



עו"ד מיכל מויל



עו"ד דורון תמיר

# ערבות במכרזים: פתרון חדש

כדי להתמודד עם הפסיקה הנוקשה בנוגע לערבויות במכרזים - ניתן לקבוע הליך מקדמי וולונטרי מספר ימים לפני מועד ההגשה, שבו עורך המכרז יאפשר למתמודדים השונים להציג בפניו את נוסח הערבות שבכוונתם להגיש - ולקבל את אישורו מראש לנוסח

נ' בנק דיסקונט, ע"א 5717/91 מליבו ישראל נ' אדרו, רע"א 2078/02 מוניטין העיתונות נ' עו"ד מטרי). במשפט הישראלי טרם הוכרעה השאלה האם יש לאמץ את עיקרון ההתאמה המהותית במקום עיקרון ההתאמה המוחלטת. הדיון עלה בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין ע"א 7168/03 שלמה חבר נ' נאמן נגה אלקטרוטכניקה בע"מ (בהקפאת הליכים) ונגה תעשיות אלקטרו-מכניות (1986) בע"מ (בהקפאת הליכים) ואח', אך למרבה הצער לא הוכרע.

בעידן שבו בית המשפט נוטה להגמיש כללים נוקשים באמצעות עיקרון תום הלב (כרוגמת הגמשת דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין ע"ן), נראה לנו כי יש מקום גם ליצור גמישות מסויימת בנושא הדין החל על פגמים בערבויות שנבעו מטעות בתום לב (לעניין גישתו המחמירה של בית המשפט כאשר לפגמים שנבעו מטעות בתום לב ראו את ע"א 1828/93 י.ש.י.נ' שמחה אוריאלי ובניו, עע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב.נ' משרד הפנים). גמישות זו יכולה אף להיווצר באמצעות אימוץ עיקרון ההתאמה המהותית.

עולה השאלה, מדוע לאור הגישה המחמירה של בית המשפט, עדיין קיימים מקרים רבים בהם מגישים מציעים ערבויות פגומות, כתוצאה מטעות או חוסר תשומת לב. הסיבה לפגם לעיתים נוגעת לקיומו של 'שחקן' נוסף - הבנק מוציא הערבות. קיימים מקרים בהם הבנק אינו מוכן לקבל עליו את התנאים שקבע עורך המכרז ואז נאלץ המציע 'להלך בין הטיפות', שכן, מחד, אין ביכולתו לנהל משא ומתן עם עורך המכרז ועליו לקבל את נוסח הערבות ללא שינוי, ומאידך, כוח המשא ומתן של המציע מול הבנק גם הוא מוגבל. במקרים נוספים הבנק עצמו שוגה או אינו שם לב לדרישות המכרז ומוציא נוסח סטנדרטי שתנאיו חסרים. כמו כן, לעיתים הערבויות המוגשות בהצעות אלו מונפקות על-ידי בנקים זרים אשר בוודאי חסרי ידע באשר לסכנות הטמונות בהפקת ערבות פגומה עבור מכרז המתנהל בישראל. נסיבות אלו מצביעות על כך שחיי המעשה מולידים ליקויים שרובם נים בערבויות אשר אינם בהכרח נגועים בפגם ערכי, כפי שמייחסת להם הפסיקה של בית המשפט.

לאור האמור לעיל, מצאנו כי המצב המשפטי כיום מצריך מציאת פתרון אשר יקנה גמישות לכללים מבלי לפגוע באינטרסים המהותיים וימנע בז'וז משאבים על התקוטטויות בבתי המשפט ופסילה מיותרת של הצעות.

## הליך מקדמי - לא מחייב

הפתרון שאנו מציעים הוא קביעת הליך מקדמי וולונטרי, מספר ימים לפני מועד ההגשה, לפיו עורך המכרז יאפשר למתמודדים השונים להציג בפניו את נוסח הערבות שבכוונתם להגיש במסגרת הצעתם ולקבל את אישורו לנוסח. אין מדובר במשא ומתן בין עורך המכרז למתמודדים, אלא מתן אפשרות למציעים לקבל את הערותיו של עורך המכרז על הנוסח. סבר עורך המכרז כי הנוסח לקוי, יוכל המתמודד להגיש ערבות מתוקנת במועד ההגשה. הלכות דיני המכרזים כאשר לפגמים בערבויות יחולו על הערבות המוגשת בהצעה החל ממועד ההגשה הרשמי. מובן שעל הליך מקדמי זה להיות מוגדר באופן מפורש במסמכי המכרז על מנת שכל כללי המשחק

אוף ציבורי מפרסם מכרז מורכב שהיקפו הכספי מאות מיליוני שקלים. כמות 'השחקנים' בתחום מוגבלת. הזוכה במכרז יהיה מי שיוכיח כי הוא בעל היכולת המקצועית והניסיון, כמו גם היכולות הפיננסיות המתאימות לביצוע פרויקט בהיקף כה משמעותי. ההכנות להגשת הצעה במכרז מסוג זה נמשכות חודשים כשעלות הכנת ההצעה גבוהה ביותר.

במועד פתיחת ההצעות מתברר כי באחת ההצעות, שהוגשה על-ידי חברה מובילה בתחומה, נכללה ערבות בעלת תוקף הקצר בימים ספורים מהנדרש. עורך המכרז משוכנע כי הפגם בערבות נבע מטעות בשגגה של המציע, אשר קבע את תוקף הערבות על-פי מועד הגשת ההצעות המקורי במקום מועד הגשת ההצעות המעודכן אשר השתנה במהלך ההליך, וכי אין מקום לסברה כי הפגם נבע מחוסר יכולת פיננסית או מכוונה לחסוך בעלויות של המציע.

לאור הפסיקה הרווחת בבתי המשפט (עע"מ 10064/04 מרגלית ש.א. רכב נ' משרד התחבורה ובר"ם 6734/05 כפרי יעקב נ' החברה הלאומית לדרכים בישראל), נראה כי ידיו של עורך המכרז כבולות והוא יאלץ לפי סול את ההצעה על הסף. התוצאה - הצעה איכותית ותחרותית לא תעמוד לבחינת ועדת המכרזים וייתכן שהמגור הציבורי יספוג נזקים כבדים.

האם תוצאה כזו רצויה? לטעמנו, התשובה שלילית, שכן התכנסות בכ"ל לים פורמאליים נוקשים אינה מותרת שיקול דעת בידי ועדת המכרזים להפא פגמים מסוג זה ומחייבת אובדן של הצעות. במאמרנו זה ברצוננו להציע פתרון מעשי אשר להערכתנו יצמצם מקרים מהסוג שתוארנו, אשר שכיחים למדי בחיי המעשה של עורכי מכרזים.

## נקודת מוצא - גישה מחמירה

אחד הנושאים הנדרשים רבות בבתי המשפט הוא תקינותן של ערבויות המוגשות במכרזים. בבואו לבחון את תקינותן של הערבויות, נוקט בית המ"שפט בגישה מחמירה ביישום דיני המכרזים, אף יותר מאשר ביחס לדרישות אחרות במכרז (ראו בג"צ 751/89 לוי קבלני בניין נ' עיריית נצרת עילית, עמ"מ 436/02 טרילוג נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ועמ"מ 242/01 אליהו נ' חברת המושבים ברדום).

הדיון בתקינות הערבות הפך לזירת התגוששות בין מציעים בבית המ"שפט. ההחמרה היתרה של כתי המשפט בבחינת הערבויות יוצרת מעין "משפט זוטא" למציעים הנפסלים על הסף, ללא כל קשר לאיכות הצעתם. הפסיקה המחמירה מעוררת מציע החושש מהפסד לתקוף את הצעת חברו על פגם בערבות הבנקאית, כיוודעו כי אם יזכה בהליך המשפטי, זכייתו במכרז עשויה להיות מוכתחת.

ייתכן שהגישה הדווקנית של בית המשפט נובעת, בין היתר, מיישומן של 'עיקרון ההתאמה' החולש על דיני הבנקאות בעניין מימושן של ערבויות בנקאיות. עיקרון זה ייעודו להגן על מבקש הערבות ומחייב את קיומם הדווקני של תנאי הערבות תוך התאמה מלאה של הפרטים כתנאי מוקדם למימושה.

עיקרון ההתאמה יושם בפסיקה ענפה של בית המשפט בעניין מימוש ערבויות בנקאיות (ראו, בין היתר, את פסקי הדין רע"א 1821/96 ניקר ברים

+ דורון תמיר הוא שותף במשרד יגאל ארנון ושות' המתמחה במכרזים ומייצג ועדות מכרזים ממשלתיות ואחרות ונורמים פרטיים בתחומי התשתיות, המים והאנרגיה. מיכל מויל היא עורכת דין במשרד יגאל ארנון ושות' המתמחה בטיפול במכרזים עבור לקוחות פרטיים וממשלתיים, הסכמים מסחריים, ייצוג חברות היי-טק ומשקיעים



הבאים אחריו בתור - יפרשו מהמכרז, ובעקבות זאת יוכרז כזוכה במכרז מציע שהצעתו פחות טובה, ובהפרש המחיר שבין ההצעה הטובה ביותר לבין ההצעה שזכתה בפועל יתחלקו כלל המציעים שלקחו חלק בקשירת הקשר, בקיומה של הערבות, העלולה להיות מחולטת בנסיבות של פרישה מהמכרז, יש כדי לצמצם את התמריץ לביצועו של מהלך מעין זה, ועל כן למנוע את היווצרותו מלכתחילה (דקל, עמ' 295, וכן עמ' 516-517). גם תכלית זו אינה נפגעת שכן נקודת הזמן הרלוונטית שבה עלול 'הקשר' בין המציעים להפוך לבעייתי במיוחד הינה לאחר מועד הגשת ההצעות. והרי לאחר מועד זה יש בידי הוועדה הצעות וערכויות תקפות.

### האם ההליך המקדמי לגיטימי

השאלה כיצד יתייחס בית המשפט להכללת ההליך המקדמי במסגרת מסמכי המכרז ולעצם ניהולו. במילים אחרות - האם בית המשפט עשוי להיענות לבקשת משתתף פוטנציאלי ולהורות על ביטול ההליך המקדמי הוולונטרי. לדעתנו, אין סיבה נראית לעין מדוע לא תוכל רשות ציבורית לקיים הליך מקדמי כמוצע. יוזכר כי מדובר במסמכים אובייקטיביים במי הותם שאינם דורשים הפעלת שיקול דעת או הערכה 'איכותית' הנתונה מטבע הדברים לעמדות אישיות התלויות בהרכב ועדת מכרזים.

יתר על כן, מציע שאינו מסוגל לגרום לנזק להוציא ערבות בנקאית, לא יפיק תועלת מההליך המוקדם, כעוד מציע בעל יכולות וחוסן פיננסי אשר יכול לנקל לקבל ערבות בנקאית ויכול לתקן פגם ולהגיש הצעה מתאימה התואמת את יכולותיו האמיתיות. במילים אחרות, עיקרון השוויון תומך במתן אפשרות לרשות ליצור מנגנון שיצמצם ככל הניתן מגבלות המונעות בחירה בהצעה הטובה ביותר מבחינה מהותית במכרז.

הואיל ובית המשפט מודע לפרקטיקת ההתגוששות על תוקפן של ערבות, לדעתנו, על בית המשפט לעודד פתרונות המסירים מכשולים מיוזמים ומותירים את הסוגיות המהותיות בתוקף.

חשוב להגיש שהפעלת שיקול הדעת על-ידי הרשות במהלך ההליך המקדמי תהיה כפופה לביקורת בית המשפט. גם בהליך מקדמי זה הרשות תהיה מצווה להקפיד על מתן יחס שווה לכל המציעים באופן ההולם את עקרונות דיני המכרזים. הליך המקדמי נועד להיות הליך טכני במהותו ולא הזדמנות לאפשר משא ומתן בין המציעים לעורך המכרז על תנאיה של הערבות.

על מנת למנוע כל פתח למשא ומתן או מציעים כי עורך המכרז יפ' ריד בין המועדים שבהם הוא מאפשר קבלת שאלות הבהרה מהמציעים לבין המועד לקיום ההליך המקדמי. בשיטה זו, לא תהיה למציעים אפשרות לפנות לעורך המכרז ולבקש את שינוי תנאי הערבות במהלך ההליך המקדמי. במידה וירצו המציעים לערער על התנאים, יהא עליהם לפנות לעורך המכרז בשאלת הבהרה במועד, ולעורך המכרז תהיה גם האפשרות, כמידה וישתכנע בצדקתה של הבקשה, לתקן את נוסח הערבות ולהודיע על כך לכל המציעים לפני קיומו של ההליך המקדמי. שיטה זו אף תסכל טענה כי עורך המכרז עושה שימוש בהליך המקדמי על מנת להטיב עם מציע שהוא חפץ בו, שכן תיקונים של תנאי הערבות יעשו באופן שוויוני טרם ההליך המקדמי.

### אמצעי - ומטרה

דיני המכרזים מהווים אמצעי להשגת יעדים כלכליים וציבוריים. על כן, ראוי לברוק מעת לעת האם 'האמצעי' תמיד משרת את המטרה והאם בני סיבות מסויימות לא ניתן לשכלל או לשפר את האמצעי על מנת שהאמצעי לא יקום על יוצרו.

ראוי לתת מענה משפטי-פרקטי לשם צמצום החשש לפסילת מציעים כשירים וטובים, עקב פגמים שאינם מעידים על איכות לקויה של ההצעה או של המציע.

אכן, קשה להבין מדוע המציעים אינם בודקים 'בזכויות מגדלת' את הערבות המוגשת על ידם. יחד עם זאת הבל להטיל את כל האשמה על מציעים אלה, כאשר הנזק הנגרם לסקטור הציבורי עקב יישום דווקני של הכללים החלים על ערבות בנקאית הינו גדול.

הצעתנו הינה דוגמא לפתרון אשר מחד אינו 'מתערב' בהליך המכרזי וזי במועד שלאחר הגשת ההצעות (כלומר אינו מאפשר תיקון מהותי של ההצעות לאחר הגשתן) ומאידך, מאפשר לכל המציעים היכולים מבחינה כלכלית להשיג ערבות בנקאית, להתמודד בקרב האמיתי במכרז, כלומר על הגשת ההצעה המיטיבה ביותר עם עורך המכרז.

היו ידועים מראש לכל המתמודדים.

כדי להעריך את האפשרות ליישם את הפתרון המוצע, נבחן האם הוא משרת את האינטרסים שביסוד דיני המכרזים ולאחר מכן נבדוק האם פוגע הוא בדרך כלשהי בתכליות הערבות הבנקאית.

על אילו אינטרסים אנו רוצים להגן וכיצד הם מושפעים מקיום ההליך המקדמי? ביסוד דיני המכרזים הציבוריים עומדים שני אינטרסים אשר הו- סברו על-ידי הנשיא שמגר בבג"צ 376,369/76 אליהו גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש כך: "האינטרס הציבורי - היינו הבטחת ממשל תקין על ידי ניהול ענייניה של הרשות בדרך שיש בה משום מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש מתוך הציבור... האינטרס העסקי - משמע, המטרה לה- שיש מן הקבלן או הספק, המציע שירותים או אספקה, את האיכות המעולה ביותר האפשרית, של השירות או המוצר, תמורת מחיר נמוך ככל האפשר ותוך המועד התואם דרישותיה של הרשות..."

עריכת הליך מקדמי גלוי וידוע למתמודדים, מקנה הזדמנות שווה לכל המתמודדים להשתמש בו. מכאן, שההליך המקדמי המוצע תומך ואף מחזק את האינטרס (כדברי הנשיא שמגר) ל"מתן סיכוי שווה ויחס זהה והוגן לכל איש...". להערכתנו, הסדרה פורמאלית ורשמית של ההליך המקדמי לא רק שאינה פוגעת בתחושת הצדק או שילטון החוק אלא אף מחזקת אותה, שכן ברור שוועדת המכרזים פועלת באופן שתכליתו לאפשר הת- מודדות אמיתית בין מתמודדים ולא הסתמכות על כשלים טכניים כחלק מהתחרות הכלכלית.

האינטרס העסקי של הרשות אף הוא תומך בקיום ההליך המקדמי המו- צע, באשר מאפשר הוא לרשות למנוע פגמים בהצעות, אשר אינם קשורים בהכרח למקצועיות המציע או אטרקטיביות ההצעה, ובדרך-כלל מביאים לפסילת הצעות אלו על הסף. בכך תמוקד התחרות בנושאים המהותיים שעל המציעים להתמודד עליהם, כגון: איכות המוצרים או השירותים, גובה התמורה ולוחות הזמנים לאספקה. אנו סבורים כי הפיתרון המוצע יוצר איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לאינטרס העסקי.

### תכליות הערבות הבנקאית

מהן תכליות הערבות הבנקאית וכיצד הן מושפעות מקיום ההליך המקד- מי? הערבות מבטיחה לעורך המכרז כי אם המציע יחזור בו מהצעתו במועד שבו הוא כבר אינו רשאי לעשות כן, יעמוד לרשות עורך המכרז מקור זמין ומיידי לשיפוי על נזקיו, ללא צורך בהוכחת הנזק שנגרם לו בבית המשפט. כמובן זה, הערבות מהווה ערובה לעורך המכרז שהקבלן או הספק יקבל על עצמו את ביצוע העבודה אם יזכה בה, והיא מהווה אמצעי להרתעת המציע מנקיטת צעד העשוי להוביל לחילוט ערבותו (ע"א 248/97 אי. אף. אן. נ' משטרת ישראל; ע' דקל, מכרזים, כרך ראשון עמ' 295; בג"צ 134/72 רמיר נ' עיריית פתח תקוה). הואיל והערבות ממילא נכנסת לתוקף רק החל ממועד הגשת ההצעות, אין בקיומו של ההליך המקדמי המוצע כדי לפגוע בתכלית זו.

הערבות באה להבטיח את רצינות כוונותיו של המציע (בג"צ 320/71, לא פורסם. מצוטט בפסק דין גוזלן). בכוחה של הערבות למנוע גם קלות דעת ומניפולציות מצד המציעים במכרז (כגון מציעים שמשתתפים במכרז מתוך מחשבה להחליט בדבר ההתקשרות רק בשלב מאוחר יותר, או מציי- עים שמשתתפים במכרז רק בשביל לדלות מידע אודות מתחדיהם העסקיים - דקל, עמ' 296-297).

מציע רציני החפץ בהגשת הצעה תחרותית ישתמש במנגנון של ההליך המקדמי ויעדיפו על פני "הימור" על תקינות ערבותו. כמו בכל מכרז, גם לפי הצעתנו נשמרת למציע היכולת שלא להגיש את הצעתו עד למועד האחרון להגשת ההצעות. היכולת להגיש ערבות בנקאית לאישור מוקדם אינה מחייבת אותו ואינה גורעת מזכויותיו להימנע מהגשת הצעה, אך מרע שהחליט להגיש ההצעה הופכת זו לבלתי הריחה ולמחייבת, ככל הצעה במכרז רגיל.

תכליתה של הערבות הבנקאית היא גם להעמיד במבחן את חוסנו הכלכלי- לי של המציע. הרשות מעבירה למעשה את הנטל שבבדיקת חוסנו הכלכלי של המציע אל הבנק מנפיק הערבות (פסק דין אי. אף. אן. וראה גם דקל בעמ' 295). הבנק, מנפיק הערבות, יבחן את חוסנו הכלכלי של המציע כאשר ינפיק את הערבות וזאת גם לצורך הצרכים שלו, ולכן בדיקה זו תתבצע באותו אופן אם הערבות תונפק עבור ההליך המקדמי או עבור הגשתה במועד ההגשה.

תכלית נוספת של הערבות היא לסכל תמריץ לקשירת קשר בין המציי- עים, שעל פיו המציע הוזכר או העומד לזכות במכרז - ואולי אף המציעים