

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"מ 3719/13

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערערות: 1. ש.מרדכי עבודות עפר בע"מ
2. שתיוי אחמד עבודות כבישים ופיתוח

נגד

המשיבים: 1. משרד הבינוי והשיכון
2. כרם עתאמלה בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט י'
נועם) מתאריך 30.04.2013 ב-[עת"מ 27083-01-13](#) [פורסם
בנבו]

בשם המערערת 1: עו"ד רות ברק; עו"ד אמוץ וייס
בשם המערערת 2: עו"ד עאדל שהאב
בשם המשיב 1: עו"ד שוש שמואלי; עו"ד אודי איתן
בשם המשיבה 2: עו"ד מונא חאיק-עזאם; עו"ד נביל חאיק

כתבי עת:

[דפנה ברק-ארז, "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים", משפט וממשל, ב \(תשנ"ד-תשנ"ה\) 35](#)

חקיקה שאוזכרה:

[תקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993: 20, 10](#) (ב')

מיני-רציו:

* ביהמ"ש העליון קובע – קבלת הצעה שהוגשה לאחר שתיבת המכרזים כבר נפתחה פוגעת באופן
חמור בעקרון השיוויון ולפיכך תוביל לביטול המכרז.

* מכרזים – עקרונות המכרז – עקרון השוויון

* משפט מינהלי – מכרזים – ביטול מכרז

* מכרזים – הליכי המכרז – פגמים

ערעור על פס"ד של בימ"ש לעניינים מנהליים בגדרו נדחו עתירותיהן של המערערות לבטל את החלטותיה של וועדת המכרזים של המשיב 1 להכריז על המשיבה 2 כזוכה בשלושה מכרזים שפירסם המשיב 1 – משרד הבינוי והשיכון, לביצוע עבודות תשתית ופיתוח בישוב מוקייבלה. רקע: ועדת מכרזים כללה במסמכי המכרז הוראות סותרות לעניין המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז. בסופו של דבר, נבחר אחד המועדים שצוינו – זה שהיה בפועל ה"אמצעי" – כמועד סגירת תיבת ההצעות. כתוצאה מכך הוגשה הצעה נוספת (הצעת המשיבה 2) לאחר שכבר נפתחה התיבה. ההצעה שהוגשה במאוחר היא ההצעה שהוכרה כהצעה הזוכה, בהיותה ההצעה הזולה ביותר. האם יש לומר שזכייה זו הייתה בדין, או שמא יש להורות על ביטול המכרז?

ביהמ"ש העליון, קיבל את הערעור ברוב דעות (מפי השופטת ד' ברק-ארז, בהסכמת השופט נ' הנדל כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה ח' מלצר) מהטעמים הבאים:

במקרה דנן, נפלו מספר פגמים בהליך המכרז. ראשית, במסמכי המכרז השונים פורטו שלושה מועדים שונים לסגירתה של תיבת ההצעות. שנית, ההחלטות שהתקבלו מאז נודע דבר הטעות שנפלה במסמכים וההליך שהוביל לקבלת ההצעה לא תועדו כראוי. שלישית, ההצעה שנבחרה לבסוף הייתה הצעה שהוגשה לאחר שנפתחה תיבת המכרזים.

המשנה לנשיאה ח' מלצר סבר בדעת מיעוט, כי חרף הפגמים שנפלו במכרז יש להשאיר את החלטתה של ועדת המכרזים על מכונה, בהתחשב בכך שההצעה הזוכה היא לכל הדעות ההצעה הזולה ביותר, ועל כן גם הטובה ביותר בנסיבות העניין, ומאחר שביטול המכרז הוא תוצאה לא רצויה שראוי להימנע ממנה ככל הניתן. בהתאם לכך, הוא קבע כי יש לדחות את הערעור בעיקרו.

לעמדת השופטת ברק-ארז (בהסכמת השופט נ' הנדל) יש לקבל את הערעור. מטעמים של מעשה עשוי, הסעד שניתן למערערת הוא סעד הצהרתי בלבד לפיו דינו של המכרז היה להתבטל.

בראשית הדברים, חוזרת השופטת ברק-ארז בתמצית על חשיבותה של בהירות במסמכי המכרז וזאת הן על מנת שהמכרז יוכל להשיג את תכליתו ביעילות והן כדי להבטיח שוויון.

בדומה לעמדת המשנה לנשיאה, גם לשיטתה של השופטת ברק-ארז, הפגם שנפל בעניין תיעוד ההליך לא חייב כשלעצמו את פסילת המכרז. אולם, לשיטתה, הפגם שענייננו בחירה בהצעה שהוגשה לאחר שנפתחה תיבת המכרזים, הינו פגם חמור המכריע את הכף לסעד של ביטול, ולא כל שכן בהצטרפו למכלול הפגמים הנוספים בהליך המכרז.

אכן, בעומדו בפני עצמו, אין פסול בכך שתיקון הסתירה במסמכי המכרז בכל הנוגע למועד ההגשה האחרון של ההצעה נעשה על דרך של פירוש מיטיב ומקיים כלפי מגישים פוטנציאליים, ובהתאם לכך ניתנה הוראה לקבל גם הצעה שהוגשה לפני המועד האחרון ביותר לקבלת ההצעות. למעשה, זו הייתה, בנסיבות רגילות, הפעולה הראויה. כפי שכבר נפסק, "בהימצא תנאי במכרז שאינו בהיר, וניתן לפרשו פירושים שונים, שהינם סבירים במידה שווה ומקיימים במידה שווה את תכליות המכרז, תועדף – מטעמים של הגינות – פרשנות המקיימת את הצעות משתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן".

דא עקא, שבענייננו, עוד קודם להגשתה של ההצעה האחרונה כבר נפתחה תיבת המכרזים. משמעות הדברים היא שבעת הגשתה של ההצעה האחרונה, שבדיעבד הייתה גם ההצעה הזוכה, ניתן היה לדעת – ולו באופן פוטנציאלי – מה היו פרטיהן של ההצעות שכבר הוגשו. בכך נפגם באופן חמור וישיר עקרון השוויון. כידוע, השוויון הוא "נשמת אפו" של המכרז, ובהיעדרו, אין בו טעם כלל. מדובר בפגיעה חמורה בעיקרון השוויון שאינה ניתנת לריפוי, באופן המחייב סעד של ביטול.

אכן, התוצאה של פסילת זכייתה של הצעה שהייתה בפועל ההצעה הזולה ביותר אינה תוצאה נוחה. אולם, חשוב להבהיר: דיון בהצעות בתנאים של אי-שוויון הוא בלתי אפשרי כלל. לפיכך, לשיטת השופטת ברק-ארז, בשלב שבו נודע כי מוגשת הצעה נוספת בשעה שבה כבר נפתחה תיבת המכרזים צריך היה לבטל את המכרז כליל, חרף אי-הנוחות הכרוכה בתוצאה זו.

מטעמים של מעשה עשוי (לאחר שהעבודות מושא המכרז כבר בוצעו, כולן או רובן) ביהמ"ש מורה על מתן סעד הצהרתי לפיו דינו של המכרז היה להתבטל, לנוכח הפגמים המהותיים שנפלו בו. זכויותיהם וטענותיהם של הצדדים בכל הנוגע להליך נפרד שיתנהל – ככל שיתנהל – בקשר לשאלת הפיצויים יישמרו להם.

בכל הנוגע לסוגיית החיוב בהוצאות הערעור התקבל פה אחד, מפי המשנה לנשיאה, כך שהחיוב שהושת על המערערות בביהמ"ש המחוזי יבוטל, ואילו המשיב 1 יחויב בהוצאותיהן של המערערות (ביחד) בשתי הערכאות בסך של 75,000 ש"ח וכי המשיבה 2 לא תזוכה בהוצאות נוספות בערעור.

פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים בירושלים (כב' השופט י' נועם כתארו אז), ב-[עת"מ 27083-13](#) וב-[עת"מ 30986-01-13](#), [פורסם בבנו] שנשמעו במאוחד, בגדרו נדחו עתירותיהן של המערערות לבטל את החלטותיה של וועדת המכרזים של המשיב 1 להכריז על המשיבה 2 כזוכה בשלושה מכרזים (להלן: המכרזים), שפירסם המשיב 1 (להלן גם: משרד הבינוי והשיכון).

אביא להלן את הנתונים הדרושים להכרעה במכלול.

התשתית העובדתית

2. בתאריך 15.11.2012 פירסם משרד הבינוי והשיכון שלושה מכרזים, שהם מושא הערעור (מתוך 13 מכרזים שפורסמו באותו הזמן) – לביצוע עבודות תשתית ופיתוח **בישוב מוקייבלה**: הראשון להזמנת הצעות מקבלנים לביצוע עבודות להשלמת תשתיות; השני להזמנת הצעות מקבלנים לביצוע עבודות סלילה ומדרכות, והשלישי לביצוע עבודות בכביש, כולל ניקוז ותאורה. בכל אחד מהמסמכים של המכרזים, שפורסמו הן באתר האינטרנט של לשכת הפרסום הממשלתית, והן בעיתונות, נקבע כי יש להגיש את ההצעות בהם עד לתאריך 05.12.2012. עם זאת, בשל טעויות סופר – שעת המועד האחרון להגשת ההצעות היתה שונה: בדף ההוראות למכרזים נקבע כי יש להגיש את ההצעות עד השעה 10:00. בתחתית דף ההוראות למכרזים נוספה הערה הקובעת כי:

"הגשת ההצעות עד השעה 11:00", וכך אף פורסם בעיתונות. בטופס ההצעה, שנספח למסמכי המכרז שנכללו בחוברת המכרז נרשם בצד השמאלי העליון: "תאריך הגשת ההצעה: 05.12.2012 בשעה 12:00", וכך אף נאמר באתר האינטרנט של מינהל הרכש הממשלתי.

משלא הופנו כל שאלות הבהרה באשר למועד האחרון להגשת ההצעות לוועדת המכרזים, או למשרד הבינוי והשיכון – תיבת המכרזים נסגרה בתאריך 05.12.2012, בשעה 11:00. לאחר פתיחת תיבת המכרזים על ידי וועדת המכרזים המחוזית (להלן: וועדת המכרזים המחוזית), התברר כי בכל אחד משלושת המכרזים הוגשה הצעת יחיד: בשניים מהם הוגשו הצעות מטעם המערערת 1 ובמכרז השלישי הוגשה הצעה מטעם המערערת 2. מהפרוטוקולים של דיוני וועדת המכרזים המחוזית עולה כי הוועדה החליטה להמליץ על המערערת 1 כזוכה במכרז הראשון ובמכרז השני, ועל המערערת 2 – כזוכה במכרז השלישי, וזאת על אף היותן הצעות יחיד.

3. עובר לסגירת תיבת המכרזים, ובין השעות 10:00 ל-11:00, הגיע נציג מטעם המשיבה 2, וביקש לקבל את חוברת המכרזים, ושוברי תשלום לכיסוי עלות חוברות המכרזים. לאחר שיג ושיח בין הנציג הנ"ל לבין רכזת בכירה במשרד הבינוי והשיכון, ניתנו לו שוברי התשלום, והוכנו עבורו החוברות (שהיו חסרות), ונכרכו רק לאחר התערבות מנהל המחוז). לאחר מכן, ובעוד וועדת המכרזים המחוזית דנה בהצעות, בשעה 11:30 לערך, חזר נציגה של המשיבה 2 עם אישור על ביצוע התשלומים, וביקש להגיש את הצעותיו, בין היתר, לשלושת המכרזים האמורים. סמוך לאחר מכן הובאה לידיעתה של וועדת המכרזים המחוזית בקשתה של המשיבה 2 להגיש את הצעותיה למכרזים, וכן העובדה כי נפלה טעות במסמכי המכרזים לגבי שעת ההגשה. בשלב זה, על פי הנטען, וועדת המכרזים המחוזית קיימה התייעצות טלפונית עם הלשכה המשפטית של משרד הבינוי והשיכון, אשר הנחתה את וועדת המכרזים המחוזית לקבל את הצעותיה של המשיבה 2.

4. נוכח האמור לעיל – הצעותיה של המשיבה 2 התקבלו, ומכלול ההצעות שהוגשו הועברו לעיונה של וועדת המכרזים המשרדית, אשר במטה משרד הבינוי והשיכון (לעיל ולהלן: וועדת המכרזים או: וועדת המכרזים המשרדית). בתאריך 25.05.2012 החליטה וועדת המכרזים המשרדית לקבל את הצעתה של המשיבה 2, וזאת בהתחשב בטעות שנפלה במסמכי המכרז לגבי שעת ההגשה, ובהתאם לחוות הדעת של היועץ המשפטי של וועדת המכרזים, שקבע כי המסקנה המתחייבת הינה כי ניתן היה להגיש את ההצעות עד השעה 12:00. משכך, ולאחר שוועדת המכרזים המשרדית בחנה

את ההצעות השונות – הוחלט להכריז על המשיבה 2 כזוכה בשלושת המכרזים, שכן הצעותיה היו הזולות ביותר שהוגשו.

5. בתאריך 14.01.2013 הגישה המערערת 1 עתירה לבית המשפט קמא הנכבד כנגד תוצאות המכרזים, ובתאריך 16.01.2013 עשתה כן גם המערערת 2. הדיון בעתירות אוחד, וניתנו בהן צווי ביניים למניעת התקשרות בין משרד הבינוי והשיכון לבין המשיבה 2.

6. בתאריך 30.04.2013 נדחו העתירות שהגישו המערערות כנגד החלטתה של וועדת המכרזים, הנזכרת בפסקה 4 שלעיל, ובוטלו צווי הביניים שהוצאו מכיוון שבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים הנכבד לא מצא עילה להתערבות בהחלטתה של וועדת המכרזים. בתוך כך נקבע כי בהינתן אי הבהירות של תנאי המכרזים בנוגע לשעת הגשת ההצעות – יש לבכר את הפרשנות המקיימת את ההצעות במכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן. בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד קבע עוד כי לא ניתן לראות את המשיבה 2 כמי שהגישה את הצעותיה באיחור, שכן בטופס ההצעה נכתב כי ניתן להגיש הצעות במכרזים עד השעה 12:00. נתון זה פורסם ונחשף מראש בפני המציעים כולם, ומכאן שיש לקבל את הצעתה של המשיבה 2 מנימוקים של הגינות והגנה על הציפייה הסבירה שלה ועל האינטרסים של המשתתפים במכרזים.

בנוסף, בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד דחה את הטענה לפיה יש לקבל את המועד להגשת ההצעות, כפי שפורסם בעיתונות, או בתנאי המכרזים ("עד השעה 11:00") – כמועד הקובע (חלף השעה 10:00 או 12:00), שכן השעה 12:00 פורסמה מראש בטופס ההצעה וכאמור גם באתר האינטרנט של לשכת הפרסום הממשלתית, ולכן הוא סבר שלא מדובר ב"יתרון" שניתן למשיבה 2 על פני מציעים אחרים.

בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד (כב' השופט י' נועם, כתארו אז) הוסיף וקבע כי בנסיבות שנוצרו – החלטת וועדת המכרזים לקבל את הצעותיה של המשיבה 2 עלתה בקנה אחד עם חובתו של המשיב 1, כרשות מנהלית, לנהוג בהגינות, בסבירות ובתום לב בפרסום המכרז ובבחינת ההצעות שהוגשו, ולקיים את תנאיו, תוך הגנה על אינטרס ההסתמכות של המציעים, במיוחד בנסיבות בהן נעשתה טעות מצד המשיב 1 בפרסום המכרזים.

7. כנגד פסק הדין הנ"ל הוגשו הערעורים שבפנינו.

לשם השלמת התמונה יצוין כי בקשה שהגישו המערערות, בד בבד עם הגשת הערעור דנן – למתן סעד זמני בערעור – נדחתה, והן חויבו בהוצאות בסך של 10,000 ש"ח לטובת כל אחת מהמשיבות, זאת מאחר שנמצא כי סיכויי הערעור אינם מבטיחים, ואילו מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת המשיבים, בין היתר, נוכח הודעת משרד הבינוי והשיכון שלפיה השטח, מושא המכרזים, נמסר כבר למשיבה 2, ואף הוצאו צווים להתחלת עבודה. נקבע איפוא כי עיכוב ביצוע העבודות עלול לגרום נזק ניכר למשיבה 2 ולקופה הציבורית.

טענות הצדדים

8. לטענת המערערות, נפל פגם נורמטיבי בקבלת הצעת המשיבה 2 לאחר פתיחת תיבת המכרזים, חשיפת ההצעות הכספיות והמלצה על הזוכים במכרזים. לשיטתן, בשלב זה השאלה הפרשנית בנוגע למועד הגשת ההצעות כבר לא היתה רלוונטית יותר, שכן מתן האפשרות להגשת הצעה למכרזים לאחר שתיבת המכרזים נפתחה – קרעה פתח רחב לשחיתות אפשרית, ועל כן, לגישתן, ראוי היה לפסול את הצעות המשיבה 2.

המערערות טוענות בהקשר זה עוד כי החלטת וועדת המכרזים הובילה לפגיעה קשה בשוויון בין המשתתפים במכרזים. לטענתן, לאחר שנפתחה תיבת המכרזים ראוי היה למנוע כל אפשרות להגשת הצעות נוספות, וזאת גם אם הגשת ההצעה לאחר שנפתחה תיבת המכרזים – לא היתה באשמת המציע. לגישתן, מתן האפשרות להגיש הצעה לאחר שהוגשו יתר ההצעות עשוי להעניק למציע המאוחר יתרון, שכן עומד לרשותו מידע באשר למספר המציעים שניגשו למכרז, זהותם, ואפילו של מחירי ההצעות, שכן אלו נחשפות לרוב לאחר פתיחת תיבת המכרזים. לשיטת המערערות, די בעצם האפשרות לקבל יתרון כאמור, כדי לקבוע כי נפגע השוויון במכרזים ואין צורך להוכיח כי השוויון נפגע בפועל, או כי המשיבה 2 קיבלה מידע על תוכן ההצעות שהוגשו.

המערערות טוענות בנוסף כי במקרה הנידון נפגע השוויון בפועל, וזאת מכיוון שלגירסתן, לאחר השעה 11:00 הגיע מציע נוסף שביקש להגיש את הצעותיו למכרזים – ואולם בניגוד למשיבה 2 – לאותו המציע לא ניתן לעשות כן. המערערות גורסות עוד כי וועדת המכרזים המחוזית נחשפה להצעתה של המשיבה 2 טרם שהחליטה לאשר את קבלתה, וקודם שהעבירה את כל ההצעות לבחינת וועדת המכרזים המשרדית. לשיטתן, יש להוסיף לכך את העובדה כי בפרוטוקול הדיון של וועדת המכרזים המחוזית – אין כל תיעוד באשר לייעוץ המשפטי שהתקבל עובר להחלטתה לקבל את הצעותיה של המשיבה 2 ולהעביר את ההכרעה לוועדת המכרזים המשרדית. לטענת המשיבות, גם

חוסר השקיפות בה נקטה, לגישתן, וועדת המכרזים המחוזית בהקשר זה – מחייבת את פסילת הצעתה של המשיבה 2, והכרזה על המערערות כזוכות במכרזים.

מעבר לכך – המערערות טוענות כי המשיבה 2 הגיעה כבר בשעה 10:00 לשם רכישת מסמכי המכרזים ולשם הגשת הצעותיה, ובמעמד זה, הובהר, לשיטתן, למשיבה 2 כי המועד האחרון להגשת הצעות הוא השעה 11:00 של אותו היום. לגישתן, עובדה זו מעידה על כך שהמשיבה 2 הייתה מודעת למועד האחרון להגשת הצעות על פי תפיסת המערערות וועדת המכרזים המחוזית (שפתחה את המעטפות בשעה 11:00), ואיחורה של המשיבה 2 נבע רק מכך שהיא לא התארגנה כנדרש, מבעוד מועד, לשעה 11:00 היעודה.

9. בנוסף – המערערות משיגות גם על גובה חיוב ההוצאות (50,000 ש"ח לכל אחת מהמשיבות) שהושת עליהן בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים, אשר לטענתן איננו סביר נוכח התנהלותם של המשיבים, ואף לא משקף את ההוצאות שנגרמו למשיבים בפועל.

10. המשיבים סומכים מנגד את ידיהם על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד, וטוענים כי דינו של הערעור – להידחות מהטעמים שיוצגו מיד בסמוך.

11. לטענת המשיבה 2, במכרזים נפל פגם טכני בלבד, שלא גרם לכל נזק, ולא פגע בזכויותיהן של המערערות. לגישתה, התנהלותה של וועדת המכרזים ריפאה את הפגם שנפל במסמכי המכרזים, באופן שמנע פגיעה בזכויותיה שלה, שהיתה נגרמת כתוצאה מאי קבלת הצעותיה, חרף כך שעמדה במועד הנקוב בטופס ההצעה לצורך ההגשה – מועד שגם פורסם כאמור באתר האינטרנט של לשכת הפרסום הממשלתית.

המשיבה 2 דוחה גם בתוקף את טענת המערערות באשר ליתרון, או אף למידע פנימי שנטען שהיא קיבלה. לשיטתה, העובדה שהיא הוכרזה כזוכה רק בשלושת המכרזים, מושא הערעור, בעוד שהיא הגישה הצעות לחמישה מכרזים, כמו גם דבר קיומם של הפרשים מהותיים בין הצעותיה שלה, לבין הצעותיהן של המערערות – מעידים כי אין בטענות המערערות כל ממש. לשיטתה, לו אכן היו בידה נתונים על ההצעות האחרות שהוגשו, ניתן להניח שהפער בין הצעותיה שלה לבין יתר ההצעות היה קטן יותר, באופן שהיה עדיין מאפשר לה לזכות, אולם מגדיל את הרווח עבורה.

המשיבה 2 מתנגדת גם לבקשותיהן של המערערות להתערב בהוצאות שנפסקו לחובתן, וזאת בהתחשב במאמצים הרבים שהושקעו, לטענתה, בהדיפת הבקשות לצווי ביניים והעתירות לגופן, ונוכח העיכוב בהתקשרות שנגרם בשל צווי הביניים שהוצאו על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד, לבקשת המערערות.

12. לטענת משרד הבינוי והשיכון, לא קמה עילה להתערב בפסק הדין, מושא הערעור. לשיטתו, בנסיבות החריגות של המקרה, החלטת וועדת המכרזים המחוזית לקבל את הצעת המשיבה 2, שהסתמכה על מידע שפורסם על ידי משרד הבינוי והשיכון היתה סבירה ואף מתבקשת נוכח הטעויות שנפלו בחלק מהפרסומים באשר לשעת הגשת ההצעות, ולשם שמירה על עקרונות השוויון והתחרות ההוגנת. אלה יפגעו, לגישת המשיב 1, דווקא מקבלת עמדתן של המערערות.

משרד הבינוי והשיכון טוען עוד כי השאלה הפרשנית בנוגע לשעת הגשת ההצעות איננה שולית, כטענת המערערות, אלא מהווה נקודת מוצא לבחינה המקרה דנן. בתוך כך נטען כי אין חולק שככל שהטעות היתה מובאת לידיעתו של משרד הבינוי והשיכון עובר לפתיחת תיבת המכרזים – השעה 12:00 היתה השעה הקובעת להגשת הצעות למכרזים. לפיכך, לטענת משרד הבינוי והשיכון, אין בעובדה שכל ההצעות נבחנו, כדי לגרוע מהעובדה שהמשיבה 2 פעלה בהתאם לפרסומי הרשות. מעבר לכך משרד הבינוי והשיכון גורס כי הטענות באשר לדליפת מידע פנים נטענו בעלמא, ואין בהן ממש, ולפיכך ממילא הן אינן מצדיקות התערבות בהחלטת וועדת המכרזים, או את פסילת הצעותיה של המשיבה 2. לגישת המשיב 1 טענות אלו אף נסתרות לגופן מכח הנתונים הבאים: ההתייעצויות שקיימו חברי וועדת המכרזים המחוזית; ההחלטה להעביר את הדיון בהצעות ואת ההכרעה בדבר זהות הזוכים במכרזים – לוועדת המכרזים המשרדית, והפער בין ההצעות הזוכות, לבין הצעותיהן של המערערות, העומד, לשיטת המשיב 1, על סך של כ-985 אלף ש"ח בשלושת המכרזים. באשר למציע שהגיע ונמנעה ממנו האפשרות להגיש את הצעותיו נטען כי הוא עצמו סבר כי המועד האחרון להגשת הצעות חל בשעה 11:00, ומאחר שגם לתפיסתו הוא איחר את המועד האחרון להגשת הצעות למכרזים – הוא אף לא פנה מאוחר יותר בעניין זה. לפיכך, לטענת משרד הבינוי והשיכון, אין בכך כדי לשנות מן התוצאה אליה הגיעו וועדות המכרזים.

משרד הבינוי והשיכון הוסיף כי ביטול תוצאותיהם של המכרזים יסב נזקים כבדים לקופת המדינה, בפרט בהתחשב בקצב ביצוע העבודות. עם זאת, לשיטתו, אפילו אם אכן היתה קמה עילה להתערבות בהחלטת וועדת המכרזים – בכל מקרה אין להכריז על המערערות כזוכות.

משרד הבינוי והשיכון טען לבסוף כי לגישתו אין להתערב גם בפסיקת ההוצאות, במיוחד נוכח העיכוב בביצוע העבודות עד למתן פסק הדין של בית המשפט קמא.

התפתחויות נוספות

13. לאחר שקיימנו דיון בערעור – העלינו הצעת פשרה מסוימת כדי לנסות לסיים את הפרשה בהסדר משום דרכי שלום. דרך זו לא נסתייעה, נוכח אי הסכמתן של המערערות לקבל במלואו את מתווה הפשרה שהוצע. לאחר מכן ביקשו המערערות כי יוחזרו להן הערבויות מהפיקדון שהפיקדו בבית המשפט ונראה היה שמסתמנת שוב הידברות, ואולם אף זו לא צלחה ובסיום הליך זה – בקשתן נדחתה.

בהתחשב בכל האמור לעיל יש לפסוק איפוא עתה במכלול על פי שורת הדין, ולפיכך אעבור עכשיו לליבון הדברים.

דיון והכרעה

14. לאחר עיון בערעור ובנספחיו, בסיכומים שהוגשו על צרופותיהם, ושמיצה של טענות ב"כ הצדדים בדיון – הגעתי לכלל מסקנה כי דין עיקר הערעור להידחות, בכפוף לאמור בפסקאות 28-30 שלהלן. אביא להלן בתמציתיות את נימוקי למסקנות אלו.

15. ביסודו של המכרז הציבורי עומדים, כידוע, שני עקרונות יסוד:

הראשון – שמירה על השוויון ועל טוהר המידות על ידי מתן הזדמנות שווה לכל אדם כשיר לזכות במכרז, בלא משוא פנים ובלא שרירות,

והשני – השאיפה לנהוג ביעילות ולחסוך בכספי ציבור על ידי השגת מירב היתרונות למזמין באמצעות מנגנון המכרז.

על דרך הכלל הבכורה ניתנת לעיקרון השוויון, מבין שני העקרונות הנ"ל, שהרי שוויון הזדמנויות הוא "נשמת אפו של המכרז הציבורי", ואולם ההנחה הבסיסית היא כי בין התכליות שפורטו לעיל לא קיימת סתירה מהותית, שכן בטווח הארוך – השמירה על עיקרון השוויון מובילה גם להגברת אמון הציבור במנגנון המכרזים ומעודדת את ההשתתפות בהליך, ובדרך זו מובטחים גם האינטרסים הכלכליים שלשם נועד המכרז ומושגת יעילות (ראו: [צע"מ 3499/08](#) רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים - עיריית עפולה [פורסם בבנב] (18.1.2009) (להלן: עניין עבודות עפר); [צע"מ](#)

[6823/10](#) מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות [פורסם בנבו] (28.02.2011) (להלן: עניין מתן).

16. מהעקרונות הנ"ל, העומדים ביסוד דיני המכרזים נגזרת, בין היתר, גם החובה להקפיד הקפדה יתרה הן על קיום תנאי המכרז והן על ניסוח תנאיו, כך שאלו יציגו את הדברים באופן ברור ונהיר, שאיננו משאיר פתח ל"פרשנות יצירתית". הדבר מתבקש גם כדי שלא להסב נזק כלכלי למציעים פוטנציאלים, או להשחית את זמנם לריק, מכיוון שהגמשה באכיפת תנאי המכרז עלולה להביא לידי אפליה בין מציעים שונים, ולסכל את תכליתו של המכרז (ראו למשל: [ע"מ 6090/05](#) מ.ג.ע.ר - מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ [פורסם בנבו] (27.02.2006); [ע"מ 2914/09](#) אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' משרד החינוך [פורסם בנבו] (24.11.2009); [ע"מ 5487/06](#) סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ [פורסם בנבו] (12.04.2009); עניין מתן).

17. זאת ועוד – על וועדת המכרזים בהיותה גוף מינהלי הפועל כנאמן הציבור, מוטלת, בין היתר, החובה לפעול בהגינות ובסבירות, בעת הטיפול במכרזים ציבוריים, וחובה זו חלה הן בשלב הכנת המכרז והן בשלב בחינת ההצעות למכרז. לפיכך על וועדת המכרזים לבסס את החלטותיה על כלל השיקולים הרלבנטיים, על תשתית ראיתית מהימנה ומבוררת, ותוך איזון בין האינטרסים השונים. מהחובה להקפיד על השוויון, כמו גם מחובתה של הרשות לפעול בהגינות – עולה אף החובה להקפיד על עמידה במועד האחרון שנקבע להגשת ההצעות, כפי שזה צוין במסמכי המכרז (השוו: [בג"ץ 7882/10](#) יואל גואל שמחי, עו"ד נ' בית הדין הארצי לעבודה [פורסם בנבו] (8.11.2010)). לפיכך כבר נפסק בעבר כי: "...אין רחמים בדין המועד האחרון להגשת ההצעות" (דברי השופט ח' כהן [בבג"ץ 86/73 ויינר חברה לבניין והובלות בע"מ נ' האפורטופוס הכללי, פ"ד כז\(2\) 358, 361, 363 \(1973\)](#)). אשר על כן, הצעות שלא נמצאו בתיבת המכרז בשעה שנקבעה לסיום ההגשה – לא יידונו. המבחן לכך הינו מבחן טכני: הצעות שנמצאו בתוך התיבה במועד האחרון יבואו בחשבון, בעוד שהצעות שלא נמצאו בתיבה במועד האמור – לא יבואו בחשבון (ראו: [תקנה 20\(ב\)](#) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993 (להלן: תקנות חובת המכרזים). השוו: [ע"מ 2696/06](#) מדינת ישראל נ' ראמי ג'מיל חרוש [פורסם בנבו] (25.07.2006)). המשמעות היא כי איחור בהגשת הצעה הוא פגם המצדיק את פסילת הצעה.

עתה אחיל הדברים על ענייננו.

18. בסעיף 2 למכרזים שבפנינו נכתב כדלקמן:

"את ההצעות יש להכניס לתיבת המכרזים במקום
ובמועד האחרון המצויינים; הצעה שלא תהיה בתיבת
המכרזים במועד האחרון להגשת ההצעות לא תדון."

עם זאת במסמכי המכרזים צוינו כאמור **שלוש שעות שונות** כ"מועד האחרון להגשת ההצעות". בנסיבות אלו, כפי שנקבע בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד, עסקינן בשאלת פרשנות של תנאי המכרזים, ועל כן יש להכריע בראש ובראשונה בשאלה מה הוא אותו "מועד האחרון להגשת ההצעות". כאן, מכיוון שכל שלושת המועדים צוינו בפירוש במסמכי המכרזים, עסקינן במצב בו קיימות מספר פרשנויות סבירות ללשון המכרזים. במצב זה, על פי הכלל הפרשני המקובל בדיני המכרזים, יש ליתן בכורה לפירוש המקיים את הצעותיהם של משתתפי המכרז, חלף פרשנות הפוסלת אותן, ובכך יש גם כדי להגן על הציפייה הסבירה ועל האינטרסים של משתתפי המכרז (ראו: דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי כלכלי, כרך ג' 106 (2013) (להלן: ברק-ארז); [ע"א 4605/99 אלישור מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"ד נה \(1\) 1, 9-10 \(1999\)](#); [עע"מ 5949/07](#) אמישראל-גז טבעי בע"מ נ' פז-גז (1993) בע"מ [פורסם בבנו] (28.04.2008); [עע"מ 5399/14](#) מור חברה לשיווק מוצרי בניה (1992) בע"מ נ' א.פ. פורמיקה סנטר (1998) בע"מ, [פורסם בבנו] פסקה 22 (24.01.2016) (להלן: עניין מור)).

דומה, איפוא, כי בהקשר שלפנינו יש לקבל את קביעתו של בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד, לפיה אין סיבה לבכר את השעה 10:00, או 11:00 על פני השעה 12:00 כמועד האחרון להגשת ההצעות למכרזים. לפיכך, בנסיבות העניין, דחיית הצעותיה של המשיבה 2 בגין "איחור" בהגשתן היתה מובילה בהכרח לפגיעה בזכויותיה מעבר לנדרש, נוכח הסתמכותה על האמור במסמכי המכרזים. הטעם לכך נעוץ בעובדה כי המשיבה 2 אכן עמדה, מלכתחילה, ולא בדיעבד, באחד מהמועדים שנקבו במסמכי המכרזים, אשר פורסמו מראש, בין היתר, באתר האינטרנט של לשכת הפרסום הממשלתית.

19. זאת ועוד – אחרת. לטענת המערערות לא מוטלת עליהן חובה להראות כי המשיבה 2 קיבלה בפועל יתרון על פני יתר המציעים (בכך שהשיגה מידע על תוכן ההצעות שהוגשו) ולגישתן די בכך שהיתה למשיבה 2 אפשרות לקבל יתרון כאמור כדי לחייב את פסילת הצעתה, ולהכריז עליהן כזוכות.

נסיבותיו של המקרה שבכאן – אינן מאפשרות לקבל את הטענה הנ"ל. כאמור, על פי כללי הפרשנות ובהתאם לעקרונות דיני המכרזים – לא ניתן לקבוע שהצעתה של המשיבה 2 הוגשה באיחור. לפיכך, כדי שיוחלט שיש לפסול את הצעתה של המשיבה 2, יש חובה להראות כי נפל בהצעותיה, או בהתנהלותה פגם ממשי, ולבטח לא די בטענה כי יתכן וניתן לה יתרון כלשהו. האמור לעיל נכון ביתר שאת בהתחשב בכך שהחלטה להכריז על המשיבה 2 כזוכה במכרזים נעשתה בהחלטה מנומקת, ובהתאם לאמור בסעיף ה' לתנאי המכרזים, שם נקבע כי במקרה בו יוגשו מספר הצעות – תיבחר ההצעה הזולה ביותר. בנסיבות שלפנינו – אין מי שחולק כי ההצעה הזולה ביותר שהוגשה היתה זו של המשיבה 2, וזאת בפער משמעותי בין הצעותיה, להצעותיהן של המערערות (פער העומד, כאמור, לטענת משרד הבינוי והשיכון, על סך של כ-985 אלף ש"ח).

20. מהמכלול שפורט לעיל עולה כי ניתן לומר שעצם קבלת הצעתה של המשיבה 2 ושקילתה בין יתר ההצעות במכרזים – נעשתה כדין, כפי שנקבע בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד.

21. על אף האמור בפסקה 20 שלעיל – דומה כי באופן ניהולם של המכרזים נפלו מספר פגמים משמעותיים, שיש ליתן עליהם את הדעת, ולבחון מה היא מידת נפקותם לעניין קיום המכרזים, או הכרזת הזוכים בהם, או לעניין הגשת תובענה לפיצויים בגין ההתנהלות הפגומה, ואלו הם: אי ניהול פרוטוקול כדבעי על ידי וועדת המכרזים המחוזית; הממצא לפיו פתיחת תיבת המכרזים נעשתה למעשה לפני המועד האחרון להגשת הצעות שנקב בטופס ההצעה ובפרסום האינטרנטי; משמעות הפגיעה בשוויון שנגרמה מדחיית מציע אחר שביקש להגיש את הצעותיו לאחר השעה 11:00.

לשיטתי – הפגם שנפל בניהול הפרוטוקול איננו מוביל לבטלותם של המכרזים, ואולם ההתמודדות עם שני הפגמים האחרים שנפלו בניהול המכרזים מורכבת יותר, שכן היא נוגעת לכאורה לפגיעה בשוויון בין המציעים.

אפרט עתה ואבאר הדברים, ואף אדון בנפקותם – ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

(א) פגם בניהול הפרוטוקול מישיבתה של וועדת המכרזים המחוזית:

22. עיון בפרוטוקולים של וועדת המכרזים המחוזית מלמד כי ההחלטות שהתקבלו מאז נודע דבר הטעות שנפלה במסמכים השונים של המכרזים וכן ההליך שהוביל

להחלטה לקבל את הצעות המשיבה 2 – לא תועדו כראוי. כך, מחד גיסא, בפרוטוקולים האמורים נכתב כי הוועדה החליטה להמליץ על זכייתן של המערערות, על-אף היותן הצעות יחידות, ומאידך גיסא – נזכרות שם גם הצעותיה של המשיבה 2 (שהתקבלו מאוחר יותר והיו זולות יותר). מעבר לכך, בפרוטוקולים אין תיאור של דרך קבלת ההחלטה לאשר למשיבה 2 להגיש את הצעותיה והגורמים שנטלו חלק בכך, כמו גם ביחס להחלטה להעביר לוועדת המכרזים המשרדית את ההכרעה באשר לזהות הזוכים.

מצב דברים זה עומד בניגוד לחובתה של וועדת מכרזים לערוך פרוטוקול, אשר ישקף את עיקרי המידע שהובא לפניה ואת ההחלטות שנתקבלו בעקבות אותו מידע (ראו: [תקנה 10 לתקנות חובת המכרזים](#)). חובת ניהול הפרוטוקול מתבססת גם על יסודותיו של המשפט המינהלי הכללי, והעקרון המחייב שקיפות של מעשי הרשות, והיא נועדה להגן על זכויותיהם של המציעים במכרז ושל הציבור, וכן להבטיח את האפשרות לנהל ביקורת ציבורית ומשפטית על הליך ניהול המכרז, במטרה לוודא שהמכרז אכן ימלא את ייעודו ויעניק שוויון הזדמנויות מלא למתמודדים בו (ראו: [בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט \(3\) 817 \(2004\)](#) (להלן: עניין אילן); ברק-ארז בעמ' 195).

23. בענייננו – טענותיהן של המערערות באשר ליתרון שהוקנה למשיבה 2 מחדדות את הקשר שבין חובת ניהול הפרוטוקול לבין חובתה של רשות ציבורית לנהוג בדרך השוללת העדפה פסולה, או היווצרות של רושם, בדבר העדפה כאמור (עיינו בהקשר זה: [בג"ץ 794/78 חרות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לג \(2\), 716, 717-718 \(1979\)](#); עניין אילן). יחד עם זאת בפסיקה נקבע כי השאלה כיצד יש לנהוג מקום בו לא נוהל פרוטוקול כלל, או שהפרוטוקול נערך באופן חלקי – תוכרע בהתאם לנסיבותיו של המקרה הפרטני, והחלטה בהקשר זה תתבסס בעיקרה על עוצמת הפגיעה בצד הטוען כי נפגע. בדומה נקבע כי לא כל מקרה שבו נעדר פרוטוקול "מלא ואמין" – יוביל מאליו לביטול המכרז (ראו: עניין אילן, בפסקאות 21-27).

24. בנסיבות העניין שלפנינו, דומה כי הפגם שנפל באופן בו נערך הפרוטוקול של ישיבת וועדת המכרזים המחוזית, לא חייב את פסילתו של המכרז, וקל וחומר שאין בפגם זה כדי לחייב את המסקנה כי היה מקום להכריז על המערערות כזוכות במכרזים, מאחר שעצם הרישום – לא שלל בפועל את טענותיהן, וכן לא מנע מהן את היכולת לבסס את טענותיהן כנגד פעולתה של הרשות, והעובדה שנקטו בהליכים והגיעו לחקר העובדות – תוכיח.

בהקשר זה ראוי להדגיש עוד כי וועדת המכרזים המשרדית ערכה פרוטוקול כדבעי, ובמסגרתו היא פירטה גם את השתלשלות האירועים ואת האופן בו התקבלה החלטתה של וועדת המכרזים המחוזית. אמנם פרוטוקול זה נערך בדיעבד, ולאחר שחלפו כ-20 ימים מעת שנתקבלה החלטתה של וועדת המכרזים המחוזית, ואולם פרוטוקול זה הוכן טרם שפורסמו תוצאות המכרזים. עובדה זו יכולה לעמוד לזכותה של הרשות. באותו אופן, גם העובדה שוועדת המכרזים המחוזית העבירה את כלל ההצעות שהוגשו לוועדת המכרזים המשרדית, והאחרונה היא זו שאישרה את עצם קבלת הצעותיה של המשיבה 2, בחנה את כל ההצעות, ובחרה בהצעות המשיבה 2 כזוכות – מפחיתה, בנסיבות העניין, את החשש להיווצרות מראית עין של העדפה פסולה, ומובילה למסקנה כי אין בפגם זה, כשלעצמו, כדי לחייב את ביטול המכרזים.

(ב) פתיחת תיבת המכרזים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות:

25. הפרשנות המתחייבת של מסמכי המכרזים, שתוארה לעיל, מובילה למסקנה כי הרשלנות בניסוח מסמכי המכרזים גרמה למצב חריג, בו תיבת המכרזים נפתחה למעשה עוד טרם שהגיע המועד האחרון להגשת ההצעות שננקב במסמכי המכרזים. פגם זה עלול, בנסיבות מסוימות, להוביל לפסילתו של המכרז (ראו למשל: [בג"ץ 252/71](#) "רסקו" חברה להתיישבות חקלאית ועירונית בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כה (2) 582 (1971), שם נפסל מכרז בגין פגמים רבים שנפלו בו, וביניהם פתיחת תיבת המכרזים לפני המועד שנקבע לכך. עיינו גם: ברק-אח, בעמ' 171).

זה המקום להוסיף את המובן מאליו כי ראוי היה להשתדל להימנע מלהיקלע לטעות כגון זו שנפלה פה במסמכי המכרזים, שכן שגגה מהסוג האמור עלולה להוביל בכח, או בפועל לפגיעה בשוויון בין המציעים, ולכאורה אף לתכססנות פסולה ופוסלת. דומה איפוא כי זה המקום לשוב ולהדגיש את החשיבות שבבדיקה קפדנית של נוסח מסמכי המכרזים עוד קודם לפרסומם, שכן כל טעות וסתירה במסמכי המכרז עלולה להיות מקור לתקלות וקשיים רבים (ראו: [עע"מ 303/12](#) מטיילי קרית שמונה בע"מ נ' עיריית צפת, [פורסם בנבו] פסקה 26 (03.07.2012); [בר"מ 2205/14](#) סנא נ' ועדת המכרזים של רשות מקרקעי ישראל [פורסם בנבו] (02.04.2014)).

המקרה שלפנינו מוכיח, שהנוסח הקלוקל גרם לכאורה לדחיית מציע אחר (שאיננו בפנינו) וביקש אף הוא להגיש את הצעותיו לאחר השעה 11:00 ונדחה (השוו: עניין מתן, בפסקה ד' לפסק דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין (כתארו אז); [עע"מ](#)

[5408/12](#) ברק 555 בע"מ נ' מגלקום תקשורת מחשבים בע"מ [פורסם בנבו] (14.02.2013), בפסקה 26 לפסק דינו של חברי, השופט א' שהם (להלן: עניין ברק 555).

26. על פניו נראה איפוא כי הפגיעה הנ"ל בשוויון בין המציעים שביקשו להגיש את הצעותיהם לאחר השעה 11:00, בשילוב עם הפגם של פתיחת תיבת המכרזים טרם שהגיע המועד האחרון להגשת הצעות (לשיטת וועדת המכרזים) עלולה היתה להוביל למסקנה כי יש להורות על ביטולם של המכרזים (השוו: עניין מור, בפסקה 28 וההפניות שם), ואם כך היתה מחליטה ועדת המכרזים המשרדית גם לא הייתי מציע להתערב.

עם זאת, סעד של ביטול מכרז בדיעבד הינו מרחיק לכת, וככלל אין נקיטה בו רצויה (עיינו: [ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בנין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו\(4\) 11 \(2002\)](#); [ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא\(1\) 21, 26 \(1995\)](#)). יתר על כן, דומה כי נסיבותיו המיוחדות של המקרה שבפנינו עשויות להצדיק מסקנה כי ההכרזה על בטלותם של המכרזים, או העברת הזכיה בהם למערערות (שהיו מציעות יחידות) – היתה מובילה לנזקים העולים על התועלת שעשויה היתה לצמוח מהמשך קיום המכרזים (השוו: [בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו\(2\) 793 \(1992\)](#); [ע"מ 2339/12 שוחט ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא \[פורסם בנבו\] \(19.08.2013\)](#); [ע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע \(1991\) בע"מ \[פורסם בנבו\] \(24.05.2010\)](#)).

27. מספר נימוקים תומכים במסקנה הנ"ל לענין המכרזים שבפנינו:

ראשית, האישור שניתן למשיבה 2 להגיש את הצעותיה היה בנסיבות בגדר סמכויות הרשות, ולא סתר את עקרון השוויון בין המציעים. לכך יש להוסיף את העובדה כי כבר בעת ההכרעה בבקשה לעיכוב הביצוע – השטחים, מושא המכרזים, נמסרו, כאמור, למשיבה 2 והוצאו צווי התחלת עבודה, וכי בעת הדיון שנערך בפנינו – הצדדים ציינו כי מימוש תוצאות המכרזים נמצא כבר בשלב מתקדם ביותר. בנסיבות אלו – שינוי תוצאות המכרזים, או הכרזה בדיעבד על בטלות המכרזים נראה לא מוצדק ולא מידתי, מה גם שעסקינן בפגם שמקורו בעורך המכרז, ולא בפגם שמקורו במציע – המשיבה 2 (ראו: עניין ברק 555). בהקשר זה יצוין עוד כי עובדת קיומו של מציע נוסף שרצה להגיש את הצעותיו למכרזים לפני השעה 12:00 ואולם לא התאפשר לו לעשות כן – כלל לא הועלתה בפני בית המשפט לעניינים מנהליים הנכבד, שכן נראה כי משרד

הבינוי והשיכון, ציין עובדה זו לראשונה רק בשלב הבקשה לעיכוב ביצוע, שהוגשה במסגרת הערעור.

שנית, מהתנהלותו של המציע, אשר לא התאפשר לו להגיש את הצעותיו לאחר השעה 11:00 עולה כי הוא עצמו סבר שהוא איחר את המועד האחרון להגשת ההצעות. לפיכך דומה כי על אף התנהלותו הפסולה של משרד הבינוי והשיכון במכלול – בפועל לא נפגע אינטרס ההסתמכות של אותו מציע. מובן כי אין בכך כדי להכשיר את התנהלותה של הרשות, הצריכה להיות אמונה על שמירת השוויון בין המציעים כולם, ואולם דומה כי יש בכך כדי להפחית מעוצמת הפגיעה – במידה שיכולה לאשר, ולו בדוחק, את קיומם של המכרזים במתכונת שבה בוצעו, ואת תוצאותיהם.

28. העולה מן המקובץ מלמד שהסעד העיקרי המבוקש על-ידי המערערות – דינו להידחות, וכך אני מציע שנורה. יחד עם זאת רשלנותו של משרד הבינוי והשיכון בהתנהלותו במכלול עשויה להוליד למערערות עילות ותרופות אחרות: הן יכולות להגיש תובענה מינהלית לפיצויים כנגד משרד הבינוי והשיכון ובלבד שתצלחנה להוכיח כי התקיים קשר סיבתי בין שלילת הזכיה מהן והרווח שהיה קם להן לו זכו במכרזים לבין הטעות שבפרסומים השונים של המועד האחרון להגשת ההצעות, והכל בהתחשב גם בעובדה שההצעות נפתחו טרם המועד האחרון שנקצב ולו על פי שיטת המשיב 1.

אתגר זה הוא קשה, בין היתר בהתחשב גם בכך שלשיטת המערערות הצעותיהן היו יחידות. ראו: [ע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט\(2\) 145 \(2004\)](#) ועיינו: ד"ר אורן שבת העתירה המינהלית והסעדים במכרזים ציבוריים עמ' 569-619 (2017). לחלופין ולמצער – הן יכולות לתבוע "פיצויים שליליים" מהמשיב 1 בגין התנהלות שלא בתום לב ובדרך מקובלת מצידו. מובן כי טענות כל הצדדים בהקשר לשתי העילות הנ"ל שמורות להם, ואולם רצוי כי טרם שיפתח הליך חדש – הצדדים ידברו ביניהם כדי לנסות ולמצוא הסדר מתון וסביר במכלול משום דרכי שלום.

29. לאחר הדברים הללו קראתי את חוות דעת החולקת של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, ואני סבור שאכן אין הבדל מעשי רב בעמדותינו. עם זאת **בדיעבד** – בהינתן שלא הוכח כי תוכן ההצעות הזוכות נחשף – סעד ההכרזה על ביטול המכרזים למפרע הוא מרחיק לכת מדי, בנסיבות, אף שאם כך היתה מחליטה ועדת המכרזים המשרדית **מלכתחילה**, גם אז לא היה מקום כאמור להתערבות של בית המשפט (ודומה שהחלטה כזו היתה אפילו עדיפה, ואולם אין אנו בחזקת "ועדת מכרזים עליונה").

30. בצד ובכפוף לאמור בפסקה 28 שלעיל – ראוי שנקבל את ערעור המערערות על חיוב ההוצאות שהושת עליהן בבית משפט קמא הנכבד לטובת המשיב 1 (וביחס אליו בלבד), ולפיכך על המשיב 1 להשיב למערערות את הכספים ששולמו לו מכח החיוב האמור, ככל שכך נעשה, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום התשלום ועד ליום ההחזר. יתר על כן בערעור שבפנינו אף שלשיטתי יש לדחות את עיקר הערעור – ראוי לפסוק כי המשיב 1 יישא בהוצאותיהן של שתי המערערות (ביחד) בשתי הערכאות בסך של 75,000 ש"ח וכי המשיבה 2 לא תזוכה בהוצאות נוספות בערעור. טעם הדבר נעוץ אף הוא בהתנהלותו הבעייתית של המשיב 1 (השוו: [בג"ץ 295/83 דר נ' ועדת המכרזים של עיריית קרית-ביאליק, פ"ד לח \(2\) 85 \(1984\)](#); עניין מור).

ידע כל עורך מכרז שאם לא יקפיד בישום דיני המכרזים, או בניסוח תנאי המכרז – הוא עלול להתחייב בפיצוי המציעים שנפגעו מהתנהלותו ובהוצאותיהם.

המשנה-לנשיאה

השופטת ד' ברק-ארז:

1. ועדת מכרזים כללה במסמכי המכרז הוראות סותרות לעניין המועד האחרון להגשת ההצעות במכרז. בסופו של דבר, נבחר אחד המועדים שצוינו – זה שהיה בפועל ה"אמצעי" – כמועד סגירת תיבת ההצעות. כתוצאה מכך הוגשה הצעה נוספת לאחר שכבר נפתחה התיבה. ההצעה שהוגשה במאוחר היא ההצעה שהוכרה כהצעה הזוכה, בהיותה ההצעה הזולה ביותר. האם יש לומר שזכייה זו הייתה בדין, או שמא יש להורות על ביטול המרכז? זוהי, בתמצית, השאלה שבה התבקשנו להכריע.

2. חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר סבר כי חרף הפגמים שנפלו במכרז יש להשאיר את החלטתה של ועדת המכרזים על מכונה, בהתחשב בכך שההצעה הזוכה היא לכל הדעות ההצעה הזולה ביותר, ועל כן גם הטובה ביותר בנסיבות העניין, ומאחר שביטול המכרז הוא תוצאה לא רצויה שראוי להימנע ממנה ככל הניתן. בהתאם לכך, הוא קבע כי יש לדחות את הערעור שבפנינו, שהוגש על-ידי מציעות אחרות במכרז. דעתי שונה. אם תישמע דעתי, יתקבל הערעור כמפורט להלן, אם כי מטעמים של מעשה עשוי הסעד שיינתן למערערת יהיה סעד הצהרתי בלבד, כמפורט להלן.

על חשיבותה של בהירות במסמכי המכרז

3. פעם נוספת חוזרת ומתגלה התופעה המטרידה של אי-בהירות וסתירות במכרזים של רשויות. כלל יסוד בדיני מכרזים הוא כי תנאי המכרז צריכים להיות מנוסחים בבהירות – הן על מנת שהמכרז יוכל להשיג את תכליתו ביעילות והן כדי להבטיח שוויון (ראו: [עע"מ 303/12](#) מטיילי קרית שמונה בע"מ נ' עיריית צפת, [פורסם בנבו] פסקה 19 (3.7.2012); [עע"מ 6117/15](#) ג.י.א. יזמה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל – מרחב עסקי דרום, [פורסם בנבו] פסקה ה' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (23.6.2016); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 84 (2013) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי)). על רקע זה נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי "שומה על עורך המכרז לנסח את תנאיו כך שיהיו 'בהירים כשמש', ולא תידרש כל 'פרשנות יצירתית' מצד המציע הפוטנציאלי על מנת שיוכל להבין את תנאי המכרז לאשורם ולפעול בהתאם" ([עע"מ 4282/16](#) טאיג נ' דוד, [פורסם בנבו] פסקה 15 וההפניות שם (7.8.2017)). לא אחת ניתן להתרשם כי אילו רק היו מנוסחים המכרזים בקפידה המתאימה התדיינות רבות היו נחסכות, וכך גם כסף ציבורי וכסף פרטי. אכן, טעות לעולם חוזרת, אולם ניתן היה לצפות ליתר הקפדה בהכנתם של מכרזים, על מנת שלמצער הטעויות יחזרו על עצמן פחות ופחות. ניתן היה לסבור שכל מילה נוספת בעניין מיותרת, אך למרבית הצער מתברר שמלים נוספות עדיין דרושות. אסתפק בכך, וכעת אגש לגוף הדברים.

הפגמים שנפלו במכרז בנסיבות העניין ונפקותם

4. במקרה דנן, כפי שפירט חברי המשנה לנשיאה בחוות דעתו, נפלו מספר פגמים בהליך המכרז. ראשית, במסמכי המכרז השונים פורטו שלושה מועדים שונים לסגירתה של תיבת ההצעות. שנית, ההחלטות שהתקבלו מאז נודע דבר הטעות שנפלה במסמכים וההליך שהוביל לקבלת ההצעה לא תועדו כראוי. שלישית, ההצעה שנבחרה לבסוף הייתה הצעה שהוגשה לאחר שנפתחה תיבת המכרזים. חברי סבר שהפגם שנפל בעניין תיעוד ההליך לא חייב כשלעצמו את פסילת המכרז (ראו: פסקה 24 לחוות דעתו). אף אני סבורה כן. אולם, בנסיבות העניין קיים פגם חמור שמכריע את הכף – בחירה בהצעה שהוגשה לאחר שנפתחה תיבת המכרזים – ולא כל שכן בהצטרפו למכלול הפגמים הנוספים בהליך המכרז.

5. אכן, בעומדו בפני עצמו, אין פסול בכך שתיקון הסתירה במסמכי המכרז בכל הנוגע למועד ההגשה האחרון של ההצעה נעשה על דרך של פירוש מיטיב ומקיים כלפי מגישים פוטנציאליים, ובהתאם לכך ניתנה הוראה לקבל גם הצעה שהוגשה לפני המועד האחרון ביותר לקבלת ההצעות. למעשה, זו הייתה, בנסיבות רגילות, הפעולה הראויה. כפי שכבר נפסק, "בהימצא תנאי במכרז שאיננו בהיר, וניתן לפרשו פירושים

שונים, שהינם סבירים במידה שווה ומקיימים במידה שווה את תכליות המכרז, תועדף – מטעמים של הגינות – פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן” ([ע"מ 6823/10](#) מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, [פורסם בנבו] פסקה 24 (28.2.2011) (להלן: עניין מתן שירותי בריאות)). דא עקא, בכך בלבד לא מסתיים ענייננו. כאמור, עוד קודם להגשתה של ההצעה האחרונה כבר נפתחה תיבת המכרזים. משמעות הדברים היא שבעת הגשתה של ההצעה האחרונה, שבדיעבד הייתה גם ההצעה הזוכה, ניתן היה לדעת – ולו באופן פוטנציאלי – מה היו פרטיהן של ההצעות שכבר הוגשו. בכך נפגם באופן חמור וישיד עקרון השוויון. כידוע, השוויון הוא “נשמת אפו” של המכרז, ובהיעדרו, אין בו טעם כלל (ראו: [ע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הפנים, פ"ד נח\(1\) 897, 905-906 \(2003\)](#); עניין מתן שירותי בריאות, פסקה 21; ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 36-37). אין מדובר עוד ביציאה מ”קו זינוק” משותף (השוו: [ע"מ 1811/09](#) אסום חברה קבלנית לבנין בע”מ נ' מועצה אזורית שדות נגב, [פורסם בנבו] פסקה 16 (6.1.2010)).

6. אכן, התוצאה של פסילת זכייתה של הצעה שהייתה בפועל ההצעה הזולה ביותר היא אינה תוצאה נוחה. אולם, חשוב להבהיר: דיון בהצעות בתנאים של אי-שוויון הוא בלתי אפשרי כלל. אם כן, לשיטתי, בשלב שבו נודע כי מוגשת הצעה נוספת בשעה שבה כבר נפתחה תיבת המכרזים צריך היה לבטל את המכרז כליל, חרף אי-הנוחות הכרוכה בתוצאה זו. אמנם, כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, סעד של ביטול מכרז הוא סעד משמעותי, שהפסיקה קבעה כי יש לנהוג בו זהירות רבה (ראו למשל: [ע"מ 8696/10](#) שערי ריבית בע”מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר, [פורסם בנבו] פסקה 10 (6.9.2011)). יחד עם זאת, משנפל במכרז פגם המשפיע על שוויון התחרות – לעיתים אין מנוס מביטולו (שם; [ע"מ 1873/13](#) אסום חברה קבלנית לבניין בע”מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב [פורסם בנבו] (6.8.2012)). לשיטתי, כאמור, המקרה דנן מגלם פגיעה חמורה בעיקרון השוויון שאינה ניתנת לריפוי, באופן המחייב סעד של ביטול. ראוי להוסיף ולהדגיש כי פסיקתו של בית משפט זה הדגישה את החומרה המיוחדת הכרוכה בניהול המכרז באופן שחשף את תוכנו את ההצעות, ולו באופן פוטנציאלי (ראו למשל: [ע"מ 7799/05](#) יהלומית פרץ עבודות בנין ופיתוח בע”מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר – החשב הכללי [פורסם בנבו] (14.5.2006)). ראו עוד: ברק-ארז, משפט מינהלי כלכלי, בעמ' 171).

התוצאה האופרטיבית: בצלו של מעשה עשוי

7. כעת, כמובן נוסף קושי על קושי בכך שהדיון בשאלת הפגמים שנפלו במכרז מתקיים בדיעבד, לאחר שהעבודות מושא המכרז כבר בוצעו, כולן או רובן. בשלב זה,

מטעמים של מעשה עשוי, לא ניתן אפוא להורות על העברת העבודה מן המשיבה 2 לידיהם של גורמים אחרים (ראו: [עע"מ 4818/17](#) טל אופיר גינון ופיתוח בע"מ נ' עיריית כרמיאל, [פורסם בנבו] פסקאות 2-3 לפסק דינו של השופט נ' סולברג וההפניות שם (28.2.2018); דפנה [ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים"](#) משפט וממשל ב 35, 36-35 (1994) (להלן: ברק-ארז, פיצויים מינהליים)). עם זאת, לשיטתי, דין הערעור להתקבל לפחות במובן זה שייקבע, במתכונת של סעד הצהרתי, שדין המרכז היה להתבטל.

8. נותרת אפוא השאלה מהי המשמעות המעשית של התוצאה שאליה הגעתי. כאמור, אין לדברים משמעות מהיבט הביצוע בפועל של העבודות. עם זאת, כפי שמציין חברי בעצמו, לתוצאה במקרה זה עשויה להיות משמעות מבחינת הליך אחר שבו ייתבעו סעדים כספיים, וזאת מבלי לנקוט עמדה בעניין (ראו: ברק-ארז, פיצויים מינהליים, בעמ' 36-45; דפנה ברק-ארז "סעדים כספיים במכרזים ציבוריים – בין זכויות לתמריצים" עיונים בתורת החוזה – ספר שלו (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, עתיד להתפרסם, תשע"ט)). בשולי הדברים, ראוי לחדד כמה עקרונות בהקשר זה. כאשר המכרז נוהל בצורה רשלנית ובשל כך בוטל, או היה צריך להתבטל, זכאים לכאורה מי שהשתתפו בו לקבל פיצוי על חסרון כיס שנגרם להם בגין עצם ההשתתפות במכרז – דהיינו, פיצויי הסתמכות. עיקרון בסיסי זה הודגם למשל [בעע"מ 7357/03](#) [רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט \(2\) 145 \(2004\)](#). לעומת זאת, על מנת לקבל פיצוי על רווח שנמנע צריך להוכיח משתתף במכרז כי הוא היה זוכה במכרז (ראו: [עע"מ 9423/05](#) רשות השידור נ' קטימורה בע"מ, [פורסם בנבו] פסקאות 6-7 (13.8.2007)). הוכחה זו אינה קלה בהכרח, ולא כל שכן כאשר מדובר בהצעות יחידות.

9. למעשה, ההבדל המעשי בין התוצאה שאליה הגעתי לבין התוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה אינו גדול. אף לשיטתי לא תשתנה התוצאה בפועל מהיבט זהותו של מבצע העבודות. אף לשיטתו של חברי ההכרעה במקרה זה אינה מייתרת בהכרח דיון בשאלה של פסיקת סעדים כספיים למשתתפות שלא זכו בסופו של דבר.

סיכום

10. לו תישמע דעתי, נורה על מתן סעד הצהרתי לפיו דינו של המכרז היה להתבטל, לנוכח הפגמים המהותיים שנפלו בו. זכויותיהם וטענותיהם של הצדדים בכל הנוגע להליך נפרד שיתנהל – ככל שיתנהל – בקשר לשאלת הפיצויים יישמרו להם. אני

מצטרפת בהקשר זה לקריאה שהשמיע חברי להידברות בין הצדדים, שעשויה להוביל להסדר אשר ימנע התדיינות נוספת ביניהם.

11. בכל הנוגע לסוגית החיוב בהוצאות אני מצטרפת לדעתו של חברי המשנה לנשיאה, כך שהחיוב שהושת על המערערות בבית המשפט המחוזי יבוטל, ואילו המשיב 1 יחויב בהוצאותיהן של המערערות בהליך זה, כאמור בפסקה 30 לחוות דעתו של חברי.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

במחלוקת שנפלה בין חבריי, דעתי כדעתה של השופטת ד' ברק-ארז, ומנימוקיה.

ערך השוויון ניצב בלב ליבת דיני המכרזים. פגיעה בו בצורה ישירה, ברורה וקשה – כפי שהתרחש במקרה שלפנינו, עם קבלת הצעה שהוגשה לאחר שתיבת המכרזים כבר נפתחה – תוביל לביטול המכרז. ודוקו, בענייננו מדובר במעשה עשוי, כך שהנפקות המעשית של הכרזת הבטלות אינה רבה. אף על פי כן, נודעת חשיבות לא מבוטלת להתוויית הדרך הנורמטיבית הראויה בתחום רגיש זה של המשפט. זאת, ביתר עוצמה, עת עסקינן במכרז ציבורי – פשוטו כמשמעו – שנערך על ידי משרד ממשלתי. הרחבת החריגים לכללי היסוד עלולה, אף שלא במתכוון, להחלישם.

קרנו של עקרון השוויון בדיני המכרזים משליכה אף על הדרישה הראייתית, בדבר קשר סיבתי בין ההפרה לבין נזק בפועל. לאמור, די בפגיעה בעוצמה בעקרון השוויון, למשל פתיחת תיבת המכרזים עובר למועד האחרון להגשת ההצעות, כדי להביא לעיתים לביטול המכרז, אף ללא חובה להוכיח כי מאן דהוא ניצל בפועל את הפרצה. ניתן להסתכל על הממד הראייתי באופן אחר. מהותי יותר. הפגיעה היא בניקיון המכרז עצמו. מצב דברים זה נובע מכך שעניי דיני המכרזים מופנות גם לצדדים שלישיים שלא השתתפו במכרז, גם בשל ההנחה שדגל השוויון יתנוסס מעליו.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז. הוחלט פה אחד לעניין ההוצאות כאמור בפסקה 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ו באלול התשע"ח (06.09.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 13037190_K20.doc רש
מרכז מידע, טל' 077-2703333; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נ' הנדל 54678313-3719/13
ניסוח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)