



**בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כב' השופט דוד מינץ**

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

בענין: מגנזי תשתיות בע"מ
ע"י ב"כ יעקב שרעבי



- נ ג ד -

1. ערים חברה לפתוח עירוני בע"מ
- ע"י עוה"ד אשר אקסלרד ויעל זלינגר
2. עינב - החץ (1965) בע"מ
- ע"י אסף הדסי
3. אולניק חברה להובלה עבודות עפר
- וכבישים בע"מ
4. חופרי ר. אבו קוש בע"מ
5. ד.ד. עשור תשתיות בע"מ
6. אוליצקי עבודות עפר ופיתוח בע"מ
7. מצליח זאבי תשתיות ופיתוח בע"מ
8. פיקה תשתית - עבודות פיתוח בע"מ

המשיבות

1

פסק דין

2

3

4 עתירה במסגרתה נתבקש להורות על זכייתה של העותרת וביטול זכייתה של משיבה 2 במכרז
5 "חוזה מס' 1503/2012 בנושא עבודות עפר, טיפול ומחזור בפסולת ופינוי פסולת בדימונה
6 המזרחית (898)" (להלן: "המכרז") אשר פרסמה המשיבה 1 (להלן: "המשיבה"). כמו כן נתבקש
7 ליתן צו ביניים שימנע מהמשיבה להתקשר עם משיבה 2 או למסור עבודות לידיה עד להכרעה
8 בעתירה.

9

10

הרקע לעתירה

11

1. המשיבה היא חברה ממשלתית העוסקת בתחום עבודות הפיתוח. העותרת והמשיבה 2

12

הינן חברות פרטיות העוסקת בתחום עבודות עפר, פיתוח תשתיות ועבודות סביבתיות. כיום



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

1 27.09.12 פרסמה המשיבה את המכרז שהוערך באומדן מוקדם בסך של 54,698,500 נ"ח ועניינו
2 הכשרת שטח בשכונה המזרחית בדימונה אשר שימש אתר פסולת פעיל מתחילת שנות השבעים.
3 למכרז הוגשו שמונה הצעות וביניהן הצעת העותרת והצעת משיבה 2 אשר הועברו לבדיקת וועדת
4 המשנה לוועדת המכרזים עובר לדיון בוועדת המכרזים של המשיבה (להלן: "הוועדה"). שלוש מן
5 ההצעות נפסלו כבר בשלב הראשוני בשל אי עמידה בתנאי הסף ולגבי משיבה 2 נדרשה בדיקה
6 של כשרות הערבות מחברת ביטוח שהגישה כערבות מכרז וכן בחינת מעמדה של ההצעה שהייתה
7 נמוכה משמעותית מהאומדן של המשיבה. במסגרת הבדיקות שנערכו להצעתה של משיבה 2
8 התקבלו חוות דעת משפטיות בסוגיות שהיו על הפרק. כמו כן, ביום 22.11.12 נערך למשיבה 2
9 שימוע שמטרתו לברר את החשש שמא הצעתה הנמוכה תביא לחוסר יכולת לבצע כראוי את
10 העבודה הנדרשת על פי המכרז, ולבסוף הוצגו בפני הוועדה חוות דעת מקצועיות שעניינן יכולתה
11 של משיבה 2 לבצע את העבודות כראוי חרף המחיר הנמוך שהוצע. לאחר שנשקלו כלל
12 הממצאים, ביום 28.11.12 הכריזה וועדת המכרזים על משיבה 2 כזוכה במכרז.

13

14

טענות העותרת

15 2. לטענת העותרת, בהצעתה של משיבה 2 נפלו שני ליקויים מהותיים. האחד הגשת ערבות
16 מכרז שאינה ערבות בנקאית ולפיכך אינה עונה על תנאי המכרז, והשני הצעת מחיר הנמוך באופן
17 בלתי סביר מהאומדן. לטענתה, היה על הוועדה לפסול את הצעת משיבה 2 לאור הכלל הידוע
18 לפיו יש להקפיד הקפדה יתרה בסוגיית ערבויות מכרזים. כך, גם בלשון סעיף 5 לכתב ההזמנה
19 להצעת הצעות למכרז נדרשה במפורש הגשת ערבות בנקאית על פי נוסחו של נספח 2. בנספח 2
20 לתנאי המכרז נדרש לציין בכתב הערבות את פרטי הבנק הערב. כמו כן, סעיף 6 לתנאי המכרז
21 קבע כי הצעה שלא תצורף אליה ערבות בנקאית כאמור בסעיף 5 תפסל. חרף האמור, משיבה 2
22 הגישה ערבות של "כלל חברה לביטוח בע"מ" ולא ערבות בנקאית, דבר המהווה פגם חמור
23 בערבות ומחייב את פסילת הצעתה. פגם זה גם לא נעלם מעיני וועדת המכרזים, שכן היא פנתה
24 לקבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי מטעמה ובחוות דעתו הוא ציין כי ניתן לקבל את ערבותה
25 של משיבה 2 תוך סטייה מההלכה הפסוקה. היועץ המשפטי נימק סטייה זו בתמורות העסקיות
26 שהתחוללו מאז התקבלה ההלכה הפסוקה לפיה יש לפסול ערבות של חברת ביטוח וכן לאור
27 הוראות החשב הכללי, התכ"מ- ספר המינהל המשקי, הוראת שעה 2003/26 (מיום 10.07.03)
28 והוראת שעה 2005/17 (מיום 22.03.05) (להלן: "הוראות החשב") המתירות הגשת ערבות
29 שהונפקה על ידי חברת ביטוח. ברם, לטענת העותרת אין לקבל את נימוקי היועץ המשפטי.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 12-12-13628

- 1 ראשית, הלכה פסוקה של בית המשפט העליון תקפה כל עוד לא שונתה ואף אם תלפו שנים רבות.
2 מכל מקום במקרה זה, אין האמור בהלכה שאין מורים כמותה. נהפוך הוא, מדובר בהלכה השבה
3 ונזכרת בפסיקה גם כיום. שנית, לטענת העותרת הוראות החשב הכללי אינן יכולות לשבש את
4 הוראות דיני המכרזים כפי שהתפתחו במשך השנים. ממילא הוראות החשב באו רק להתיר קבלת
5 ערבות של חברת ביטוח אך אין בהן כדי לגבור על הוראות דיני המכרזים וההלכה הפסוקה ואין
6 בכוחן להכשיר ערבות של חברת ביטוח כאשר מסמכי המכרז עצמם קבעו מפורשות כי יש להגיש
7 ערבות בנקאית. כך לטענתה גם נקבע בתקנה 42א(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993
8 (להלן: "התקנות") כי על חברה ממשלתית כדוגמת המשיבה אך לפעול "בשים לב להוראות
9 החשב", היינו הוראות אלה אינן מחייבות. לפיכך, משעה שבחרה לקבוע במסמכי המכרז באופן
10 ברור כי ניתן להמציא ערבות בנקאית בלבד, אין בהוראות החשב בכדי לשנות מכך. הוראות
11 החשב המבחינות בין שני סוגי הערבויות גם שוללות אפשרות פרשנית לפיה המונח "ערבות
12 בנקאית" כולל גם ערבות של גוף פיננסי שאינו בנק, לרבות חברת ביטוח.
13
- 14 3. עוד נטען כי מלבד הפגיעה בלשון המכרז, קבלת ערבות של חברת ביטוח פוגעת בעיקרון
15 השוויון. להבדיל מקבלת ערבות של חברת ביטוח, קבלת ערבות בנקאית מוגבלת במסגרת
16 ערביות ונתמכת בבטוחות. מתמודד במכרז אשר מיצה את המסגרת שניתנה לו בבנק, לא יוכל
17 לקבל ערבות ולגשת למכרז. בנסיבות אלו, משיבה 2 קנתה לה יתרון על כל מתמודד פוטנציאלי
18 אחר או מתמודד בפועל. בנוסף, דרישת ערבות בנקאית במכרז באה להבטיח את חוסנו הכלכלי
19 של המציע ואילו פניה לקבלת ערבות מחברת ביטוח, שלה שיקולים שונים מאלו של הבנק במתן
20 ערבות, מעמידה בספק את חוסנו הכלכלי של המציע. גם אי עמידה של מציע בתנאי המכרז ואי
21 הקפדה על הדרישות שבו, מעלה חשש לחוסר רצינות וחוסר יכולת לבצע את מלאכתו נאמנה.
22 לטענת העותרת שיקולים של מדיניות משפטית מחייבים עמידה דוקנית על תנאי הערבות ואין
23 לפתוח פתח לפרשנויות. לפי גישה זו, העובדה שהוועדה נזקקה לייעוץ משפטי לבחינת כשרות
24 הערבות, עומדת בעוכרי החלטתה לקבל את הצעת משיבה 2.
25
- 26 4. לטענת העותרת, הפגם השני שנפל בהצעת משיבה 2 היה כאמור בהיותה נמוכה באופן
27 קיצוני, הן בהשוואה לאומדן והן בהשוואה להצעתה של העותרת אשר הייתה ההצעה הנמוכה
28 ביותר לאחריה. הגורמים המקצועיים בוועדה גם נתנו דעתם על נתון זה ובחוות דעתו התייחס
29 היועץ המשפטי לחשש שמא משיבה 2 לא תוכל לבצע את מלאכתה בשל נתון זה. יתרה מזאת,



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

1 בחוות הדעת שהוגשה לוועדה מטעם המומחה מר אורי טל אשר שימש כמרכז הטיפול בפסולת
2 בניין במשרד להגנת הסביבה, אף צוין כי הנתונים שהציגה משיבה 2 בהצעתה מטעים וכי הצעתה
3 לא סבירה ולכן הומלץ לפסול אותה. אף על פי כן, לטענת העותרת הוועדה עשתה כל שביכולתה
4 בכדי להכשיר את הצעת משיבה 2 מטעמים כלכליים בלבד ובניגוד לעמדתו של הגורם המקצועי,
5 מר טל. העותרת הוסיפה כי נקבע בפסיקה שהצעה גירעונית תתקבל רק כאשר פג החשש מפני אי
6 עמידת המציע במלאכה המוטלת עליו ובמקרה זה, לא זו בלבד שחשש זה לא פג, אלא שוועדת
7 המכרזים גם הקימה מנגנון פיקוח על עבודתה של משיבה 2 בכדי למנוע את התממשותו. בכך
8 שיבשה הוועדה את וודאות שווי ההצעה של משיבה 2, מנעה את היתרון הכלכלי שהיה טמון בה
9 ואף הוסיפה תנאים חדשים למכרז ולמעשה יצרה מכרז חדש עם משיבה 2 תוך פגיעה בעקרונות
10 השוויון.

11

12 5. עוד טענה העותרת כי משיבה 2 כלל לא עמדה בתנאי הסף במכרז לפיו נדרש ניסיון קודם
13 והיא הגישה תצהירים מטעים להוכחת ניסיונה שדי בהם כדי להביא לפסילת הצעתה. לטענתה
14 "ידוע ומוכר" שפרויקט אחר בו השתתפה משיבה 2 אינו יכול לעמוד בדרישות שהוצבו במכרז
15 לגבי ניסיון וכי כתבי ההמלצה והתצהירים שצירפה חסרים ואינם יכולים להעיד על עמידה
16 בדרישות. בנוסף על כך נטען כי משיבה 2 התקשרה עם קבלן המשנה חברת "ירוק מ.ל.ה" אשר
17 כלל לא החזיק ברישיון עסק תקף, וזאת בניגוד לדרישות הסף על פי חוק. גם חוות דעתו של
18 המומחה, מר טל הצביעה על כך שמשיבה 2 "אינה עומדת בתנאי הסף לעניין הניסיון הנדרש
19 לייצור תומר ממוחזר בשלושה פרויקטים בהתאם לתקן בפרויקטים מוכרים על ידי המשרד" וכי
20 "יש לבדוק את ניסיונה באשר לטיפול בשתי פרויקטים של אשפה ביתית". לטענתה גם, אף
21 שבפרוטוקול הוועדה מיום 28.11.12 מר טל חזר בו מקביעה זו בעקבות "הערות היועץ
22 המשפטי", חזרתו מעמדתו בעניין זה נותרה סתומה, ולא ניתן בפרוטוקול כל הסבר באשר לאותן
23 הערות של היועץ המשפטי שהביאוהו לעשות כן. משכך, הניחה העותרת כי הופעל על מר טל
24 לחץ לשנות את עמדתו על מנת שתתקבל הצעת משיבה 2 מטעמים כלכליים.

25

26 6. מכלל האמור, עולה לטענת העותרת כי יש לקבל את העתירה וכי הבקשה עונה על כל
27 הדרישות למתן צו מניעה זמני. לטענתה היא הצביעה על קיומה של זכות העומדת לה בשל פגמים
28 חמורים שנפלו בהליך המכרז. כמו כן הצו נדרש לצורך שמירה על המצב הקיים ונוכח החשש כי
29 המשיבות פועלות לייצר עובדות בשטח מתוך כוונה לסכל את ההתדיינות המשפטית. כך, מאזן



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

1 הנוחות נוטה לטובת מתן הצו בהיעדר דחיפות לביצוע העבודות נשוא המכרז ובשל העובדה שאי
2 מתן הצו יסתום את הגולל על העתירה, יכריע בשאלת זכויותיה של העותרת ויביא לזכייתה של
3 משיבה 2 במכרז באופן לא חוקי.

4

5

טענות המשיבה

6 7. לעמדת המשיבה לא היה מקום לפסול את ערבות משיבה 2 נוכח התמורות הכלכליות
7 והמשפטיות שחלו לאורך השנים לרבות הרחבת השימוש בערבויות מטעם חברות ביטוח, והסדרת
8 מעמדם בהוראות החשב. לטענתה קיימת פסיקת בית המשפט לפיה בהתאם להוראות החשב
9 הכללי, צירוף ערבות חברת ביטוח תחת ערבות בנקאית הוא תקין ואין לפסול בגינו את ההצעה גם
10 אם הדבר לא צוין במפורש במסמכי המכרז ונדרש בהם דווקא צירוף ערבות בנקאית. גם סעיף
11 42א(א) לתקנות מורה כי גוף ציבורי שאינו משרד נדרש לפעול בהתאם להוראות החשב שנקבעו
12 בעניין זה. לפיכך אין רגליים לטענת העותרת כי אין תחולה להוראת החשב בדבר כשרותה של
13 ערבות חברת ביטוח, שכן מהי פעולה "בשים לב להוראות החשב" אם לא יישומן. כך גם בהיות
14 המשיבה זרוע ביצועית של משרד השיכון, תלות עליה הנחיות משרד השיכון ובכללן הוראת
15 החשב הנזכרת. יתרה מזאת, לטענת המשיבה הגישה המשפטית השלטת היא זו המקלה בפרשנות
16 תנאי המכרז ומעדיפה את הפרשנות הנוחה למציע ומקיימת את הצעתו. לאור זאת, בחירה
17 בפרשנות שהביאה להכשרת הערבות הייתה סבירה וניתן אף לומר כי פסילת הערבות במצב בו
18 קיימת אפשרות פרשנית סבירה אחרת הייתה מקימה עילה להתערבות שיפוטית.

19

20 8. באשר לטענת העותרת בדבר פגיעה בשוויון נטען כי גם חברת ביטוח אינה מנפיקה ערבות
21 חנים וגם לצורך קבלת ערבות זו נדרש המבקש לקבלה, להעמיד סכום כסף נכבד ביחס ישיר
22 לגובהה. ערבות חברת ביטוח גם מגשימה את כל התכליות העומדות בבסיסה של הדרישה
23 לערבות מכרז.

24

25 9. המשיבה הוסיפה כי הצעת משיבה 2 אכן הייתה הצעה נמוכה באופן חריג ולאור
26 החששות העולים מהצעה כזו, היא פעלה על פי חובתה וקיימה למשיבה 2 שימוע. במהלך
27 השימוע שוכנעה הוועדה כי אין בהצעה הפסד, סיכון כלכלי או חשש כי העבודה לא תתבצע וכי
28 יש בה תועלת אחרת מבחינתה של משיבה 2. בנסיבות אלה יכלה הוועדה להכשיר את ההצעה אף
29 שהייתה נמוכה באופן יוצא דופן. למען הזהירות נדרשה בעניין זה תווית דעתם של יועצי ההנדסה



**בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כב' השופט דוד מינץ**

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

- 1 של המשיבה כאשר שלושה מהם סברו כי יש לקבל את ההצעה ורק אחד מהם, מר טל התנגד
2 לקבלתה. לטענת המשיבה דווקא חוות דעתו של מר טל הייתה רצופה אי דיוקים והוא נעדר
3 הכישורים הדרושים לצורך עריכת חוות דעת כפי שנכתבה על ידו ובמצב שכזה הייתה הוועדה
4 רשאית לסטות מחוות דעתו ולהפעיל את שיקול הדעת המסור לה. בנוסף צוין כי המשיבה
5 מפעילה אמצעי בקרה קפדניים בכל הפרויקטים מטעמה וקביעת מנגנון הפיקוח על פעולותיה של
6 משיבה 2 אינה קשורה בהיות ההצעה נמוכה במיוחד.
7
8 10. בעניין אי עמידתה של משיבה 2 בתנאי הסף הדורש ניסיון מוכח נטען כי יש להעדיף
9 פרשנות המקיימת את הצעות המשתתפים במכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן ויש להיזהר
10 מהרחבת תוכנו של תנאי מהותי באופן שיחייב את פסילת ההצעה כל עוד שקיימת פרשנות סבירה
11 שתביא לקיומה של ההצעה. לפיכך, המשיבה הסתפקה בהמלצות ותצהירים שהגישה משיבה 2
12 להוכחת ניסיונה כנדרש על פי תנאי המכרז, ושלגביהם לא הועלו כל הסתייגויות מצד גורם כל
13 שהוא. וועדת המכרזים לא מחויבת לערוך חקירה ודרישה כדי לבדוק את אמיתות האישורים
14 וההמלצות רק בשל השערות וטענות חסרות בסיס שהעלתה העותרת. כמו כן, מר טל חזר בו
15 מקביעותיו בחוות דעתו כי יש לפסול את הצעת משיבה 2 משהובהר לו כי החקירה שביצע לאחר
16 שנקבע שהצעת משיבה 2 עומדת בתנאי הסף, חרגה ממטרת הבדיקה ונסמכה על שיחה טלפונית
17 עם מאן דהוא, תוך מתן אמון מלא בדיווחיו ללא תימוכין. לפיכך חוות דעתו ניתנה בחוסר סמכות
18 ותוך הפרת עיקרון השוויון. המשיבה גם הבהירה כי חרף טענת העותרת, קבלן המשנה "ירוק
19 מ.ל.ה" הינו קבלן משני בלבד בעוד הקבלן העיקרי נמצא כשר לכל הדעות. לדברי המשיבה,
20 למעשה היו קשיים אף בעמידתה של העותרת בתנאי הסף וכשם שהיא לא דקדקה עימה, כך גם לא
21 דקדקה עם משיבה 2 תוך מתן פרשנות מרחיבה במטרה לקיים את ההצעות.
22
23 11. עוד הודגש כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של וועדת המכרזים בשיקול
24 דעתו שלו ועליו לבחון אך אם החלטת הוועדה מצויה במתחם הסבירות, זאת גם אם נפל פגם
25 מהותי בהצעה. במקרה זה החלטת הוועדה מצויה במתחם הסבירות לאחר שכלל המידע היה
26 פרוש בפניה ועם זאת היא השתכנעה כי ההחלטה אינה פוגעת בעיקרון השוויון וביתר עקרונות
27 דיני המכרזים.
28



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

12. לאור המפורט טענה המשיבה כי העותרת לא עמדה בתנאים הדרושים לקבלת סעד זמני. היא לא הניחה תשתית מספקת להוכחה כי קיימת לה זכות כלשהי, לא הוכיחה כי ייגרם לה נזק בלתי הפיך באם לא יינתן הצו המבוקש, וודאי לא נזק שלא ניתן לכימות כספי, וכן מאזן הנוחות נוטה לטובת המשיבה בהינתן צורך דחוף לבצע עבודות פינוי פסולת מאתר העבודה ונזק כלכלי משמעותי שייגרם מהעיכוב. בכלל השיקולים יש להתחשב גם בניקיון כפייה של המשיבה, תום ליבה והתנהלותה בשקיפות מלאה לאורך כל שלבי ההליך תוך קיום דיון אמיתי וכנה בהצעות שהונחו לפנייה.

8

9

טענות משיבה 2

13. משיבה 2 הצטרפה לטענותיה של המשיבה בעניין כשרותה של הערבות. היא חידדה כי הפסיקה לפיה אין לקבל ערבות חברת ביטוח כערבות מכרז התייחסה למכרז של רשות מקומית עליה חלים דינים שונים מאלו החלים על המשיבה בהיותה גוף ממשלתי. היא הוסיפה כי פרשנות לפיה ניתן לקבל ערבות של חברת ביטוח רק אם לא נקבע בתנאי המכרז כי יש להגיש דווקא ערבות בנקאית, היא פרשנות בלתי סבירה המעקרת את הוראות החשב. לטענתה הגישה הרווחת בעולם המסחרי והמשפטי היא כי אין הבדל בין ערבות בנקאית וערבות חברת ביטוח. כמו כן, תחולת הוראות החשב על גופים כגון המשיבה כבר הוכרה בפסיקה ונקבע כי מעמדן של הוראות החשב הוא כהנחיות מנהליות המהוות חלק משיקול הדעת המינהלי והסטייה מהן מוגבלת. בנוסף, אין ממש בטענות העותרת לפגיעה בשוויון, שכן גם לצורך קבלת ערבות מחברת ביטוח נדרשות הוצאות והמצאת בטחונות. ממילא העלות והביטחונות הנדרשות לצורך קבלת ערבות הן מחברת ביטוח והן מבנק, נבחנת ביחס לחוסנו הכלכלי של מבקש הערבות הספציפי, המוניטין שצבר ויחסיו עם הגוף הפיננסי.

21

14. משיבה 2 חזרה על טיעוניה של המשיבה גם ביחס לסוגיית מחיר ההצעה ולפיהם אין לפסול הצעה במכרז רק מעצם היותה נמוכה משמעותית מהאומדן. כל עוד שהוועדה השתכנעה כי משיבה 2 תבצע את העבודה כראוי חרף המחיר שהוצע, אין פגם בקבלת ההצעה. נהפוך הוא, החיסכון למדינה ולקופת הציבור הוא שיקול משמעותי המטה את הכף לטובת הכשרת ההצעה. משיבה 2 גם הדגישה כי היא חברה וותיקה בעלת ניסיון רב בביצוע עבודות תשתית בהיקפים ניכרים ובעלת חוסן כלכלי בלתי מעורער וכך גם קבלני המשנה אותם שכרה לצורך המכרז. לטענתה היא הייתה מודעת למחיר שהציעה ולמשמעויות העולות ממנו ולדבריה מדובר בהצעה

29



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

- 1 סבירה אשר אף מותרת לה רווח מסוים. המניע העיקרי להגשת ההצעה במחיר נמוך היה ביתרון
2 האסטרטגי אשר יסייע לחדירתה לתחום הפסולת.
3
- 4 15. לבסוף טענה משיבה 2 כי אין בסיס לטענות העותרת בעניין אי עמידה בתנאי הסף הדורש
5 ניסיון. לדבריה, חברת "חופרי המרכז בע"מ", חברת "ירוק מ.ל.ה" והקבלן ניסן סעידיאן, קבלני
6 המשנה שצירפה משיבה 2 להצעתה המציאו את כל האישורים, ההמלצות והתצהירים המעידים
7 על השתתפותם בפרויקטים העונים על הנדרש בתנאי המכרז. גם רישיון העסק של חברת "ירוק
8 מ.ל.ה" היה בתוקפו עד לחודש אוקטובר 2012 וחידושו התעכב אך בשל אילוצים בירוקרטיים
9 הקשורים במצב הביטחוני ששרר באשקלון. מעבר לאמור, לטענת משיבה 2 קיים ספק של ממש
10 אם העותרת עצמה עמדה בתנאי המכרז, שכן קבלן המשנה מטעמה לא הצביע על ניסיון קודם
11 כנדרש בתנאי המכרז.
12
- 13 16. בשולי הדברים נטען כי חוות דעתו של מר טל וחקירתו המעמיקה בענייניה של משיבה 2
14 מעוררת אי נוחות לאור הקשרים שבין השניים, בין היתר בהיות מר טל ממליץ של הצעת העותרת
15 במכרז. כך, חקירה שערכה העותרת לאחר שהפסידה במכרז, בנוגע לפרויקטים בהם השתתפה
16 משיבה 2 מהווה חוסר תום לב המצדיק את דחיית העתירה.
17
- 18 17. באשר לשיקולים למתן צו מניעה נטען כי קיימת דחיפות להתחיל בעבודות בפרויקט
19 המיועד לרווחת הציבור בעוד שמנגד סיכויי העתירה להתקבל קלושים. בנוסף, הנזק לו טענה
20 העותרת לא פורט או הוסבר ואף אם ייגרם לה נזק ניתן יהיה לתקנו בפיצוי כספי. לעומת זאת,
21 הנזק שעשוי להיגרם בדחיית ביצוע העבודה הוא כבד וחלקו גם לא ניתן לכימות כספי. לטענת
22 משיבה 2 היא כבר נערכה באתר לתחילת העבודות, קיבלה את הסכמת תושבי האזור הבדווים
23 למעבר בדרך הגישה למגוריהם והשיגה הסדר עם מטמנות פסולת במחיר אטרקטיבי, ואילו מתן
24 צו מניעה עלול להביא לביטול ההישגים הללו.
25
- 26 **דיון והכרעה**
- 27 המחלוקת בעתירה זו נוגעת לשלוש שאלות עיקריות. האחת, האם ניתן להכשיר ערכות המוצאת
28 על ידי חברת ביטוח והניתנת תחת ערכות בנקאית במכרז. השנייה, מה דינה של הצעה הנמוכה



**בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כב' השופט דוד מינץ**

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

1 משמעותית מהאומדן. והשלישית, האם עמדה משיבה 2 בתנאי הסף הדורש ניסיון קודם. אדון
2 בשאלות אחת לאחת.

3

4

ערבות מחברת ביטוח

5 18. הפסיקה הרחיבה בחשיבותה של הערבות הבנקאית ובצורך לדקדק בענייני ערבות
6 במכרזים. ככלל נקבע כי פגם בערבות המכרז עשוי לפגוע בעיקרון השוויון בין מתחרים ולפיכך
7 הוא פגם מהותי הפוגע בעיקרון היסוד של דיני המכרזים ודינו לפסול את ההצעה (עע"ם
8 10064/04 מרגלית ש.א רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, 30.12.2004; בג"ץ 173/82 מבני פלס חברה
9 הנדסית לבניין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 472; עע"ם 8409/09 חופרי השרון נ'
10 א.י.ל. סלע (1991), 24.5.2010). עיקרון השוויון גם עומד בבסיסה של פסיקה ענפה הקובעת כי
11 ערבות מרעה שיש בה פגמים כגון בנוגע לתקופת הערבות, אופן הישוב הערבות ומועד פירעון
12 הערבות, פוסלים את ההצעה וכך אף לגבי ערבות מיטיבה (ראו בר"ם 6734/05 יעקב נ' החברה
13 הלאומית לדרכים בישראל, 20.7.2005; וגם עע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה נ' מדינת
14 ישראל- הרשות הממשלתית למים וביוב, 01.01.12).

15

16 19. כאמור, הפגם הנטען בהצעת משיבה 2 הוא בצירוף ערבות של חברת ביטוח תחת ערבות
17 בנקאית אשר נדרשה בתנאי המכרז. זאת, באין מחלוקת כי בתנאי המכרז נדרשה ערבות בנקאית
18 וכי המשיבה לא קבעה אפשרות להגשת ערבות של חברת ביטוח כערבות המכרז. בעניין זה אכן
19 נקבע בעבר כי כל עוד שתנאי המכרז קבעו כי יש להגיש ערבות בנקאית, אין לקבל ערבות של
20 חברת ביטוח שאינה נכנסת בגדרה של הגדרה זו. נקבע כי משלא נתקיים אחד התנאים הקבועים
21 במכרז, פסילתה של ערבות מחברת ביטוח מתחייבת אף אם הרשות נהגה בעבר לקבל ערבויות
22 מסוג זה כערבות מכרז (בג"ץ 235/71 רמדו נ' ראש המועצה וחברי מועצת עיריית תל-אביב-יפו,
23 כו(1) 150). העותרת טענה כי כל עוד שהלכה זו לא נהפכה, יש לנהוג על פיה הגם שמדובר
24 בהלכה וותיקה. ברם, אף שהצדדים תמימי דעים שלא נתקבלה הלכה אחרת בבית המשפט
25 העליון, בית המשפט לעניינים מנהליים כבר הורה כי אין לפסול ערבות של חברת ביטוח שניתנה
26 במקום ערבות בנקאית, גם במכרז שבו לא נקבע מפורשות כי ניתן להמציא ערבות מטעם חברת
27 ביטוח (עת"מ (ת"א) 1351/06 ש.א.ב חברה להשקעות ופיתוח נ' מדינת ישראל, שירות בתי
28 הסוהר, 04.06.06) (להלן: "פרשת ש.א.ב").

29





בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

20. תוצאה זו גם עולה בקנה אחד עם הוראות החשב המורות בסעיף 4.4.2 כי: "ערבות מחברת ביטוח היא ערבות לכל דבר ועניין, ולפיכך יקבלה המשרד גם אם הדבר לא צוין במפורש במסמכי במכרז". ואכן, ככלל, התוקף הנורמטיבי של הוראות החשב הוא כשל הנחיות פנימיות ומשמעות הדבר היא שניתן לסטות מהן אם קיימת לכך הצדקה סבירה (עומר דקל, **מכרזים** תשס"ו-2006, כרך ראשון עמ' 47). ברם, במקרה זה לא נראה על פניו כי קיימת הצדקה מעין זו. אדרבה, הוראות החשב מקבלות משנה תוקף לאור סעיף 42א(א) לתקנות המפנה להוראות החשב ומנחה כי: "גוף ציבורי שאינו משרד יפעל בשים לב להוראות תקנון כספים ומשק שנקבעו לעניין תקנות אלה או על פי נוהל פנימי כתוב שקבע הגוף הציבורי". מכאן, שהוראות החשב חלות על המשיבה מכוח התקנות. יש גם רגליים לסברה שהן חלות אף מתוקף היותה כפופה למשרד השיכון שהינו "משרד" כאמור בהוראות. **בפרשת ש.א.ב** גם צוין כי העובדה שהוראות אלה הינן גלויות לציבור הרחב, לרבות למציעים במכרז, שכן הן מפורסמות בפומבי, מאיינת את הפגיעה בשוויון לה טענה העותרת. לפיכך, גם אם יש ממש בטענה כי התנאים הנדרשים לקבלת ערבות מחברת ביטוח שונים ומקילים לעומת אלו הנדרשים לצורך קבלת ערבות בנקאית – דבר שלא הוכח כלל - אין בה כדי להואיל. אדרבה, במקרה זה השוויון לא נפגע, שכן כל מציע במכרז, רשאי היה לפנות לחברת ביטוח ולהמציא ערבות בנקאית ואם לא נתן דעתו להוראות החשב המתירות לו לעשות כן, הוא אינו יכול להלין על חברו שכן נהג על פיהן.
21. עוד יצוין כי חברות הביטוח הינן מוסדות פיננסיים יציבים ואמינים ולפיכך אין עוד חשש כי מציע יזכה בערבות מבלי שהוכיח איתנות כלכלית או כי עורך המכרז לא יוכל להיפרע מערבות זו. גם העובדה שכרבים מהמכרזים נהוג לקבוע את ערבות המכרז ככזו הסובלת ערבות מחברת ביטוח ובהתחשב בכך שהוראות החשב קבעו זהות בין שני סוגי הערבויות, ניתן ללמוד כי אין הבדל מהותי מבחינת עורך המכרז בין שני סוגי הערבויות וכי שתיהן מקיימות את תכליות ערבות המכרז באופן דומה.
22. יוצא אפוא, כי הוראת החשב חלה על המשיבה, היא מציינת במפורש כי יש לקבל ערבות מחברת ביטוח גם אם הדבר לא הוזכר בתנאי המכרז, היא מיישמת את הוראות דיני המכרזים - חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, והתקנות - ואינה פוגעת בשוויון בין המציעים. לאור האמור, אין לראות בערבות חברת הביטוח שניתנה על ידי משיבה 2 כערבות פגומה הפוסלת את ההצעה,



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

1 כל עוד שלא נפל בה פגם אחר. זאת, אף שמן הראוי היה שבמסמכי המכרז תהייה הפניה מפורשת
2 להוראות החשב.

3

4

הצעה נמוכה מהאומדן

5 23. הלכה מושרשת היא כי הצעה שהיא נמוכה באופן משמעותי מהאומדן עשויה להעלות
6 חששות באשר ליכולת המציע לבצע את המוטל עליו, אולם אין בהצעה נמוכה כשלעצמה כדי
7 להביא לפסילתה. נכונות של משתתף במכרז להציע מחיר זול, באופן בו הרווח שיהיה לו מביצוע
8 עבודה יהיה נמוך, עשוי לנבוע משיקולים ארוכי טווח כגון חדירה לשוק, ביסוס מעמדו, צבירת
9 מוניטין ורצון להרחיב תחומי עיסוק, וזאת תוך ספיגת הפסד לטווח קצר. מכאן גם שהצעה
10 שמציע משתתף במכרז במחיר נמוך מהאומדן, אינה בהכרח הצעה בלתי סבירה. השאלה שיש
11 לבחון היא, האם המציע מסוגל לעמוד בהצעתו המוזלת ולבצע את העבודה (עע"מ 2690/06
12 מ.ת.א.ר. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ. עיריית אשדוד; בג"ץ 117/63 זלוף נ' ראש העיר כפר סבא
13 פ"ד יז (2) 12, 73).

14

15 24. במקרה זה העותרת אינה חולקת על כך שוועדת המכרזים רשאית להכשיר הצעה גירעונית
16 אם היא השתכנעה כי המציע יוכל לעמוד בהתחייבויותיו תוך מתן שירות ברמה הנדרשת ועמידה
17 בלוחות בזמנים. טענת העותרת היא כי חרף נימוקיה בהחלטה מיום 28.11.12 הוועדה כלל לא
18 השתכנעה שמשיבה 2 תוכל לבצע את העבודה כראוי, וקביעת מנגנון הפיקוח שיבטיח את ביצוע
19 העבודות באופן תקין מהווה ראיה לכך.

20

21 25. כאמור, היות והצעתה של משיבה 2 הייתה נמוכה מהאומדן באופן קיצוני ולאור החשש
22 שמעלה נתון זה, דרשה וועדת המשנה חוות דעת משפטית בקשר למשמעויות של הגשת הצעה זו,
23 זימנה את משיבה 2 לשימוע שמטרתו הייתה לברר האם אכן תוכל לבצע את העבודה חרף המחיר
24 הנמוך שהוצע וקיבלה ארבע חוות דעת שונות של הגורמים המקצועיים מטעמה. בשימוע שנערך
25 ביום 22.11.12 נשאלה משיבה 2 בפירוט רב, בין היתר לגבי תוכנית העבודה, עלויותיה, טיב
26 הציוד בו ייעשה שימוש ולוחות זמנים לביצועה. לאחר עריכת השימוע ביום 27.11.12 נמסרו
27 לוועדה חוות הדעת מטעמם של המהנדס הראשי פואד חשאן, יועץ הנדסי אבי סמואל והמהנדס
28 גיל שמגר. שלוש חוות הדעת הצביעו על כך שמשיבה 2 בעלת חוסן כלכלי, כי הצעת המחיר
29 ניתנה כמהלך אסטרטגי לצורך השתלבות בשוק וכי ביכולתה לעמוד בביצוע העבודות הנדרשות.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' השופט דוד מינץ

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

1 בחוות דעתו של מר שמגר הומלץ לקבל את ההצעה אך נדרשו גם בקרה ופיקוח על פעולות
2 משיבה 2 בביצוע העבודה. לעומת זאת, בחוות הדעת הרביעית שהוגשה מטעמו של מר טל נכתב
3 כי קצב העבודה שהציגה משיבה 2 לא יכול להתבצע בשטח ולפיכך אין לקבל את נימוקיה למחיר
4 הצעתה הנמוך. בסופו של יום החליטה הוועדה ביום 28.11.12 לאמץ את חוות דעתם של
5 המהנדסים פואד, סמואל ושמגר לאחר שמר טל חזר בו מהמלצתו שלא לקבל את הצעתה של
6 משיבה 2 אך עמד על הצורך בקביעת מנגנון פיקוח. בהחלטת הוועדה נאמר כי חברי הוועדה
7 השתכנעו כי הצעת משיבה 2 אינה תכסיסנית ואינה מסכנת את המשך ניהול עסקיה. הוועדה
8 קבעה כי משיבה 2 מסוגלת לבצע את העבודה במחירים שהוצעו על ידיה, התרשמה מתוסנה
9 הכלכלי ומנכונותה להציע הצעה נמוכה בכדי לבסס את מעמדה בשוק הפסולת. בנוסף קבעה
10 הוועדה כי יינקטו אמצעי בקרה קפדניים בהתאם להמלצות יועצי החברה ולא פחות מאלו
11 שהועלו על ידי מר טל.

12
13 26. מכאן, שהבחינה הנדרשת נעשתה על ידי הוועדה, היא קיבלה את החלטתה באופן סביר
14 לאחר שנעשתה בדיקה מקיפה, על בסיס שימוע מפורט שנערך למשיבה 2 ועל סמך העמדה
15 שהובאה בשלוש חוות דעת מקצועיות, תוך יישום השיפורים שהובאו הן בחוות דעתו של מר
16 שמגר והן על פי המלצתו של מר טל בעניין הפיקוח על העבודות. גם הסבריה של המשיבה כי
17 מנגנוני הפיקוח על פרויקטים דומים מופעלים ממילא, חלקם גם הופיעו כמסמכי המכרז, והם
18 אינם מיועדים דווקא לפרויקט זה בו ניתנה הצעה נמוכה, הוא הסבר סביר שאין מקום לדחותו
19 בלא שהובאה בפני כל ראייה אחרת.

20
21 עמידה בתנאי הסף לעניין הניסיון

22 27. טענתה השלישית של העותרת הייתה, כאמור, שהיה על המשיבה לפסול את הצעתה של
23 משיבה 2 ולו מן הטעם שהיא לא עמדה בתנאי הסף הדורש ניסיון מוכח של המציע. את טענותיה
24 בעניין זה תמכה העותרת באמור בחוות דעתו של מר טל ובמכתבי ההמלצה והתצהירים
25 שהמציאה משיבה 2.

26
27 28. בעניין זה אין רגליים לטענת העותרת. כאמור בהחלטת הוועדה, מר טל חזר בו מקביעתו
28 בחוות הדעת כי משיבה 2 לא עמדה בתנאי הסף בעקבות הערות היועץ המשפטי. העותרת
29 הטעימה כי שינוי זה בעמדתו של מר טל נבע מלחץ שהופעל עליו במטרה להכשיר את הצעת



**בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כב' השופט דוד מינץ**

23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

1 משיבה 2 בשל מחירה הנמוך. טענה קשה זו נטענה ללא כל ביסוס ותימוכין בעוד שמנגד הסבירה
2 המשיבה ובצדק שהתייחסותו של מר טל לשאלת עמידתה של משיבה 2 בתנאי הסף בדבר ניסיון
3 קודם חרגה מהמטרות שלשמן נתבקשה. בשלב זה של ההליך, לאחר שנבחנה עמידתם של כלל
4 המציעים בתנאי הסף למכרז באופן דומה, כבר קבעה הוועדה כי משיבה 2 עמדה בתנאי הסף
5 בדבר ניסיון קודם בהתבסס על ההמלצות והתצהירים שצורפו להצעה. חוות הדעת של מר טל
6 אשר טיבה ומקורותיה לא ברורים, העמיקה את הבדיקה דווקא בניסיונה של המערערת ופגעה
7 בשוויון שבין המציעים. כך גם חוות הדעת נתבקשה לצורך בחינת השאלה האם ביכולתה של
8 משיבה 2 לבצע את העבודות הנדרשות כראוי לאור מחיר ההצעה הנמוך. לפיכך, חקירה בעניין
9 ניסיונה של משיבה 2 והסקת מסקנות לגביה בשלב זה, חרגה מסמכותו של מר טל וממטרתה של
10 חוות הדעת.

11
12 29. העותרת העלתה שלל טענות בדבר חסרים ואי דיוקים בהמלצות והתצהירים שצירפה
13 משיבה 2. ברם, בסופו של יום, בחינת הפרויקטים בהם השתתפה משיבה 2 ועמידתם או אי
14 עמידתם בתנאים הנדרשים במכרז היא שאלה מובהקת של מומחיות ומקצועיות. ככלל, לרשות
15 המינהלית עומדת חזקה בדבר כשרות פעולותיה ובית המשפט אינו שם עצמו בנעליה של וועדת
16 המכרזים כ"וועדת מכרזים עליונה". בית המשפט מתערב בהחלטות רשויות וגופים מינהליים
17 כאשר אלו חורגים ממתחם הסבירות או מונעים משיקולים בלתי עניינים (ראה ע"מ 3190/02 קל
18 **בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמות לבנים בע"מ**, 22.10.03). ככלל בית המשפט גם נמנע
19 מלהתערב בהחלטות וועדת המכרזים כאשר מדובר בהחלטות מקצועיות המבוססות על בדיקה
20 מקצועית (עת"מ (ת"א) 5065-05-10 **שיכון ובינוי- סולל בונה- תשתיות נ' רכבת ישראל**,
21 11.08.10). בנסיבות אלו, לא נראה כי נפל פגם החורג ממתחם הסבירות בהחלטת הוועדה אשר
22 בחנה את ניסיונה של משיבה 2 על פי מכתבי ההמלצה והתצהירים שהוצגו לעיונה ולאחר שערכה
23 בירור עם המשיבה 2 והתייחסה לחוות דעתם של הגורמים המקצועיים מטעמה אשר בשלבים
24 הרלוונטיים בהליך, איש מהם לא הסתייג מעמידתה בתנאי הסף.

25
26 לאור המקובץ, לא זו בלבד שהשתכנעתי כי אין מקום ליתן לעותרת צו מניעה זמני אלא על פניו
27 דין העתירה להידחות על הסף לפי תקנה 7(2) לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין),
28 תשס"א-2002, וכן אני מורה.
29



**בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כב' השופט דוד מינץ**

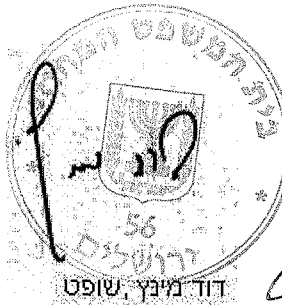
23 דצמבר 2012

עת"מ 13628-12-12

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5
- 6
- 7
- 8

העותרת תישא בהוצאות כל אחת מהמשיבות בסך של 30,000 ₪.

ניתן היום, י' טבת תשע"ג, 23 דצמבר 2012, בהעדר הצדדים.



**בית המשפט המחוזי בירושלים
אני מאשר**

שהעתק זה נכון ומחויב למקור

מזכיר ראשי 40 23/12/12