

תוכן עניינים כללי

23	הקדמה
27	מבוא
35	פרק ראשון: התנאים הנדרשים מהליך ההתקשרות של הרשות המינהלית
89	פרק שני: מהו מנגנון ההתקשרות האופטימלי
155	פרק שלישי: מהו המכרז האופטימלי – המכרז כמשחק
227	פרק רביעי: דרישות נוספות מהליך ההתקשרות – פטור ממכרז
287	פרק חמישי: המודל המוצע
301	פרק שישי: חובת המכרז של רשויות מינהליות באנגליה
327	פרק שביעי: חובת המכרז של רשויות מינהליות בארצות הברית
359	פרק שמיני: חובת המכרז של רשויות מינהליות בישראל
415	סיכום ומסקנות
427	נספח
463	מפתחות

תוכן עניינים מפורט

23	הקדמה
27	מבוא
	פרק ראשון: התנאים הנדרשים מהליך ההתקשרות של הרשות המינהלית
35	
36	א. מתן הזדמנות שווה לכל לזכות בחוזה (שוויון הזדמנויות)
36	(1) מהו שוויון? גישות שונות למושג "שוויון"
37	(א) שוויון פורמלי
37	(ב) שוויון מהותי
39	(ג) העדפה מתקנת
41	(ד) לאיזה "שוויון" מחויבת הרשות המינהלית?
43	(2) הטעמים לחובתה של הרשות להעניק שוויון הזדמנויות
43	(א) היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית
43	(1) צדק ושוויון
47	(2) השוויון כזכות יסוד
49	(ב) חובת הנאמנות של הרשות המינהלית
50	(ג) תנאי להתקשרות אופטימלית
	(3) מידת המחויבות של הרשות המינהלית לשוויון ההזדמנויות
51	בעסקאות כלכליות
55	(4) לסיכום
56	ב. התקשרות בתנאים אופטימליים עבור הרשות
56	(1) מהי "התקשרות אופטימלית"?
57	(2) מהו המדד להתקשרות אופטימלית עבור הרשות המינהלית
58	(א) תועלת מרבית למוכר/הקצאה לבעל ההצעה הגבוהה ביותר

- 59 (ב) הקצאת המשאב המוצע למכירה למקסם התועלת ממנו
או למעריך הגבוה ביותר שלו
- 60 (ג) היחס שבין שתי הגישות לעסקה האופטימלית
- 64 (3) מדוע לחייב את הרשות המינהלית להתקשר התקשרות אופטימלית?
- 64 (א) חובת הנאמנות של הרשות המינהלית
- 64 (ב) יישום של עקרון השוויון המהותי
- 65 (4) מידת המחויבות של הרשות להתקשרות בתנאים אופטימליים
ג. מניעת משוא פנים או מראית עין של משוא פנים (התמודדות עם
67 "בעיית הנציג")
- (1) ממה מתווכת הרשות להימנע: ממשוא פנים, ממראית עין של
משוא פנים, משחיתות או מניגוד עניינים? כיצד מתקשרת לכך
68 בעיית הנציג?
- 68 (א) משוא פנים
- 69 (ב) בעיית הנציג
- 72 (ג) "שחיתות"
- 73 (ד) ניגוד עניינים
- 76 (ה) מראית עין של משוא פנים
- 77 (ו) מסקנה
- (2) האם הדרישה להימנע ממשוא פנים וממראית עין של משוא פנים
78 איננה מקרה פרטי של דרישת השוויון?
- (3) הטעמים לחובתה של הרשות המינהלית להימנע מהתקשרות עסקית
81 מתוך משוא פנים או מראית עין של משוא פנים
- 81 (א) שמירה על אמון הציבור ברשות המינהלית
- 82 (ב) שמירה על עקרונות של צדק וקיום חובת הנאמנות
- 82 (ג) תנאי להגשמתו של עקרון השוויון
- 82 (ד) תנאי להתקשרות בתנאים אופטימליים
- (4) מידת המחויבות של הרשות המינהלית לדרישה שלא להתקשר
84 התקשרות עסקית מתוך משוא פנים או מראית עין של משוא פנים
86 ד. סיכום ביניים

89 פרק שני: מהו מנגנון ההתקשרות האופטימלי

- 89 א. מנגנונים אפשריים וחלופיים להליך ההתקשרות
- 89 (1) משא ומתן חופשי

90	(2) מכרז
94	(3) הגרלה
96	ב. החובה לתת הזדמנות שווה לכל לזכות בתווה
96	(1) דרכים להשגת שוויון
97	(2) התמודדות המנגנונים השונים עם ררישת השוויון
97	(א) משא ומתן חופשי והדרישה לשוויון
99	(ב) מכרז והדרישה לשוויון
103	(ג) ההגרלה והדרישה לשוויון
106	(3) מסקנה
106	ג. בעיית הנציג, מניעת משוא פנים או מראית עין של משוא פנים
106	(1) דרכי התמודדות עם בעיית הנציג
107	(א) פיקוח הדוק מטעם המערכות הממונות
108	(ב) ענישה משמעתית ו/או פלילית של עובדי הרשות המינהלית
108	(ג) צמצום שיקול הדעת של הנציג על ידי קביעת כללי התנהגות
109	קשיחים ופרמטרים קבועים מראש להחלטה
112	(ד) "שקיפות"
114	(ה) צמצום המגע בין המציע הפוטנציאלי לבין נציג הרשות המינהלית
115	(ו) חובת פרסום רחבה
115	(ז) חלוקת הסמכות בין כמה אנשים
116	(ח) בחירת נציגים שאינם נמצאים בדרגה גבוהה של ניגוד עניינים
117	(ט) מתן שכר הוגן לעובדי הרשות
119	(י) סיכום
120	(2) התמודדות המנגנונים השונים עם בעיית הנציג
121	(א) התמודדות המשא והמתן החופשי עם בעיית הנציג
122	(ב) התמודדות המכרז עם בעיית הנציג
126	(ג) התמודדות ההגרלה עם בעיית הנציג
126	(3) מסקנה
127	ד. התקשרות בתנאים אופטימליים מבחינה כלכלית
127	(1) דרכים לשיפור יעילות ההתקשרות של הרשות המינהלית
128	(א) פרסום פומבי
129	(ב) מנגנון המאפשר למתמודדים רבים להתחרות על המשאב
129	(ג) צמצום האפשרות להתקשרות ממגיעים פסולים (התמודדות עם בעיית הנציג) וחיזוק אמון הציבור ברשות המינהלית

130	ד) קביעת מחיר מינימום
130	ה) מניעת הגבל עסקי (קשור בין המציעים)
	ו) מניעה או צמצום של כשלי שוק הנובעים מפערי מידע,
131	עלויות עסקה וכד'
132	ז) הקטנת עלויות עסקה
132	ח) ניצול כוח המיקוח של הרשות המינהלית
132	ט) גמישות מנגנון ההתקשרות
	2) התמודדות מנגנוני ההתקשרות השונים עם הדרישה לעסקה
133	אופטימלית
134	א) פרסום פומבי ומתן אפשרות השתתפות למציעים רבים
	ב) צמצום האפשרות להתקשרות ממניעים פסולים (התמודדות
134	עם בעיית הנציג) וחזוק אמון הציבור ברשות המינהלית
135	ג) מניעת הגבל עסקי (קשור בין המציעים)
	ד) הקצאה אופטימלית בזכות מניעה או צמצום של כשלי שוק
135	הנובעים מעלויות עסקה, פערי מידע וכד'
136	1) מכירה פומבית
137	2) מכרז מחיר שני
140	ה) הקטנת עלויות עסקה
141	ו) ניצול כוח המיקוח של הרשות המינהלית
141	ז) גמישות מנגנון ההתקשרות
	ח) תכונות נוספות של מנגנון המשא ומתן, העשויות להשפיע
143	על מידת יעילותו הכלכלית
144	ט) תוצאות מחקר השטח
145	י) מכרז ה-FCC
	יא) כתיבה כלכלית המשווה בין מנגנון המכרז למנגנונים אחרים
146	להקצאת מקורות
149	3) מסקנה
151	ה. מהו מנגנון ההתקשרות האופטימלי – מסקנה כללית
155	פרק שלישי: מהו המכרז האופטימלי – המכרז כמשחזק
155	א. כללי
158	ב. סוגי מכרזים
158	1) מכרז רגיל

תוכן עניינים מפורט

159	(2) מכירה פומבית
159	(3) מכרז הולנדי
160	(4) מכרז מחיר שני
160	ג. היחס בין סוגי המכרזים
160	(1) מכרז רגיל – מכרז הולנדי
162	(2) מכירה פומבית – מכרז מחיר שני
164	ד. מונחי יסוד
164	(1) בעיית אי-הוודאות
164	(2) הנחות היסוד
165	(3) הערכת הממכר על ידי המציעים
167	(4) יחסם של המציעים לסיכון
169	(5) הסימטריה בין המציעים
170	ה. מהו המכרז האופטימלי?
170	(1) המודל הבסיסי
173	(2) מציעים שאינם סימטריים
174	(3) מציעים שונאי סיכון
175	(4) הערכה משותפת ו"קללת המנצח" (Winner's Curse)
178	(5) הערכה תלויה או מקושרת
179	(6) מכרז הכולל הצעה בגובה קבוע ובנוסף תמלוגים הנגזרים מההכנסות בפועל
181	(7) מכרז למכירת פריטים רבים
182	(8) מכרז החוזר על עצמו
183	(9) מכרז המאפשר פיצול הזכייה בין כמה מציעים
184	ו. סוגיות משלימות
184	(1) היחס האופטימלי למידע
186	(2) קביעת מחיר מינימום
190	(3) הפליה במחיר – האם מתן העדפה לסקטור מסוים (לדוגמא, תוצרת הארץ) יכולה להיות יעילה
196	(4) סביבה של ביקוש גמיש
196	(5) התמודדות עם חשש לקנוניה בין המציעים
199	(6) מדוע מכרז מחיר שני הינו כה נדיר?
199	(א) כללי
200	(ב) חשש מרמאות מצד בעל המכרז
201	(ג) חוסר רצון לחשוף את הערכת הממכר

תוכן עניינים מפורט

203	ד) מכרו מחיר שני פותח פתח לביקורת על מעצבי המדיניות
203	ה) סיכום
204	ז. האם תורת המשחקים ישימה בעולם המעשה?
204	1) ניתוח מכרו של מינהל מקרקעי ישראל (Test Case)
204	2) המכרו למכירת רישיונות לשימוש בתדרי שידור אלקטרו-מגנטיים
208	בארצות הברית
208	א) כללי
210	ב) עיצוב המכרו על ידי ה-FCC
215	ג) ניהול המכרו ותוצאותיו
217	ד) סיכום
218	ח. סיכום

פרק רביעי: דרישות נוספות מהליך ההתקשרות –

227	פטור ממכרו
229	א. דחיפות מיוחדת בביצוע העסקה – דרישת מהירות
232	ב. עסקה בסכום נמוך
236	ג. דרישת סודיות
238	ד. העדפת ערך אחר על פני ערך השוויון ומיקסום התועלת הכלכלית
238	1) כללי
238	2) האם העדפת ערך אחר על פני ערך השוויון והערך הכלכלי
239	מוצדקת?
239	3) מהי המסקנה הנגזרת מקיומה של העדפה לגבי הליך ההתקשרות
243	הראוי?
244	4) סיכום
244	ה. היעדר תחרות בנושא ההתקשרות – ספק יחיד
246	ו. התקשרות המשך עם ספק קיים
251	ז. התקשרויות המחייבות הפעלת שיקול דעת סובייקטיבי
251	1) כללי
255	2) מסקנה כללית
256	א) תיחום שיקול הדעת
257	ב) הגברת הפיקוח ופומביות ההליך
257	3) עסקאות אופייניות והפתרונות המתאימים להן
258	א) עסקה קצרת טווח המאופיינת בשיקול דעת רחב

260	(ב) עסקה פשוטה אך ארוכת טווח, המחייבת הפעלת שיקול דעת סובייקטיבי
262	(ג) עסקה סבוכה וארוכת טווח המחייבת הפעלת שיקול דעת סובייקטיבי
262	(1) כללי
267	(2) שלב ראשון – אפיון ההתקשרות
269	(3) שלב שני – ניהול המכרז
270	(4) סיכום
271	ח. פטור שיורי מחובת עריכת מכרז – נסיבות כלליות
274	ט. אופן ההסדרה של סוגיית הפטור ממכרז – רגולציה מול דה־רגולציה
280	י. שיקולים דייוניים בהסדרת סוגיית הפטור ממכרז
281	(1) שקיפות הליך ההכרעה
282	(2) הרכב ועדת המכרזים או ועדת הפטור ממכרז
283	(3) החמרת הענישה
284	(4) סיכום
284	יא. סיכום
287	פרק חמישי: המודל המוצע
287	א. חובת המכרז
289	ב. סוג המכרז
290	ג. סייגים לחובת המכרז
291	(1) דחיפות מיוחדת בביצוע העסקה – דרישת מהירות
291	(2) עסקה בסכום נמוך
292	(3) דרישת סודיות
293	(4) העדפת ערך אחר על פני ערך השוויון והערך של מיקסום התועלת הכלכלית
294	(5) היעדר תחרות בנושא ההתקשרות – ספק יחיד
294	(6) התקשרות המשך עם ספק קיים
295	(7) התקשרות המחייבת הפעלת שיקול דעת סובייקטיבי (שאיננו מדיד על פי סולם אובייקטיבי)
297	(8) "פטור סל" שיורי מחובת עריכת מכרז

	9) היבטים דינוניים בסוגיית הפטור ממכרז והרחבת שיקול הדעת של נציגי הרשות המינהלית
297	
298	ד. סיכום
301	פרק שישי: חובת המכרז שול רשויות מינהליות באנגליה
	א. כללי – המערכת הנורמטיבית של התקשרויות הרשויות המינהליות באנגליה
301	
303	ב. היקף חובת המכרז מכוח התקנות
303	(1) כללי
303	(2) התקנות החלות על הרשות המינהלית
304	(א) הגופים הכפופים לתקנות
305	(ב) ההתקשרויות הכפופות לתקנות
307	(ג) התקשרויות שאינן כפופות לתקנות
309	(ד) הסף הכספי לתחולת התקנות
310	(ה) ההסדר המהותי שקובעות התקנות
311	(1) מכרז פומבי רגיל או מוגבל
311	(2) משא ומתן – כללי
311	(3) משא ומתן שאיננו מחייב פרסום
313	(4) משא ומתן המחייב פרסום פומבי
314	(3) התקנות החלות על ספקי שירות חיוני לציבור
314	(א) הגורמים הכפופים לתקנות השירותים החיוניים
315	(ב) ההתקשרויות הכפופות לתקנות השירותים החיוניים
316	(ג) חריגים לתחולת תקנות השירותים החיוניים
317	(ד) ההסדר המהותי שקובעות תקנות השירותים החיוניים
317	ג. היקף חובת המכרז מכוח חקיקה ראשית
317	(1) כללי
318	(2) The Local Government Planning and Land Act 1980
319	(3) The Local Government Act 1988
320	(4) ההסדר המהותי שקובעים החוקים
321	ד. היקף חובת המכרז מכוח אמנות בינלאומיות
322	ה. סיכום וביקורת

**פרק שביעי: חובת המכרז של רשויות מינהליות
בארצות הברית**

327

א. כללי – המערכת הנורמטיבית של התקשרויות הרשויות הפדרליות

327

בארצות הברית

ב. היקף החובה של הממשל הפדרלי לקיים תחרות מלאה ופומבית

331

(Full and open competition) על פי החוק והתקנות

333

(1) הגופים הכפופים לתוכת התחרות המלאה והפומבית

334

(2) סוגי העסקאות הכפופות לתוכת התחרות המלאה והפומבית

334

(3) הפטורים והסייגים לתוכת-התחרות המלאה והפומבית

א) התקשרויות שחובת התחרות המלאה והפומבית איננה חלה

334

לגביהן

335

ב) הגבלת המשתתפים בתחרות

335

ג) נסיבות המאפשרות פטור מחובת התחרות המלאה והפומבית

(1) פטור מחמת נסיבות שבהן רק ספק אחד או מספר

336

מוגבל של ספקים עונים על צורכי הרשות

(2) פטור מחמת נסיבות של דחיפות בלתי רגילה שנכפתה על

337

הרשות (Unusual and Compelling Urgency)

(3) פטור בשל תעשייה מגויסת (Industrial Mobilization)

או צורך בשמירה על יכולת הנדסית או על יכולת של

339

מחקר ופיתוח

339

(4) פטור מכוח הסכם בינלאומי

340

(5) פטור מכוח חוק

340

(6) פטור בשל שיקולים של ביטחון לאומי

341

(7) פטור מכוח האינטרס הציבורי

341

ד) פירוט של הסדרים מיוחדים

342

(1) הגנה על תוצרת מקומית

(2) אופן ההתייחסות להצעות מטעם מתקשרים פרטיים

344

(Unsolicited Proposals)

345

(3) רכישת שירותי הנדסה ואדריכלות

346

(4) רכישות מעסקים קטנים

348

(5) רכישת מערכות מידע (מחשבים)

349

(6) רכישת מערכות גדולות (Major Systems)

350

(7) חוזים למחקר ולפיתוח

351	ה) הקשר בין ערך ההתקשרות לאופן ההתקשרות
351	(1) רכישות מפורשות (Simplified Acquisition Procedure)
352	(2) רכישות זעירות (Micropurchase)
353	(3) רכישות "שמיכה" (Blanket Purchase Agreements) (BPA)
	ג. מודל הרכישות למדינות ולשלטון המקומי בארצות הברית
353	המוצע על ידי ה-ABA
356	ד. סיכום וביקורת
359	פרק שמיני: חובת המכרז של רשויות מינהליות בישראל
359	א. כללי – התפתחות המסגרת הנורמטיבית של המכרז
365	ב. היקף חובת המכרז על פי חוק חובת המכרזים – סעיף 2 לחוק
365	(1) "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית וקופת חולים"
	(2) "חוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה
369	או לרכישת שירותים"
369	(א) כללי
370	(ב) חוזים להעסקת עובדים
371	ג) פעולה שהרשות המינהלית מבצעת בעצמה
372	ד) הענקת רישיונות או זכויות על ידי המדינה
373	(3) "מכרז פומבי"
373	(א) מהו "מכרז"
376	(ב) האם "הגרלה" הינה סוג של "מכרז"
377	ג) דרישת הפומביות
378	(4) "הגותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו"
378	(א) מיהו "אדם" לצורך החוק
379	(ב) "הזדמנות שווה להשתתף בו"
380	ג) עלות רכישת מסמכי המכרז
382	ג. היקף הפטור מחובת עריכת המכרז
382	(1) סעיף 3 לחוק חובת המכרזים – פטור לגבי עסקאות חוק
	(2) סעיף 3א לחוק חובת המכרזים – העדפת תוצרת הארץ או
383	תוצרת מאזורי עדיפות לאומית
384	(3) תקנות הפטור בתקנות חובת המכרזים
386	(א) תקנה 3 (1) – סכום נמוך
388	(ב) תקנה 3 (2) – דחיפות מיוחדת

תוכן עניינים מפורט

390	ג) תקנה 3 (3) – סודיות
390	ד) תקנה 3 (4) – התקשרות המשך עם ספק קיים
392	ה) תקנה 3 (29) – נושאים שאין בהם תחרות – ספק יחיד
394	ו) תקנה 3 (12) – התקשרות בנושאי תרבות, אמנות, בידור או הווי
394	ז) פטור ממכרז מחמת שיקולים סוציאליים
395	ח) תקנה 3 (28) – פטור סל
397	ט) תקנה 5 – התקשרות עם בעלי מקצוע מומחים
400	4) תקנה 42 לתקנות חובת המכרזים ופרשנות סעיפי הפטור
402	ד. היקף חובת המכרז על פי חקיקה ספציפית
402	1) תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון), התשנ"ג-1993
403	2) רשויות השלטון המקומי
403	3) חקיקה ספציפית
403	4) היחס בין חקיקה ספציפית לחוק חובת המכרזים
404	ה. היקף חובת המכרז על פי הפסיקה
409	ו. מחקר השטח – חוסר שביעות רצון מההסדר החקוק
410	ז. סיכום וביקורת
415	סיכום ומסקנות
427	נספח
429	סקר שביעות רצון
463	מפתחות
465	מפתח מקורות
465	1. ניתוח כללי של המכרז
	2. בעיית הנציג, קנוניה בין נציג הרשות לבין המציעים, וכן קשר בין המציעים
470	
472	3. גישה כלכלית – כללי
473	4. צדק ושוויון – כללי
475	5. כללי
476	6. חקיקה ישראלית
477	7. פסיקה ישראלית

תוכן עניינים מפורט

- 480 .8 כתיבה משפטית ישראלית בנושא מכרזים
- 481 .9 משפט משווה – ארצות הברית
- 485 .10 משפט משווה – אנגליה
- 486 .11 משפט משווה – האיחוד האירופי
- 487 .12 משפט משווה – כללי
- 489 מפתח עניינים