

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים

עע"ם 6200/07

עע"ם 6833/07

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' אלון

המערערת בעע"מ [6200/07](#) : פ.פ.ס ריהאב בע"מ

המערערת בעע"מ [6833/07](#) : עסא אל ראעי – מעון יום שיקומי
והמשיבה 37 בעע"מ [6200/07](#) :

נ ג ד

המשיבים בעע"מ [6200/07](#) :

1. מדינת ישראל
2. גן ובית ספר רנד
3. פתחיה
4. אגודת ידידי מרכז רפואי בני ציון
5. מיח"א : מחנכי ילדים חרשים, ת"א ואיזור המרכז
6. אגודת שלוחה : שחרור למשפחה ולילד המוגבל
7. עמותה לילדים בסיכון
8. מיח"א-באר שבע
9. צעד קדימה : עמותה לחינוך ושיקום באמצעות גישת החינוך המדריך-פטו
10. אלי"ע-סניף ירושלים
11. מעון טיפולי : מרכז מריאן לגיל הרך
12. בית אלחנאן-מעון יום שיקומי
13. אלוט : אגודה לאומית לילדים אוטיסטים
14. היחידה האזורית להתפתחות הילד
15. א.ד.נ.מ. בע"מ
16. ציימס ישראל
17. בית ספר מעון בית עדנאן, ירכא
18. אלווין ישראל
19. עמותת זוהור אלגד-אום אל פחם
20. אקים סניף חדרה
21. שמע קולנו : מרכז ארצי-שיקום והדרכה לליקויי שמיעה

22. מתנ"ס כפר מנדא
23. מגן הלב
24. בית הורים בן יהודה בע"מ
25. אקים סניף חדרה
26. סונק סנטר
27. מכון אחי"ה
28. שערי מרפא
29. כרמל - פנימיה חינוכית בע"מ
30. ט.ח. המרכז רפואי הגליל בע"מ
31. בית ספר צהר לטהר
32. מיח"א באר שבע
33. צעד קדימה
34. אלי"ע סניף ירושלים
35. מעון טיפולי: מרכז מריאן לגיל הרך
36. שערי מרפא
37. עסא אל ראעי מעון יום שיקומי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים מיום 12.6.07 בעת"מ 2158/06 ועת"מ 2320/06 [פורסם בנבו], שניתן על-ידי כבוד השופטת נ' אחיטוב

תאריך הישיבה: ב' בשבט התשס"ח (9.1.2008)

בשם המערערת בעע"מ
: [6200/07](#)

בשם המערערת בעע"מ
[6833/07](#) והמשיבה 37 בעע"מ
: [6200/07](#)

בשם המשיבה 1: עו"ד אבי ליכט

פסק-דין

השופט ס' ג'ובראן:

בפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כבוד השופטת נ' אחיטוב) שניתן ביום 12.6.2007, אשר על פיו נדחו עתירותיהן של המערערות לביטול החלטת המשיב אשר

פסלה את הצעותיהן במכרז להפעלת מעונות יום שיקומיים עבור פעוטות בעלי מוגבלויות (להלן: המכרז), ולהכרזה על הצעותיהן כזוכות במכרז.

העובדות הצריכות לעניין

1. המערערות, חברת פ.פ.ס ריהאב בע"מ (ע"מ 6200/07) (פורסם בנבו), להלן: ריהאב) ושותפות עסא אל ראעי - מעון יום שיקומי (ע"מ 6833/07) (פורסם בנבו), להלן: עסא אל ראעי), הן שני גופים שניגשו למכרז (מכרז 149/2006) שפרסמה ועדת המכרזים של משרד הרווחה (להלן: ועדת המכרזים, הועדה).

2. המדובר במכרז מסוג "מכרז רשימה" שתכליתו יצירת רשימת גופים המסוגלים לספק שרות למשיבה. רשימת הזוכים במכרז נקבעת לאחר בדיקת תנאי הסף ואמות המידה, כשהזכייה במכרז מקנה את הזכות להיות נותן שירותים פוטנציאלי להספקת השרות. יש לציין כי אין בהכללת גורם נוסף במאגר משום פסילה של גורם אחר שהיה כלול בו קודם לכן.

3. כאמור בהחלטות וועדת המכרזים נפסלו ההצעות של שתי העותרות כתוצאה מאי צירוף ערבות בנוסח הנדרש לפי תנאי סף 1.ח.8 למכרז, הקובע כי:

"הערבות תוגש בנוסח הדוגמא המפורטת בנספח לתנאי הסף. אין להוסיף לערבות תניות אשר אינן מצוינות בנוסח הדוגמא המצ"ב" (ההדגשות במקור)

הצעת עסא אל ראעי נפסלה, בנוסף לעניין הערבות, עקב אי עמידה בתנאי סף 1.ח.8 למכרז, העוסק בהגשת מסמכים לצורך בדיקת איתנותו הפיננסית של המציע, הקובע כי מציע שהינו עוסק מורשה יצרף להצעתו:

"הצהרות הון לשנים 2004-2005 בנוסח ובמבנה המוגש למס הכנסה" (ההדגשות במקור)

4. על החלטה זו הגישו המערערות עתירות לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, כי יורה על ביטול החלטת המשיבה לפסול את ההצעות שלהן ויכריז עליהן ככלולות ברשימת הזוכים במכרז או, לחלופין, יורה על החזרת העניין לוועדת המכרזים על מנת שזו תכריז עליהן בין הזוכים במכרז באם הן עומדות בשאר תנאי המכרז.

בית המשפט לעניינים מינהליים

5. בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כבוד השופטת נ' אחיטוב) דחה את העתירות. באשר לטענתן המשותפת של המערערות לגבי הערבויות, קבע בית המשפט כי שתי ההצעות אכן לא עמדו בתנאי הסף של המכרז נוכח העובדה כי למכרז צורפה דוגמא מפורטת לנוסח הערבות המבוקש על ידי המשיבה והערבויות אשר צורפו לשתי ההצעות דנן לא תאמו לנוסח זה, זאת לאור ההלכה הפסוקה לפיה פגם בערבות נחשב ככלל כפגם מהותי אשר יש בו כדי להביא לפסילת ההצעה אף אם אותו פגם נעשה בתום לב.

6. אף טענת ריהאב כי הועדה מושתקת מלפסול את ההצעה מחמת העובדה שקיבלה נוסח זה במכרזים קודמים נדחתה לאור ההלכה כי רשות ציבורית יכולה לחזור בה מהחלטה מוטעית או החלטה הנוגדת את הדין. בנוסף נדחתה טענת ריהאב כי החלטת הועדה הייתה בלתי סבירה וניתנה בחוסר תום לב.

7. לבסוף, דחה בית המשפט את טענת עסא אל ראעי, כי פרשנות סבירה לתנאי הסף למכרז היא שיש להגיש דו"ח הצהרת הון אחד, או של שנת 2004 או של שנת 2005, בקובעו שפרשנות המשיבה כי נדרשו שני דו"חות ולא אחד הנה פרשנות סבירה, אשר יש לה עיגון ברור בלשון התנאי.

מכאן הערעור בפנינו.

טענות הצדדים

8. במסגרת ערעורן שבות המערערות וטוענות כי נוסח הערבות הבנקאית אשר צירפו אין בו כדי לפגוע באפשרות מימוש הערבות, אלא שהוא אף מרחיב את תוקפה של הערבות ומיטיב עם המדינה. מכאן שנוסח זה תואם את דרישת הועדה ואין בו כדי להביא לפסילת ההצעות. ריהאב אף חוזרת על טענתה כי נוסח זה של הערבות תואם נוסחים קודמים שהגישה בגין מכרזים אחרים ואשר התקבלו על ידי הועדה ועל כן, מנועה הועדה מלפסול הצעתה זו מטעם זה. עסא אל ראעי העלתה טענה נוספת לפיה הועדה חזרה בה מפסילת אחת המשתתפות במכרז, לאחר שזו הגישה עתירה מנהלית

נגדה, למרות שהיה דמיון בפגם הערבות של אותה משתתפת ושל המערערות בערעור זה.

באשר לפסילת עסא אל ראעי בגין אי הגשת מלוא המסמכים הדרושים לפי תנאי 8.יא.2 למכרז, חוזרת היא וטוענת כי הפירוש שיש לתת לתנאי זה הוא שיש להגיש דו"ח הצהרת הון אחד, או של שנת 2004 או של שנת 2005, הן כעולה מלשון התנאי והן לאור העובדה כי הנוהג מחייב את הגשתה של הצהרת הון אחת לארבע שנים בלבד.

9. מנגד, טוענת המשיבה כי לא נפל פגם בהחלטה לפסול את הצעות המשיבות מחמת הפגמים שנפלו בנוסח הערבות הבנקאית שלהן, פגמים אשר לשיטתה עלולים לגרום לקשיים במימוש הערבויות. החלטה זו, לגישת המשיבה, עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה ועל כן נמצאת היא בגדר מתחם הסבירות. בנוסף מדגישה המשיבה כי עולה מנוסח הערבות האפשרות לשלם את הערבות במספר תשלומים ולא בתשלום אחד, דבר אשר פוגע בעקרון השוויון בין המציעים.

באשר לפגם השני שנפל בהצעתה של עסא אל ראעי, עומדת המשיבה על הפרשנות אשר נתנה הועדה בשאלה מהם המסמכים הנדרשים לצורך בדיקת איתנותו הפיננסית של המציע, כך שהיו אמורים להיות מוגשים שני דו"חות ולא אחד, פרשנות אשר עולה בקנה אחד עם מטרת הגשת הדו"חות. נוסף על כך, מדגישה המשיבה כי ניתנה לעסא אל ראעי ההזדמנות לתקן את הטעות הזו, ומאחר שזו האחרונה בחרה שלא לעשות כן תוך פרק הזמן שניתן לה על ידי המשיבה, אין מנוס מפסילת הצעתה. המדינה מציינת כי לא הייתה אפשרות להסכים לבקשת עסא אל ראעי לארכה בהשלמת הגשת המסמכים משום שזה היה יוצר מרחב תמרון פסול. על כן, אין מקום להתערבותו של בית משפט זה בהחלטתה של המשיבה לפסול את הצעותיהן של שתי המערערות.

ד"ן

10. בפתח דיוננו ראוי לציין את הכלל הנהוג במשפט המינהלי, לפיו מעשה מינהלי נהנה מחזקת התקינות, דהיינו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר, מוחזק המעשה המינהלי ככשר וראוי. כלל זה חל גם בכל הנוגע למכרזים שבוצעו על ידי רשות מינהלית. ישומו של כלל זה על דיני המכרזים הוביל להלכה לפיה התערבות שיפוטית בהליכי מכרז ובהחלטותיהן של ועדות מכרזים תיעשה תוך נקיטת זהירות רבה ורק

כאשר הוכח שנפלו בו פגמים היורדים לשורשו של עניין (ראו עע"מ וייספיש נ' מנהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 15.4.2008)).

הערבות הבנקאית

11. בשורה של פסקי דין עמד בית המשפט על חשיבות הערבות הבנקאית ועל הקשר ההדוק בינה לבין עקרונות היסוד של דיני המכרזים וקבע את ההלכה לפיה יש לראות בפגמים שנפלו בערבות בנקאית שצורפה להצעה במכרז, ככלל, משום פגמים מהותיים, אשר יש בהם כדי להביא לפסילת ההצעה אף אם נעשו בתום לב, למעט במקרים מיוחדים ויוצאי דופן (ראו עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אברהים, פ"ד נז(3) 505, 511-512 (2003); עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם בנבו), 27.11.2003; עע"מ 4150/03 ניו-אפליקום מוצרי תוכנה (אפ.סי.טי.) בע"מ נ' משרד הביטחון, פ"ד נח(4) 817, 821 (2004); עע"מ 10064/04 מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה (פורסם בנבו), 30.12.2004)).

12. על רקע מגמה זו קבע בית המשפט בעע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ד. – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ (פורסם בנבו), 27.2.2006 (להלן: עניין מ.ג.ע.ד.), כי דומה שהשאלה האמיתית בסוגייה זו אינה מהו פגם "מהותי" ומהו פגם "טכני", אלא השאלה האם הפגם שנפל הינו מסוג הפגמים המצדיקים ביטול ההצעה אם לאו. עוד הוסיף בית המשפט וקבע כי:

"כמובן יהיו מקרים שפגם יהא זניח בגדרי השכל הישר, או יימצא כדי כך בתוך המובן מאליו, שלא יהא מקום לפסול בגינו; אך מקרים אלה הם לדעתי החריג שבחריג, והכלל הוא כי פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו. אם לא כן, במציאות הישראלית, שאין צריך להכביר עליה מלים, יש חשש לא מבוטל למדרון חלקלק, ופתח שהוא "כתודה של מחט" עלול להיפתח כפתח "שיהיו עגלות וקרונות נכנסות בו" (שיר השירים רבה, ה')."

13. המערערות בפנינו מבקשות להיתלות בחריג שהוצג בפסק הדין בעניין מ.ג.ע.ד. וטוענות כי בערבות הבנקאית שצורפה להצעתן נפל פגם אשר נכנס לגדרי המקרים החריגים שבהם ניתן להכשיר פגם בערבות הבנקאית.

14. נוסחו של כתב הערבות הנדרש, כפי שהוא מופיע בנספח ה' למכרז הוא:

"אנו נשלם לכם את הסכום הנ"ל בתוך חמישה עשר ימים
מתאריך דרישתכם הראשונה בדואר רשום, ..." (ההדגשות
במקור)

לעומתו, נוסחו של כתב הערבות כפי שצורף להצעות כל אחת מהמערערות

הוא:

"נשלם לכם מפעם לפעם, תוך 15 ימים לאחר קבלת
דרישתכם כל סכום שיצוין בדרישתכם,..."

15. קריאה פשוטה של שני הנוסחים מובילה למסקנה כי למרות השוני הסמנטי בשני הנוסחים, מדובר בכתב ערבות זהה במהותו ובהשלכותיו האופרטיביות לגבי המשיבה. ברי הוא כי תשלום "מפעם לפעם" של "כל סכום שיצוין בדרישתכם" כולל בתוכו את האפשרות לדרוש את תשלום מלוא סכום הערבות בבת אחת (לעניין פרשנות זו ראו: [עת"מ \(חי'\) 1136/03](#) אבו עקסה ובניו מעיליא בע"מ נ' מועצה מקומית קטרא-סמיע (פורסם בנבו), 11.5.2003); [עת"מ \(י-ם\) 722/06](#) ארי יוסי אבטחה ושירותים בע"מ נ' מדינת ישראל- משרד הרווחה (פורסם בנבו), 31.12.2006).

16. הבדל שולי כגון זה בנוסח הערבות, שלא היה מכוון להשגת יתרון שלא כדין, אין בו כדי לפגוע בשוויון בין המציעים במכרז ובין המציעים הפוטנציאליים, ואין הוא מקנה למערערות יתרון כזה או אחר ביחס לשאר ההצעות במכרז. בפרט אמורים הדברים בכך שאין בשוני זה כדי להקשות בכל צורה שהיא על מימוש הערבות במידת הצורך.

כפי שנקבע בעניין מ.ג.ע.ד, אין עוד השאלה האם פגם הוא "מהותי" או "טכני", אלא יש לשאול את עצמנו האם הפגם שנפל הינו מסוג הפגמים המצדיקים ביטול ההצעה אם לאו. הפגם שעומד במרכז ערעור זה אינו משנה את תוכן הערבות או את אופן מימושה, על כן, נחה דעתי כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה.

17. מסקנה זו מתחזקת לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה, בשל העובדה כי מדובר במכרז "רשימה" ולא מכרז רגיל, ושהחלטה לקבל את הצעתו של אחד המציעים אינה גורעת מזכייתם של מציעים אחרים במכרז. לא נעלמה מעיני העובדה כי אלמנט התחרותיות קיים אף בסוג כזה של מכרזים, שכן מיקום הזוכה בתוך רשימת הזוכים

נקבע לפי הניקוד שניתן לו על ידי ועדת המכרזים, ומשפיע על סיכוייו לקבל פעוטות לטיפולו. אולם, תחרותיות זו לא יכולה להוות מחסום בפני הוספתו של גוף הראוי לכך מקום שנמצא כי אין פגם של ממש בהצעתו.

יוער כי החשש אשר מעלה המשיבה באשר לפגיעה בשוויון בין המציעים לאור האפשרות העולה מנוסח הערבות לשלם את הערבות במספר תשלומים ולא בתשלום אחד מצטייר כחשש תיאורטי גרידא, ומכל מקום בנסיבות המקרה דנן, לא מצאתי ביסוס לחשש זה אף לא בטיעוני המשיבה.

18. משהגעתי למסקנה זו, לא ראיתי לנכון להידרש לשאר טענותיהן של המערערות בנוגע לפגם בערבות הבנקאית.

הגשת הדו"חות הכספיים

19. עסא אל ראעי חוזרת על טענותיה בפני בית המשפט המחוזי לפיהן יש לקבל את פרשנותה בנוגע ללשון סעיף 8.יא.2 לאור העובדה שהנוהג הקיים ברשויות המס הוא כי עוסק מורשה יגיש הצהרת הון אחת לארבע או חמש שנים בלבד, בנוסף לעובדה כי ההלכה הפסוקה קובעת כי יש לפרש את תנאי המכרז כבאים לקיים את הצעות המשתתפים ולא כבאים לפסול אותן.

אין בידי לקבל טענות אלו.

20. מוסכמת עלי גישתו של בית המשפט המחוזי, לפיה לא היה מקום להתערב בהחלטת ועדת המכרזים בהקשר זה. פרשנותה של הועדה הינה פרשנות סבירה שיש לה עיגון ברור בלשון התנאי במכרז. פרשנות זו, לפיה ישנה דרישה להציג דו"חות כספיים של השנתיים 2004 ו-2005 ולא של שנה אחת בלבד, היא המתאימה ביותר לאור מטרתו של תנאי זה, שהיא בחינתה של איתנותם הפיננסית של המציעים השונים במכרז. מסקנה זו מתחזקת אף נוכח העובדה כי לשון התנאי עושה שימוש בלשון רבים, "הצהרות הון", ולא בלשון יחיד, "הצהרת הון".

21. המשיבה אף נתנה לעסא אל ראעי אפשרות לתקן את הפגם ולהשלים את הגשת המסמכים אולם, מסיבות כאלה או אחרות, עסא אל ראעי בחרה שלא לתקן את הפגם בפרק הזמן שניתן לה. בנסיבות אלו, מקובלת עלי עמדתה של המשיבה כי לא הייתה

אפשרות להסכים לבקשת עסא אל ראעי לארכה בהשלמת הגשת המסמכים, דבר אשר היה יוצר מרחב תמרון פסול ומעניק לה יתרון על פני מציגים אחרים.

סוף דבר

22. על יסוד האמור לעיל, ערעורה של ריהאב מתקבל. הצעתה של ריהאב תוחזר לוועדה לענייני מכרזים לשם בחינת התאמתה לאמות המידה של המכרז ומתן ציון איכות, לפיו תיקבע התאמתה או אי התאמתה לזכייה במכרז.

23. באשר לערעורה של עסא אל ראעי, לא מצאתי מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ועל כן, הערעור נדחה.

24. המשיבה תשלם למערערת ריהאב שכר טרחת עורך דין בסכום של 10,000 ש"ח.

25. המערערת עסא אל ראעי תשלם למשיבה שכר טרחת עורך דין בסכום של 10,000 ש"ח.

שׁוֹפֵט

הנשיאה ד' ביניש:

מסכימה אני לתוצאה אליה הגיע חברי השופט ג'ובראן בכל בנוגע לדחיית ערעורה של שותפות עסא אל ראעי – מעון יום שיקומי. עם זאת, לא אוכל להצטרף לפסק דינו של השופט ג'ובראן בכל הנוגע לערעורה של חברת פ.פ.ס ריהאב בע"מ (להלן: ריהאב), וטעמי לכך יפורטו להלן.

1. אין חולק כי הערבות שצירפה ריהאב להצעתה במכרז אינה תואמת את נוסח הערבות הנדרש בהתאם לתנאי הסף של המכרז, שדוגמה שלו צורפה כנספח למסמכי המכרז. כך, בעוד שבמסמכי המכרז נקבע כי על כתב הערבות להיות מנוסח באופן הבא: "אנו נשלם לכם את הסכום הנ"ל בתוך חמישה עשר ימים מתאריך דרישת[כ]ם הראשונה בדואר רשום...", הרי כתב הערבות שצירפה ריהאב להצעתה נוסח באופן הבא: "נשלם לכם מפעם לפעם, תוך 15 ימים לאחר קבלת דרישתכם כל סכום שיצויין בדרישתכם". עוד יצוין, כי בסעיף 8(ח) לתנאי המכרז נקבע כי: "אין להוסיף לערבות

תניות אשר אינן מצוינות בנוסח הדוגמא המצ"ב". בית המשפט המחוזי (השופטת נ' אחיטוב) קבע בפסק הדין נשוא הערעורים שלפנינו, כי ועדת המכרזים פעלה כדין כאשר החליטה לפסול את הצעתה של ריהאב מחמת הפגם בערבות. איני סבורה כי יש מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין זה.

2. בפסיקתנו נקבע לא אחת כי הצעה שאינה מקיימת את תנאי הסף במכרז, ובמיוחד כאשר מדובר בפגם בערבות הבנקאית המצורפת להצעה, נגועה בפגם מהותי שככלל די בו כדי להביא לפסילתה (ראו למשל: [ע"מ 4150/03 ניו-אפליקום מוצרי תוכנה \(א.פ.טי.סי. בע"מ נ' משרד הביטחון, פ"ד נח\(4\) 817 \(2004\)](#)); [ע"מ 10064/04 מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד התחבורה, פ"ד נט\(4\) 495, 503-504 \(2004\)](#)). ההקפדה על קיום תנאי הסף במכרז ככתבם וכלשונם, ובמיוחד כאשר עסקינן בפגם בערבות המצורפת להצעה במכרז, נועדה להגשים את העקרון הבסיסי של שמירה על שוויון ההזדמנויות בין המציעים (והמציעים הפוטנציאליים) במכרז; שהוא העומד ביסוד דיני המכרזים הציבוריים במשפטנו. עקרון זה הביא לאימוץ גישה מחמירה במיוחד באשר לפגמים בערבות בפסיקתו של בית משפט זה. גישה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בפסק הדין שניתן בע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אבראהים, [פ"ד נז\(3\) 505 \(2003\)](#), שבו הבהיר הנשיא א' ברק את הטעמים להקפדה על קיום דרישת הערבות:

"דרישת הערבות אינה רק תנאי בין מציע המכרז לבין כל אחד מהמשתתפים לחוד, אלא גם תנאי בין כל המשתתפים בינם לבין עצמם, וזכותו של כל אחד מהם שכל האחרים יקיימוהו וכלשוננו... זאת ועוד, הקפדה על תנאי הערבות מונעת רשלנות ואי־דיוק, המצמיחים, לא אחת, הפליה, שרירות מינהלית ופגיעה בטוהר המידות... יוצא אפוא שהקפדה על תנאי הערבות מגשימה הן את עקרונות השוויון וטוהר המידות הן את המטרה הכלכלית שבבסיס דיני המכרזים. פועל יוצא של גישה זו, העומדת על חשיבותה הרבה של הערבות ועל הקשר ההדוק בינה לבין עקרונות היסוד של דיני המכרזים, היא ההלכה שלפיה פגם בערבות נחשב ככלל כפגם מהותי, אשר יש בו כדי להביא לפסילת ההצעה אף אם נעשה בתום־לב... למעט במקרים מיוחדים ויוצאי־דופן, כגון פליטות קולמוס או מקרים אחרים שבהם פעל המציע בתום־לב, והטעות עולה מן הערבות עצמה בלא שנזקקים לעניין זה לראיות חיצוניות" (ראו שם, בעמ' 511-512).

3. מלבד חשיבותה לשם ההגנה על עקרון שוויון ההזדמנויות יש להקפדה המתוארת באשר לקיום תנאי הערבות במכרז חשיבות גם לשם מתן הנחיה ברורה ואחידה לוועדות המכרזים, על מנת שלא לפגוע בוודאות המשפטית הנדרשת בהליך המכרז (ראו: [ע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד נח\(1\) 897](#), 910-909 (2003)). זאת ועוד, ההקפדה על קיום התנאים הנדרשים בערבות מגשימה אף את אינטרס היעילות שבבסיס דיני המכרזים, שכן גישה מקלה יותר הייתה מחייבת את ועדות המכרזים לבחון בכל מקרה, שבו הערבות שצורפה להצעה במכרז אינה עומדת בתנאי הסף שנקבעו במכרז, האם מדובר בפגם המצדיק את פסילת ההצעה אם לאו. לפיכך, העיקרון בדבר הצורך בהקפדה על טוהר המידות במכרזים ציבוריים, כמו גם שיקולים של יעילות, מחייבים להשקפתי את הטלת הנטל בכל הנוגע לקיום תנאי הערבות על שכם המציעים במכרז ולא על שכם ועדת המכרזים. יפים לעניין זה דבריו של השופט א' רובינשטיין:

"על מגישי הצעות במכרזים לבדוק בשבע עיניים אם מילאו אחד לאחד את התנאים למיניהם, ובכוא ועדות המכרזים לדון בהם, גישתן צריכה להיות קפדנית" (ראו: [ע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה \(2003\) בע"מ \(פורסם בנבו\), 27.2.06](#)).

אפשרות לסטות מן הגישה הקפדנית המתוארת, גם כאשר מדובר בפגמים בערבות, אכן הוכרה בפסיקת בית משפט זה, כפי שטוענת ריהאב. אולם, אפשרות זו הוגבלה, כאמור, למקרים נדירים ביותר כגון פליטת קולמוס או טעות בלתי משמעותית בחישוב, שבהם אופיו ה"טכני" של הפגם הוא גלוי וברור, וכאשר מדובר בפגם שנעשה בתום לב ושאינו בו או בתיקונו כדי לסכל את מטרת הערבות או את העקרונות העומדים בבסיס דיני המכרזים (ראו [ע"מ 10785/02 הנ"ל](#), בעמ' 910-909).

4. שלא כמו חברי השופט ג'ורדאן, איני סבורה כי המקרה שלפנינו נמנה עם אותם מקרים חריגים ונדירים, שבהם יש להימנע מפסילת ההצעה שהוגשה במכרז על אף הפגם שנפל בערבות שצורפה לה. זאת ועוד, במקרה דנן דרש, כאמור, עורך המכרז, נוסח ערבות ספציפי ומחייב ואף צירף דוגמה לנוסח הנדרש למסמכי המכרז עצמם. ריהאב מצידה לא הציגה בטיעוניה הסבר משכנע לאי-התאמת הערבות הבנקאית שצירפה להצעתה לנוסח המחייב שנקבע על ידי עורך המכרז. טענתה של ריהאב בהקשר זה היא כי האפשרות העולה מנוסח הערבות שצירפה להצעתה, לפיה התשלום

יהיה "מפעם לפעם", אינה יוצרת קשיי מימוש ואינה כוללת הגבלה על חילוט מלא של הערבות בדרישה אחת בלבד.

טענתה של ריהאב היא טענה פרשנית הנוגעת למהות התנאים המפורטים בערבות. אין מדובר במקרה של טעות בחישוב או פליטת קולמוס. אף אם נקבל את טענתה של ריהאב כי נוסח הערבות שצירפה להצעתה אינו מונע מעורך המכרז לדרוש את חילוט מלא סכום הערבות בבקשה יחידה, הרי אין חולק כי בנוסח האמור ניתנת לעורך המכרז אפשרות נוספת לפרוע את הערבות לשיעורין. בהקשר זה מקובלת עליו קביעתו של בית המשפט קמא, כי אין צורך להכריע האם הנוסח שצורף מקל על עורך המכרז או מקשה עימו; שכן כבר נפסק שגם הצעה שנלווית לה ערבות, שעשויה להיטיב עם עורך המכרז מעבר לנדרש במסמכי המכרז, עלולה להיפסל בשל הפגיעה האפשרית בשוויון (ראו [ע"מ 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח\(6\) 755, 765-766 \(2004\)](#)). זאת ועוד, עצם הצורך להיזקק לשאלה זו ולבחון את השפעתו הצפויה של ההבדל בנוסח על אפשרות מימוש הערבות מצביע על כך שאין מדובר באחד מאותם מקרים נדירים וחריגים, שבהם לא תיפסל הצעה במכרז על אף הפגם שנפל בערבות הבנקאית המצורפת לה. קבלת טענתה של ריהאב בנוגע לפגם שנפל בערבות שצירפה להצעתה אינה עולה, אפוא, בקנה אחד עם ההלכה לפיה ההקפדה על קיום דרישת הערבות על-פי תנאי המכרז מקיימת את החובה להבטיח את שוויון ההזדמנויות בין המציעים במכרז ועם הצורך ליתן לוועדות המכרזים הנחייה ברורה וודאית באשר להתייחסות לפגמים במכרז.

5. סיכמו של דבר, הערבות שצירפה ריהאב להצעתה במכרז אינה מקיימת את תנאי הסף שנקבעו במסמכי המכרז, ומשכך עמדתי היא כי דין הצעתה של ריהאב להיפסל.

אשר על כן, אילו נשמעה דעתי היינו דוחים הן את הערעור [בע"מ 6200/07](#) והן את הערעור [בע"מ 6833/07](#).

ה נ ש י א ה

השופט י' אלון:

מצטרף אני לעמדת חבריי, כי דין ערעורה של שותפות עיסא אל-ראעי (עע"מ [6833/07](#)) להידחות – וזאת מהנימוקים שפורטו בפסק דינו של חברי השופט ס' ג'ובראן.

במחלוקת שקמה בין חבריי למותב לעניין ערעורה של פ.פ.ס ריהאב בע"מ (עע"מ [6200/07](#)) – מצטרף אני לעמדתו של חברי השופט ס' ג'ובראן, זאת מהנימוקים המפורטים בסעיפים 15 ו-16 לחוות דעתו, וכן מהנסיבות הפרטניות הנוספות לעניין ערעור זה האמורות בסעיף 17 לחוות הדעת.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, י"ז באייר התשס"ח (22.5.2008).

ס' ג'ובראן 54678313-6200/07

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה