

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8416/99

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

בפני:

המערערת: אי.איי.אם אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע"מ

נ ג ד

המשיבים:
1. מפעל הפיס
2. אינטרנשיונל פרפורמנס אנד אקסלנס בע"מ
3. מיחשוב ישיר מערכות בע"מ
4. קומפיוטרסטור מ.ש.ז בע"מ
5. סינטק טכנולוגיות מתקדמות בע"מ
6. סופר שיווק טכנולוגיות בע"מ
7. יבמ ישראל בע"מ
8. דורקום מחשבים בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א-יפו, מיום 2.11.99, בה"פ 10809/99 שניתן על ידי כבוד השופטת א' חיות

תאריך הישיבה: ד' בניסן התש"ס (9.4.2000)

בשם המערערת: עו"ד אמנון ירושלמי; עו"ד שבת

בשם המשיב מס' 1: עו"ד אהוד גרא; עו"ד עידית בן עמי

בשם המשיבה מס' 2: עו"ד יובל לוי; עו"ד יחיאל כשר; עו"ד עודד נשר

בשם המשיבה מס' 3: עו"ד דוד גוטליב

בשם המשיבה מס' 4: עו"ד חיים אינדיג

בשם המשיבה מס' 5: עו"ד ארי מילשטיין; עו"ד סטרטינר

בשם המשיבה מס' 6: עו"ד גולן גולדשמידט; עו"ד ליעד שוהם

בשם המשיבה מס' 7: עו"ד צבי אגמון; עו"ד גלית פליישר

בשם המשיבה מס' 8: עו"ד אורי ברגמן; עו"ד עופר ינקוביץ

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

הצעתו של משתתף במכרז נפסלה. היא לא עמדה באחד מתנאי הסף. הרשאי אותו משתתף לטעון לביטולו של מכרז בשל פגמים (בין של סף ובין לגוף העניין) שנפלו בהצעות של המשתתפים האחרים?

1. המשיב מס' 1 (מפעל הפיס) פרסם מכרז לרכישת מחשבים. הוגשו שמונה הצעות. הצעתה של המערערת נפסלה, שכן נמצא פגם בערבותה. ועדת המכרזים מצאה כי הזכות הן המשיבות 2-5. שאר המשתתפים במכרז (המשיבות 6, 7 ו-8) הגיעו להסדר עם המשיב מס' 1. נותרה המערערת בלבד. היא טענה בפני בית המשפט המחוזי כי לא היה מקום לפסול את הצעתה. כן טענה כי בהצעות של המשיבות 2-5, כמו גם בהליכי המכרז, נפלו פגמים המצדיקים ביטול המכרז.

2. בית המשפט המחוזי (השופטת א' חיות) פסק כי בהצעתה של המערערת נפל פגם, ובדין נפסלה. מכיוון שכך קמה בפני בית המשפט השאלה, אם ניתן לשמוע מפי המערערת טענות בדבר פסילת הליכי המכרז. בית המשפט פסק, תוך הסתמכות על בג"ץ 725/88 בוכריס נ' ראש המועצה המקומית קרית עקרון, פ"ד מג(3) 837 (להלן - פרשת בוכריס), כי למשתתף שהצעתו נפסלה זכות עמידה לדרוש ביטול הליכי המכרז רק אם הפגם המיוחס על-ידו להצעה הזוכה הוא אותו פגם שנפל בהצעתו שלו. תנאי זה אינו מתקיים בעניין שלפנינו. כן נפסק - בעקבות ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מח(3) 749 (להלן - פרשת מספנות ישראל) - כי הפגמים להם טוענת המערערת אינם נופלים בגדר ה"משפחה" אליה נמנה הפגם שנפל בהצעתה. לאור מסקנה זו דחה בית המשפט את עתירתה של המערערת, בלא לבחון את הליכי המכרז לגופם. מכאן הערעור שלפנינו.

3. ערעור המערערת מכוון לשאלת מעמדה בלבד. לטענתה יש להכיר במעמדה, גם אם אין זהות בין הפגם שנפל בהצעתה שלה לפגם שנפל בהצעות האחרות. רק בדרך זו ניתן יהא להגן על אינטרס הציבור בקיומם של מכרזים תקינים. כן נטען על ידי המערערת כי הפגם שנפל בהצעתה והפגמים להם היא טוענת בהצעות האחרות, נופלים בגדרה של "משפחה" של פגמים, בהיות כולם תנאי סף (ובהם אי הגשות דו"חות כספיים כנדרש, אי הגשת מפרטים טכניים, אי הצגת אישורים על תקנים וכיוצא בהם פגמים רבים אחרים). לבסוף, המערערת מדגישה, כי יש ליתן לה מעמד נוכח העובדה כי היא טוענת לפגמים חמורים נוספים, ובהם אפליה פסולה, ניהול משא ומתן אסור, פגיעה בשוויון וחוסר תום לב.

4. המשיבים תומכים בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. הם מציינים, בנוסף לכך, כי המערערת אינה טוענת לפגמים בהצעות כל המשתתפים במכרז, וממילא אינה יכולה לטעון לביטול הליכי המכרז כלפי כל המשתתפים. כן נטען, כי אין בפגמים הנטענים משום פגיעה בטוהר המידות. לבסוף, הודגש כי על המשיבה מס' 1 לא היתה מוטלת, בפרשה שלפנינו, חובת מכרז. מטעם זה אין להחיל על המכרז את כללי המכרזים הפורמאליים, כל עוד נשמרו העקרונות שבבסיס דיני המכרזים.

5. דיני המכרזים פותחו מאז שנות הששים, בבית המשפט הגבוה לצדק. לאחרונה הוכרה, בעניין זה, גם סמכותם (המקבילה) של בתי המשפט האזרחיים. עם "העברת" הדיון בענייני מכרזים מבית המשפט הגבוה לצדק לבית המשפט האזרחי - ובקרב בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים על פי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס2000 - עברו עימהם כל דיני המכרזים על פיהם נהג בית המשפט הגבוה לצדק (ראו סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, וכן בג"ץ 991/91 פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50). במסגרת זו, על בית המשפט האזרחי להפעיל את דיני המעמד בדיון (ה-locus standi) על פיהם פועל בית המשפט הגבוה לצדק (ראו זמיר, "מכרזים ציבורים בבית-משפט אזרחי", משפט וממשל א' 197, 208 (תשנ"ב)). שאם לא כן, יפוצלו הדיונים, באופן שעותר חסר מעמד בבית המשפט האזרחי יפנה לבית המשפט הגבוה לצדק. תוצאה זו יש למנוע. נבחן, איפוא, את הסוגיה שלפנינו באותן אמות המידה בהן היינו בוחנים אותה אילו התגלגלה לפתחנו בשבתנו כבית משפט גבוה לצדק.

6. תחילה נהגה הלכה, לפיה זכות העמידה להתריע על פגמים במכרז, נתונה רק למי שהיה זכאי בעצמו לזכות באותו מכרז (לניתוח ההתפתחות ראו פרשת מספנות ישראל, עמ' 763). ביסוד הלכה זו עמדו שני שיקולים: הראשון, נגזר מהגישה אשר נהגה אותה עת בדיני המעמד, ואשר קשרה את מעמדו של עותר באינטרס האישי שלו. עותר שהצעתו פסולה, אינו בעל אינטרס בביטול המכרז, שכן הצעתו ממילא פסולה (ראו בג"ץ 100/64 מטעי עמק ארזים בע"מ נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד יח(2) 278). השיקול השני התבסס על התפישה כי רק מי שנהג כשורה יכול לטעון כנגד התנהגות פסולה של זולתו (ראו בג"ץ 373/84 רימון נ' המועצה המקומית מגדל, פ"ד לח(3) 447; בג"ץ 19/82 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673, 688).

7. שני שיקולים אלה אינם יכולים לעמוד כיום. כנגד השיקול הראשון עומדים דיני המעמד המודרניים, המכירים ביד רחבה במעמדו של עותר נעדר אינטרס אישי (ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441). אם מי שלא השתתף כלל במכרז עשוי להיות בעל מעמד לטעון כנגד פגמים במכרז, מדוע יגרע חלקו של מי שהשתתף במכרז, אך הצעתו נפסלה? זאת ועוד: משתתף שהצעתו נפסלה הוא בעל אינטרס בביטול

המכרז, דבר העשוי לאפשר לו להשתתף במכרז חדש שיוצא. נמצא, כי גם על פי דיני המעמד הישנים, הדורשים אינטרס לגיבוש מעמד, עותר שהשתתף במכרז והצעתו נפסלה, הוא בעל מעמד לעניין טענתו כי יש לבטל את הליכי המכרז (ראו Black Hills Refuse Service, 67 Comp. Gen. 261 (1988), בו נפסק במשפט האמריקני - העומד על דרישת האינטרס לצרכי המעמד - כי משתתף במכרז אשר הצעתו נפגמה, יכול לטעון לביטול של המכרז, בשל הפגמים שנפלו בהצעות אחרות, אם מטרתו הינה לבטל המכרז ולאפשר לו השתתפות במכרז חדש).

8. כנגד השיקול השני עומד הצורך להבטיח את טוהר המכרז ותקינותו. גם מי שהצעתו נפסלה עשוי להצביע על פגמים בהליכי המכרז, דבר שיביא ליתר תקינות במינהל הציבורי. באיזון בין השיקול (של הפרט ושל הכלל) בהבטחת שוויון, הגינות וטוהר מידות במכרזים לבין השיקול בדבר רתיעה משמיעת טענות מפיו של זה שהצעתו נפסלה, יד השיקול הראשון על העליונה. האמון של הציבור בשיטת המכרזים ייפגע אם טענות בדבר פגמים בהליכי המכרז לא יוכלו להשמע רק משום שהטוען לפגמים אלה חטא גם הוא (ראו רובינשטיין, "דינו של פגם במכרז", עיוני משפט ב' 214 (1972)). מכאן הצורך להרחיב את היקף הביקורת השיפוטית, באופן שזו תשתרע גם על טענותיו של עותר שבהצעתו שלו נפל פגם. כמובן, עותר כזה לא יוכל לזכות במכרז (שכן בהצעתו נפל פגם), אך הוא יוכל להביא לביטול המכרז (שכן בהצעות האחרות או בהליכי המכרז נפל פגם). יתכן שיש בכך, בטווח הקצר, פגיעה ביעילותם של הליכי המכרז. אין בכך ולא כלום, שכן יש בכך, בטווח הארוך, להגביר את האמון של הציבור בשיטת המכרז ואת נכונותו ליטול בו חלק (ראו ע"א 6283/94 "מנרה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 21, 26; ע"א 4553/97 א.צ.מ.ה. נ' החברה לתשתיות זורמות פרדס (לא פורסם)).

9. מכאן הגישה שהחלה להתפתח בעשור האחרון, והמכירה במעמדו של עותר, שהצעתו נפסלה, להלין כנגד הליכי מכרז, במטרה להביא לביטול המכרז. עמדתי על כך בפרשת בוכריס, בצייני:

"אין להעלות על הדעת, כי נדחה עתירה בשל פגם שנפל בהצעתו של העותר, ובכך ננציח החלטת הרשות השלטונית, המבוססת על אותו פגם עצמו שנפל בהצעה שזכתה במכרז. אילו נהגנו כך, לא היינו נאמנים לתפקידנו לדאוג, במסגרת עתירות כדין המובאות לפנינו, לקיום טוהר השירות הציבורי ושלטון החוק בו" (שם, עמ' 839).

ובפרשה אחרת הוספת:

"טענה למעורבות פוליטית פסולה יש בכוחה להעניק מעמד לאיש המציבור... על אחת כמה וכמה שיש בה כדי להעניק מעמד למשתתף

במכרז שהצעתו לא נתקבלה. לעותר זה יש מעמד, הן ברצותו לשמור על שלטון החוק, והן בשל האינטרס שיש לו בביטול המכרז ובעריכתו מחדש. אכן, אפילו לא יזכה עותר זה בקבלת הצעתו בשל הפגם שבה, הוא עשוי לזכות במתן הזדמנות להשתתף במכרז שייערך מחדש" (בג"ץ 1745/91 א.י.ס.א.ס. מערכות כבלים נ' המועצה לשידורי כבלים (לא פורסם)).

ודוק: משתתף שהצעתו נפסלה לא יוכל לבקש כי הצעתו תתקבל אך בשל פגמים שנפלו בהצעות האחרות (פרשת מספנות ישראל, עמ' 763; רע"א 2262/96 חברת יו-דבי בע"מ נ' המועצה האזורית עמק לוד (לא פורסם)). הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו בהיעדר אינטרס לעותר, אלא בשל דיני המכרזים המהותיים - המבוססים על שוויון, הגינות, אמון הציבור ויעילות עסקית - שאינם מאפשרים זכיה למי שבהצעתו נפל פגם. עניינו שלנו הוא בעותר שאינו מבקש לקבל את הצעתו, אלא המבקש לפסול את ההצעות האחרות, או את הליכי המכרז בשל פגמים שנפלו בהם.

10. בפרשת בוכריס הוכר מעמדו בדין של עותר, שהצעתו נפסלה בשל פגם שלטענתו נפל גם בהצעות האחרות. ניסוח הפסק צומצם, מטבע הדברים, למצב עובדתי זה. עם זאת, הגיונו של הפסק חורג מעבר למסגרת זו. אכן, מה לי המקרה בו הפגם בהצעת העותר והפגם בהצעת מתחרהו הוא אותו פגם, ומה לי המקרה בו הפגמים שונים הם. בשני המקרים ראוי הוא להכיר במעמדו של העותר. השופט חשין היה מודע לכך, ובפרשת מספנות ישראל ביקש להרחיב המעמד ולהכיר במעמדו של עותר הטוען כנגד פגם שנפל בהצעה הזוכה, השייך לאותה "משפחה" של פגמים אליה שייך הפגם שנפל בהצעתו. אך מדוע להגביל את מעמדו של העותר רק למסגרת נתונה של משפחת פגמים? הטעמים המונחים ביסוד הגישה המרחיבה - והסומכים עצמם על הליברליזציה בדיני המעמד מזה ועל הצורך להבטיח את אמון הציבור בשיטת המכרזים מזה - אינם מחייבים הגבלה על אופי העתירה, לא באשר לאופי הפגמים הנטענים בה ולא באשר למשפחה אליה הם משתייכים.

11. המסקנה היא איפוא, כי בבית המשפט הגבוה לצדק - וממילא גם בבית המשפט האזרחי - יוכר מעמדו של עותר, שהצעתו במכרז נפסלה, לטעון לביטול הליכי המכרז, בשל פגמים שנפלו בהצעות האחרות או בהליכים לבחינתן. לעניין זה אין חשיבות לשאלה אם הפגמים בהצעת העותר ובהצעות מתחריו הם זהים או שייכים לאותה משפחה עצמה. כן אין כל חשיבות לשאלה אם היתה חובת מכרז אם לאו. למותר לציין כי לעניין זה, אין צורך להראות כי ביטול המכרז יביא בהכרח למכרז חדש. די לו לעותר שאינו מבקש כי הצעתו תתקבל, כדי שמעמדו יוכר. במסגרת הערעור שלפנינו אין לנו צורך לדון בהיקף המקרים בהם אנו עשויים להכיר במעמדו של עותר, הטוען כנגד תקינותם של הליכי מכרז, מבלי שהשתתף כלל במכרז. בעיה זו לא מתעוררת בפנינו, ונוכל להשאירה לשעתה.

12. הנה כי כן, מסקנתנו הינה כי שלא כדין נשלל מעמדה של המערערת בבית המשפט המחוזי. המערערת ביקשה לטעון כנגד קבלת הצעותיהן של המשיבות, וכנגד פגמים אחרים בהליכי המכרז. אמת, אין זהות בין הטעמים לפסילת הצעתה של העותרת לבין טענותיה כנגד קבלת הצעות המשיבות, והם אף לא משתייכים לאותה "משפחה" של פגמים. אין בכך ולא כלום. למותר לציין, כי איננו מביעים כל עמדה באשר לטענותיה של המערערת לגופן. עניין זה יידון בבית המשפט המחוזי.

התוצאה היא כי אנו מקבלים הערעור וקובעים כי יש להכיר בזכות העמידה של המערערת, לטעון כנגד הפגמים שנפלו במכרז. אנו מחזירים הדיון לבית המשפט המחוזי, כדי שידון בטענות המערערת לגופן.

המשיב מס' 1 יישא בהוצאות המערערת בסכום כולל של 10,000 ש"ח; המשיבות 2-8 תשאנה בהוצאות המערערת בסכום כולל של 35,000 ש"ח.

ה נ ש י א

השופט י' אנגלרד:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ט' באב תש"ס (10.08.00).

שופטת

שופט

הנשיא

-

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
/דד/A10.99084160