

בבית המשפט העליון בירושלים

עע"ס 10785/02

בפני :
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש

המערערת : חברת י.ת.ב. בע"מ

נ ג ד

המשיבים :
1. מדינת ישראל-משרד הפנים
2. חברת פארטו בע"מ

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
מיום 4.12.02 בעת"מ 831/02 שניתן על-ידי כבוד
השופטת מ' שידלובסקי-אור

תאריך הישיבה : כ"ה בניסן התשס"ג (27.4.2003)

בשם המערערת : עו"ד אמיר רנן, עו"ד שי לוי

בשם המשיב 1 : עו"ד אבי ליכט

בשם המשיבה 2 : עו"ד גיא גלילי ; עו"ד ליאורה הרמן

פסק-דין

השופטת ד' ביניש:

ביום 27.4.2003 החלטנו לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית
המשפט המחוזי. להלן נימוקינו להחלטה.

1. המערערת, חברת י.ת.ב. בע"מ (להלן: י.ת.ב.) והמשיבה 2, פארטו הנדסה בע"מ
(להלן: פארטו) הן שתי חברות שנגשו למכרז (מכרז 16/2002) שפרסמה ועדת המכרזים
של המשיב 1, משרד הפנים (להלן: ועדת המכרזים). הצעתה של פארטו התקבלה,

למרות שהערבות הבנקאית שצרפה להצעתה לא תאמה את תנאי המכרז. י.ת.ב, שוועדת המכרזים דרגה את הצעתה כשניה בסדר העדיפויות לזכייה במכרז, עתרה לבית המשפט לעניינים מינהליים בבקשה לבטל את זכייתה של פארטו במכרז ולקבל את הצעתה שלה. זאת, בטענה כי הפגם שנפל בהצעתה של י.ת.ב הינו פגם מהותי שבגינו היה על ועדת המכרזים לפסול את ההצעה. בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים (השופטת מ' שידולבסקי-אור) דחה את עתירתה של י.ת.ב, ומכאן הערעור שלפנינו.

בערעור זה שבה ועולה לפנינו השאלה מה דינה של הצעה המוגשת למכרז ציבורי שהערבות המצורפת לה אינה עומדת בתנאי המכרז וכן השאלה הנוגעת לסוגי הפגמים בערבות המביאים לפסילת ההצעה על הסף, להבדיל מנסיבות בהן ניתן לקבל את ההצעה על אף פגם שנפל בערבות שצורפה לה.

רקע עובדתי

2. בחודש מאי 2002 פרסמה ועדת המכרזים את המכרז נשוא ערעור זה. במכרז הזמינה ועדת המכרזים הצעות למתן שירותי מטה בתחום הקצאה ותשלום של תקציבי פיתוח לרשויות מקומיות. המכרז חולק לשני אזורי הצעה – מחוז צפון, ומחוז מרכז-דרום. הערעור שלפנינו מתייחס לאזור מרכז-דרום בלבד. במסמכי המכרז נקבע, בין היתר, כי על המציעים לצרף להצעתם "ערבות בנקאית אוטונומית, שהוצאה לבקשת המציע, בשיעור 10% מערך ההצעה כולל מע"מ, שתהיה בתוקף עד 30.9.02". בחודש יוני 2002, בעקבות כנס משתתפים ושאלות הבהרה שהעלו מציעים פוטנציאליים ביחס לתנאי המכרז, הוחלט לשנות תנאים מסוימים במכרז, וביניהם שיעורה ותקופת תוקפה של הערבות הבנקאית. במסמך המסכם את כנס המשתתפים נקבע כי "הערבות הבנקאית שתצורף להצעות תסתכם בסך 100,000 ₪ ותהיה בתוקף עד 31.10.02". נציגי י.ת.ב ונציגי פארטו נכחו בכנס המשתתפים ואין מחלוקת כי נשלח אליהם המסמך המסכם, ובו השינוי בתנאי המכרז. פארטו הגישה הצעתה למכרז וצרפה להצעתה ערבות בנקאית בסכום של 100,000 ₪, כנדרש על פי תנאי המכרז העדכניים. אולם, מועד פקיעת תוקף הערבות שצרפה פארטו להצעתה היה 30.9.02, כאמור בתנאי המכרז לפני ששונו, במקום 31.10.02 כנדרש נוכח השינויים בתנאי המכרז. ועדת המכרזים קבעה, בישיבתה מיום 4.9.02, שהצעתה של פארטו היא ההצעה הזוכה לאזור מרכז-דרום, אלא שבשל הפגם ביחס למועד פקיעת תוקף הערבות הוחלט לפנות ליועצת המשפטית של הוועדה בבקשה לחוות-דעת. בחוות-דעתה הנחתה היועצת המשפטית את הוועדה לבחון האם החודש החסר בערבות שהגישה פארטו העניק לה יתרון בלתי הוגן על פני המציעים האחרים שאז יש לפסול את הצעתה, או שמדובר בטעות בתום-לב שלא

הקנתה לחברה המציעה יתרון בעל משמעות שיש בו כדי להצדיק את פסילת ההצעה. ועדת המכרזים התכנסה ביום 18.9.02 וקבעה כי הפגם בערבות שצרפה פארטו להצעתה אינו פגם מהותי, וכך נכתב בפרוטוקול הישיבה:

"...הועדה סבורה שהפגם שנפל בערבות של חברת 'פארטו' אינו פגם מהותי שיש בו כדי לפסול את ההצעה וזאת מהנימוקים הבאים: תאריך ה- 30/9/2002 נקבע במסמכי המכרז המקוריים והוארך במסגרת שאלות ההבהרה שנשלחו לכל המציעים. לדעת הועדה, המשמעות הכספית של החודש החסר הינה זניחה ואין בה כדי לפגוע בעקרון השוויון וניתן לתקנה עד סוף החודש".

[עמ' 2 לפרוטוקול ישיבת ועדת המכרזים מיום 18.9.02 (פרוטוקול 27/2002)].

בהתאם להחלטה זו, ביום 23.9.02 האריכה פארטו את תוקף הערבות עד ליום 31.10.02. כאמור, הצעתה של פארטו התקבלה על ידי ועדת המכרזים עוד ביום 4.9.02. הארכת תוקף הערבות נעשתה, אפוא, לאחר קבלת ההצעה ולא כתנאי מוקדם לקבלתה.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים

3. י.ת.ב. עתרה לבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים בבקשה לבטל את זכייתה של פארטו במכרז בשל הפגם שנפל בערבות שצרפה להצעתה. בעתירתה טענה י.ת.ב. כי הפגם במשך תוקפה של הערבות הבנקאית שצרפה פארטו להצעתה העניק לפארטו יתרון בלתי הוגן על פני המציעים האחרים – הן מציעים שהשתתפו בפועל במכרז והן מציעים פוטנציאליים שנמנעו מלהשתתף במכרז מאחר שלא עמדו בדרישות הערבות, ועל כן דין הצעתה להיפסל. בית המשפט קמא דחה את עתירתה של י.ת.ב., בקובעו כדלקמן:

"העותרת סבורה כי תוקף הערבות, הקצר בחודש ימים מן הנדרש, פגע בשוויון בין המשתתפים במכרז, וכן בשוויון ביחס למשתתפים פוטנציאליים. עם זאת, העותרת לא הביאה בפני כל ראיה לטענה זו. פארטו, לעומת זאת, צרפה לתשובתה אישור הבנק על פיו ההבדל בעלות הערבות הוא 250 ₪ בלבד... לפיכך, אין לומר כי תוקפה המקוצר של הערבות 'חסך' לפארטו סכום ממשי כלשהו. כמו כן נראה, כי בנסיבות המקרה דנן אין בשינוי מועד תוקף הערבות כדי לשנות מהיקפי הבטחונות אותם צריכה היתה להעמיד לטובת הבנק. משמעות הדבר היא שמרגע שאושרה הערבות הבנקאית, אין

בטווחי הזמן של הערכות כדי להעלות או להוריד מבחינתו של הבנק הערב. מסקנה זו מחזקת את הסברה כי הטעות בתוקף הערכות הבנקאית נעשתה בתום לב, ולא הקנתה לפארטו כל יתרון. יתרה מכך, העובדה שפארטו האריכה את תוקף הערכות בתוך תקופת הערכות המקורית מלמדת שתנאי המכרז מעולם לא עמדו בסיכון כלשהו בפני חזרה חד-צדדית מצדה של פארטו, בהעדר קיומה של ערכות בנקאית. מטרת הערכות הינה הבטחת קיומם של חיובים... בנסיבות המקרה, מטרה זו מעולם לא קופדה".

(עמ' 5-6 לפסק דינו של בית המשפט קמא).

בהתאם לכך, קבע בית המשפט המחוזי כי בנסיבות העניין האינטרס הציבורי להעדיף את ההצעה הטובה והזולה ביותר (הצעתה של פארטו) הוא שגובר, ולכן אין מקום לפסול את ההצעה בשל הפגם בערכות. יש לציין, כי בפני בית המשפט קמא העלתה י.ת.ב טענות על פגמים נוספים שנפלו, לטענתה, במכרז, בהן טענה להעדר חתימה של פארטו על נספח ההתחייבויות שצורף להצעתה וכן טענה לכך שפארטו אינה ממלאת אחר הנסיון הנדרש ממציעים במכרז הנדון. טענות אלה נדחו על ידי בית המשפט קמא וי.ת.ב לא חזרה עליהן בערעורה לפנינו.

לפנינו ערעורה של י.ת.ב על פסק דינו של בית המשפט קמא. כאמור, הערעור מתמקד בשאלת תוצאת הפגם במשך תוקפה של הערכות שצרפה פארטו להצעתה.

טענות הצדדים

4. לטענת באי-כוחה של חברת י.ת.ב, הפגם שנפל בהצעתה של פארטו אינו פגם טכני קל ערך, אלא פגם מהותי שמן הדין שיביא לפסילת הצעתה של פארטו על הסף. כפי שנטען, שגה בית המשפט קמא משקבע כי תוקפה המקוצר של הערכות לא העניק לפארטו יתרון מהותי על פני מתחריה. באי-כוחה של י.ת.ב תמכו את יתדותיהם בפסיקתו של בית משפט זה לפיה פגם בערכות שנדרש מציע לצרף להצעתו במכרז הנו בדרך כלל פגם מהותי המחייב לפסול את ההצעה. הם הצביעו במיוחד על הפסיקה בבג"ץ 751/89 א.לוי קבלני בניין בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מד(2) 441 (להלן: "פרשת לוי") שבו נדון מקרה דומה לענייננו. בפרשת לוי נפסק כי הפגם שבצירוף ערכות לתקופה קצרה מזו שנדרשה על פי תנאי המכרז הוא פגם מהותי הפוגע בשוויון שבין המציעים במכרז, ודין הצעה כזו להיפסל על הסף. יש לציין כי בפרשת לוי תוקן הפגם עוד טרם הוכרז על הזוכה במכרז. באי-כוחה של י.ת.ב טענו, אפוא, כי המקרה שלפנינו אף חמור יותר מזה שנדון בפרשת לוי הנ"ל. זאת, מאחר שוועדת

המכרזים לא עמדה על תיקון הפגם כתנאי מוקדם לדיון בהצעתה של פארטו, אלא קיבלה את הצעתה של פארטו ורק לאחר מכן ביקשה מפארטו לתקן את הפגם ולצרף ערבות חדשה. כפי שנטען, במצב זה יכולה היתה פארטו לחזור בה מהצעתה מבלי שבידי המדינה היה סעד כנגדה בדמות ערבות שממנה יכולה היתה להיפרע. באי-כוחה של י.ת.ב. הוסיפו וטענו שהעובדה שפארטו הגישה הצעה התואמת את חלקה הראשון של ההנחיה בתנאי המכרז כפי שתוקנה ביחס לסכום הערבות, אך התעלמה מחלקה השני של ההנחיה ביחס לתקופת הערבות, מקימה חשד להעדר תום-לב מצדה של פארטו.

בא-כוחה של פארטו סמך את ידו על החלטת ועדת המכרזים ועל פסק דינו של בית המשפט קמא שנמנע מלהתערב בהחלטה זו. בא-כוחה של פארטו הפנה לפסיקה שניתנה בשנים האחרונות בבתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים ואשר מתייחסת לסוגיית פגמים בערבות. לטענתו, המגמה העולה מפסיקה זו היא של קביעת מבחנים גמישים לבדיקת מהות הפגמים בערבות, בשונה מהגישה העולה מכמה מפסיקותיו של בית משפט זה בעבר, ובהן הפסיקה בפרשת לוי הנ"ל. כפי שנטען, המעבר "מגישה פורמליסטית לגישה פרקטית" מחויב המציאות, נוכח חשיבותו של האינטרס הכלכלי-עסקי בהתקשרויותיהם של גופים ציבוריים. לטענת בא-כוחה של פארטו, יש לבחון בכל מקרה את מידת הפגיעה של הפגם הנדון בעקרון השוויון והתחרות ההוגנת במכרז ולאפשר הכשרתם של פגמים שאינם פוגעים בעקרונות אלה. לטענתו, הפגם שנפל בערבות שצורפה להצעה אינו מהווה, בנסיבות העניין, פגם מהותי שיש בו כדי להביא לפסילת ההצעה, אלא פגם טכני בלבד שלא הקנה לפארטו יתרון של ממש על פני המציעים האחרים. בא-כוחה של פארטו הוסיף וטען, כי טעותה של פארטו נעשתה בתום-לב, בשל התייחסות מוטעית לתאריך פקיעת תוקף הערבות שהיה נקוב במסמכי המכרז המקוריים. על תום-לבה של פארטו ניתן ללמוד, לטענתו, גם מהעובדה שמיד לאחר שהועמדה על טעותה, דאגה פארטו להאריך את תוקף הערבות, וזאת בעת שהערבות שצרפה להצעתה עדיין עמדה בתוקפה. כפי שנטען, קבלת הצעתה של פארטו, שדורגה על ידי ועדת המכרזים כהצעה הטובה ביותר, תגשים את האינטרס הציבורי לבחור בהצעה המשתלמת ביותר לרשות הציבורית, ולאינטרס זה יש לתת, בנסיבות העניין, משקל מכריע. עוד נטען, כי החלטתה של ועדת המכרזים לקבל את הצעתה של פארטו הנה החלטה סבירה שלא נפל בה פגם מן הסוג המצמיח עילה להתערבותו של בית המשפט בהחלטה.

בא-כוח המדינה, בשם המשיב 1, הדגיש אף הוא את חשיבות מרחב שיקול הדעת שעל בית המשפט להעניק לוועדת המכרזים. בא כוח המדינה אישר מצידו כי אף

שלטעמה של המדינה מדובר בהחלטה סבירה, הרי שהיא "מצויה קרוב לגבול מתחם הסבירות – הן מבחינת מהות הפגם, והן מבחינת הדרך שבה תוקן הפגם" (פסקה 38 לסיכומים בכתב מטעם המשיב 1). אולם, לטענת בא-כוח המדינה באיזון האינטרסים יש לתת משקל רב לאינטרס הציבור בעבודה יעילה של הרשות המינהלית ובמתן מרחב של שיקול-דעת לרשות לקבל את ההצעה הטובה ביותר לדעתה. זאת, לטענתו, במיוחד כאשר מדובר בפגמים שיש קושי לסווגם כפגמים מהותיים או כפגמים שאינם מהותיים, שאז בדרך כלל ראוי להימנע מלהתערב בהחלטותיהן של ועדות מכרזים. בא-כוח המדינה הוסיף וטען, כי בסיווג פגמים במכרז כפגמים מהותיים או כפגמים שאינם מהותיים יש להביא בחשבון גם את מהות המכרז ואת מאפייניה של הרשות המינהלית העורכת את המכרז. לטענת בא-כוח המדינה, הגישה הראויה במכרזים כגון המכרז נשוא הליכים אלה – מכרז שעצם הכנתו והגשת ההצעות אליו כרוכה בהשקעת משאבים רבים, ומטבע הדברים מספר המשתתפים בו מועט – היא שרק פגמים חמורים בערכות יצדיקו להתערב בהחלטת ועדת המכרזים לקבל הצעה שהערבות שנלוותה לה פגומה. זאת, מאחר שפסילת הצעה בשל פגם שולי לא תשרת את אינטרס הציבור בקבלת כמה שיותר הצעות למכרז, ותפגע פגיעה קשה ובלתי מוצדקת במציע. עוד נטען, כי יש להתחשב בכך שוועדת המכרזים דרשה מפארטו להשלים מיידית את החודש החסר בערכות, וכך נעשה, בעת שהערבות שהגישה פארטו עמדה בתוקפה. זאת, באופן שבו אלמלא היתה פארטו מתקנת את הערכות באופן מידי, היתה הערכות המקורית מחולטת כאילו חזרה בה פארטו מזכייתה. לפיכך, לטענת בא-כוח המדינה לא נפגע השוויון המהותי בין המציעים והפגם שנפל בערכות שצרפה פארטו להצעתה אינו נמנה עם סוג הפגמים המחייבים לפסול את ההצעה.

המסגרת הנורמטיבית

תוצאתם של פגמים במכרז

5. המסגרת הנורמטיבית לבחינתם של פגמים במכרזים נשענת על עקרונות היסוד שבבסיס קיומם של מכרזים ציבוריים, שעליהם עמד בית משפט זה בשורה ארוכה של פסקי דין. לאחרונה סיכם זאת הנשיא ברק, כדלקמן:

"המכרז הציבורי מושתת על שני עקרונות יסוד: הראשון, הגשמת המטרה הציבורית של שמירה על עקרון השוויון וטוהר המידות על ידי מתן הזדמנות שווה לכל המציעים... העיקרון השני של המכרז הציבורי הוא השאיפה לנהוג ביעילות ובחיסכון בכספי הציבור על ידי השגת מרב היתרונות למזמין באמצעות מנגנון התחרות".

[עע"ם 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים ואח',
פ"ד נז(3) 505, 511-510].

[ראו גם: בג"ץ 368,376/76 גוזלן ואח' נ' המועצה המקומית בית-שמש ואח', פ"ד לא(1) 505, 511-512; בג"ץ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבניין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה ואח', פ"ד לו(2) 472, 474; בג"ץ 6057/00 זוהר נ' שר האוצר, פ"ד נו(3) 569, 573; ג' שלו, "חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית" (תש"ס – 1999) 162 (להלן: שלו)]. עקרונות אלה הם שצריכים להנחות את רשויות הציבור בהתייחסן לפגמים בהליכי המכרז בכלל, ולפגמים בהצעות בפרט. י.ת.ב, מצדה, מדגישה את משקלו של עקרון השוויון והתחרות ההוגנת בהתייחסות לפגמים בהליכי המכרז, ואילו המשיבות מדגישות את האינטרס הכלכלי-עסקי לקבל את ההצעה המשתלמת ביותר כשיקול הפועל לטובת הכשרת פגמים במכרז.

על פי הפסיקה רבת השנים אשר התפתחה בבית משפט זה ויצרה את דיני המכרזים בישראל, מעמדם של שני העקרונות הנ"ל בבחינת פגמים במכרז אינו שווה. פסיקתנו העניקה משקל מכריע לעקרון ההזדמנות השווה על פני האינטרס הכלכלי-עסקי גרידא [ראו, למשל: בג"ץ 368,376/76 הנ"ל; ע"א 6283/94 מנורה נ' מדינת-ישראל, פ"ד נא(1) 21, 26; שלו בעמ' 163]. גישה זו אומצה גם על ידי המחוקק בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב – 1992. כך, כאשר יש פגם מהותי בהצעה, כלומר – פגם הפוגע בשוויון שבין המציעים ובתחרות ההוגנת במכרז – בדרך כלל תיפסל ההצעה הפגומה אף אם מדובר בהצעה הכדאית ביותר מבחינה כלכלית. במקרים כאלה נסוג האינטרס הכלכלי המידי בקבלת ההצעה הכדאית ביותר מבחינתה של הרשות הציבורית מפני הצורך בהבטחת עקרון השוויון, ההגינות וטוהר המידות במכרזים. לעתים, כאשר קיים פער גדול בכדאיות הכלכלית בין ההצעה שנפסלה לבין הצעות אחרות עלולה התוצאה להיות קשה במיוחד, אך היא מתחייבת נוכח מעמד הבכורה שיש לעקרון השוויון ולהגינות השלטונית במכרזים [השוו: ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת-ישראל - משרד הביטחון ואח', פ"ד נא(5) 643].

ממעמד הבכורה שיש לעקרון השוויון והתחרות ההוגנת במסגרת דיני המכרזים אין להסיק כי נפקד מקומו של האינטרס הכלכלי מכלל השיקולים שיש לשקול בטרם הכרעה בתוצאתם של פגמים בהצעות. לו היה עקרון השוויון העקרון המכריע היחידי, התוצאה היתה שכל הצעה שאינה עומדת בתנאי כלשהו מתנאי המכרז דינה היה להיפסל, יהא טיבו של הפגם אשר נפל בה אשר יהא. שהרי תיקונה של הצעה כרוך בפגיעה מסוימת בשוויון כלפי המציעים האחרים, שטרחו והקפידו לעמוד בכל דרישות

המכרז. הכלל הוא כי עקרון השויון הוא אמנם כבד משקל אך אין בו כדי לגרום לכך שכל פגם שנפל בהצעה, יהא אשר יהא, יפסול אותה מכל וכל במכרז. לנוכח פגם שנפל בהצעה למכרז מוטל על ועדת המכרזים להפעיל את שיקול דעתה ולבחון האם מדובר בפגם הפוסל את ההצעה או שמא מדובר בפגם טכני והנסיבות מצדיקות חריגה מהכלל לפיו דין ההצעה להיפסל [השוו: תקנה 20(ד) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג – 1993]. לוועדת המכרזים מסור שיקול-דעת להכשיר פגמים רק אם היא סבורה שאין מדובר בפגמים מהותיים, אלא בפגמים "טכניים" שמקורם בטעות בתום-לב מצדו של המציע. נדגיש, כי פעולה בתום-לב הינה תנאי הכרחי להכשרת פגמים בהצעות. לא ניתן להכשיר פגם בהצעה, אף בהיותו פגם "טכני", אם יסודו בפעולה שאינה בתום-לב. כן ניתן לקבוע כי לא הרי פגם בתנאי סף כפגם בגוף ההצעה. לעתים פגם בגוף ההצעה עלול לעורר קושי של מיון אם אכן מדובר בתנאי סף או בתנאי מסוג אחר. מכל מקום, בדרך כלל פגם בערבות מהווה אי-עמידה בתנאי הסף של המכרז. עם זאת, יתכנו מקרים, גם אם מעטים הם ויוצאי דופן, כי למרות הפגם שנפל בערבות, תוכשר ההצעה למכרז. זאת, אם מדובר בפגם שארע אף כי המציע פעל בתום לב והפגם על פניו נובע מפליטת קולמוס, או מטעות קלת ערך, כגון טעות בחישוב, הניכרת על פניה מהערבות עצמה. בגדר הפעלת שיקול דעת זה, לאחר שבחנה את מהות הפגם, השיקול בדבר הכדאיות הכלכלית של ההצעה הפגומה לעומת ההצעות האחרות הוא אחד מהשיקולים הלגיטימיים שהוועדה רשאית לשקול.

ניתן, אפוא, לסכם ולומר, כי בראש סולם השיקולים אכן ניצב טוהר המידות ברשויות הציבוריות. הצורך לקיים את עקרון השויון והתחרות ההוגנת במכרזים, נגזרים ממנו, והם משמשים אחת מאמות המידה האובייקטיביות להבטחתו של טוהר המידות. אולם, רק כאשר עקרונות אלה אינם עלולים להיפגע, השיקול שעל ועדות מכרזים לשוות לנגד עיניהן הוא השיקול של קבלת ההצעה הטובה ביותר למזמין [השוו: ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 781-782].

לבסוף נעיר, כי מעמד הבכורה שממנו נהנה האינטרס הציבורי בקיום תחרות הוגנת על פני האינטרס הכלכלי המידי, תורם, בטווח הזמן הארוך גם לאינטרס הכלכלי-עסקי. הקפדה על עריכת מכרזים בכפוף לנומרות הציבוריות, ובראשן עקרון השויון, תגביר את אמון הציבור בשיטת המכרז ותעודד השתתפות במכרזים ציבוריים באופן שעולה בקנה אחד עם האינטרס הכלכלי שבבסיס המכרזים [ראו: ע"א 6283/94 הנ"ל בעמ' 26; ע"א 8416/99 אי.איי.אם אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע"מ נ' מפעל הפיס, פ"ד נד(3) 425, 430].

6. הדרישה ממציעים לצרף ערבות להצעתם נועדה להגשים שתי מטרות עיקריות: האחת - לתת בידי בעל המכרז אמצעי יעיל לגביית פיצויים אם יחזור בו המציע מהצעתו שזכתה במכרז, והשניה – הערבות משמשת אמצעי בידי המזמין לעמוד על רצינותו של המציע ועל חוסנו הכלכלי [ראו: ע"א 248/97 אי.אף.אן מערכות בע"מ נ' מדינת-ישראל – משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 646, 649; עע"ם 1966/02 הנ"ל בעמ' 511; שלו בעמ' 165]. דרישת הערבות מהווה תנאי סף להשתתפותם של מציעים במכרזים ציבוריים רבים, ומכאן חשיבות ההקפדה על קיום תנאיה. העדר הקפדה על קיום התנאים הנדרשים לערבות תפגע, בדרך כלל, בשוויון שבין המציעים – הן מציעים בפועל, והן מציעים פוטנציאליים ("מציעים בכוח"). אכן, "דרישת הערבות אינה רק תנאי בין מציע המכרז לבין כל אחד מהמשתתפים לחוד, אלא גם תנאי בין כל המשתתפים בינם לבין עצמם, וזכותו של כל אחד מהם שכל האחרים יקיימוהו ככתבו וכלשונו" (בג"ץ 368/76 הנ"ל בעמ' 513; עע"ם 1966/02 הנ"ל בעמ' 511). חשיבות ההקפדה על תנאי הערבות הנדרשים נובעת גם מהמשמעויות הכלכליות הנכבדות שיש לערבות ביחס למציעים. כאמור, אחת ממטרות הערבות היא לשמש אמצעי לעמידה על חוסנו הכלכלי של המציע. השגת ערבות (בנקאית או אחרת) שתמלא אחר תנאי המכרז יכולה להיות משימה שאינה קלה עבור מציעים רבים. ניתן להניח כי במקרים רבים, ובוודאי כך כאשר הערבות הנדרשת היא בסכום גבוה, יש בדרישת הערבות כדי להרתיע מציעים פוטנציאליים מלהשתתף במכרזים מסוימים בשל אי יכולתם למלא אחר תנאי הערבות הנדרשים. בהתאם לאמור לעיל, קבע בית משפט זה בשורה של פסקי דין כי בדרך כלל יש לראות בפגמים בערבות שצירף מציע להצעתו פגמים מהותיים הפוגעים בשוויון שבין המציעים במכרז, ועל כן דינה של הצעה שהערבות שצורפה לה פגומה להיפסל [ראו, למשל: בג"ץ 368,376/76 הנ"ל; בג"ץ 173/82 הנ"ל בעמ' 474-475; בג"ץ 751/89 (פרשת לוי) הנ"ל; ע"א 1828/93 י.ש.י את שדי חברה לעבודות בניה, חפירה ופיתוח בע"מ נ' שמחה אוריאל ובניו חברה להנדסה ולקבלנות בע"מ (לא פורסם); בג"ץ 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984), פ"ד נ(5) 59]. אכן, נדירים יהיו המקרים שבהם יוכשרו פגמים בערבות. מעצם היותה של הערבות תנאי סף להשתתפות במכרז, אי-עמידה בו מהווה, בדרך כלל, פגם מהותי בהצעה. במקום אחר אמרנו:

"עמידה בתנאי סף המכרז 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 בהיעדרו אין המשתתף המציע יכול לעבור את סף המכרז,

בייחוד כאשר מדובר בתנאי שאי-קיומו פוגע בעקרון השוויון".
 [עצ"מ 5085/02 רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית תל אביב-יפו ואח', פ"ד נו(5) 941, 946].

[וראו גם: בג"ץ 466/82 עוזר את רובונקו שותפות לביצוע עבודות הנדסה אזרחית נ' עיריית רמת-גן, פ"ד לז(1) 696, 698-699; ע"א 4683/97 הנ"ל בעמ' 646]. ודוק, הפגיעה בשוויון המתבטאת בקבלת הצעה שלא עמדה בתנאי הסף מתייחסת הן למציעים האחרים אשר התאמצו ועמדו בתנאי הסף, והן למתחרים בכוח, אשר נמנעו מלהגיש הצעות למכרז בשל אי-עמידתם בתנאי הסף (לענייננו, בדרישת הערבות) (ראו: ע"א 4683/97, שם). כל אלה מביאים למסקנה כי בדרך כלל פגם בערבות יביא לפסילת ההצעה. כך, למשל, נפסק שאין לקבל הצעה שגובה הערבות שצורפה לה היה נמוך מהנדרש (בג"ץ 173/82 הנ"ל; בג"ץ 368,376/76 הנ"ל; ע"א 1828/93 הנ"ל). כאמור, בפרשת לוי נפסק שאין לקבל הצעה שמשך תוקפה של הערבות שצורפה לה קצר מהנדרש. לאחרונה גם קבע בית משפט זה כי חוב שחבה הרשות הציבורית לאחד המציעים אינו יכול לשמש תחליף לערבות (עצ"מ 1966/02 הנ"ל). ויודגש, פגמים בערבות הם בגדר מקרה מיוחד של פגמים בהצעות המוגשות למכרז. ככלל, העקרונות הבסיסיים החלים על מכרז באשר הוא ישימים גם ביחס לפגמים בערבות. עם זאת, ניתן לומר כי הכלל שלפיו דין הצעה פגומה להיפסל מקבל משנה תוקף כאשר מדובר בפגם בערבות, בשל היותה דרישת סף מהותית כמוסבר לעיל. המקרים החריגים שבהם ניתן להכשיר פגמים בהצעות המוגשות למכרז בשל היותם פגמים "טכניים" או "פורמאליים" גרידא, יהיו נדירים ביותר כאשר מדובר בפגמים בערבות. לאחרונה שב והדגיש בית משפט זה מפי הנשיא ברק פעם נוספת שככלל דינה של הצעה שהערבות שצורפה לה אינה תואמת את תנאי המכרז להיפסל, "זאת, למעט במקרים מיוחדים ויוצאי דופן, כגון פליטות קולמוס או מקרים אחרים, בהם פעל המציע בתום לב והטעות עולה מן הערבות עצמה בלא שנזקקים לעניין זה לראיות חיצוניות" (עצ"מ 1966/02 הנ"ל בעמ' 512; וראו גם: בג"ץ 173/82 הנ"ל בעמ' 475).

7. כאמור, המשיבים חוזרים על טענה השבה ועולה לאחרונה בבתי המשפט המינהליים ולפיה יש מקום לסטות מ"הרטוריקה הדווקנית" שלטענתם באה לידי ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה ביחס לפגמים בערבות, ומבקשים הם כי נעבור "מגישה פורמליסטית לגישה פרקטית". זאת, מאחר שגישה פורמליסטית כלפי פגמים בערבות אינה מתאימה למציאות החיים הדינמית, המחייבת התחשבות במכלול של שיקולים כבסיס להכרעה בדבר תוצאתם של פגמים בהליכי המכרז. כתמיכה לעמדה זו הפנו המשיבים לפסקי דין של בתי משפט מחוזיים ביושבם כבתי משפט לעניינים מינהליים.

על פי הטענה, משקפים פסקי דין אלה תפיסה "פרקטית" המבטאת יתר גמישות בהכשרת פגמים בערבות.

טיעון זה מתעלם מכך שסווג פגמים אשר נראים כ"טכניים" או "פורמאליים" בהקשרים אחרים אינו מתאים כאשר מדובר בפגמים בערבות. הקפדה על דרישות דווקניות ביחס לערבות, אינה ביטוי לגישה "פורמליסטית" אלא ליישום של עקרונות דיני המכרזים על הסוגיה המיוחדת של פגמים בערבות. לא ברטוריקה מדובר אלא במהות שסטייה ממנה עלולה לפסול את ההצעה. הפסיקה שיצאה תחת ידיו של בית משפט זה מתווה את דרך המלך שבה צריכות לצעוד ועדות המכרזים בבוחנן פגמים בערבות - תוצאתם הרגילה של פגמים בערבות היא פסלות ההצעה. זאת ועוד, הקפדה על צעידה בדרך זו משרתת את האינטרס של ודאות משפטית בהליכי המכרז – אינטרס המקבל משנה תוקף בהתחשב במרכזיות התפקיד שממלאה הערבות במכרזים ציבוריים.

איננו רואים להתייחס באופן פרטני לפסקי דין אשר נתקבלו בבתי המשפט המנהליים שהופנינו אליהם על ידי הצדדים. מדובר בפסקי דין שלא עמדו במבחנה של ערכאת הערעור. עם זאת, נאמר כי מעיון בהם התרשמנו שבניגוד לנטען על ידי המשיבה, על דרך הכלל בתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים, אינם נוקטים, ביסודו של דבר, גישה שונה מזו שהתווה בית משפט זה בפסיקתו, ומכל מקום פסיקתנו היא שמחייבת, כמובן, את בתי המשפט המינהליים. נחזור ונדגיש, כי הכלל שלאורו צריך בית המשפט לפסוק כאשר מדובר בפגמים בערבות הוא כי דין ההצעה להיפסל. כאמור, רק במקרים נדירים, כאשר האופי ה"טכני" של הפגם ברור וגלוי מנסיבות העניין, כאשר מדובר בפליטת קולמוס, כאשר מדובר בטעות בלתי משמעותית של חישוב וכיוצא באלה טענות של פגמים בלתי משמעותיים שניכר על פניהם שנפלו בתום לב, וכאשר ניתן לקבוע כי הפגם הנדון אינו מסכל את מטרת הערבות ותיקונו אינו עומד בסתירה לעקרון השוויון, התחרות ההוגנת וטוהר המידות במכרזים, ניתן להכשיר את הפגם. ההנחיה בעניין זה לוועדות המכרזים צריכה להיות אחידה וברורה כדי שלא לפגוע בבטחון המשפטי והכלכלי.

מן הכלל אל הפרט על רקע האמור לעיל

8. באנו לידי מסקנה כי בנסיבות המקרה שלפנינו יש בקבלת הצעתה של פארטו על אף הפגם בערבות משום פגיעה בעקרון השוויון והתחרות ההוגנת במכרזים, ולפיכך לא היה מקום להכשיר את ההצעה.

9. מוכנה אני להניח לטובתה של פארטו כי שגגה בתום-לב יצאה מתחת ידה כאשר צירפה להצעתה ערבות התואמת את דרישות המכרז המקורי במקום לצרף ערבות התואמת את תנאי המכרז לאחר שינויים. אולם, הקפדה על תנאי הערבות נדרשת תמיד. כאמור, פעולה בתום-לב הינה תנאי הכרחי להכשרת פגם, אך אינה תנאי מספיק. לפיכך, גם אם פעלה פארטו בתום-לב לא היה בכך כדי לסייע לה. מהטעמים שיפורטו להלן, הפגם שנפל בערבות שצרפה פארטו להצעתה הוא פגם מהותי ולא פגם טכני שולי.

10. כאמור, ועדת המכרזים ציינה בנימוקיה להחלטה להכשיר את הצעתה של פארטו כי "המשמעות הכספית של החודש החסר הינה זניחה ואין בה כדי לפגוע בעקרון השוויון וניתן לתקנה עד סוף החודש". בית המשפט קמא בחן אף הוא את המשמעות הכספית של החודש החסר בערבות מבחינת עלותו לפארטו, והגיע אף הוא למסקנה כי מדובר בהפרש כספי זניח שאינו פוגע בשוויון במכרז. לדעתנו, אין בנימוק זה כדי להצדיק סטייה מן הכלל לפיו דינה של הצעה שהערבות שצורפה לה אינה עומדת בתנאי המכרז להיפסל.

מידת הרווח שמפיק מציע מפגם שנפל בהצעתו אינה יכולה לשמש נימוק מכריע לסיווגו של אותו פגם כפגם שאינו מהותי. "מהותיות" הפגם נובעת מפגיעתו בעקרונות השוויון והתחרות ההוגנת כלפי מציעים אחרים, בפועל ובכוח, ואינה נובעת בהכרח מרווח משמעותי שמפיק המציע עצמו כתוצאה מהפגם. גם אם הפגם לא העניק למציע רווח משמעותי, עדיין הפגם יכול ויהיה מהותי. זאת, מאחר שההקפדה על עקרונות השוויון והתחרות ההוגנת במכרזים נעשית מתוך נקודת מבט רחבה המביאה בחשבון את הפגיעה במציעים בפועל ובכוח. כך בדרך כלל, וכך ביתר שאת כאשר הפגם נוגע לאי עמידה בתנאי סף של המכרז, ובמיוחד כשמדובר בערבות, שעל חשיבותה עמדנו לעיל.

לא יהיה זה נכון להסתמך על התשלום שגבה הבנק עבור הארכת תוקף הערבות הבנקאית בחודש נוסף כקריטריון המלמד על מידת חומרתו של פגם בערבות. כאמור, אחת ממטרותיה של דרישת הערבות הבנקאית הינה לעמוד על איתנותם הפיננסית של המציעים. בדרך כלל מתנים הבנקים את מתן הערבות הבנקאית בהמצאת ביטחונות מצדו של מבקש הערבות שמהם יוכל הבנק להיפרע אם תמומש הערבות. גובה הביטחונות שמתבקש מציע להעמיד לרשות הבנק תלוי, כמובן, בגובה סכום הערבות

המבוקשת. אך גם משך הזמן שבו אמורים ביטחונות אלה לעמוד בתוקפם עומד, בדרך כלל, ביחס ישר למשך תקופת הערבות הנדרשת. לפיכך, עלות השגת הערבות הבנקאית אינה מתמצית בסכום העמלה שגובה הבנק עבור מתן הערבות, אלא עצם נתינה ותקופת תוקפה היא בעלת משמעויות כלכליות עבור מבקש הערבות. בענייננו, אין ללמוד מהעובדה כי מבחינתו של הבנק הערב לא היתה כל מניעה במועד שנתבקש לכך, להאריך את תוקף הערבות שניתנה לפארטו בחודש נוסף בתמורה לתוספת עמלה נמוכה יחסית, על כך שהערבות הקצרה בזמן אינה עולה כדי פגם מהותי בהצעה. לכל היותר ניתן להסיק מכך כי מצבה הפיננסי של פארטו היה איתן דיו ושהביטחונות שניתן להניח שנדרשה להעמיד לרשות הבנק יכולים היו להמשיך ולשמש ככאלה גם למשך חודש נוסף. אולם, בכך אין כדי ללמד על מצבם הפיננסי של מציעים אחרים, ובעיקר על מצבם של מציעים פוטנציאליים אשר נמנעו מלהשתתף במכרז מאחר שנבצר מהם לעמוד בתנאי הערבות הנדרשת ובמועדה. מכלל האמור לעיל נובע כי הפגם בערבותה של פארטו היה פגם מהותי. לפיכך, אין החלטתה של ועדת המכרזים ופסק דינו של בית המשפט קמא אשר קבעו כי בנסיבות העניין מדובר בפגם שאינו מהותי, יכולים לעמוד על כנם.

11. לדברים אלה נוסיף, כי אופן פעולתה של ועדת המכרזים, שהכריזה על הצעתה של פארטו כזוכה במכרז ורק מאוחר יותר דרשה ממנה לתקן את הפגם מהווה, כשלעצמו, פגם נוסף בהליכי המכרז [השוו: ע"מ 5085/02 רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית תל אביב-יפו, פ"ד נו(5) 941]. משנפל פגם מהותי בערבות שצורפה להצעתה של פארטו, לא ניתן היה לאפשר לפארטו לתקן את הפגם בדיעבד. כאמור, דרישת הערבות הינה דרישת סף במכרז ומציע שאינו עומד בה אינו יכול להשתתף במכרז. ביטוי מפורש לכך ניתן במסמכי המכרז נשוא ערעור זה, שקבעו (בסעיף 0.4.4 לתנאי המכרז) כי "אי הגשת הערבות, האישורים וההתחייבויות... לא תאפשר בדיקת ההצעה ותפסול אותה על הסף". לפיכך, אין גם חשיבות לשאלה האם ניתן היה לחלט את הערבות שהעמידה פארטו במועד הגשת הצעתה אילו היתה חוזרת בה מהצעתה, אם לאו. נוכח היות הערבות דרישת סף במכרז, ונוכח מידת הסטיה של הערבות שצירפה פארטו להצעתה מהנדרש על פי תנאי המכרז, ספק אם החלטה של ועדת המכרזים להכשיר את ההצעה בכפוף לתיקון הפגם אף בטרם ההכרזה על הזוכה יכולה היתה להיחשב החלטה סבירה שהתקבלה כדין, ובוודאי כך כשההכרזה על ההצעה הזוכה קדמה לדרישה לתיקון הפגם.

14. לסיום נעיר, כי האינטרס הכלכלי-עסקי המידי של המזמין אינו צפוי להיפגע באורח משמעותי כתוצאה מפסילת הצעתה של פארטו. כפי שעולה מהפרוטוקולים של

ועדת המכרזים שצורפו לסיכומי הצדדים, הפרש הציונים בין הציון שהעניקה ועדת המכרזים לפארטו לבין הציונים שהעניקה למתחרים אחרים, הן בסעיף המחיר והן ב"ציון שלב א'", אינו רב. בהתחשב בהפרש הקטן בציונים שקיים גם בין כמה מההצעות המתחרות, החלטנו להחזיר את ההליך לוועדת המכרזים על-מנת שתחליט בדבר הזוכה במכרז לאחר פסילת הצעתה של פארטו.

ש ו פ ט ת

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, ב' בכסלו התשס"ד (27.11.2003).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט