



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

לפני כבוד השופט מנחם פינקלשטיין - סג"נ

העותרת **וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ**
באמצעות ב"כ, עו"ד רות ברק ועו"ד אמוץ ויס

נגד

המשיבות **1. עיריית ראשון לציון**
2. ועדת המכרזים שליד עיריית ראשון לציון
באמצעות ב"כ, עו"ד דותן שני
3. גינות יסמין בע"מ
באמצעות ב"כ, עו"ד איליא נסייר

פסק דין

כללי

1. בעתירה זו מבקשת וייס יוסי הנדסה חקלאית (2013) בע"מ (להלן: "העותרת") לבטל את החלטותיה של ועדת המכרזים שליד עיריית ראשון לציון (להלן: "ועדת המכרזים" או "המשיבה 2") מהתאריכים 9.5.16 ו-12.6.17, להכריז על גינות יסמין בע"מ (להלן: "גינות יסמין" או "המשיבה 3") כזוכה במכרז מס' 20/16 (להלן: "מכרז 20/16" או "המכרז הראשון") לבצוע עבודות גינון ואחזקה שוטפת בחבל מס' 4 בתחום העיר ראשון לציון. כן ביקשה העותרת להכריז עליה כזוכה במכרז.

2. זוהי העתירה השנייה שמגישה העותרת בעניין מכרז זה. קדמה לה עתירה שהגישה העותרת ביום 31.5.16 (עת"מ 16-05-62345 וייס יוסי הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח', להלן: "העתירה המקורית"), שבה עתרה לפסילת הצעותיהן של המשיבה 3 ושל מציעה נוספת במכרז (חב' נופים אחזקות ופיתוח בע"מ (להלן: "נופים") אשר ביקשה להימחק מהעתירה המקורית בהעדר יכולת לעמוד בביצוע העבודות אם תוכרז כזוכה במכרז. ביום 6.2.17 החזיר בית המשפט (כב' השופטת מרוז, סג"נ) את הדיון, בהסכמה, לוועדת המכרזים כדי לדון בסוגיית כתבי הערבות מטעם המשיבה 3 ומטעם חברת ג. מסעוד ג.ד. בע"מ (להלן: "ג. מסעוד") – מציעה נוספת במכרז אף היא. ועדת המכרזים המליצה שלא לפסול את הצעתה של גינות יסמין, והמלצתה אושרה ע"י ראש העירייה ביום 12.6.17. מכאן עתירה זו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

עיקרי העובדות

3. בחודש אפריל 2016 פרסמה עיריית ראשון לציון מכרז לביצוע עבודות גינון ואחזקה שוטפת בחבלים מס' 4, 7 ו-9 הנמצאים בתחום העיר (מכרז מס' 20/16). למכרז הוגשו 10 הצעות, לרבות הצעותיהן של העותרת ושל גינות יסמין.
4. ביום 16.4.18 הגיש נציג העותרת, מר וייס, את הצעת העותרת לתיבת המכרזים, והבחין במר גיהאד מסעוד, אשר הגיש שתי מעטפות למכרז וקיבל מידי מרכז ועדת המכרזים שני אישורים על מסירת המכרז, האחד על שם ג. מסעוד והשני על שם גינות יסמין. העותרת פנתה בעניין זה למשיבות 1-2 במכתב מיום 16.4.19.
5. ביום 9.5.16 התקיימה ישיבת ועדת מכרזים, ואליה זומנו חלק מהמזעירות אשר הצעותיהן נשקלו באותה עת. במסגרת אותה ישיבה נכחו שני אנשים מטעם גינות יסמין, אחד מהם מר מוחמד מסעוד, שהוא בעל המניות היחיד של ג. מסעוד.
6. ביום 16.5.16 הודיעה העירייה לעותרת כי ראש העירייה אישר את המלצת ועדת המכרזים מיום 9.5.16 שלפיה תימסר העבודה למזעיר ההצעה הזולה ביותר, וכי הצעתה של העותרת לא הייתה הזולה ביותר. עם קבלת מכתב העירייה פנתה העותרת לעירייה בבקשה לקבלת נתונים ולמימוש זכות העיון.
7. ביום 24.5.16 השיבה העירייה לפניית העותרת. בתשובה זו צוין כי שתיים מההצעות במכרז אמנם הוגשו לתיבת המכרזים באמצעות אותו שליח, אך מבחינת העירייה אין איסור על הגשת הצעות באמצעות אותו שליח, ואין בכך להוות בסיס לטענה של תכסיסנות או תיאום הצעות. למכתב צורפו העתק פרוטוקול ועדת המכרזים מיום 9.5.16 וכן חוות דעת משפטית מיום 5.5.16 שהופצה לחברי הוועדה לקראת הדיון. מפרוטוקול השימוע ומחוות הדעת עלה כי ההצעות הזולות מהצעתה של העותרת הן הצעותיה של גינות יסמין ושל נופים (כאמור, במסגרת העתירה המקורית הודיעה נופים כי היא חוזרת בה מהצעתה, וכי אין לה עניין בתוצאות המכרז והעתירה). למחרת הורשתה העותרת לעיין באופן חלקי בפרטי ההצעה הזוכה.
8. ביום 31.5.16 הגישה העותרת את העתירה המקורית, שבמסגרתה עתרה לפסילת הצעותיהן של גינות יסמין ושל נופים ולהכרזה על הצעת העותרת כזוכה במכרז. לאחר שהוגשו במסגרת העתירה המקורית תגובות המשיבות 1-3 על נספחיהן, התגלה מה שהוגדר על ידי העותרת בתור **הליקוי המרכזי** בהצעתה של גינות יסמין: התברר כי כתב הערבות מטעם גינות יסמין, וכן כתב הערבות מטעם ג. מסעוד הונפקו **באותו מעמד ומאותו חשבון בנק של ג. מסעוד** (כתב הערבות שצורף



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

להצעת גינות יסמין מסומן במספר 841-020300/42-30-1494-0002/9, וכתב הערבות שצורף להצעת ג. מסעוד מסומן במספר 841-020300/42-30-1494-0001/1; המספרים הסידוריים של הערבויות הם עוקבים – המספר הסידורי בכתב הערבות מטעם ג. מסעוד הוא 1220268, והמספר הסידורי בכתב הערבות מטעם גינות יסמין הוא 1220269. העותרת טענה כי הדבר מהווה אי עמידה בתנאי סף במכרז, שלפיו רשאים להשתתף במכרז יחידים או תאגידיים העומדים בכל התנאים בעצמם ולא באמצעות צד ג', וכי מדובר גם באינדיקציה ברורה לכך שהצעותיהן של גינות יסמין וג. מסעוד הוגשו בצוותא חדא ובתיאום.

9. בדיון ביום 29.1.17 בעתירה המקורית, הודתה העירייה כי ועדת המכרזים מעולם לא נתנה דעתה לעניין מסמכי הערבות של שתי המציעות האמורות. בהמשך לכך ניתן ביום 6.2.17 פסק דין שבו הוחזר הדיון בהסכמה לוועדת המכרזים, כדי שזו תדון בסוגיית כתבי הערבויות מטעם גינות יסמין ו-ג. מסעוד.

10. ביום 29.5.17 התקיימה ישיבה של ועדת המכרזים שבמהלכה נערך שימוע לגינות יסמין. לקראת השימוע הגישה גינות יסמין מכתב הבהרה (נספח י"ג לתגובת גינות יסמין לעתירה), שבו בין היתר התייחסות לנסיבות הוצאת הערבות הבנקאית מטעם גינות יסמין:

9" ...באותה עת ניגשה החברה [גינות יסמין] למכרזים נוספים וביקשה להנפיק ערבות למכרז נוסף ומשפנה מנהל החברה לבנק לקבל ערבון למכרז ע"ס 130,000 ₪, נמסר מהבנק כי לא ניתן להנפיק ערבון שכן הבנק הספיק להנפיק אישור על איתנות פיננסית בהסתמך על כך שמוחזק בחשבון הבנק המתנהל על שם חברת גינות יסמין סכום של 300,000 ₪ (שנועד להנפקת האישור על איתנות פיננסית).

10. בנסיבות אלו נתבקשה חברת גינות יסמין להסדיר מספר ערבים לצורך הנפקת ערבות בנקאית למכרז (בנוסף לאישור על איתנות פיננסית) אשר פרטיהם היו צריכים להישלח לסניף הראשי של בנק לאומי לשם בדיקת טיבם של ערבים אלו ורק בתום תהליך מסורבל אשר עלול היה להימשך זמן לא מבוטל היה הבנק מנפיק ערבות בנקאית.

11. חברת גינות יסמין אשר היה לה חשש מסוים וקטן, כי לא תעמוד בסד הזמנים שנקבע במכרז להנפקת ערבות בנקאית וביקשה להסיר כל סיכון בעניין, הגם הזעיר ביותר, פנתה באמצעות מנהלה למנהל חברת מסעוד וביררה עמו באם יוכל להנפיק בשם חברת מסעוד, ערבות בנקאית עבור חברת גינות יסמין וזה השיב בחיוב שכן באותה עת היה בחשבון חברת מסעוד כסף נזיל לא מבוטל.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

12. זה המקום לציין, כי חרף היריבות העסקית בין חברת גינות יסמין וחברת מסעוד (כמו גם בין חברות שונות בכפר) הרי שחברות אלו נוטות לעזור האחת לרעותה ככל שניתן מבלי לקבל תמורה בגין עזרה זו – היינו תחרות עסקית בריאה (וכך ראוי שיהיה)."

במכתב צוין גם כי גינות יסמין ו-ג. מסעוד הן שתי חברות נפרדות מכפר ערעה. צוין גם כי בכפר ערעה משתייכים למשפחת מסעוד למעלה מ-1,200 איש, אשר רובם המכריע עובדים בתחום הגינון. במהלך השימוע חזר עו"ד מטעם גינות יסמין על האמור במכתב, וטען כי מרשתו פעלה בתום לב ובניקיון כפיים, וכי אין חשש לתיאום מחירים או לתכסיסנות כלשהי. בהמשך אותה ישיבה החליטה ועדת המכרזים, ברוב של שניים נגד אחד, שלא לפסול את הצעתה של גינות יסמין, ולאשר את החלטת ועדת המכרזים מיום 9.5.16. דעת הרוב הייתה שלא היה תיאום מחירים, שהסיוע שגינות יסמין קיבלה מג. מסעוד אינו שיתוף פעולה אסור, ושגינות יסמין הגישה אישור איתנות פיננסית תקין כך שאין חשש בעניין איתנותה הפיננסית. דעת המיעוט הייתה כי לנוכח כל הטענות המצטברות ובפרט נושא הערבות, יש לפסול את ההצעה וזאת גם אם אין סימנים מובהקים לתיאום מחירים.

11. ביום 4.7.17 פנתה העותרת לב"כ העירייה בבקשה לקבל לידיה מסמכים נוספים הנוגעים למכרז, וכן את כלל מסמכי הצעתה שלה במכרז (התברר כי העותרת לא שמרה לעצמה עותק מהצעתה). הפנייה נענתה חלקית, והצעתה של העותרת לא צורפה לה. לאחר פנייה נוספת של העותרת, שלא נענתה על ידי המשיבות 1-2, הגישה את העותרת את העתירה הנוכחית ביום 19.7.17, ללא מלוא החומר המבוקש, ותוך שהיא עומדת על המצאתו ושומרת על זכותה לתקן את העתירה במידת הצורך לאחר קבלת החומר.

12. הדיון המקדמי בעתירה הנוכחית נקבע במקור ליום 1.11.17, אך ביום 17.10.17 הגישו המשיבות 1-2 הודעה ובקשה לדחיית מועד זה. בבקשה צוין כי במהלך חודש אוגוסט 2017 דנה ועדת המכרזים בטענות שהתקבלו אצלה בקשר עם הצעותיהן של גינות יסמין ושל ג. מסעוד **במכרז אחר לביצוע עבודות גינון בראשון לציון**, מכרז פומבי מס' 32/17 (להלן: "**מכרז 32/17**" או "**המכרז השני**"), וזאת לאחר שהצעותיהן הוכרזו כהצעות הזוכות במכרז זה. יצוין בקצרה כי נגד גינות יסמין נטען כי הצעתה נגועה בתכסיסנות ובאי גילוי פרטים מהותיים, שבאים לידי ביטוי בכך שבעל המניות בה והמנהל הרשום במרשם החברות (מרואן) הוא "איש קש" המשמש כמסווה לבעלים ולמנהל האמיתי של החברה (איאד), וזאת במטרה להסתיר את הקשרים המשפחתיים שבין איאד לבין בעל המניות והמנהל של ג. מסעוד (מוחמד מסעוד וג'אהד מסעוד, שהם קרובי משפחה של איאד). כן נטען כי שתי ההצעות הוגשו תוך תיאום מחירים פסול ואסור ביניהן, שבמסגרתו כל אחת מהמציעות הגישה הצעה זולה ואטרקטיבית למרחב אחד, והצעה יקרה ובלתי אטרקטיבית למרחב אחר, באופן שמונע תחרות אמיתית בין אותן מציעות ביחס לשני





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

המרחבים. לנוכח הטענות שהועלו, החליטה ועדת המכרזים ביום 21.8.17 לבטל את זכייתן של גינות יסמין ושל ג. מסעוד במכרז 32/17 ולפסול את הצעותיהן מלהשתתף במכרז. החלטות הוועדה אושרו על ידי ראש העירייה ביום 6.9.17. הודע לבית המשפט כי בכוונתה של ועדת המכרזים לבחון את השלכות קביעותיה ביחס למכרז 20/16, נושא עתירה זו שלפניי. כדי לאפשר זאת נדחה הדיון המקדמי ליום 3.1.18.

13. במסגרת כתב התגובה של משיבות 1-2 צוין כי הדיון בהשלכות המכרז השני על מכרז 20/16 התקיים ביום 27.11.17, ובסיומו הוחלט שלא לבטל לאלתר את ההתקשרות הקיימת עם גינות יסמין ביחס לעבודות הגינון בחבל מס' 4, שצפויה להסתיים בחודש מאי 2018, אך גם לא לממש את זכות הברירה הקיימת לעירייה על פי הוראות ההסכם להארכת ההתקשרות למשך שנה נוספת. כן נמסר כי פרק הזמן עד לתום תקופת ההתקשרות ינוצל על ידי העירייה לצורך פרסום מכרז פומבי חדש. צוין גם כי על החלטות ועדת המכרזים במכרז 32/17 הוגשו עתירות מינהליות הן על ידי ג. מסעוד (עת"מ 17-10-8980) הן על ידי גינות יסמין (עת"מ 17-11-9424) (שתיהן בפני כב' השופט א' סטולר).

14. בדיון ביום 3.1.18 הבהירה העותרת כי אין היא מסתפקת בהחלטתה של ועדת המכרזים מיום 27.11.17 שלא להאריך את ההתקשרות עם גינות יסמין ולפרסם מכרז חדש. העותרת עמדה על פסילת הצעתה של גינות יסמין. מאחר שלא צורף לעתירה העתק של הצעת העותרת במכרז (וזאת לטענת העותרת, משום לא נותר בידיה, בשגגה, עותק מהצעתה שלה במכרז), ויתרה העותרת על הסעד של הכרזתה כזוכה במכרז. ואולם, העותרת ביקשה כי בית המשפט יחזיר את הדיון לוועדת המכרזים לצורך קבלת החלטה חדשה במכרז.

15. התקיימו שני דיונים נוספים בעתירה. לאחר הדיון השני בעתירה הגישה העותרת בקשה דחופה למתן הוראות למשיבות 1-2, שבה התבקש בית המשפט להורות למשיבות 1-2 להגיש לבית המשפט העתק מהצעת העותרת במכרז, או למסור העתק מההצעה לעותרת כדי שזו תוכל לצרף אותה לעתירתה. המשיבות 1-2 התנגדו לבקשה, בעיקר מטעמים של סדרי דין ושל שיהוי בהגשת הבקשה. המשיבה 3 הודיעה כי היא אינה מתנגדת להעברת העתק מההצעה לידי העותרת, אך היא מתנגדת לצירוף ההצעה לעתירה. בדיון האחרון ביום 31.1.18 הודיעה ב"כ העותרת כי אין היא עומדת על בקשתה זו.

טענות העותרת

16. העותרת טענה כי גינות יסמין אינה עומדת באופן עצמאי בתנאי הסף הקבועים להגשת הצעה במכרז, וזאת משום שהערבות הבנקאית שאותה הגישה גינות יסמין במסגרת המכרז הונפקה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

באמצעות מציעה אחרת במכרז, ג. מסעוד. העותרת הפנתה לסעיף 2 לתנאי הסף במכרז, שבו נדרש באופן מפורש כי המציעים יעמדו בתנאי הסף בעצמם ולא באמצעות צד ג':

רשאים להשתתף במכרז זה יחידים או תאגידיים העומדים בכל התנאים הבאים

בעצמם, ולא באמצעות צד ג':

2.1 משתתף שהינו אדם פרטי:

....

2.2 משתתף שהינו שותפות

...

2.3 משתתף שהינו חברה

...

2.4 ערבות מכרז – להצעת המשתתף תצורף ערבות בנקאית אוטונומית על שם המשתתף בסך 130,000 ₪. הערבות תהיה בתוקף עד ליום 18.7.16 ותהיה בלתי מותנית, בלתי מוגבלת וניתנת למימוש בכל עת עד מועד פקיעתה...

כן הפנתה העותרת לנוסח כתב הערבות במכרז: "לפי בקשת _____ מס' ת.ז.ח.פ.ח.צ. _____ (להלן – "הנערב") אנו ערבים בזה כלפיכם...". נטען כי לפי נוסח זה, נדרש שהערבות תוצא לפי בקשת הנערב – קרי, המציע.

העותרת טענה כי ועדת המכרזים נמנעה מלהתייחס, בדיון שערכה ביום 29.5.17, לכך שערבותה של גינות יסמין אינה עומדת בתנאי הסף במכרז. צוין גם כי יועצה המשפטי של העירייה נמנע אף הוא מלהתייחס לנקודה זו, הגם שטענה בעניין זה הועלתה במפורש במסגרת הדיון בעתירה המקורית ביום 29.1.17. נטען כי גינות יסמין הודתה במסמך ההבהרה ובמהלך השימוע כי לא יכלה לעמוד בתנאי הסף במכרז באופן עצמאי, ולכן ניסתה לעמוד בתנאים אלה באמצעות צד ג', בניגוד מוחלט להוראות המכרז הברורות. לטענת העותרת, ברור גם כי גינות יסמין קיוותה שהדרך שאותה נקטה תחמת עינה של ועדת המכרזים, שכן הדרך היחידה לאיתור הפגם היא באמצעות השוואה בין מספרי החשבון שמהם נלקחו הערבויות.

העותרת טענה כי הכשרת הפגם בערבותה של גינות יסמין פוגעת פגיעה מהותית בעקרון השוויון בין המציעים השונים בפועל, ואף כלפי המציעים בכוח. בעניין זה ביקשה ללמוד לענייננו מפסקי הדין בה"פ (ב"ש) 55684-02-15 מילגם שירותים לעיר בע"מ נ' החברה הכלכלית לאשקלון בע"מ (מיום 19.4.15, להלן: "עניין מילגם") ובעת"מ 10-07-40793 י.ע.ז. – חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' קרן רמלה לחינוך, תרבות ופיתוח ואח' (מיום 7.4.11, להלן: "עניין י.ע.ז.").

17. כן הפנתה העותרת לסעיף 8.5 למסמכי המכרז, שלפיו:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

ועדת המכרזים רשאית לפסול כל הצעה שהוגשה לכאורה בתאום עם משתתפים אחרים אם יוכח לכאורה קשר זה ו/או אם מצאה כי קיים קשר מוקדם בין המציעים... ו/או אם קיים חשש כי ההצעה תכסיסנית ו/או הצעה בלתי סבירה...

בהתאם להוראות המכרז כל משתתף מחויב היה להגיש הצעה אחת בלבד, וכל משתתף יוכל לזכות לכל היותר בשני חבלים (מתוך שלושה). נטען כי בנסיבות אלה, היה לגינות יסמין ולג. מסעוד אינטרס מובהק לשתף פעולה ולפעול במסווה של שתי מציעות נפרדות, כדי לאפשר להן, כגוף אחד, לעקוף את תנאי המכרז ולזכות ביותר מ-2 חבלים.

העותרת טענה כי בהתאם לסעיף 8.5, היה על ועדת המכרזים לפסול את הצעתה של גינות יסמין, בשל תיאום וקשר מוקדמים עם ג. מסעוד, וכן בהיותה הצעה תכסיסנית. נטען כי שיתוף הפעולה, התיאום והקשר המוקדם בין שתי המציעות מתגלים בבירור, לנוכח העובדות המצטברות הבאות:

- א. מסמכי המכרז נרכשו עבור גינות יסמין על ידי מר ג'האד מסעוד, דירקטור בג. מסעוד;
- ב. שתי ההצעות הוגשו לתיבת המכרזים יחדיו על ידי ג'האד מסעוד;
- ג. גינות יסמין הגישה הצעת מחיר נמוכה יותר מג. מסעוד ביחס לחבל 4, בעוד שג. מסעוד הגישה הצעות נמוכות יותר ביחס לחבלים 7 ו-9, באופן המאפשר תאורטית לשתי המציעות לזכות במשותף בכל שלושת החבלים, ובכך לגבור על מגבלות המכרז;
- ד. במסגרת ישיבת ועדת המכרזים מיום 9.5.16, יוצגה גינות יסמין על ידי איאד מסעוד וכן על ידי מר מוחמד מסעוד, שהוא בעל מניותיה היחיד של ג. מסעוד.
- ה. הקשר בין גינות יסמין לבין ג. מסעוד הוא בגדר "סוד ידוע" לכולי עלמא. העותרת ציינה כי גינות יסמין זכתה לפני מספר שנים במכרז של המשיבה 1 לאספקת שירותי גינון ותחזוקה לחבל מס' 8, ואולם, בפועל, מסופקים השירותים על ידי מנהליה ועובדיה של ג. מסעוד.
- ו. כאינדיקציה נוספת מפנה העותרת למכתב מאת המשיבה 1 מיום 2.5.16 הממוען לגינות יסמין, אשר נשלח למספר פקס ששייך לג. מסעוד. בכותרת הנספח נכתב בכתב יד כי קבלת הפקס אושרה ע"י אדם בשם "גיאד" (לטענת העותרת מדובר בג'האד מחברת ג. מסעוד).
- ז. הערבות הבנקאית של גינות יסמין הוצאה מחשבונה של ג. מסעוד. העותרת טענה כי הוצאת ערבות על ידי מציעה במכרז עבור מציעה מתחרה באותו מכרז היא פעולה בלתי סבירה. לטענתה, הדבר יכול לקרות רק עקב קיומו של תיאום בין שתי המציעות.
- ח. נסיבות פסילת הצעתה של גינות יסמין במכרז השני.

כן נטען כי אי גילוי קשרים בין מציעים מהווה הפרה של חובת תום לב, אשר יש בה כדי להביא לפסילתן של הצעות, שכן הדבר מצביע על תכסיסנות ואף על תיאום בין המציעות. בנוסף לכל זאת נטען כי החלטתה של ועדת המכרזים מיום 27.11.17, שלא לבטל את פסילתה של גינות יסמין לאחר ההחלטה האחרונה שהתקבלה במכרז 32/17, היא בלתי סבירה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

18. העותרת טענה טענות נוספות, שאותן אזכיר בקצרה מאחר שאין הן במוקד העתירה:
- א. **צירוף תצהיר כוזב** – בהתאם לסעיף 5.7 למכרז נדרש המציע להגיש תצהיר מטעמו שבמסגרתו יפורטו פרטיו של מנהל העבודה מטעמו. בתצהיר שצירפה גינות יסמין להצעתה נמסרו פרטיו של איאד מסעוד (להלן: "איאד") ונמסר כי הוא מחזיק בסיווג המקצועי הנדרש. העותרת טענה כי גינות יסמין ידעה, עוד בטרם הוכרזה כזוכה במכרז, כי איאד מסעוד מנוע מלשמש מנהל העבודה, הן משום שנבחר לתפקיד ממלא מקום ראש המועצה המקומית ערעה והן משום שאין בידיו הסיווג המקצועי המתאים.
 - ב. **ההצעה הוגשה בצירוף מסמכים שגויים** – מסמכי המכרז וההצעה מטעם גינות יסמין היו חתומים ע"י איאד, אשר הציג עצמו כמנהלה של גינות יסמין. כן צורף אישור שלפיו איאד הוא מנהל ומורשה חתימה מטעם גינות יסמין. העותרת הצביעה על כך שמעיון במסמכי רשם החברות עולה כי המנהל ומורשה החתימה היחיד של גינות יסמין הוא אדם אחר, בשם דאר סוף מרואן (להלן: "מרואן").
 - ג. **צירוף מסמך נוסף למסמכי ההצעה** – נטען כי גינות יסמין צירפה להצעתה מסמך אשר אינו נדרש בהוראות המכרז, המהווה למעשה מסמך המלצה שמקנה יתרון בלתי הוגן על פני יתר המציעים. נטען כי בכך נפגע עקרון השוויון.

19. העותרת טענה כי הסעד הראוי בענייננו הוא החזרת הדיון לוועדת המכרזים. בתגובה לטענת המשיבות 1-2 כי חלף זמן רב מאז נבחרה הזוכה במכרז ועד היום, טענה העותרת כי עובדה זו אינה צריכה להיזקף לחובתה של העותרת, ואין הצדקה שהיא זו שתפגע מכך. זאת בייחוד כאשר המשיבות 1-2 "משכו זמן" עד לדיון מחודש בוועדת המכרזים, שעליו הורה בית המשפט בעתירה המקורית, ואף ביקשו במסגרת ההליך הנוכחי לדחות את הדיון עד לאחר הדיון בוועדת המכרזים ביום 27.11.17.

טענות המשיבות 2-1

20. ב"כ המשיבות 2-1 טען כי יש לדחות את העתירה, ולחלופין יש להסתפק בהודעתו כי העירייה החליטה שלא להאריך את ההתקשרות עם גינות יסמין והיא נערכת לפרסם מכרז חדש בחודש מאי 2018.

21. מאחר שבעקבות הגשת כתב התגובה הודיעה העותרת כי היא מוותרת על הסעד בדבר הכרזתה כזוכה במכרז, אין עוד צורך לפרט את נימוקי המשיבות 1-2 מדוע אין העותרת זכאית לסעד זה. אציין רק בקצרה כי המשיבות 1-2 טענו בעניין זה כי העותרת לא צירפה לעתירה את הצעתה במכרז (בהקשר זה טענו המשיבות 1-2 כי רק לאחר הגשת העתירה הנוכחית, כשנה וחודשיים לאחר זכייתה של גינות יסמין במכרז, פנתה העותרת בבקשה לקבל העתק מהצעתה שלה,





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

והמשיבות לא נענו לבקשה בשל עיתוי הגשתה). עוד נטען כי במועד בחינת ההצעות במכרז ההצעה הבאה בטיבה לאחר הצעתה של גינות יסמין הייתה הצעתה של נופים, ולא של העותרת. כן נטען כי הערבות הבנקאית שצורפה להצעתה של העותרת הושבה לעותרת במהלך חודש מאי 2016, והעותרת לא האריכה אותה או ניסתה למסור לעירייה ערבות בנקאית חדשה ותקפה שיהיה בה להבטיח את קיום התחייבויותיה על פי הוראות המכרז.

22. המשיבות 1-2 טענו כי יש לדחות את טענת העותרת נגד הערבות הבנקאית שצורפה להצעתה של גינות יסמין. לפי טענתן, אין בהנפקת הערבות מתוך חשבון הבנק של ג. מסעוד כדי להביא לפסילת הצעתה של גינות יסמין, שכן הערבות הבנקאית הייתה בנוסח המדויק שנקבע במסמכי המכרז. גינות יסמין הוגדרה בה בתור הנערב והגורם שהערבות הבנקאית הוצאה לבקשתו, באופן שהופך את הערבות הבנקאית עצמה לתקינה ואת הצעתה של גינות יסמין במכרז להצעה שעומדת בתנאי הסף. נטען כי בהעדר תנאי מפורש שמחייב את הוצאת הערבות מחשבון הבנק של המשתתף, אין בכך כדי לפגום בכשרותה של הערבות. לפי הטענה, הדרישה המופיעה ברישה של סעיף 2 ("ולא באמצעות צד ג'") אינה מהווה תנאי מפורש כאמור לגבי סעיף 2.4 שעניינו הערבות הבנקאית. מעבר לכך נטען כי המשתתפים במכרז נדרשו לצרף להצעתם אישור בדבר איתנות פיננסית, ואישור כאמור הוגש על ידי גינות יסמין, כך שלא ניתן לומר כי מטרתה של הערבות הבנקאית הייתה לבחון את איתנותם הפיננסית של המשתתפים במכרז.

המשיבות 1-2 טענו כי המקרה הנדון שונה מהמקרים בפסקי הדין בעניין **מילגם** ובעניין **י.ע.ז.**, וכי יש ללמוד בענייננו מפסק הדין בעת"מ (מרכז) 16-04-25752 **אברהם יצחק בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל** (מיום 12.7.16) (להלן: "עניין אברהם יצחק") ומפסק הדין בע"א 248/97 **איי.אף.אן. מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ"א(2) 646 (1997) (להלן: "עניין איי.אף.אן.").

23. כן ביקשו המשיבות 1-2 לדחות את טענת העותרת בדבר הצעה תכסיסנית, או הצעה שיש בה ניסיון להערים ולרמות את עורך המכרז מתוך מטרה לזכות במכרז. נטען כי עצם ההגשה של שתי ההצעות בידי אותו אדם – אינה אסורה, ואין בה די כדי לבסס חשד לתכסיסנות או לתיאום בין שתי המציעות. שתי המציעות הציגו ניסיון משמעותי בביצוע עבודות גינון עבור רשויות ציבוריות, הציגו מנהלי עבודה שונים בעלי ההכשרה המקצועית הנדרשת, וכן הגישו אישורים בדבר איתנות פיננסית בסכום שנדרש במסמכי המכרז. הצעותיהן הכספיות של גינות יסמין ושל ג. מסעוד לא היו זהות וגם לא קרובות. אף אחת מהן לא הייתה בסכום חריג ביחס ליתר ההצעות במכרז, ולא ניתן היה ללמוד מהן על מתווה של תיאום או שיתוף פעולה בין עורכי ההצעות. נטען כי מקרה זה שונה מהמקרה שהובא בפני ועדת המכרזים במסגרת מכרז 32/17, שבו ועדת המכרזים סברה שניתן ללמוד על מתווה של תיאום בין שתי המשתתפות במכרז. המשיבות 1-2 ידעו על קשר משפחתי כלשהו המתקיים אצל שתי המציעות, אך חרף זאת לא היה כל יסוד לחשש כי המדובר בהצעות תכסיסניות. אשר לטענות שעלו בעתירה המקורית ולאחריה, נטען כי נוכחותו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

של מוחמד מסעוד בשימוע של גינות יסמין ביום 9.5.16 לא הקנתה לו יתרון כלשהו, וכן כי הפרקטיקה של מעבר עובדים מקבלן שעבודתו הופסקה לקבלן חדש שנבחר לביצוע העבודות היא מוכרת ומקובלת.

בהקשר זה צוין כי הוצאת הערבות הבנקאית לטובת גינות יסמין מחשבון הבנק של ג. מסעוד אכן מלמדת על קשרים מוקדמים כלשהם בין שתי החברות. המשיבות 1-2 הודו כי מדובר בהתנהלות בלתי שקופה שראוי להימנע ממנה. יחד עם זאת טענו כי יש לקבל את הסבריה של גינות יסמין בדבר נסיבות הוצאת הערבות מחשבונה של ג. מסעוד, ואין בהענקת הסיוע האמור כדי להצביע על תיאום מחירים או על שיתוף פעולה אסור שחייבו את פסילת ההצעה.

24. עוד צוין כי בעת שוועדת המכרזים בחנה את הטענות שהועלו נגד שתי המציעות במכרז 32/17 היו בפניה נתונים ומסמכים שונים מאלה שהוצגו בפניה במסגרת מכרז 20/16, ועל כן הגיעה למסקנה שונה. בהתאם, החליטה גם שלא להאריך את ההתקשרות הקיימת עם גינות יסמין לביצוע העבודות נושא מכרז 20/16. על כל פנים, נטען כי ההחלטה שהתקבלה במכרז 32/17, וכן ההחלטה שהתקבלה בעקבות כך ביום 27.11.17, אינן חלק מהעתירה, וכל הטענות הקשורות בהחלטות אלה הן בגדר הרחבת חזית אסורה.

25. עוד טענו המשיבות 1-2 כי על פי אישור זכויות החתימה מיום 30.3.16 שהומצא על ידי גינות יסמין במסגרת הליך השלמת מסמכים, חתימתו של איאד לבדה מחייבת את החברה לכל דבר ועניין. לפיכך נטען כי יש לדחות את טענת העותרת שלפיה איאד אינו מורשה חתימה של גינות יסמין וכי בשל כך יש לפסול את הצעתה.

כן נטען כי מינויו של איאד לסגן ראש מועצה מקומית ערערה נקבע רק ביום 10.5.16, לאחר הגשת ההצעות במכרז, וכי בהוראות ההסכם שצורף למכרז נקבע שקיימת אפשרות להחליף את מנהל העבודה, ובלבד שהתקבל אישור העירייה לכך.

בנוסף נטען כי המשיבות 1-2 התעלמו מאישורים שצורפו להצעתה של גינות יסמין שאין בהם כדי לקיים את דרישות הסף, והתייחסו רק לאישורים רלוונטיים.

26. ב"כ המשיבות 1-2 טען כי אם יורה בית המשפט על פסילת הצעתה של גינות יסמין, לא יהיה מנוס מיציאה למכרז חדש. נטען כי אין להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים, הואיל ולא התבקש בעתירה סעד של החזרת הדיון לוועדת המכרזים, וכן משום שההצעה להחזיר את הדיון כאמור היא מיתממת, שכן זכייתה של העותרת מובטחת בשלב זה. יתרה מזאת, נטען כי אין כל הגיון או יעילות בהחזרת הדיון היום, כשמדובר בהצעות שהוגשו באפריל 2016. לפי הטענה, המצב העובדתי השתנה, חל שינוי בעבודות, השטחים השתנו, וייתכן שיש גם דרישות חדשות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

טענות גינות יסמין

27. ב"כ גינות יסמין טען כי יש לדחות את העתירה. גינות יסמין טענה כי בקבלת הצעתה אין פגיעה בעקרונות היסוד של דיני המכרזים. לפי הטענה, גינות יסמין עמדה בתנאי הסף בכל הנוגע למתן ערבות, ויש לדחות את הפרשנות המצמצמת והשגויה שנתנה העותרת לסעיף 2 לתנאי המכרז. נטען כי מדובר בערבות שהוגשה בהתאם לנוסח הערבות שצורף לתנאי המכרז, הערבות היא אוטונומית, בלתי מותנית ובלתי מוגבלת. הודגש כי הערבות היא על שם גינות יסמין בלבד, ולכן יש לקבוע כי גינות יסמין עמדה בתנאי המכרז בעצמה ולא באמצעות צד ג'. גינות יסמין ביקשה להבהיר כי היה ביכולתה להגיש באופן עצמאי ערבות בנקאית למכרז, אלא שמשום שכבר נתנה ערבות במכרז אחר, הרי הוצאת ערבות נוספת (למכרז נושא העתירה) הייתה כרוכה בבירוקרטיה מול הבנק אשר הייתה מכבידה עליה, ולכן חברת ג. מסעוד הסכימה לעזור לה בהוצאת הערבות. נטען כי המקרה הנדון אינו דומה למקרים שנדונו בעניין **מילגם** ובעניין **י.ע.ז.** גינות יסמין הפנתה בענייננו לפסק הדין בעע"מ 4282/16 **ראמי סאיג ואח' נ' נאיל חטיב ואח'** (מיום 7.8.17) (להלן: **"עניין סאיג"**).

28. עוד טענה גינות יסמין כי העותרת מנועה להעלות בעתירה זו טענות שעלו בעתירה המקורית ונדחו, כך על פי הטענה, על ידי בית המשפט במסגרת החלטתו בבקשה למתן צו ביניים. בעניין זה אציין כי אין בהחלטה בבקשה למתן צו ביניים כדי למנוע את העלאת הטענות, ואולם, כפי שכבר צוין, טענות אלה ממילא אינן במוקד העתירה.

29. גינות יסמין טענה כי יש לדחות את הטענה שלפיה מתקיים שיתוף פעולה פסול בינה לבין ג. מסעוד, העולה כדי הגשת הצעות תכסיסניות ומתואמות, זאת לצורך השגת יתרון בלתי הוגן אל מול יתר המציעות במכרז. לפי הטענה, גינות יסמין וג. מסעוד הן שתי חברות נפרדות, אשר ביניהן מתקיימת תחרות עסקית מובהקת. נטען כי העותרת מבססת טענותיה בין היתר על עניינים טכניים שאינם אסורים (רכישת מסמכי המכרז עבור גינות יסמין על ידי ג'האד מסעוד מחברת ג. מסעוד; הגשת מסמכי המכרז של שתי החברות על ידי ג'האד; נוכחותו של מוחמד מסעוד מחברת ג. מסעוד בישיבת ועדת המכרזים בעניינה של גינות יסמין). עוד נטען כי לא ניתן ללמוד על תכסיסנות מהצעות המחיר שהגישו שתי החברות, שכן הצעותיהן היו שונות בתכלית וכלל לא קרובות זו לזו. כן נטען כי לכל אחת מהחברות ניסיון עשיר בתחום הגננות; כל אחת מהחברות עבדה עבור עיריית ראשון לציון בתקופות שונות ובחבלים שונים; כל אחת מהחברות עמדה בתנאי הסף של המכרז באופן עצמאי לחלוטין, הציגה מנהל עבודה שונה והגישה אישורים בדבר איתנות פיננסית כנדרש במכרז. כל אלה מלמדים לפי הטענה על כך שמדובר בשתי חברות עצמאיות המתנהלות משך שנים באופן עצמאי. אין עסקינן ב"נשף מסכות" (הגשת הצעה על ידי "מציע קש" כשהמציע "האמיתי" אינו עומד בתנאי המכרז), ואף אין כל חשש של תכסיסנות בהצעותיהן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

30. כן נטען שככל שצירפה גינות יסמין להצעתה אישורים שאינם עדכניים ביחס למורשי החתימה מטעמה, הרי שהדבר נעשה בהיסח הדעת ובתום לב, והמדובר בפגם טכני בר תיקון. גינות יסמין הבהירה כי לפי אישור זכויות החתימה מיום 30.3.16 שהציגה לעירייה בהליך של הבהרה והמצאת מסמכים, חתימתו של איאד מסעוד לבדה היא שמחייבת את גינות יסמין לכל דבר ועניין. עוד טענה גינות יסמין כי לא הגישה תצהיר כוזב, שכן במועד החתימה על התצהיר (15.4.16) היה איאד עתיד לשמש כמנהל עבודה מטעם גינות יסמין לביצוע העבודות נושא המכרז. גינות יסמין ביקשה לדחות גם את הטענה בדבר צירוף מסמך נוסף למסמכי ההצעה. לטענתה, לא צוין במכרז כי על המשתתף במכרז להגיש מסמכים המעידים על ניסיון אצל רשויות מקומיות בלבד, ולכן לא נפל כל פגם בצירוף מסמכים המעידים על ניסיון בעבודה אצל גורמים אחרים.

31. עוד נטען כי לא התבקש בעתירה סעד של החזרת הדיון לוועדת המכרזים. בנוסף נטען כי אין להידרש לפסילתה של גינות יסמין במסגרת המכרז השני.

דיון והכרעה

32. לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים ובחנתי את כל החומר שהונח בפניי, הגעתי למסקנה כי דין העתירה להתקבל בשל הפגם שנפל בערבות הבנקאית שהגישה גינות יסמין.

33. הלכה פסוקה היא כי שני עקרונות עומדים ביסוד דיני המכרזים: האינטרס הציבורי והאינטרס העסקי. האינטרס העסקי עניינו בקבלת ההצעה האופטימלית מבחינה כלכלית. האינטרס הציבורי עניינו בהטחת קיומם של כללי המינהל התקין. על-פי כללים אלה מחויבת הרשות לבצע את תפקידה ללא משוא פנים, בשמירה על טוהר המידות, מתוך מטרה ליצור תחרות הוגנת בין המציעים ולנהלה בתנאים של שוויון. יישום האיזון הראוי בין עקרונות אלה, בנוגע לסוגיית הפגמים, מתבצע באמצעות אמת-המידה של עקרון השוויון. לפי עיקרון זה, הצעה הכוללת פגם שקבלתו תפגע בתחרות ההוגנת והשוויונית בין הצדדים – דינה להיפסל (עע"מ 21/13 מגנזי תשתיות בע"מ נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ (מיום 24.3.13)), פסקאות 7-6 לפסק דינו של השופט נ' סולברג, והאסמכתאות המוזכרות שם).

וכפי שהודגש בעע"מ 4246/14 אריה סער, משרד עורכי דין נ' מלכה אנגלסמן ושות', משרד עורכי דין (מיום 20.1.15), בפסקה 4:

בניגוד לחוזה מן המניין, שמתמקד בשני צדדים, המכרז משקיף גם על צדדי ג' – לרבות כאלו שבחרו שלא להשתתף במכרז. ממילא, מתן הזדמנות למציע לתקן בדיעבד פגם מהותי – פוגע מיניה וביה בשוויון. צא ולמד: בעולם החוזים רב כוחו של תום הלב. המיקוד הוא בין שני הצדדים לחוזה. לעומת זאת, בעולם המכרזי –





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

השיקול של שמירה על השוויון ומניעת אפליה הופך למרכזי. עיני ההליך נשואות גם לצדי ג' שהשתתפו במכרז, ואף לאלה שלא השתתפו משיקולים שעשויים להיות רלבנטיים להליך.

34. וכפי שנאמר בעע"מ 10392/05 אחים אוזן חב' לבנייה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, מיום 5.7.09, בפסקה 39 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (להלן: "עניין אוזן"):

התנאי במכרז המחייב הפקדת ערבות בנקאית נמנה על תנאי המכרז המהותיים שיש למלא אחריו בשוויוניות. יש להקפיד אחר מילוי לא רק כדי לספק את דרישת בעל המכרז לוודא בדרך זו את רמת רצינותו וחוסנו הכלכלי של המציע, אלא גם לצורך קיום ערך השוויון המכרזי בהתייחסותו ליתר המציעים, הן בפועל והן בפוטנציה. לקיום תנאי המכרז בנוגע להפקדת ערבות בנקאית יש נפקות לא רק ביחס למציעים האחרים שהשתתפו בפועל במכרז, אלא גם ביחס לאותם מציעים פוטנציאליים אשר עשויים היו להשתתף במכרז, אך נרתעו מכך בשל תנאי ההפקדה של הערבות. ויתור למציע במכרז מקיום תנאי מחייב הקשור בהפקדת ערבות פוגע בערך השוויון לא רק מבחינת המציעים האחרים שהפקידו ערבויות, אלא גם ביחס לאלה שלא ניגשו כלל למכרז, והיו עשויים להגיש הצעות אילו הניחו כי תנאי הפקדת הערבויות אינם תנאים קטגוריים, וניתן למחול עליהם. בלא שמירה על כללי השוויון במכרזים במובנים האמורים, לא תיתכן תחרות הוגנת במכרז.

בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי הכלל הוא שפגם בערבות בנקאית מביא לפסילת ההצעה, וזאת מבלי שיהיה צורך להעמיק חקר בפשר הטעות, או בכוונת המציע, או הערב (ראו עע"מ 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, מיום 31.1.10), בפסקה 3 לפסק דינו של השופט ח' מלצר, והאסמכתאות המופיעות שם). לכלל זה ישנו חריג, שעל מהותו עמדה השופטת (כתארה דאז) ביניש בעע"מ 10785/02 חב' י.ת.ב. בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, (2003) 910-909:

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

(ראו גם עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אברהמים, פ"ד נז(3) 505, 512 (2003); עניין אוזן בפסקה 44).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

35. בענייננו טענה העותרת כי נפל פגם מהותי בערבות הבנקאית שהגישה גינות יסמין, בעוד המשיבות 1-2 וכן גינות יסמין טענו כי לא נפל כל פגם בערבות הבנקאית וכי גינות יסמין עמדה בתנאי הסף הקבועים במכרז. יצוין כי לא הייתה בהחלטתה של ועדת המכרזים התייחסות מפורשת לשאלה האם עמדה גינות יסמין בתנאי הסף של המכרז בעניין הגשת ערבות בנקאית, ויש להצטער על כך. **בעניין זה דעתי היא כי אכן נפל פגם בערבות הבנקאית.** בסעיף 2 רישה לתנאי הסף במכרז נקבע **באופן מפורש** כי המשתתפים במכרז נדרשים לעמוד בתנאים הסף שפורטו בהמשך הסעיף (וביניהם הגשת ערבות בנקאית כאמור בסעיף 2.4) – **"בעצמם, ולא באמצעות צד ג"**. פרשנות סבירה והגיונית של דרישה זו היא עמידת המציע במכרז בתנאים באופן עצמאי מבלי להיעזר בסיועו של גורם אחר. הוצאת ערבות בנקאית מתוך חשבון של גורם אחר ולא מתוך חשבון של המציע היא בגדר הוצאת ערבות בנקאית באמצעות צד ג', ולכן אינה עולה בקנה אחד עם דרישת סעיף 2 רישה לתנאי המכרז. פרשנות אחרת מזו פוגעת לדעתי בשוויון, בוודאי כלפי משתתפים פוטנציאליים, ולכן אין לאשרה.

המשיבות 1-2 טענו כי בהעדר תנאי מפורש שמחייב את הוצאת הערבות מחשבון הבנק של המשתתף, אין לומר כי נפל פגם בערבות הבנקאית. לעניין זה טענו כי אין לראות את הדרישה המופיעה ברישה של סעיף 2 כתנאי מפורש כאמור לגבי סעיף 2.4 שעניינו הערבות הבנקאית. דעתי שונה. הדרישה בסעיף 2 רישה מנוסחת באופן רחב אך ברור. אין היא מפרטת תרחישים שונים אשר יהיו אסורים, אלא את העיקרון שלפיו יש לפעול. כך, אין היא כוללת איסור מפורש לעניין הוצאת ערבות מחשבון בנק אחר מזה של המשתתף, ואולם פרשנות סבירה והגיונית שלה מובילה לדעתי לתשובה ברורה בעניין: הדבר אינו מותר לפי תנאי המכרז. ייתכן כי בהעדר הדרישה האמורה, וכפי שנקבע במקרים עובדתיים שונים שנדונו בפסיקה (שאליהם אתייחס בהמשך), התוצאה הייתה אחרת. ודוק, כל מקרה יבחן לפי נסיבותיו, כאשר ההכרעה בענייננו מבוססת על לשון התנאי הספציפי במכרז הספציפי.

36. ער אני לטענה כי הערבות הבנקאית בענייננו לא נדרשה להוכחת איתנותה הפיננסית של גינות יסמין, מאחר שזו הגישה אישור נפרד בדבר איתנות פיננסית. אין מחלוקת על כך. ברם, את תנאי הסף יש לקיים גם בהינתן אישור נפרד זה, שכן **עקרון השוויון מחייב זאת.** בהקשר זה יוזכר כי במכתב ההבהרה שמסרה גינות יסמין לוועדת המכרזים לקראת ישיבת הוועדה ביום 29.5.17 פורטו הנסיבות שבגינן נעזרה גינות יסמין בג. מסעוד לצורך הנפקת הערבות הבנקאית. צוין באופן מפורש כי הנפקת הערבות הבנקאית ללא סיועה של ג. מסעוד כרוכה הייתה בתהליך מסורבל אשר עלול היה להימשך זמן לא מבוטל, וכי גינות יסמין חששה שמא במקרה כזה לא תעמוד בסד הזמנים שנקבע במכרז להנפקת ערבות בנקאית. גם אם מדובר בחשש שתואר כ"מסוים וקטן", הרי שמדובר עדיין בחשש קיים, ובאמירה ברורה של גינות יסמין כי ייתכן שלא הייתה יכולה לעמוד, אילולא אותה עזרה, בסד הזמנים של המכרז.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

37. אשר לטענת העותרת כי גם לפי נוסח כתב הערבות שצורף לחוברת המכרז נדרש שהערבות תוצא לפי בקשת "הנערב", קרי, המציע – עיון בנוסח כתב הערבות מלמד כי אכן יש בו התייחסות מובנית ל"נערב" ואין בו התייחסות מובנית לגורם נוסף. ברם, איני סבור כי נוסח זה לבדו היה בו די כדי להביא למסקנה בדבר פגם בערבות הבנקאית שהגישה גינות יסמין.

38. עוד יצוין כי מתעוררים במקרה הנדון ספקות בלתי מבוטלים בעניין תום לבה של גינות יסמין, אשר נמנעה מלציין במפורש במסגרת הצעתה כי הערבות הבנקאית הוצאה מתוך חשבון הבנק של גורם אחר, כל שכן כאשר אין מדובר ב"סתם" גורם אחר, אלא במתמודד אחר במכרז – ג. מסעוד. ועדת המכרזים כלל לא הייתה מודעת לעובדה זו, והדבר התגלה לראשונה על ידי העותרת לאחר שקיבלה לידיה את ההצעות המלאות של גינות יסמין ושל ג. מסעוד והשוותה את מספרי החשבון שצוינו בערבויות הבנקאיות שהגישו שתי החברות. גם ב"כ המשיבות 1-2 טען כי מדובר בהתנהלות שראוי היה להימנע ממנה.

39. סקירת הפסיקה הרלוונטית מובילה למסקנה כי כל מקרה צריך להיבחן לגופו לפי נסיבותיו. המשיבות 1-2 וכן המשיבה 3 נסמכות על פסקי הדין בעניין איי.אף.אן., אברהם יצחק וסאיג. סבור אני כי המקרה שבפניי שונה מאותם מקרים.

40. בעניין איי.אף.אן. נדון מקרה שבו פסלה ועדת המכרזים את הצעתה של המערערת על הסף מהטעם שכתב הערבות ניתן לבקשתו של תאגיד אחר. בתנאי המכרז לא נאמר מאומה בדבר זהותו של מבקש הערבות שתצורף להצעה. בית המשפט העליון קיבל את טענת המערערת, שלפיה בהעדר תנאי מפורש לעניין זה, לא היה כל פגם בהמצאת כתב ערבות שהוצא לבקשתו של תאגיד אחר. ואולם, ענייננו שונה מאותו עניין, שכן קיימת כאמור במכרז נושא העתירה דרישה כי העמידה בתנאי הסף, וביניהם הגשת ערבות בנקאית, תיעשה שלא באמצעות גורם ג'.

41. בעניין אברהם יצחק נטען נגד הזוכה במכרז כי היא משמשת "חזית" בלבד עבור גורם אחר אשר הנפיק עבור הזוכה את ערבות המכרז, והוא זה שצפוי לבצע את העבודות בפועל. יצוין כי באותו עניין הגישה הזוכה שני כתבי ערבות (ערבות מקורית שבוטלה בשל מחדל של ועדת המכרזים והפכה ללא רלוונטית, וכן ערבות מתוקנת). שתי הערבויות היו על שמה של הזוכה והוצאו לבקשתה. הערבות המקורית שבוטלה והפכה לחסרת רלוונטיות הוצאה מחשבון הבנק של הגורם האחר, וזאת לטענתה של הזוכה בשל התחשבות בינה לבין הגורם האחר. במסמכי אותו מכרז נדרש: "ההצעה תוגש על ידי אישיות משפטית אחת בלבד. כל המסמכים הנדרשים יהיו על שם המציע במכרז...". בית המשפט לעניינים מנהליים פסק כי בדרישות המכרז לא נקבע שהערבות צריכה להיות אך ורק מחשבון הבנק של המשתתף במכרז. צוין כי הערבות המקורית בוטלה והפכה ללא רלוונטית, אך כי גם אילו הייתה הערבות המקורית זו הקובעת בסופו של יום, על פי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

ההלכה אין נפקות לזהות הגורם אשר מחשבונו הוצאה הערבות. בעניין זה הפנה בית המשפט לעניין **איי.אף.אן**, שבו נאמר כי עצם היכולת להשיג ולהמציא את הערבות הנדרשת – היא החשובה. בית המשפט סיכם וקבע כי לא ניתן לראות את הערבות המקורית כפגומה בשל כך שהוצאה מחשבונו של הגורם האחר, בהינתן שלא הייתה כל דרישה שהערבות תוצא מחשבונו של המציעה.

סבור אני כי לנוכח הדרישה המפורשת במכרז נושא העתירה שבפניי, שונה עניינינו גם מעניין **אברהם יצחק**. הטעם לכך נעוץ בהבדל בין הדרישה בעניין **אברהם יצחק** כי "ההצעה תוגש על ידי אישיות משפטית אחת בלבד. כל המסמכים הנדרשים יהיו על שם המציע במכרז...", לבין הדרישה בעניינינו, שלפיה המציע יעמוד בתנאי הסף באופן עצמאי ושלא באמצעות צד ג'. הדרישה בעניינינו מחמירה יותר, ולפי פרשנות סבירה והגיונית, ובמחשבה על מציעים פוטנציאליים, אין היא מאפשרת הגשת ערבות בסיועו של צד ג'.

42. אשר לפסק הדין בעניין **סאיג**, באותו עניין ביטל בית המשפט לעניינים מנהליים מכרז שערכה רשות מקרקעי ישראל לחכירת מגרשים לבנייה עצמית בעיר עפולה, בשל אי בהירות באחד מתנאי המכרז, ובשל תיאום פסול בין חלק מהמציעים שזכו בו. בית המשפט העליון קיבל חלקית את הערעור, קבע שהמכרז ייוותר על כנו ופסל רק את הצעותיהם של חברי קבוצה אחת של זוכים, מתוך ארבע קבוצות זוכים. הטענה העיקרית שעלתה באותו פסק דין ורלוונטית לעניינינו היא טענת תכסיסנות (תיאום הצעות). אכן, באותו עניין הוזכר גם כי בשתיים מהקבוצות הוצאו ערבויות בנקאיות מתוך חשבון בנק אחד, ואולם הדבר הוזכר במסגרת בחינת שאלת התכסיסנות. בית המשפט לא דן בשאלה האם ערבויות אלה פגומות (בכלל זה, למשל, לא הובאו הוראות המכרז הנוגעות לדרישת הערבות הבנקאית). לפיכך איני סבור כי ניתן ללמוד מאותו עניין לעניינינו.

43. העותרת הפנתה לפסקי הדין בעניין **מילגם וי.ע.ז.** בעניין **מילגם** דובר במציע במכרז – חברה שהייתה נתונה בהליך של הקפאת הליכים, ובית המשפט אישר העברת תפעולה השוטף, לרבות מימונה, לחברה אחרת. תמצית המחלוקת הייתה בכך שהערבות הבנקאית שהמציע במכרז נדרש לתת "**על שמו ומחשבונו**", ניתנה, בפועל, על שמה ומחשבונו של החברה האחרת שהתעתדה לרכוש את פעילותו של המציע. בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר בפגם מהותי בערבות הבנקאית, וכי מסיבה זו הצעת המציע אינה עומדת בתנאי הסף במכרז.

בעניין **י.ע.ז.** דן בית המשפט לעניינים מנהליים בשאלה האם יש לפסול זכייה במכרז בשל צירוף ערבות בנקאית להבטחת סכום שיידרש מאת גורם שלישי, שאינו המציע, בניגוד לקבוע בתנאי המכרז. נוסח הערבות הבנקאית שנקבע במכרז היה:





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

"אנו ערבים כלפיכם (יחד ולחוד) לתשלום כל סכום... שתדרשו מאת _____
(להלן: "הנערב") בקשר עם מכרז מס' 3/10 שביניכם לבין הנערב בעניין ביצוע
עבודות..."

הנוסח שהוגש על ידי הזוכה היה:

"אנו ערבים כלפיכם יחד ולחוד לתשלום כל סכום... שתדרשו מאת בן הרוש מיכאל
(להלן: "החייב") עבור אטדגי אהרון... (להלן: "הנערב")..."

קרי, דובר בערבות על שם צד ג' עבור המציעה. בפסק הדין עלתה השאלה, האם צירוף ערבות מאת צד שלישי, שאינו המציע במכרז, מהווה פגם בערבות. נמצא כי מסמכי המכרז שותקים בשאלה זו ואינם מבהירים כי הערבות שאותה נדרש המציע לצרף להצעתו היא ערבות אישית שלו בלבד. עם זאת, למסמכי המכרז צורף נוסח הערבות המחייב, ולפיו תינתן הערבות לתשלום סכום שיידרש מאת הנערב. נמצא כי מנוסח זה מתבקשת המסקנה בדבר זהות בין המציע לבין החייב על פי הערבות, שכן אחרת יהיה זה שינוי מהותי של תנאי הערבות. נקבע כי לא ניתן להכשיר את נוסח הערבות שהגישה הזוכה, מחמת פגיעה בעקרון השוויון ומתן יתרון בלתי הוגן על פני יתר המציעים, לרבות מציעים פוטנציאליים.

המקרים שנדונו בשני פסקי דין אלה אינם זהים כמובן למקרה שבפניי, ואולם ניתן ללמוד מפסקי דין אלה על אודות ההקפדה הנדרשת בעניין העמידה בדרישה הקבועה במסמכי המכרז ביחס לתנאי שעניינו הערבות הבנקאית, בשל החשש מפני פגיעה בעקרון השוויון ומתן יתרון בלתי הוגן.

44. המסקנה אפוא היא כי נפל פגם בערבות הבנקאית שהגישה גינות יסמין. אין מדובר בפגם מסוג של טעות סופר או פליטת קולמוס. מדובר בפגם מהותי, אשר משמעותו היא אי עמידה בתנאי הסף במכרז, ותוצאתו היא פסילת הצעתה של גינות יסמין.

45. העותרת פירטה רשימה של אינדיקציות התומכות בטענתה לחשש בדבר קיומו של קשר מוקדם ותיאום אסור בין גינות יסמין וג. מסעוד. הנפקת ערבות בנקאית מתוך חשבונה של ג. מסעוד, שהתחרתה בגינות יסמין במסגרת המכרז, היא ללא ספק אחת האינדיקציות הבולטות. דברים אלה מעלים בהחלט תמיהות נוספות ביחס לתקינות הצעתה של גינות יסמין. לא אכריע בעניין תמיהות אלה, הואיל והפגם בערבות הבנקאית מביא ממילא לביטול זכייתה של גינות יסמין.

46. בנסיבות העניין איני רואה צורך לדון בטענותיה האחרות של העותרת בדבר פגמים בהצעתה של גינות יסמין, ואציין רק כי לדעתי בטענות אלה לבדן לא היה כדי להביא לפסילת הצעתה של גינות יסמין.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון ואח'

47. לא בלי התלבטות, החלטתי להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים כדי שזו תקבל החלטה חדשה במכרז. אכן, חלף זמן רב מאז פורסם המכרז באפריל 2016, והמשיבות 1-2 אף הודיעו במסגרת הדיון בעתירה כי לא יאריכו (פעם נוספת) את תקופת ההתקשרות עם גינות יסמין, וכי העירייה תפרסם מכרז חדש. ואולם, סבור אני כי לא יהיה זה צודק לקבוע שחלוף הזמן, שבחלקו נובע מההליכים המשפטיים שננקטו עד היום ובחלקו רובץ לפתחן של המשיבות 1-2, יקבע את התוצאה. ב"כ המשיבות 1-2 טען כי המצב העובדתי השתנה וחל שינוי בעבודות, וייתכן שגם ישנן דרישות חדשות, אך מדובר בטענות כלליות שלא פורטו.

הצעתה של העותרת לא צורפה לעתירה, ומסיבה זו לא ניתן אכן להכריז עליה כעל זוכה במכרז (אעיר כי לא היה מקום בעיניי לסירובן של המשיבות 1-2 למסור לעותרת את מסמכי הצעתה). בנסיבות אלה סבור אני כי יש להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים, הגם שסעד זה לא התבקש באופן מפורש בכתב העתירה (אם כי ניתן לראותו בגדר הבקשה החלופית ל"כל סעד מתאים").

סוף דבר

48. העתירה מתקבלת. הצעתה של גינות יסמין נפסלת, והדיון מוחזר לוועדת המכרזים. המשיבות 1-2 (יחדיו) והמשיבה 3 יישאו בהוצאות העותרת ובשכ"ט עו"ד בסכום כולל של 20,000 ₪, כל אחת.

המזכירות תשלח העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, י"ד אייר תשע"ח, 29 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

מנחם פינקלשטיין, סגן נשיא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

29 אפריל 2018

עת"מ 17-07-42917 וייס יוסי - הנדסה חקלאית (2013) בע"מ נ' עיריית ראשון לציון
ואח'

