

בבית המשפט העליון בירושלים

ע"מ 5085/02 - א'

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' גרוניס

המעוררות:

1. רמט בע"מ
2. אזורים בנין (1965) בע"מ

נ ג ד

המשיבים:

1. ועדת המכרזים של עיריית ת"א-יפו
2. עיריית ת"א-יפו
3. ראש עיריית ת"א - מר רון חולדאי
4. משולם לוינשטיין הנדסה וקבלנות בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל-אביב יפו
מיום 06/06/2002 בתיק עת"מ 1203/02, שניתן על ידי
כבוד השופט י' זפט

תאריך הישיבה:

כ"ב באב התשס"ב (31.7.2002)

בשם המעוררות:

עו"ד דרור ויגדור; עו"ד שי ורד

בשם המשיבים 1-3:

עו"ד גבריאלה פריאל; עו"ד רותם בהרב

בשם המשיב 4:

עו"ד אמיר חן; עו"ד קובי מאיר

פסק-דין

השופטת ד' ביניש:

העובדות

ערעור זה עניינו במכרז אשר פורסם על-ידי עיריית תל-אביב-יפו (מכרז מס' 264/2001) למכירת מגרש להקמת מבנים למגורים ולמסחר ולהחכרת מגרש לחניון תת-קרקעי בשטח הציבורי בין הרחובות המכבי, טשרניחובסקי ובית-לחם בתל-אביב (להלן - "המכרז"). למכרז ניגשו שתי מציעות: המעוררות, חברות העוסקות בתחום הבניין, אשר חברו יחדיו לשם הגשת הצעה משותפת למכרז, והמשיבה 4 - משולם לוינשטיין

הנדסה וקבלנות בע"מ (להלן: "לוינשטיין" או "המשיבה"). הצעת לוינשטיין עמדה על סך של 24,700,000 ש"ח לעומת הצעת המערערות אשר עמדה על 23,360,000 ש"ח. ביום 8.5.02 החליטה ועדת המכרזים להמליץ על קבלת הצעתה של המשיבה, בכפוף לכך שתמציא מסמך להוכחת יכולתה הפיננסית, לשביעת רצון אגף נכסי העירייה. המשיבה המציאה מכתב מבנק לאומי, שהוצא למחרת החלטת הוועדה, ביום 9.5.02 ובו אישור בדבר יכולתה הפיננסית. לאחר המצאת המכתב אישר ראש העירייה את המלצת ועדת המכרזים.

ביום 20.5.02 פנו המערערות בעתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי בתל-אביב כנגד המשיבים, ובה עתרו להכריז על החלטת ועדת המכרזים כבטלה, ולהורות על זכיתן במכרז. כן עתרו הן לסעד זמני. בית-המשפט המחוזי (השופט י' זפט) דחה את הבקשה לסעד זמני. המבקשות הגישו בקשה לעיון חוזר על החלטה זו, וביום 21.5.02 הורה השופט זפט על ביטול ההחלטה וזימון הצדדים לדיון, אשר גם לאחריו לא ניתן סעד זמני כמבוקש. ביום 26.5.02 החליטה מועצת העירייה, שאליה הועברה ההכרעה בשאלת הזכייה, על אישור זכייתה של המשיבה במכרז. לאחר ההכרעה במועצת העירייה, ביום 5.6.02 דחה בית-המשפט המחוזי (השופט י' זפט) את העתירה. השופט קמא עמד על כך שצירוף מסמך המעיד על יכולת פיננסית הינו בגדר תנאי מהותי במכרז, אולם סבר כי אי צירוף המסמך להצעת המשיבה הוא בגדר פגם טכני, שלא הקנה לה יתרון או כושר תמרון על-פני המערערות ועל-כן אין לראות את המצאתו מאוחר יותר בגדר פגיעה בעקרון השוויון. המערערות ערערו על פסק-הדין לבית-משפט זה ביום 13.6.02 ובד בבד הגישו בקשה לסעד זמני בערעור למניעת ההתקשרות בחוזה למכירת הנכס. ביום 14.7.02 ניתן על-ידי צו מניעה זמני, המורה למשיבות 2 ו-4 להימנע מלהתקשר בהסכם, ואם נחתם הסכם, להימנע מלהתחיל בביצוע עבודות למימוש, וזאת עד למתן החלטה אחרת בערעור. הצו הוטנה בהפקדת ערבות בנקאית על ידי המערערות על סך 250,000 ש"ח להבטחת נזיקה של המשיבות עקב מתן הצו.

טענות הצדדים

המערערות טוענות לאי עמידתה של המשיבה בתנאי הסף שנקבעו במכרז. לטענת באי-כוח המערערות, ועדת המכרזים לא הייתה רשאית לאפשר למשיבה להשלים את החסר, ולהמציא מסמך המעיד על יכולתה הפיננסית לאחר שהודיעה לה על זכייתה, שכן בכך הפכה המשיבה לזוכה על-תנאי, אשר בידיה אופציה למימוש זכייה במכרז, דבר הפוגע בעקרון השוויון שהוא עקרון יסודי במכרזים. לטענת המערערות, היה על ועדת המכרזים לפסול את ההצעה בשל אי-עמידתה בתנאי הסף, אשר מהווה פגם מהותי בהצעה. לשיטתן, הן עמדו בתנאי הסף ולכן מן הראוי היה כי הן תזכינה במכרז.

לעומתן, טוענת המשיבה 4, כי המכרז לא כלל דרישה להציג מסמך המעיד על יכולת פיננסית, אלא רק דרישה לקיומה של יכולת כזאת. לטענתה, תנאי סף חייב להיות ברור, וכאשר ישנם מספר פרשנויות סבירות, יש לבחור בפירוש המקל, המרחיב את מעגל הכשירים להשתתף במכרז. המשיבה הציגה מסמכים רבים המעידים על פרויקטים שהקימה ונתונים פיננסיים בעניינם, אשר, לטענתה, יש בהם כדי להעיד על יכולתה פיננסית; כשנדרשה במפורש להמציא מסמך בנקאי המעיד על יכולת כאמור לאחר פתיחת המכרז - הוצג אישור בנקאי כמבוקש. באי-כוח המשיבים 1-3, מזמיני ההצעות, טענו כי הצירוף המאוחר של המסמך נעשה על-בסיס סעיף 13.06 לתנאי המכרז, אשר אפשר לועדת המכרזים לבקש מן המשתתפים במכרז להמציא מסמכים נוספים, בין היתר להוכחת יכולת המימון והביצוע שלהם. עוד טוענים הם כי היעדר המסמך אינו מהווה פגם מהותי, כי אם פגם טכני, כפי שקבע בית-המשפט קמא. הטעם לכך הוא שיכולת פיננסית ניתנת להוכחה במספר דרכים, כגון על-ידי פרויקטים בהם עסקה המציעה, ולא רק על-ידי מסמך בנקאי. באשר לטענה בדבר "זכייה על-תנאי" מציינים באי-כוח המשיבים 1-3, כי על-פי תנאי המכרז ניתן לחלט את סכום הערבות במקרה שמשתתף במכרז חוזר בו מהצעתו. על-כן, אין כאן זכייה מותנית, המאפשרת למשיבה להחליט אם ברצונה להמשיך בהליך אם לאו. לבסוף, טוענים באי-כוח המשיבות כי אף הצעת המערערות לא כללה מסמכים עדכניים המעידים על יכולת פיננסית להקמת הפרוייקט, שכן המסמך שהוצג על ידן הוא אישור בנקאי מיום 26.6.01, כעשרה חודשים לפני הגשת ההצעה למכרז.

השאלה הנתונה להכרעתנו היא, האם עמדה המשיבה 4 בתנאי הסף שנקבעו במכרז, שאם לא כן, אין זכייתה בו יכולה לעמוד.

תנאי הסף במכרז

זו לשונו של סעיף 13.03 במכרז:

"רשאי להשתתף במכרז רק מי שיש לו ניסיון מוכח ביזום ו/או בהקמת פרויקט, כמשמעו בתנאי המכרז ובהיקפו לפחות, ואשר לו היכולת המקצועית והפיננסית להקמת הפרוייקט".

הסעיף קובע שני תנאי סף מצטברים להשתתפות במכרז. האחד, תנאי הניסיון המוכח, אשר אינו נמצא במחלוקת בענייננו, והשני, תנאי היכולת המקצועית והפיננסית. המחלוקת בערעור היא בשאלה כיצד היה על חברה המשתתפת במכרז להוכיח את קיומה של יכולת פיננסית. לשם כך עלינו לבחון את תנאי הסף האמור על רקע המכרז כולו.

דרישת סעיף 13.03 היא שמשתתף במכרז יהיה מי "אשר לו היכולת המקצועית והפיננסית להקמת הפרוייקט". הסעיף דורש קיומה של יכולת, ומשמעות הדבר כי היה על המשתתף במכרז להוכיח קיומה של יכולת זו. הן מלשונם של סעיף 13.05 והן על פי נוסח הטפסים שנדרש לצרפם להצעת המכרז עולה כי הוכחת היכולת הפיננסית היא בגדר תנאי סף.

סעיף 13.05 למכרז קובע בזו הלשון:

"על המשתתף במכרז יהיה להוכיח לשביעות רצון העירייה יכולת כספית, יכולת ביצוע וניסיון קודם בהקמת ו/או ביזום פרוייקט כמשמעו בתנאי המכרז ובהיקפו לפחות".

סעיף זה יש בו כדי לשלול את טענתה של המשיבה, כי המכרז אינו כולל דרישה להציג מסמך המעיד על יכולת פיננסית, אלא רק דרישה לקיומה של יכולת כזאת. אף סעיף 04.02 לטופס ההצעה במכרז (המצוי בנספח ג' למכרז) יש בו כדי ללמד על הצורך בצירוף מסמכים המעידים על יכולת פיננסית של המציע, וזו לשונו של הסעיף:

"04. כמו-כן אני מצרף להצעת:

04.01 ערבות בנקאית מבטול כחוק כנדרש בנספח ז' לתנאי המכרז.

04.02 מסמכים המעידים על ניסיון בהקמת פרוייקטים דומים והמוכיחים את יכולתי המקצועית והפיננסית".

המסמכים אשר צרפה המשיבה להצעתה מתארים פרוייקטים אותם הקימה המשיבה בשנים 1995-2000 בצירוף עלויותיהם, אך לא ניתן ללמוד ממסמכים אלה על יכולתה הפיננסית של החברה נכון ליום הגשת ההצעה. על-כן משנמנעה המשיבה מצירוף מסמכים המוכיחים את יכולתה הפיננסית כנדרש, הרי שלא עמדה בדרישת תנאי הסף של המכרז והיא הוכחת יכולת כספית.

כאמור, בית המשפט קמא, קבע כממצא שאכן לא עמדה המשיבה 4 בתנאי הנדרש במכרז, אלא שהוא ראה בכך פגם טכני. קביעה זו של בית המשפט קמא אינה יכולה לעמוד. עמידה בתנאי סף במכרז כמוה כיציאה מקו הזינוק המשותף למתחרים בתחרות. תנאי הסף הם תנאים שעל כל המשתתפים המגישים הצעה במכרז לעמוד בהם באופן שוויוני. תנאי חיוני להשתתפות במכרז הוא בדרך כלל מעצם טיבו תנאי מהותי, שכן בהעדרו אין המשתתף המציע יכול לעבור את סף המכרז. במיוחד כך כאשר מדובר בתנאי שאי-קיומו פוגע בעקרון השוויון. בית-משפט זה עמד לא אחת על כך שאי-עמידה בתנאי הסף מהווה פגם מהותי בהצעה. כדברי השופטת נתניהו:

"המשיבה 1 היא שהגבילה את המכרז מראש לקבלנים רשומים, ואף הדגישה במכרז, שהצעה, שלא יצורף אליה אישור בדבר הרישום, לא תידון בוועדת

המכרזים. הדיון בהצעת המשיבות, שאף אחת מהן לא הייתה רשומה בעת ההצעה, לא היה פגם טכני הניתן לתיקון. זהו פגם יסודי, הפוגע בעקרונות שיטת המכרזים". (בג"צ 466/82 עוזר את רובננקו שותפות נ' עיריית רמת-גן פ"ד לז(1) 697, 699).

הנשיא ברק עמד על כך שאי-עמידה בתנאי הסף מהווה פגיעה בשוויון בין המתחרים בפועל למתחרים בכוח במכרז :

"המשיבה מס' 2 לא עמדה בתנאי המכרז. על פי דיני המכרזים, היה על ועדת המכרזים לפסול ההצעה. משלא נעשה הדבר, ומשנקבע כי הצעה פסולה זו היא הזוכה, נפגמו הליכי המכרז. פגם זה יורד לשורש ההליך, שכן הוא פוגע בעיקרון השוויון. ייתכן ומתחרים פוטנציאליים נמנעו מלהשתתף במכרז בודעם כי אינם מקיימים את תנאי המכרז. אילו ידעו כי בעל המכרז אינו מתחשב בתנאי הסף היו משתתפים גם הם במכרז. במצב דברים זה נפגע השוויון בין המתחרים הפוטנציאליים" (ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד נא(5) 643, 646).

המשיבות טענו כי סעיף 13.06 מאפשר לעירייה לבקש מסמכים נוספים להבהרת יכולת המימון ובהתאם לכך פעלה ועדת המכרזים. זו לשונו של סעיף 13.06:

"קודם לקביעת הזוכה במכר, תהיה העירייה רשאית, על פי שיקול דעתה, לבקש מהמשתתפים במכרז, כולם, או מקצתם, על פי העניין להמציא לה, תוך פרק זמן שיקבע לכך על ידה, הבהרות ומסמכים נוספים לאלה שצורפו על ידם, בין היתר, להוכחת יכולת המימון והביצוע שלהם וכיו"ב".

לפי הטענה, סעיף זה מטרתו להותיר בידי העירייה אפשרות לבקש מסמכים נוספים מן המציעות להוכחת יכולות המימון והביצוע שלהן **קודם לקביעת הזוכה במכרז**. סעיף זה איננו מאפשר לעירייה לקבוע זוכה למכרז, ולהתנות זכייה זו בהצגת מסמכים אשר נדרשו בתנאי הסף. הסעיף אינו בא לאפשר ריפוי פגם בהצעה שהוגשה בלא שעמדה באחד מתנאי הסף, על-ידי הוכחת העמידה בתנאי הסף בדיעבד, לאחר קביעת ההצעה כזוכה. זאת ועוד, קיים חשש אמיתי, כי מסמך המעיד על יכולות פיננסיות, אשר ניתן לאחר הזכייה המותנית במכרז, משקף מידע המכיל את עצם הזכייה, ובשל כך תתאפשר עקיפת תנאי הסף של הוכחת יכולת פיננסית. פרקטיקה זו, אם תתאפשר, יהיה בה משום הפיכת הסיבה למסובב. במקום שהוכחת יכולת הפיננסית תהווה יסוד לזכייה במכרז, עלולה הזכייה במכרז לשמש בסיס לקבלת מסמך בנקאי המעיד על יכולת פיננסית. זאת ועוד, צודקות המערערות בטענתן כי השלמת התנאי לאחר הודעה על זכייה, מעניקה למתמודד יתרון בלתי שוויוני שמאפשר לו לבחור בין הצגת המסמך ליתור על הזכייה. באלה יש פגיעה בעקרון השוויון בין

המשתתפים במכרז, אשר הינו ראש וראשון לעקרונות דיני המכרזים. מטעמים אלו, הצעת המשיבה פגומה בפגם יסודי, בשל אי עמידה בתנאי הסף, ומשכך- נמצאת הצעה זו פסולה.

בחינת הצעת המערערות מעלה כי גם בהצעה זו נפל פגם, אף כי ועדת המכרזים סברה שהמציעות עמדו בתנאי הסף. המערערות צירפו להצעתן מסמך מטעם הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, המציין מסגרת אשראי הניתנת למערערת 1. תאריך המסמך הוא מיום 26.6.2001. באי-כוח המשיבים 1-3 ציינו בתשובתם לערעור כי לו הצעה זו הייתה הגבוהה ביותר, אזי היו דורשים גם מן המערערות להגיש מסמך בנקאי מעודכן. נראה כי אכן נפל פגם בהצעתן של המערערות, אשר בנסיבות העניין מחייב את פסילתה. במציאות הכלכלית של ימינו, אשר בה מצבן הפיננסי של חברות עשוי להשתנות בפרק זמן קצר, אין לראות במסמך אשר ניתן על-ידי הבנק עשרה חודשים קודם להגשת המכרז, מסמך המשקף באופן מלא את מצבה הפיננסי של החברה. היה על המערערות להציג מסמך עדכני המעיד על יכולתן הפיננסית להקמת הפרוייקט נכון לתאריך הגשת ההצעה למכרז. משלא עשו כן, והמשיבים 1-3 גילו דעתם כי לו הייתה הצעתם עומדת על הפרק, היו מבקשים מהם נתונים מעודכנים, לא נוכל לקבוע כי המערערות הן הזוכות במכרז. בנסיבות שנוצרו, אין מנוס מלקיים מכרז חדש.

בית-משפט זה עמד לא אחת על הכלל שרצוי להימנע עד כמה שניתן מביטול מכרז ועריכת מכרז חדש, בין השאר משום שהדבר פוגע בתחרות השוויונית. קיים חשש שזליגת המידע על ההצעות אשר הוגשו למכרז פותחת פתח להתקשרות בחוזה עם מציע שלא היה צריך לזכות במכרז המקורי. בכך עשוי להיפגע עקרון השוויון. עמד על כך השופט שמגר (כתוארו דאז):

"...המכרז השני מתנהל בהעדרה, לפחות החלקי, של מידת הסודיות שהיא מעקרונותיו של המכרז, מאחר וגלויים וברורים עתה הנתונים שהוגשו על-ידי יתר המתחרים. אם כי איש מבין המשתתפים אינו יכול לדעת אם כל מציע אחר ידבק גם במכרז השני בהצעתו המקורית (ויש להניח שאכן לא יעשה כן ברוב המקרים), הרי אין ספק כי מרווח השינויים האפשריים, אותם יכול כל משתתף להכניס להצעתו השניה הוא קטן יחסית, אלא-אם-כן יפעל שלא בתום-לב בעקבות המידע והלקחים מהצעותיהם של אחרים, שנתגלו לו עתה. יוצא איפוא, כי במכרז השני ייפגמו הן השוויון בתחרות והן הכנות בהצעות, שני יסודות המושגים בדרך-כלל, במידה לא מועטה, על-ידי השמירה על כלל הסודיות" (בג"צ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא (1) 505, 515).

אולם, כלל זה אף הוא אינו מוחלט. הכל תלוי בנסיבות העניין, מהותו של המכרז, טיבו של הפגם שנתגלה ומידת הפגיעה באפשרות לקיים תחרות הוגנת במכרז שני. המכרז נשוא ערעור זה הינו מכרז שני ביחס למתחם האמור, אולם המכרז הראשון (מכרז 167/00) בוטל על-ידי ועדת המכרזים בעקבות פער משמעותי בין

אומדן ערך הנכס לבין ההצעה הטובה ביותר שהוגשה. עתה, כאשר מדובר בהצעות אשר אינן עומדות בתנאי הסף, הרי שהפגיעה בעקרון השוויון בין המציעים בפועל לבין מציעים בכוח והפגיעה בכללי המכרז ההוגן מחייבות עמידה על תנאי הסף. על-כן, גוברות הן על החשש מפגיעה אפשרית בשוויון הכרוכה בעריכת מכרז חדש.

מן הטעמים האמורים, הייתי מקבלת את הערעור, מבטלת את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, מורה על פסילת הצעות המשיבה והמערערות ועל בטלותה של החלטת ועדת המכרזים.

בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, י"א באלול התשס"ב (19.8.2002).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור N05.02050850 / צש
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.

רשם

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444

בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il

לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il