

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ם 8610/03

בפני :  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת ע' ארבל

המערערת : אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע

נגד

המשיבים :  
1. המועצה המקומית מג'אר  
2. ועדת המכרזים של המועצה המקומית מג'אר  
3. ד"ר אסעד עראידה, ראש המועצה המקומית  
מג'אר

ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בנצרת מיום  
4.6.2003 בתיק תמ' 101/02 שניתן על ידי כבוד השופט י'  
כהן

תאריך הישיבה : כ"ז בסיון תשס"ד (16.6.2004)  
בשם המערערת : עו"ד רני גורלי  
בשם המשיבים : עו"ד שקיב עלי

### פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

המערערת הגישה תובענה מנהלית לבית המשפט לעניינים מנהליים בנצרת  
(כב' השופט י' כהן) לתשלום פיצויים בגין נזקים כספיים שנגרמו לה, לטענתה, עקב  
ביטול מכרז שערכה המשיבה 1, ואשר בו השתתפה המערערת. התובענה נדחתה ביום  
4.6.03 לאחר שבית המשפט קבע כי המכרז בוטל כדין. הערעור שבפנינו מופנה כנגד  
פסק הדין.

הרקע העובדתי

1. ביום 15.11.01 פרסמה המשיבה 1, המועצה המקומית מג'אר (להלן – המועצה  
המקומית), מכרז פומבי להסעת תלמידים (להלן – המכרז). ההודעה מציינת, בין היתר :

"המועצה שומרת לעצמה את הזכות לבטל את המכרז או כל חלק ממנו והיא לא מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה אחרת ושומרת לעצמה את הזכות לחלק את העבודה".

בסעיף 10.3 לתנאי המכרז נקבע:

"אין הרשות המקומית מתחייבת לקבוע את ההצעה הזולה ביותר, או כל הצעה שהיא כזוכה. כן רשאית הרשות המקומית לפצל את הזכייה בין מספר משתתפים".

2. המערערת, שותפות רשומה שעיקר עיסוקה במתן שירותי הסעות למוסדות ומפעלים שונים באזור הצפון, הגישה הצעתה למכרז (להלן – ההצעה). שני פרטים בהצעת המערערת נוגעים לענייננו. הפרט הראשון הוא כי המערערת התבקשה, כחלק מתנאי המכרז, לצרף להצעה ערבות בנקאית בגובה 10% מסכום ההצעה כולל מע"מ. המערערת צרפה להצעתה ערבות בנקאית בסך 400,000 ש"ח, בעוד שבהתאם לתנאי המכרז ולסכום הצעתה היה עליה להעמיד ערבות בנקאית בסך של כ- 284,000 ש"ח בלבד. הפרט השני הינו כי קיים שוני בין שני עותקי ההצעה שהגישה המערערת, באשר לעלות הפעלת אחד מקווי ההסעות שהוצעו, קו 102, כך שבעותק אחד צוין כי מחיר הפעלת הקו הינו 280 ש"ח, בעוד בעותק השני צוין כי המחיר הינו 380 ש"ח.

3. ביום 31.10.02 התקיימה ישיבה לפתיחת המעטפות במכרז, במעמד נציגי המשיבים. דא עקא, תוצאות המכרז לא פורסמו ועל כן פנתה המערערת אל ב"כ המשיבה 1 בדרישה לפרסם את תוצאות המכרז. המערערת נענתה כי המועצה החליטה לבטל את המכרז.

המערערת פנתה אל המשיב 3, ראש המועצה המקומית (להלן – ראש המועצה), בבקשה לקבל את פירוט הנימוקים שבבסיס החלטה לבטל את המכרז ונענתה במכתבו מיום 13.4.02 של מנכ"ל המועצה כי נימוקי החלטה הינם כדלקמן:

א. בנוסח המכרז כתוב: המועצה שומרת לעצמה את הזכות לבטל את המכרז או כל חלק ממנו (מצ"ב העתק מנוסח הפרסום).

ב. מפני שרשומה הצעה יחידה אחת כשירה מתוך כל ההצעות שהוגשו (מצ"ב תיעוד).

4. המערערת פנתה אל ראש המועצה בבקשה לשקול שנית את ההחלטה על ביטול המכרז ולקבוע כי הצעתה היא ההצעה הזוכה במכרז, ולחילופין, לפצותה בגין הנזקים שנגרמו לה, לטענתה, עקב ביטול המכרז. פניותיה לא הניבו דבר.

משלא עלה בידה של המערערת להביא לשינוי ההחלטה על ביטול המכרז, הגישה תובענה מנהלית בהתאם להוראת סעיף 5(3) לחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, בה תבעה לפצותה בגין נזקים כספיים שנגרמו לה לטענתה עקב ביטול המכרז.

ההליך בפני בית המשפט קמא

5. בית המשפט המחוזי בחן בפסק דינו את שאלת זכותה של רשות מקומית לבטל מכרז כאשר בפניה הצעה יחידה וקבע, כי מאחר שהמכרז וההודעה שפורסמה על עריכתו כללו הוראות מפורשות, שנוסחן הובא לעיל, בדבר זכותה של המועצה המקומית לבטל המכרז או חלקו בכל שלב וזכותה שלא לקבל את ההצעה הזולה ביותר, או כל הצעה שהיא, הרי שהמועצה המקומית הבטיחה את זכותה לבטל את המכרז מכל נימוק שתראה כנכון וסביר, כל עוד היא ממלאת אחר החובות המוטלות עליה כרשות ציבורית.

עוד קבע בית המשפט, כי את המציעים שהגישו הצעה למכרז, והמערערת ביניהם, יש לראות כמי שקראו את תנאי המכרז, הבינו אותם וקיבלו אותם עליהם. המערערת לא פנתה לבית המשפט בטענת פגם במכרז אלא לאחר שהתחוור לה כי לא זכתה במכרז ולפיכך יש לדחות טענתה כי הוראת סעיף 10.3 לתנאי המכרז הינה בגדר פגם שנפל בתנאי המכרז.

בית המשפט מצא כי בהצעתה של המערערת נפלו שני פגמים המביאים לפסלותה. הפגם הראשון - הערבות הגבוהה מן הנדרש שהעמידה המערערת מבלי לספק כל הסבר לצעד זה - הינו, לשיטת בית המשפט קמא, פגם היורד לשרשו של עניין ומצדיק את פסילת ההצעה. הפגם השני - השוני בין עותקי ההצעה ביחס למחיר הפעלת קו 102 - פוגע בהקפדה על תנאי המכרז ככתבם וכלשונם שמטרתה השמירה על עקרון השוויון במכרז ועל כן פגם זה מאפשר אף הוא למועצה לפסול את הצעתה של המערערת. עוד קבע בית המשפט קמא, כי ועדת המכרזים היא הגוף המוסמך לקבל או לפסול הצעה במכרז ועל כן אין המערערת יכולה להיבנות ממכתבו מיום 13.4.02 של מנכ"ל המועצה שנוסחו הובא לעיל, לפיו הצעתה של המערערת היא הצעה "כשירה".

נוכח מסקנותיו אלה קבע בית המשפט קמא כי המכרז בוטל כדין מסיבות מוצדקות ועל כן דחה את התובענה.

#### טענות הצדדים

6. המערערת טוענת נגד קביעת בית המשפט קמא כי הצעתה פסולה. מבין הטענות שמעלה המערערת, שלוש הן המצדיקות דיון ובחינה, ואעמוד עליהן בתמצית.

טענתה הראשונה של המערערת היא כי הפגם שנמצא בערכות הבנקאית שהעמידה לאו פגם הוא וכי העמדת ערכות גבוהה מהנדרש יכולה לנבוע מטעות או שהיא נוצרת במצב בו המציע מסדיר את הערכות בטרם חישב הצעתו עד תום, שאז הוא מעמיד ערכות גבוהה מהנדרש על מנת לקנות לו "מרווח ביטחון". יחד עם זאת, כשם שנמנעה מלעשות כן בפני בית המשפט קמא, גם בפנינו, בטיעון בכתב ובעל פה, לא פירשה המערערת מהי הסיבה שבשלה העמידה היא ערכות גבוהה מהנדרש.

טענה שניה בפני המערערת הינה כי השוני בין שני עותקי ההצעה ביחס למחירי הפעלת קו 102 אינו אלא פגם טכני וזניח שאין לפסול בגינו את ההצעה. לטענתה, הצעתה היתה להפעיל את קו 102 במחיר של 380 ש"ח. מחמת טעות לא עודכן מחיר זה בשני עותקי ההצעה אלא בעותק אחד בלבד. בנוסף, היא טוענת, השוני בין שני ההעתקים היה ידוע למשיבים ואף על פי כן הוא לא הועלה כנימוק לפסילת ההצעה אלא בבית המשפט. יתרה מזאת, מנכ"ל המועצה הודיע למערערת בשתי הזדמנויות כי ההצעה "תקינה" (במכתבו מיום 18.8.02) ו"כשרה" (במכתבו מיום 13.4.02). לפיכך, שגה בית המשפט קמא משקיבל את טענת המשיבים כי הם כלל לא בדקו את הצעת המערערת, שכן העובדה שהוגשו ארבע הצעות ששלוש מתוכן נפסלו, בעוד הצעתה של המערערת נמצאה "תקינה" ו"כשרה", מלמדת על בדיקת ההצעות.

הטענה השלישית היא כי ההוראה במכרז, לפיה שומרת המועצה המקומית על זכותה שלא לקבל כל הצעה ולבטל את המכרז, כפופה לדיני המכרזים הציבוריים, לרבות לקביעתה של השופטת דורנר בעניין הידוע כ"עניין מנורה", לפיה ככלל, ככל שהדבר אפשרי, יש להימנע מביטול מכרז, לאחר פתיחת תיבת ההצעות, אם הדבר יוביל לפרסום מכרז אחר במקומו (ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון ואח' פ"ד נא (1) 21). לטענת המערערת, שגה בית המשפט קמא בקבעו כי היה על המערערת להתנגד לכתחילה להכללת הוראה זו במכרז.

7. מנגד טוענים המשיבים כי יש לדחות הערעור על הסף מאחר שהוגש באיחור וכי היה על בית המשפט קמא לדחות התובענה בשל שיהוי בהגשתה. לטענתם, על אף שהמערערת קיבלה הארכת מועד להגשת הערעור, הרי שהנימוק לבקשתה להאריך המועד – טעות במניין הימים – אינו סביר ולא הצדיק הארכת המועד. לעניין זה משיבה המערערת כי הגשת הערעור נעשתה בהתאם למועד שנקבע על ידי רשמת בית משפט זה וכי המשיבים לא ערערו על ההחלטה. אשר לטענת השיהוי, טוענת המערערת, טענה זו נזנחה על ידי המשיבים ובית המשפט קמא עמד על כך בפסק דינו. באשר ליתר טענותיה של המערערת, כפי שפורטו לעיל, המשיבים נסמכים על פסק דינו של בית המשפט קמא, אותו, הם סבורים, יש להותיר על כנו.

דיון בטענות המקדמיות

8. טענתם המקדמית של המשיבים, כי יש לדחות הערעור על הסף מחמת איחור בהגשתו, דינה להידחות. אין מחלוקת בין הצדדים כי המועד להגשת הערעור הוארך על ידי רשמת בית משפט זה (בש"ם 7785/03) וכי לא הוגש ערעור על ידי המשיבים על ההחלטה. מדובר בטענה שמקומה הראוי להישמע היה בערעור על החלטת הרשמת, ועל כן, משלא הוגש ערעור על החלטה זו על ידי המשיבים, אין הם יכולים להישמע בטענה נגד מתן הארכה להגשת הערעור. אציין, כי גם לגופו של עניין, לא מצאתי פגם בהחלטת הרשמת.

אשר לטענת השיהוי בהגשת התובענה, הרי שבית המשפט קמא קבע כי במהלך הדיון בפניו זנחו המשיבים טענה זו ואף סבר כי לו היו המשיבים עומדים על הטענה, דינה להידחות. המשיבים העלו הטענה בפנינו בעלמא וללא כל נימוק ועל כן איני מוצאת לנכון להתערב בקביעת בית המשפט קמא.

ההחלטה על ביטול המכרז

9. האם הייתה המועצה המקומית רשאית לבטל המכרז לאחר שנותרה בפניה הצעתה של המערערת כהצעה יחידה?

סעיף 22(ו) לתוספת הרביעית של צו המועצות המקומיות (א), תשי"א – 1950,

החל בענייננו, קובע:

"לא תמליץ הועדה דרך כלל, על הצעה, אם היתה זו ההצעה היחידה שהוגשה, או שנותרה יחידה לדיון בפני

הועדה; המליצה הועדה כאמור, תרשום בפרוטוקול את  
הנימוקים להחלטה".

סעיף 23 (א) לתוספת קובע:

"המועצה המקומית רשאית לבטל מכרז אם ועדת  
המכרזים החליטה על כך וראש המועצה אישר את  
החלטתה".

יחד עם זאת, הלכה פסוקה היא כי אין פוסלים הצעה העומדת בתנאי המכרז  
מהטעם היחיד שהיא נותרה הצעה יחידה (ע"א 6283/94 שם בעמ' 27; עע"ם 1966/02  
המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אברהים ואח' פ"ד נז (3) 505, 516).

אלא, שבמקרה שבפנינו כלל המכרז הוראה מפורשת וברורה לפיה שומרת  
המועצה על זכותה לבטל את המכרז או חלקו בכל שלב וכי היא אינה מחויבת לבחור  
בהצעה הזולה ביותר, או בכל הצעה שהיא, במכרז. לפיכך, מקובלת עלי מסקנת בית  
המשפט קמא כי היה באפשרות המועצה לבטל את המכרז מכל נימוק שהוא, כל עוד  
היא עומדת בחובות המוטלות עליה כרשות ציבורית – החובה לפעול בהגינות, בתום  
לב ובסבירות. במאמר מוסגר אוסיף, היות שאעמוד על כך בהמשך הדברים, כי איני  
סבורה שהצעת המערערת עומדת בתנאי המכרז ועל כן אין לראותה כהצעה "שנותרה  
יחידה לדיון בפני הועדה".

10. לא נעלם מעיני העיקרון אליו הפנתה המערערת, לפיו יש להימנע ככל הניתן  
מביטול מכרז ועריכת מכרז חדש תחתיו וזאת על מנת למנוע פגיעה בתחרות השוויונית  
(ע"א 6283/94 שם בעמ' 27; ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס –  
1999) עמ' 166). פגיעה שכזו יכולה להיגרם לאחר שמידע הנוגע להצעות שהוגשו  
למכרז יגיע עם ביטול המכרז לידי מציעים אחרים ויאפשר למציע להגיש הצעה  
משופרת במכרז החדש ולזכות בו, על אף שהצעתו המקורית לא היתה מזכה אותו  
בזכייה במכרז. אלא, שכלל זה אינו כלל מוחלט ובנסיבות העניין, נוכח ההוראה  
המאפשרת למועצה לבטל המכרז ונוכח הפגמים בהצעת המערערת, לא מצאתי פסול  
בהחלטה על ביטול המכרז.

שיקול נוסף אשר מפחית מהחשש כי ביטול המכרז יביא לפגיעה בתחרות  
השוויונית במקרה שבפנינו הינו פרק הזמן הממושך שחלף מאז נערך המכרז. כפי  
שנמסר לנו בעת הדיון, עד היום, למעלה משנתיים לאחר שנמסר למערערת על ביטול

המכרז, טרם פורסם מכרז חדש ובפועל מתבצעת הסעת התלמידים על ידי מציעים שהגישו הצעות בלתי כשירות למכרז נשוא הערעור. דהיינו, בפועל הונצחה מציאות שלפיה, לפחות לכאורה, המפסיד במכרז הוא הזוכה. התנהלות זו של המועצה המקומית מטרידה, וגם לאחר שב"כ המשיבים ניסה ליתן הסבר למצב דברים זה, הרי שאין היא מניחה את הדעת בלשון המעטה, וטוב תעשה המועצה המקומית אם תפעל בהקדם לפרסום מכרז חדש. יחד עם זאת, בנסיבות שנוצרו, ומאחר שחלף זמן רב מאז בוטל המכרז, הרי שהחשש מפגיעה בתחרות השוויונית בשל דליפת מידע אודות ההצעות שהוגשו למכרז ופגיעה בעקרון סודיות ההצעות, פחת באופן משמעותי.

11. משהגעתי למסקנה כי המועצה רשאית הייתה לבטל את המכרז, אני סבורה כי יש לדחות אף את טענת המערערת לפיה שגה בית המשפט קמא כאשר קבע כי היה על המערערת להעלות טענותיה נגד הוראות המכרז מבעוד מועד. מקובלת עליי עמדת בית המשפט קמא, לפיה מציע שהשתתף במכרז והגיש הצעתו, חזקה כי קרא את תנאי המכרז, הבינם וקיבלם עליו, שאחרת לא היה מגיש הצעתו. ככל שסברה המערערת כי יש בהוראות המכרז משום פגם, היה עליה להעלות הטענה בהקדם האפשרי לאחר שנודע לה על אותו פגם. המערערת לא נהגה כן. תחת זאת היא המתינה עד היוודע תוצאות המכרז ורק משהתחוויר לה כי לא זכתה, השמיעה טענותיה נגד הכללת ההוראות האמורות במכרז. בית משפט זה קבע לא אחת שאין להשלים עם התנהלות של מציע, הסבור כי נפל פגם במכרז ואינו טוען נגדו אלא לאחר שנודע לו כי לא זכה, וכי מציע שכזה יהיה מנוע מלהישמע בטענה זו (בג"ץ 126/82 "טיולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל - משרד התחבורה ואח' פ"ד לו (4) 44, 47-48; עע"ם 1981/02 קיסר הנדסה ופתוח בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון ואח' תק-על 2002(1) 610. ראו גם: ש' הרציג דיני מכרזים כרך א' (2001) 201-202). הדברים נכונים וראויים אף למקרה שבפנינו.

סיכומה של נקודה זו. תנאי המכרז כללו הוראה ברורה לפיה באפשרותה של המועצה לבטל המכרז מכל נימוק שהוא. המערערת הגישה הצעתה למכרז וחזקה עליה שקודם שעשתה כן קראה קרוא היטב את תנאיו, אולם היא לא העלתה כל טענה נגד תנאי המכרז ועל כן אינה יכולה להישמע בטענה נגד הכללתה של הוראה זו במכרז.

הערבות

12. דרישת ערבות בנקאית הינה תנאי סף נפוץ במכרזים ציבוריים, המיועד להשיג מספר תכליות אפשריות: להוות מקור כספי זמין לשיפוי עורך המכרז על נזקיו בנסיבות

בהן חזר מציע מהצעתו, לאחר שחזרה כזו אינה מותרת עוד, ללא צורך בהוכחת הנזק בבית המשפט; בחינת איתנותו הכלכלית של המציע מבלי שעלות הבדיקה תוטל על הרשות; הרתעת המציע מנקיטת צעד העשוי להוביל לחילוט הערכות; הרתעת מציעים מפני קשירת קשר ביניהם שמטרתו הכשלת מטרות המכרז; הבטחת רצינותו של המציע וגמירת דעתו להיקשר בחוזה (ע' דקל מכרזים (2004) 294-296, 573).

13. מטרתו של המכרז הציבורי להביא לאיזון בין שני עיקרים: השוויון והתחרות. אלה מיועדים לאפשר תחרות שוויונית בין המציעים, תוך שמירה על האינטרסים הכלכליים של הרשות הציבורית. יחד עם זאת, הכלל הוא כי לעקרון השוויון ולאנטרס הציבורי שהוא משקף, עליונות על האינטרס הכלכלי במכרז הנערך על ידי רשות ציבורית (ע"א 6283/94 שס בעמ' 27-26). עקרונות אלה הובילו לגישה מחמירה ביחס לפגמים בערכות ועל כן מקובל כי פגם בערכות אינו פגם טכני גרידא שניתן לתקנו, אלא, ככלל, הוא פגם מהותי המחייב את פסילת ההצעה, שכן אי-הקפדה על התנאים הנוגעים לערכות הבנקאית יש בה כדי לפגוע בשוויון שבין המציעים בפועל ובכוח (בג"ץ 376/76 אליהו גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש ואח' פ"ד לא (1) 505, 511-513; ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984) ואח' פ"ד נ (5) 59, 65; בג"ץ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבניין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה ואח' פ"ד לו (2) 472, 474-475). מהותיותו של הפגם בערכות מובילה לפסלות ההצעה, אף אם ועדת המכרזים לא נתנה דעתה על הפגם. דברים ברוח זו מציין גם עו"ד שמואל הרציג בספרו:

"פגם בערכות הוא קונסטטיטוטיבי להצעה ואינו יכול להירפא על ידי כך שנשמט מעיני ועדת המכרזים במועד הטכני של פתיחת ההצעות. משנתגלה הפגם אף בשלב מאוחר יותר, יש בו כדי לאיין את החלטות ועדת המכרזים ככל שהן נוגעות להצעה שערכותה לוקה בפגם" (הרציג שס בעמ' 133).

14. על פי רוב, במקרים בהם הובאו בפני בית משפט זה עתירות שעניינן גובה הערכות שהוגשה במסגרת הליכי מכרז, דובר בסכום ערכות הנופל מהסכום שנדרש על פי תנאי המכרז, ואשר על כן מביא לפסלות ההצעה. המקרה שבפנינו שונה, שכן סכום הערכות שהעמידה המערערת עולה בשיעור ניכר על סכום הערכות אותו נדרשה להעמיד, ועל כן מתעוררת השאלה האם קיים הבדל בין ערכות שסכומה עולה על הנדרש במכרז לבין ערכות שסכומה נופל מהנדרש על פי תנאי המכרז.

העמדת סכום ערכות העולה באופן משמעותי על הסכום הנדרש על פי תנאי המכרז פותחת פתח לפגיעה בשוויון בין המציעים במכרז. הפגיעה בשוויון הינה בכך



שהמציע המעמיד ערבות גבוהה מהנדרש עשוי לקנות יתרון על פני יתר המציעים שעמדו בתנאי המכרז, יתרון הגלום בכך שלוועדת המכרזים ידוע וברור כי במידה שאותו מציע לא יעמוד בהתחייבויותיו על פי המכרז, סכום הכסף שיועמד לשיפוייה יהא גבוה מזה שתקבל אם תבחר בכל אחד מהמציעים האחרים שעמדו בתנאי המכרז. יתרה מזאת, במידה שכל המציעים עומדים בתנאי המכרז, לרבות בתנאי הערבות, הרי שהם בעלי החוסן הכלכלי הנדרש. העמדת ערבות גבוהה מהנדרש עשויה להביא להשפעה עקיפה על אופן בחינתה של ועדת המכרזים את ההצעה ולהקים חשש לנסינו של המציע להשפיע על שיקול דעת הוועדה. על כן, בהיעדר נימוק או הסבר מטעם המציע לגובה הערבות שהעמיד, קם חשש באשר למניעיו, וגם כאשר פעל המציע בתום לב, החשש לפגיעה בשוויון בפני ועדת המכרזים בעינו עומד, כמו גם חשש למראית פני הדברים ויצירת מצג של היעדר תום לב. ביטוי מסוים לדברים ניתן למצוא בפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) ברק בבג"ץ 173/82 הנ"ל, שם דובר, בין היתר, בסכום ערבות שעלה על הנדרש:

"אף סכום הערבות מעורר תמיהה, שכן סכום הערבות, שהעותרת טוענת לו, גדול בארבעים אחוזים מזה המתבקש על פי הצעתה. מה טעם ראתה למתן ערבות כה גדולה, שבידוע הוא, כי היא עולה בממון כשלעצמה?  
(שם, בעמ' 475)

אכן, בהיעדר כל הסבר מניח את הדעת, עקרון השוויון שהוא עקרון יסוד בכל מכרז והצורך לקיימו בנתוני המכרז כמו גם בתהליכיו ובדרכי התנהלותו, מחייב כי סכום הערבות לא יהא נמוך מהנדרש על פי תנאי המכרז, אך גם לא גבוה מהנדרש. כמובן, כל מקרה נבחן לגופו – לסיבת הגשתה של ערבות העולה על הנדרש, ללשון הוראות המכרז ביחס לערבות ולגובה ההפרש בין הסכום הנדרש לבין הסכום שהוגש יש חשיבות לצורך הקביעה האם נפל בערבות פגם המביא לחשש מפני פגיעה בשוויון ועל כן גם לפסילת ההצעה.

15. המערערת השוותה בין דרישת הערבות לדרישות אחרות ממציעים במכרז דוגמת דרישת שנות ניסיון או הצגת הון עצמי. לטענתה, כשם שאין פוסלים מציע מאחר שיש לו שנות ניסיון העולות על הניסיון המינימאלי הנדרש, או הון עצמי העולה על הנדרש, כך גם אין לפסול מציע שהעמיד ערבות גבוהה יתר על המידה. אני סבורה כי אין מקום להקבלה זו. יש להבחין בין נתונים "הטבועים" במציע ללא קשר למכרז בו הוא מתמודד – כאלה הם שנות ניסיון שצבר והון עצמי שלרשותו - אותם יש לסווג כ"תעודת הזהות" שלו המעידה גם על מידת התאמתו לביצוע העבודה נשוא המכרז,

לבין נתונים הנוצרים לצורך המכרז, מתוך מטרה לעמוד בתנאיו ולזכות בו, דוגמת דרישת הערבות.

16. מן הכלל אל הפרט. סעיף 4.1 לתנאי המכרז קובע כי יש לצרף להצעה:

”ערבות בנקאית שהוצאה על ידי בנק, לבקשת המשתתף, בסכום השווה ל- 10% מסכום ההצעה לא כולל מע”מ, ובכל מקרה לא פחות מ- 5,000 ש”ח.”

המערערת העמידה סכום ערבות הגבוה באופן משמעותי – בכ- 40% - מסכום הערבות שהיה עליה להעמיד, ונמנעה מליתן כל הסבר – לא כל שכן הסבר סביר - לפעולתה זו. עקרון השוויון בדיני המכרזים מחייב, לדעתי, שלא לקרוא את הוראת סעיף 4.1 כמאפשרת העמדת סכום ערבות העולה על 10% מגובה ההצעה. בנסיבות אלה, מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט קמא כי מדובר בפגם היורד לשרשו של עניין אשר מביא לפסילת הצעתה של המערערת, אף אם ועדת המכרזים עצמה לא עמדה על פגם זה.

השוני בין עותקי ההצעה

17. ס' 20(ד) לתקנות חובת המכרזים, התשנ”ג-1993 קובע:

ועדת המכרזים תפסול הצעות אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של נושא המכרז, זולת אם החליטה הועדה אחרת מטעמים שיירשמו בפרוטוקול.

הכלל הינו פסילת ההצעה הפגומה. הכשרת הפגם או הבלגה עליו היא בבחינת חריג שיש לו קיום במקרה בו אין הפגם מביא לפגיעה בתחרות השוויונית בין המציעים והמציעים בכוח. במילים אחרות, פגם שתיקונו גורם, או עלול לגרום, פגיעה בשוויון, הוא פגם מהותי המחייב את פסילת ההצעה, בעוד פגם שתיקונו אינו מעורר חשש כי יגרום לפגיעה בשוויון, אינו פגם מהותי ואינו מחייב את פסילת ההצעה. כפגם טכני שכזה יכולות להיחשב טעויות קולמוס או טעויות חשבונאיות שנפלו בהצעה ואשר אין ספק באשר לאופן תיקונן (דקל, שם, בעמ' 553-550, 556; בג”ץ 504/82 כח (2000) אחזקות בע”מ נ’ מינהל מקרקעי ישראל ואח’ פ”ד לז (1) 651).

18. במקרה שבפנינו ספק בעיני האם ניתן לראות בטעות שנפלה בהצעתה של המערערת טעות סופר כמשמעה בהקשר של הליכי המכרז, שכן עיון בעותקי ההצעה

אינו מעלה בבירור כיצד יש לתקן את ההצעה. גם אם אקבל את גרסת המערערת לפיה לוועדת המכרזים היה ברור בשעת פתיחת המעטפות כי המחיר המוצע על ידי המערערת להפעלת קו 102 הינו המחיר הגבוה מבין שני המחירים המוצעים – 380 ש"ח - וגם אם אניח כי ועדת המכרזים בחרה להבליג על פגם זה, הרי שלגופו של עניין אי הבהירות בהצעה מאפשרת למציע מרחב תמרון להכניס שינויים בהצעתו בשעת פתיחת המעטפות ולבחור האם ידבוק בהצעה הגבוהה או הנמוכה מבין השתיים, בהתאם להערכתו העדכנית את סיכוייו לזכות במכרז. עניין זה כשהוא לעצמו, מהווה פגם המוביל לפסילת ההצעה ועל כן אינו רואה לנכון להתערב בקביעותו של בית המשפט קמא לעניין זה.

הערה נוספת אבקש להעיר בהתייחס לטענת המערערת כי הצעתה נמצאה תקינה וכשרה. המערערת נסמכת בעיקר על מסמך מיום 20.2.04 של מנכ"ל המועצה בו נכתב כי הצעתה "תקינה". אלא שעיון במסמך זה מעלה, כי הגדרת ההצעה כ"תקינה" נעשתה בהקשר לבדיקת הערבויות, ואף בית המשפט קמא עמד על כך בפסק דינו. המערערת היא המציעה היחידה שהעמידה ערבות העולה על הסכום הנדרש בהתאם לתנאי המכרז, בעוד שלוש המציעות האחרות העמידו ערבות נמוכה מהנדרש, ועל כן סבר מנכ"ל המועצה כי הצעת המערערת היא ההצעה התקינה היחידה. אין להסיק איפוא מכיתוב זה כי ההצעה נבדקה לגופה. מעבר לכך, מובן כי אין מנכ"ל המועצה הגורם המוסמך להחליט על היותה של הצעה תקינה. עניין זה הינו בסמכותה הבלעדית של ועדת המכרזים.

19. בשולי הדברים אבקש לשוב ולהדגיש את שצינתי בגוף פסק הדין – מן הראוי כי המועצה המקומית תפעל בהקדם לפרסום מכרז חדש ותשים קץ למצב הנוכחי בו יוצא המפסיד - זוכה.

סיכומם של דברים, אני מציעה לדחות את הערעור ולחייב את המערערת בהוצאות משפט בסך 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת לפסק דינה של חברתי, השופטת ארבל, על מכלול נימוקיו.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניס:

המערערת הגישה שני עותקים של הצעה אחת במכרז בו נטלה חלק. שני העותקים לא היו זהים, באחד הוצע מחיר מסוים ואילו באחר הוצע מחיר שונה. די היה בכך כדי להביא לפסילת הצעתה של המערערת. מטעם זה מסכים אני לדחייתו של הערעור. נמנע אני מלהביע דעה לגבי הסוגיות האחרות שהועלו בפסק דינה של חברתי השופטת ע' ארבל. במיוחד איני רואה צורך להביע עמדה נחרצת בעניין הערבות הבנקאית. יש לזכור, כי אין עסקינן במקרה בו מציע במכרז מצרף להצעתו ערבות בנקאית שסכומה נמוך מן הנדרש. פשיטא, שפגם כזה יביא לפסילת הצעתו. במקרה הנוכחי הוגשה ערבות בנקאית שסכומה גבוה מן הנדרש. השיקולים לבחינת העניין אינם בהכרח זהים. ברי, כי המטרה לשמה מוגשת ערבות בנקאית מושגת מקום שהערבות גבוהה מן הנדרש. החשש שמא תשפיע ערבות גבוהה מן הנדרש על שיקול הדעת של ועדת המכרזים שלא כדין נראה לכאורה רחוק משהו. מכל מקום איני רואה צורך בהכרעה בעניין, משנמצא כי נפל פגם אחר בהצעתה של המערערת שמביא לפסילתה.

על כן, מסכים אני לדחיית הערעור.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, כ"ב באב תשס"ד (9.8.2004).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת