פסיקה

משיכת הערבות כיוצרת מניעות במכרזי רשות

עומר דקל*

על־פי מהלכו הרגיל של כל מכרז, עם ההכרעה בו נמסרת למציע הזוכה הודעה בדבר זכייתו במכרז, ואילו לשאר המציעים נמסרת הודעה בדבר אי־זכייתם במכרז. בשלב זה יוצאים המציעים המפסידים מן התמונה, ואילו המציע הזוכה מוזמן לחתום על חוזה בינו ובין הרשות, עורכת המכרז. עם החתימה על החוזה מוחלפת הערבות שצורפה להצעת הזוכה בערבות אחרת, ערבות שתפקידה להבטיח ביצוע נאות של ההתקשרות או בשמה האחר – "ערבות ביצוע". לעומת זאת, ערבויותיהם של המציעים שהפסידו במכרז אינן נחוצות עוד ועל־כן הן מוחזרות לבעליהן. בדרך־כלל, החזרת הערבות לבעליה נעשית ביוזמת עורך המכרז, אולם לעתים המציע שהפסיד במכרז פונה ביוזמתו לנציג הרשות ומבקש את השבת הערבות. כך לגבי מציע שומנו אין לו, מציע שקיומה של הערבות מכביד עליו בניהול עסקיו או מציע שביטול הערבות בטרם הגיע מועד פקיעתה יזכה אותו בהחזר כספי מן הבנק שהנפיק את הערבות. מטבע הדברים בקשה מעין זו, אם באה, נענית בחיוב.

במשך שנים לא היה בהשתלשלות דברים זו כדי להשפיע באופן כלשהו על זכותו של מציע שהפסיד במכרז לתקוף את חוקיות המכרז ואף לדרוש כי יוכרז עליו כזוכה במכרז, ככל שעמדה לו עילה בדין התומכת בדרישה זו. אמנם, בכמה פסקי־דין הביע בית־המשפט דעה כי בהשבת הערבות לבעליה יש כדי למנוע מן המציע מלטעון לזכאותו לזכות במכרז, אלא שקביעות אלה לא לוו בעיון ובריון מעמיק ועל־כן לא ביססו הלכה.[1]

מצב זה השתנה לאחרונה, עם מתן פסק־הדין של בית־המשפט העליון בע"א טמג"ש.[2] המערערת בפרשה זו הפסידה במכרז שפרסמה המשיבה. לאחר שנודע לה דבר ההפסד ביקשה המערערת לעיין במסמכי המכרז וכן להחזיר לידה את כתב־הערבות. מבוקשה ניתן

---

* הכותב הוא מרצה לדיני מכרזים באוניברסיטה העברית בירושלים, באוניברסיטת בר־אילן, במכללה למינהל ובמכללה האקדמית למשפטים.

1. ראו בג"ץ 163/81 אחים אגבריה נ' המועצה המקומית עדערה (לא פורסם). הלכה זו אומצה בקובץ פסקי־דין, אך לא מעבר לכך. ראו, לדוגמא, ה"פ (חי') 227/98 גינון נפסו נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי ואח' (טרם פורסם); ה"פ (ת"א) 1060/00 לשמן נ' משרד הביטחון והשיכון (טרם פורסם). מנגד, היא גם לא נסתרה באף פסק־דין.
2. ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרוייקטים ואח' נ' רשות הניקוז קישון ואח', פ"ד נה (4) 873 (להלן: ע"א טמג"ש).

nevo.co.il

לה. לאחר שעיינה המערערת במסמכי המכרז היא הגישה למסקנה כי ועדת־המכרזים שגתה בהכרעתה ועל־כן עתרה לבית־המשפט המחוזי בדרישה שיבטל את החלטת ועדת־המכרזים בדבר זכיית המשיבה השנייה (רם עבודות הנדסיות) במכרז ויכריז עליה כזוכה במכרז. בדיון בפני בית־המשפט המחוזי טענו המשיבות כי יש לדחות את העתירה על הסף, שכן טמג"ש מנועה מלתקוף את תוצאות המכרז לאחר שהתזירה לעצמה את כתב־הערבות. בית־המשפט המחוזי קיבל טענה זו ודחה את תביעת טמג"ש על הסף, מבלי לדון בה לגופה. על פסק־דין זה ערערה טמג"ש לבית־המשפט העליון. בפני בית־המשפט העליון עמדו להכרעה שתי שאלות: האחת, האם החזרת כתב־הערבות מונעת מטמג"ש לתקוף את חוקיות זכייתה במכרז של רם. השאלה השנייה היתה, האם החזרת כתב־הערבות מונעת מטמג"ש לטעון לזכייתה־היא במכרז. בשאלה הראשונה קבע בית־המשפט העליון פה אחד, כי למפסיד במכרז עומדת זכות לתקוף את תוצאות המכרז בלא קשר לזכותו־הוא לזכות במכרז, משמע, שטמג"ש אינה מנועה מלטעון כי זכייתה של רם במכרז אינה כדין ולדרוש את ביטול המכרז בלא קשר לזכאותה־שלה לזכות במכרז. לעומת זאת, דעות השופטים נחלקו לגבי השאלה השנייה, האם השבת כתב־הערבות מונעת מטמג"ש לטעון לזכייתה־היא במכרז. דעת המיעוט, שבוטאה על־ידי השופט חשין, קבעה כי מציע שהחזיר לעצמו את הערבות אינו מנוע מלטעון לזכייתו־הוא במכרז ובלבד שבשלב כלשהו לפני מתן ההכרעה בפסק־הדין הוא יעמיד ערבות חדשה לטובת עורך המכרז.[3] דעת הרוב, שבוטאה על־ידי השופטת שטרסברג־כהן,[4] קבעה כי מציע שהחזיר לעצמו את הערבות מנוע מלטעון לזכייתו־הוא במכרז, גם אם בשלב כלשהו החזיר את כתב־הערבות לעורך המכרז או העמיד לטובתו כתב־ערבות חדש.[5] מטרתה של רשימה זו להראות כי הלכה זו אינה מוצדקת.

קביעת הרוב התבססה על שלושה נימוקים: ראשית, השופטת שטרסברג־כהן קובעת, כי מציע הדורש את שינוי החלטתה של ועדת־המכרזים והכרזה עליו כזוכה במכרז מבקש למעשה את החזרת הגלגל לאחור – למועד שקדם למתן הכרעה על־ידי ועדת־המכרזים. אשר על־כן, אם הוא ביקש לקבל בחזרה את כתב־הערבות, הרי שבעת התזרת הגלגל לאחור תהיה הצעתו נטולת ערבות – עובדה שאם נשלים עמה יהיה בכך כדי לפגוע בשוויון שבין המציעים.[6] שנית, יש לזכור כי ערבותו של המציע שזכה במכרז ממשיכה להיות בתוקף ובידי הרשות גם לאחר ההכרעה במכרז. אם לא תוצב דרישה מקבילה כלפי המציע המבקש לטעון לזכייה במכרז שוב יהיה בכך כדי לפגוע בעקרון השוויון, והפעם בין המציע הזוכה ובין המציע "הטוען לכתר".[7] שלישית, מציע הדורש להחזיר לו את כתב־הערבות מגלה את דעתו כי השלים עם תוצאות המכרז – עובדה היוצרת הסתמכות

3. שם, 891, 892.
4. ונתמכה על־ידי השופט א' לוי.
5. ע"א טמג"ש (לעיל, הערה 2), 893-897.
6. שם, 894.
7. שם, שם.

nevo.co.il

אצל ועדת־המכרזים. על־כן אין להקשיב לו גם אם שינה את דעתו לאחר־מכן ועתה הוא מבקש לפעול לזכייתו־הוא במכרז.[8]

מפסק־הדין של הרוב עולה בבירור, כי הוא עוסק אך ורק במצב שבו פנה המציע ביוזמתו לרשות ודרש לקבל בחזרה את ערבותו, להבדיל ממציע שלא יזם פנייה מעין זו וכתב־הערבות הוחזר לו ביוזמת הרשות. מסקנה זו נובעת הן מהגימוק השלישי של פסק־הדין הן מלשונו,[9] אף־על־פי ששני הנימוקים הראשונים שמביאה השופטת שטרסברג־כהן תומכים בהלכה זו גם בנסיבות שבהן כתב־הערבות הושב לבעליו ביוזמת הרשות המינהלית עצמה. על־כן לא ברורה עמדת בית־המשפט כיצד על המציע לנהוג בנסיבות שבהן כתב־הערבות הושב לו ביוזמת עורך המכרז. האם מציע המעוניין לטעון לזכייתו במכרז חייב להשיב לידי עורך המכרז את כתב־הערבות כתנאי לתקיפת ההלטתה של ועדת־המכרזים? האם הוא חייב לעשות כן מיד, שאם לא כן ידאוהו כמי שוויתר על זכותו זו, או שבאפשרותו לעשות כן גם בשלב מאוחר יותר, למשל: עם הגשת העתירה לבית־המשפט?[10] עמימות נוספת העולה מפסק־הדין היא לגבי מצב שבו השאיר המציע את ערבותו בידי עורך המכרז, אך ערבות זו פקעה. האם בשלב זה עליו להחדש ביוזמתו את תוקף הערבות, שאחרת ידאוהו כמי שוויתר על זכותו, או שעליו להחדש את ערבותו רק אם באה לעניין זה דרישה מטעם עורך המכרז?

דעת המיעוט, שנשמעה מפי השופט חשין, גרסה, כאמור, אחרת. לגישת השופט חשין אין לראות בהשבת כתב־הערבות למציע כיוצרת השתק מלטעון לזכייתו במכרז בשל כמה טעמים: ראשית, השופט חשין קובע כי הטלת חובה להותיר את כתב־הערבות בידי הרשות כתנאי לזכאותו של מציע לטעון לזכייתו במכרז אינה יעילה, שכן היא מטילה על המציע עלויות מיותרות שאינן משרתות כל מטרה. עלויות אלה אף עלולות לגרום לכך שמציעים יוותרו מראש על זכותם לבחון את מסמכי המכרז – תוצאה העומדת בניגוד לאינטרס הציבורי, שכן היא גורמת למצב שבו שקיפותו של המכרז תהיה לכאורה בלבד.[11] שנית, עצם פנייתו של המציע לרשות לצורך השבת כתב־הערבות אינה מעידה כי ויתר על זכויותיו. טענת הוויתור היא טענה עובדתית וודאי שאין מקום להסיק אותה בנסיבות שבהן מבקש המציע לעיין בתיק המכרז או בנסיבות שבהן הביע המציע במפורש את כוונותיו בפני ועדת־המכרזים.[12] שלישית, תסימת דרכו של מציע ראוי מלטעון לזכייתו במכרז צריכה טעם כבד־משקל, שכן יש בכך כדי לפגוע הן באינטרס הפרטי של אותו מציע

8. שם, 896.
9. שם, 896-897. ראו, לדוגמא, את הנימוק הלקוח מדיני התוזים.
10. ביני לביני הובעה בשאלה זו עמדה על־ידי בית־המשפט לענייני מינהליים, שקבע כי הלכת טמג"ש אינה חלה בנסיבות שבהן הוחזר כתב־הערבות ביוזמת ועדת־המכרזים. ראו עת"מ (חי') 302/02 דראושה סובחי בע"מ נ' פאווי (טרם פורסם). כן ראו ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו (4) 11.
11. ע"א טמג"ש (לעיל, הערה 2), 887.
12. שם, 888, 891.

לזכות במכרז הן באינטרס הציבורי שבקבלת ההצעה הטובה ביותר.[13] רביעית, השתקת מציע שדרש את כתב־ערבותו מלטעון לזכייתו במכרז מנוגדת אף לתובת ההגינות המינהלית. ההגינות מחייבת – קובע השופט חשין – כי המציע המפסיד ייוודע על־ידי הרשות כי "בהשבת הערבות לידו מחלט הוא את זכותו לטעון כנגד אי־זכייתו במכרז",[14] ואם לא כן הוא, מן הדין שתינתן לו האפשרות לחדש את כתב־הערבות לאחר שהחליט לתקוף את תוצאת המכרז. את הזדקקותה של הרשות לטיעון המניעות רואה השופט חשין כהיאחזות בטיעונים פורמליים, שאינה הגונה ואינה יאה לרשות המינהלית. וחמישית, השופט חשין קובע כי אין בעמדתו זו כדי לפגוע בעקרון השוויון, שכן עיקרון זה בא על סיפוקו בכך שעם הגשת ההצעות למכרז עמדו כל המציעים באותן דרישות ערבות. דרישה זו אינה ממשיכה לחול לאחר סיום המכרז, הן מכיוון שהדבר אינו נובע מתנאי המכרז הן מכיוון שלאחר שלב זה השוואה בין מציע שהפסיד במכרז למציע שזכה במכרז אינה השוואה בין דומים כי אם השוואה בין שונים.[15] בשל נימוקים אלה השופט חשין מגיע למסקנה כי מציע שהפסיד במכרז רשאי לטעון לזכייתו־הוא במכרז גם אם השיב לעצמו את כתב־הערבות שצורף להצעה, ובלבד שהמציא לרשות כתב־ערבות חדש עד למתן פסק־הדין בעניינו.[16]

לדעתי, העמדה הנכונה היא עמדתו של השופט חשין, אלא שראוי היה לפסוע צעד אחד נוסף ולקבוע כי מציע התוקף את תוצאות המכרז ומבקש לזכות במכרז בעצמו אינו חייב להותיר את ערבותו בידי עורך המכרז ואף אינו חייב להמציא לידי עורך המכרז כתב־ערבות חדש כל עוד מתנהלת התביעה וכל עוד לא הכריע בה בית־המשפט. מצב זה משתנה רק לאחר הכרעת בית־המשפט בעתירה. אם בית־המשפט דחה את העתירה ואישר את החלטת ועדת־המכרזים, ממילא הסתיים העניין והמצאת ערבות אינה רלבנטית עוד. אם בית־המשפט קיבל את העתירה במובן זה שהעותר הוכרז כזוכה במכרז או שהנושא הוחזר לדיון בועדת־המכרזים, אזי רשאית ועדת־המכרזים לדרוש מן המציע כי ימציא לה ערבות בנקאית כתנאי להמשך ההליכים. אף במקרה זה אין מדובר בחובה אוטומטית, הכופה את עצמה על המציע מכוח דיני המכרזים, אלא בחובה שתקום רק על־פי דרישה. עמדתי זו נובעת מן המסקנה שהלכת הרוב בע"א טמג"ש אינה משרתת כל אינטרס או ערך הראוי להגנה ולעומת זאת, היא פוגעת בשורה של אינטרסים חשובים הראויים גם ראויים לקידום ולהגנה.

נבחן עתה האם הלכת הרוב אכן מגנה על האינטרסים העומדים בבסיסה, שהם בעיקר הגנה על עקרון השוויון והגנה על אינטרס ההסתמכות של עורך המכרז.

אשר לעיקרון של שוויון ההזדמנויות. לדעתי, הלכת הרוב בע"א טמג"ש אינה שומרת על עקרון השוויון, כי אם פוגעת בשוויון שבין המציע הטוען לזכאותו לזכות במכרז ובין שאר המציעים במכרז. בעוד שכל מציע במכרז נדרש לצרף להצעתו ערבות שתהיה בתוקף

13. שם, 889.
14. שם, 890.
15. שם, 892.
16. שם, 887, 892.

nevo.co.il

לתקופה קצובה וידועה מראש כתנאי לזכייתו במכרז, הרי שבפני המציע שקופח ונאלץ עתה להילחם על זכויותיו מוצבת דרישה מכבידה יותר ועל־כן גם בלתי־שוויונית. מציע זה ייאלץ לשאת בעלויות ובסיכון הרבה יותר גדולים מאשר כל מציע אחר כדי לממש את זכאותו לזכות במכרז. לא זו בלבד שכדי לממש את זכויותיו הוא ייאלץ לשאת בהוצאות משפטיות ניכרות, שלא צפויות להיות מושבות לו, הוא נדרש גם לשאת בהוצאות ובסיכון גבוהים יותר במישור הערבות. נטל זה אינו שוויוני, שכן הוא חורג בהרבה מן הנטל המוטל על המציעים האחרים במכרז.[17] המודל המשפטי שיצרה השופטת שטרסברג־כהן, הנסמך על רעיון החזרת הגלגל לאחור, מתעלם מן המצב לאשורו ומן התוצאה המעשית הנובעת ממנו – תוצאה המטילה על המציע הטוען לפגם בהליכי המכרז נטל כלכלי כבד הרבה יותר מזה המושת על כלל המציעים במכרז. אם יתברר לאחר מעשה כי מציע זה היה זכאי לזכות במכרז, התוצאה היא שזכייתו היתה כרוכה בהשקעת משאבים שלא נדרשה מהמציעים האחרים. גם ההשוואה שבין המציע העותר ובין המציע הזוכה אינה במקומה, שכן המציע הזוכה נדרש להמציא לרשות ערבות ביצוע מכוח היחסים החוזיים שנקשרו בינו לרשות לאחר סיום המכרז ולא מכוח המכרז. על־כן כל השוואה עם מציע זה שעניינה השלב שלאחר סיום המכרז אינה במקומה. נוסף על כך, אין לשלול את האפשרות שמי שהוכרז בטעות כזוכה יהיה זכאי לפיצויים מהרשות אם ההחלטה בדבר זכייתו היתה תולדה של רשלנות ועקב רשלנות זו נגרם לו נזק. גם מסיבה זו ההשוואה שבין המציע העותר ובין המציע הזוכה אינה במקומה. מכאן, שקשה לראות כיצד אפשר לעגן את עמדת הרוב בפרשה זו בעקרון השוויון.

אשר להגנה על אינטרס ההסתמכות של ועדת־המכרזים, ההגנה על אינטרס זה מוצדקת בנסיבות שבהן עקב פועלו של המציע או עקב מצג שלו שינתה הרשות את מצבה לרעה. על־כן אילו החזרת הערבות אכן היתה גורמת לעורך המכרז לשנות את מצבו לרעה ולפעול באופן שונה מזה שבו היה פועל אלמלא הושבה הערבות, אכן היה מקום לראות באינטרס זה אינטרס הראוי להגנה.[18] אולם בנסיבות שבהן אפשר ללמוד מהתנהגותו של המציע כי הוא לא ויתר על זכויותיו, בנסיבות שבהן התריע המציע כי בכוונתו לתקוף את החלטת ועדת־המכרזים, בנסיבות שבהן הוגשה העתירה במועד ובנסיבות שבהן ברור כי

17. על כך יש להוסיף כי המציע העותר נדרש בדרך־כלל להפקיד ערבות בנקאית גם בידי בית־המשפט – ערבות המשמשת ערובה לתשלום נזקים שייגרמו למשיבים עקב הגשת העתירה. ראו רע"א 2422/00 אריאל הנדסת השמל, רמזורים ובקרה נ' עיריית בת־ים, פ"ד נו (4) 612.

18. כך, למשל, ההגנה על אינטרס ההסתמכות היא הטעם העיקרי העומד בבסיס ההלכה בדבר השיהוי. אולם גם על־פי הלכת השיהוי אין במלוף הזמן לבדו כדי להצדיק דחיית עתירה על הסף, אלא על הטוען לשינוי להראות כי עקב ההשתהות בהגשת העתירה השתנה מצבו לרעה. ראו בג"ץ 2285/93, בשג"ץ 138/93 נחום נ' ראש עיריית פתח־תקוה ואח', פ"ד מה (5) 630, עמ' 641; בג"ץ 2632/94 דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח', פ"ד נ (2) 715, עמ' 748; בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ ואח' נ' שר האנים ואח', פ"ד נג (1) 193, עמ' 203.

nevo.co.il

עורך המכרז לא שינה את מצבו לרעה – אין בהגשת העתירה כל פגיעה באינטרס ההסתמכות של ועדת־המכרזים. יתירה מזו: אם באינטרס ההסתמכות עסקינן, מה ההבדל בין תקיפה של החלטת ועדת־המכרזים, שמטרתה להוביל לביטול המכרז, ובין תקיפה שמטרתה להוביל להכרזתו של התוקף כווכה במכרז? זו כן זו פוגעות או אינן פוגעות באינטרס ההסתמכות באותה מידה ואם זו אסורה, מן הראוי שגם האחרת תהיה אסורה. על־כן אם בית־המשפט סבור כי החזרת הערבות אינה יוצרת מניעה לתקוף את עצם חוקיות המכרז, קשה להלום עמדה שלפיה יש בפעולה זו כדי למנוע טענה בדבר זכאות לזכות במכרז ולעגן עמדה זו בהגנה על אינטרס ההסתמכות של ועדת־המכרזים.

נמצא, כי על־אף העובדה שהלכת הרוב מנומקת בצורך להגן על שני אינטרסים, שכשלעצמם אכן ראויים להגנה, אין בהלכה זו כדי לקדם אינטרסים אלה במאומה. עם זאת, ייתכן כי אפשר להצדיק הלכה זו אם יש בה כדי להגן על אינטרסים ראויים אחרים, כמו, לטשל, הגנה על מטרות המכרז הציבורי או הגנה על מטרותיה של הערבות הבנקאית. על־כן מן הראוי לבחון, האם הלכה זו אכן מסייעת להגשים מטרות אלה. נבחן תחילה את פועלה של ההלכה לאור מטרות המכרז הציבורי שהן, כזכור, שלוש במספר:[19] שמירה על טוהר המידות, שאיפה להתקשרות יעילה ושמירה על שוויון הזדמנויות. האם הלכת הרוב בע"א טמג"ש מקדמת איזה מערכים אלה?

אשר לטוהר המידות, כלי מרכזי בשמירה על טוהר המידות הוא השקיפות, המאפשרת למציעים לבחון ולבקר את פעולותיה של ועדת־המכרזים. מנגנון הביקורת של השוק, הבא לידי ביטוי בהפעלת ביקורת על־ידי המציעים שהפסידו במכרז, הוא כלי ביקורת עיקרי ובעל חשיבות מכרעת בשמירה על טוהר המידות של ועדת־המכרזים. לפיכך יש אינטרס ציבורי ראשון־במעלה לעודד את המציעים לבחון את פעולות ועדת־המכרזים, לממש את זכותם לעיין בתיק המכרז ולהעמיד בביקורת את החלטות ועדת־המכרזים. חשיבות לא־פחותה יש לייחס גם להיבט ההרתעתי של כלי זה אם הוא מתפקד ביעילות. כפי שמפרט השופט חשין בפסק־דינו, לא זו בלבד שהלכת הרוב בע"א טמג"ש אינה מעודדת מנגנון זה, אלא היא אף פוגעת בו. הלכת הרוב יוצרת נטל והכבדה כלכלית ניכרת על המציע המעוניין לתקוף את תוצאות המכרז – נטל העלול להרתיע מציעים מלבחון את עבודת ועדת־המכרזים. משמעות הדבר היא פגיעה במנגנון הביקורת של השוק והחלשתו, שתוצאתה המתבקשת היא החלשת השמירה על טוהר המידות.

אשר ליעילותו הכלכלית של המכרז, המכרז הציבורי נועד בין השאר לאפשר לעורך המכרז התקשרות עם בעל ההצעה הטובה ביותר. הלכה החוסמת את דרכו של בעל ההצעה הטובה ביותר מלזכות במכרז ודאי שאינה מקדמת את יעילות ההתקשרות כי אם פוגמת בה. נוסף על כך, הלכת הרוב אף מגדילה את עלויות העסקה הכרוכות בהשתתפות במכרז הן עבור כלל המשתתפים הן עבור המציע הטוען לזכאותו לזכות במכרז. אשר לכלל

19. עומר דקל, חובת המכרז של גופים מינהליים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, 2001).

המציעים במכרז, מהלכת הרוב עולה כי אם התזרת הערבות נובעת מיוזמת המציע יש בכך כדי ליצור כלפיו מניעה מלטעון בדבר זכאותו לזכות במכרז. לעומת זאת, אם החזרת הערבות למציעים שהפסידו נעשית ביוזמתה של ועדת־המכרזים, אין בקבלת הערבות כדי לחסום מציע מלטעון בדבר זכאותו לזכות במכרז.[20] עובדה זו תיצור אצל ועדות־המכרזים תמריץ שלא להחזיר את כתבי־הערבות לבעליהם עם סיום המכרז, אלא להמתין לפניית המציע או לפקיעת כתב־הערבות. מציעים שלא ישכילו להבין כי אי־החזרת הערבות נובעת אך מסיבה זו עשויים להימנע מלבקש את התזרת הערבות ולסבול עקב כך מנטל כלכלי מיותר. אשר למציע הטוען לכתר הזכייה, הלה ייאלץ לשאת, נוסף על ההוצאה הכספית הניכרת הכרוכה בניהול מאבק משפטי מול עורך המכרז (מאבק שתוצאותיו אינן ידועות), גם בהוצאה כספית נוספת הנובעת מעלות כתב־הערבות. הוצאה זו מגדילה את הוצאות העסקה של אותו מציע ועלולה להוביל להימנעותו מלתקוף את תוצאות המכרז גם אם הדין עמו.

אשר לשוויון, כפי שהוסבר כבר לעיל, הלכת הרוב בע"א טמג"ש אינה שומרת על השוויון בין המציעים, כי אם פוגעת בשוויון. המסקנה המתבקשת אפוא היא, שהלכת הרוב בע"א טמג"ש לא זו בלבד שאינה מקדמת את ערכי המכרז הציבורי, אלא היא פוגעת בערכים אלה ועומדת בסתירה להם.

עתה נותר לבדוק, האם הדרישה להשארת הערבות הבנקאית בידי עורך המכרז משרתת את תכליותיה של הערבות הבנקאית עצמה? לערבות הבנקאית המצורפת להצעה ארבע תכליות: תכלית ראשונה ועיקרית היא לשמש מקור שיפוי זמין ונוח עבור עורך המכרז בנסיבות שבהן יחזור בו מציע מהצעתו כאשר אין הוא זכאי לעשות כן.[21] תכלית שנייה היא להיות כלי לנטרול פעילות קרטלית בין המציעים.[22] תכלית שלישית היא לוודא כי המציע נהנה מהוסן כלכלי.[23] תכלית רביעית היא להבטיח כי למציע גמירות הדעת הנדרשת להתקשרות התוזית.

20. תוצאה אתרת אינה אפשרית, שכן אם נאמר כי גם בנסיבות שבהן החזרת הערבות נעשתה ביוזמת ועדת־המכרזים יש בכך כדי ליצור מניעות, יוכלו ועדות־המכרזים להסום את המציעים מלתקוף את המכרז (ככל שמדובר בטענה לזכייה בו) על־ידי כך שלהודעה הנשלחת למציעים שהפסידו במכרז בדבר החלטת ועדת־המכרזים יצורפו כתבי־הערבות שהגישו.

21. ראו, למשל, בג"ץ 368/76 ואח' גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש ואח', פ"ד לא (1) 505, עמ' 512-513; ע"א 248/97 איי. אף. אן. מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל - משטרת ישראל, פ"ד נא (2) 646 (להלן: ע"א איי. אף. אן.), עמ' 649.

22. במכרז רגיש הפעילות הקרטלית תבוא לידי ביטוי בכך שמציע שהגיש הצעה זולה יתמר למציע שהגיש הצעה יקרה ויסכים עמו כי הוא ימשוך את הצעתו הזולה ועל־ידי כך יגרום לזכייתו במכרז של המציע בעל ההצעה היקרה. את הרווח שיפול בחלקם של המציעים עקב פעולה זו יחלקו המציעים ביניהם. מכרז מֻכר חשוף לאותו קושי בדיוק מן הכיוון ההפוך.

23. ראו ע"א איי. אף. אן. (לעיל, הערה 21), 649.

הדרישה להותרת הערבות בידי עורך המכרז ודאי שאינה משרתת את תכלית המלחמה בקרטל, שכן מדובר בנסיבות שבהן המכרז המקורי כבר הסתיים וכלל ההצעות כבר פקעו. דרישה זו אף אינה משרתת את תכלית ההוסן הכלכלי או את תכלית גמירות הדעת, שכן אלה כבר נבחנו בעת הגשת ההצעות. דרישה זו אף אינה משרתת את מטרתה העיקרית של הערבות – מקור שיפוי זמין עבור עורך המכרז – שכן ממילא כל עוד לא ניתנה הכרעה שיפוטית בעתירה לא יכולה לקום לעורך המכרז עילה לחילוט הערבות. עילה לחילוט הערבות יכולה לקום רק בנסיבות שבהן המציע משך את הצעתו, כאשר אין הוא רשאי לעשות כן. אולם מציע המנהל הליך שיפוטי ומעוניין לחזור בו מהצעתו יכול להסתפק במשיכת העתירה ואין הוא צריך להכריז על כך כדי להגיע לתוצאה המבוקשת. מכאן נובעת המסקנה, שהשארת הערבות בידי עורך המכרז אינה משרתת גם תכלית זו ולמעשה אינה משרתת כל תכלית שהיא.

לכאורה, די במסקנה זו כדי להצדיק את ביטול הלכת הרוב בע"א טמג"ש. אולם לשם ביסוס מסקנה זו ראוי להוסיף עוד שני נימוקים: נימוק ראשון מושתת על עקרונות המכרז. מוסכם על הכול כי על מסמכי המכרז למצות את כלל הדרישות של עורך המכרז מן המציעים.[24] סטייה מאוחרת מדרישות אלה או תוספת מאוחרת על דרישות אלה אינן מותרות, בין השאר מכיוון שיש בכך כדי לפגוע באינטרס ההסתמכות של המציעים ויש בכך חריגה מכללי המשחק שלגביהם הוסכם מראש.[25] דרישה לצירוף ערבות בנקאית להצעה אינה תנאי חובה בכל מכרז, אלא דרישה שעורך המכרז רשאי לקבוע במסמכי המכרז אם רצונו בכך.[26] החליט עורך המכרז לדרוש מן המציעים לצרף להצעותיהם ערבות בנקאית, הרי שעליו לציין במסמכי המכרז את גובהה של הערבות הנדרשת ואת משכה. כל משתתף במכרז רשאי להניח כי דרישות המכרז באשר לצירוף הערבות הן ממצות. על־כן דרישה שלפיה משתתף במכרז המעוניין לתקוף את החלטת ועדת־המכרזים ולטעון לזכייתו־הוא במכרז יהיה חייב להותיר את ערבותו בידי ועדת־המכרזים, ולאחר־מכן אף אולי לחדשה – תייבת להיות מפורטת במסמכי המכרז. אם מסמכי המכרז אינם מפרטים דרישה זו אי־אפשר להציבה בפני המציע בשלב כלשהו של הליך המכרז כחלק מאותו מכרז. הצבת דרישה מעין זו בפני משתתף במכרז כתנאי לזכאותו לזכות במכרז, מבלי שהדבר קיבל ביטוי במסמכי המכרז, היא שינוי של כללי המשחק, סטייה מעקרונות המכרז וחוסר־הגינות כלפי אותו מציע.

24. ראו תקנה 17 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, ק"ת 5523.

25. ראו, למשל, בג"ץ 632/81 ואח' מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לו (2) 673, עמ' 680; ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל ואח' פ"ד נ (5) 59, עמ' 62; ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון ואח', פ"ד נא (5) 643, עמ' 644.

26. ראו תקנה 6 לתקנות חובת המכרזים. אמנם, בהוראות התכ"מ (תקנון כספים ומשק) נקבע כי צירוף ערבות הוא חובה בכל מכרז, אך אפשר להשיל ספק בחוקיותה של הוראה זו; ונוסף על כך מדובר בהנחיה מינהלית, שבנסיבות מסוימות אפשר לסטות ממנה, ולא בחיקוק קשיח.

nevo.co.il

נימוק שני נגד הלכת הרוב טמון בהשלכתה השלילית של הלכה זו על הלכות אחרות בקשר לניהול המכרז. על־פי הלכה מבוססת של בית־המשפט העליון, בנסיבות שבהן חזר בו הזוכה מהצעתו או הפר את ההתקשרות עמו זמן קצר לאחר כריתת החוזה, על ועדת־המכרזים לשקול את הצעתו של המציע השני בטיבו ואם מצאה את הצעתו ראויה – להכריז עליו כזוכה במכרז.[27] למעשה מדובר בהחזרת הגלגל לאחור, לשלב שקדם להכרעה במכרז. הלכת הרוב בע"א טמג"ש עומדת לכאורה בסתירה עם הלכה זו, שכן אחד האדנים המרכזיים שעליהם מושתתת הלכת טמג"ש הוא, שבנסיבות שבהן השיב לעצמו המציע את ערבותו החזרת הגלגל לאחור אינה אפשרית עוד; שכן יש בה כדי לפגוע בעקרון השוויון. נובע מכך, שאם המציע השני בטיבו השיב לעצמו את ערבותו לאחר סיום המכרז, הרי שהחזרת הגלגל לאחור והכרזה עליו כזוכה במכרז היא בעייתית. ספק אם השלכת זו נשקלת על־ידי בית־המשפט העליון בשעה שגיבש את החלטתו.

מכל האמור לעיל עולה, כי הלכת הרוב בע"א טמג"ש לא זו בלבד שאינה משרתת כל אינטרס ראוי להגנה, אלא פוגעת בשורה של אינטרסים ראויים. אשר לעמדת המיעוט, מפי השופט חשין, ככלל, עמדה זו ראויה בעיני, אם כי ראוי היה לוותר גם על הדרישה להמצאת כתב־ערבות בטרם ניתנת ההכרעה השיפוטית בעתירה, בהסתמך על שני טעמים: ראשית, התמריץ הראשוני לתקוף את החלטת ועדת־המכרזים מטילא אינו גדול, שכן הוא כרוך בהוצאה כספית ניכרת, בפגיעה אפשרית במערכת־היחסים בין הספק לנציגי הרשות ובסיכון להפסיד בהליך השיפוטי. מציע שלמרות זאת מוכן לקחת על עצמו עול זה לא ינהל את מאבקו לריק. טעם שני הוא, שבדרך־כלל פתוחה בפני העותר הדלת לחזור בו מהעתירה בהסכמת המשיבים, ובלא חיוב בהוצאות, עד לשלביו הסופיים של הדיון השיפוטי. על־כן עותר המעוניין לחזור בו מהצעתו יוכל בדרך־כלל לעשות זאת באמצעות חזרה מעתירתו בטרם מתן ההכרעה השיפוטית. מן האמור לעיל עולה, כי הסיכון הגלום בכך שעותר ינהל את הקרב המשפטי עד תום יוכה בעתירתו ולאחר־מכן יימנע מלממש את זכייתו הוא קלוש ועל־כן אינו מצדיק הסדרה מיוחדת.

המסקנה המתבקשת היא, שהמצב המשפטי אשר קדם לפסק־הדין בע"א טמג"ש שיקף את ההסדר המשפטי הראוי ולא היה בנסיבות העניין מקום לשינויו. מן הראוי כי תקיפה של הליכי מכרז וטענה של מציע כי זכאותו לוכות במכרז נשללת ממנו שלא כדין תיבחנה לגופן ולא תיתמכנה בטענות דיוניות שאינן משרתות כל מטרה ראויה.

27. בג"ץ 3549/90 **אלחנפא מסחר ושירותים בע"מ נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל**, פ"ד מה (3) 578, עמ' 583; בג"ץ 2709/91, בשג"ץ 3061/91 **חפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מה (4) 428, עמ' 437; ע"א 5759/97 **שובל אייל לישראל בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'** (טרם פורסם).