



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"מ 6861/11

לפני :
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

המערערת : י.א. אחזקה ושירותים בע"מ

נ ג ד

המשיבות :
1. עיריית באר שבע
2. פרח השקד בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים מתאריך
12.07.2011 (כב' השופטת ח' סלוטקי) ב-עת"מ 9538-03-11

בשם המערערת : עו"ד ד"ר אמיר קמינצקי ; עו"ד ליאורה קמינצקי-פורת

בשם המשיבה 1 : עו"ד שרון מצרי ; עו"ד ענת אוחיון

בשם המשיבה 2 : עו"ד ארז טיקולסקר ; עו"ד תרזה הופמן-לוי

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. המערערת והמשיבה 2 (להלן: פרח השקד) התמודדו, לצד מתמודדות נוספות, למכרו למתן שירותי עבודות ניקיון עבור המשיבה 1 (להלן: העיריה). פרח השקד זכתה במכרז חרף פגמים לכאורה שנפלו בהצעתה, ועל אף שהצעתה של המערערת היתה זולה הימנה. האם הפגמים שנפלו לכאורה בהצעתה של פרח השקד – היה בהם כדי לפסול את הצעתה? האם הצעתה של המערערת היתה "גרעונית" באופן המצדיק את דחייתה? אלה השאלות, אשר מונחות לפנינו במסגרת ערעור זה כנגד פסק-דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בבאר-שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופטת ח' סלוטקי) ב-עת"מ 9538-03-11, שבגדרו נדחתה עתירתה של המערערת להורות על ביטול זכייתה של פרח השקד במכרז, ולהכריז עליה כזוכה בו.

להלן יובאו הנתונים הנדרשים להכרעה בערעור.

2. בחודש יולי 2010, פרסמה העיריה מכרז להתקשרות בחוזה לביצוע "עבודות ניקיון במוסדות חינוך ותרבות" (להלן: המכרז), לביצוע החל מחודש אוגוסט באותה שנה. תקופת ההתקשרות במכרז נקבעה לשנים עשר חודשים, עם אופציות להארכה, ובלבד שסך כל תקופת ההתקשרות לא תעלה על 36 חודשים. במכרז השתתפו 4 חברות, ביניהן המערערת ופרח השקד. יצוין כבר כאן, כי החל משנת 1999 ועד למועד עריכת המכרז, ביצעה המערערת, ברציפות, עבודות ניקיון במוסדות ציבוריים שונים בעיריה, מכח מכרזים קודמים שבהם זכתה.

3. המשתתפים במכרז התבקשו להציע הנחה מהמחיר המשוער (להלן: האומדן) בעבור ניקוי מוסדות החינוך והתרבות של העיריה (להלן – המוסדות); אלה חולקו לצרכי המכרז לשתי קטגוריות:

בקטגוריה הראשונה רוכזו מוסדות שלגביהם פרסמה העיריה את האומדן עבור מתן שירותי ניקיון למ"ר אחד (להלן: רכיב המטרד);

בקטגוריה השניה רוכזו מוסדות שביחס אליהם פרסמה העיריה את האומדן לשעת עבודה.

4. לאחר פתיחת ההצעות, התברר כי הצעתה של המערערת אמנם היתה הזולה ביותר בחישוב הכולל, אולם ההצעה נפסלה מכיוון שוועדת המכרזים סברה שיש בהצעה הנחה בלתי סבירה ברכיב המטרד (אשר עמדה על 18%). משכך, בתאריך 5.8.2010, לאחר שנערך שימוע לכל אחת מ-4 החברות שהתמודדו במכרז – הוכרזה פרח השקד על ידי ועדת המכרזים של העיריה (להלן: ועדת המכרזים, או הוועדה) כזוכה במכרז, זאת נוכח סבירות הצעתה ולאור הניסיון היחסי שלה ביחס למציעים שנותרו לאחר פסילת הצעתה של המערערת (להלן: ההחלטה הראשונה). לאחר מכן נחתם עימה חוזה לביצוע העבודות.

5. כנגד ההחלטה הראשונה, הגישו המערערת ומשתתפת נוספת במכרז (להלן: תנופה) עתירות מינהליות לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע הנכבד, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (העתירות אוחדו במסגרת עת"ם 15649-08-10) ובגדרן

התבקש בית המשפט, להוציא צו שיורה על זכייתה של כל אחת מהעותרות בנפרד, במכרז, ועל ביטול זכייתה של פרח השקד.

בתאריך 1.11.2010 הגיעו הצדדים להסדר שקיבל תוקף של פסק דין, לפיו ההחלטה הראשונה תבוטל והדיון יוחזר לוועדת המכרזים (להלן: ההסדר).

6. בהחלטה שנתקבלה בוועדת המכרזים, בעקבות הדיון שנערך בפניה נוכח ההסדר, עמדה הוועדה על מספר פגמים נטענים שעלו מהצעתה של פרח השקד (אשר יפורטו בהמשך) – ודחתה את הטענות ביחס אליהם, תוך שהיא מוסיפה כי על אף שפרח השקד לא צירפה להצעתה תצהיר במועד הנדרש, מדובר בפגם טכני הניתן לריפוי.

באותו מעמד נפסלה הצעתה של המערערת ברוב של 3 נגד 2 מחברי הוועדה. את הטעם לפסילת הצעתה של המערערת, תלתה ועדת המכרזים בכך שהמערערת לא הרימה את הנטל להראות כי היא עומדת בדרישות השכר הראוי של העובדים שעתידים היו להיות מועסקים על-ידה לצורך ביצוע העבודות במכרז, באם היתה זוכה בו.

לשלב ההצבעה הסופי בוועדה עלו, איפוא, הצעתה של פרח השקד והצעתה של תנופה. בסופו של דבר, הוחלט לבחור בפרח השקד כזוכה במכרז (כלל ההחלטות שהתקבלו בדיון הנ"ל תיקראנה להלן: ההחלטה השנייה).

בתאריך 11.1.2011 נערך דיון נוסף בפני הוועדה בענין טענות המערערת, אשר במסגרתו הוחלט לאמץ שוב את החלטתה השנייה של הוועדה.

7. בתאריך 6.3.2011 הגישה המערערת לבית המשפט עתירה מנהלית כנגד ההחלטה השנייה של ועדת המכרזים, שבגדרה התבקשו סעדים זהים לאלו שנתבקשו בעתירתה הקודמת (תנופה השלימה עם ההחלטה השנייה של ועדת המכרזים, ולא השיגה עליה).

8. בתאריך 12.7.2011 ניתן פסק-דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, בגדרו אישר בית המשפט הנכבד את החלטותיה של הוועדה. בית המשפט קבע כי הצעתה של המערערת היתה נמוכה באופן משמעותי מהאומדן שצויין במכרז, באופן שיש בו כדי ללמד על היותה של הצעת המערערת "הצעה מפסידה". לפיכך, בהיותו של המכרז

עתיר כח אדם, מצא בית המשפט כי אכן התעורר חשש כי קבלת הצעתה של המערערת עלול היה לפגוע בזכויותיהם של העובדים המועסקים על ידה, ומכאן כי בדין נפסלה הצעתה של המערערת. באשר לפגמים הנטענים על ידי המערערת – בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי אין בהם כדי לפסול את הצעתה של פרח השקד, ואף שאכן נפל פגם בכך שפרח השקד לא צירפה תצהיר להצעתה, כנדרש – מדובר בפגם טכני הניתן לריפוי, אותו ריפאה פרח השקד בהמשך.

על פסק דין זה נסוב הערעור שבפנינו.

טענות המערערת

9. המערערת העלתה בגדרי סיכומיה בכתובים ובגדרי הדיון שנערך בפנינו טענות כנגד קביעותיו של בית המשפט קמא הנכבד בשני מישורים:

במישור הראשון טענה המערערת כי היה על ועדת המכרזים (ועל בית המשפט) לפסול את הצעתה של פרח השקד מחמת פגמים שנפלו בה, לשיטת המערערת.

במישור השני טוענת המערערת, כי היה על ועדת המכרזים (ועל בית המשפט) להורות על זכייתה שלה במכרז.

10. לטענת המערערת היה נדרש לפסול את הצעתה של פרח השקד מהטעמים הבאים:

(א) אי-צירוף תצהיר: סעיף 2(טז) למכרז קבע כי המציע ובעל השליטה בו יצרפו תצהיר ערוך כדין, בדבר קיום החובות המוטלות עליהם לשם הבטחת זכויותיהם של העובדים שיועסקו על ידם לצורך ביצוע העבודות נושא המכרז. בפועל פרח השקד הגישה את תצהירה האמור באיחור (לאחר שהוגשה כבר עתירה בענין זה), ובכך יש, לטענת המערערת, פגם מהותי, אשר די בו כדי לפסול את פרח השקד מהשתתפות במכרז.

(ב) מצגים מטעים: לטענת המערערת, גם לאחר שפרח השקד מסרה את התצהיר הנדרש, היא הציגה בו מצגים שאינם נכונים במספר מישורים, אשר נעשו על מנת

להטעות את העירייה, וגם בהתנהלות זו יש משום עילה לפסול את הצעתה של פרח השקד. ואלו המצגים המטעים הנטענים:

(1) זהות בעל השליטה: בתצהיר שהוגש נטען כי מר יוסף מזרחי (להלן: יוסף) הוא בעל השליטה בחברת פרח השקד, אולם למעשה בעל זכות החתימה ובעל השליטה דה-פקטו בחברה הינו אביו של יוסף – מר אבי מזרחי (להלן: אבי). על כך, לטענת המערער, ניתן ללמוד ממסמכים שהגישה פרח השקד לעירייה, מהעובדה שאבי הציג עצמו כמנכ"ל החברה במסגרת הליכים פליליים שהתנהלו כנגד פרח השקד ומכך שהוא זה שייצג אותה בפני ועדת המכרזים. לטענת המערער, פרט זה הוסתר מהעירייה במכוון, נוכח הליכים פליליים המתנהלים נגד אבי.

(2) שימוש בחברה אחרת: לטענת המערער, על אף שתנאי המכרז דרשו כי "ההצעה תוגש על ידי ישות משפטית אחת", בפועל, פרח השקד הסתירה מן העירייה את העובדה כי היא נעזרה לאחר זכייתה בחברה אחרת כקבלן שירות (להלן: ארז דרום), כאשר לארז דרום כלל אין רישיון לעסוק כקבלן שירות. המערער מוסיפה וטוענת כי משך ההעסקה בפועל של עובדים מטעם ארז דרום – השתרע לפחות על-פני 6-7 חודשים. בהקשר זה גורסת המערער, כי העסקת עובדים דרך חברה ללא רישיון כנדרש, מהווה הפרה של הוראת סעיף 10ב לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק קבלני כוח אדם), אשר תחולתו היתה מתאריך 1.1.2012 וממילא הוא חל גם על הארכת האופציה של המכרז ממועד זה. המערער מוסיפה בעניין זה, כי עומדת לה זכות "לעקוב" אחר התנהלות פרח השקד במכרז בעניין זה, גם בשלב ביצועו, נוכח הפגמים הנטענים שנפלו בהצעת פרח השקד.

לנוכח האמור בס"ק זה – המערער טוענת כי היה מקום לראות בהצעתה של פרח השקד כהצעה תכסיסנית, ולפסלה.

(ג) העדר הניסיון הנדרש: המערער גורסת כי פרח השקד לא עמדה בתנאי הסף הנוגע להיקף עבודות העבר שנדרש במכרז, אשר עמד על היקף שנתי של 2,000,000 ש"ח לכל הפחות. בהקשר זה, מצינת המערער, כי פרח השקד צירפה אישור רואה חשבון לפיו היקף ההכנסה מביצוע עבודות ניקיון של פרח השקד במבני ציבור, או חינוך בשנת 2008 עמד על 1,500,000 ש"ח בלבד. לטענתה אין גם במסמכים אחרים שהוגשו בעניין זה כדי למלא את הדרישה הנ"ל. אשר על כן, לעמדת המערער – פרח השקד לא עמדה בתנאי הסף בקשר לניסיון המוכח שנדרש במכרז ולפיכך השתתפותה במכרז היתה צריכה להיפסל.

11. מעבר לאמור לעיל, המערערת טוענת כי לא היה מקום לפסול את הצעתה שלה, והיה על העיריה להכריז עליה כזוכה במכרז מהטעם שבחישוב הכללי הצעתה היתה הזולה ביותר. לשיטתה של המערערת, ההצעה שהגישה ביחס לרכיב המטרוז', על אף שהיתה כלולה בה בה הנחה משמעותית, לא היתה הצעה גרעונית. לטענתה, היא קבעה את כמות השעות הנדרשות לצורך ביצוע העבודות, בהתאם לניסיונה, שנלמד והתגבש לנוכח עבודות קודמות שביצעה עבור העיריה. כך גם, לטענתה, הצעתה לקחה בחשבון את עלויות הפיקוח וחומרי הניקיון. עוד מציינת המערערת בהקשר זה, כי המחיר שהוסכם עמה במסגרת ההתקשרות שהיתה לה לביצוע העבודות הקודמות עבור העיריה – היה נמוך משמעותית מהמחיר שהיא הציעה בגדרי המכרז, מושא הערעור, לגבי אותן עבודות, ואף על פי כן לא התקבלו כנגדה, לטענתה, תלונות כלשהן, והיא שילמה לעובדים את כל המגיע להם. למעשה, המערערת טוענת, כי העיריה היתה מרוצה מעבודתה ומקיום התחייבויותיה כלפי העיריה כנדרש, כפי שניתן ללמוד ממכתבי המלצה שנכתבו בעניינה.

טענות העיריה

12. העיריה מצדה סומכת את ידיה על פסק דינו של בית משפט קמא הנכבד, ובטיעוניה היא חוזרת בעיקר על הדברים כפי שנטענו בפניו. ביתר פירוט העיריה מעלה את הטענות הבאות:

באשר לפגמים הנטענים בהצעה של פרח השקד – העיריה טוענת כך:

(א) אי-צירוף התצהיר במועד מהווה פגם טכני, שכן פרח השקד המציאה מסמכים אחרים, לרבות מסמך של משרד התמ"ת, המאשר את תוכן התצהיר, ומסמכים אלו הוצגו במועד.

(ב) לא היו מצגים מטעים, שכן יוסף הוא הרשום ברשם החברות כבעל המניות היחיד בחברה, והוא הרשום באישור התמ"ת כבעל השליטה בחברה. לגבי השימוש בחברה אחרת נטען כי מדובר בחברת כח-אדם, אשר נדרש היה להיעזר בה, באופן זמני, נוכח הפרעות מצד המערערת והמצב העגום שבו נותרו המוסדות לנוכח עבודות הניקיון שהמערערת ביצעה בהם. בנוסף, לגישתה, אין מניעה על פי תנאי המכרז להעסקתם של "קבלני משנה", ובלבד שיתקבל אישור העירייה לכך. כמו כן, באשר

לטענות המערערת בהקשר לסעיף 10 ב לחוק קבלני כוח אדם מדובר בהרחבת חזית אסורה, ודי בכך כדי לדחות טענה זו.

(ג) ביחס להעדר הניסיון, העיריה טוענת כי אין בטענה זו ממש, שכן משני אישורים של רואי חשבון שהוגשו על ידי פרח השקד עולה כי פרח השקד עמדה בדרישת הניסיון שנקבעה במכרז, בהיקף הנדרש.

העיריה אף גורסת, כי למרות שהצעתה של המערערת היתה הזולה ביותר, ההחלטה שלא להכריז עליה כזוכה נעשתה בסבירות, בהגינות ובסמכות. בהקשר זה העיריה מדגישה כי האומדן שהוכן על-ידה במכרז – נערך על ידי צוות מקצועי, וסטייה כה ניכרת ממנו כלפי מטה מלמדת על הצעת הפסד, שעלולה לפגוע בזכויות עובדים. כן מוסיפה העיריה כי המערערת לא הציגה בפניה, או בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, תחשיב העונה על דרישות המפרט שצורף למכרז. בתחשיב שהציגה המערערת – לא נלקחו, לטענתה, בין היתר: עלויות פיקוח, עלויות העסקת מנהל עבודה, עלויות העסקת ממונה בטיחות, עלות רכבים, עלויות משרד והוצאות תפעול. כמו כן עלויות החומרים, אשר חושבו על ידי המערערת – נמוכים מדי ביחס לדרישות המכרז (כפי שזה נקבע על בסיס אומדן העיריה).

בהקשר זה טוענת העיריה עוד כי, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הסיבה לכך שהמערערת עבדה עבור העיריה בעבר במחירים נמוכים יותר, נובעת מכך שבשנים הקודמות לא נלקחו בחשבון רכיבי שכר מסוימים שאמורים להשתלם לעובדים, כגון: הפרשות לפנסיה, פיצויי פיטורין ועוד. יתרה מכך, לאור העובדה כי הרכיבים הנ"ל לא נכללו במכרזי העבר – העיריה נאלצה, בסופו של יום, לשלם למערערת השלמות בגין תשלומי פנסיה לעובדים, ואף להיטיב את תנאי התשלום של המערערת נוכח היקלעותה לקשיים.

לבסוף מציינת העיריה, כי בניגוד לנטען, היא לא היתה שבעת רצון מהשירותים שהמערערת סיפקה לה בשנים שקדמו למכרז הנוכחי. בתוך כך טוענת העיריה כי הגיעו לידיעתה תלונות שונות בקשר עם השירותים שסופקו על ידי המערערת (ביניהן תלונות לגבי אי-עמידה בזמנים ואי-אספקת ציוד לחדרי נוחיות, שבגינן אף המערערת נקנסה). העיריה מציינת בהקשר זה עוד, כי מר דודי ליפשיץ, אשר כתב למערערת מכתב המלצה – חזר בו מהמלצתו זו.

אשר על כן העיריה גורסת כי בשים לב למכלול טענותיה יש להותיר את זכייתה של פרח השקד במכרז – על-כנה.

טענות פרח השקד

13. פרח השקד מעלה, אף היא, חלק מן הטענות שטענה העיריה. עוד הוסיפה פרח השקד, בסיכומיה בכתב ובדיון שנערך בפנינו, בין השאר, את הטענות הבאות:
 - (א) גם בתצהירה של המערערת נפלו פגמים (למשל, אי-ציון העובדה שגב' גלמן מחזיקה 50% מהמניות של המערערת).
 - (ב) תנאי המכרז דרשו גילויין של הרשעות קודמות, להבדיל מהליכים שעדיין תלויים ועומדים, כך שאין רבותא בטענת המערערת בדבר "הסתרה מכוונת", אשר נשענת על הליכים שהתנהלו כנגד אבי.
 - (ג) המערערת תימחרה את הצעתה בהסתמך על נתונים שהיו ידועים רק לה, כמי שביצעה, כאמור, את העבודות עבור העיריה עד למועד הגשת העתירה – ובכך יש משום "תמחור תכסיסני" שגם בכוחו לפסול את ההצעה.
 - (ד) נוכח ההתראה הקצרה שבעטיה היא התחילה לפעול בגדר המכרז, היא נאלצה להסתייע בשלב הראשון בחברת כוח-אדם אחרת (זאת במיוחד לנוכח הפרעות שנגרמו לה, לטענתה, מצד המערערת שהקשתה על כניסתה לביצוע העבודות בעקבות זכייתה במכרז), והצורך להבטיח את זכויותיהם הסוציאליות של העובדים. באשר לטענת המערערת, בדבר הפרת סעיף 10 ב לחוק קבלני כוח אדם – פרח השקד טוענת כי הוא לא חל בענייננו, שכן תחולתו היתה רק מה-1.1.2012. עוד מציינת פרח השקד בהקשר זה כי אין לאפשר למערערת להתערב בעניין, שכן מדובר במערכת יחסים חוזית שהיא איננה צד לה.

14. במהלך הדיון הצענו לצדדים להגיע להסדר משום דרכי שלום ביניהם, ואולם הדבר לא הסתייע ולכן יש לפסוק פה על פי שורת הדין. לליבון הדברים אעבור איפוא עתה.

דיון והכרעה

15. אומר כבר כעת, כי דעתי היא שבהצעת פרח השקד אכן נפלו פגמים המובילים לפסילתה. יחד עם זאת, ההחלטה בדבר פסילת הצעתה של המערערת עצמה נעשתה כדין – ולא נפלה בה פגם המצדיק את התערבותנו. לפיכך, ונוכח העובדה שתמה

בינתיים תקופת ההתקשרות הרלבנטית למכרז, הנני סבור כי דין הערעור להתקבל בחלקו, והכל בהתאם ובכפוף לאמור בפיסקאות 35 ו-36 שלהלן, וכך אף אציע לחברי שנעשה.

עתה אפרט את הטעמים למסקנותיי הנ"ל.

הפגמים בהצעתה של פרח השקד

16. אקדים ואומר שעל אף שהנני סבור כי רוב הפגמים הנטענים על ידי המערערת – לא היו צריכים להביא לפסילת הצעתה של פרח השקד, דעתי היא כי בנוגע לטענתה של המערערת בעניין העדר הניסיון של פרח השקד – הדין הוא עם המערערת, ודי היה בכך כדי לפסול את הצעתה של פרח השקד.

אציג הדברים להלן.

אי-צירוף תצהיר במועד

17. סעיף 2(טז) למכרז מורה כי על המציע לצרף להצעתו תצהיר בדבר קיום חובות בעניין זכויות עובדים. בסיפא לאותו סעיף נכתב כך:

"לתצהיר יצורף אישור של מינהל ההסדרה והאכיפה
במשרד התמ"ת בדבר ההרשעות והקנסות כאמור, או
העדרם".

כאמור, פרח השקד הגישה את התצהיר הנדרש באיחור, ורק לאחר הגשת העתירה בעניינה. יחד עם זאת, כבר עם הגשת ההצעה, צורפו להצעה מסמכים, לרבות אישור משרד התמ"ת (המוזכר בסעיף 2(טז) הנ"ל), אשר אישרו בפועל את תוכן ההצעה - להנחת דעתה של ועדת המכרזים, וכך אף נקבע על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד.

השאלה המונחת איפוא לפתחנו להכרעה בנקודה זו, היא האם היעדר התצהיר כשלעצמו מהווה פגם המוביל בהכרח לפסילת ההצעה, או שפגם זה ניתן לריפוי.

18. הלכה היא, כי אין כל הפגמים שווים ולא כל פגם יביא בהכרח לפסילת ההצעה. כך, פגמים טכניים, אשר אינם נוגעים לשורש העניין, ולא פוגעים בעקרון

השוויון, או בעקרונות יסוד אחרים בשיטת המכרזים – אינם מובילים לפסילת ההצעה (ראו למשל: בג"ץ 203/75 בן יקר נ' המועצה האזורית באר טוביה, פ"ד כט(2) 707, 711 (1975); בג"ץ מלון סן טרופז בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 709 (1980) (להלן: עניין סן טרופז); ע"א 4964/92 נשיך נ' עשת, פ"ד נ(3) 762 (1996) (להלן – עניין נשיך); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי ג בעמ' 157-159 (2013) (להלן: ברק-ארז)).

מעבר לכך, גם במקום שבו נפלו פגמים שאינם טכניים, אלא כאלה הנושאים אופי מהותי, פסילתה של ההצעה איננה מתחייבת, בהכרח, באופן אוטומטי. כך נקבע ב-בג"ץ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לז(1) 651 (1983) (להלן: עניין כח (2000)), בעמ' 656:

"אם הפגם הוא מהותי אך נבע מטעות בתום-לב (או, מכל מקום, אין לגביו ראיה על חוסר תום-לב), ואין הוא עלול לגרום להפרת השוויון או עקרון ההגינות, כי אז תלויה החלטה בנסיבות של כל מקרה, ובסיטואציה זו לא ימהר בית-משפט זה להתערב בשיקול-דעת ועדת המכרזים, כל עוד החלטתה אינה נראית שרירותית או בלתי צודקת בעליל". (ראו גם עניין נשיך)

בפסיקה שדנה בענייני מכרזים ישנה אף התייחסות פרטנית לפגמים הנוגעים לאיחור בהגשת מסמכים הנדרשים במכרז. כך למשל, בעניין סן טרופז נפסק כי העובדה שהמלצה מטעם משרד התמ"ת התומכת בהצעה, ואשר נדרשה לצורך השתתפות במכרז לא צורפה במועד הנדרש (נוכח תקלה טכנית שקרתה בתום לב) – מהווה פגם טכני, אשר איננו פוגע בשוויון (עיינו בהקשר זה גם: ברק-ארז, בעמ' 172-173; שמואל הרציג דיני מכרזים כרך ב' 223 (מהדורה שנייה, תשע"א)).

19. בנסיבות שבפנינו, מקובלות עלי עמדתה של ועדת המכרזים וקביעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד כי האיחור בהגשת התצהיר יש לראותו כפגם טכני בלבד, זאת בהתחשב בכך שכבר במועד הגשת ההצעות הוגשו מסמכים המאשרים את תוכן התצהיר. לפיכך, מעת שפרח השקד הגישה את התצהיר, על אף שעשתה זאת באיחור, תוקן הפגם ולא היה איפוא מקום לפסול את הצעתה רק על בסיס זה.

יתרה מזו, גם אם אניח שעצם העדרו של התצהיר במועד מהווה פגם מהותי – אין בכך בהכרח כדי לפסול את הצעת פרח השקד. המערערת לא הצליחה להראות שהאיחור בהגשתו נעשה מחמת חוסר תום לב, או שהיה באיחור משום פגיעה בשוויון – ומשכך, ולנוכח הדברים שנכתבו בעניין כח (2000) ובעניין נשיך, היה בסמכותה של

ועדת המכרזים לאשר את ההצעה חרף הפגם, כפי שאכן עשתה, ואין עילה להתערב בהחלטה זו.

המצגים המטעים הנטענים

(1) זהות בעל השליטה

20. טענה מהותית יותר, אשר היתה בפי המערערת ביחס לתצהיר, נוגעת לזהות בעל השליטה בפרח השקד. לגישת המערערת, פרח השקד הסתירה במכוון את היותו של אבי – בעל השליטה דה-פקטו בחברה, והציגה את יוסף כבעל השליטה בחברה, וזאת נוכח ההליכים הפליליים המתנהלים כנגד אבי.

גם בעניין זה, דעתי היא כי צדקו ועדת המכרזים ובית המשפט המחוזי בקביעותיהם, שכן בסוגיה זו הבירור אמור להיות פורמלי, אלא אם כן המכרז מנוסח אחרת (ואכן ראוי שינוסחו הדברים בצורה מרחיבה יותר – השוו להגדרת "בעל זיקה" בתקנה 6 (א)(2) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993) (להלן – תקנות חובת המכרזים), ואולם סעיף 2(טז) למכרז, שהוזכר לעיל, דרש רק זאת:

"בתצהיר יפורטו ההרשעות בדין פלילי, אם היו, בעלי השליטה [במציע] וחברות אחרות בבעלות מי מבעלי השליטה, במידה והיו כאלה, וכן כל הקנסות שהושתו על מי מאלה ע"י מינהל ההסדרה והאכיפה במשרד התמ"ת, בגין ההפרה של חוקי העבודה בשלוש השנים האחרונות מהמועד האחרון להגשת ההצעה".

אין חולק כי יוסף הוא אשר רשום במרשם המתנהל אצל רשם החברות, כבעל השליטה בפרח השקד. בנוסף, במועד הגשת ההצעה – לאבי לא היתה זכות הצבעה באסיפה הכללית של פרח השקד. מכאן כי מבחינה פורמלית – אבי לא היה בעל השליטה בפרח השקד במועד הרלבנטי (התייחסות נוספת לאבי באה בפסקה 22 שלהלן).

זאת ועוד – אחרת. מקובלת עלי גם הטענה שלפיה לא הוטלה על פרח השקד חובה לציין את שמו של אבי בהקשר שבו עוסק סעיף 2(טז) למכרז, שכן עניינו בפירוט: "ההרשעות בדין פלילי... וכן כל הקנסות" (ההדגשה שלי – ח"מ). על מי מבעלי השליטה בחברה, וזאת להבדיל מקיומם של הליכים תלויים ועומדים שטרם הסתיימו בהרשעה, או בקנס.

21. לטענת המערערת, פרח השקד הפרה את תנאי המכרז בכך שהשתמשה בחברה אחרת לצורך ביצוע העבודות, מושא המכרז.

בהקשר זה מפנה המערערת לנוסח ההזמנה המופיע בעמ' 2 במכרז, בה נכתב:

"על הזוכה יהא לספק את כוח האדם, החומרים הכלים והציוד הדרושים לביצוע העבודות

...

ההצעה תוגש על ידי יישות משפטית אחת. חל איסור על הגשת הצעה על ידי מספר ישויות משפטיות. היישות המשפטית הקובעת לעניין בחינת ההצעה ועמידה בתנאי המכרז הינה היישות המשפטית החתומה על כתב ההצעה".

המערערת אף הפנתה לסעיף 17(ג) להסכם שצורף למסמכי המכרז (להלן: ההסכם), המורה כדלקמן:

"העובדים שיועסקו על ידי הקבלן יהיו עובדיו בלבד, ומעבר לזכותה של העיריה לפקח על עבודתם, יהיו נתונים להוראותיו לפיקוחו ולהשגחתו המלאים של הקבלן, והקבלן ישא בכל התשלומים הכרוכים בהעסקת עובדיו ושלוחיו, לרבות בתשלום הניכויים עפ"י כל דין".

22. לאחר שעיינתי בחומר שצורף לכתבי הטענות – לא ראיתי לנכון להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא הנכבד, אשר דחה גם את טענתה הנ"ל של המערערת. אפרטם את הטעמים לדבר מיד:

ראשית, בעצם היעזרותה של חברת פרח השקד בחברת ארז הדרום לביצוע מקצת העבודות אין משום הפרה של תנאי הסף הדורש כי: "ההצעה תוגש על ידי יישות משפטית אחת". תנאי זה עוסק בזהות המציע, ואין חולק כי פרח השקד היא אשר הגישה את ההצעה.

שנית, למרות שפרח השקד אמנם נעזרה בשלב מסוים בשירותי כוח האדם המסופקים לה על ידי חברת ארז הדרום לביצוע מקצת העבודות, היא הצהירה כי היא

המבצעת והמעסיקה בפועל של העובדים. בהקשר זה, כך נטען על ידי אבי, הנציג שהופיע מטעם פרח השקד בפני ועדת המכרזים:

"אני זה שמנהל את העבודה בעיר באר שבע, מנהל העבודה הם שלי, הציוד שלי, החומרים שלי. יש מקרים שאני לוקח עובדים באופן זמני מחברות כוח אדם... הם אלה שנותנים לי את העובדים והם מספקים את התלוש, והוא גם משלם לעובד את השכר, אבל ברמה העקרונית, כל העובדים פה הם שלי".

הערה: מהעובדה שאבי הצהיר כי הוא ניהל את העבודה בעיר באר-שבע מטעמה של חברת פרח השקד ראוי ללמוד כי להבא את ההצהרות במכרז יש לבקש לא רק מבעלי השליטה, אלא גם מהמנהלים.

מהדברים שצוטטו לעיל עולה כי גם מבלי להיכנס לנבכי היחסים בין פרח השקד לבין ארז הדרום, די היה באמור עד הנה כדי לעמוד, לכאורה, בדרישה לפיה הזוכה במכרז הוא אשר יספק את כוח האדם, החומרים הכלים והציוד הדרושים לביצוע העבודות. יתר על כן, מפרק ז' של המכרז (אשר מהווה חלק מהותי ובלתי נפרד מההסכם – ראו פרק המבוא להסכם) ניתן להסיק כי באשר להספקת כוח אדם מותר לקבלן להעסיק קבלני משנה באישור מראש של העיריה. וכך קוראים הסעיפים הרלבנטיים:

..."

2. מובהר כי דרישות הבטיחות מחייבות את הקבלן, את עובדיו, את קבלני המשנה שלו וכן את הספקים וכל אדם אחר מטעמו.

...

6. כמו כן מתחייב הקבלן כי קבלני המשנה שיועסקו על ידו יעברו בטרם תחילת עבודתם הדרכת בטיחות, והכרת נהלי הבטיחות ויחתמו על הצהרה לפיה עברו את ההדרכה והבינו אותה...

7. מבלי לגרוע מכל חובה מחובות הקבלן ומאחריותו על פי הדין ובהתאם להסכם, רשאית העירייה לאשר או לסרב או להתנות את אישורו של קבלן המשנה בתנאים לפי שיקול דעתה המוחלט".
(ההדגשה שלי – ח"מ).

23. לאור האמור לעיל, ומשהעירייה אישרה את השימוש של פרח השקד בשירותיה של חברת ארז הדרום – אין עוד בסיס לטענה כי פרח השקד הפרה את תנאי הסף שנקבעו במכרז.

עוד יצוין, כי נוכח העובדה שפרח השקד היא שמנהלת את העבודות ומפקחת עליהן, אין גם לראות בביצוע חלק מהעבודות על ידי עובדים של ארז הדרום משום שינוי זהות המציע תוך כדי תהליך המכרז (השוו: בג"ץ 358/87 ג.א.י. בנים פיתוח והשקעות בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד מב(3) 406, 411 (1987); פסק דינה של השופטת א' חיות ב-ה"פ (ת"א) 200938/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' I.I.P.P. LIMITED PARTNERSHIP (31.12.1998)), או משום "נשף מסכות" במובן זה שחברה שמתמודדת במכרז מתקשרת עם חברה אחרת לצורך ביצוע העבודות מושא המכרז, הכל רק מהסיבה שהחברה האחרת, איננה עומדת בתנאי המכרז (עיינו בהקשר זה בפסק דיני ב-ע"א 4522/07 וורצלמן נ' ארז בי-עזר כונס נכסים לחב' רמגיל, בפסקה 16 (23.8.2012)). אדרבה, מתקבל הרושם שסיבת ההתקשרות של פרח השקד עם ארז דרום, שנמשכה תקופה זמנית בלבד, נבעה בעיקר מהעובדה שהיא נדרשה לפעול בגדר המכרז בהתראה קצרה יחסית והמערערת הערימה לכאורה קשיים על כניסתה לעבודה.

24. בכל הנוגע לטענת המערערת בעניין הפרתו של סעיף 10ב לחוק קבלני כח אדם, דעתי היא כי אף בטענה זו אין כדי לפגוע בקבלת הצעתה של פרח השקד במועד המכרז. העבודות, מושא המכרז, החלו באוגוסט 2010, מנגד מועד תחילת תחולת הסעיף הנ"ל נקבע, כפי שהמערערת טענה בהגנותה – לינואר 2012. למעשה הסעיף חוקק רק ב-2011 וממילא כלל לא היה בספר החוקים עת נקבע הזוכה במכרז. משכך לא ניתן לומר כי יש בטענה זו של המערערת כדי להקרין לאחור על הלגיטימיות של זכייתה של פרח השקד במכרז (השוו: עומר דקל "שינוי תנאיה של התקשרות שנכרתה בעקבות מכרז" משפט ועסקים ה' 287, 296-297 (התשס"ה)). על כן, וגם לנוכח העובדה שהמערערת איננה צד למערכת היחסים שבין פרח השקד לעיריה, לאחר ינואר 2012, אין מקום להידרש לטענתה בענין זה, וזאת על אף שבהתאם למכרז – לעיריה עמדה האפשרות להאריך את ההתקשרות עם פרח השקד גם לאחר ה-1.1.2012.

25. לצד כל האמור לעיל, הנני סבור כי דין הצעתה של פרח השקד להיפסל, וזאת מהטעם שיפורט מיד.

העדר הניסיון הנדרש

26. סעיף 2(ו) למכרז דורש הוכחת ניסיון קודם וזאת באמצעות הצגת אישור של רואה חשבון. הסעיף קורא כך:

"אישור רו"ח – כי המשתתף הינו בעל ניסיון לפחות ב-3 עבודות קודמות לביצוע עבודות ניקיון בהיקף שנתי של 2,000,000 ש"ח לפחות כ"א. על האישור לפרט לגבי כל אתר עבודה את ההיקף הכספי של העבודות שבוצעו בו על ידי המשתתף, וכן את אנשי הקשר ומספרי הטלפון שלהם. נוסח האישור מצורף כחלק ה'1". (ההדגשה במקור – ח"מ)

נוסח אישור רו"ח שצורף למכרז בחלק ה'1 קרא כך:

"אני הח"מ, רו"ח _____ המשמש כרו"ח של _____ ת.ז/ת.פ. _____ (להלן: "החברה"), מאשר כי המחזור הכספי של החברה בביצוע עבודות ניקיון מבני ציבור ו/או חינוך, ב-3 השנים האחרונות, החל משנת 2007 ואילך על בסיס מאזן מבוקר (בשנת 2009 על בסיס מאזן בוחן), הינו בהיקף כספי שאינו נמוך מ-3,000,000 ש"ח לשנה (לא כולל מע"מ)".

הערה: הסתירה בין סכומי ההיקף הכספי השנתי הנדרשים במכרז לבין המבוקש באישור – הוא במקור, ואולם פרח השקד לא עמדה אף בסכום השנתי הנמוך יותר, כפי שיובהר להלן.

מתחת לנוסח זה הופיעה טבלה בה נדרשו המציעים לפרט את רשימת אתרי העבודות בהם ביצעו את העבודות הנ"ל, את ההיקף הכספי של העבודות, ואיש קשר רלבנטי – הטבלה היתה בנויה באופן הבא:

שנה	אתר	היקף כספי	אנשי קשר	טלפון
2007				
2008				
2009				

27. פרח השקד מסרה לעיריה את נוסח האישור כשהוא חתום על ידי רואה החשבון שלה (להלן: האישור הראשון), אולם היא לא פירטה באופן מלא את כלל העבודות שבוצעו על ידה בכל אחת מהשנים הנ"ל עד להיקף הנדרש. כך, ציין רואה החשבון כי בשנת 2008 החברה עבדה עבור מ.מ. אפרת בהיקף כספי של 1,500,000 ש"ח בלבד. מכאן, שעל פני הדברים, לפי דרישותיו הברורות של סעיף 2(ו) למכרז שהובא לעיל – אישור רואה החשבון שמסרה פרח השקד לא עמד בתנאי סעיף 2(ו) למכרז שצוטט

לעיל. על פרח השקד היה לפרט לגבי "כל אתר עבודה את ההיקף הכספי של העבודות", באופן שבו לכל הפחות, היקף העבודה יתאים להצהרה הכללית של רואה החשבון – וזאת לא עשתה.

ברי כי הפגם הנ"ל הינו פגם מהותי – היקף העבודות הנדרש היווה תנאי סף, אשר מעיד על כך שהמציע רכש את הניסיון הנדרש על מנת לבצע את העבודות, מושא המכרז באופן יעיל. פירוט של אנשי הקשר הרלבנטיים אף הוא מהווה תנאי מהותי, שכן הוא משמש ככלי לאימות הצהרתו הכללית של רואה החשבון באשר להיקף עבודות הניקיון שבוצעו על ידי המציע במבני ציבור, או חינוך בשל אחת מ-3 השנים שקדמו למועד המכרז, ומעניק לעיריה את האפשרות לעמוד על טיב עבודתו של המציע.

לפיכך, משקבעתי כי פרח השקד לא עמדה בתנאי זה – דין הצעתה היה להיפסל.

28. המשיבות טוענות כי פרח השקד עמדה בדרישות סעיף 2(ו) למכרז. לטענתן, על אף שבאישור הראשון לא פורטו אתרי העבודות הרלבנטיים לשנת 2008, ניתן ללמוד על היקף העבודות של פרח השקד בשנת 2008 מאישור רואה חשבון נוסף (להלן: האישור הנוסף), שנמסר לעירייה. לפי האישור הנוסף היקף המחזור הכספי של החברה בשנת 2008 עמד על כ-50,000,000 ש"ח.

עם זאת, בטענת המשיבות הנ"ל – אין כדי לרפא את הפגם שנפל בהצעה. באישור הנוסף לא פורטו אתרי העבודות, או סוג העבודות שבגינן המחזור הכספי עמד על 50,000,000 ש"ח וממילא לא ניתן ללמוד ממנו על ההיקף הכספי של עבודות ניקיון במבני ציבור, או חינוך באותה שנה, כפי שנדרש בנוסח האישור שצורף למכרז. יתרה מזו, לפי תנאי המכרז – על המציע היה לפרט את "אנשי הקשר ומספרי הטלפון" של אתרי העבודות הקודמות בהן ביצע המציע עבודות. לגבי שנת 2008, פרח השקד סיפקה מידע בנוגע לאנשי קשר רלבנטיים רק ביחס לעבודה בהיקף של 1,500,000 ש"ח, ובאישור הנוסף אין כדי לרפא פגם זה.

סבירותה של הצעת המערערות

29. לאחר שקבעתי כי היה צריך לפסול את הצעתה של פרח השקד, נותר לבחון כעת האם ועדת המכרזים נהגה כדין בכך שפסלה את הצעתה של המערערת. כפי

שציינתי לעיל, דעתי היא כי לא נפל פגם בהחלטתה זו של ועדת המכרזים. אנמק את הדברים להלן.

30. תקנה 22(ב) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987 (להלן: תקנות העיריות) קובעת כדלקמן:

"בכפוף לאמור בתקנות אלה, תמליץ הועדה (ועדת המכרזים – ח"מ) על ההצעה הזולה ביותר, ובלבד שהמחירים המוצעים הם הוגנים וסבירים בהתחשב עם האומדן שנמסר כאמור בתקנה 11".
(ההדגשות שלי – ח"מ)

תקנה 11(א) לתקנות העיריות מורה כי:

"לפני תום המועד להגשת ההצעות יפקיד יושב-ראש הועדה (ועדת המכרזים – ח"מ) או מי שהוא הסמיך בתיבת המכרזים האמורה בתקנה 14(א), אומדן מפורט של ההוצאות או ההכנסות הכרוכות בחוזה המוצע".

מהמובא לעיל עולה כי הכלל הוא שוועדת המכרזים נדרשת להמליץ על ההצעה הזולה ביותר כזוכה במכרז. יחד עם זאת, לכלל האמור ישנו חריג והוא כאשר המחירים המוצעים אינם הוגנים, או סבירים בהתחשב באומדן (ובלבד שהוא עצמו סביר, אמיתי והוכן בתום לב). חריגה ניכרת מהאומדן מהווה "תמרוור אזהרה", המחייב את ועדת המכרזים לדרוש ולחקור בדבר סבירותה של ההצעה ויכולתו של המציע לעמוד בתנאי החוזה במחיר שהוצע על ידו (עיינו: ברק-אדל בעמ' 131). בעניין זה, ראוי להביא גם את הדברים שנכתבו על-ידי חברתי, השופטת א' חיות, ב-ע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה, בפיסקה 19 (18.1.2009), שם נפסק כדלקמן:

"...כאשר מוגשת הצעה גירעונית על-ידי משתתף במכרז ציבורי אל לה לוועדת המכרזים להכריז עליה כזוכה, גם אם היא ההצעה הזולה מבין ההצעות שנתקבלו, טרם שחקרה ודרשה בה ובחנה אותה בציפיותיה על מנת לוודא כי אין מדובר בהצעה הנגועה בחוסר סבירות ובחוסר הגינות מנקודת ראותו של המזמין במובן זה שהמציע, אף שהוא להוט לזכות במכרז, אין לו את הכושר, הניסיון או היכולת לבצע את החוזה המוצע או לעמוד בתנאיו במחיר שהציע..."
(ההדגשות שלי – ח"מ).

בפסק-דיני בבר"ם 6926/10 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (22.11.2010) (להלן: עניין עזריה), הבחנתי בין הצעה גירעונית הנחזית בעיני עורך המכרז (בכללותה, או בנדבכים משמעותיים שלה) כנמוכה באופן בלתי סביר יחסית לאומדן (שם, בפסקה 21) ובין הצעה תכטיסנית הכוללת "העמסת מחירים" בין רכיבי המכרז, באופן מלאכותי, ולא בהתאם לעלות הריאלית של העבודה, או האינטרס של עורך המכרז, כאשר אפשר שהמציע מודע למשקלם של הרכיבים השונים במסגרת המכרז (שם, בפסקה 22). עוד ציינתי שם, כי בהצעה גרעונית החשש המרכזי הוא שהזוכה במכרז ייקלע לקשיים כלכליים שלא יאפשרו לו לבצע את העבודה. מכאן, כי פעמים ניתן להפיג חשש זה – למשל כאשר ישנם נתונים בדבר איתנותו הפיננסית של המציע. מנגד, הצעה תכטיסנית פוגעת באמון שניתן לתת במציע, ואף יש חשש כי ההצעה תהפוך ליקרה יותר.

זה המקום להוסיף ולציין כי הצעה גרעונית עלולה להיפסל גם במקרים בהם יש חשש שההצעה עלולה לפגוע בזכויות עובדים. ב-ע"מ 9241/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון (8.7.2010) הכיר בית משפט זה בכך שמשטר ההגנה על זכויות עובדים, הוא חלק בלתי נפרד מדיני המכרזים. נוכח חשיבות הדברים אביא אותם כלשונם (כפי שגם ראה לנכון לעשות בית המשפט קמא הנכבד בפסק דינו):

"משטר ההגנה על זכויות עובדיו של מציע במכרז ציבורי הוא חלק בלתי נפרד מדיני המכרזים, בכוח ובעת האחרונה גם בפועל. משטר זה נגזר, ראש וראשונה, מחובת הנאמנות לציבור של רשויות המנהל (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 631 (2010)), מן העובדה כי המטרות שלשמן הן פועלות אינן כלכליות גרידא (עומר דקל חובת המכרז של גופים מינהליים 49, 293 (2001)), ומכפיפות פעולתן של רשויות אלו לכל אשר נכלל בתקנת הציבור, היינו, ל"עקרונות היסוד של השיטה המשפטית" (שושנה גביש סוגיות בדיני מכרזים ציבוריים 24 (1997)). אין חולק, כי חוקי המגן בעבודה הם עצם מעצמותיהם של עקרונות אלה. כך, הטעימה גם ההלכה הפסוקה כי "כאשר מתקשרת המדינה עם גורמים חיצוניים זכאית היא ואף חובה עליה לעשות את שבידה כדי להבטיח את השמירה על חוקי המגן וכדי להבטיח צמצום היקף הפגיעה בזכויות העובדים" (בג"ץ 10245/07 האדגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' משרד המשפטים (25.12.07)). וכל אשר אמור במדינה, אמור מבחינה זו גם ברשויות המקומיות, הכפופות בפעולתן לאותם עקרונות של המשפט הציבורי" (שם, פסקה 3).

בהקשר זה אציין עוד כי דברי חקיקה שונים מעניקים מעמד מיוחד לחובת השמירה על זכויות עובדים, במיוחד במכרזים עתירי כח-אדם – בדומה למכרז כאן. כך, למשל, בתקנה 6א(א) לתקנות חובת המכרזים, נקבע כי הצעתו של מציע שהורשע בהפרה של דיני העבודה בשלוש השנים עובר למועד האחרון להגשת ההצעות למכרז, או נקנס ביותר משני קנסות על הפרת דיני עבודה בשנה שקדמה למועד האחרון להגשת ההצעות למכרז – תידחה. כן נקבע כי הקפדה על זכויות עובדים, היא אחת מאמות המידה לשקילת ההצעות הכשורות שהוגשו (ראו תקנה 22א(6) לתקנות חובת המכרזים); עיינו עוד בהקשר זה: אבישי בניש, רועי צרפתי "כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם" מענשי משפט א 99 (2008)).

31. במקרה שלפנינו הפער ברכיב המטרד' בין הצעתה של המערערת לבין האומדן שהוצג במכרז בהשוואה להצעות האחרות שהוגשו – היה משמעותי במיוחד, באופן שאכן היה בו כדי להקים חשש לפגיעה בזכויות עובדים, דבר אשר הצדיק, בנסיבות, את פסילת הצעתה. כך גם נקבע על ידי ועדת המכרזים בהחלטה מנומקת, לאחר שנשמעו טענות המערערת בשימוע הנוסף שנערך למערערת בתאריך 14.12.2010 (זאת בהתאם לתקנות 22ג) ו-22ה) לתקנות העיריות), וכך אף נפסק בפסק דינו המנומק של בית המשפט קמא הנכבד.

הנה כי כן, אף אם לא ניתן לומר כי הצעת המערערת היתה "הצעה תכסיסנית" היא היוותה, לשיטתי, למצער, "הצעה גירעונית". כאמור, הן הוועדה בדיונים שהתנהלו בפניה והן בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, לא סברו כי יש מקום לחזור מהקביעה לפסול את הצעת המערערת. זאת מאחר שהמערערת לא הציגה כל טעם משכנע – לא בפני הוועדה ואף לא בפנינו, לכך שהיא היתה מסוגלת לבצע את העבודות במכרז, מבלי לפגוע בזכויות העובדים שהיו עתידים להיות מועסקים על-ידה, באם היתה זוכה במכרז. ועדת המכרזים ובית המשפט המחוזי הנכבד, גם לא השתכנעו כי הצעתה של המערערת, נשענה על אדנים כלכליים מוצקים וסבירים, או שהמערערת יכולה היתה, חרף התמחור הבלתי כדאי לכאורה בו היא נקטה, לעמוד בהתחייבויותיה בגדרי המכרז (עיינו: עומר דקל מכרזים ב 122-126 (2006) (להלן: דקל, מכרזים)).

32. נוכח כל האמור, בתת-פרק זה, אני סבור, כי אין מקום להתערב בקביעה שפסלה את הצעת המערערת מלהשתתף במכרז.

33. מכל המקובץ עד הנה עולה, כי הן בהצעתה של פרוח השקד והן בהצעתה של המערערת נפלו פגמים, אשר היה בהם כדי לפסול את הצעותיהן במכרז, ואולם רק הצעתה של המערערת נפסלה. מהו איפוא הסעד המתאים בנסיבות אלו? לבחינת סוגיה זו אפנה כעת.

הסעד המתאים

34. הלכה היא, כי אין בעובדה שהצעתו של עותר נפסלה כדי למנוע ממנו את המעמד לעתור כנגד המכרז (עיינו: ע"א 8416/99 אי.א.א. אלקטרוניקס בע"מ נ' מפעל הפיס, פ"ד נ"ד (3), 425 (2000) (להלן – עניין אי.א.א. א.א.א.); ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו-שינדי, פ"ד נ"ז (1), 883 (2003)). כך, חרף העובדה שבמצב עניינים מעין זה אין לעותר אפשרות לזכות במכרז, הוא יכול להביא לבטלותו של המכרז אם יצביע על פגם שנפל במכרז, או בהצעה הזוכה בו. באופן זה, ניתן להבטיח את טוהר המכרז ותקינותו (ראו: עניין אי.א.א. א.א.א. אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע"מ נ' מפעל הפיס; ברק-ארוז, 190-188; שמואל הרציג סעדים בדיני מכרזים 258-252 (2014) (להלן: הרציג, סעדים); והשוו גם: ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח (3) 749 (1994)).

יחד עם זאת, כאמור, לאחר תום תקופת ההתקשרות, שוב אין תועלת מעשית בביטול המכרז, שכבר יושם והושלם. נשאלת איפוא השאלה האם עומדת למערערת אפשרות לקבלת סעד חלופי?

35. ברגיל, במקרים בהם בית המשפט מוצא כי העותר הוא אשר היה זכאי לזכות במכרז – יש בידי בית המשפט להעניק לעותר סעד של פיצויים. כבר נפסק כי: "מציע במכרז זכאי כי בעל המכרז יושיב אותו על אותו כס שהיה זכאי לישיב עליו לו היו הליכי המכרז מתנהלים כסדר, לאמור, זכאי הוא לראות עצמו כמי שקיבל את העבודה; ואם לא קיבל - זכאי הוא לפיצוי כדי הרווח שהיה מפיק מאותה עבודה, לו קיבלה" (ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, מז (1) 667, 686 (1993) להסתייגויות ולדעות שונות בנושא – ראו עוד: ע"מ 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ (13.08.2007); ע"מ 4028/14 איגוד ערים לאיכות הסביבה דרום יהודה נ' עופר ובניו חברה חקלאית בע"מ (26.05.2015); עיינו גם: דקל, מכרזים, 324-323; ברק-ארוז, 176-174; הרציג, סעדים 670-694).

אלא שגם סעד זה איננו יכול לעמוד כפשוטו במקרה שבכאן. זאת מאחר שגם אם הליכי המכרז היו מתנהלים כסדר והצעתה של פרח השקד היתה נפסלת – המערערת לא היתה זכאית "לישב על כס הזוכה", שכן נקבע (וכאמור – בדין נפסק כך) כי הצעתה של המערערת היתה הצעת הפסד, שהיה קיים בה חשש לפגיעה בזכויות עובדים.

יחד עם זאת, ייתכן שלמערערת עומדת זכות להגיש תביעת פיצויים בגין הנזק שנגרם לה עקב אובדן הסיכוי לזכות במכרז חדש, שייתכן והיה מתקיים אילו הצעתה של פרח השקד היתה נפסלת. טענה זו איננה פשוטה כלל ועיקר, אך ניתן למצוא לה אחיזה בקרב חלק מן המלומדים (ראו: עיינו: דקל, מכרזים, 326-328; Arie Reich & Oren Shabat, *The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform* 23 PUBLIC PROCUREMENT LAW REVIEW 50 (2014)), בעמ' 71-73 ועיינו גם בפסק דיני ב-ע"מ 3879/09 יהלומית פרץ עבודות בניין ופיתוח בע"מ נ' משרד האוצר – מדינת ישראל (2.6.2014), בפסקה 21). יתר על כן בנסיבות שבפנינו היא קשה במיוחד, שכן המערערת ביכרה להתמיד בטענתה שהיא זו שהיתה אמורה לזכות במכרז שנערך ולא להסכים לעריכת מכרז חדש.

מכל מקום, מכיוון שבגדרי הליך, מושא הערעור שבפנינו – לא התבקש סעד מעין זה (וממילא גם לא שמענו טענות בעניין) – אין מקום להרחיב פה עוד בנושא זה, ותביעת פיצויים כזו, ככל שתוגש, צריכה להעשות במסגרת הליך נפרד.

סוף דבר

36. אשר על כן ולאור כל האמור לעיל אציע לחברי כי נקבל חלקית את הערעור, ככל שהוא נוגע לקביעה שלפיה פרח השקד זכתה במכרז כדין, אך יחד עם זאת נדחה את הערעור, ככל שהוא מופנה כנגד הקביעה שלפיה הצעתה של המערערת נפסלה כדין. המשמעות היא כי פסק דיננו זה הינו הצהרתי בעיקרו ומכוחו פתוחה להלכה בפני המערערת הדרך לנסות ולתבוע, בגדרי הליך נפרד, פיצויים על נזקיה, ככל שתוכל להראות שהתגבשו לה כאלה בגין אובדן הסיכוי לזכות אולי במכרז חדש, במידה שהיה נערך כזה, והכל אם המערערת היתה עומדת על כך בעת שהוצע לה הדבר ובהתחשב בשיעורי הרווח שהיו צפויים לה (אם בכלל), בשים לב למחירים הנמוכים שהציעה במכרז, מושא הערעור.

כאמור תביעה שכזו היא מורכבת ביותר בכלל ובמיוחד בנסיבות מעין אלה שבפנינו, ולפיכך נוכח התוצאה וכדי שהמערערת לא תצר צרת מחר, היה ותבחר שלא לפתוח הליך חדש ונוסף – אני מציע כי המשיבה 1, שהיתה אמורה להקפיד יותר על הליכי המכרז, תישא בהוצאותיה של המערערת בסכום של 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' הדנל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר

ניתן היום, י"א באלול התשע"ה (26.8.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט