

בבית המשפט העליון בירושלים

עע"ם 3190/02

כבוד הנשיא א' ברק	בפני:
כבוד השופטת ד' ביניש	
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה	
קל בנין בע"מ	המבקשת:
נגד	
1. חברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ	המשיבים:
2. גאון אגרו בע"מ	
3. טמבור אקולוגיה בע"מ	

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת מיום 2.4.02 בעת"מ 126/02 שניתן על ידי כבוד השופט נ' ממזן

י"ד בתמוז תשס"ב (24.6.02)	תאריך הישיבה:
עו"ד פלביאן אריאל	בשם המבקשת:
עו"ד הדסי אסף	בשם המשיב 1:
עו"ד ברימר אורי	בשם המשיב 2:

פסק-דיןהשופטת א' פרוקצ'יה:

1. זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופט נ' ממזן) בו נדחתה עתירת המערערת למנוע מן המשיבה 1 – החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ (להלן – "המזמינה") להתקשר בחוזה עם המשיבה 2 – גאון אגרו בע"מ (להלן – "גאון-אגרו" או "הזוכה") בעקבות מיכרו שהוצא לביצוע עבודות תכנון, הקמה, הפעלה ואחזקה של מכון טיפול איזורי בשפכים (להלן – "המיכרז"), ולמנוע מגאון-אגרו ביצוע כל פעולה בעקבות זכייתה במיכרו כאמור. בית המשפט החליט לדחות את העתירה ולבטל צו ביניים שניתן.

העובדות

2. המזמינה היא חברה לטיפול בשפכים אשר נוסדה על ידי מספר רשויות מקומיות - מועצה איזורית עמק הירדן, מועצה איזורית מרום הגליל, מועצה מקומית מג'אר, מועצה מקומית מגדל, ומועצה מקומית עילבון. מטרת הקמת החברה היא לטפל במשותף בשפכים בתחומי המועצות המקומיות האמורות על ידי הקמת מכון טיהור באיזור רמת לבנים. ייחודו של המפעל בכך שהוא מושתת על שיטת ה- D.B.O.T שמשמעותו היא - Design, Build, Operate, Transfer עיקרי השיטה הם כי הזוכה במיכרו נושא בנטל מימון התכנון, ההקמה והטיפול השוטף של המכון. התמורה שהוא מקבל מהשקעתו מתבטאת בכך שהמזמין משלם עבור כל יחידת קולחין מטוהרים, ואלה צריכים לעמוד ברמת איכות על פי תנאים שנקבעו מראש. בסופה של תקופת ניהול המכון על ידי הזוכה, המשתרעת על כ-25 שנים, עובר המכון לידיה של המזמינה.

המדובר במיכרו שאינו שגרתי. תנאיו מורכבים ומקיפים פרטים טכניים מרובים ביותר. הוא מחייב שילובם והעסקתם של מומחים מקצועיים בתחומים שונים, ומשך זמן ההפעלה על ידי הזוכה - 25 שנים - הינו חריג. תנאי המיכרו הנדרשים לצורך הגשת ההצעות הם תנאי מסגרת. פרטים רבים נותרים לתכנון עתידי במהלך פעולות ההקמה של המפעל.

3. המזמינה בעניינה נהגה כמי שחלים עליה עקרונות המיכרוזים הציבוריים. ממילא, פטורים אנו מלדון בשאלת כפיפותה לעקרונות אלה שעשויה היתה לעלות אלמלא נהגה כך. נדון, איפוא, בסוגיות שלפנינו בהתאם לדיני המיכרוזים.

4. למיכרו נגשו מספר מציעים. הצעתה של גאון-אגרו נבחרה כהצעה הטובה ביותר והיא הועדפה על פני הצעת המערערת. עקב כך, המערערת פנתה בעתירה מינהלית כנגד בחירת הזוכה, כשבפיה מספר טענות אשר, לגישתה, יש בהן כדי לפסול את הזכייה, וכדי למנוע התקשרות חוזית בין המזמינה לזוכה להקמת המפעל. הטענה הראשונה נסבה על מערכת "שאלות הבהרה" ופגישות הבהרה" שהתנהלו בין חברי ועדת המיכרוזים לבין הזוכה. טענת המערערת היא כי הליך ההבהרה נוצל בידי ועדת המיכרוזים כדי לתת לגאון-אגרו הזדמנות לשפר את הצעתה, ובכך הוקנה לה יתרון בלתי הוגן על פניה, עד כדי פגיעה בעקרון השוויון, המהווה כלל יסוד בדיני המיכרוזים. טענה שניה של המערערת היא כי הזוכה לא עמדה בכמה תנאי סף שהציב המיכרוז. ראשון לענין זה הוא מכתב המלצה בנקאי להוכחת איתנותו הפיננסית של המציע. על פי הטענה, מכתב ההמלצה שהומצא על ידי הזוכה התייחס לסכום הנמוך מהסכום הדרוש להשקעה בפרוייקט. הפרה נוספת של תנאי סף, על פי הטענה, נגע לשיתופה במיכרו של חברת DHV WATER BV (להלן - "החברה ההולנדית"). תנאי המיכרו הורו למציע להתקשר עם מתכנן שיהיה אחראי לתכנון התהליך ולתכנון המפורט של המכון. על פי תנאים אלה, על המתכנן היה להתקשר ישירות עם המזמינה כדי ליצור זיקה חוזית ישירה בינו לבינה, למקרה שיתגלעו חילוקי דעות בין המתכנן לזוכה - דבר העלול לפגוע בהליך התכנון וההקמה של המכון. המערערת מצאה כי במכתבי ההתייבות של החברה ההולנדית נפלו ליקויים שונים אשר שקולים לדעתה כדי אי קיום תנאי עיקרי של המיכרו. טענה נוספת בערעור מתייחסת לטיב ההצעה לגופה. על פי הניקוד המשוקלל שניתן למציעים בגין מבנה ארגוני, איתנות פיננסית, איכות תכנון, ורמה טכנולוגית של ציוד ונסיון בהפעלתו, קבלה הזוכה את הניקוד הנמוך ביותר מבין שלוש המציעות שהגיעו לשלב הגמר. לעומת זאת, המחיר שאגרו-גאון הציעה בעבור המוצר הסופי היה הנמוך ביותר, וזאת בפער ניכר מיתר ההצעות ואף

מאומדן-המזמינה במיכרו. המערערת השיגה על הניקוד שניתן לגאון-אגרו וטענה כי הצעת הזוכה התבססה על נתונים שונים מאלה שהוצגו במיכרו כי המחיר שהוצע על ידה הוא כה נמוך עד כי הוא בלתי מציאותי ובלתי סביר, ולכן דין הצעתה להיפסל.

קביעות בית המשפט המחוזי

5. בפסק דין מפורט ובהיר, ניתח בית המשפט המחוזי אחת לאחת את טענות המערערת וראה לדחותן.

אשר ל"הליך ההבהרה", מצא בית המשפט, ראשית, כי הליך כזה מעוגן במפורש בסעיפי המיכרו והוא מתיישב גם עם [צו המועצות המקומיות](#) (א) תשי"א-1950 החל על הענין; כן מצא כי הבירורים שהתנהלו בין המזמינה לבין נציגי גאון-אגרו לא חרגו מגדר מתן הבהרות ולא היה בהם משום ניצול ההליך לצורך יצירת מיקצי שיפורים להצעה. בהיות המיכרו כה מורכב, ובהינתן טיבו הטכני הבנוי על שלל פרטים טכניים-מקצועיים, לא היה מנוס מליבון פרטים שונים הן לאחר הגשת ההצעה והן לאחר הזכייה, ולכן הליך ההבהרות וביצוע תיקונים לא מהותיים בהצעה התחייב מטיבו של הענין. יתר על כן, גם המיכרו עצמו מעגן את הליך ההבהרה כחלק בלתי נפרד ממנו ואף קובע כי מכתבי ההבהרות יהוו חלק מן ההצעה (פרק 13 לכרך א' של מסמכי המיכרו).

בענין מכתב ההמלצה הבנקאי, הבחין בית המשפט בין מכתב המלצה לבין כתב ערכות בנקאית אוטונומית שכל מציע חייב לצרף להצעתו. הוא קבע כי מכתב ההמלצה אינו משמש אמצעי גבייה כספית, אלא נועד אך להראות כי למציע איתנות פיננסית מסוימת ולכן תרומתו למטרה לשמה הוא ניתן הינה מצומצמת ביותר. בנסיבות הענין הוא מצא כי מכתב ההמלצה שהוצג על ידי גאון-אגרו עונה בעיקרו לדרישות המיכרו, ואין לזקוף לחובתה את העובדה כי היא העריכה את ההשקעה בפרויקט לפי ערכו הנוכחי (15 מליון ₪) מבלי שכללה בו עלות השקעה נוספת לצורך הרחבתו בסכום של כ-3 מליון ₪, הצפויה להידרש בתוך 6 עד 10 שנים לאחר תחילת הפעלתו של המתקן. מכתב ההמלצה, המנוסח על דרך הסכמת בנק הפועלים לתת לזוכה אשראי בסך 15 מליון ₪ בתוספת 50% בודאי מכסה את עלותו המלאה של הפרוייקט.

אשר לפגמים במסמכים שהגישה החברה ההולנדית, בית המשפט קבע כי מדובר בפגמים טכניים שבינתיים תוקנו, ואין ראייה שנעשו במזיד, ואין בתיקונם כדי פגיעה בעקרון השוויון.

אשר להצעת הזוכה לגופה, בית המשפט התייחס במיוחד לטענה כי הצעת הזוכה התבססה על נתונים שונים מנתוני המיכרו ולכן דינה להיפסל באורח אוטומטי. לגישתו, הדרישות הטכניות הן לב-לבו של המיכרו, אולם המיכרו על פי טיבו איפשר הצגת אופציות טכניות שונות ביחס לפריטי תכנון שונים וקבע הליך של הבהרות לצורך גיבוש סופי של האמצעים שיתאימו לדרישות המזמינה. עמדת בית המשפט היא כי: "ההבהרות והתיקונים כאן נגעו לנושאים טכניים אמנם לא זניחים, אך הם עדיין היו בתחום התהליך הנדרש במיכרו. הם לא הביאו לשום שינוי מהותי בהצעה".

אשר לבחירת ההצעה של הזוכה כהצעה המועדפת מצא בית המשפט כי מדובר בענין שאין להתערב בו. העלות הנמוכה של ההקמה והמחיר הנמוך של התוצר הסופי בהצעת הזוכה אכן חורגים באופן בולט מיתר ההצעות ואף מאומדן המזמינה, אולם הם נבחנו על ידי בעלת

המיכרז וצוות מומחים מקצועיים לאחר שנתקבלו הבהרות שונות לכך. בנסיבות אלה מדובר בקביעה מקצועית שאין עילה להתערבות שיפוטית בה.

הערעור

טענות המערערת

6. המערערת חוזרת בערעורה על עיקרי השגותיה כנגד זכייתה של גאון-אגרו בענינים הבאים:

(א) הליך ההבהרות בו נקטה המזמינה עם הזוכה חרג מגדר הבהרות והיווה, לאמיתו, כסות למשא ומתן אשר נועד לתיקון פגמים בהצעה. בכך חרגה המזמינה חריגה מהותית מעקרונות השוויון בדיני המיכרז. המערערת מפרטת את הענינים הספציפיים אשר לגביהם נוהל משא ומתן ואשר נעשו בהם שינויים שלא כדין.

(ב) לא נתמלאו תנאי הסף של המיכרז בענין מכתב ההמלצה הבנקאי והתחייבות החברה ההולנדית בתורת מתכנן הפרוייקט מטעם המציע.

לאור כל אלה נטען כי יש לבטל את החלטת ועדת המיכרזים ולהכריז על המערערת כזוכה או, לחלופין, להצהיר על ביטול המיכרז. נדון בטענות הערעור אחת לאחת.

הכרעה

המסגרת המשפטית

7. העקרונות המשפטיים הבאים ינחוו בבחינת טיעוניה של המערערת:

ראשית, אין בית המשפט שם עצמו בנעליה של ועדת המכרזים ומחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה. תפקידו לבחון את החלטותיה על פי מידת עמידתן בעקרונות דיני המיכרזים. נקודת המוצא בבחינה זו היא כי רק סטייה מהותית מעקרונות יסוד של ניהול מכרז תקין תצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת הועדה (בג"צ 441/83 סעדיאן נ' ראש עיריית אשדוד, פד"י לז(4) 368, 378, 380). בית המשפט מאבחן בהקשר זה בין פגמים מהותיים במיכרז הפוגעים בשוויון ובתחרות ההוגנת בין המשתתפים, לבין פגמים טכניים שנעשו בתום לב ואשר אין בהם כדי לפגוע בעקרונות היסוד של דיני המיכרזים (בג"צ 54/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לז(1) 651; ע"א 6763/98 כרמי נ' מדינת ישראל, פד"י נה(1) 418, 431-2; בג"צ 161/80 מלון סן טרופז נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י לד(4) 709, 711; ע"א 4964/92 נשיץ נ' עשת, פד"י נ(3) 762, 768);

על תחומי ההתערבות בהחלטות ועדת המיכרזים עמד בית המשפט בע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדאי (מפי השופטת ביניש) באומרו (פיסקה 12):

"על ההתערבות בהחלטותיה של ועדת המיכרזים חל הכלל לפיו בית המשפט הבוחן החלטה מינהלית אינו נכנס בנעלי הרשות ואינו קובע מהי החלטה שאותה הוא היה מקבל בנסיבות האמורות, אלא בוחן אם החלטת הרשות נתקבלה כדין ומשיקולים ענייניים, והאם מצויה היא

במיתחם הסבירות. בענייני מיכרזים אף נקבע כי גם כאשר הפגם שנפל בהחלטת ועדת המיכרזים הוא פגם מהותי הנובע מטעות בתום לב ואין הוא גורם להפרת השוויון או לפגיעה בעקרון ההגיונות, הרי שבית המשפט לא ימהר להתערב בשיקול דעת ועדת המיכרזים כל עוד החלטתה אינה שרירותית או בלתי צודקת בעליל... בית המשפט יתערב בהחלטת ועדת המיכרזים במקרים בהם נתקיימה אחת מעילות הביקורת השיפוטית הפוסלת את ההחלטה, או כאשר נפל בהליך המיכרז פגם מהותי הפוגע בעקרונות יסוד של דיני המכרזים".

שנית, תנאי המיכרז גופו הם הקובעים את מסגרת ניהול המיכרז ואת מיתחם המותר והאסור בנוהלי קבלת ההצעות והטיפול בהם, וזאת, בכפוף לעקרונות היסוד של דיני המיכרזים. המערערת בענייננו אינה תוקפת את כללי המיכרז עצמם. היא משיגה על האופן בו הם הופעלו בעניינה של הזוכה.

שלישית, מיתחם המותר והאסור ביישומם של כללי המיכרז הספציפי נגזר במידה רבה מאופיו המיוחד של המיכרז ומתכליותיו. לא הרי מיכרז לקבלת הצעות בתחומים מוגדרים ופשוטים אשר כל פרטיו הטכניים ידועים, מגובשים וברורים מראש, כהרי מיכרז העוסק בתחום טכני מיוחד, המחייב ידע ומומחיות מקצועיים יחודיים, ומותר תחום נרחב לתכנון פרטני עתידי. השוני בין סוגי המיכרזים כאמור, עשוי להשפיע גם על אופיין של הצעות המציעים ולהשליך במישרין על היקף הצורך בהידברות בין המזמין לבין המציע לצורך קבלת הסברים והבהרות להצעה.

הבהרות ומשא ומתן בעקבות הגשת ההצעות

8. טוענת המערערת כי זכיית גאון-אגרו צריכה להיפסל, ראשית, מן הטעם שהמזמינה ניהלה עמה משא ומתן בטרם החליטה על הזוכה, וזאת במטרה לתקן פגמים שונים בהצעה ולשפר אותה. המערערת משיגה על הליך זה וטוענת כי היה פגום, מאחר שאיפשר תיקון ושיפור ההצעה תוך השארת חלק מהעניינים לתכנון עתידי, ואגב פגיעה בתחרות ההוגנת והשוויונית כלפי שאר המציעים.

שני מאפיינים עומדים ביסוד המיכרז: האחד – קידום האינטרס הכלכלי של בעל המיכרז המכוון להקנות לו באמצעות הליכי המיכרז את התועלת המירבית מהנכס או השירות אותם הוא מבקש לרכוש או למכור; השני – מתן סיכוי הוגן לכל אדם להתחרות באורח שוויוני והוגן על הזכייה במיכרז, תוך הבטחת ניהול תקין והוגן של הליכי המיכרז כלפי כל המציעים על ידי בעל המיכרז (בג"צ 368/76 גוזלן נ' מועצה מקומית בית שמש, פד"י לא (1) 505, 512; עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל איברהים, (פסקה 6)). הפן השני של המיכרז אוצל, בין היתר, גם על המירווח הנתון לבעל המיכרז להידבר עם מציע שהגיש הצעה לצורך קבלת הבהרות והסברים להצעה, או אף לנהל משא ומתן עם המציע על הצעתו, לאחר שלב הגשת ההצעות ובטרם הוחלט בדבר הזוכה במיכרז.

מכללי השוויון והתחרות ההוגנת הנוטעים ביסוד דיני המיכרזים נגזר העקרון לפיו, דרך כלל, מנוע בעל מיכרז מלשנות את תנאי המיכרז לאחר צאתו לדרך כדי להתאימו להצעת משתתף, ומשתתף מנוע מלשנות את הצעתו כדי להתאימה לתנאי המיכרז כל עוד לא הוחלט

מיהו הזוכה. מעקרון השוויון נגזר גם הכלל האוסר בדרך כלל ניהול משא ומתן בין בעל מיכרז למציע בטרם הוחלט על הזכייה. איסור זה נועד למנוע פגיעה בתחרות ההוגנת ולהבטיח כי הליך המיכרז יועמד על בסיס סיכוי הוגן ושווה לכל המשתתפים. משתלב בכך הכלל המחייב וודאות בניסוח המיכרז והצגת נתוניו, ובמקביל לכך, הצורך בקיום וודאות בניסוח הצעות המשתתפים. הוודאות מייתרת או מקטינה את הצורך בהידברות בין בעל המיכרז למציע לצורך הסרת אי הבנות בתנאי המיכרז או ההצעה, ומונעת חשש מפני הפיכת ההידברות לצורך מתן הבהרות למשא ומתן לשיפור ההצעה ושכלולה.

עם זאת, העיקרון האוסר משא ומתן בין מזמין למציע והמגמה להמעט ככל האפשר בהידברות לצורך הבהרות והסברים אינו עיקרון נוקשה. ההכרה בדינמיקה של צרכי החיים הכתיבה הכרה מבוקרת ביכולת הצדדים למיכרז לקיים הידברות ביניהם, בין לצרכי הבהרות, ובמקרים חריגים אף לצרכי משא ומתן, בכפוף להסדרי חקיקה מפורטים בנושא זה, ובנתון לכך שהדבר ייעשה באורח שוויוני והוגן.

הבהרות

9. הבהרות נועדו, כשמן כן הן, להבהיר ולהסביר את פרטי המיכרז או פרטי הצעת משתתף מקום שנפלו בהם אי דיוקים בניסוח או עירפול במשמעות הוראה מהוראות מסמכים אלה. הדין מכיר ביכולת בעל מיכרז ומציע לקיים הידברות ביניהם לצורך הבהרות קטעים סתומים בתנאי מיכרז או בהצעות, ובלבד שהדבר ייעשה באורח שוויוני והוגן. לעיתים, נדרשים גם תקונים טכניים מסוימים בהצעה בעקבות הבהרות הניתנות. שלילת האפשרות ליתן הבהרות עלולה היתה להביא לפסילת הצעות על הסף רק בשל אי בהירות טכנית, שניתן בנקל להסירה. תקנות המיכרזים מכירות באפשרות לקיים הליך הבהרות לגבי הצעת מציע לאחר הגשתה, והדבר חל הן במיכרזי המדינה והן במיכרזי הרשויות המקומיות. במיכרזי המדינה קובעות תקנות חובת מיכרזים, תשנ"ג-1993 בסעיף 20(ה) כי "ועדת (המכרזים) רשאית, מטעמים שיירשמו בפרוטוקול, להזמין מציע כדי לברר פרטים בהצעה וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטתה. פרטי הבירור יירשמו אף הם בפרוטוקול". בתקנות העיריות (מכרזים) התשמ"ח-1987 (תקנה 19) וכן בתקנה 19 לתוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות (א) תשי"א-1950 נקבע באותה רוח כי ועדת המיכרזים רשאית להזמין בעל הצעה כדי לברר פרטים במסמכי המיכרז שהגיש, וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך כל החלטה, ופרטי הבירור יירשמו בפרוטוקול. ההנחה המובנית בהוראות חקיקים אלה היא כי בירור פרטי ההצעה כאמור אינו מכוון להביא לשינוי או תיקון מהותי בהצעת המציע.

בדרך כלל ראוי הוא שהצעת משתתף תהיה ברורה ולא תילקח בחוסר וודאות. חוסר הוודאות עלול לשבש את סדרי התחרות השוויונית, להשמיט את בסיס השוואה בין ההצעות, ולהצמיח סכסוכים משפטיים לעתיד לבוא. על הסכנה הצפויה מכך עמד בית המשפט (מפי השופט ברק) ב**בג"צ 462/79 שרביב נ' ראש עירינת נהריה, פד"י לד' (1) 467, 471**. עם זאת, בית המשפט הכיר במהלך השנים ועוד קודם לחיקוקים שצוינו לעיל, ביכולתו של בעל מיכרז לפנות למציע ולקבל ממנו הבהרות לגבי הצעתו, אשר יסירו את אי הוודאות ובלבד שלא יהא בכך משום מתן יתרון בלתי הוגן למציע זה ופגיעה בעקרון השוויון לגבי המציעים האחרים (**בג"צ 47/68 שרמן נ' שר העבודה, פד"י כב' (1) 496, 500**). יש וחוסר הוודאות עלול להעניק "טווח תימרון", אשר במסווה של פרשנות והבהרות, יאפשר העלאת הצעות חדשות התואמות את צרכי המציע. אין להתיר טווח תימרון כזה. על כך נפסק כי:

"יש למנוע מצב דברים שבו, מה שלולא חוסר הוודאות, היה מהווה ניהול אסור של משא ומתן לאחר פתיחת המכרז, ייהפך בשל חוסר הוודאות לניהול לגיטימי של משא ומתן. מצב דברים זה שולל את עקרון השוויון העומד ביסודם של דיני המיכרז... דיני המכרזים הם מערכת נורמטיבית המיוסדת על תנאים וכללים אובייקטיביים, אשר קיומם מבטיח שוויון והגינות. הכנסת גורם סובייקטיבי אשר יאפשר למציע תם לב להבהיר את הצעתו, פותח פתח לניצול לרעה, לשרירות ולפגיעה בטוהר המידות".

(פרשת שרביב, שם, עמ' 471; ראה גם הרציג, דיני מיכרזים, כרך ב', מהד' שניה, עמ' 290; [בג"צ 209/83 שחף, שירותי תעופה נ' משרד הבטחון, פד"י לח \(2\) 225](#)). יוצא, איפוא, כי הדין מכיר ביכולת ההידברות של בעל מיכרז ומציע לצורך קבלת הבהרות והסברים על הצעתו, בכפוף לשמירה על כללי השוויון והתחרות ההוגנת ובתנאי שלא יהא בכך פתח לשינוי מהותי של ההצעה.

משא ומתן

10. שלא כהליך של הבהרות, ניהול משא ומתן בין צדדים למיכרז בטרם החלטה על הזוכה, נועד להביא לשינוי בהצעה בפרט מהותי למיכרז, המהווה נדבך מרכזי בתשתית נתוניו. ככלל, חל איסור על ניהול משא ומתן בין בעל מיכרז למציע לשיפור הצעתו, ועיקרון זה משתלב באיסור החל על בעל מיכרז לעשות שינויים מהותיים בתנאי המיכרז בעקבות משא ומתן כזה ([בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פד"י לו \(49\) 85, 93-4](#); [בג"צ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פד"י לח \(1\) 729, 737](#)). כללים אלה נגזרים מעקרונות השוויון והתחרות ההוגנת בדיני המיכרזים. ברשויות המקומיות חל איסור גורף על ניהול משא ומתן בהליך המיכרז. הדבר עולה מתקנה 18 [לתקנות העירויות \(מכרזים\) התשמ"ח-1987](#) האוסרת על ניהול משא ומתן בין בעל מיכרז לבין משתתף בטרם נקבע הזוכה במיכרז. הוראה דומה מצויה בסעיף 18 [לצו המועצות המקומיות \(א\)](#). הוראות אלה נחקקו בתשנ"ז, בעקבות פסק הדין [בע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פד"י נ \(4\) 206](#), בו קבע בית המשפט ברוב דעות כי בנסיבות מסוימות מותר לרשויות מקומיות לכלול במיכרזיהן סעיף המתיר ניהול משא ומתן, ובלבד שהדבר ייעשה תוך הקפדה על עקרונות השוויון, התחרות ההוגנת, טוהר המידות ותום לב (הרציג, כרך א', שם, עמ' 322).

הסדר שונה נקבע לגבי מיכרזי המדינה בסעיף 4(א)(3) לחוק חובת מיכרזים, התשנ"ב-1992, לפיו שר האוצר, באישור ועדת החוקה, מוסמך לקבוע בתקנות "סוגי עסקאות שבהן ניתן לנהל משא ומתן עם המציעים שהצעותיהם נמצאו מתאימות, וכללים לניהול משא ומתן". מכח סמכות זו, מגדירה תקנה 7 [לתקנות חובת מיכרזים](#), תשנ"ג-1993 סוגי עסקאות שבהן מותר למשרד ממשלתי לנהל משא ומתן עם המציעים שהצעותיהם נמצאו מתאימות. למעשה, מדובר ברוב ההתקשרויות שלגביהן ניתן לערוך מכרז סגור, וכן בהתקשרויות מסוימות אחרות. בית היתר, הותר ניהול משא ומתן לגבי התקשרות לביצוע מיזם בעל מורכבות טכנולוגית מיוחדת, או מיזם הדורש איתנות פיננסית משמעותית (תקנה 7(א)(1) לתקנות). מאפיינים אלה הולמים במידה רבה את המקרה שלפנינו. תקנה 7 האמורה מגדירה גם את נוהלי המשא ומתן במקרים המותרים אשר נועדו להבטיח את החלת הנוהל בצורה שוויונית על כל המשתתפים. (ראה הרציג, כרך ב', שם, עמ' 299). עוד בטרם חקיקתם של הסדרי החוק והתקנות בדבר ניהול משא ומתן במיכרז, הכירה ההלכה הפסוקה בקיום חריגים לכלל האוסר משא ומתן במיכרז. כך,

למשל, הותר משא ומתן עם מציע לשיפור הצעתו לאחר שנתקבלה החלטת בעל מיכרז על זכייתו (בג"צ 118/83 אינוסט אימפקט נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פד"י לח (1) 729, 737). כן הוכרה אפשרות ניהול משא ומתן בין בעל מכרז למציע בנסיבות בהן שמר לעצמו בעל המכרז זכות לנהל משא ומתן, בכפוף לכך שאין עליו איסור לעשות כן, ובלבד שהמשא ומתן יתנהל בתנאים של יושר, הגינות ושוויון בין המציעים (ע"א 700/89 חב' החשמל לישראל נ' מליבו, פד"י מז (1) 667, 682; ולאחרונה - ע"א 5035/98 משה"ב, חברה לשיכון בנין ופיתוח נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י נו (4) 11, 28).

מסקירה תמציתית זו ניתן לסכם ולומר: הליך של הבהרות והסברים להצעות משתתף במיכרז מוכר הן במיכרזי המדינה והן במיכרזי הרשויות המקומיות ובלבד שיישמרו עקרונות השוויון וההגינות בין כלל המציעים. משא ומתן לשינוי הצעה אסור ככלל הן ברשויות המקומיות והן במדינה, בכפוף לחריג המאפשר ניהול משא ומתן בעסקאות מסוימות במיכרזי המדינה, בשל ייחודן, בכפוף לכללי נוהל מוגדרים. קו הגבול בין הידברות לצורך מתן הבהרות לבין משא ומתן לשינוי תנאי הצעה אינו תמיד חד. הצדדים למיכרז חייבים בהקפדה על קו גבול זה, לבל יקויים הליך הנוגד את דין המיכרזים העלול לפסול את המיכרז.

בענייננו, מדובר במיכרז שהוצא על ידי חברה עירונית שהוקמה על ידי חבר מועצות מקומיות. דיני המיכרזים כלשונם, בין ברשויות המקומיות ובין במדינה, אינם חלים על חברה זו במישורין. החברה כפפה עצמה לדיני המיכרזים הציבוריים וראוי היה שתעשה כן. שאלה היא אלו כללים יחולו עליה – הכללים הנוהגים לגבי מיכרזי המדינה מכח חוק חובת מיכרזים או אלה החלים ברשויות המקומיות. נפקותה של האבחנה במקרה זה היא לצורך בחינת המותר והאסור ביחס לניהול משא ומתן בין בעל המיכרז והמציע, ולאפשרות החלתה של תקנה 7 לתקנות חובת מיכרזים על המיכרז נשוא ענייננו.

בנסיבות הענין, על שום הקשר הענייני של החברה לרשויות המקומיות, ומאחר שמפעל הטיהור המתוכנן הינו מפעל של מספר רשויות מקומיות, הדעת נותנת כי יחולו על העניין כללי המיכרזים הנוהגים ברשויות המקומיות. אלה, כפי צויין לעיל, אוסרים על ניהול משא ומתן הן בעיריות והן במועצות המקומיות. יוצא, איפוא, כי המזמינה בענייננו מנועה מניהול משא ומתן עם המציע. עם זאת מותר לה לבקש פרטים והבהרות לגבי הצעות שהוגשו ופרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטה בענין המיכרז.

תנאי המיכרז

11. המיכרז בענייננו קובע הוראות מפורשות ביחס לאפשרות הידברות בין המזמין למציע בענינים שונים הקשורים הן למסמכי המכרז והן להצעת המשתתף לאורך שלבים שונים של המכרז: אשר לסמכותו של בעל המיכרז לתת תשובות הבהרה למסמכי המיכרז, קובע סעיף 13 לכרך א 1 למיכרז את קיומו של הליך הבהרות מטעמו של המזמין לגבי ענינים שונים הכלולים במיכרז על פי פניית המשתתף אליו. מסמכי התשובות לשאלות הבהרה הופכים להיות חלק בלתי נפרד ממסמכי המיכרז, ועליהם להישלח לכל המשתתפים (סעיפים 13.1 עד 13.3). מנגד, לבעל המיכרז סמכות לפנות מצידו אל המשתתף בבקשה כי יבהיר וישלים את הצעתו;

סעיף 5 למיכרז דן בתנאי ההשתתפות במיכרז ויש בו פירוט דרישות סף שונות שיש לקיימן. בין היתר קובע סעיף 5.7:

"מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, המזמין שומר לעצמו את הזכות, לפי שיקול דעתו הבלעדי, לדרוש מכל אחד מהמציעים לאחר הגשת ההצעות למיכרז להשלים מידע חסר ו/או המלצות ו/או אישורים דקלרטיביים בכל הקשור לנסיונו ויכולתו של המציע ו/או חברי הצוות מטעמו וזאת, בין היתר, לצורך עמידתו של המציע ו/או חברי הצוות מטעמו, בתנאי סף שפורטו לעיל".

סעיף 5.8 למיכרז קובע כי המזמין רשאי לדרוש מידע נוסף אודות נסיונו ויכולתו של המציע, ויהיה רשאי לערוך בדיקות משלו, ותוצאות בדיקות כאמור תיכללנה במסגרת שיקולי המזמין לבחירת הזוכה במכרז.

סעיף 18 למיכרז עוסק באופן בדיקת ההצעות וקביעת הזוכה במיכרז, ובין היתר, נקבע בסעיף 18.4 כדלקמן:

"המזמין יהיה רשאי לבוא בדברים, בכתב או בעל-פה, עם מציעים בדבר פרטים שונים בהצעותיהם, וזאת כדי לאפשר למזמין להעריך את ההצעות בכל הנוגע לשלב זה".

ממשקלן המצטבר של הוראות אלה עולה כי בעל המיכרז שמר לעצמו את הזכות לא רק להבהיר את מסמכי המיכרז שהוצאו על ידו אלא גם לבוא בדברים עם מציעים לצורך הבהרות ובירור פרטים שונים בהצעותיהם, כדי לאפשר לו להעריך ולשקול את הצעותיהם באורח מושכל עובר לקבלת החלטתו בדבר הזוכה. הכוונה היא לבירור פרטים שונים שנועדו להסיר ספקות, ערפול ואי וודאות ואין מדובר במשא ומתן לשינוי פרטים מהותיים בהצעה בטרם נבחר הזוכה. משא ומתן כזה מותר על פי המיכרז רק לאחר ההחלטה בדבר הזוכה ובטרם נחתם החוזה (סעיף 19.3 למיכרז). מהלך ההידברות לצורך הבהרות נחוץ כדי להעריך הערכה שקולה את טיב ההצעות המוגשות ולאפשר קבלת החלטה מושכלת בדבר הזוכה אשר תתבסס על נתונים ברורים ווודאיים. הוראות אלה במיכרז עולות בקנה אחד עם ההסדרים הסטטוטוריים החלים על העניין.

על רקע דברים אלה, נבחן מה היה טיבה של ההידברות בין המזמינה לבין המציעים בענייננו, ובפרט בינה לבין גאון-אגרו, והאם היה בהידברות זו משום גלישה ממסגרת ההידברות המותרת על פי המיכרז אל עבר משא ומתן אסור, והאם נפגעו עקב כך כללים מהותיים של שוויון והגינות בהליכי המכרז.

ההידברות בין בעל המיכרז לגאון-אגרו

12. בתאריך 29.8.01 נפתחה תיבת ההצעות של המיכרז ונמצאו בה שלוש הצעות. במועד זה פורסם גם האומדן למיכרז. לאחר פתיחת ההצעות, הועבר העניין לבדיקת ועדה מקצועית (להלן – "ועדת המיכרזים"). שלוש ההצעות נבדקו על ידה ונמצאו עונות על דרישות הסף של המיכרז (מכתב עורכי הדין הדסי והרצוג, נספח ו' לערעור). לאחר מכן, ב-30.11.01 פנה מנהל הפרוייקט מר אדלשטיין לשלושת המציעים במכתבי הבהרה נפרדים (נספחים ז 1, 2 ו-3 לערעור). ביום 6.1.02 נערך שימוע בעל פה לנציגי חב' גאון-אגרו. בישיבה נדונו שאלות

שונות, בעיקרן בעניינים טכניים, ונדרשו תשובות בכתב מהמזכיר (נספחים ט 1 ו-ט 2 לערעור). ביום 10.1.02, קודם למשלוח מכתבי התשובה מגאון-אגרו, נערכה פגישה בין אנשי הועדה המקצועית לנציגי החברה ולובנו מספר עניינים שנותרו בלתי ברורים בשימוע. השיחה נשאה אופי של הצגת שאלות הבהרה מצד אנשי גאון-אגרו כדי להכין את תשובותיהם באופן ממצה. בעקבות תשובות גאון-אגרו בכתב, כתב מנהל הפרוייקט בשם הועדה לגאון-אגרו ביום 16.1.02 כי בהמשך להצגת שאלות בהקשר הטכני-כלכלי, נותרו מספר עניינים שלא נענו בצורה מספקת על ידי המזכיר והוא מבקש את אישורה לפרטי המיכרז הקשורים בהם. גאון – אגרו אישרה את המבוקש.

לטענת המערער, חוץ מפרטים טכניים שונים ששמשו נושא להבהרות בין הצדדים, גלשה ההידברות ביניהם למשא ומתן אסור במספר עניינים, ולגביהם בוצעו תיקונים בהצעה, האסורים על פי דיני המיכרז. הנושא האחד קשור במסנן. על פי הטענה, מתקן הסינון שהוצע על ידי גאון-אגרו לא תאם את הנדרש על פי המיכרז. מסמכי המיכרז הגדירו שלוש חלופות למערכת הסינון ואילו בהצעה נזכר מסנן שלא ענה לאף אחת מהן. טענה מרכזית שניה של המערער היא כי הצעת גאון-אגרו אינה עומדת באמות המידה הנדרשות במיכרז ביחס לעומסים הנדרשים בשלב טיהור השפכים הגולמיים על ידי מיתקן הטיהור הביולוגי. משכך, יש לפסול את ההצעה שלא תאמה במקורה את הנדרש על פי תנאי המיכרז.

עמדת המשיבות לגבי שני עניינים אלה היא כדלקמן: אשר למסנן, אכן היתה קימת אי התאמה בין ההצעה למיכרז ולכן הועלה הענין לצורך קבלת הבהרות. המזמינה הדגישה כי מדובר בפריט ציוד אחד מבין מכלול פריטי ציוד רבים הקיימים במערך הטיפול בשפכים, ופריט זה אינו נחשב לחלק מהותי מהתהליך הביולוגי של פעולת המכונן. לאור שאלות ההבהרה שהוצגו לה, התחייבה גאון-אגרו במפורש לספק מסנן אחר התואם את דרישות המיכרז, וזאת ללא שינוי במחיר הטיפול ביחידת מטר מעוקב של שפכים. המזמינה ראתה בתיקון זה של ההצעה משום תיקון טכני בלתי מהותי לדרישות המיכרז המקוריות ולפיכך הסכימה לאפשר למזכיר לספק מסנן חלופי בהתאמה למיכרז, כאמור.

אשר לטענה העיקרית השניה הנוגעת לתכנון העומסים בתהליך טיהור השפכים, טענת המזמינה היא כי מהצעת גאון-אגרו לא היה ברור האם המפעל המוצע על ידה תוכנן על פי העומסים הנדרשים במכרז ולכן נתבקשה הבהרה. בתשובת ההבהרה הודתה המזכיר כי נתוני העומסים בהצעת נמוכים במקצת מהנדרש במיכרז לאור העובדה שלהערכת המתכננים מטעמה תחול הפחתת עומס במתקן עקב שימוש במגובים עדינים במירווח של 1.5 מ"מ. עמדת המזמינה להבהרה זו היתה כי אף שמבחינה הנדסית עמדת מומחי המזכיר הינה קבילה, היועץ ההנדסי מטעם המזמינה לא קיבל את הפתרון הטכני המוצע. לפיכך, הנושא הושאר לבחינה מפורטת יותר בעתיד במהלך הקמת המפעל. לטעמה של המזמינה, מדובר כאן בסטייה קלה ולא מהותית מתנאי המיכרז, הנעוצה בהבדלי גישות מקצועיות ביחס ליעילותן של שיטות אפשריות אחדות, ועל פי עמדת אנשי המקצוע מטעמה זהו עניין טכני בר-פתרון שניתן לגבשו סופית בהמשך הדרך.

שאלה היא האם יש לראות במהלך הדברים המתואר בשני העניינים האמורים משום הידברות מותרת שעניינה הבהרות, הסברים והתאמות בעניינים טכניים, או שמא מדובר במשא ומתן אסור לצורך שינוי והתאמת ההצעה לדרישות בעל המיכרז, המהווה הפרה של כללי המיכרז בדבר שוויון ותחרות הוגנת בין המזכירים.

מירווח ההידברות בין הצדדים

13. מירווח ההידברות בין הצדדים למיכרז לצורך הבהרות וסילוק אי וודאות אינו מושג סטטי בעל משמעות זהה בכל מכרז, יהא אשר יהא נושאו וטיבו. מירווח זה ניגזר במידה רבה מאופיו של המכרז, מתכליתו, מטיב הדרישות שהוא מציב, מהיקף הפרטים והנתונים שהוא כולל, וממידת הנוקשות הנדרשת לגבי נתוני הצעות המשתתפים לעומת גמישות אפשרית בהצגתם. אופי הדרישות במיכרז, מהן נגזר גם מירווח ההידברות, מוגדר על פי רוב בהוראות המיכרז עצמו, והן מתוות את המסגרת לכך.

המיכרז שלפנינו הוא בעל אופי ייחודי. הוא עוסק בתכנון, הקמה, הפעלה, אחזקה ומסירה של מכון אזורי לטיפול בשפכים ומתקנים נוספים, אשר מטרתו לספק פתרון לשפכים של הרשויות המקומיות הנוגעות בדבר. מדובר במכרז מורכב, מקיף, רב-תחומי, המצריך מומחיות וידע מקצועי ייחודי. ההשקעה העיקרית בהקמת המפעל נעשית על ידי הזוכה ואילו המזמין אינו נדרש לשום הוצאה כספית במהלך ההקמה והתכנון, אלא התמורה מצידו משתלמת רק עבור התוצר המוגמר. משך הזמן שבו הזוכה מעורב בהפעלת הפרויקט גם הוא אינו שגרתי, ומתקרב ל-25 שנים. במהלך התקופה האמורה עשוי הזוכה להידרש להרחבת המפעל על ידי הקמת יחידות נוספות, ומוקנה לו שיקול דעת רחב ביחס לאופיו ודרך פעולתו של המפעל, בכפוף לדרישות מסגרת שמתווה המיכרז. שיקול דעת זה מותר מידה רבה של אוטונומיה לזוכה בקביעת תכניו ודרך ההפעלה של המפעל. וכך, על אף שהוא כולל פרטים טכניים רבים, מהווה המיכרז על פי טיבו "מיכרז-מסגרת", המתווה את הקווים הכלליים של מסגרת הפרוייקט בעוד תכניו הפרטניים מושארים במידה רבה לקביעה על ידי הזוכה במיכרז. כמו כן, על פי עקרונות המיכרז, בעת בדיקת הצעות המשתתפים, עדיין לא קיימים חלק ממרכיבי התכנון, ומיגזר רחב של התכנון המפורט נעשה בשלב מאוחר יותר במהלך ההקמה, בגדרם של עקרונות המסגרת הכלליים הקבועים מראש במיכרז.

פרוייקט להפעלת מערכות ביוב בתחומי הרשויות המקומיות זכה על שום אופיו המיוחד להסדר סטטוטורי ייחודי בחיקוקים הנוגעים למיכרזי רשויות מקומיות. בתקנה 3(12) [לתקנות העיריות](#) (מיכרזים) ובתקנה 3(9) לתוספת הרביעית [לצו מועצות מקומיות](#) (א) ניתן פטור ממכרז לחוזה לאחזקה והפעלה של מתקני ביוב על ידי תאגיד במקרה שהתמורה לעבודות היא מסירת הקולחין, ובלבד שנציב המים אישר את מסירת הקולחין. כמו כן, בתקנות המיכרזים ברשויות המקומיות ניתן פטור ממכרז לחוזים לביצוע עבודה מקצועית הדורשת ידע ומומחיות מיוחדים או יחסי אימון מיוחדים, כגון עבודות תכנון, פיקוח, מדידה וכיוצא באלה (תקנה 3(8) [לתקנות העיריות](#) ותקנה 3(8) [לצו המועצות המקומיות](#) (א). מקורם של הפטורים האמורים באופיים הייחודי של החוזים להחזקה והפעלה של מתקני ביוב על ידי תאגיד, ובמעמדם המיוחד של חוזים שכרוכה בהם עבודה מקצועית המחייבת ידע מקצועי ומומחיות מיוחדים. למאפיינים אלה הרבה מן המשותף למיכרז נשוא ענייננו. לייחודיות זו של המיכרז כפרוייקט לטיהור שפכים השפעה גם על מרחב ההידברות בין המזמין למציע לצורך הבהרות והסברים לגבי פרטים שונים בהצעתו, ואפשרות עשיית תיקונים טכניים בעקבות הידברות כאמור.

ייחודו של המיכרז בענייננו משתקף, בין היתר, במירווח הגמישות שהוא נותן למשתתף לבצע שינויים והתאמות טכניות שונות בנתוני הצעתו ביחס למיכרז, ובלבד שלא יחרוג באופן מהותי מעקרונות המסגרת של המיכרז. מירווח גמישות זה אוצל על מירווח ההידברות בין הצדדים.

בהקשר זה קובע סעיף 2.5 בכרך ב1 עמ' 15 למיכרז:

"המציע רשאי לבצע שנויים והתאמות בתכניות בהתאם למתקן המתוכנן על ידו, לרבות שנויי צורה, העמדה, קוי הזנה וכו', ובלבד שלא יחרוג באופן מהותי מאתר המתקן על פי התב"ע, לא ישנה את התהליך ומרכיבי המתקן כפי שהוגדרו על ידי היועץ ההנדסי, ולא יחרוג מהקריטריונים לתכנון שבכרך ב2."

בהמשך בסעיף 2.6 למכרז נאמר:

"הרשות בידי המציע לשנות מידות וצורה של מרכיבי המתקן, להציע פרטי ציוד שונים ולהתאימם לתכניות ולחישובים המוצעים על ידו, ובלבד שלא תהיה חריגה מהותית מהקריטריונים המינימליים הנדרשים בכרך ב2."

להוראות אלה נילוה סעיף 14 למיכרז, הנושא את הכותרת "הסתייגויות", הקובע כי בכל מקרה של שינוי ו/או השמטה ו/או תוספת שיעשה מציע במסמכי המיכרז ו/או כל הסתייגויות לגביהם בכל דרך וצורה שהיא, רשאי המזמין לפסול את הצעת המציע, להתעלם מההסתייגויות או

"14.1.3 לראות בהסתייגויות כאילו מהוות הן פגם טכני בלבד;

14.1.4 לדרוש מהמציע לתקן את ההסתייגויות, ובלבד שבתיקון כאמור אין בכדי לשנות את מחיר ההצעה ו/או פרט מהותי בה."

הוראה זו מצביעה על האפשרות העומדת לבעל המיכרז לראות סטיות טכניות מסוימות הכלולות בהצעה כפגמים טכניים הניתנים לתיקון, ולבקש את תיקונם על ידי המציע, ובלבד ששינויים אלה אינם בגדר שינויי מחיר או שינויים בפרטים מהותיים אחרים בהצעה.

מהוראות אלה של המיכרז משתמע קיומו של מירווח הידברות בין הצדדים לצורך הבהרות, הסרת עירפול ואי וודאות בנתוני ההצעה ואף תיקון פגמים טכניים בהצעות, ובלבד שאינם פרטים מהותיים. הידברות זו מותנית בשמירה על כללי השוויון והתחרות ההוגנת בין המציעים. מירווח הידברות זה אינו מגיע כדי מתן רשות לניהול משא ומתן בין הצדדים למיכרז לשינוי פרטים מהותיים בהצעת משתתף.

14. ההידברות בין המזמינה לבין גאון אגרו לצורך הבהרות וליבון פרטים שונים בהצעתה לא סטתה בנסיבות הענין ממסגרת ההידברות המותרת על פי הדין והוראות המיכרז. לא נוהל ביניהם משא ומתן לשינוי תנאי ההצעה המהותיים. נוהל הליך של בירור חיוני בעניינים

טכניים, אשר הבהרתם היתה הכרחית לצורך מילוי מסגרת ההצעה בתוכן ברור, הניתן ליישום. במסגרת ההידברות, היו עניינים שהמציעה נדרשה להסבירם ולהבהירם, והיא עשתה כנדרש. נותרו שני עניינים שבהם לא תאמה הצעת הזוכה את דרישות המיכרז במלואן. בנושא המסנן, הציעה גאון-אגרו מסנן שונה מהחלופות שהוצעו במיכרז אולם משנדרשה להתאים את הצעתה לנדרש במיכרז קבלה זאת והתחייבה לכך. בעלת המיכרז ראתה בעניין זה עניין טכני ופעלה, למעשה, במסגרת סעיף 14 למיכרז המתיר תיקוני פגמים טכניים מסוג זה בהצעת משתתף. תיקון זה לא השפיע על המחיר ולא היה כרוך בשינוי פרט מהותי בהצעה. אשר לנושא העומסים בטיהור השפכים – גם עניין זה לא תאם באופן מלא את האמור במיכרז, אולם המומחים המקצועיים מטעם המזמינה סברו כי ניתן להשאירו לתכנון המפורט העתידי, המקיף בלאו הכי תחום נכבד ביותר של נושאים הקשורים בהקמה ובניהול של מכון השפכים. שינוי זה מהוראות המיכרז המקוריות אינו שינוי מהותי והוא משתלב באופיו וייחודו של המיכרז "כמיכרז מסגרת" במובן זה שחלק ניכר מהתכנון המפורט הקשור למפעל אמור להיעשות בעתיד. הליך ההידברות נעשה בלא פגיעה בתחרות ההוגנת בין המשתתפים.

ניתן לסכם ולומר:

הליך ההידברות בין המזמינה לבין גאון-אגרו בטרם הוחלט על הזוכה במיכרז לא סטה בנסיבות העניין ממסגרת המותר על פי דיני המיכרזים, בהתחשב בטיבו של המיכרז ותוכן הוראותיו. הוא נועד בעיקרו להסיר אי בהירויות וחוסר וודאות שנילוותה להצעות המשתתפים נוכח אופיו המקצועי המורכב של הפרוייקט. במסגרת הליך ההבהרות נדרשו גם מספר תיקונים טכניים להצעות שלא נגעו לעניינים מהותיים למיכרז. לא נתקיים משא ומתן בין הצדדים לצורך מיקוח על שינוי מרכיבים מהותיים בתשתית המיכרז. הליך ההבהרות ננקט על ידי המזמינה ביחס לכל המציעות בלא יוצא מן הכלל, וגם מהן נתקבלו תשובות והצעות להתאמות של הצעותיהן לדרישות המיכרז בעניינים טכניים שונים. החלטות ועדת המיכרזים נתקבלו על בסיס חוות דעת מומחים מקצועיים, בתום לב ובלא משוא פנים. בסופו של תהליך, הצעת גאון אגרו, במיוחד לאור המחיר שנקבע בה, נראתה למזמינה כהצעה הטובה ביותר בנסיבות הענין, ולפיכך בחרה בה כזוכה.

במכלול נתונים זה, אין מקום להתערב ולפסול את החלטת ועדת המיכרזים לבחור בגאון-אגרו כזוכה עקב הליך ההידברות שנתקיים ביניהם. בית המשפט לא יחליף את שיקול דעת ועדת המיכרזים בשיקול דעתו הוא אלא אם כן הוכחה סטייה מהותית משיקולי סבירות, תום לב והגינות בקיום הליכי המיכרז. (ע"מ 6352/01 חדשות ישראל נ' שר התקשורת, פד"י נון (2) 97, 141). אין זה המקרה כאן.

הייתי דוחה, איפוא, את טענת המערערת בהקשר זה.

טענות בדבר פגמי-סף

תנאים למינוי מתכנן

15. המערערת חוזרת על טיעוניה שהעלתה בבית המשפט המחוזי בדבר פגמים שנפלו ביחס לשיתופה של החברה ההולנדית בתורת מתכנן מטעמה של גאון-אגרו, כנדרש על פי המיכרז. לאור דרישות המיכרז, היה על מציע לצרף אליו מתכנן אשר יענה על תנאים שונים של מומחיות ונסיון מקצועי, והיה עליו לחתום בהקשר לכך על הסכמי התקשרות עמו ולהציג בנוסף לכך, כתב התחייבות בלתי חוזר כלפי המזמין בנוסח המופיע בנספח א' למסמכי המיכרז.

כתב התחייבות זה נועד ליצור זיקה ישירה בין המתכנן לבין בעל המיכרז, כדי להבטיח קיום אחריות ישירה של המתכנן כלפי המזמין למילוי חובותיו בלא קשר הכרחי למעורבותו של הזוכה בפרוייקט. במסמכים הקשורים לחברה ההולנדית נפלו שורה של פגמים טכניים ובהם – השמטת עמוד אחד מתוך ההסכם בין גאון-אגרו לבין החברה ההולנדית; מחיקת מילים מסוימות מתוך כתב התחייבות הבלתי חוזרת של החברה ההולנדית; העדר אימות על ידי עורך דין לכתב התחייבות, ופגמים נוספים.

יש, אכן, להלין על האופן שבו הגישה גאון-אגרו את מסמכי הצעתה למיכרז, המעיד על מידה של חוסר תשומת לב לפרטים שונים שקיומם נדרש במיכרז, גם אם פרטים הנושאים במהותם אופיי טכני. היא נהגה ברישול בהצגת מסמכי הצעתה וגרמה בכך להעמקת חזית היריבות וההתדיינות עם המערערת. אין להעלים עין מריבוי הליקויים הטכניים וממשקלם המצטבר. עם זאת, בית המשפט המחוזי בחן לפרטיהם את אופי הליקויים ומצא כי אין בהם פגמים מהותיים, ועיקר הפגמים הטכניים-פורמליים באו בינתיים על תיקונם. משום כך סבר כי אין לפסול את הצעת הזוכה מטעם זה. בנסיבות אלה, אין להתערב בהחלטתו, ויש להשאיר בעינה.

מכתב המלצה בנקאי

16. המערערת טוענת בערעורה כי מכתב ההמלצה הבנקאי להעמדת אשראי לפרוייקט שכל מציע נדרש להגיש במסגרת הצעתו, הוגש על ידי גאון-אגרו שלא בהתאם לדרישות המיכרז. על פי סעיף 5 לתנאי המיכרז, היה על המציע להמציא מכתב המלצה המופנה למציע מבנק רשום בישראל ובו הסכמת הבנק לשקול בחיוב העמדת אשראי למציע בסכום השווה למלוא ערך ההשקעה בפרוייקט כפי שהוערכה על ידי המציע בתכנית העיסוקית המוגשת בהצעתו, בתוספת 50%. טוענת המערערת כי גאון-אגרו הגישה מכתב המלצה מבנק הפועלים בדבר נכונות הבנק לממן פרויקט הקמה בסך 15 מליון ₪ בתוספת 50%, בעוד שעל פי תנאי המכרז היה צורך במכתב המלצה שיכסה את מלוא ערך ההשקעה בפרוייקט, המהווה 18 מליון ₪ בצירוף 50%. יש להוסיף כי בסעיף 17.9.5 למכרז נקבע כי הנחת העבודה של עורך המיכרז היא כי הפרוייקט כרוך בעלות תכנון של 10 מליון דולר של ארה"ב.

בית המשפט המחוזי מצא כי בנסיבות העניין, עונה מכתב ההמלצה של הבנק על דרישות המיכרז. אינני רואה עילה להתערב בקביעתו זו.

הבנק התחייב לשקול בחיוב העמדת אשראי לפרוייקט בגובה ההשקעה על פי התכנית העיסוקית שצורפה לבקשה בהתאם לעלות ההקמה של הפרוייקט, שנאמדה על ידי גאון-אגרו ב-15 מליון ₪ בתוספת 50%. בית המשפט פירש את ההמלצה כנסבה על עלות ההשקעה בעת ההקמה, שאכן עמדה על 15 מליון ₪, בעוד הרחבת הפרוייקט כעבור מספר שנים כרוכה בהשקעה נוספת של 3 מליון ₪, והיא מכוסה על ידי האשראי בשיעור ה-50% הנותרים. אין מדובר כאן במסמך ערבות בנקאית המהווה, כשלעצמו, מהתנאים החשובים במיכרז של רשות ציבורית (השווה פרשת מועצה מקומית מג'אר, שם, פסקה 7), אלא בהמלצת מוסד בנקאי בדבר חוסנו הכלכלי של המציע, שמעמדו כתנאי במיכרז אינו מהותי כשל ערבות בנקאית. לפיכך, צדק בית המשפט כאשר ראה במכתב ההמלצה מסמך העונה באופן בסיסי לדרישות המיכרז במובנן המהותי. ראוי לדחות גם טענה זו של המערערת.

17. אציע לדחות גם את שאר טענות הערעור, ובהן הטענה כי יש לפסול את זכיית גאון-אגרו מן הטעם שהמחיר שנקבה בהצעתה אינו סביר בהיותו נמוך מדי. בעלת המיכרז נתנה, אכן, משקל רב למחיר שננקב בהצעות, והמחיר בהצעתה של גאון-אגרו היה בעל יתרון כלכלי ברור למזמינה ביחס להצעות האחרות. יחד עם זאת, המזמינה לא התעלמה משאר תנאי המיכרז, ויחסה להם משקל, אך בראייה כוללת ראתה להעניק למדד המחיר משקל מיוחד בהעדפת הצעה אחת על פני חברתה. "על מקומו המיוחד של המחיר בין אמות המידה לבחירת ההצעה המועדפת אין צורך להרחיב דיבור. אמת המידה של המחיר משקפת את האינטרס הציבורי; היא מגלמת מדד אובייקטיבי לבחינת ההצעה והיא, כמובן, מעניקה יתרון כלכלי לרשות המזמינה" (דברי השופטת ביניש בע"מ 2310/02, איגוד ערים איזור דן נ' דסאל מרחבים, ש"ס, פסקה 7). בענייננו, העריכה ועדת המיכרזים את הנתונים השונים הנדרשים במיכרז, נתנה משקל מיוחד למימד המחיר אך בלא לוותר על הדרישות האחרות שהציבה במיכרז, ועל דרך שיקלולן על פי משקלן היחסי, מצאה להעדיף את הצעת גאון-אגרו. לא נראה לי כי יש להתערב באופן שבו ראתה הועדה לאזן בין הדרישות השונות שהציבה במיכרז, ובהעדפתה את הצעתה של גאון-אגרו על פני האחרות.

18. לאור האמור, אציע לחברי להרכב לדחות את הערעור. נוכח פגמים וליקויים טכניים שונים בהצעת גאון-אגרו, אציע שלא לחייב את המערערת בהוצאות המשיבים.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ביניש

קראתי את פסק דינה המקיף של חברתי, השופטת פרוקצ'יה, והתוצאה אליה הגיעה מקובלת עליי. מצטרפת אני למסקנה כי הטענות בדבר פגמים שלטענת המערערת נפלו בהצעתה של המשיבה 2 ובתהליך ההכרעה במכרז, אינם פגמים שיש בהם כדי להביא לביטול ההחלטה בדבר זכייתה של המשיבה 2 במכרז. במהלך העיון בטענות הצדדים הוטרדתי במיוחד מהשאלה האם הליך ההבהרות בו נקטה המזמינה במגעייה עם המציעה הזוכה לא עלה, כנטען על ידי המערערת, לכדי משא ומתן הפוגע בעקרון השוויון ומשום כך פסול הוא מכל וכל. לאחר ששקלתי בדבר, שוכנעתי כי בנסיבות העניין אין לראות בהליך ההידברות בין המזמינה לבין המשיבה 2 הליך שהגיע לכדי משא ומתן הפוגע בעקרון השוויון. כפי שציינה חברתי, מדובר במכרז מורכב הכולל בידע מקצועי ייחודי האמור לבוא לידי ביטוי בהפעלת הפרויקט לאורך שנים ארוכות (כ-25 שנים). בהתאם לכך, מסמכי המכרז אכן מאפשרים מידה רבה יחסית של "מרווח הידברות" בין הצדדים, כהגדרתה של חברתי. אין במסקנה זאת כדי לגרוע מהאיסור על משא ומתן בין מזמין למציע העומד בעינו ביחס למכרזים שטרם הוכרעה הזכייה בהם. במיוחד כך המצב ביחס למכרזים הנערכים על ידי הרשויות המקומיות על פי התקנות שבתוקף לעניין זה, שכן התקנות החלות על הרשויות המקומיות אינן קובעות חריגים לאיסור על משא ומתן וכזה הוא גם המכרז בו אנו דנים. עם זאת, בהתחשב במורכבות המכרז הנדון לפנינו, נראה כי צודקת חברתי השופטת פרוקצ'יה בקובעה כי יש בחרג לכלל האוסר משא ומתן כפי שנקבע ביחס למכרזי המדינה, כשמדובר ב"התקשרות לביצוע מיזם בעל מורכבות טכנולוגית מיוחדת, או מיזם הדורש איתנות פיננסית משמעותית" [תקנה 7(א)(1) לתקנות חובת המכרזים], כדי לאצול על ענייננו. לפיכך, אין לפסול את הליך קבלת ה"הבהרות" בנסיבות מכרז זה גם אם חרג מההיקף המקובל לעניין הבהרות. בהתחשב באופיו המיוחד של המכרז הנדון ובתנאים שנקבעו במסמכי המכרז המאפשרים גמישות בהידברות בין המזמינה למציעים, יש לראות בהידברות

זאת משום "הבהרות" שלא היה בהן כדי לפגום בעקרון השוויון במכרזים באופן המחייב התערבותנו בהכרעה במכרז.

בשולי הדברים אעיר כי כחלק מתהליכים כלכליים ותהליכי הפרטה שהרשויות המקומיות ורשויות המדינה מקיימים כיום, התרבו המכרזים רבי ההיקף והמורכבות, שמעורבים בהם מיזמים הכרוכים בסכומי עתק או בשיטות אחרות של התקשרות, כמו במקרה שלפנינו. אלו מכרזים מסוג חדש שלא הכרנו עד לפני שנים מספר. יש להפקיד על כך שעל אף הצורך להתאים את הליכי המכרז למציאות החדשה, לא יפגעו עקרונות היסוד של דיני המכרזים ויישמר האיזון הראוי בין האינטרס הכלכלי המוגן של בעל המכרז לבין הכללים שנקבעו בפסיקתנו ביחס לשוויון ההזדמנות הניתן למציעים ומתבטא בהקפדה על התנאים היסודיים של המכרז, על שוויון ביחס לתנאי הערבויות, ועל הימנעות מניהול משא ומתן עם מציע אחד בטרם ההכרעה בתוצאות המכרז.

לפיכך, מצטרפת אני לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק:

1. מסכים אני לתוצאה אליה הגיעה חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה ולהערוותיה של חברתי, השופטת ד' ביניש. מסקנתי זו מעוגנת בהוראות סעיף 14 למכרז הקובע:

"הסתייגויות

14.1 בכל מקרה של שינוי ו/או השמטה ו/או תוספת שיעשו על ידי המציע במסמכי המכרז ו/או כל הסתייגות לגביהם, בכל דרך ו/או צורה שהיא (להלן: 'הסתייגויות') רשאי המזמין:

14.1.1 לפסול את הצעת המציע למכרז;

14.1.2 לראות בהסתייגויות כאילו לא נכתבו כלל, ולהתעלם מהן;

14.1.3 לראות בהסתייגויות כאילו מהוות הן פגם טכני בלבד;

14.1.4 לדרוש מהמציע לתקן את ההסתייגויות, ובלבד שבתיקון כאמור אין בכדי לשנות

את מחיר ההצעה ו/או פרט מהותי בה ;

ההחלטה בין האפשרויות דלעיל נתונה לשיקול דעתו של המזמין. אם יחליט המזמין לנהוג לפי אחת האלטרנטיבות המנויות בס"ק (2) – (4) לעיל, והמציע יסרב להסכים להחלטתו, רשאי המזמין לפסול את ההצעה ו/או לחלט את הערכות הבנקאית שהוגשה על ידי המציע".

הנני רואה בשינויים שנעשו בהצעתה של ח' גאון-אגרו שינויים המותרים על פי הוראה זו שבתנאי המכרז. מקובל עלי כי שינויים אלה ("הסתייגויות") הם בעלי אופי טכני, ועל כן רשאית היתה בעלת המכרז להסכים להם. בשאר הטענות שהועלו בפנינו, אינני רואה עילה להתערב בהחלטתה של ועדת המכרזים, כאמור בפסק דינה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה.

2. נקודת המוצא המדריכה אותי הינה כי בהיעדר הוראה במכרז המאפשרת זאת כל שינוי בתנאי המכרז או בתנאי ההצעה נוגד את דיני המכרזים. בעל המכרז אינו רשאי לשנות את תנאי המכרז והמציע אינו רשאי לשנות את הצעתו. לעניין זה אין נפקא מינה אם השינוי הוא בעניין מהותי או בעניין טכני. שינוי טכני בתנאי המכרז אסור הוא; ושינוי טכני בהצעה אסור הוא – והכל בהיעדר הוראה נוגדת בתנאי המכרז, ואף אותה יש להפעיל על בסיס של שיוויון.

3. שאלה אחרת הינה, מה התוצאה של פגם שנפל בהצעה. עלינו להבחין בין הפרת החובה לבין התרופות בגין ההפרה. כאן יש להבחין בין פגמים מהותיים לפגמים טכניים. פגם מהותי פוסל ההצעה. פגם טכני מעניק בדרך כלל שיקול דעת לבעל המכרז: אם ירצה – יפסול המכרז; ירצה – יתעלם מהפגם. למותר לציין כי עליו לפעול מתוך שוויון. בעניין שלפנינו אין לנו צורך לבחון את הדין לעניין זה, שכן בתנאי המכרז ניתנה אפשרות לערוך שינויים טכניים בהצעה. נמצא, שאין לנו כלל עניין בהפרת החובה, אלא בהגשמתה.

4. כאמור, בפרשה שלפנינו שמר לעצמו בעל המכרז את החופש לקבל הצעה שיש בה שינוי טכני לעומת תנאי המכרז. תוקפו של תנאי זה בתנאי המכרז לא הותקף בהליך שלפנינו. חופש זה הופעל, על פי התנאי האמור, באופן שיוויוני, ועל כן לא ראיתי מקום להתערב בהחלטתו של בעל המכרז.

ה נ ש י א

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, כ"ו בתשרי תשס"ד (22.10.03).

א' ברק 54678313-3190/02

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א