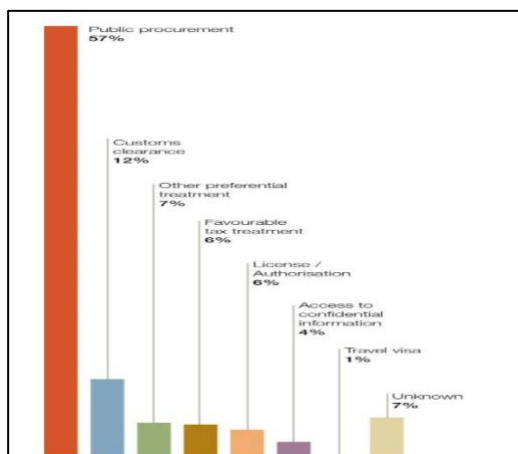
תחרות הוגנת בין ספקים מכל רחבי האיחוד האירופי, תורם לשיפור איכות השירותים הציבוריים ולחסכון בעלויות.

8.1.3 חובת הפרסום באתר הנציבות בהתאם לתקנות

- **הוראה EU/2014/24:** הוראה זו עוסקת במכרזים ציבוריים בתחומי עבודות ציבוריות, אספקה ושירותים. היא קובעת חובת פרסום באתר TED עבור מכרזים שעברו את סף הערך המוגדר בהוראה, המשתנה בהתאם לסוג המכרז ולתפקיד הגוף הציבורי המפרסם אותו. לדוגמא, סף הערך הנמוך ביותר המחייב פרסום עבור עבודות ציבוריות ברשויות מרכזיות הוא 5,538,000 אירו, אולם עבור שירותים חברתיים אחרים ברשויות מקומיות הוא 750,000 אירו.
- **הוראה EU/2014/25:** הוראה זו עוסקת במכרזים ציבוריים בתחומי המים, האנרגיה, התחבורה והדואר. היא קובעת חובת פרסום באתר TED עבור מכרזים שעברו את סף הערך המוגדר בהוראה, המשתנה בהתאם לסוג המכרז. לדוגמא, סף הערך הנמוך ביותר המחייב פרסום עבור עבודות ציבוריות הוא 5,538,000 אירו, ועבור שירותים חברתיים וספציפיים אחרים הוא 1,000,000 אירו.
- **הוראה EU/2014/23:** הוראה זו עוסקת במתן זיכיונות. היא קובעת חובת פרסום באתר TED עבור מכרזי זיכיונות שעברו את סף הערך המוגדר בהוראה, העומד על 5,538,000 אירו.

חשוב לציין כי חובת הפרסום עשויה להשתנות בהתאם למדינות ספציפיות באיחוד האירופי. למשל, מדינות מזרח אירופה שומרות על שקיפות ופרסום נמוכים מאשר מדינות מערב אירופה.¹¹⁴ גופים ציבוריים רבים באיחוד האירופי בוחרים לפרסם באתר TED גם מכרזים שאינם מחויבים בפרסום על פי חוק. זאת, משום שפרסום מכרז באתר TED רווי יתרונות, גם במנותק מהחובה החוקית. ראשית, מדובר ביצירת תחרות הוגנת יותר בין ספקים בעלי זכאות להתמודד בכל רחבי אירופה. שנית, הפרסום משפר את איכות השירותים הציבוריים ומסייע לחיסכון בעלויות.

1.4 שחיתות במכרזים במדינות אירופה



מכרזים באירופה מהווים קרקע פורייה לשחיתות עקב יחסי הון השלטון הקיימים בין המגזר העסקי והפוליטי, והעיסוק בכסף הגדול.¹¹⁵ שחיתות דרך מכרזים יכולה להתבטא בצורות שונות דוגמת מעילה, השפעה בלתי הוגנת על תוצאות המכרז, שוחד לפקידי ציבור, זיוף חשבוניות והטיות. לפי דו"ח השוחד של OECD, נתון כי 57% ממקרי השוחד מתבצעים בתחום המכרזים.¹¹⁶

השחיתות בתחום המכרזים באיחוד האירופי בעלת השלכות כלכליות המייצרות עלויות יקרות, להן ביטוי

במגוון תחומים: הקצאות מוטעות של משאבים, הוצאות גבוהות של גופים ציבוריים, עלויות גבוהות עקב

¹¹⁴ OECD, Preventing Corruption in Public Procurement, 28, 2016.

¹¹⁵ OECD Foreign Bribery Report (2014).

¹¹⁶ שם, ראה את הדיאגרמה המוצגת.

גילום עלות השוחד בעלות הכוללת, והפחתת איכות חומרי העבודה והעבודה עצמה.¹¹⁷ אין ספק שבשל המסתוריות הנדרשת על עובדי הציבור על מנת לא "להיתפס" בענייני שחיתות, קשה לכמת את מחירי השחיתות אשר עולים לציבור בכל שנה. אולם לפי הערכות, עלויות השחיתות ובעיות היעילות כתוצאה מהשחיתות באיחוד האירופי מגיעה לכ- 120 מיליארד אירו בכל שנה, המהווה כ-1% מהתמ"ג של האיחוד האירופי.¹¹⁸ במדינות מזרח אירופה עקרונות השקיפות מוחלים פחות בדיני המכרזים, ומכאן שיש עליה בהיקף השחיתות בתחום הרכש הציבורי.¹¹⁹

האיחוד האירופי נלחם במטרה לדכא את השחיתות ולאפשר ניהול תקין של המכרזים. ניתן לראות זאת באמנה נגד שחיתות עליה חתם האיחוד האירופי, המחייבת את כל מדינות האיחוד.¹²⁰ דוגמה ספציפית למדינה אירופאית המחמירה אף יותר, ניתן לראות באוסטריה. כחלק מהאסטרטגיה נגד שחיתות, פרסמה סוכנות הרכש הפדרלית האוסטרית (BBG) פעולות בהן תנקוט הרשות כחלק ממלחמתה למיגור שחיתות. סוכנות הרכש האוסטרית בעיקר הסדירה "שטחים אפורים" והסבירה לעובדי המדינה לגבי איסורים מהותיים, כגון לקיחת מתנות כל שיהיו.¹²¹

1.5 חובת ציות מדינות האיחוד לדיני המכרזים

מדינות האיחוד האירופי אינן בעלות חובת ציות מוחלטת לתקנות דיני המכרזים של האיחוד, בניגוד לאמנה. הוראות האיחוד קובעות עקרונות יסוד ומסגרת כללית בנוגע למכרזים ציבוריים.¹²² עם זאת, כל מדינה חברה בעלת חקיקה מקומית בנוגע למכרזים ציבוריים, התואמת להוראות האיחוד הכלליות. למרות ההתאמות אותן צריכות לעשות המדינות, להן מרחב תמרון מסוים ושק"ד בהטמעת הוראות האיחוד בחקיקה המקומית.¹²³

השוואה בין האיחוד האירופי לישראל

בישראל גופים ציבוריים נדרשים לפרסם מידע בסיסי על מכרזים ציבוריים, דוגמת הודעות על עריכת מכרז, מסמכי המכרז, והחלטות בנוגע לבחירת הזוכה, בכפוף לפטורים מסוימים מחובת הפרסום. לעומת זאת, באיחוד האירופי חובת הפרסום היא רחבה הרבה יותר, וכוללת שלל פרטים, החל משם וזהות הגוף המזמין, סוג המכרז ותיאור הפרויקט, עובר למידע מפורט על תנאי הסף, קריטריונים לבחירת ספקים ולוחות זמנים, וכלה בפרסום הודעה על שם הזוכה וסכום הזכייה הסופי.¹²⁴ ניתן לראות כי כמות הפרטים הנדרשים לפרסום באיחוד האירופי רחבה מכמות הפרטים הנדרשים לפרסום בישראל. בישראל קיימות פלטפורמות מקוונות המאפשרות גישה למידע על מכרזים ציבוריים, אך הן אינן מקיפות כמו פלטפורמת האיחוד האירופי. אם כן, מסקירה זו עולה כי קיימים הבדלים בין דיני המכרזים של האיחוד האירופי לבין דיני המכרזים בישראל לעניין רמת השקיפות במכרזים. סביר להניח כי באיחוד האירופי רמת השקיפות הגבוהה תורמת לתחרות הוגנת יותר, למניעת שחיתות באופן יעיל יותר ולחיזוק אמון הציבור.

¹¹⁷ ש.ם.

European Commission, 2014.¹¹⁸

Monika Bauhr & Agnes Czibik & Mihaly Fazekas & Jenny de Fine Licht, *Transparency and Corruption in Public Procurement: Evidence From a Field Experiment*, 152 J. PUB. ECON. 108 (2017).¹¹⁹

Council of Europe Group of States against Corruption. (1999). *Criminal Law Convention on Corruption*. In *Council of Europe Treaty Series* 173.¹²⁰

The Anti-Corruption Strategy of the Austrian Federal Procurement Agency (BBG).¹²¹

Public Tendering Rules eu site https://europa.eu/youreurope/business/selling-in-eu-public-contracts/public-tendering-rules/index_en.htm¹²²

¹²³ ש.ם.

¹²⁴ ש.ם.

8.2 קנדה:

שיטת הרכש המבוססת על מכרזים בקנדה נקראת "Competitive bid procurement" – שיטת רכישה המבוססת על הצעות תחרותיות.¹²⁵ פעולת רכש בקנדה הופכת להצעה תחרותית רק בקיומם של שלושה תנאים: (1) תחרות על זכייה (שמתרחשת באמצעות הזמנה מצד בעלי המכרז להציע הצעות), (2) הצעות מחייבות שהוגשו מצד ספקים (3) חתימת חוזה פרטני עם ספק שזכה במכרז לביצוע השירות.¹²⁶

המסגרת המשפטית המסדירה את הרכש הציבורי בקנדה מבוססת על מספר עקרונות בסיסיים: פתיחות, שקיפות והגינות. פתיחות משמעותה שכל אחד יכול להציע את שירותיו למכרז, הגינות משמעותה שכל המציעים יקבלו יחס שווה, ושקיפות פירושה שהכללים הנוגעים לרכש ידועים לכל.¹²⁷ נראה כי עיקרון השקיפות הוטמע בקנדה בצורה חזקה. אחד המדדים לכך הוא הציון הגבוה שקיבלה המדינה במדד השחיתות העולמי לשנת 2023, שבדק את רמת השחיתות במגזר הציבורי, והוא 76/100.¹²⁸ המדד נועד לבדוק את רמת השחיתות במגזר הציבורי תוך שקלול מספר רב של משתנים. אחד מהם הוא רמת גישת הציבור למידע על ענייני ציבור / פעולות ממשלתיות, אשר מבטא שקיפות, כפי שיורחב בהמשך.¹²⁹

המסגרת המשפטית הנורמטיבית שמסדירה את הרכש הציבורי בקנדה מורכבת ממספר קטגוריות של כללים משפטיים. העיקריים שבהם הם משפט מקובל, הסכמי סחר בין לאומיים ומקומיים וכן חוקים ותקנות:

8.2.1 משפט מקובל:

כללי רכש במשפט המקובל חלים באופן כללי על כל הגופים הציבוריים בקנדה.¹³⁰

ההחלטה החשובה ביותר שהתקבלה בקנדה בנושא המכרזים היא החלטת בית המשפט העליון בנושא The Queen v. Ron Engineering.¹³¹ בהחלטה זו קבע בית המשפט, תוך שימוש בדיני החוזים, כי כל סוגי ההצעות התחרותיות בקנדה מורכבים משני שלבים: השלב הראשון הוא הזמנה מצד בעל המכרז לספקים להשתתף בהליך התחרות. נקבע כי הזמנה זו השתכללה לכדי הצעה לפי דיני החוזים ונקראת "חוזה A". השלב השני הוא חתימה על חוזה פרטני ורלוונטי לעסקה, שנחתם בין הבעלים לבין הספק בו בחרו לביצוע העבודה ונקרא "חוזה B". בהמשך נקבע כי מסגרת זו של שני החוזים חלה על מכרזים הן ברמה הפדרלית והן בזו המחוזית.¹³²

בנוסף לתנאים המפורשים של דיני החוזים להם מחויבים הצדדים למכרז, יצרה החלטת בית המשפט חובת ציות של הצדדים גם לתנאים משתמעים. תנאים אלה משקפים במידה רבה את העקרונות המובילים בקנדה בנושא הרכש הציבורי, שפורטו לעיל, והם חלים לאורך כל התהליך, החל מההצעה ועד להיקשרות עם המציע. קיימות שתי חובות משתמעות חשובות, שחלות על המציע ונובעות ממסגרת שני החוזים, והן: (1) חובת גילוי

Robert C. Worthington, Legal Obligations of Public Purchasers, Canada.ca (Nov. 14, 2002), https://www.tbs-sct.canada.ca/cmp/doc/lopp_olap/lopp_olap-eng.asp.

¹²⁶ שם.

Baker McKenzie, The Laws, Canada, Public Procurement World (last visited Feb. 3, 2024) <https://resourcehub.bakermckenzie.com/en/resources/public-procurement-world/public-procurement/canada/topics/1-the-laws>.

OECD, *Corruption Perception Index* (last visited Feb. 3, 2024), <https://www.transparency.org/en/cpi/2023>.

OECD, the ABCS of the CPI: *How the Corruption Perceptions Index is Calculated?* ¹²⁸

<https://www.transparency.org/en/news/how-cpi-scores-are-calculated>

Baker McKenzie, Application of the statutory Procurement Laws, Canada, Public Procurement World (last visited Feb. 3, 2024) <https://resourcehub.bakermckenzie.com/en/resources/public-procurement-world/public-procurement/canada/topics/2-application-of-the-statutory-procurement-laws>.

The Queen (Ont.) v. Ron Engineering, [1981] CanLII 17 S.C.C. ¹³¹

¹³² לעיל, ה"ש 127.

וכן 2) חובת הגינות ותום לב. חובות אלו מבליטות את הצורך בגילוי כל הפרטים ובהתנהגות נטולת הטיה או הפליה במסגרת הליך של מכרז. הנה כי כן, התנאים המשתמעים מדגישים ומקדמים במידה רבה את השקיפות אותה קנדה חפצה להנהיג במכרזים.¹³³

8.2.2 הסכמי סחר בין לאומיים ומקומיים:

קנדה היא צד להסכמי סחר רבים המכילים התחייבויות מהותיות המשפיעות על פעילות הרכש הממשלתית, לרבות הצורך בשקיפות ובהליכי סחר הוגנים. על מנת לשמר את מטרותיהם של הסכמים אלו וכן לשמור ולהבטיח את אופן יישומם, חלק מהסכמים אלו אף עוגנו בחקיקה הקנדית במטרה לשמר את מטרותיהם ולהבטיח את אופן יישומם במסגרת הליכי רכש ממשלתי. ההסכמים המרכזיים להם קנדה היא צד הם:

1. **CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement)** – הסכם כלכלה וסחר מקיף בין האיחוד האירופי לקנדה.¹³⁴ ההסכם נועד לחזק את השוק ואת היחסים הכלכליים הקרובים בין המדינות, וכן לקבוע כללים ברורים, שקופים ובעלי תועלת הדדית לשני הצדדים. ניתן לראות כי עיקרון השקיפות מקבל ביטוי בסעיפים שונים בהסכם, וביתר שאת בפרק 19 העוסק ברכש ממשלתי.

לאחר יציאת בריטניה מן האיחוד האירופי הסכם זה הפסיק לחול עליה. מתוך רצון משותף של קנדה ובריטניה להמשיך את מדיניות הסחר שהייתה ביניהן, חתמו המדינות על הסכם **Canada-UK TCA**.¹³⁵ הסכם זה שכפל במידה רבה את ההסכם המקורי, וכך הובטח כי עיקרון השקיפות יישמר גם לאחר החתימה על הסכם חדש.

2. **CFTA (Canadian Free Trade Agreement)** – הסכם סחר בין ממשלתי.¹³⁶ ההסכם נועד להפחית ולבטל חסמים לתנועה חופשית של סחורות והשקעות בתוך קנדה, וכן להקים שוק מקומי פתוח, יעיל ויציב. ההסכם מחייב את הממשלות להישמע למערכת מקיפה של כללים שיסייעו להשיג איחוד כלכלי מודרני ותחרותי עבור האוכלוסייה הקנדית. ההסכם גורם לכך שהכללים המסדירים את הסחר בתוך קנדה יתמכו במידה רבה יותר של פתיחות ושקיפות.¹³⁷

3. **GPA (Agreement on Government Procurement)** – הסכם רב צדדי שנערך במסגרת ארגון הסחר העולמי.¹³⁸ ההסכם נועד לפתח את שוקי הרכש הממשלתיים בין הצדדים לו. נוסח ההסכם קובע כללים מחייבים שנועדו להבטיח תנאי תחרות פתוחים, הוגנים ושקופים בשוקי הרכש הממשלתי, לרבות דרישות פרוצדורליות מפורטות בנוגע להליך הרכש ודרישות נוספות שנועדו להבטיח שקיפות. להסכם מצורף נספח ספציפי הנוגע לקנדה, המגדיר את הישויות הרוכשות וכן את ספי הרכש המינימליים עליהם חל ההסכם.

4. **CPTPP (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership)** – הסכם מקיף ומתקדם שנחתם בין קנדה לבין עשר מדינות באזור הודו. ההסכם נועד בין היתר לשמור

¹³³ לעיל, הי"ש 125.

¹³⁴ Comprehensive Economic and Trade Agreement, 2017, O.J.L 11 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A22017A0114%2801%29>.

¹³⁵ Canada-UK Trade Continuity Agreement, S.C, 2020 (Can.).

¹³⁶ Canadian Free Trade Agreement Implementation Act, S.C, 2017.

¹³⁷ The Internal Trade Secretariat, Canadian Free Trade Agreement (CFTA), <https://www.cfta-alec.ca/canadian-free-trade-agreement/>, (Jan. 16, 2024).

¹³⁸ Agreement on Government Procurement, Mar. 30, 2012, W.T.O., https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf.

על שווקים פתוחים, להגדיל את הסחר העולמי וכן לקדם אינטגרציה כלכלית ושיתוף פעולה בין האזורים.¹³⁹ בשביל חברות קנדיות ההסכם מבטיח תנאים שונים כגון הגנה משופרת, יחס שווה, יכולת חיזוי ושקיפות בניהול עסקים בשוק ההודי. תנאים אלו באים לידי ביטוי בכך שחברות קנדיות יכולות להגיש הצעות מחיר על חוזים ממשלתיים של קנדה, לקבל גישה למידע הדרוש ולהגיש הצעה על הזדמנויות רכש ממשלתיות.

5. **USMCA (United States-Mexico-Canada Agreement)** – הסכם בין ארה"ב, מקסיקו וקנדה שנכנס לתוקף בשנת 2020 והחליף את הסכם הסחר החופשי של צפון אמריקה (NAFTA). אחת ממטרות ההסכם היא קידום תנאי תחרות הוגנות באזור הסחר החופשי. בתחום המכס והסחר, ההסכם דורש בין היתר מקנדה ומקסיקו לפרסם מידע הנוגע לרכש באינטרנט, במטרה לאפשר לסוחרים לחזות בצורה טובה יותר עלויות ודרישות הקשורות לסחר. בנוסף, קובע ההסכם נהלי ממשל תקין לקידום שקיפות.¹⁴⁰

8.2.3 חוקים ותקנות:

החקיקה המרכזית המסדירה את תחום הרכש הממשלתי על ידי גופים ממשלתיים פדרליים בקנדה היא **GCR (Government Contracts Regulations)** – תקנות החוזים הממשלתיים.¹⁴¹ תקנות אלו מגדירות תנאים לכניסה לחוזה, דרישות הנוגעות להצעות ובטחון חוזים, ותנאים לחוזי רכש. כפי שהוסבר לעיל, תקנות אלה שימשו במידה רבה בסיס לקביעת מדיניות המכרזים בקנדה הנהוגה כיום.

8.2.4 קנדה כאחת ממדינות ה-OECD:

בשנת 2008 הוקם בקנדה משרד נציב תלונות הציבור על רכש (Procurement Ombudsman), במטרה לקדם הגינות, פתיחות ושקיפות ברכש פדרלי.¹⁴² החוק בקנדה מסמיך את המשרד לבצע 4 פעולות משמעותיות:¹⁴³ ראשית, סקירת נהלי המחלקות הפדרליות לרכישת חומרים על מנת להעריך את יישום רמות העקרונות שהוזכרו לעיל וכן המלצת המלצות מתאימות. שנית, בדיקת תלונות הנוגעות להענקת חוזים מסוימים שהיו כפופים להסכם הסחר החופשי הקנדי ועומדים בערכי הסף המפורטים. שלישית, סקירת תלונות הנוגעות לניהול חוזים לרכישת סחורות או שירותים ע"י מחלקה (ללא קשר לשווי הרכש). רביעית, ווידוא כי מסופק הליך חלופי ליישוב סכסוכים במידה והצדדים מסכימים לכך. כמו כן המשרד מפרסם דוחות שונים, בהם הוא סוקר את מצב הקיים ומציע שינויים רגולטוריים במטרה לקדם הגינות, פתיחות ושקיפות ברכש הפדרלי. בפעולות אלו יש כדי להצביע על חשיבות השקיפות בעיני קנדה, שבאה לידי ביטוי במגוון רחב של פעולות אותם המשרד יכול לבצע, תוך סיכוי לשינוי רגולטורי ממשי של התקנות במידה ואינן שקופות דיו.

8.2.5 פרסום מקוון:

בקנדה קיים שירות מכרזים אלקטרוני ממשלתי הנקרא CanadaBuys.¹⁴⁴ באתר מתפרסמים פרסומים שונים של ממשלת קנדה בנוגע לרכש ציבורי והודעות מכרז. כמו כן, באתר ניתן לקבל מידע על אופן פעולות הרכש במדינה, וכן מידע על מכרזים במחוזות השונים בקנדה (באמצעות יצירת קשר עם המשרד הרלוונטי).

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership Implementation Act, S.C., 2018¹³⁹ (Can.).

Canada-United States-Mexico Agreement Implementation act, S.C., 2020 (Can.).¹⁴⁰

Government Contracts Regulation, S.O.R., 87-40, 1987 (Can.).¹⁴¹

לעיל ה"ש 115.¹⁴²

Procurement Ombudsman Regulations, S.O.R., 2008, (Can.).¹⁴³

<https://canadabuys.canada.ca/en>.¹⁴⁴

לסיכום, במהלך שני העשורים האחרונים, הסכמי הסחר הובילו בבירור לרפורמות מוחשיות בקנדה. ישנה רמה גבוהה של הסכמה על כך שהרפורמות שיפרו את השקיפות וההוגנות של הליך הרכש הפדרלי, בתוך קנדה וכן בסחר הבינלאומי שלה ויכולת ההשתתפות של מדינות שונות במכרזיה.

8.3 ניו זילנד

ניו זילנד בעלת רמה גבוהה מאוד של שקיפות. ביטוי אחד לכך הוא הציון אותו קיבלה במדד השחיתות העולמי לשנת 2023, הבודק את רמת השחיתות במגזר הציבורי, 85/100.¹⁴⁵ ציון גבוה זה, בצירוף העובדה שניו זילנד נמצאת במקום השלישי בעולם, מוביל למסקנה כי רמת השחיתות הציבורית בניו זילנד נמוכה מאוד בהשוואה לשאר המדינות שנמדדו. מאחר וכפי שהוסבר לעיל אחד הפרמטרים הנלקחים בחשבון בעת המדידה הוא גישה למידע על פעילויות ממשלתיות ונושאים שבעניין הציבור, ניתן לראות כי ישנה רמה גבוהה של פעולות ממשלתיות, לרבות רכש, החשופים לביקורת הציבור.

ביטוי נוסף לרמת השקיפות הגבוהה הנהוגה בניו זילנד הוא מקורות החקיקה שלה. ניו זילנד בעלת מקור חקיקה ראשי הקובע את ההוראות הנוגעות לרכש ממשלתי, וכן מקורות נוספים המשלימים אותו.

8.3.1 מקור החקיקה הראשי:

כללי הרכש הממשלתיים (Government Procurement Rules):¹⁴⁶

כללים אלה מטילים התחייבויות ספציפיות על רכש ציבורי וכן חובה על קביעת המדיניות של כל סוכנות. ישנם מספר כללים משמעותיים ומרכזיים אליהם ראוי להתייחס במהלך בחינת חובת המכרזים של ניו זילנד: הכלל הראשון קובע כי לכל סוכנות יש יד חופשית בקביעת מדיניותה, אך זו חייבת לשלב בתוכה את חמשת עקרונות הרכש הממשלתי וכן את אמנת הרכש הממשלתי (להלן). הכלל השני קובע כי מדיניות כל סוכנות צריכה להיות כזו שתוודא כי הליכי הרכש יהיו הוגנים, שקופים, וללא משוא פנים מצד המעורבים בהחלטה הסופית. בהמשך לכך, הכלל השלישי קובע כי יש לבחור את הזוכה במכרז על סמך התבססות על הערך הציבורי שיופק מהתקשרות עימו ולתת לכלל הספקים הזדמנות שווה להציע הצעות, ללא אפליה. כמו כן, בכלל נוסף נקבע כי כללים אלה חלים על כל סוגי החוזים, העומדים בסף המפורט.¹⁴⁷

כלל מרכזי נוסף וחשוב הוא כלל מס' 36, בו נקבע כי על סוכנויות לפרסם את מכרזיהם בגלוי בשירות המכרזים האלקטרוני הממשלתי – GETS.¹⁴⁸ גם במקרים בהם הסוכנות פטורה מפרסום, נקבע כי אסור לה לפטור רכש מפרסום פתוח במטרה להימנע מתחרות, להגן על ספקים מקומיים או להפלות לרעה ספק כלשהו.¹⁴⁹

כלל 36 קובע אף מה חייב לכלול תוכן הודעת פרסום המכרז בשירות המכרזים האלקטרוני. נקבע כי פרסום מכרז צריך לכלול את הודעות הרכש וכן את שם הסוכנות, שם הזדמנות החוזה, רשימת מסמכים נוספים וכיצד ניתן להשיג אותן, מועד אחרון לתגובה וכדומה.

¹⁴⁵ לעיל הי"ש 128.

¹⁴⁶ Government Procurement Rules (NZ) (להלן: **כללי הרכש הממשלתיים**).

<https://www.procurement.govt.nz/procurement/principles-charter-and-rules/government-procurement-rules/getting-started/principles-and-the-government-charter>

¹⁴⁷ ש.ם.

<https://www.gets.govt.nz/ExternalTenderSearching.htm?SearchingText=The+Government+Procurement+Rules>

¹⁴⁹ **כללי הרכש הממשלתיים**, לעיל הי"ש 146, כלל 14.

עקרונות הרכש הממשלתיים (Government procurement principles):¹⁵⁰

עקרונות אלה משקפים את ערכי העל של הממשלה, וחלים על כל סוכנויות הממשלה (גם אם כללי הרכש אינם חלים). מטרת העקרונות היא להכווין את הסוכנויות בקבלת החלטות רכש וכן לסייע להן לקבל החלטות טובות יותר. חמשת העקרונות הם :

1. תכנון וניהול על מנת להגיע לתוצאות מעולות – בכלל זה, זיהוי הצורך של בעל המכרז, בחירת התהליך הנכון לצורך, עידוד עסקים אלקטרוניים (למשל שליחת מכרזים בדוא"ל).
2. הגינות כלפי כל הספקים – יצירת תחרות, אי הפליה, יצירת קשרים הוגנים עם ספקים ועוד.
3. קבלת הספק הנכון עבור הבעלים – לרבות ספק שעומד בקוד ההתנהגות של הספקים הממשלתיים.
4. קבלת העסקה הטובה ביותר עבור כולם – השגת הערך הציבורי הטוב ביותר ועוד.
5. התקשרות לפי כללי הרכש הממשלתיים, לרבות אחריות, שקיפות והגינות.

אמנת הרכש הממשלתי (Government Procurement Charter):¹⁵¹

מדובר באמנה המפרטת את ציפיות הממשלה לגבי האופן בו סוכנויות צריכות לנהל את פעילות הרכש שלהן כדי להשיג ערך ציבורי. הוראות ממשלת ניו זילנד לסוכנויות במסגרת האמנה כוללות בתוכן ערכים שונים כגון ניהול סיכונים בצורה נכונה, עידוד שיתוף פעולה, התקשרות עם ספק בעל שיטות עבודה טובות, וכן נקיטת יוזמות התורמות לכלכלות פוליטיות נמוכות, עם עדיפות לארגונים קטנים.¹⁵² ניתן להסיק מכך כי ניו זילנד שמה לעצמה ערך חשוב ליעילות יחד עם עירוב הציבור בהזדמנויות ציבוריות-עסקיות.

לסיכום, ניתן לראות כי בניו זילנד ניתן דגש רב לעיקרון השקיפות ברכש ממשלתי, המתבטא הן בכללי הרכש הממשלתיים והן במקורות המשניים לכללים אלה, שנועדו להסבירם ולפרשם.

9. המלצות

9.1 המלצה ראשונה : הגברת השקיפות באמצעות זכות עיון במסמכי המכרז לצדדים שלא השתתפו בהליך

מוצע להגביר את השקיפות על ידי הרחבת זכות העיון במסמכי המכרז לצדדים שאינם מציעים במכרז, אך הם בעלי אינטרס ממשי וישיר בו. להצעה זו מספר טעמים. ראשית, העובדה שהמנכ"ל של המשרד ממנה נציגים פנימיים מתוך המכרז, למעט במקרים חריגים, מעלים היעדר פיקוח חיצוני על עבודת וועדת המכרזים.¹⁵³ וועדת המכרזים יוצרת מעין מנגנון ביקורתי-פנימי, שכן אין בדין חובה למנות לוועדה נציג ציבור אשר יוכל לפקח מטעם הציבור על תקינות ההליך. הרכב פנימי זה, עלול להביא ליצירת מכרז 'תפור', אשר נכתב מראש על ידי חברי המשרד לספק ספציפי שברצונם להתקשר עימו.

טעם שני לכך הוא יצירת הלימה בין החקיקה לפסיקה. בעבר, לא ניתנה זכות עמידה למי שלא נמנה עם משתתפי המכרז, אולם כיום בית המשפט פתח את שעריו גם בפני עותרים ציבוריים אשר אינם צד להליך

¹⁵⁰ Government Procurement Principles (NZ).

¹⁵¹ Government Procurement Charter (NZ).

¹⁵² שם.

¹⁵³ תק' 2)8 לתקנות.

המכרזי.¹⁵⁴ דוגמה לכך ניתן לראות בעניין **בלוק אבני**,¹⁵⁵ שם העותרת היא חברה, אשר בחירה בזוכה המסוים עשויה במידה רבה לפגוע בעסקיה. זכות העיון במסמכי המכרז ניתנה לעותרת ברשות וועדת המכרזים, אם כי באותה מידה אלו רשאים היו לסרב ובכך העניין לא היה מגיע לפתחו של בית המשפט מלכתחילה. הכרתו של בית המשפט בזכות העמידה של מי שאינו צד למכרז, אך הוא בעל אינטרס אישי ושיר בהליך ובתוצאותיו היא משמעותית ועשויה לסייע למניעת הפגיעה בשוויון.

על כן, מוצע לעגן בתקנות המכרזים את זכות העיון לצד שאינו משתתף במכרז אך הינו בעל אינטרס אישי ושיר במסמכיו. אולם, כדי שלא להאריך את ההליך המכרזי ועל מנת למנוע ניצול ציני בזכות העיון המורחבת על ידי התערבות מתחרים, על הצד השלישי המבקש את הזכות להגיש בקשה מפורטת ומנומקת למנהל המכרז המסבירה כיצד הוא בעל אינטרס ממשי ושיר. מנהל מכרז אשר יסרב להעניק זכות עיון זו מסיבה שאינה מוצדקת, יפעל בניגוד לתקנות ויסכן עצמו משפטית. הגברת השקיפות בעניין זה תרחיב את הביקורת הציבורית והפיקוח, הלוקים כיום בחסר, ובכך תרתיע את ועדות המכרזים שלא לנהוג במשוא פנים וכן לנהל את ההליך באופן שוויוני ותקין.

9.2 המלצה שניה: צמצום סמכותן של וועדות הפטור הפנימיות והגברת הסמכות של וועדת הפטורים המרכזית למשרדי הממשלה

בעקבות הרפורמה בדיני המכרזים בשנת 2009 ניתנה האפשרות למשרדי הממשלה להעמיד וועדת פטור ממכרזים פנימית שהביאה לצמיחה של כ- 20% במתן פטורים.¹⁵⁶ הוועדה הפנימית, מורכבת ממנכ"ל, יועץ משפטי וחשב המשרד,¹⁵⁷ כאשר ברור שלכל אלו אינטרס ברור להעניק פטור למשרדם לצורכי זירוז הליכים. בשל כך, מוצע לערוך איזון מחדש ביכולת הענקת הפטור ממכרז. האיזון המחודש יעשה על ידי הכנסת צד שלישי בלתי תלוי אל תוך וועדות הפטור הקיימת. לחילופין, מוצע להקטין את סכום העסקאות להן הוועדות הפנימיות יכולות לתת פטור ללא התערבות חיצונית מסכום של 4,000,000 ש"ח לסכום נמוך יותר.¹⁵⁸

9.3 המלצה שלישית: יצירת נוהל ברור למקרי חירום לאומיים המסדיר את תקנות המכרזים בעיתות אלו

למדינת ישראל אין מדיניות קונסיסטנטית לגבי מתן הקלות במשברים לאומיים. לדוגמה, ההקלות שניתנו במהלך משבר הקורונה שונות בעליל מן ההקלות שקיבלה מנהלת תקומה או קיבלו הגופים המוניציפליים בעקבות מלחמת חרבות הברזל.¹⁵⁹ למשל, במהלך הקורונה אישרו למשרד הבריאות להעביר את מכרזיו דרך תקנות המכרזים של משרד הביטחון.¹⁶⁰ מדובר בין השאר על החלת הקלה משמעותית בתחום השקיפות על משרד הבריאות, המוענקת בימים כתיקונם למשרד הביטחון בלבד. שימוש בתקנות משרד החירום לטובת מטרות אחרות בעתות חירום עשויה ליצור מדרון חלקלק לצמצום שקיפות בזמנים קריטיים.

לצערנו, מדינת ישראל צפויה לעבור עוד מצבי חירום כלליים ביניהם מלחמות, רעידות אדמה ועוד. כדי להימנע ממצב בו המדינה תאלץ לחלק הקלות לא מידתיות בעריכת מכרזים בשל לחצי זמן ומשאבים בצורה

¹⁵⁴ עניין **מגן**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 80.

¹⁵⁵ עניין **בלוק אבני**, לעיל ה"ש 61.

¹⁵⁶ **רינד**, רפורמת 2009, לעיל ה"ש 5.

¹⁵⁷ תק' 10 א(א)(1) לתקנות.

¹⁵⁸ שם, בתקנה 12(א).

¹⁵⁹ לעיל, פרק הרקע והחקיקה.

¹⁶⁰ שם.

שתפגע בה בטווח הארוך, יש לערוך מראש נוהל ברור אך גמיש הסוקר את מירב התרחשויות החירום העולות על הדעת, השלכותיהן, ומתוך כך את ההקלות המתאימות שיש להעניק בגינן.

9.4 המלצה רביעית: יצירת מסמך בעל מעמד מחייב מבחינה משפטית הכולל כללי התנהגות בשלבי המכרז

מוצע ליצור מסמך בעל מעמד משפטי מחייב שיסדיר באופן ברור ומפורש את כללי ההתנהגות הרלוונטיים לכל שלב במכרז (בדומה לעקרונות הרכש הממשלתיים ואמנת הרכש הממשלתית הנהוגים בניו זילנד).¹⁶¹ ההיגיון שבבסיס יצירת המסמך הוא הנהגת סטנדרט קבוע שיבהיר את דרך ההתנהגות הראויה בעת התקשרות במכרז, ולא יאפשר סטייה ממנה באופן שיפגע באחד הצדדים.

על כללים אלה להיות ממוקדים ומפורטים ולשקף את העקרונות הכלליים אותם רוצים לקדם. מומלץ כי העקרונות שינחו את כותבי המסמך הם הגברת שקיפות, מניעת שחיתות, וכן עקרונות נוספים העולים מהמצב הנהוג כיום. מומלץ אף להסדיר במסמך סנקציות בגין הפרת כלליו על מנת לאכוף את ההתנהגות הראויה ולהבטיח כי מי שיסטה ממנה, ייענש.

מסמך זה נכתב על ידי: ראש הצוות שירה קדוש; איל אלכסנדר, עדי בראון אוהד גרובר, רעות הר־נוי וידידיה קופל.

נערך על ידי: חבר צוות המחקר – הראל בן יוסף.

נבדק על ידי: ראש סניף "עומק בר אילן" – עדן שקד.

אושר על ידי: מנכ"לית "עומק" – רז רחמני.

אנו מודים לליווי ו להערותיה המועילות של ד"ר מנאל תותריג'ובראן מאוניברסיטת בר אילן.

¹⁶¹ לעיל, פרק סקירת המשפט המשווה.