



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"ם 5375/15

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור  
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' עמית

המערערת: בטחון שרותים אבידר בע"מ

נגד

- המשיבות: 1. נתיבי ישראל - החברה הלאומית לתשתיות  
תחבורה בע"מ  
2. התאמה השמה ומידע (1995) בע"מ  
3. מיקוד ישראל אבטחה שרותים וכח אדם בע"מ  
4. שלג לבן (1986) בע"מ  
5. רשף ביטחון בע"מ  
6. נוף ים בטחון בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים  
בתל-אביב - יפו מיום 2.8.2015 ב-עת"ם 38044-07-15  
שניתן על ידי כבוד השופטת א' לוי

תאריך הישיבה: י"א באדר ב התשע"ו (21.3.2016)

בשם המערערת: עו"ד רנאטו יאראק; עו"ד מתן ספקטור

בשם המשיבה 1: עו"ד חגי חביב; עו"ד עידו אורלנסקי

בשם המשיבה 2: עו"ד ארז טיקולסקר; עו"ד טל עפרוני

### פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו  
כבית משפט לעניינים מינהליים (השופטת א' לוי), במסגרתו נדחתה עתירתה של

המערערת כנגד החלטת ועדת המכרזים של המשיבה 1 לפסול הצעה שהגישה המערערת בשל פגם בערבות הבנקאית שצורפה לה.

רקע

2. בפברואר 2015 פרסמה המשיבה 1 (להלן: נת"י) מכרז למתן שירותי הקמה והפעלה של מערך פקחי תנועה באתרי סלילה ועבודה. במסמכי המכרז הובהר כי בכוונת נת"י לבחור שני זוכים וכי כתנאי להשתתפות במכרז נדרשו המציעים לצרף להצעתם ערבות בנקאית בסך 3 מיליון ש"ח, אשר תעמוד בתוקפה למשך שלושה חודשים – מהמועד האחרון להגשת הצעות, ה-25.3.2015, ועד ליום 25.6.2015.

3. המערערת הגישה הצעה מטעמה למכרז וצרפה אליה ערבות בנקאית בסך 3 מיליון ש"ח שתוקפה עד ליום 25.6.2015. ואולם, במקום שיירשם בראש הערבות התאריך 25.3.2015, כפי שנדרש בתנאי המכרז, נרשם התאריך 23.6.2015. בבדיקת הצעת המערערת לא זוהה הפגם האמור בתוקף הערבות והנושא לא עלה לדיון בישיבת ועדת המכרזים מיום 3.6.2015.

4. ההצעה שהגישה המערערת והצעתה של המשיבה 3 הוכרזו כהצעות הזוכות במכרז, ואילו הצעתה של המשיבה 2 הגיעה למקום השלישי. בהמשך לכך, הוארכה הערבות, לבקשת נת"י, עד ליום 25.7.2015, ובכתב הארכת הערבות צוין התאריך הנכון למועד תחילת הערבות (23.3.2015). לאחר מכן הוארכה הערבות פעם נוספת, כאשר גם על גבי כתב הארכת הערבות הנוסף צוין מועד תחילת הערבות כיום 23.3.2015.

5. בעקבות זכייתה של המערערת, פנתה המשיבה 2 לנת"י בדרישה לפסול את הצעתה של המערערת, וזאת בטענה שנפל פגם מהותי בערבות שצירפה. בעקבות פנייתה של המשיבה 2, פנתה המערערת לבא כוחה של נת"י והציגה בפניו מכתב מאת הבנק הערב, המאשר כי הערבות שצורפה להצעתה הוצאה ביום 23.3.2015 והייתה בתוקף ממועד זה ואילך, וזאת על אף שנרשם בטעות בראש הערבות התאריך 23.6.2015. ביום 12.7.2015 קיימה ועדת המכרזים דיון בדרישתה של המשיבה 2, והחליטה כי הצעת המערערת פסולה מחמת פגם בערבות הבנקאית שצורפה לה, וכי במקום המערערת תוכרז המשיבה 2 כזוכה נוספת במכרז (נוסף למשיבה 3 כאמור). המערערת עתרה כנגד החלטה זו לבית המשפט קמא.

6. בית המשפט קמא קבע כי הפגם שנפל בערבות הבנקאית שהגישה המערערת – שתוקפה קצר מהנדרש בתנאי המכרז – הוא פגם מהותי, אשר מחייב את פסילת ההצעה. בית המשפט הוסיף וקבע כי במקרה דנן לא מתקיימים התנאים שבהם ניתן להכשיר פגמים נדירים בערבות הבנקאית, כפי שנקבעו בעע"ם 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (31.1.2010) (להלן: עניין אדמונית החורש). כמו כן, דחה בית המשפט קמא את טענתה של המערערת בדבר דמיון בין עניינה לבין עניין עינת (עע"ם 2638/12 רשות שדות התעופה בישראל נ' א.א. עינת מסעדות בע"מ (19.7.2012)), שבו הוכשרה הצעה למרות פגם בערבות שצורפה לה.

בית המשפט קמא מצא כי החלטת ועדת המכרזים לקבוע כי הצעת המערערת היא פסולה בגין הפגם שנפל בערבות שצורפה לה היא החלטה סבירה שאין מקום להתערב בה. העתירה נדחתה, אפוא, ומכאן הערעור שלפנינו.

דיון והכרעה

7. טענות הצדדים לפנינו התמקדו בשאלה האם מתקיימים במקרה דנן התנאים המצדיקים את אי פסילת ההצעה חרף הפגם שנפל בערבות שצורפה לה, כפי שהותוו על ידי בית משפט זה בעניין אדמונית החורש ובעניין עינת. אקדים ואומר כי איני סבורה שהחלטת ועדת המכרזים לנקוט בגישה דווקנית ביחס לפגם שנפל בערבות היא בלתי סבירה באופן המצדיק את התערבותנו, וממילא הגעתי לכלל מסקנה כי לא מתקיימים בענייננו כל התנאים המצטברים, אשר בהתקיימם ניתן להכשיר את הערבות. אנמק.

8. הכלל הנהוג עמנו באשר לערבות בנקאית הוא כי תוצאתו של פגם בערבות היא פסילת ההצעה, "וזאת מבלי שיהא צורך להעמיק חקר בפשר הטעות, או בכוונת המציע או הערב" (עניין אדמונית החורש, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ח' מלצר; ראו גם: עע"ם 10785/02 חברת י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 909 (2003) (להלן: עניין י.ת.ב); עע"ם 6090/05 מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ פסקה 13 לפסק דיני (27.2.2006) (להלן: עניין מ.ג.ע.ר)). לא בכדי ציין חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, בעניין אדמונית החורש כי אין מנוס ממדיניות דווקנית בכגון דא. וכלשונו:

"הנה 'עצה מחייבת': על המגישים הצעות במכרזים להפנים ולשנן כי יש לבדוק 'בשבע עיניים' [...] את ההצעה בטרם הוגשה [...], ואף שהייתי רוצה לאחוז על דרך הכלל במידת בית הלל שהלכה כמותם, בדיני

המכרזים סבורני כי יש לדבוק במידת בית שמאי, ואין בכך משום חידוש" (שם, בפסקה ב).

ובמקום אחר הדגיש את חשיבותו של הכלל בדבר תוצאות הפסלות הנלווית לפגם, שאם לא כן "יש חשש לא מבוטל למדרון חלקלק, ופתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח 'שיהיה עגלות וקרונות נכנסות בו'" (עניין מ.ג.ו.ד, בפסקה א). משזהו הכלל, והוא המתווה "את דרך המלך שבה צריכות לצעוד ועדות המכרזים בבוחנן פגמים בערבות" (עניין י.ת.ב, בעמוד 909), דעתי היא כי החלטת ועדת המכרזים לצעוד בדרך זו, ולדקדק בעניין הערבות, היא החלטה סבירה שאינה מצדיקה את התערבותנו. מכל מקום, כאמור, לא השתכנעתי כי התנאים המצדיקים, במקרים חריגים שבחריגים, את הכשרת ההצעה חרף הפגם בערבות מתקיימים בעניינה של המערערת. אפרט.

9. בעניין אדמונית החודש נקבע כי במקרים נדירים ניתן להכשיר הצעה שבערבות הבנקאית שצורפה אליה נפלה טעות מסוג פליטת קולמוס או השמטה מקרית. אך זאת רק בהתקיים התנאים המצטברים הבאים: הראשון, כי הטעות נלמדת מהערבות עצמה; השני, כי ניתן לעמוד על כוונתו האמיתית של השוגה מתוך ראיות אובייקטיביות מובהקות, המצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרז; השלישי, כי על פני הדברים נראה שמדובר בטעות בתום לב, הנובעת מהיסח הדעת ולא מכוונה כלשהי של המציע או של הבנק הערב; והרביעי, כי אין בטעות או בתיקונה כדי לפגוע בשוויון בין המציעים במכרז (שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט ח' מלצר; ראו גם: עניין עינות, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט נ' סולברג). השאלה הניצבת אפוא לפתחנו היא האם תנאים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו.

10. מוכנה אני להניח לטובת המערערת, כפי שהסכימה המשיבה 1, כי מדובר בטעות בתום לב, ולפיכך מתקיים התנאי השלישי. מוכנה אני גם להניח כי מתקיים התנאי לפיו אין בטעות או בתיקונה כדי לפגוע בשוויון בין המציעים. זאת, לנוכח האפשרות לחלוט הערבות בעת שהייתה בתוקף, ועל אף הקושי שהצביעה עליו המשיבה 2 בדבר היעדר ראיות לכך שסכום הערבות אכן הועמס על חשבונה של המערערת למשך כל התקופה (ראו: עמוד 11 למוצג 9 (צורף לתיק מוצגי המשיבה 2 ביום 27.3.2016)). אולם מדובר, כאמור, בתנאים מצטברים, ודעתי היא כי שני התנאים הנוספים אינם מתקיימים במקרה שלפנינו.

11. אשר לתנאי הראשון – לפיו על הטעות להיות כזו הנלמדת מהערבות עצמה – טענה המערערת כי מדובר בפליטת קולמוס ברורה, העולה בבירור מן ההקשר שבו

נערך המכרז, ואף מהערבות עצמה, שכן אין היגיון בהוצאת ערבות לשלושה ימים בלבד. מנגד טענו המשיבות 1-2 כי אין הטעות נלמדת מהערבות עצמה שכן מדובר לכאורה במסמך ערבות עתידי התקף למשך שלושה ימים, ואין מדובר במסמך שהוא כשלעצמו חסר פשר.

מוכנה אני להניח כי הוצאת הערבות לטווח של שלושה ימים מקורה בפליטת קולמוס, אולם איני סבורה כי ניתן לסווגה כטעות אשר ניתן ללמוד עליה מהערבות עצמה. אין מדובר בטעות על פני המסמך ה"זועקת לתיקון", אשר יש בה כדי להפוך את הערבות למסמך חסר היגיון פנימי, וזאת בניגוד לעניין אדמונית החורש – שם צוין סימן חסר פשר בסמוך לסכום הערבות (ראו: שם, בפסקה 7) – ובניגוד לעניין עינת – שם מועד כניסתה לתוקף של הערבות היה מאוחר למועד פקיעתה (ראו: שם, בפסקאות 6-5). בענייננו מדובר בערבות בת-תוקף, בעלת משמעות ופשר. איני סבורה כי המעייין בכתב הערבות יצביע על קיומה של טעות, אף שמדובר בערבות לטווח זמנים קצר. אמנם, עיון בתנאי המכרז עשוי להעלות את החשד שמדובר בטעות, אולם התנאי הוא כי הטעות נלמדת מהערבות עצמה. לדעתי, אין אלו פני הדברים בענייננו.

12. תנאי נוסף הוא כי ניתן היה לעמוד על כוונתו המדויקת של השוגה (הבנק הערב) בהסתמך על ראיות אובייקטיביות ומובהקות שהיו מצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרז. בעוד שהמשיבות 1-2 טענו כי ראיות כאלו לא היו בנמצא, המערערת טענה כי ניתן היה להבין שנפלה טעות ואת מקורה באופן מיידי. הדבר נלמד, לטענתה, מכתב הארכת הערבות (שעל גביו צוין תאריך תחילת הערבות כיום 23.3.2015) ומהמכתב מאת הבנק הערב (שאישר כי הערבות הוצאה ביום 23.3.2015 והייתה בתוקף ממועד זה), להם יש לתת משקל בדומה למשקל שניתן למכתב ההבהרה בעניין עינת.

אין בידי לקבל את טענת המערערת. כתב הארכת הערבות והמכתב שהוצג אכן מלמדים על כוונתו המדויקת של הבנק, אך אלו לא ניצבו בפני ועדת המכרזים במועד הרלוונטי – הוא מועד פתיחת תיבת המכרזים – אלא רק לאחריו (כתב הארכת הערבות לאחר שנבחרה הצעתה של המערערת כאחת ההצעות הזוכות, והמכתב לאחר פנייתה של המשיבה 2 לוועדת המכרזים וגילוי הטעות). משכך, איני סבורה כי "ניתן לעמוד על כוונתו המדויקת של השוגה, תוך שימוש בראיות אובייקטיביות מובהקות, המצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרזים" (עניין אדמונית החורש, בפסקה 6 (ההדגשה הוספה – מ.נ.); ראו גם: שם, בפסקה 7 ("ומכתב ההבהרה של הבנק מדגים זאת, אף שאין ועדת המכרזים צריכה להידרש להבהרה מאוחרת מסוג זה")). אף לא

מצאתי כי יש מקום בעניין זה למסקנה שביקשה המערערת ללמוד מעניין עינת. באותו מקרה, בשונה מענייננו, הגיעו הצדדים להסכמה, לפיה ועדת המכרזים תקבל החלטה חדשה בעניינן של המציעות שהגישו ערבות פגומה לאחר שיוצג בפניה מכתב הבהרה מטעם הבנק.

13. מובן כי קיים בענייננו קושי בכך שוועדת המכרזים לא זיהתה את הטעות בזמן אמת, וזו נתגלתה רק לאחר שנבחרה הצעתה של המערערת כאחת ההצעות הזוכות במכרז, עם זאת משהתגלתה הטעות, דינה ככל טעות ותוצאתה בצידה. במקרה שלפנינו, הטעות אינה נלמדת מהערבות עצמה, אף לא ניתן היה ללמוד על כוונתו המדויקת של הבנק במועד פתיחת תיבת המכרזים. בנסיבות אלה, אין לדעתי הצדקה לאי פסילת הצעתה של המערערת, אפילו לפי מבחנים שהם, לשיטתי, מקלים.

14. בשולי הדברים אעיר, כפי שהערתי בעבר, כי "במקום לפתח תורת משפט שלמה סביב החריגים לכלל הפסילה, שבהתקיימם ניתן להכשיר ערבויות שנפל בהן פגם, מוטב, בפשטות, להגיש ערבויות תקינות" (דנ"ם 829/15 פלג, כהן, דויטש עורכי דין נ' מדינת ישראל פסקה 15 להחלטתי (25.6.2015)); ראו גם: עניין מ.ג.ע.ר, בפסקאות 13, 16 לפסק דיני). על המציעים במכרז מוטלת החובה להקפיד, בדקדקנות ובדווקנות, על ניסוח הצעתם בכלל, וכתב הערבות בפרט. וכך גם על הבנקים הערבים מוטלת החובה להקפיד בניסוח כתב הערבות. חלקי עם המחמירים בכגון דא. הקפדה על הכללים תשרת לדעתי את העניין הציבורי. המציעים והבנקים ידעו שיש הקפדה, וכך תפחתנה הטעויות והליכי משפט מיותרים ייחסכו.

15. לאחר שעיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט י' עמית, אני מבקשת לשוב ולהדגיש כי לדידי, אין להטיל על ועדות המכרזים את העיסוק בהבחנות שלעיתים הן דקות מיני דק. מותר להן לדקדק ולהקפיד בעניין כתבי הערבות, ואף ראוי כי כך תנהגנה. לא ניתן, לטעמי, להטיל על ועדות המכרזים להוציא תחת ידיהן החלטות מסוג פסק דינו של חברי בהליך שלפנינו. עמדתי בעניין זה לא השתנתה (ראו: ה"פ (מח' י-ם) 599/99 א.ג.י. בניה ופיתוח בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון פסקה 30 לפסק דיני (14.3.2000); עת"ם (מח' י-ם) 548/02 דורקל הסעות ושירותים בע"מ נ' המועצה המקומית הר אדר פסקה 13 לפסק דיני (20.6.2002); עניין מ.ג.ע.ר, בפסקה 13 לפסק דיני; עע"ם 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל – הרשות הממשלתית למים ולביוב פסקה 20 לפסק דיני (1.1.2012) (להלן: עניין אפקון)). אעיר עוד – כמי שמלווה את נושא הערבויות שנים רבות, כפי שמראים פסקי הדין שהזכרתי – שלתחושת, אף שזו אינה מלווה במחקר, ברובם המכריע של המקרים הלקח

מהמדיניות המשפטית שהותוותה בפסיקה אכן נלמד. דומני כי כפי שציינתי לפני שנים אחדות, "התמעטו התקלות [...] וככלל, מגישי ההצעות והבנקים מקפידים יותר כיום על נוסח הערבויות" (עניין אפקון, בפסקה 20), ומספר המקרים בהם אנו עוסקים בפגמים בערבות פחתו לאין שיעור.

16. סוף דבר: אם תשמע דעתי, נדחה את הערעור, ונחייב את המערערת בהוצאות המשיבות 1-2 בסך של 15,000 ש"ח לכל אחת.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לפסק דינה של חברתי הנשיאה, ולמדיניות הדווקנית בענייני ערבויות ששבה ונדרשה אליה. נדירים יהיו המקרים שבהם לא תיפסל ערבות בשל טעות, וחברתי עמדה על התנאים לכך (ראו גם ע"מ 5345/15 מפרס נ' עיריית טבריה (8.5.16), לצד ע"מ 5834/09 אדמונית החורש נ' המוסד לביטוח לאומי (2010)); אבל הכלל בעיני, והמקרה דנא אינו בא בגדרי החריגים. בנוסף לאסמכתאות שהביאה חברתי, אזכיר גם את ע"מ 2628/11 אפקון נ' מדינת ישראל (2012), שפסק הדין המרכזי בו ניתן על-ידיה. כמה עגום ששוב ושוב נתקלים בתי המשפט בפלפולי ערבויות, שעה שדרך המלך היא "כביש הסרגל", קרי, ערבות כדבעי.

ב. והנה קראתי עתה את חוות דעתו החולקת של חברי השופט עמית, ואיני רואה מנוס מהערות אחדות בעקבותיה, עם שאני מצטרף במלואה להערת חברתי למקרא דברי חברי. סבורני כי הפער בין עמדותינו יסודו בגישה למדיניות שיפוטית, ולטעמי דוגל בית המשפט במדיניות שיתרונוותיה עולים על חסרונוותיה, והבאה למנוע "מדרון חלקלק". אין זו גחמה של שמרנות אלא גישת יסוד למכרז הציבורי, ובעיני – אטול חרות לעצמי לומר – היא מבוססת גם על ניסיון ועל ראייה כוללת מכוחו של עולם המכרזים הציבוריים. עיינתי בדברי המחברים המלומדים דקל ומרזל שחברי מסתייע בחוות דעתם התומכות ב"ריכוך הדווקנות" ובמידתיות בהקשר דנא. דבריהם שובי לב, והמידתיות היא עצה טובה בכל עת, וכבר המליץ עליה הרמב"ם בהקדמתו שמונה פרקים למסכת אבות, בפרק הרביעי המדבר ב"דרך הממוצעת" כעדיפה, וכך רוח המשפט העברי. ואכן, אילו חיינו בעולם אידיאלי, מה מנו יהלוך אם ננהג גמישות במשתתפי מכרז ולא נקפיד עמם יתר על המידה, שהרי בודאי רובם, אם לא כולם אהובים, ברורים והגונים, וכך לגבי ועדות המכרזים שבודאי איני רוצה להטיל בהן

דופי. אולם איננו חיים בעולם אידיאלי, וחברתי ציטטה את דבריי בפרשת עע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר מרכז גביה מחושבת נ' מי נתניה (2015) באשר ל"חשש לא מבוטל למדרון חלקלק, ופתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח 'שיהיו עגלות וקרונות נכנסות בו'" (פסקה א'). לא שוכנעתי כי יש מקום לה. לטעמי הכשרת פגמים נדירים בערכות הבנקאית על פי הלכת אדמונית החורש די בה, ויש עמה הליכת ככרת דרך לכיוון השוגגים.

ג. חברי השופט עמית הביא מדברי המטילים ספק במוסד המכרז בהיותו – כנטען – גורם להגדלת פערים בחברה ובכלכלה, לצד הליכי ההפרטה, אף שלא כפר בעיקר. כשלעצמי, כמאמין מכל לב במדיניות רווחה הוגנת, צר לי מאוד על ההפרזה בישראל בהליכי ההפרטה, וכבר נתתי לכך ביטוי לא אחת (למשל – דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן (2009), פ"ד ס"ג (1) 644, פסקה י"א; בג"צ 9488/11 מיטרדאל נ' משרד החקלאות (2015), פסקה כ'). ואולם גם אם למכרזים חסרונות, ואין שלמות במפעלות אנוש, החלופה של רכישות ומכירות ציבוריות על פי החלטה מינהלית עלולה לא אחת, במערכות ממשל ובמערכות מוניציפליות - והדברים נאמרים מבלי רצון לפגוע - לפתוח פתח לשרירות ולשחיתות. אכן, בנושאים מסוימים ישנה הגמשה מובנית וננקט לעתים מכרז סגור בין גורמים מתמחים; ועוד, כדי לייעל באופן סביר את תהליכי המינוי למשרות בכירות, שמכרז אינו מתאים להן ביסודן, ויחד עם זאת לתת הזדמנות הוגנת גם למי שאינם "קרובים למלכות", הוקמו ועדות איתור. אך אחרי ככלות הכל, לב הרעיון שבמכרז על תילו, עד שיקומו חכמים אשר יעצבו משהו טוב הימנו.

ד. ואשוב למחלוקת: מדוע להעמיד את ועדות המכרזים בפני דילמות ופרצות שראשיתן ערכות בנקאית וסופן ההצעות גופן, ובתוך עמי אני יושב, ויצר לב האדם לא נשתנה – כאשר ערכות פגומה ראשית בחינתה פלפול, המשכה בלבול, ואחריתה עלולה להיות קלקול. נלכה ונשובה אל הארץ הטובה, גם אם אינה תמיד מחייכת, ואף אני סבור כחברתי הנשיאה כי המדיניות הדווקנית, אף אם לעתים ינתזו שבבים, משיגה ככלל פירות.

המשנה לנשיאה



1. דעתי שונה מעמדתם של חבריי הנשיאה והמשנה לנשיאה.

הדיון העקרוני באשר לפגם בערכות המצורפת להצעה במכרז איננו חדש עמנו. אין בכוונתי לדון בו מבראשית אלא רק להבהיר את עמדתי העקרונית, שכן בחוות דעתם של חבריי באה לידי ביטוי "מדיניות דווקנית" (כהגדרתם) שאותה אני מתקשה לאמץ במלואה. לאחר מכן אתיחס לנסיבותיו של המקרה שבפנינו ולתוצאה הרצויה בעיניי.

2. לצורך הדיון ביחס הרצוי לפגם בערכות, מן הראוי לחזור למושכלות יסוד. היכין והבועז של דיני המכרזים, התכליות העקרוניות העומדות בבסיסם של דיני המכרזים, הם היעילות הכלכלית ועקרון השוויון. במסגרת התכלית הראשונה, דיני המכרזים חותרים להשאת התועלת הכלכלית ולחסכון בכספי ציבור. במסגרת התכלית השנייה, עקרון השוויון מחייב לנהוג בשוויון ובהגינות כלפי המציעים, ולא אחת מצינו בפסיקה כי מתן סיכוי והזדמנות שווה למציעים הם לב לבו של המכרז הציבורי (ראו, לדוגמה, בג"ץ 368/76 גזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505, 511 (1976) (להלן: עניין גזלן)). האינטרס של שמירה על טוהר המידות משותף לשתי התכליות, באשר התקשרות שמקורה בשחיתות, שוחד או משוא פנים, פוגעת בציבור הן בהיבט הכלכלי והן בהיבט של שוויון והגינות. יש הגורסים כי השמירה על טוהר המידות היא תכלית העומדת בפני עצמה, לצד עקרון השוויון והשגת יעילות כלכלית, ולשיטה זו, דיני המכרזים עומדים על שלוש תכליות (יגאל מרזל "פגם בערכות להצעה במכרז ושאלת המידתיות" משפטים מה 203, 210 (2015) (להלן: מרזל); עומר דקל "מטרות המכרז: השוויון אינו העיקר" ספר יצחק זמיר: על משפט ממשל וחברה 441 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005) (להלן: דקל: מטרות המכרז)). בין תכליות עיקריות אלה מתקיימים יחסי גומלין, באשר ההנחה היא כי הקפדה על עיקרון השוויון, מגבירה את אמון הציבור במנגנון המכרז, ובכך מעודדת השתתפות במכרזים, שבתורה מקדמת את היעילות הכלכלית שבבסיס המכרז (ע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים - עיריית עפולה, פס' 12 (18.1.2009)).

3. כך בתיאוריה, אך בפרקטיקה, קשה לחלוק על כך שברוב המקרים פסילת ההצעה הזוכה מחמת פגם כזה או אחר שנפל בהצעה, פוגעת ביעילות הכלכלית. פסילת ההצעה מובילה לכך שתוצאת המכרז איננה אופטימלית מבחינה כלכלית, והיא גורמת

לעיתים חסרון כיס משמעותי לקופה הציבורית (עומר דקל מכרזים 584 (2004) (להלן: דקל: מכרזים); עומר דקל "לא חייבים לפסול הצעה פגומה – הצעה להסדר חלופי באשר לדין של הצעות פגומות במכרז" משפטים מה 157, 161-165 (2015) (להלן: דקל: הצעה להסדר חלופי); מרזל, עמ' 216).

יתרה מזו, דומה כי המכרז, כאמצעי שנועד להגביר את היעילות הכלכלית, הולך ומאבד את ערכו ככזה במהלך השנים. פעמים רבות, עצם עריכת המכרז על ידי הרשות, כרוכה בהשקעת משאבי זמן וממון המייקרים את עלות הפרוייקט, ולעיתים, יש בהליכי המכרז כדי לעכב ביצוע פרוייקט זה או אחר. מבחינת המציעים, גיבוש הצעה כרוך אף הוא במשאבי זמן וממון, לעיתים תוך שכירת אנשי מקצוע המלווים את ההליך המכרזי, כמו רואי חשבון, עורכי דין, מהנדסים וכיו"ב. דומה גם כי אין מכרז שאינו מגיע לכתלי בית המשפט, ועל כך תעיד הפסיקה הרבה בדיני מכרזים. כך נוצר מצב, בו מציעים "קטנים" נמנעים מלהשתתף במכרז, הן בשל העלות הכרוכה בגיבוש ההצעה והן בשל העלות הכרוכה בהתדיינויות משפטיות. ברי כי אין בכך כדי לעודד את התחרות במשק, ותחרות היא ככלל שם נרדף ליעילות כלכלית. ולבסוף, פסילה של הצעות במכרז בשל פגמים שלעיתים הם עניין של מה בכך, תוך גרימת נזק כספי של ממש לקופת הציבור, בוודאי שאינם מקדמים יעילות כלכלית.

[במאמר מוסגר: יש הגורסים כי מוסד המכרז, לצד תהליכי ההפרטה, הוא גם אחד הגורמים להגדלת הפערים בחברה. היעילות הכלכלית של המכרז נבחנת על פי התועלת הצומחת לכלל המשק, ונקודת המוצא היא, שככל שההצעה זולה ונמוכה יותר, כך המשק יוצא נשכר. מציע "זול" נתפס כמציע יעיל, אך מאחורי היעילות מסתתרים לעיתים עובדי המציע המשתכרים אלי צרור נקוב, באשר אין ביכולתו של המציע לשלם להם שכר הוגן - להבדיל משכר המחוייב על פי חוק - עקב ההצעה הנמוכה שהגיש כדי לזכות במכרז].

אין באמור לעיל כדי להרהר אחר יתרונותיו המוכחים של מוסד המכרז, והם רבים וטובים, אלא כדי להצביע על כך שברבות השנים והמכרזים, עלינו לחזור ולהעמיד מעת לעת נגד עיננו את תכליות המכרז.

4. בתחרות בין התכלית של יעילות כלכלית לבין התכלית של עקרון השוויון, הפסיקה בחרה במוצהר בעקרון השוויון, שמקובל לראותו כ"עקרון העל" בדיני המכרזים (ראו, לדוגמה, ע"א 6283/94 מנורה איזי אהרון בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, 26-27 (1995); ע"מ 10089/07 אירוס הגלבוט בע"מ נ' ברוך

(5.4.2011) (להלן: עניין אירוס הגלבוע)). אין בדעתי להרהר ולכפור בדעה זו, שקנתה לה שביתה בפסיקה מזה שנים ארוכות (לדעה אחרת ראו דקל: מטרות המכרז, בעמ' 448-443). עם זאת, כבואנו להגשים את עקרונות השוויון וההגינות, אל לנו לשכוח גם את עקרונות היעילות הכלכלית ואת "היד הרועדת" כאשר התוצאה היא פסילת הצעה תוך גרימת הפסד של ממש לקופה הציבורית ולאינטרס הציבורי (ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חב' החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח(3), 749, 781-782 (1994)).

הדברים מתחדדים במיוחד כאשר עוסקים בנו בפגמים שהם "טכניים" במהותם, וההתנגשות בין התכליות שבסיס דיני המכרזים, באה לידי ביטוי במיוחד בפגמים הקשורים בערבות הבנקאית. שאלה היא אם עקרון השוויון מצדיק לפסול הצעה בשל פגם בכתב הערבות. התשובה האינטואיטיבית היא לכאורה חיובית, שכן מציע שצירף ערבות פגומה הקל על עצמו בהשוואה למציעים האחרים. הגישה המקובלת אף החמירה וקבעה כי אפילו ערבות מיטיבה, דהיינו, ערבות שתנאיה טובים מהתנאים שנקבעו במכרז, דינה להיפסל:

"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." (ע"מ 6242/09 חג'אזי חברה לטיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, בפסקה 13 (10.11.2009)).

(להלכה הקובעת כי יש לפסול משיקולי מדיניות ערבות מיטיבה, ראו ע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל – הרשות הממשלתית למים וביוב (1.1.2012) (להלן: עניין אפקון)).

5. אלא שלא בכל המקרים יש הצדקה לפסול את ההצעה. ישנם מקרים חריגים שבהם הפגם בערבות הבנקאית הינו כה שולי וטפל, עד שהפגיעה הלכאורית בשוויון איננה מצדיקה את פסילת ההצעה (לביקורת מוקדמת על פסילת הצעה בשל פגם כלשהו בערבות, ראו: דקל: מכרזים, בעמ' 585; להרחבה בעניין שיקולי המדיניות השונים

בסוגיית שיקול דעתה של ועדת המכרזים בבואה לחרוץ את גורלה של הצעה פגומה ראו שם, בעמ' 532-541).

אפיון ראשוני של אותם מקרים חריגים שבהם לא תיפסל ההצעה ניתן למצוא כבר בכג"ץ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 472, 475 (1982): "מקרים מיוחדים ויוצאי דופן, כגון פליטת קולמוס או מקרים אחרים, בהם פעל המציע בתום-לב, וחזות המסמך מעידה על דבר הטעות, ואין על-כן להיזקק לעניין זה לראיות חיצוניות, באופן שביחסים שבין בעל המכרז לבין הבנק לא היה זה האחרון מתגונן בפני תביעת בעל המכרז" (להלן: עניין מבני פלס). ברוח זו ומתוך מגמת החמרה, התפתחה הלכה שצמצמה עד מאד את האפשרות "להכשיר את הפגם" (ראו למשל עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אברהמים, פ"ד נו(3) 505, 512 (2003); עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הפנים, בפסקה 7 (27.11.2003)), עד אשר האפשרות לסטות מן הכלל הוגדרה כ"חריג שבחריג" ובמקרים נדירים, ונאמר כי המחמיר תבוא עליו ברכה (דברי חברי השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בעע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר- מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי תנייה (2003) בע"מ (27.2.2006)).

6. לצד מגמת ההחמרה, שהובילה ליצירת גישה נוקשה ודווקנית, ניתן לזהות גישה "מרוככת" יותר, ובמקרים מסויימים נמנע בית המשפט מפסילת ההצעה חרף העובדה שנפלה טעות סופר בכתב הערכות (עע"מ 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (31.1.2010) (להלן: עניין אדמונית החורש), וראו אמירתו של השופט הנדל באותה פרשה: "ההצעה להתוות אמות מידה ומצבים שונים בהם פגם בערכות בנקאית לא יביא לביטול ההצעה למכרז – מבורכת"; עע"מ 2638/12 רשות שדות התעופה בישראל נ' א.א. עינת מסעדות בע"מ (19.7.2012) (להלן: עניין עינת)). להתבטאויות נוספות שבהן ניתן לזהות "נימה מרוככת" ראו: עמדתו של השופט א' א' לוי (בדעת מיעוט) בעע"מ 10064/04 מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 495 (2004) (להלן: עניין מרגלית); הערתו של השופט סולברג בעע"מ 1873/12 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (6.8.2012) (להלן: עניין אסום); פסקה 26 לחוות דעתו של השופט שהם (בדעת מיעוט) בעע"מ 5408/12 ברק 555 בע"מ נ' מגלקום תקשורת מחשבים בע"מ (14.2.2013) (להלן: עניין ברק 555); חוות דעתי בעע"מ 21/13 מגנזי תשתיות בע"מ נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ (24.3.2013) (להלן: עניין מגנזי); והערתו של השופט (כתוארו אז) גרוניס בעניין אפקון כי "ייתכן שכאשר התקלות בערבוינות מקורן בהתנהלות בלתי תקינה של מוציא המכרז,

ראוי לבחון פתרון אחר מאשר פסילת ההצעות הלקויות של המשתתפים"; מרזל, בעמ' 216 ה"ש 57)).

7. כאמור, מאז ומעולם הפסיקה הכירה בקיומם של מקרים חריגים שבהם לא תיפסל הערבות. אלא שהגישה הדווקנית העצימה את כוחו של הכלל בעוד שהחריג כמעט התרוקן מתוכו, וככל שיש מחלוקת בין הגישות הרי שהיא נוגעת רק לרוחבו ולהיקפו של החריג לכלל.

במחלוקת זו אני נוטה אל עבר הגישה המרוככת, שלפיה טעות בכתב הערבות אינה מובילה מיניה וביה לפסילת ההצעה על הסף, ויש לבחון את טיבה ומאפייניה של הטעות. ככל שמדובר בטעות שולית שנעשתה בתום-לב, כאשר אין חשש למניפולציה מצד המציע, כאשר הערבות ניתנת לחילוט וכאשר הפגם תוקן, אינני סבור כי עקרון השוויון מחייב בהכרח את פסילת ההצעה. אנמק להלן את גישתי.

8. דומה כי ככל שההלכה בנושא פגם בערבות בנקאית הלכה והתחזקה, כך הלכנו והתרחקנו מטעמו ומסברו של הרציונל שבבסיס פסילת ההצעה. הערבות הבנקאית נועדה "להבטיח את עורך המכרז כמקור לשיפוי על נזקיו במקרה שהמציע יחזור בו לאחר זכייתו או להרתיע את המציע מלנקוט צעד העשוי להביא לחילוט ערבותו; להרתיע מפני קשירת קשר בין המציעים; להוכיח איתנות כלכלית של המציע; למנוע קלות דעת, מניפולציות ותכסיסנות מצד המציע" (פסק דיני בעניין מגנזי). מובן כי צירוף כתב ערבות בסכום נמוך מהנדרש מעניקה יתרון לא הוגן למציע, וערבות פגומה עלולה ליצור קושי בחילוט הערבות על ידי בעל המכרז. מכאן נקודת המוצא כי יש בפגם בערבות כדי לפגוע בעקרון השוויון. אלא שההלכה הפסוקה הרחיבה את קשת המקרים בהם נפסלה הצעה עקב פגם בערבות הבנקאית, גם כאשר בערבות מיטיבה עסקינן (דהיינו, שסכום הערבות או תוקף הערבות היו מעבר לנדרש במכרז) וגם כאשר, על פניו, היה מדובר בפגם פעוט הנובע מטעות קולמוס או טעות בתום לב, שאין בה כדי להקנות יתרון של ממש למציע, או כדי להקים חשש של ממש לאפשרות לממש את הערבות. כשלעצמי, אני סבור כי יש מקום לשנות מגמה זו, ועודנו באים לבחון פגם שנפל בערבות בנקאית שומה עלינו להעמיד נגד עיננו את התכליות שבסיס דיני המכרזים. עקרון השוויון אינו סיסמה מיכנית, ויש לזהות ולאחר אם מאחורי פגמים זניחים ושוליים בערבות בנקאית יש כדי לפגוע בשוויון המהותי בין המציעים.

ער אני לכך שאיננו "בית שופטים" וראוי לשמור על יציבות ההלכה ועל אחדותה, על מנת שוועדות המכרזים תדענה כיצד לנהוג בעתיד, ודומה כי זה הרציונל

שבבסיס ההלכה שנקבעה בעניין אפקון. אך גם דרך של אלף מילין מתחילה בצעד אחד, ואני תקווה כי עמדתי זו, בצירוף פסקי הדין שנקטו בגישה מרוככת כמפורט לעיל, תטה לאיטה את הכיוון אליו משייטת כיום ספינת המכרזים בכלל, ובנושא הפגמים בערכות בנקאית בפרט.

9. בנקודה זו אתייחס לשאיפתה של "המדיניות הדווקנית" להפחית את הטעויות בכתבי ערכות המוגשים על-ידי מציעים. כדברי הנשיאה בחוות דעתה: "המציעים והבנקים ידעו שיש הקפדה, וכך תפחתנה הטעויות"; והמשנה לנשיאה הצר על כך שאנו נתקלים שוב ושוב ב"פלפולי ערבויות" כשהפתרון הפשוט הוא "כביש הסרגל", קרי, ערכות כדבעי".

אף אני שותף לשאיפה להפחית את כמות הפגמים הנופלים בערבויות, אך מסופקני עד כמה המדיניות הדווקנית אכן תורמת להשגת מטרה זו. ההלכה הנוקשה לפיה נפסלות הצעות בשל פגם בערכות בנקאית, ידועה ומוכרת לכל העוסקים במכרזים. למרות זאת, מסתבר שעדיין נופלות טעויות בכתבי ערכות, ועל אף שהטעות עלולה להביא לאבדן הזכיה במכרז, מדובר בתופעה נפוצה יחסית. הסיבה לכך היא שבבני אנוש עסקינן, והשאיפה לאפס טעויות בערבויות בנקאיות היא אידיאל שלא ניתן להגשימו. במכרזים פשוטים, אך בעיקר במכרזים מורכבים, יש מספר גורמים המעורבים בהכנת המכרז, ונקל לדמיין את סמנכ"ל הכספים מורה לחשב החברה לבקש מהבנק להנפיק ערכות בנקאית, וכך, בנקודה כלשהי בתהליך הנפקת הערכות, נופלת תקלה. ואכן, אחת הסיבות העיקריות לתקלות שנופלות בכתבי ערכות, אם לא העיקרית שבהן, היא מעורבותו של הבנק שמנפיק את כתב הערכות (דקל: מכרזים, בעמ' 536, 538 ו-572). כדי לסבר את האוזן, ולו כאנקדוטה, יצויין שבעניין אפקון, נפסלו 3 מתוך 4 הצעות בשל פגמים בכתבי הערכות. תקלות נוספות נובעות לעיתים מהתפתחות בהליכי המכרז, כמו דחיית המועד האחרון להגשת הצעות, מה שעשוי לחייב את המציע להאריך את תוקף הערכות שכבר הונפקה על פי התאריך המקורי בו ניתן היה להגיש הצעות. חלק מהתקלות מוטל לפתחם של עורכי המכרז בשל ניסוח כושל.

החשוב לענייננו הוא, שהפסיקה הנוקשה והדווקנית בנושא ערבויות לא הצליחה לשרש את הפגמים המתגלים חדשות לבקרים בערבויות:

"חזרה והכתה בנו ההכרה בכך שפגמים בערבויות חוזרים ומתגלים כאבן נגף על דרכם של דיני המכרזים. מחד גיסא, בית משפט זה הקפיד בצדק על תנאי הערכות, כדי להבטיח שוויון וכדי לקיים וודאות משפטית. מאידך

גיסא, טעויות בחישוב סכום הערכות חוזרות על עצמן חדשות לבקרים, באופן שפוגע לעתים גם במציעים רציניים, שפסילתם אינה משרתת למעשה את האינטרס הציבורי. כמובן, ניתן לחזור ולהפציר במשתתפים במכרזים להקפיד בעניין זה, לנוכח העובדה שהטעויות בתחום זה פוגעות קודם כל בהם. אולם, כמבט מערכתי, ייתכן שטוב יעשו רשויות אם יעשו כל שאלל ידן לפשט את הגדרת הדרישות ביחס לערכות...” (דברי השופטת ד’ ברק-ארז בעע”מ 303/12 מטיילי קרית שמונה בע”מ נ’ עדיית צפת, פס’ 26 (3.7.2012), הדגשה הוספה – י”ע).

לגישה הדווקנית בה דוגלים הנשיאה והמשנה לנשיאה גם בערעור דכאן, יש נפקות גם ביחסי הבנק והמציע. תקלה מעין זו, שאין חולק כי מקורה בטעות של פקידת הבנק, עשויה לגרור הגשת תביעה לפיצויי קיום מצד מציע שהצעתו נפסלה בגין פגם בערכות, וכבר היו דברים מעולם. וכך עלול להיווצר מצב בו בנק, שהנפיק ערכות בנקאית תמורת עמלה של מאות שקלים, ימצא עצמו נתבע בעשרות מליוני שקלים.

10. הנה כי כן, הגישה הדווקנית לא הצליחה “לחנך” את הציבור ולשים קץ לפגמים שנפלו בתום לב בערכות בנקאית. מנגד, יש בגישה זו כדי להכביד על הקופה הציבורית מבלי לקדם באמת את ערך השוויון וההגינות, תוך יצירת מעגלי תסבוכת נוספים, מעבר להתדיינות המשפטית הסבוכה והיקרה כשלעצמה, הנוגעת להליכי המכרז גופו.

החשש ל”מדרון חלקלק” ומכאן חלילה לשחיתות ולפגיעה בטוהר המידות אמור תמיד לעמוד נגד עיני בית המשפט. אין חולק כי מכרז שנתגלה בו אבק שחיתות אחת דינו להיפסל, אך מעיון במקרים שנדונו בפסיקה הנוגעת לפסילת ערכות בנקאית עולה כי הזיקה בין פגמים בערכות בנקאית לבין חשש לפגיעה בטוהר המידות היא רופפת ביותר, אם בכלל. הגישה הדווקנית אף אינה עומדת בקנה אחד עם כללים אחרים בדיני המכרזים, כמו הכלל לפיו יש להעדיף פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן (ע”א 4605/99 אלישרא מערכות אלקטרוניות בע”מ נ’ רשות שדות התעופה בישראל, פ”ד נה(1) 1, 9-10 (1999)). הפסילה הכמעט “אוטומטית” של הצעה בגין פגם שנפל בערכות בנקאית, סותרת גם את הגישה לפיה “בבחירת הסעד הראוי, יש לשאוף לתוצאה האופטימאלית אשר תסיר את הפגם, תוך פגיעה מינימאלית בהליכי המכרז ובמתחרים, נוכח המשאבים המושקעים מצד כל המעורבים בהליכים אלה” (עניין אירוס הגלבוע, פס’ 48). רוצה לומר כי אל לנו להחיל את עקרון השוויון באופן מיכני, אלא יש לבחון את הפגם לגופו, תוך שאנו מעמידים נגד עינינו גם את התכלית הכלכלית שבבסיס דיני המכרזים.

11. המסקנה המתבקשת, לדעתי, היא שישנן טעויות שקשה מאד למנוע אותן ואין מנוס מלהכיר בכך ש"שגיאה היא דבר אנושי ואין ניתן להימנע ממנה כליל" (דברי השופט סולברג בעניין עינת, פסקה 12). אין ספק שהאיום בפסילת הצעה יש בו כדי לצמצם את כמות הטעויות, והחשש מפני פסילת ההצעה אמור להוביל את המציע להקפיד על קלה כבחמורה ולבדוק שוב ושוב את התאמת כתב הערבות לדרישות שנכללו במכרז. עם זאת, טעות סופר היא תופעה מוכרת ואף פסקי דין והחלטות שיפוטיות העוברים הגהה קפדנית אינם חסינים מפניה. אף מחוקק המשנה הכיר במציאות זו והתיר ליו"ר ועדת המכרזים לתקן טעות סופר או טעות חשבונאית שנפלה בהצעה (סעיף 20(ג) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; וראו דקל: מכרזים, עמ' 546-548).

אכן "על המציעים במכרז מוטלת החובה להקפיד, בדקדקנות ובדווקנות, על ניסוח הצעתם בכלל, וכתב הערבות בפרט. וכך גם על הבנקים הערבים מוטלת החובה להקפיד בניסוח כתב הערבות". לדבריה אלו של חברתי הנשיאה אני מצטרף ללא היסוס, אך בשונה ממנה אין חלקי עם המחמירים בכגון דא. נוטה אני לעבר הגישה שביטא השופט סולברג:

"שוב ושוב אנו מתריעים כי המציע נדרש לבדוק את הצעתו בשבע עיניים, בעיון מדוקדק, וכי האחריות לטעות תוטל בדרך כלל על כתפיו. אך עדיין נדרשים חברי ועדת המכרזים להפעיל שיקול דעת. ברי כי אם הפגם אינו נמנה על החריגים שנקבעו בפסיקה, זכותה וחובתה של ועדת המכרזים לנהוג בדווקנות, בקפדנות, ולפסול את ההצעה. אך אם מתגלה טעות במסמך, על הוועדה לבחון את מקור הטעות והאם מדובר בפגם שיש לנהוג בו כבדרך כלל, או כבחריג היוצא מן הכלל" (עניין עינת, פסקה 8).

12. בדבריי לעיל ביקשתי לתת ביטוי לחלק מן הערכים המתחרים ולאינטרסים התומכים בהגמשת-מה של "המדיניות הדווקנית", כדי לתאר תמונה מלאה יותר של מערך השיקולים הרלוונטיים על צדדיו השונים. בכך אני מתקרב לגישה שהוצעה בספרות ולפיה בפסילת הצעה בשל פגם בערבות בנקאית יש לפעול במידתיות וניתן לשם כך להיעזר בשלושת מבחני המשנה: האם פסילת ההצעה קשורה קשר רציונלי לקידום השוויון; האם אין אמצעי פוגעני פחות שיש בו כדי להגשים באותה מידה את קידום השוויון; והאם קיים יחס ראוי בין קידום השוויון לבין התכלית של היעילות



הכלכלית שבבסיס דיני המכרזים (מרזל, עמ' 205, 235-247). מן הראוי להוסיף כי בספרות הוצעו לאחרונה "פתרונות ביניים" – שאינם דורשים בחירה בינארית בין התעלמות מן הפגם בערכות לבין פסילת ההצעה – כמו הפחתת ניקוד להצעה. אינני רואה להרחיב את הדיון בכך במסגרת ההליך הנוכחי (דקל: הצעה להסדר חלופי, עמ' 166-168).

מן הכלל אל הפרט

13. לטעמי, לצורך ההכרעה בתיק שבפנינו, ניתן להגיע לתוצאה לפיה אין לפסול את הצעתה של המערערת, גם על פי הקריטריונים שהותוו על ידי השופט מלצר בעניין אדמונית החורש, קריטריונים שנועדו במקורם להקל במקרים של פגם בערכות ולא להחמיר. כפי שנקבע שם, ניתן להימנע מפסילת ההצעה אם הפגם שנפל בכתב הערכות "נובע מפליטת קולמוס, או מטעות סופר, או מהשמטה מקרית, או מהוספת דבר באקראי" ובלבד שיתקיימו במצטבר גם ארבע הדרישות הבאות:

- "(א) הטעות נלמדת מהערכות 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" (שם, בפסקה 6).

במקרה דנא, הפגם שנפל בכתב הערכות של המערערת נוגע למועד תוקפה של הערכות. ככלל, ההלכה היא כי ערכות שניתנה לתקופה קצרה יותר מן התקופה שנדרשה במכרז – היא ערכות פגומה באופן מהותי ויש בכך כדי לפסול את ההצעה (בג"צ 665/87 חברת ג'רייס ברבארה בע"מ נ' המועצה המקומית אבו סנאן (13.03.1988); בג"צ 751/89 א. לוי קבלני בנין בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מד(2) 441 (1990); עניין י.ת.ב.; עניין מרגלית)). יחד עם זאת, נסיבותיו של המקרה דנן הן ייחודיות. פרטי הערכות שצירפה המערערת להצעתה תואמים במדויק לדרישות המכרז, לרבות המועד שעד אליו הערכות תהיה בתוקף (25.6.2015). הפגם בכתב הערכות נעוץ בכך שהתאריך הנקוב בכותרת המסמך הוא 23.06.2015 במקום 23.03.2015. יודגש: לא נאמר בגוף המסמך כי הערכות תיכנס לתוקף ביום 23.6.2015 אלא זהו התאריך הנקוב

בראש המסמך. המועד האחרון להגשת הצעות למכרז נקבע ליום 25.3.2015, והמערערת הגישה את הצעתה, בצירוף כתב הערבות, לפני מועד זה. המשמעות היא כי לא יכול להיות ספק שכתב הערבות לא הונפק ביום 25.6.2015, כפי שצויין על גביו, וכי בהכרח נפלה טעות סופר. לאחר שהבנק הבהיר כי מדובר בטעות הקלדה וכי ביום 23.3.2015 המערערת חויבה בעמלה בגין הערבות – ספק אם ניתן עוד לחלוק על כך שכתב הערבות הונפק למעשה ביום 23.3.2015.

זאת ועוד. ועדת המכרזים כלל לא הבחינה בטעות שנפלה בטופס הערבות, והצעתה של המערערת הוכרזה כזוכה במכרז. יתרה מזו, הבנק, כ"משיח לפי תומו", תיקן את הטעות בהמשך בטפסי הערבות המתוקנים, עוד טרם התגלתה הבעיה. רק לאחר פנייתה של המשיבה 2 החליטה ועדת המכרזים לפסול את הצעתה של המערערת מחמת הפגם שנפל בכתב הערבות.

14. לדעתי, טעות מעין זו נכללת בגדר אותם פגמים חריגים שאין בהם כדי להוביל לפסילת הצעה במכרז. איננו עוסקים בערבות שאינה בת-חילוט או בערבות הנמוכה מסכום הערבות. מדובר בטעות סופר מובהקת, שאירעה כאשר פקידת הבנק החליפה את הספרה 3 בספרה 6. חברתי הנשיאה היתה מוכנה להניח כי מדובר בטעות שנעשתה בתום לב, וכי הטעות לא הקנתה למערערת יתרון הפוגע בעקרון השיוויון (פסקה 10 לחוות דעתה). לשיטתי, מתקיימים כאן גם יתר התנאים שנקבעו בעניין אדמונית החורש. ראשית, הטעות בהחלט נלמדת מכתב הערבות כשלעצמו. אמנם, כפי שטענה המשיבה 2, "ניתן, עקרונית, להנפיק ערבות לשלושה ימים"; אך בשים לב לכך שהערבות הוגשה בסוף חודש מרץ 2015, אין זה סביר להוציא ערבות שתעמוד בתוקף למשך שלושה ימים בלבד החל מסוף חודש יוני 2015. בנסיבות אלה המסקנה המיידית של כל מי שבוחן את כתב הערבות היא כי מדובר בפליטת קולמוס. בשונה מחברתי הנשיאה, אינני סבור כי מתעורר "חשד" בלבד, ולטעמי ברור שמדובר בטעות. כמו בעניין עינת, כך גם במקרה דנא "די היה בבחינת מסמך הערבות, כדי להגיע למסקנה כי קיים פגם טכני בערבות וכי יש מקום להבהרה" (שם, בפסקה 6). אמנם שם חוסר ההיגיון התבטא בכשל לוגי מובהק יותר מאשר כאן, אבל גם במקרה הנוכחי התאריך השגוי שצויין על גבי כתב הערבות מבטא חוסר היגיון עסקי-מעשי.

בנוסף, יש טעם לבחון אם הבנק צפוי להכיר בכך שנפלה טעות סופר ולכבד את הערבות, או שמא יש לו אפשרות ריאלית להתנער ממנה ולכפור בתוקפה (בג"ץ 134/72 "דמיר" חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד כו(2) 183, 186 (1972)); עניין מבני פלס, בעמ' 475; עניין אדמונית החורש, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט

מלצר; עניין עינת, בפסקאות 9-10 לפסק דינו של השופט סולברג). במקרים מהסוג האחרון, הפגם בערבות הוא בעל השפעה מעשית ועלול לגרום את מפרסם המכרז למאבק משפטי מול הבנק. לעומת זאת במקרים מהסוג הראשון, שעליהם נמנה לדעתי גם המקרה הנוכחי, ועדת המכרזים קיבלה למעשה ערבות שהפגם שנפל בה איננו מוסיף ואינו גורע על האפשרות לממשה.

15. התנאי האחרון שנותר לדון בו, על פי הלכת אדמונית החורש, מעורר שאלה קשה יותר. על פי תנאי זה נדרש כי "ניתן ללמוד על כוונתו האמיתית של המציע מראיות המצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרז". בחוות דעתה של הנשיאה הושם דגש על הסיפא של התנאי, ונקבע כי המערערת לא עומדת בתנאי זה, מכיוון שהמסמכים שמלמדים על כוונתו האמיתית של המציע צורפו רק בשלב מאוחר יותר ולא עמדו בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרז. אמנם, המסמכים אשר מוכיחים בבירור את תוכנו האמיתי של כתב הערבות הוצגו רק בשלב מאוחר יותר ולא עמדו בפני ועדת המכרזים במועד חשיפת ההצעות, אך לדעתי, עדיין ניתן היה להבין גם מתוך כתב הערבות עצמו כי הכוונה היתה להעמיד ערבות החל מיום 23.3.2015, כפי שנדרש במכרז.

מכל מקום אני סבור שבנסיבות אלה, שבהן מדובר בטעות סופר בלבד ומתקיימים יתר התנאים שהוצבו בעניין אדמונית החורש, לא מן הנמנע שוועדת המכרזים תתחשב גם בהבהרות מאוחרות (בהקשר זה השוו למשמעות שיוחסה להבהרה מטעם הבנק בעניין אדמונית החורש (פסקה 7 לחוות דעתו של השופט מלצר, פסקה ה לחוות דעתו של חברי השופט רובינשטיין, ובחוות דעתו של השופט הנדל), וכן השוו לעניין עינת, אף ששם ההכרעה התבססה על הסדר דיוני מוסכם; בנוסף ראו: דעת המיעוט של השופט לוי בעניין מרגלית ושל השופט שהם בעניין ברק 555; מרזל, בעמ' 242; דקל: הצעה להסדר חלופי, בעמ' 168). להסרת ספק אבהיר שלא נעלם מעיניי כי במצב הדברים הרגיל, קבלת הבהרות מאוחרות עומדת בניגוד לכללים המקובלים בדיני המכרזים (ראו, לדוגמה, עניין אסום בפסקה 16). אך יש לתת משמעות לכך ש"הסבריו של הבנק בדיעבד, אינם מתקנים את הערבות אלא מבהירים את הערבות, על הפגם שנלמד מתוכה" (עניין עינת, פסקה 11). בנסיבות שפורטו, אני סבור כי התועלת בקבלת הבהרות גדולה מן הנזק הכרוך בפסילת ההצעה.

16. לסיום, אחזור לנקודה בה פתחנו: האם פסילת הצעתה של המערערת משרתת את תכליותיהם של דיני המכרזים? פסילת ההצעה לא תורמת ליעילות הכלכלית, ובנסיבות העניין אף אינני רואה כיצד החלטתה של ועדת המכרזים מקדמת ערכים של

הגינות ושיוויון. ובאספקלריה של מידתיות על מבחני המשנה שבה, פסילת ההצעה נופלת כבר במבחן המשנה הראשון, בהיעדר כל קשר רציונלי בין פסילת ההצעה לקידום השוויון.

טעות ההקלדה שנפלה בכתב הערכות לא היטיבה כהוא זה עם המערערת, לא הקנתה לה טווח תמרון או פתח לרכישת יתרון לא הוגן על יתר המציעים, ולא הפכה את הערכות הבנקאית לבלתי ניתנת לחילוט. לא מדובר בתכסיסנות ולא במניפולציה, אלא בקוצו של יו"ד. כבר נזדמן לי לומר, בהקשר של ערכות בנקאית מיטיבה של יום אחד בלבד, שאף עליה נתעבר המציע שלא זכה במכרז: "שנינו ולמדנו כי סופר סת"ם מדקדק על קוצו של יוד, אך שומה עלינו להישמר מהתוצאה של 'אך קוצו של יוד הוא הרגני' (יל"ג מתוך 'אשה עברה מי ידע תיך?') (עע"מ 8285/13 מוסקוביץ נ' רשות נחל וניקוז שורק-לכיש (8.12.2013)).

ולבסוף, אני ער לקיומם של שיקולי מדיניות נוספים, ובהם השאיפה לוודאות משפטית על-ידי צמצום שיקול הדעת המוענק לוועדת המכרזים. אינני סבור כי שיקולים אלה מטילים את הכף אל עבר פסילת ההצעה מקום בו גלוי לעין שמדובר בטעות סופר ובתנאים שפורטו לעיל. בין היתר, נראה בעיניי כי קו הגבול בין הכלל לבין החריגים נותר ברור במידה מספקת גם על פי הגישה המרוככת.

17. נוכח האמור, לו דעתי היתה נשמעת הייתי מציע לקבל את הערעור ולהורות כי הצעתה של המערערת היא הזוכה במכרז.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של הנשיאה מ' נאור.

ניתן היום, ז' באב התשע"ו (11.8.2016).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה