



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"מ 5409/18

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופט א' שטיין

המערערים: 1. רשות מקרקעי ישראל
2. משרד הכלכלה

נגד

המשיב: מוחמד סלימאן

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי נצרת בעת"ם
17415-05-18 מיום 31.05.2018 שניתן על-ידי השופט א'
קולה

תאריך הישיבה: כ"ט בחשוון התשע"ח (7.11.2018)
בשם המערערים: עו"ד רנאד עיד

בשם המשיב: עו"ד נחום פישנהנדלר

פסק-דין

השופט א' שטיין:

1. לפנינו ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי נצרת בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים בעת"מ 17415-05-18 (השופט א' קולה), אשר ביטל את החלטת ועדת המכרזים של המערערת 1 – רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י או הרשות) – לבטל את זכייתו של המשיב במכרז צפ/100/2017, שפורסם על-ידי המערערים, והצהיר כי הזכייה בעינה עומדת.

העובדות

2. ביום 8.6.2017 פרסמה רמ"י את מכרז צפ/100/2017 לחכירת שני מגרשים באזור תעשייה ציפורית-נצרת עלית בייעוד מעורב א' – מבני ציבור ומסחר, לפי תכנית ג/בת/125 (להלן: המכרז). המשיב הגיש טופס הצעה למכרז בו ביקש לחכור את אחד המגרשים תמורת סך של 5,300,000 ₪ בתוספת מע"מ (6,201,000 ₪ כולל מע"מ). בהתאם לתנאי המכרז, להצעה צורפה ערבות בנקאית בסך של 711,000 ₪. ביום 10.9.2017, ועדת המכרזים הכריזה על המשיב כזוכה במכרז. בהתאם לכך, ולאחר מימוש הערבות, הנפיקה רמ"י למשיב שובר לתשלום של יתרת דמי החכירה עבור המגרש, אשר עמדה על סך של 5,490,000 ₪. לפי תנאי המכרז, המשיב נדרש לשלם סכום זה עד יום 10.12.2017.

3. ביום 5.12.2017, שילם המשיב למערער 2 את הוצאות הפיתוח עבור המגרש בסך של 7,134,252 ₪. ביום 7.12.2017, שילם המשיב לרמ"י סכום של 4,770,000 ₪. לאחר תשלום זה, נשאר המשיב חייב לשלם לרמ"י בעד המגרש את יתרת דמי החכירה בסך של 720,000 ₪. המשיב שילם סכום זה לרמ"י רק ביום 14.12.2017: ארבעה ימים לאחר חלוף המועד האחרון שנקבע לתשלומו בתנאי המכרז (10.12.2017). המשיב פנה למערערת 1 במכתב בו ביקש להסביר את האיחור בתשלום כטעות בתום לב. המערערת 1 העבירה את פנייתו לדיון בפני ועדת המכרזים (להלן: הועדה). במכתביו לוועדה, העלה המשיב גרסאות שונות בנוגע לסיבות האיחור. ראשית, טען המשיב כי הוא סבר שיש לשלם את המע"מ בתאריך הקבוע בחוק להגשת דו"חות מע"מ (15 לחודש קלנדררי) ולא במועד תשלום התמורה בעד המגרש, ועל כן הוא שילם את התמורה ללא תוספת מע"מ (ראו מש/5, מכתבו של המשיב מיום 14.12.2018). בהמשך, טען המשיב כי הסיבה לאיחור נעוצה בבנק שביצע את ההעברה הבנקאית למערערת 1. לדברי המשיב, הבנק לקח בחשבון, בשגגה, את סכום הערבות שמומשה כאמור לעיל והפחיתו מהסכום הכולל אשר נתבקש להעביר למערערת 1 (ראו מש/8, מכתבו של המשיב מיום 10.1.2018).

4. ביום 25.2.2018, קבעה ועדת המכרזים כי זכייתו של המשיב במכרז בטלה מאחר שהלה לא שילם את מלוא התמורה בעד המגרש במועד שנקבע לכך בתנאי המכרז. החלטה זו התבססה על האמור בסעיף 3.1.1. לתנאי המכרז אשר קבע כי "סכומי ומועדי התשלום עבור הקרקע [...] הינם, בין היתר, תנאים יסודיים למימוש הזכייה במכרז זה והם יחולו על אף האמור בכל מקום אחר במסמכי המכרז, ובמקרה של איחור כלשהו תהיה הזכייה במכרז בטלה ומבוטלת" (ההדגשות הוספו – א.ש.). הוועדה הסתמכה גם על סעיף 3.1.2. לתנאי המכרז אשר קבע כי "חווה החכירה ייחתם

עם הזוכה אך ורק לאחר שהזוכה יעמוד בכל תנאי חוברת המכרז [...] ובכללם תשלום מלוא התמורה בגין הקרקע [...]” (ראו מ/ש/2, הוראות המכרז).

5. המשיב פנה לוועדה בבקשה לשנות את החלטתה וזו השיבה את פניו ריקם. המשיב לא אמר נואש ועתר נגד ההחלטה לבית המשפט המחוזי נצרת בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים. בד-בבד, ביקש המשיב מבית המשפט צו מניעה זמני האוסר על המערערים לעשות כל פעולה שתסכל את זכייתו במכרז ובית המשפט נענה לבקשה.

פסק דינו של בית משפט קמא

6. לאחר דיון, קיבל בית משפט קמא את העתירה והעניק למשיב את מבוקשו למרות שהלה לא היה זכאי להיבנות מהחריג לכלל התשלום במועד אשר נקבע בעע”מ 7256/08 שריקי נ’ מינהל מקרקעי ישראל מחוז ירושלים (30.6.2009) (להלן: הלכת שריקי). לפי חריג זה, רשות שלטונית, בכושרה כבעלת המכרז, איננה רשאית למנוע מהזוכה במכרז את זכייתו בשל איחורו בתשלום או בהפקדה של סכום כסף אם האיחור נבע מטעות שהרשות תרמה לה על ידי מסירת מידע לא מדויק או מטעה לזוכה תם-הלב. בית משפט קמא קבע כי חריג זה איננו חל על המשיב מאחר שרמ”י לא הציגה בפניו מצג בלתי מדויק ועל כן לא ניתן להאשימה, ולו במקצת, בתקלה שקרתה. חרף זאת, בית המשפט קבע כי מדובר בטעות טכנית מצד המשיב, שכאמור איחר לשלם לרמ”י סכום קטן יחסית: 5% מסך התמורה שהיה עליו לשלם בעד המגרש – וזאת לאחר שהמשיב כבר הפקיד בידי רמ”י, בהתאם לתנאי המכרז, 95% מהתמורה וגם שילם למערער 2, משרד הכלכלה, סכום נכבד עבור הוצאות הפיתוח. בקבעו כך, בית משפט קמא התבסס על פסק הדין שניתן בעת”מ (חי’) 11693-01-12 גולדווין נ’ מינהל מקרקעי ישראל חיפה (9.9.2012) (להלן: עניין גולדווין), אשר השאיר את זכיית העותר במכרז על כנה למרות האיחור בתשלום. כמו כן קבע בית משפט קמא, כי העמידה הדווקנית של ועדת המכרזים על מועדי התשלום חרף מכתבו של הבנק ולקחת האחריות לקרות התקלה חורגת ממתחם הסבירות, שכן אין בהתנהלותו של המשיב פגיעה בעיקרון השוויון בהליכי המכרז. בית המשפט הוסיף וקבע, כי נוכח תום הלב של המשיב, הנזק הבלתי הפיך אשר עלול להיגרם לו כתוצאה מביטול זכייתו במכרז, ושאר נסיבות המקרה, היה מקום לנקוט כלפיו בגישה “עניינית ומקלה”.

מכאן הערעור.

הערעור

7. ביום 15.7.2018, הגישו המערערים לבית משפט זה את ערעורם על פסק הדין קמא. בד-בבד, ביקשו המערערים לעכב את ביצועו של פסק-הדין ולהשהות את מימוש זכייתו של המשיב במכרז עד להכרעה בערעור. ביום 7.8.2018, קיבל בית משפט זה (השופטת י' וילנר) את הבקשה באומרו כי "לא ניתן לומר שסיכויי הערעור קלושים" וכי מאזן הנוחות הכולל מצדיק את עיכוב הביצוע המבוקש עד להכרעה בערעור, בכפוף לכך שהמערערים יקפידו את המצב הקיים באופן שיאפשר למשיב לממש את זכייתו במכרז אם הערעור יידחה.

טענות המערערים

8. המערערים טוענים, כי בית משפט קמא שגה כאשר התערב בשיקול דעתה המקצועי של ועדת המכרזים ללא עילת התערבות המוכרת בדין. המערערים מוסיפים וטוענים, כי קביעת בית המשפט מהווה סטייה מההלכה הברורה של בית משפט זה אשר קבעה כי כל איחור בתשלום מצד הזוכה במכרז מהווה פגם מהותי בניהול המכרז אשר פוגע בשוויון כלפי מציעים בפועל ומציעים פוטנציאליים, ואינו ניתן לתיקון אחרי המעשה גם כאשר מדובר בטעות בתום לב. זאת ועוד: לטענת המערערים, המשיב מנוע מלטעון כי האיחור בתשלום הינו, כביכול, תקלה טכנית ואינו בגדר פגם מהותי, שכן תנאי המכרז קבעו ב"רחל בתך הקטנה" כי עמידה מדוקדקת במועדי התשלום מהווה תנאי יסודי להשתתפות במכרז שהפרתו תוביל לביטול הזכייה. המערערים סבורים על כן, כי הכשרת זכייתו של המשיב במכרז למרות אי-עמידתו בתנאיו המפורשים והיסודיים, משמעה העדפתו על פני משתתפים אחרים והפרת עיקרון השוויון. כמו כן סבורים המערערים, כי לא היה מקום ללמוד מפסק הדין בעניין גולדווין לענייננו מכיוון שמדובר בפסק דין של בית משפט מחוזי אשר לא קבע – וממילא לא יכול היה לקבוע – הלכה מחייבת; מכיוון שפסק דין זה לא עולה בקנה אחד עם הכלל הברור בדבר ביטול הזכייה במכרז עקב איחור בתשלום, אשר נקבע על ידי בית משפט זה; ומכיוון שהנסיבות החריגות שלפי הלכת שריקי מצדיקות את הפעלת החריג לכלל האמור אינן מתקיימות במקרה שלפנינו.

9. בנוסף, טוענים המערערים כי ההסברים שסיפק המשיב לאיחור בתשלום מכילים סתירות פנימיות ועומדים בניגוד לעובדות מוכחות. לטענתם, המשיב ממילא אינו יכול להתלות בטעות של הבנק ואין בהסבריו השונים כדי להצדיק חריגה מהכלל הברור בנוגע לאיחור בתשלום שלאחר זכייה במכרז. לטענתם, הלכת שריקי הגבילה את עצמה לנסיבות ספציפיות וייחודיות תוך הבעת חשש מהגמשה וריכוך של עיקרון

השוויון במכרזים ותוך הבהרה כי אפילו טעות בתום לב מצד הזוכה לא תצדיק את הגמשת הכלל בדבר ביטול הזכייה.

טענות המשיב

10. המשיב, מצדו, מבקש כי נאמץ את קביעותיו ואת מסקנותיו של בית משפט קמא. הוא סבור כי התנהלותו לא פגעה במציעים האחרים, שכן הוא לא קיבל כל הטבה חריגה מצד רמ"י והותרת זכייתו בעינה לא תפגע בעיקרון השוויון. לטענתו, הפגם שנפל אירע בשלב של "מימוש הזכייה" אשר נשלט על ידי דיני חוזים, בשונה משלב "בחירת המציע" הנשלט על ידי דיני מכרזים; ועל כן יש לבחון את המקרה בהסתכלות חוזית מקלה יותר, אשר מבכרת את המהות על פני הפרוצדורה. הסתכלות זו אמורה לקחת בחשבון את העובדה שהמשיב סבר בתום לב כי הוא מקדים את מועד התשלום כאשר שילם לרמ"י את רוב הסכום הדרוש ביום 7.12.2018. לדברי המשיב, אילו המערערים היו בודקים באופן מידי את סכום התשלום שקיבלו ממנו והיו מודיעים לו על החסר, אין ספק כי היה משלם לרמ"י את הסכום המלא מיד וללא כל איחור.

11. המשיב מוסיף וטוען, כי המכרז נוהל ותוכנן באופן רשלני ולכן יש להחיל את הרציונל העומד מאחורי פסק הדין בעניין גולדווין, ודוק: מועד התשלום חל ביום ראשון שאינו יום עסקים בנקאי, כך שלא ניתן היה לפרוע את הסכום במועד הקבוע לתשלום; בחוברת תנאי המכרז נמצאו סתירות וחסרו מספר סעיפים הנוגעים לריפוי פגמים ומועדים; ובפועל, רמ"י קבעה למציעים לוחות זמנים ארוכים מאלו שנקבעו במכרז, דבר אשר שלטענת המשיב יצר את המצע לבלבול אצלו (ואצל יתר המשתתפים במכרז). המשיב גם הלין על כך שלא נערך לו שימוע בהתאם לתקנה 16 ב(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות המכרזים), שכן, לדבריו, המכתבים שהחליף עם רמ"י אינם מהווים תחליף ראוי לשימוע. עוד טוען המשיב, כי המערערים הפרו את חובת תום הלב המוגברת אשר חלה עליהם מכוח דיני החוזים. לפי דבריו, ביטול זכייתו במכרז תגרום לו נזקים כבדים, ודוק: דמי הפיתוח בסך של 7,134,252 ₪ יוחזרו אליו רק לאחר הכרזה על זוכה חדש במכרז עם אפשרות של הפחתת קנס בשיעור של 10% הכספים ששילם לרמ"י מעוכבים בידיה כבר קרוב לשנה, דבר שפוגע ביכולתו לקבל אשראי בנקאי ולנהל עסקים; ולכל אלה מתווסף החשש של הסתבכות ההליך שהמשיב עתיד לקיים מול רשויות מיסוי מקרקעין. מכל הטעמים הללו, מבקש המשיב כי נאשר את פסק דינו של בית משפט קמא ונותיר את זכייתו במכרז בעינה.

דיון והכרעה

12. מהטעמים שיפורטו להלן, סבורני כי דין הערעור להתקבל.

13. השאלה שעומדת להכרעה בענייננו אינה אלא זו: האם הפגם שנפל בהתנהלות המשיב, אשר איחר בארבעה ימים באחד התשלומים שהיה עליו לשלם לרמ"י בעקבות זכייתו במכרז – כאשר הוא פועל בתום לב – מהווה תקלה טכנית או פגם מהותי אשר מחייב את ביטול זכייתו במכרז?

14. טענה זו יש לבחון על רקע הכלל היסודי אשר קבע זה מכבר כי התערבות בית המשפט בשיקול דעתן של ועדות מכרזים הינה מוגבלת מעיקרה, שכן בית משפט לעניינים מינהליים איננו יושב כ"ועדת מכרזים עליונה" או כערכאת ערעור על החלטתה של ועדת המכרזים, והוא איננו נכנס לנעליה של הרשות ומחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו – גם כאשר הינו סבור כי אפשר היה להגיע לתוצאה שונה. בית המשפט אמור לבדוק האם החלטת הוועדה התקבלה כדין, משיקולים ענייניים ואיננה לוקה בחוסר סבירות קיצוני. בפרט, בית המשפט אמור לוודא שבהחלטת הוועדה אין סטייה מהותית מכללי היסוד של דיני המכרזים (ראו ע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה, פסקה 11 (18.1.2009); ע"א 4964/92 נשיץ נ' עשת, פ"ד נ(3) 762, פסקה 9 (1996); ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 883, פסקאות 12-13 (2003); ע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, פסקה 7 (2003); ע"מ 1847/06 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר החשב הכללי, פסקה 6 (25.4.2007); ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), פסקה 37 (11.2.2008); בג"ץ 161/80 מלון סן טרופז בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 709, 711 (1980) (להלן: עניין מלון סן טרופז); וכן עומר דקל מכרזים כרך שני 396-393 (2006) (להלן: דקל, כרך שני)).

15. תקנה 20(ד) לתקנות המכרזים מסמיכה את הרשות לפסול הצעה שנפל בה פגם. בהקשר זה, בית משפט זה מבחין בין פגם שהוא טכני גרידא לבין פגם מהותי בהליך המכרז אשר פוגע בתחרות הוגנת בין משתתפיו ובעיקרון השוויון, שהוא עיקרון יסודי של דיני המכרזים. בעוד שפגם טכני ניתן לתיקון ועל פי רוב מן הראוי לתקנו, פגם מהותי מביא ברגיל לבטלות ההצעה ואפשרות לתקנו איננה קיימת אלא במקרים חריגים (ראו בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505 (1976); בג"ץ 751/89 א. לוי קבלני בנין בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מד(2) 441 (1990); בג"ץ

47/68 א' שרמן ובנו, 1954 בע"מ, חברה פרטית נ' שר העבודה, פ"ד כב(1) 496 (1968);
 וכן בג"ץ 649/79 מיכון בנין בע"מ, חברה רשומה בישראל נ' משרד הביטחון, מינהל
 ההכשרה והייצור, פ"ד לד(2) 113 (1979).

16. הוא הדין לגבי התנהלות הזוכה במכרז: פגם מהותי בהתנהלותו, אשר מהווה
 הפרה של תנאי מתנאי המכרז, מביא ברגיל לביטול זכייתו. בהתאם לכך, ועדת
 המכרזים רשאית – ועל פי רוב, גם חייבת – לבטל את זכייתו כדי לקיים את תנאי
 המכרז כהלכתם ולשמור בקפדנות על השוויון בין משתתפי המכרז. הלכה עמנו היא, כי
 לאבחנה בין בחירת הזוכה לבין מימוש הזכייה במכרז אין נפקות. השלב של מימוש
 הזכייה אכן מנוהל על ידי דיני חוזים, אולם בניגוד לעמדת המשיב, הוא מוסיף להיות
 נשלט גם על ידי דיני מכרזים וכפועל יוצא מכך על ידי תנאי המכרז אשר מהווים חלק
 אינטגרלי מהחווה שבין הרשות לזוכה (ראו ע"א 9347/01 וייספיש נ' מינהל מקרקעי
 ישראל, פ"ד נז(5) 241, פסקה 6 (2003) (להלן: עניין וייספיש); וכן גבריאלה שלו חוזים
 ומכרזים של הרשות הציבורית 164-165 (1999) (להלן: שלו)).

17. כבואנו לבחון את החלטת הוועדה, עלינו לעמוד אפוא על טיבו של הפגם אשר
 נפל בהתנהלות המשיב. ככל שמדובר בפגם מהותי, תקצר ידנו מלסייע למשיב למרות
 שהלה פעל בתום לב וכוונותיו היו טובות. אלו הם הכללים של דיני מכרזים ועלינו
 לפסוק את הדין לפיהם בלבד.

איחור הזוכה במכרז בתשלום חלק קטן מהתמורה – האם מדובר בפגם מהותי?

18. השאלה מהו פגם מהותי בהתנהלות המציע או הזוכה במכרז איננה שאלה
 פשוטה. לעתים, הגבול בין פגם מהותי לתקלה טכנית הינו דק מאוד (ראו, למשל,
 ע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (16.1.2007) (להלן: עניין
 אחים כלאדי)). בהקשר זה, שנינו מפיו של הנשיא א' ברק כי:

"[...] פגם מהותי הוא פגם הפוגע באחד מעקרונות היסוד של
 דיני המכרזים, כגון עיקרון השוויון והתחרות ההוגנת, ואילו
 פגם שאינו מהותי הוא פגם שאין בו כדי להביא לפגיעה
 בעקרונות היסוד." (עניין מלון סן טרוֹפֶז, עמ' 711).

דברים אלה משקפים את ההלכה אשר נקוטה בידינו: הקו המפריד בין תקלה
 טכנית או תקלה דומה, הניתנת לתיקון, לבין פגם מהותי, אשר אינו בר-תיקון ואשר
 מביא בשל כך לפסילת ההצעה או הזכייה, הוא עיקרון השוויון. הלכה זו סוכמה על ידי
 פרופ' עומר דקל במלים אלו:

“פגם מהותי הינו פגם המגלה כי המציע פעל שלא בתום לב, נהג בתכסיסנות או היה חלק מקנוניה; או פגם שתיקונו או ההבלגה עליו פוגעים בשוויון. הפגיעה בשוויון יכולה לבוא לידי ביטוי בפגיעה במציעים האחרים המשתתפים במכרז או בפגיעה במציעים פוטנציאליים, שאינם משתתפים במכרז.” (עומר דקל מכרזים כרך ראשון 556 (2004) (להלן: דקל, כרך ראשון)).

19. מעמדו של עיקרון השוויון במכרזים כעיקרון-על מסביר את חובתו של הזוכה במכרז לדייק ולדקדק עם מועדי התשלום לרשות. חובה זו מונחת ביסודו של הכלל אשר קובע כי יש להקפיד הקפדה יתרה על תנאי המכרז שקובעים את מועדי התשלום על ידי הזוכה ואין לאשר הארכות מועד לזוכים שאינם עומדים במועדי התשלום (ראו עניין וייספיש; עע”מ 5490/17 נווה שלום פרוייקטים ומסחר בע”מ נ’ רשות מקרקעי ישראל (14.6.2018); וכן שמואל הרציג דיני מכרזים כרך ג 319-329 (מהדורה שנייה, 2005)). על הזוכה במכרז לעמוד בדקדקנות בכל אחד ואחד מתנאי המכרז, ללא סייגים, שאם לא כן, לא יישמר השוויון שבינו לבין יתר המשתתפים במכרז. היטיבה לתאר זאת פרופ’ גבריאלה שלו בכתבה כך:

“לעיקרון השוויון ביטויים רבים בדיני המכרזים הציבוריים. עיקרון זה מלווה את ההתקשרות הציבורית מרגע שנוצר הצורך בעסקה ועד לביצוע חוזה הרשות עם מי שזכה במכרז [...] כלל יסודי בדיני המכרזים הוא כי בעל מכרז אינו רשאי לשנות את פרטי המכרז לאחר קבלת ההצעות. גם כלל זה נובע מהעדפת ערך השוויון על פני שיקולים מסחריים. לפיכך, כאשר תוך הליכי המכרז ולאחר הגשת ההצעות מבקש מציע לתקן את הצעתו, תישאל השאלה: האם הפגם או תיקונו עלולים להעניק יתרון בלתי הוגן למציע או להפר את עיקרון השוויון [...]” (שלו, עמ’ 164-165; ההדגשה הוספה – א.ש.).

20. כפי שכבר ציינתי, עיקרון השוויון אשר מחייב את הרשות השלטונית בגדרו של מכרז חל גם בשלב של מימוש הזכייה. כאשר סכומי התשלום ומועדיו מוגדרים כתנאי יסודי למימוש הזכייה, כבענייננו, הארכת מועד לביצוע התשלום לזוכה תהא פסולה מניה וביה, בהיותה פוגעת בעיקרון השוויון (ראו ע”א 1368/02 צמנטכל ב. קוטיק בע”מ נ’ מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ”ד נז(1) 516 (2002)). איחור בתשלום מצד הזוכה מהווה אפוא פגם מהותי בתנאי המכרז. פגם כאמור איננו בר-תיקון מאחר שתיקונו ישנה את תנאי המכרז בדיעבד, וכל “תיקון” כזה אינו אלא קלקול. לפיכך, על הרשות למצות עם המאחר את הדין בדרך של ביטול הזכייה. כלל זה הוסבר באופן קולע וחד-משמעי על ידי השופט א’ רובינשטיין (כתוארו אז):

"לתורת המכרזים יפה גישת בית שמאי. אין מנוס. שמירה קפדנית ודקדקנית על כללים ברורים ואחידים היא ערוכה לקיום העקרונות המהותיים של שוויון והגינות המכרז, להגברת אמון הציבור בשיטת המכרזים, למאמץ לנעילת דלתי השחיתות ולשינוי היחס המקל ראש, לעתים, בדרישות המכרז מצד חלק מהמציעים." (עניין אחים כלאדי, פסקה יד).

21. החריג האחד והיחיד לכלל האמור נקבע בפסק הדין בעניין שריקי. באותו מקרה, קבע בית משפט זה כי כאשר אשם מסוים בגין אי השלמת ההתקשרות במועד הקצוב רובץ גם על הרשות בעלת המכרז, חובת תום-הלב, אשר חלה על הרשות בכל מעשיה, יכול שתחייבה לראות בפעולתו המתאחרת של הזוכה פעולה שבוצעה במועדה. כפי ששנינו מדיני היושר, "Equity looks on that as done which ought to be done" (ראו (SNELL'S EQUITY 124, PARA.5-030 (32ND ED, 2010)).

22. לא זה המקרה שלפנינו. בתנאי המכרז שבו עסקינן נכתב במפורש כי "במידה וסכום הערבות שמומשה על ידי הרשות קטן מסכום התמורה, בתוספת מע"מ, יידרש הזוכה להשלים את יתרת התמורה, בתוספת מע"מ, וזאת תוך 60 יום מיום אישור ועדת המכרזים" (סעיף 3.2.1.2. לתנאי המכרז). הווה אומר: הדברים נכתבו שחור על גבי לבן. כמו כן, הסכום שהופיע בשובר התשלום הינו 4,490,000 ₪, תוך פירוט כי מתוך הסכום האמור 797,892 ₪ משולמים עבור מע"מ. פירושו של דבר הוא שהמשיב ידע או, למצער, היה עליו לדעת כיצד יש לשלם את המע"מ בגין חכירת המגרש לאחר זכייתו. המשיב גם ידע או, למצער, היה עליו לדעת כי מועדי התשלום שנקבעו לו הם תנאים יסודיים שאי-קיומם יביא לביטול זכייתו במכרז (ראו סעיפים 3.1.1. ו-3.1.2. לתנאי המכרז שצוטטו לעיל). מכאן המסקנה המתבקשת כי רמ"י ניסחה את תנאי המכרז בצורה נהירה וברורה, התנהלה כיאה לרשות שלטונית המקיימת מכרז ולא תרמה מאומה לאיחור בתשלום מצד המשיב. הפגם בהתנהלותו של המשיב נבע על כן מטעותו שלו, טעות שבגינה אין לו אלא להלין על עצמו בלבד. כפי שנפסק בעניינן של טעויות כאלה, "מן הנודעות, כי טעות – אף בתום לב – של משתתף במכרז אינה יכולה לסייע לו בתביעת זכיה, שעל כן יופר עיקרון השוויון" (ראו הלכת שריקי, פסקה ב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין). לפיכך, שומה עלינו להיצמד לכלל הברור בעניין איחור במועדי התשלום ולאשר את החלטתה של ועדת המכרזים אשר ביטלה את זכייתו של המשיב במכרז.

23. הלכת שריקי, שכאמור קבעה חריג לכלל זה, הדגישה כי מדובר בחריג צר מאד, שאין בו כדי לגרוע מהכלל. בית המשפט הבהיר בעניין שריקי כי התוצאה של

פסק דינו מוגבלת לנסיבות המקרה ואין בה כדי להמעט מחשיבות ההקפדה על עיקרון השוויון בדיני מכרזים. השופט רובינשטיין חתם את דבריו בפסק דין זה במילים אלו:

”הקפדה בדיני המכרזים היא כורח לשם מינהל תקין, ועל כן אל יראו חלילה משתתפי מכרזים ויועציהם המשפטיים בפסק דין זה מצע לריכוך דיני המכרזים.”

דומני, כי המקרה לפנינו שייך לקבוצת המקרים אליהם כיוון השופט רובינשטיין את חששו. מקרה זה איננו מסוג המקרים החריגים שבהם ראוי לסטות מהכלל הנוקשה אשר מבטל את הזכייה במכרז בעקבות איחור בתשלום מצד הזוכה.

עניין גולדווין

24. כפי שכבר ציינתי, בית משפט קמא ביסס את פסק דינו על פסק הדין שניתן בעניין גולדווין על ידי בית המשפט המחוזי חיפה (ואשר נכתב על ידי השופטת י' וילנר, שכעת מכהנת בבית משפט זה). פסק הדין שניתן בעניין גולדווין איננו בגדר הלכה מחייבת לא רק בשל היותו פסק דין של בית משפט מחוזי, אלא גם מפאת נסיבותיו הייחודיות והחריגות של המקרה אשר נדון בו. באותו מקרה, הזוכה במכרז נדרש לשלם שלושה תשלומים נפרדים: (1) דמי חכירה בסך של 203,524.9 ₪ למינהל מקרקעי ישראל; (2) הוצאות פיתוח בסך של 297,793 ₪ לערים חברה לפיתוח בע"מ; וכן (3) הוצאות פיתוח נוספות בסך של 5,287 ₪ לרשות המקומית. בהודעת הזכייה, הבהיר המינהל לזוכה כי אם לא יסדיר את תשלום דמי החכירה ואת הוצאות הפיתוח לחברת ערים במועדים שנקבעו לכך – הזכייה תבטל. הודעה זו לא אמרה כי אי-תשלום הוצאות הפיתוח לרשות המקומית, אף הוא יביא לביטול הזכייה, דבר שיצר אי בהירות ובלבול. הזוכה שילם את דמי החכירה עבור המגרש כדת וכדין. כמו כן הוא שילם את הוצאות הפיתוח לחברת ערים במועד שנקבע לכך. הזוכה שכח לשלם את הוצאות הפיתוח הנוספות – סכום שהיה נמוך בהרבה משני התשלומים הקודמים ואמור היה להיות משולם לרשות המקומית. במועד האחרון לתשלום, פנה הזוכה למינהל במטרה לברר האם נותרה יתרת תשלום כלשהי לחובתו. ברם, עקב אילוצים הקשורים במינהל לא ניתן היה לספק לו תשובה נכונה בו ביום. התשובה סופקה לזוכה רק למחרת היום ובשל כך הוא שילם את התשלום החסר, אשר היווה 1% בלבד מהתמורה הכוללת, באיחור של יום אחד.

25. ברי הוא אפוא שמדובר היה באיחור קל אשר נבע, בין היתר, מאילוץ המינהל שאותם לא ניתן היה לזקוף לחובת הזוכה. זאת ועוד: שלא כמו במקרה שלפנינו, בתנאי המכרז דשם לא צויין כי האיחור בתשלום הוצאות הפיתוח לרשות המקומית (להבדיל

מעיכובים בתשלומים למינהל ולחברת ערים) יביא לביטול הזכייה. מדובר על כן במקרה מיוחד וחריג אשר הוכרע כפי שהוכרע בהתאם לנסיבותיו. את פסק הדין שניתן בעניין גולדווין ניתן אולי להצדיק לנוכח החריג אשר נקבע בהלכת שריקי, אך אין כל סיבה שנעמיק בסוגיה וננסה להכריע בעניין זה. די אם אומר כי המקרה שנדון בעניין גולדווין איננו דומה כלל למקרה דכאן.

שימוע

26. המשיב מלין על שרמ"י לא ערכה לו שימוע כנדרש בתקנה 16ב(ב) לתקנות המכרזים, שכן, לדבריו, אין די בשימוע בכתב אשר נערך בדרך של חילופי מכתבים. התקנה הנ"ל קובעת כי "ועדת המכרזים תהיה רשאית להורות על חילוט ערבות מכרז של מציע, כולה או חלקה, אחרי שנתנה לו הזדמנות להשמיע את טענותיו" ואיננה קובעת בשום מקום כי את השימוע יש לקיים בדרך של טיעון בעל-פה ולא בכתב (ראו עע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פסקאות 43-49 (7.1.2014); וכן עע"מ 4013/06 אקרשטיין צבי בע"מ נ' הועדה המקצועית לעניין תקנה 25 (29) לתקנות חובת המכרזים, פסקאות 43-49 (4.12.2008)).

27. יתרה מכך: עניינה של תקנה 16ב(ב) הוא שימוע אגב חילוט ערבות במקרים של עורמה, הטעיה וחזרה מההצעה מצד המשתתף במכרז וכן במקרה שבו זוכה במכרז מפר את תנאיו (כאמור בתקנה 16ב(ב)(1)-(4)). על כך שתקנה זו עוסקת אך ורק בחילוט הערבות ניתן ללמוד גם מהאמור בתקנה 16ב(א) אשר קובעת כי "ועדת מכרזים רשאית לקבוע כי ההשתתפות במכרז [...] תהיה מותנית בהפקדת ערבות בתנאים שתקבע [...] (בתקנה זו – ערבות מכרז)". מדובר בחילוט הערבות כסנקציה המופעלת נגד משתתף אשר פועל בניגוד לדין או מפר את כללי המכרז, דהיינו: בצעד עונשי אשר בא לשלול מהמשתתף את כספו בגובה הערבות שהפקיד (ראו דקל, כרך ראשון, עמ' 524 וכן דקל, כרך שני, עמ' 83-94). במקרה דנן, המערערים הצהירו כי הכספים ששולמו על ידי המשיב יוחזרו אליו בהתאם לכללי ההחזר המקובלים, ולא יחולטו כאמצעי ענישה. משכך, תקנה 16ב(ב) הנ"ל איננה חלה במקרה שלפנינו.

חשיבות ההיצמדות לכללי המכרז

28. בניגוד לעמדת המשיב, קבלת העתירה במקרה דנן איננה בגדר פורמליזם לשמו. ממבט ראשון, תוצאותיו של הכלל בדבר ביטול הזכייה בעקבות איחור הזוכה בתשלום אכן נראות קשות ובלתי מוצדקות – וזאת במיוחד כאשר מדובר באיחור קל ובסכום כסף קטן, יחסית לסכומים שהזוכה כבר שילם לרשות. דא עקא, את פועלם של כלל זה וכללים אחרים, הנוקשים באותה מידה, אין לאמוד לפי תוצאה פרטיקולרית אשר מתקבלת במקרה זה או אחר ותחושות של צדק או אי-צדק שהיא מעוררת, אלא לאור התוצאה המערכתית הכוללת. ביתר דיוק: את תוצאותיו של הכלל יש לאמוד לפי השפעתו על הפרקטיקה שבמסגרתה הוא פועל ואותה הוא מקיים יחד עם כללים אחרים (דוגמת הפרקטיקה של חוזים או של מכרזים ציבוריים). ראו John Rawls, *Two Concepts of Rules*, 64 Phil. Rev. 3, 3-4 (1955). בהתאם לכך, את תוצאותיו של הכלל הנוקשה והבלתי מתפשר בדבר ביטול הזכייה במכרז בשל איחור הזוכה בתשלום יש לבחון לפי השלכותיו על מערכת המכרזים הציבוריים בכללותה. השלכות אלה כוללות את העצמתו של עיקרון השוויון ואת חיזוקן של הוגנות, ודאות ויציבות בהחלטותיהן של ועדות מכרזים שונות. השלכות אלה כוללות גם נזקים אקראיים אשר נגרמים למשתתפים תמי-לב, דוגמת המשיב דכאן, אולם יתרונותיו המערכתיים של הכלל, כאחד מכללי היסוד שמקיימים את הפרקטיקה של מכרזים ציבוריים, עולים בהרבה על נזקים אלו – מה גם שכל משתתף במכרז, אשר פועל בשקידה ראויה, יכול למנוע מעצמו את הנזק האישי (כאשר החריג הצר, אך חשוב, שכאמור נקבע בהלכת שריקי, מגן עליו מפני רשלנות הרשות בעלת המכרז). נוכח שיקולים אלה, אין זה פלא כי מכרז ציבורי מוגדר מעיקרו כמנגנון משפטי המורכב מכללים ברורים ונוקשים. לדידי, מכרז ציבורי לא יהא בגדר "מכרז" – כפי שנהוג להגדירו ולהבינו בדין הישראלי – אם כל תנאי מתנאיו לא ייאכף בדווקנות כמות שהוא באופן שיחייב כל מציע ומציע במידה שווה.

29. לכללים ברורים ונוקשים דוגמת הכלל שבו עסקינן יש מעלות נוספות. על כללים אלו יכול הציבור להסתמך ולכלכל את צעדיו בבטחה. כללים כאמור מגבירים את יעילות עבודתם של מקבלי ההחלטות השונות, שאינם נדרשים להפעיל שיקול דעת בכל מקרה ומקרה. כמו כן מדובר בכללים אשר על פי רוב מקטינים את הסיכון של טעות בקבלת החלטות ומגבירים את אמון הציבור במקבלי ההחלטות (ראו FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE* 135-166 (1993)). מי שבא להלין על נוקשותם היתרה של כללי משפט – ושל כללי מכרזים בפרט – חייב לתת את הדעת על מעלות אלה.

30. מטעמים אלו הנני מציע לחבריי לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולאשר את החלטתה של ועדת המכרזים שניתנה בעניינינו של המשיב ביום 25.2.2018. כמו כן, הנני מציע שנחייב את המשיב לשלם למערערים הוצאות בסך של 70,000 ש"ח בחלקים שווים.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז :

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי השופט א' שטיין לפיה יש לקבל את הערעור ולאשר את החלטת ועדת המכרזים בעניינינו של המשיב. אוסיף אך שתי הערות קצרות:

ראשית, בכל הנוגע לסמכות ולשיקול הדעת של ועדת מכרזים לבטל הצעה או זכייה של מציע במכרז בגין פגם בהצעה או בגין אי עמידה בתנאי המכרז. ההבחנה בין פגם מהותי המחייב פסילת הצעה לבין פגם טכני עליו יש להבליג, אינה ממצה את האפשרות העומדות בפני ועדת המכרזים. לצד פגמים קלים שאינם מצדיקים ביטול הצעה או זכיה, ופגמים מהותיים המחייבים ביטול מזה, קיימים מצבי ביניים בהם מסור שיקול דעת לוועדת המכרזים אם לבטל הצעה או זכיה אם לאו, וזאת על יסוד שיקולים ענייניים המופעלים באופן שוויוני והוגן (השוו: בג"ץ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לז(1) 651 (1983); וכן ראו: עע"מ 1811/09 אסום חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב, פסקה 23 (6.1.2010); ועע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר-מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ, פסקה 13 (27.2.2006)). בעניינינו, משנקבע במפורש בתנאי המכרז, כמפורט על ידי חברי, כי מועדי התשלום הינם "תנאים יסודיים", וכי איחור כלשהו יוביל לכך שהזכייה תהא "בטלה ומבוטלת", ברי כי ועדת המכרזים הייתה מחויבת לבטל הצעה כאשר הזוכה איחר במועדי התשלום וזאת לשם שמירה על עקרון השוויון והתחרות ההוגנת במכרז; ומכל מקום, וודאי שהייתה רשאית לעשות כן.

שנית, לכאורה שגה בית משפט קמא גם בכך שלא קיבל את טענת המשיבים (המערערים דכאן) לדחיית העתירה על הסף בגין שיהוי בהגשתה. עתירת המשיב הוגשה כחודשיים וחצי לאחר שנמסרה לו הודעה על החלטת ועדת המכרזים לבטל את זכיייתו; זאת בניגוד להוראות תקנה 3(ב) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי

דין), התשס"א-2000, לפיה עתירה תוגש "בלא שיהוי, לפי נסיבות הענין, ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום שהחלטה פורסמה כדין, או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה או מיום שנודע לעותר עליה, לפי המוקדם. אמנם מסור שיקול דעת לבית המשפט להארכת מועד להגשת עתירה "אם ראה הצדקה לכך" (תקנה 3(ג) שם), אלא שבענייננו לא הועלתה כל הצדקה לאיחור. יצוין כי כבר מקדמת דנא הובהר כי בענייני מכרזים נקוטה גישה מחמירה בנוגע לשיהוי (בג"ץ 453/84 איתורית נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617 (1985)), שכן שיהוי בהגשת עתירה עלול להוביל לדחיית מימוש התכלית הציבורית שלשמה נערך המכרז ולפגוע באינטרס ובצפייה של הזוכה למימוש זכייתו.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט א' שטיין, ומצטרף להערת חברי, השופט מ' מזוז, בדבר קיומו של מתחם שיקול דעת לוועדת המכרזים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט א' שטיין.

ניתן היום, כ"ו בטבת התשע"ט (3.1.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט