

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים**עע"ם 10064/04**

בפני : כבוד השופטת ד' ביניש
 כבוד השופט א' א' לוי
 כבוד השופט י' עדיאל

המערערת : מרגלית ש.א. רכב בע"מ

נ ג ד

המשיבים : 1. מדינת ישראל - משרד התחבורה
 2. המוביל ז'ק יולזרי רמלה בע"מ
 3. שפר את אלי לוי (1993) הסעות והובלות בע"מ
 4. קיווי ענק בתחבורה בע"מ

ערעור על פסק הדין של בית המשפט לעניינים מנהליים
 בירושלים מיום 18.10.04 בתיק [עתי"מ 936/04](#) שניתן על-
 ידי כב' השופט דוד חשין

תאריך הישיבה : ד' בטבת תשס"ה (16.12.2004)

בשם המערערת : עו"ד שמואל הרציג ; עו"ד רות ברק

בשם המשיבה 1 : עו"ד אבי ליכט
 בשם המשיבות 2-4 : עו"ד יצחק חגיג' ; עו"ד חן בוכניק

פסק-דין**השופט י' עדיאל:**

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים (סגן הנשיא ד' חשין), לפיו נדחתה עתירתה של המערערת, בה התבקשה פסילת החלטתה של ועדת המכרזים, אשר בחרה בהצעתן של המשיבות 2 ו-3 כהצעה הזוכה במכרז.

רקע עובדתי

2. משרד התחבורה (להלן - המשיב או המדינה) פרסם מכרז ארצי להפעלת קווי שירות בתחבורה הציבורית באוטובוסים באזורים שונים בארץ. המכרז נערך בשני שלבים. בשלב הראשון נערך מכרז למיון מוקדם (PQ – Pre Qualification) שנועד לבחור מועמדים, בעלי יכולת וניסיון בתחום התחבורה הציבורית והסעת נוסעים, בעלי יכולת פיננסית, המסוגלים ומתאימים להפעיל שירותי תחבורה ציבורית באוטובוסים בישראל (להלן - המכרז המוקדם).

בשלב השני, הוא שלב ה - RFP, הוזמנו מועמדים שעמדו בשלב הראשון, להתמודד במכרזים ספציפיים שפורסמו לקבלת רישיונות ולהפעלת קווי שירות בתחבורה ציבורית באוטובוסים באזורים, אשכולות כלשון המכרז, שפורטו במכרז. בין אשכולות אלה נמנה גם המכרז נשוא הדיון, הוא מכרז 1/2004 לקבלת רישיונות להפעלת קווי שירות בתחבורה ציבורית באוטובוסים באשכול מודיעין (להלן - המכרז). על פי תנאי המכרז נדרשו המציעים, בין היתר, לצרף להצעתם ערבות בנקאית בלתי מותנית אוטונומית בסכום של 750,000 ₪, שתהא בתוקף מיום 15.4.2004 ועד יום 15.8.2004. בעקבות שאלות הבהרה שהופנו אליו, האריך המשיב את המועד להגשת הצעות בשבועיים. במקביל הוא דרש להתאים את תקופת הערבות באופן שזו תהא בתוקף מיום 29.4.04 ועד ליום 29.8.04.

למכרז הוגשו שבע הצעות, ביניהן הצעת המערערת והצעתן של המשיבות 2-3 (להלן - המשיבות) שהגישו הצעה משותפת.

לאחר פתיחת ההצעות התברר כי הערבות שהמציאו המשיבות אינה תואמת את הדרישה לשינוי תקופת הערבות. זאת משום שהערבות שצורפה להצעת המשיבות התייחסה לתקופה 20.4.04 - 15.8.04, בעוד שעל פי תנאי המכרז, כפי שתוקנו במסגרת התשובות לשאלות הבהרה, נדרש שהערבות תהא בתוקף בתקופה שבין 29.4.04 ל - 29.8.04. בחוות דעת משפטית שהוזמנה על ידי ועדת המכרזים נקבע, כי בפגם זה אין כדי לפסול את הצעת המשיבות. בעקבות זאת, פנתה הוועדה למשיבות, ביום 19.5.04, בדרישה להאריך את תקופת הערבות. המשיבות נענו לפנייה וביום 23.5.04 הן המציאו ערבות בנקאית מתוקנת שתוקפה עד ליום 29.8.04.

לאחר בחינת ההצעות וקביעת הציונים לכל הצעה, בחרה ועדת המכרזים, ביום 23.6.04, בהצעתן של המשיבות כהצעה הזוכה במכרז. הצעת המערערת דורגה במקום

השני. ביום 30.6.04 נחתם הסכם ההפעלה בין משרד התחבורה לבין המשיבות, במסגרתו העמידו המשיבות ערבות בנקאית לקיום תנאי ההסכם בסכום של 4 מליון ₪.

בעקבות הדברים האלה, הגישה המערערת עתירתה לבית המשפט לעניינים מנהליים (להלן – בית המשפט המחוזי), בה היא ביקשה לבטל את החלטתה של ועדת המכרזים, לפסול את הצעת המשיבות ולהכריז על הצעתה כהצעה הזוכה במכרז. במהלך הדיון בעתירה, ויתרה העותרת על הסעד של הכרזתה כזוכה במכרז.

ההליך בפני בית המשפט המחוזי

3. את עתירתה לבית המשפט המחוזי ביססה המערערת על מספר טעמים. הטעם האחד והעיקרי, נעוץ בפגם שנפל בהצעה, בשל כך שתקופת הערבות הייתה קצרה בשבועיים מן הנדרש במכרז. טעם נוסף היה שועדת המכרזים שגתה בכך שאפשרה למשיבות, לאחר פתיחת הצעות למכרז, לתקן הצעתן על ידי החלפת הערבות הפגומה בערבות מתוקנת. הטעם השלישי, היה שהערבות הבנקאית שהמציאו המשיבות ניתנה לבקשתה של המשיבה 2 בלבד, בעוד ש"המציע" על-פי ההצעה, היו המשיבות 2 ו-3 יחד. טעם נוסף על יסודו ביקשה המערערת לפסול את ההצעה מקורו בכך שהמשיבות העסיקו יועץ מקצועי שהועסק גם על ידי משרד התחבורה בעניינים הקשורים להפעלת תחבורה ציבורית באוטובוסים, מצב שיצר, לטענת המערערת, מצב של ניגוד עניינים ועמד בניגוד לסעיף 7.3 לתנאי המכרז.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי דחה את העתירה.

בהתייחס לטעם העיקרי שביסוד העתירה, שעניינו בתקופת הערבות, נקבע, שפגם זה לא פגע בשוויון בין המציעים. לעניין זה הבחין בית המשפט המחוזי בין המקרה הנוכחי לבין פסקי דין שניתנו בעניינים דומים ([עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב.](#) [בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח\(1\) 897](#) (להלן עניין י.ת.ב.); [עע"מ 4150/03](#) ניו-אפליקום מוצרי תוכנה (א.פ.סי.טי) בע"מ (טרם פורסם)). ההבחנה בוססה על הטעם, שבאותם מקרים ההצעות נפסלו משום שהפגם שנפל בערבות פגע בשוויון בהתייחס למציעים פוטנציאליים, שיתכן כי נמנעו מלהשתתף במכרז בשל אורכה של תקופת הערבות, והיו משתתפים בה אילו נדרשו לערבות קצרה יותר. בעניינו, נקבע, שאלת השתתפותם של מציעים פוטנציאליים אינה רלוונטית, משום שלשלב זה של המכרז

יכולים היו לגשת רק מציעים שנבחרו בשלב המוקדם. בית המשפט קמא אף שוכנע שהשגגה במועד הערבות נפלה מלפני המשיבות בתום לב. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה, כי האפשרות שניתנה למשיבות לתקן את הפגם בשלב מאוחר, העניקה לאלו יתרון על פני שאר המציעים, באפשרה להן לסגת מהצעתן בשלב שלאחר פתיחת ההצעות. הטעם לכך, נקבע בפסק הדין, הוא שסירוב לתקן את הפגם בעקבות דרישה (של ועדת המכרזים), כמוהו כחזרה מההצעה, אשר חושפת את המציע לתוצאות המתחייבות מחזרה מההצעה על-פי תנאי המכרז, בכלל זה חילוט הערבות. בהקשר זה ייחס בית המשפט קמא משקל (אף שלא משקל גדול) גם לכך, שבמקרה שלפנינו הטעות התגלתה ותוקנה מיד לאחר פתיחת מעטפות ההצעות, בעוד שבעניין שנדון בפרשת י.ת.ב. תוקנה הטעות רק לאחר שנבחרה ההצעה (הפגומה) הזוכה. בסיכומו של דבר, נקבע בפסק הדין, כי בנסיבות המיוחדות של המקרה, שבהן הפגם של התקופה הקצרה מן הנדרש לא פגע בשוויון והוא תוקן עוד בטרם נפלה החלטה בדבר ההצעה הזוכה, כאשר בשום שלב לא נותר משרד התחבורה ללא ערבות תקיפה וכן בהתחשב במורכבות המכרז, בהליך הבחירה הדו-שלבי הממושך והיסודי שבסופו נבחרה הצעתן המשותפת של המשיבות, אין מקום לפסול את ההצעה בשל הפגם שנפל בתקופת הערבות.

בית המשפט המחוזי דחה גם את הטענה כי הערבות נפגמה בשל כך שהוצאה לבקשת אחת המציעות בלבד ולא לבקשת שתיהן. כך נקבע, בהיעדר דרישה מפורשת במסמכי המכרז שהערבות תוגש בידי המציעות במשותף ובהתחשב בכך שחבותן של המשיבות על פי המכרז היא חבות ביחד ולחוד, מה שמאפשר את מימוש הערבות, בהיותה ערבות אוטונומית, גם כאשר זו הוצאה על פי בקשתה של אחת המציעות בלבד.

נדחתה גם הטענה בדבר ניגוד אינטרסים של חברת ייעוץ שהעסיקו המשיבות.

הטענות בערעור

5. המערערת חזרה בפנינו על כל אותן טענות שהעלתה בפני בית המשפט המחוזי. לטענתה, הפגם שנפל בערבות פוגע בשוויון בין המשתתפים במכרז, בכך שמשך הסיכון לחילוט הערבות בו נשאו המשיבות קצר לעומת הסיכון שבו נשאו יתר המציעים. קיצור תקופת הערבות לעומת דרישות המכרז, נטען, עלול להביא לפגיעת הערבות טרם ההכרעה במכרז, דבר אשר יסכל את תכלית הערבות, שנועדה להעמיד

לרשות המזמין אמצעי יעיל ונוח לאכיפת ההצעה על המציע. תיקון הערבות הבנקאית באיחור, נטען, העניק למשיבות יתרון המאפשר להן לשקול מחדש את השתתפותן במכרז ולהחליט אם ברצונן לתקן את הערבות ולהכשיר בדרך זו את הצעתן הפסולה אם לאו. אפשרות כזאת לא עמדה בפני המציעים האחרים, ומכאן פגיעתה בשוויון בין המציעים. מתן אפשרות למציע להכשיר את הצעתו הפסולה בדיעבד באמצעות תיקון הפגם המהותי שנפל בה, כמוה, לשיטתה של המערערת, כמתן אפשרות להגיש הצעה לאחר המועד האחרון להגשת ההצעות, אפשרות האסורה על-פי דיני המכרזים בתכלית האיסור. המערערת מוסיפה, כי פסק הדין של בית המשפט קמא סוטה מההלכה הפסוקה אשר ראתה בהקפדה על קיום תנאי הערבות, תנאי מהותי למכרז, וזאת גם בהתייחס לפגם הספציפי שלפנינו שעניינו בתקופת הערבות. פסק הדין מגדיל, לשיטתה של המערערת, את אי הבהירות הרבה הקיימת ממילא בדיני המכרזים ומוסיף נדבך נוסף לכרסום שחל בדיני המכרזים בגין יצירתם של חריגים אין ספור להלכה הפסוקה.

המערערת חולקת גם על הטעמים שעל יסודם נדחו בפסק הדין טענותיה האחרות נגד החלטת ועדת המכרזים. הואיל ולשיטתי ההכרעה בערעור תיגזר מההחלטה בעניין קיצור תקופת הערבות, אינני רואה צורך לפרט ולדון בטענותיה האחרות של המערערת בערעור זה.

המשיבים תומכים בפסק הדין. המדינה טוענת, כי החשש שהפגם שנפל בערבות יסכל את מטרתה הכלכלית של הערבות ויפגע בשוויון בין המשתתפים בכוח או בפועל במכרז, מוקהה במקרה זה בשל שורה של טעמים. הטעם האחד מקורו בהיעדר פגיעה במשתתפים פוטנציאלים. זאת, משום שבמקרה זה כל המועמדים הפוטנציאלים שעברו את שלב המיון המוקדם נגשו גם לשלב השני של המכרז. הפגם גם אינו פוגע במשתתפים בפועל במכרז, שכן תיקון הפגם נעשה לפני בדיקת ההצעות והכרזה על הזכייה. המדינה מוסיפה, שבפסיקה לא נקבע כלל קשיח, לפיו כל פגם בערבות דינו שיביא לפסילת ההצעה. אמנם, פגם בערבות נחשב, בד"כ כפגם מהותי אשר עשוי להביא לפסילת ההצעה. אולם, לכלל זה קיימים חריגים החלים במקרים של פגמים בלתי משמעותיים, שנפלו בתום לב, ושתיקונם אינו סותר את תכלית הערבות ועקרונות השוויון, התחרות ההוגנת וטוהר המידות במכרזים. המקרה הנוכחי, נופל, לגישתה של המדינה, בגדר החריגים האמורים. שיקול נוסף שצריך שיביא להכשרת הפגם, טוענת המדינה, הוא שמדובר במכרז מורכב. לשיטתה, במכרזים מורכבים בהם עלות הגשת ההצעות היא עלות כבדה, וכאשר קיים אינטרס להרחיב את המעגל,

המצומצם מלכתחילה, של המתמודדים, אין מקום לנקוט בגישה דווקנית בעת בדיקת ההצעות, ויש לאפשר תיקון פגמים קלים, ולהבהיר נקודות בעייתיות בהצעה. במכרזים סבוכים כאלה, הערבות אף אינה ממלאת את אותו תפקיד מרכזי שהיא ממלאת במכרזים פשוטים יותר, שכן האיתנות הפיננסית ורצינותו של המתמודד נבחנות באופן פרטני על בסיס אינדיקציות כלכליות ואינדיקציות אחרות כמו ניסיון העבר, יכולת הפעלה מוכחת ועוד, ואינן נקבעות דווקא על פי יכולתו של המתמודד להמציא ערבות. גם במקרה הנוכחי, נטען, מעמדה של הערבות במסגרת המכרז לא היה מרכזי, מכיוון שהרצינות והאיתנות הפיננסית של המתמודדים נבדקו בנפרד, בדרך טובה יותר, עוד בשלב המוקדם של המכרז. גם בהוראות המכרז הובהר כי במכרז יהיה שלב נוסף שבו ניתן יהיה לתקן פגמים קלים בהצעות, לאחר המועד האחרון להגשת ההצעות (סעיף 18.2 לתנאי המכרז). לשיטתה של המדינה, האפשרות השווה לתקן את ההצעות, מבלי שהדבר ישפיע על מתמודדים פוטנציאליים, מאפשר לשלב בין שני עקרונות היסוד של המכרז. מחד גיסא, היא מאפשרת למקסם את התועלת הציבורית בקבלת ההצעות הטובות ביותר והרבות ביותר, לתועלת הציבור, ומאידך גיסא, אין היא פוגעת בעקרון השוויון.

המדינה מוסיפה וטוענת, כי קבלת ערעורה של המערערת והחזרת הדיון לוועדת המכרזים, לא תסייע לה לזכות במכרז. זאת, משום שפסילת ההצעה תביא לשינוי השקלול של ההצעות, ולזכייה של משתתף אחר במכרז, שכלל לא צורף לעתירה. מעבר לכך, טוענת המדינה, בשל הזמן שחלף מאז הוגשו ההצעות, פקעו הערבויות של כל ההצעות, פקעו ההצעות עצמן, ואף השתנה הבסיס הכלכלי של המכרז. לכן, יהיה צורך בהכנת מכרז חדש, דבר שיביא לדחייה של למעלה משנה בהחלפת המפעילה הנוכחית של השירות (היא המערערת), ולערעור התשתית הכלכלית של המכרז כולו תוך פגיעה קשה באינטרס הציבור. בסופו של יום, טוענת המדינה, לא יהא זה ראוי לפסול הצעה זוכה, שתועלתה לציבור רבה, במכרז שעלותו הכוללת כ-100 מיליון ₪, בשל פגם שולי, שתוקן במהרה, אשר לא פגע בתחרות ההוגנת ואף לא בעקרון השוויון.

המשיבות תומכות, כצפוי, אף הן בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. בנוסף על טענותיה של המדינה טוענות המשיבות, שבהגשת העתירה נפל שיהוי, לאחר שזו הוגשה בחלוף 32 ימים ממועד ההכרזה על ההצעה הזוכה. במהלך התקופה שחלפה מאז, נטען, השלימו המשיבות חלק ניכר ממלאכת ההתארגנות וההצטיידות לשם יישומו של ההסכם שנחתם בינן לבין המזמין. לטענתן, הן השקיעו בהכנות למכרז

מיליוני שקלים ונטלו על עצמן התחייבויות בסדר גודל של כ-40 מיליון ש"ח, בתוכן התחייבות לרכוש אוטובוסים חדשים בהתאם לדרישות המכרז. המשיבות מבהירות, כי הפגם בערבות נפל בתום לב, לאחר שהעבירו את מכתבי ההבהרה שהתקבלו מהמשיבה, שנגעו בעיקר לעניינים טכניים, ליועץ התחבורה שלהם. כך חמקה מעיני המשיבות ההוראה הדורשת להאריך את תוקף הערבות.

דיון

6. האם הפגם שנפל בערבות הבנקאית שצירפו המשיבות להצעתן, בשל קיצור תקופת הערבות, דינו שיביא לפסילת ההצעה?

7. הלכה פסוקה ומושרשת היא כי "פגם בערבות יש בו, בדרך כלל, כדי לפסול הצעה. ... הטעם לגישה זו הוא, שעקרון השוויון בין המתחרים מחייב שוויון בדרישת הערבות, ופגם בערבות משמעותו, על כן, פגם מהותי, הפוגע בעקרון היסוד של דיני המכרזים, ועל כן דינו לפסול ההצעה" (בג"ץ 1733/82 מבני פלס חברה הנדסית לבניין ופיתוח בע"מ נ' עירית נהריה, פ"ד לו(2) 477). בפסק הדין בעניין י.ת.ב., חזר בית משפט זה וקבע, "כי בדרך כלל יש לראות בפגמים בערבות שצרף המציע להצעתו פגמים מהותיים הפוגעים בשוויון שבין המציעים במכרז, ועל כן דינה של הצעה שהערבות שצורפה פגומה להיפסל".

אמנם, כלל הפסלות בשל פגם בערבות אינו כלל קשיח לחלוטין שאינו נקי מחריגים. אולם, מדובר בחריגים נדירים. גם עניין זה הובהר בפסה"ד בעניין י.ת.ב.:

"נחזור ונדגיש, כי הכלל שלאורו צריך בית המשפט לפסוק כאשר מדובר בפגמים בערבות הוא כי דין ההצעה להיפסל. כאמור, רק במקרים נדירים, כאשר האופי ה"טכני" של הפגם ברור וגלוי בנסיבות העניין, כאשר מדובר בפליטת קולמוס, כאשר מדובר בטעות בלתי משמעותית של חישוב וכיוצא באלה טענות של פגמים בלתי משמעותיים שניכר על פניהם שנפלו בתום לב, וכאשר ניתן לקבוע כי הפגם הנדון אינו מסכל את מטרת הערבות ותיקונו אינו עומד בסתירה לעקרון השוויון, התחרות ההוגנת וטוהר המידות במכרזים, ניתן להכשיר את הפגם. ההנחיה בעניין זה לוועדות המכרזים צריכה להיות אחידה וברורה כדי שלא לפגוע בביטחון המשפטי והכלכלי." (עמודים 909-910 לפסק הדין).

8. המשיבים טוענים שהמקרה הנוכחי נופל במסגרת החריגים שהוכרו בפסיקה לכלל הפסילה האמור, בין היתר, בפסק הדין בעניין י.ת.ב.

9. אני סבור שהמקרה הנוכחי אינו נופל בגדרם של החריגים שהוכרו בפסיקה לכלל הפוסל הצעה למכרז שהערבות שצורפה לה פגומה. עניין זה הובהר היטב בשורה של פסקי דין שיצאו מלפני בית משפט זה, אשר התייחסו, באופן מיוחד, לפגם שלפנינו, שעניינו בקיצור תקופת הערבות מזו הנדרשת בתנאי המכרז. כך נקבע בפסק הדין [בבג"ץ 665/87](#) חב' ג'רייס ברבארה בע"מ נ' המועצה המקומית (טרם פורסם), שבו נפסלה הצעה שהערבות שצורפה לה ניתנה לחודש אחד במקום שלושה חודשים, כפי שנקבע בתנאי המכרז. [בבג"ץ 751/89 א. לוי קבלני בניין בע"מ נ' עיריית נצרת, פ"ד מד\(2\)](#), 441 נפסלה הצעה שהערבות שצורפה לה ניתנה גם היא לתקופה של חודש, במקום לתקופה של שלושה חודשים. בעניין י.ת.ב. שנוכר לעיל נדון מקרה שבו ניתנה ערבות לתקופה של חודשיים במקום לתקופה של שלושה חודשים על פי דרישת המכרז, ואף הצעה זו נפסלה. [בע"מ 4150/03](#) קום מוצרי תוכנה (א.פ.סי.טי.). בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (טרם פורסם), נפסלה הצעה למרות שתקופת הערבות הייתה קצרה ב - 12 ימים בלבד מהתקופה (של 180 ימים) שנדרשה על-פי תנאי המכרז.

בכל אותם מקרים היה בית המשפט מוכן לצאת מההנחה שהפגם בערבות נפל בתום לב. אולם, בכך בלבד לא היה כדי לרפא את הפגם. זאת, כדברי הנשיא ברק בבג"ץ 751/89, משום שמדובר ב"פגם היורד לשורש העניין, שכן הוא פוגע בשוויון שבין המשתתפים - בין הפוטנציאלים ובין שהשתתפו בפועל - במכרז".

10. המשיבים מבקשים לאבחן את הפסיקה הנזכרת, בייחוד את פסק הדין בעניין י.ת.ב., בכך שבאותה פסיקה התייחס בית המשפט לפגיעה בשוויון בהתייחס למציעים פוטנציאליים. במקרה שלפנינו, נטען, אין פגיעה במציעים פוטנציאליים, משום שמדובר במכרז סגור שרשאים היו להשתתף בו רק אותם מציעים שעמדו במכרז המוקדם, ומציעים אלה, כולם, אכן הגישו הצעותיהם למכרז.

11. אין בידי לקבל הבחנה זו. אמנם הפגיעה במציעים פוטנציאליים עשויה אף היא להביא לפסילת ההצעה, ובמקרה שלפנינו לא הייתה פגיעה כזאת. אולם, הפגם שבקיצור תקופת הערבות פוגע לא רק במציעים הפוטנציאליים, אלא גם, אולי בעיקר,

במציעים שהגישו הצעותיהם למכרז (וראה לעניין זה דבריו של הנשיא ברק שצוטטו לעיל בפסק דינו בבג"ץ 751/89).

גם במקרה שלפנינו, בקבלת ערבות שתקופתה קצרה מהתקופה הנדרשת בתנאי המכרז היה כדי לפגוע בשוויון בין המציעים. זאת, משום שערבות קצרה מהנדרש אינה מאפשרת למזמין לחלט את הערבות במהלך מלוא התקופה שבה הוא ביקש לשמור לעצמו אופציה כזאת על פי תנאי המכרז. כך, אילו ועדת המכרזים הייתה מקבלת החלטתה בשבועיים האחרונים לתקופה שנדרשה בתנאי המכרז, לא היה בידה לכפות על המשיבות לעמוד בהצעתן על דרך חילוט הערבות. בכך הוקנה למשיבות יתרון של ממש על פני המציעים האחרים תוך פגיעה בשוויון בין המציעים. העובדה שלא כך אירע, שכן המשיבות לא ביקשו לסגת מהצעתן וועדת המכרזים קיבלה החלטתה קודם לתום תקופת הערבות, אינה משנה ממסקנה זו. שכן המבחן לקיומה של פגיעה בשוויון בין המציעים, ימצא בפגיעה הפוטנציאלית בשוויון ולא בהתממשותה של הפגיעה הלכה למעשה. גם לכך התייחס בית המשפט בבג"צ [751/89](#) הנ"ל: "השאלה אם הערבות מקיימת את דרישות המכרז, נקבעת על-פי תנאי המכרז. השאלה אם ניתן היה לממשה ומתי היה ניתן לממשה ואם היה צורך לממשה, אינה מעלה ואינה מורידה" (שם, 443).

12. בתשובה לשאלותינו, הסכים גם ב"כ המדינה, שאלמלא תוקנה הערבות לפי דרישת ועדת המכרזים, לא היה מנוס מפסילת הצעתן של המשיבות. עניין זה מעלה את השאלה, האם ועדת המכרזים הייתה רשאית לאפשר למשיבות לתקן את הפגם על ידי הארכת תקופת הערבות, כפי שנעשה בערבות המתוקנת שהוגשה לאחר תום המועד להגשת הצעות ופתיחת הצעות למכרז.

13. גם כאן ההלכה היא, כי במקום שבו מדובר בפגם מהותי, אין לתקן את הפגם שנפל בהצעה לאחר תום המועד להגשת הצעות ופתיחת הצעות על ידי המזמין. בית המשפט התייחס לכלל זה בפסק הדין בעניין י.ת.ב. שם נקבע, כי "משנפל פגם מהותי בערבות שצורפה להצעתה של פארטו, לא ניתן היה לאפשר לפארטו לתקן את הפגם בדיעבד" (סעיף 11 לפס"ד). באותו מקרה, הדרישה לתיקון הערבות אמנם באה, שלא כבמקרה שלפנינו, לאחר הבחירה בהצעה הזוכה (הפגומה). אולם דרישה כזאת היא דרישה פסולה, גם כאשר היא באה לאחר פתיחת הצעות ועוד לפני הבחירה בהצעה הזוכה (בג"ץ 751/89 לעיל).

14. ב"כ המדינה טוען שבמקרה זה הייתה לוועדת המכרזים סמכות להתיר את תיקון הערבות מכוח סעיף 18(2) לתנאי המכרז. אותו סעיף קובע:

"הגשת הצעה שלמה מהווה תנאי לזכייה במכרז זה, ומציע לא יוכל לזכות במכרז במידה והצעתו לא שלמה כמפורט לעיל.

ואולם, רשאית הוועדה שלא לפסול הצעה אם ראתה כי נפלה בה טעות טכנית, כגון טעות סופר או טעויות חשבוניות, ובלבד ששוכנעה כי הטעות נעשתה בתום לב.

הוועדה תהיה רשאית, לפי שיקול דעתה, אם ראתה כי טעם הפסילה שבהצעתה הינו טכני, כמפורט לעיל, לתת למציע פרק זמן מוגדר כדי לתקן את הפסול הטכני שבהצעה ולאשר את הפסול בחתימתו ולא לפסול אותה אם הפסול תוקן תוך פרק הזמן שניתן" (שס, 443).

15. חוששני שגם בסעיף זה אין כדי להכשיר את תיקון ההצעה. זאת, משום שהוראת סעיף 18.2 לתנאי המכרז, המאפשרת לוועדת המכרזים שלא לפסול הצעה חרף הפגם שנפל בה, מתייחסת אך ל"טעות טכנית, כגון טעות סופר או טעויות חשבוניות". הטעות שלפנינו, בהיותה פוגעת בשוויון בין המציעים, אינה נמנית עם סוג זה של טעויות. טענה דומה, שעלתה בקשר לזכות ששמרה לעצמה ועדת מכרזים לוותר על פגמים שנפלו במכרז, נדחתה בפסק הדין בבג"ץ 751/89 הנזכר:

"לאור מהותו של הפגם, לא תועיל למשיבות הטענה, כי במסמכי המכרז שמרה לעצמה המשיבה 1 את הכוח לוותר על פגמים פורמליים, הפגם שלפנינו אינו פורמלי, ודי בכך בלבד כדי לשלול את תחולתה של ההוראה האמורה".

16. המשיבים טוענים שבמקרה שלפנינו, בניגוד לפסיקה שאוזכרה לעיל, צירוף הערבות לא היה תנאי סף להגשת הצעות למכרז. על כן, נטען, יש להתייחס לפגם שנפל בערבות במידה פחותה של חומרה.

17. גם טענה זו אין לקבל. דרישת הערבות נמנית עם הדרישות המפורטות בסעיף 18.1 למכרז, שלגביהן נקבע ש"הגשת הצעה שלמה מהווה תנאי לזכייה במכרז זה,

ומציע לא יוכל לזכות במכרז במידה והצעתו לא שלמה כמפורט לעיל". מכאן, שגם אם אין מדובר בדרישת סף, שאי עמידה בה דינה שתביא לפסילת ההצעה על הסף, מדובר בתנאי מהותי, שעמידה בו "מהווה תנאי לזכייה במכרז". הכשרת הצעה שאינה עומדת בתנאי מהותי כזה, בניגוד לתנאי המכרז, פוגעת בשוויון בין המציעים.

18. ההבחנה שמנסה המדינה לעשות בין מכרזים מורכבים לבין מכרזים פשוטים, תוך ניסיון למעט מחשיבותה של הערבות ומהנפקות הנודעת לאי עמידה בתנאי המכרז המתייחסים אליה, במכרזים מורכבים, אף היא אינה מקובלת עלי. אכן, לגבי מכרזים מורכבים נקבע בפסיקה, כי "ניתן לסטות מכללי המכרז ולאפשר תיקונם של פגמים קלים שנפלו בהצעות", אך זאת, "כל עוד נשמרת ההקפדה המהותית על עקרון השוויון" (ע"מ 5678/01 שידורי עדן נ' אפיק רום, פ"ד נו(1) 917, 922; ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 770-771). הפגם שלפנינו, כפי שהובהר לעיל, אינו פגם קל והכשרת הצעה הלוקה בפגם כזה אינה עולה בקנה אחד עם "ההקפדה המהותית על השוויון". יתירה מזו, הפגם שלפנינו לא נפל בשל מורכבותו של המכרז. שהרי מדובר בדרישה פשוטה בתכלית, שהמשיבות לא עמדו בה, לא בשל מורכבותה, אלא בשל חוסר שימת לב.

19. יש לדחות גם את טענת השיהוי שהעלו המשיבות. אציין, תחילה, שעצם הדרישה, במכרז מורכב מסוג זה שהליכיו התמשכו על פני תקופה ארוכה, לחתום על החוזה בתוך מספר ימים, באופן שאינו מותר בידי המשתתפים האחרים במכרז שהות מתקבלת על הדעת לבדוק את ההצעות הזוכות ולהעלות השגותיהם בפני המזמין, אינה ראויה. במקרה שלפנינו, המערערת פנתה למשיב מיד לאחר קבלת ההודעה על דחיית הצעתה וביקשה לעיין בהצעה הזוכה. מבוקשה ניתן לה, כפי שהיא טוענת והמשיבים אינם מכחישים, רק ביום 11.7.04. יומיים לאחר העיון, ביום 13.7.04, פנתה המערערת למדינה והעלתה השגותיה על ההחלטה בכתב. המשיב השיב לפנייה זו ביום 18.7.04 ושבוע אחר כך הוגשה העתירה. בנסיבות אלו אינני סבור שבהגשת העתירה נפל שיהוי.

המשיבות טוענות שביטול הזכייה במכרז יגרום להן לנזקים רבים. זאת, לאחר שהשקיעו מיליוני שקלים בהכנות לקראת ביצועו של המכרז. אולם, למעט ערבות הביצוע שהופקדה בינתיים על ידי המשיבות ולמעט עניין הזמנת האוטובוסים, שאליו אתייחס בהמשך, הטענה בדבר הנזקים הצפויים למשיבות נטענה באופן כללי, בלא

פירוט של ממש, וללא צירוף אסמכתאות. לא נעשתה גם הבחנה, בין הוצאות שהוצאו עד להגשת העתירה והבקשה לצו ביניים לבין הוצאות שהוצאו לאחר מועד זה, שאז המשיבות נטלו על עצמן במודע סיכון לכישלון ההשקעה (ראה: [בג"צ 6176/93 אליקים 1986 נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח\(2\), 158](#)). אשר לרכישת האוטובוסים, כל שהוצג בפני בית המשפט קמא, הוא אישור מיום 6.8.2004 בדבר הזמנתם. מדובר בהזמנה שבוצעה לאחר הגשת העתירה והבקשה לצו ביניים, ולא הוברר אלו סכומים שילמו המשיבות על חשבון ההזמנה לאחר מועד זה. לא הוברר, כמו כן, האם ההזמנה ניתנת לביטול ובאיזה מחיר. מעבר לאלה, ראוי לזכור שאין מדובר בצד תמים שזכייטו במכרז נשללת על לא עוול בכפו (למשל, בשל פגם שנפל בהחלטת ועדת המכרזים שאינו קשור להצעתו). שהרי מקור התקלה שנפלה במקרה זה נעוץ, בעיקרו, בהתשלותן של המשיבות. מדוע, בנסיבות אלה, יש להעדיף את הנזקים שייגרמו למשיבות עקב ביטול זכייטן במכרז על פני אובדן ההשקעה בהכנת ההצעה למכרז ואובדן הרווח הצפוי מהזכייה בו, שייגרמו למציע שהצעתו ראוי להיבחר?

20. המדינה והמשיבות טוענות שבנסיבות המקרה, משפקעו הערבויות שצורפו על ידי כל המציעים, בכללם המערערת, להצעתם, לא ניתן עוד לחדש את הדיון בוועדת המכרזים, שכן אין בידה של הוועדה כל דרך לכפות על המציעים לעמוד בהצעותיהם. בנסיבות אלה, נטען, קבלת העתירה משמעותה ביטול המכרז, תוצאה קשה שראוי, ככל האפשר, להימנע ממנה. גם בית המשפט המחוזי קבע, תוך הפנייה לפסק הדין בעניין טמג"ש ([ע"א 7699/00 טמג"ש נ' רשות הניקוז, פ"ד נה\(4\) 873](#)), כי "אין מקום להבחין בעניין הדרישה להפקיד ערבות בנקאית בין משתתף שעותר לבית המשפט להכריז על זכייטו לבין מציע שמבקש מבית המשפט לפסול את ההצעה הזוכה ולהורות על דיון מחודש בוועדת המכרזים, שבו יכול שיוכרז כזוכה במכרז". עם זאת, בית המשפט המחוזי לא הכריע בעתירה על יסוד שיקול זה, מאחר, "שייתכן כי העניין לא היה נהיר עדיין די צרכו".

21. אין בידי לקבל גם טענה זו. בפסק הדין בעניין טמג"ש נפלו בעניין זה חילוקי דעות. דעת הרוב (השופטת ט' שטרסברג-כהן והשופט א' א' לוי) הייתה, כי "מציע שאינו מחזיר לעצמו את הערבות מצהיר על ידי כך כי על אף שהמכרז תם והצעתו נדחתה אין הוא משלים עם כך ובכוונתו להמשיך בהליכים במטרה להביא לכך שהצעתו היא שתתקבל. לעומת זאת, בהחזרת הערבות לעצמו, יש משום מצג של

ויתור על הזכות למכרז" (סעיף 9 לפס"ד). לפיכך נקבע, כי "משתתף שהפסיד, החזיר לעצמו את הערבות ובכך גילה דעתו שאין הוא בגדר משתתף עוד, אינו יכול עוד לזכות במכרז ונותרה לו אך הזכות לתקוף את המכרז בטענות מהותיות הנוגעות לאי תקינותו ואם יצליח בכך יפתח המכרז מחדש וכל מי שיחפוץ יוכל להשתתף בו מלכתחילה". דעת המיעוט של השופט מ' חשין, הייתה שמשתתף שהפסיד במכרז, יכול, חרף החזרת הערבות, לטעון גם לזכייה במכרז. על-פי פסק דין זה, המערערת שלפנינו ודאי זכאית לטעון לפסילת הצעתן של המשיבות.

בפסק הדין בעניין משה"ב (ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח

נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11), נקבע, כי אקט החזרת הערבויות לידי המציעות בעקבות דחיית הצעותיהן, אינו מכריע לעניין סופיותם של הליכי המכרז וכל "עוד הליכי המכרז נתונים לבחינה בפני ערכאה שיפוטית, ... אין לראותם כסופיים, ועל רקע נתון זה יש לבחון את אופן השימוש בסמכות וועדת המכרזים לשנות מהחלטה קודמת שקיבלה". בפסק דין זה נקבע שועדת המכרזים הייתה רשאית לשנות החלטתה הקודמת (אשר דחתה את הצעת המשיבה), ולבחור בהצעת המשיבה, חרף החזרת הערבויות. נראה שתוצאה זו קרובה יותר לדעת המיעוט בעניין טמג"ש.

22. במקרה שלפנינו, בניגוד למקרים שנדונו בעניין טמג"ש ובעניין משה"ב, הערבות לא הוחזרה למערערת, לא על-פי דרישתה ואף לא מיוזמתו של המזמין. הערבות פשוט פקעה בתום המועד שנקבע בתנאי המכרז, מבלי שאיש מהצדדים נקט בעניין זה כל יוזמה. במקרה כזה אני סבור שלא חל הרציונאל שנקבע בפסה"ד בעניין טמג"ש, שכן אין מדובר "בהחזרת ערבות לעצמו, [ש]יש בה משום מצג של ויתור על הזכות לזכות במכרז". גם הרציונאל שביסוד פסיקת הרוב בעניין טמג"ש, שנלמד, על דרך ההיקש מדיני החוזים, בהתייחס למצב שבו צד לחוזה הטוען להפרה על ידי הצד האחר ומבקש לאכוף את החוזה מאבד את זכותו לתבוע אכיפה משבחר להשיב לעצמו את מה ששילם מתוקף החוזה לצד המפר (סעיף 9 לפסה"ד של השופט ט' שטרסברג כהן), אינו מתקיים במקרה שלפנינו.

משפקעה הערבות בתום התקופה שנקבעה בתנאי המכרז, כל שניתן לטעון נגד המערערת הוא שהיה עליה לדאוג לחידוש הערבות. אולם, משהסתיימה תקופת הערבות כפי שנקבעה בתנאי המכרז, אין מוטלת על המציעים חובה אוטומאטית להאריך את תקופת הערבות. ועדת המכרזים אמנם רשאית לדרוש מהמציעים להאריך

את תקופת הערבות (סעיף 12.4 לתנאי המכרז), ומשדרשה זאת, על המציעים להיענות לדרישה. לאור פסק הדין בעניין משה"ב, לפיו, כל עוד הליכי המכרז נתונים לבחינה בפני ערכאה שיפוטית, אין לראותם כסופיים וועדת המכרזים רשאית להפעיל סמכותה מכוח הוראות המכרז, אני מוכן להניח שועדת המכרזים רשאית לדרוש גם היום, לפחות מהמערערת ומכל צד אחר שיחפוץ להמשיך וליטול חלק במכרז, להאריך את תוקף ערבותם. אולם משהועדה לא דרשה זאת עד כה, לא ניתן לומר שמציע שלא ביקש להאריך את הערבות מיוזמתו, דינו כדין מי שויתר על הזכייה במכרז. גם האנלוגיה לדיני החוזים שהדריכה את דעת הרוב בפרשת טמג"ש אינה מביאה לתוצאה כזאת במקרה של אי חידוש הערבות, שהרי אי הארכת הערבות אין דינה כדין השבה. על אלה נוסף, שבמקרה זה המערערת ביקשה להפקיד בידי המדינה ערבות חדשה, אלא שהאחרונה סירבה לקבלה.

לאור האמור, אני סבור שהמערערת רשאית, חרף פקיעת הערבות, לתקוף את זכייתן של המשיבות במכרז, ואף לטעון, כשהעניין יוחזר לוועדת המכרזים, לזכותה היא לזכות במכרז. זאת, בכפוף לזכותה של ועדת המכרזים לדרוש הארכת תוקף הערבות.

23. המדינה טוענת שקבלת הערעור תביא, למעשה, לביטול המכרז. זאת, גם מהטעם שבינתיים "השתנה הבסיס הכלכלי של המכרז" (סעיף 8 לסיכומי המדינה).

הטענה בדבר שינוי הבסיס הכלכלי של המכרז לא הוכחה בפנינו. מטיעוניה של המדינה לא ברור מהו השינוי שחל בבסיס הכלכלי של המכרז ומדוע שינוי זה צריך שיביא לביטול המכרז. כל זאת, כאשר מדובר במכרז שתחילתו בשנת 2003 וההסכם אשר ייחתם מכוחו אמור להשתרע על פני 6 שנים. בנסיבות אלה לא שוכנעתי שקבלת הערעור כרוכה בפגיעה קשה באינטרס הציבור. אציין, עם זאת, שדברים אלה יפים, ככל שמדובר בטענתה של המדינה בהליך זה, אשר מבקשת למנוע פסילת הצעתן של המשיבות על יסוד הטענה שהדבר יביא לביטול המכרז. אין בדברים אלה כדי למנוע מהמשיב או מועדת המכרזים לחזור ולשקול את נושא ביטול המכרז, משהעניין יוחזר לפתחה של ועדת המכרזים.

24. בהנחה שבכל אחד מהשיקולים שמעלים המשיבים, אין, כשהוא עומד לעצמו, כדי למנוע את ביטול ההחלטה של ועדת המכרזים, האם הצטברותם של כל אותם

שיקולים יחד יכול שתכשיר את הצעת המשיבות למכרז, חרף הפגם שנפל בה? שאלה זו מתבקשת לאור הסיכום שסיכם בית המשפט המחוזי את כלל השיקולים שהביאו לדחיית העתירה:

”וכך, בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפני, שבהן – הפגם של תקופה קצרה מן הנדרש לא פגע למעשה בשוויון, הוא תוקן עוד בטרם נפלה ההחלטה בדבר ההצעה הזוכה, כאשר בשום שלב לא נותר משרד התחבורה ללא ערכות תקפה, ובהתחשב במורכבותו של המכרז שלפני, בהליך הבחירה הדו-שלבי הממושך והיסודי שבסופו נבחרה הצעתן המשותפת של המשיבות, לא ראיתי מקום לפסול את ההצעה בשל הפגם שנפל בתקופת הערכות.”

אינני מקל ראש בכוחם המצטבר של כל השיקולים שהזכיר בית המשפט בהחלטתו. חרף שיקולים אלה, אני סבור שאין מנוס מקבלת הערעור.

במישור הנורמטיבי הכשרת הצעתן של המשיבות, חרף הפגם שנפל בערכות, על יסוד מסכת שיקולים מצטברים מעין אלו, מכרסמת באופן משמעותי בהלכות שנקבעו בנושא שלפנינו על ידי בית משפט זה בעבר, תוך הכפפת כלל הפסלות לחריג מעורפל, קזואיסטי, ולא מוגדר. תוצאה כזו תפגע “בוודאות [ה]משפטית בהליכי המכרז – אינטרס המקבל משנה תוקף בהתחשב במרכזיות התפקיד שממלאת הערכות במכרזים ציבוריים” (פסה”ד בעניין י.ת.ב.), והיא תקשה על ועדות המכרזים האמורות ליישם את דיני המכרזים בחיי היום יום. על מצב הדברים שעלול להתפתח עקב כך, עמד בית המשפט בעבר:

”אל לנו לפתוח פתח, במקרה כמו זה שלפנינו, לסטות מלשון המכרז, שכן ... בכך ניתן יד ליצירת חריגים, וחריגים לחריגים, אשר סופם איבוד כל אמת מידה לניהול תקין של המכרז” (בג”צ 173/82 לעיל, עמ’ 475 לפסה”ד).

בהיבט הכלכלי, נראה שתוצאה זו הנה פועל יוצא הכרחי של דיני המכרזים ש”נבנו במשך השנים על התפיסה כי אין לקבל רווחים כספיים קצרי טווח על חשבון הפסדים חברתיים ארוכי טווח, שסופם גם בהפסדים כספיים כבדים” (ע”א 4683/97 [לעיל](#)).

[ידע מחשבים ותוכנה בע”מ נ’ מדינת ישראל, פ”ד נא \(5\) 643](#).

25. לאור השיקולים האמורים אני סבור שאין מנוס מפסילת הצעתן של המשיבות למכרו. בנסיבות אלו אינני רואה מקום להידרש לטענות הנוספות שהעלתה המערערת בפנינו.

26. לפיכך, אמליץ בפני חברי לקבל את הערעור, לבטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ולהורות על פסילת הצעתן של המשיבות במכרו ועל החזרת הדיון במכרו לועדת המכרזים.

המדינה תשא בהוצאות המשפט ושכ"ט עו"ד של המערערת, בשתי הערכאות, בסכום של 40,000 ₪ בצירוף מע"מ. המשיבות 2-4 תשלמנה (יחד) למערערת, אף הן, שכ"ט עו"ד והוצאות בסך 40,000 ₪ בצירוף מע"מ.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש :

מסכימה אני עם פסק דינו של חברי השופט עדיאל ועם התוצאה אליה הגיע ומבקשת אני לחזור ולהדגיש את עמדתי בסוגיה המרכזית שהתעוררה בפרשה זו – משמעותו של פגם שנפל בערבות שצורפה להצעה במכרו. בהקשר זה מבקשת אני להתמקד בפרשנות שניתנה על ידי המדינה והמשיבות 2,3 (להלן: המשיבות) להלכה שנפסקה בפרשת י.ת.ב. (ע"ם 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 897).

המשיבות טענו כי בפרשת י.ת.ב. לא נקבע כלל קשיח, לפיו כל פגם בערבות הינו פגם מהותי המביא לפסילת ההצעה. לטענת המשיבות, פגמים שנפלו בתום לב ושתיקונם אינו סותר את תכלית הערבות לא יביאו לפסילת ההצעה.

הפרשנות שניתנה על ידי המשיבות להלכה שיצאה מלפני בית משפט זה בסוגיה הנוגעת למשמעותם ואפשרות תיקונם של פגמים שנפלו בערבות המצורפת להצעה במכרו אינה עולה בקנה אחד עם האמור בפסקי הדין שניתנו בסוגיה זו. בפרשת י.ת.ב. ובפסקי דין רבים אחרים (ראו, לדוגמא: 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505, להלן: פסק דין מג'אר) הבהרנו הבהר היטב את החשיבות הרבה שיש לעמידה בתנאי המכרו הנוגעים

לערבות המצורפת להצעה והדברים הובאו בפירוט בפסק דינו של חברי השופט עדיאל. בפסק הדין בפרשת י.ת.ב. הבהרנו כי:

"רק במקרים נדירים, כאשר האופי ה"טכני" של הפגם ברור וגלוי מנסיבות העניין, כאשר מדובר בפליטת קולמוס, כאשר מדובר בטעות בלתי משמעותית של חישוב וכיוצא באלה טענות של פגמים בלתי משמעותיים שניכר על פניהם שנפלו בתום לב, וכאשר ניתן לקבוע כי הפגם הנדון אינו מסכל את מטרת הערבות, ותיקונו אינו עומד בסתירה לעקרון השוויון, התחרות ההוגנת וטוהר המידות במכרזים, ניתן להכשיר את הפגם." (עמודים 909 – 910 לפסק הדין).

פרשנותן של המשיבות הינה שונה בתכלית מהכלל המשפטי שנקבע בפסיקתנו ויש בפרשנות זו כדי להרחיב את החריג המצומצם שנקבע לכלל. המשיבות מציבות את תום הלב של מגיש הערבות הפגומה כאמת המידה המרכזית והעיקרית לבחינת משמעותו של הפגם בערבות. לשיטתן, משהוכח תום הלב של מגיש הערבות הפגומה הרי שניתן לתקן את הפגם בערבות. עמדה זו אינה העמדה שהתקבלה על דעתו של בית משפט זה. אכן, תום הלב הינו תנאי הכרחי כדי לאפשר תיקון הצעה במכרז על ידי תיקון הערבות אך אין הוא תנאי בלעדי. כבר נאמר בפסיקתנו כי בהעדר תום לב אין לתקן גם פגם טכני וקל ערך. אולם, השיקול המכריע נקבע על פי המבחן האובייקטיבי והוא קיומו של חשש, או אפשרות, שהפגם שנפל בערבות יקנה למציע יתרון שאינו שיוויוני. בשורה ארוכה של פסקי דין הבהרנו כי החשש הפוטנציאלי מפני הפגיעה בשוויון, ובאופן כללי יותר – השמירה על האינטרס הציבורי של טוהר המידות במכרזים, הוא העיקרון המנחה בבחינת הפגמים בערבות ולא תום הלב של מגיש הערבות הפגומה (השוו: ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984), פ"ד נ(5) 59, 65). על הנימוק המרכזי לגישה זו עמד השופט (כתוארו אז) ברק בפסק דינו בע"א 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 472, 475 (להלן: פרשת מבני פלס):

"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. אכן, מי לידינו כף יתקע כי בעתיד לא ינסו מציעים להערים על תנאי המכרז, ולהגיש

תחילה ערבות שאינה מקיימת את תנאי המכרז ולאחר שיזכו בו, ימרו אותה בערבות כדין, תוך טענת תום לב שקשה יהיה להפריכה. אל לנו לפתוח פתח, במקרה כמו זה שלפנינו, לסטות מלשון המכרז, שכן - כפי שצויין בבג"צ 624/78 הנזכר - 'בכך ניתן יד ליצירת חריגים, וחריגים לחריגים, אשר סופם אבוד כל אמת מידה לניהול תקין של המכרז' (בג"צ 786/78).

כאמור, המשיבות ביקשו לשכנענו כי הפגם בערבות במקרה דנן נוצר בתום לב וכי בפועל לא צמח למשיבות 2,3 יתרון כלשהו מפגם זה. גם אם נהיה מוכנים לקבל טענה זו, אין בכך כדי לשנות מהכרעתנו. ערבות שהוצאה לתקופה הקצרה מהתקופה שנדרשת במכרז הינה ערבות שנפל בה פגם יסודי. מציע המצרף להצעתו ערבות שפגומה באופן האמור עלול לזכות ביתרון ביחס למציעים האחרים, בין השאר על ידי השגת מרחב תמרון נוסף שבו יכול אותו מציע למשוך את הצעתו לאחר מועד ההגשה. בבחינת הפגם שנפל בערבות אין לתת משקל לטענה, החוזרת ונשנית מפי מציעים, כי הפרש העלות בין הערבות הנדרשת לבין הערבות הפגומה הוא שולי וכי ענין זה כשלעצמו מלמד על תום ליבם. מבחן זה הוא בגדר טעות אופטית ואין בו כדי לחשוף את היתרון היחסי שרכש המציע על פני יתר המשתתפים במכרז שהקפידו על קלה כעל חמורה. הגם שייתכן כי הפגם בערבות נפל בתום לב ולא בכוונת מכוון הרי שכפי שעולה מהאמור בפרשת מבני פלס, בדרך כלל לא יהיו בידי וועדת המכרזים או בידי בית המשפט המינהלי הכלים לקבוע אם כך היה או אחרת. לפיכך, ההבנה כי בכל מקרה שבו נפל פגם יסודי בערבות קיים פוטנציאל לפגיעה בשיוויון היא זו שצריכה להנחות את וועדת המכרזים ואת בית המשפט, ולא השאלה אם בפועל הוכח כי אכן נגרמה פגיעה בשיוויון.

מעבר לדרוש, אין לנו אלא לחזור על דברים שאמרנו כבר בעבר בדבר קיומם של מקרים חריגים ונדירים בהם ניתן יהיה לתקן פגמים בערבות כאשר פגמים אלו הם בלתי משמעותיים ואופיים הטכני ניכר על פניהם בבירור באופן שניתן ללמוד ממנו גם על תום ליבו של המציע, ללא שנדרשות ראיות חיצוניות (ראו: פרשת מבני פלס, בע' 475; פסק דין מג'אר, בע' 512).

אשר על כן, אין אנו רואים לקבל את הפרשנות שניתנה על ידי המשיבות להלכה הנוגעת לפגמים בערבות דיני מכרזים ולשיטתנו יש בה כדי לפגוע בתכליות העומדות ביסוד דיני המכרזים ובוודאות המשפטית.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

לצערי, לא אוכל לצרף את דעתי לעמדתם של חברי. אני סבור כי בנסיבות העניין יש להעדיף את האינטרסים, המצדיקים כי יותר למשיבות 2-3 לתקן הצעתן, על פני אלה המחייבים את פסילת ההצעה.

מושכלות ראשונים הם בדיני המכרזים, כי יש להבטיח את השוויון בין כלל הניגשים למכרז, כך שמבין מספר הצעות הזרות לחלוטין בתנאי המסגרת שלהן ובהתאמתן לדרישות המזמין, ואשר למגישיהן ניתנה הזדמנות שווה להציען, יוכל המזמין לבחור את ההצעה הטובה ביותר בעיניו על יסוד תנאיה המהותיים. זהו האדן עליו מושתתות רבות מן ההלכות הפסוקות שעניינן מכרזים, ובכללן האיסור על קיומו של משא-ומתן בין המזמין לבין מגישי ההצעות לאחר סגירת המכרז (בג"צ 316/63 גזית ושחם בע"מ נ' רשות הנמלים ואח', פ"ד יח (1) 172); הכלל כי הצעות שתוכנן נתון לפרשנות רחבה דינן להיפסל (בג"צ 462/79 שרביב בע"מ נ' ראש עיריית נהריה ואח', פ"ד לד (1) 467); העקרון המחייב כי ההצעה הזולה ביותר היא שתזכה, זולת אם הציג המזמין טעם סביר השולל זאת (בג"צ 118/83 אינוסט אימפקט בע"מ ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות ואח', פ"ד לח (1) 729); האיסור להתיר למציע שהצעתו התקבלה לתקן בדיעבד את כתב הערבות שצירף להצעתו (בג"צ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש ואח', פ"ד לא (1) 505); ועוד.

לעקרון השוויון משנה חשיבות מקום בו מדובר במכרזים ציבוריים, בהם המזמינה הינה רשות מרשויות המינהל. אז נלמד העקרון גם מחובתה של הרשות לנהוג בהגינות, ללא משוא פנים ובאופן שיבטיח את אמון הציבור בה ובפעולותיה (ראו בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (3) 729, 746). בתוך כך, על הרשות המינהלית להימנע מלתת יד, אף שלא במתכוון, לכל ניסיון של מציע במכרז לפעול שלא בתום לב ותוך ניסיון להשיג יתרון שאינו כדין על מתחריו.

אולם, בד-בבד, כל רשות מחויבת לפעול ביעילות ותוך הגשמת האינטרס הציבורי הדורש, כמו במקרה שבפנינו, כי התקשרויותיה החוזיות יניבו לקופה

הציבורית תמורה גבוהה ככל הניתן (ראו דברי השופטת א' חיות בע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293, 302). ברי, כי ליסוד זה – מעבר למשמעות הכלכלית הטמונה בו, וכשהוא ניצב שכס אל שכס עם הציפיה הציבורית כי הרשות תקבל החלטותיה על בסיסם של שיקולים ענייניים, שלא מתוך קטנוניות ושלא בשרירות – נודעת בסופו של יום גם השפעה על מידת האמון שרוחש הציבור למערכת השלטונית.

כל אימת שמתרחשת התנגשות בין ערכים אלה – השוויון וההגינות השלטונית, מחד גיסא, והיעילות והענייניות, מאידך גיסא – ברי כי יד הראשונים תהא על העליונה. אלא שלהשקפתי, לא די בטענות בעלמא הנשמעות מפי הטוען לקיפוח מול מציעים אחרים במכרז, ולא די בהצבעה על קיומו של חשש רחוק ובלתי ממשי לפגיעה בשוויון בין המציעים. אלא, יש להצביע לכל הפחות על חשש ממשי, כי בשל פעולתה של הרשות המזמינה יופר עקרון השוויון במכרז. כל עוד אלה אינם פני הדברים, ובוודאי אם במבט רטרוספקטיבי הוכח כי בנסיבותיו של מקרה נתון לא הופר עקרון זה, סבורני כי יש להקנות מעמד בכורה לעקרון יעילות המינהל.

לאורו של איזון עקרונות זה יש לבחון את שאלת היכולת לתקן הצעה פגומה שהוגשה למכרז ציבורי, ובכלל זה הצעות הלוקות בכתב הערבות שהועמד. לדעתי, אין צידוק לקביעה קטגורית, השוללת מניה-וביה כל תיקון שאינו אך טכני וקל ערך. כל פגם יש לבחון לגופו, תוך מתן הדעת לשתי שאלות עיקריות: האחת, אם הפגם שנפל בהצעה, כמו גם נכונות המזמין להתיר את תיקונו, מעוררים ולו חשד קל שבקלים לחוסר תום לבו של המציע או מקימים חשש לפגיעה, ולו למראית עין, בהגינות השלטון; והשנייה, אם תיקון הפגם יקנה למציע יתרון כלשהו על פני מתחריו, שלא היה בידיו לולא נפל מלכתחילה הפגם בהצעה (בעניין זה ראו גם ע' זקל, מכרזים כרך ראשון, (תשס"ד), 566). רק מקום בו התשובה על אחת משאלות אלה היא בחיוב, לא יותר למציע לתקן את הצעתו, ואולם בכל מקרה אחר אין, להשקפתי, פסול בהתרת התיקון. אוסיף, כי להשקפתי דברים אלה, בבסיסם, אינם סותרים את הקו המנחה עליו מושתת פסק-דינה של חברתי, השופטת ד' ביניש, בעע"מ 10785/02 י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל ואח' (פ"ד נח(1) 897), ובא לידי ביטוי במובאה שצירפה חברתי לחוות-דעתה כאמור לעיל (ע' 909-910 לפסק-הדין בעניין י.ת.ב.).

מקובלת עלי עמדתה של חברתי, אשר מצאה ביטויה גם בפסיקת בית-משפט זה בבג"ץ 173/82 מבני פלס בע"מ נ' עיריית נהריה ואח' (פ"ד לו(2) 472, 475), ולפיה אין להסתפק בבחינת תום לבו של המציע, מחשש שמדובר בעניין קשה להוכחה הפותח פתח לשימוש לרעה בהוראות הדין. אלא שראשית, חזקה על הגורמים המוסמכים, וכוונתי היא בעיקר לבתי-המשפט, כי ידעו להתמודד עם תופעות של חוסר נקיון כפיים והעדר תום לב, ולהבדילן מפגמים בהצעות שנפלו שלא בכוונת זדון. שנית, וזה העיקר, כפי שצינתי לעיל לא תום הלב לבדו ייבחן, אלא גם שאלת החריגה מעקרון השוויון בין המציעים במכרז, ועל פי השניים יחד יפול דבר.

נתתי דעתי לטענה הנשמעת לא-אחת ולפיה לדיני המכרזים, באופן מובהק ביחס לענפי משפט אחרים, מאפיינים ייחודיים המחייבים נקיטתה של גישה דווקנית ונוקשה א-פריורי. לא אוכל לקבל גישה זו, בפרט לנוכח התפישה שאינה חדשה עמנו, כי סוגיות משפטיות נבחנות על-פי מהותן ואל מול התכלית שבבסיס הדינים המסדירים אותן. כשלעצמי, איני רואה מה עיגון יש לה לגישה דווקנית ומצמצמת בתכליתם של דיני המכרזים. לא השתכנעתי, כי נקיטתה של שיטה הבוחנת מהותית ולגופו כל פגם שנפל בהצעה שהוגשה במכרז, תפתח פתח לשימוש לרעה בהליכי המכרז עד כדי חשש – בבחינת "מדרון חלקלק" – מאובדן מוחלט של היכולת להבטיח את תקינותם של הליכים אלה.

במקרה שבפנינו הוכח, ראשית, כי להגשתה בידי המשיבות של ערבות קצרה מהנדרש לא נלוותה כוונה לקנות יתרון והדבר נעשה מבלי משים. וכאן המקום להדגיש, כי אף שעל פי דרישת המכרז היה על המשיבות לצרף ערבות בנקאית שתוקפה מיום 29.4.04, הן צרפו ערבות שתחילתה ביום 20.4.04, היינו, 9 ימים לפני המועד הנדרש. סבורני, כי אין כמו נתון זה כדי ללמד על כך שלמחדלן של המשיבות לא קדמה מחשבה נסתרת, ומכאן דעתי שלא ניתן לטעון כי המשיבות ניגשו למכרז שלא בתום לב, או כי מתן הרשות לתיקון הערבות הקים חשש לחוסר ניקיון כפיים מצד הרשות.

שנית, הפגם בערבות התגלה עוד בטרם נבחרה ההצעה הזוכה, ובעת שהתגלה הייתה הערבות בת-תוקף וניתן היה לחלטה לו ביקשו המשיבות למשוך את הצעתן. זאת ועוד, תחת הערבות הפגומה העמידו המשיבות ערבות חדשה כנדרש, על כל המשתמע מכך הן מבחינת עלותה של הערבות למשיבות והן מבחינת הצבעתה על איתנותן הכלכלית ועל גמירות דעתן להשתתף במכרז (ראו [ע"מ 1966/02 המועצה](#)

המקומית מג'אר נ' אבראהים ואח', פ"ד נז(3) 505, 511). לכך יש להוסיף את העובדה, כי בשל היותו של המכרז דו-שלבי לא נודעה לסוגיית הערבות השפעה על השתתפותם במכרז של מציעים פוטנציאליים. בנסיבות אלה, לא ראיתי מה יתרון צמח למשיבות על פני מתחריהן בקיומו של פגם בערבות שהעמידו ובברירה שניתנה בידן לתקנה.

אין איפוא יסוד לחשש כי מתן היתר לתיקון הערבות חתר תחת ניהולו התקין של המכרז שנערך. ומן העבר השני, שיקולי יעילות תומכים במתן היתר זה, שיש בו כדי לאפשר למדינה להתקשר עם גורם אשר, על פי שיפוטה, הציע את ההצעה הטובה ביותר, ולמנוע את הצורך בקיומו של מכרז חוזר שעלותו גבוהה במיוחד.

על יסוד כל האמור לעיל, אני סבור כי יש לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט י' עדיאל.
ניתן היום, י"ח בטבת תשס"ה (30.12.2004).

ד' ביניש 54678313-10064/04

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט