



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"מ 2628/11

ע"מ 3018/11

ע"מ 3066/11

לפני: כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערערת ב-ע"מ 2628/11 : אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ

המערערת ב-ע"מ 3018/11 : ליד בקרה בע"מ

המערערת ב-ע"מ 3066/11 : מר טלקום בע"מ

נ ג ד

המשיבים ב-ע"מ 2628/11 : 1. מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים ולביוב

2. אלקו התקנות ושירותים (1973) בע"מ

3. ליד בקרה בע"מ

4. מר טלקום בע"מ

המשיבים ב-ע"מ 3018/11 : 1. מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים ולביוב

2. אלקו התקנות ושירותים (1973) בע"מ

3. אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ

4. מר טלקום בע"מ

המשיבים ב-ע"מ 3066/11 : 1. מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים ולביוב

2. אלקו התקנות ושירותים (1973) בע"מ

3. ליד בקרה בע"מ

4. אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי תל אביב בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים מיום 15.03.2011 בתיק עת"מ 11-01-28591 שניתן על ידי כב' השופט ק' ורדי

י"ח בכסלו התשע"ב (14.12.11)

תאריך הישיבה:

בשם המערערת ב-ע"מ
2628/11 (המשיבה 3)

בעע"ם 3018/11 והמשיבה
 עו"ד יורם עברון; עו"ד יערה רויכמן
 4 בעע"ם (3066/11):

בשם המערערת ב-עע"ם
 3018/11 (המשיבה 3 ב-
 עע"ם 2628/11 וב-עע"ם
 עו"ד אסף הדסי
 3066/11):

בשם המערערת ב-עע"ם
 3066/11 (המשיבה 4 ב-
 עע"ם 2628/11 וב-עע"ם
 עו"ד יאראק רנאטו;
 3018/11):

בשם המשיבה 1 : עו"ד נחי בן אור

בשם המשיבה 2 : עו"ד אייל בליזובסקי; עו"ד אביאל פלינט;
 עו"ד גיא רשף

פסק-דין

השופט מ' נאור:

רקע:

1. הערעורים שלפנינו עוסקים במכרז של הרשות הממשלתית למים ולביוב (להלן: רשות המים או הרשות) להקמה ולתחזוקה של מערכת ארצית לניטור מרחוק של משאבי מים. מדובר במכרז בהיקף כספי נכבד (הערכה המוקדמת של המכרז עמדה על סכום של כ-15 מליון ש"ח וההצעות נעו בין 12 מליון ש"ח ל-20 מליון ש"ח). למכרז ניגשו 4 מציעות - ליד בקרה בע"מ (להלן: ליד); אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ (להלן: אפקון); מר טלקום בע"מ (להלן: מר טלקום); ואלקו התקנות ושירותים (1973) בע"מ (להלן: אלקו). ועדת המכרזים של רשות המים קבעה (ועוד נעמוד על עניין זה בפירוט) כי בשל התנהלות רשות המים אין לדקדק בפגמים שהתגלו בערבויות שניתנו על ידי המציעות השונות במסגרת המכרז. לאחר מכן בחרה הרשות בהצעתה של ליד, שהיתה ההצעה הזולה ביותר, ושעמדה על סכום של כ-12 מליון ש"ח. ההצעות של המציעות האחרות עמדו על הסכומים הבאים, בסדר עולה: אפקון כ-16.53 מליון, מר טלקום כ-17.82 מליון ש"ח ואלקו כ-19.75 מליון ש"ח.

2. עם היוודע תוצאות המכרז החלה, כמקובל במקומותינו, מלחמת גוג ומגוג כשכל אחת מן המציעות העלתה בפני רשות המים, ואחר כך בפני בית המשפט לעניינים מנהליים (השופט ק' ורדי) שלל טענות נגד המציעות האחרות. כל אחת מהמציעות טענה כי על הזכייה במכרז ליפול בחלקה. בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי היה

מקום לדקדק בסוגיית הערבות, וכי ועדת המכרזים שגתה בכך שלא עשתה כן. בית המשפט קבע כי הצעותיהן של ליד, אפקון ומר טלקום פסולות וזאת בשל פגמים שונים בערבויות שהגישו. רק ערבותה של אלקו נמצאה כשרה בעיני בית המשפט. כיוון שהצעתה של אלקו נותרה ההצעה היחידה, קבע בית המשפט כי יש לאפשר לוועדת המכרזים לשקול האם לבטל את המכרז, בשל כך שנותרה הצעה יחידה, או שיש להכריז על אלקו כזוכה במכרז, בהתאם להצעתה המקורית או בהתאם להצעה בתנאים המיטיבים עם עורך המכרז, כאמור בתקנה 23(א1) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

2. מכתבי הטענות שלפנינו עולה כי לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ולאחר שבית משפט זה לא נעתר לבקשת אפקון במסגרת ערעורה ליתן סעד זמני (החלטת השופטת ארבל מיום 11.5.2011) – פעלה רשות המים לבחינת ההתקשרות עם אלקו, כאמור בפסק הדין. רשות המים ראתה חשיבות לאומית בקידום הפרויקט, שהמכרז לגביו הוצא עוד בשלהי 2009, והרשות ביקשה למנוע עיכובים נוספים. על כן, אפשרה הרשות לאלקו להגיש הצעה משופרת, וזו הגישה הצעה מטיבה שעמדה על כ- 16 מליון ש"ח. על בסיס זה, החליטה ועדת המכרזים לקבל את הצעתה המשופרת של אלקו ולחתום עמה על ההסכם. במסגרת ההסכם שנחתם עם אלקו בנובמבר 2011 כלולה הוראה מפורשת לפיה אלקו תאפשר, במידת הצורך, את החלפתה אם כך יתבקש מההכרעה בערעורים שלפנינו. עובדת חתימת החוזה עם אלקו הובאה לידיעת המשתתפים האחרים רק בסיכומי רשות המים שהוגשו לבית משפט זה ביום 7.11.2011, ועל כך הביעו הצדדים בהליך לפנינו תרעומת. יהא הדבר אשר יהא, אין בפנינו (או בפני בית המשפט לעניינים מנהליים) הליך נוסף בעניין החלטתה המאוחרת של ועדת המכרזים. ועדת המכרזים החליטה, לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי, כי אלקו תבצע את העבודה על פי הצעתה המשופרת. מה שעומד לבחינתנו הוא פסק הדין של בית המשפט המחוזי. לפיכך, נבחן את הסוגיות שלפנינו לאור עמדת רשות המים ובהנחה שאין בהחלטת ועדת המכרזים מעשה עשוי שהוא בלתי הפיך.

מפת הדרכים להכרעה:

3. עמדנו על נקודות הציון העיקריות בהכרעה לגבי תוצאות המכרז. עוד נחזור לפרטים שלא הובאו עד כה. נראה כי בהתעלם מטעמים נוספים שהעלו הצדדים זה כנגד זה, שלשיטתי אינם רלבנטיים להכרעה, ניצבות בפנינו שתי שאלות הטענות הכרעה. השאלה הראשונה היא האם היה מקום להתערבותו של בית המשפט המחוזי בהחלטת ועדת המכרזים שלא לדקדק בענייני הערבויות במכרז זה. בהנחה שלא היה מקום להתערבות כזו – התוצאה תהא כפי שקבעה ועדת המכרזים, שליד היא הזוכה

במכרז, כהיות הצעתה ההצעה הזולה ביותר. אם לעומת זאת נגיע למסקנה, ואציע לחברי לקבוע כי זו אכן המסקנה המתבקשת, כי בית המשפט המחוזי צדק בכך שהתערב בהחלטת ועדת המכרזים שלא לדקדק בשאלת הפגמים בערבויות במכרז זה, תתעורר שאלת הפגמים בערבות לגופה. לטעמי, וכפי שאבאר, פשוט וברור הוא כי הצעותיהן של ליד ושל מר טלקום הצעות פגומות הן. לשתי ההצעות פגם משותף עליו ארחיב עוד את הדיבור – הגשת ערבות שאיננה בנוסח המצורף למכרז. נוסח הערבות שהגישו ליד ומר טלקום איננה כוללת הוראה לבנק להאריך את המכרזים ב-4 חודשים, אם ידרוש זאת בעל המכרז. בהצעת ליד פגם נוסף – ננקב בה תאריך 15.3.2011 כמועד עד אליו תעמוד הערבות בתוקף במקום התאריך הנכון, ה-1.4.2011. הערבות בהצעתה של אפקון מעוררת סוגיה אחרת, היא סוגית הערבות המטיבה: הזמן בו הערבות או הארכת הערבות עומדים בתוקפם לפי הצעת אפקון ארוך ב-19 יום מהנדרש במכרז. בעוד הערבויות של ליד ומר טלקום ערבויות מרעות הן, ובעיני פשוט וברור הוא כי דינן היה להיפסל, מעורר הפגם בערבותה של אפקון סוגיה אחרת - האם יש לפסול ערבות מטיבה. השאלה השנייה הנשאלת היא, איפוא, האם הערבות המטיבה פוסלת את הצעת אפקון. אם תאמר כי התשובה היא בחיוב, המסקנה תהא כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ולאור ההחלטה המאוחרת של ועדת המכרזים תיוותר הזכייה בידי אלקו. אם, לעומת זאת, נקבע כי אין בערבותה של אפקון פגם המביא לפסול - אפקון צריכה לזכות במכרז, ובכפוף לטענות נוספות לגבי הצעתה לגופה – יש להכריז עליה כעל הזוכה במכרז. הגעתי לכלל מסקנה כי גם ערבותה המטיבה של אפקון – ערבות פסולה היא, וכי כפועל יוצא מכך, יש להותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו.

4. שרטטתי מפת דרכים להכרעה והראיתי כיצד מתפצלות הדרכים. עתה, במסגרת הדיון בשתי השאלות שהעליתי יש צורך לעשות zoom in למפה ששורטטה, ולעמוד על פרטים עליהם רק רמזתי, שעד כה נעלמו מן העין.

השאלה הראשונה: האם היה מקום להתערב בהחלטת ועדת המכרזים שלא לדקדק במכרז זה בענייני הערבות?

5. כדי להשיב על השאלה יש לעמוד ביתר הרחבה על דרישות המכרז מחד, ועל הערבויות של ליד, מר טלקום ואפקון מאידך. בנוסף, יש להבהיר מדוע ראתה ועדת המכרזים שלא לדקדק במכרז זה בשאלת הערבות.

6. סעיף 8 למכרז קבע כי הצעה שתוגש במסגרתו תהיה בתוקף במשך 4 חודשים מהמועד האחרון להגשת הצעות, וכי תוקף ההצעה יוארך ב-4 חודשים נוספים על פי

דרישת המזמין בהודעה מוקדמת של המזמין אל המציע עד 10 ימים לפני פקיעת ההצעה. ההוראות בעניין הערבויות המצויות בסעיף 7 למכרז מנוסחות בהתאמה להוראות בעניין תוקף ההצעה. על פי סעיף 7.1 על המציעים לצרף ערבות בנקאית או ערבות חברת ביטוח אוטונומית בנוסח המפורט בנספח 11 למכרז, בסך 300,000 ש"ח. סעיף 7.4 קבע:

"7.4 תוקף ערבות המכרז יהיה לתקופה של 4 (ארבעה) חודשים מהמועד האחרון הקבוע להגשת הצעות, דהיינו עד ליום 15/03/2010 המזמין רשאי לדרוש את הארכת תוקף ערבות המכרז למשך 4 חודשים נוספים והמציע יהיה חייב במקרה כזה להאריך את תוקפה. מציע אשר לא יאריך את תוקף ערבות המכרז כאמור, הצעתו תפסל."

כפי שנראה בהמשך הדברים, התאריך הנקוב בסעיף 7.4 השתנה שוב ושוב, ועמד בסופו של דבר על התאריך 1.4.2011.

אביא את דוגמת ערבות המכרז, דהיינו נספח 11 כלשונה, משום חשיבותה

לענייננו:

"נספח 11
דוגמת ערבות מכרז

שם הבנק/חברת הביטוח _____
מס' הטלפון _____
מס' הפקס _____

כתב ערבות
לכבוד
ממשלת ישראל
באמצעות משרד _____
הנדון: ערבות מס' _____
אנו ערבים בזה כלפיכם לסילוק כל סכום עד לסך ל-
300,000 ש"ח (במילים: שלוש מאות אלף ש"ח) בלבד.

אשר תדרשו מאת: _____ (להלן 'החייב') בקשר עם הזמנה/חוזה _____ אנו נשלם לכם את הסכום הנ"ל תוך 15 יום מתאריך דרישתכם הראשונה שנשלחה אלינו במכתב בדואר רשום, מבלי שתהיו חייבים לנמק את דרישתכם ומבלי לטעון כלפיכם טענת הגנה כל שהיא שיכולה לעמוד לחייב בקשר לחיוב כלפיכם, או לדרוש תחילה את סילוק הסכום האמור מאת החייב.
ערבות זו תהיה בתוקף מתאריך _____ עד תאריך _____

אתם תהיו רשאים להאריך את תוקפו של כתב ערבות זה
עד ליום _____.
דרישה על פי ערבות זו יש להפנות לסניף הבנק/חב'
הביטוח שכתובתו _____
שם הבנק/חב' הביטוח

_____ מס' הבנק ומס' סניף כתובת סניף הבנק/חברת הביטוח
_____ ערבות זו אינה ניתנת להעברה
_____ תאריך _____ שם מלא _____ חתימה וחותמת"

7. ומכאן לערבויות של ארבעת המציעים. כאמור, לערבות של ליד ולערבות של
מר טלקום מכנה משותף והוא שאין למעשה בגוף הערבות אופציה להארכתה. הערבות
בהצעת ליד גם נוקבת במועד של ה-15.3.2011 במקום ה-1.4.2011.

וכך נאמר בהצעת ליד:

"ערבות זו תהיה בתוקף מתאריך 28/11/2010 עד
לתאריך 15/03/2011. אתם תהיו רשאים להאריך את
תוקפו של כתב ערבות זה עד ליום 15/03/2011."

ובהצעת מר טלקום:

"ערבות זו תהיה בתוקף מתאריך 23/11/2010 עד
לתאריך 01/04/2011.
אתם תהיו רשאים להאריך את תוקפו של כתב ערבות זה
עד ליום 01/04/2011."

ואילו ערבות אפקון קבעה:

"ערבות זו תהיה בתוקף מתאריך 7/11/2010 עד תאריך
20/04/2011.
אתם תהיו רשאים להאריך את תוקפו של כתב ערבות זה
עד ליום 20/08/2011."

ערבות אפקון כוללת, בניגוד לערבות ליד ומר טלקום, אפשרות הארכה
בארבעה חודשים. יחד עם זאת, היא כוללת 19 יום "עודפים". אפקון הסבירה כי

ביקשה מהבנק להנפיק ערבות בעלת תוקף ארוך מעט, וזאת משום שהיא חברת בת של חברה ציבורית. לטענתה, הליך הנפקת ערבויות חדשות כרוך אצלה בתהליכים ביורוקרטים פנים תאגידיים מורכבים, והיא ביקשה להימנע מכך. לאור זאת, נציגי אפקון אשר טיפלו בהכנת ההצעה, סברו בתום לב כי "המרווח" בתוקף הערבות ימנע את ההכבדה במידה ורשות המים תחליט לבסוף לדחות פעם נוספת את מועד ההגשה כפי שנהגה בעבר. הדברים נעשו, כך נטען, בלא כל תכסיסנות ובלא שיש לאפקון כל רצון להעניק מרווח תמרון פסול למציע. בטענותיה של אפקון בסוגיית הערבות המטיבה אדון להלן במסגרת השאלה השנייה.

לעומת הצעותיהן של שלושת המציעות האחרות, הצעתה של אלקו נעשתה בדיוקנות בנוסח שצורף למכרז, תוך התאמה הנובעת מן הדחיות. לשון הצעת אלקו היתה:

"ערבות זו תהיה בתוקף מתאריך 25/11/2010 עד תאריך
01/04/2011.
אתם תהיו רשאים להאריך את תוקפו של כתב ערבות זה
עד ליום 01/08/2011."

8. כאמור, המועד הנקוב במכרז שונה שוב ושוב. על כך עמדה ועדת המכרזים בהחלטתה שלא לפסול את הערבויות. החלטת ועדת המכרזים היא במוקד הדיון בשאלה הראשונה שעליה עמדנו. בהחלטת ועדת המכרזים מיום 7.12.2010 קבעה הועדה:

"...לאחר שפורסם המכרז ובעקבות שביתת עובדי רשות המים, נדחתה הגשת ההצעות למכרז ובדצמבר 2009 נשלח לרוכשי מסמכי המכרז מכתב המודיע על דחיית מועד הגשת ההצעות למכרז.
ביום 31/10/10 נשלחה הודעה למשתתפי המכרז לפיה הוחלט להמשיך בהליכי המכרז, כי יתקיים מפגש של רוכשי המכרז ביום 9/11/10 וכי עד למועד זה מתבקשים רוכשי המכרז להאריך את תוקף ערבות המכרז עד ליום 1/4/10. עוד נכתב כי יש להגיש הצעות עד ליום ד' 1/12/10.
ביום 9/11/10 התקיים מפגש המצעים. בפרוטוקול המפגש, אשר נשלח למשתתפים, נכתב תחת הכותרת: 'עדכונים למסמכי המכרז' כי; 'ערבויות – סעיף 7.4; עד ליום 15/3/2011 (הדגשה לא במקור- מ' נ')'.
עוד יצוין כי לאחר מפגש המצעים, במסגרת הליך הגשת שאלות בנוגע למכרז, נשאלה השאלה מהו תוקף הערבות הבנקאית שיש לצרף להצעה ונכתב בתשובה –
1/4/2011."

יוצא אפוא כי ככל הנראה עקב טעות מנהלית נשלחו הודעות סותרות מטעם רשות המים בנוגע למועדי הערבות המעודכנים – נכתבו הודעות שונות בפנייה למציעים מיום 31/10/10, במפגש המציעים מיום 9/11/10 ובהליך השאלות והתשובות שלאחריו. בנוסף, נראה כי נפלה אי בהירות אף באשר לצורך להאריך את כתב הערבות ובאשר למועד ההארכה, שכן לא צוין בהודעות רשות המים עד מתי יש להאריך את הערבות ובאשר למועד ההארכה, שכן לא צוין בהודעות רשות המים עד מתי יש להאריך את הערבויות אם בכלל. כך, לא נכתב האם יש לציין בכתב הערבות הבנקאית שיש להאריך את התוקף ב-4 חודשים נוספים מעבר לכך (כפי שצוין בסעיף 7.4 למכרז) או שדי בהארכת הערבות עד ליום 15/3/2011 / 1/4/2011 ותו לא. ניתן היה להבין כי נוכח דחיית מועד המכרז וציון תאריך תוקף ערבות חדש מתיתר הצורך בהארכת הערבות ב-4 חודשים נוספים.

הוועדה דנה בנושא זה ומחליטה שלא לפסול את ההצעות (הדגשה לא במקור- מ' נ') וזאת מהנימוקים המפורטים להלן:

1. כפי שמפורט לעיל, חלה אי בהירות באשר למועד תוקף הערבות והארכתה.
2. עמידה דווקנית על המועדים, תביא לכך שבפני הוועדה תיוותר לדיון הצעה אחת בלבד (דבר המאפשר לה לקבל את ההצעה או לפרסם מכרז חדש על פי שיקול דעתה כאמור בתקנה 23 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993) ואין הדבר משרת את האינטרס הציבורי של קבלת מקסימום הצעות.
3. כל ערבויות המכרז תקפות נכון למועד הדיון בוועדת המכרזים.
4. אין במועדים השונים בכדי לגרום ליתרון כלשהו למי מהמציעים, משעה שההצעות נבחנות על בסיס הצעת המחיר שהציעו בלבד, דהיינו מדד אובייקטיבי שאינו מושפע מהערכות ועדת המכרזים.

יודגש כי ההחלטה שלא לדקדק בעניין הערבויות נפלה לפני שההצעות עצמן

נפתחו.

9. ומכאן, לאחר הנחת התשתית העובדתית, נחזור לדיון בשאלה הראשונה, האם היה מקום להתערבותו של בית המשפט המחוזי כהחלטת ועדת המכרזים שלא לדקדק בעניין הערבות. אציע לחברי לקבוע כי בית המשפט צדק בהחלטתו בעניין זה.

10. לדעתי, לא היה מקום לקבל את ערבותה של חברת ליד אשר קבעה כי הערבות תהיה בתוקף עד יום 15.3.2011 במקום עד יום 1.4.2011 שהוא התאריך האחרון עליו

הודע במסגרת השאלות שהועלו לאחר מפגש המציעים (ראו והשוו: ע"מ 6242/09 חג'אזי חברה לטיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 14 (טרם פורסם, 10.11.2009) (להלן: עניין חג'אזי)). אולם אפילו אניח, ואין זו הנחת, כי ניתן היה, כסברת וועדת המכרזים, שלא להקפיד על הפגם בעניין מועד תוקף הערבות (15.3.2011 או 1.4.2011), שונים הדברים לגבי אי ציון האפשרות להאריך את הערבות ב-4 חודשים בנוסח הערבות עליו חתום הבנק. ועדת המכרזים קבעה, כזכור, כי נוכח דחיית מועד המכרזים וציון תוקף ערבות חדש "מתייחר הצורך בהארכת הערבות ב-4 חודשים נוספים". בצדק לא קיבל בית המשפט המחוזי עמדה זו. בית המשפט ציין כי על פי סעיף 8 לתנאי המכרז שמרה רשות המים בידיה את הזכות להאריך את תוקף ההצעות ב-4 חודשים. היה מקום, לפי נוסח הערבות שצורף למכרז, להמציא מראש התחייבות של הבנק המנפיק להאריך את תוקף הערבות ב-4 חודשים. זאת כדי שמוציא המכרז יוכל לתת הודעת הארכה חד צדדית לבנק, בלא חשש שמי מהמציעים יחזור בו מהצעתו ללא סיכון שערבותו תחולט. אין לקבל את הטענה שהעלו חברות ליד ומר טלקום לפיה די בהתחייבות של המשתתף במכרז להאריך את הערבות לפי דרישה. טענה זו, הנוגדת את לשונו של טופס 11 שצוטט לעיל, נותנת למנסחי הערבות אפשרות לסגת מן ההצעה בלא שניתן יהיה לחלט את הערבות אם לא ידאגו לחדשה. לפיכך, הצעות ליד ומר טלקום פסולות בשל כך שבערבות לא נכללה הסכמה של הבנק להארכת הערבות ב-4 חודשים, לפי דרישת מזמין המכרז.

11. ועדת המכרזים ציינה כי עמידה דווקנית על המועדים הנדרשים לעניין הערבות תביא לכך שבפני הוועדה תישאר הצעה אחת בלבד (זו של אלקו). גם בעיני, כמו בעיני בית המשפט המחוזי, אין זה שיקול שראוי היה להתחשב בו. המציע שהצעתו כשרה זכאי לכך שבעלי ההצעות הפגומות יפסלו. אם נותרה הצעתו הצעה יחידה – יחולו עליה הכללים החלים על הצעה יחידה.

12. רבות נכתב על הצורך לדקדק בענייני ערבות במכרזים. פגם בערבות, כך נקבע "יש בו, בדרך כלל, כדי לפסול הצעה... הטעם לגישה זו הוא, שעקרון השוויון בין המתחרים מחייב שוויון בדרישת הערבות, ופגם בערבות משמעותו, על כן, פגם מהותי, הפוגע בעקרון היסוד של דיני המכרזים, ועל כן דינו לפסול ההצעה" (השוו: ע"מ 10064/04 מרגלית ש.א רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (לא פורסם, 30.12.2004) (להלן: עניין מרגלית); בג"ץ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבניין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 472, 474-475 (1982); ע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ, פסקה סח (טרם פורסם, 24.5.2010)). עוד נקבע כי לערבות הבנקאית חשיבות משמעותית וכי יש קשר הדוק בינה ובין יסודות דיני המכרזים. על

כן, תנאי במכרז המחייב הפקדת ערבות בנקאית מהווה תנאי חשוב ומהותי, שיש למלא אחריו בשוויוניות ובדקדקנות (ראו: עניין חג'אזי, פסקה 10). לאור כל האמור מתחדד הצורך בהקפדה דקדקנית בעת מתן ערבות בנקאית במסגרת מכרז. לאור עקרונות אלה, עמדתי לגבי השאלה הראשונה היא, כי אין להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי שראה לנכון להתערב בהחלטת ועדת המכרזים שהחליטה שלא לדקדק בעניין הערביות. מכל האמור עד כה עולה כי הצעות ליד ומר טלקום הצעות פסולות הן, בשל ערבות מרעה, שאינה תואמת את תנאי המכרז. בהצעת ליד יש, כמבואר, פגם נוסף. עניין זה מביא אותי אל השאלה השנייה, ובה אעסוק עתה.

השאלה השנייה: האם ערבותה של אפקון פסולה אף היא?

13. לדעתי התשובה לשאלה זו פחות חד משמעית מן התשובה בעניין ערבות מרעה. פסיקה עניפה קובעת כי ערבות מרעה פוסלת את ההצעה (ראו לדוגמא: עניין מרגלית, בפסקה 11; בר"ם 6734/05 יעקב נ' החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (לא פורסם, 20.7.2055); עע"ם 4150/03 ניו-אפליקום מוצרי תוכנה (א.פ.סי.טי.) בע"מ נ' משרד הבטחון, פ"ד נח(4), 817, 821 (2004); עע"ם 10785/02 חברת י.ת.ב בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1), 897, 907-908 (2003). לסקירה מרחיבה על פגמים מרעים נוספים בערבות, בין היתר פגמים בנוגע לתקופת הערבות, אופן חישוב הערבות, מועד פרעון הערבות וכד' ראו: שמואל הרציג דיני מכרזים חלק ראשון-כרך ד 484-548 (מהדורה שניה, 2010) (להלן: הרציג)). השאלה שנדרשים אנו לבחון היא האם דינה של ערבות מטיבה הוא כדינה של ערבות מרעה, אשר פוסלת את ההצעה.

14. אעמוד תחילה על סוגיית הערבות המטיבה בפסיקתו של בית משפט זה. שאלה זו התעוררה ב-עע"ם 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(6) 755 (2004) (להלן: עניין מסילות). פרשה זו עסקה בערבות מטיבה שבה סכום הערבות היה גבוה (באופן משמעותי) מהנדרש לפי המכרז. השופטת ארבל, עמה הסכימה השופטת פרוקצ'יה, השתיתה את קביעתה לפסול את הערבות על עקרון השוויון. וכך קבעה:

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

העמדת סכום ערבות 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 אם אותו מציע לא יעמוד בהתחייבויותיו על-פי המכרז, סכום הכסף שיועמד לשיפויה יהא גבוה מזה שתקבל אם תבחר בכל אחד מהמציעים האחרים שעמדו בתנאי המכרז. יתרה מזאת, אם כל 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 לניסיונו 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 ב-בג"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, מחייבים 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 אם נפל בערבות פגם המביא לחשש מפני פגיעה בשוויון ועל-כן גם לפסילת ההצעה" (ההדגשה לא במקור- מ' נ').

15. מכאן, השופטת ארבל קבעה כי יש לפסול ערבות גם במקרה שבו הערבות גבוהה מהנדרש במסגרת תנאי המכרז וזאת על מנת לשמור על עקרון השוויון בין המציעים. יחד עם זאת, ראוי לציין כי בעניין מסילות, גובה הערבות לא היה הפגם היחיד בהצעה. היה פגם נוסף, לפיו היו מחירים שונים בשני עותקים של מסמכי המכרז. חברי השופט גרוניט, בחר להשאיר את שאלת פסלות הערבות המטיבה בצריך עיון והשתית את פסק דינו וקביעתו שיש לפסול את ההצעה דווקא על הפגם הנוסף בערבות. וכך אמר:

"המערערת הגישה שני עותקים של הצעה אחת במכרז שנטלה בו 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 ארבל. בייחוד איני רואה צורך להביע עמדה נחרצת בעניין הערבות הבנקאית. יש לזכור כי אין עסקינן במקרה שבו 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 שלשמה 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." (ההדגשה הוספה – מ.ג.)

על הקביעה בעניין מטילות, לפיה יש לפסול ערבות שעשויה להיטיב עם עורך המכרז מעבר לנדרש במסמכי המכרז, חזרה הנשיאה בינינו, בדעת מינוט, ב-ע"ע 6200/07 ט.פ.פ. ריהאב בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לעמדת הנשיאה בינינו (טרם פורסם, 22.5.2008).

16. מקרה נוסף שבו נדון הנושא של ערבות מטיבה הוא עניין חג'אזי הנזכר לעיל. בעניין חג'אזי נקבע בערבות כי הבנק ישלם את הערבות בתוך שבעה ימים מקבלת הדרישה במקום בתוך עשרה ימים, כפי שנדרש במסגרת המכרז. השופט ג'ובראן קבע בהקשר זה:

"שנית, הבנק הערב התחייב לשלם למשיב את הערבות בתוך שבעה ימים מיום קבלת הדרישה לכך ולא בתוך עשרה ימים כפי שנקבע בנוסח הערבות. המערערת טוענת כי פגם זה הינו טכני, אשר מיטיב עם המשיב, ואין בו כדי לפסול את ההצעה. אין בידי לקבל טענה זו. עקרון השוויון מחייב שכל המציעים יעמדו בתנאי המכרז ככתבם וכלשונם. אסור שתנאי הערבות יהיו טובים או גרועים מהתנאים שנקבעו במסמכי המכרז. אין מקום לדרוש מועדת המכרזים לבחון כל פגם ופגם, האם הוא מיטיב עם מוציא המכרז או מרע עימו. על מנת להימנע מהסתבכויות משפטיות ומפגיעה בעקרון השוויון על הועדה לבחון האם תנאי הערבות זהים או שונים מן הנוסח המחייב. כל שינוי מן הנוסח המחייב, בין אם הוא לטובה או לרעה, מחייב, על פי רוב, את פסילת

ההצעה. כמו כן, מתן אפשרות שמציע יסטה מתנאי המכרז לטובת מוציא המכרז, פותחת פתח מסוכן שמציעים ישפיעו בדרך עקיפה על עבודות הועדה בדרך שאינה הוגנת, אשר נוגדת את עקרונות היסוד של דיני המכרזים" (ההדגשה לא במקור- מ' נ').

השופט ג'ובראן ציטט בהסכמה את דברי השופטת ארבל בעניין מסילות והוסיף:

"אשר על כן, הסטייה מהנוסח המחייב אינה מהווה פגם טכני קל ערך, כפי שטוענת המערערת. זה אינו אחד מאותם פגמים מינוריים שניתן למחול עליהם. זהו פגם המצדיק את ביטול ההצעה, בייחוד כאשר הוא מצטרף לפגם, בדבר השמטת שמה של המערערת משטר הערבות."

17. מקרה מאוחר יותר שבו נפסלה ערבות מטיבה הוא ע"מ 3827/10 טל אופיר גינון ופיתוח בע"מ נ' עיריית נשר (טרם פורסם, 17.3.2011) (להלן: טל אופיר). בעניין טל אופיר נוסח הערבות שהוגש על ידי המציעה היה שונה מנוסח הערבות שנדרש במספר אופנים. בין היתר היה שוני בכך שנקבע בערבות שהתשלום ייעשה תוך שבעה ימים מיום הדרישה במקום, כדרישת המכרז, תוך עשרה ימים. השופט ג'ובראן קבע כי הצטברות הפגמים בערבות הבנקאית, מחייבים את פסילת ההצעה. הוא הוסיף כי למרות שחלק משינויי הנוסח (ובעיקר מועד התשלום) הביאו לכך שהערבות הטיבה עם בעל המכרז, עקרון השוויון מחייב שכל המציעים יעמדו בתנאי המכרז ככתבם וכלשונם. על כן - פסל את ההצעה. השופט ג'ובראן ציטט את הדברים שנקבעו בעניין חג'אזי והוסיף כי הצטברות הפגמים מצדיקים את ביטול ההצעה. עוד צוין "בסיכומה של פרשה זו, ראוי לדעתי שיצא מסר ברור הן לעורכת המכרז והן למשתתפי המכרז, שאין להקל ראש בתנאי מכרז, ועל אחת כמה וכמה כאשר מצורף נוסח מחייב למסמכי המכרז, ויש להקפיד שיהיה נוסח מחייב אחד ויחיד" (עניין טל אופיר, פסקה 15, ההדגשות במקור- מ' נ').

18. בספרו של הרציג, שראה אור לאחר פסק הדין בעניין חג'אזי ולפני פסק דין טל אופיר, סוקר המחבר את מגמות הפסיקה בעניין ערבות מטיבה בבתי המשפט המחוזיים לאחר עניין חג'אזי (ראו: הרציג, 558-550). בסקירתו כותב הרציג כי רק במקרה אחד - עת"ם (ח"י) 1297/05 מובילי הורדים בע"מ נ' המועצה המקומית בוקעאתה, פ"מ לה (8) 256 (2005), הביא הפגם של ערבות מטיבה לפסילת ההצעה. הרציג מפנה לפסקי דין מחוזיים אחרים בהם לא נפסלה ערבות מטיבה (ראו: הרציג, 557-553) ומציין לסיום:

“עם כל הכבוד, אנו סבורים כי אין מקום לפסול הצעה בגין ערבות שתנאיה טובים מהנדרש. החשש כי ערבות כזאת עלולה 'לפתות' את ועדת המכרזים לבחור בהצעה בלתי מתאימה כזוכה במכרז, אשר הובע בפרשת אמנון מסילות ובפרשת חג'אזי, נראה בלתי סביר לחלוטין. חזקה על ועדות מכרזים כי הן בוחרות זוכים במכרז מתוך מטרה לבצע את העבודות, ולא במטרה לחלט ערבויות של זוכים כושלים.

דברים אלה יפים במיוחד לגבי ערבות שסכומה גבוה מהנדרש. סכום הערבות הנדרש משקף את הפיצוי לו זכאי המזמין בגין אי עמידתו של המציע בהצעתו. לכן, אם ידרוש מפרסם המכרז לפרוע ערבות בסכום גבוה מסכום הערבות הנדרש במכרז, יתכן שתהיה למציע עילה להתנגד למימוש הערבות לגבי הסכום העולה על סכום הערבות שנקבע במכרז, בטענה כי המדובר במימוש בחוסר תום לב והחורג מהמטרה שלשמה ניתנה הערבות. יצוין, כי התנהלות בחוסר תום לב הינה אחד החריגים לאוטונומיה של הערבות הבנקאית, כפי שנקבע בפסיקה הדנה בערבויות בנקאיות.

מבחינת השוויון והתחרות ההוגנת במכרז, הגשת ערבות טובה מהנדרש אך מכבידה על המציע לעומת מציעים שהגישו ערבויות התואמות את דרישות המכרז. ממילא אין לומר כי מציע שהגיש ערבות טובה מהנדרש רכש יתרון פסול כלשהו, המצדיק פסילת הצעתו.”

20. נראה לי כי לאור המשקל המצטבר של פסקי הדין של בית משפט זה בעניין מסילות, חג'אזי וטל אופיר יש לצעוד בנתיב שהתווה בפסקי דין אלה. אכן, ניתן היה לטעון כי חלק מהקביעות בפסקי הדין הן אמרות אגב, כיוון שניתן היה להשתית את ההכרעה על פגם אחר בערבות או בהצעה. ואולם, יש לפסקי הדין בסוגיית הערבות המטיבה משקל מצטבר. לא אכחד כי יש טעם בדברי חברי השופט גרוניס בפרשת מסילות, ובדברי הרציג שצוטטו לעיל, לפיהם ערבות מטיבה שונה מערבות מרעה. ואולם מטעמים של מדיניות משפטית, ועל מנת למעט בהתדיינויות בדבר פגמים בערבות, יש לדעתי לצעוד בעקבות דעת הרוב בפרשת מסילות, ובעקבות הדברים שהובאו מפסקי הדין בעניין חג'אזי וטל אופיר. לדעתי, עלינו לחסוך מוועדות המכרזים ומבתי המשפט כאחת את העיסוק בהבחנות בין סוגי הערבויות שלעיתים הן דקות מיני דק. ראוי לקבוע כלל חד לפיו גם ערבות מטיבה וגם ערבות מרעה, יש בהן, כעקרון, כדי לפסול את ההצעה במכרז. לטעמי, עדיף לקבוע כלל חד לפיו אל למציעים או לבנקים לגרוע או להוסיף על תנאי הערבות, בבחינת לא מדובשך ולא מעוקצך. אין זו גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה. בעקבות התוצאות הדרסטיות שנקבעו בפסיקה לעניין ערבות מרעה, התמעטו התקלות בעניין ערבות כזאת, וככלל, מגישי הצעות

והבנקים מקפידים יותר כיום על נוסח הערבויות. מסמכי המכרז כוללים היום לעיתים מזומנות את נוסח הערבות המבוקש. התוצאות הנוקשות שהותוו בפסיקה הביאו לשיפור רב. לדעתי, מטעמים של מדיניות משפטית, ראוי לקבוע כלל חד כזה גם לגבי ערבות מטיבה.

ומכאן נחזור לעניינה של אפקון:

21. בעניינינו, ועדת המכרזים לא דקדקה כאמור בכל הערבויות שהוגשו מצד המציעות, וממילא לא התייחסה בנפרד לסוגיית הערבות המטיבה של אפקון. אין לכחד כי על פני הדברים לא נראה כי הוספת 19 יום לערבות נתנה לאפקון יתרון כלשהו, או שהיא נבעה מתכססנות. גם לא נראה על פני הדברים כי בעל המכרז ניזוק או עלול היה להינזק מכך שנוספת 19 יום לערבות. למרות זאת הגעתי כמבואר לכלל מסקנה כי עדיף לקבוע כלל לפיו שינוי בנוסח הערבות, הן לטובה והן לרעה, מביא לפסילת ההצעה. כלל כזה פוגע, אמנם, בעניינינו בחברת אפקון, אך עלינו להפנות מבטנו מעבר למכרז הספציפי. עלינו לדאוג לכך שהערבויות במכרזים ימולאו ככתבן וכלשוונן, וזאת כדי לחסוך בהתדיינות יקרות המעכבות לא אחת את ההליכים במכרז. יפים לעניינינו הדברים שקבע חברי השופט רובינשטיין ב-ע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ד- מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) ע"מ (לא פורסם, 27.2.2006), בו נזדמן לנו יחד לדון בערבות מרעה. וכך קבע:

"מסכים אני לפסק דינה של חברתי השופטת נאור. חברתי מציינת, כי 'הלקח מפרשה זו ומהתדיינות הסבוכה בסוגיית הפגמים בערבויות הוא ... שעל המציעים, הבנקים וועדות המכרזים להקפיד על דרישות הערבות שבמכרז הקפדה יתרה'. לא זו בלבד שאני מצטרף לכך בכל לב, אלא לדידי ההקפדה היתרה צריך שתחול לא רק על ענייני ערבות בלבד, אלא על כל תנאי מתנאי המכרז. פשיטא הוא, כי ככל שייותר כר מועט יותר ל'פרשנות יצירתית' של תנאי מכרז, כן ייטב לשוויון, להגינות, ולעשיית צדק עם כולי עלמא. הותרת מרווח לפרשנות בענייני מכרזים משמעה, כפי שציינה חברתי בפרשת א.ג.י, חוסר יעילות וביטול זמן בועדות המכרזים, דיונים שיפוטיים לאחר מכן, וכיוצא בזה; ולא למותר לציין כי כל ההתדיינות הללו עולות ממון רב לקופות הציבור וגם לצדדים אחרים. ולא אלה בלבד, אלא גם – ובל אחטא בשפתי – במכרז הנתון לפרשנות פתוח פתח לשאלות של טוהר המידות (אין הדברים נאמרים כלפי העניין שבפנינו כשלעצמו). כל אלה נאמרים כמשקל-נגד לנטייה הרווחת לעתים להקל ראש בפורמליות של מכרזים, ובדרך כלל הקלת הראש תהא כשהיא נוחה למקל הראש ומשיגה לו יתרון. אשר על כן, לדידי על מגישי הצעות במכרזים לבדוק בשבע עיניים

אם מילאו אחד לאחד את התנאים למיניהם, ובכך ועדות המכרזים לדון בהם, גישתן צריכה להיות קפדנית. אשר להבחנה בין פגמים 'מהותיים' ו'טכניים', זו אינה פשוטה כידוע ויש בה פתח לפלפולים לא מעטים שחכמי הישיבות השוקדים יום ולילה על תלמודם לא היו בוראים כמותם. חברתי מציינת בדין, כי השאלה האמיתית היא 'האם הפגם שנפל הינו מסוג הפגמים המצדיקים ביטול ההצעה אם לאו', וככל שימעטו פגמים כן ימעטו שאלות."

מטעמי מדיניות משפטית ראוי להחיל דברים אלה גם על ערבויות מטיבות.

22. בטרם סיום, אוסיף כי איני שוללת חריגים מצומצמים לכלל הנוקשה דוגמת המקרה שנדון ב-ע"מ 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 31.1.2010). שם נקבע :

"קיימים פגמים מסוימים ונדירים בערבות הבנקאית, אשר ניתן לשקול האם יש מקום להכשירם, שאם לא תאמר כן יימצא כי אותו 'חריג שבחריג' הנזכר בפסיקה – בפועל כמעט שלא יהיה בנמצא. כעולה מן האמור לעיל, בחריגים מצומצמים אלה יש לכלול פגם בערבות בנקאית הנובע מפליטת קולמוס, או מטעות סופר, או מהשמטה מקרית, או מהוספת דבר באקראי (להלן ביחד: טעות), כאשר – כתנאים מצטברים – חייבות להתקיים דרישות נוספות אלה (ענין אברהים; ענין י.ת.ב.):

- (א) הטעות נלמדת מהערבות עצמה;
- (ב) ניתן לעמוד על כוונתו המדויקת של השוגה, תוך שימוש בראיות אובייקטיביות מובהקות, המצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרזים;
- (ג) על פני הדברים נראה כי הטעות, או אי-גילוייה טרם הגשת ההצעה, מקורם בתום לב והם נובעים מהיסח דעת גרידא ולא מכוונת מכוון כלשהי של המציע, או של הבנק הערב;
- (ד) אין בטעות ובתיקונה כדי להקנות למציע יתרון הפוגע בעקרון השוויון וביתר הכללים של דיני המכרזים."

ערבותה של אפקון אינה נופלת בגדר אחד החריגים המצומצמים. משנקבע כי ערבותה של אפקון אינה תואמת את הנדרש במכרז, ואף שערבות מטיבה היא, אציע לחברי שלא להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי יש לפסול את הצעתה.

23. סוף דבר: הגעתי לכלל מסקנה כי גם ערבותה של אפקון, שהיא ערבות מטיבה, צריכה להיפסל. כמבואר לעיל, פועל יוצא מקביעה זו הוא כי אלקו היא הזוכה במכרז

וכי יש לדחות את הערעורים. אשר על כן, אציע לחברי לדחות את הערעורים, בלא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניס:

1. אני מסכים לפסק דינה של חברתי, השופטת מ' נאור.
2. בעבר נמנעתי במפורש מלהביע דעה נחרצת באשר לנפקות של ערבות מיטיבה המוגשת על ידי משתתף במכרז (עע"ם 8610/03 אמנון מטילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'רוד, פ"ד נח(6) 755, 768 (2004)). עם זאת, נטיתי אז לדעה שאין לפסול הצעה במכרז בשל כך שהסכום המופיע בערבות הבנקאית המצורפת להצעה עולה על מה שדרש מוציא המכרז. סברתי, שהחשש כי הסכום הגבוה מהנדרש ישפיע על ועדת המכרזים להעדיף את ההצעה המסוימת הינו חשש "רחוק משהו" (שם). לאחר שקילה נוספת של העניין וקריאת פסק דינה של חברתי, השופטת מ' נאור, שוכנעתי שיש מקום לקבל את הגישה המוצעת על ידה. היינו, יש להתייחס לערבות מיטיבה, בין מבחינת הסכום, ובין מבחינה אחרת, בגישה דווקנית, וביתר דיוק בגישה פורמליסטית. גישה כזו תגביר את הוודאות המשפטית, תקל על מלאכתן של ועדות המכרזים ותצמצם את ההתדיינויות המשפטיות סביב זכייה במכרז. זאת, למצער באותם מקרים בהם הויכוח סובב סביב השאלה האם הערבות שהומצאה תואמת את דרישות המכרז.
3. טעם נוסף שיכול לתמוך בגישה הפורמליסטית, ואשר כנראה לא הועלה בעבר, הוא זה: אם משתתף במכרז מגיש ערבות בנקאית שאינה תואמת את האמור במסמכי המכרז, האם אין הדבר מצביע על כך שאין הוא ראוי לזכות במכרז? נוכח הגישה הפורמליסטית, שנתגלעה עוד בעבר בפסיקה לגבי הפרטים השונים בערבויות המצורפות משתתפים במכרזים יקפידו הקפדת יתר לגבי הפרטים השונים בערבויות המצורפות להצעותיהם. מה גם שבדרך כלל אין מדובר בסוגייה מורכבת במיוחד. אם למרות זאת מוגשת ערבות בנקאית שאינה תואמת את הדרישות, מצביע הדבר על ליקוי מסוים בהתנהלותו של המשתתף במכרז. על כן, נתון זה, בדבר פגם בערבות, אמור להשפיע על ועדת המכרזים. אם המשתתף טעה לגבי הערבות, האם אין חשש שאף בכל הנוגע לעבודה שעליו לבצע (או לגבי העניין המהותי האחר שבמכרז, למשל מתן שירות) הוא יטעה או לא יבצע כהלכה?

4. במקרה הנוכחי הטרידה אותי שאלה נוספת והיא האם לא מוטלת אחריות מסוימת על מוציאת המכרז (המשיבה 1) לתקלות שאירעו בכל הנוגע לערבויות הבנקאיות. יש לזכור, כי במקרה זה נפלו טעויות אצל שלוש מן המשתתפות במכרז וכאשר המספר הכולל של המשתתפות היה ארבע. האם אין ללמוד מכך שהבעיה הייתה במכרז עצמו (או בהתנהלות של מוציאת המכרז לאחר הוצאתו, שעה שנשלחו הודעות שונות למשתתפים הפוטנציאליים). עם זאת יש לשים לב, כי הטעויות אצל שלוש המשתתפות אינן מעוררות אחד. הטעויות בערבויות שהמציאו ליד ומר טלקום הן דומות, בעוד שהטעות בערבות שמסרה אפקון שונה במהותה (ראו פסקה 7 לפסק דינה של השופטת מ' נאור). ייתכן שכאשר התקלות בערבויות מקורן בהתנהלות בלתי תקינה של מוציא המכרז, ראוי לבחון פתרון אחר מאשר פסילת ההצעות הלקויות של המשתתפים. מכל מקום, בעלות הדין לא התייחסו במידה מספקת לסוגיה זו. איני רואה סיבה לבחנה מיוזמתי.

ש ו פ ט

השופט א רובינשטיין:

מסכים אני בכל לב לחוות דעתה של חברתי השופטת נאור. שוב בא לפנינו מכרז שהדעת נותנת כי כל משתתפיו היו תמי לב, אך כבר נפסק כי תום לב אין בו די, ויש לדקדק בתנאי המכרז ככתבם וכלשונם, כך בדיני מכרזים בכלל, כך במיוחד בערבויות. בפרשת חג'אזי נזדמן לי לומר: "דומני ככלל כי ראוי שבמכרזים של רשויות ציבוריות תופיע בגוף המכרז, ובמיוחד בפרק הערבות, באותיות קידוש לבנה, החובה להקפיד על הנדרש בשבע עיניים וככל משפטו וחוקתו. אולי כך יסתייע למנוע תקלות שלעתים הן נחלת תמי לב". אין לי אלא לחזור על כך גם כאן. והנה לפנינו בנידון דידן חברות רציניות המתחרות במכרז גדול, ושלא הצליחו לקלוע לדרישות המכרז לעניין הערבות, מהן שהרעו במקצת ומהן שהיטיבו במקצת, ונמצאו יוצאות וידיהן על ראשן. כמה קולמוסים צריכים להשתבר כדי שבעלי מכרזים יכינו לעצמם "רשימת בדיקות" (checklist בלע"ז) של טפסי המכרז, וידקדקו אחת לאחת אם עמדו בדרישות הסף ובפורמליות הנדרשת. בית המשפט, כמדיניות שיפוטית, מעדיף פשטות, המחייבת דקדוק והקפדה מצד מגישי ההצעות- ולא "דבש" אף לא "עוקץ" (כלשון חברתי), לא חסר ולא יתר, שלא נתבקשו. אכן, יתכן כי התוצאה שאליה הגענו אינה משיעת רצון; היא יוצרת תחושה כבדה, במקרה דנא במיוחד כמובן אצל בעלת ההצעה המיטיבה. אך מבקשים אנו להשריש את התודעה של דיוק והקפדה מירביים בעמידה בדרישות

המכרזים ובלשון הערכויות, ולמנוע מדרון חלקלק וגמישות שלא במקומה אצל ועדות המכרזים. זו המדיניות השיפוטית שאליה נדרשה חברתי; וכפי שצינתי בהמשך הדברים שציטטה חברתי מפרשת מ.ג.ע.ד., "במציאות הישראלית, שאין צריך להכביר עליה מלים, יש חשש לא מבוטל למדרון חלקלק, ופתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כ'פתח שיהיו עגלות וקרוניות נכנסות בו' (שיר השירים רבה, ה')". לא למותר לציין, כי דברים אלה תקפים גם באשר לשלב הכנת המכרז על-ידי הרשות, כדי שיהא בהיר כהלכה, והקורא בו יידע את דרכו, וזאת גם כי "שלא יישנו סיטואציות מביכות – וגם יקרות כלכלית – של ביטול מכרזים" (עע"מ 6823/10 מבחן שירותי בריאות נ' משרד הבריאות (לא פורסם) פסקה ד' לחוות דעתי, ופסקה 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עוד ראו עע"מ 8409/09 חופרי השרון נ' א.י.ל סלע (לא פורסם) פסקה ס"ג. אכן, המלומד דקל (מכרזים א' (תשס"ד-2004) 584 מזהיר מפני החמרה יתרה בדקדוקי ערכות וההפסד העלול להיגרם לקופת הציבור מפסילת הצעה נוחה לציבור מבחינה כלכלית (כמות שאירע - כך דומה - בנידון דידן, למשל). לדידי, הלקח הוא ההקפדה והדיוק המונעים פסילות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, ו' טבת, תשע"ב (1.1.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט