צמצום סמכויות ועדת הפטור ממכרזים

מוגש לפרופ׳ ירון זיכה

1. מבוא

כאשר גוף ציבורי נעזר בשירות חיצוני, הוא מחויב בביצוע מכרז כדי לבחור את נותן השירות האטרקטיבי ביותר הן מבחינת התקציב והן מבחינת היעילות. חובת המכרזים בישראל מהווה כלי מרכזי להבטחת תחרות, הוגנת ושקיפות בהתקשרויות חוזיות של גופים ציבוריים. על אף חשיבותה, מערכת המכרזים בישראל כוללת ועדות פטור שמוסמכות לאשר התקשרויות ללא מכרז בסכומים משמעותיים, במצבים שבהם מתקיימת עילות פטור שונות.

לאורך השנים ניכרת מגמה של הרחבת השימוש בפטור ממכרז בהתקשרויות. מציאות זו מעוררת חשש לפגיעה בעקרונות היסוד של המשפט המנהלי ביניהם שוויון, שקיפות, טוהר המידות, מניעת שחיתות ויעילות כלכלית. בהיעדר בקרה מספקת, הרחבת הפטורים יוצרת מצב שבו התקשרויות רבות בהיקפים גבוהים אינן עוברות הליך תחרותי כלל.

יוזמה זו מבקשת להביא לשיפור המצב הקיים באמצעות מספר צעדים משולבים, ובראשם תיקון חקיקתי שיצמצם את היקף עילות הפטור, יחזק את מנגנוני הפיקוח, יגדיר באופן ברור את סמכותן של ועדות הפטור ויחייב הנמקה מפורטת לכל החלטה. תיקון זה נועד להשיב את המכרז הציבורי למעמדו ככלי המרכזי המבטיח שוויון, טוהר המידות ויעילות הכלכלית, ולבסס תרבות רכש ציבורית התואמת את עקרונות המשפט המנהלי ואת הסטנדרטים המקובלים במדינות מתקדמות.

במסמך זה נסקור את התשתית המשפטית הקיימת, לרבות החקיקה והפסיקה הרלוונטית, את הממצאים מהספרות האקדמית ואת הדין המשווה הקיים במדינות אחרות. בנוסף, נציע מתווה המלצות ישים להסדרה מחודשת של מנגנון הפטור ממכרז והגבלת סמכויות ועדת הפטור.

2. תקציר מנהלים

2.1 רקע

התקשרויות המדינה עם ספקים חיצוניים נשענות על עקרונות היסוד של המשפט המנהלי, המיועדים להבטיח כי הרשויות הציבוריות יפעלו באופן תחרותי ושקוף. עם זאת, בפועל חלק ניכר מן ההתקשרויות מתבצע בפטור ממכרז, לעיתים בהיקפים משמעותיים וללא בקרה מספקת. פרק הרקע מצביע על כך שהסתמכות רחבה על פטורים לצד מבנה מוסדי המעניק לוועדות הפטור שיקול דעת נרחב, פוגעת בתחרותיות, מחלישה את השקיפות ומעלה חשש לניגוד עניינים מוסדי. לכך מצטרפים ליקויי פרסום ודיווח, המונעים יצירת תמונה מלאה בדבר היקף הפטורים. ניתוח הרקע מדגיש כי מצב זה אינו רק אתגר ניהולי נקודתי, אלא כשל מערכתי המחייב תיקון שיבטיח כי הפטור ישוב להיות חריג צר, וכי התקשרויות המדינה ינוהלו בהתאם לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי ולשימוש תקין בכספי הציבור.

2.2 חקיקה

מניתוח החקיקה בישראל עולה כי קיימת מסגרת נורמטיבית המסדירה את חובת המכרזים באמצעות חקיקה ראשית וחקיקה משנית. נראה כי על אף שישנם הסדרים משפטיים, הדין הקיים מאפשר מרחב רחב להפעלת פטור ממכרז: הסכומים המותרים לפטור גבוהים באופן שמאפשר היקף רחב של התקשרויות ללא מכרז, עילות הפטור מנוסחות באופן המאפשר פרשנות מרחיבה והפיקוח על עבודת ועדות הפטור מוגבל ואינו יוצר בקרה אפקטיבית. פערים אלו מלמדים כי אף שהמחוקק ביקש להבטיח שימוש זהיר ומידתי בפטור, ההסדרים הקיימים אינם מצליחים לצמצם את היקף ההתקשרויות שאינן עוברות הליך תחרותי. מצב משפטי זה מחזק את הצורך בהסדרה מחייבת ומצמצמת, שתבטיח כי פטור ממכרז יינתן רק במקרים חריגים ומנומקים וכאשר התנאים המהותיים אינם מאפשרים עריכת מכרז.

2.3 פסיקה

בתי המשפט בישראל הדגישו כי מכרז הוא ברירת המחדל, וכי הפטור ממנו הוא חריג לכלל המצריך פרשנות מצמצמת. כמו כן, עולה ממספר מקרים כי סטייה ממסגרת המכרז מחייבת תשתית עובדתית מוצקה והנמקה מלאה, וכי מתן פטור ללא בחינה מהותית של הצורך בו עשוי להביא להתערבות שיפוטית. בפסיקה שנדונה בפרשות כגון **אקרשטיין** ו**תעשיות אבן וסיד**,[1] הבהיר בית המשפט כי הפעלת שיקול דעת רחב בנוגע לפטור ממכרז, עשוי להביא לחריגה מסמכות ופגיעה בעקרונות היסוד של המשפט המנהלי. לאור זאת, ניכר כי עולה מן ההלכה הפסוקה צורך מהותי בתיקון ההסדרה החקיקתית, כך שתגדיר מסגרת מחייבת וברורה לצמצום תחולת הפטורים.

2.4 ספרות אקדמית

הספרות האקדמית מצביעה על זיקה ישירה בין היקף סמכויות ועדות הפטור וחוסר ההגדרה הברורה של עילות הפטור לבין קיום ערכי היסוד של המשפט המנהלי. מחקרים בתחום מדגישים כי שימוש רחב בפטורים

[1] עע״מ 4013/06 **אקרשטיין צבי בע״מ נ׳ הועדה המקצועית לעניין תקנה 25 (29) לתקנות חובת המכרזים** (נבו 4.12.2008) (להלן: עניין **אקרשטיין**); עע״מ 8284/08 **תעשיות אבן וסיד בע״מ נ׳ מינהל מקרקעי ישראל ואח׳** (נבו 13.9.2010) (להלן: עניין **תעשיות אבן סיד**).

או הענקת שיקול דעת בלתי מוגבל לוועדות הפטור עלולים להוביל לריכוזיות ולפגוע בתחרות הוגנת. כמו כן, הספרות מדגישה את החשיבות של חובת ההנמקה, תיעוד ובחינת חלופות תחרותיות כמרכיבים חיוניים לבקרה על הפעלת סמכות הפטור. בפרק זה ניתן לראות כי הספרות תומכת בצמצום מרחב שיקול הדעת ואימוץ כללים ברורים ומגבילים לקבלת פטור ממכרז.

2.5 דין משווה

הסקירה המשווה מלמדת כי מדינות מערביות אימצו מודלים מחייבים שמטרתם לצמצם את היקף ההתקשרויות ללא מכרז ולהבטיח פיקוח הדוק על החריגים. באיחוד האירופי עילות הפטור מצומצמות, ותנאי הסף הכספיים מכתיבים באילו מקרים חייבת הרשות לפעול בהליך תחרותי מלא. בארצות הברית קיימת חובה מפורשת לתיעוד והנמקה של התקשרויות הנעשות ללא מכרז, ולצידן מנגנוני פרסום ושקיפות, כאשר הספים הכספיים משמשים כלי לניתוב התקשרויות להליכי רכש מובחנים. באוסטרליה מודגש עקרון Value for Money, הנתמך במנגנוני פיקוח ותיעוד שמבטיחים כי החלטות פטור עומדות בסטנדרטים של יעילות ושקיפות. הדין המשווה מלמד כי מדינות מתקדמות רואות בהתקשרות ללא מכרז חריג המחייב הצדקה מהותית ובקרה מוגברת, מגמה המחזקת את הצורך בצמצום היקף הפטורים בישראל.

2.6 המלצות

היוזמה מציעה לצמצם את היקף הפטורים ממכרז ולחזק את הבקרה על השימוש בהם. לשם כך נדרש תיקון חקיקתי שיגדיר עילות פטור ברורות ומוגבלות, יעלה את הרף הכספי לעסקאות המזכות בפטור ממכרז ויחיל חובה מפורשת להנמקה מהותית ובחינת חלופות תחרותיות. לצד השינוי הנורמטיבי, יש לחזק את מנגנוני הפיקוח והשקיפות באמצעות פרסום מלא של החלטות הפטור ותשתיתן העובדתית, וכן להקים גוף בקרה חיצוני שיוודא הפעלה עקבית ומידתית של עילות הפטור. צעדים אלה נועדו להשיב את המכרז למעמדו ככלי המרכזי ברכש הציבורי ולהבטיח שימוש יעיל, שוויוני ושקוף במשאבי הציבור.

תוכן עניינים

1. מבוא 1

2. תקציר מנהלים 2

2.1 רקע 2
2.2 חקיקה 2
2.3 פסיקה 2
2.4 ספרות אקדמית 2
2.5 דין משווה 3
2.6 המלצות 3

3. רקע 6

4. חקיקה 8

4.1 חקיקה ראשית 8
4.2 חקיקת משנה ותקנות 9
4.3 רפורמה 10
4.4 הוראות שעה 10

5. פסיקה 12

5.1 חשש לניגוד עניינים מוסדי 12
5.2 גבולות הסמכות של ועדת הפטור 12
5.3 שיקול הדעת של ועדת הפטור 13
5.4 צמצום החלטת ועדות פטור 13
5.5 מינויים למשרות 14

6. סקירה ספרותית 15

6.1 המכרז כמרכיב יסוד במשפט המנהלי 15
6.2 הצדקות לחובת המכרז 15
6.3 הפטור כמנגנון חריג 16
6.4 חובת ההנמקה 16
6.5 השלכות המצב הקיים 17

7. דין משווה 19

7.1 בריטניה 19
7.1.1 חקיקה 19
7.1.2 פסיקה 19
7.1.3 הקשר לישראל 20
7.2 ארצות הברית 20
7.2.1 חקיקה 20
7.2.2 פסיקה 21

7.2.3 הקשר לישראל 21
7.3 האיחוד האירופאי 21
7.3.1 ה-GPA 22
7.3.2 כפיפות לחובת המכרז ונגזרותיה 22
7.3.3 פטור מהליך תחרותי מלא 23
7.3.4 השוואה בין הדין הישראלי לדין האירופאי 23
7.4 אוסטרליה 24
7.4.1 חקיקה 24
7.4.2 הספים הכספיים 24
7.4.3 כפיפות לחובת המכרז 25
7.4.4 עקרונות מנחים 25
7.4.5 פטורים מהליך תחרותי מלא 26
7.4.6 השוואה בין הדין הישראלי לדין האוסטרלי 26

8. המלצות 27

8.1 תיקון חקיקה מקיף לצמצום עילות הפטור והפחתת הסכום הכספי 27
8.2 רפורמה בהרכב ועדות הפטור ובאופן פעולתן 27
8.3 הקמת מנגנון פיקוח חיצוני על החלטות הפטור 28
8.4 חובת שקיפות מלאה ופרסום נימוקים מפורטים 28
8.5 פיתוח תשתית מקצועית וטכנולוגיות תומכות 29

9. סיכום 30

3. רקע

עקרונות השוויון, ההגינות וטוהר המידות מהווים נדבך מרכזי במשפט המנהלי הישראלי, ומוצאים ביטוי מהותי בחובת המכרזים.[2] חובת המכרז משתרעת על מכלול רחב של גופים ציבוריים, ובהם משרדי ממשלה, רשויות מקומיות ותאגידים סטטוטוריים, הפועלים מכוח סמכות שלטונית או מנהלים משאבים ציבוריים.[3] המכרז הציבורי אפוא משמש מנגנון תחרותי שנועד להבטיח כי התקשרויות של גופים ציבוריים יתבצעו על בסיס שיקולים ענייניים, תוך תחרות הוגנת.[4]

לצד הכלל המחייב קיום מכרז פומבי, הדין מכיר גם באפשרות לסטות מהליך זה באמצעות פטור ממכרז, אולם פטור זה נועד מלכתחילה לשמש חריג מצומצם.[5] בפועל, ישנו היקף רחב של ביצוע התקשרויות המתבצעות בפטור ממכרז, רף כספי שאינו מציב חסם משמעותי לעסקאות המזכות בפטור, ומבנה מוסדי המעניק לוועדות הפטור שיקול דעת נרחב שאינו מלווה במנגנוני בקרה אפקטיביים.[6]

מנתונים שהוצגו על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת עולה כי בשנת 2015 בוצעו במשרדי הממשלה למעלה מ-16,500 התקשרויות בפטור ממכרז. מתוכן, כ-43% מכלל התקשרויות הממשלה באותה שנה, ובהיקף כספי של כ-4.7 מיליארד ש״ח.[7] נתונים אלה מצביעים על כך שפטור ממכרז הפך לכלי מרכזי ברכש הציבורי, ולא לחריג מצומצם כפי שהתכוון המחוקק. תמונה זו מקבלת חיזוק בדו״ח מבקר המדינה משנת 2022, אשר בדק מספר רשויות מקומיות, ועלה כי הדרך הנפוצה ביותר להתקשרות הייתה בפטור ממכרז.[8]

לצד היקף השימוש, המבנה של ועדות הפטור, הכולל לרוב את מנכ״ל המשרד, החשב והיועץ משפטי, עלול לעורר חשש לניגוד עניינים מוסדי, שכן אותם גורמים המעורבים בצורך הארגוני לביצוע ההתקשרות, הם גם אלה המוסמכים לאשרה ללא מכרז.[9] חשש זה מתעצם נוכח פערי שקיפות, לרבות דיווח חלקי או היעדר דיווח מצד מספר משרדים, ופרסום מידע שאינו מלא, אחיד או מאפשר קבלת תמונה כוללת בדבר היקף הפטורים, זהות הספקים ותדירות ההתקשרויות החוזרות.[10] במצב דברים זה, הציבור ואפילו גורמי הפיקוח הממשלתיים מתקשים לעקוב אחר מדיניות הפטורים הלכה למעשה.

גם מן ההיבט הכלכלי עולה כי מנגנון הפטור מושפע מ״בעיית הסוכן״. בעיה זו, מאופיינת בכך שכלל שהגוף המבקש את ההתקשרות הוא גם הגוף המאשר אותה, וככל שמנגנוני הבקרה והדיווח מצומצמים יותר, כך גדל הפער בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הארגוני של הגוף המבצע.[11] במצב זה, היעדר בקרה חיצונית על הליכי הפטור מגביר את הסיכון להחלטות שאינן מבוססות על שיקולים מקצועיים בלבד, ומחליש את יכולת הציבור לפקח על השימוש בכספים ציבוריים.

---

[2] עומר דקל **מכרזים**, כרך א פרק שני 40 (2004) (להלן: דקל **מכרזים**).
[3] ס׳ 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ״ב—1992.
[4] בג״ץ 292/61 **בית אריזה רחובות בע״מ נ׳ שר-החקלאות**, פ״ד טז 20 (1962); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי – משפט מינהלי כלכלי**, כרך ג׳, 26-27 (2013) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי כלכלי**).
[5] חוק חובת המכרזים, לעיל ה״ש 3, בס׳ 4.
[6] ברק-ארז **משפט מינהלי כלכלי**, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 59-64.
[7] אוריאנה אלמסי **סמכותם של משרדי הממשלה לקיים התקשרויות בהליך של פטור ממכרז ושקיפות הנתונים על התקשרויות אלה**, 19-20 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2016) (להלן: אלמסי **סמכותם של משרדי הממשלה**).
[8] מבקר המדינה **התקשרויות הרשויות המקומיות בפטור ממכרז**, 485 (2022).
[9] תק׳ 8(א)(1) ותק׳ 10א(א)(1) לתקנות חובת המכרזים, תשנ״ג—1993; ס׳ 2.1.5, ס׳ 2.2.4 להוראת תכ״ם 7.1.1 ״ועדות מכרזים וועדות פטור בממשלה״ (3.6.2024) (להלן: הוראות תכ״ם בוועדות פטור בממשלה).
[10] אלמסי **סמכותם של משרדי הממשלה**, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 16-19.
[11] עמי צדיק **פטורים מוצעים בתקנות חובת המכרזים – ניתוח כלכלי**, 3 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2008).

לאור האמור, עולה צורך בבחינה מחודשת של מערך הפטורים בישראל, ובהסדרה שתבטיח כי הפטור ממכרז ישוב למעמדו המקורי, קרי חריג צר לשיטה. הסדרה זו חיונית לשמירה על עקרונות המשפט המנהלי, להגברת התחרות, חיזוק אמון הציבור, והבטחת שימוש תקין במשאבים המנוהלים על ידי רשויות ציבוריות.

4. חקיקה

פרק זה יסקור את המסגרת הנורמטיבית החלה על דיני המכרזים בישראל. טרם החקיקה הקיימת כיום, ניתנה הכרה לחובת המכרז בפסיקה כנגזרת מעקרונות המשפט המנהלי. בפרק יוצג חוק חובת המכרזים, המשמש כמקור העיקרי לקביעת החובה לעריכת מכרז לצורך התקשרות של רשות ציבורית. לצד זאת, יידון חוק חופש המידע, אשר אינו עוסק ישירות במכרזים, אך משפיע על יישומם באמצעות קידום שקיפות ופיקוח ציבורי. בהמשך, תובא סקירה של חקיקה משנית המסדירה את אופן יישום החובה וכוללת תקנות נוספות המשפיעות על מתן פטורים ממכרזים ועל הרכב הגופים המאשרים אותם, הן בשלטון המרכזי והן ברשויות המקומיות. סקירה זו תציג את המנגנונים המאפשרים סטייה מחובת המכרזים ובתום הפרק, יוצג האתגר הנובע מהמצב המשפטי הקיים, רוחב ההסדרים הפוטרים רשויות מקיום מכרז במצבים שונים והרכבי ועדות הפטור. כן, יונח הבסיס להצעת תיקון חקיקתי הקורא להפחתה משמעותית של סמכות תקנות הפטור או צמצום סכומי הסף לכך.

4.1 חקיקה ראשית

חוק חובת המכרזים,[12] מהווה את המסגרת הנורמטיבית המרכזית המסדירה את אופן התקשרותם של גופים ציבוריים בישראל. החוק מרכז את דיני המכרזים בישראל ומטרתו הבטחת פיקוח ציבורי-אובייקטיבי על הוצאות כספי הציבור על ידי משרדי הממשלה, רשויות מקומיות, תאגידים סטטוטוריים וגופים נוספים. החוק קובע שכל התקשרות של גוף ציבורי לרכישת טובין, קבלת שירותים או ביצוע עבודות, תיעשה בדרך של מכרז פומבי.[13] חובה זו נועדה להבטיח כי התקשרויות של גופים ציבוריים ייעשו באופן יעיל, שוויוני ושקוף, לצד תחרות הוגנת ושימוש ראוי בכספי הציבור, בהתאם לעקרונות המשפט המנהלי. אולם למרות שהחוק נועד לקידום אינטרסים חברתיים, נראה שלא תמיד מושגת באמצעותו יעילות כלכלית. כבר בתחילתו, בסעיף 4 לחוק,[14] נקבע חריג מהותי לחובת המכרזים המכשיר דרך המאפשרת להתגבר על חובה זו. הסעיף קובע ששר האוצר, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יסדיר בתקנות סכומים, סוגי עסקאות ונסיבות מיוחדות, בהן רשאי גוף ציבורי שלא להתקשר באמצעות מכרז או שהוא זכאי לפטור מחובת הפומביות ויכול להתקשר באמצעות מכרז סגור.

חוק נוסף שמטרתו קידום פיקוח ציבורי וניהול ראוי של כספי הציבור, הוא **חוק חופש המידע**,[15] המעגן את זכות התושבים לקבל מידע מרשויות ציבוריות.[16] הדבר תואם לסעיף 4 לחוק חובת המכרזים, הקובע גם כי על שר האוצר לקבוע מהי צורת המכרזים ודרכי הזמנתן וקבלתן של הצעות מחירים, לצד אופן הפרסום של המכרזים ברבים.[17] יצוין כי חובת הפרסום בחוק חופש המידע אינה מחייבת את הרשויות לפרסם מיוזמתן את רישומי הפטור, אלא מעניקה לתושבים זכות לקבלת מידע לפי בקשתם ומאפשרת לבחון את התקשרויות הגופים הציבוריים באופן פומבי, מה שמוסיף להן נדבך נוסף של פיקוח.

חשיפה ציבורית של פעולות הרשויות הציבוריות ובכללן גם רישומי הפטורים המאושרים, עשויה לסייע בצמצום היקף השימוש בפטורים ממכרזים ולהשיב את מטרות חובת המכרזים, דוגמת יעילות כלכלית

[12] חוק חובת המכרזים, לעיל ה״ש 3.
[13] שם, בס׳ 2.
[14] שם, בס׳ 4.
[15] חוק חופש המידע, התשנ״ח—1998.
[16] שם, בס׳ 1.
[17] חוק חובת המכרזים, לעיל, ה״ש 3, בס׳ 4.

ושוויון, אל דרך המלך. אי לכך, יישומו הקפדני של החוק אינו דבר שולי, אלא מהווה תנאי משמעותי להצלחת התיקון המוצע. שקיפות מלאה תדאג בסבירות רבה לכך שהפחתת סמכויות הפטור והורדת סכומי הסף לא יוותרו כהצהרה תיאורטית בלבד, אלא יתורגמו בפועל לצמצום משמעותי בשימוש בפטורים.

4.2 <u>חקיקת משנה ותקנות</u>

תקנות חובת המכרזים,[18] מסדירות את אופן היישום של חובת המכרזים. התקנות קובעות כללים פרוצדוראליים לקיום מכרז על ידי רשות ציבורית, ומבטיחות את השגת התועלת המרבית לגוף הציבורי ומכאן שגם לציבור כולו, בדרך של שוויון, שקיפות ויעילות.[19] בנוסף, התקנות מעניקות עדיפות לקיומו של מכרז פומבי גם כאשר התקשרות מסוימת פטורה מכך.[20] הן מורות לגוף המחליט להימנע ממכרז לפרסם לציבור את החלטתו,[21] באופן הוגן ושוויוני.[22] דבר העולה בקנה אחד עם מטרות חוק חופש המידע שהוצגו לעיל.[23]

חרף שאיפתן להסדרת חובת המכרזים, התקנות מתירות מספר רחב מאוד של התקשרויות הפטורות מהחובה לקיים מכרז, בשל סוג העסקה, סכומה או הרצון לקדם אוכלוסיות מסוימות. פטורים אלו מוענקים הן באופן ישיר והן על ידי ועדות פטור מגוונות. למשל, עסקאות ששווין נמוך מסכום של 50,000 ₪ זכאיות לקבל פטור ללא צורך בביקורת ועדה; וכדי להימנע מניסיונות לעקוף את הדין באמצעות פיצול עסקאות גדולות, התקנות מגבילות פטור זה לקיום עסקאות קטנות עם אותו הספק, בסכום שאינו עולה על 100,000 שקלים בשנה.[24] פטור נוסף מוענק כאשר עריכת המכרז עלולה לפגוע משמעותית בביטחון המדינה, בכלכלתה ועוד,[25] או במקרים דחופים למניעת נזק של ממש.[26] במקרים אלו קיימת הגבלה מסוימת, שכן הם מתנים את מתן הפטור באישורה של ועדת פטור משרדית. גם חברה בת-ממשלתית זוכה לקבל פטורים מסכומים מסוימים, למשל כאשר ההתקשרות נמוכה מ-200,000 שקלים ולחברות המכניסות מיליארד בשנה, הסכום גדל ל-600,000 שקלים.[27]

לכאורה, נדמה שהתקנות מקפידות להגביל את הפטורים המותרים על פיהן. אולם מספרן הרב של ההתקשרויות הפטורות ממכרז, למעלה מ-30 עילות לפטור,[28] מציג תמונה מעט שונה. הדבר מתעצם כאשר מתבוננים במקורות חקיקתיים נוספים המסדירים את דיני המכרזים, דוגמת **תקנות העיריות**,[29] **וצו המועצות המקומיות**.[30]

בדומה לתקנות חובת המכרזים, גם מקורות אלו מכילים מספר רב של התקשרויות הפוטרות ממכרזים בסכומים מסוימים,[31] אך מתמקדות בפן הציבורי-מקומי. דבר נוסף המופיע בחקיקות הפנימיות הוא

---

[18] תקנות חובת המכרזים, לעיל ה״ש 9.
[19] שם, בתק׳ 1א(א).
[20] שם, בתק׳ 1ב(א); ס׳ 2.1 להוראת תכ״ם 7.6.1 ״פטור מחובת המכרז״ (12.6.2025) (להלן: הוראות תכ״ם לפטור מחובת המכרז).
[21] שם, בתק׳ 1ג(א).
[22] ״הוראות תכ״ם לפטור מחובת המכרז״, לעיל ה״ש 20, בס׳ 2.1.3 להוראת תכ״ם 7.6.1.
[23] חוק חופש המידע, לעיל, ה״ש 15.
[24] תקנות חובת המכרזים, לעיל, ה״ש 9, בתק׳ 3(1).
[25] שם, בתק׳ 3(3).
[26] שם, בתק׳ 3(2).
[27] שם, בתק׳ 34(2).
[28] הוראות תכ״ם בוועדות פטור בממשלה, לעיל ה״ש 9, בס׳ 2.3.
[29] תקנות העיריות (מכרזים), התשמ״ח—1987.
[30] צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי״ח—1958.
[31] שם, בתק׳ 3 לתוספת השנייה; תקנות חובת המכרזים, לעיל ה״ש 9, בתק׳ 3.

האפשרות לערוך ״מכרז זוטא״ – מכרז שאינו פומבי. לעיריות, הפטור ניתן בעסקאות שערכן עולה על 26,000 שקלים ונמוך מ-127,000 שקלים,[32] ובמועצות המקומיות הרף משתנה בין 75,000 ל-148,500 שקלים.[33]

נוכח ריבוי הפטורים שהוצגו, היקפם והשימוש הגובר בהם, מתחזקת ההצדקה בדבר תיקון תקנות הפטור והפחתה משמעותית של סמכותן או סכומי הפטור שלהם, על מנת להשיב את חובת המכרזים למעמדה ככלל מנחה ולא מנגנון שנעקף הלכה למעשה.

4.3 רפורמה

הגידול במספר הפטורים אינו עוצר, ועם השנים, נוספו לחקיקות אלו עילות פטור נוספות. למשל, בשנת 2018 נוספו סעיפים הפוטרים התקשרויות לרכישת שירותי ניהול ופיקוח מגורם החולק בעלות משותפת עם הרשות.[34] אף שפטורים אלו מסייעים להגשמת מטרת חובת המכרזים ליעילות כלכלית, קיום מכרז באופן שאינו חשוף לביקורת הציבורית, עלול לגרום לתוצאה ההפוכה. המחוקק מודע לבעיה זו ולכן בשנת 2009, נערכה רפורמה בתקנות.[35] התיקון הוסיף הוראות להקמת ועדות מכרזים,[36] וכן לועדות פטור משרדיות.[37] ועדת מכרזים אחראית בין היתר לאשר בקשות של משרדים המעוניינים שלא להיקשר בדרך של מכרז פומבי רגיל.[38] לעיתים, היא אף מתפקדת כועדת פטור לעניינים מסוימים.[39] ועדות הפטור הן הסמכות הדנה בדינן של עסקאות החורגות מגדר הפטורים הרגילים ואף מאשרת התקשרויות שסכומן עולה על 4,000,000 שקלים.[40]

הועדות מורכבות ממנכ״ל, חשב והיועץ המשפטי של המשרד.[41] בחירה זו עשויה להשיג את מטרות חובת המכרזים לפקח על ניהול ההתקשרויות ומתן הפטורים, שכן התפקידים מאוישים על ידי אנשי מקצוע מומחים שיכולים לראות את התמונה המלאה. אך מאידך, כל אנשי הועדה שייכים למשרד שמעוניין בהחלת הפטור, וייתכן כי הסיבה לכך לאו דווקא לשם הגשמת תכלית היעילות, אלא לצורך קידום האינטרסים של המשרד. דבר זה מדגיש את החשיבות הרבה בצמצום סמכויותיהן של ועדות הפטור.

4.4 הוראות שעה

על רקע מצב החירום הביטחוני שהוכרז בעת מלחמת חרבות ברזל, הותקנו מספר הוראות שעה שמאפשרות לגופים הציבוריים להמשיך לפעול במהירות ויעילות.[42] תקנות אלה אינן תקנות שעת חירום, אלא הוראות שעה שהותקנו מכוח חוק חובת המכרזים, פקודת העיריות ופקודת המועצות המקומיות. מסיבה זו, ההוראות מרחיבות את עילות הפטורים ממכרזים המנויים בתקנות הרגילות, אך מבלי להפעיל את סמכותן הרחבה של תקנות שעת חירום.

---

[32] תקנות העיריות (מכרזים), לעיל ה״ש 29, בתק׳ 8.
[33] שם, בתק׳ 8 לתוספת השנייה.
[34] שם, בתק׳ 3(15); לעיל ה״ש 19, בתק׳ 3(15) לתוספת השנייה.
[35] תקנות חובת המכרזים (הוראת שעה) (תיקון), התש״ע–2009.
[36] תקנות חובת המכרזים , לעיל ה״ש 9, בתק׳ 8(א).
[37] שם, בתק׳ 10א.
[38] שם, בתק׳ 9א.
[39] שם, בתק׳ 10א(ח).
[40] שם, בתק׳ 12(א).
[41] שם, בתק׳ 8(א)(1) ובתק׳ 10א(א)(1); הוראות תכ״ם בוועדות פטור בממשלה, לעיל ה״ש 9, ס׳ 2.1.5, ס׳ 2.2.4.
[42] תקנות חובת המכרזים (חרבות ברזל – התקשרויות מנהלת תקומה) (הוראת שעה), התשפ״ד–2023; תקנות העיריות (מכרזים) (הוראת שעה), התשפ״ד–2023; צו המועצות המקומיות (הוראת שעה), התשפ״ד–2023; צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) (הוראת שעה מס׳ 2), התשפ״ד–2023.

למשל עבור מנהלת תקומה, גוף ממשלתי שהוקם במטרה לשקם את יישובי עוטף עזה שנפגעו במתקפת הטרור בשביעי באוקטובר, סף המינימום לעסקאות עלה לסכום כפול מהוראות התקנות הרגילות עד לסך של 100,000 שקלים והגבלת ההיקשרות השנתית גדלה לסך של 400,000.[43] ברם, יש לציין כי מדובר בהוראות זמניות התקפות עד לתאריך א׳ בטבת התשפ״ח (31 בדצמבר 2027). בנוגע לשלטון המקומי, ניתנו הקלות המאפשרות להאריך חוזה קיים שהמשכיותו נדרשת בזמן המצב המיוחד בעורף, גם ללא פרסום מכרז חדש.[44] עם זאת, הפטור מוגבל לתקופה של חודש מתום ההכרזה על מצב החירום, ובתנאי שההתקשרות תיעשה רק לתקופה המזערית הנדרשת לשמירה על רציפות השירות, אשר לא תעלה על שישה חודשים, ותוך שמירה על שווי ההיקשרות כך שלא יעלה על שוויה הקודם של העסקה.[45]

יחד עם זאת, מאחר שמדינת ישראל מצויה פעמים רבות במצבי חירום ותקנות דומות יצאו גם בתקופת הקורונה,[46] כפועל יוצא, מצב בו מרחיבים את הרשאות הפטורים, עלול להפוך למעין כלל נורמטיבי קבוע, דבר המחדד את חשיבות התיקון המוצע לצמצום סכומי הסף וסמכות תקנות הפטור.

לאור האמור לעיל, ניתן לראות שמערך החקיקה בישראל, ברמה הממלכתית והמקומית, מעניק לרשויות הציבוריות מגוון רחב של עילות פטור מחובת המכרזים, המתרחב אף יותר בעתות חירום באמצעות הוראות שעה. לצד זאת, הרכבן של ועדות הפטור וועדות המכרזים, המבוסס על נציגי המשרדים עצמם, יוצר חשש להטיה מוסדית אסורה.[47] מציאות זו פוגעת בעקרונות השוויון, השקיפות והיעילות הכללית, אשר עומדים בבסיס חובת המכרזים. המסקנה העולה הינה שהמצב הקיים, מותיר בידי הרשויות שיקול דעת רחב בהענקת הפטורים ומחליש את חובת המכרזים. לפיכך, נדרש תיקון לחקיקה הקיימת: הפחתת סמכות תקנות הפטור או סכומי הפטורים הקיימים, שתביא לצמצום השימוש בפטורים וחיזוק הבקרה הציבורית על התקשרויות הרשויות הציבוריות.

[43] תקנות חובת המכרזים (חרבות ברזל – התקשרויות מנהלת תקומה), לעיל ה״ש 42, בתק׳ 3(1)(א).
[44] תקנות העיריות (מכרזים) (הוראת שעה), לעיל ה״ש 42, בתק׳ 1; צו המועצות המקומיות (הוראת שעה), לעיל ה״ש 42, בתק׳ 1; צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) (הוראת שעה), לעיל ה״ש 42 בתק׳ 1.
[45] שם.
[46] תקנות העיריות (מכרזים) (הוראת שעה), התש״ף-2020; תקנות העיריות (מכרזים) (הוראת שעה מס׳ 2), התש״ף-2020; צו המועצות המקומיות (הוראת שעה), התש״ף-2020; צו המועצות המקומיות (הוראת שעה מס׳ 2), התש״ף-2020; צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות) (הוראת שעה מס׳ 2), התש״ף-2020.
[47] הוראות תכ״ם בוועדות פטור בממשלה, לעיל ה״ש 9, בס׳ 2.1.8.2, ס׳ 2.2.6.

5. פסיקה

בעוד שהפרק הקודם הציג את המסגרת החקיקתית המסדירה את חובת המכרזים ואת עילות הפטור, פרק זה בוחן את האופן שבו הפסיקה התמודדה עם היישום המעשי של הסדרים אלה. על אף שהמחוקק קבע כי המכרז הוא הכלל והפטור הוא חריג, בהיעדר מנגנוני פיקוח מחייבים ובהינתן שיקול הדעת הרחב של ועדות הפטור, שאלות בנוגע להפעלת סמכות זו הובאו לפתחם של בתי המשפט.

הפסיקה הקיימת בישראל בנושא זה אינה מקיפה, אך היא משקפת מגמה עקבית של בית המשפט להגן על עקרונות היסוד של המנהל הציבורי. כחלק מכך, היא מחייבת במתן פרשנות מצמצמת של עילות הפטור, דרישה להצגת הנמקה למתן הפטור ובחינה קפדנית של החלטות המנהל. בכך, הפסיקה הקיימת מדגישה את הצורך בהסדרה מחודשת וברורה יותר של תחום זה.

5.1 חשש לניגוד עניינים מוסדי

כחלק מכללי הצדק הטבעי, קיים איסור לעמוד בסיטואציה המקימה חשש לניגוד עניינים. עם זאת, עמידה בסיטואציה כזו אינה פוסלת לכשעצמה את החלטת הרשות, אלא נדרש סף הסתברותי של חשש סביר ככל שמדובר על ניגוד עניינים אישי.[48] בפרשת **מושלב** העוסקת בוועדה לתכנון ובנייה שקיבלה החלטה מקצועית לבנות תחנת דלק ומסעדה בקיבוץ כברי, ההחלטה נפסלה בשל הימצאותו של חבר הקיבוץ בסיטואציה המקימה חשש לכך שפעל משיקולים פרטיים.[49] על אף שהחליטה הועדה התכנונית שאין פגם בהליך קבלת ההחלטה, קבע בית המשפט שדי בסיטואציה המקימה חשש סביר לניגוד עניינים אישי, בכדי לפסול את החלטת הרשות.[50] כאמור לא צריכה להיות הוכחה ניצחת לכך שהחלטת הרשות הוטתה בשל ניגוד עניינים אישי, אלא נדרשת הוכחה הסתברותית לכך שהסיטואציה בה נמצאו מקבלי ההחלטות בוועדות הפטור ממכרזים, מקימה חשש לניגוד עניינים.[51] בהתקיימות סיטואציה כזו, החלטת הרשות עלולה לעמוד לביקורת מצד הרשות השופטת.[52]

5.2 גבולות הסמכות של ועדת הפטור

עקרון חוקיות המנהל דורש כי לכל פעולה של הרשות תהיה סמכות מפורשת בחוק ובפרט כאשר נפגעות זכויות אדם ובמיוחד זכויות אדם חוקתיות.[53] לפיכך, לאור דיני המשפט המנהלי, על רשות מנהלית לפעול בהתאם לסמכויות הקנויות לה בדין.[54] בפרשת **אקרשטיין** בית המשפט דן בסוגיה מהו היקף סמכותה של ועדת הפטור.[55] הפרשה עסקה בחברת אקרשטיין שביקשה פטור ממכרז לתקופת שנים ארוכה. השופט דנציגר קבע בדעת רוב כי עריכת מכרז היא ברירת המחדל ואילו בקשת הפטור היא חריגה. עוד קבע, כי עקרון השוויון, התחרות וטוהר המידות הוא לב ליבה של חובת המכרז.[56] וועדות הפטור ממכרז רשאיות מכוח סמכותן לייצר נהלים פנימיים של מבחנים שאינם כתובים בחוק, והרשות יכולה לדרוש מהמבקשים לפטור

---

[48] בג״ץ (ירושלים) 3132/92 **מושלב נ׳ הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון**, מז(3) 741, פס׳ 12-10 לפסק דינה של השופטת דורנר (1993) (להלן: עניין **מושלב**)
[49] שם.
[50] שם, בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת דורנר.
[51] שם.
[52] שם.
[53] בג״ץ 1/49 **בז׳רנו נ׳ שר המשטרה**, פ״ד ב 80.
[54] בג״ץ 144/50 **שייב נ׳ שר הביטחון** , פ״ד ה 399.
[55] עניין **אקרשטיין** ,לעיל ה״ש 1, בפס׳ 31-38 31-38 לפסק דינו של השופט דנציגר.
[56] שם, בפס׳ 38 לפסק דינו של השופט דנציגר.

ממכרז לעמוד בתנאים אלו.[57] מדברי השופט דנציגר עולה כי קיימת קדימות נורמטיבית לקריטריונים המופיעים במפורש בלשון החוק. עם זאת, תכליתן של ועדות הפטור היא לאזן בין השיקולים השונים לטובת הציבור, ועל כן מוקנית להן הסמכות לקבוע קריטריונים משניים שנועדו להבטיח תכלית זו.[58] אולם, קבלת החלטתה של ועדת הפטור ממכרז עדיין נדרשת לעמוד בכללי המשפט המנהלי.[59] ניתן לראות כי ישנה חובה לנהוג בשוויון ובהגינות לפי עקרונות המשפט ועל כן חשש לניגוד עניינים אינו פוסח על וועדות הפטור.[60]

בפרשת **חן המקום**, נדון עניינה של עיריית קריית אונו אשר התקשרה עם איגוד ערים דן ללא מכרז, תוך הסתמכות על פרקטיקה של שיתוף פעולה בין-רשותי.[61] פסק הדין מסמן מגמה ברורה של צמצום כוחן של ועדת הפטור והרשות המקומית ליצור פטורים עצמאיים מכוח היקש או נוהג.[62] בית המשפט העליון הבהיר כי בהיעדר הסמכה מפורשת בתקנות העיריות, אין לוועדת הפטור מרחב תמרון המאפשר לה לעקוף את חובת המכרז תחת אצטלה של ביצוע עצמי או דמיון לתקנות חובת המכרזים הממשלתיות.[63] קביעה זו מבטאת גישה מחמירה כלפי סמכויותיהן של ועדות פטור, לפיה יש לפרש פטורים ממכרז באופן מצמצם ודווקני. בכך, פסק הדין מפקיע מוועדת הפטור את הכוח להכשיר התקשרויות חוזיות משמעותיות ללא בסיס חוקי פוזיטיבי, ומשיב את הבכורה לעקרון שלטון החוק על פני שיקולי יעילות מנהליים.

5.3 שיקול הדעת של ועדת הפטור

פרשת **חניון קרתא** מהווה מקרה בוחן מובהק למתח שבין שיקול הדעת המנהלי באפיון צרכי הרשות לבין עקרון השוויון והתחרות הגלום בחוק חובת המכרזים.[64] בית המשפט ביצר את ההלכה לפיה עילת ה״ספק היחיד״ דורשת ודאות עובדתית לקיומו של ספק בלעדי, וקבע כי אין ברצון הרשות להשיג נוחות או איכות יתרה כדי להצדיק עקיפה של מנגנון המכרז הפומבי בגין עילת ״ספק יחיד״.[65] בית המשפט הבהיר כי אין ביתרונות תפעוליים גרידא כדי לפטור את הרשות מחובת המכרז. על פי ההכרעה, על הרשות לאזן בין איכות השירות לבין מחירה, תוך קביעה כי הגדרה טכנית צרה ומלאכותית של נושא המכרז, המייצרת בלעדיות דה-פקטו, לוקה בחוסר סבירות ופוסלת את השימוש בפטור מסוג ״ספק יחיד״.[66]

5.4 צמצום החלטת ועדות פטור

וועדות הפטור למכרזים, בהתאם לדיני המשפט המנהלי ישראל, נדרשים לנמק את החלטותיהם,[67] ועל הנימוק לעמוד במתחם הסבירות.[68] בעניין **אבן סיד**, נידונה השאלה האם ועדת הפטור שנימקה את החלטתה רשאית לפטור ממכרז למשך שנים ארוכות או שמא מדובר בחריגה ממתחם הסבירות.[69] בדעת רוב, השופט פוגלמן הכריע כי למרות שהוועדה פעלה באופן תקין ונימקה את החלטותיה, מתן פטור ארוך טווח ללא אפשרות לקיים מכרז פוגע בעקרונות שוויון ההזדמנויות, ובתועלת הכלכלית לקופה הציבורית.[70] הפטור

---

[57] שם.
[58] עניין **מושלב**, לעיל ה״ש 48.
[59] שם.
[60] עע״מ 1777/14 **חן המקום בע״מ נ׳ עיריית קרית אונו**, פס׳ 53-54 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, (נבו 16.6.2016).
[61] שם, בפס׳ 47-46 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
[62] שם.
[63] שם, בפס׳ 57-53 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
[64] עת״מ (מינהליים י-ם) 16938-11-20 **חניון קרתא ירושלים בע״מ נ׳ משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (נבו 19.3.2021).
[65] שם, בפס׳ 13-8 לפסק דינו של השופט אברבנאל.
[66] שם.
[67] ס׳ 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות) תשי״ט-1958.
[68] עניין **תעשיות אבן וסיד**, לעיל ה״ש 1, פסקה 26-24, 43-42 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.
[69] עניין **אקרשטיין**, לעיל ה״ש 1.
[70] שם, בפס׳ 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

למספר שנים מונע תחרות ומסכן את טוהר המידות במכרז.[71] אי-מתן משקל הולם לעקרון השוויון מוציא את ההחלטה מגדר מתחם הסבירות.[72] בנסיבות העניין, אין להכיר באינטרס ההסתמכות על החלטת הועדה כדי להעניק לחברה הרשאה בפטור ממכרז לתקופה ארוכה של עשרים שנה.[73] ניתן לומר בהתבסס על פסק דין זה, שגם כאשר ועדת הפטור אכן פטרה ממכרז, ניתן לצמצם את תוקפו של הפטור וזאת על מנת להלום את עקרון שוויון ההזדמנויות במכרז, ולפעול לטובת הציבור הישראלי כולו, תוך העשרת הקופה הציבורית.

5.5 <u>מינויים למשרות</u>

חובת קיום הליך תקין ושוויוני היא חלק אינטגרלי מקיומו של המכרז,[74] אך הפסיקה אינה מגבילה את חובת ההגינות והשוויון דווקא למכרזים אלא מחילה אותה גם על ועדות מינויים למשרות ציבוריות.[75] הליך המינוי כולל שני שלבים: תחילה ועדת איתור מחפשת מועמדים מתאימים, ולאחר מכן ועדת המינויים בוחרת מביניהם את המועמד המתאים ביותר לתפקיד.

בפרשת **נציב שירות המדינה,** נבחנה האפשרות להעניק פטור מחובת ועדת איתור למשרה הנדונה, בהתאם לסעיף 6 לחוק. על פי מתווה זה, הרשות תבחר באופן עצמאי את המועמד המתאים לתפקיד, בעוד שסמכות ועדת המינויים תוגבל לאישור המינוי בלבד. ועדת האיתור כאמור פועלת באופן תחרותי, המזכיר במידה מסוימת מכרז. הרשות בפרשת הנציב ביקשה לפטור על ידי חוק את ההליך התחרותי, קרי המכרז ולבחור בעצמה את המועמד ורק לבחון אותו בהתאם לוועדת המינויים.[76] דעת הרוב קבעה שהמינוי נדרש להיות בהליך תחרותי על ידי ועדת איתור, מפני שמדובר במשרת שומר סף, בעל אופי ציבורי חשוב, וזאת על אף שהחוק פוטר ממכרז.[77] פרשת הנציב מוביל למסקנה כי סמכותה של הרשות המנהלית להתקשר בפטור ממכרז אינה חזות הכול, כך שאף במקרים בהם עומדת לרשות עילה סטטוטורית המאפשרת לה לפעול ללא מכרז, אין בכך כדי להעניק לה חסינות מביקורת שיפוטית מהותית. לאור הזיקה שבין הליכי מינוי לבין דיני המכרזים, התוותה הפסיקה גישה לפיה כאשר מדובר במשרה או בהתקשרות בעלת משמעות ציבורית רחבה, יטה בית המשפט לאמץ פרשנות מצמצמת לסמכויות ועדת הפטור. משמעות הדבר היא כי האינטרס הציבורי, המחייב קיומו של הליך תחרותי ושוויוני, עשוי לגבור על ההרשאה הפורמלית לפטור, באופן המחייב את הרשות לקיים הליך מכרזי חרף עמידתה בתנאי הסף הטכניים.[78]

לסיכום, פרק הפסיקה עסק בביקורת השיפוטית על ועדות הפטור ממכרזים, תוך כפיפות לעקרונות המשפט המנהלי כגון חובת השימוע ואיסור על ניגוד עניינים. ניתן לראות שהפסיקה מתווה גישה מצמצמת לפטורים, הקובעת כי המכרז הוא ברירת המחדל, וכי גם כאשר קיים פטור בחוק, האינטרס הציבורי עשוי לחייב הליך תחרותי, בפרט במינויים בכירים או בהגבלת משך ההתקשרות. לבסוף, נקבע כי גמישות ומתן פטור תתאפשר רק במקרים של פגמים טכניים זניחים שאינם פוגעים בשוויון.

---

[71] שם.
[72] שם, בפסקה 40 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.
[73] שם.
[74] בג״ץ 37830-08-24 **מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה ולדמוקרטיה, המסלול האקדמי המכללה למינהל מיסודה של הסתדרות הפקידים בתל אביב נ׳ ממשלת ישראל**, פסקה 67-39 לפסק דינו של הנשיא עמית, (נבו 12.5.2025) (להלן: עניין **ברנדייס**).
[75] שם.
[76] ס׳ 6 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי״ט-1959.
[77] עניין **ברנדייס**, לעיל ה״ש 74, פסקה 12-9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. יש לציין שהלכה זו נהפכה לאחר כתיבת מסמך זה. ראו: דנג״ץ 70105-05-25 **ממשלת ישראל נ׳ מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה ולדמוקרטיה, המסלול האקדמי המכללה למינהל מיסודה של הסתדרות הפקידים בתל אביב** (נבו 3.2.2026).
[78] שם.

6. סקירה ספרותית

ספרות המחקר בתחום המכרזים במשפט הציבורי בישראל מציגה באופן עקבי את המכרז כמנגנון מרכזי לקידום ערכי היסוד של המשפט המנהלי: שוויון, שקיפות, הוגנות, תחרות ויעילות.[79] המכרז נתפס בספרות ככלי המקדם הקצאה רציונלית של משאבי הציבור ומגן מפני משוא פנים ושחיתות מוסדית.[80] לצד זאת, הספרות מדגישה כי מנגנוני הפטור ממכרז הם חריג מצומצם לכלל וכי הרחבתם טומנת בחובה סכנה מהותית להיחלשות הערכים המנהליים ולפגיעה במנגנוני הפיקוח.[81] תובנות אלה מבססות את נקודת המוצא של היוזמה הנוכחית הבוחנת באופן ביקורתי את היקף סמכויות ועדות הפטור והצורך בצמצומן לשם חיזוק אמון הציבור ושיפור תקינות הליכי הרכש.

6.1 המכרז כמרכיב יסוד במשפט המנהלי

המשפט המנהלי מבקש לרסן את כוחו של השלטון באמצעות מנגנונים המבטיחים הפעלה עניינית, שוויונית ושקיפות של סמכויות. השופטת דפנה ברק-ארז, מציגה בספרה את המכרז ככלי המגלם בפועל עקרונות אלה ע״י יצירת שוויון הזדמנויות בין מתמודדים, הפחתת הסיכון למשוא פנים ושקיפות המאפשרת פיקוח ציבורי ומוסדי.[82] המכרז הוא הליך טרום חוזי בעל אופי דו ערכי.[83] מצד אחד, הוא מקדם יעילות כלכלית ורציונליות בקבלת החלטות. מצד שני, הוא מבטיח את הנורמות המנהליות של שקיפות, הוגנות ותום לב. כך, המשפט המנהלי והתפיסה החוזית נפגשים והחובה לערוך מכרז הופכת לחובה מהותית, לא טכנית.

6.2 הצדקות לחובת המכרז

כאמור, קיימות שלוש הצדקות מרכזיות לקיומה של חובה לערוך מכרז: שוויון, טוהר מידות ויעילות כלכלית.[84] הספרות מדגישה כי הצדקות אלו אינן תאורטיות בלבד, אלא נבחנות גם ברמה המעשית. מהן נגזרת הביקורת המרכזית אודות הרחבת השימוש בפטורים.

עקרון **השוויון** מבטיח תחרות פתוחה בין כלל הספקים, ללא העדפה הנובעת מקשר אישי או ממידע פנימי חסוי.[85] בהיעדר מכרז נוצר בפועל ״שוק סגור״, שבו ספקים ותיקים נהנים מיתרון מובנה הפוגע בכניסת מתחרים חדשים.[86] מכאן שהשוויון במישור המנהלי, ערך יסוד של המשפט הציבורי, נפגע באופן ישיר כאשר רשות מתבססת על פטור. בכך נוצר שדה משחק אחיד, שמונע הטיות ומבטיח שכל החלטה תיעשה על בסיס שיקולים עניינים בלבד.[87]

כמו כן, כאשר גורם מנהלי מחזיק במידע רב יותר מהציבור ומקבל החלטות ללא פיקוח תחרותי, קיים סיכון מובנה לפגיעה **בטוהר המידות** על-ידי העדפה פסולה ושימוש לרעה בסמכות.[88] תחרות היא הכלי המרכזי

---

[79] דקל **מכרזים**, לעיל ה״ש 2.
[80] שם.
[81] שם.
[82] דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** , כרך א׳ פרק שלישי 261-263 (2010) (להלן: ברק ארז **משפט מנהלי 2010**).
[83] גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 134-135 (1999) (להלן: שלו **חוזים**).
[84] איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** 378-379 (2013) (להלן: פלג **אתגר העוני**).
[85] שם.
[86] שם.
[87] שלו **חוזים**, לעיל ה״ש 83, בעמ׳ 164-166.
[88] מעיין משה ״התמודדות עם בעיות הנציג בהליך המכרז – הסדרת עבודתם של גורמי הייעוץ המקצועיים״ משפטים מו, 115 123-119 (2017) (להלן: משה ״בעיות הנציג במכרז״).

להשגת המחיר הטוב ביותר עבור הציבור. בהיעדר תחרות אין מנגנון שמוודא שהרשות בוחרת בספק היעיל ביותר או שהמחיר שניתן מוצדק

לבסוף, **יעילות כלכלית** מהווה נדבך משמעותי בהצדקות לחובת המכרז. העדר מכרז עלול ליצור התקשרויות בלתי יעילות, לעיתים במחירים גבוהים יותר, בשל היעדר מנגנון שמוודא בחירה בהצעה האטרקטיבית ביותר.[89] מכאן, שהרחבת היקף הפטורים מסכנת לא רק ערכים נורמטיביים, אלא גם את האינטרס הכלכלי הציבורי. גם בספרות הכלכלית עולה כי העדר מכרז עלול לגרום לבזבוז משאבים ולפגיעה בכלכלה הציבורית.[90]

שלוש ההצדקות הללו הן הבסיס התאורטי להבנת הפגיעה הנגרמת כאשר גובר השימוש בפטורים. מכאן ברור כיצד הספרות מחזקת את יסוד היוזמה. הרחבה לא מבוקרת של סמכויות ועדות הפטור פוגעת באותם ערכים שחובת המכרז נועדה להגן עליהם, ולכן המסקנה שעולה היא שנדרש להסדיר ולצמצם את היקף השימוש בפטורים.

6.3 <u>הפטור כמנגנון חריג</u>

הפטור הינו חריג כאשר הפעלה תדירה שלו עלולה להפוך אותו לכלי מנהלי שגרתי ולפגוע בתקינות הפעולה הציבורית.[91] קיימת הבחנה בין פטור הכרחי, כמו במקרים של ספק יחיד או מצב חירום, לבין פטור שנובע מנוחות אדמיניסטרטיבית, שאינה מהווה הצדקה לגיטימית.[92] סמכות ועדות הפטור מובילה להחלשת המכרז כהליך מובנה ומפקח.[93] בדיונים העוסקים במתחים בין גורמי השלטון לבין אזרחים וספקים, נטען כי היעדר תחרות יוצרת קרקע נוחה להתנהלות בעייתית ואף לשחיתות מוסדית. עוד מצוין כי הרחבת סמכויות ועדות הפטור מחריפה את הסיכון, בין היתר משום שלעיתים הן פועלות בתוך הרשות עצמה ללא מנגנון פיקוח חיצוני.[94]

בנוסף, הרחבת סמכויות אלה מעצימה את ״בעיית הנציג״ המשקפת מצב שבו מי שמקבל החלטות בשם הציבור עלול לקדם אינטרסים אישיים או ארגוניים במקום את האינטרס הציבורי, במיוחד כאשר קיימים פערי מידע ופיקוח מוגבל.[95]

מתוך הספרות עולה תמונה ברורה כי הפטור אינו יכול להוות מנגנון חלופי לקיום המכרז, אלא הוא חריג בעל פוטנציאל להפוך לכלל ללא מנגנוני ריסון הולמים. מכאן, מתחדדת חשיבות היוזמה לצמצום סמכויות ועדות הפטור ולהגבלת היקף השימוש בהן, על מנת לשמר את הערכים שחובת המכרז נועדה להגן עליהם.

6.4 <u>חובת ההנמקה</u>

חובת ההנמקה מהווה רכיב יסודי בהפעלת סמכויות מנהליות והיא חיונית במיוחד כאשר הרשות מבקשת לסטות מדרך המלך של עריכת מכרז.[96] ההנמקה משמשת ככלי מהותי לריסון שיקול הדעת, משום שהיא

---

[89] שם.
[90] דקל **מכרזים**, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 93.
[91] דקל **מכרזים**, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 239.
[92] שם.
[93] פלג **אתגר העוני**, לעיל ה״ש 84, בעמ׳ 381.
[94] שם.
[95] ברק-ארז **משפט מנהלי 2010**, לעיל ה״ש 82.
[96] יצחק זמיר **הסמכות המנהלית**, כרך ב פרק 38 1269-1270 (2011) (להלן: זמיר **הסמכות המנהלית**).

מאלצת את הרשות לנסח במפורש את השיקולים שהובילו להחלטה ולאפשר ביקורת עניינית על מידתיותה וסבירותה.[97] בהקשר של פטור ממכרז, חשיבות זו מתעצמת, שכן ההליך התחרותי, הכולל פרסום, תיעוד וביקורת פנימית וחיצונית מוחלף בהחלטה מנהלית בודדה שהשפעתה ניכרת על הקופה הציבורית, על שוויון בין ספקים ועל אמון הציבור. ללא הנמקה מלאה, כאשר אין חובה מפורשת בחוק להעניק זכות טיעון בפני ועדת הפטור, אין יכולת לבחון האם הפטור אכן נדרש מטעמים ענייניים כגון דחיפות או העדר חלופה תחרותית, או שמא הוא מופעל מטעמי נוחות או שיקולים שאינם תואמים את עקרונות המשפט המנהלי.[98]

בנוסף, חובת ההנמקה מהווה מנגנון מרכזי להבטחת שקיפות והגינות בהליכי הרכש הציבורי. בהיעדר מכרז, נעלמים מנגנוני הבקרה הטבעיים של תחרות פתוחה וההנמקה הופכת לאמצעי היחיד המאפשר לרשות להצדיק את סטייתה מהמסלול ההוגן והענייני.[99] חובת הנמקה חזקה וברורה היא חלק בלתי נפרד מן התפיסה שלפיה פטור ממכרז הוא חריג שיש להחילו בצמצום, תוך בקרה דקדקנית של הרשות עצמה ושל גורמי פיקוח נוספים.

כפי שמדגיש המלומד זמיר, חובת ההנמקה היא תנאי יסוד למניעת שרירות מנהלית והיעדרה פוגע באופן ישיר ביכולת לבחון את סבירות ההחלטה ואת התאמתה לעקרונות השוויון וההגינות.[100] בהקשר זה, הספרות מצביעה על זיקה הדוקה בין חובת ההנמקה לבין חובת הפרסום הפומבי כאשר רק נימוק מפורט וגלוי מאפשר ביקורת ציבורית ממשית על החלטות הפטור ומונע שימוש יתר בו.[101] כאשר החלטות פטור אינן מנומקות די הצורך ואינן מפורסמות לציבור, נוצר מרחב פעולה רחב מדי לוועדות הפטור, הפוגע בשקיפות ובאמון הציבור.[102] מכאן מתחדדת חשיבות היוזמה לצמצום סמכויות הוועדות ולחיזוק מנגנוני הבקרה, כך שהפטור ייוותר חריג מצומצם ולא יהפוך לכלי עקבי המחליש את חובת המכרז.

6.5 <u>השלכות המצב הקיים</u>

ההסתמכות הגוברת על פטור ממכרז יוצרת פגיעה מערכתית בשוויון ובתחרות, שכן התקשרויות שאינן עוברות דרך הליך מכרזי יוצרות בפועל שוק סגור המעניק יתרון מובנה לספקים קיימים ומונעות כניסה של מתחרים חדשים.[103] כתוצאה מכך, הפערים בין ספקים מתרחבים, והמשאב הציבורי אינו מחולק באופן שוויוני או ענייני.[104] לצד זאת, כאשר הרשות מופעלת ללא שקיפות וללא מנגנוני בקרה טבעיים, החלטות התקשרות מתקבלות על בסיס שיקולים שלא ניתן לפקח עליהם. בפרקטיקה, היעדר מכרז מאפשר קרבה לא מבוקרת בין בעלי תפקידים לבין ספקים, מגביר את החשש להטיה, העדפה פסולה ומשוא פנים, ומחליש את יכולת הציבור לברר אם ההחלטה נעשתה משיקולים ענייניים.[105]

הספרות מדגישה כי דפוסים אלה אינם תיאורטיים בלבד, אלא נצפו בפועל בהתקשרויות שבהן לא התקיימה תחרות פתוחה.[106] מתוך כך מתחדדת המסקנה המתבקשת ליוזמה שככל שההסתמכות על פטור מתרחבת,

---

[97] שם.
[98] שם.
[99] שם, בעמ׳ 1278-1279.
[100] זמיר **הסמכות המנהלית**, לעיל ה״ש 96.
[101] שם.
[102] שם.
[103] פלג **אתגר העוני**, לעיל ה״ש 84, בעמ׳ 378-379.
[104] שם.
[105] משה ״בעיות הנציג במכרז״, לעיל ה״ש 88, בעמ׳ 119-123.
[106] דקל **מכרזים**, לעיל ה״ש 2, בעמ׳ 93.

כך גובר הצורך בצמצום סמכויות ועדות הפטור, בחיזוק מנגנוני הבקרה ובהשבת המכרז למעמדו כדרך המלך של הרכש הציבורי. זאת לשם שמירה על שוויון, שקיפות וטוהר המידות.

לאור האמור, עולה כי המכרז הציבורי הוא מנגנון יסוד במשפט המנהלי הנועד להבטיח שוויון, שקיפות ויעילות בהקצאת משאבי הציבור. לעומת זאת, הפטור ממכרז הוא חריג מצומצם, שמלומדים מזהים ככזה הטומן בחובו סיכונים מובנים, כגון: פגיעה בתחרות, הרחבת שוק סגור והגדלת הפוטנציאל להטיה ולחוסר ענייניות. בנוסף, המלומד זמיר מדגיש כי בהיעדר הנמקה מלאה ופרסום פומבי, הפטור מחליש את מנגנוני הפיקוח על הרשות ופוגע באמון הציבור. לפיכך, ספרות המחקר מחזקת אפוא את הצורך לצמצם את סמכויות ועדות הפטור, להחמיר את דרישות ההנמקה ולהגביר את השקיפות, על מנת להבטיח הליכי רכש תקינים, תחרותיים וענייניים .

7. דין משווה

פרק זה עורך סקירה השוואתית של דיני המכרזים במדינות מערביות שונות, תוך התמקדות בהסדרת הפטור ממכרז ובהגבלות המוטלות על השימוש בו. בפרק יוצגו בקצרה מודלים הנהוגים בבריטניה, ארה״ב, האיחוד האירופאי ואוסטרליה, תוך השוואתם למודל הישראלי. הדיון ההשוואתי מאפשר להצביע על עקרונות ומנגנונים רגולטוריים שניתן לשלב בדין הישראלי לשם חיזוק המשטר הנורמטיבי של דיני המכרזים בישראל וצמצום סמכויות ועדת הפטור.

7.1 בריטניה

7.1.1 חקיקה

דיני הרכש הציבורי בבריטניה עברו בשנים האחרונות רפורמה מקיפה, אשר נועדה לאחד ולפשט את המסגרת הנורמטיבית שקדמה לה. הרפורמה עוגנה בעיקרה ב-Procurement Act 2023, אשר החליף תשתית משפטית מפוצלת שהתבססה על חקיקה מקומית, תקנות הנגזרות מהדין האירופי והסדרים משלמים.[107] החוק החדש יצר מסגרת אחידה לדיני המכרזים, הכוללת רשימה סגורה ומוגדרת להפעלת התקשרויות ללא מכרז.[108] כחלק מההסדר החדש הוטמעה חובת פרסום אחידה באמצעות פורטל Find a Tender – FTS, המשמש כפלטפורמה מרכזית לפרסום הודעות רכש, לרבות הודעות מוקדמות על כוונת התקשרות ותוצאות הליכי הבחירה.[109] חובת הפרסום חלה על כלל ההתקשרויות העולות על סף כספי קבוע, ומטרתה להבטיח נגישות שווה למידע ולצמצם שימוש בלתי מבוקר בחריגים.

7.1.2 פסיקה

בתי המשפט בבריטניה פיתחו לאורך השנים גישה מאוזנת, המאפשרת לרשות מרחב שיקול דעת, אך מחייבת הנמקה ושקיפות. הפסיקה המנחה בוחנת את הליך בחירת הספקים והערכתם על בסיס קריטריונים איכותיים שנקבעו מראש, ומדגישה כי על הרשות המנהלית לפרט את נימוקיה באופן שיאפשר ביקורת אפקטיבית. ההלכה בעניין זה עוגנה סביב תקנות ה- PCR (Public Contracts Regulations),[110] המסגרת החקיקתית המרכזית בבריטניה המסדירה את דיני המכרזים הציבוריים. דוגמה בולטת לכך היא פסק הדין Energy Solutions v Nuclear Decommissioning Authority,[111] שבו קבע בית המשפט העליון כי הפרה של חובת השקיפות והערכה לא תקינה של הצעות במכרז, עשויים להוות עילה לפיצויים משמעותיים. ההלכה מדגישה כי חריגה מהליך תחרותי או פגם בהפעלתו חייבים להיות ניתנים לבחינה שיפוטית ממשית, וכי בתי המשפט לא יהססו לבחון את שיקול הדעת המנהלי אם נפגעו עקרונות היסוד של התחרות והשוויון.

כמו כן, ספרות מחקרית ופרקטיקה מקצועית, מדגישה את החשיבות של פרסום מוקפד והנחיות ממשלתיות Playbooks ו-PPNs כמרכיב מרכזי במנגנון בקרה על הליכים. דרישות אלה אינן רק פורמליות אלא בעלות משקל מהותי במידת הרגולציה בדבר חריגים.[112]

---

[107] שם.
[108] Simon Taylor and Keating Chambers, *Public Procurement in the UK, Practical Law Public Sector* 1-2 (9.05.2023), https://www.keatingchambers.com/wp-content/uploads/2023/05/Public-procurement-in-the-UK-5-383-9734.pdf.
[109] שם.
[110] שם.
[111] *Energy Solutions EU Ltd v Nuclear Decommissioning Authority* [2017] UKSC 34.
[112] MINISTRY OF FINANCE, Guidance on Social Value in Procurement, PPN 02/2023 (Mar. 15, 2023).

7.1.3 הקשר לישראל

המודל הבריטי מדגים מגמות רגולטוריות מובהקות בתחום דיני הרכש הציבורי, ובפרט בכל הנוגע להסדרת החריגים לחובת המכרז.[113] איחוד מנגנוני הפרסום במסגרת פורטל מרכזי אחד והחלת חובת פרסום אחידה יוצרים סטנדרט גבוה של נגישות למידע ומצמצמים אזורים של אי-ודאות רגולטורית. בדומה לכך, קיומה של רשימת חריגים סגורה, המלווה בדרישות נימוק ותיעוד מחייבות, תורם להגבלת היקף שיקול הדעת המנהלי ולהגברת השקיפות המוסדית. בנוסף, השימוש בכלי מדיניות משלימים, כגון Playbooks ו-PPNs, משקף ניסיון לשלב בין גמישות ניהולית לבין מסגרת פיקוח מקצועית אחידה. מחקרים אמפיריים שנלוו לרפורמה מצביעים על קשר בין החמרת חובות הפרסום וההנמקה לבין שיפור איכות הליכי ההערכה והפחתת כשלים בקבלת החלטות, ממצא המדגיש את חשיבותם של מנגנוני שקיפות גם במודלים מתקדמים של רכש ציבורי.

7.2 <u>ארצות הברית</u>

7.2.1 חקיקה

בעבר סוגיית ההתקשרויות העסקיות של הממשל הפדרלי הוסדרה בעיקר באמצעות חקיקה ותקנות, באופן שדומה למבנה המערכת הישראלית כיום. עם השנים התגבשה מסגרת נורמטיבית אחידה יותר בארצות הברית באמצעות FAR שהיא מערכת התקנות אשר מסדירה את כלל דיני הרכש הפדרלי. במסגרת זו נקבע סף כספי אחיד המהווה גבול לשימוש בהליכי רכש מצומצמים (SAP) המעוגנים בפרק 13 של ה-FAR.[114] כלומר, כל עסקה מתחת לסכום שעומד כיום על 350,000 דולר מתנהלת באמצעות הליך מקל וגמיש יותר, המאופיין בהפחתת דרישות פורמליות, קיצור לוחות זמנים, צמצום חובות פרסום והנמקה, והסתמכות על פניות למספר מצומצם של ספקים.[115] מטרת מסלול זה היא לאפשר יעילות מנהלית, חיסכון במשאבים והאצת הליכי התקשרות בעסקאות בעלות היקף כלכלי מוגבל, תוך שמירה על עקרונות יסוד של הוגנות ותחרות מינימלית.

לעומת זאת, התקשרויות החורגות מן הסף הכספי מחויבות בהליך תחרותי מלא, הכולל פרסום פומבי רחב, קביעת תנאי סף וקריטריונים מפורטים מראש, קבלת הצעות בכתב בהתאם לדרישות פורמליות מחמירות, הערכה שיטתית ומתועדת של ההצעות, וכן עמידה בלוחות זמנים ונהלי בקרה קפדניים. הליך זה מתאפיין באופי נוקשה ובירוקרטי יותר, אך תכליתו להבטיח שקיפות מרבית, שוויון הזדמנויות והגנה על התחרות בעסקאות בעלות משמעות כלכלית וציבורית רחבה. הבחנה מבנית זו בין מסלולי הרכש ממחישה כיצד הסף הכספי בארצות הברית אינו רק גבול פורמלי לפטור, אלא מנגנון מהותי לעיצוב פרוצדורות רכש מובחנות ומדורגות.

לצד זאת, FAR 6.001 מונה רשימת התקשרויות שלא חלה לגביהן חובת תחרות מלאה ופומבית, דהיינו פטורות חובת תחרות מלאה.[116] ביניהן: חוזים שכרתו מכוח הפרוצדורה, רכישות מופשטות, חוזים

---

[113] Simon Taylor and Keating Chambers, לעיל ה״ש 108.

[114] Janet Mary Izatt, *Could Do Better: An Investigation of the Fairness and Fitness for Purpose of Public Tender Evaluation* (2024) (PhD dissertation, University of Warwick

[115] שם.

[116] 48 C.F.R § 6.001 (2024).

שפרוצדורת ההתקשרות לגביהם נקבעה במפורש בחוק, שינוי של חוזה ועוד. מודל זה מצמצם את שיקול הדעת של קציני הרכש ואת האפשרות להפעיל פטורים בצורה לא מבוקרת.

7.2.2 פסיקה

לאורך השנים הפסיקה האמריקאית מדגישה את הצורך בשקיפות, הגינות וצמצום שיקול דעת שלטוני בלתי מבוקר בהתקשרויות ציבוריות. ניתן לראות זו בפסק דין Edgar v. Mite Corp,[117] שבו נקבע כי המדינה נדרשת לפעול באופן שאינו יוצר חסמי כניסה מלאכותיים ואינו מפלה לרעה גורמים עסקיים באופן הפוגע בתחרות החופשית. גם ב-Kahn v. Lynch Communication Systems,[118] הודגש עקרון תום-לב והחובה לקיים הליך הוגן במערכות שבהן קיימים פערי כוח מובנים. עקרונות אלה זהים לערכים המנחים של משפט הרכש האמריקאי-כגון: הגנה על תחרות, עידוד השתתפות ספקים, הקטנת שיקול הדעת השלטוני ושקיפות.

בדומה לדרישות הנימוק המחמירות בישראל, הפסיקה האמריקאית מדגישה כי חריגים לחובת המכרז לא יכולים להתבסס על אמירות כלליות בלבד. כך למשל, בפסק הדין Summit Technologies, Inc. v. United States,[119] הובהר כי כאשר הרשות מבקשת להשתמש בפטור של ״דחיפות דוחקת ובלתי רגילה״ אין די בטענה ללוחות זמנים צפופים, ועל הרשות להוכיח בראיות ממשיות כי עיכוב לצורך ניהול הליך תחרותי יסב נזק חמור ובלתי הפיך לאינטרס הציבורי.

7.2.3 הקשר לישראל

המודל האמריקאי מציע פתרונות שיכולים לסייע גם בישראל, נוכח הדמיון בין שתי המערכות. אמנם גם בישראל קיימים ספים כספיים המאפשרים התקשרויות שאינן מחייבות מכרז, אך בשונה מהמודל האמריקאי, ספים אלה אינם תמיד מתורגמים למסלול רכש אחיד ומובחן, המלווה בחובות תיעוד והנמקה ברמת סטנדרט קבועה. המודל האמריקאי מדגים כיצד סף כספי אינו מהווה רק רף לפטור, אלא מנגנון שמייצר פרוצדורה ייעודית לרכישות קטנות, לצד רשימת חריגים סגורה ומבוקרת לחובת התחרות, באופן המצמצם שיקול דעת ומחזק שקיפות וביקורת. בנוסף, חובת פרסום אחידה בארצות הברית המייצרת רמת שקיפות גבוה, עיקרון אשר עשוי לייעל משמעותית גם את השוק הישראלי. אימוץ חלק מן המרכיבים האמריקאיים, ובכלל זה סף אחיד, עיצוב מסלולי רכש פשוטים מוגדים היטב, צמצום רשימת החריגים והטמעת מנגנון פרסום סדור.

7.3 <u>האיחוד האירופאי</u>

באירופה, דיני הרכש הציבורי נמצאים בשני מישורים. מישור אחד בינלאומי כחלק מהמדינות הנמצאות תחת ה-World Trade Organization (WTO),[120] ודינים ספציפיים מחמירים הנמצאים בדירקטיבה.[121] הדירקטיבה היא חקיקה החלה על המדינות החברות באיחוד האירופי והיא מחייבת את המדינות החברות להשיג תוצאות מסוימות. בשל הסוגים הרבים של הפעילות הציבורית נוצר צורך להגדיר בבירור מהו רכש. הסעיף קובע כי יש לפרש את המושג רכישה שלא בצמצום להעברת בעלות מאחד לאחר אלא באופן רחב של

---

[117] *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982) .
[118] *Kahn v. Lynch Communication Systems,* 638 A. 2d 1110 - Del: Supreme Court (1994).
[119] *Summit Techs., Inc. v. United States*, 150 Fed. Cl. 74 (2020).
[120] WORLD TRADE ORG. [WTO], *World Trade Report 2024*, at 35 (2024)
[121] Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on Public Procurement, art. 4, 2014 O.J. (L 94) 65 (להלן: **״דירקטיבה של האיחוד האירופה בנושא רכש ציבורי״**)

קבלת תועלת מעבודות, אספקות ושירותים. כחלק מהדירקטיבה, בנוסף ל- Government Procurement Agreement (GPA), יש עקרונות כלליים המנחים את הליך הרכש הציבורי לכל שלביו.[122] ביניהם, שוויון ומניעת אפליה, שקיפות ומידתיות, עקרונות אשר נדון בהם בהמשך הפרק. לפני חקיקת הדירקטיבה, דיני הרכש הציבורי היו כפופים ל-GPA, ולאחר חקיקת הדירקטיבה חלו שתי הנורמות במקביל.

7.3.1 ה-GPA

ה-GPA הוא הסכם אשר מתייחס לחוזים שעושים גופים ציבוריים כמו ממשלות, רשויות ציבוריות וגופים ציבוריים נוספים.[123] ה-GPA נוצר כחלק מהמאמצים להביא את הרכש הציבורי תחת כללי סחר מוסכמים בינלאומית, אשר נעשו לראשונה על ידי ה-OECD. ההסכם הראשון בנושא רכש ממשלתי נחתם בשנת 1979 ונכנס לתקף בשנת 1981. ההסכם תוקן בשנת 1986 והתיקון נכנס לתוקף בשנת 1988. לאחר מכן, הצדדים להסכם ניהלו משא ומתן להרחבתו. כתוצאה מהמשא ומתן נחתם הסכם והוא ה- GPA שאנחנו מכירים כיום. ה ההסכם קובע סף כספי שכל חוזה שסכומו עולה עליו, דורש הליך תחרותי מלא של מכרז ופרסומו.[124] ה-GPA לא קובע סף אחיד וקבוע לכל סוגי החוזים הציבוריים, אלא מונה סף כספי משתנה בהתאם לסוג החוזה. כך לדוגמה, חוזי עבודות ציבוריות דורשים סף מינימום של 5,404,000 אירו ; חוזי אספקה ושירותים דורשים סף מינימום של 140,000 אירו ; חוזי סחורות דורשים סף מינימום של 432,000 אירו.

הספים הכספיים השונים מטרתם ליצור איזון בין היעילות המנהלית ובין עקרונות של שקיפות והגינות. מצד אחד, לא להעמיס על הרשות הליכי מכרז יקרים ומסורבלים בכל רכישה קטנה. מצד שני למנוע מצב שבו עסקאות משמעותיות מתבצעות ללא תחרות אמיתית.

7.3.2 כפיפות לחובת המכרז ונגזרותיה

כפי שצוין לעיל, רכש ציבורי מעל לסף ה-GPA יוצר חובה לקיום הליך תחרותי מלא. מחובה זו נגזרות שלוש תתי חובות : הליך תחרותי ; פרסום ההליך ; ועקרונות מנחים כלליים :

(א) <u>ההליך התחרותי</u> :

ההליך הקלאסי הוא מכרז פתוח בו כל גורם כלכלי מעוניין רשאי להגיש הצעה.[125] המועד האחרון לקבלת הצעות הוא 35 יום מיום שליחת הודעת החוזה.[126] הרשות המזמינה רשאית לקצר בחמישה ימים את המועד האחרון לקבלת ההצעות במקרים מסוימים של הצעות דיגיטליות.

סוג נוסף של הליך שהוא החריג הוא מכרז מוגבל.[127] במכרז מוגבל רק גוף כלכלי שהוזמן על ידי הרשות רשאי להגיש הצעה. הרשות רשאית להגביל את מספר המוזמנים. הכללים למכרז מוגבל מעוגנים במאמרים 30-28 לדירקטיבה.[128]

---

[122] שם, בס׳ 18(1) .
[123] *Agreement on Government Procurement* [GPA], Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 4, 1869 U.N.T.S. 405.
[124] שם.
[125] **דירקטיבה של האיחוד האירופה בנושא רכש ציבורי**, לעיל ה״ש 121, בס׳ 26.
[126] שם, בס׳ 27.
[127] שם, בס׳ 4.
[128] שם, בס׳ 30-28.

ראוי להבהיר, מכרז פתוח הוא ברירת המחדל. יש מקרים חריגים בהם המדינה בוחרת לערוך מכרז מוגבל מנימוקים שונים ביניהם כמות ספקים פוטנציאליים גבוהה, חשיבות לאיכות גבוהה וחסכון בזמן ומשאבים. הסמכות למדינה לקבוע את סוג המכרז מעוגנת בסעיף 2 למאמר 26 בדירקטיבה.[129]

(ב) <u>פרסום ההליך</u>:

מאמר 40 לדירקטיבה,[130] מעגן את חובת הפרסום של ההצעה. לפני פתיחתו של הליך רכש על הרשות המתקשרת להודיע לגופים כלכליים על תוכנית הרכש ודרישותיהם. במקרה בו לאחד מהמציעים הייתה מעורבות קודמת בתכנון או הכנת המכרז, עלול להיווצר לאותו מועמד יתרון בלתי הוגן. עפ״י הדירקטיבה אותו מועמד לא יוכל להגיש הצעה, אלא אם כן יהיה ניתן להבטיח שאין לו יתרון הוגן. מאמר 41 מסדיר מספר דרכים שאפשר לוודא זאת, למשל הסרת מידע פנימי שאותו מועמד נחשף אליו או לאפשר השתתפות עם מנגנונים מסוימים.[131] מלבד חובת הפרסום בהליך, קיימת חובת פרסום של הודעת זכייה במכרז בתוך 30 ימים. ההודעות האמורות (המוקדמת והמאוחרת) יועברו למשרד הפרסומים של האיחוד האירופי ויפורסמו דרכו לא יאוחר מחמישה ימים משליחתן.

(ג) <u>עקרונות כלליים</u>:

מלבד החובות שדנו בהם לעיל ישנם עקרונות כלליים המנחים את ההליך בכל שלביו.

- שוויון ומניעת אפליה – את ההסבר על האפליה האסורה ניתן למצוא ב- TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union) מאמר 18 עוסק באיסור על אפליה נגד לאום.[132]
- שקיפות – מאמר 51 לדירקטיבה דורש גישה ישירה, בלתי מוגבלת וחינמית למסמכי המכרז, חובה זו מאפשרת שקיפות בין הרשות לבין המועמדים.[133]
- מידתיות – המידתיות אינה מוזכרת מפורשות בדירקטיבה, היא נגזרת מה-TFEU ומהפסיקה של בית הדין האירופאי. ניתן לראות אינדיקציה לעקרון המידתיות בדירקטיבה בסעיף 41.[134] שם נאמר כי ניתן להטיל מגבלות לצורך מטרות ציבוריות ודומיהם אך כל זה יהיה בכפוף ל-TFEU, שם מעוגנת חובת המידתיות.

7.3.3 פטור מהליך תחרותי מלא

הסעיף הראשון במאמר 32 מציין כי יש מקרים מסוימים שעל אף עמידת העסקה בסף הקבוע יהיה ניתן לבצע את החוזה הציבורי מבלי לפרסם מכרז.[135] המקרים המנויים הם: ספק יחיד, רק ספק אחד יכול לתת את השירות המבוקש; דחיפות קיצונית; כאשר לא התקבלו הצעות או בקשות. כל אחד מהסעיפים מפורט היטב ומפורש באופן מצומצם. כך מצמצמת הדירקטיבה את השימוש בפטור ממכרז.

7.3.4 השוואה בין הדין הישראלי לדין האירופאי

---

[129] שם, בס׳ 26.
[130] שם, בס׳ 40.
[131] שם, בס׳ 41.
[132] *Treaty on the Functioning of the European Union* [TFEU], art. 18, Oct. 26, 2012, 2012 O.J. (C 326) 47.
[133] עניין **דירקטיבה של האיחוד האירופה בנושא רכש ציבורי**, לעיל ה״ש 121, בס׳ 51.
[134] שם, בס׳ 41.
[135] שם, בס׳ 32.

הדין הישראלי מבוסס בעיקרו על חוק חובת המכרזים ועל תקנות חובת המכרזים. התקנות כוללות עשרות פטורים אשר חלק רחב מהם כתוב בצורה עמומה ורחבה. ביטויים כמו ״טעמים ייחודיים״ ״יחסי אמון״ ו״מומחיות מיוחדת״ מאפשרים פרשנות רחבה אשר תוצאתה היא התחמקות מפטור. יתר על כן חובת הפרסום בדין הישראלי שונה בין הרשויות. יש פעמים בהם חובת הפרסום מוגבל רק לאתר הרשות. וביחס לפרסום לאחר הזכייה גם בו אין חובה אחידה. מצב זה פוגע קשות בשקיפות ההליך התחרותי. לעומת הדין הישראלי, הדירקטיבה האירופאית מונה פטורים בודדים ומצומצמים. כל יוצא מן הכלל צריך להיות מפורש במובן צר וברמת הנמקה גבוהה, כפי שפירטנו לעיל. בנוסף חובת הפרסום בדין האירופאי כפי שהוסבר היא לכל אורך ההליך, לפני ואחרי בחירת המועמד . דבר היוצר שקיפות ומונע מצבים שבהם מתנהלים הליכים תחרותיים בלי שהציבור מודע לכך.

7.4 <u>אוסטרליה</u>

7.4.1 חקיקה

מסגרת הרכש הציבורי הפדרלית באוסטרליה עוגנה לראשונה עם חקיקתו של Public Governance, Performance and Accountability Act 2013 (PGPA Act), שאושר בפרלמנט ב-29 ביוני 2013. החוק נועד להחליף ולאחד חקיקה קודמת בתחום הניהול התקציבי והממשל הציבורי, ומתוקפו הוסמכה הממשלה לפרסם כללים מחייבים בתחום הרכש הציבורי. מכוח חוק זה פורסמו Commonwealth Procurement Rules (CPRs) אשר עודכנו מאז מספר פעמים, במטרה להתאים את דיני הרכש לצרכים כלכליים, טכנולוגיים ומדיניים משתנים. בין העדכונים הבולטים: גרסאות מתוקנות של ה CPRs- שנכנסו לתוקף בשנים 2024 ו-2025, אשר כללו בין היתר התאמות של ספים כספיים, חיזוק הדרישות לשקיפות, עיגון מדיניות העדפת עסקים אוסטרליים והבהרות בנוגע לניהול משא ומתן ולשיתוף מידע.[136] עדכונים אלה משקפים תפיסה דינמית של דיני הרכש, הרואה בהם מערכת חיה המתפתחת לאורך זמן תוך שמירה על עקרונות היסוד של הוגנות, שקיפות ויעילות בשימוש בכספי ציבור.[137]

באוסטרליה, דיני הרכש הציבורי מבוססים על חקיקה פדרלית הכוללת חוקי יסוד וכללים מנהליים. החוק המרכזי הוא Public Governance, Performance and Accountability Act 2013 (PGPA Act).[138] החוק מסדיר את אופן הניהול, השימוש והפיקוח על כספי הציבור והמנהל הציבורי באוסטרליה. החוק קובע את עקרונות האחריות, היעילות והשקיפות של גופים ציבוריים, ומחייב אותם לנהל משאבים ציבוריים באופן מושכל ואחראי.[139] ה-PGPA Act אינו מפרט את כללי הרכש עצמם, אלא יוצר את המסגרת החוקית שבתוכה פועלים כללי הרכש הציבור (Commonwealth Procurement Rules), ומבטיח שכל החלטת רכש תיעשה בהתאם לעקרונות של שימוש נבון בכספי הציבור, בקרה, ותיעוד החלטות. החקיקה חלה בעיקר על גופים ממשלתיים פדרליים, אך קיימים כללים דומים ברמות מדינה וטריטוריאליות שונות.

7.4.2 הספים הכספיים

---

[136] Commonwealth Procurement Rules r. 4.4 (Cth 2024). (להלן: ״**כללי הרכש האוסטרליים**״).
[137] שם.
[138] *Public Governance, Performance and Accountability Act 2013* (Cth) (Australia) (להלן: ״**חוק הממשל הציבורי**״).
[139] שם.

כל רכש ציבורי כפוף לחובות מסוימות, אך ככל שסכום הרכש גדל, כך החובות שלו נעשות משמעותיות יותר. הסף משתנה בהתאם לאופי הרכש והערכת ערכו, כולל Life-Cycle Cost.[140] כלומר, החישוב הוא לא רק על עלות הרכישה הראשונית, אלא נכלל בו גם תחזוקת הרכש וסיכונים נלווים.[141] ההערכת סף חיונית למניעת פיצול חוזים במטרה להתחמק מהליך תחרותי מלא. ללא סף ברור, רשויות יכולות לפצל חוזים כדי לא לעבור את סף המכרז ולבצע רכישות חוזרות בלא הליך תחרותי מלא.

7.4.3 כפיפות לחובת המכרז

הליך הרכש הציבורי מורכב מכמה אספקטים משלימים:

<u>הליך תחרותי</u>: ההליך הקלאסי הוא מכרז פתוח.[142] בהליך זה כל גוף כלכלי שמעוניין יכול להגיש הצעה. המועד האחרון נקבע על פי הכללים המנהליים המנחים (CPRs) והוא נע בדרך כלל בין שבועיים ל35 יום מפרסום ההודעה. ניתן לעבור להליך מוגבל בו רק גופים שנבחרו על ידי הרשות רשאים להגיש הצעות.[143] מעבר זה יעשה במקרים בהם יש מספר מוגבל של ספקים, מורכבות מיוחדת של הרכש או חסכון במשאבים ועלויות.

<u>פרסום ההליך</u>: חובה על הרשויות לספק גישה ישירה, חינמית וללא מגבלות למסמכי הרכש. חובת הפרסום מתחלקת לשתי תתי חובות: לפני ההליך: הודעה על כוונה לרכוש, דרישות ההצעה וכתובת לגישה למסמכים.[144] לאחר סיום ההליך: פרסום תוצאות ההליך תוך 30 יום או קיבוץ הודעות על בסיס רבעוני במקרים מיוחדים.[145] במקרה של מעורבות מוקדמת של מועמד בתכנון המכרז, יש להבטיח אי קבלת יתרון לא הוגן.

7.4.4 עקרונות מנחים

העקרונות מנחים מוודאים שכל שלב ברכש הציבורי עומד בסטנדרטים של יעילות והגינות. כך, עקרון ה-Value for Money (VFM)מהווה עיקרון יסוד ברכש הציבורי באוסטרליה,[146] ומחייב הבטחת התמורה המיטבית לכספי הציבור לא רק במחיר הראשוני, אלא לאורך כל מחזור חיי המוצר או השירות, לרבות עלויות תפעול, תחזוקה וסיכונים נלווים.[147] סעיף 5, המלווה את ה-PGPA Act 2013,[148] מחייב את הגופים הציבוריים להפעיל שיקול דעת מקצועי ומושכל לשם השגת התמורה הכוללת הטובה ביותר, ועיקרון זה משמש עוגן מנחה גם במקרים של פטור ממכרז או הליך מוגבל, תוך שילוב שיקולי יעילות, שקיפות והוגנות בתחרות.

בנוסף, עקרון השקיפות מהווה אבן יסוד ברכש הציבורי באוסטרליה ומיושם באמצעות ה CPRs-מכוח ה-PGPA Act 2013.[149] הוא מחייב הליך רכש גלוי ונגיש, הכולל פרסום מכרזים, מסמכים ותוצאות, לצד חובת תיעוד, קביעת קריטריונים ונימוק חריגות מההליך הרגיל. עקרון זה מבטיח הוגנות ושוויון, מונע יתרון

---

[140] עניין **כללי הרכש האוסטרליים**, לעיל ה״ש 136, § 4.5–4.6.
[141] שם.
[142] שם, בס׳ 9.1.
[143] שם, בס׳ 10.3.
[144] שם, בס׳ 7.2.
[145] שם, בס׳ 7.18.
[146] DEP′T OF FIN., *Commonwealth Procurement Rules* (Cth) (Austl. July 2023) r. 5. (להלן: **״תקנות משרד האוצר״**)
[147] שם.
[148] עניין **חוק הממשל הציבורי**, לעיל ה״ש 138.
[149] עניין **תקנות משרד האוצר**, לעיל ה״ש 146, בתק׳ 16-20.

בלתי הוגן ומאפשר פיקוח ציבורי, תוך שמירה על עקרון ה Value for Money-גם במכרזים מוגבלים ובפטורים.

7.4.5 פטורים מהליך תחרותי מלא

על אף החובה בהליך תחרותי מלא יש מקרים מסוימים המנויים בחוק בהם יהיה ניתן לבצע חוזה ציבורי מבלי לפרסם מכרז.[150] המקרים המנויים הם: ספק יחיד, רק ספק אחד יכול לתת את השירות המבוקש; דחיפות קיצונית; כאשר לא התקבלו הצעות או בקשות. כל חריג מחייב נימוק מפורש והערכת Value for Money כדי למנוע התחמקות שרירותית.[151]

7.4.6 השוואה בין הדין הישראלי לדין האוסטרלי

המסגרת הנורמטיבית בישראל מושתתת בעיקרה על חוק חובת המכרזים והתקנות שהותקנו מכוחו. תקנות אלו גדושות בעשרות עילות פטור, אשר רבות מהן מתאפיינות בעמימות ובלשון רחבה. שימוש במושגי שסתום דוגמת ״טעמים מיוחדים״, ״יחסי אמון״ או ״מומחיות מיוחדת״, מעניק לרשות שיקול דעת רחב יתר על המידה, אשר עלול להוביל בפועל לעקיפת חובת המכרז תחת כסות של פרשנות מרחיבה.

זאת ועוד, בשונה מההסדרים המקובלים בדין הבינלאומי, חובת הפרסום בדין הישראלי אינה אחידה ומשתנה בהתאם לזהות הגוף המנהלי. במקרים מסוימים, דרישת הפומביות מצטמצמת לכדי פרסום באתר האינטרנט של הרשות בלבד; אף בשלב שלאחר בחירת הזוכה, ניכר היעדרו של סטנדרט פרסום מחייב וקוהרנטי. מציאות נורמטיבית זו מסבה פגיעה מהותית בעקרון השקיפות ובתכליתו של ההליך התחרותי.

לעומת זאת, הדין האוסטרלי מציג גישה שמרנית ומצמצמת בכל הנוגע לחריגים מחובת המכרז. במערכת משפט זו, כל חריגה מהכלל מחייבת הנמקה מפורטת וקפדנית, תוך הלימה מלאה לעקרונות היסוד של הרכש. יתרה מכך, הרגולציה האוסטרלית מטילה חובת תיעוד אבסולוטית על כל שלבי הליך הרכש, מתוך חתירה למימוש מובהק של עקרון השקיפות, המהווה את עמוד התווך של הדין שם.

לסיכום, הסקירה ההשוואתית למדינות מערביות מבליטה קווי דמיון מובהקים לצד הבדלים מוסדיים, אך בעיקר מצביעה על מגמה משותפת וברורה: צמצום שיקול הדעת המנהלי בשימוש בפטורים מחובת מכרז, חיזוק חובות ההנמקה, התיעוד והפרסום, ועיגון עקרונות יסוד של שקיפות, שוויון ותחרות הוגנת כעוגנים נורמטיביים מחייבים. במודלים שנבחנו, הפטור מהליך תחרותי מלא נתפס כחריג צר ומוגדר, המותנה בהתקיימות נסיבות קונקרטיות ובבחינה קפדנית בזמן אמת, ולא כמרחב גמיש הנתון לפרשנות רחבה. מנגנונים משלימים, כגון רשימות חריגים סגורות, ספים כספיים המלווים בפרוצדורות ייעודיות, חובת פרסום אחידה לאורך כל שלבי ההתקשרות, ופיקוח שיפוטי אפקטיבי, משמשים כולם ככלים לצמצום שרירותיות ולהבטחת שימוש מושכל בכספי ציבור. בהשוואה לכך, הדין הישראלי מתאפיין בריבוי עילות פטור עמומות, בהיעדר אחידות בפרסום ובהענקת שיקול דעת רחב לוועדות הפטור, באופן הפוגע בליבת עקרונות דיני המכרזים. לפיכך, הדין המשווה אינו מספק תשתית קונקרטית לרפורמה נורמטיבית בדין הישראלי, המבקשת לחזק את משטר המכרזים, לצמצם את היקף החריגים, ולהשיב את חובת המכרז למעמדה ככלל יסוד מחייב ולא כנקודת מוצא הניתנת לעקיפה .

[150] שם, בתק׳ 8.8-8.6.
[151] שם.

8. המלצות

המצב הקיים במשטר הרכש הציבורי בישראל, שבו היקף השימוש בפטורים ממכרז רחב והפיקוח על הפעלתם מוגבל, מוביל בפועל לשחיקה בתכליתו של הליך המכרז ולפגיעה בעקרונות היסוד של המשפט המנהלי. נוכח זאת, מוצעות להלן מספר המלצות שמטרתן להשיב את הפטור למעמדו כחריג צר ומבוקר, ולחזק את המכרז כברירת המחדל בהתקשרויות ציבוריות. ההמלצות נשענות על שילוב בין תיקוני חקיקה, תשתיות מקצועיות וכלים טכנולוגיים, תוך למידה ממודלים בינלאומיים מקבילים.

8.1 תיקון חקיקה מקיף לצמצום עילות הפטור

כיום, המסגרת הנורמטיבית המגדירה את הפטור ממכרז בישראל נשענת במידה רבה על תקנות חובת המכרזים,[152] אשר התרחבו עם השנים והותירו בידי ועדות הפטור שיקול דעת רחב מדי. מצב זה יצר פער בין תכליתו המקורית של הפטור, חריג צר ומצומצם, לבין יישומו בפועל. נוכח האמור, מוצע לקדם תיקון משולב לחקיקה הראשית והמשנית, אשר יחזק את מעמד המכרז ככלל ויבטיח כי הפטור ישוב למעמדו החריג. בשלב הראשון, יש לתקן את תקנות חובת המכרזים כך שיגדירו במפורש רף גבוה יותר לעסקאות המזכות בפטור ממכרז. בכך, תגדל השליטה וההגבלה בהתקשרויותיהן שלעתים, באות על חשבון חובת המכרזים וזכותם של כלל אזרחי המדינה לשוויון. בנוסף, יש להסדיר רשימת עילות פטור מצומצמת, להטיל חובת הנמקה מפורטת ובחינת חלופות תחרותיות בכל בקשת פטור.

בשלב השני, מוצע לתקן באופן נקודתי את חוק חובת המכרזים עצמו,[153] כך שיעגן עקרונות יסוד מחייבים, ובהם פרשנות דווקנית של עילות הפטור, חובת שקיפות מלאה, ואחידות בין כלל הגופים הציבוריים. תיקון משולב זה ייצור ודאות רגולטורית, יחזק את האפשרות לפיקוח אפקטיבי, ויציב מחדש את הליך המכרז ככלי המרכזי להבטחת שוויון, טוהר מידות ושימוש יעיל במשאבים ציבוריים.

בדין המשווה ניתן לראות כי משטרי רכש מתקדמים מאמצים רשימות סגורות ומצומצמות של עילות פטור, בצירוף ספים כספיים ברורים, המגבילים את מרחב שיקול הדעת של הרשות. כך, בבריטניה, ה-Procurement Act 2023 קובע רשימה תחומה של חריגים להתקשרות ללא מכרז;[154] בארצות הברית, ה-FAR מונה עילות פטור מוגדרות, לצד סף כספי אחיד המנתב התקשרויות למסלולי רכש מובחנים;[155] ובדין האירופי, סעיף 32 לדירקטיבה מאפשר פטור רק במקרים מצומצמים המפורשים בלשון דווקנית.[156] מודלים אלה מלמדים כי הפטור נתפס כחריג צר, ולא כקטגוריה פתוחה. על כן, מוצע לאמץ בישראל הסדרה חקיקתית דומה, שתצמצם את עילות הפטור ותגדיר ספים כספיים מחייבים וברורים.

8.2 רפורמה בהרכב ועדות הפטור ובאופן פעולתן

מבנה ועדות הפטור במתכונתו הנוכחית מעורר חשש לניגוד עניינים מוסדי, שכן הגורמים האמונים על קידום ההתקשרות הם לעיתים אותם גורמים המאשרים את הפטור. ועדות הפטור המשרדיות מורכבות ממנכ״ל, חשב ויועצו המשפטי של המשרד.[157] כאמור, אף שבחירה זו מסייעת בפיקוח על ניהול ההתקשרויות עצמן,

[152] לעיל ה״ש 9.
[153] לעיל ה״ש 3.
[154] לעיל ה״ש 108.
[155] לעיל ה״ש 114.
[156] לעיל ה״ש 135.
[157] לעיל ה״ש 9.

כל אנשי הועדה מגיעים מאותו משרד שמעוניין בהחלת הפטור לטובת המשרד ועל כן, קשה לומר שהם חפים מאינטרסים פנימיים. מצב זה פוגע ביכולת לקיים בחינה אובייקטיבית ועניינית, ובפועל מחליש את ההגנה על עקרונות השוויון והוגנות ההליך הציבורי. לכן, מוצע ליישם רפורמה מקיפה בהרכב הוועדות, כך שיכללו גורם מקצועי חיצוני או בלתי תלוי, כגון נציג החשב הכללי או נציג ציבור מומחה, שיבטיח ביקורת מהותית על כל בקשה. לצד שינוי בהרכב, יש להטמיע מתודולוגיית בחינה מחייבת הכוללת איסוף נתונים, בחינת חלופות, הערכת עלויות ותיעוד מלא, כך שהחלטת הפטור תישען על מסד עובדתי מבוסס ולא על צרכים תפעוליים בלבד. רפורמה זו תחזק את רמת הפיקוח הפנימי, תצמצם חריגות, ותיצור תהליך קבלת החלטות אחראי וראוי יותר.

לחילופין, ניתן להגביל את סמכות חברי הועדה בצורה פרטנית: הוספת סעיפים בחקיקה משנית שיאפשרו הטלת סנקציות אישיות על חברי ועדות פטור או הועדה בכללותה, ככל שיאשרו פטורים שאינם עומדים בדרישות מהותיות או חורגים מכמות שתקבע. גוף האכיפה יערוך השוואה מדגמית בין רשויות בגדלים דומים או רשויות המתמודדות עם אתגרים זהים ויבחן כי לא מתבצעים הבדלים משמעותיים בכמות חלוקת הפטורים בין הרשויות השונות. רשויות שימצא כי חרגו משמעותית, גוף האכיפה יוכל להטיל סנקציות על סמכות ועדת הפטור הספציפית או על חבריה, מה שירתיע אותם מקבלת החלטות שאינה אובייקטיבית.

8.3 <u>הקמת מנגנון פיקוח חיצוני על החלטות הפטור</u>

הפעלת סמכות פטור ממכרז ללא מערך פיקוח חיצוני מותירה את הציבור ללא יכולת ממשית לבחון את סבירותן של החלטות, ובכך יוצרת מרחב פעולה רחב מדי לטעויות, שיקולים זרים או שחיקה בתכלית המכרז. לפיכך, מוצע להקים גוף פיקוח ייעודי, בעל סמכויות בדיקה, הבהרה, והחזרת החלטות לדיון מחודש. גוף זה יפרסם דו״חות שנתיים, יזהה דפוסים חריגים בשימוש בעילות פטור מסוימות, ויקבע מדדים אחידים לבחינת ״ספק יחיד״ או ״דחיפות״. על כן, יצירת פיקוח חיצוני תחזק את אמון הציבור, תרתיע שימוש בלתי ראוי בפטור, ותיצור משטר רכש שקוף ויציב יותר, הנשען על סטנדרטים של ביקורתיות, מקצועיות ומידתיות.

8.4 <u>חובת שקיפות מלאה ופרסום נימוקים מפורטים</u>

תקנות חובת המכרזים קובעות כי גוף שמחליט לבצע התקשרות בפטור ממכרז, חייב לפרסם את החלטתו בצירוף הנמקה תוך חמישה ימי עבודה ממועד קבלת ההחלטה.[158] כלומר, ישנה חובה פורמלית של פרסום והנמקה, אך בפועל מדובר בחובה מצומצמת שאינה מספקת תשתית לביקורת ציבורית אפקטיבית. מרבית ההנמקות המפורסמות הן כלליות, אינן כוללות את התשתית העובדתית, הבדיקות או החלופות שנשקלו, ולפיכך אינן מאפשרות לבחון את סבירות ההחלטה או את תקינות הפעלת שיקול הדעת של ועדת הפטור. פערי שקיפות אלו פוגעים ביכולת הציבור, הספקים וגופי הבקרה להבטיח שהפטור ניתן רק במקרים המצדיקים אותו, בהתאם לעקרונות המשפט המנהלי.

לאור זאת, מוצע לעגן בחקיקה חובת שקיפות מהותית, שתכלול קריטריונים מפורשים בכדי לוודא שאכן תתבצע. קריטריונים אלו יכללו פרסום מלא של נימוקי הוועדה, הנתונים שעליהם הסתמכה, בחינת החלופות שנערכה והגורמים שנשקלו. בנוסף, מומלץ ליישם מנגנון של ״הודעת כוונה״, המאפשרת לספקים אחרים להביע התנגדות טרם מתן פטור משמעותי, בדומה למודלים האירופיים. צעדים אלה יחזקו את הביקורת

[158] לעיל ה״ש 9, בתק׳ 1(ג).

הציבורית, יפחיתו שימוש בלתי ראוי בעילות פטור, ובעיקר בעילת ״ספק יחיד״, וישיבו את הליך המכרז למעמדו כהליך ברירת המחדל ברכש הציבורי. הקמת מסגרת שקיפות מהותית תתרום לחיזוק אמון הציבור ותבטיח שרק פטורים הכרחיים, מבוססים ומנומקים יאושרו.

8.5 <u>פיתוח תשתית מקצועית וטכנולוגיות תומכות</u>

הרפורמה בפטורים ממכרז אינה יכולה להתבסס על שינוי נורמטיבי בלבד, אלא מחייבת תשתית תפעולית שתתמוך בקבלת ההחלטות ותפחית הסתמכות על שיקול דעת בלתי מבוקר. מוצע לפתח מערכת רכש שתספק לוועדות הפטור מידע מקיף על שוק הספקים, לרבות יכולת לאתר ספקים חלופיים ולהתריע כאשר בקשות פטור נשענות על הנחות לא מבוססות בדבר בלעדיות. לצד זאת, יש להכשיר באופן ייעודי את הדרג המקצועי בנושאי ניתוח שוק, הערכת כדאיות, זיהוי משוא פנים, ושימוש בכלים כלכליים לקבלת החלטות. מערכות בינה מלאכותית יכולות לשמש כלי משמעותי בזיהוי דפוסים חריגים, בהתרעה על התקשרויות חוזרות עם אותו ספק, וביצירת שקיפות פנימית בין משרדי הממשלה. ניתן לראות מהדין המשווה כי בבריטניה מופעל פורטל רכש Find a Tender – FTS, המרכז נתונים על כלל ההתקשרויות, לרבות התקשרויות חריגות בפטור ממכרז, ומשמש תשתית מידע תומכת לקבלת החלטות ברכש הציבורי.[159] על יסוד מודל זה, מוצע לפתח רכש ממשלתית מרכזית בישראל, אשר תשולב בכלים מתקדמים לניתוח נתונים ובינה מלאכותית, ותשמש בסיס מקצועי אחיד להפעלת סמכויות הפטור. שילוב של תשתיות מקצועיות וטכנולוגיות יחזק את רמת הדיוק והאחידות בתהליך, וימנע שימוש לא ראוי בעילות פטור באופן שיטתי.

[159] לעיל ה״ש 109.

9. סיכום

מסגרת ההתקשרויות של הגופים הציבוריים בישראל פועלת כיום בתוך מרחב שבו מתקיימות נקודות תורפה, הן מבחינה מבנית והן מבחינה מהותית. שימוש נרחב בפטורים ממכרז, לצד היעדר מנגנוני פיקוח מספקים על עבודת ועדות הפטור, כל אלו מעידים על סטייה מתמשכת מתכליתו המקורית של הפטור כחריג צר. היוזמה המוצעת מבקשת להציף פער זה, אשר הדין הקיים, ובכלל זה החקיקה הראשית, החקיקה המשנית, והפסיקה, אינו מעניק מענה אפקטיבי. אף שחובת המכרזים נועדה לשמור על עקרונות היסוד של המשפט המנהלי, ובהם שוויון, שקיפות וטוהר המידות, בפועל הפטור ממכרז הפך לכלי שכיח המחליש את המכרז ואת ערכיו המוסדיים.

כפי שעלה ממכלול החומרים שנסקרו, ריבוי עילות הפטור, שימוש גובר בעילת ״ספק יחיד״, היעדר אחידות בין רשויות המדינה, וליקויי שקיפות בהנמקת החלטות ועדות הפטור, פוגעים בתחרות, באמון הציבור וביכולת לפקח על התקשרויות הכרוכות בהוצאה ציבורית משמעותית. מסקנות דומות עולות גם מן הדין המשווה, שאימצו לאורך השנים הסדרים שמטרתם לצמצם את מרחב שיקול הדעת, לחזק את השקיפות ולהבטיח בקרה אפקטיבית על חריגים מהליך תחרותי. לכן, היעדרם של מנגנוני בקרה חיצוניים ופיקוח אפקטיבי, כפי שניכר במצב הקיים בישראל, מחלישים עוד יותר את עקרונות היסוד של השוויון וההגינות, ומעלים חשש לפגיעה ממשית בשימוש התקין במשאבים ציבוריים.

החקיקה הקיימת, אף שמסדירה את עקרונות המכרז, נעדרת לעיתים הוראות אופרטיביות ברורות באשר להפעלת הפטור, ומותירה בידי ועדות הפטור שיקול דעת רחב מדי. היישום בשטח מתבצע באופן בלתי אחיד, ולעיתים בלתי שקוף. היוזמה מציעה מענה מדורג וישים: תיקון חקיקה משולב שיגדיר מחדש את עילות הפטור והספים הכספיים, רפורמה בהרכב ועדות הפטור ובאופן פעולתן, הקמת מנגנון פיקוח חיצוני, חובת שקיפות מהותית ופרסום נימוקים מלאים, ופיתוח תשתיות מקצועיות וטכנולוגיות שיחזקו את קבלת ההחלטות. פתרונות אלה מבקשים לחדש את ההבנה שלפיה פטור ממכרז אינו ברירת מחדל נוחה, אלא חריג צר שחייב לעמוד בבחינה מחמירה.

לנוכח כל האמור, ניתן לראות כי הגיעה העת להסדרה מערכתית ומחייבת שתבטיח כי הפטור ממכרז יחזור למעמדו המקורי, חריג מידתי ומנומק, המופעל רק כאשר מתקיימות נסיבות מוצדקות וגלויות. נדרש כי המכרז הציבורי ישוב להיות הכלי המרכזי להבטחת ניהול תקין, תחרות הוגנת ושימוש ראוי במשאבי הציבור. לא כעניין של ייעול בלבד, אלא כחובה משפטית, מוסרית ומנהלית במדינה דמוקרטית.

מסמך זה נכתב ע״י: רועי אבוקסיס, ציון אסף אהרון, בארי גפני, הודיה דאבוש ותומר דנאל.
בליווי: חברת צוות המחקר – הילה קרקובסקי.
נערך ע״י: ראשת הצוות – שירה צוק.
נבדק ע״י: ראשת הסניף – מאי ברגר.
אושר לפרסום ע״י: מנכ״לית עומק – קרן סטוצ׳ינסקי.