



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2789/20

לפני: כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת: אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ

נ ג ד

המשיבות: 1. הבאר השלישית תאגיד מים וביוב  
2. ארד בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
בתיק הפ 040131-09-19 שניתן ביום 10.03.2020 על ידי  
כבוד השופט ע' ניר נאוי

תאריך הישיבה: א' באב התש"ף (22.07.2020)

בשם המערערת: עו"ד ליאור שמעוני ועו"ד חן דוקר  
בשם המשיבה 1: עו"ד אלי אליאס  
בשם המשיבה 2: עו"ד רועי קובובסקי ועו"ד עדי שוחט

### פסק-דין

השופט י' עמית:

ושוב עולה על שולחננו הסוגיה של ערבות בנקאית מיטיבה בהליכי מכרז.

1. ומעשה שהיה כך היה. המערערת (להלן: אפקון) והמשיבה 2 (להלן: ארד) השתתפו במכרז שפורסם ביום 31.12.2018 על ידי המשיבה 1 (להלן: המשיבה). עניינו של המכרז בהקמה ובתחזוקה של מערכות קריאה מרחוק לניהול מדי מים, כולל אספקה, התקנה ותחזוקה של מדי המים. במסגרת תנאי המכרז נדרשו המציעים לצרף להצעתם ערבות בנקאית אוטונומית בסך 250,000 ₪ (להלן: הערבות). באחד המקומות במכרז נקבע כי תוקף הערבות הבנקאית הנדרשת הוא עד ליום 31.1.2020, ובשני מקומות אחרים במכרז נכתב כי תוקף הערבות הבנקאית הנדרשת הוא עד ליום 31.12.2020.

בתאריך 15.1.2019 האריכה המשיבה את המועד האחרון להגשת הצעות למכרז עד ליום 30.1.2019. בהודעה נאמר כי כל יתר המועדים, כולל מועד תוקפה של הערבות, יוותרו על כנם. ביום 17.1.2019 שלחה המשיבה תשובות ל-134 שאלות הבהרה, ובמענה

לשאלה 25 נאמר כי מועד תוקפה של ערבות המכרז הוא עד ליום 31.1.2020 במקום יום 31.12.2020.

לאחר שנפתחו תיבות ההצעות, התברר כי המציעות הן ארד ואפקון בלבד. ועדת המכרזים הודיעה על ביטול המכרז בשל אי וודאות הנוגעת לאופן פעילות המשיבה, אך בעקבות הליך משפטי בו נקטה ארד, הוסכם כי העניין יוחזר לדיון בוועדת המכרזים. הוועדה התכנסה שוב והחליטה להותיר את החלטת הביטול הראשונה על כנה. למקרה שיוחלט שאין לבטל את המכרז, קבעה הוועדה כי יש לפסול את הצעת ארד בשל פגם בערבות, מאחר שצירפה להצעתה ערבות שתוקפה עד ליום 31.12.2020.

2. כנגד החלטת ועדת המכרזים הוגשו שתי תובענות שאוחדו: האחת – של ארד, שביקשה לבטל את החלטת הביטול של המכרז ולהכריז על הצעתה כזוכה, השניה – של אפקון, שביקשה אף היא לבטל את החלטת הביטול ולהכריז עליה כזוכה במכרז.

3. בתמצית שבתמצית, בית משפט קמא קבע כי לא היה שינוי נסיבות המצדיק את ביטולו של המכרז, ועל כן הורה על ביטול ההחלטה בדבר ביטול המכרז.

לעניין הערבות, נקבע כי לא נפל דופי בערבות שצרפה ארד, ואין לפקוד עליה את עוון המשיבה בעריכת המכרז. עוד נקבע, כי מאחר שמדובר בתנאי סף, ולמיצער בתנאי מהותי, היה מקום לתקן את הסתירות שנפלו במסמכי המכרז לעניין תוקף הערבות בדרך של פרסום הודעה מתאימה בעיתונות, כפי שנעשה בהודעה הראשונה בנוגע לדחיית מועד הגשת ההצעות, ולא במסגרת תשובות הבהרה. משכך, קיבל בית המשפט את תובענת ארד במלואה והכריז עליה כזוכה.

4. על ההכרזה על ארד כזוכה נסב הערעור שלפנינו, שהוגש על ידי אפקון. בתמצית שבתמצית, נטען כי בית המשפט סטה מההלכה לגבי ערבות מיטיבה (עע"מ 2628/11 אפקון נ' מדינת ישראל (1.1.2012) (להלן: עניין אפקון)); כי לא היה צורך לפרסם את התיקון לגבי מועד תוקף הערבות בעיתונות, ודי היה בתשובות הבהרה; וכי על פי מסמכי המכרז, תשובות הבהרה מחייבות במקרה של סתירה בינן לבין מסמכי המכרז. כן העלתה אפקון טענות לפגמים שונים בהצעתה של ארד.

המשיבה הותירה את ההכרעה לשיקול דעת בית המשפט.

5. אומר בקצרה, כי לא מצאנו ממש בערעור, ואנו מאמצים את פסק דינו של בית משפט קמא מכוח סמכותנו לפי תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

6. למעלה מן הצורך אוסיף ואעיר כי איני מקבל את טענת אפקון, לפיה היה על ארד לזהות ולאחר בתשובה מס' 25 בטבלת התשובות את התיקון הנוגע לערבות הבנקאית. טבלת התשובות מדברת בעד עצמה: לצד חלק מ-134 התשובות נכתב "הבקשה נדחית"; לצד אחרות נכתב "הבקשה מתקבלת"; ולצד אחרות, כמו תשובה מס' 25, נכתב "הסבר". קשה להלום כי תיקון כל כך מהותי, הנוגע לנושא כה משמעותי ורגיש כמו תוקפה של הערבות, "ייבלע" בין עשרות תשובות. ניסוח קלוקל של תנאי הערבות הבנקאית או אי-בהירות שעלולה להיגרם מהבנת התנאים, עשויים להחריג את הלכת אפקון בדבר ערבות מיטיבה. בנסיבות אלה, אין לי אלא לחזור לדברים שאמרתי במקום אחר:

"פסגות נהגה בתום לב וצירפה ערבות בנקאית בתוקף ל-90 יום, וגם לשיטתה של המערערת, היא הקדימה את מועד הערבות ביום אחד. מכאן, שמצד אחד לפנינו ערבות מטיבה (הקדמה של יום אחד) ומצד שני ערבות מרעה (פקיעת הערבות יום אחד לפני המועד). מקום בו בשל ניסוח לא ברור של עורך המכרז מתעוררת שאלה של פרשנות הנוגעת לנוסח הערבות הבנקאית ותנאיה, ובדיעבד נתברר כי פרשנותו של המציע הייתה שגויה - הרי שאם פרשנותו של המציע הייתה סבירה, נעשתה בתום לב והפגם הוא מינימלי, הרי שאין מקום לפקוד עליו את עווננו של עורך המכרז. יותר מרמז לכך, אנו מוצאים בדבריו של השופט (כתוארו אז) גרוניס בע"מ 2628/11 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים וביוב [פורסם בנבו] (1.1.2012):

"ייתכן שכאשר התקלות בערבויות מקורן בהתנהלות בלתי תקינה של מוציא המכרז, ראוי לבחון פתרון אחר מאשר פסילת ההצעות הלקויות של המשתתפים. מכל מקום, בעלות הדין לא התייחסו במידה מספקת לסוגיה זו. איני רואה סיבה לבוחנה מיוזמתי" (ע"מ 2883/14 אסיה תורס בע"מ נ' מועצה איזורית ג'סר אל זרקה (6.7.2014); הדגשה הוספה - י"ע).

7. ההלכה בעניין פסילת ערבות מיטיבה היא המשכה של ההלכה המורה על פסילתה של ערבות מרעה, בשל הצורך להבטיח שוויון בהגשת ההצעות. במקרה דנן, נוכח הסתירה במסמכי המכרז ואי הבהירות לגבי תאריך תוקף הערבות, איני נדרש לדון בסוגיה של ערבות מיטיבה בטהרתה ובבדידותה. את עמדתי בסוגיה זו הבעתי בשעתו בדעת המיעוט בע"מ 5375/15 בטחון שירותים אבידר בע"מ נ' נתיבי ישראל-החברה הלאומית לתשתיות (11.8.2016), וכן ראו ע"מ 8285/13 עדי מוסקוביץ נ' רשות נחל וניקוז "שורק לכיש" (8.12.2013). מני אז זרמו מים רבים בקישון, ואך התחזקתי בדעתי כי יש

לחזור ולבחון את סוגיית הערבות המיטיבה הכרוכה מזה שנים על עקבנו, והולכת ומסבכת יתר על המידה את הליכי המכרזים. כאמור, בנסיבות המקרה דנן, אותיר סוגיה זו בצריך עיון.

8. אשר על כן, אציע לחברי לדחות את הערעור. המערערת (אפקון) תישא בהוצאות המשיבה 2 (ארד) בסך 30,000 ₪.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון :

אני מסכימה עם השופט י' עמית כי דין הערעור להידחות. בנסיבות המקרה אין מקום לפקוד על המציע את עווננו של עורך המכרז, כלשונו של חברי ב-ע"מ 2883/14 אסיה תורס בע"מ נ' מועצה אזורית ג'סר אל זרקה (6.7.2014). שאלת בחינתה מחדש של ההלכה הנוהגת בדיני מכרזים בדבר פסולתה של ערבות מיטיבה אינה דורשת הכרעה בהליך שלפנינו, ונותירה לעת מצוא.

ש ו פ ט ת

השופט ע' גרוסקופף :

אני מסכים לעמדתו של חברי, השופט יצחק עמית, הן לעניין המקרה שלפנינו, והן לעניין הצורך לבחון מחדש את ההלכה לפיה די בצירופה של ערבות מיטיבה להצעה במכרז על מנת להביא לפסילת הצעה (הלכה שנקבעה לראשונה בע"מ 2628/11 אפקון נ' מדינת ישראל (1.1.2012)).

הכלל לפיו די בצירוף ערבות מיטיבה על מנת להביא לפסילת הצעה הוא כלל אשר אין לו להשקפתי לא תכלית ולא הצדקה. בשונה מערבות מרעה, אינני רואה מה היתרון שצירוף ערבות מיטיבה יכול להעניק למציע, מהו הנזק שהדבר עלול להסב לעורך המכרז, וכנגזר מכך – כיצד נפגע עקרון השוויון? למצער, וכל עוד לא עברה ההלכה האמורה מהעולם, ראוי לדקדק עם הטוען לה, ולהחילה רק בנסיבות בהן הדרישות שהוצבו על ידי עורך המכרז ביחס לתנאי הערבות היו ברורות, כך שהאשם הבלעדי באי

ההתאמה שבין הערבות שנדרשה לערבות המיטיבה שניתנה נעוץ במציע. לא זהו מצב הדברים במקרה בו עסקינן, ועל כן דין הערעור להידחות.

ש ו פ ט

ניתן היום, ב' באב התש"ף (23.7.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט