

עיון חוזר בשאלת חובת פסילתה של ערבות מיטיבה במכרז

(בעקבות פסק דין אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ)¹

מאת

עו"ד איילת סימון-וקסלר • עו"ד דורון תמיר*

"... גם ערבות מיטיבה וגם ערבות מרעה, יש בהן, כעקרון, כדי לפסול את ההצעה במכרז. לטעמי, עדיף לקבוע כלל חד לפיו אל למציעים או לבנקים לגרוע או להוסיף על תנאי הערבות, בבחינת לא מדובשך ולא מעוקצך. אין זו גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה..." (השופט נאור שם בפסקה 20).

א. פתח דבר

פסק דין של בית המשפט העליון מראשית שנה זו חידש הלכה בתחום דיני המכרזים, וקבע:

"... ראוי לקבוע כלל חד לפיו גם ערבות מיטיבה וגם ערבות מרעה, יש בהן, כעקרון, כדי לפסול את ההצעה במכרז."

קביעתו זו של בית המשפט העליון מבטלת, הלכה למעשה, את האבחנה שנוצרה בפסיקות רבות של הערכאות המשפטיות (ובכללן בית המשפט העליון) בין ערבות בנקאית שתנאיה חורגים לרעה מהתנאים שנקבעו במסמכי המכרז, לבין ערבות בנקאית העומדת בכל תנאי המכרז ללא כחל וסרק, שכוללת רכיבים ההופכים אותה לטובה ומיטיבה ביחס לתנאי הערבות שהתבקשו במסמכי המכרז.² עד לפסיקה נשוא דיוננו, ידעו ועדות המכרזים, המתמודדים והבנקים האחראים על הנפקת הערבויות הבנקאיות, שערבות מרעה תיפסל על דרך הכלל - למעט חריגים מועטים - בעוד ערבות מיטיבה תיבחן באופן שונה. ערבות כזו לא תיפסל על אתר, ורק נסיבות

* עו"ד איילת סימון-וקסלר הינה שותפה במשרד ויינשטוק-זקלר ושות' ומנהלת מחלקת מכרזים, תשתיות ומימון פרויקטים; עו"ד דורון תמיר הינו שותף במשרד יגאל ארנון ושות' ומתמחה במכרזים ובמימון פרויקטים בתחומי התשתיות, המים והאנרגיה.

1. עע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל - רשות המים והביוב, מיום 1.1.12, (פורסם בדיניים) (להלן: "פסק דין אפקון").

2. רכיבים ההופכים ערבות למיטיבה ביחס לדרישות המכרז יכולים להתבטא בסכום ערבות גבוה יותר, תוקף ארוך יותר, דרישות מקילות בנוגע למועד בו ניתן לחלטה, יכולת מימוש באמצעים רבים יותר מהנדרש ועוד.

חריגות ומיוחדות המלוות בחוסר תום לב ואולי בתכסיסנות יצדיקו פסילה של הצעה הכוללת ערבות שתנאיה טובים יותר מאלה שנדרשו.

הגם שניתן אולי להבין את רצונם של שופטי בית המשפט העליון הנכבדים להעביר מסר חמור ונוקשה למתמודדים במכרזים לפיו כל סטייה מנוסח ערבות בנקאית, מרעה או מיטיבה, יביא לפסילתה,³ אנו סבורים שהפסיקה אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות המקובלים לפיהם בוחנים בתי המשפט את התנהלות ועדות המכרזים.⁴

אנו סבורים שהקביעה הגורפת בפסק דין אפקון מטה את הכף לעבר בחינה פורמליסטית ודווקנית של הערבות הבנקאית. זאת, בעוד שפגמים או חוסרים ברכיבים אחרים בהצעתו של מציע, העשויים להיות משמעותיים פי כמה מבחינת עלותם והשפעתם על ההצעה, נדונים לגופם, תוך בחינה מהותית של תוכן הפגם הרלוונטי, מידת פגיעתו בעקרון השוויון, תום הלב של המתמודד שהצעתו לקתה בפגם זה ועוד. בתי המשפט מכירים על דרך השגרה בסמכות ועדות המכרזים לבקש, במקרים המתאימים, הבהרות להצעות חסרות, לאפשר למציע לתקן טעות שנפלה בהצעתו, לצרף מסמך שהיה בידי במועד הגשת הצעתו אך הושמט בתום לב, ובאופן כללי מכירים הם בסמכותן של ועדות המכרזים לבחון פגמים בהצעה בשים לב לתנאי המכרז ולסמכויות שהוקנו לוועדה בתנאי המכרז, כפי שקבע בית המשפט העליון באחד המקרים שהובאו בפניו:

"עלינו להבחין בין הפרת החובה לבין התרופות בגין ההפרה. כאן יש להבחין בין פגמים מהותיים לפגמים טכניים. פגם מהותי פוסל הצעה. פגם טכני מעניק בדרך-כלל שיקול-דעת לבעל המכרז: אם ירצה - יפסול המכרז; ירצה - יתעלם מהפגם. למותר לציין כי עליו לפעול מתוך שוויון. בעניין שלפנינו אין לנו צורך לבחון את הדין לעניין זה, שכן בתנאי המכרז ניתנה אפשרות לערוך שינויים טכניים בהצעה. נמצא שאין לנו כלל עניין בהפרת החובה אלא בהגשמתה. כאמור, בפרשה שלפנינו שמר לעצמו בעל המכרז את החופש לקבל הצעה שיש בה שינוי טכני לעומת תנאי המכרז. תוקפו של תנאי זה בתנאי המכרז לא הותקף בהליך שלפנינו. חופש זה הופעל, על פי התנאי האמור, באופן שוויוני, ועל-כן לא ראיתי מקום להתערב בהחלטתו של בעל המכרז."⁵

3. זאת, בכפוף לחריגים מצומצמים אשר לגביהם מציינת כב' השופטת נאור: "איני שוללת חריגים מצומצמים לכלל הנוקשה דוגמת עע"מ 5834/09 המוסד לביטוח לאומי נ' אדמונית החורש בע"מ", (31.1.10) (פורסם בדינים) (להלן: "עניין אדמונית החורש"). ראו גם החלטתה של כב' השופטת נאור בעעמ 7708/11 חב' מוניית מרכז חורב בע"מ נ' עיריית חיפה מיום 27.11.11 (פורסם בדינים), שלושה ימים לפני מועד מתן פסק דין אפקון.
4. בתי המשפט חוזרים פעם אחר פעם על כך שבדין בעתירה כנגד החלטת ועדת מכרזים אין הם "ועדת מכרזים עליונה", התערבותם תיעשה במשורה ורק כשהחלטת הוועדה חרגה ממתחם הסבירות, כשנפגע עקרון השוויון וכיוצא באלה פגמים. ראו לעניין זה, למשל: בג"צ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לז(1), 651 (להלן: "פרשת כח (2000) אחזקות"); ע"א 6763/98 כרמי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1), 418 וכן עע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2), 94.
5. ראו לעניין זה עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1), 590, 609 ו-614.

במאמרנו זה נסביר את הסתייגותנו מההלכה שנקבעה בפסק דין אפקון ונעמוד בקצרה על העדר ההצדקה לפסיקה המחמירה באופן מיוחד ביחסה לפגמים בערבויות בכלל⁶ וביחס לערבויות מיטיבות בפרט.

נבקש להציג את העקרונות העומדים ביסוד דרישות ועדות המכרזים לקבל ערבות בנקאית ממתמודדים במכרז, נזכיר כמה רחבות סמכויות ועדות המכרזים בקביעת תנאי הערבות ונציע לוועדות המכרזים מספר פתרונות מעשיים לצמצום התוצאות הקשות הנובעות מפסק דין אפקון.

מאמרנו יתחלק לפרקי המשנה הבאים:

- א. מטרת דיני המכרזים;
- ב. מטרות הערבות הבנקאית במכרז;
- ג. סקירה קצרה של התפתחות הפסיקה בנושא הערבות הבנקאית במכרז;
- ד. התפתחות הפסיקה בעניין ערבות בנקאית המיטיבה עם עורך המכרז;
- ה. הצעות מעשיות לוועדות המכרזים להתמודדות עם השלכותיו של פסק דין אפקון.

ב. מטרת דיני המכרזים

ביסוד דיני המכרזים הציבוריים עומדות שתי מטרות ציבוריות: האחת, הבטחת ממשל תקין, באמצעות ניהול ענייני הרשות הציבורית בדרך שיש בה משום מתן הזדמנות שווה ויחס זהה והוגן לכל; והשנייה, השגת ההתקשרות המיטיבת לרשות הציבורית במונחי איכות ומחיר.

המטרה הראשונה נתפסת כמטרה תשתיתית, ארוכת טווח, המאפשרת להקנות אמון במערכת הציבורית ומעודדת השתתפות מציעים רבים יותר במכרזים ציבוריים. המטרה השנייה נתפסת, על פי רוב, כמטרה נקודתית פרטנית, שנועדה למקסם את התועלת הציבורית בכל התקשרות בפני עצמה.

על פי רוב, שתי המטרות גם יחד מושגות בעת ובעונה אחת. אולם בפועל מתגלה לעיתים מתח בין שתי המטרות, וזאת כאשר הצעה המגלמת בחובה את ההתקשרות המיטיבת במונחי איכות ומחיר כשלה בעמידתה בדרישות מכרזיות ועל כן קבלתה לא תעלה לכאורה בקנה אחד עם חובת הרשות ליתן הזדמנות שווה והוגנת לכל לזכות במכרז על פי כללים ידועים שנקבעו מראש. ככלל, פסיקת בית המשפט קובעת כי המטרה הראשונה - הבטחת ממשל תקין ושוויון ההזדמנויות - הנתפסת, כאמור,

6. ראו למשל: עע"מ 10064/04 מרגלית ש.א. רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4), 495 (2004); עע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר. - מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ (27.2.2006) (פורסם בדינים) (להלן: "עניין מגערי").

כמטרה ארוכת הטווח, גוברת בחשיבותה על המטרה השנייה; על כן, הצעה אטרקטיבית במונחי מחיר (ואיכות) הפגומה מהותית מבחינת מתכונת הגשתה תיפסל, על מנת שלא לפגוע בעקרון המכריע שלפיו הרשות צריכה לנהל מכרזיה באופן תקין, שווה והוגן. התפיסה השלטת הינה, שהגברת אמון הציבור בשיטת המכרזים תביא בטווח הארוך להגברת השתתפות, להגדלת התחרות ולתוצאות טובות יותר במכרזים של המגזר הציבורי.

ג. מטרת הערבות הבנקאית במכרז

אחד התנאים הנפוצים להשתתפות במכרזים ציבוריים הינו הדרישה להפקיד ערבות (ודוק: לאו דווקא ערבות בנקאית) להבטחת קיום ההצעה. הגם שקביעת תנאי כאמור איננה חובה על פי תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: "התקנות")⁷, מוצאות לכונן ועדות מכרזים רבות לקבוע תנאי לפיו הפקדת ערבות בנקאית תהא אחד התנאים היסודיים במכרז.

ביסוד התנאי בדבר הפקדת ערבות מכרז עומדות מספר תכליות: האחת, הערבות מלמדת על רצינות כוונות המציע, על כך שבדעתו להתקשר עם עורך המכרז אם יוכרז זוכה, וכי הגשת ההצעה מצידו אינה בבחינת 'גישוש' תוך שהוא שומר לעצמו אופציה להתקשרות, אשר ברצותו לסגת ממנה יוכל לעשות זאת ללא תוצאות כלכליות מכבידות. התכלית השנייה - הפקדת ערבות בנקאית מהווה אינדיקציה מסויימת לחוסן הפיננסי של המציע. התכלית השלישית - הערבות מהווה חסם למניפולציות פסולות בין מתמודדים במקרה בו מתגלה, לאחר הגשת ההצעות, כי פרישתו של מציע שהצעתו הייתה הטובה ביותר (ועל כן ראויה לזכות במכרז), שהובילה להתקשרות עורך המכרז עם מציע שהצעתו דורגה שנייה, נבעה מקונוניה בין שני המציעים אשר תאפשר להם לחלוק ברווח העודף (הוא הפער בין ההצעה הזוכה להצעה השנייה) על חשבון הציבור.⁸

עיון בתכליות המכרז מלמד, כי ערבות המכרז אינה אלא כלי שרת בידי ועדת המכרזים להשגת תכליות מוגדרות. ככזו, הערבות אינה 'עיקר' אלא היא נלווית להליך העיקרי, החשוב והמרכזי, הוא הליך המכרז - הליך התחרות בו מבקשת הרשות לבחור את ההצעה הטובה ביותר. הפקדה של ערבות בנקאית מאפשרת לוועדת מכרזים לגשת לבחינת ההצעות שהוגשו במכרז ביודעה שהמציעים לא יוכלו לסגת מהצעתם בלי שנסיגה כזו תגרור גם עלות כבדה (כגובה הערבות) למציע הנסוג. עם זאת ולגופו של עניין, בטרם תבחר ועדת המכרזים בזוכה, היא תבחן מה כוללת הצעתו, מהן יכולותיו של המתמודד ומה ניסיונו בביצוע פרויקטים הדומים למכרז.

7. הוראות התכ"מ החלות על משרדי הממשלה קובעות סוגי מכרזים בהם תהינה ועדות המכרזים מחוייבות לדרוש הפקדת ערבות בנקאית כתנאי להשתתפות במכרז.

8. להרחבה בדבר תכליות ערבות המכרז ראו: עו"ד דורון תמיר ועו"ד מיכל מויל, "ערבות במכרזים: פתרון חדש", עורך הדין (נובמבר 2005), 56. ויובהר, התנהלות כאמור של מציעים עומדת לכאורה בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים.

אין צל של ספק שהערבות הבנקאית איננה מהווה, בפני עצמה, חלק ממטרות דיני המכרזים או ממטרתו של מכרז כלשהו.

בהתאם למהותה של הערבות, עליה עמדנו לעיל, היקנו התקנות לוועדת המכרזים סמכויות כמעט בלתי מוגבלות בקשר עם קביעת הכללים שיחולו על מתן ערבות במכרז. ראשית, התקנות כלל לא מחייבות ועדת מכרזים לדרוש ממציעים להגיש ערבות להבטחת קיום הצעתם. שנית, התקנות כלל לא מחייבות ועדת מכרזים לדרוש ממציעים להגיש ערבות **בנקאית**. שלישית, תקנה 16(א) לתקנות מקנה לוועדת המכרזים סמכות רחבה לקבוע את תנאי הערבות, סוג הערבות, גובה הערבות ומשך תוקף הערבות. כך גם נקבע בתקנה 16(ב) לתקנות, כי לוועדת המכרזים נתון שיקול הדעת אם לחלט ערבות מכרז בנסיבות המפורטות בתקנות.

ראוי לציין, שהסמכויות הנתונות לוועדת המכרזים בקשר עם השאלה, **האם** לדרוש ממציעים ערבות בנקאית, ומשהחליטה בחיוב, אלו תנאים יחולו על ערבות זו, משתלבות היטב בסמכויות הרחבות הנתונות לוועדות המכרזים לקבוע תנאים במכרז באופן התואם את צורכי הרשות ביחס ליתר דרישות המכרז ותנאיו. כך, בין היתר, מוסמכת ועדת מכרזים לקבוע אלו תנאים יהיו תנאי סף ואלו תנאים יזכו בניקוד, מה החוסן הפיננסי המינימלי שכל מציע יצטרך להציג, מה הניסיון הקודם שעליו להוכיח ועוד. לוועדות המכרזים סמכויות נרחבות. ועדת מכרזים מוסמכת לקבוע כללים רחבים וגמישים בקשר עם ניהול ההליך, ניהול משא ומתן, הליכי תחרות נוספים ואף להרחיב את סמכויותיה בקשר עם טיפול בפגמים מסוגים שונים בהצעות, מתן אפשרות למציעים לתקן פגמים כאלה, סמכות לקבל מסמכים אף לאחר הגשת ההצעות ועוד.⁹ בתי המשפט אף נוהגים להכיר בסמכותן לקבוע תנאים גם אם תנאים אלה מגבילים את זכותו של אדם להתמודד במכרזים, ובלבד שתנאים אלה נדרשים בנסיבות העניין.¹⁰

אין כל ספק שהפסיקה המחמירה העוסקת בניתוח פגמים בערבויות בנקאיות נראית לעיתים כהולכת בנתיב שונה לגמרי מהפסיקה העוסקת בפגמים אחרים בהצעות. לצד פסיקה נרחבת העוסקת בפגמים בהצעות שהציעו מציעים (ובכלל זה דיונים אודות האבחנה בין פגמים מהותיים הפוגעים בעקרון השיוויון ובין פגמים טכניים שאירעו בתום לב),¹¹ הפסיקה העוסקת בערבויות בנקאיות כמו הולכת ומחמירה דרישותיה משנה לשנה. לדעתנו, ובכל הכבוד הראוי, פסיקה זו מתרחקת בעקביות מהתכליות של הערבות הבנקאית עליהן עמדנו לעיל, ובמידה רבה 'מקדשת' את עקרון 'ההתאמה המוחלטת' בנוסחי הערבות הבנקאית שנתבקשו מול אלה שהוגשו.

-
9. ראו: עת"מ (חי) 10-10-54648 ע.נ. **הר עפר בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (15.11.10) (פורסם בדינים); עת"מ (חי) 10-10-61131 **Hitachi Power Systems America Ltd. (חברה זרה המאוגדת בארה"ב) נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח'** (13.2.11) (פורסם בדינים).
10. ראו סעיף 2א לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 וכן תקנה 6 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993. כך ראו למשל: עע"מ 1985/10 **חברת נתיבי איילון בע"מ נ' די.אנד.די. בטיחות בע"מ** (18.7.10) (פורסם בדינים).
11. ראו למשל: פרשת **כח (2000) אחזקות הנ"ל** וכן עע"מ 2310/02 **איגוד ערים אזור דן (תברואה וסילוק אשפה) נ' דסאל מרחבים - חברה לעבודות עפר בע"מ**, פ"ד נט(6), 337.

לעיתים, במהלך דיון משפטי אחד בבית משפט מתקיים מעין "משפט זוטא" על תוקף הערבות הבנקאית, כשהדיון נסוב כולו על עניינים הנראים, בכל הכבוד הראוי, שוליים לכל הצדדים להליך (כגון: האם האפשרות לחלט את הערבות הבנקאית באמצעות פקסימיליה מצדיקה פסילה של הצעה);¹² במקביל, וביחס לאותן הצעות ממש, מתנהל דיון מהותי ועמוק בבית המשפט על שאלות של פגיעה או אי-פגיעה בשוויון ביחס לחלקים אחרים. קשה לעיתים להבין במבט ראשון את ההיגיון שבהקפדה על כל תו ותג בערבות הבנקאית (שאינו לו כל משמעות אמיתית מבחינת עלויות ויכולת הוועדה להשתמש בערבות זו לתכליות לשמן ניתנה הערבות) בעוד הוועדה בהחלט מוסמכת לקבל מסמכים שלא הוגשו במועד (ובלבד שמדובר במסמכים שהיו קיימים בידי המציע במועד ההגשה, או כאשר הוועדה שמרה על סמכותה לקבל מסמכים כאמור), לאפשר למציע להבהיר את הצעתו במקרים המתאימים ואף לדון ולהכריע בסוגיות, שביניהן, למשל, האם הצעה מסוימת הייתה 'תכסיסנית' או הוגשה בתום לב.

ד. התפתחות הפסיקה בנושא ערבויות פגומות במכרז

בהינתן האמור לעיל ביחס למשקלה של המטרה התשתיתית ארוכת הטווח להבטחת אמון הציבור בשיטת המכרזים ובחשיבותו של עקרון השוויון ובתכליות שלהן נועדה הערבות הבנקאית, ניתן להבין את שורת ההלכות המשפטיות שנקבעו בפסיקת בתי המשפט ביחס לחובה לפסול ערבויות בנקאיות שנפל בהן פגם המרע עם המזומין.

בתי המשפט פסקו בשורה ארוכה של פסקי דין, כי פגמים בערבות הבנקאית דינם לגרור את פסילת הצעה כולה. המשותף לכל הפגמים שהובילו לפסילתן של הצעות בגין פגמים שנפלו בערבות הוא, שבסופו של דבר הועמדה לטובת עורך המכרז בטוחה נחותה מזו שנדרשה בתנאי המכרז, אשר ייתכן שהקנתה למי מהמתמודדים שהגיש בטוחה 'נחותה' כזו יתרון כלשהו על פני המתחרים האחרים בהליך המכרז, אשר נדרשו להעמיד בטוחה בתנאים שונים, שעלויותיה אולי רבות יותר, או שהציבה בפניהם רף גבוה יותר לכניסה לתחרות.

סקירה של התפתחות הפסיקה מלמדת כי בית המשפט העליון, בשורת פסקי דין, הלך וצמצם את מרחב שיקול הדעת הנתון לוועדות המכרזים בבואן להכריע את גורלה של הצעה שבערבות להבטחת קיומה נפל פגם. בכל הנוגע לערבויות המכרז, הפסיקה עברה מגישה הבוחנת את מהות הפגם שנפל בערבות ושקילת השפעתו על טיב הבטוחה ועל יתר התכליות שנועדה ערבות המכרז להשיג, לגישה פורמליסטית, הבוחנת התאמה טכנית לדרישות המכרז ומונעת מוועדת המכרזים להפעיל את שיקול הדעת ולבחון בכל מקרה לגופו, אם נפגעו טיב הבטוחה או תכלית אחרת מהתכליות העומדות בבסיס ערבות המכרז.

12. ראו עניין מגער, הנ"ל.

הנימוק המוביל לגישה הפורמליסטית בה נוקט בית המשפט העליון היא, כי קביעת כללים ברורים וחד-משמעיים תגביר את אמון הציבור בשיטת המכרזים ותבטיח כי יישמר השיוויון בין המתמודדים במכרז בטווח הארוך. כאמור לעיל, פעמים רבות, הדבר בא על חשבון השגת המטרה השניה שביסוד דיני המכרזים: התקשרות הרשות הציבורית עם הגורם שהציע את ההצעה הטובה ביותר שניתן היה להשיג במכרז הספציפי אותו ניהלה ועדת המכרזים.¹³

פסק הדין החריג בשורת פסקי הדין שהובאו לעיל בעניין פגמים בערבות בנקאית הינו פסק הדין **אדמונית החורש**. בעניין **אדמונית החורש** קבע בית המשפט הנכבד כללים לאיתור מקרים חריגים שבחריגים, שבהם לא תחוייב ועדת המכרזים לפסול את ערבות המכרז. הפתח הצר שקבע בית המשפט העליון בעניין **אדמונית החורש** חל אך ורק במקרים של טעות הנלמדת מתוך הערבות עצמה, כאשר ניתן לעמוד על כוונתו המדוייקת של השוגה, תוך שימוש בראיות אובייקטיביות מובהקות, המצויות בפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרזים, הטעות מקורה בתום לב והיא נובעת מהיסח דעת של המציע או של נותן הערבות ואין בטעות ובתיקונה כדי להקנות למציע יתרון הפוגע בעקרון השוויון וביתר הכללים של דיני המכרזים.

ה. התפתחות הפסיקה בעניין ערבות המיטיבה עם עורך המכרז

סוגיית דינה של ערבות המיטיבה עם עורך המכרז מעבר לנדרש בתנאי המכרז עלתה לדיון בפסק הדין בעניין **אמנון מסילות**. באותו עניין נפל בהצעה פגם נוסף, שכן שני עותקי ההצעות היו שונים זה מזה. בנוסף לכך, גובה הערבות שניתן להבטחת ההצעה היה גבוה מן הנדרש באופן משמעותי (40%) ללא כל הסבר.

בית המשפט העליון דן בגורלה של ההצעה, אשר הערבות להבטחתה היטיבה מעבר לנדרש עם עורך המכרז, וקבע, כי דינה של הערבות להיפסל ובהתאם גם נפסלה ההצעה כולה. אלא, שבעניין **אמנון מסילות** קביעה זו לא עמדה ברצונו של פסק הדין אלא נאמרה כאמרת אגב. כבי' השופט גרוניס (כתוארו אז) הותיר שם סוגיה זו בצריך עיון ולא נקבעו מסמרות לגביה. במקרים אחרים בהם עלתה לדיון שאלה דומה, בעניין ערבות מיטיבה, פסקו לא פעם בתי המשפט לעניינים מינהליים, שהבדלים שוליים שאין בהם כדי לפגוע בשיוויון או להקנות יתרון כלשהו למציע, או להקשות על מימוש הערבות על ידי עורך המכרז, אינם מהווים פגמים כלל, או מהווים פגמים שאינם מצדיקים את פסילת הערבות וההצעה.

בשנים האחרונות הובאו לפתחו של בית המשפט מספר מקרים בהם נדונה ערבות שתוקפה ארוך מהקבוע במסמכי המכרז. בית המשפט לא ראה עניין זה כפגם המחייב פסילה והבחין בין מצב זה לבין מצב בו תוקף הערבות קצר מהנדרש. על כן לא היסס

13. הדיון בהצדקות, במשמעויות ובהשלכות של פסיקת בית המשפט בעניין פגמים בערבות בנקאית חורג ממסגרת מאמר זה, אם כי לדעת כותבי מאמר זה יש מקום לקיים גם בהן דיון וחשיבה מחודשת.

בית המשפט לחרוג מ"כלל פסילת ההצעה" והיה נכון "להכשיר" ערבות שכוז בהתקיים הנסיבות המתאימות.

כך למשל, בית המשפט ראה לנכון להכשיר את החלטת ועדת המכרזים שלא לפסול הצעה אשר תוקף ערבות המכרז שצורפה לה הייתה ארוכה בחודשיים מהנדרש. למסקנה דומה הגיע בית המשפט בעניין ערבות מכרז שתוקפה היה ארוך בשבוע מהנדרש.¹⁴

בשני המקרים דלעיל, בחן בית המשפט את נסיבות המקרה, ולאחר שהגיע למסקנה כי מדובר בטעות שאיננה עומדת בניגוד לאף אחת ממטרות הדרישה להעמדת הערבות, וכי הטעות נעשתה בתום לב, ללא כל כוונה להשיג יתרון בלתי הוגן, ומבלי שיתרון בלתי הוגן כזה הושג בפועל, ותוך שלא נוצרה כל הכבדה על היכולת לחלט את הערבות, ראה לנכון להפעיל את ה"חריג" שבכלל ולקבוע, כי אין מקום לפסול את ההצעות דנן.¹⁵

ראוי לציין מקרה נוסף בו התבקש בית המשפט להעניק צו ביניים בעתירה לפסילת אחת ההצעות, בנימוק כי תקופת הערבות הבנקאית שצורפה להצעה זו ארוכה בחודש מהנדרש.

בית המשפט דחה את הבקשה תוך שהוא קובע, כי הפגם הנדון אינו נובע מתכסיסנות וכי ללא ספק מדובר בטעות בתום לב.¹⁶

במספר פסקי דין, כגון בפסק דין **וייספיש** הנזכר לעיל, הועלתה בפני בית המשפט טענה ולפיה דין הגשת ערבות שתוקפה ארוך מהנדרש כדין הגשת ערבות שסכומה גבוה מהנדרש. בית המשפט דחה טענה זו וקבע, כי הפגם הטמון בסכום ערבות הגבוה מהנדרש חמור יותר מהפגם הכרוך בהארכת תוקף מעבר לנדרש, הן כעניין עקרוני והן מבחינת המשמעות הכלכלית, שכן, כאשר עסקינן בימים בודדים, הרי ששוויים זניח ואינו מגלם כל יתרון של ממש למתמודד. אך גם במקרים בהם סכום הערבות היה גבוה מהנדרש לא בהכרח נפסלה ההצעה בגין הערבות המיטיבה.¹⁷

בפסק הדין בעתירה המינהלית בעניין **אפקון** נקבע, כי הצעת אפקון פסולה משום שתוקפה של הערבות הבנקאית שצורפה לה היה ארוך ב-19 ימים מהנדרש. ואולם, עיון בנימוקי פסק הדין מעלה, כי אין בהם כל שינוי להלכה הפסוקה כפי שתוארה עד כה וכי פסילת ההצעה נבעה מהנסיבות (החריגות) של המקרה, שכן אפקון הודתה, כי

14. עת"מ 5065-05-10 **שיכון ובינוי - סולל בונה - תשתיות בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (11.8.2010) (פורסם בדינים), עמוד 20; עת"מ 128/07 **יעקב וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל** (1.2.2007) (פורסם בדינים), פסקה 11 (להלן: "**פסק דין וייספיש**").

15. ראו הערה 13 לעיל.

16. עת"מ 2374/05 **רייט נ' המוסד לביטוח לאומי** (25.9.2005) (פורסם בדינים), פסקה ב'. כן ראו: עת"מ 6200/07 **פ.פ.ס ריהאב בע"מ נ' מדינת ישראל** (22.5.2008) (פורסם בדינים), פסקה 16.

17. עת"מ 11-04-8910 **שופר סל בע"מ נ' המועצה המקומית כפר תבור** (2.6.2011) (פורסם בדינים).

הפגם בערבות לא נבע מטעות טכנית או מפליטת קולמוס, אלא בצעד מכוון אשר נעשה לצורך חיסכון בהוצאות ובהליכים בירוקרטיים. כלומר, וכלשון בית המשפט:

"לא מדובר בבלבול ו/או טעות טכנית של אפקון עקב חוסר בהירות הנאמר במכרז אלא בבחירה במועד של אפקון לא לדייק במועד הערבות הבנקאית הנדרש".¹⁸

עוד ראוי לציין, כי העובדה שבהליך שאלות ההבהרה הגדירה ועדת המכרזים את המועד המדויק למתן תוקף ערבות המכרז, ובכך מנעה כל אפשרות של אי-בהירות או בלבול, הטתה אף היא את הכף לרעת אפקון.

כך הגיעה סוגיה זו לפתחו של בית המשפט העליון. בפסק הדין בעניין אפקון, עוגנה הקביעה, כי ערבות מיטיבה, כמו ערבות מרעה, היא ערבות פגומה ולפיכך פסולה.

בעיקר נימוקיו ציין בית המשפט הנכבד:

"ואולם מטעמים של מדיניות משפטית, ועל מנת למעט בהתדיינות בדבר פגמים בערבות, יש לדעתי לצעוד בעקבות דעת הרוב בפרשת מסילות, ובעקבות הדברים שהובאו מפסקי הדין בעניין חג'אזי וטל אופיר. לדעתי, עלינו לחסוך מוועדות המכרזים ומבתי המשפט כאחת את העיסוק בהבחנות בין סוגי הערבויות שלעיתים הן דקות מיני דק. ראוי לקבוע כלל חד לפיו גם ערבות מיטיבה וגם ערבות מרעה, יש בהן, כעקרון, כדי לפסול את ההצעה במכרז. לטעמי, עדיף לקבוע כלל חד לפיו אל למציעים או לבנקים לגרוע או להוסיף על תנאי הערבות, בבחינת לא מדובשך ולא מעוקצך. אין זו גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה. בעקבות התוצאות הדרסטיים שנקבעו בפסיקה לעניין ערבות מרעה, התמעטו התקלות בעניין ערבות כזאת, וככלל, מגישי ההצעות והבנקים מקפידים יותר כיום על נוסח הערבויות. מסמכי המכרז כוללים היום לעיתים מזומנות את נוסח הערבות המבוקש. התוצאות הנוקשות שהותוו בפסיקה הביאו לשיפור רב. לדעתי, מטעמים של מדיניות משפטית, ראוי לקבוע כלל חד כזה גם לגבי ערבות מיטיבה."

השופט גרוניס הצטרף לחבריו להרכב וציין, כי שוכנע מהנמקתם כי יש הצדקה לקבוע כלל לפיו ערבות מיטיבה תיפסל. בפסק דינו הוסיף ופירט:

"היינו, יש להתייחס לערבות מיטיבה, בין מבחינת הסכום, ובין מבחינה אחרת, בגישה דווקנית, וביתר דיוק בגישה פורמליסטית. גישה כזו תגביר את הוודאות המשפטית, תקל על מלאכתן של ועדות המכרזים ותצמצם את ההתדיינות המשפטיות סביב זכייה במכרז."

18. עת"מ 11-01-28591 אלקו התקנות ושירותים (1973) בע"מ נ' הרשות הממשלתית למים וביוב ואח' (פורסם בדינים), פסקה 39. (15.3.2011)

אם למרות זאת מוגשת ערבות בנקאית שאינה תואמת את הדרישות, מצביע הדבר על ליקוי מסוים בהתנהלותו של המשתתף במכרז. על כן, נתון זה, בדבר פגם בערבות, אמור להשפיע על ועדת המכרזים. אם המשתתף טעה לגבי הערבות, האם אין חשש שאף בכל הנוגע לעבודה שעליו לבצע (או לגבי העניין המהותי האחר שבמכרז, למשל מתן שירות) הוא יטעה או לא יבצעה כהלכה?"

נקל לראות, כי הנמקת בית המשפט נשענת בעיקרה על הצורך בקביעת הלכה ברורה, שתאפשר הכוונה של הצדדים וודאות באשר למצב המשפטי - ודאות אשר לדעת בית המשפט תפחית את ההתדיינות הענפה סביב סוגיית ערבות המכרז. נראה לנו, בכל הכבוד, שקביעת בית המשפט הנכבד אינה נשענת על נימוקים המבוססים על תכליות דיני המכרזים, עליהן עמדנו לעיל, אלא נובעת לכאורה מנימוקים של נוחות ויעילות מינהלית. וראוי להוסיף שבפסק הדין בעניין אפקון, בית המשפט העליון נמנע כמעט לחלוטין מלעסוק בסוגיית ה"מחיר" הנלווה לקביעת ההלכה האמורה. נדמה כי פסק דין אפקון מניח כהנחת היסוד, וכעניין שאינו מצריך בדיקה, כי המטרה של הוודאות המשפטית - ויש שיטענו הנוקשות הבלתי מתפשרת - אינה נוגסת במטרות האחרות העומדות ביסוד דיני המכרזים.

1. ערבות מיטיבה - ביקורת על הפסיקה

לדעתנו, ההלכה שקבע בית המשפט ראויה לעיון יסודי.

ההנמקה שביסוד פסק הדין איננה מתמודדת עם כמה שאלות יסוד, שמן הראוי היה לדון בהן. ההנמקה אינה בוחנת את נקודת האיזון בין שתי מטרות המכרז כפי שהוצגו לעיל. כפי שתיארנו לעיל, הבכורה מוקנית למטרה "ארוכת הטווח" המייחסת חשיבות מרכזית לעמידת המכרז בכללי השוויון ומתן הזדמנות שווה לכל; ואולם, האומנם פסילת מציע שנתן ערבות ארוכה בכמה ימים לעורך המכרז (כשבו-זמנית הוועדה תיקנה חלקים מהצעות אחרות על פי סמכויותיה במסמכי המכרז) תשיג את המטרה של רכישת אמון הציבור בשיטת המכרזים? או שמא דווקא פסילת הצעתו של מציע, שעמל על הכנת הצעה למכרז חודשים ארוכים, השקיע מהונו ומזמנו תוביל אותו למסקנה, שאין טעם לטרוח ולהשתתף במכרזים ציבוריים אם 'אינך שייך' למועדון ייחודי המכיר כל תו ותג בכללים הפורמליסטיים של ההשתתפות בהליכים אלו, גם אם אינם מתיישבים עם ההיגיון המסחרי המוביל את התנהלותם של גורמים מסחריים ביתר פעולותיהם המשפטיות?

האומנם המחיר שהציבור ישלם נוכח פסילת ההצעות הטובות במכרז, בכל פעם שפקיד בבנק יטעה ויוציא ערבות שמועדה ארוך, או שסכומה גבוה מהנדרש, או שהותנה בה שהתשלום יועבר לעורך המכרז תוך 7 ימים ולא תוך 10 ימים, מוצדק או סביר?

בכל הכבוד, הנמקת בית המשפט חסרה, לדעתנו, גם בכל הנוגע לבחינת התכליות העומדות ביסוד ערבות המכרז וקיומה של פגיעה בהן.

בחינה שכזו תלמד, כי אין כל פגיעה בתכלית הערבות כבטוחה; כך גם לא נפגעת יכולת ועדת המכרזים להיפרע מהערבות המיטיבה שעמדה בפניה, הוכחת רצינות המציע לא נפגעה וגם המטרה של סיכול היכולת לפרוש ולחזור מהצעה מושגת.

אם כן, מה שעומד ביסוד הפסיקה בעניין ערבות מיטיבה הינו החשש, כי ערבות מיטיבה עשויה בעקיפין להשפיע על שיקול דעת הוועדה (שיקול שעליו התבססה קביעת כ' השופטת ארבל בפסק דין **אמנון מסילות**,¹⁹ ואשר בית המשפט הנכבד בעניין **אפקון** אינו חוזר עליו בנימוקיו להכרעתו בסוגיה שעל הפרק).

נימוק נוסף העומד במוקד ההנמקה בעניין **אפקון** הוא הרצון להבטיח ודאות משפטית בדיני המכרזים, לשירות מטרת התשתית ארוכת הטווח, אותה הצגנו בחלקו הראשון של מאמר זה.

לדעתנו, בכל הכבוד, אין הצדקה לכלל משפטי נוקשה במתכונת שהתפתחה בפסיקת בית המשפט העליון. לדעתנו, אין מקום כיום לפסיקה המבוססת על גישה פורמליסטית, שאינה עושה שימוש בכלי דיוני יעיל שעומד לרשותה, אשר מאפשר לבית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית יעילה על ועדות המכרזים, מאפשר לרדת לעומק הפגם ולבחון את התנהלות ועדת המכרזים. עמדה זו מקבלת משנה תוקף דווקא לאור התפתחות דיני המכרזים, הקמת בתי המשפט לעניינים מינהליים וגיבוש מסגרת דיונית המאפשרת בירור עובדתי יעיל של מקור החריגות בתנאי ערבות המכרז (כמו גם מתנאים אחרים של המכרז). ביקורת משפטית זו, היא המבססת לאורך זמן את אמון הציבור בשיטת המכרזים, היא המבטיחה כי צדדים המשתתפים במכרז ידעו כי עומד לרשותם כלי יעיל לבירור הטעמים והמניעים שעמדו ביסוד קביעות ועדת המכרזים, וכי פעולותיה של האחרונה מרוסנות ומבוקרות בכלים יעילים ומשוכללים.

אכן, ניכר כי גם בתי המשפט לעניינים מינהליים, אשר בפניהם מובאים המקרים כערכאה ראשונה המתרשמת מן הנסיבות ומן העדים המעורבים במכלול, מתקשים לקבל את ההלכה המחייבת פסילת ערבות מיטיבה.²⁰

כך, גם הנימוק האחרון שעמד ביסוד הכללים הנוקשים שקבעה הפסיקה - החשש בדבר הטיית שיקול דעתה של ועדת המכרזים בנסיבות של ערבות מיטיבה - נראה בעינינו כחשש קלוש ורחוק. בפרט כך, משום שבראש ובראשונה הנמקה זו אינה יכולה לעמוד במבחן הביקורת במקרים בהם ממילא אין משקל בעת שקלול הצעות המכרז לאיתנותם הפיננסית של המתמודדים. הנמקה זו אינה יכולה לעמוד גם משום שוועדת המכרזים לא תוכל, לדעתנו, לחלט סכום העולה על הסכום שנדרש בתנאי המכרז²¹ ולפיכך, הנימוק לפיו כביכול יש בבטוחה המיטיבה כדי להוות משום פיתוי

19. עע"מ 8610/03 אמנון מסילות נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6), 755 (2004) (להלן: "עניין אמנון מסילות").

20. ראו: עת"מ 55260-02-12 Shanghai Eastimage Equipment Co. Ltd. נ' רשות שדות התעופה (8.3.12) (פורסם בדינים).

21. חילוט סכום החורג מזה שנדרש בתנאי המכרז, יהווה, לדעתנו, הפרה של ה"חוזה הנספח" שמהווים תנאי המכרז ולפיכך לא יעמוד בביקורת משפטית.

לוועדה - נופל. באופן דומה, ערבות שתוקפה ארוך מהנדרש, כאשר ממילא ועדת המכרזים מכריזה על תוצאות ההליך זמן רב לפני חלוף הזמן שהתבקש לתקוף הערבות, אינה מקנה לוועדה כל יתרון ולפיכך אין בה כדי להטות באופן כלשהו את שיקול דעתה של הוועדה.

דוגמאות אלה מלמדות על הצורך בהפעלת שיקול דעתה של ועדת המכרזים בכל מקרה, אשר יבוא בפניה, לגופו.

לשיטתנו, אין הצדקה עיונית או מעשית לשלול באופן גורף מוועדות המכרזים את שיקול הדעת דווקא בבואן לדון בסוגיית השלכותיו של תנאי מיטיב בערבות מכרז על גורלה של ההצעה. יצויין, כי גישת בית המשפט בעניין ערבויות חריגה גם בהשוואה לכללים החלים במשפט המשווה. תקנות הרכש האמריקאיות קובעות כללים נוקשים למדי לגבי כל הליכי הרכש הציבוריים. עם זאת, הן מקנות שיקול דעת לרשות הרוכשת לאפשר תיקונים בערבויות מכרז וכן להתעלם מפגמים לא מהותיים שנפלו בערבויות המכרז, כאשר אין באלו כדי לגרוע מטיב הבטוחה הניתנת לעורך המכרז.²²

כפי שגם הזכרנו לעיל, ועדות המכרזים מקבלות החלטות משמעותיות בכל הנוגע להצעות המוגשות להן. כך, בין היתר, ועדות המכרזים מכריעות בשאלות כבדות משקל מבחינה משפטית ועובדתית המצריכות גם שקילה ואיזון בין אלמנטים שונים, כגון: האם לתת למציע אפשרות להבהיר את הצעתו (אפשרות העשויה להשפיע על דירוגו במכרז); האם ניסיונו של מציע מסויים טוב ועדיף בעיניהן על פני ניסיונו של מציע אחר, ובהתאם מעדיפות את הצעתה של חברה פלונית על פני הצעתה של חברה אלמונית; האם הצעה מסויימת מתאפיינת בתכסיסנות, כשהכרעה זו מחייבת בדרך כלל גם לשמוע את עמדת המציע לפני קבלת ההכרעה ובחינה 'שיפוטית' באופיה של הנסיבות הכוללות. הכרעות אלה גורליות הרבה יותר ממרבית ההכרעות בסוגיית התאמת ערבות בנקאית לדרישות המכרז.

יתרה מכך, ועדות המכרזים רשאיות, הן על פי התקנות והן על פי פסיקת בתי המשפט, לפסול הצעות נמוכות שמעוררות חשש בלב הוועדה, כי המציע לא יוכל לעמוד בהצעתו ומאידך הן רשאיות שלא לפסול מציע שכזה. גמישות זו הינה חיונית לוועדות המכרזים, בפרט במכרזים מורכבים, על מנת להבטיח את השגתה של המטרה המסחרית העומדת ביסוד המכרז - האפשרות של הרשות הציבורית להתקשר עם המציע בתנאים הטובים ביותר מבחינה מסחרית.

הכלל הרחב הנקוט על ידי בית המשפט במקרים הנ"ל ודומים להם הינו, שלוועדות המכרזים ניתנת סמכות רחבה. עילות ההתערבות של בתי המשפט בהחלטות הוועדה מבוססות בעיקרן על עילת חוסר הסבירות, חריגה מסמכות או העדר מידתיות. בתי המשפט שבים ומבהירים, שלא יחליפו את שיקול דעת הוועדה בשיקול דעתם וכי אין הם בבחינת 'ועדת מכרזים עליונה'. בתי המשפט נוהגים בריסון ואינם מתערבים על דרך השגרה בהחלטות ועדת המכרזים אם נשקלה כראוי, ומקל וחומר כאשר מדובר

בנושאים מקצועיים. זאת, הגם שכפי שהראינו לעיל, מדובר לעיתים בקביעות שחלקן 'גורליות' ביחס לתוצאות המכרז.

מדוע, אם כן, דווקא התנאי בדבר הערבות הבנקאית זכה ליחס של "תנאי על" במכרזי הרשויות הציבוריות? מה היא ההצדקה להפעיל מבחני התערבות שונים בפעולת הוועדה כאשר הפגם (ובערבות מיטיבה - לעיתים אינו בבחינת פגם במובנו הרגיל) הינו בערבות הבנקאית? מדוע לפנינו כלל אחד המקנה שיקול דעת רחב בכל ענייני ניהול המכרז ואילו כלל אחר, השולל כל שיקול דעת בעניין הערבות הבנקאית להבטחת ההצעה (למעט החרגי הצר שנקבע בעניין **אדמונית החורש**)?

שאלה זו נותרת בעינינו, בכל הכבוד, בלתי פתורה. עם זאת, ובהכנעה, ועדות המכרזים פוסלת מדי יום (ולעיתים בדאבון לב) מציעים אשר נפלה שגגה בערבות הבנקאית המוגשת מטעמים ומציעים אשר הגישו הצעות למכרז כאשר אינם מודעים כראוי להשלכות המשפטיות של החריות המיטיבות בערבויותיהם הבנקאיות. ראוי לציין, מניסיוננו, שפגמים בערבות המכרז נופלים במכרזים גדולים כקטנים, במכרזים בהם מגישי ההצעות מלווים בכל צעד ושעל בייעוץ משפטי, כמו גם במכרזים בהם מגישי ההצעות כלל לא היו מודעים לצורך בליווי משפטי בהכנת הצעותיהם.

2. הצעות מעשיות לוועדות המכרזים להתמודדות עם השלכותיו של פסק דין אפקון

כיועצים משפטיים לוועדות מכרזים, מצאנו עצמנו, לא פעם, ניצבים בפני השאלה, האם יש לנו מה לעשות? האם ניתן להחזיר לוועדת המכרזים את שיקול הדעת, בנסיבות המתאימות?

בחינה יסודית של הנמקות בית המשפט בפסקי דין **אפקון ואמנון מסילות** הובילה אותנו למסקנה, כי שני אדנים נעדרים מהחלטת בית המשפט. אדנים אלו מאפשרים לוועדת המכרזים לבסס כללי מכרז, שיחזירו את שיקול הדעת לוועדות המכרזים:

- העובדה שמלכתחילה ערבות מכרז היא תנאי רשות במכרז ;
- העובדה כי בהתאם לתקנות, הוועדה היא זו שמוסמכת, מלכתחילה, להחליט האם תידרש ערבות במכרז, ואם כן - האם זו תהא ערבות בנקאית ומה תנאיה.

על יסוד שני אדנים אלה ובזכרנו כי תנאיו של מכרז מהווים, להלכה ולמעשה, מעין הסכם ("חוזה נספח") בין עורך המכרז למתמודדים בו (כאשר הצדדים לאותו חוזה נספח רשאים לקבוע את תנאיו ואת כללי ההתנהגות שיחולו עליהם במסגרתו) גיבשנו כמה הצעות מעשיות לוועדות המכרזים הבאות לקבוע את תנאי המכרז בכל הנוגע לערבויות ההצעה.

בראש ובראשונה, ראוי לדעתנו, לבחון מחדש בכל מכרז לגופו, האם אכן, בנסיבות העניין נדרשת ערבות בנקאית. התשובה לשאלה כזו עשויה להיות שלילית בשווקים שבהם קיימת תחרות גבוהה, כאשר השוק מצפה להתקשרויות הציבוריות וועדת המכרזים אינה חוששת מפני בריחת מציעים או נסיגה מהצעות במטרה לקשור קשר על חשבון קופת הציבור. ועדת המכרזים יכולה לבחון את איתנותם הפיננסית של המתמודדים (ככל שהדבר נדרש) בכלים אחרים, שאינם בדרך של העמדת ערבות בנקאית להבטחת ההצעה. בדיקת איתנות פיננסית של מציעים בדרך של קביעת תנאי סף פיננסיים מקובלת מאוד במכרזים ציבוריים ואף מהווה כלי יעיל ומשוכלל יותר לבחינת מצבו הפיננסי של מתמודד מאשר יכולתו להעמיד ערבות בנקאית בסכום שהוא על פי רוב נמוך משמעותית ביחס לסכום ההתקשרות (ברגיל, סכום של כ-5% עד 10% מהיקף ההתקשרות). זאת לעומת תנאי סף פיננסיים, המאפשרים בחינת דוחותיו הכספיים של המתמודד בשנים שקדמו להגשת ההצעה, ניתוח המגמה הפיננסית של התאגיד, מחזור עסקיו וכו', כאשר האיתנות הפיננסית הנדרשת יכולה להיות משמעותית הרבה יותר מאשר ערבות המכרז.²³

בחינה מחדש של הצורך בערבות הבנקאית יכולה, במקרים המתאימים, להוביל את ועדת המכרזים למסקנה, כי ערבות המכרז איננה תנאי נדרש ובהתאם, ניתן לוותר על דרישת הערבות ולהימנע מן הסיכון הכרוך באילוץ המשפטי של פסילת הצעות שחרגו מהתנאים שנדרשו לערבות המכרז. למותר לציין, שהוועדה תוכל לקבוע שדווקא הזוכה יהיה מחוייב להעמיד ערבות כתנאי להתקשרות עימו; והיה ולא יעמוד בכך, הזכייה תועבר להצעה שדורגה שניה.

ניתן להניח, שפתרון ההימנעות מדרישת ערבות בנקאית לא יהיה הפתרון המועדף על ועדות המכרזים במרבית המקרים.

בהתאם עולה צורך לשקול שילובו של פתרון אחר, במקרים בהם סבורה ועדת המכרזים, כי הפקדת ערבות מכרז הינה תנאי נדרש במכרז.

ועדת המכרזים המחליטה כי ברצונה להבטיח את ההצעות בערבות בנקאית מתאימה, יכולה להגדיר עוד בתנאי המכרז דרישות גמישות ביחס לערבות הבנקאית. כך למשל, יכולה הוועדה לקבוע בתנאי המכרז, כי תנאי הערבות הנדרשים מבחינת תנאי המכרז הינם רק התנאים הבאים: שערבות שתופקד תהיה אוטונומית, שסכומה יהיה מוגדר (ולא נמוך מסכום שייקבע) ומה תוקפה המינימלי. מתוך קביעות מוגדרות ומצומצמות אלה, הוועדה למעשה מבהירה, כי כל יתר תנאי הערבות, ובכללם: מספר הימים להעברת הסכומים שחולטו, אמצעי ההודעה על החילוט, העדר הצורך בהצמדת הערבות למדד, יכולת העבירות של הערבות וכו', אינם מהווים בעיניה תנאי לעמידת הערבות בדרישותיה, וממילא תנאים כאלה גם אינם מהווים חלק מתנאי המכרז. באופן כזה, ניתן להניח שיוגשו לוועדה ערבויות בנקאיות שונות בנושאים שאינם חשובים לוועדה אך עונות במלואן על דרישות המכרז, וכפועל יוצא מכך, אינן מקימות עילת פסילה בשל חריגה מתנאי המכרז בנוגע לערבות הבנקאית.

23. ראו: סעיף 3 לתוספת לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

קביעה גמישה של תנאי המכרז אפשרית, לדעתנו, במסגרת סמכות הוועדה לפי תקנה 16 לתקנות ומשתנאי המכרז איפשרו מלכתחילה גמישות, אין גם פגיעה בשיוויון בין המתמודדים בהקשר זה.

לעניין זה נציין, כי בפסק הדין בעניין **אמנון מסילות** כותבת כב' השופטת ארבל כי:

"עקרון השיוויון בדיני מכרזים מחייב לדעתי שלא לקרוא לתוך הוראת סעיף 4.1 כמאפשרת העמדת סכום ערבות העולה על 10% מגובה ההצעה. בנסיבות אלה מקובלת עלי מסקנתו של בית-משפט קמא כי מדובר בפגם היורד לשורשו של עניין אשר מביא לפסילת הצעתה של המערערת" (שם בפסקה 16 לפסק הדין).

מהאמור ניתן לדעתנו ללמוד, כי בנסיבות אחרות, כפי שמוצע כאן, בהן הוועדה תנסח את תנאי המכרז ככזה המאפשר להעמיד סכום ערבות גבוה מהמינימום הנדרש, לא תתחייב הקביעה כי ההצעה פסולה.

מנגנון אחר, שניתן לשלב בתנאי המכרז (ובפועל כבר מאומץ במכרזים ממשלתיים רבים) הינו מנגנון המקנה למתמודדים זכות להגיש את טיוטת ערבות המכרז לבחינה מוקדמת על ידי ועדת המכרזים. הליך של "פרה רולינג" לערבות הבנקאית. על יתרוניתו של מנגנון זה נמנים העובדה שהוא מאפשר לשמור על השיוויון ולהקנות לכל המציעים הזדמנות שווה ליהנות מיתרונות הבדיקה המקדימה, לאפשר התמודדות ותחרות כלכלית אמיתית אשר לא תיפגע כתוצאה מכשלים טכניים בערבות ההצעה, ולהבטיח כי מציעים שהשקיעו בהכנת הצעה למכרז לא ייפסלו ולא ייפגעו עקב שגיאה או טעות שנפלו אצל הגורם המנפיק את הערבות.²⁴

מנגנון זה מתאים במיוחד למכרזים שבהם מתמודדים גם גורמים זרים אשר עשויים להוציא ערבויות מבנקים זרים, בהם נהוגים נוסחים שונים לערבויות בנקאיות, ואשר לא בהכרח מודעים לכללים הנוקשים החלים בעניין דגן בשיטתנו המשפטית.

אמצעי נוסף, שעומד לדעתנו לרשות ועדת המכרזים, הוא קביעת כללים מיוחדים להתנהלות בקשר עם ערבות המכרז, כללים המחזירים את שיקול הדעת לוועדת המכרזים.

כך למשל, ניתן לעגן בתנאי המכרז והוראותיו הצהרות לפיהן במכרז מסויים ערבות המכרז אינה תנאי יסודי. בהתאם רשאית הוועדה, במסגרת סמכותה לפי התקנות, לעצב את תנאי המכרז ולקבוע, כי לוועדת המכרזים שמורה הסמכות לאפשר למתמודד לעדכן, לשנות ולתקן את ערבות המכרז. ככל שתקבע כללים אלה במסגרת תנאי המכרז, והללו יהוו חלק מ"החוזה הנספח" שבין הצדדים השותפים להליך המכרז, תוכל ועדת המכרזים לנקוט גישה גמישה יותר ביחס לערבויות מיטיבות שהוגשו לה. כך תוכל הוועדה לדרוש ממתמודד לקצר את משך הערבות, להפחית את

24. להרחבה בעניין מנגנון הפרה-רולינג ויתרוניתו ראו הערה 8 לעיל.

סכומה או להאריך את פרק הזמן שיעמוד לרשות מנפיק הערבות להעביר את הסכומים שחולטו לרשותה. כך יוסר החשש כי תנאי הערבות המיטיבה השפיעו, ולו בעקיפין, על ועדת המכרזים, השוויון הפורמליסטי יושב על כנו - ולאיש מן המתמודדים לא תגרם פגיעה, שכן הכללים שנקבעו היו שוויוניים וחלו באופן אחיד על כלל המתמודדים. שהרי, איש מן המתמודדים בשלב הראשון לא ידע אם יהיה הוא עצמו בין הנהנים מהזכות לתקן את החריגות המיטיבות שנפלו בהצעתו או שמא מתמודד אחר ייהנה מהזכות האמורה.

לדעתנו, משנקבעו כללי המכרז באופן המוצע לעיל מלכתחילה (עם פרסום המכרז), הרי שמתבקש, כי בית המשפט יכבד את שיקול דעתה של ועדת המכרזים, במסגרת הכלל הרחב בדבר אי-הערבות בשיקול דעתה של ועדת המכרזים, כפי שנהוג ביחס לכל יתר הוראות המכרז והסמכויות הנרחבות הנתונות לוועדת המכרזים. דהיינו, בית המשפט יתערב אך ורק במקרים בהם הופעל שיקול הדעת בחוסר סבירות, באופן מפלה או בחריגה מסמכות, אך לא יתערב כל עוד הוועדה פעלה במסגרת הסמכויות ששמרה לעצמה.

לאחרונה הגיע לפתחו של בית המשפט הנכבד תנאי מעין זה אשר שולב במכרז שערכה אוניברסיטת בן-גוריון, ואף עשתה שימוש בסמכותה והורתה על תיקון פגם שנפל בערבות בנקאית. אמנם בנסיבות שם דובר בערבות המרעה עם עורך המכרז ולא בערבות מיטיבה, אך בשאלת השימוש בשיקול דעת שביקשה ועדת המכרזים לשמור לעצמה בגדר תנאי המכרז, לא נעשתה הבחנה על ידי עורך המכרז בין שני המצבים האמורים.²⁵ בעניין **אסום** קבע בית המשפט הנכבד, כי שאלת הסמכות ששמרה לעצמה ועדת המכרזים היא שאלה הראויה לדיון, ובין היתר, שימשה כטעם למתן סעד ביניים בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, שאישר את החלטת ועדת המכרזים.

כפי שהראינו לעיל, הן תכליות דיני המכרזים והן ניתוח הבסיס המשפטי של סמכויות ועדות המכרזים, קוראים לבית המשפט הנכבד, להתיר לוועדות המכרזים לעצב את תנאי המכרז כרצונן, על פי ראות עיניהן ובהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו.

25. עע"מ 1873/12 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (טרם פורסם, ניתן ביום 14.3.12), (להלן: "עניין אסום").