



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 11-10-43258 לקטיבי חברה לפתוח בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון ואח'

בפני כב' השופטת נאוה בן אור

העותרת לקטיבי חברה לפתוח בע"מ על ידי ב"כ עו"ד רות ברק

נגד

המשיבים 1. מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון על ידי פרקליטות מחוז ירושלים 2. אליעזר כלפון על ידי ב"כ עו"ד אילן שמר

פסק דין

1. משרד הבינוי והשיכון פרסם מכרז להשלמות פיתוח ולביצוע שטח ציבורי פתוח בעיר רמלה. המדובר במכרז "מחיר", היינו, במכרז שאינו בוחר את טיב ההצעות אלא את מחירן בלבד. אין חולק, כי הצעתה של העותרת הייתה זולה יותר מהצעתה של משיבה 2 (ולהלך: הזוכה). ההפרש בין שתי ההצעות עומד על כ- 1.2 מיליון ₪. אלא שעל פי תנאי המכרז, היה על המציע לצרף ערבות "בנוסח המפורט במסמכי המכרז בלבד". בסיפא של נוסח הערבות הנדרש הופיע המשפט: "ערבות זו אינה ניתנת להעברה". מהצעתה של העותרת נשמט משפט זה, ולפיכך נפסלה על הסף. לטענת העותרת, אין המדובר בפגם פוסל, כי אם בהשמטה בהיסח הדעת, שאין בה להעלות או להוריד. מכאן העתירה.

2. בכתב התשובה טען המשיב, כי המדובר בהשמטה של משפט מהותי מן הערבות, וכי בשל השמטתו, הפכה הערבות לסחירה, כזו שניתן להמחותה לאחר. ההשמטה שינתה, אפוא, את תנאי הערבות, ולפיכך החלטה של ועדת המכרזים לפסול את הצעתה של העותרת הינה החלטה סבירה, שאין מקום להתערב בה. כפי שנראה בהמשך, במהלך הדיון בבית המשפט שינה המשיב את טעמו, ולא עמד עוד על הטענה כי הפגם משנה את הערבות שינוי מהותי. המשיב נותר בעמדתו כי החלטת ועדת המכרזים סבירה ואין להתערב בה.

3. הזוכה סבורה, כי השמטת המשפט האמור הופכת את כתב הערבות שצורף להצעת העותרת לסחירה, מה שיכול להביא לכך שבמקרה שהמשיב יאבד את הערבות, ניתן יהיה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 11-10-43258 לקטיבי חברה לפתוח בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון
'ואח'

לעשות בה שימוש, והמשיב יהיה צפוי לתביעה כספית מצד מזמין כתב הערבות. בנוסף
טוענת הזוכה, כי העותרת השתתתה בעתירתה.

4. אסיר תחילה מן הפרק את טענת השיהוי. יושם אל לב, כי המשיב אינו טוען טענה זו,
והיא נשמעה אך מפי הזוכה. על פי לוח הזמנים המפורט בעתירה, שאין המשיב חולק עליו,
ביום 4.10.11 שלח הבנק הערב מכתב תיקון לנוסח הערבות, בעקבות שיחה טלפונית בין
העותרת לבין מי ממחלקת המכרזים במשיב, ואשר במסגרתה הבינה העותרת כי ערבותה
נפסלה בשל הפגם האמור. העותרת הזדרזה ושלחה את הנוסח המתוקן וצרפה לו מכתב,
מיום 6.10.11, בו פרשה את טענותיה. אכן, החלטת ועדת המכרזים בעניין פסילת הצעתה של
העותרת וזכייתה של הזוכה נתקבלה עוד ביום 3.10.11, אולם הודעת המשיב בדבר תוצאות
המכרז נשלחה רק ביום 9.10.11, ונתקבלה בידי העותרת רק ביום 17.10.11. נראה, כי
העותרת רשאית הייתה לצפות כי פנייתה מיום 6.10.11, תישקל לגופה בטרם תינתן ההודעה
הסופית בדבר תוצאות המכרז. העותרת לא יכולה הייתה, אפוא, לנקוט כל פעולה משפטית
בטרם הודעו לה תוצאות המכרז באופן רשמי. ביום 23.10.11 ביקשה העותרת, בפנייה
למשיב, שיקפא את תוצאות המכרז על מנת שתוכל להשלים את העיון במסמכי המכרז.
העתירה עצמה הוגשה ביום 30.10.10, לאחר שרק ביום 25.10.11 נמסרו מסמכי המכרז
לעיונה של העותרת. העותרת הודיעה לוועדת המכרזים שהיא מבקשת לעיין במסמכים על
מנת שתוכל לשקול את צעדיה, ואף עמדה על הותרת הערבות בידיה של ועדת המכרזים
משום שהיא עומדת על זכייתה במכרז. ועדת המכרזים הייתה מודעת, אם כך, להשגותיה של
העותרת, עוד בטרם חתמה על הסכם ההתקשרות עם הזוכה. בהינתן לוח הזמנים המפורט,
איני סבורה כי העותרת השתתתה.

5. נפנה, אם כן, לדיון בשאלה העיקרית המחייבת הכרעה.

נקודת המוצא, כפי שהסכימו הצדדים כולם, כי גישת הפסיקה ביחס לפגמים בערבות
מחמירה. הכלל הוא שפגם בערבות הוא פגם מהותי. תכלית הגשתה של ערבות בנקאית תוך
הקפדה דקדקנית על הנדרש במסמכי המכרז היא להבטיח בדרך זו את רצינותו של המציע
ואת חוסנו הכלכלי, ולקיים את ערך השוויון ביחס לכלל המציעים, אלה בפועל ואלה
הפוטנציאלים (עע"מ 10392/05 אחים אוזן חב' לבנייה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל,
פורסם במאגרים). בנוסף, מספקת הערבות אמצעי יעיל לגביית פיצויים, היה ויחזור בו
המציע מן ההצעה שזכתה במכרז. תכליות אלה עומדות ביסוד הכלל לפיו פגם בערבות
הבנקאית יפסול את ההצעה, מבלי שיהיה על וועדת המכרזים לברר לעומק את פשר הטעות,



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 11-10-43258 לקטיבי חברה לפתוח בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון ואח'

את כוונת המציע, או את כוונת הערב (עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, פ"ד נו(3), 505).

אלא שגם לכלל הדווקני הזה יש חריגים, כגון פליטת קולמוס, טעות סופר, השמטה מקרית או הוספת דבר באקראי, וכאשר מתווספים אליהם ארבעה התנאים המצטברים שנמנו בפסק הדין בעע"מ 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם במאגרים), ניתן יהיה לשקול אם להכשיר את הערבות. התנאים המצטברים הם אלה:

הטעות נלמדת מן הערבות עצמה; ניתן ללמוד על כוונתו המדויקת של השוגה, תוך שימוש בראיות אובייקטיביות המצויות בפני ועדת המכרזים בעת פתיחת ההצעות; על פני הדברים נראה כי הטעות מקורה בתום לב ונובעת מהיסח דעת, להבדיל מכוונת מכוון של המציע או של הבנק הערב; אין בטעות ובתיקונה כדי להקנות למציע יתרון הפוגע בעקרון השוויון וביתר הכללים של דיני המכרזים.

כפי שנראה להלן, מסקנתי היא כי הדין עם העותרת, וכי לא הייתה הצדקה לפסילת הצעתה.

6. מצד דיני הערבות, נראה כי המשפט שהושמט, היינו, שכתב הערבות אינו ניתן להעברה, אין בו אלא לשקף את המצב המשפטי כהווייתו. רוצה לומר, בין שמדובר בערבות רגילה (סעיף 1 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967), ובין שמדובר בערבות בנקאית אוטונומית, שהיא חיוב עצמאי, או התחייבות לשיפוי (סעיף 16 לחוק הערבות), ערבות היא התחייבות בעלת אופי חוזי. ההבדל בין השתיים נוגעת לדרך שבה קמה חובת התשלום של הערב. בערבות רגילה, קמה חובת התשלום בעקבות הפרה בפועל של החוזה, שעל בסיסו ניתנה הערבות. ואילו בערבות בנקאית אוטונומית, "חיובו של הערב הוא חיוב ראשוני, שאינו מושפע מדרך קיום עסקת היסוד, ולכן חובת התשלום של הערב קמה בעקבות הצגת המסמכים המהווים תנאי לתשלום לפניו, בלי שהוא נדרש לבדוק אם הייתה בפועל הפרה של עיסקת היסוד" (ע"א 5717/91 מליבו ישראל בע"מ נ' אז-דז טרום (1973) בע"מ, פ"ד נו(2), 685, פסקה 9). עם זאת, הערבות, בין זו ובין זו, היא, כאמור, מסמך בעל אופי חוזי, ובענייננו - הסכם בין הערב לבין המשיב, ולא שטר חליפין. אין המדובר, אפוא, במסמך סחיר או עביר.

גם עיון בנוסח הערבות שצורף למכרז מלמד, כי אין המדובר במסמך סחיר, שכן התחייבות הערב בו היא כלפי המשיב, ולא "לפקודתו". כפי שכבר הקדמתי ואמרתי, במהלך הדיון הודה ב"כ המשיב כי אין כל משמעות למשפט שהושמט מנוסח כתב הערבות שצרפה העותרת, אלא שלטענתו אין זה מתפקידה של ועדת המכרזים לברר זאת. בטענה זו אדון



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 11-10-43258 לקטיבי חברה לפתוח בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון ואח'

להלן. בשלב זה נסכם ונאמר, כי המשפט "ערבות זו איננה ניתנת להעברה" כל שיש בו, הוא ביטוי של המצב המשפטי בפועל, בין אם מופיע המשפט בנוסח כתב הערבות ובין אם לאו.

7. משבאנו למסקנה זו, נראה כי נובעת ממנה מסקנה נוספת, הפעם מצד דיני המכרזים, ולפיה הפגם המדובר אינו פוסל את הערבות. בסיטואציה זהה לחלוטין לזו שבענייננו, כך פסק בית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב (כבי' השופטת ר' רוני), בעת"מ 11-02-10562 **בריטניקה מערכות ידע בע"מ נ' המוסד לביטוח ולגיהות ואח'** (פורסם במאגרים). וראו לעניין זה גם הרציג, **דיני מכרזים**, כרך ד' חלק א', מהדורה שניה, עמ' 426-428. מאחר שאין במשפט שהושמט אלא לשקף את המצב המשפטי ביחס לאי סחירותה של ערבות, הרי שהשמטתו אינה מעלה או מורידה, כפי שהודעה, למעשה, ב"כ המשיב. מנגד, איש אינו טוען, כי המשיב לא יוכל לממש את הערבות אם תפר העותרת את חיוביה כלפיו. בנסיבות אלה, כשהמדובר בהשמטה מקרית וחסרת נפקות, אני סבורה כי אין מתחייב כלל דיון בסוגיה האם המדובר בפגם שחל עליו אחד החריגים שהוכרו בפסק הדין בעניין אדמונית החורש. למעלה מן הצורך אומר, כי עמדתי היא שגם באותם תנאים מצטברים שנקבעו באותו פסק דין עומד הפגם האמור. מאחר שכתב הערבות מנוסח כהתחייבות של הערב כלפי המשיב, ניתן להסיק מתוכו כי הוא אינו ניתן להעברה וכי זו הייתה כוונת מנסחו. מאחר שלא הוקנה לעותרת או לערב כל יתרון, הרי שאין כאן אלא היסח הדעת ולא כוונת מכוון, ולמסקנה זו ניתן לבוא גם בלא מכתב הבהרה מן הבנק. מאותו טעם, אין בתיקון הטעות כדי להקנות לעותרת יתרון הפוגע בעקרון השוויון.

8. טענת ב"כ המשיב כי גם בהינתן כל אלה אין לפסול את החלטת ועדת המכרזים בהיותה החלטה סבירה, אינה מקובלת עלי. לסברתו, אין הרשות צריכה להיות "כבולה לתרגילים משפטיים", כלשונו, של מי שהיה רשן, ואין מוטלת כל חובה על היועץ המשפטי של הוועדה להיועץ בפקידי הבנק על מנת לברר את כוונתם. עוד טוען הוא, כי פגם בערבות אינו מצריך דיון, ו"יש גבול", לדבריו, להתערבותו של בית המשפט.

9. נתחיל בכך, שהחלטה בלתי מנומקת של הרשות יוצאת מידי חזקת התקינות. העדר הנמקה מעביר את הנטל, בהליך של ביקורת שיפוטית, לרשות המינהלית, להוכיח שהחלטה התקבלה כדן (בג"ץ 2159/97 **מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שד הפנים**, פ"ד נב(1), 75). בענייננו, כל ששמענו לגופו של עניין מפי המשיב הוא, כי אין, מבחינתו, משמעות למשפט שהושמט, ואם כך מסכים הוא, כי בין כך ובין כך הערבות אינה סחירה, ואין מוקנה יתרון לעותרת או לערב בשל ההשמטה. אני סבורה כי במצב דברים זה, ניתן להסתפק במענה כי



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 11-10-43258 לקטיבי חברה לפתוח בע"מ נ' מדינת ישראל-משד הבינוי והשיכון ואח'

בית המשפט אינו אמור להתערב בהחלטת ועדת המכרזים, וכי ועדת מכרזים סבירה הייתה רשאית להגיע למסקנה אליה הגיעה הוועדה בענייננו. אכן, אין תפקידו של היועץ המשפטי לוועדה לשוחח עם פקידי הבנק ולברר את כוונתם הסובייקטיבית, אולם משהסכים המשיב כי אין משמעות להשמטה, הרי שאין המדובר בהחלטה סבירה. כך גם אין בידי לקבל את הטענה, לפיה התנהלותה של העותרת היא בבחינת "תרגיל משפטי". משהגענו למסקנה כי המדובר בהשמטה שאין לה משמעות, ואין היא משנה באופן מהותי (ואף לא באופן בלתי מהותי), את תנאי הערבות, הרי שפנייה של העותרת לוועדת המכרזים אינה בבחינת "תרגיל משפטי", אלא ניסיון לגיטימי לשכנע, כי מתחייבת בחינת עמדתה לגופה. ועוד יש להוסיף, כי אין ללמוד מפסקי הדין של בית המשפט העליון שאין לקיים דיון בפגם שנפל בערבות, וכי די בעצם הימצאו כדי לפסול את ההצעה. ההיפך הוא הנכון. בית המשפט העליון אמנם קובע, פעם אחר פעם, כי יש לעמוד עמידה דווקנית על תנאי הערבות, אולם אין הוא שולל, כפי שראינו, קיומם של חריגים. משכך, על בית המשפט להידרש לשאלה האם על הפגם שהביא לפסילת הערבות חל הכלל, או שמא חל עליו החריג לכלל.

10. פסילתה של הצעת העותרת הייתה אך בשל אותה השמטה מכתב הערבות. משהגעתי למסקנה כי לא היה מקום לפסילה, הרי שאין עוד מקום להחזיר את הדיון בעניין לוועדת המכרזים. על פי עמדת המשיב, הצעת העותרת היא ההצעה הזוכה אלמלא פסילתה (ראו החלטתי מיום 7.11.11, בבקשה למתן צו ביניים), ומשכך, אני מורה על זכייתה במכרז.

המשיב ישלם לעותרת הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 15,000 ₪.

המזכירות תמציא את העתק פסק הדין לב"כ הצדדים, באמצעות פקס.

ניתן היום, כ' חשוון תשע"ב, 17 נובמבר 2011, בהעדר הצדדים.

נאוה בן אור

נאוה בן אור, שופטת



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

**עת"מ 11-10-43258 לקטיבי חברה לפתוח בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון
(אח')**