

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"מ 5933/05

בפני : כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' חיות

המערערת : אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ

נ ג ד

המשיבים : 1. רכבת ישראל בע"מ, אגף רכש והתקשרויות
2. מי ערד חברה להנדסה לפיתוח ובנין בע"מ
(בפירוק) (פורמאלית)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים בעת"מ 2963/04
שניתן ביום 18.5.05 על ידי כב' השופטת מ' רובינשטיין

תאריך הישיבה : א' באדר התשס"ו (01.03.06)

בשם המערערת : עו"ד עופר דורון, עו"ד יוסי טמשה

בשם המשיבה 1 : עו"ד בועז ספיר, עו"ד ענבל קנקה

פסק-דין

השופטת א' חיות:

בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו
כבית משפט לעניינים מנהליים, בו נדחתה עתירת המערערת נגד החלטת ועדת
המכרזים של המשיבה 1 להכריז על המשיבה 2 כזוכה במכרז לביצוע עבודות תשתית.

העובדות הצריכות לעניין

1. המשיבה 1 (להלן: הרכבת), חברה ממשלתית שחוק חובת המכרזים, התשנ"ג-
1993 חל עליה, פרסמה ביוני 2004 מכרז לביצוע עבודות תשתית להכפלה ולשדרוג של
מסילת נען-באר שבע-קטע ב' (מכרז מס' הנ/קב/04/05). למכרז צורף כתב כמויות וכל

מציע נדרש לפרט את המחיר ליחידה המוצע על ידו עבור כל פריט בכתב הכמויות. עבודות התשתית נשוא המכרז כללו, בין היתר, חפירה או חציבה של עפר בשטח העבודות והעברתו לאתר שפך מאושר, שמיקומו ייבחר על ידי הוועדה הארצית לתשתיות לאומיות (להלן: הות"ל). כפועל יוצא מכך נכללו עבודות אלה בכתב הכמויות (סעיף 01.01.02.010). במפרט הטכני המיוחד שצורף למכרז הובהר בהקשר זה בסעיף 01.35 כי עבודות חפירה וחציבה של עפר הנזכרות בסעיף 01.01.02.010 לכתב הכמויות כאמור, כוללות פינוי של העפר לאזור השפך שייקבע ככל שמרחק ההובלה מאתר החפירה ועד אזור הסילוק לא יעלה על 25 ק"מ בקו אווירי. עוד הובהר במפרט כי הסעיף הבא בכתב הכמויות - סעיף 01.01.02.020 (להלן: סעיף תוספת הפינוי) - נועד לפירוט הצעת מחיר עבור הרחקת עודפי החפירה למרחק העולה על 25 ק"מ מאזור התוואי הנחפר, אם וככל שהות"ל תחליט על אתר פינוי במרחק כזה. ובלשון המפרט:

01.35 תוספת מרחקי הובלה

כתוצאה מהדרישה שהות"ל אמורים לאשר את מיקום אזורי סילוק עודפי החפירה, הנהלת הרכבת מצאה לנכון להקטין את חוסר הודאות לגבי מרחקי ההובלה כדלקמן:

- א. הנהלת הרכבת תנסה למצוא שטחים עד מרחק 25 ק"מ קו אווירי מאזור התוואי הנחפר לסילוק עודפי החפירה. מרחקי ההובלה הנ"ל כלולים במחיר היחידה בסעיף 01.01.02.010.
- ב. במידה ואזור סילוק עודפי החפירה יגדל מעבר למרחק קו אווירי תאורטי של 25 ק"מ ישולם לקבלן תוספת למרחקי ההובלה כאשר היחידה שתשולם אך ורק מעבר למרחק של 25 ק"מ.

...

על פי תנאי המכרז, החומר החפור הוא רכוש של מדינת ישראל, לרכבת או לקבלן המבצע אין כל זכות בו, והות"ל היא הרשות המוסמכת לקבוע את מיקומו של האתר אליו יש להרחיקו. בסעיף 01.01.02.010 לכתב הכמויות, העריכה הרכבת את כמות החומר החפור ב-550,000 מ"ק, אך בסעיף תוספת הפינוי נתבקשה הצעת מחיר להרחקת 1,000,000 מ"ק לקילומטר, נתון המשקף (על דרך ההערכה) מכפלה של כמות החומר החפור במרחק הנוסף, העולה על 25 ק"מ (מרחק שבעת פרסום המכרז לא היה ידוע).

2. למכרז הוגשו עשר הצעות ובהן הצעתה של המערערת והצעתה של המשיבה 2 (להלן: חי ערד). ועדה מקצועית בראשות מנהל אגף הביצוע של הרכבת (להלן: הוועדה

המקצועיות) קבעה כי הצעתה של המערערת, הצעתה של מי ערד וכן הצעות נוספות שאינן מענייניו של הליך זה עמדו בתנאים המקדמיים שהציב המכרז. עוד קבעה הוועדה כי הצעתה של מי ערד (41,629,054.80 ש"ח לא כולל מע"מ), היא ההצעה הזולה ביותר מבין ההצעות שהוגשו, אך חרף זאת המליצה שלא להכריז עליה כהצעה הזוכה נוכח ניסיון שלילי שהיה לרכבת עם מי ערד בפרויקט אחר שביצעה עבורה, בכל הנוגע לעמידה בלוח זמנים וכן הגשת חשבונות מנופחים על חריגים, עצירת העבודה בשל ניסיון לאלץ את הרכבת לתוספת תשלום וסכסוכים בין מי ערד לקבלני המשנה שלה. הוועדה המקצועית אף הביעה חשש באשר ליכולתה של מי ערד לעמוד בביצועו של הפרויקט נשוא המכרז בנוסף על שלושה פרויקטים אחרים שביצעה מי ערד באותה עת יחד עם חברת ה.א.ל ערד עבור הרכבת. כמו כן ציינה הוועדה המקצועית כי מחירים שונים שבהם נקבה מי ערד בכתב הכמויות אינם סבירים. הוועדה התייחסה בהקשר זה, בין היתר, ל"מחיר השלילי" בסך 6.86- ש"ח (מינוס שישה שקלים ושמונים ושש אגורות) שנקבה מי ערד בסעיף תוספת הפיננסי עבור פיננסי מ"ק אחד של עפר לכל קילומטר נוסף מעבר ל-25 הקילומטרים הראשונים. הוועדה המקצועית סברה כי "הקבלן [מי ערד] לא יוכל לעמוד במחירי הצעתו במידה ויידרש לפנות חומר חפור כאמור בסעיף זה", שמשמעותו אינה אלא כי מי ערד תשלם לרכבת כספים על פי פריט זה במקום לקבל תמורה על הרחקת החומר החפור. הוועדה המקצועית הייתה ערה לכך שגם אם לא ייושם סעיף זה הצעתה של מי ערד היא הזולה ביותר ועומדת על 48,489,054 ש"ח, אך למרות זאת סברה כי אין למסור למי ערד את ביצוע העבודה, בשל מכלול הנימוקים שפורטו לעיל. ההצעה הזולה הבאה אחריה הייתה הצעתה של המערערת (49,876,950.14 ש"ח לא כולל מע"מ), אשר נקבה בסעיף תוספת הפיננסי מחיר של 0.01 ש"ח למ"ק לקילומטר. למען שלמות התמונה יצוין כי האומדן שקבעה הרכבת לגבי המכרז כולו עמד על 59,944,071.50 ש"ח (לא כולל מע"מ). לפיכך, הייתה הצעתה של מי ערד נמוכה ב-30.5% מן האומדן, ואילו הצעתה של המערערת הייתה נמוכה ממנו ב-16.7%.

3. ועדת המכרזים החליטה שלא לאמץ את המלצות הוועדה המקצועית כלשונן והורתה לה לקיים הליך הבהרות מפורט עם מי ערד בכל הנוגע לניסיון העבר וכן בכל הנוגע להסתייגויות שעלו באשר לתמחור הצעתה. בפגישת ההבהרה שזימנה הוועדה המקצועית על פי הנחיית ועדת המכרזים ציינה מי ערד כי היא עומדת במחירי הצעתה וכי ביכולתה לבצע את העבודות במחירים אלה. אשר ל"מחיר השלילי" בסעיף תוספת הפיננסי, טענה מי ערד כי היא מעריכה שלא יהיה עליה לפנות את עודפי העפר למרחק העולה על 25 ק"מ מאתר העבודה וכי הגיעה לסיכום עקרוני בדבר פיזור עודפי העפר עם שני מקומות הקרובים לאתר. בתגובה לכך הבהירה הוועדה המקצועית למי ערד כי

כל עודפי החפירה שייכים למינהל מקרקעי ישראל וכי הות"ל עשויה לדרוש את פינויים לאתרים במרחק העולה על 25 ק"מ מאתר העבודה, על כל המשמעות הכספית הכרוכה בכך מבחינת מי ערד לפי הצעתה. בעקבות כך ביקשה מי ערד לתקן את הצעתה בסעיף תוספת הפינוי ולהעמידה על מחיר "אפס", אך נענתה בשלילה. זמן קצר לאחר מכן התקיימה פגישת הבהרה נוספת, במהלכה התייחסה מי ערד לפרויקטים הנוספים אותם ביצעה באותה עת והדגישה כי אין לה כל קושי לבצע את העבודות נשוא המכרז במקביל אליהם. כאשר לניסיון העבר ציינה מי ערד כי הבעיה שהתעוררה הייתה בעיה נקודתית שנפתרה במהלך הביצוע וכי מאז אין היא עובדת עוד עם קבלני המשנה שגרמו לקשיים באותה עת. בתום פגישת הבהרה הנוספת המליצה הוועדה המקצועית לוועדת המכרזים לדרוש ממי ערד הבהרה בכתב באשר ליכולתה לעמוד במחירים שנכללו בהצעתה ובעקבות המלצה זו אכן פנתה היועצת המשפטית של הרכבת אל מי ערד וביקשה הבהרה בכתב בנושא זה, תוך שהיא מפנה את תשומת ליבה למשמעותו הכספית של "המחיר השלילי" בסעיף תוספת הפינוי וכן לכך שהרכבת רשאית להגדיל את הכמויות הנקובות במכרז. בתשובה הודיעה מי ערד כי היא עומדת בכל מחירי הצעתה והתחייבה לבצע את העבודות נשוא המכרז בהתאם לכל תנאי המכרז ובמחירים שהציעה בכתב הכמויות.

4. ביום 1.11.2004 ובעקבות הליך ההבהרות שפורט לעיל, קבעה ועדת המכרזים כי הצעתה של מי ערד היא ההצעה הזוכה במכרז, בהיותה ההצעה הזולה ביותר המקיימת את תנאי המכרז. הוועדה ציינה בהחלטתה כי העובדה שהצעת מי ערד זולה באופן ניכר מן האומדן שקבעה הרכבת לביצוע העבודות נשוא המכרז, אינה מחייבת מבחינה משפטית את דחיית ההצעה וכי הוועדה שוכנעה שהעבודה תבוצע כהלכה. אשר להצעת "המחיר השלילי" בסעיף תוספת הפינוי, קבעה ועדת המכרזים כי אין בו כדי להצדיק את פסילת ההצעה, ונימקה זאת באומרה כי "אף אם תחושב הצעתה של החברה [מי ערד] בהתאם לערך המקסימלי לפי המחיר הכולל בהצעה (היינו, אף אם הסעיף הרלוונטי בכתב הכמויות לא יבוצע והחברה לא תדרש להשיב לרכבת כספים בשל העובדה שנקבה בערך שלילי) עדין הצעתה הכוללת היא הזולה ביותר".

פסק דינו של בית משפט קמא

5. המערערת לא השלימה עם החלטה זו של ועדת המכרזים ועתרה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים להורות על ביטולה, להכריז על הצעתה שלה כהצעה הזוכה וכן להורות כי יש למסור את ביצוע העבודות לידיה. בעתירה טענה המערערת כי החלטתה של ועדת המכרזים איננה סבירה שכן

"המחיר השלילי" בו נקבה מי ערד בהצעתה בסעיף תוספת הפיננסי, מנוגד לתנאי המכרז, נגוע בתכסיסנות פסולה ופוגע בשוויון בין המציעים. עוד נטען כי לא היה מקום לזכות את מי ערד במכרז נוכח ניסיון העבר השלילי בעבודה עימה. בד בבד עם הגשת העתירה הגישה המערערת בקשה למתן צו ביניים אשר ימנע את ההתקשרות בין הרכבת למי ערד עד להכרעה בעתירה. בדחותו את הבקשה קבע בית המשפט (כב' השופט י' זפט) כי בנסיבות העניין ובשל מאזן הנוחות נוטה הכף כנגד מתן הצו, אך הוסיף כי "[העתירה מגלה סיכויי זכייה" וכי "[הצעת מחיר שלילי אינה מתיישבת עם תנאי המכרז ופוגעת מהותית בעקרון השוויון". חרף דחיית הבקשה לסעד ביניים הודיעה הרכבת כי היא מעכבת מיוזמתה את ההתקשרות עם מי ערד עד למתן פסק דין בעתירה.

ביום 18.5.2005 דחה בית משפט קמא (כב' השופטת מ' רובינשטיין) את העתירה לגופה ובפסק דינו קבע כי החלטתה של ועדת המכרזים הינה סבירה ומצויה במתחם שיקול הדעת הנתון לרכבת ועל כן אינה מגלה כל עילה להתערבות. בית המשפט הוסיף וקבע כי:

[ההחלטה] ניתנה בתום לב וללא הענקת עדיפות למתחרה כלשהי, ותוך בחינה יסודית עם המשיבה [מי ערד] של כל הנושאים הרלבנטיים שכללו כמובן גם את הנושא של המחיר וחישבו. הרכבת לא התעלמה מסוגית המחיר השלילי וערכה הליך הבהרות מקיף שכלל בדיקת כושרה של המשיבה.

עוד ציין בית המשפט כי על פי ההלכה הפסוקה יש להבחין בין תכסיסים לגיטימיים לתכסיסים בלתי לגיטימיים וכי תכסיסנות שיש בה כדי לגרום לפסילת הצעה על הסף חייבת להיות טבולה ברמייה, באי יושר ובחוסר תום לב. אשר לטענה בדבר ניסיון העבר השלילי, נקבע כי בנושא זה התקיימה בוררות בין הרכבת לבין מי ערד, בה זכתה מי ערד. הרכבת הגישה אומנם בקשה לביטול פסק הבורר אך זו טרם הוכרעה ומכל מקום, כך הוסיף בית המשפט וקבע "אין להעלות נגד המשיבה [מי ערד] טענה הנתלית בנסיון העבר, כביכול". מטעמים אלה דחה בית משפט קמא את העתירה והותיר את החלטת ועדת המכרזים על כנה. על פסק דין זה הוגש הערעור שבכאן.

טענות בעלי הדין בערעור

6. טענתה המרכזית של המערערת היא כי הצעת "מחיר שלילי" במסגרת מכרז פומבי מנוגדת לדיני המכרזים והיא מהווה תכסיסנות אסורה המיועדת להעניק למציע

יתרון שאינו לגיטימי על פני שאר המציעים בדרך של הקטנת סכום הצעתו באופן מלאכותי. לשיטתה של המערערת, מתן לגיטימציה להצעת "מחיר שלילי" יוביל למניפולציות בלתי רצויות ויאלץ את עורך המכרז להשקיע משאבים רבים באיתור משמעותה הכספית האמיתית של ההצעה. כל אלה יביאו, כך נטען, לפגיעה בתכלית המכרז ולפגיעה בוודאות וביציבות הנדרשות במסגרתו. לטענת המערערת הצעת "המחיר השלילי" במקרה דנן מחוסרת כל היגיון עסקי ומנוגדת לתכלית המכרז. אם סברה מי ערד כי לא תידרש לבצע את סעיף המרחק היה עליה לנקוב במחיר שולי או במחיר "אפס", אך נקיבת "מחיר שלילי" למ"ק לקילומטר יאלץ את מי ערד לשלם לרכבת סכומי כסף גדלים והולכים הנעים בין 6,860,000 ש"ח לעשרות מיליוני ש"ח. המערערת מוסיפה וטוענת כי מי ערד תנסה להתחמק מיישום סעיף תוספת הפינני וכי עלול להיווצר ניגוד עניינים בינה ובין הרכבת והות"ל ולמצער פגיעה בחופש הפעלת שיקול הדעת של גופים אלה, שכן מי ערד תשאף כל העת לצמצם את מרחק הפינני כדי להימנע מתשלום על פי "המחיר השלילי" שנקבה בסעיף תוספת הפינני. כמו כן, תוכל מי ערד כמי שקובעת את סעיפי החשבון לתשלום להימנע מציון כמויות העפר שיפונו ובכך להתחמק מתשלום. עוד נטען, כי אף אם לאחר נטרול השפעתו של "המחיר השלילי" הצעת מי ערד היא הזולה ביותר, דינה להיפסל נוכח הפגם המהותי שדבק בה ונוכח ההלכה לפיה די בפגיעה פוטנציאלית בשוויון בין מציעים במכרז בכדי לפסול הצעה שהוגשה במסגרתו. במקרה דנן, כך נטען, עיקרון השוויון אף נפגע בפועל משום שהמשתתפים האחרים סברו כי לא ניתן להציע "מחיר שלילי" ולכן נמנעו מלהציעו וכן משום שהצעת "המחיר השלילי" גרמה להפחתת סכום ערכות הביצוע שנדרשה במכרז בשיעור 7.5% משכר החוזה. זאת ועוד, המערערת טוענת כי "המחיר השלילי" שהציעה מי ערד בסעיף תוספת הפינני נוגד את תנאי המכרז עצמם. זאת, נוכח לשון המפרט הקובעת כי המציע יקבל תוספת תשלום עבור פינני למרחק העולה על 25 ק"מ מתוואי העבודה. עוד נטען כי סעיף תוספת הפינני אינו כולל אפשרות להציע במסגרתו "מחיר שלילי" להבדיל מסעיף אחר בכתב הכמויות, העוסק בפירוק ברזל והעברתו לבעלות המציע, המורה מפורשות כי יש לנקוב בו ב"מחיר שלילי".

7. פגם נוסף בהחלטתה של ועדת המכרזים נעוץ לטענת המערערת בכך שלא נערך הליך בירור יסודי לבחינת המשמעות הכספית הנובעת מן הצורך בפינני עודפי החפירה לאתר המרוחק באופן משמעותי מאתר העבודה. הליך ההבהרות בכתב, כך נטען, כלל לא התקיים וועדת המכרזים הסתפקה בהתחייבותה הלאקונית של מי ערד כי תבצע את העבודה במחירי הצעתה. לכך יש להוסיף את שינוי גרסתה של מי ערד ביחס לטעמים שהוביל אותה להציע "מחיר שלילי" בסעיף תוספת הפינני ואת העובדה שהודיעה לוועדה המקצועית כי היא מבקשת לשנות את הצעתה ולהעמידה על מחיר "אפס",

בקשה שנדחתה. כל אלה מעידים, כך נטען, על הפגם שבדבק בהצעה גם לשיטתה של מי ערד. המערערת מוסיפה וטוענת כי עמדתה של הוועדה המקצועית באשר לניסיון העבר השלילי בעבודה עם מי ערד מהווה טעם מהותי נוסף שבגיננו היה על הרכבת לפסול או לדחות את הצעתה, בייחוד נוכח עתירת הרכבת לביטול פסק הבורר שניתן לטובת מי ערד בקשר עם עבודות קודמות שביצעה עבור הרכבת.

אשר לסעד המבוקש בערעור. הסעדים המקוריים שעתרה להם המערערת בעת הגשת העתירה היו כאמור כי תבוטל החלטתה של ועדת המכרזים, כי ייקבע שהצעתה של מי ערד פסולה והצעת המערערת היא ההצעה הזוכה וכי ביצוע העבודות יימסר לידיה. כמו כן עתרה המערערת לקבלת סעד זמני אשר ימנע מסירת העבודות למי ערד עד להכרעה בעתירה. כפי שכבר צוין לא נעתר בית המשפט לעניינים מינהליים לבקשה בעניין סעד הביניים ומשכך רשאית הייתה הרכבת למסור את ביצוע העבודות למי ערד בהתאם להחלטת ועדת המכרזים בעוד העתירה תלויה ועומדת. הרכבת מטעמיה שלה, ואף זאת כבר צוין, בחרה שלא לעשות כן והמתינה לתוצאות העתירה. בינתיים, נקלעה מי ערד בשנת 2005 להליכי חדלות פירעון, מונה לה מפרק זמני ובנסיבות אלה הודיעה הרכבת על ביטול זכייתה של מי ערד במכרז. בכך לכאורה נסללה בפני המערערת האפשרות לבצע את העבודות כמי שהצעתה דורגה על ידי ועדת המכרזים כהצעה הטובה ביותר לאחר הצעת מי ערד. אולם, בשלב הערעור ומן הטעמים שיפורטו להלן אין המערערת עותרת עוד לסעד אופרטיבי שיאפשר לה לבצע את העבודות וכל מבוקשה הוא כי יוצהר על פסלות הצעתה של מי ערד ועל כך שהצעתה שלה היא ההצעה שאמורה הייתה לזכות במכרז. המערערת אינה מסתירה כי סעד הצהרתי זה נדרש לה על מנת "להכשיר את הקרקע" לתובענת פיצויים שבדעתה להגיש נגד הרכבת בפרשה זו.

8. הרכבת מצידה מלינה על כך שמחד גיסא אין המערערת מעוניינת לבצע את העבודות נשוא המכרז, ומאידך גיסא היא מבקשת לפסול את החלטתה של ועדת המכרזים בדבר מסירת העבודות למי ערד. קבלת הערעור משמעותה, אפוא, כי אין כל זוכה במכרז, ולטענת הרכבת אין לאפשר לבעל דין המסרב לבצע את המכרז להעלות טענות בדבר תוצאותיו. עוד טוענת הרכבת כי בנסיבות שנוצרו בוטלה זכייתה של מי ערד עוד בטרם נחתם עימה חוזה, ולפיכך באו על סיפוקם, הלכה למעשה, הסעדים שנתבקשו בערעור. הרכבת מוסיפה וטוענת כי משתתף שלא זכה במכרז זכאי לפיצוי בגין נזקיו רק מקום שבו בוצעו העבודות על ידי מי שזכה בו שלא כדין וביצוען אינו אפשרי עוד על ידי המשתתף התובע, אף שאמור היה לזכות במכרז. עוד טוענת הרכבת כי התנהגותה של המערערת המסרבת לבצע את העבודות ומתעקשת לקבל סעד אך ורק

לצורך תביעה עתידית לפיצוי כספי אינה עולה בקנה אחד עם חובתה להקטין את נזקיה. לגוף העניין טוענת הרכבת כי תנאי המכרז דנן אינם אוסרים על הצעת "מחיר שלילי" וכי לפרשנות זו של תנאי המכרז, המקובלת עליה כעורכת המכרז, יש ליתן משקל מכריע. הרכבת מוסיפה כי ככלל ניתן להציע "מחיר שלילי" במכרז, שהרי רווח כספי אינו התועלת היחידה הצומחת לזוכה ומכל מקום אין ועדת המכרזים רשאית להתערב בשיקוליו הכלכליים של המציע ובמקום שבו תבקש הרכבת לחסום אפשרות של הצעת "מחיר שלילי" יש ביכולתה לעשות כן ולנסח את מסמכי המכרז בהתאם. כמו כן טוענת הרכבת כי בחינתו של סעיף במכרז הכולל הצעת "מחיר שלילי" אין בה כדי להוסיף נטל בלתי סביר לעבודתה של ועדת המכרזים הבוחנת ממילא ובקפדנות יתרה כל סעיף בכתבי הכמויות. עוד טוענת הרכבת כי הצעתה של מי ערד נבחנה בכובד ראש, כי החלטת ועדת המכרזים לזכותה במכרז בעקבות הליך ההבהרות הינה סבירה ועניינית וכי גם בהתעלם מסעיף "המחיר השלילי" הצעתה של מי ערד זולה מהצעת המערערת בכ-1.4 מיליון ש"ח. לסיום טוענת הרכבת כי אין להשליך מניסיון העבר השלילי בעבודתה עם מי ערד על כל מכרז עתידי וכי היו בעבר גם עבודות שאותן ביצעה מי ערד עבור הרכבת לשביעות רצונה.

9. בתשובה לטענות הרכבת לפיהן הערעור הפך תיאורטי, השיבה המערערת כי הרכבת מעולם לא הודיעה על ביטול זכייתה של מי ערד במכרז, לא הכריזה על המערערת כזוכה בו, סירבה לאפשר לה להאריך את ערבות המכרז ולמסור לה את ביצוע העבודות ולמעשה לא עשתה דבר כדי להוציאן אל הפועל. עוד טוענת המערערת כי מאז פורסם המכרז חלף זמן ניכר וההצעות שהתייחסו לעבודות שאמורות היו להסתיים זה מכבר, פקעו. המערערת מדגישה בהקשר זה כי לא היתה אפשרות מעשית להותיר בתוקף הסכמים שנערכו על ידה עם קבלני משנה עובר למכרז למשך פרק זמן כה ארוך וכן היא מדגישה כי כיום יש קושי של ממש להשיג את חומרי הגלם הדרושים לביצוע העבודות במכרז וגם מטעם זה אין מקום לכבול את המערערת להצעה המקורית שהגישה לצורך ביצוע העבודות. אשר לטענה לפיה לא קיימת זכות לפיצוי כל עוד ביצוע המכרז אפשרי, טוענת המערערת כי טענה זו אין לה כל עיגון משפטי וכי מכל מקום מקומה בהליך התובענה המינהלית שבדעתה להגיש אם תזכה בערעור. המערערת הגישה בקשה במסגרת הערעור להציג כראיה נוספת את תגובת הרכבת בעתירה שהוגשה נגדה בקשר עם מכרז אחר שהוציאה לעבודות תכנון מסילה כפולה בין עכו לכרמיאל (עת"ם (מינהלי ת"א) 1355/03 ינון תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות - רכבת ישראל). לטענת המערערת, קיימת סתירה בין העמדה שהציגה הרכבת במקרה שלפנינו ובין העמדה שהציגה בעתירה הנ"ל, שם פסלה ועדת המכרזים הצעה בקובעה כי המחיר של 1 ש"ח שהוצע בפריטים מסוימים היה בלתי סביר ובקובעה עוד

כי מחיר נמוך זה לוקה בהטעיה ובתכסיסנות ויש בו משום ניסיון להערים עליה. לפי הטענה, העמדה שהציגה הרכבת באותו עניין מקימה נגדה "השתק שיפוטי" מלטעון אחרת בענייננו. מה גם שעמדתה זו אומצה על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב-יפו, שדחה את העתירה הנ"ל בפסק דין מיום 24.11.2003 וכן על ידי בית משפט זה, שדחה את הערעור על אותו פסק דין (ע"מ 687/04 ינון - תכנון יעוץ ומחדר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות - רכבת ישראל (טרם פורסם, 15.6.06) (להלן: עניין ינון)).

להשלמת התמונה יצוין כי מי ערד, אשר צורפה לערעור שבפנינו כמשיבה, עתרה באמצעות המפרק הזמני לפטור אותה מן ההליך נוכח הנסיבות שנוצרו ובקשה זו נענתה בחיוב (החלטת כב' הרשם י' מרזל מיום 2.2.2006).

דין

10. המכרז נשוא ערעור זה עבר מן העולם ותוצאותיו לא יצאו אל הפועל בשל קריסתה של מי ערד הזוכה, אשר נקלעה להליכי חדלות פירעון. נסיבות חדשות אלה, אשר נוצרו לאחר מתן פסק הדין בבית משפט קמא, הפכו את הדיון בתוצאות המכרז ואת זכייתה של מי ערד בו לעניין תיאורטי גרידא. כלל נקוט בדינו הוא כי אין להיזקק לבירור סוגיה שהינה בבחינת "תורה לשמה", ומשהופך העניין הקונקרטי נשוא ההתדיינות לאקדמי בין בערכאה הדיונית ובין בערכאת הערעור, לא יידרש לו בית המשפט למעט במקרים חריגים שהמקרה שבפנינו אינו נמנה עימם (ראו: ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 98 (1993); ע"א 7175/98 המוסד לביטוח לאומי נ' בר מימון בע"מ (בפירוק), תק על 2001(4) 261 (2001). כן ראו והשוו: בג"ץ 2406/05 עיריית באר-שבע באמצעות ראש העירייה, יעקב טרנר נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק על 2005(3) 1157 (2005); בג"ץ 1768/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, תק על 2006(1) 1970 (2006)). העובדה שהמערערת מבקשת הכרעה בטענות שהעלתה בערעור על מנת שהכרעה זו תהווה מסד ותשתית לתובענה מינהלית שבדעתה להגיש בעתיד נגד הרכבת, אין בה כדי לשנות מן המסקנה כי הדיון בערעור שבפנינו הפך לאקדמי.

11. משראינו לדחות את הערעור בשל הנסיבות החדשות שנוצרו, אין אנו נדרשים להכריע במחלוקת שנתגלעה בין הצדדים בשאלה האם הצעתה של מי ערד היתה הצעה פסולה בשל כך שנקבה "מחיר שלילי" בסעיף תוספת הפיננסי וכן בשאלה האם נפל פגם בהחלטתה של ועדת המכרזים שהחליטה להכריז על הצעה זו כהצעה הזוכה. בלא

להכריע בסוגיות אלה, אנו רואים לציין כי קו הגבול העובר בין תכסיס לגיטימי שאינו פוגע בעקרונות של שוויון, הגינות וטוהר מידות שבבסיס דיני המכרזים, ובין תכסיס בלתי לגיטימי הפוסל את ההצעה בשל פגיעה באיזה מאותם עקרונות, קו זה איננו תמיד חד וברור (ראו: ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 679, 681 (1993); עומר דקל מכרזים כרך ראשון 606 (תשס"ד)). ביסודו של דבר, אין ועדת המכרזים נדרשת לבחון את שיקולי הרווח וההפסד של המציע ואת כדאיותה הכלכלית של הצעתו. עליה לבחון את רצינותו של המציע ואת יכולתו לעמוד בהתחייבויותיו על רקע דרישות המכרז, אם כי מחיר נמוך ובלתי סביר יכול בהחלט לשמש אינדיקציה לחוסר הרצינות של המציע ושל הצעתו (ראו: בג"ץ 117/63 זלוף נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי העיר כפר סבא, פ"ד יז 1273, 1279 (1963); בג"ץ 270/66 א' לוטטיג - ג' דוביצקי, הנדסה וקבלנות בע"מ נ' עיריית גבעתיים, פ"ד כ(4) 129, 131-132 (1966); עע"ם 2690/06 מ.ת.א.ד. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ' עיריית אשדוד (טרם פורסם, החלטה מיום 2.5.06)). אכן, הצעה זולה מדי ובייחוד הצעה הנוקבת במחירים בלתי כלכליים והנופלת בשיעור ניכר מן האומדן (30.5% במקרה שלפנינו), מעוררת על פניה חשד כי היא נגועה בתכסיסנות בלתי לגיטימית (ראו והשוו: עניין ינון). חשד כזה מתעורר ביתר שאת מקום שבו נוקב המציע "מחיר שלילי" תמורת ביצוע עבודות על ידו. "מחיר שלילי" בנסיבות כאלה גורם להצעה להיראות כהימור והיא נחזית על פניה כהצעה הנוגדת הלכות מסחר מקובלות לפיהן נוהגים קבלנים לדרוש תשלום עבור עבודה שהם מבצעים. על כן, מקום שבו נכלל "מחיר שלילי" בהצעה המוגשת במכרז לביצוע עבודות, גם אם הוא מתייחס לאחד מפריטי ההצעה בלבד שאין ודאות כי ביצעו יידרש, על ועדת המכרזים לבצע בדיקה זהירה, חשדנית וקפדנית במיוחד של ההצעה, על מנת לוודא כי היא אינה נגועה בתכסיסנות פסולה ועל מנת שהרווח הכספי בטווח הקצר לא יניב הפסד חברתי בטווח הארוך וכן הפסדים כספיים כבדים בסופו של יום (ראו והשוו: ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, פ"ד נא(5) 643, 647 (1997)).

מכל הטעמים המפורטים לעיל, הערעור נדחה אך בנסיבות העניין לא מצאנו לעשות צו להוצאות.

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ט' אב, תשס"ו (03.08.06).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א