



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

עע"ם 5408/12

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט א' שהם

המערערת: ברק 555 בע"מ

נגד

המשיבות: 1. מגלקום תקשורת מחשבים בע"מ
2. עיריית אשקלון

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, מיום 18.6.2012, בעת"מ 13261-05-12, שניתן על ידי כב' השופטת שי דברת

תאריך הישיבה: כ"ה בטבת התשע"ג (07.01.13)

בשם המערערת: עו"ד גד טיכו; עו"ד יורם בר; עו"ד שאול צור

בשם המשיבה 1: עו"ד יוסי לוי; עו"ד אייל בליזובסקי; עו"ד אלון בר-אל

בשם המשיבה 2: עו"ד הילה רווח

פסק-דין

השופט א' שהם:

1. משתתף במכרז מגיש ערכות לא צמודה, בהתאם לדוגמת הערכות שהועברה לכלל המשתתפים. יומיים לפני תום מועד הגשת ההצעות, מודיעה ועדת המכרזים, באמצעות הדואר האלקטרוני, כי יש להמציא ערכות צמודה, כאשר כל המשתתפים במכרז, למעט אחד, מבצעים את השינוי. מה דין הצעתו של המשתתף אשר לא החליף את הערכות? זאת, בהינתן העובדה כי על פי תנאי המכרז ניתן לשלוח הודעות למשתתפים באמצעות הדואר האלקטרוני, כאשר לטענתו של אותו משתתף הודעה זו

לא הגיעה אליו, ואין מחלוקת כי לא נעשה וידוא לגבי קבלת ההודעה על-ידי מזמין המכרז.

זוהי השאלה הטעונה הכרעה במסגרת ערעור זה.

רקע עובדתי

2. המשיבה 2, עיריית אשקלון, פרסמה, בחודש אוגוסט 2011, מכרז פומבי מס' 47/2011 (להלן: המכרז) שעניינו "אספקה, התקנה ותחזוקה למצלמות CCTV ומערכת לשליטה ובקרה, שדרוג והרחבת המוקד בעיריית אשקלון". המועד האחרון להגשת הצעות למכרז נקבע ליום 25.10.2011.

סעיף 8 לתנאי המכרז עניינו בהמצאת ערכות בנקאית, ובמקרה דנן יש חשיבות לאמור בס"ק 8.1, 8.2 ו-8.3.

סעיף 8.1 קובע כדלהלן:

"על המציע לצרף להצעתו ערכות בנקאית, בלתי מותנית, מבנק מורשה-מסחרי מוכר, לטובת העירייה, בהתאם לנוסח (מסמך א-3) המצ"ב, בסכום של 120,000 ₪... כולל מע"מ. הצעה ללא צירוף הערכות הבנקאית – תיפסל".

סעיף 8.2 לתנאי המכרז קובע קטגורית כי,

"כל שינוי של תנאי מהותי בכתב הערכות לעומת הנוסח המצ"ב – תגרום לפסילת הצעת המשתתף" (ההדגשה שלי – א.ש).

בסעיף 8.3 נקבע כי,

"תנאים מהותיים בכתב הערכות יהוו: סכום הערכות, הצמדת הסכום (לרבות סוג המדד וחודש המדד הקובע להצמדה), זהות בין המציע לנערב...", ועוד.

3. אין חולק כי בנספח א-3 למכרז צורפה דוגמת הערכות הבנקאית הנדרשת, ובה אין כל אזכור לנושא הצמדת סכום הערכות. נחזור ונזכיר, כי משתתפי המכרז נדרשו

להגיש את הערכות הבנקאית בהתאם לנוסח המצורף, והוזהרו לבל ישנו מהנוסח, שכן כל שינוי של תנאי מהותי בכתב הערכות, יביא לפסילת ההצעה.

חמישה מציעים נגשו למכרז, וביניהם המערערת והמשיבה 1, והמערערת הגישה כתב ערכות, בהתאם לנוסח שצורף למכרז. ביום 23.10.2011 שעה 12:13, יומיים לפני המועד האחרון להגשת הצעות להשתתפות במכרז, נשלחה הודעה באמצעות הדואר האלקטרוני לכל המשתתפים במכרז, שזה לשונה:

“אל משתתפי מכרז 47/2011 מאחר ובנוסחי הערכויות שצורפו למסמכי המכרז נשמט סעיף ההצמדה, אני מצרפת נוסחי ערכויות מעודכנים, אציין כי יש להגיש ההצעה עם ערכות בנקאית על-פי הנוסח המעודכן המצ”ב”.

שולחת ההודעה היא הגב' רחל מכלוף, מנהלת יחידת המכרזים במשיבה 2.

ההודעה נשלחה באמצעות הדואר האלקטרוני, בהתאם לסעיף 15.4 לתנאי המכרז, שבו נאמר כי,

“שינויים, תיקונים והבהרות כאמור יובאו בכתב לידיעת כל רוכשי המכרז והמשתתפים בסיור הקבלנים (אם נערך) בדואר ו/או דואר אלקטרוני ו/או במברק ו/או בפקסימיליה ו/או במסירה ידנית”.

4. הסתבר, כי המערערת, בניגוד ליתר המציעים, לא החליפה את כתב הערכות הבנקאית, ולפיכך נותרה הערכות שהוגשה על-ידה בגדר ערכות בנקאית שאינה צמודת מדד. עם זאת, התברר, כי, לאחר בחינת כלל ההצעות, הצעתה של המערערת זכתה לניקוד הגבוה ביותר, והצעתה היתה גם הזולה ביותר ועמדה על סכום של 6,432,040 ₪. הצעתה של המשיבה 1, אשר דורגה לאחר המערערת, עמדה על סכום של 8,397,389 ₪.

5. ביום 5.2.2012, התכנסה ועדת המכרזים (להלן: הועדה) על מנת לקבוע את זהות הזוכה במכרז. במהלך ישיבת הועדה, הבהיר היועץ המשפטי של המשיבה 2, עו”ד איתן צוריאל, כי “יש בעיה עם הערכות” שהגישה המערערת. לדבריו, התברר “באיזשהו שלב” כי נוסח הערכות אינו מתאים ולפיכך נשלח נוסח מעודכן לכל המציעים, וכולם הגישו את הערכות בנוסח המתוקן “חוץ מברק [המערערת-א.ש] שהגיש בנוסח המקורי וטען שלא קיבל את התיקון”.

עו"ד צוריאל הוסיף כי "מאחר ולא נעשה מעקב על ידנו האם באמת קיבל את התיקון, ביקשתי להזמין ולשמוע מפיו". לאור זאת, הצטרף מנכ"ל המערערת לשיבת הועדה ונשאל על-ידי היועץ המשפטי "מדוע לא הגשת ערבות בנוסח המעודכן?".

על כך השיב מנכ"ל המערערת כי "... לא הגיע אלי כל עדכון, אנו תמיד מוציאים ערבויות ולא היתה בעיה להמציא בנוסח מעודכן". מנכ"ל המערערת הוסיף עוד, כי אין הבדל בעלויות בגין העמלה הכרוכה בהוצאת הערבות, בין על-פי הנוסח הקודם ובין על-פי הנוסח החדש. יצוין, כי, בהתאם לאישור שניתן על-ידי בנק הפועלים סניף אשקלון, מתברר כי תיקון כתב הערבות כרוך בתוספת של 380 ₪ בלבד.

6. לאחר שנשמעו דברי מנכ"ל המערערת והוא יצא את חדר הישיבות, הבהיר עו"ד צוריאל כי במקרה של המערערת "נעשתה טעות בעירייה בכך שלא נעשה אימות לקבלת המייל ושההודעה של הנוסח המתוקן הגיעה לחברה". עוד נאמר, כי אין דרך להוכיח כי הודעת הדואר האלקטרוני התקבלה אצל המערערת, לאור דברי מנכ"ל החברה. לגישת היועץ המשפטי, לא היתה למערערת מוטיבציה "לתת דווקא את הנוסח המקורי ולא המתוקן ואין תוספת עלות למבקש הערבות". לפיכך, הבהיר עו"ד צוריאל כי "ניתן לא לפסול את ההצעה של ברק 555 בשל הגשת ערבות לא מתאימה".

לאחר הדברים הללו, התקיימה הצבעה, והתקבלה החלטה פה אחד, בזו הלשון: "לאחר שהועדה שמעה את ההסבר מפי היועמ"ש, הועדה ממליצה על הצעת ברק 555 בע"מ כהצעה הזוכה מכיוון שהינה הזולה ביותר". המלצת הועדה אושרה, ביום 23.2.2012, על-ידי ראש העיר אשקלון.

7. ביום 19.3.2012, שלחה מנהלת יחידת המכרזים, הגב' רחל מכלוף, מכתב אל המערערת ובו היא מודיעה לה על זכייתה במכרז ומזמינה אותה לחתום על חוזה "בהתאם לתנאי המכרז".

לאחר זאת, נחתמה על-ידי המערערת טיוטת ההסכם, הנוגע למכרז, וזו הועברה לחתימת המשיבה 2, אשר הוסיפה את חתימתה על ההסכם ביום 30.4.2012. כמו כן, הנפיקה המערערת, ביום 25.3.2012, ערבות צמודה בסך 250,000 ₪, כנדרש על-פי ההסכם.

8. ביום 8.5.2012, הוגשה עתירה על-ידי המשיבה 1 לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, ובה היא תוקפת את זכייתה של המערערת במכרז. בעתירה נטען, כי יש לקבוע כי הצעתה של המערערת "פסולה מחמת פגם חמור שנפל בערבות הבנקאית", ובשל כך "יש לבטל את זכייתה במכרז". עוד נטען בעתירה, כי בהיות הצעתה של המשיבה 1 "ההצעה הטובה ביותר מבין כלל ההצעות שהוגשו למכרז", הרי שיש לקבוע כי היא הזוכה במכרז.

נטען בנוסף על-ידי המשיבה 1, כי המערערת מושתקת מלטעון כי לא קיבלה את הודעת הדואר האלקטרוני, שעה שנקבע מנגנון ברור לשליחת הודעות, שהמערערת היתה מודעת לו, והיה עליה "להתעדכן באופן שוטף במשלוח הודעות הבהרה ולוודא את קבלתן". בנוסף, טענה המשיבה 1 כי טענתה של המערערת, לפיה היא לא קיבלה את הודעת ההבהרה נטענה בעלמא, שכן לא הוצג כל נימוק טכני אשר יסביר כיצד דווקא הודעה זו לא הגיעה לידיה, כאשר אין חולק כי היא קיבלה הודעות קודמות בדרך זו. נטען עוד, כי למערערת היה תמריץ שלא להחליף את כתב הערבות על-מנת להימנע "מן העלויות והטרחה הכרוכים בהחלפת הערבות הבנקאית".

לאור האמור, ובשים לב לעובדה כי הוראת ההצמדה של הערבות היוותה תנאי מהותי בתנאי המכרז, התבקש בית המשפט לפסול את הצעתה של המערערת.

תגובת המערערת

9. המערערת ביקשה לדחות את העתירה ולאשר את זכייתה במכרז. בבסיס טיעוניה של המערערת, עמדה הטענה כי ההודעה, אשר נשלחה יומיים לפני מועד הגשת הצעת המכרז, בנושא שינוי כתב הערבות, לא התקבלה אצל המערערת. עוד נטען, כי לו היתה המערערת מודעת לשינוי שנערך בתנאי המכרז, היא היתה משנה, ללא ספק, את הערבות הבנקאית "שכן לא היה לה אינטרס שלא להחליף את הערבות הבנקאית שעלות החלפתה הינה נמוכה".

כראיה לכך שההודעה על דבר השינוי לא התקבלה, צירפה המערערת את פלט תיבת הדואר הנכנס של המערערת מתאריך 23.10.2011. עוד נטען, כי המשיבה 2 לא וידאה את קבלת ההודעה באמצעות אישור מסירה בדואר האלקטרוני או באמצעות אישור טלפוני.

בנסיבות אלה, כך נטען על-ידי המערערת, היתה החלטתה של ועדת המכרזים, להכשיר את הצעת המערערת, בגדר "החלטה סבירה, מידתית, שקולה ועניינית שנעשתה ללא פגיעה בשוויון המציעים".

המערערת טענה בנוסף, כי העתירה הוגשה בשיהוי, שכן המשיבה 2 שלחה לעותרת הודעה על אי זכייתה במכרז ביום 21.3.2012, אך העותרת "בחרה שלא למשוך את הדואר הרשום עד ליום 24.4.2012", למעלה מחודש לאחר משלוח ההודעה, ואת העתירה הגישה רק ביום 8.5.2012.

לטענת המערערת, ההשתהות בהגשת העתירה גרמה לה נזקים כלכליים משמעותיים, שכן כבר בסוף חודש מרץ 2012, היא החלה להתקשר עם ספקים ולהתחייב להזמנת מוצרים בעלות של כ-900,000 ש"ח, בהסתמכה על הסכם ההתקשרות עליו חתמה ובהתאם לזכייתה במכרז, ומבחינה זו מדובר ב"מעשה עשוי".

לאור האמור, ביקשה המערערת לדחות את העתירה.

עמדת המשיבה 2

10. המשיבה 2 הצטרפה אל המערערת בטענה כי העתירה הוגשה בשיהוי, שכן המשיבה 1 לא עדכנה את העירייה כי שינתה את כתובת משרדיה, ולכן נשלחה ההודעה על דבר אי זכייתה במכרז לכתובת הישנה.

אשר לנושא הערבות הבנקאית, נטען על-ידי המשיבה 2 כי החלטת ועדת המכרזים לאשר את הצעתה של המערערת היתה "סבירה בהחלט", לאחר שהתברר כי המערערת לא קיבלה את ההודעה בנוגע לשינוי כתב הערבות. לגישתה של המשיבה 2, כאשר עסקינן בהודעה כה חשובה, היתה "חייבת העירייה לוודא כי רוכשי המכרז קיבלו לידיהם הודעה זו". מאחר שהחלטת הועדה, שלא לפסול את הצעת המערערת, אינה לוקה בחוסר סבירות ובוודאי שלא בחוסר סבירות קיצוני, הרי שיש לדחות את העתירה.

פסק דינו של בית משפט קמא

11. בית המשפט סקר, בפתח פסק דינו, את ההלכה המושרשת לפיה יש לראות, ככלל, בכל פגם שנפל בערבות בנקאית כפגם מהותי, המחייב את פסילת ההצעה. עוד

ציינן בית המשפט, כי פגם בערבות יביא לפסילת ההצעה, גם כאשר ברור כי "הפגם מקורו בתום לב".

לגישת בית המשפט, משהובהר לוועדת המכרזים כי הערבות שהוגשה על-ידי המערערת אינה צמודה, היה מקום לפסול את הצעתה על הסף, ולא היה מקום לזמן את מנכ"ל המערערת לשימוע. אשר לטענתה של המערערת כי לא קיבלה את ההודעה בדבר שינוי כתב הערבות, ציינן בית משפט קמא כי "קשה להתעלם מהעובדה כי האימייל הגיע לידי כל המציעים האחרים", וכי הודעות אחרות שנשלחו אל המערערת באמצעות הדואר האלקטרוני התקבלו על-ידה.

בית המשפט הוסיף עוד, כי במסמכי המכרז נקבע, כי אחת מדרכי ההתקשרות הינה באמצעות הדואר האלקטרוני, מבלי שהוטלה חובה על המשיבה 2 "לוודא טלפונית את קבלת הודעת האימייל". לפיכך ו"בהעדר חובה על העירייה לוודא קבלת האימייל, לא היה מקום להכשיר את הצעתה של ברק".

לשיטתו של בית המשפט, שינוי נוסח הערבות היה צפוי, מאחר שלפי סעיף 8.3 לתנאי המכרז, קיים תנאי מהותי, שעניינו הצמדת הערבות "כך שהשטת ההצמדה למדד מכתב הערבות שצורף למכרז צריכה הייתה לעורר תמיהה".

בית המשפט קמא הוסיף וקבע, כי מאחר שאין מדובר בטעות סופר או בהשמטה מקרית בכתב הערבות, וגם אם פעלה המערערת בתום לב, הרי שדין הצעתה להיפסל. בית המשפט דחה גם את טענת השיהוי שהועלתה על-ידי המערערת והמשיבה 2, שכן המשיבה 1 ביקשה, מבעוד מועד, לנתב את דברי הדואר לכתובתה החדשה, אך ההודעה בדבר אי זכייתה במכרז הגיעה אליה באיחור "בשל תקלה של דואר ישראל".

לאור האמור, החליט בית משפט קמא לבטל את זכייתה של המערערת במכרז ולהחזיר את הנושא לדיון מחדש בפני ועדת המכרזים, בלא השתתפותה של המערערת.

תמצית טיעוני המערערת בערעור

12. בערעור על פסק דינו של בית משפט קמא, נטען כי "הלכה היא כי 'פגם' בהצעה, לרבות 'פגם' בערבות, הנובע מכך שתיקון או הבהרה לתנאי המכרז לא הובאו לידיעת המציע... אינו מהווה פגם ואין בו כדי להביא לפסילת ההצעה". זאת, בעיקר כאשר עורך המכרז הוא האחראי לכך שההודעה לא התקבלה.

בענייננו, כך נטען על-ידי המערערת, לא נסתרה טענתה כי לא קיבלה את הודעת הדואר האלקטרוני, ובית המשפט נמנע מבירור עובדתי בשאלה זו. המערערת הגישה את הערבות בדיוק בנוסח שנקבע במכרז, בהיותה מודעת לכך כי כל שינוי בנוסח כתב הערבות, עלול להביא לפסילת הצעתה. המערערת הוסיפה וטענה, כי אין להסיק מסעיף 8.3 לתנאי המכרז כי קיים תנאי מהותי, לפיו הערבות צריכה להיות צמודה, "ואין הסעיף מתיימר לקבוע מאוס ביחס לצורתו או תוכנו של כתב הערבות במכרז ספציפי זה או אחר".

אשר לתהיות שהעלה בית משפט קמא, בנוגע לטענת המערערת כי לא קיבלה את ההודעה, נטען על-ידי המערערת, כי מפלט תיבת הדואר הנכנס ליום 23.10.2011, עולה בבירור "כי הודעת הדואר" לא הגיעה לידיה וכי לא היתה לה ידיעה באשר לתיקון נוסח הערבות".

ועוד נטען, כי למערערת לא היתה כל סיבה שלא להוציא כתב ערבות חדש, לו ידעה על דבר השינוי, שכן מדובר בתוספת עמלה בסכום כספי זניח לעומת ההצעה במכרז העומדת על מיליוני שקלים. המערערת הוסיפה וטענה, כי לא ניתן לשלול את האפשרות כי ההודעה לא הגיעה לתיבת הדואר האלקטרוני שלה, בשל כשל טכני או בשל משלוח ההודעה למען לא נכון. כראיה לקיומה של אפשרות זו, ציינה המערערת כי המשיבה 1 עצמה טענה, בהזדמנות קודמת, כי לא קיבלה הודעת דואר אלקטרוני שנשלחה אל כלל המציעים.

טענה נוספת שהיתה בפי המערערת, נוגעת לחובתה של המשיבה 2 לוודא את דבר קבלת ההודעה אצל המציעים. לגישת המערערת, העירייה היתה מחוייבת לבצע את משלוח ההודעה "בדרך נאותה המבטיחה את ביצועו המוצלח, והשומרת על השוויון בין המציעים". במקרה דנן, היה על המשיבה 2 לוודא את דבר הגעת הודעת השינוי לידיעת המציעים, וזאת בעיקר כאשר מדובר בתיקון הנעשה יומיים בלבד לפני המועד האחרון להגשת ההצעות, וקל וחומר, כאשר עסקינן בתיקון כה מהותי של נוסח כתב הערבות.

לגישת המערערת, צדקה ועדת המכרזים כאשר זימנה את מנכ"ל המערערת לשימוע, על-מנת לבחון את השאלה האם ההצעה הוגשה על-ידי המערערת בהתאם לתנאי המכרז, ולאפשר לה להבהיר את טענותיה, באשר לאי קבלת ההודעה בדבר שינוי הערבות.

13. בנוסף לטיעוניה בנוגע לכתב הערבות, חזרה המערערת וטענה כי העתירה נגועה בשיהוי רב, ובשל שיהוי זה, מדובר, מבחינתה של המערערת ב"מעשה עשוי", ואין להחזיר את הגלגל לאחור. יצויין, כי במהלך הדיון בערעור הועלתה טענת השיהוי בשפה רפה, ולא ביקשנו את תגובתה של המשיבה 1 לעניין זה, לאחר ששוכנענו כי העתירה הוגשה על-ידה, זמן קצר לאחר שהתקבלה ההודעה על אי זכייתה במכרז. העכוב שחל במסירת ההודעה נעוץ בתקלה שהיתה בדואר ישראל, ואין לזקוף זאת לחובתה של המשיבה 1. לפיכך, איננו רואים צורך לדון, במסגרת ערעור זה, בטענת השיהוי ובטענה הנלווית אליה כי מדובר ב"מעשה עשוי".

תמצית טיעוני המשיבה 1

14. המשיבה 1 גורסת כי נפל פגם מהותי בהצעת המערערת, שכן "הערבות הבנקאית שצורפה על ידיה להבטחת הצעתה למכרז, לא כללה סעיף של הצמדה למדד וזאת בניגוד לתנאי המכרז". ההודעה על שינוי נוסח הערבות הועברה לכלל המציעים באמצעות הדואר האלקטרוני, אמצעי ששימש להעברת הודעות שונות למשתתפי המכרז.

מאחר שהמערערת לא החליפה את כתב הערבות, היתה ועדת המכרזים מחוייבת, כך לטענת המשיבה 1, לפסול את הצעתה ולא היה מקום לזמנה לשימוע. לגישת המשיבה 1, המערערת לא הוכיחה את טענתה כי לא קיבלה את ההודעה בנוגע להחלפת כתב הערבות, ולא נתנה מענה של ממש לתהיות שהעלה בית משפט קמא, באשר לגרסתה.

15. עוד נטען, כי המערערת לא פנתה אל ספק שירותי האינטרנט שלה על-מנת "להפיק ממנו נתון מדויק ומהימן בהקשר לכלל הודעות הדואר האלקטרוני שנשלחו אליה באותו יום".

נקדים את המאוחר ונציין, כי לקראת הדיון בערעור הגישה המערערת בקשה לצירוף ראייה חדשה במסגרת הערעור, היינו: ההתכתבות בינה לבין ספק האינטרנט 012 סמייל טלקום בע"מ (להלן: הספק), שמסגרתה הבהיר הספק כי אין כל אפשרות להמציא את המידע, באשר להודעות שנכנסו לתיבת הדואר של המערערת.

המשיכה 1 התנגדה להגשת הראיה, בטענה כי ניתן היה להציגה בפני הערכאה קמא, ואין מדובר בראיה חדשה, שלא היתה אפשרות לקבלה במהלך הדיון בעתירה.

נציין, כבר עתה, כי לא מצאנו מקום לקבל את הראיה החדשה בשלב הערעור, שכן קבלתה אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות שנקבעו בתקנה 457 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות) שעניינה "ראיות נוספות בערעור", כפי שאלה פורשו בפסיקתו של בית משפט זה.

סעיף 457 לתקנות חל בענייננו מכוח תקנה 34 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, הקובעת לאמור:

"הוראות פרק ל' לתקנות סדר הדין האזרחי יחולו על ערעור לפי פרק זה, בשינויים המחויבים, אם אין בחוק ובתקנות אלה הוראה אחרת לענין הנדון, ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראות החוק ותקנות אלה".

כפי שנקבע בע"א 10687/07 אלמשרק חברה לביטוח בע"מ – רמאללה נ' מוחמד חג'וג' (5.8.2010):

"הכלל הוא, אפוא, כי ערכאת הערעור בוחנת את פסק-דינה של הערכאה המבררת על-פי המצע הראיתי-העובדתי שלפיו ניתן פסק-הדין ונסיבות חריגות בלבד יצדיקו סטייה מן הכלל האמור ופתיחת מסכת הראיות בשלב הערעור. הרציונאל המונח ביסוד גישה מצמצמת זו עניינו בעיקרון סופיות הדיון ובתפיסה לפיה הליך הערעור נועד לאתר טעויות שנפלו בפסק הדין של הערכאה המבררת... סטייה מן הכלל האמור תתאפשר, אפוא, רק באותם המקרים שבהם קיימת 'סיבה חשובה' המצדיקה חריגה מעקרון הסופיות ורק אם המבקש פעל בשקידה ראויה לגילויין ולהגשתן של הראיות בפני הערכאה המבררת". (שם, בפסקה 19, וראו, לעניין זה, אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 664-666 (מהדורה עשירית, 2009) (להלן: גורן); ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח(4) 141 (1984); ע"א 10704/05 לוגסי נ' פקיד השומה אשקלון (10.7.2008); ע"א 9784/05 עיריית תל אביב-יפו נ' גורן (12.8.2009); ע"א 8021/03 אלישע נ' אלישע, פ"ד נט(3) 337 (2004)).

במקרה דנן, לא שוכנענו כי המערערת פעלה ב"שקידה ראויה" לשם השגת הראיה, ולא היתה מניעה כי הדבר יעשה במהלך הדיונים בעתירה. זאת ועוד, המדובר

בראיה שאין בה כדי להוכיח את טענת המערערת, לפיה ההודעה לא התקבלה על-ידה, אלא בראיה "שלילית" שמשמעה כי אין ניתן להמציא נתונים, באמצעות ספק האינטרנט, לצורך תמיכה בטענתה.

בנסיבות אלה, אין מדובר בראיה בעלת "חשיבות ניכרת לעניין ההכרעה בפסק הדין" (גורן, בעמ' 665). לאור האמור, אין בידינו לקבל את הראיה החדשה, אותה ביקשה המערערת להגיש בשלב הדיון בערעור.

16. ובחזרה לטענותיה של המשיבה 1. מעבר לטענה כי המערערת לא הוכיחה את גרסתה, כי היא לא קיבלה את הודעת הדואר האלקטרוני, נטען כי היא גם לא המציאה הסבר מניח את הדעת, כיצד זה לא התקבלה ההודעה בתיבת הדואר שלה. נטען בנוסף על-ידי המשיבה 1, כי למערערת היה תמריץ של ממש שלא להחליף את כתב הערכות. זאת שכן, מדובר בטרחה, במאמץ ובעלויות כספיות, בנוסף "לסיכונים הכרוכים בהוצאת ערבות חדשה וצמודה, יומיים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות למכרז".

עוד נטען, כי המשיבה 2 לא הייתה צריכה לוודא את דבר קבלת ההודעה, שכן לא הוטלה עליה חובה מעין זו במסמכי המכרז, ושעה שנקבעו דרכי התקשורת בין הצדדים, לרבות בדרך של משלוח הודעות בדואר האלקטרוני. נהפוך הוא, לגישת המשיבה 1 "על המערערת מוטל היה הנטל לוודא את קבלת [ההודעה] ולהתעדכן בה".

המשיבה 1 טוענת בנוסף, כי למערערת היתה אינדיקציה לכך שצפויה הודעת תיקון, לאור האמור בסעיף 8.3 לתנאי המכרז, ממנו עולה כי אחד התנאים המהותיים הוא הצמדת הערכות למדר.

לאור האמור, התבקשו על-ידי המשיבה 1 לדחות את הערעור.

עמדת המשיבה 2

17. המשיבה 2 הודיעה כי היא "מסכימה לאמור בערעור אשר הוגש מטעם המערערת וחוזרת על טענותיה אשר נטענו בבית המשפט המחוזי". בדיון בערעור טענה המשיבה 2 כי לא נפל פגם בהחלטתה של ועדת המכרזים לאשר את הצעתה של המערערת, שכן "לא היה ספק בזה שהמערערת לא קיבלה את המייל". עוד נטען, כי בנסיבות העניין, היה מקום להטיל על שכמה של המשיבה 2 את הנטל לוודא את דבר קבלת ההודעה, וככל שמציעה אחרת הייתה טוענת כי לא קיבלה את ההודעה "היינו מאשרים אותה".

18. טרם הדיון בשאלת הערבות הבנקאית, מן הראוי לחזור ולהזכיר את ההלכה המושרשת לפיה בית משפט זה אינו משמש כמעין ועדת מכרזים עליונה ואינו מחליף את שיקול דעתה של הועדה בשיקול דעתו (עע"מ 6242/09 חג'אזי חברה לטיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (10.11.2009) (להלן: עניין חג'אזי); עמ"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים-עיריית עפולה (18.1.2009)).

כפי שנקבע בעניין חג'אזי,

"הביקורת השיפוטית של בית משפט זה מתמקדת בבחינת החלטות ועדת המכרזים בראי כללי המשפט המנהלי, וביניהם, בחינת סמכות הועדה, עקרון הסבירות ושיקול דעת שיקולים ענייניים. בית המשפט צריך לבחון האם נפל בהחלטות ועדת המכרזים פגם שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני המכרז הציבורי כפי שנקבעו בחקיקה ובפסיקה" (שם, בפסקה 9, וראו גם, ע"א 4964/92 נשיץ נ' עשת, פ"ד נ(3) 762 (1996); ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 883 (2003); עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590 (2003)).

19. ומכאן להלכות שנקבעו בנושא הערבות הבנקאית במכרז ציבורי, בדגש על פסיקתו של בית משפט זה במהלך השנים האחרונות (על התפתחות ההלכה בסוגיית הפגמים בערבות הבנקאית, ראו: שמואל הרציג דיני מכרזים כרך ד' חלק ראשון 323 (מהדורה שניה, 2010)).

כפי שציינה חברתי, השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בעמ"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל-הרשות הממשלתית למים ולביוב (1.1.2012) (להלן: עניין אפקון):

"רבות נכתב על הצורך לדקדק בענייני ערבות במכרזים. פגם בערבות, כך נקבע 'יש בו, בדרך כלל, כדי לפסול הצעה... הטעם לגישה זו הוא, שעקרון השוויון בין המתחרים מחייב שוויון בדרישת הערבות, ופגם בערבות משמעותו, על כן, פגם מהותי, הפוגע בעקרון היסוד של דיני המכרזים, ועל כן דינו לפסול ההצעה'... עוד נקבע כי לערבות הבנקאית חשיבות משמעותית וכי יש קשר הדוק בינה ובין יסודות דיני המכרזים. על כן, תנאי

במכרז המחייב הפקדת ערבות בנקאית מהווה תנאי חשוב ומהותי, שיש למלא אחריו בשוויוניות ובדקדקנות... לאור כל האמור מתחדד הצורך בהקפדה דקדקנית בעת מתן ערבות בנקאית במסגרת מכרז" (שם, בפסקה 12).

בעניין אפקון התעוררה השאלה מה דינה של ערבות מיטיבה, שבה תוקף הערבות היה ארוך ב-19 ימים מהנדרש במכרז, ונקבע כי "ראוי לקבוע כלל חד לפיו גם ערבות מיטיבה וגם ערבות מרעה, יש בהן, כעקרון, כדי לפסול את ההצעה במכרז" (שם, בפסקה 20).

וכך סוכמו הדברים על-ידי השופט ס' ג'ובראן בעניין חג'אזי:

"הערבות הבנקאית המצורפת להצעת המכרז היא בעלת חשיבות משמעותית וקיים קשר הדוק בינה לבין יסודות דיני המכרזים, ובראשם עקרון השוויון והיעילות הכלכלית. תנאי במכרז המחייב הפקדת ערבות בנקאית מהווה תנאי חשוב ומהותי, שיש למלא אחריו בשוויוניות ובדקדקנות... אי הקפדה על קיום תנאי הקשור בערבות פוגע בערך השוויון לא רק מבחינת המציעים שהגישו את הצעותיהם, אלא גם 'ביחס לאלה שלא ניגשו כלל למכרז, והיו עשויים להגיש הצעות אילו הניחו כי תנאי הפקדת הערבות אינם תנאים קטיגוריים, וניתן למחול עליהם'" (שם, בפסקה 10).

ועוד נקבע כי,

"בית משפט זה קבע כי יש לראות בפגמים שנפלו בערבות בנקאית שצורפה להצעה במכרז, ככלל, משום פגמים מהותיים אשר יש בהם כדי להביא לפסילת ההצעה אף אם נעשו בתום לב, למעט במקרים מיוחדים ביותר ויוצאי דופן... על רקע מגמה זו נקבע כי השאלה האמיתית בסוגיה זו אינה מהו פגם 'מהותי' ומהו פגם 'טכני', אלא השאלה האם הפגם שנפל הינו מסוג הפגמים המצדיקים ביטול ההצעה אם לאו" (שם, בפסקאות 11-12, וראו גם, עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב. בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הפנים (27.11.2003); עע"מ 6090/05 ג.ע.ו-מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ (27.2.2002) (להלן: עניין מ.ג.ע.ו.)).

יצויין, כי בעניין חג'אזי נפסלה ההצעה בשל העובדה כי נוסח כתב הערבות שהוגש על-ידי החברה המציעה, סטה מהנוסח שנקבע במכרז, ובעיקר משום שתוקף

כתב הערכות לא עודכן, בהתאם לדרישה שפורסמה באתר האינטרנט בו נוהל המכרז, בהודעה שפורסמה בעיתונות, ואשר נשלחה לכתובת המייל של המציעים.

20. בעניין מ.ג.ע.ר, התעוררה השאלה מה דינה של תוספת לכתב הערכות, שלא הופיעה בנוסח הנדרש, וזה לשונה של התוספת "דרישה שתוגש בפקסימיליה לא תחשב כדרישה לעניין כתב ערכות זה".

נקבע, כי בצדק נפסלה ההצעה, כאשר "הלקח מפרשה זו ומהתדיינות הסבוכה בסוגיית הפגמים בערבויות הוא... שעל המציעים, הבנקים וועדות המכרזים להקפיד על דרישות הערכות שבמכרז הקפדה יתרה" (דברי חברתי, השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בפסקה 16).

השופט א' רובינשטיין הוסיף וקבע בעניין מ.ג.ע.ר כי:

"על מגישי הצעות במכרזים לבדוק בשבע עיניים אם מילאו אחד לאחד את התנאים למיניהם, ובבוא ועדות המכרזים לדון בהם, גישתן צריכה להיות קפדנית"

ובהמשך, הוסיף השופט רובינשטיין לגבי אפיון הפגמים בכתב הערכות:

"כמובן יהיו מקרים שפגם יהא זניח בגדרי השכל הישר, או ימצא כדי כך בתוך המובן מאליו, שלא יהא מקום לפסול בגינו; אך מקרים אלה הם לדעתי החריג שבחריג, והכלל הוא כי פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו. אם לא כן, במציאות הישראלית, שאין צריך להכביר עליה מלים, יש חשש לא מבוטל למדרון חלקלק, ופתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח 'שיהיו עגלות וקרונות נכנסות בו' (שיר השירים רבה, ה')". (שם, בפסקה א', וראו עוד, עע"מ 3827/10 טל אופיר גינון ופיתוח בע"מ נ' עיריית נשר (17.3.2011); עע"מ 10392/05 אחים ארון חברה לבניה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (5.7.2009)).

21. בעע"מ 1873/12 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (6.8.2012), נדרש השופט נ' הנדל לטעמים העומדים ביסוד הגישה הדווקנית בנושא הערכות הבנקאית, באומרו:

"ההקפדה היתירה על תנאי הערכות מבוססת על שלושה טעמים. האחד – עיקרון השוויון בין המציעים. זהו עקרון יסודי בדיני המכרזים. נובע ממנו כי אין להעניק יתרון בלתי הוגן למציע מסוים, אשר סטה מתנאי המכרז

והגיש ערבות פגומה. השני – שיקולי יעילות, שאף הם רבי משמעות בדיני המכרזים. הקפדה על כלל הפסילה עשויה להגביר את הוודאות, ולצמצם את ההתדיינויות שצצות תדיר אחר זכייה במכרז, הן בוועדת המכרזים והן בבית המשפט. השלישי – המקצועיות והרצינות הנדרשת מן המשתתפים במכרז. על כל מציע להבין כי עסקינן בסוג של מקצוע. עליו להפגין מקצועיות גם במילוי דרישותיו הטכניות של המכרז, ולבדוק בדקדקנות את הערבות הבנקאית שהוא מצרף להצעה. יחס סלחני כלפי מציעים שלא עשו כן, עלול לתמרץ גילויים נוספים של חוסר מקצועיות – לא רק בשלב ההצעות, אלא אף בשלב ביצוע העבודה שלשמה הוצא המכרז" (שם, בפסקה 4 וראו עוד, בג"צ 173/82 פלס נ' נהריה, פ"ד לו(2) 472 (1982); עע"מ 303/12 מטיילי קריית שמונה נ' עיריית צפת (3.7.2012)).

עם זאת, הוסיף וקבע השופט הנדל כי "ייתכן שניתן יהיה באופן חריג לשקול סטייה מכלל הפסילה לנוכח הצטברותם של מספר פרמטרים לקולא. ברם הכשרת הפגמים צריכה להיעשות במידה ובמשורה, לנוכח הטעמים החזקים שעומדים ביסוד כלל הפסילה" (שם, שם).

יצויין, כי במקרה זה נפסלה הצעה בשל האמור בכתב הערבות, לפיו התחייב הבנק לפירעון הערבות בתוך עשרה ימים ממועד הדרישה, על אף שבתנאי במכרז נדרש להציג התחייבות לפירעון בתוך שבועה ימים, ובמובן זה מדובר (בניגוד לעניין חג'אזי) בהצעה מרעה.

22. על רקע הפרשנות הקפדנית של הוראות המכרז, בכל הנוגע לנושא הערבות הבנקאית, מן הראוי להציג מספר מקרים בהם אושרה ההצעה, חרף קיומם של פגמים בערבות הבנקאית.

בעע"מ 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (31.1.2010), צירפה המערערת להצעתה ערבות בנקאית בנוסח הנדרש, "פרט לכך שליד המספר '50,000' נרשם הסימן 'ח' ולא הביטוי 'ש"ח'". ועדת המכרזים פסלה את הצעת המערערת בגין הפגם שנפל בכתב הערבות, ואף בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים קבע כי לא ניתן להכשיר את הערבות.

השופט ח' מלצר ציין בחוות דעתו כי "עיון בהלכה הפסוקה מלמד כי פגם פוסל בערבות בנקאית, הוא כזה שיש בו תוספת, הגבלה, או שינוי מנוסח הערבות המבוקש,

שנכלל במסמכי המכרז, או דבר אחר כלשהו שיש בו פגיעה בכללים הבסיסיים של דיני המכרזים, ובמיוחד בעקרון השוויון" (שם, בפסקה 5).

בהמשך, התייחס השופט מלצר לחריגים המאפשרים הכשרת הערכות, באומרו:

"מאידך גיסא, קיימים פגמים מסוימים ונדירים בערכות הבנקאית, אשר ניתן לשקול האם יש מקום להכשירם, שאם לא תאמר כן יימצא כי אותו 'חריג שבחריג' הנזכר בפסיקה – בפועל כמעט שלא יהיה בנמצא. כעולה מן האמור לעיל, בחריגים מצומצמים אלה יש לכלול פגם בערכות בנקאית הנובע מפליטת קולמוס, או מטעות סופר, או מהשמטה מקרית, או מהוספת דבר באקראי (להלן ביחד: טעות), כאשר – כתנאים מצטברים – חייבות להתקיים דרישות נוספות אלה...
 (א) הטעות נלמדת מהערכות עצמה;
 (ב) ניתן לעמוד על כוונתו המדויקת של השוגה, תוך שימוש בראיות אובייקטיביות מובהקות, המצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרזים;
 (ג) על פני הדברים נראה כי הטעות, או אי-גילוייה טרם הגשת ההצעה, מקורם בתום לב והם נובעים מהיסח דעת גרידא ולא מכוונת מכוון כלשהי של המציע, או של הבנק הערב;
 (ד) אין בטעות ובתיקונה כדי להקנות למציע יתרון הפוגע בעקרון השוויון וביתר הכללים של דיני המכרזים". (שם, בפסקה 6).

לגישתו של השופט מלצר, המקרה הנדון נמנה על אחד מהמקרים החריגים בהם מדובר "בפליטת קולמוס מובהקת", שכן ברור כי כוונת המציע והבנק, גם יחד, היא כי הערכות תהיה בשקלים, ולא במטבע אחרת. לפיכך, לא היה מקום לפסול את הצעת המערערת.

השופט א' רובינשטיין הצטרף לדעתו של השופט מלצר "לא בלי התלבטות", כאשר אותה התלבטות נבעה בשל החשש "למדרון חלקלק" בנושא הערכות הבנקאית. לבסוף, קבע השופט רובינשטיין כי מדובר ב"טעות סופר בדוחק", וניתן להכשיר את הערכות בנסיבותיו "המיוחדות מאוד" של המקרה. גם השופט נ' הנדל הצטרף לתוצאה, בהעירו כי "אלמלא העובדה שהבנק הודיע כי יכבד את הערכות כפי שהיא – הייתה מסקנתי בנדון כנראה אחרת".

23. השופט ח' מלצר התייחס לנושא החריגים גם בעמ"מ 3839/11 פרנקל את קורן חברת עורכי דין (2002) נ' עיריית רמת השרון (10.8.2011) (להלן: עניין פרנקל), במסגרת דיון בבקשה לסעד זמני לתקופת הערעור.

במקרה זה, נערך שינוי בתנאי המכרז באופן שנדחה מועד הפקיעה הנדרש של הערבות, כאשר "שינוי זה בא לידי ביטוי רק במסמכי המכרז המתוקנים, שהופיעו באתר האינטרנט של העירייה, אך לא נמסרה אודותיו הודעה בכתב למשתתפים".

המבקשת טענה כי לא ידעה על דבר השינוי ועל כן היא המציאה ערבות שמועד פקיעתה הינו בתאריך המקורי, וועדת המכרזים החליטה שלא לפסול את הצעתה. בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב-יפו החליט לפסול את ההצעה, בקובעו כי מדובר בערבות פגומה שלא ניתן להכשירה. המבקשת הגישה ערעור על החלטה זו ובגדרו גם ביקשה סעד זמני, שלא לפעול למימוש המכרז עד להכרעה בערעור.

בהתייחסו לנושא סיכויי הערעור, קבע השופט מלצר, כי אכן מדובר בערבות פגומה וכי אין לראות בפגם זה משום "טעות סופר". עם זאת, נקבע כי "חרף האמור, נראה לכאורה כי ועדת המכרזים לא רק שהיתה רשאית לאפשר [למבקשת] לתקן את הפגם, אלא ייתכן שהיא היתה חייבת לעשות כן" (שם, בפסקה 16).

זאת, מאחר שהעירייה ערכה שינוי במכרז שהמבקשת לא ידעה עליו, ואשר נעשה שלא במתווה שקבעה העירייה עצמה בתנאי המכרז, היינו בדרך של הודעה בכתב. מבחינה זו יש לראות את השינוי שנערך בתנאי הערבות בגדר "תנאי נסתר במכרז" ויש בכך "כדי לפגוע פגיעה אנושה בעקרון השוויון, שביסוד דיני המכרזים". ועוד נאמר, כי "העובדה [שהמבקשת] יכולה היתה לגלות את שינוי תאריך הערבות בדרך של עיון יסודי באתר האינטרנט – על פני הדברים איננה שוקלת בנסיבות המקרה כאן, בהעדד קביעה לפיה [המבקשת] גילתה הדבר בפועל" (שם, בפסקה 19).

לפיכך, נקבע כי דין הבקשה לסעד זמני לתקופת הערעור להתקבל.

להשלמת התמונה יצוין, כי בערעור עצמו הוסכם, על דעת המבקשת והמשיבה בערעור (אשר הגישה את העתירה המנהלית), כי "תחולק העבודה נשוא המכרז ביניהם, שווה בשווה. להסכמה זו ניתן, ביום 9.1.2012, תוקף של פסק דין.

24. בעע"מ 6200/07 ריהאב בע"מ נ' מדינת ישראל (22.5.2008) דובר בשוני בנוסח כתב הערבות הבנקאית, לעומת הנוסח הנדרש. בעוד שבנוסח, אשר צורף למכרז נאמר:

"אנו נשלם לכם את הסכום הנ"ל בתוך חמישה עשר ימים מתאריך דרישתכם הראשונה בדואר רשום..."

הרי שהנוסח אשר הופיע בהצעה היה:

"נשלם לכם מפעם לפעם, תוך 15 ימים לאחר קבלת דרישתכם כל סכום שיצויין בדרישתכם..." (ההדגשה שלי – א.ש.)

השופט ס' ג'ובראן סבר כי, "הבדל שולי כגון זה בנוסח הערבות" לא היה מכוון להשגת יתרון שלא כדין, אין בו כדי לפגוע בערך השוויון, ו"אין בשוני זה כדי להקשות בכל צורה שהיא על מימוש הערבות במידת הצורך" (שם, בפסקה 16).

השופט י' אלון הצטרף לעמדתו של השופט ג'ובראן, נגד דעתה החולקת של הנשיאה ד' ביניש, אשר קבעה כי,

"אפשרות לסטות מן הגישה הקפדנית המתוארת, גם כאשר מדובר בפגמים בערבות, אכן הוכרה בפסיקת בית משפט זה, כפי שטוענת ריהאב. אולם, אפשרות זו הוגבלה, כאמור, למקרים נדירים ביותר כגון פליטת קולמוס או טעות בלתי משמעותית בחישוב, שבהם אופיו ה'טכני' של הפגם הוא גלוי וברור, וכאשר מדובר בפגם שנעשה בתום לב ושאינו בו או בתיקונו כדי לסכל את מטרת הערבות או את העקרונות העומדים בבסיס דיני המכרזים" (שם, בפסקה 3 לחוות דעתה).

לפיכך, סברה הנשיאה ביניש, בדעת מיעוט, כי מקרה זה אינו "נמנה עם אותם מקרים חריגים ונדירים, שבהם יש להימנע מפסילת ההצעה שהוגשה במכרז על אף הפגם שנפל בערבות שצורפה לה" (שם, בפסקה 4).

25. לאחרונה ניתן פסק דין בעמ"מ 2638/12 רשות שדות התעופה בישראל נ' א.א. עינת מסעדות בע"מ (19.7.2012) (להלן: עניין רשות שדות התעופה), ובו דובר בערבות בנקאית שבה נאמר בסעיף 4 כי "ערבות זו תיכנס לתוקף בתאריך הנקוב בראשה ותעמוד בתוקפה עד ליום 04.07.2012". דא עקא, שהתאריך אשר הופיע בראשו של כתב הערבות היה 29.12.2012, שהוא תאריך מאוחר למועד פקיעת תוקפה של הערבות עצמה. ועדת

המכרזים קבעה כי מדובר בפגם מהותי ופסלה את ההצעה, ואילו בית המשפט לעניינים מנהליים החליט לקבל את העתירה ולהכשיר את כתב הערבות ואת ההצעה כולה.

בפסק דינו ציין השופט נ' סולברג כי בנק הפועלים, אשר הנפיק את כתב הערבות, הבהיר כי התאריך השגוי נכתב "מתוך טעות סופר" וכי הכוונה היתה לתאריך 29.02.2012, הוא יום הנפקת הערבות. השופט סולברג קבע, כי בנסיבות אלה, "הטעות הטכנית בתאריך שנרשם בראש המסמך הופכת את הערבות כולה לחסרת הגיון פנימי" (שם, בפסקה 6), וכי היה צורך בהבהרה מטעם המציע, בהתייחס לאותה טעות.

עוד נקבע, כי "הטעות אכן נלמדת מן הערבות עצמה", ולפיכך לא היה מקום לפסילה אוטומטית של הערבות, שכן "מסירת שיקול הדעת לבני אדם מלמדתנו מיניה וביה שאין מקום לגישה כל-כוללת כי לפגם בערבות אין תקנה" (שם, בפסקה 8).

לאור האמור, קבע השופט סולברג כי היה מקום להכשיר את הערבות וכי צדק בית המשפט לעניינים מנהליים בפסיקתו.

לעמדתו של השופט סולברג הצטרפו הנשיא א' גרוניס והשופטת א' חיות, אשר הוסיפה הערה כי "בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן ובעיקר בהינתן ההסכמות שהושגו בין בעלי הדין בעתירה הקודמת (הכוונה להסכמה להצגת מכתב ההבהרה של בנק הפועלים בפני ועדת המכרזים – א.ש.), אני מצטרפת לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג".

ומן הכלל אל הפרט

26. עתה, משסקרנו את פסיקתו העדכנית של בית משפט זה ועמדנו על גישתו הדווקנית והמצמצמת בהכשרת פגמים שנפלו בערבות בנקאית, שומה עלינו לבחון את השאלה, האם מדובר במקרה דנן באחד מהחריגים, או ליתר דיוק ב"חריג שבחריגים", המוביל לתוצאה כי לא היה מקום לפסול על הסף את הצעתה של המערערת.

נקודת המוצא, לבחינת הסוגייה שלפנינו, היא כי המערערת לא ידעה על דבר השינוי הנדרש בכתב הערבות, ולפיכך יש לצאת מתוך הנחה כי היא פעלה בתום לב, בכך שלא המירה את הערבות, אשר צורפה להצעתה, בערבות צמודת מדד.

אכן, המשיכה 1 טענה, בשפה רפה, כי היה למערערת אינטרס שלא להחליף את הערכות הבנקאית, דבר הכרוך בעלות כספית, בטרחה ובהשקעת מאמץ נוסף. ואולם, אין בידי לקבל טענה זו, שכן היא אינה עולה בקנה אחד עם ההגיון והשכל הישר, בעיקר משברור לכל בר-בי-רב מה עומד על כף המאזניים.

אין כל הגיון בטענה, לפיה המערערת קיבלה את ההודעה וידעה כי היא נדרשת להחליף את הערכות הבנקאית, אך לא עשתה כן, ביודעין ובכוונת מכוון, כדי לחסוך את הטרחה הכרוכה בהחלפת הערכות. כל מי שעיניו בראשו מבין כי הגשת ערכות בנקאית שאינה מתאימה, תביא לפסילה מניה וביה של ההצעה, ויש לזכור כי מדובר במכרז של מיליוני שקלים.

בהנחה כי המערערת לא ידעה על דבר השינוי הנדרש, ייתכנו, עדיין, שני מצבים אפשריים:

א. הודעת הדואר האלקטרוני לא הגיעה, מסיבה כזו או אחרת, לתיבת הדואר של המערערת, ולכן היא לא יכלה לדעת על כי המציעים נדרשים להחליף את הערכות הבנקאית.

ב. ההודעה נכנסה לתיבת הדואר האלקטרוני של המערערת, אך ביומיים שנותרו עד לתום מועד הגשת ההצעות לא נקראה ההודעה, ונותרה בתיבת הדואר כאבן שאין לה הופכין.

יש לבחון את המצב המשפטי בכל אחת משתי האפשרויות הנ"ל, בהינתן העובדה כי ההודעה שוגרה למציעים יומיים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות, מבלי שהמשיכה 2 ביקשה לקבל אישור מסירה (אלקטרוני או טלפוני) ומבלי שוידאה את דבר קבלת ההודעה.

דומה כי אין מחלוקת של ממש כי במצב הראשון, ובנסיבות המתוארות לעיל, לא היה מקום לפסול את הצעת המערערת, שכן הדרישה להחליף את הערכות הבנקאית לא הובאה, הלכה ולמעשה, לידיעתה של המערערת (השוו לעניין פרנקל). המשיכה 1 טענה, בהקשר זה, כי נקבע עובדתית על-ידי בית משפט קמא כי ההודעה נכנסה לתיבת הדואר של המערערת. ועוד נטען, כי המערערת לא עמדה בנטל הראייתי הרובץ על שכמה להוכיח את טענתה כי לא קיבלה את ההודעה, ולא הבהירה כיצד הדבר אפשרי מבחינה טכנית.

מעיון בפסק דינו של בית משפט קמא, נראה כי אין הוא כולל קביעה עובדתית, לפיה הודעת הדואר האלקטרוני נכנסה לתיבת הדואר של המערערת. אכן, בית המשפט העלה תהיות מסויימות באשר לטענתה של המערערת ובכלל זה תהה, כיצד המערערת קיבלה את ההודעות הקודמות בדואר האלקטרוני למעט הודעה זו?; כיצד כל יתר המציעים קיבלו את ההודעה מלבד המערערת?; וכיצד זה התקבלו באותו יום פרטי דואר אלקטרוני אחרים, כעולה מתדפיס פלט הדואר הנכנס בתיבת הדואר של המערערת?

ככל שמדובר בתהיות ממשיות, עדיין אין בכך משום קביעת ממצא, ובית משפט קמא לא ערך בירור עובדתי בנושא, כדרישת המערערת. מהצד האחר, עמדה בפני בית משפט קמא הצהרתו של מנכ"ל המערערת בועדת המכרזים, לפיה הודעת הדואר האלקטרוני לא התקבלה על-ידו, וכן הוגש תדפיס הדואר הנכנס ליום 23.10.2011, שאינו כולל את ההודעה המדוברת. לא הובאו כל תימוכין לטענתה של המשיבה 1 כי אפשר שהמערערת העלימה במכוון את דבר קבלתו של הדואר האלקטרוני מתיבת הדואר שלה.

בנסיבות אלה, היתה הצדקה, לטעמי, כי ועדת המכרזים תערוך בירור בנושא ערבותה הבנקאית של המערערת, כפי שנעשה בעניין רשות שדות התעופה, ולאחר אותו בירור נראה כי הועדה קיבלה החלטה סבירה ועניינית, בהתאם לסמכותה. לכך, יש לצרף את העובדה כי הודעה, כה חשובה ומהותית, נשלחה באמצעות הדואר האלקטרוני יומיים בלבד לפני תום המועד להגשת ההצעות. אכן, המשיבה 2 היתה רשאית להעביר הודעות, ובכלל זה לשנות מתנאי המכרז, בדרך של משלוח דואר אלקטרוני, ולא נאמר כי היא מחוייבת לוודא את דבר קבלת ההודעה.

ואולם, רשות ציבורית אינה יכולה להתנער מחובתה לפעול בהגינות ובסבירות, בטיפולה במכרזים ציבוריים, הן בשלב הכנת המכרז והן בשלב בחינת ההצעות למכרז (השוו לעע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות (28.2.2011) דברי השופט א' רובינשטיין, בפסקה ד' לחוות דעתו). חובותיה של רשות הפועלת במרחבי המשפט הפרטי, נובעות הן ממערכת העקרונות והכללים של המשפט המינהלי והן ממערכת דיני החוזים והטרם חוזים. לצד החובה החלה על רשות ציבורית לפעול בהגינות, סבירות ושוויון, חלה על רשות, בטיפולה במכרז ציבורי, החובה "לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" (כאמור בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973)). ויפים, לעניין זה, דברי השופט א' רובינשטיין, בצינו כי:

"נורמות המכרז הציבורי, שנקבעו בחקיקה ועוצבו בפסיקה, שואבות את חיותן מעקרונות המשפט המינהלי. על ועדת המכרזים, כגוף המנהל את המכרז בנאמנות בעבור הציבור כולו, לפעול בהגינות (מהותית ודיונית), ביושר, בשוויון, בסבירות, ללא שיקולים זרים או שרירות [...] 'בצד עקרונות המשפט הציבורי, חלים על המכרז עקרונות דיני החוזים' [...] לכך יש להוסיף את הטרום-חוזים כמערכת נורמטיבית משלימה [...] אחת התוצאות המשפטיות הנובעות מתחולת דיני החוזים על המכרז משתקפת בחלותם של דיני תום הלב על מהלכיו, ובכללם סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי). מובן כי חובת תום הלב שרירה וקיימת ממילא, כעקרון יסוד במשפט המינהלי, לפיו הרשות המינהלית מחויבת בהגינות כלפי כולי" (עע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, בפסקאות ח' ו-ט' (16.1.2007), וראו האסמכתאות שם).

דומה, כי במקרה דנן, היה זה מחובתה של המשיבה 2, בשים לב לסד הזמנים הקצר, לוודא כי כל המציעים קיבלו את ההודעה, וכי הם מודעים לצורך בהחלפת הערבות הבנקאית. חובה זו מבוססת, הן על עקרונות המשפט הציבורי והן על חובת תום הלב, החלה במשפט הפרטי.

אינני רואה צורך להביע דעה בשאלה האם חובה זו חלה בכל נקודת זמן מאז פרסום המכרז, או שמא יש לצמצם את תחולה לימים האחרונים, לפני המועד הסופי להגשת ההצעות. בענייננו, מדובר, כאמור, בפרק זמן קצר ביותר, והיה על המשיבה 2 לקחת בחשבון את האפשרות כי הודעה כה חשובה ועקרונית לא תגיע לתעודתה.

27. המשיבה 1 טענה בנוסף, כי המערערת היתה צריכה לצפות את האפשרות כי תידרש להמציא ערבות צמודה, לנוכח האמור בסעיף 8.3 לתנאי המכרז. בית משפט קמא אימץ עמדה זו (סעיף 9 לפסק דינו) בציינו כי "שינוי נוסח הערבות היה צפוי, מאחר וסעיף 8 למכרז קבע כי יש להצמיד את הערבות למדד ותנאי זה הינו תנאי מהותי, כך שהשמטת ההצמדה למדד מכתב הערבות שצורף למכרז צריכה הייתה לעורר תמיהה".

סבורני, כי אין באמור בסעיף 8.3 לתנאי המכרז כל אינדיקציה לכך כי צפוי שינוי בנוסח הערבות הבנקאית. כל מטרתו של סעיף זה היא להבהיר, על דרך הכלל, מהם "תנאים מהותיים" בערבות הבנקאית. מכאן אין להסיק כי בכל ערבות בנקאית תידרש הצמדה למדד, כאשר הובהר כי אין לסטות, כהוא זה, מהנוסח שצורף לתנאי המכרז.

בנסיבות אלה, לא היו המציעים מחוייבים לעמוד על המשמר, שמא ידרשו בכל רגע נתון להחליף את הערבות הבנקאית.

כמו כן, אינני סבור כי "קיימת סתירה בין סעיף 8.3 לגבי ההצמדה למדד של הערבות הבנקאית, לבין נוסח הערבות הבנקאית שצורפה", כגישת בית משפט קמא. כאמור לעיל, סעיף 8.3 אינו דורש, באורח קונקרטי, כי תומצא ערבות בנקאית צמודה, אלא שהוא מגדיר, באופן כללי, מה ייחשב כתנאי מהותי.

28. סבורני, כי בנסיבות המיוחדות דנן, הכשרת הצעתה של המערערת, תוך מתן האפשרות להחליף את הערבות הבנקאית, אינה פוגעת, בעקרון השוויון ובטוהר המידות, ויש בה כדי להעניק הזדמנות שווה לכל המציעים.

29. יצוין, כי אינני רואה צורך להביע דעה נחרצת לגבי התוצאה בערעור, לו סברתי כי הודעת הדואר האלקטרוני נכנסה לתיבת הדואר של המערערת אך לא נפתחה, מסיבה זו או אחרת. הנני נוטה לדעה כי גם במקרה מעין זה, ניתן היה להכשיר את הצעתה של המערערת בשל העובדה כי ההודעה נמסרה בטווח של יומיים, טרם הנעל המכרז, מבלי שהמשיבה 2 עשתה את המינימום המתחייב, בנסיבות אלה, לוודא כי ההודעה התקבלה על-ידי כלל המציעים.

30. לאור האמור, אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהורות על זכייתה של המערערת במכרז.

עוד אציע לחייב את המשיבה 1 בהוצאות המערערת בסכום של 40,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

1. אני מצטרף למסקנה אליה הגיע חברי השופט א' שהם, לפיה לא היה מקום לפסול את הצעת המערערת ולפיכך דין הערעור להתקבל. מצאתי לנכון להוסיף מספר מילים, שכן אני מגיע למסקנה האמורה נוכח הפגם שנפל בהודעת המשיבה 2 (להלן: העירייה) ותוצאותיו, ואיני סבור שלפנינו סוגיה של פגם בערבות ונפקותו.

2. השופט א' שהם סקר בהרחבה את ההלכות שעניינן סוגית הערכות הבנקאית שמציע נדרש לצרף להצעה אותה הוא מגיש במסגרת מכרז, ובכלל זה ההלכות שבגדרן ראה בית משפט זה לנכון שלא לפסול הצעה על אף פגם שנפל בערכות, תוך עמידה על הגישה "הדווקנית והמצמצמת" העולה מהפסיקה. אלא שלהשקפתי, בענייננו השאלה המרכזית אינה כיצד לנהוג במציע שצירף להצעתו ערכות פגומה והאם על אף הפגם ניתן שלא לפסול את הצעתו. כפי שיפורט להלן, עמדתי היא שהצעת המערערת אינה פגומה כלל, שכן נפל פגם בהודעה שנשלחה למשתתפים במכרז לעניין שינוי תנאי הערכות אותה היה על המתמודדים לצרף להצעתם. המערערת טוענת, ובעניין זה לא נקבע ממצא שסותר טענה זו, כי היא לא קיבלה את הודעת העירייה בדבר שינוי נוסח הערכות הבנקאית שיש לצרף להצעה. זו גם נקודת המוצא לדיון שערך השופט א' שהם (פסקה 26 לחוות דעתו). כלומר, מבחינת המערערת, הערכות אותה היא צרפה להצעתה לא הייתה נגועה בפגם כלשהו ונוסחה ענה בדיוק על הנדרש במסמכי המכרז שבידיה.

השאלה המרכזית, לטעמי, היא, האם נוסח הערכות שנדרשה על-פי הודעת העירייה מיום 23.10.2011 (להלן: ההודעה) מחייב את המערערת, אם לאו. שהרי ברי שאם ייקבע שהנוסח האמור מחייב, נפל פגם בהצעת המערערת ואין מדובר בפגם שניתן להתגבר עליו ולהכשיר את ההצעה.

התשובה לשאלה, האם האמור בהודעה מחייב את המערערת, קשורה בהוראת סעיף 15.4 לתנאי המכרז, שלפיה "שינויים, תיקונים והבהרות" ניתן להביא לידיעת "רוכשי המכרז" (ובהם המערערת) גם בדואר אלקטרוני. על יסוד הוראה זו, ההודעה נשלחה על-ידי העירייה בדואר אלקטרוני לכל המתמודדים הפוטנציאליים, ובהם המערערת. האם לא די בכך כדי ליצור הנחה שלפיה מוחזקת המערערת כיודעת את תוכן ההודעה, ובכלל זה השינוי בנוסח הערכות הבנקאית, שכן ההודעה נמסרה לה באחת מהדרכים שנקבעו בתנאי המכרז, דרכים שהמערערת נחשבת כמסכימה להם? בית משפט קמא הנכבד ענה בחיוב לשאלה האמורה. עמדתי בעניין זה שונה.

3. דין הוא, שיש לבצע חיוב מחיובי החוזה בתום לב ובדרך מקובלת (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). לכאורה, לא נפל כל פגם בהתנהלות העירייה עת העבירה את ההודעה למציעים הפוטנציאליים, שכן היא פעלה בגדרה של הוראת סעיף 15.4 לתנאי המכרז. אלא שבנסיבות המקרה, לא היה די בכך ולא ניתן לראות במערערת כמוחזקת שקיבלה את ההודעה רק משום שזו הועברה אליה על-פי לשונה של הוראת סעיף 15.4 הנ"ל. חובת תום הלב כוללת את החובה לנהוג על-פי "רוח" ההוראה החוזית אף אם יש בכך חריגה מלשונה של ההוראה כפשוטה (ובענייננו

אין מדובר ב"חריגה" מההוראה שבתנאי המכרז, אלא יותר באי הסתפקות בהתנהגות על-פי לשון הכתוב ובחובה לנהוג "מעבר לנדרש". עמד על כך בית משפט זה מפי השופט (כתוארו אז) מ' אלון בע"א 391/80 לטרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 263 (1984):

"עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשיית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמאליות, שבהן הוא נוסח ... עקרון תום הלב בא להורות על ביצוע החיובים הקבועים בדיני החוזים ביושר לב, לפי רוחו של החיוב ולא לפי האותיות היבשות שבהן הוא מנוסח, ואין הוא בא לשמש מסד לבניית מערכת חיובים וזכויות, שזכרם לא בא בדיני החוזים".

לעניין זה ראו עוד: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג' 337 - 338 (2003).

עקרון תום הלב מחייב את הצדדים לחוזה לפעול בדרך שתביא להגשמת החוזה ומטרותיו, ובכלל זה לשתף פעולה כדי להגשים את הציפיות הסבירות של הצד האחר לחוזה. הקפדה דווקנית על לשון החוזה, מקום שיש בכך כדי להכשיל את הגשמת החוזה, עלולה להיחשב כקיום החוזה בחוסר תום לב (ראו האמור בע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ (9.8.2010), פסקה 36 לפסק דינו של השופט י' דנציגר, והאסמכתאות שם).

החובה האמורה חלה גם על רשויות ציבוריות, הן מכוח המשפט הפרטי והן מכוח המשפט הציבורי ("הדואליות הנורמטיבית"), ויש בקיומם של שני מקורות לחובה כדי להדגישה ולהעצימה כשמדובר ברשות ציבורית.

4. במקרה דנא לא היה מקום להסתפק במשלוח ההודעה באמצעות דואר אלקטרוני מבלי לוודא קבלתה. זאת, נוכח צירופם יחד של שני נתונים בעלי משקל מיוחד: האחד, תוכן ההודעה, המתייחס לנושא רב חשיבות שמצופה מהמציע להקפיד לגביו במיוחד ושעלול לפסול את הצעתו אם לא ייעשה כן; השני, מועד משלוח ההודעה, יומיים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות למכרז. המשקל המצטבר של שני הנתונים האמורים מביא לכך שקיום החובות המוטלות על העירייה, במסגרת האפשרות ששמרה לעצמה בתנאי המכרז להודיע על שינויים בתנאיו, בדרך מקובלת

ובתום לב, מחייב לוודא שכל הנמנעים קיבלו את ההודעה. משהדבר לא נעשה, נפל פגם בדרך שבה העירייה התיימרה להביא לידיעת "רוכשי המכרז" את השינוי הנוגע לתנאי הערכות. המערערת הייתה רשאית לפעול על-פי האמור במסמכי המכרז המקוריים, ולא ניתן לזקוף לחובתה את העובדה שלא פעלה על-פי האמור בהודעה.

כך, למשל, על-פי סעיף 15.4 הנ"ל, ניתן להודיע למשתתפים על שינוי בתנאי המכרז גם בדואר. נדמה כי איש לא יעלה על דעתו שהעירייה תצא ידי חובתה אם תשלח בדואר הודעה על שינויים יומיים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות, אף כי אפשרות זו נתונה לה על-פי לשון ההוראה כפשוטה.

מכאן, שהפעלתה של הזכות להודיע על שינויים חייבת, בכל מקרה, להיעשות באופן שיביא בחשבון את הנסיבות הקונקרטיות, ובהן תוכן ההודעה (האם מדובר בנושא טכני או מהותי וכו') ומועד מסירתה ביחס ללוח הזמנים של הליך המכרז כולו.

יצוין, כי לרשות בעל המכרז, הקובע כי ניתן להעביר הודעות לרוכשי המכרז באמצעות דואר אלקטרוני, עומדים כיום אמצעים טכניים פשוטים כדי לוודא קבלת הודעותיו, כגון הוספתה להודעה של דרישה לאישור קבלה. ראוי כי, ככלל, ונוכח הנגישות הרבה לאותם אמצעים טכניים, ייעשה בהם שימוש ובכך תימנענה תקלות כגון התקלה שנגרמה במקרה דנא.

אוסף, כי, בצד האמור לעיל, ומעבר לדרוש, יש אף אפשרות לקרוא להוראת סעיף 15.4 הנ"ל את החובה לוודא קבלת ההודעה. סעיף זה מדבר על כך שהעירייה נדרשת "להביא לידיעת" המשתתפים שינויים בתנאי המכרז, וזאת היא יכולה לעשות, בין היתר, באמצעות דואר אלקטרוני. השימוש במונח "להביא לידיעת", ולא רק במונחים שעניינם טכניקת מסירת הודעות, כפי שנעשה לעיתים, מצביע על כך שלא מדובר רק בקביעת המנגנון הנוגע לטכניקה של משלוח ההודעה, אלא במנגנון שבאמצעותו על העירייה "להביא לידיעת" המשתתפים את דבר השינויים, התיקונים וההבהרות, באופן שהם יידעו עליהם בפועל. ניסוח זה מחזק את המסקנה שלא מדובר ב"חזקת ידיעה", שכדי שתקום די לבצע מסירה בדרך מסוימת (דואר אלקטרוני, דואר רגיל וכו'), אלא צריך לגרום לכך שהמידע יגיע בפועל ליעדו.

5. נוכח האמור, אני סבור שלא נפל פגם בהצעתה של המערערת ולכן לא היה מקום לבטל את זכייתה במכרז. כאמור, מסקנה זו מבוססת על הקביעה שנפל פגם באופן העברת ההודעה למתמודדים הפוטנציאליים ועל כן לא השתכלל השינוי בתנאי

המכרז שהעירייה ביקשה לבצע. משמעות הקביעה הנ"ל היא, שההוראה המחייבת את המערערת היא זו שעמדה בתוקף לפני משלוח ההודעה, הודעה שאין לה נפקות ביחסים שבין העירייה לבין המערערת. התנהלותה הלקויה של העירייה יצרה מצב שכלפי חלק מהמציעים נוסח הערבות היה על-פי האמור בהודעה, בעוד שמבחינת המערערת נוסח הערבות הוא הנוסח המקורי. בכך גרמה העירייה (ולא מי מהמתמודדים במכרז) לתקלה. נוצר מצב שהמציעים שקיבלו את ההודעה ופעלו על-פיה הגישו ערבות צמודה. מאידך, המערערת, שלא קיבלה את ההודעה, הייתה רשאית (ולמעשה אף חייבת, על-פי ההלכה שגם ערבות מיטיבה היא פגומה) לצרף להצעתה ערבות שאינה צמודה. הצעתה זו של המערערת לא הייתה פגומה, ועל כן לא הייתה כל עילה למנוע ממנה לזכות במכרז.

6. על יסוד האמור לעיל, אני מסכים שדין הערעור להתקבל, באופן שנבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ונורה על זכיית המערערת במכרז. עם זאת, איני סבור שיש מקום לחייב רק את המשיבה 1 בהוצאות המערערת, שכן התקלה נוצרה כתוצאה מהילוכה הלא תקין של העירייה, מה שגרר אחריו את ההתדיינות המשפטית. אציע, אפוא, לחייב הן את המשיבה 1 והן את העירייה בשכר טרחת עורך דינה של המערערת, בשתי הערכאות, באופן שכל אחת מהן תשלם למערערת סך של 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. אני מצטרפת למסקנתם של חבריי לפיה לא היה מקום לפסול את הצעת המערערת ודין הערעור להתקבל במובן זה שהמערערת תוכרז כזוכה במכרז.

2. לעניין הדרך אל המסקנה האמורה – דרכי היא כדרכו של חברי השופט צ' זילברטל. כפי שעולה מהסקירה המקיפה שערך חברי השופט א' שהם, עמדתי שלי היא כי יש להחמיר בנושא פגמים בערבות. לשיטתי – גם ערבות מיטיבה היא פגומה. על פי תנאי המכרז המקורי, שהם ורק הם היו ידועים למערערת, הצעתה לא הייתה פגומה. לפי תנאי המכרז אסור היה למערערת להוסיף הצמדה. אילו עשתה כן הייתה זו ערבות מיטיבה, שכאמור אף היא אסורה. הפגם שנפל – אצל העירייה נפל, הכל כפי שהראה חברי השופט צ' זילברטל, ובפרט בשל העיתוי הסמוך למכרז בו שונו תנאי הערבות

בלי לוודא שמשנתפי המכרז ידעו על השינוי. דווקא מסירת הודעות בדואר אלקטרוני מאפשרת לקבל, בדרך פשוטה, אישור על קבלת ההודעה, וכדאי שעורכי מכרזים יקפידו על כך. כך תמנענה תקלות כמו זו שארעה כאן.

גם לעניין ההוצאות אני מצטרפת להצעתו של השופט צ' זילברטל.

המשנה לנשיא

100 דבר

הוחלט פה אחד לקבל את הערעור במובן זה שהמערערת תוכרז כזוכה במכרז.

הוחלט ברוב דעות לחייב את המשיבות בתשלום הוצאות למערערת בסך 30,000 ₪ כל אחת.

ניתנה היום, ד' באדר התשע"ג (14.2.2013).

שופט

שופט

המשנה לנשיא