



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים

ע"מ 8409/09

ע"מ 8710/09

ע"מ 8955/09

בפני :

כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ס' גובראן  
כבוד השופט י' עמית

המערערת בע"מ 8409/09 : חופרי השרון בע"מ  
המערערת בע"מ 8710/09 : מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ  
המערערת בע"מ 8955/09 : מנרב הנדסה ובנין בע"מ

נ ג ד

המשיבות בע"מ 8409/09 : 1. א.י.ל. סלע (1991) בע"מ  
2. מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ  
3. מנרב הנדסה ובנין בע"מ

המשיבות בע"מ 8710/09 : 1. א.י.ל. סלע (1991) בע"מ  
2. מנרב הנדסה ובנין בע"מ  
3. חופרי השרון בע"מ

המשיבות בע"מ 8955/09 : 1. מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ  
2. א.י.ל. סלע (1991) בע"מ  
3. חופרי השרון בע"מ

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב  
מיום 29.09.2009 בעת"מ 2035/09 ובעת"מ 2122/09 שניתן  
על ידי השופטת רונן.

תאריך הישיבה :

ז' בניסן התש"ע (22.03.10)

בשם המערערת בע"מ 8409/09 : עו"ד רונית גרבר, עו"ד רות ברק  
בשם המערערת בע"מ 8710/09 : עו"ד גדעון שפק, עו"ד שרון שטיין  
בשם המערערת בע"מ 8955/09 : עו"ד גיל אוריון, עו"ד עודד רביבו, עו"ד אביהו זפט  
בשם המשיבה 1 בע"מ 8409/09 : עו"ד גלעד וקסלמן, עו"ד תמר פפר-סלומון

## פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, בעת"מ 2035/09 ו- 2122/09 מיום 29.9.09. עניינו של התיק תוצאות מכרז לסלילת כביש, שבו העניקה ועדת המכרזים את הזכיה לחברת חופרי השרון בע"מ (להלן חופרי השרון), ובית המשפט לעניינים מינהליים הפך את החלטתה והעניק את הזכיה לחברת א.י.ל (1991) סלע (להלן סלע).

רקע

ב. ביום 16.3.09 פורסם מכרז בו הזמינה מע"צ הצעות להתקשרות בחוזה לסלילת כביש מכבים מזרח, בפרויקט שהיקפו למעלה מ-150 מליון ש"ח. למכרז ניגשו 11 מתמודדים. ההצעה הזולה ביותר היתה של סלע (160,695,336 ש"ח), והצעתה של חופרי השרון היתה ההצעה השניה במדרג המחיר הזול (171,677,900 ש"ח). הצעתה של חברת מנרב בע"מ (להלן מנרב) היתה השלישית במדרג זה (176,553,700 ש"ח).

ג. לאחר פתיחת מעטפות המכרז, הוזמנה סלע לפגישת הבהרה, שכן המחירים שהוצעו על ידה היו נמוכים באופן חריג. הישיבה נערכה ביום 11.6.09. ועדת המכרזים (להלן הועדה או ועדת המכרזים) סברה, בעקבות הפגישה, כי סלע לא הציגה הסברים מניחים את הדעת למחירים החריגים שבהצעתה, וקבעה כלהלן:

"לאחר עיון במסמכים שהוצגו בפני הועדה, ושמיעת המציע כאמור, מחליטה הועדה כדלקמן:

המציע לא נתן הסברים משכנעים כי הצעתו מבוססת על הגיון כלכלי מוצק וכי יוכל לעמוד בהתחייבויותיו עפ"י תנאי המכרז, פרט להצהרתו כי יעמוד במחירים שהציע.

הועדה לא השתכנעה שהמציע מבין את מהות העבודה ויש לו היכולת לבצעה במחירים שהציע והחשש של הועדה, כי מדובר בהצעה שלא יוכל לעמוד בה, נותר בעינו.

מהשוואת הפרקים שעשה מנה"פ עולה כי ב-6 פרקים הצעת חברת "א.י.ל. סלע" נמוכה ביותר מ-10% מהמוצע הקבלני. סך ההצעה בפרקים אלו, כפי שהוגש ע"י חברת "א.י.ל. סלע" מהווה 74% מהיקף הצעתו הכוללת למכרז. כמו כן ניתן לציין כי ב-5 תתי פרקים הצעת חברת "א.י.ל. סלע" נמוכה ביותר מ-25% מהמוצע הקבלני וסך תתי פרקים אלו כפי שהוגשו ע"י

חברת "א.י.ל. סלע" מהווה כ-24% מהיקף הצעתו הכוללת למכרז. מבדיקת מחירי היחידה בהצעת חברת "א.י.ל. סלע" נמצא כי במספר מחירי יחידה בסעיפים משמעותיים מבחינה כספית נמצאו מחירי יחידה נמוכים ובלתי סבירים, כדלקמן:.....

אומנם המציע הסביר שיש לו ברזל זמין, אולם אין בכך כדי להסביר את הפער המשמעותי מאוד במחיר (כעשירית מהאומדן), בפרט, שהקבלן עצמו מודה שהוא עצמו וקבלנים אחרים אינם קונים ברזל במחיר כזה.

כן לקחה הועדה בחשבון כי הצעתו של הקבלן סוטה מממוצע ההצעות (ללא הצעות הקיצון) בסכום של 27,958,664 ₪ (כ-85% מממוצע הצעות זה) כאשר הסטייה מהאומדן הינה הרבה יותר גבוהה ועומדת על סכום של 55,475,774 ₪ (כ-47% מהאומדן).

וידוגש, מדובר הן בסטייה משמעותית מהאומדן וממוצע ההצעות והן בסטייה של סעיפים ספציפיים משמעותיים ביחס לאותם סעיפים באומדן ובממוצע ההצעות.

כל הנ"ל מצביע על חשש כבד שהמציע לא יוכל לעמוד בהצעתו."

ד. לאחר שהצעתה של סלע נפסלה על ידי הועדה, הוזמנה חופרי השרון לשיחת הבהרה, שנתקיימה ביום 17.6.09. לאחר קבלת ההבהרות ציין מר מיארה, נציג מנהל הפרויקט (חברת יהל מהנדסים בע"מ), כי חמש שנים טרם מועד הישיבה עבד בחברת חופרי השרון, שעל בחירתה המליץ. בתום הישיבה, הכריזה ועדת המכרזים על הצעת חופרי השרון כהצעה הזוכה וציינה כלהלן:

"במובחן מהמציע הקודם שנפסל בשל כך שלא נתן הסברים משכנעים למחירים שהציע וכן בשל כך שבהצעתו היו סטיות וחריגות משמעותיות הן מהאומדן והן מהממוצע, לרבות בסעיפים ספציפיים משמעותיים, הרי שהמציע חופרי השרון נתן הסברים מספקים, הציג הצעות מחיר, ואין בהצעתו סטיות משמעותיות וחריגות כמו אצל המציע א.י.ל. סלע".

ה. לשם השלמת התמונה העובדתית, יצוין כי סגן הנשיא זפט בבית משפט קמא הוציא ביום 13.7.09 צו ביניים, האוסר על מע"צ לפעול לביצוע עבודות המכרז עד למתן פסק דין בעתירה. צוין, כי הטענה שמר מיארה היה מצוי בניגוד עניינים, שעה שהשתתף במכרז, אינה טענת סרק, ויש לבררה; מר מיארה, כך נאמר, מילא תפקיד מרכזי בישיבת ועדת המכרזים, בה הוחלט על בחירת הצעת חופרי השרון כזוכה במכרז, ואף המליץ לבחור בהצעת חופרי השרון כזוכה במכרז.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים

ו. בית המשפט קבע כי לא היה מקום לפסול את הצעתה של סלע, והכריז עליה כהצעה הזוכה במכרז. בית המשפט ציין, כי ישנם מקרים רבים בהם אין מקום לבחור בהצעה הזולה ביותר; כך למשל, כאשר המציע נעדר איתנות כלכלית, כאשר הזוכה לא יוכל בסופו של יום לעמוד בהצעה, כאשר מדובר בהצעה הכוללת שכר עבודה ועולה ממנה כי השכר שישולם לעובדי המציע יהיה נמוך מהמותר, כאשר קיים חשש לפגיעה באיכות העבודה המוצעת, כאשר מדובר בהצעות תכססניות – הכוללות מחירים בלתי ריאליים והצעות שנערכה בהן "הסטת מחירים" (Shifting), וכאשר מוגשת הצעה במחיר שלילי.

ז. ועם זאת הודגש, כי אין די בכך שהצעה היא זולה במיוחד כדי לפסלה, והחלטת ועדת המכרזים לפסילת ההצעה הזולה ביותר צריך שתהיה מנומקת ומבוססת. נקבע, כי בנדון דידן לא פירטה ועדת המכרזים במסגרת החלטתה מדוע העובדה שהצעתה של סלע היא זולה מעלה חשש כי לא תוכל לעמוד בביצוע הצעתה: כך למשל, האם סלע עתידה להשתמש בחומרים נחותים, האם התכנון שלה בעייתי ועלול לגרום לליקויים, האם יש חשש שביצוע ההצעה במחירים הללו יביא להתמוטטות סלע. נאמר, כי הועדה גם לא קבעה שהצעתה של סלע תכססנית, ולא התייחסה למרבית ההסברים שניתנו על ידיה ביחס להצעתה. צוין, כי הנושא היחיד מבין הסברי סלע שאליו התייחסה ועדת המכרזים, הוא ההסבר שניתן על ידיה ביחס לרכיב הברזל בהצעה ומחירו הנמוך. בעניין זה הבהירה סלע, כי היא התקשרה בעבר עם חברה המספקת ברזל, אולם העבודה אותה היתה אמורה לבצע באמצעות הברזל התבטלה, וקיים ברשותה מלאי ברזל זמין. כן טענה, כי שיקללה רכיב זה כשלקחה בחשבון את הצעת המחיר הכוללת שלה בעבור הבטון, שכן הברזל הוא רכיב הכרחי בבטון, ולגישתה של סלע – אם משקללים את הרכיבים השונים יחד, הצעתה סבירה בהחלט. נקבע, כי לא הוכח שקיימת אפשרות למניפולציה במחירים על ידי סלע או אפשרות של פגיעה אחרת בפרויקט או במחירו הכולל, כתוצאה מהמחיר שהוצע מטעמה באשר לברזל.

ח. אשר לטענת חופרי השרון כי סלע נקטה ב"העמסת מחירים" צוין, כי לא כל הצעה שיש בה העמסה של מחיר רכיב אחד על מחיר רכיב אחר, היא בהכרח הצעה תכססנית או פסולה, ויש לבחון האם בהעמסה ובהתייחסות למחיריהם של מספר

רכיבים בהצעה, יש כדי לפגוע בפרויקט המוצע או בעקרונות השיון וההגינות. בנדון דידן, נקבע כי קיומם של רכיבים זולים יותר ויקרים יותר במסגרת הצעתה של סלע, אינו מעורר חשש למניפולציות עתידיות על ידי סלע, או חשש כי אין סלע מתכוונת לבצע את הסעיפים הזולים בהצעתה.

ט. עוד צוין, כי אין חשש שסלע תבחר לספק למע"צ רק את הבטון ולא את הברזל הזול יותר, שכן אופיו של הפרויקט מחייב ביצוע מלא שלו, וסלע תהא חייבת לספק את כל החומרים שהתייחסה אליהם בהצעתה - הן את הזולים יותר (דוגמת הברזל) והן את היקרים יותר. בית המשפט אף דחה את הטענה לפיה לסלע יהא תמריץ שלילי מסוכן לחסוך בברזל, שהוא מרכיב קריטי בעבודות, ומכל מקום, ועדת המכרזים לא קבעה כי היא חוששת שסלע לא תשתמש בברזל בכמות הדרושה לפרויקט, רק כדי למכרו במחיר גבוה יותר בשוק.

י. הודגש, כי הועדה לא ציינה שקיים חשש כי סלע לא תוכל להשלים את העבודה, וממכלול העובדות שהוכחו אין עולה קיומו של חשש כזה, שכן מבחינת סלע נבחנת רווחיות העבודה כמכלול, ולא ביחס לכל פרט בנפרד.

יא. הוסף, כי בית המשפט אינו צריך להניח שסלע תפר את תנאי המכרז ולא תבצע את העבודות באופן הנדרש, משום שהדבר יהיה כלכלי יותר לגביה, בלא בסיס להנחה זו ובלא שהנחה זו נשקלה על ידי ועדת המכרזים.

יב. עוד נקבע, כי בחינה ספציפית של מחירי רכיבים שונים בהצעה מוצדקת, רק אם מתעורר חשש שהצעת מחיר בלתי סביר לאחד הפריטים, עלולה לפגום ביכולתו של המציע לקיים את התחייבותו הכוללת, או לפגום באיכות הכוללת של המוצר שיסופק. הוער, כי השוואה בין מחירן הכולל של 3 ההצעות הזולות ביותר מעלה, כי ההפרש ביניהן באחוזים איננו משמעותי. לעניין זה הוסף, כי הועדה לא קבעה שהצעתה של סלע היא הצעה הפסדית, ועל כן החשש שסלע לא תוכל לעמוד בהצעה קטן; העובדה שאין רווח למציע, איננה טעם מספק לפסילת ההצעה.

יג. צוין, כי בנסיבות המקרה, אין לראות את סלע כמי שויתרה על זכייתה במכרז רק משום שקיבלה לידה את הערבות חזרה. סלע הודיעה למע"צ ביום 18.6.09, כי היא עומדת על זכייתה במכרז, הגישה עתירה מינהלית ובקשה לצו ביניים בסמוך לאחר מכן, ודאגה להפקיד ערבות חלופית. לצד זאת קבע בית המשפט, כי הוא מאריך

את המועד להגשת הערבות החלופית, משזו הוגשה באיחור. בנוסף נקבע, כי אין לדחות את העתירה כיון שהצעת סלע לא צורפה לעתירה, משפגם זה תוקן בדיעבד.

יד. לבסוף הודגש, כי התערבות בית המשפט בהחלטת ועדת המכרזים נובעת מכך, שאין די בנימוקיה של הועדה כדי להצדיק את פסילת ההצעה; על הועדה היה לבחון לגופם את הסבריה של סלע, ולהתייחס אליהם.

טו. למעלה מן הצורך הוער, כי ספק אם די בקשרי העבר המקצועיים בין מר מיארה לבין חופרי השרון, כדי לפסול את החלטתה של ועדת המכרזים. זאת מכמה טעמים: ראשית, מר מיארה שימש אך יועץ לוועדה מקצועית, אשר בסופו של דבר הפעילה שיקול דעת עצמאי; שנית, לא נטענה כל טענה בדבר טובת הנאה אפשרית של מר מיארה ככל שחופרי השרון יזכו במכרז; שלישית, מר מיארה דיוח לוועדה על כך שהוא עבד בחופרי השרון, לפני שזו קבלה את החלטתה ביחס לחופרי השרון; רביעית, מדובר בעובד שכיר, והקשר בין מר מיארה לבין חופרי השרון הסתיים למעלה מ-3 שנים לפני ששימש כיועץ בפרויקט. כך גם נקבע, כי אין לקבוע שמנרב היא הזוכה במכרז, ואף אילו התקבלו כל טענותיה לא היה מקום להכריז עליה כעל זוכה במכרז, אלא היה צורך להחזיר את העניין לוועדת המכרזים, כדי שזו תבחן את הצעתה.

ענ"מ 8409/09

תמצית טענות המערערת חופרי השרון

טז. לטענת חופרי השרון קיבלה ועדת המכרזים את החלטתה בעקבות הליך מסודר, לאחר שמיעת המציעים וחוות דעת מקצועית מאת מנהל הפרויקט. במצב דברים זה לא היה מקום שבית המשפט קמא יתערב בשיקול דעתה המקצועי, ויבחן את היתכנות הצעתה של סלע. הודגש, כי הצעת סלע לא נדחתה על-ידי הועדה בשל היותה "זולה מדי", אלא בשל תמחור בלתי סביר, שעורר חשש לאי עמידתה בהצעה.

יז. הוסף, כי שגה בית המשפט משקבע כי מחיריה הבלתי ריאליים של סלע אינם מעוררים חשש למניפולציות או לפגיעה בביצוע הפרויקט, משום שתנאי המכרז מחייבים לבצע את העבודות במלואן, ללא שינוי. נטען בהקשר זה, כי מחירים בלתי ריאליים בשיעור ניכר עלולים להביא למחלוקות ולשיבושים במהלך העבודה, עקב רצונו של הקבלן לפצות עצמו על המחירים הבלתי ריאליים שנקב; חששה של ועדת

המכרזים מפגיעה בביצוע העבודות עקב שיעורם הניכר של המחירים הבלתי ריאליים בהצעת סלע, מתחזק יותר נוכח אופיו של המכרז דנא – המיועד להתבצע במתכונת של בקרת איכות עצמית של הקבלן.

יח. עוד נטען, כי לא היה מקום למתן סעד של זכיה במכרז, שכן משמעות הדבר כפיית הרשות למסור פרויקט גדול היקף לסלע, בניגוד לעמדתה כי הצעתה מעוררת ספקות קשים.

יט. אשר לנטל ההוכחה, נטען כי למציע חובה ליתן הסברים קונקרטיים למחירים הבלתי ריאליים שבהצעתו, ואולם בענייננו הפך בית המשפט את נטל ההוכחה, והטילו על ועדת המכרזים.

כ. לבסוף נטען, כי די בפגמים של אי צירוף הצעת סלע לעתירה בעת הגשתה ובקבלת הערבות הבנקאית על ידי סלע, כדי לשלול את זכותה לקבלת סעד של זכיה במכרז.

ענ"מ 8955/09

תמצית טענות המערערת מנרב

כא. לטענת מנרב, לא היה מקום להכריז על סלע כזוכה במכרז ואף לא על חופרי השרון. נטען, כי הצעותיהן תכססניות ופוגעות בשויון ובתחרות ההוגנת, וכי סלע, כמו גם חופרי השרון, תימחרו, בנסיבות שונות, סעיפים ספציפיים בהצעותיהן, באופן בלתי ריאלי.

כב. נערכה הבחנה בין "מכרז פאושלי", בו מתבקשים המציעים ליתן מחיר כולל וקבוע למלוא העבודה נשוא המכרז, לבין "מכרז למדידה" כבענייננו, בו התמורה שתשולם למציע בגין עבודתו תיגזר ממדידת הכמויות שיבוצעו בפועל. נטען, כי הפחתה דרמטית מן המחיר בסעיפים ספציפיים ב"מכרז למדידה", תחת מתן הנחה להצעה בכללותה, היא מלאכותית ולא אמיתית. צוין, כי בית המשפט שגה משבחן את כשרות הצעתה של סלע במבחן הלא רלבנטי של רווחיות ההצעה, ובכך לא זו בלבד שלא פסל את הצעתה של סלע, אשר נקבה במחיר נמוך באופן דרסטי בפריטים מסוימים, אלא אף זקף את הטכניקה של "העמסת מחירים" לזכותה.

כג. הוסף, כי בזכייתה של סלע במכרז יש משום תמריץ שלילי לחסוך בברזל, וכי העובדה שמדובר במכרז שלא ניתן לבטל חלק מרכיביו, אינה מסירה את החשש לתביעות משפטיות בהקשר זה. עוד נטען אף כאן, כי בית המשפט קמא הפך את נטל ההוכחה במקרה של הצעה בלתי ריאלית: בית המשפט לא קבע כי סלע הרימה את הנטל לשכנוע את ועדת המכרזים שהצעתה סבירה, אלא קבע כי ועדת המכרזים לא ביססה כראוי את נימוקי הפסילה של הצעת סלע. בכך העביר בית המשפט קמא, כנטען, את נטל השכנוע מכתפי סלע אל כתפי ועדת המכרזים.

כד. הודגש, כי בית המשפט קמא קבע קביעות מקצועיות מובהקות, אף שלא היו בידו הכלים לכך, וכי פסק דינו מטיל על ועדות המכרזים נטל כבד מנשוא ובין היתר, חובה להציג תרחישים אפשריים למקום בו תאושר הצעתו של מציע, ולסתור כל הסבר המועלה על ידיו. צוין, כי גם כאשר הועדה העלתה נימוק קונקרטי לחשש שסלע לא תוכל לעמוד בביצוע הפרויקט (לעניין הברזל), לא היה בכך די, ולשיטת בית המשפט היה על הועדה להגיב לתשובת המציע, וליתן נימוק מקצועי לסתרו.

כה. עוד נטען לניגוד עניינים של מר מיארה. צוין, כי מר מיארה סיים את עבודתו בחופרי השרון כשלוש וחצי שנים טרם סיום קבלנים שנערך למבקשים להשתתף במכרז, וכי הסתרת דבר העסקתו בה היא פסולה, ומובילה לבטלות החלטתה של ועדת המכרזים. כך נטען גם, כי לא הובא תצהיר מטעמו של מר מיארה, המסביר מה תפקידו ומעמדו בחופרי השרון.

כו. עוד נטען, כי חופרי השרון הודתה שבכוונתה, לאחר זכייתה במכרז, לתכנן מחדש את התמיכות לכביש. בכך התעלמה חופרי השרון מהוראות המכרז, והסתמכה על חלופה תכנונית שלא צוינה בהצעתה.

כז. לבסוף הודגש, כי הפגמים אשר היוו עילה לפסילתה של הצעת סלע נפלו גם בהצעתה של חופרי השרון; צוין, כי מספר סעיפים תומחרו על-ידיה במחיר בלתי ריאלי של 1 ש"ח.

ענ"מ 8710/09

תמצית טענות המערערת מע"צ



כח. נטען, כי פסיקתו של בית המשפט מטילה על ועדת המכרזים נטל כבד, אשר הופך את נטל השכנוע המוטל על הצדדים להליך המכרז: מפסק דינו של בית המשפט קמא עולה כי במקרה של מתן תשובות לא ברורות על ידי המציע או בכל מקרה בו קיים ספק, מוטל על ועדת המכרזים לפעול לשם הסרת הספק. לדידה של מע"צ מקום בו האסמכתאות או ההסברים, הניתנים במסגרת ישיבת ההבהרות, אינם מספקים את ועדת המכרזים, אין להטיל עליה את הנטל לדרוש מן המציע הבהרות, הסברים או אסמכתאות נוספות. נטען, כי הצעות המכרז נבחנו במספר הקשרים: סך כל ההצעה, הפרקים השונים בכתב הכמויות, תת פרקים בכתב הכמויות וסעיפים ספציפיים. כאשר נבדקו ההצעות נלקחו בחשבון מספרם של הסעיפים החריגים, מידת החריגה במחיר ומשקלם בהצעה הכוללת; לשיטתה, ככל שמשקלם של הסעיפים החריגים בהצעה גדול יותר, כך משמעות הדבר שהפערים היחסיים בין הסעיפים הם גדולים יותר. בהקשר זה נאמר, כי שגה בית המשפט כשקבע כי יש לבחון את ההצעה כמכלול, ורק אם מתעורר ספק ביכולתו של המציע, לבחון סעיפים ספציפיים.

כט. עוד נטען, כי לא היה מקום לטענה שסלע הגישה הצעה זולה כיון שהיתה מעוניינת לחדור ל"שוק מע"צ", מששוק זה אינו קיים, שכן התקשרויות מע"צ עם הקבלנים השונים נעשות במסגרת מכרזים פומביים.

ל. הודגש לבסוף, שבית המשפט הקל, שלא כהלכה, עם סלע, משהכשיר את הפגמים של אי צירוף הצעה לעתירה והשבת הערכות הבנקאית. לבסוף נטען, כי בית המשפט לא נתן משקל מספק לחוות הדעת של מנהל הפרויקט ולשיקול דעתה המקצועי של ועדת המכרזים, והחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו.

תמצית טענות המשיבה - סלע

לא. סלע סמכה ידה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, וטענה כי לא היה מקום לפסילת הצעתה. נטען, שהצעתה היא הזולה ביותר, וכי החליטה להגיש הצעה נמוכה מאשר במכרזים אחרים, כדי שתוכל לזכות במכרז ולהרחיב את מעגל עבודות התשתית שהיא מבצעת, בהיות מע"צ ספק עבודה מרכזי.

לב. הודגש, כי הצעתה של סלע אינה זולה באופן קיצוני, ולא הובאה כל ראיה כי תביא לפגיעה באיכות העבודה או שהיא מעלה חשש להעדר איתנות פיננסית. עוד נטען, כי אין לפסול הצעה אך ורק בשל היותה נמוכה מן האומדן או בשל כך שהיא

טומנת בחובה רווח נמוך למציע. הודגש, כי על פי המכרז לא ניתן לשנות מן התכנית או לבטל רכיבים כאלה ואחרים, כיון שעל הזוכה לבצע את העבודה כמכלול. מכיון שכך - נטען - אין גם כל נפקות להבחנה בין הצעה שבה המחירים נמוכים בצורה מופרזת ושוה, לבין הצעה בה המחירים נמוכים בצורה סלקטיבית.

לג. הוסף, כי המחירים שנקבעו בהצעתה של סלע בעבור כל פרק גבוהים ברוב המקרים מאלה שהציעה, באותם פרקים, חופרי השרון. עוד נטען, כי סלע סיפקה הסברים מלאים לגבי הסעיפים הספציפיים שנבחנו על ידי ועדת המכרזים, ואולם הועדה לא נתנה דעתה להסבריה, והתעלמה מכך שסלע עמדה בכל תנאי הסף המחמירים של המכרז. ועדת המכרזים התעלמה - כנטען - גם מכך שלסלע יתרון משמעותי על פני המציעים האחרים במכרז, שכן בהישג ידה כוח אדם נרחב וכלי עבודה רבים, המאפשרים לה להציע תמחור נמוך של עבודות העפר בפרויקט. לא זו אף זו, ועדת המכרזים התעלמה מכך שכל 11 ההצעות אשר הוגשו למכרז היו זולות מהאומדן שערך מנהל הפרויקט, וכי קיים הבדל של 5% בלבד בין הצעתה של סלע להצעתה של חופרי השרון. הוסף, כי הועדה התעלמה גם מחוסנה הכלכלי של סלע, ומכך שלגבי חלק נכבד מהעבודה יש לסלע הסכם עם קבלן משנה מוביל. לבסוף, התעלמה הועדה - כנטען - מרצונה הלגיטימי של סלע לעבוד עם מע"צ, ועל כן להציע הצעה בעלת רווח נמוך.

לד. נטען, כי אין ממש בטענות שפסק דינו של בית המשפט קמא הפך את נטל ההוכחה המוטל על מציע במכרז; במהלך ישיבת ההבהרות מסרו נציגי סלע הסברים מפורטים בדבר תמחור הצעתם.

לה. נטען, כי החלטת ועדת המכרזים אינה סבירה נוכח המגמתיות הברורה לטובת חופרי השרון, אשר גם היא תימחרה סעיפים רבים במחירים לא ריאליים, ואולם בעניינה הסתפקה הועדה בהסברים סתמיים. לא זו אף זו, נציגיה של חופרי השרון ציינו בפני ועדת המכרזים כי בכוונתה של החברה לערוך שינויים עתידיים במכרז, בניגוד להוראותיו.

לו. עוד נטען, כי החלטתה של ועדת המכרזים התקבלה בניגוד עניינים, משרק בישיבת ההבהרות עם חופרי השרון נתברר שמר מיארה עבד בחברה. לבסוף הודגש, כי אין בהחלטת בית המשפט משום התערבות בשיקולים המקצועיים של הועדה, אלא אך ניתוח משפטי של נימוקה.

לז. אשר לסעד, צוין כי אין מקום להחזרת ההליך לוועדת המכרזים משבית המשפט קמא נדרש לכלל העובדות הנוגעות ליכולותיה הכלכליות של סלע ולהסבר בדבר תמחור הצעתה. יתרה מכך, קיים חשש ממשי כי הוועדה לא תוכל לקיים דיון בלב פתוח ובנפש חפצה, בפרט נוכח היחס האוהד לו זכתה חופרי השרון בעבר.

לח. אשר לערבות נטען, כי נכון ליום הגשת הערעור מצויה בידי מע"צ ערבות בנקאית חלופית, ומכל מקום, השבת הערבות נעשתה באקט חד צדדי של מע"צ.

תמצית תגובת חופרי השרון לערעור בע"מ 8710/09 ובע"מ 8955/09

לט. נטען, כי מר מיארה לא היה מנהל בחופרי השרון, אלא עובד מן המניין; ממועד סיום עבודתו לא היו לו קשרים מקצועיים, כספיים או אחרים עם החברה, ומשכך במועד הרלבנטי כלל לא היה מצוי בניגוד עניינים. בנוסף נטען, כי העובדה שמר מיארה הוא שביקש מחופרי השרון להסביר את מחיריה, אך מחזקת את חוסר הפניות שלו. יתרה מכך, הודעתו של מר מיארה לוועדת המכרזים בדבר הקשר שלו לחופרי השרון, ניתנה בטרם הביע דעתו על הצעתה.

מ. עוד נטען, כי הצעת חופרי השרון לא כללה כל סייג לגבי מחיריה; מנהל חופרי השרון לא התנה את ההצעה בעריכת שינוי תכנוני, והוא אף הבהיר כי החברה תעמוד בהצעתה, גם אם לא תאושר חלופה תכנונית. עם הגשת ההצעה, הפכה חופרי השרון מחויבת להצעתה, כפי שהוגשה, ולא היה ביכולתה לסייגה בדיעבד.

מא. הוסף, כי תמחור תכססני הוא כזה שביסודו עומדת כוונת המציע שלא לבצע את העבודות במחיר הצעתו; להתנהגות פסולה אין דבר וחצי דבר עם סיכון מחושב, שבבסיסו עומדת נכונות המציע לדבוק במחיר הצעתו בכל מקרה.

מב. נטען בהקשר זה, כי הדמיון, לו טוענת מנרב, בין הצעות סלע וחופרי השרון הוא מלאכותי. חופרי השרון מסרה הסברים מספקים למחירי הצעתה, לא הסתפקה באמירות בעלמא כי תוכל לעמוד בה, ואין בהצעתה סטיות וחריגות משמעותיות כבהצעת סלע. נאמר שעיון בהצעת מנרב מעלה, כי גם היא כוללת מספר סעיפים המתומחרים באופן נמוך משמעותית, לרבות מחירי יחידה נמוכים מ-1 ש"ח. לבסוף נטען, כי גם אם נפל פגם בזכייתה של חופרי השרון, הסעד המתאים הוא השבת הנושא לוועדת המכרזים.

תמצית תגובת מע"צ לערעור בעע"מ 8409/09 ובעע"מ 8955/09 ותשובה בעע"מ  
8710/09

מג. צוין בין השאר, בהמשך לטענות שהובאו מעלה, כי עיקר המחלוקת נוגע לכתב הכמויות להכנת בטון מזוין, וכי פערי המחיר בהצעת סלע בין שני רכיביו של הבטון המזוין (הברזל והבטון) מצביעים על חשש ממשי למניפולציה בהצעה. עוד הוסף, כי אין בסיס לטענה שועדת המכרזים התאימה את המכרז למידותיה של חופרי השרון, ובכל מקרה היה מקום שבית המשפט ישיב את הדיון לועדת המכרזים, תחת אשר יקבע את הזוכה במכרז. עוד נאמר כי מר מיארה היה עובד שכיר ולא מנהל הפרויקט, חלף זמן רב ממועד סיום עבודתו, וממילא המלצות מנהל הפרויקט ומר מיארה נתונות לשיקול דעתה של ועדת המכרזים. נאמר גם, כי העובדה שמנרב הצליחה להראות שקיימות בהצעתה של חופרי השרון סטיות מקבוצת הביקורת, אין בה כשלעצמה כדי להוות בסיס לפסילת החלטתה של ועדת המכרזים; התבססות אמפירית על סטיות מקבוצת הביקורת, כעילה לפסילת הצעה זוכה, מבלי להתייחס לנסיבות העניין, תוביל לתוצאה אבסורדית, הן משום שתמיד יהא מקום להעדיף את ההצעה הקרובה ביותר לקבוצת הביקורת ולא את ההצעה הזולה ביותר, והן משום שהדבר מחייב בדיקה וניתוח של כל ההצעות במכרז.

תמצית תשובת חופרי השרון בעע"מ 8409/09

מד. נאמר, כי אמנם כטענת סלע רווח נמוך אינו פוסל הצעה למכרז, אך זאת מקום שועדת המכרזים השתכנעה כי המציע יכול לעמוד בהצעתו. טענת הועדה כי המכרז מחייב ביצוען של כל העבודות אינה רלבנטית, שכן החשש הטמון בהצעה הכוללת מחירים בלתי סבירים הוא כי המציע יפר התחייבויותיו. יתרה מכך, כמות העבודה, להבדיל מרכיבי העבודה, כפופה לשינויים, שכן הנתונים שיתגלו במהלך ביצוע העבודה עשויים להצריך שינויים בתכנון, אשר נערך בעת פרסום המכרז. זאת ועוד, התשלום לזוכה במכרז נערך לפי כמויות העבודה בפועל, אשר עשויות להתברר כשונות מהכמויות המוערכות שצוינו בכתב הכמויות. על כן יש חשיבות – כנאמר – למחירי היחידה ולסבירותם, באשר הם יכתיבו את התמורה הסופית לזוכה.

תמצית תגובת מנרב לערעור בעע"מ 8409/09 ובעע"מ 8710/09 ותשובה בעע"מ  
8955/09

מה. נטען בין השאר, כי הצעת סלע מקנה יתרון לא הוגן למי שבידו מידע עודף, פוגעת בתחרות ההוגנת, ועלולה להוביל לריבוי תביעות והתדיינויות.

מו. נטען, כי נוכח הודאותיהן של חופרי השרון וסלע כי הגישו הצעה הכוללת מחירים לא ריאליים, יש לפסול את הצעותיהן. הודגש, כי חופרי השרון הסתמכה על שינוי תכנוני, אשר הוזיל את הצעתה במיליוני שקלים; הפרה זו של תנאי המכרז מחייבת את פסילתה. הודגש, כי תמחור מנרב הוא ריאלי, ונתמך במסמכים. לבסוף הוסף, כי סטייה מן הממוצע הקבלני אין פירושה שהתמחור אינו ריאלי, ומכל מקום הפורום לבחון את התמחור הקונקרטי הוא במסגרת ועדת המכרזים.

הדיון בפנינו

מז. בדיון בפנינו חזרו הצדדים על עיקר טענותיהם בכתובים. בא כוחה של חופרי השרון הדגיש את הקושי שבהתערבות בית המשפט קמא בהחלטת ועדת מכרזים, כשהוא מפעיל שיקול דעת מקצועי הנתון לוועדה. עוד צוין, כי החברה תבצע את הפרויקט, בהתאם לתכנון המקורי. בא כוחה של מע"צ הדגיש, כי מחובתה של ועדת המכרזים לבחון את ההצעה לפרטיה, משעולה חשד לתכססנות. כן הוטעם, כי בית המשפט הפך את נטל ההוכחה, ולמעשה ביקש מהועדה לתפקד כגוף חוקר, וכי חופרי השרון התחייבה לפעול בהתאם למכרז ללא שינוי. צוין, כי מע"צ ערוכה לכנס את הועדה בשנית, ככל שיהא בכך צורך. בא כוחה של מנרב הדגיש את חוסר הסבירות שבתמחור הברזל על-ידי סלע, ואת הבעייתיות בהסתמכותה של חופרי השרון על השינוי התכנוני, אשר הוביל לתמחור נמוך יותר. בא כוח סלע ציין כי הצעת סלע אינה תכססנית, שכן בכוונתה לבצע כל אחת מהעבודות שתומחרו. צוין, כי ההצעה אינה הפסדית וכי לסלע כוח אדם וכלי עבודה, באופן המקנה לה יתרון על פני מציעות אחרות, כמו גם באמצעות התקשרותה עם קבלן משנה - סולל בונה.

הכרעה

מח. כנודע, מכרז ציבורי הוא הזמנה של הרשות לתחרות לקראת כריתתו של חוזה. ככזה הוא כפוף לשתי מערכות דינים: כללי המשפט המינהלי ודיני החוזים והטרומ חוזים (בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 89; עע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (לא פורסם), פסקה ז' (להלן האחים כלאדי)).

מט. על ועדת המכרזים, כגוף מינהלי, להפעיל את שיקול דעתה בהגינות ובתום לב, כנובע ממעמדה כנאמן ציבור. עליה לפעול ביושר, בשיוון, ללא משוא פנים או שרירות. עליה, כמובן, לפעול בסבירות, לאחר ששקלה, במסגרת החלטותיה, את כלל השיקולים הרלבנטיים, ואיזנה בין האינטרסים השונים, תוך הסתמכות על תשתית ראייתית מהימנה ומבוררת. כגוף מינהלי, היא כמובן כפופה לכללי הצדק הטבעי, ועל חבריה חל איסור לפעול במצב של ניגוד עניינים, וחלה עליה החובה לאפשר זכות טיעון למתמודד, שזכותו עלולה להיפגע מהחלטת הועדה (עומר דקל מכרזים, כרך ב' (2006), 25 (להלן דקל ב'); ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז, פ"ד נה(4) 873 (להלן פרשת טמג"ש); בג"צ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון פ"ד כח(2) 449; בג"צ 35/82 ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד לז(2) 505).

נ. חובתה הכללית של ועדת המכרזים היא לבחור בהצעה המתאימה ביותר מבין ההצעות שהוגשו למכרז (תקנה 21(א) לתקנות חובת מכרזים, התשנ"ג-1993). לכאורה ככל שההצעה זולה יותר, משמעה מקסום האינטרס הציבורי וחסכון כספי הציבור. ואולם ההצעה הזולה ביותר אינה בהכרח הטובה ביותר (דקל ב', 122-123; ש' הרציג דיני מכרזים, כרך א' (2001) 337), "ובהחלט ייתכנו מקרים שבהם שכרה של הצעה זולה מדי ייצא בהפסדה מבחינת איכות הביצוע, או חמור מכך - מבחינת יכולת הביצוע" (עע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח נ' ועדת המכרזים (לא פורסם) (השופטת חיות), פסקה 14 (להלן פרשת רון)).

נא. בענייננו פסלה ועדת המכרזים את הצעתה של סלע, שכן סברה, כאמור, כי סלע לא הציגה הסברים משכנעים לכך שהצעתה מבוססת על היגיון כלכלי מוצק, כי תוכל לעמוד במחירים שהציעה, וכי הצעתה אינה תכססנית. הודגש, כי המחירים שהציעה סלע חורגים באופן משמעותי מהאומדן וממוצע ההצעות. בית המשפט קמא לא הסכים עמה. ההיה מקום לפסילת סלע כדעת הועדה – אם לאו, כפי שנפסק?

הצעה לא רווחית ותכססנות

נב. נפתח ונאמר, כי אכן אין בעובדה שמדובר בהצעה שאינה רווחית למציע כדי להוות כשלעצמה עילה לפסילת המכרז (עע"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, אגף רכש והתקשרויות (לא פורסם) (להלן פרשת

אוליצקי); בג"צ 117/63 זלוף נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי העיר כפר-סבא, פ"ד י"ז (1273). במציאות הכלכלית יתכן כי מציע יגיש הצעה, הנעדרת רווח כלכלי, אך יש בה תועלות אחרות מבחינתו כגון חדירה לשוק או רצון להרחיב את תחומי עיסוקו (דקל ב', 125; עע"מ 2690/06 מ.ת.א.ר. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ' עיריית אשדוד (לא פורסם), פסקה 11); יתכן אף מקרה של רצון ל"החזקה בחיים" של עסק שיש לו עובדים או מלאי או שניהם, ובהיעדר עבודה לא רק שלא יהיה רווח אלא אף יהיו הפסדים. כמובן אין זה המקרה הרגיל, שהרי בסופו של דבר בעולם העסקי עסקינן, והמטרה הבסיסית היא השאת רווחים. כשהצעה אינה רווחית, השאלה הנשאלת היא האם המציע יוכל לעמוד בהצעתו, שכן החשש במקרים מסוג זה הוא כי המציע אינו איתן מבחינה פיננסית, ולא יוכל לעמוד בהשלמת העבודה לה התחייב, או כי זו תהיה באיכות ירודה, ואף דברים אלה אינם בלתי אפשריים בנסיון החיים. כך למשל:

"אם ההפסד הצפוי לספק הינו משמעותי ועלול לסכן את המשך ניהול עסקיו, או אם מדובר בהספקת מוצר מורכב המחייב אחריות ארוכת טווח מצד הספק, בהתקשרות המחייבת מוטיבציה גבוהה אצל הספק, בהתקשרות ארוכת טווח המגלמת קושי במעקב ובפיקוח אחר ביצוע הספק, בהתקשרות המצריכה יחסי אמון בין הספק לבין הרשות וכן בנסיבות נוספות- התקשרות הפסד עבור הספק עלולה להיפך לנזק לא רק לספק עצמו אלא גם לרשות המינהלית ולציבור בכללותו... כאשר כישלון ההתקשרות יוביל לניתוק הקשר עם הספק, הדבר אף עלול לעורר גל של תביעות והתדיינות משפטיות, והרשות תידרש לפרסם מכרז חדש על מכלול העלויות הכרוכות בכך" (דקל ב', 123).

ועוד נאמר:

"אכן, מקום שבו נוטל על עצמו המציע סיכון בלתי סביר וההפסד הצפוי לו הוא משמעותי ועלול לסכן את המשך עסקיו או להוביל למצב שבו לא יוכל לעמוד בהתחייבויותיו על פי המכרז, עלול הדבר לפגוע באינטרסים של הרשות עורכת המכרז ובאינטרס הציבור שעליו היא מופקדת בשל ביצוע ירוד של התחייבויותיו או בשל הפרתן המוחלטת. חשש נוסף הקיים בהקשר זה נוגע לריבוי תביעות והתדיינות משפטיות אשר תידרשנה נוכח הפרת החוזה שנקשר בעקבות המכרז, על כל העלויות הכרוכות בכך מבחינת הקופה הציבורית (ראו דקל ב', 123). בעיה קשה נוספת העלולה להתעורר עקב זכייה של הצעת הפסד במכרז נוגעת להפרת החובות הקבועות בדין לעניין השמירה על זכויותיהם הסוציאליות של עובדים, במיוחד (אך לא רק) מקום שבו

מדובר במכרז לאספקת שירותים עתירי כוח אדם" (פרשת 171, פסקה 19).

נג. יתרה מכך, הצעות הנופלות במידה ניכרת מהאומדן והנוקבות מחירי הפסד בפריטים רבים יש בהן לעורר חשד לתכססנות פסולה (פרשת 171, פסקה 20; פרשת אוליצקי, פסקה 11). בעע"מ 687/04 ינון תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות (לא פורסם) (להלן פרשת ינון) התייחסה השופטת פרוקצ'יה למקרה בו הוגשה הצעה שסכומה הכולל נמוך במיוחד, וביחס למספר רכיבים בהצעה הוצע סכום של שקל אחד:

"השיטה בה בחרה המערערת לתמחר את הצעתה אינה תואמת דרישה בסיסית של המכרז להציע הצעת מחיר ריאלית מראש לכל חלופות התכנון שפורטו במכרז, בלא שניתן שיקול דעת למציע להחליט בינו לבינו לאלו חלופות יתייחס ברצינות בתמחירו ולאילו יתייחס בביטול. לכך טענה המערערת כי היא לקחה מראש סיכון מחושב לפיו אם בכל זאת תידרש לבצע את הפריטים להם התייחסה בביטול, כי אז היא תספוג את הפגיעה הכלכלית שתונחת עליה עקב כך, ותבצע את העבודות ללא רווח או אף בהפסד. גישה זו, על פניה, אינה מעוררת אימון. היא משקפת הצעה בלתי רצינית של גוף עיסקי, המהווה מניפולציה תמחירית המתבססת על השערות חסרות יסוד, שתכליתה להביא להוזלה מלאכותית של הצעת מחיר בלא מתן מענה אמיתי למרכיבים שונים בהזמנה שהמכרז דרש הצעות כספיות ממשיות לגביהם. דרכה של המערערת נועדה להביא להטייה בתוצאות המכרז והיא פסולה מחמת חוסר תום לב. תכסיסנות פסולה ניכרת, בין היתר, מקום שיש פער ממשי בין האומדן הריאלי של העיסקה לבין ההצעה, מקום שחלק מפריטי ההצעה אינם מתומחרים כלל, או מתומחרים בצורה מלאכותית (השווה תקנה 22(ב) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987, גביש, סוגיות בדיני מכרזים ציבוריים, 1978, עמ' 102) (פסקה 14)...כאשר מציע אחד מגיש הצעה כספית המכילה ערכים כספים בלתי ריאליים ביחס למספר רכיבים בהזמנה, הוא מביא באופן מלאכותי להוזלה ניכרת של הצעתו הכספית הכוללת, אך אגב כך הוא מפר את כללי השוויון בתחרות, בסטייתו מהבסיס המשותף המתחייב להצגת ההצעה הכספית" (פסקה 15).

וראו גם:

"המציעים נדרשים לצאת מנקודת מוצא שויונית ומשותפת, דהיינו, שהכול מקיימים את אותם כללי מסגרת, כך שלא נוצר יתרון תחרותי או כלכלי עקב אי מילוי של אחד הכללים על-ידי מי מן המציעים, ואין



שיבוש בכללי המכרז, כך שניתן יהיה להשוות בין המציעים השונים שעה שנשקלות ההצעות. התחרות בין המציעים נסבה, בין היתר, על הערכים הכספיים שמעמיד כל מציע ביחס לפריטים שונים שיש לתמחרם. כאשר מגיש מציע אחד הצעה כספית המכילה ערכים כספיים בלתי ריאליים ביחס למספר רב של פרטים, מפר הוא לדעתי את כללי השויון בתחרות, בסטייתו מהבסיס המשותף המתחייב להצגת ההצעה הכספית, ובכך אין הרשות יכולה להשוות כדבעי בין ההצעות השונות" (אחים כאלדי, פסקה כ').

בית המשפט המחוזי ביקש להבחין בין ענייננו לפרשת ינון, וציין שבנדון דידן אין קביעה של ועדת המכרזים, לפיה סלע הניחה כי יהא עליה לבצע את הסעיפים שתומחרו על ידה במחירים נמוכים יחסית. דומני, בכל הכבוד, כי עיון בפרוטוקול ישיבת ההבהרה מלמד כי גם אם לא נאמרו הדברים באופן מפורש, זהו הקשרם. אוסיף לדידי כי ההגינות – הקרובה במשפט האזרחי לעקרון תום הלב – היא יסוד מוסד במשפט, ולא כל שכן במשפט המינהלי בחצריהן של רשויות ציבוריות; ראו חוות דעתי (במיעוט), אף כי בנושא זה מסופקני אם יחלקו עלי חברי) ברע"א 470/08 כדמל התפלה נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקאות ט'-י"א. הצעה הכוללת רכיבים שאינם יכולים לעמוד על פניהם, מחייבת שקיפות של הסבר, מראש, וכמובן יתכן שההסבר ישכנע. אך בהיעדר הסבר - תעורר ההצעה חשד. כך – לטעמי – אם יש למציע מלאי המאפשר לו הוזלה מהותית ומעוררת תמיהה ברכיב מסוים, עליו לומר זאת "על השולחן", ומתחילה.

נד. פעמים רבות הוזלת ההצעה נעשית באמצעות טקטיקה של "העמסת מחירים": "שילוב של הצעת מחירים גבוהים לחלק מן המחירים ומחירים נמוכים לרכיבים אחרים, באופן מלאכותי, בהתאם לתכנוני הרווח של המציע ולא בהתאם לעלות הריאלית של העבודה או לאינטרסים של עורך המכרז" (בר"מ 1212/10 חב' מטיילי ירון בר בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם) (להלן מטיילי ירון) (השופט מלצר, פסקה 11); בר"מ 8575/09 כדורי עיצוב בתעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

נה. בפרשת מטיילי ירון עמד השופט מלצר בהרחבה על הבעייתיות בטכניקה של "העמסת מחירים":

"תמחור זה עלול להיעשות מתוך שהמציע התכסס צופה, או יודע, כי משקלם היחסי של הרכיבים

"היקרים", לעומת הרכיבים 'המוזלים' שהציע ואשר הוא יידרש לספק לעורך המכרז בפועל, שונה מהמשקל היחסי שניתן להם בנוסחת חישוב המחיר לצורך בחירת הזוכה במכרז. תכססנות זו תיעשה איפוא מתוך שהמזיע נושא את עיניו לציון שהצעתו תקבל, אגב ניצול לרעה של נוסחת השקלול לבחירת הזוכה: תכליתה להגדיל באופן מעושה את סיכויי המזיע לזכות בציון מחיר גבוה משל מתחריו – מזה, תוך מיקסום התמורה שיזכה לה המזיע בפועל מעורך המכרז, בעת ביצוע העבודות נשוא המכרז אם תזכה הצעתו – מזה" (פסקה 11).

נו. דברים אלה אינם דקויות של משפטנים אלא עניין מהותי ביותר. התנהלות כגון דא יש בה לפגוע בכל אחת מתכליות המכרז. כנודע, בבסיס המכרז מספר עקרונות יסוד: הראשון, שמירה על טוהר המידות או מניעת התקשרות מתוך משוא פנים, השני, מתן אפשרות לרשות המינהלית להתקשר בעסקה אופטימלית מבחינה כלכלית, והשלישי, הענקת הזדמנות שווה לכל פרט להתמודד על קשירת עסקה עם הרשות המינהלית (ראו עומר דקל מכרזים, חלק א' (2004), 92-93 (להלן דקל א'); עע"מ 10392/05 אחים אוזן חברה לבניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם), פסקה 37 (להלן פרשת אוזן); עע"מ 3190/02 קל בניין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590; עע"מ 1966/02 המועצה המקומית מג'אר נ' אברהים, פ"ד נז(3) 505, 512). אוסיף, כי ברי שגם מאחורי הביטוי "שויון" וברקעו עומדים תכנים של הגינות ותום לב (עע"מ 5159/08 מיציוסי הסעות בע"מ נ' אור הסעות (לא פורסם), פסקה כ"ב (להלן פרשת מיציוסי)):

"מספר מאפיינים עומדים ביסוד המכרז: קידום האינטרס הכלכלי של בעל המכרז, המבקש להשיג את התועלת המירבית מהנכס או השירות אותם הוא מבקש לרכוש או למכור; ומתן סיכוי לכל אדם להתחרות באופן שוויוני והוגן על הזכייה במכרז, תוך ניהול תקין וראוי של הליכי המכרז ... מנקודת ראותו של המשפט הציבורי, המכרז נועד להגשים ערכים של שמירה על טוהר המידות בהתקשרות עם הרשות הציבורית, מתן אפשרות לרשות המינהלית להתקשר בעסקה שתמצה את תועלתה הכלכלית, והבטחת תנאים של שוויון בתחרות על הזכייה" (עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ מספנות בע"מ נ' רשות הנמלים (לא פורסם)(השופטת פרוקצ'יה) פסקאות 32-33 (להלן פרשת דגש סחר חוץ)).

נז. הגשת הצעה תוך שימוש במחיר גבוה אחד לפריטים אחדים ונמוך לאחרים, באופן בלתי ריאלי, מבלי להציג מראש הסבר מניח את הדעת לכך, עלולה לפגוע, כאמור, בכל אחד מאלה: ראשית, בשוויון כלפי המשתתפים במכרז וכלפי משתתפים

פוטנציאלים, אשר מתמחרים את סעיפי המכרז בהתאם למשקלם הממשי; שנית, ביעילות הכלכלית, שכן עלול להיווצר מצב בו ישתנו הכמויות לביצוע, ותתייקר ההצעה המקורית כתוצאה מתמחור גבוה של סעיפים מסוימים ונמוך של אחרים, לגביהם הניח המציע שלא יהא עליו לבצעם. הנזק העיקרי במקרים אלה יהא, כמובן, לקופת הציבור; שלישית, יש בהתנהלות זו משום חוסר תום לב, וסימן שאלה באשר להגינות כלפי המציעים האחרים וכלפי עורך המכרז (אשר לפן החוזי במכרז ראו פרשת ינון).

נח. בכל הכבוד, אין גם בידי להסכים עם קביעתו של בית המשפט קמא כי יש לבחון את ההצעה כמכלול, מבלי לבדוק את סעיפיה הספציפיים. כאשר מדובר במכרז הכולל פריטים שונים ונדרש לתמחר כל פריט, יש משקל ומשמעות לחריגות בפריטים השונים. בחינה של "השורה התחתונה" של ההצעה תאפשר, באצטלה של הצעה כשרה, להסוואת הצעה שכל כולה תכססנות פסולה. בהקשר של מחיר שלילי ציינה השופטת חיות את הדברים הבאים, היפים גם לענייננו אנו:

"על ועדת המכרזים לבצע בדיקה זהירה, חשדנית וקפדנית במיוחד של ההצעה, על מנת לוודא כי היא אינה נגועה בתכסיסנות פסולה ועל מנת שהרווח הכספי בטווח הקצר לא יניב הפסד חברתי בטווח הארוך וכן הפסדים כספיים כבדים בסופו של יום (ראו והשוו: ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, פ"ד נא(5) 643, 647 (1997)" (פרשת אוליזקי, פסקה 11).

"כאשר מוגשת הצעה גירעונית על-ידי משתתף במכרז ציבורי אל לה לוועדת המכרזים להכריז עליה כזוכה, גם אם היא ההצעה הזולה מבין ההצעות שנתקבלו, טרם שחקרה ודרשה בה ובחנה אותה בציציותיה על מנת לוודא כי אין מדובר בהצעה הנגועה בחוסר סבירות ובחוסר הגינות מנקודת ראותו של המזמין במובן זה שהמציע, אף שהוא להוט לזכות במכרז, אין לו את הכושר, הניסיון או היכולת לבצע את החוזה המוצע או לעמוד בתנאיו במחיר שהציע" (פרשת ינון, פסקה 19).

נט. בנדון דידן, מחוות הדעת של מנהל הפרויקט עולה כי מספר לא מבוטל של סעיפים בהצעת סלע נמוכים משמעותית מן האומדן וממוצע ההצעות האחרות. בשישה פרקים הצעת סלע נמוכה ביותר מ-10% מהממוצע הקבלני; סך ההצעה בפרקים אלה מהווה 74% מהיקף הצעתה הכולל למכרז. כן צוין, שבחמישה תתי פרקים נמוכה הצעת סלע ביותר מ-25% מהממוצע הקבלני, המהוים כ-42% מהיקף

הצעתה הכוללת למכרז. באשר לחופרי השרון צוין, כי אף שההצעה נמוכה מהממוצע הקבלני ב-9%, הפרקים והסעיפים החריגים שהתגלו בהצעתה אינם חריגים בצורה משמעותית.

ס. בעקבות האמור, זומנה סלע לשיבת הבהרה. במסגרתה, הועלו בפניה סימני השאלה הנוגעים להצעתה, והתבקשו הסברים לגבי הסעיפים החריגים בהצעה. עיון בפרוטוקול הישיבה מלמד כי אין בתשובות שסיפקה סלע כדי להפיג את החשש:

"מר יצחק סלע: "הסברתי שיש לי מלאי של ברזל, אני עושה את עבודות העפר בכוחות עצמי. אעמוד במחירים..."

מר חיים לוי: שראינו בסעיפים מסוימים מחירים בלתי סבירים צפינו להסבר לוגי וממצה על כל סעיף. מר יצחק סלע: בנוגע לאספלט אין לי במלאי פשוט עשיתי הנחה. כמו שכבר אמרתי אנו לא חייבים שקל בשוק, אנחנו שותפים בבנק ירושלים ומקבלים דיבנד..."

אשר לתמחור הנמוך של הברזל, צוין, במענה לשאלת חבר הועדה, כי אין קבלנים בשוק שמקבלים מחיר דומה בעבור ברזל. האמור מעורר שאלות, ואין זה מפתיע כי ההצעה נחזית כחורגת מהלכות מסחר מקובלות.

סא. כללם של דברים, בעניין זה על חברה המבקשת להציע הצעה אשר יש בה חריגה בפרמטרים שבאומדן, ועל כן עלולה להעלות חשש להתנהלות פסולה או חשש שמא לא תוכל לעמוד בה, להסביר מראש באופן מפורט, הנתמך במסמכים רלבנטיים ובנתונים מספריים, מדוע הצעתה אינה תכססנית, וכי תוכל לעמוד בה. יתר על כן, כל דבר העלול להישאל בסדר רגיל ובשכלל ישר, צריך שיובהר מתחילה, בגדרי הגינות מסחרית. דומה, כי זאת לא עשתה סלע, אלא הסתפקה באמירות כלליות, ולא הציגה מראש הסבר מניח את הדעת למחירים הנמוכים שהציעה. אכן, תדיר חוזרים מציעים בהקשרים מסוג זה ומצהירים כי נטלו "סיכון מחושב". קשה להלום זאת; "מכרז אינו הימור או כרטיס הגרלה, אלא אמור לשקף הצעת מחיר הוגנת וסבירה הן לעורך המכרז והן למציע" (פרשת ינון, פסקה 9), ומציע המבקש להשיג יתרונות בלתי ראויים "נגרשנו מן המסדרון אל מחוץ לבית המכרזים" (ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 679 (השופט - כתארו אז - חשיין)).

סב. ייתכנו מצבים בהם יקשה להבחין האם מדובר בטקטיקה פסולה או בהתנהלות עסקית לגיטימית. כאמור, הצעה זולה אינה בהכרח תכססנית:

"תכסיסנות' מעצם טיבה וטבעה היא מושג עמום וקו הגבול בין תכנון לגיטימי לתכסיסנות פסולה הפוגעת בעקרונות של שוויון והגינות, אינו תמיד חד וברור. סימונו של קו הגבול העובר בין השניים כרוך, בין היתר, בשאלות של מידה ושל היקף והוא תלוי נסיבות. על הקושי להבחין בין תכסיסנות פסולה לתכנון לגיטימי עמד בית משפט זה בעבר בציינו "לכל מקצוע 'תכסיסים' משלו; הוכמת החיים וחוכמת השופט היא להבחין בין תכסיסים לגיטימיים לבין תכסיסים שאינם לגיטימיים" (עניין מליבו, 681; ראו גם: עניין אוליצקי, פסקה 11; עת"ם 1237/03 יתב, פסקה 15; דקל, מכרזים א, 607-606). מכל מקום, כאשר מתעורר חשד לתכסיסנות ברי כי על ועדת המכרזים לבחון את היקף הפריטים המתומחרים באופן בלתי ריאלי כלפי מעלה או כלפי מטה ואת השפעתם של מחירים אלה על ההצעה בשלמותה. כמו כן על הועדה לקבל מפי המציע הסברים לגבי אופן התמחור של ההצעה כאמור, בטרם תגבש את עמדתה בשאלת התכסיסנות (ראו: עניין אוליצקי, פסקה 11; עת"ם 1237/03 יתב, שם). בצדק ציין בית משפט קמא כי אף שוועדת המכרזים אינה נדרשת לבחון את הכדאיות הכלכלית של ההצעה מבחינת המציע, היא בהחלט נדרשת לבחון האם ההצעה הוגנת וסבירה והאם אין מקום לפסול אותה בשל תכסיסנות החותרת תחת תכליותיו של המכרז (להתמודדות עם תמחור תכסיסני בארצות-הברית ראו תקנות הרכישה הפדראליות - Federal Acquisition Regulation, 48 C.F.R. § 3.501 לעניין זה גם *Bettis v. Odebrecht Contractors of California, Inc.*, 364 U.S. App. D.C. 250 (2005). להתמודדות עם הסוגיה של הצעות הפסד במשפט האיחוד האירופי ראו Council Directive 2004/18/EC, (פרשת 170, פסקה 114 (art. 55, 2004 O.J. (L 134)) (פרשת 170, פסקה 114). (20)

סג. לדידי, מוטב לנקוט גישת בית שמאי גם ביחס למקרים שנראה כי הם נופלים ל"תחום האפור", ולפעול גם ביחס אליהם בהקפדה יתרה:

"שמירה קפדנית ודקדקנית על כללים ברורים ואחידים היא ערובה לקיום העקרונות המהותיים של שוויון והגינות המכרז, להגברת אמון הציבור בשיטת המכרזים, למאמץ לנעילת דלת השחיתות ולשינוי היחס המקל ראש, לעתים, בדרישות המכרז מצד חלק מהמציעים. גישה אחרת אולי תועיל לקופת הציבור במקרים מסויימים לטווח קצר, אך יפגע בה קלקול מידות בטווח

הארוך, ועמו כל החלאים הכרוכים בכך" (עניין אחים  
כאלדי הנזכר, פסקה י"ד).

וראו גם דברי בע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר. נ' מי נתניה (2003) בע"מ (טרם פורסם):

"פשיטא הוא, כי ככל שיותר כר מועט יותר ל'פרשנות יצירתית' של תנאי המכרז, כן ייטב לשוויון, להגינות, ולעשיית צדק עם כולי עלמא. הותרת מרווח לפרשנות בענייני מכרזים משמעה, כפי שציינה חברתי (השופטת נאור - א"ר) בפרשת א.ג.י, חוסר יעילות וביטול זמן בועדות המכרזים, דיונים שיפוטיים לאחר מכן, וכיוצא בזה; ולא אלה בלבד, אלא גם - ובל אחטא בשפתי - במכרז הנתון לפרשנות פתוח פתח לשאלות של טוהר המידות ... אשר להבחנה בין פגמים 'מהותיים' ו'טכניים', זו אינה פשוטה כידוע ויש בה פתח לפלפולים לא מעטים שחכמי הישיבות השוקדים יום ולילה על תלמודם לא היו בוראים כמותם ... כמובן יהיו מקרים שפגם יהא זניח בגדרי השכל הישר ... אך מקרים אלה הם לדעתי החריג שבחריג, והכלל הוא כי פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו ... .

כללו של דבר, מגיש הצעה המדקדק בתנאי מכרז ראוי שייצא נשכר; והמחמיר עם שאינו מדקדק בהם - תבוא עליו ברכה" (כן ראו פרשת מיציוטי; וכן ע"מ 1811/09 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב (לא פורסם)).

סד. אכן, יתכנו מקרים שבשל ההקפדה ייפגעו גם מתמודדים תמי לב שחלקם לא שפר, ואולם, "במקומותינו, באין הקפדה, יהיו המדרון חלקלק והפתח פתוח ליציאה לדרכים עקלקלות; ועל כן אם יידעו הכל כי ההקפדה היא 'אם כל מכרז', לא יצאו להגישו ברגע האחרון, והרשות לא תחוש חופשית מצדה למתן 'הנחות' בתנאים, בתום לב או חלילה שלא בתום לב" (פרשת מיציוטי, פסקה כ"ה). אחזור לעניין נטל ההוכחה ואציין, כי כאשר מונחת בפני ועדת המכרזים הצעה הנופלת במידה ניכרת מן האומדן והנוקבת מחירי הפסד בפריטים רבים יש בה כדי לעורר, כאמור, על פני הדברים חשד לתכססנות. אכן, על המציע לסתור מתחילה חשד כזה, ועל ועדת המכרזים להשתכנע כי "ההצעה מבוססת ונשענת על אדנים כלכליים מוצקים וסבירים ולצורך כך עליה לברר עם המציע כיצד יעמוד בהצעתו" (פרשת רון, פסקה 19). ככל שהמציע לא שיכנע בהסבריו את ועדת המכרזים, שהכרעתה המבוססת על ניתוח כלכלי של ההצעות, אין מתפקידה של הועדה לעשות כן בעבורו, ולטעון כי הסבריו אינם בעלמא: "ככל שיכשל המציע להסיר את העננה הרובצת מעל הצעתו שנראית תכסיסנית, אז דין הצעתו יהיה להיפסל" (פרשת מטיילי ירון, פסקה 12).

סה. בית המשפט המחוזי פסל את החלטת ועדת המכרזים, שכן לגישתו לא נימקה כדבעי את החלטתה, ולא נתנה דעתה להסבריה של סלע.

סו. חובת ההנמקה היא מאבני היסוד של המשפט הציבורי וכללי הצדק הטבעי, והיא מעוגנת בחוק באופן יוצא דופן (חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958). להנמקה תפקיד מרכזי ביכולתו של הפרט להתמודד עם ההחלטה, והיא מקנה את היכולת להשיג עליה ובסופו של דבר להביא לשינויה (ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר (לא פורסם), השופטת ארבל, פסקה 26). לעניין זה יפים דבריו של פרופ' יצחק זמיר (הסמכות המינהלית, ב', 897):

"כמה מעלות טובות להנמקת החלטות מינהליות. ראשית, ההנמקה דורשת מחשבה סדורה והגיונית ... שנית, הנמקה ... מאפשרת לרשות המינהלית לבדוק את עצמה לאחר מעשה ... שלישית, ההנמקה ... מסייעת גם לממונים על הרשות המינהלית לקיים ביקורת על הרשות. רביעית, ללא הנמקה יקשה על אדם שנפגע מהחלטה מינהלית לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין, ואם יש יסוד וטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית. ולבסוף, ההנמקה, כמו השימוע, תורמת למערכת היחסים הראויה שבין הרשות המינהלית לבין האזרח במדינה דמוקרטית" (ראו גם ד' ברק ארז משפט מינהלי, כרך א' (תש"ע), 423-424).

יתרה מכך, החלטת רשות מינהלית שאינה מנומקת, חשופה לביקורת שיפוטית ועל כן "כל כולה 'דוחה את הקץ' עד להליך השיפוטי אם יוגש, ובמסגרתו תתבקש ההנמקה" (רע"א 8996/04 שכטר נ' נציגות הבית המשותף, פ"ד נט(5) 17, 21).

סז. דומה כי עיון בהחלטת הוועדה מלמד, שהיא נימקה את החלטתה, תוך התייחסות לחריגות בהצעת סלע, ולאחר שניסתה לרדת לפשרן בפגישת ההבהרה, וסלע לא סיפקה הסברים מניחים את הדעת. אציין עם זאת, כי הנמקתה של הוועדה התמקדה בשאלה האם סלע תוכל לעמוד בהצעתה, נוכח התמחור הנמוך. כאמור, אין פגם בכך שהצעה היא זולה כשלעצמה, והשאלה היא מה עומד בבסיס ההזולה; ובענייננו סברה הוועדה (כעולה מפרוטוקול ישיבת ההבהרה) שנעשתה גם, ככל הנראה, "העמסת מחירים" וכי התמחור, שהוא בלתי ריאלי, מעיד על תכססנות. גם את זאת היה מקום לציין בהנמקה, וחבל שלא כך נעשה. יתרה מכך, עיון בהנמקה בעניין ההצעה הזוכה אינו מסביר באופן מניח את הדעת במה נבדלת הצעתה של

חופרי השרון, שגם היא לוקה בפגמים מסוימים אשר להם דמיון לפגמים בהצעתה של סלע, אף אם בעוצמה נמוכה יותר, ומדוע נמצאה הצעת חופרי השרון כשרה. כך גם לא נמצאה התייחסות לשינוי התכנוני, שעליו הסתמכה חופרי השרון.

#### פגמים בערבות

סח. פגם בערבות יש בו, בדרך כלל, כדי לפסול הצעה, וזאת מבלי שיהא צורך לבחון את פשר הטעות או כוונת המעורבים; "הטעם לגישה זו הוא, שעקרון השויון בין המתחרים מחייב שויון בדרישת הערבות, ופגם בערבות משמעותו, על כן, פגם מהותי, הפוגע בעקרון היסוד של דיני המכרזים, ועל כן דינו לפסול ההצעה" (בג"צ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבניין ופיתוח בע"מ נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2) 477, 472; בג"צ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505; עע"מ 10785/02 חב' י.ת.ב בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897; אף כי ראו לאחרונה עע"מ 5834/09 אדמונית החורש נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם), שם נמצא כי בנסיבות העניין ובהתחשב בטיב הפגם שנפל בערבות, אין לפסלה)). בענייננו התעוררה השאלה מה דינו של מציע שערבותו הושבה. בפרשת טמג"ש, שעסקה בנושא, נדונו שתי סוגיות: האם השבה של כתב הערבות מונעת מהמציע לתקוף את חוקיות זכייתו במכרז של מציע אחר, והאם השבה מונעת מהמציע לטעון לזכייתו שלו. בשאלה הראשונה נקבע כי למפסיד במכרז עומדת זכות לתקוף את תוצאות המכרז, בלא קשר לזכותו לזכות במכרז. אשר לשאלה השנייה, נקבע, בדעת רוב (השופטים שטרסברג-כהן ולוי, בניגוד לדעתו החולקת של השופט – כתארו אז – חשין), כי משתתף שהפסיד במכרז, והוא מבקש כי הערבות תוחזר לו, גילה דעתו שויתר על זכותו לטעון לזכייתו במכרז. לשיטת השופט חשין, קביעה זו משמעה כי רבים יוותרו על זכות העיון והבדיקה השמורה להם, וייפגע אינטרס הציבור ואינטרס הרשות הציבורית לקיומם של מכרזים כהלכתם ולהגשמת תכליתם של מכרזים; קביעה זו, לדעתו מנוגדת גם לחובת ההגינות (ראו לדעות שונות בנושא זה דקל ב', 381-389; בר"מ 1116/10 סלנר נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם) והאסמכתאות שם; עע"מ 10064/04 מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 749, שם דובר על ערבות שפקעה; עע"מ 11572/05 טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ נ' אימג'סטור מערכות בע"מ, (לא פורסם) (להלן פרשת טלדור); ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11 שם נקבע, כי החזרת הערבויות לידי המציעות בעקבות דחיית הצעותיהן, אינה מכריעה לעניין סופיותם של הליכי המכרז, וכל "עוד הליכי המכרז נתונים לבחינה בפני ערכאה שיפוטית ... אין לראותם כסופיים" (השופטת פרוקצ'יה), עמ' 26).



סט. כמותי כבית המשפט המחוזי סבורני, כי יש מקום להבחנה בין מקרה שבו ביקש המציע מיוזמתו את השבת הערבות, לבין מקרה בו הושבה לו זו באורח חד צדדי. כאשר מושבת למציע הערבות שלא מיוזמתו, לא ניתן לומר כי גילה דעתו בדרך זו או אחרת שאין בכוונתו לתקוף את החלטת הועדה. המלומד דקל מגיע למסקנה זו בהתבסס על הנמקתה של דעת הרוב בפרשת טמג"ש, לפיה מציע הדורש להחזיר לו את כתב הערבות מגלה את דעתו כי השלים עם תוצאת המכרז, עובדה היוצרת הסתמכות על ועדת המכרזים; נהיר שלא כך כאשר הערבות מושבת למציע באורח חד צדדי. כן מציין דקל שכל פרשנות אחרת תוביל לתוצאה אבסורדית, לפיה תוכל הרשות להשתיק את המציעים המפסידים מטענה לזכייתם במכרז, על ידי כך שתשלח להם את כתב הערבות חזרה (דקל ב', 382); לשיטתו, מציע התוקף את תוצאות המכרז אינו חייב להותיר את ערבותו בידי עורך המכרז, ואף אינו חייב להמציא לידי עורך המכרז כתב ערבות חדש, כל עוד מתנהלת תביעה וטרם התקבלה הכרעה. לגישתו, משדחה בית המשפט את העתירה ואישר את החלטתה של ועדת המכרזים, ממילא הסתיים העניין והמצאת הערבות אינה רלבנטית; ועל כן, אם קיבל בית המשפט את העתירה, רשאית ועדת המכרזים לבקש מהמציע כי ימציא לה ערבות כתנאי להמשך ההליכים (דקל ב', 384).

ע. בענייננו מלמדות נסיבות המקרה כי סלע לא ויתרה על זכייתה במכרז: היא הודיעה למע"צ כבר ביום 18.6.09 שעומדת היא על זכייתה במכרז, ולא ביקשה כי הערבות תושב לה. ביום 29.6.09 הגישה עתירה מינהלית ובקשה לסעד ביניים, וביום 21.7.09 המציאה ערבות חלופית. יצוין, בהקשר זה, כי סעיף 5.2.4 סיפא להזמנה להציע הצעות של מע"צ, קובע כי "מציע אשר ערבותו הוחזרה לו, לא יוכל לערער על הזכייה במכרז אלא אם כן הוא המציא לחברה במצורף לבקשתו לערער ערבות שתום תוקפה הינו 3 חודשים מיום החזרתה לחברה". גם המכרז מאפשר איפוא למציע שערבותו הושבה לו, לתקוף את ההחלטה במכרז.

עא. אכן, סלע איחרה בהגשת הערבות החלופית, והגישה אותה מספר שבועות לאחר הגשת העתירה. בכגון דא יש להקפיד: "ההקפדה על קיום תנאי הערבות מגשימה הן את עקרונות השויון וטוהר המידות והן את המטרה הכלכלית שבבסיס דיני המכרזים" (פרשת און (השופטת פרוקצ'יה), פסקה 40). ואולם, במקרה דנא, משמצא בית המשפט לעניינים מינהליים להכשיר את ההצעה, על אף האיחור, הנה בהתחשב בהלכות בדבר התערבות ערכאת הערעור ובהתחשב בשלב הדיוני בו אנו

מצויים, סבורני כי אין הדבר מחייב התערבות; זאת - אף אם היה ניתן להגיע לתוצאה שונה מתחילה.

אי צירוף ההצעה לעתירה

עב. נטען, כי יש לפסול את הצעתה של סלע כיון שהצעתה לא צורפה לעתירה. ככלל, עותר שלא צירף את הצעתו לעתירתו אינו יכול לקבל סעד של זכייה במכרז (ראו פרשת טלדור; בר"מ 4960/07 ויז'ן נ' עיריית רמת השרון (לא פורסם) ובר"מ 863/07 אחים בן רחמים (צפון) בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (לא פורסם) (להלן פרשת אחים בן רחמים)):

"הגיונם של דברים הוא, שעל המבקש כי הצעתו תתקבל ותזכה במכרז, יעמיד גם את הצעתו-הוא למבחן שיפוטי בפני בית המשפט ובפני המבקשות, כהצעה כשרה וראויה לזכייה. אם לא כן, יוצר מצב לא שוויוני, ובו בעוד שבפני העותרת מצוי כל החומר הרלבנטי על מנת לתקוף את החלטת ועדת המכרזים, הרי שלמציע שזכה במכרז אין אפשרות מיידית לבחון את כשירות הצעת העותרת בצורה מעמיקה ולהגיב עליה (אלא, למשל, במסגרת של הליך לגילוי מסמכים). מכאן חובתה הדיונית של העותרת להעמיד את הצעתה שלה לעיון בית המשפט כדי לבחון אם לא נפלו בה פגמים פוסלים (ראו והשוו: עת"ם (י-ם) 242/01 אורקל מערכות תוכנה ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"מ מינהלי (תשס"א) 297, 316-317 (2001))" (פסקה 9, השופטת נאור).

עג. בפרשת האחים בן רחמים ציינה השופטת נאור, כי כיון שמדובר בטענת-סף, וקבלתה מכריעה למעשה את גורל העתירה עצמה, בלא שנתקיים בה דיון לגופו של עניין, הנה כל עוד לא התקיים דיון בעתירה לגופה, מן הראוי כי תינתן לעותרת אפשרות להגיש בקשה לתיקון הפגם הדיוני. בענייננו, לא הוגשה בקשת לתיקון העתירה, אולם סלע צירפה את ההצעה במסגרת הודעה לבית המשפט, ובית המשפט ראה בצירוף המאוחר משום ריפוי הפגם.

עד. אכן, היה מקום שתוגש בקשה מסודרת לצירוף ההצעה. במבט צופה פני עתיד, סבורני כי יש לדבוק בכלל הדיוני, מתוך אותה גישה של "קלפים פתוחים", שקיפות ואור השמש המטהר. ואולם, משהדבר לא נעשה ובית המשפט קמא קיבל את ההצעה והמשיך בבירור העתירה, לא מצאתי לנכון, בשלב זה של ההליכים, לפסול את ההצעה על רקע זה.

עה. סלע ומנרב טוענים כנגד השתתפותו של מר מיארה בהליך המכרז, ולכך שדבר העסקתו בעבר בחופרי השרון לא עלה בשלב מוקדם יותר. כאמור, ועדת המכרזים כפופה לכללי הצדק הטבעי, ובהקשר זה, על חבריה חל איסור לפעול במצב של ניגוד עניינים:

”כללי הצדק הטבעי וכללי האמון הם העומדים בגרעין האיסור על ניגוד עניינים בפעולתו של גוף ציבורי, ואיש ציבור במסגרתו. האיסור האמור נעוץ בחובתו של איש הציבור להפעיל שיקולים רלבנטיים בלבד במסגרת סמכותו, ולהבטיח בדרך פעולתו את אמון הציבור בדרך תפקודו של הגוף הציבורי עליו הוא נמנה. קיום ניגוד עניינים בפעולת אנשי ציבור עלול לפגוע באמון הציבור במערכת השלטונית (ענין טיענת הליכוד, שם, עמ' 571). האיסור מפני ניגוד עניינים אינו מצריך ודאות בקיום ניגוד כזה. די בקיום חשש לניגוד כאמור, כדי לפגוע באמון הציבור בפעולה המינהלית” (בג”צ 3346/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' שר החינוך (לא פורסם), השופטת פרוקצ'יה, פסקה 26); פרשת דגש סחר חוץ, פסקה 38).

עו. בענייננו, גם אם היה ראוי מאוד כי חופרי השרון ומר מיארה יצהירו על “עברם המשותף” מתחילה, במועד סיור הקבלנים או בסמוך לאחר מכן בשלב הראשון של ההליך, מסופקני אם יש לראות בכך עילת פסילה. מר מיארה אמנם נטל חלק פעיל בבחינת ההצעה ובהצגת השגות בפני החברות המציעות, ואף שהועדה מפעילה שיקול דעת עצמאי, פשיטא שיש לעמדת הגורמים הממליצים משקל וכך ראוי (ראו דקל ב', 46); אך הוא סיים את עבודתו בחופרי השרון בנובמבר 2005, קרוב לשלוש וחצי שנים לפני עריכת סיור הקבלנים (אמנם לא 5 שנים כפי שטען). דומה שזו תקופת “צינון” משמעותית (ראו והשוו חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), תשכ”ט-1969; חוק תקופת צינון למשרתים בכוחות הבטחון (תיקוני חקיקה), התשס”ז-2007), ומפיגה – דומה – את החשש לניגוד עניינים בפועל, ולא נטענה טענה לטובת הנאה למר מיארה, כפי שגם ציין בית המשפט המחוזי. אכן, איננו מקילים ראש במראית העין (ראו בג”צ 35/82 ישפאר נ' שר הביטחון פ”ד לז(2) 505, 511-514, השופט שינבוים; 524-525, השופטת נתניהו; 534-536 השופט בייסקי),

אך דומה כי מראית העין בנידון דידן, נוכח חלוף הזמן כאמור והיעדר טובת הנאה כל שהיא, אינה ב"עוצמת פסילה".

עז. טוענות מנרב וסלע כי הצעתה של חופרי השרון לוקה ב"הסטת מחירים". בהקשר זה ציינה הועדה כדלקמן:

"כמו כן, מנהל הפרויקט ערך השוואה גם להצעת החברה השנייה הנמוכה 'חופרי השרון' והגיע לידי מסקנה, כי למרות שהצעתו גם כן נמוכה מהמוצע הקבלני (ב- 9%) הפרקים והסעיפים החריגים שהתגלו בהצעתם אינם חריגים בצורה משמעותית כפי שעולה מהצעת הקבלן הראשון, א.י.ל. סלע, וכן כי הפער בין עלות הסעיפים החריגים בהצעת הקבלן לממוצע הקבלני, הינו בסך כולל של 4.64 מליון ש"ח (המהוים 2.7% מהצעת הקבלן) כאמור בהמלצת מנהל הפרויקט" (פרוטוקול ישיבת ועדת המכרזים מיום 7.6.09).

קשה ללמוד מהאמור ומהנמקת הועדה, לאחר שבחרה בחופרי השרון (ראו פסקה ד' למעלה), במה, באופן עקרוני נבדלת הצעת חופרי השרון מהצעת סלע - האם חופרי השרון תוכל לעמוד במחירים הנמוכים שהציגה, והאם הצעתה אינה לוקה ב"הסטת מחירים"? במענה לשאלות הועדה, מסרה גם חופרי השרון תשובות כלליות ("יש לנו חומר עצמי מפרויקטים אחרים"; "כן יש לי חומר אצלי ואני מעביר" "זה לא סעיף מהותי. אלו כמויות שניתן לעשות אותם").

שינוי תכנוני

עח. בהצעתה התבססה חופרי השרון על שינוי תכנוני. בסעיף י' בפרק 1.03 למכרז צוין כך:

"מובהר ומודגש כי בפרויקט זה לא יאושרו חלופות תכנוניות של הקבלן לגשרים המתוכננים, לקירות האקוסטיים לקירות התמך. ביצוע הגשרים, הקירות האקוסטיים וקירות התמך ייעשו אך ורק על פי האמור בתכניות ובפרט המיוחד במכרז זה".

(במהלך סיור הקבלנים הופנתה תשומת הלב לסעיף זה - סעיף 8 למכתב הממוען למשתתפים בסיור, מיום 6.4.09). והנה, כעולה מפרוטוקול ישיבת ההבהרה שנערכה עם חופרי השרון, זו שיקללה בהצעתה כי תאושר חלופה תכנונית:

מנה"פ: "בנוגע לסעיף 02.01.0040- עבודות בטון יצוק, מה ההסבר שלכם למחיר? מר אייל גבאי (נציג חברת חופרי השרון- א"ר): אני אתייחס גם לקירות התומכים וגם לסעיף זה. למעשה בחנו חלופה לקרקע משורינת. לקחנו בחשבון שאם יאושר השנוי נשנה לקרקע משורינת. אם לא יאשרו לנו את השנוי נספוג את העלויות (מדובר בכ-2 מליון ₪)... מנה"פ מדובר בכ-3 מיליון. מר אייל גבאי- להערכתנו מדובר ב-2 עד 2.5 מליון. אין בזה בעיה".

גם סטייתה של חופרי השרון מן הבסיס המשותף המתחייב להצגת ההצעה אומרת לכאורה דרשני לעניין כללי השויון בתחרות. מע"צ מציינת בסיכומיה כי הפרשנות, לפיה לא ניתן יהיה לבצע שינויים תכנוניים בכל מקרה אינה פרשנות סבירה, ואינה מאפשרת גמישות בביצוע הפרויקט. ואולם, כאשר המכרז אינו מאפשר במפורש חלופה תכנונית, אין המציעים רשאים להסתמך על אפשרות חלופה, ובודאי כך עורך המכרז. ככל שסבורה הרשות כי הדבר פוגם בגמישות ניהולו של הפרויקט, והיא נכונה לשקול שינויים תכנוניים, אין מקום לכלול במכרז תניה המונעת זאת. מבין אני את החשש ל"מדרון חלקלק" של שינויים על-ידי המבצעים, ואת "פוליסת הביטוח" שקונה לעצמו עורך המכרז ב"תנית אי שינוי"; אך דבר זה צריך לפעול לשני הכיוונים, גם לעורך המכרז עצמו, כדי שלא יפתח – והדברים נאמרו כללית, בלא להטיל דופי במי מהמעורבים במכרז דנא – פתח לקנוניה חלילה. לבסוף, קשה להלום כי חופרי השרון התחייבה לבצע את העבודה, גם אם לא יאושר שינוי תכנוני, באותו מחיר, שכן ייתכן כי אם המציעים בפועל או מציעים בכוח היו משקללים אפשרות זאת ונוטלים סיכון מחושב, הצעתם היתה שונה. וכן נאמר, "כי כל המבקש לפסול הצעה של מתחרה במכרז בשל פגמים שהוא מוצא בה, או בשל מחדלים שהוא טוען להם, חייב קודם כל להראות שהוא עצמו דיקדק בתנאי המכרז ומילא אחריהם בקפדנות. אחרת, הצעתו שלו עצמו פסולה היא, ואין לו מעמד לתבוע פסילתה של הצעה אחרת" (בג"ץ 173/72 (לא פורסם)), מצוטטת בפרשת ישפאר, בעמ' 536 (בפי השופט בייסקי)). נותר אף כאן סימן שאלה, גם אם פחות מזה הקשור בסלע.

#### הסעד

עט. בית המשפט קמא קבע כי הועדה לא נימקה את החלטתה די צרכה, ביטל את החלטת ועדת המכרזים והכריז על סלע כזוכה במכרז.

פ. הביקורת השיפוטית בהליך המינהלי נועדה לבחון האם נפל פגם בהחלטת הגוף המינהלי, האם היא סבירה ונתקבלה משיקולים ענייניים. כידוע, אין בית

המשפט מחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו ואינו יושב כ"ועדת מכרזים עליונה" (בר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754, 767; פרשת רון והאסמכתאות שם). מכאן גם נגזר טיבה של ההתערבות השיפוטית, וככלל החזרת הנושא לרשות המינהלית, לקבלת החלטה מחודשת (ברק ארז, 624).

פא. בנדון דידן, דומה, כי משועדת המכרזים סברה באשר להצעת סלע כי מדובר בהצעה תכססנית וכי אין המציע יכול לעמוד בה, ומשביקורתו של בית המשפט לא הופנתה כנגד סבירות ההחלטה אלא כנגד נימוקיה, היה לכאורה מקום להשיב את הדיון לועדת המכרזים, לדיון מחודש תחת ביטול ההחלטה, וקביעת הזוכה במכרז.

פב. עומדות בפנינו שתי אפשרויות. הראשונה, ביטול המכרז והשניה, השבת הדיון לועדת המכרזים. ביטול מכרז אינו הליך של מה בכך, ויש לנקוט בו במקרים קיצוניים, כאשר אין דרך חוקית אחרת לריפוי הפגם שנפל בו (ש' גביש סוגיות בדיני מכרזים ציבוריים (תשנ"ז), 119; בר"מ 2127/07 אחים בן רחמים (צפון) בע"מ נ' חברת נמלי ישראל (לא פורסם); עע"מ 5274/06 שחאדה נ' בני טעיד חמודה בע"מ (לא פורסם); עע"מ 7561/01 חניט נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נ"ז(3) 611). כך, ביטול המכרז יהיה מוצדק למשל כאשר הפגם הנטען נפל במכרז עצמו, כשתנאי המכרז שונו לאחר שהוגשו, שהתגלה ניגוד עניינים בועדת המכרזים או שכלל ההצעות שהוגשו היו פגומות (דקל ב', 310-311).

פג. אודה ולא אבוש, כי התלבטתי מאוד בסוגיית "השורה התחתונה". ביטול המכרז, עלול לעכב את הפרויקט יתר על המידה, ובצרכי ציבור וגם בכספי ציבור עסקינן, וגם לעוות את ההצעות אשר יוכנו בידיעת מה שהוגש במכרז הראשון. מאידך גיסא, ככל שהמדובר בהחזרת המכרז לועדה, הן בהצעת סלע והן – במידה פחותה – בהצעת חופרי השרון נפלו קשיים, שבשלהם הגענו עד הלום. מתוך נקיון הדעת נראה לי כי הדרך הנכונה, בחינת הרע במיעוטו, היא להחזיר את הדיון לועדת המכרזים לדיון במכלול ההצעות שהוגשו. נקיון הדעת מצדיק גם, כי לועדת המכרזים יצורפו שלושה חברים חדשים, מבלי לפגוע ביושרו של ההרכב הקודם, אך נוכח תולדות המכרז וההתדיינות; הועדה תשקול בשבע עיניים את ההצעות, ותכריע באשר להצעה הזוכה.

פד. אם תישמע דעתי, יתקבל הערעור בהתאם לאמור. בנסיבות אציע שלא לעשות צו להוצאות.

1. שלושה המה האוחזים במכרז: סלע, המציעה הזולה ביותר, שהצעתה נפסלה בועדת המכרזים אך זכתה בעתירתה בבית משפט קמא; חופרי השרון, השנייה במדרג המחיר המוצע, שהצעתה זכתה בועדת המכרזים אך הפסידה בבית המשפט; ומנרב, השלישית במדרג המחיר המוצע, שהפסידה הן בועדת המכרזים והן בבית המשפט.

2. המקרה שבפנינו קשה ובפני בית המשפט עומדות חמש אפשרויות שאף אחת מהן אינן מלבכת במיוחד: זכייה של סלע, זכייה של חופרי השרון, זכייה של מנרב שהצעתה היקרה בין השלוש, החזרה לועדת המכרזים או ביטול המכרז. חברי, השופט רובינשטיין, התלבט בין ביטול המכרז לבין השבת הדיון לועדת המכרזים ולסופה של התלבטות, גרס כי יש להחזיר את הדיון לועדה.

בנקודה זו נפרדות דרכנו, באשר איני רואה נתונים חדשים שלא היו בפני ועדת המכרזים בעת שהחליטה את החליטה. בנוסף, לשיטתו של חברי, אם הצעתה של חופרי השרון אכן לקתה בפגם, היה מקום לקבל את ערעורה של מנרב ולהכיר בה כזוכה בבחינת "שניים רבים והשלישי זוכה". לכן, מבין חמש האפשרויות דלעיל, אני מבכר, אם כי לא בלב קל, להשיב את החלטתה של ועדת המכרזים על כנה ולהכריז על חופרי השרון כזוכה. אנמק בקצרה את מסקנתי.

3. מקובלת עלי מסקנת חברי, השופט רובינשטיין, כי יש לקבל את הערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים ולבטל את זכייתה של סלע. התימחור הנמוך של רכיב הברזל המהווה פריט "כבד" וחשוב בעבודות הבטון המזוין, משקף גישה תכסיסנית. ניתן להבין כי משתלם לסלע ליתן מחירי הפסד בפריטים מסויימים ובלבד שהכלים שברשותה לא יעמדו ללא תעסוקה, אך לא ניתן לקבל הסבר זה כאשר במחירי ברזל עסקינן. גם בהנחה שלסלע היה מלאי ברזל, הרי שמדובר בסחורה עוברת לסוחר, שמחירה גבוה בהרבה מהמחיר שהוצע על ידי סלע. מכאן, שמדובר בתימחור בלתי סביר בעליל בפריט מרכזי. לא למותר לציין כי לכמות הברזל ולאיכותו יש השלכות בטיחותיות. הצעה כה זולה ברכיב הברזל מהווה תמריץ שלילי לחסוך בברזל, מה שיצריך מידה רבה של פיקוח מצד המזמין בעוד שהמכרז מבוסס על בקרת איכות עצמית של הקבלן המבצע.

4. לא כך לגבי הצעתה של חופרי השרון, שלגביה נאמר על ידי חברי כי נותר סימן שאלה גם אם פחות מזה הקשור בסלע. חופרי השרון לקחה בחשבון אפשרות כי תאושר חלופה תכנונית לקירות התומכים, למרות שבמרכז נאמר במפורש כי לא יאושרו חלופות תכנוניות לגשרים, לקירות התמך ולקירות האקוסטיים. לטעמי, אין מדובר בהכרח בתכסיסנות, אלא בסיכון מחושב שחופרי השרון נטלה על עצמה. כך עולה מתשובתו של נציגה לוועדת המכרזים, כפי שצוטט בסעיף עח לחוות דעתו של חברי, ולפיה חופרי השרון לקחו בחשבון אפשרות לשינוי, אך גם אם השינוי לא יאושר יספגו את העלויות. חופרי השרון לא סייגה או התלתה את הצעתה בכך שתאושר חלופה תכנונית אלא נטלה סיכון מחושב ברכיב שולי יחסית במכלול הפרוייקט והבהירה כי היא דבקה בהצעה זו, ובכך הניחה את דעתה של ועדת המכרזים.

5. לכך יש להוסיף את הכלל לפיו ברגיל אין בית המשפט מחליף שיקול דעתו בשיקול דעת ועדת המכרזים ולא שם עצמו בנעליה (ראו: בג"ץ 441/83 טעדיאן נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לז(4) 368, 378 (1983); עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, 597-598 (2003); עע"מ 2310/02 איגוד ערים איזור דן נ' דסאל מרחבים חברה לעבודות עפר בע"מ, פ"ד נט(6) 337, 346 (2002); עע"מ 11572/05 טלדור מערכות מחשבים 1986 בע"מ נ' איג'סטור מערכות בע"מ (לא פורסם, 19.6.06)).

בהצטרף שיקולים אלה, אני סבור כי ראוי לקבל את ערעור חופרי השרון, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולהחזיר על כנה את החלטת ועדת המכרזים לפיה הוכרזה חופרי השרון כזוכה.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

1. אני מצטרף לחוות דעתו המקיפה והמנומקת של חברי השופט א' רובינשטיין. גם לדעתי יש לקבל את הערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים ולבטל את זכייתה של סלע במכרז.

2. חברי נחלקו בשאלת הסעד הראוי במקרה הנדון, או כפי שמכנה זאת חברי השופט א' רובינשטיין "השורה התחתונה". חברי השופט י' עמית גורס כי יש להשיב על כנה את החלטת ועדת המכרזים ולהכריז על חופרי השרון כזוכה במכרז, שכן אין



כעת נתונים חדשים שלא היו ידועים לוועדה בעת שהחליטה את שהחליטה. לטעמו חופרי השרון לקחה סיכון מחושב כי לא יאושרו חלופות תכנוניות בתוכנית, ואין מדובר בהכרח בתכסיסנות, על כן ההסבר שנתנה חופרי השרון הניח את דעתה של ועדת המכרזים, ויש להשיב החלטתה על כנה. חברי השופט א' רובינשטיין גורס כי על אף הקשיים שנפלו הן בהצעת סלע והן – במידה פחותה – בהצעת חופרי השרון, הדרך הנכונה, בבחינת הרע במיעוטו, היא להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים לדיון במכלול ההצעות שהוגשו. בנוסף קבע השופט א' רובינשטיין כי ניקיון הדעת מצדיק שלועדת המכרזים יצורפו שלושה חברים חדשים, והועדה תשקול בשבע עיניים את ההצעות, ותכריע באשר להצעה הזוכה.

3. השאלה בדבר הסעד הראוי בדיני מכרזים, בדומה לסעד הראוי במשפט המנהלי בכלל, אינה פשוטה כלל ועיקר שכן ידוע הוא ש"יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם. שיקולים שונים, ובכלל זה שיקולים של צדק אישי ואינטרס ציבורי, עשויים להשפיע על התוצאה, ואף למנוע ביטול החלטה פגומה" (רע"פ 2413/99 גיטפן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4), 673, 684 (2001); עע"מ 5853/05 אחים כלאדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' כ"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, 16.1.2007)). כל זאת בהתאם לתורת הבטלות היחסית (ראו דפנה ברק ארז משפט מינהלי כרך ב' 795 - 839 (2010) והאסמכתאות המובאות שם). מכאן ששאלת הסעד הינה שאלה של איזון ראוי בין השיקולים השונים. לרוב, כאשר נקבע כי נפל פגם בהחלטת ועדת המכרזים, הסעד הטבעי הוא ביטול ההחלטה הפגומה והחזרת הסוגיה לפתחה של ועדת המכרזים, וזאת כמובן אם אין שיקולים אחרים המטים את הכף לבחירה בסעד אחר, ראוי יותר:

"התוצאה השיפוטית הרגילה והטבעית של החלטה שגויה תהיה פסילת ההחלטה השגויה והחזרת העניין לטיפול של ועדת המכרזים. תוצאה זו אף עולה בקנה אחד עם המדיניות השיפוטית שלפיה בית המשפט אינו שם עצמו בנעליה של ועדת המכרזים ואינו תופס עצמו כוועדת מכרזים עליונה" (עומר דקל מכרזים כרך שני 307 (2004) (להלן: דקל)).

ראו גם בג"צ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה(2) 265, 274 (1990); ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 643, 648 (1997) (להלן: פרשת ידע מחשבים)). מובן הוא שיכול להתעורר קושי בהחזרת הדיון לוועדת המכרזים, לאור התגבשותה של דעה קדומה אשר יכול

להשפיע על חברי הוועדה. במקרה זה חשוב להבהיר לוועדה כי עליה לראות עצמה משוחררת מכבלי ההחלטה שבוטלה, ולצפות כי תשכיל לשקול את העניין לגופו, בדעה פתוחה ובנפש חפצה. אולם כיוון שבכל זאת כבר נתקבלה החלטה לגופו של עניין, והגם שבוטלה ההחלטה ספק אם גם הצל שלה נעלם (ראו בג"צ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 307 (1994)). על כן, לעיתים, על מנת להשתחרר במידת האפשר מן הצל של אותה החלטה, ניתן לשנות את הרכבה של הוועדה או להוסיף אליה חברים חדשים, ויהיה בכך על מנת להקהות את החשש מדעה קדומה (ראו דקל, עמ' 308), וזאת בדומה לעמדתו של חברי השופט א' רובינשטיין שקבע שיש לצרף שלושה חברים חדשים לוועדה במקרה דנן.

4. עם זאת, יתכנו מצבים בהם הסעד הראוי, לאור האיזון בין האינטרסים השונים, יהיה בביטול המכרז בכללותו (ראו ע"מ 5431/03 אופטינט ניהול משולב אימג'ינג בע"מ נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (לא פורסם, 6.7.2004)). ראו גם דקל, עמ' 311) או בהכרזת בית המשפט על ההצעה הזוכה (ראו בג"צ בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 96 (1982) (להלן: פרשת מיגדה); ע"מ 5831/08 בני מאיר בע"מ נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פס' 11 לפסק הדין (לא פורסם, 29.10.2006)). ראו גם דקל, עמ' 308). סעדים אלו, לרוב, לא יהיו בבחינת "דרך המלך" וצריך להצביע על שיקולים משמעותיים לכך שבית המשפט יבכר סעדים אלו על פני סעד של ביטול ההחלטה הפגומה והחזרת הסוגיה לפתחה של ועדת המכרזים. ההצדקה להעניק סעד של הכרזה על הזוכה "תתקיים רק בנסיבות שבהן החזרת העניין לטיפול מחודש של ועדת המכרזים תהיה בלתי יעילה, בלתי נחוצה או בלתי אפשרית" (דקל, עמ' 308), ובדומה "ביטול המכרז הינו פעולה, שיש לעשותה רק אם אין מנוס" (פרשת מיגדה, עמ' 96; ראו גם פס' פ"ב לחוות דעתו של השופט רובינשטיין). מובן הוא שיתכנו נסיבות בהן סעדים אלו יהיו בלתי ראויים, ויהיה צורך להעניק סעדים אחרים, כגון פיצויים, ואולי אף לא יהיה ניתן להעניק סעד כלל. אין זה המקום להעמיק בסוגיות אלו.

5. בענייננו לא מצאתי נימוקים משמעותיים לסטות מן הסעד המקובל של החזרת הסוגיה לפתחה של ועדת המכרזים. אכן בתחילה ועדת המכרזים בחרה בהצעת חופרי השרון, ולאחר מכן החלטה זו נפסלה על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, והוא החליט להעניק את הזכייה לסלע. במצב דברים זה, לכאורה, ניתן היה לקבל את הצעתו של חברי השופט י' עמית ולהשיב את החלטת ועדת המכרזים על כנה, אולם לטעמי אין זה הסעד הראוי במקרה הנוכחי. ראשית, כפי שצינתי קודם לכן הסעד הטבעי הוא לרוב החזרת הסוגיה לפתחה של ועדת המכרזים. הלכה ברורה ומושרשת

היא כי בית המשפט "אינו יושב כ'ועדת מכרזים עליונה' ואינו מחליף את שיקול דעתה של הוועדה בשיקול דעתו" (עמ"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א בע"מ נ' ועדת המכרזים- עיריית עפולה, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות (טרם פורסם, 18.1.2009). במקרה הנדון, לאור השתלשלות ההליכים והדיונים המשפטיים ראוי כי הנושא יוחזר לפתחה של הוועדה, אשר תשקול מחדש את מכלול ההצעות.

שנית, אף הצעתה של חופרי השרון מעוררת קשיים שעליהם עמד חברי בחוות דעתו. על כן, אין בידנו הצעה שניתן לקבלה כיום ללא כל שיקול דעת ובדיקה של ועדת המכרזים. בפרשת ידע מחשבים בית המשפט קבע כי הצעתה של המשיבה 2 באותו עניין פסולה בשל פגמים שנפלו בה ופוגעים בעיקרון השוויון. כאשר נדרש בית המשפט לתוצאה של קביעתו אמר את הדברים הבאים:

"הצעתה של המשיבה 2 אינה יכולה להתקבל. מהי התוצאה המתבקשת מכך? אפשרות אחת היא לבטל את המכרז. באפשרות זו יש לנקוט רק בהיעדר כל חלופה ראויה אחרת ... במקרה שלפנינו קיימת חלופה אחרת. חלופה זו – וזו האפשרות השנייה העומדת לפנינו – היא בקיבול הצעת המערערת. דא עקא, שחלופה זו נתקלת בקושי הבא: הצעת המערערת חורגת פי שניים ורבע מהאומדן של משרד הביטחון ... בנסיבות אלה, נראה לנו כי ראוי הוא שלא נקבל אנו החלטה על קיבול הצעת המערערת. לא נותרה אלא אפשרות שלישית, שעל-פיה יוחזר העניין לוועדת המכרזים של המשיבה 1. זו תהא רשאית לשקול אם לבחור בהצעת המערערת" (פרשת ידע מחשבים, עמ' 647-648 (הדגשה שלי ס ג)).

ברומה לפרשת ידע מחשבים, אינני סבור כי במקרה שלפנינו ראוי שאנו נקבל את ההחלטה על קיבול ההצעה, ויש להשאיר את שיקול הדעת לוועדה במקרה זה, אשר תבחן את ההצעות בשים לב לפסק דיננו, וזאת כמובן מבלי שאני מביע כל עמדה לגופו של עניין.

שלישית, חברי השופט רובינשטיין קבע בחוות דעתו כי ההנמקה של ועדת המכרזים לבחירה בחופרי השרון לוקה בחוסרים ואינה מסבירה באופן מניח את הדעת במה נבדלת הצעת חופרי השרון מהצעתה של סלע (ראו פס' ס"ז, ע"ז לחוות דעתו של השופט רובינשטיין). זו סיבה משמעותית נוספת להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים שתבחן בקפידה את מכלול ההצעות שהוגשו, תכריע באשר להצעה הזוכה ותנמק את עמדתה באופן ראוי.

6. אשר על כן, אני מצטרף לעמדתו של חברי השופט א' רובינשטיין באשר לסעד הראוי במקרה הנדון, כפי שמפורט בפסקה פ"ג לחוות דעתו.

שופט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"א בסיון תש"ע (24.5.10).

שופט

שופט

שופט