

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים

ע"מ 5853/05

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת ד' ברלינר

המערערת :

אחים כאלדי בע"מ

נ ג ד

המשיבות :

1. רכבת ישראל בע"מ
2. יעקב יעקב ובניו

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב
בתיק עת"מ 1649/05 שניתן ביום 26.5.05 על-ידי
סגן הנשיא יהודה זפט

תאריך הישיבה :

כ' באלול תשס"ו (13.9.06)

בשם המערערת :

עו"ד האשם דלאשה

בשם משיבה 1 :

עו"ד גל סומך ; עו"ד יפעת לוי

בשם משיבה 2 :

עו"ד דוידוב עופר

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

רקע והליכים בבית המשפט קמא

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (סגן הנשיא יהודה זפט) מיום 26.5.2005 בעת"מ 1649/05, בגדרו נדחתה עתירתה של המערערת להורות על ביטול תוצאות מכרז שעניינו ביצוע עבודות תשתית למסילת ברזל באר שבע – נתיבות, בקטע כביש 40 – אשל הנשיא (להלן: המכרז), ולהוציא צו שיקבע כי המערערת היא הזוכה במכרז.

ב. ואלה עיקרי העובדות הצריכות לעניין: ביום 20.1.2005 פרסמה המשיבה 1 את המכרז. המשיבה 2 והמערערת הגישו את הצעותיהן ביום 14.2.2005 - המועד האחרון להגשת הצעות. עם פתיחת ההצעות נמצאה הצעתה של המשיבה 2 הזולה ביותר, ולאחריה הצעת המערערת. חמש ההצעות הזולות הועברו על-ידי המשיבה 1 לבדיקתה של ועדה מקצועית, שהמליצה ביום 24.2.05 לבחור בהצעתה של המערערת, וזאת מאחר שהצעתה של המשיבה 2 נמצאה כבלתי מאוזנת תקציבית, ועל כן כזאת שאינה מאפשרת את ביצוע הפרויקט. ביום 7.3.2005 הזמינה ועדת המכרזים של המשיבה 1 את המשיבה 2 כדי לקבל ממנה הבהרות על הצעתה. ביום 8.3.2005 כונס דיון בנוכחות יו"ר הועדה המקצועית, נציג אנף ההתקשרויות של המשיבה 1 ונציג מטעם המשיבה 2, שלאחריו החליטה ועדת המכרזים ביום 14.3.2005 לבחור בהצעתה של המשיבה 2 כהצעה הזוכה במכרז.

ג. ביום 20.4.2005 הוציא בית המשפט צו ארעי האוסר על המשיבות לממש את תוצאות המכרז. בעקבות תגובות המשיבות, הוחלט במהלך דיון שנערך ביום 17.5.2005, לאחד את הדיון בבקשה לצו ביניים עם הדיון בעתירה העיקרית. ואלה היו עיקרי טענות הצדדים בפני בית משפט קמא:

(1) טענות המערערת נחלקו לשני מקבצים. ראשית, נטען כי ועדת המכרזים לא הייתה רשאית להתעלם מממצאיה וממסקנותיה של הועדה המקצועית, שהצביעה על כך שבמספר רב של סעיפים בהצעת המשיבה 2, מחירי היחידה לא היו ריאליים. בנוסף, נטען כי הליך ההבהרה שבמסגרתו נפגשו ביום 8.3.2005 נציגי המשיבה 1 והמשיבה 2, אינו ראוי ופוגע בעקרון השוויון. שנית, היה על המשיבה 1 – כנטען – לפסול על הסף את הצעתה של המשיבה 2, בשל הפגמים המהותיים שנפלו בה, ומאחר שחרגה מתנאי המכרז: המשיבה 2 הוסיפה בכתב יד, בעמוד האחרון של התדפיס, הנחה בגובה 3% מסכום ההצעה הכללי כפי שהוקלד בדיסקט. הנחה זו היא שגרמה להצעת המשיבה 2 להיות ההצעה הזולה ביותר. תוספת ההנחה לתדפיס, ומכתב לוואי שצירפה להצעה המאשר את ההנחה, מהווים כנטען שינוי אסור בהצעה ונוגדים את תנאי המכרז הקבועים בסעיפים 15.4 ו- 12.3 להזמנה להשתתף במכרז שלפיהם:

15.4: "...כל שינוי או תוספת שייעשו במפרט הטכני בטופס ההצעה או בתנאי החוזה, או כל הסתייגות לגביהם, בין על ידי תוספת בגוף המסמכים ובין במכתב לוואי או בכל דרך אחרת, עלול לגרום לפסילת ההצעה."

12.3: "אם ברצון המציע לשנות את סכום הצעתו עליו לעשות זאת במחירי היחידות ולא בהנחה מהסכום הכללי. ניתנה הנחה על כל ההצעה יראו אותה כאילו ניתנה על מחירי היחידה שבכתב הכמויות יחסית לכל סעיף וסעיף."

עוד נטען, כי המשיבה 2 לא חתמה על כל עמודי תדפיס ההצעה, אלא רק על העמוד האחרון, וזאת בניגוד לס' 12.2 להצעת המכרז.

(2) לשיטת המשיבים, מנגד, ראשית – החלטות לגבי מכרזים מתקבלות על-ידי ועדת המכרזים. הועדה המקצועית מהווה גורם מייצג במישור המקצועי בלבד, ואינה דנה בהיבט הפיננסי של ההצעות. לאחר שהועדה המקצועית השיגה על הצעת המשיבה 2, התקיים הליך בירור שבו הצהירה המשיבה 2 בכתב על יכולתה לעמוד במחיר שננקב בהצעתה, וניתן הסבר מניח את הדעת לחוסר הסבירות הכלכלית בסעיפים מסוימים. שנית, אמנם המשיבה 2 הוסיפה בכתב יד על תדפיס ההצעה הנחה של 3%, אולם אין זה חורג מתנאי המכרז. זאת, שכן על פי ס' 12.2:

”...בכל מקרה של אי התאמה בין מחיר היחידה המוקלד ע”י המציג ע”ג דיסקט המיכרוזומט לבין מחיר היחידה בתדפיס, יקבע מחיר היחידה המופיע בתדפיס החתום. למען הסר ספק הצעת הקבלן ע”ג תדפיס... היא ההצעה המחייבת, דיסקט המיכרוזומט נועד לגיבוי בלבד”

לטענתם, ס' 15.4 מתייחס רק לגבי שינוי בטופס ההצעה אשר יש בו כדי לשנות את תנאי המכרז, שלא כבמקרה בו עסקינן. בנוסף, ס' 12.3 אינו פוסל את האפשרות לתת הנחה כללית על המחיר, אלא קובע שבמקרה מעין זה “...יראו אותה כאילו ניתנה על מחירי היחידה שבכתב הכמויות יחסית לכל סעיף וסעיף”. עוד נטען, כי במקום שאין חשש להטעיה או לפגיעה בטוהר המידות אין לפסול הצעה מטעמים פורמליסטיים גרידא, שכן המבחן הוא מהותי. כן נטען, כי המשיבה 2 חתמה על העמוד האחרון להצעה, ובכך שלא חתמה על שאר הדפים יש משום פגם טכני ולא מהותי.

פסק דינו של בית המשפט קמא

ד. בית המשפט קיבל את טענות המשיבים וקבע כי ככלל ראוי לבחור בהצעה הזולה ביותר, וזו היתה של המשיבה; בנסיבות של הקושי שהעלתה הועדה המקצועית היתה ועדת המכרזים רשאית להזמין את המשיבים לבירור (תקנה 20(ה) לתקנות חובת המכרזים, תשנ”ג-1993); לאחר הבירור רשאית היתה להחליט בשונה מן הועדה המקצועית. עוד נקבע, כי המסמך המחייב היה תדפיס ההצעה, ולכן לא היה פגם ברישום ההנחה על גבי התדפיס ולא בדיסקט. אף באשר להנחה ובאשר לחתימה על כל העמודים נדחתה טענת המערערת. סוף דבר, לשיטת בית המשפט לא נפלו פגמים מהותיים בהצעת המשיבה 2, ולא נמצא פגם בהתנהלות ועדת

המכרזים אל מול המציעים ואל מול הועדה המקצועית. לנוכח האמור, נדחתה העתירה. הושתו על המערערת הוצאות בסך 30,000 ₪ לכל אחת מן המשיבות, הרכבת והזוכה.

טענת המערערת

ה. המערערת חוזרת על מרבית טיעוניה בבית משפט קמא. לטענתה, שגה בית המשפט בכך שלא ייחס את המשקל הראוי לרישומה של ההנחה בכתב יד בהצעת המשיבה 2. זאת שכן בכך פעלה המשיבה 2 בניגוד לדרישות תנאי המכרז ובניגוד להלכה לפיה יש להקפיד באופן דווקני על קיום הנהלים הפורמליים של המכרז, כדי לא לפגוע בעיקרון השוויון. בנוסף, מצביעה המערערת על כך שבהצעת המשיבה 2 שונה סכום ההצעה במלים מסכום ההצעה בכתב. לטענתה, בכך נתאפשר למשיבה 2 טווח תמרון פסול בבואה לבחור את הפרשנות הנוחה לה לאחר שייוודע מה הציעו המציעים האחרים. עוד נטען, כי פגמים רבים, שכל אחד מהם בנפרד יכול היה להיחשב טכני, בהצטרפם יחדיו פגמו באופן מהותי בהצעה. בנוסף, נטען כי לא היה בסמכות ועדת המכרזים לדרוש ולקבל את הצהרת המשיבה 2 שתעמוד במחירי ההצעה. שכן בכך נפגע השוויון בין המציעים. תקנה 20 (ה) לתקנות חובת המכרזים אמנם מאפשרת דרישת הבהרות מקום בו יש ערפול או חוסר בהירות, אולם אין לדרוש הצהרה לגבי הנכונות לעמוד בהצעה. עוד נטען, כי החלטת ועדת המכרזים לדחות את המלצת הועדה המקצועית נגועה בחוסר סבירות קיצוני. המערערת קובלת גם על הוצאות המשפט הגבוהות שהוטלו עליה.

טענות המשיבים בערעור

ו. המשיבים סומכים את ידם על קביעות בית המשפט קמא. לטענתם, הקביעה לפיה תדפיס ההחלטה מחייב ולא הקובץ הכלול בדיסקט, היא ממצא עובדתי; על כן, רישום ההנחה על התדפיס בלבד אינו פגם מהותי. עוד נטען, כי הרשות המוסמכת לקבל החלטות אצל המשיבה 1 בכל הנוגע להליכי מכרז, היא ועדת המכרזים. הועדה המקצועית היא גורם מיעוט גרידא, ואין הועדה חותמת גומי לה. יתירה מכך, עצם הטענה שהצעת המשיבה 2 אינה מאוזנת על פי חוות דעתה הראשונית של הועדה המקצועית, אין בה כשלעצמה כדי להביא לפסילת ההצעה כל עוד אין חשש ממשי שלא יקוימו העבודות נשוא המכרז, וכל חשש הוסר בעקבות הליך הבירור עם המשיבה 2. דברים אלה מקבלים משנה תוקף, כנטען, נוכח היותה של הצעת המשיבה 2 סבירה ביחס לאומדן שערכה המשיבה 1 בטרם המכרז. נטען כי הסמכות להליך הבירור שערכה ועדת המכרזים נתונה לה מכוח תקנה 20 (ה) לתקנות חובת המכרזים והן מכוח ס' 15.5 לתנאי המכרז, לפיו:

"הרכבת (המשיבה 1 - א"ר) שומרת לעצמה את הזכות לפי שיקול דעתה הבלעדי, לפנות למציעים, כולם או חלקם, לצורך בירור פרטים בנוגע להצעותיהם... וכל פרט אחר הדרוש לה לצורך קבלת החלטתה".

עוד נטען כי שאר הפגמים עליהם הצביעה המערערת הם שוליים וטכניים. עוד סבורה המשיבה 1, כי נסיבות המקרה אינן מאלה המצריכות התערבות בגובה ההוצאות שנקבעו בבית משפט קמא.

הכרעה

ז. מכרז ציבורי הוא הזמנה של רשות מינהלית לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה (ראו ע' דקל, מכרזים, כרך ראשון, (2004), 73, להלן דקל), והוא כפוף לשתי מערכות דינים עיקריות: מערכת העקרונות והכללים של המשפט המינהלי ומערכת דיני החוזים והטרומ-חוזים, הסדר שתואר כדואליות נורמטיבית (בג"צ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הביטחון, פ"ד לד(3) 706, 716, להלן: פרשת חברה פלונית; בג"צ 688/81 מיגדה נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 90, להלן: פרשת מיגדה). הלכות המכרז הציבורי נקבעו במסגרת זו, תוך שהן מושפעות מאותה ערכיות כפולה, ומהשאיפה להביא לידי הרמוניה בתוכה.

ח. מערכת העקרונות והכללים של המשפט המינהלי חלה על מכרזיהן של רשויות השלטון, ובתוך כך חברות ממשלתיות והמשיבה 1 בתוכן (ראו: ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד מח(3), 749, להלן: פרשת מספנות ישראל; ע"מ 687/04 ינון-תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות - רכבת ישראל, (לא פורסם)). נורמות המכרז הציבורי, שנקבעו בחקיקה ועוצבו בפסיקה, שואבות את חיותן מעקרונות המשפט המינהלי. על ועדת המכרזים, כגוף המנהל את המכרז בנאמנות בעבור הציבור כולו, לפעול בהגינות (מהותית ודיונית), ביושר, בשוויון, בסבירות, ללא שיקולים זרים או שרירות (ראו: בג"צ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון פ"ד כח (2) 449, 452-453; בג"צ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד לז(2) 505, 520; פרשת מיגדה, 91) ואין בידה להתנות על כך (דקל, עמ' 175). דיני המכרזים מהווים ענף משפטי סובסטנטיבי, שהפרת כלליו או עקרויותיו מצדיקה התערבות בגדרי ביקורת שיפוטית, לא רק בהתאם לעילות המסורתיות של המשפט המינהלי, אלא אף על יסוד עילות אזרחיות. אך בית המשפט אינו שם עצמו במקום ועדת המכרזים. הוא בוחן האם עולה התנהלות הועדה בקנה אחד עם עקרונות המכרז הציבורי, והאם החלטותיה ניתנו על-פי דין ובתוך מתחם הסבירות (ש' הרציג, דיני מכרזים, כרך ג' (2005), 477, להלן: הרציג).

ט. "בצד עקרונות המשפט הציבורי, חלים על המכרז עקרונות דיני החוזים" (השופטת פרוקצ'יה בע"מ 687/04 ינון תכנון יעוץ ומחקר נ' רשות הנמלים (טרם פורסם)). לכך יש להוסיף את הטרם-חוזים כמערכת נורמטיבית משלימה (ראו לכל אלה בג"צ 462/79 שרביב נ' ר' עירית נהריה, פד"י לד(1) 467, 472 להלן: פרשת שרביב; זמיר, "דיני מכרזים ציבוריים", הפרקליט כ' (תשכ"ד), 403, 408; פרשת חברה פלונית' 716; פרשת מיגדה, 90 - 91; וכן ראו דקל, עמ' 178). הסתכלות על המכרז במשקפיים חוזיים יכול שתיעשה בשתי דרכים: האחת – התבוננות על המכרז כהליך טרום חוזי, שמטרתו הסופית היא התקשרות חוזית בין עורך המכרז לבין הזוכה בו. לפי נקודת מבט זו, נחשב המכרז כהזמנה להציע הצעות, ההשתתפות במכרז היא ההצעה במובן דיני החוזים, והחלטת בעל המכרז הבוחר באחת ההצעות היא הקיבול (ראו: פרשת שרביב, 467, 472; 632/81 מג'דה בע"מ נ. שר הבריאות, פ"ד לו(2) 673, 679; ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ. בית יולס, פ"ד ל"ז(1) 533, 542; ע"א 431/82 חסיד נ' פרזות, פ"ד לט(4) 451, 455). כמו לגבי כל חוזה, כך גם בעניין המכרז, יש צורך בשני רכיבים מצטברים על מנת שהסכם בין הצדדים, מפגש רצונותיהם, יהפוך לחוזה מחייב בדין: גמירות דעת ומסוימות (על פי הסעיפים 2 ו-5 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973). דרך נוספת לבחינת הליך המכרז היא תפיסת המכרז עצמו כחוזה. על פי גישה זו פרסום המכרז מהווה הצעה להתקשר בחוזה והגשת ההצעה מהווה קיבול, כך שנכרת "חוזה נספח" שבמסגרתו מוסכם כי המכרז יתנהל בהתאם לכללים הקבועים במסמכי המכרז ובהתאם לדיני המכרזים (דקל, עמ' 185). אחת התוצאות המשפטיות הנובעות מתחולת דיני החוזים על המכרז משתקפת בחלותם של דיני תום הלב על מהלכיו, ובכללם סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי). מובן כי חובת תום הלב שרירה וקיימת ממילא, כעקרון יסוד במשפט המינהלי, לפיו הרשות המינהלית מחויבת בהגינות כלפי כולי עלמא (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1), 289, 319, להלן: פרשת קונטרס; וראו: השופטים שמגר ובן פורת בבג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 456 וכן 465). לדידי חובה זו היא לב לבו של המשפט המינהלי. אך החלת דיני החוזים מביאה גם לידי החלת חובת תום הלב על המשתתפים במכרז כלפי הרשות המינהלית (שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית, 1999, עמ' 145; לגבי חובת תום לב כללית של אזור כלפי הרשות המינהלית ראו: פרשת קונטרס, 320 - 323; דקל, עמ' 180). ודוק: להחלת חובת תום הלב באמצעות דיני החוזים על הרשות המינהלית נפקות מסוימת ביצירת מקור נורמטיבי זמין לפסיקת פיצויים לטובת מציע, שהרשות נהגה כלפיו שלא בדרך מקובלת או שלא בתום לב; זאת, מכוח סעיף 12(ב) לחוק החוזים (דקל, עמ' 181).

י. המכרז הציבורי, כהסדר התקשרות של רשות מינהלית עם גופים פרטיים, נועד להגשים מספר עקרונות יסוד: שמירה על טוהר המידות, מניעת שחיתות ומשוא פנים; השאת התועלת

הכלכלית והגנה על עקרון השוויון. פעמים מטרות המכרז הציבורי מתיישבות זו עם זו בהרמוניה, ופעמים באות הן לידי קונפליקט המחייב הכרעה. קיימת תמימות דעים בפסיקה ובספרות כי המטרה הראשונה בחשיבותה שנועד המכרז הציבורי להגשים היא השמירה על טוהר המידות. עמד על כך ע' דקל:

"הסיבה העיקרית לחקיקת חוק חובת המכרזים ולהטלת חובת מכרז על רשויות המינהל נובעת, לדעתי, מהחשש שעמדת הכוח שבה נמצאים פקידי ציבור, בצירוף הפיתוי והאפשרויות לניצול לרעה הגלומות בניהול עסקאות עתירות ממון, יובילו לשחיתות ומשוא פנים. התקשרות מתוך משוא פנים מנוגדת לכל קוד מוסרי מקובל בחברה הדמוקרטית. היא יוצרת תחושה קשה של חוסר צדק; היא גורמת לאובדן האמון של הציבור במערכות המינהל; היא גוררת שחיתות ציבורית והשחתה של נורמות ההתנהגות בחברה, ובכך היא פוגעת ביסודות קיומה של החברה כחברה מוסרית" (שם, עמ' 118)

שמירה על טוהר המידות חשוב שתיראה כשם שחשוב שתיעשה. כדברי השופט ברנזון בשכבר הימים:

"היסוד לשיטת המכרזים של גופים ציבוריים, שנשתרשה בארץ, הוא הרצון והדאגה להבטיח התנהגות נאותה של שליחי הציבור במסירת עבודות וברכישת טובין ושירותים. כלומר: מניעת העדפה שרירותית, ולא-כל-שכן שחיתות או אנוכיות מתוך אינטרס עצמי של העוסקים בענינים אלה, שהפיתוי בהם הוא גדול ורב משקל. כל הדינים והכללים שנקבעו בתחום זה לא באו אלא כדי להבטיח בראש ובראשונה הגינות, טוהר מידות ונקיון כפיים, שהם מסימניו של מימשל תקין וראוי לשמו. חשוב ביותר, שמידות אלה יתקיימו וגם ייראה שנתקיימו. (בג"צ 101/74, בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449, 453 - 452, הדגשה הוספה - א"ר)

כאשר עקרון השאתה של התועלת הכלכלית עלול לעמוד בסתירה במקרה פלוני לעקרון השוויון והתחרות ההוגנת, קרי, כאשר אחת התכליות נפגמת בעטייה של האחרת, יש ליתן משקל עודף לשוויון ולתחרות ההוגנת. זאת, גם במקום בו עלולה להיגרם, כתוצאה מכך, פגיעה כלכלית, אף ניכרת (ראו והשוו: ע"א 376/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505; בג"צ 173/82 מבני פלס נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 476, 473; ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה נ' משרד הביטחון, פ"ד נא(5) 643, 647; עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הפנים (לא פורסם)). כדברי המחבר הרציג:

"מבין שתי תכליותיו של המכרז, נתון מעמד הבכורה לעיקרון השוויון, הוא התכלית הציבורית של המכרז. הטעם לכך הינו כי השוויון הוא העומד בלב המכרז ומבטיח את הגינותה של התחרות" (עמ' 213).

עמד על כך גם השופט (כתארו אז) שמגר:

"המכרז בתור שכזה איננו משיג תמיד את התוצאה הכללית הטובה ביותר מבחינתו של בעל המכרז, כי יתכן שבמשא ומתן היה ניתן להגיע למחיר נוח יותר מזה שהתקבל בעקבותיו של מכרז. אך אם נוקטים בשיטת המכרז, נעשה הדבר כדי לתת מלוא המשקל לעיקרון לפיו על רשות ציבורית לנהוג בדרך השוללת הן העדפה פסולה והן היווצרותו של רושם, מוצדק או בלתי-מוצדק, של העדפה כאמור" (בג"צ 794/78 חרות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לג(2), 716, 718).

עקרון השוויון הוא "נשמת אפו" של המכרז הציבורי, (עע"ס 1966/02 המועצה המקומית מגאר נ' ג'מאל אבראהים, פ"ד נז(3) 505, 510), הוא מונח ביסוד דיני המכרזים כעקרון על, ומורה לרשות בעלת המכרז לנהוג בשוויון כלפי כל משתתפי המכרז, בכל שלביו, ובנסיבות מתאימות גם כלפי מציעים פוטנציאליים. איני מתעלם, כמובן, מן השאלה הכלכלית: המכרז מבקש להשיג את המחיר הנמוך ביותר (כשהרשות משלמת) או הגבוה ביותר (כשמשלמים לרשות) בנושא המכרז; אך בזאת נשתנתה הרשות מן הפרט, שהיא טובלת כל כולה בעקרונות המשפט המינהלי, עד שהיו לאחדים עם חובותיה במשפט הפרטי, והם ראש לכל.

י"א. דיו רב נשפך וקולמוסים רבים נשברו לעניין ההבחנה בין "פגמים מהותיים" לבין "פגמים טכניים" המתגלים בהצעות המכרז, הבחנה שעל פיה ייפסל מכרז בשל פגם מהותי – אך לא בשל פגם טכני; וכבר נזדמן לי לציין (עמ"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר נ' מ' נתניה (טרם פורסם)) כי יש קושי בהבחנה בין פגם מהותי לפגם טכני:

"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 ... כמובן יהיו מקרים שפגם יהא זניח בגדרי השכל הישר ... אך מקרים אלה הם לדעתי החריג שבחריג, והכלל הוא כי פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו ... כללו של דבר, מגיש הצעה המדקדק בתנאי המכרז ראוי שייצא נשכר, והמחמיר עם שאינו מדקדק בהם – תבוא עליו ברכה".

וראו גם דקל, עמ' 551. מכל מקום, ההלכה הפסוקה ביסודה, כי פגם מהותי בהצעה הוא פגם הפוגע בשוויון שבין המציעים ובתחרות ההוגנת במכרז, מה שאין כן בפגמים "טכניים". בפגמים מהותיים תיפסל ההצעה הפגומה אף אם מדובר בהצעה הכדאית ביותר מבחינה כלכלית (ראו בג"צ 161/80 סן טרופז נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 711, 709; עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הפנים (לא פורסם); והשוו: בג"צ 504/82 כח (2000) אחזקות נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לז(1) 651, 656). פגם מהותי הוא, בין השאר, פגם העשוי להעניק יתרון כלכלי או תחרותי לאחד המשתתפים במכרז, או המשבש את כללי המכרז באופן שאינו מאפשר להשוות בין המציעים השונים. יתרון תחרותי בהליך המכרז, קרי, יתרון המקרב את המציע לזכייה במכרז, יכול שיתבטא באיחור בהגשת ההצעה (עת"מ (חיפה) 302/02 דראושה טובחי בע"מ נ' דראושה פאוזי, תק-מח 2002(1), 430, 432) או בהתניה עליה (פרשת מספנות ישראל, 776); לפסילת הצעה בשל איחור בהגשתה, ראו עע"מ 2696/06 מדינת ישראל נ' חרכוש (טרם פורסם). יתרון כלכלי בהליך המכרז, קרי, יתרון המתבטא בחיסכון בעלויות ההשתתפות במכרז, יכול שיתבטא באיחור בהגשת הערבות להצעה על ידי אחד המשתתפים (ראו: בג"צ 41/84 מוראן קבלנות והנדסת בנין בע"מ נ' עיריית ראשון לציון, פ"ד לח(2) 743, 746) או בהקדמת מועד פקיעתה (עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הפנים (לא פורסם)). שיבוש כללי המכרז באופן שאינו מאפשר להשוות בין המציעים השונים, יכול שיתבטא בתמחור לא ריאלי של מפרט הפרויקט נשוא המכרז, תוך מה שקרוי תכססנות (ראו: עע"מ 687/04 ינון – תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות הנזכר מעלה, וכן עע"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר, כבישים ופיתוח נ' רכבת ישראל (טרם פורסם) או באי ודאות, ערפול או אי בהירות (פרשת מספנות ישראל, 779). ניתן לקבוע, כי אי עמידה בתנאי סף להשתתפות במכרז מהווה בדרך כלל פגם מהותי שיוביל לפסילת ההצעה (בג"צ 466/82 עוזר את רובננקו נ' עיריית רמת גן, פ"ד לז(1) 697, 699; 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה נ' משרד הביטחון, פ"ד נא(5), 643, 647; עע"מ 5085/02 רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית תל אביב – יפו, נו(5), 941, 946; עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מגאר נ' ג'מאל אבראהים, פ"ד נז(3), 505, 512).

י"ב. מקום בו הפגם בהצעה "טכני", אין, לכאורה, פגיעה בעקרון השוויון. בשלב הראשוני, בו נבדקים מסמכי המכרז שהוגשו על-ידי המציעים השונים בעניין עמידתם בכללי הסף של המכרז באופן שלא נפגע השוויון המהותי, אין מקום לבחינת התועלת הכלכלית הצומחת לעורך המכרז מקבלת ההצעה הפגומה. אמת המידה היחידה היא עמידתן של ההצעות בתנאים שהוגדרו ובחינתן, בגדרי השוויון המהותי, בהשוואה הנערכת בין המשתתפים במכרז. שמירת זכויותיהם של המשתתפים בפועל ובכוח

מתבטאת בעמידה דווקנית על מילוי התנאים המוקדמים, ופסילת הצעות שנמצאו בהן פגמים מהותיים. בשלב השני, תשקול ועדת המכרזים את תוכן ההצעות מתוך כוונה להשיא את התועלת הכלכלית והחברתית במימוש המכרז. ודוק: השאלה ככלל אינה תום ליבו של המציע שהצעתו נפסלה עקב פגמים שנפלו בה, אלא במקרים חריגים בלבד. ציין הנשיא ברק בעניין הערבות הנלווית להצעה:

"...[ש]עקרון השוויון בין המתחרים מחייב שוויון בדרישות הערבות, ופגם בערבות משמעותו, על-כן, פגם מהותי, הפוגע בעקרון היסוד של דיני המכרזים, ועל-כן דינו לפסול ההצעה (בג"צ 161/80). זאת ועוד: הקפדה על תנאי הערבות מונעת רשלנות ואי-דיוק, "המצמיחים, לא אחת, הפליה, שרירות מינהלית ופגיעה בטוהר המידות"... דין זה ודאי מן הראוי לו שיחול שעה שהמציע פעל שלא בתום-לב, דהיינו, ביקש לחסוך מכספו, ועל-כן לא צירף ערבות כדין, תוך שמוכן הוא לצרפה לאחר שהעריך כי סיכויים לו לזכות במכרז. אך דין זה מן הראוי לו שיחול גם שעה שהמציע פעל לכאורה בתום-לב, ובשל תקלה שאירעה לא ניתנה הערבות המתאימה. הטעם לכך הוא, שתום-לבו של המציע הוא עניין קשה להוכחה, והכרה בתום-לב כעילה סובייקטיבית, המתגברת על פגם אובייקטיבי בערבות, יש בה כדי לפתוח פתח לעקיפת הדין במקום לאכיפתו ולשימוש לרעה בו וביסודותיו." (בג"צ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2), 472, 475, הדגשה הוספה – א"ר).

י"ג. לועדת המכרזים מסור שיקול-דעת להכשיר פגמים רק אם סבורה היא שאין מדובר בפגמים מהותיים, אלא בפגמים "טכניים" ובטעות בתום-לב מצדו של המציע. כדי להסיר ספק נדגיש, כי פעולת המציע בתום-לב היא תנאי הכרחי להכשרת פגם שנמצא בהצעתו (ע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הפנים (לא פורסם)). חובת תום הלב של המשתתפים כלפי הרשות המינהלית היא פועל יוצא מהכפפת דיני המכרזים למערכת דיני החוזים והטרומ-חוזים; היא גם הכרח בחברה מתוקנת. לנוכח זאת, נקבע כי הצעה הלוקה ברמייה ובאי יושר, תיפסל. ציין השופט – כתארו אז – מ' חשין:

"אכן מי שמנסה להערים על בעל המכרז באורח בלתי נאות – בין על דרך הטעיה מחושבת ומכוונת בין על דרך "תכססנות" – ראוי הוא שהצעתו תיפסל על הסף; נגרשנו מן המסדרון אל מחוץ לבית המכרזים, לא כל שכן שלא נכניסנו אל הטרקלין. אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, ואם פלוני מבקש להטעות כבר בתחילת הדרך, מי לכפו של בעל המכרז יתקע כי אותו פלוני לא ישקר ויכזב גם בהמשך הדרך? כחטא כן עונשו, והמציע הצעות כזב

ימצא עצמו אל מחוץ למחנה. והנה, בעוד שמושג ההטעיה ברור לכל, לכאורה, קשה יותר לפרוס את תחום "התכססנות": לכל מקצוע "תכסיסים" משלו – בחלקם לגיטימיים בחלקם שאינם לגיטימיים – ואין לנו אלא להוסיף ולומר כי "תכססנות" בהקשר דברנו כאן – "תכססנות" שבכוחה להביא לפסילת הצעה על הסף – חייבת להיות "תכססנות" הטבולה ברמייה, באי יושר, בהעדר תום-לב כנדרש ממציעים במכרז ("תכסיסים בלתי הוגנים" כלשון תקנה 20(א) לתקנות המכרזים החלות על עיריות) ("ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל נ' מליבו פ"ד מז(1) 667, 679).

י"ד. לתורת המכרזים יפה גישת בית שמאי. אין מנוס. שמירה קפדנית ודקדקנית על כללים ברורים ואחידים היא ערובה לקיום העקרונות המהותיים של שויון והגינות המכרז, להגברת אמון הציבור בשיטת המכרזים, למאמץ לנעילת דלתי השחיתות ולשינוי היחס המקל ראש, לעתים, בדרישות המכרז מצד חלק מהמציעים. גישה אחרת אולי תועיל לקופת הציבור במקרים מסוימים לטווח קצר, אך יפגע בה קלקול המידות בטווח הארוך, ועמו כל החלאים הכרוכים בכך. אלה דברי השופט – כתארו אז – ברק:

האינטרס הציבורי אינו רק האינטרס בקבלת ההצעה הזולה ביותר, אלא זהו בעיקר האינטרס הציבורי בהבטחת אמון הציבור בשיטת המכרזים בפרט ובמינהל הציבורי בכלל. "בעניני מסירת עבודות על-פי מכרז לא נוכל לוותר על הצורך לשמור על קיום הכללים לפיהם חייבת הרשות לנהוג, שאם לא נעשה כן, יהיה הציבור ניזוק לטווח ארוך" (השופט זוסמן בבג"צ 266/71, בעמ' 378). "על-כן, "עמידה תקיפה על קיום דרישות החוק, ואפילו ה'פורמליות' שביניהן, היא לבדה מונעת לזות שפתיים וחשדות" (השופט ויתקון בבג"צ 252/71, בעמ' 587). דווקא עמידה על כללי המכרז, תוך הבחנה ראויה בין עיקר לטפל, בין מהותי לשולי, היא שתביא, בסופו של דבר, לא רק לשמירה על טוהר המידות במינהל הציבורי, אלא גם לקבלתן של ההצעות הטובות ביותר, שהוצעו בנפש חפצה על-ידי בעלי הצעות, הסומכים על הגינות המינהל. ייתכן שבטווח הקצר תביא פסילת הצעת העותרת לנזק כספי מסוים לעירייה, אך בטווח הארוך יבטיח הדבר תועלת כלכלית במסגרת מינהל תקין (ראה: בג"צ 106/66, בעמ' 209). איזון ראוי זה בין האינטרס הכלכלי לבין האינטרס הציבורי הוא מטרתו ומגמתו של דין המכרזים (בג"צ מבני פלס חברה הנדסית לבנין נ' עיריית נהריה הנזכרים, 476, הדגשה הוספה – א"ר).

אמנם, המציעים מתחלפים ממקרה למקרה, אולם הרשויות המנהליות אוגרות ניסיון ניהולי ומשפטי בהליכי מכרזים, שיבוא לידי ביטוי בעיצוב כללי המכרז ובהתנהלות אל מול המציעים, דבר שגם יזכה מצד הכלל, ומצד כלל המציעים, כך סבורני, להערכה ולחיזוק האמון במערכת (לדיון בדעה שונה, המבקשת גישה מאזנת בהקשר השויון אל

מול היתרון הכלכלי ראו דקל, עמ' 133, 139). לצערנו, ניסיוןן של המערכות הציבוריות בישראל – למצער בחלקו – מלמד, כי ראוייה הקפדה יתרה. תורת המכרזים, במציאות של מכרזים רבים ברשויות וגופים שונים, גדולתה בפשטות יישומה, ללא צורך בפרשנות כל מקרה; ראו גם עע"מ 2696/06 מדינת ישראל נ' חרכוש, הנזכר מעלה; בעע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר. נ' מי נתניה (2003) בע"מ (טרם פורסם) נזדמן לי לומר:

"פשיטא הוא, כי ככל שיותר כר מועט יותר ל"פרשנות יצירתית" של תנאי המכרז, כן ייטב לשויון, להגינות, ולעשיית צדק עם כולי עלמא. הותרת מרווח לפרשנות בענייני מכרזים משמעה, כפי שצינה חברתי (השופטת נאור – א"ר) בפרשת א.ג.י, חוסר יעילות וביטול זמן בועדות המכרזים, דיונים שיפוטיים לאחר מכן, וכיוצא בזה; ולא אלה בלבד, אלא גם – וכל אחטא בשפתי – במכרז הנתון לפרשנות פתוח פתח לשאלות של טוהר המידות..."

ט"ו. (1) לועדת המכרזים הרשות לבקש מן המציע להבהיר את הצעתו מקום שלא נפל בה פגם מהותי, שעה שאינה בהירה, יש בה עמימות וכדומה. זאת, מכוח תקנה 20 (ה) לתקנות חובת המכרזים, הקובעת כלהלן:

"הועדה רשאית, מטעמים שירשמו בפרוטוקול, להזמין מציע כדי לברר פרטים בהצעה וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטה; פרטי הברור ירשמו בפרוטוקול."

פשיטא שבעולם תקין – למצער – יש מקום לכך במקרים המתאימים, ואין בידי לקבל את הטענה כי דרישת הצהרה מפי מציע לגבי הנכונות לעמוד בהצעה אינה באה בגדרי התקנה; מציאות החיים מצדיקה פירוש הפורס כנפיו גם על מצב כזה, בתנאי שהמדובר בהבהרה חדה וחלקה – הצעה אל מול דרישות. אך פשיטא גם שבהפעלת שיקול הדעת יש צורך בזהירות. זאת, שכן פנייה למציע לקבלת הבהרה טומנת בחובה שני קשיים: ראשית, בקשת ההבהרה עלולה להקנות למציע "טווח תמרון", שכן יתאפשר לו להכניס שינויים בהצעתו במסווה של מתן הבהרה. שנית, בקשת ההבהרה עלולה להסוות משא ומתן אסור, שהוא אם כל חטאת, ושבעקבותיו תשונה ההצעה (דקל, עמ' 615). על פי ההלכה הפסוקה, יש לפסול הצעה הנגועה בחוסר בהירות שעלולה להביא לפגיעה בעיקרון השויון (פרשת שרביב, 471); בג"צ 649/79 מיכון בניין נ' משרד הביטחון, פ"ד לד(2) 131, 134; בבג"צ 451/88 דירות שקד נ' עיריית נתניה, פ"ד מב (3) 328, 330). כדברי השופט – כתארו אז – ברק:

"אכן, נראה לנו כי הצעתו של משתתף במכרז פסולה היא, אם היא כוללת בחובה חוסר ודאות באשר לתנאיו של המציע. הטעמים לכך הם אלה: ראשית, אין לדרוש מבעל המכרז

להתקשר בהתקשרות חוזית הטומנת בחובה, מיום היווצרה, יסוד של חוסר ודאות, אשר במשך חייו של החוזה מטבע הדברים תצמיח סכסוכים ומשפטים (בג"צ 194/71 (לא פורסם)). שנית, חוסר הודאות משבש את סדרי התחרות ומשמיט את הבסיס על-פיו ניתן לערוך השוואה בין משתתפי המכרז (בג"צ 431/66 (לא פורסם)). ... כאשר הפנייה למציע וקבלת הבהרות ממנו אינה נותנת לו יתרון בלתי הוגן, ואינה פוגמת בעקרון השוויון (בג"צ 47/68 (א' שרמן ובנו, 1954 בע"מ, חברה פרטית נגד שר העבודה, ו-2 אח' פ"ד כב (500) 496, (1), בע' (500)). בכך מוצא את ביטוי טעם שלישי לפסילת הצעה הטומנת בחובה חוסר ודאות. הצעה כאמור מעניקה לבעל ההצעה "טווח תמרון" - הוא התחום של חוסר הודאות - המאפשר לבעל ההצעה במסווה של פרשנות והסרת חוסר הודאות, להעלות הצעות חדשות התואמות את צרכיו... מן הראוי הוא להדגיש, כי חוסר הודאות באשר לתנאיו של המציע, מן הדין שיפסול את הצעתו, בין אם חוסר הודאות הוא מכוון ובין אם מקורו בטעות שבתום לב ... (פרשת שרביב, 471).

(2) אוסיף, כי סבורני כי שהגם שלועדת המכרזים שיקול דעת עצמאי שלא לקבל המלצתה של ועדה מקצועית, ואין היא "חותמת גומי" (ראו דקל, מכרזים כרך שני (2006), 30), יש צורך בטעמים טובים ביותר לעשות כן. ההנחה היא, כי ועדה מקצועית, נקוד על מקצועיות, משקפת בקיאות במאטריה הספציפית שיש לה משקל רב ביותר. במידת מה דומה הדבר (בשינויים המחויבים), למומחה המתמנה מטעם בית המשפט בתחומי מקצוע, רפואה, הנדסה או ראיית חשבון. בית המשפט אמנם מחויב בשיקול דעת עצמאי, וזכאי שלא לקבל את חוות דעתו של המומחה שמינה, אך הדבר מטיל עליו מטבע הדברים נטל הנמקה.

ומן הכלל אל הפרט

ט"ז. ההצעה הזוכה, זו של המשיבה 2, הוגשה מבלי שנחתמו כל עמודי תדפיס הכמויות, אלא רק העמוד האחרון - העמוד בו נקבעה העלות הכוללת של הפרויקט. בעמוד זה ניתנה לגבי הסכום הכולל הנחה בכתב יד של 3% ונחתמה על ידי מי מאנשי המשיבה 2. למען הסר ספק, צורף להצעת המשיבה 2 גם מכתב בו היא מאשרת את ההנחה, ונרשמו בו העלות לפני ההנחה ולאחריה. בהליך בחינת ההצעות בידי הועדה המקצועית, נמצא כי הצעה זו אינה מאוזנת כלכלית. חלק מסעיפי הכמויות תומחרו במחיר הגבוה בהרבה מהאומדן, וחלקם תומחרו במחיר זעום. בנוסף, עלה כי פרק "עבודות העפר לפתוח נופי וגינון ונטיעות" (כפי שכוונה בדו"ח הועדה המקצועית להצעות במכרז מיום 24.2.2005, להלן "פרק הגינון") תומחר בחסר ביחס לאומדן; הצעת המשיבה 2 עמדה על 11,015 ₪ לעומת 1,754,500 ₪ מחירי האומדן, פער המגיע לאלפי אחוזים. ודוק: הגינון נמשך לאחר תקופת הבדק, ולאחר שכבר יוחזר הרוב

המוחלט של ערכות המשיבה 2. דברים אלה אומרים דרשני, בעקבות מסקנות הועדה התקיימה הפגישה בין נציגי המשיבה 1 לנציגי המשיבה 2, ולאחריה הוחלט כי הצעת המשיבה 2 היא הזוכה במכרז. נבחן את כל אחד מהפגמים שצוינו, ואת התנהלות ועדת המכרזים אל מול המשיבה 2.

העדר החתימות בעמודי התדפיס

י"ז. העדר החתימות בדפי התדפיס, פרט לעמוד הסופי, אינו מהווה פגם מהותי. אין בו משום מתן יתרון תחרותי או כלכלי למציע וגם אינו נחזה כך. המערערת עצמה סברה שהמדובר בפגם טכני. על כן, היה בידי הועדה שיקול הדעת שלא לפסול את ההצעה בהקשר זה, בעודה סבורה שהמשיבה 2 פעלה בתום לב. ודוק: במקרה בו העמוד הסופי, בו מפורטת העלות הכוללת, אינו חתום, חלוקות הדעות (ראו והשוו: בג"צ 249/72 מבואות ביתר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כו(2) 627; בג"צ 504/82 כח (2000) נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לו(1) 651). אך לא היה כך במקרה שלפנינו. אין בכך כדי לומר, כי מציעים רשאים להקל ראש בנושא זה.

ההנחה על גבי התדפיס

י"ח. הנחה שניתנה על גבי התדפיס וצירוף מכתב המאשר זאת, אינם מהווים פגם. המשיבה 1 צפתה את האפשרות שתינתן הנחה כללית, ואף קבעה כי במקרה זה "יראו אותה כאילו ניתנה על מחירי היחידה שבכתב הכמויות יחסית לכל סעיף וסעיף" (ס' 12.3 לחוזה). אילו לא צורף המכתב על-ידי משיבה 2, יתכן שהיה קם פלוני ומעלה חשש לפגיעה, לכאורה, בניקיון ההליך. אולם מאחר וגם צורף המכתב, לא חרגה מתן ההנחה מן הנדרש. אוסיף, כי הקביעה שתדפיס ההחלטה מחייב ולא הקובץ בדיסקט, היא עניין משפטי ולא עובדתי בלבד, כטענת המערערת.

פרק הגינון וחוסר האיזון הכלכלי של הצעת המשיב 2

י"ט. עיון בהצעת המשיבה 2 מעלה שבעשרות פריטים שלגביהם נדרשה הצעת מחיר ממשית ורצינית ציינה המשיבה 2 מחיר יחידה של אגורה אחת או שקל אחד ליחידת הכמות המופיעה במפרט, שהוא זול באופן בלתי סביר, ואילו בסעיפים אחרים, נקבע מחיר יקר פי כמה וכמה מהערכות האומדן. בנקיטת שיטת תמחור זו, פעלה המשיבה 2 בניגוד לדרישה הברורה של המשיבה 1. הנה מה שכתבה הועדה המקצועית:

"מציע מספר 1, לדעת חברי הועדה, הגיש הצעה כספית שאינה מאוזנת תוך העמסת הרווחים על סעיפים יחידים

מתוך כתב הכמויות ומתן מחירי יחידה לא ריאליים (0.01 ₪ או 1.00 ₪) בסעיפים רבים אחרים.

רצ"ב דוגמאות:

- בפרקי עבודות העפר לפתוח נופי וגינון ונטיעות (2.41.06, 02.41.05) כל מחירי היחידה היו 0.01 ₪ או 1.00 ₪. הצעתו הכספית של הקבלן בפרק זה עומדת על 11,015 ₪ לעומת 1,754,500 מחירי האומדן. יצויין כי עבודה זו כוללת עבודת אחזקה למשך שנתיים לאחר גמר ביצוע העבודות ושחרור חלק גדול מערבות הביצוע של הקבלן.

- בפרק עבודות הכנה ופרוק (02.51.01) מרבית מחירי היחידה היו 0.01 ₪ שהועמסו בעיקר על סעיף 02.51.01.030 'איסוף מקומי של חומר צמחי' בו נקב המציע סכום של 475,300 ₪ הגבוה ב-2377% ממחיר האומדן.

- בפרק עבודות העפר (02.51.02) נקב המציע מחירי 0.01 ₪ על סעיפי חפירת התעלות, הידוק עיבוד שתית ושריון הקרקע שהועמסו על מחירי החפירה, המילוי המובא מבחוץ והמילוי מחומר נברר בהם נקב במחירי יחידה הגבוהים ב-50%-138% ממחירי האומדן.

- בפרק עבודות שונות (02.51.05) נקב המציע במחירי יחידה 0.01 ₪ ו 0.95 ₪ על מרבית הסעיפים שהועמסו על סעיפי מעקות הבטיחות בהם נקב המציע מחירי יחידה הגבוהים ב-39%-58% ממחירי האומדן.

- לפרק עבודות האיטום (03.05) נקב המציע במחירי 0.01 ₪ לכל הסעיפים.

- בפרק עבודות בטון יצוק באתר לגשר A2 (04.02.01) נקב המציע במחירי יחידה נמוכים (חלקם 0.01 ₪) שהועמסו על סעיפי עמודי הבטון (04.02.01.090), מסתורי העובדים (04.02.01.170) ומוטות הפלדה (04.02.01.260, 270) בהם נקב המציע במחירי יחידה הגבוהים בהיקף של עד 107% מהאומדן.

- לפרק עבודות האיטום (04.05) נקב המציע במחירי 0.01 ₪ לכל הסעיפים.

- בפרק עבודות הבטון הדרוך (04.13.01) העמיס המציע את מחירי היחידה הנמוכים שנקב (לרבות מחירי 0.01 ₪ או מחירי יחידה לא ריאליים אחרים) על סעיפי צינורות הפלדה.

- בפרק עבודות כלונסאות קדוחים ויצוקים באתר (04.23.01) העמיס המציע את סעיפי היחידה על סעיפי הקידוחים, הגבוהים ב-161%-247% ממחירי האומדן.

- בפרק 04.99 תשלומים לפי ש"ע של כ"א נקב המציע במחירי 0.10 ₪ לכל הסעיפים.

בישיבת הברור שנערכה בין נציג המשיבה 2 לנציגי המשיבה 1, נימקה המשיבה 2 את צעדיה (סיכום פגישת הבהרה מיום 8.3.2005) בכך שהיא נקבה "במחירים גבוהים יחסית בסעיפים שיש בהם יותר סיכון" מבחינתה ("כדוגמת סעיפי ברזל זיון ופלדה"), ובמחירים נמוכים יחסית בסעיפים שעלותם כלולה מבחינתה "בסעיפים אחרים ו/או

בכלי צמ"ה וציוד אורגני של החברה שממילא נמצא כבר באתר". אולם נימוק זה אינו נותן הסבר משכנע לפערים של מאות אחוזים ולעיתים אף של אלפי אחוזים בין המחיר הנקוב לאומדן. לא בכדי קבעה הועדה המקצועית "...שמבנה ההצעה הכספית הבלתי מאוזנת של מציע מס' 1 (המשיבה 2 - א"ר) אינה מאפשרת ביצוע הפרויקט". הנימוק שהעלתה המשיבה 2 לא תיקן לדעתי את הפגם עליו הצביעה הועדה המקצועית במבנה הכספי של הצעת המשיבה 2.

כ. המציעים נדרשים לצאת מנקודת מוצא שויונית ומשותפת, דהיינו, שהכול מקיימים את אותם כללי מסגרת, כך שלא נוצר יתרון תחרותי או כלכלי עקב אי מילוי של אחד הכללים על-ידי מי מן המציעים, ואין שיבוש בכללי המכרז, כך שניתן יהיה להשוות בין המציעים השונים שעה שנשקלות ההצעות. התחרות בין המציעים נסבה, בין היתר, על הערכים הכספיים שמעמיד כל מציע ביחס לפריטים שונים שיש לתמחרם. כאשר מגיש מציע אחד הצעה כספית המכילה ערכים כספיים בלתי ריאליים ביחס למספר רב של פריטים, מפר הוא לדעתי את כללי השויון בתחרות, בסטייתו מהבסיס המשותף המתחייב להצגת ההצעה הכספית, ובכך אין הרשות יכולה להשוות כדבעי בין ההצעות השונות. סביר להניח כי ציון מחירי יחידה בלתי ריאליים לפריטים רבים, חסך עבודה רבה בהכנת הצעה שתשקף את המחיר האמיתי של אותם פריטים, וגם בכך נוצר יתרון כלכלי למשיבה 2. יתר על כן, ציון מחירי יחידה בלתי ריאליים מטיל ספק ברצינותה של הצעת המשיבה 2, העלולה להשליך על תום הלב, במיוחד בכל הקשור לפרק הגינון, שהרגישות בו גבוהה, כיוון שמתחייבות עבודות אחזקה לאחר שחרור חלק גדול מערבות הביצוע של המשיבה 2. במקרה דנא תומחר פרק זה בחסר של אלפי אחוזים יחסית לאומדן. בעניין דומה שהתגלגל לפתחו של בית המשפט, אשר עסק בהצעה שתומחרה בחסר בסעיפים רבים שהובילה להוזלה משמעותית של ההצעה, קבעה השופטת פרוקצ'יה:

"השיטה בה בחרה המערערת לתמחר את הצעתה אינה תואמת דרישה בסיסית של המיכרז להציע הצעת מחיר ריאלית מראש לכל חלופות התכנון שפורטו במכרז, בלא שניתן שיקול דעת למציע להחליט בינו לביןו לאלו חלופות יתייחס ברצינות בתמחירו ולאלו יתייחס בביטול. לכך טענה המערערת כי היא לקחה מראש סיכון מחושב לפיו אם בכל זאת תידרש לבצע את הפריטים להם התייחסה בביטול, כי אז היא תספוג את הפגיעה הכלכלית שתונחת עליה עקב כך, ותבצע את העבודות ללא רווח או אף בהפסד. גישה זו, על פניה, אינה מעוררת אימון. היא משקפת הצעה בלתי רצינית של גוף עיסקי, המהווה מניפולציה תמחירית המתבססת על השערות חסרות יסוד, שתכליתה להביא להוזלה מלאכותית של הצעת מחיר בלא מתן מענה אמיתי למרכיבים שונים בהזמנה שהמיכרז דרש הצעות

כספיות ממשיות לגביהם. דרכה של המערערת נועדה להביא להטייה בתוצאות המיכרז והיא פסולה מחמת חוסר תום לב. תכסיסנות פסולה ניכרת, בין היתר, מקום שיש פער ממשי בין האומדן הריאלי של העיסקה לבין ההצעה, מקום שחלק מפריטי ההצעה אינם מתומחרים כלל, או מתומחרים בצורה מלאכותית (השווה תקנה 22(ב) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987, גביש, סוגיות בדיני מיכרזים ציבוריים, 1978, עמ' 102). (עע"מ 687/04 ינון – תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות (טרם פורסם), הדגשה הוספה – א"ר).

באותו ענין היתה המערערת המשיבה, אלא ששם פסלה את ההצעה, בהסתמך על הועדה המקצועית, מתוך ראיית הדברים כתכסיסנות פסולה, ובית משפט זה אישר את העמדה.

בעניין אחר דומה בו תומחרה הצעה באופן לא ריאלי, כך שלחלק מהסעיפים נקבע מחיר יקר משמעותית מהאומדן ולחלק מהם מחיר זול משמעותית, קבע מכבר השופט ויתקון:

"לדעתנו, יש ויש פסול בשיטה אותה נקט העותר. אם נקבל שיטה זו כלגיטימית, על שום מה מטרידים קבלנים להגיש הצעות מפורטות המגלות את חישוביהם לגבי כל פרט ופרט? התשובה היא, כמובן, שבלי פירוט כזה אין למזמין כל בקורת על רצינות ההצעה. אך גדולה מזו, אם רשאי המציע לקבוע מחירים פיקטיביים לגבי הפרשים למיניהם, להוזיל פה ולייקר שם, הכל כעולה על רוחו, התוצאה היא - וזוהי גם כוונתו - שיבוש סדר התשלומים. בעד עבודה שמחירה הוזל, יקבל פחות, ובעד עבודה שמחירה יוקר, יקבל יותר, וכך יהא בידו להחיש את מועדי התשלום. במילים אחרות, הוא משיג שכר, שלפי החוזה והסדר התקין טרם הגיע שעתו, ובכך נחלש גם ענינו בהשלמת העבודה במועדה, שכן בעד שלביה האחרונים של עבודתו אין שכרו כטרחתו. ואולי זהו ההסבר לתופעה הלא-נדירה אצלנו שעבודות ציבוריות נשארות בלתי-מושלמות, עם כל הסבל הנובע מכך לציבור." (בג"צ 246/76 יוסף חיים נ' עיריית ירושלים, פ"ד לא(1), 218, 220).

כ"א. (1) ודוק: כאמור, הועדה המקצועית אכן אינה מחייבת את ועדת המכרזים, אך משאמרה את דברה, יש – כאמור – לייחס לחוות דעתה משקל רב. היא סברה כי בנסיבות אלה אין לקבל את ההצעה. בנסיבות המקרה, בהמלצת הועדה המקצועית מ-24.2.05 לא הוצע לקבל הבהרות מן המשיבה 2, שכן הועדה המקצועית סברה "שהמציע לא יבצע סעיפים שלמים בהם נקב במחירים אפסיים וישאף להגדיל כמויות באותם הסעיפים בהם נקב במחירי יחידה גבוהים. מבנה ההצעה הכספית, הבלתי מאוזנת ... אינה מאפשרת את ביצוע הפרויקט". די היה בכך. חרף זאת, בישיבת ועדת המכרזים בהשתתפות אנשי הועדה המקצועית, מיום 7.3.05, נאמר כאילו הצעת משיבה 1 "סבירה" והועדה המקצועית מבקשת לקבל הבהרות ממנה. לדידי, לא היה מקום

להבהרות במקרה זה, משפטית וגם ערכית. לכך לא נדרשו בית המשפט קמא, וגם לא המשיבות בסיכומיהן בערכאה זו.

(2) עיון מדוקדק במסמכים מגלה, כי מזכר יו"ר הועדה המקצועית מיום 8.3.05 מתאר את תשובת המשיבה 2 לשאלות בדבר חוסר האיזון בפרקים השונים בכתב הכמויות, קרי, כי נקבה "במחירים גבוהים יחסית בסעיפים שיש בהם יותר סיכון מבחינתו (כדוגמת סעיפי ברזל, זיון ופלדה) ובמחירים נמוכים יחסית בסעיפים שעלותם כלולה מבחינתם בסעיפים אחרים ו/או שמדובר בכלי צמ"ה וציוד אורגני של החברה שממילא נמצא כבר באתר". או אז – בו ביום – חתמה המשיבה 2 על התחייבות לעמוד "בכל מחירי הצעתנו כפי שיוגשו למכרז וכי נבצע את העבודות נשואות המכרז שבנדון בהתאם לכל תנאי המכרז במחירים הנקובים בכתב הכמויות המצורף להצעתנו"; אך נשאלת השאלה מהם בדיוק "המחירים הנקובים". בסיכום דיונה של ועדת המכרזים מיום 14.3.05 צוין מפי מנהל אגף הביצוע, כי לאחר פגישת הבירור "הועדה המקצועית סבורה כי יעקב יעקב ובניו (המשיבה 2) מסוגלת לבצע את העבודות בהתאם לתנאי המכרז ולוחות הזמנים הנדרשים, בהתאם למחירי הצעתה". לכן נבחרה הצעה זו. לא הובהר מה דינם של הסעיפים הלא מאוזנים לצרכי ביצוע המכרז, דבר דבור על אופניו, קרי, בסופו של יום, לא נומק ולא הוסבר מה דינם של הסעיפים בכתב הכמויות שתומחרו בצורה הפגומה.

(3) נפל איפוא בהצעת המשיבה 2 פגם שהוא מהותי, עקב תמחורה הכספית. לנוכח האמור, ראוי היה לדידי לועדת המכרזים לפסול אותה גם ללא הליך הבירור וביתר שאת לאחריו, משלא העלתה בו המשיבה 2 אלא נימוק, שעם כל גילוי הלב שבו אינו יכול לעמוד שהמדובר ברשות ציבורית. אוסיף, עם זאת כי איני סבור – וגם לא נטען – כי החלטתה של ועדת המכרזים בעניין זה נבעה משיקולים זרים ובאה בחוסר תום לב, אף אם היתה שגויה. חשוב לציין זאת, כדי שלא לפגוע ללא צורך וללא ראיה ביושרתה של ועדת המכרזים ובמניעים לשיקול דעתה כפי שהופעל.

(4) האמור מתיישב גם עם עקרונות נקיון הדעת שבמשפט העברי בעניינים הקשורים בציבור ובכלכלתו; ראו ע"מ 3357/02 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים, פ"ד נט(2) 145, 174.

סעדים

כ"ב. נוכח האמור, היה מקום לטרוניות המערערת באשר לזכייתה של המשיבה 2 במכרז; אך הזמן, כידוע, אינו עומד מלכת, והעבודות להנחתה של מסילת הרכבת בעיצומן. נסיבות המקרה והאינטרס הציבורי מגבילים אותנו לעת הזאת בכווננו להכריע מהי הדרך הראויה, לנוכח הפגם שנפל בהצעת המשיבה 2. עמד על כך השופט זמיר:

"יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם. שיקולים שונים, ובכלל זה שיקולים של צדק אישי ואינטרס ציבורי, עשויים להשפיע על התוצאה, ואף למנוע ביטול החלטה פגומה. ראו, לדוגמה, ע"א 1842/97 עיריית רמת גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן, פ"ד נד(5) 15, 23-24. אולם האם כך הוא הדין גם בפגם חמור כמו חריגה מסמכות? התשובה נובעת מתורת הבטלות היחסית... "לפי מבחן זה יש להבדיל בין הפגם לבין הנפקות. הכלל הקובע מה מותר ומה אסור נמצא במישור אחד, ואילו הסעד על הפרת הכלל נמצא במישור אחר. בכל מישור פועלת מערכת שיקולים מיוחדת התואמת את הצרכים והמטרות באותו מישור. לכן אין לשלול את האפשרות שחוסר סמכות לא יוביל בהכרח לבטלות מוחלטת. חוסר סמכות ובטלות מוחלטת אינם תאומי סיאם. ואם היו כך בעבר, אין הכרח שיהיו כך כיום. כיום ניתן להפריד גם בין תאומי סיאם." (ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל 793, 816 – א"ר) המשמעות העיקרית של תורת הבטלות היחסית היא, שבכל מקרה בו נפל פגם משפטי, אם בפסק דין של בית משפט ואם בהחלטה של רשות מינהלית, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יש לבדוק את נסיבות המקרה, בראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן על ידי בית המשפט לכל הנסיבות. אשר על כן, אפשר כי בנסיבות מסויימות פגם מסויים, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יצדיק מתן סעד מסויים, כגון, הצהרה על הבטלות של פסק הדין או ההחלטה, ואילו בנסיבות אחרות אותו פגם יצדיק מתן סעד אחר. (רע"פ 2413/99 טור' רחמים גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4), 673, עמ' 684-685).

בהיקש, לאיזונים בדיני מכרזים ראו גם בר"ע 5957/06 בני סעיד חמודה נ' עסאם שחאדה (טרם פורסם) (השופט נאור). בענייננו אין טענה כי ועדת המכרזים פעלה במשוא פנים, או – כאמור – בחוסר תום לב, ואכן סברה ככל הנראה כי חיסכון לקופת הציבור הוא הוא טובת הציבור; ואמנם כך הוא, אך בכפוף לקיום התנאים הבסיסיים האחרים. במקרה זה על בית המשפט להביא בחשבון את הנזק הכלכלי העלול להיגרם בעקבות ביטול החלטתה של ועדת המכרזים (ראו: דקל, כרך שני, עמ' 399-400). למרות הפגם שנפל בהצעת המשיבה 2, הנה לנוכח העבודה שבעיצומה באתר הפרויקט, יש מקום – אם גם באי נחת – להותיר את החלטת

ועדת המכרזים על כנה, אך לבטל את ההוצאות שהושטו על המערערת בבית משפט קמא, שאם שולמו יושבו למערערת.

כ"ג. הערעור מתקבל איפוא בנושא ההוצאות, ואיננו נעתרים לו בנסיבות מעבר לכך. איננו עושים צו להוצאות בבית משפט זה.

ש ו פ ט

השופטת ברלינר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. מצטרף אני לפסק-דינו של חברי, א' רובינשטיין. לא הייתי קובע כללים נוקשים באשר ליחס שבין המלצות הוועדה המקצועית לבין החלטתה הסופית של ועדת המכרזים או באשר לתוקפה של הצעת מינום. אשר לשאלת המחירים שהוצעו במכרז, הרי שבעניין אחר (עצ"מ 5933/05 אוליצקי, עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, אגף רכש והתקשרויות ואח' (טרם פורסם)) ציינו, כי "קו הגבול העובר בין תכסיס לגיטימי שאינו פוגע בעקרונות של שוויון, הגינות וטוהר מידות שבבסיס דיני המכרזים, ובין תכסיס בלתי לגיטימי הפוסל את ההצעה בשל פגיעה באיזה מאותם עקרונות, קו זה איננו תמיד חד וברור (ראו: ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 679, 681 (1993); עומר דקל, מכרזים, כרך ראשון (תשס"ד), בע' 606). ביסודו של דבר, אין ועדת המכרזים נדרשת לבחון את שיקולי הרווח וההפסד של המציע ואת כדאיותה הכלכלית של הצעתו. עליה לבחון את רצינותו של המציע ואת יכולתו לעמוד בהתחייבויותיו על רקע דרישות המכרז, אם כי מחיר נמוך ובלתי סביר יכול בהחלט לשמש אינדיקציה לחוסר הרצינות של המציע ושל הצעתו" (שם, בעמ' 11). בהמשך הדברים הוספו וקבענו, כי "מקום שבו נכלל 'מחיר שלילי' בהצעה המוגשת במכרז לביצוע עבודות, גם אם הוא מתייחס לאחד מפריטי ההצעה בלבד שאין ודאות כי ביצעו יידרש, על ועדת המכרזים לבצע בדיקה זהירה, חשדנית וקפדנית במיוחד של ההצעה, על מנת לוודא כי היא אינה נגועה בתכסיסנות פסולה ועל מנת שהרווח הכספי בטווח הקצר לא יניב הפסד חברתי בטווח הארוך וכן הפסדים כספיים כבדים בסופו של יום" (שם, בעמ' 12).

2. מסכים אני עם מסקנתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, כי אף שלא מצאנו לראוי, בנסיבות שנוצרו, להתערב בהחלטת ועדת המכרזים, יש מקום לבטל את ההוצאות שהושגו על המערערת בבית-המשפט המחוזי.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ו בטבת תשס"ז (16.1.07).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה