



בבית המשפט העליון

דנ"מ 3760/20

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המבקשת: בן ארי תל - רס פרויקטים בע"מ

נגד

המשיבים:

1. גילי ויואל עזריה בע"מ
2. עיריית ירושלים
3. ועדת המכרזים - עיריית ירושלים
4. ראש עיריית ירושלים
5. אמיר - אלעד בע"מ
6. גלנור בינוי ופיתוח בע"מ
7. לינום בע"מ
8. יעדים בניה ושיקום בע"מ
9. שחר ושות' חברה להנדסה אזרחית ובניה בע"מ
10. י.ד. ברזאני בע"מ

בקשה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה מיום 26.5.2020 בעע"מ 7230/19, בעע"מ 7582/19, בעע"מ 7634/19 ובעע"מ 7694/19 אשר ניתן על ידי כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופטים ד' ברק-ארז ו-י' אלרון

בשם המבקשת: עו"ד אמתי נדר; עו"ד תהילה מור

החלטה

זוהי בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה (המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופטים ד' ברק-ארז ו-י' אלרון) מיום 26.5.2020 בעע"מ 7230/19, בעע"מ 7582/19, בעע"מ 7634/19 ובעע"מ 7694/19 (להלן: פסק הדין), אשר קיבל את ערעוריהם של המשיבים, וקבע כי הגשת העתק של כתב ערבות להצעת המבקשת במכרז שבו השתתפה, במקום הגשת כתב הערבות המקורי, מהווה פגם המצדיק את פסילת ההצעה על ידי ועדת המכרזים.

1. כמתואר בפסק הדין, ביום 3.3.2019 עיריית ירושלים פרסמה (להלן: העירייה) מכרז לביצוע עבודות אחזקה ושיקום של גשרים, מנהרות ומבני דרך בעיר (להלן: המכרז). כחלק מתנאי הסף של המכרז נקבע כי "על המציע להגיש ערבות בנקאית בלתי מותנית בגין הגשת הצעה בהתאם לדוגמת הערבות בנספח המצ"ב כנספח 2.1" וכי "על המציע לצרף במעטפת המכרז ערבות בנקאית אוטונומית" (סעיף 2.1 לתנאי המכרז). אחת ההצעות שהוגשו במסגרת המכרז הוגשה על ידי המבקשת ולהצעה זו צורף העתק צילומי צבעוני של כתב ערבות מיום 4.4.2019 (להלן: ההעתק) שהונפק על ידי בנק דיסקונט בע"מ (להלן: הבנק). זאת במקום כתב הערבות המקורי. העדרו של כתב הערבות המקורי בהצעת המשיבה התגלה רק ביום 27.5.2019, כחודש לאחר המועד שנקבע לפתיחת תיבת ההצעות במכרז ומספר ימים לאחר המועד שבו התכנסה ועדת המכרזים לדון בהצעות. בעקבות זאת התקשרה עובדת מטעם העירייה למשרדי המבקשת וביקשה לברר האם צורף העתק במקום כתב הערבות המקורי, ונציגי המבקשת אישרו זאת והבהירו כי מדובר ב"טעות". בסמוך לאחר מכן שלחה המבקשת את כתב הערבות המקורי לעירייה.

2. ביום 4.6.2019 ועדת המכרזים המליצה לפסול את הצעת המבקשת מחמת אי צירוף כתב הערבות המקורי והמליצה על שלוש חברות אחרות – המשיבות 1, 5 ו-6 לבקשה דנן – כזוכות במכרז (להלן: הזוכות). ביום 11.6.2019 אישר ראש העיר את החלטת ועדת המכרזים. למחרת היום פנתה המבקשת לוועדה בבקשה כי תבחן מחדש את עמדתה וצירפה מכתב מהבנק המבהיר כי לצורך מימוש הערבות אין צורך בהצגת כתב הערבות המקורי. לאחר שבקשת המבקשת מהעירייה נדחתה, היא הגישה עתירה נגד ההחלטה לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים. ביום 26.9.2019 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר קיבל את עתירת המבקשת וקבע כי הגשת ההעתק לא פגעה בעקרון השוויון משום שלא הקנתה כל יתרון למבקשת ולא פגעה ביכולת העירייה לממש את הערבות. זאת, בשים לב לכך שמימוש הערבות הבנקאית אינו מותנה במסירת כתב הערבות המקורי לבנק. בית המשפט המחוזי ציין כי היות שלא נקבע במפורש כי על המציעים להגיש את כתב הערבות המקורי יש לבכר פרשנות המקיימת הצעות על פני פרשנות הפוסלת אותן. על כן, הורה בית המשפט המחוזי על ביטול החלטת ועדת המכרזים ועל השבת הדיון בבחירת הזוכות במכרז לוועדה, בהתבסס על ההנחה שהצעת המבקשת תקפה.

3. הזוכות והעירייה הגישו ערעורים נפרדים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, וביססו את טענותיהן על הגישה הקפדנית הנוהגת ביחס לערבויות במכרזים וכן על כך

שנוסח תנאי המכרז מלמד על החובה להגיש ערבות בנקאית, להבדיל מהעתק שלה. כן נטען בערעורים כי כאשר מציע מותיר ברשותו את הערבות המקורית הוא עשוי לפעול מול הבנק לביטולה או לשינויה, ובכך נפגע השוויון במכרז.

4. ביום 26.5.2020 התקבלו ערעורי הזכות והעירייה בדעת רוב, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון. השופטת ד' ברק-ארז, שכתבה את פסק הדין העיקרי, ציינה כי נקודת המוצא לדיון היא הגישה המחמירה של הפסיקה ביחס לפגמים בערבויות שצורפו להצעות במכרזים, ולפיה על דרך הכלל פגמים אלה יביאו לפסילת ההצעה ללא תלות במהות הפגם או בכוונת המציע. עם זאת השופטת ד' ברק-ארז הבהירה כי הפגם בערבות במקרה דנן – צירוף ההעתק במקום כתב הערבות המקורי – שונה מפגמים בנוסח הערבות שנדונו במקרים קודמים בבית משפט זה ועל כן הוסיפה ובחנה את הסוגיה לגופה. השופטת ד' ברק-ארז קבעה כי "אי-המצאת הערבות בפועל עשוי להותיר בידי המציע 'פתח מילוט' שיאפשר לו לבטל את הערבות בפרק הזמן שבין הגשת ההצעה ועד למועד פתיחתן של ההצעות", וזאת על ידי השבת כתב הערבות המקורי לבנק. עוד צוין כי המבקשת לא הציגה כל תשתית עובדתית לגבי הפרקטיקה הבנקאית בנושא זה – האם לצורך ביטול הערבות נדרשת הסכמה בכתב מצד המוטב או שמא החזרת המקור כשלעצמה עשויה במקרים מסוימים ללמד על הסכמת המוטב. השופטת ד' ברק-ארז הוסיפה וקבעה כי ההקלה על האפשרות לביטול חד-צדדי של הערבות מהווה הפרה של השוויון בין המשתתפים במכרז ומשכך מדובר בפגם שלא ניתן להכשירו, בהתאם להלכה בעניין זה ונוכח חשיבותו של עקרון השוויון בדיני המכרזים. לצד זאת, השופטת ד' ברק-ארז קבעה כי גם נוסח תנאי המכרז, לפיו על המציע להגיש ערבות בנקאית ולצרפה להצעתו, מלמד כי המציע אינו נדרש רק להציג ראיות להזמנת הערבות הבנקאית, אלא עליו להמציאה בפועל, ואין כל אזכור לכך שניתן להגיש העתק של כתב הערבות חלף כתב הערבות המקורי. לבסוף ציינה השופטת ד' ברק-ארז כי מתן אפשרות להגשת העתק של ערבות ללא היתר מפורש לכך עלולה להכביד על עבודת ועדת המכרזים שתידרש להתמודד עם שאלות רבות בהקשר זה, ואף בכך יש הצדקה לקבלת הערעורים.

המשנה לנשיאה ח' מלצר הצטרף לטעמיה של השופטת ד' ברק-ארז והוסיף כי די בכך שהפגם שנפל בערבות עשוי להעניק למציע יתרון דיוני על פני מציעים אחרים כדי להביא לפסילת ההצעה. המשנה לנשיאה ציין בהקשר זה כי הותרת הערבות המקורית בידי המציע עלולה לאפשר למציע שאינו תם לב "להביא לביטולה של הערבות, או לפגום בה באמצעים שאינם ראויים" ומקלה עליו לבצע מניפולציה בכתב הערבות. זאת, "גם אם בסיומו של הליך משפטי – אילו התקיים, הבנק היה מחויב לכבד את הערבות". המשנה לנשיאה הדגיש כי המבקשת – בתור העותרת בהליך שהתקיים בפני בית המשפט

המחוזי – לא עמדה בנטל הבאת הראיות ובנטל השכנוע בכל הנוגע לקיומה של פרקטיקה בנקאית השוללת את האפשרות לביטול הערבות על ידי החזרת כתב הערבות המקורי לבנק.

השופט י' אלרון, בדעת מיעוט, סבר כי אין לנקוט בגישה מחמירה במקרים שבהם צורף העתק של כתב הערבות המקורי, וזאת בשונה מהגישה הדווקנית כלפי פגמים בכתב הערבות עצמו. כפועל היוצא מכך, סבר השופט י' אלרון כי במקרים שבהם צורף העתק במקום כתב הערבות המקורי יש לנהוג לפי אמות המידה החלות במקרים שבהם לא צורף להצעה מסמך אשר נדרש לפי תנאי המכרז. אמות מידה אלה מתמקדות בשתי שאלות מרכזיות: האם המסמך החסר היה ברשות המציע במועד הגשת ההצעה; והאם הגשת המסמך באיחור פוגעת בשוויון או בתכלית שלשמה נדרש המציע לצרף את המסמך להצעה. משום שכתב הערבות המקורי היה בידי המבקשת בעת הגשת הצעתה, התמקד השופט י' אלרון בשאלה השנייה וציין כי אין חולק שניתן היה לממש את כתב הערבות באמצעות העתק ממנו. הוא הוסיף וציין כי הטענה לפיה החזקת כתב הערבות המקורי אפשרה למבקשת לערוך שינויים בערבות והעניקה לה יתרון על פני מציעים אחרים, לא נסמכה על יסודות משפטיים. זאת, שכן ממועד היווצרות הערבות הבנקאית לא ניתן ככלל לשנותה או לבטלה ללא הסכמת המוטב ולפיכך החשש שעמד לנגד עיני הוועדה באשר לפגיעה בשוויון בין המציעות נותר תיאורטי. השופט י' אלרון סיכם בקובעו כי משהוגש לוועדת המכרזים כתב הערבות המקורי, קיים קושי של ממש בכך שהוועדה כלל לא התייחסה אליו במועד החלטתה לפסול את ההצעה. על כן, הציע השופט י' אלרון לדחות את הערעורים ולהותיר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו.

5. מכאן הבקשה דנון, בה נטען כי בפסק הדין נקבעה הלכה חדשה לפיה במקרה שבו צורף להצעה במכרז העתק של כתב הערבות במקום כתב הערבות המקורי יש לבחון פגם זה לפי אמות המידה המחמירות החלות ביחס לפגמים בערבות ולא לפי אמות המידה המקלות יותר החלות ביחס להשלמת מסמכים לאחר פתיחת תיבת ההצעות. המבקשת סבורה כי מדובר בהלכה המצדיקה קיום דיון נוסף בה אף משום שמדובר בהלכה "קשה" המתבססת על חשש קלוש לפגיעה בשוויון כתוצאה מהותרת כתב הערבות המקורי בידי המציע, וזאת בפרט בשים לב לכך שלשיטתה, הוראות הדין אינן מאפשרות לבטל ערבות בנקאית ללא הסכמת הנושה. עוד נטען בבקשה כי קשיות ההלכה נובעת מכך שפסילת הצעת המבקשת גרמה פגיעה משמעותית בקופה הציבורית ובפסיקה נקבע כי אינטרס ציבורי מסוג זה עשוי להצדיק דיון נוסף. לבסוף טוענת המבקשת כי הגיעה העת לקביעת הלכה אחידה בנוגע לפגמים בערבות בנקאית, והכרעה בין הגישה לפיה כל פגם בערבות

יפסול את ההצעה ובין הגישה לפיה רק פגמים הגורמים פגיעה ברורה בשוויון יביאו לפסילתה.

6. לאחר עיון בפסק הדין ובטענות המבקשת, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות. הליך הדיון הנוסף הוא הליך נדיר וחריג, שיש לייחדו אך לאותם מקרים שבהם נפסקה הלכה העומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה ראוי לקיים בה דיון נוסף (סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). לא שוכנעתי כי המקרה דנן עומד בתנאים אלה.

דעת הרוב בפסק הדין מושתתת על המגמה העקבית והברורה בפסיקה אשר הדגישה את הצורך בנקיטת גישה מחמירה ביחס לפגמים בערבויות בנקאיות שצורפו להצעה במכרז וקבעה כי למעט מקרים חריגים ומצומצמים, פגמים אלה יביאו לפסילת ההצעה (ראו, למשל: ע"מ 5834/09 אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקאות 3-6 (31.1.2010); ע"מ 5375/15 בטחון שרותים אבידר בע"מ נ' נתיבי ישראל – החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ, פסקאות 8-9 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (11.8.2016)). כפי שציינה השופטת ד' ברק-ארז בפסק דינה, במקרים שנדונו בפסיקה בעבר הפגם בערבות היה מסוג שונה (פגם בנוסח הערבות). עם זאת, הקביעה כי צירוף העתק הערבות במקום כתב הערבות המקורי הוא פגם בערבות המצדיק את פסילת הצעת המבקשת, אינה חורגת מהעקרונות שנקבעו בפסיקה קודמת ומהווה, לכל היותר, פיתוח פסיקתי של הלכה קיימת שאינו מצדיק דיון נוסף (ראו: דנ"א 1032/18 אלדר נכסים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב, פסקה 7 (18.9.2018)). כמו כן, המסקנות השונות שאליהן הגיעו שופטי ההרכב בנוגע לפוטנציאל הפגיעה בשוויון בין המציעים בענייננו – בהתבסס על הוראות הדין והתשתית העובדתית (או היעדרה של תשתית כזו) בכל הנוגע לפרקטיקה הבנקאית – אין בהן כדי להצדיק דיון נוסף. בהקשר זה יש להדגיש, למען הסר ספק, כי בפסק הדין לא נקבעה כל הלכה באשר לאופן שבו ניתן לבטל או לשנות ערבות בנקאית לאחר הנפקתה.

אשר לטענה כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין היא הלכה קשה בשל הפגיעה בקופה הציבורית שנגרמה כתוצאה מפסילת הצעת המבקשת, יש לציין כי האמירות בפסיקה שאליהן הפנתה המבקשת בבקשתה (דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פסקאות ב-ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין ופסקאות 10-11 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (14.7.2011)) נוגעות לפגיעה קשה בקופה הציבורית החורגת מהעניין הקונקרטי שנדון בפסק הדין וכרוכה בהשלכות רוחביות על הציבור

כולו. לא זה המקרה שבפנינו וטענה לפגיעה בעלת השלכות רוחביות כאמור, אף לא נטענה.

אשר על כן, הבקשה נדחית. משלא התבקשה תשובה, לא ייעשה צו להוצאות.

ניתנה היום, י"ט באב התש"ף (9.8.2020).

ה נ ש י א ה