

בבית המשפט העליון

ע"מ 2398/12 - א'

לפני: כבוד השופט ח' מלצר

המבקשת: ע.מ.ת. ערוצי מדידה ותשתיות בע"מ

נגד

- המשיבות:
1. החברה הכלכלית שהם בע"מ
 2. ועדת המכרזים שליד החברה הכלכלית שהם בע"מ
 3. אחמד חסן תשתיות ופיתוח בע"מ
 4. מצליח זאבי תשתיות פיתוח ויזמות בע"מ
 5. גלנור בינוי ופיתוח בע"מ
 6. עינב החץ (1965) בע"מ
 7. מגנזי תשתיות בע"מ
 8. אולניק חברה להובלה עבודות עפר וכבישים בע"מ
 9. רולידר בע"מ

בקשה לסעד זמני בגדרי ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים מרכז ב-[עת"מ 34179-02-12](#) [פורסם בנבו] מיום 19.3.12 שניתנה ע"י כב' השופט א' שי' שילה, סג"נ

בשם המבקשת: עו"ד ריחאן נג'אר, עו"ד האני טנוס, עו"ד באסל אבו דריס

בשם המשיבות 1-2: עו"ד יובל גלאון, עו"ד לירון רז

בשם המשיבה 3: עו"ד אסף הדסי

חקיקה שאוזכרה:

[חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992](#)

ספרות:

[ע' דקל, מכרזים \(2004\)](#)

[ע' דקל, חובת המכרז של גופים מנהליים \(2001\)](#)

[תקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993: סע' 6\(ב\), 17, 21\(ב\), 22](#)

מיני-רציו :

* תנאי במכרז, של "מחיר רצפה" נסתר, המביא לפסילה אוטומטית של הצעה החורגת ממנו, מנוגד לכאורה לדיני המכרזים ולעקרונות היסוד שבבסיסם. שכן, א. השיטה נחזית כפוגעת בשוויון, שהרי היא עלולה לכאורה למנוע תחרות בתנאים שווים בין המתמודדים השונים; ב. השיטה עלולה לכאורה להביא לפגיעה בטוהר המידות, שכן היא יוצרת תמריץ רב (מעבר לרגיל) לגורמים הקשורים בעורך המכרז – להדליף את המידע בעל הערך שהם אוצרים בידם לאחד המציעים; ג. שיטה זו היא לכאורה גם בלתי יעילה.

* מכרזים – תנאי סף – סבירותם

* משפט מינהלי – מכרזים – תנאי סף

* משפט מינהלי – מכרזים – תנאי המכרז

* מכרזים – עקרונות המכרז – יעילות

* מכרזים – עקרונות המכרז – עקרון השוויון

* מכרזים – עקרונות המכרז – טוהר המידות

* בתי-משפט – סעדים זמניים – שיקולים בהענקתם

* בתי-משפט – בתי-משפט לעניינים מינהליים – סמכות

* משפט מינהלי – בית-המשפט לעניינים מינהליים – סמכותו

בקשה לסעד זמני, בגדרי ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש לעניינים מינהליים מרכז, אשר דחה את עתירת המבקשת בהקשר למכרז שפרסמה המשיבה 1 (שהינה "תאגיד מקומי"), לביצוע עבודות פיתוח "שלב ב'" בשכונה בשוהם (להלן: המכרז). המכרז כלל כתב כמויות של העבודות המבוקשות ואת מחירן, כאשר על המציע היה לציין את אחוז ההנחה הכוללת שהוא מוכן להעניק על העבודות, באופן שהבחירה בין ההצעות תיעשה בהתבסס על גובה ההנחה הכוללת המוצעת. באחד מסעיפי המכרז נקבע כי ייקבע "חסם עליון להנחה מכסימלית מותרת" (שאינ מגלים את שיעורה מראש לכלל המשתתפים, תוך תניה שהצעות הנוקבות בהנחה הגבוהה מהערכה זו – ייפסלו אוטומטית. ולהלן: תנאי ההנחה המקסימלית הנסותרת, או שיטת מחיר הרצפה הנסותרת). המבקשת הצביעה בעתירתה ובערעורה על חשש, שהמכרז נגוע באי חוקיות, בשל קיומו של תנאי ההנחה המקסימלית הנסותרת.

ביהמ"ש העליון (מפי השופט ח' מלצר) קיבל את הבקשה מהטעמים הבאים:

מאזן הנוחות איננו מכריע במקרה דנן. עסקינן במכרז שנחזה כדומה יותר למכרז הקמה, להבדיל ממכרז להספקת שירותים ותפעול. במקרה של דחיית הבקשה לסעד זמני בערעור וקבלה של טיעוני הערעור – ייווצר מצב שבגדרו ספק אם ניתן יהיה להעביר את הזכייה למבקשת. בנסיבות כאלה, חרף האפשרות להפנות את מבקש הצו לתביעה כספית לפיצויי קיום (אפשרות שהיא משום חריג לכלל שבגדרו נפסקים לרוב רק פיצויים שליליים), הרי שנכונותו של ביהמ"ש ליתן צווים זמניים בידי המערער רבה יותר וזאת במיוחד במצבים בהם מדובר במכרזי הקמה, או מכרזים הקרובים להם במהותם.

צוין עוד שאף שבדרך כלל במכרז הקמה קיימת דחיפות מסוימת ביישומו, הרי שהמשיבות לא הצביעו, ודאי לא כדבעי, על דחיפות מיוחדת במקרה דנן. כאשר לכך מצטרפים שאר נימוקי הערעור, המעלים שאלות נכבדות שטרם נדונו על-ידי בימ"ש זה – הכף נוטה לעבר הוצאת הסעד המבוקש, בפרט אם ניתן לקצר את לוח הזמנים לשמיעת הערעור.

מבחינת סיכויי הערעור, הסיכויים לקבלת הערעור במלואו, באופן שהצעת המבקשת תוכרז כזוכה כבר בשלב הערעור הנוכחי – אינם נראים מבטיחים. דבר זה נובע בראש ובראשונה מכך שביהמ"ש לעניינים מינהליים לכאורה אמנם לא היה מוסמך לדון בעתירת המבקשת. חרף הנחה לכאורית זו, הרי שכפי שציין ביהמ"ש לעניינים מינהליים בפסק דינו, הוא רשאי היה ליתן בידי המבקשת סעד זמני כבקשתה, עד שידון בעניינה ביהמ"ש המוסמך. ביהמ"ש, שהיה ער היטב לסמכותו זו, בחר שלא לעשות בה שימוש. קביעה זו איננה פשוטה, ומצדיקה בירור בערכאת הערעור.

באשר לטענות השיהוי והמניעות שהועלו נגד המבקשת יש להעיר כי אין עסקינן במבקשת שהשיגה לראשונה על תנאי במכרז רק לאחר שהגישה את הצעתה במכרז – התנהלות שהייתה מצדיקה, על דרך הכלל, את דחיית עתירתה. המבקשת ניסתה להניע מראש את עורך המכרז לבטל את תנאי ההנחה המקסימאלית הנסותרת, ועתרה נגד תנאי המכרז עוד טרם הגשת הצעות (אף כי רק ביום שנועד להגשתן) – כאשר העתירה במתכונתה הנוכחית היא גלגול של אותה עתירה. אכן יש מקום לבקר את השתתותה המסוימת האמורה של המבקשת (תוך פנייתה לבסוף לערכאה הבלתי מוסמכת, לכאורה), כמו גם את בחירתה להגיש הצעה "תחת מחאה", הסתייגות שקיים ספק ביחס לנפקותה. עם זאת, המבקשת הצביעה בעתירתה ובערעורה על חשש (שהמותב שידון במכלול יכריע במשותו), שהמכרז שבו כלולה ההוראה שבמוקד העתירה נגוע באי-חוקיות. חשש זה מחייב, בנסיבות, התייחסות של ערכאת הערעור, לשם שמירה על התנהלות ציבורית תקינה וראויה, וזאת אפילו אם ימצא שנפל פגמים מסוימים גם בהתנהלות המבקשת, ובפרט – שיהוי.

לגופם של דברים, כמוכן, על בסיס לכאורי בלבד. תנאי במכרז, ודאי תנאי סף שהצעה שאיננה עומדת בו – תיפסל, צריך שייקבע משיקולים עניינים, המאזנים בין מטרות דיני המכרזים: שוויון הזדמנויות, יעילות כלכלית, ושמירה על טוהר המידות. התנאי של "מחיר רצפה" נסתר, המביא לפסילה אוטומטית של הצעה החורגת מהנחת המקסימום (שאינן מגלים את שיעורה מראש לכלל המשתתפים) הוא לכאורה תנאי סף שאיננו ענייני. החברה הכלכלית, עורכת המכרז, לא הבהירה עד עתה כיאות מדוע ראתה בכלל לנכון להכליל תנאי שכזה במכרז.

עם זאת נניח לטובת עורכת המכרז כי מה שהניע אותה לעשות כן היה: מניעת הצעות גרעוניות. קביעת "מחיר רצפה", תוך תניה שהצעות הנוקבות במחיר נמוך הימנו ייפסלו – יכולה אמנם להביא לדחיית הצעות גרעוניות מסוימות. עם זאת שיטה זו נחזית, על פני הדברים, ככזו שעלולה להיות בלתי יעילה, בעיקר כאשר "מחיר הרצפה" הוא נסתר. לשיטה זו יש חלופה שהיא לרוב סבירה יותר (ניתן להכליל בהוראות המכרז תניה שככל שהמחיר המבוקש בהצעה האמורה להיות מוכרזת כזוכה – ייחזה כנמוך באופן מחשיד, ועדת המכרזים תזמן את המציע על מנת לברר את פשר הצעתו (ככל שהיא נראית גרעונית) ויכולתו לעמוד בה). מעבר לכך (וזה אולי עיקר כאן), ככל שתנאי הסף האמור נותר נסתר מעיני המשתתפים – הדבר מנוגד לכאורה לדיני המכרזים ולעקרונות היסוד שבבסיסם. כמפורט להלן:

א. השיטה נחזית כפוגעת בשוויון, שהרי היא עלולה לכאורה למנוע תחרות בתנאים שווים בין המתמודדים השונים; ב. שיטת "מחיר הרצפה" הנסותר עלולה לכאורה להביא לפגיעה בטוהר המידות, שכן היא יוצרת תמריץ רב (מעבר לרגיל) לגורמים הקשורים בעורך המכרז – להדליף את המידע בעל הערך שהם אוצרים בידם לאחד המציעים; ג. שיטה זו היא לכאורה גם בלתי יעילה (הרחבה בעניין ודוגמאות לכך ניתנו בתחילת הדיון).

ברי כי התהיות הנ"ל מחייבות כולן ליבון יסודי, ואין מקום לגרום לכך שדיון זה ייהפך בערכאת הערעור לאקדמי, מה שעלול לקרות אם הבקשה לסעד זמני בערעור תדחה.

החלטה

1. לפני בקשה לסעד זמני, בגדרי ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים מרכז (כב' סגן הנשיא, השופט א' ש' שילה), אשר דחה את עתירת המבקשת בהקשר למכרז שפרסמה המשיבה 1.

2. המשיבה 1, חברה המוחזקת על-ידי המועצה המקומית שוהם (להלן גם: החברה הכלכלית) פירסמה בחודש ינואר 2012 מכרז לביצוע עבודות פיתוח "שלב ב'" בשכונת המגורים "רקפות" בשוהם (להלן: המכרז), וזאת לצורך מסירת מגרשים בשכונה לזוכים במכרז שערך מינהל מקרקעי ישראל. אומדן המחיר לביצוע עבודות המכרז, שגולה למציעים, עומד על כ-12.5 מיליון ש"ח. המכרז כלל כתב כמויות של העבודות המבוקשות ואת מחירן, כאשר על המציע היה לציין את אחוז ההנחה הכוללת שהוא מוכן להעניק על העבודות, באופן שהבחירה בין ההצעות תיעשה בהתבסס על גובה ההנחה הכוללת המוצעת. בסעיף 4.4 לתנאי המכרז נקבע כי ייקבע "חסם עליון להנחה מכסימלית מותרת, אשר תונח בתיבת המכרזים על ידי מנהל הפרויקט ונציג ועדת המכרזים".

3. המבקשת טוענת כי טרם שרכשה את מסמכי המכרז, היא השתתפה, בתאריך 5.2.2012, בסיור קבלנים. יומיים לאחר סיור הקבלנים שלחה החברה הכלכלית הודעה למשתתפים, המציינת את אפשרות רכישת מסמכי המכרז והמועד להגשת ההצעות (15.2.2012), והבהירה כי לתיבת המכרזים הוכנסה מעטפה הכוללת את ההנחה המקסימלית שקבע מנהל הפרויקט, כאשר הנחה הגבוהה מהערכה זו – תיפסל אוטומטית. נתון אחרון זה הניע את המבקשת לפנות לעורכת המכרז בבקשה כי זו תגלה את גובה ההנחה המקסימלית, ולחלופין תבטל את תנאי הפסילה האוטומטית, ביוצרו תנאי סף נסתר, בלתי ענייני ובלתי חוקי, כך לשיטת המבקשת. החברה הכלכלית דחתה את הבקשה. המבקשת הגישה איפוא לבית המשפט לעניינים מינהליים מרכז, בתאריך 15.2.2012 (קרי: ביום המיועד להגשת ההצעות), עתירה לפסילת המכרז ותנאי הסף הנסתר שבו, ובגדרה בקשה לעיכוב הליכי המכרז, בטענה כי אותו תנאי פוגע בשוויון ובאפשרות המציעים להתחרות ביניהם, והוא עלול לפגוע בטוהר המידות. הבקשה

נדחתה בהחלטה מאותו יום של כב' סגן הנשיאה, השופט א' ש' שילה, וזאת כבר נוכח עיתוי הגשתה. בהמשך, בתאריך 19.2.2012 (לאחר שכבר הוגשו ההצעות ונפתחה תיבת המכרזים) – בית המשפט התיר למבקשת להגיש עתירה חדשה חלף קודמתה, אם רצונה בכך.

4. ביני לביני, משנדחתה בקשתה הנ"ל של המבקשת עובר למסירת ההצעות – היא הגישה הצעה "תחת מחאה", ונקבה באחוז הנחה מקסימלי של 25% לביצוע עבודות המכרז. אחוז ההנחה המקסימלי, כך נתגלה עם פתיחת תיבת המכרזים, עמד על 18%, הווה אומר: הצעת המבקשת צפויה להיפסל כבר מטעם זה, על פי הוראות המכרז. מנגד, המשיבה 3 הגישה הצעה הכוללת הנחה של 18% בדיוק, כך שאם לא יימצא פסול אחר בהצעתה – הצעתה צפויה להיות מוכרזת כזוכה. ארבע מן המשיבות האחרות הציעו הנחות הנעות מ-15% ועד 17.9%, ושתיים נוספות הציעו הנחות של אחוזים בודדים בלבד.

5. בתאריך 20.2.2012 הגישה המבקשת עתירה מינהלית חדשה חלף קודמתה, כפי שאיפשר לה בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד לעשות, וביקשה להכריז על הצעתה, הזולה ביותר, כזוכה, ולחלופין להורות על ביטול המכרז, שכן לשיטתה הוא כלל תנאי סף נסתר ובלתי חוקי, בדמות ההנחה המקסימלית הנסתרת. אף בגדרה של עתירה זו הוגשה בקשה לסעד ביניים, לעיכוב הליכי המכרז. המבקשת טענה כי החשש שמא קביעת תנאי נסתר תביא לפגיעה בעקרונות דיני המכרזים – התממש: המשיבה 3, שהצעתה צפויה להיות מוכרזת זוכה במכרז – ידעה לנקוב באופן מדויק בהנחה המקסימלית ולטענת המבקשת הדבר נובע מקרבתה לעורכי המכרז, שכן היא זו שביצעה את השלב הקודם של הפרויקט בשכונת "רקפות" (תמורת כ-15 מיליון ש"ח). המבקשת הטעימה בהמשך כי החשש שאותו הביעה בהקשר לפגיעה אפשרית בטוהר המידות (ואשר התאמת להבנתה נוכח צירוף המקרים הנ"ל) – איננו עומד לבדו: באותו יום של פתיחת תיבת ההצעות של המכרז, נפתחו ההצעות במכרז אחר שפרסמה החברה הכלכלית (לביצוע עבודות פיתוח ותשתית בשכונת "כרמים" בשוהם). גם שם נקבע תנאי בדבר הנחה מקסימלית נסתרת, ועם פתיחת התיבה התגלה כי ההנחה עומדת על 14% וכי המשיבה 7 כאן (המבצעת כבר, לפי הנטען, פרויקט אחר בעלות של כ-100 מיליון ש"ח עבור החברה הכלכלית) ידעה לנקוב בהצעתה בדיוק באחוז ההנחה המקסימלית האמור.

6. המשיבות 1-2 טענו בתשובתן לבקשה לסעד ביניים כי לא נפל במכרז כל פגם ובפרט לא בתחום טוהר המידות. לתשובתן הן צירפו תצהירים של מנהל הפרויקט, מר רוזנפריד ומנכ"ל החברה הכלכלית, מר הוכמן. בתצהיריהם אישרו השניים, בין היתר, כי מר רוזנפריד גילה למר הוכמן את אחוז ההנחה המקסימלי שעליו החליט (אף שמר הוכמן איננו נציג ועדת המכרזים שנתמנה להניח בתיבת המכרזים, יחד עם מנהל הפרויקט, את המעטפה שבה צוין אחוז ההנחה האמור). השניים טענו עם זאת כי לא גילו את הנתון האמור לאיש ממשותפי המכרז. חברי ועדת המכרזים, או נציגה שנתמנה להניח את המעטפה שבה צוין אחוז ההנחה האמור – לא הגישו תצהירים.

7. המשיבה 3 טענה לחוסר סמכות של בית המשפט לעניינים מינהליים לדון במכלול וכן העלתה טענות בדבר: שיהוי, מניעות והשתק של המבקשת, והיעדר פסול בתנאי ההנחה המקסימלית – לגופם של דברים.

8. בית המשפט לעניינים מינהליים, שדן בעתירה ובבקשה לסעד ביניים במאוחד, דחה את העתירה. הוא קבע כי אין לו סמכות לדון בעתירה, שכן [חוק חובת המכרזים](#) (תיקון מס' 14), התשס"ג-2002, המחיל את הוראות חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 גם על "תאגיד מקומי" דוגמת החברה הכלכלית, ובהתאם מכפיף את המכרז לפיקוחו של בית המשפט לעניינים מינהליים – טרם נכנס לתוקפו, מכיוון שעדיין לא הותקנו תקנות ראשונות מכוחו. בית המשפט היה ער לסמכותו להכריע למצער בבקשה לסעד זמני, עד שבית המשפט המוסמך ידון בעתירה, אולם לא ראה לנכון לעשות כן. הוא הוסיף כי המבקשת השתתה בהגשת עתירתה, וכי משהגישה הצעה, גם אם "תחת מחאה", הרי שהיא מנועה מלהלין על תנאי המכרז, לאחר שלמדה כי אלו מובילים לדחיית הצעתה. לגופם של דברים, הוסיף בית המשפט כי הוראת התנאי שבמחלוקת מקובלת במכרזים, וכי גם בספרות המשפטית לא נמצא כי אי-פרסום מחיר ההנחה המקסימלי הוא בהכרח פסול (בעניין זה הפנה בית המשפט הנכבד לדבריו של ד"ר עומר [דקל בספרו: מכרזים](#) (כרך א') 391 (2004) לעניין פרסום "מחיר תקרה").

9. מכאן ערעורה של המבקשת, שבגדרו היא עותרת בבקשה שבפני לסעד ביניים שיעכב את מימוש הליכי המכרז עד להכרעה בערעור. עמדתה, כמו גם הגישות של המשיבות 1-3, דומות לאלו שהוצגו בבית המשפט הנכבד קמא.

10. יצוין כי עם קבלת הבקשה איפשרתי למשיבות להגיב לבקשה ובינתיים הוצאתי צו ארעי האוסר על המשיבות 1-2 לקבוע זוכה במכרז. לאחר קבלת עמדות המשיבות 1-3 הוריתי לצדדים לבחון אפשרות שהמבקשת תפנה לבית המשפט המוסמך לבירור עתירתה, תוך שהצו הארעי יעמוד בעינו וטענות הצדדים תישמרנה להם – הצעה שהמשיבות 1-3 דחו. נוכח העובדה שהסדר מוסכם לא הסתייע, עלי להכריע עתה בבקשה.

דיון והכרעה

11. דין הבקשה להתקבל, כך שצו הארעי יהפוך זמני, תוך שהדיון בערעור (אם הצורך בו לא יתייתר) יקבע לשמיעה בתוך פרק זמן קצר יחסית. להלן אבהיר טעמי לכך.

12. מאזן הנוחות איננו מכריע במקרה דנן. עסקינן במכרז שנחזה כדומה יותר למכרז הקמה, להבדיל ממכרז להספקת שירותים ותפעול. הנה כי כן במקרה של דחיית הבקשה לסעד זמני בערעור וקבלה של טיעוני הערעור – יוצר מצב שבגדרו ספק אם ניתן יהיה להעביר את הזכייה למבקשת. בנסיבות כאלה, חרף האפשרות להפנות את מבקש הצו לתביעה כספית לפיצויי קיום (אפשרות שהיא משום חריג לכלל שבגדרו נפסקים לרוב רק פיצויים שליליים), הרי שנכונותו של בית המשפט ליתן צווים זמניים בידי המערער רבה יותר וזאת במיוחד במצבים בהם מדובר במכרזי הקמה, או מכרזים הקרובים להם במהותם (ראו: [בר"ם 2139/06](#) מר ושות' (1982) נ' משרד התשתיות הלאומיות – נציבות המים [פורסם בנבן] (6.4.2006); [בר"ם 9760/06](#) רחמני ששון (אפיק) 1991 בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבן] (27.11.2006)).

יצוין עוד שאף שבדרך כלל במכרז הקמה קיימת דחיפות מסוימת ביישומו, הרי שהמשיבות לא הצביעו, ודאי לא כדבעי, על דחיפות מיוחדת במקרה דנן. כאשר לכך מצטרפים שאר נימוקי הערעור, המעלים שאלות נכבדות שטרם נדונו על-ידי בית משפט זה – הכף נוטה לעבר הוצאת הסעד המבוקש, בפרט אם ניתן לקצר את לוח הזמנים לשמיעת הערעור (השוו: [ע"ם 1873/12](#) אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (פורסם בנבן), (14.3.2012)).

13. מבחינת סיכויי הערעור, הסיכויים לקבלת הערעור במלואו, באופן שהצעת המבקשת תוכרז כזוכה כבר בשלב הערעור הנוכחי – אינם נראים מבטיחים. דבר זה נובע בראש ובראשונה מכך שבית המשפט לעניינים מינהליים לכאורה אמנם לא היה מוסמך לדון בעתירת המבקשת (ראו: [בר"ם 7712/09](#) חברת צינורות אקס.פ.י.סי (2004) בע"מ נ' החברה הכלכלית ראשון לציון בע"מ (פורסם בנבו), 28.10.2009).

חרף הנחה לכאורית זו, הרי שכפי שציין בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד בפסק דינו, הוא רשאי היה ליתן בידי המבקשת סעד זמני כבקשתה, עד שידון בעניינה בית המשפט המוסמך (עיינו: יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, שלמה לוין עורך) 84-85, 626-627 (1995); [רע"א 1754/07](#) מאור שילוט ופרסום חוצות נ' החברה הכלכלית לפיתוח כבר סבא בע"מ (פורסם בנבו), 2.9.2007); השוו: [רע"א 2416/08](#) אור טקס אויל השקעות חב' הדלק לישראל נ' Redstar Finance LLC, בפסקה 10 (פורסם בנבו), 27.4.2010). בית המשפט הנכבד, שהיה ער היטב לסמכותו זו, בחר שלא לעשות בה שימוש. קביעה זו איננה פשוטה, לתפיסתי, ומצדיקה בירור בערכאת הערעור, הכל כמבואר להלן.

14. באשר לטענות השיהוי והמניעות שהועלו נגד המבקשת יש להעיר כי אין עסקינן במבקשת שהשיגה לראשונה על תנאי במכרז רק לאחר שהגישה את הצעתה במכרז – התנהלות שהיתה מצדיקה, על דרך הכלל, את דחיית עתירתה (ראו: [בג"ץ 126/82 "טיולי הגליל" בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו\(4\), 44, 47 \(1982\); \[עע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט\\(2\\) 145, 166 \\(2004\\)\]\(#\)\). המבקשת ניסתה להניע מראש את עורך המכרז לבטל את תנאי ההנחה המקסימלית הנסותרת, ועתרה נגד תנאי המכרז עוד טרם הגשת ההצעות \(אף כי רק ביום שנועד להגשתן\) – כאשר העתירה במתכונתה הנוכחית היא גלגול של אותה עתירה. אכן יש מקום לבקר את השתהותה המסוימת האמורה של המבקשת \(תוך פנייתה לבסוף לערכאה הבלתי מוסמכת, לכאורה\), כמו גם את בחירתה להגיש הצעה "תחת מחאה", הסתייגות שקיים ספק ביחס לנפקותה \(ראו: \[רע"א 7961/04\]\(#\) מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' החברה הכלכלית לראש העין \(פורסם בנבו\), 5.10.2004\).](#)

עם זאת הנני סבור כי המבקשת הצביעה בעתירתה ובערעורה על חשש (שהמותב שידון במכלול יכריע בממשותו), שהמכרז שבו כלולה ההוראה שבמוקד העתירה נגוע באי-חוקיות. חשש זה מחייב, בנסיבות, התייחסות של ערכאת הערעור,

לשם שמירה על התנהלות ציבורית תקינה וראויה, וזאת אפילו אם ימצא שנפלו פגמים מסוימים גם בהתנהלות המבקשת, ובפרט – שיהוי (ראו והשוו: [ע"ם 2273/03](#) אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, בפסקאות 96-99) (פורסם בנבו), 7.12.2006); [ע"ם 5498/09](#) ניו-אלי בנמל בע"מ נ' אוצר מפעלי ים המלח, בפסקאות 8-9 (פורסם בנבו), 11.10.2011)).

נפנה איפוא עתה לדיון לגופם של דברים והכל יעשה, כמובן, על בסיס לכאורי בלבד.

15. תנאי במכרז, ודאי תנאי סף שהצעה שאיננה עומדת בו – תיפסל, צריך שייקבע משיקולים עניינים, המאזנים בין מטרות דיני המכרזים: שוויון הזדמנויות, יעילות כלכלית, ושמירה על טוהר המידות. התנאי של "מחיר רצפה" נסתר, המביא לפסילה אוטומטית של הצעה החורגת מהנחת המקסימום (שאינן מגלים את שיעורה מראש לכלל המשתתפים) הוא לכאורה תנאי סף שאיננו ענייני. יודגש כי אין מדובר בקביעת "מחיר תקרה" (שאליו מתייחס ד"ר דקל בספרו, במובאה שאליה הפנה בית המשפט הנכבד קמא), כי אם ב"מחיר רצפה". קרי: עורך המכרז איננו קובע את המחיר המקסימלי שהוא מוכן לשלם, כדי להניא את המשתתפים מלהגיש הצעות יקרות מדי ולעודדם להתחרות, אלא הוא קובע את המחיר המינימלי שהוא ישלם, באופן שהצעה זולה יותר, ומיטיבה יותר עם עורך המכרז (ככל שיבוצעו עבודות המכרז בפועל) – תיפסל מראש.

16. החברה הכלכלית, עורכת המכרז, לא הבהירה עד עתה כיאות מדוע ראתה בכלל לנכון להכליל תנאי שכזה במכרז. אין מדובר כאן, לדוגמה, בקביעת מחיר שיבטיח את תנאייהם של עובדי הקבלן הזוכה – תנאי המצדיק קביעת מחיר מינימלי (גלוי) שכזה. ראו: [ע"ם 9421/09](#) שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו), 8.7.2010).

עם זאת נניח לטובת עורכת המכרז כי מה שהניע אותה לעשות כן היה: מניעת הצעות גרעוניות. הצעה גרעונית (במכרז שעורכו מזמין שירותים או עבודות) היא, ככלל, הצעה שהמחיר המבוקש בה נחזה בעיני עורך המכרז כנמוך באופן בלתי סביר יחסית לאומדן, או יחסית למחיר הנראה לעורך המכרז כהגיוני בנסיבות העניין. החשש של עורך המכרז הוא שבמחיר המבוקש המציע לא יוכל (או לא ירצה) לעמוד בהצעתו כלל, או לחלופין – יספק את העבודות או השירותים שבמכרז באיכות ירודה, וכך

ייפגעו עורך המכרז, או הפרויקט, מושא המכרז (ראו: [בר"ם 6926/10](#) גילי ויואל עזריה בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ, בפסקאות 20-21 והאסמכתאות שם (פורסם בנבו), 22.11.2010).

17. קביעת "מחיר רצפה", תוך תניה שהצעות הנוקבות במחיר נמוך הימנו ייפסלו – יכולה אמנם להביא לדחיית הצעות גרעוניות מסוימות. עם זאת שיטה זו נחזית, על פני הדברים, ככזו שעלולה להיות בלתי יעילה, בעיקר כאשר "מחיר הרצפה" הוא נסתר. לשיטה זו יש חלופה שהיא לרוב סבירה יותר. מעבר לכך (וזו אולי עיקר כאן), ככל שתנאי הסף האמור נותר נסתר מעיני המשתתפים – הדבר מנוגד לכאורה לדיני המכרזים ולעקרונות היסוד שבבסיסם. אבהיר את הדברים בקיצור להלן, תוך שאדגיש שהמדובר, כמוכך, בהעלאת תהיות ותמיהות ולא בנטיעת מסמרות, וזאת בשים לב לשלב הדיוני שבו אנו מצויים.

18. ניטול את הדוגמה במכרז הספציפי – קביעת ההנחה המקסימלית (הנסתרת) עמדה על 18% מן האומדן, כאשר לשיטת עורכת המכרז הצעה מתחת למחיר הרצפה האמור תיפסל, והצעה שלא חרגה מן הסף – לא תיפסל. האם ניתן לומר על הצעה הכוללת, למשל, הנחה של 18.1% כי היא גרעונית, בלתי סבירה, תוביל לביצוע גרוע, או לאי-ביצוע של העבודות, ולכן חובה לפסול אותה ללא הפעלת שיקול דעת, ולעומת זאת הצעה הכוללת, למשל, הנחה של 18% איננה כזו כלל ועיקר? שימוש בנתון כזה כתנאי סף לדחייה אוטומטית של ההצעות, ללא שיקול דעת, נחזה איפוא לכאורה כשרירותי. יתרה מכך, הוא מתעלם מחוסר סימטריה בין המציעים: ייתכן שמציע פלוני יוכל להציע הנחה של 20% כיוון שיש לו תשתיות וכלים, ניסיון, כוח אדם מוכשר וזמין, יתרון לגודל, או יתרונות אחרים, שאין לשאר המציעים – ובכל זאת נוכח תנאי הסף האמור הצעתו תיפסל אוטומטית, תוך פגיעה ביעילות המכרז. ייתכן עוד שהצעה כאמור היא אמנם הצעת הפסד, אך למציע יש סיבות טובות לבקש לזכות במכרז במחיר שנקב בו (רצון להשיג דריסת רגל בשוק הנתון, למשל), ויש לו את הגיבוי הכלכלי הנדרש לכך, היכולת והרצון לבצע את העבודה, ולפיכך – בהינתן כל אלה – אין סיבה שלא לבחור בהצעתו (עיינו: [בג"ץ 117/63 זלרף נ' עיריית כפר סבא, פ"ד יז 1273](#), 1279-1280 (1963)). מאידך גיסא, ייתכן שההצעה הזוכה תכלול אמנם הנחה העומדת בתנאי הסף (ולכן תיחשב אוטומטית לבלתי גרעונית), ואולם למציע הספציפי – אין למעשה יכולת לספק את שירותי המכרז במחיר שהציע. ימצא איפוא שבמקרה כזה עורך מכרז יבחר בהצעה יקרה יותר, שניתנה על-ידי מציע שהוא איכותי פחות, ואשר

הצעתו היא זו הגרעונית בפועל (השוו: [עת"מ \(י-ם\) 20114-06-10](#) מטריקס אי.טי. מערכות מידע מתקדמות בע"מ נ' מדינת ישראל (כב' השופט י' נועם) (פורסם בנבו), 3.7.2011)).

לשלמות התמונה אציין כי הוראות התכ"מ של החשב הכללי (הוראה 7.4.5 (מהדורה 3), סעיף 4.1) מאפשרות אמנם קביעת מחיר רצפה, לצד מחיר תקרה (עם זאת לא נאמר שם כי מחירים אלה יוסתרו מן המציעים), ואולם הוראות אלו מדגישות כי ועדת המכרזים רשאית לשקול אם לקבל את ההצעה גם במקרה שהיא חורגת מן הגבולות האמורים. דבר זה ייעשה, כך ממשיכות הוראות התכ"מ ואומרות – לאחר בירור מול המציע ומנימוקים שיירשמו בפרוטוקול. הוראות התכ"מ הישנות, שאליהן הפנו המשיבות (ובעקבותיהן – גם בית המשפט הנכבד קמא) כעגיון לתקפותה של הוראת מחיר הרצפה נטולת שיקול הדעת – אינן תקפות עוד.

ברור שבהתנהלות על פי הוראות התכ"מ החדשות יש כדי למתן משמעותית (ואינני קובע כאן כי יש בכך כדי לאיין לחלוטין בנסיבות כמו אלו שבכאן) את הבעיות לכאורה שנסקרו לעיל בקביעת "מחיר רצפה".

19. זאת ועוד – אחרת. הסתרת גובה ההנחה המקסימלית מחריפה לכאורה את הבעיות שנסקרו לעיל. היא נראית כמגבירה את אי-הוודאות בקרב המציעים, מצב שמחקרים מלמדים כי הוא פוגע ביעילות מבחינת עורך המכרז (ראו: Paul R. Milgrom; Robert J. Weber, "A Theory of Auctions and Competitive Bidding" *Econometrica*, Vol. 50, No. 5. (Sep., 1982), 1089; עומר [דקל חובת המכרז של גופים](#) מינהליים 184 (2001)). אבהיר: חשש המציעים-בכוח מאפקט "הגיליוטינה החבויה" עלול להביא את חלקם שלא להציע הצעות כלל ואת חלקם להציע אחוז הנחה נמוך משיכולים ונכונים היו להציע (לעתים נכונות זו היא אף מעבר להנחה המקסימלית שהותרה). כל אלה עלולים להיות מתורגמים גם לזכייה של מציע שאיננו האופטימלי, ולבזבוז רב של כספי ציבור. במקרה דנן, לדוגמה, הפרש של אחוזים בודדים במחיר ההצעה הזוכה, כתוצאה ממנגנון המכרז הבלתי אופטימלי, משמעה אובדן של מאות אלפי ש"ח – ללא כל הצדקה.

20. קושי מובנה נוסף בקיומו של תנאי הנחה מקסימלית נסתר הוא יצירת תמריץ לפגיעה בטוהר המידות. לאלמנט התחרותי הרגיל (על המציעים להגיש את ההצעה

הזולה ביותר, הסבירה מבחינתם) מתווסף אלמנט שרירותי ומשמעותי של פסילת הצעות זולות מעבר לסף מסוים ונסתר. במצב זה – מיקומו המדויק של "סף התהום" הופך למידע בעל ערך משמעותי ביותר למציעים, שהרי הצעה שתנקוב בהנחה המקסימלית כאילו זכתה בהגרלה: היא תועדף הן על פני ההצעות היקרות ממנה והן על פני הזולות ממנה, שהרי אלו תיפסלנה. כל אלה מתמרצים את מי שקשור בעורך המכרז ויש לו נגישות למידע רב ערך זה – להדליף את המידע (מובן שהדברים נאמרים ככלל, ולא ביחס למכרז הספציפי מושא הערעור, שלגביו אין אלא להניח, לעת הזו, כי המשיבה 3, מבצעת השלב הקודם בפרויקט, הצליחה לקלוע בדיוקנות לחסם האמור כתוצאה משילוב של מזל ומיומנות בלבד, וכי בדיוק כך הצליחה גם המשיבה 7 לקלוע לחסם כזה, במכרז המקביל).

21. הידרשות עורך מכרז ל"מחיר רצפה" למניעת הצעות גרעוניות, תוך קביעה כי הצעה החורגת מן הסף – תיפסל אוטומטית, ובפרט כאשר מחיר הרצפה הוא נסתר – נראית לכאורה כבעייתית לכאורה גם בהתחשב בקיומה של חלופה פשוטה, סבירה ומידתית יותר: ניתן להכליל בהוראות המכרז תניה שככל שהמחיר המבוקש בהצעה האמורה להיות מוכרזת כזוכה – ייחזה כנמוך באופן מחשיד, ועדת המכרזים תזמן את המציע על מנת לברר את פשר הצעתו (ככל שהיא נראית גרעונית) ויכולתו לעמוד בה. ספק אם יימצא שהחיסרון הטמון בהשקעת הזמן של חברי ועדת המכרזים הנדרש לצורך זה (לעומת פסילה אוטומטית של ההצעה) עולה על החסרונות לכאורה שבכלל הפסילה האוטומטית הנסתר.

22. ראוי לציין שקביעת מחיר רצפה נסתר אפילו איננו חוסך בהכרח טענות של מציע הצעה שנפסלה כזולה מדי ואת ההתדיינות המשפטית הכרוכה בכך, שכן ממילא קיימת האפשרות שהלה יטען שאחוז ההנחה המקסימלי הנסתר שנקבע – איננו סביר, או שהאומדן (אם גם הוא לא פורסם) היה גבוה מדי באופן שגוי (עיינו: [עת"ם \(י-ם\) 835/02](#) מיקוד שמירה אבטחה שירותים וניקיון בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו), 9.3.2003; [עת"ם \(י-ם\) 1264/04](#) איזוטסט בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 16.1.2005); חיים הרציג ורונית גרבר דיני מכרזים כרך ד' 263-265 (2010)).

23. אם לא די בכשלים לכאורה הנ"ל, ובקיומה של חלופה הנחזית כראויה יותר, לעומת שיטת מחיר הרצפה הנסתר של עורכת המכרז כאן, הרי שעל פני הדברים עומדת שיטה זו בניגוד לעקרונות יסוד של דיני המכרזים. קביעת הנחה מקסימלית שאיננה

מגולה למציע, שסטייה ממנה תביא אוטומטית לפסילת ההצעה, אכן נחזית במבט ראשון כתנאי סף נסתר (ויודגש שוב כי אנו עוסקים בהקשר הנוכחי רק בקביעת "מחיר רצפה" במכרז, ולא ב"מחיר תקרה"). העובדה שהמציעים- בכוח יודעים שקיים תנאי סף נסתר – מעין "גיליוטינה" האורבת במחשכים – איננה גורעת מכך שתוכן התנאי נסתר עדיין מעיניהם. מובן שעורך מכרז רשאי, ותדיר אף חייב, לקבוע אומדן, שיהווה קנה מידה לסבירות ההצעות שהוגשו – אומדן שהפסיקה קבעה שאין חובה לפרסמו (ראו: [בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא \(1\) 505, 519-522 \(1977\)](#)). מובן גם שעורך המכרז רשאי להתריע כי ייתכן שיפסול הצעה החורגת באופן בלתי סביר מן האומדן. אולם יש לכאורה טעם בטענה שקביעת סף סמוי לעניין הצעה שהיא זולה מן האומדן באחוז קבוע מראש, שמעבר אליו כל הצעה תיפסל אוטומטית, הופכת אותה קביעה לתנאי סף נסתר, שאי-פרסום תוכנו הכמותי מצדיק את פסילתו (עיינו: [תקנה 17 ותקנה 22 לתקנות חובת המכרזים](#), התשנ"ג-1993 (להלן: התקנות), שאין בהפניה אליהן כאן כדי לטעת מסמרות בשאלה האם הן חלות במישרין או בעקיפין על החברה הכלכלית, אם לאו).

24. אוסיף כי ככל שיימצא כי אכן בתנאי סף (נסתר) עסקינן, צצה מיד בעיה נוספת: נוכח רשימת הכשלים לכאורה שנמנו לעיל, מתחדדת מיד השאלה האם אותו תנאי סף שקבע עורך המכרז הוא ענייני, שאם לא כן – אין בסיס מספק לקביעתו (עיינו: [תקנה 6\(ב\)](#) לתקנות; על היבט נוסף הכרוך בכך עמדתי כבר בפסקה 15 שלעיל).

זאת ועוד: פסילתה האוטומטית של הצעה, אף שהיתה הזולה ביותר במכרז ולפיכך מוחזקת (חזקה הניתנת לסתירה) כיעילה ביותר עבור עורך המכרז, נחזית כעומדת בסתירה לחובתה של ועדת המכרזים, שהחליטה שלא לבחור בבעל ההצעה הזולה ביותר כזוכה במכרז – להעניק לו קודם לכן זכות טיעון (ראו: [תקנה 21\(ב\)](#) לתקנות; השוו: [ע"מ 3499/08](#) רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה [פורסם בנבו] (18.1.2009); [ע"מ 8409/09](#) חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ [פורסם בנבו] (24.5.2010)). יודגש כי המדובר פה במציע שלא ידע מראש מהו "מחיר הרצפה", שאם לא כן – חזקה עליו שלא היה מגיש את הצעתו במתכונתה המקורית.

25. העולה מן המקובץ מלמד כי החשש ששיטת ההנחה המקסימלית הנסתרת שהנהיגה כאן עורכת המכרז עומדת לכאורה בניגוד לשלושת עקרונות היסוד של דיני המכרזים – איננו מבוטל, כמפורט להלן:

(א) השיטה נחזית כפוגעת בשוויון, שהרי היא עלולה לכאורה למנוע תחרות בתנאים שווים בין המתמודדים השונים;

(ב) שיטת "מחיר הרצפה" הנסתר עלולה לכאורה להביא לפגיעה בטוהר המידות, שכן היא יוצרת תמריץ רב (מעבר לרגיל) לגורמים הקשורים בעורך המכרז – להדליף את המידע בעל הערך שהם אוצרים בידם לאחד המציעים;

(ג) לבסוף נראה כי שיטה זו היא לכאורה גם בלתי יעילה, ועל כך הרחבתי כבר את הדיון קודם לכן.

26. ברי כי התהיות הנ"ל מחייבות כולן ליבון יסודי, ואין מקום לגרום לכך שדיון זה יהפך בערכאת הערעור לאקדמי, מה שעלול לקרות אם הבקשה לסעד זמני בערעור תדחה.

27. נוכח כל האמור לעיל הרי שניתן בזאת צו האוסר על המשיבה 1 לפעול לבחירת זוכה ולמימוש המכרז – כל זאת עד להחלטה אחרת בערעור, או בהליך אחר שתפתח בו המבקשת, מכוח האמור בפסקה 28 שלהלן. המשך תוקפו של הצו מותנה בכך שהמבקשת תפקיד בגזברות בית המשפט עד לתאריך 30.4.12 התחייבות עצמית וכן ערבות בנקאית בסך 30,000 ש"ח, שתשמש כערבות לפיצוי המשיבות 1-3 בגין כל נזק שייגרם להן כתוצאה ממתן הצו, במקרה של דחיית הערעור, או אם הצו יפקע מכל סיבה אחרת.

הערעור יישמע בהקדם, ככל שהדבר יתאפשר על פי יומנו של בית המשפט.

28. מבלי לגרוע מכל האמור לעיל – מוצע לצדדים לשוב ולשקול הצעתי מתאריך 28.3.2012, שאוזכרה גם בפסקה 10 שלעיל. ככל שהצדדים יבחרו ללכת בדרך זו הם ימסרו הודעה מעדכנת לבית משפט זה, שכן מובן כי לעתירה שכזו (עתירה שתגיש

המבקשת לבית המשפט המחוזי המוסמך, שבגדרה גם כל זכויות המשיבים וטענותיהם שמורות להם, כמובן) – תיתכן השלכה על הליכי הערעור כאן, עד כדי ייתורם.

29. המשיבות 1 ו-2 (שהן למעשה קבוצה אחת לצרכי הוצאות) וכן משיבה 3 תישאנה בשכר טרחת עורכי דינה של המבקשת בקשר עם בקשה זו, בסכום של 10,000 ש"ח כל אחת (דהיינו בסך הכל ישתלם למבקשת סכום של 20,000 ש"ח).

ח' מלצר 54678313-2398/12

ניתנה היום, ל' ניסן, תשע"ב (22.04.2012).

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 12023980_K03.doc אצ+מה
מרכז מידע, טל' 077-2703333; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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