



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים

ע"ס 5834/09

בפני : כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

המערערת : אדמונית החורש בע"מ

נ ג ד

המשיבים : 1. המוסד לביטוח לאומי
2. אלרואד מתן שירותי סיעוד ורווחה בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, שניתן ביום 9.7.09
ע"י כב' הנשיאה השופטת מ' ארד, ב-עת"ס 1457/09

תאריך הישיבה : ט"ו בכסלו התש"ע (02.12.09)

בשם המערערת : עו"ד אליהו מלך
עו"ד אורית הייפרמן
עו"ד אליעד שרגא

בשם המשיב 1 : עו"ד ד"ר עומר דקל
עו"ד נירה שלו

בשם המשיב 2 : עו"ד אברהים נאזם אברהים

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. המשיב 1 ערך מכרז להקמת מאגר של נותני שירותי סיעוד, לטיפול בקשישים מבין הזכאים לגמלת סיעוד – בביתם. היכללות במאגר נועדה להבטיח שמציע, שיעמוד בציון סף מסוים, יוכל לתת את שירותיו באמצעות אחת, או יותר מ-314 הועדות המקצועיות של המשיב 1, הפועלות ברחבי הארץ. במכרז נקבע כי אחד מהתנאים המוקדמים להשתתפות של מציע במכרז להקמת המאגר יהיה צירוף ערבות של בנק, או

של חברת ביטוח להצעתו – בסכום של 50,000 ש"ח: "וזאת בנוסח המצורף כנספח ג' למכרז, ובנוסח זה בלבד".

המערערת, המספקת שירותים כאמור למשיב 1 מזה כ-16 שנים, ביקשה להימנות עם נותני השירותים בכמה עשרות ועדות מקצועיות. המערערת צירפה להצעתה ערבות בנקאית בנוסח הנדרש, פרט לכך שליד המספר "50,000" נרשם הסימן "ח", ולא הביטוי "ש"ח". ועדת המכרזים פסלה את הצעת המערערת, משמצאה כי יש בטעות האמורה כדי להביא לפסלות הערבות, ובהתאם – של ההצעה כולה. המערערת, כמו גם המשיבה 2 (שבערבות שצורפה להצעתה, ואשר הוציא אותה אותו בנק ערב שניפק את הערבות למערערת, נפל פגם זהה, ואף הצעתה שלה נפסלה) – עתרו לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים כנגד החלטת הפסילה. המערערת טענה בעתירתה כי מדובר בטעות סופר, וכי ברור שהכוונה היתה ל-ש"ח, שכן הסימן שהוטבע, "ח": "אין לו כל קשר לסימונו של מטבע כלשהו". המערערת טענה כי בפגם שכזה אין כדי להצדיק את פסילת הערבות וההצעה. המערערת אף צירפה לעתירתה מכתב מן הבנק הערב, סניף בית ג'אן של הבנק הערבי-ישראלי, שהוצא בתאריך 22.6.09, ונאמר בו כך: "בערבות בנדון, נפלה טעות טכנית במערכת המחשב שגרמה לרישום הסימן ח~ [כך במקור – ח"מ] במקום ש"ח, על כן אנו מאשרים כי הכוונה היתה ש"ח (שקלים חדשים). בשאר תנאי הערבות לא חל כל שינוי ואנו נכבד את הערבות הבנקאית הנ"ל כפי שהוצגה בתנאי המכרז, דהיינו -50,000 ₪ (חמישים אלף שקלים חדשים). צר לנו על הטעות שנגרמה ללקוח...". לשיטת המערערת, אין זה ראוי כי אותה טעות סופר תביא לכך שהיא לא תוכל להמשיך ולספק שירותים למשיב 1, כפי שהיא עושה מזה שנים ארוכות, ותגרום בכך, לדבריה, לקריסת המערערת ולשבירת מטה לחמם של 280 עובדיה המיומנים ושל בני משפחותיהם.

2. בית המשפט המחוזי הנכבד בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' הנשיאה, השופטת מ' ארד) סקר בפסק דינו את הדינים החלים על פסילת הצעות במכרז מחמת פגמים שנפלו בהן, ובפרט – בערבות בנקאית המצורפת להצעה, קבע כי לא ניתן להכשיר את הערבות ואת הצעות המערערת והמשיבה 2, ודחה את עתירותיהן.

מכאן הערעור שלפנינו. המשיבה 2 נמנעה מהגשת ערעור על פסק הדין, אולם משצורפה כמשיבה לערעור זה, כבעלת דין בהליך הקודם, הגישה עיקרי טיעון בהם תמכה בנימוקי הערעור של המערערת, תוך הדגשה שדין אחד להם וביקשה להשיב אף את הצעתה שלה לדיון בוועדת המכרזים של המשיב 1.

עתה עלינו לבחון את המסגרת הנורמטיבית.

3. הגשת ערכות בנקאית בדיוק כנדרש במסמכי המכרז תכליתה: "לא רק כדי לספק את דרישת בעל המכרז לוודא בדרך זו את רמת רצינותו וחוסנו הכלכלי של המציע, אלא גם לצורך קיום ערך השוויון המכרזי בהתייחסותו ליתר המציעים, הן בפועל והן בפוטנציה" (עע"ם 10392/05 אחים אוזן חב' לבנייה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 5.7.2009), פסקה 39 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה) (להלן: ענין אחים אוזן). מטרה נוספת שיש לערכות הבנקאית היא לתת בידי עורך המכרז אמצעי יעיל לגביית פיצויים, אם יחזור בו המציע מהצעתו שזכתה במכרז (ע"א 248/97 אי.אף.אן. מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"א (2) 646 (1997) (להלן: ענין אי.אף.אן). בהתאם, שב בית משפט זה ושנה כי הכלל הוא שפגם בערכות בנקאית מביא לפסילת ההצעה, וזאת מבלי שיהא צורך להעמיק חקר בפשר הטעות, או בכוונת המציע, או הערב (ראו: בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא (1) 505 (1976) (להלן: עניין גוזלן)); עע"ם 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים, פ"ד נז (3) 505 (2003) (להלן: עניין אבראהים); עע"ם 10785/02 חב' י.ת.ב. בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד נח (1) 897 (2003) (להלן: עניין י.ת.ב.); עע"ם 4150/03 ניו-אפליקום מוצרי תוכנה (אפ.סי.טי.) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (4) 817 (2004) (להלן: ענין ניו-אפליקום); עע"ם 8610/03 אמנון מסילות מעלות נ' מועצה מקומית מג'אר, פ"ד נח (6) 755 (2004) (להלן: עניין אמנון מסילות); דעת הרוב ב-עע"ם 10064/04 מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (4) 495 (2004) (להלן: עניין מרגלית); בר"ם 6990/09 האגודה לבריאות הציבור נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (לא פורסם, 27.10.2009) (להלן: עניין האגודה לבריאות הציבור)).

על הטעם בהקפדה על גישה דווקנית זו, מבלי לסטות ממנה כמלוא הנימה, עמד חברי, השופט א' רובינשטיין, שדרש כדלקמן:

"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, או יימצא כדי כך בתוך המובן מאליו, שלא יהא מקום לפסול בגינו; אך מקרים אלה הם לדעתי החריג שבחריג, והכלל הוא כי פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו. אם לא כן, במציאות הישראלית, שאין צריך להכביר עליה מלים, יש חשש לא מבוטל למדרון חלקלק, ופתח שהוא "כחודה של מחט" עלול להיפתח

כפתח "שיהיו עגלות וקרוניות נכנסות בו" (שיר השירים רבה, ה') (עע"ם 6090/05 מ.ג.ע.ר - מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ, פסקה א' לחוות דעתו (לא פורסם, 27.2.2006 (להלן: ענין מגער); ראו גם דבריו ב-עע"ם 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ – בפסקה י"ד לפסק הדין (לא פורסם, 16.1.2007)).

4. גישה זו היא איפוא הכלל, ועליה נאמר כי היא: "מתווה את דרך המלך שבה צריכות לצעוד ועדות המכרזים בבוחנן פגמים בערבות – תוצאתם הרגילה של פגמים בערבות היא פסלות ההצעה" (השופטת (כתארה אז) ד' ביניש, בעניין י.ת.ב., בעמ' 909). אמנם, קיימים הבדלי גישה מסוימים בפסיקה, בעיקר באשר לשאלה האם כל פגם בערבות, המגלם פגיעה נחזית בעקרון השוויון, די בו כדי להצדיק את פסילת ההצעה, או שיש לבחון את מכלול ההיבטים הרלבנטיים לפגם ולמקורו (ראו: חילוקי הדעות שנפלו בהקשר זה בענין מרגלית וב-עע"ם 6200/07 פ.פ.ס ריהאב בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.5.2008)). עם זאת אין חולק כי גם לכלל הפסילה האמור צריך שיתקיים חריג (או "חריג שבחריג", כאמור לעיל). על מהות חריג זה עמדה השופטת (כתארה אז) ביניש, בעניין י.ת.ב., באומרה כך:

"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 לעקרונות השוויון, התחרות ההוגנת וטוהר המידות במכרזים, ניתן להכשיר את הפגם. ההנחיה לוועדות המכרזים בעניין זה צריכה להיות אחידה וברורה כדי שלא לפגוע בביטחון המשפטי והכלכלי" (שם, בעמ' 909-910).

ואכן בית משפט זה חזר והדגיש כי המקרים החריגים יהיו: "יוצאי-דופן, כגון פליטות קולמוס, או מקרים אחרים שבהם פעל המציע בתום-לב, והטעות עולה מן הערבות עצמה בלא שנזקקים לעניין זה לראיות חיצוניות" (הנשיא א' ברק בעניין אבראהים, בעמ' 512; ראו עוד: בג"ץ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 472 (1982) (להלן: עניין מבני פלס); עניין אחים אוחן, בפסקה 44).

השאלה הניצבת איפוא בפנינו היא האם בא המקרה שבערעור זה במסגרת הכלל, או שהוא נופל בגדר "החריג שבחריג". טרם שאנו משיבים לכך נרחיב עוד מעט בניתוח קצר של תקלות שונות בערבויות, שהגיעו לדיון בפסיקה.

5. עיון בהלכה הפסוקה מלמד כי פגם פוסל בערבות בנקאית, הוא כזה שיש בו תוספת, הגבלה, או שינוי מנוסח הערבות המבוקש, שנכלל במסמכי המכרז, או דבר אחר כלשהו שיש בו פגיעה בכללים הבסיסיים של דיני המכרזים, ובמיוחד בעקרון השוויון. הכלל האמור יושם, בין השאר, בסיטואציות הבאות:

(א) כאשר המציע לא הגיש את הערבות שנדרשה, כי אם מסמך אחר, בין בכוונה וכתחליף (עניין אבראהים) ובין בטעות (עניין האגודה לבריאות הציבור);

(ב) כאשר תאריך תוקפה של הערבות היה שגוי (מטעמים שונים ומשונים, לעתים אפילו מובנים), דבר שנחזה כמגביל את אפשרויות עורך המכרז לממש את הערבות (עניין י.ת.ב.; עניין מרגלית; עניין ניו-אפליקום);

(ג) כאשר סכום הערבות היה נמוך מהנדרש (עניין גוזלן; עניין מבני פלס), או אף גבוה מן הנדרש (דעת הרוב בעניין אמנון מסילות מעלות (השופט א' גרוניס השאיר שאלה זו בצריך עיון); עניין אחים און); דין דומה חל גם על הגדלת ערבות הביצוע לאחר הגשת ההצעות (עצ"ם 3499/08 רון עבודות עפר יזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים, עיריית עפולה (לא פורסם, 18.1.2009)).

(ד) כאשר המציע, או הבנק הערב, עשו שימוש בנוסח אחר מזה שנדרש במסמכי המכרז (ענין מ.ג.ע.ד.; עצ"ם 6242/09 חג'אזי חברה לטיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם, 10.11.2009) (אשר עסק באותו מכרז, נשוא הערעור שבפנינו)).

בכל המקרים האמורים – נפסלה הערבות, ועמה – ההצעה.

6. מאידך גיסא, קיימים פגמים מסוימים ונדירים בערבות הבנקאית, אשר ניתן לשקול האם יש מקום להכשירם, שאם לא תאמר כן יימצא כי אותו "חריג שבחריג" הנזכר בפסיקה – בפועל כמעט שלא יהיה בנמצא. כעולה מן האמור לעיל, בחריגים מצומצמים אלה יש לכלול פגם בערבות בנקאית הנובע מפליטת קולמוס, או מטעות סופר, או מהשמטה מקרית, או מהוספת דבר באקראי (להלן ביחד: טעות), כאשר – כתנאים מצטברים – חייבות להתקיים דרישות נוספות אלה (ענין אבראהים; ענין י.ת.ב.):

(א) הטעות נלמדת מהערבות 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.

דוגמא מאלפת לאותו מקרה חריג-שבחריג תוארה בבג"ץ 134/72 "רמיר" חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד כו(2) 183, 186 (1972) (להלן: עניין רמיר), שם נרשם בטעות – בערבות בנקאית, שמועד פקיעתה ביום 30 לאפריל, כי ניתן יהיה להאריכה בשלושה חודשים נוספים – עד ליום 30 לאפריל (ולא עד לסוף חודש יולי, כפי שהיה צריך להירשם). הנשיא י' זוסמן קבע שם, על דעת בית המשפט, כדלקמן:

"אפילו תאמר שיש למזמין סיכוי סביר לזכות בתביעה נגד הערב, אין הוא חייב להשלים עם מסמך שיסבך אותו במשפטים עם נותן הערבות. מן הצורך, שכתב-הערבות יהא חד וחלק, כך שניתן לאכוף את התשלום על הערב ללא בעיות. ואולם בענייננו נעלה מספק הוא, שבכתב-הערבות נפלה טעות קולמוס בלבד. התנאי הנוגע להארכת הערבות חסר כל משמעות, אם על-פי דרישה להאריך לשלושה חדשים שתבוא עד ליום 30 באפריל, תפקע חבות הבנק באותו יום 30 באפריל, כאילו הערבות לא הוארכה. בנק המכבד את עצמו לא היה מתגונן מפני תביעת הנערב בטענה, שעל-אף דרישה שהוגשה בעוד מועד, לא תהא ערבותו בת תוקף למשך שלושה חדשים נוספים. אין סיבה לחשוש שמפאת הטעות האמורה, הגלויה לעין, היתה העיריה נזקקת למשפטים כדי להיפרע" (שם, בעמ' 186; ההדגשות שלי – ח"מ).

לגישה מרחיבה עוד יותר ראו: ד"ר עומר דקל דיני מכרזים (2004) א', 585.

יצוין כי תפיסה דומה, המאפשרת תיקון טעויות שכאלו, לרבות השלמת סוג המטבע שהוחסר בטעות - בשטרות חוב ובערבויות, יש לה הדים גם במשפט המשווה. באנגליה הדבר נקבע מקדמת דנא – ראו: *Coles v. Hulme* (1828) 8 B&C 568 ו- *Mourmand v. Le Clair* [1903] 2 K.B. 216 (שם הושלמה המילה "Pounds" בערבות ובשטר מכר (בהתאמה), במקומות בהם נשכח ציון סוג המטבע). פסקי דין אלה

משמשים עד היום כאסמכתאות לענייננו בספר מוביל על פרשנות חוזים בבריטניה -
 Sir Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts* (4th. ed., 2007) 351-
 352.ראו:

גישה דומה לגבי טעויות מעין אלו, בהצעות המוגשות במכרז מצאנו גם בניו-
 זילנד: *Mirelle Pty. Ltd. v. The Attorney General and the Ministry of Commerce*
et al (1992) (המובא אצל: (R.W.Craig *Procurement Law* (1999) 558-561).

השמטת ציון סוג המטבע בו מדובר – ותיקונה בהתאמה, מכוח סעיף 16 לחוק
 החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 היא אף אחת מהדוגמאות המובאות בספרם של
 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (כרך ב', 1992) 760. כאן המקום להעיר כי ערכות
 בנקאית הינה בגדר חוזה, שיש לפרשו על פי אומד דעתם של הצדדים לו. ראו: ע"א
 3130/99 יובל הנדסה ובנין (1988) נ' י.ש.פ.מ. חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נח(3)
 118, 134 (2004); ד"ר אברהם וינרוט ערכות בנקאית 57 (תשס"ז-2007). גישה קרובה
 אף קיימת במשפט העברי (עיינו: שילם ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי (תשל"ד)
 291-298 (בפרק "טעות סופר").

לסיום דיון זה יש להדגיש עוד שבצד ההקפדה שבערכות הבנקאית לא תהיה
 סטיה מנוסח הערכות שנכלל במסמכי המכרז – ההלכה הפסוקה גם לא ראתה מקום
 לאפשר פסילת ערכות בנקאית מחמת מגבלות, שביקש עורך המכרז להציב, כאשר
 מגבלות אלה לא נדרשו במפורש במסמכי המכרז (ענין אי.א.פ.אן; ע"מ 5022/06
 וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 15.4.08)).

7. המקרה שלפנינו נמנה איפוא לסברתי, עם המקרים החריגים, כהגדרתם בסעיף
 6 לעיל. כעולה מעיון בערכות עצמה, עסקינן בפליטת קולמוס מובהקת: ציון סימן חסר
 פשר – "ח" (אות ספרדית, אשר ראוי להעיר כי מבחינה גרפית – דומה ל"שח"), בצד
 רישום הסכום, בלא סימון כל סוג של מטבע. טעות זו, שעל פני המסמך, זועקת לתיקון.
 בהקשר זה כוונת המציע והבנק גם יחד, כי הערכות תהיה בש"ח מתבקשת: הדבר עולה
 בבירור הן מן ההקשר שבו נערך המכרז, והן מהקפדת המציע והבנק להעתיק אל תוך
 הערכות, שצורפה להצעה (למעט אותו סימן חסר פשר) – את נוסח הערכות הנדרש
 במכרז, מילה במילה (ומכתב ההבהרה של הבנק מדגים זאת, אף שאין ועדת המכרזים
 צריכה להידרש להבהרה מאוחרת מסוג זה). בשים לב לאופי הטעות, ברור כי מקורה
 הוא בחוסר תשומת לב כלשהי ולא בכוונת מכוון (והעובדה שטעות קולמוס זו חזרה על
 עצמה אף בערכות הבנקאית, שהונפקה למשיבה 2 – מחזקת סברה זו). זאת ועוד – אין

בטעות ובתיקונה כדי לפגוע בעקרונות שבבסיס דיני המכרזים, ובפרט – בעקרון השוויון, שכן לא מדובר פה בחשש ממשי כי בנסיבות העניין הערבות בנוסחה האמור לא תהיה ניתנת למימוש, שהרי בנק המכבד עצמו לא יכפור בתוקפה (ולכך יפים דברי הנשיא י' זוסמן, שצוטטו בסעיף 6 לעיל). בנוסף – אין בערבות הפגומה אף כדי לפגוע ביכולת עורך המכרז לעמוד על חוסנה הכלכלי של המערערת-המציעה, או על גמירות דעתה בהצעתה.

8. נוכח כל האמור, הרי שלשיטתי לא היה מקום שועדת המכרזים של המשיב 1 תפסול את הצעת המערערת על יסוד הפגם בערבות הבנקאית, שצורפה להצעה, ואין מנוס מהתערבות בהחלטתה זו. אציע איפוא לחבריי לקבל את הערעור, במובן זה שהדיון בהצעת המערערת יחזור לוועדת המכרזים של המשיב 1, על מנת שזו תבדוק בהקדם האפשרי את יתר מרכיבי הצעת המערערת ותחליט האם ניתן להכריז עליה כאחת מן הזכאיות להיכלל במאגר נותני השירותים.

מכיוון שבאמור יש כדי לפתוח למערערת פתח לזכות באפשרות להצטרף למאגר נותני השירותים בכל הוועדות המקצועיות, שאותן מנתה בהצעתה, ומכיוון שצירוף המערערת לרשימת נותני השירותים בשלוש מוועדות אלה (סח'נין, עראבה וכאבול) צפויה להביא לדחיקתו מאותן רשימות של מציע מסוים אחר, שלא נפל כל פגם בהצעתו ואף לא צורף מלכתחילה כמשיב לערעור – הרי שהמערערת לא תוכל, בכל מקרה, להימנות עם נותני השירותים בשלוש ועדות אלה. המערערת הודיעה זה מכבר (בתאריך 16.12.2009) על נכונותה להטלת סייג זה על זכייתה ואנו מגבילים, כמובן, את פסק דיננו כך שאכן הוא לא יחול במקרים אלה. מאידך גיסא, צירוף המערערת, אם תאושר הצעתה, למאגר נותני השירותים ליתר הוועדות המקצועיות שבהן הציעה עצמה לא אמור להביא לדחיקת מתמודדים אחרים שם ולכן הוא לא יגרום לפגיעה מהותית בזוכה מסוים אחר במכרז. לפיכך דין הצעתה של המערערת להתקבל ביחס לאותן ועדות, אם תימצא הצעתה ראויה לגופה.

9. לעניינה של המשיבה 2: זו נמנעה, כאמור, מלהגיש ערעור על פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, אשר דן במאוחד בעתירותיהן הנפרדות של המערערת ושל המשיבה 2. בסמוך לפני הדיון בערעור היא הגישה עיקרי טיעון, בגדרם תמכה בעיקר טענות המערערת, וביקשה כי פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא יבוטל – והן הצעת המערערת והן הצעתה שלה יוחזרו לוועדת המכרזים. בחנתי את השאלה האם קבלת ערעורה של המערערת מחייב אף את השבת עניינה של המשיבה 2 לוועדת המכרזים של המשיב 1, חרף אי-הגשת ערעור על-ידה. זאת ניתן לעשות מכוח הוראת

תקנה 34 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, המחילה, במגבלות מסוימות, את הוראות פרק ל' לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי) על ערעור ביחס לפסק דין בעתירה מינהלית. החלה זו מביאה אותנו לתקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי, המתירה את שינוי ההחלטה נשוא הערעור, בין היתר: "לטובת המשיבים או בעלי הדין האחרים, כולם או מקצתם, אף אם לא הגישו ערעור, או ערעור שכנגד". ברם ביחס לתקנה 462 הנ"ל נקבע זה מכבר כי: "בית המשפט לא יעשה עצמו אפוטרופוס של מי מהצדדים, ועל-כן, בשיטה האדוורסאטורית הקיימת אצלנו, רק במקרים נדירים יעשה שימוש בסמכותו על-פי תקנה זו, ויושיט סעד לצד, אשר לא ערער" (ע"א 695/79 מפעל התורה למען הישיבות בארץ ישראל נ' כהן, פ"ד לז(2) 52, 68 (1983); יואל זוסמן, סדר הדין האזרחי 814-815 (מהדורה שביעית בעריכת שלמה לוין, 1995); וראו לאחרונה: בע"מ 9518/08 פלוני נ' פלוני (לא פורסם, 20.1.2010); רע"א 6519/09 חסקל נ' אוסדיטשר (לא פורסם, 26.1.2010)). למקרה נדיר שכזה, שהצדיק עשיית שימוש בתקנה – ראו: רע"א 10394/06 בן דוד נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("הפול") (לא פורסם, 5.2.2009)).

כאן המשיבה 2 אפילו לא התיימרה לנסות ולשכנענו כי קיימת הצדקה להחלת תקנה 462 הנ"ל, ולגוף הדברים נראה אמנם כי אין קיימת כאן בהכרח הצדקה כזו (בכפפות לאמור בסיפא שבפיסקה זו). ואכן במקרה שלפנינו (במובחן מעניין בן דוד הנ"ל, לדוגמה), היה נדרש שהמשיבה 2 תגיש ערעור, אם על פי סברתה חשוב ונכון כי פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא ישונה לטובתה, ואולם היא לא הציגה כל טעם מבורר לאי-הגשת ערעור כזה על-ידה. מסתבר שהמשיבה 2 החליטה להימנע מהגשת ערעור מטעמיה שלה ובשוקלה את הסיכויים, הסיכונים, וההוצאות (הוודאיות והאפשריות) הכרוכים בהכנת ערעור שכזה ובהגשתו. מכאן שניתן לראות בה כמי שהחליטה לוותר (השוו: דעת הרוב ב-ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז קישון, פ"ד נה(4) 873 (2000)). הנתון הנוסף הרלבנטי לכאן, שנוצר במקריות במכלול, נעוץ בעובדה שהמשיבה 2 מצאה עצמה משיבה בערעור המערערת על פסק הדין (נוכח החלתה של הוראת תקנה 424 לתקנות סדר הדין האזרחי). דבר זה כשלעצמו איננו מאפשר "לנצל" במקרה זה את ה"הזדמנות" ולעתור לקבלה אוטומטית של הערעור אף בעניינה של המשיבה 2. עוד נוסיף כי אין בידי בית המשפט די נתונים כדי לדעת שעניינה של המשיבה 2 היה ועודנו זהה בכל, עובדתית ומשפטית כאחד, לעניינה של המערערת, ולמשיב 1 אף לא ניתנה הזדמנות להתייחס באופן סדור לסוגיה זו. זאת ועוד – במובחן מעניינה של המערערת, אין אנו אף יודעים האם צירוף המשיבה 2 לרשימות נותני השירותים במכרז יביא לדחיקת זוכה אחר כלשהו מאותן הרשימות, וממילא לא צורף כל נפגע-בכוח שכזה כמשיב לערעור.

בנסיבות אלה אין מקום להורות על קבלתו של ערעור, שלא הוגש. המשיב 1 מתבקש עם זאת לבחון, בהתאם לשיקול דעתו, ולא על דרך של צו מחייב, האם יש מקום להחיל על המשיבה 2 דין דומה לזה שנפסק כאן ביחס למערערת (בהקשר זה יש לציין כי אם אפשרי הדבר – ראוי לעשות כן, בשם לב לעקרון השוויון).

10. סוף דבר: אציע לקבל באופן חלקי את ערעורה של המערערת, כאמור בסעיף 8 לעיל. בנסיבות העניין, ומשהמערערת והבנק שערב לה הם שהביאו, בחוסר תשומת לב מספקת, להיווצרות הפגם בערבות ולהתדיינות המשפטית המיותרת – אציע כי חרף קבלת הערעור, לא יבוטל חיובה של המערערת בבית המשפט הנכבד לעניינים מינהליים בירושלים לשאת בשכר טרחת עורך דינו של המשיב 1, וכי לא ייעשה צו להוצאות בערכאה זו (השוו: עניין רמיר, בעמ' 188).

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. לא בלי התלבטות מצטרף אני לחוות דעתו המעניינת והממצה של חברי השופט מלצר. התלבטותי נבעה מאותו חשש שהבעתי בפרשת מ.ג.מ.ד., כפי שציטט חברי, קרי, כי "במציאות הישראלית, שאין צריך להכביר עליה מלים, יש חשש לא מבוטל למדרון חלקלק, ופתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח 'שיהיו עגלות וקרונות נכנסות בו'". כך גם פרשת י.ת.ב. שהזכיר חברי בצטטו את דברי השופטת (כתארה אז) ביניש; באותו עניין (פ"ד נח(1), (עמ' 910)) נדרשה גם לכך שהכלל הוא כי "דינה של הצעה שהערבות שצורפה לה אינה עומדת בתנאי המכרז – להיפסל". ראו גם דברי השופט - כתארו אז - ברק בבג"ץ 173/82 מבני פלס נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 472, 475.

ב. הנה "עצה מחייבת": על המגישים הצעות במכרזים להפנים ולשנן כי יש לבדוק "בשבע עיניים" (ראו פרשת מ.ג.מ.ד.) את ההצעה בטרם הוגשה, שכן אין מנוס ככלל ממדיניות דווקנית, כפי שפירט אל נכון חברי השופט מלצר בפסקאות 3 ו-4 רישא לחוות דעתו. כך מקל וחומר בערבויות, ומקל וחומר בן בנו של קל וחומר במקום שנוסח מחייב של הערבות צורף למסמכי המכרז, כמו בנידון דידן, נוהג שכבדברי בית המשפט קמא (פסקה 4 לפסק הדין) יש לעודדו כנוהג ראוי ומונע מחלוקות. אוסיף, כי בחילוקי הדעות שנפלו בפרשת מרגלית ובפרשת ריהאב שהזכיר חברי (פסקה 5) דעתי

נוטה למחמירים, ואף שרוצה הייתי לאחוז על דרך הכלל במידת בית הלל שהלכה כמותם, בדיני המכרזים סבורני כי יש לדבוק במידת בית שמאי, ואין בכך משום חידוש.

ג. אכן, הנשיאה המלומדת בבית משפט קמא נדרשה לפסיקה הרלבנטית לעניין חריגות המופלגות של התייחסות לפגם הערכות כאל פגם טכני. לשיטתה (פסקה 4 לפסק דינה)

"אין לשלול כי אם היה מדובר במסמך רגיל הניתן לתיקון בידי הוועדה במהלך בדיקת ההצעות ולא בכתב ערבות, ניתן היה אולי לראות בכך טעות סופר כמשמעותה בתקנה 20(ג) לתקנות המכרזים, התשנ"ג-1993. ואולם, בנסיבות הנדונות בהן מדובר בכתבי ערבות האמורים להיות תקפים במועד הגשת ההצעות ובטעות העלולה להקשות על חילוט הערכות ולסכלה, לא ניתן לומר כי מדובר בפגם טכני הניתן לתיקון בדיעבד", וזאת אף אם יעלה בידי המוסד לביטוח לאומי לממש את הערכות חרף הפגם, אין בכך כדי להצדיק הכשרת הצעה."

הנשיאה ארד הפנתה לאמור בבג"ץ 134/72 רמיר בע"מ נ' עיריית פתח תקווה פ"ד כו(2) 183, כי אין חובה לקבל הצעה אם הערכות אינה מנוסחת כדבעי ועלולה לסבך, ו"מנ הצורך, שכתב הערכות יהא חד וחלק, כך שניתן לאכוף את התשלום של ערב ללא בעיות" (דברי מ"מ הנשיא - כתארו אז - זוסמן בעמ' 186). בעיקרון צדקה הנשיאה, וזו הדרך היאותה לבתי המשפט העוסקים במכרזים לילך בה; ואין לבוא בטרוניה על כך שהמוסד לביטוח לאומי נקט גישה מחמירה, הנאותה לכגון דא.

ד. חרף זאת, אכן ישנו "חריג שבחריג" לכלל הפסילה, ובדוחק ניתן לראות מקרה זה – גם נוכח ההתרחשות הדומה לגבי משיבה 2 – כטעות סופר בהתאם לתקנה 20(ג) לתקנות חובת המכרזים תשנ"ג-1993. בבר"מ 6990/09 האגודה לבריאות הציבור נ' מדינת ישראל (לא פורסם) נאמר (פסקה י"ג):

"התקנה קובעת לענייננו:

"נתגלו בהצעה טעויות סופר או טעויות חשבוניות, רשאי יושב ראש ועדת המכרזים לתקן...".
ראו גם גורן, בתי משפט מינהליים (תשס"ח-2008) 109.
"טעות סופר" כשמה כן היא, למשל, טעות בהדפסה; דומה היא לדידי למתחם הטעויות הניתנות לתיקון לפי סעיף 81 (א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) תשמ"ד-1984, וקרובה היא מאוד ל"פליטת קולמוס" הנזכרת שם. גם בית המשפט התייחס לעניין זה (ראו רע"א 476/87 קוקיא נ' עיריית ירושלים, פ"ד מב(1) 166, 168;

כן ראו קשת, הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי (מה' 15, 2007), 142; גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (מה' 10, תשס"ט-2009), 383 ("טעות מהותית מול טעות סופר").

ה. בנידון דידן, אצבעה של קלדנית הבנק תעתה – וטעתה – אל מקש הסימן הלא רלבנטי מן הלשון הספרדית הכתובה, שאמנם אינו רחוק מאוד בצורתו מסימן השקלים החדשים במקלדת, אך אינו הוא. כמובן בהיות התוצאה מנותקת מכל הקשר מקומי, ניתן לומר כי היתה זו טעות סופר ופליטת קולמוס, בהניחנו כי הבנק אינו משחית מסמכיו לשווא ואינו מרמה חלילה, את לקוחותיו. אמנם, אמרתי "טעות סופר בדוחק", שכן עדיין היתה "עננת ביצוע" מרחפת על פני המסמך, והרי יכלה להישאל השאלה שמא מדובר בדולארים, או ביורו, או במטבע אחר, וכל מצב שאינו מחוור די צרכו הוא פתח לויכוחים ועל כן נוגד את המבוקש מערבות אשר כזאת – בהירות וחד-משמעיות כיסוד מוסד. אלא שבענייננו מכתבי הבנק למערערת מיום 22.6.09 ולמשיבה 2 מיום 17.6.09, שלפיהם נפלה "טעות טכנית במערכת המחשב" ו"הכוונה היתה ש"ח" (שקלים חדשים) (הדגשה במקור –א"ר), נותנים ממשות לתובנת טעות הסופר, ומטים את הכף.

ו. על כן מצטרף אני לחוות דעתו של חברי, אולם אל יהי מקרה זה, על נסיבותיו המיוחדות מאוד, וו לתלות עליו "תורות קולה" לעתיד לבוא.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

מצטרף אני לתוצאה אליה הגיע חברי השופט מלצר. לדעתי, ההצעה להתוות אמות מידה ומצבים שונים בהם פגם בערבות בנקאית לא יביא לביטול ההצעה למכרז – מבורכת. ברי, כי אין להישען יתר על המידה על המונח "חריג שבחריג". תיאור סטטיסטי אינו תחליף ליציקת תוכן ממשי למושג. עם זאת, וכאן אני מצטרף להסתייגותו הכללית של חברי השופט רובינשטיין, הדוגמאות שהובאו בפסקאות 5 ו-6 לחוות דעתו של השופט מלצר הינן להשקפתי כלים יפים לאיתור החריג, אך כשלעצמי הייתי נמנע מלהגדירן כמבחנים. בנוסף, סבורני כי לא בשלה העת לקביעת כללים מחייבים בנדון, כמוזכר בפסקה 6 לחוות הדעת של השופט מלצר. בכגון דא, דעתי היא שהניסיון בשטח שצברנו עד כה ונרכוש אף בעתיד לבוא – עשוי להיות לנו יותר לעזור

בקביעת הדין הרצוי מאשר קביעת עקרונות על פי התקדימים המשפטיים העומדים כעת לרשותנו.

טלו לדוגמא המקרה דנא. אלמלא העובדה שהבנק הודיע כי יכבד את הערכות כפי שהיא, הייתה מסקנתי בנדון כנראה אחרת. זאת, מהטעם שבהיעדר נכונות מצד הבנק – הערכות אינה ערכות, שכן היא נוקבת במטבע שאינו קיים. נתון אובייקטיבי זה היה גובר על שיקולים אחרים, כגון פליטת קולמוס.

אציג הצדקה נוספת לגישה הדווקנית. מכרז טוב הוא זה היוצא לדרך ובגלגליו אינם "תקועים" מקלות בדמות הליכים משפטיים בסוגיית איכותו של פגם בערכות – ובמיוחד כך הדבר כאשר המצב המשפטי אינו נהיר דיו. להשקפתי, על המציע המשתתף במכרז להבין כי עסקינן בסוג של מקצוע. משמע, נדרשת מהמציע מקצועיות גם במילוי אחר דרישותיו הטכניות. אחת מהדרישות היא בדיקה דקדקנית של הערכות הבנקאית המצורפת להצעה. בל נשכח כי מדובר בהליך מינהלי והמבחן הדומיננטי הוא שמירה על השוויון, כאשר מבחנים הזוכים בתחומים אחרים בבכורה – כגון תום לב והיעדר רשלנות – אינם ניצבים במרכז הבימה. רוצה לומר, מציע הנוהג בחוסר תום לב וברשלנות עלול להפסיד את זכייתו במכרז בשל כך. עם זאת, טענת מציע כי אומנם לא מילא בפרוטרוט אחר הוראות הערכות הבנקאית, אך "לא התרשלתי ונהגתי בתום לב" – לא תושיעו בהכרח.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ט"ז בשבט התש"ע (31.1.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט