



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 1912/19

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת: רשות מקרקעי ישראל

נ ג ד

המשיבה: אביסרור משה ובניו עבודות בנין ופתוח בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' סגנית הנשיאה
השופטת ו' מרוז בעת"מ 64107-09-17 מיום 27.1.2019)

תאריך הישיבה: י"ג בחשון התש"ף (11.11.2019)

בשם המערערת: עו"ד רנאד עיד

בשם המשיבה: עו"ד מוריה אפרת-מכלוף; עו"ד שלמה אביטן

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' סגנית הנשיאה, השופטת ו' מרוז) מיום 27.1.2019 בעת"מ 64107-09-17, במסגרתו התקבלה עתירת המשיבה ונקבע כי הסעיף בתנאי המכרז הקובע כי "זוכה שנייה" מחויבת להעלות את סכום הצעתה כדי 90% מהצעת הזוכה הראשונה, במידה והזוכה הראשונה אינה עומדת בתנאי זכייתה, אינו חל במקרה זה.

הרקע לערעור

1. בחודש ינואר 2017 פרסמה המערערת (להלן: דמ"י) מכרז שמספרו מר/7/2017 לרכישת זכויות חכירה בחמישה מתחמים שונים בשכונת "מורשת" ביישוב מודיעין-מכבים-רעות (להלן: המכרז). למתחם מושא ההליך (להלן: המתחם) נקבע מחיר מינימום

בסך של 16,368,170 ש"ח, הנגזר משומת השמאי הממשלתי שהעריך את שווי המקרקעין בסך של 35,974,000 ש"ח.

2. חברת מוריס אלון בע"מ (להלן: מוריס אלון) הציעה לרכוש את זכויות החכירה במתחם תמורת סך של 60,005,180 ש"ח, וביום 20.6.2017 היא הוכרזה כזוכה במכרז. לאחר הכרזת מוריס אלון כזוכה, ביום 5.7.2017 פנתה המשיבה לוועדת המכרזים ברמ"י (להלן: הוועדה) בבקשה כי אם מסיבה כלשהי תחליט מוריס אלון שלא לממש את זכייתה, תוכרז המשיבה כזוכה במכרז. המשיבה גרסה כי הפער העצום בין הצעת מוריס אלון ליתר ההצעות מצביע על טעות שנפלה בהצעתה של מוריס אלון. ואכן ביום 19.7.2017, בחלוף כחודש ימים מהודעת הזכייה, פנתה מוריס אלון לוועדה וביקשה לבטל את זכייתה מחמת טעות שנפלה בהצעתה. היא ביססה את בקשתה על הוראת תקנה 20(ד) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: התקנות), הקובעת כי ועדת המכרזים תפסול הצעות אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של נושא המכרז. נוכח האמור, המשיבה שהצעתה הגיעה למקום השני ועמדה על סך של 31,826,256 ש"ח, ביקשה להכריז עליה כעל הזוכה במקום מוריס אלון.

3. ביום 13.8.2017 קיימה הוועדה דיון בעניין. במסגרת הדיון צוין כי הוועדה ביקשה מהשמאי הממשלתי לבדוק את הפער בין מחיר המינימום שפורסם במכרז לבין הצעת מוריס אלון. השמאי בחן את הצעת מוריס אלון, וחישב כי בתוספת הוצאות הפיתוח, הצעתה גבוהה פי 1.44 ממחיר השומה (כולל הוצאות פיתוח). על כן ביום 14.8.2017 הוועדה הודיעה למוריס אלון כי החליטה על ביטול זכייתה במכרז. משבוטלה זכייתה של מוריס אלון, דנה הוועדה בבקשת המשיבה להכריז עליה כזוכה וביום 24.8.2017 הודיעה למשיבה כי היא מאפשרת לה לזכות במכרז כמציעה שנייה אך זאת בהתאם להוראות סעיף 12 לתנאי המכרז. משמעות הוראה זו היא כי אם הזוכה במכרז לא עומד בתנאי זכייתו והעסקה עמו בטלה, על המציע השני להעלות את הצעתו לכדי 90% מהצעתו של הזוכה המקורי, כדי שיוכרז כזוכה. משתנאי זה לא התקבל על דעת המשיבה, היא עתרה ביום 29.9.2017 לבית המשפט לעניינים מנהליים וביקשה להורות על הצעתה כהצעה הזוכה במכרז במחיר הצעתה שלה ולא במחיר "המשודרג" של הוועדה.

ההליך בבית המשפט לעניינים מנהליים

4. המשיבה טענה כי אין להחיל עליה את הוראת סעיף 12 לתנאי המכרז, שכן אין לראות במוריס אלון כמי שלא עמדה בתנאי זכייתה במכרז. לשיטתה, מוריס אלון כלל לא הייתה אמורה לזכות במכרז, ועל כן יש לראות את הצעתה כבטלה מעיקרא. זאת שעה

שמדובר בהצעה בלתי סבירה בעליל, שהיה על הוועדה לפסול אותה (לאחר עריכת שימוע ובירור) כפי שמורה תקנה 20(ד) לתקנות. עוד נטען כי לתוצאה דומה ניתן להגיע גם לפי דיני החוזים, שכן בהצעתה של מוריס אלון נפלה טעות יסודית המביאה אף היא לביטול הזכייה.

5. מנגד טענה רמ"י, כי בקשת מוריס אלון לחזור בה מהצעתה, לא נבעה מקיומן של הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של תנאי המכרז (הנסיבות המצדיקות פסילת הצעה לפי תקנה 20(ד) לתקנות) כי אם על בחינת כדאיות כלכלית בדיעבד ורק לאחר פרסום תוצאות המכרז. זאת, שעה שבעת שהגישה מוריס אלון את הצעתה היא פעלה מתוך שיקולים אשר היו נראים לה נכונים באותה עת. בנסיבות אלו, ונוכח עמדתה שיש להחיל את תקנה 20(ד) בצמצום, אין מקום לקבוע כי נפל פגם בהכרזה על מוריס אלון כזוכה. ממילא, אין גם מקום להיעתר לבקשת המשיבה שלא להחיל עליה את תנאי סעיף 12 לתנאי המכרז.

6. ביום 27.1.2019 ניתן פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים במסגרתו התקבלה עתירת המשיבה. בית המשפט קיבל את טענות המשיבה כי היה על הוועדה להידרש לפער הניכר שקיים בין הצעת מוריס אלון לבין השומה כפי שהוערכה "בזמן אמת" על ידי השמאי הממשלתי. כמו כן, היה על הוועדה לזמן את מוריס אלון לשימוע, במסגרתו היה עליה לברר את השיקולים שעמדו בבסיס הגשת הצעתה. משלא עשתה כן, הרי שנפל בהחלטתה על זכיית מוריס אלון פגם היורד לשורש ההחלטה, המביא לבטלותה מעיקרא. מה גם, היענות הוועדה לבקשת מוריס אלון לביטול זכייתה, אינה עולה בקנה אחד עם עמדת הוועדה כי הפער בין הצעת מוריס אלון לשומה וליתר ההצעות היה סביר. בנסיבות אלו, משאין מדובר בזוכה אשר לא עמד בתנאי הזכייה, אלא בזכייה שדינה בטלות, קבע בית המשפט כי אין תחולה להוראת סעיף 12 לתנאי המכרז. עוד צוין כי סעיף 10 לתנאי המכרז מאפשר לרמ"י לראות בהפרת התחייבות מצד מציע ככזו אשר מביאה לביטול זכייתו מעיקרא. לפיכך, קבע בית המשפט כי אין מניעה להכריז על המשיבה כזוכה "ראשונה". על כן נקבע כי המשיבה תוכרז כזוכה, תוך הכרה בהצעתה על סך של 31,826,256 ש"ח.

מכאן לערעור שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים בערעור

7. רמ"י טענה כי פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים שגוי, ודינו להתבטל. לטענתה בית המשפט התעלם מכך שהחלטת ועדת המכרזים לעניין תחולת סעיף 12 היא החלטה מקצועית באופייה ולא בנקל מתערב בית המשפט בהחלטות מסוג זה. בנוסף,

שגה בית המשפט משקבע כי אין תחולה לסעיף 12 להוראות המכרז. אי-החלת סעיף זה מאיין את תכליתו, שהיא מניעת רכישת הזכייה מזוכה ראשון שהציע הצעה גבוהה מיתר ההצעות. בכך שקיבלה רמ"י את הבקשה לביטול הזכייה, אין בכך כדי להכריע כי היה על רמ"י להחליט בזמן אמת על פסילת ההצעה, שכן הסיבות לפסילת הצעה וביטול זכייה אינן זהות. ועוד, בפסק דינו בית המשפט יצר חובה יש מאין, ללא כל בסיס בדין, לערוך למציע שימוע טרם הכרזה על הצעתו, רק בשל גובה ההצעה. כמו כן, את השימוש בתקנה 20(ד) לתקנות, שבעטיו ניתן לבטל הצעה מחמת טעות, יש לעשות בצורה מצמצמת ובמקרים חריגים בלבד. אין נסיבות המקרה נכנסות בגדר מקרים אלו, כאשר מוריס אלון טענה לטעות בכדאיות העסקה בדיעבד, לאחר סיום הליכי המכרז והיחשפותה ליתר ההצעות.

8. מנגד, המשיבה סמכה את ידיה על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים. לשיטתה, צדק בית המשפט באופן בו יישם את ההלכה הפסוקה בנסיבות העניין. אכן, כפי שנקבע, לא היה מקום להכריז על הצעת מוריס אלון כזוכה, ודינה בטלות מעיקרא. מכאן גם לא היה מקום להחיל על הצעתה של המשיבה את הוראת סעיף 12 לתנאי המכרז. עוד טענה המשיבה, בעיקר ובהרחבה במסגרת הדיון שהתקיים לפנינו, כי הוראות סעיף 12 אינן חלות בנסיבות העניין, גם נוכח העובדה שיש לראות את נסיבות המקרה ככאלה שבהן כלל לא נכרת חוזה עם מוריס אלון. משכך, ממילא אין מדובר ב"זוכה" אשר לא עמד בתנאי "זכייתו", ש"העסקה" עמו בוטלה.

דיון והכרעה

9. מאחר שליבת המחלוקת בענייננו נוגעת לתחולתו של סעיף 12 לתנאי המכרז נביא תחילה את החלקים הרלוונטיים של הסעיף כלשונם:

"12.1. במידה והזוכה המקורי במכרז לא יעמוד בתנאי זכייתו והעסקה עמו תבוטל, תדון הרשות בבקשה להכריז על המציע בעל ההצעה השנייה בגובהה (להלן: "מציע מס' 2") כזוכה במכרז, זאת בהתקיים התנאים המצטברים הבאים:

...12.1.1

12.2. להלן אופן עריכת התחשיב של הסכום שיידרש מציע מס' 2 לשלם:

...12.2.1

12.2.2. כאשר הצעת הזוכה המקורי במכרז גבוהה משומת השמאי הממשלתי (כפי שחושבה לעיל):
תסכים הרשות לדון בבקשה להכריז על מציע מס' 2

כזוכה במכרז, במידה והוא יסכים להעלות הצעתו לתשלום באופן שתעמוד על שווי הצעת הזוכה המקורי במכרז מוכפל ב- 90%, או על שומת השמאי למכרז כפי שחושבה לעיל, או על המחיר שהציע מציע מס' 2 במכרז, הגבוה מבין שלושת הסכומים.

היינו, השאלה המרכזית העומדת על הפרק היא האם בנסיבות העניין מוריס אלון עונה על התנאים המפורטים ברישא סעיף 12.1 לתנאי המכרז, על פיו מדובר ב"זוכה המקורי במכרז" אשר "לא יעמוד בתנאי זכייתו" "והעסקה עמו תבוטל". בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כאמור כי תנאים אלו לא התקיימו, זאת נוכח העובדה שלא היה מקום להכריז על מוריס אלון כזוכה מלכתחילה. לאמור, משנפל פגם היורד לשורש ההליך בהחלטת הוועדה על זכייתה של מוריס אלון במכרז, החלטה זו בטלה מעיקרא. ממילא, כך על פי קביעת בית המשפט לעניינים מנהליים, אין מדובר ב"זוכה" אשר לא עמד בתנאי זכייתו. המשיבה העלתה את הטענה לפיה היא אינה עומדת בתנאי סעיף 12 לתנאי המכרז מסיבה נוספת, מעבר לזו שמנה בית המשפט. לשיטתה, סעיף 12 לתנאי המכרז עניינו במצב שבו הופר חוזה, ובעקבות זאת "בוטלה" עסקה. אלא שבענייננו לא ניתן לומר כי נכרת חוזה, קל וחומר לא נכרתה "עסקה" עם מוריס אלון. עיקר טענות המשיבה הן אפוא במישור החוזי.

10. ואכן, על מכרז ציבורי חלות שתי מערכות נורמטיביות עיקריות, הן עקרונות המשפט הציבורי והן דיני החוזים והטרומ-חוזים. כפיפותו של המכרז לשתי מערכות דינים אלה מייבאת לתוכו כללים ועקרונות היוצרים דואליות נורמטיבית, כאשר שתי המערכות משתלבות זו בזו (ע"מ 687/04 ינון תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות רכבת ישראל, פסקה 12 (15.6.2006); ע"מ 5853/05 אחים כלאדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה ז' (16.1.2007) (להלן: עניין אחים כלאדי)). נדון אפוא בשני מישורים אלה, הן במישור המכרזי-מנהלי והן במישור החוזי.

11. ראשית יאמר כי ככל החלטה של רשות מנהלית, ניתן להעביר על החלטת רמ"י ביקורת שיפוטית בהתאם לכללי המשפט המנהלי ובתוך כך לבחון את סבירותה. יחד עם זאת, בית המשפט אינו יושב כ"ועדת מכרזים עליונה" ואינו מחליף את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו (ראו: ע"א 1255/13 אולניק חברה להובלה עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' בני וצביקה בע"מ, פסקה 16 והאסמכתאות שם (13.5.2013); ע"מ 6131/17 מוניות שמשון בע"מ נ' רכבת ישראל, פסקה 28 (18.2.2018)). התערבות בית המשפט מתוחמת לאחת מעילות ההתערבות במעשה המנהלי, המוכרות במשפט הציבורי (ע"מ 4011/05 דגש סחר (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים, פסקה 37 (11.2.2008)). בית המשפט צריך לבחון האם נפל בהחלטות ועדת המכרזים פגם שאינו עולה בקנה אחד עם

עקרונות דיני המכרז הציבורי כפי שנקבעו בחקיקה ובפסיקה. במסגרת זו טעות בתום לב שאין בה משום הפרת השוויון או פגיעה בעקרון ההגנות לא תוביל בדרך כלל להתערבות בהחלטת הוועדה (ע"מ 3499/08 דון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים – עיריית עפולה, פסקה 11 (18.1.2009) (להלן: עניין דון עבודות עפר ייזום ופיתוח)). זוהי גם נקודת המוצא לבחינת סבירות החלטת הוועדה על זכייתה של הצעת מוריס אלון במכרז.

12. לצורך בחינת סבירות החלטת הוועדה, נביא את תקנות 20(ד) ו-20(ה) לתקנות כלשונן:

20(ד). ועדת המכרזים תפסול הצעות אם הן חסרות, מוטעות או מבוססות על הנחות בלתי נכונות או על הבנה מוטעית של נושא המכרז וכן הצעות שעולה מהן שבקיום ההתקשרות ייפגעו זכויות עובדים, זולת אם החליטה הוועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו; ועדת המכרזים תדחה הצעות שלא מתקיימים בהן התנאים לפי תקנה 6א(א), זולת אם החליטה אחרת לפי תקנה 6א(ב).

(ה) הוועדה רשאית, מטעמים שיירשמו בפרוטוקול, להזמין מציע כדי לברר פרטים בהצעה וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטתה; פרטי הבירור יירשמו אף הם בפרוטוקול.

תקנה 20(ד) לתקנות מסמיכה אפוא את ועדת המכרזים לפסול הצעה אם נפל בה פגם. התקנה מתייחסת לכאורה לחמישה סוגים של פגמים: הצעה חסרה; הצעה מוטעית; הצעה המבוססת על הנחות בלתי נכונות; הצעה המבוססת על הבנה מוטעית של נושא המכרז; הצעה שעולה ממנה שהיא עשויה לגרום לפגיעה בעובדים. בית משפט זה כבר הבחין בין פגם שהוא טכני בלבד לבין פגם מהותי בהליך המכרז אשר פוגע בתחרות הוגנת בין משתתפיו ובעיקרון השוויון (ראו למשל: עניין אחים כלאדי, פסקה י"א). פגם מהותי מביא לרוב לבטלות ההצעה ואין אפשרות לתקנו אלא במקרים חריגים, וזאת לעומת פגם טכני שעל פי רוב ניתן וראוי לתקנו (ראו: ע"מ 5409/18 רשות מקרקעי ישראל נ' סלימאן, פסקה 15 והאסמכתאות שם (3.1.2019) (להלן: עניין סלימאן); ע"מ 8610/03 אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, נח(6) 755, 767 (2004)). בפגמים בעלי אופי טכני שמקורם בטעות בתום לב מצד מציע, אשר אינם פוגעים בכללי היסוד של דיני מכרזים, רשאית הוועדה להכשירם בהתאם לשיקול דעתה (ע"מ 1811/09 אסום חברה קבלנית לבניה בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב, פסקה 23 (6.1.2010)). כמו כן, ישנם מקרים מובהקים שבהם ברור כי מדובר בפגם טכני קל שאינו מצדיק ביטול ההחלטה מן העבר האחד, או בפגם מהותי וחמור המחייב ביטול, מן העבר

השני. במקרים רבים אחרים, מדובר במצבי ביניים בהם מסור שיקול דעת לוועדת המכרזים אם לבטל הצעה או זכיה, אם לאו, על יסוד שיקולים עניינים המופעלים באופן שוויוני והוגן (עניין סלימאן, פסק דינו של השופט מ' מזוז).

13. בענייננו, הצעת מוריס אלון התבררה, בדיעבד, כפי שהגדירה מוריס אלון בעצמה "הצעה הפסדית שאינה ניתנת לביצוע" (בקשת מוריס אלון מיום 19.7.2017). ואכן, כאשר מוגשת הצעה הפסדית או גרעונית, הדבר עשוי להעלות חשש שהמציע נוטל על עצמו סיכון בלתי סביר. כאשר מציע נוטל על עצמו סיכון מעין זה, אשר צפוי להביא להפסד משמעותי ולסכן את המשך עסקיו, הדבר עלול לפגוע באינטרסים של הרשות עורכת המכרז ובאינטרס הציבורי שעליו היא מופקדת. הדבר גם עלול להביא לריבוי תביעות והתדיינות משפטיות. בנוסף, בעיקר כאשר מדובר במכרז לאספקת שירותים הכולל העסקת כוח אדם רב, הדבר עשוי לשמש כאינדיקציה להפרת החובות הקבועות בדין בקשר לשמירה על זכויות סוציאליות של עובדים (עניין רון עבודות עפר ייזום ופיתוח, פסקה 19). על כן, במקרה מסוג זה הדעת נותנת כי על ועדת המכרזים להתייחס בחשדנות להצעה כאמור.

14. עם זאת, אין בעובדה שמדובר בהצעה הפסדית כשלעצמה, כדי להביא לפסילתה. לעתים גם קיים היגיון כלכלי מבחינתו של המציע בהגשת הצעה כזו, בהתבסס על שיקולים ארוכי טווח (ע"מ 2690/06 מ.ת.א.ר. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ' עיריית אשדוד, פסקה 11 (2.5.2006); ע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פסקה 40 (7.1.2014); עומר דקל מכרזים כרך ב 125 (התשס"ד) (להלן: דקל)). ועדת המכרזים אינה נדרשת לבחון את שיקולי הרווח וההפסד של המציע ואת כדאיותה הכללית של הצעתו. זאת הגם שמחיר בלתי סביר אכן יכול לשמש אינדיקציה לחוסר רצינות מצד המציע (ע"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 11 (3.8.2006)).

15. ובמקרה זה. השאלה העומדת על הפרק, היא האם נפל פגם בהחלטת הוועדה המורה על זכייתה של הצעת מוריס אלון, ולא מצאה לנכון להורות על פסילתה (כהוראת תקנה 20(ד) לתקנות). בנסיבות העניין, ובניגוד לדעתו של בית המשפט המחוזי, אינני סבור כי נפל פגם בהחלטת הוועדה היורד לשורש ההליך ומצדיק ביטולה מעיקרא, וזאת בהתחשב במערכת הנסיבות העובדתית שעמדה לנגד עיני הוועדה. מדובר במכרז לרכישת זכויות חכירה במקרקעין לביצוע פרויקט בניה בחמישה מתחמים, לבניית כ- 252 יחידות דיור במודיעין-מכבים-רעות. על פי ניסיון העבר, כפי שהבהירה רמ"י (ואף הציגה במסגרת הודעת הערעור מספר לא-מועט של דוגמאות לכך), במכרזים מסוג זה

קורה לא פעם שההצעה הגבוהה עולה במידה ניכרת על ההצעה השנייה כמו גם על שומת השמאי הממשלתי, והמציעים עומדים בתנאי הצעתם (והשוו, אם כי לפני התקנת התקנות: בג"ץ 2709/91 חפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, מה(4) 428 (1991)). ניתן גם לומר בזהירות, כי פוטנציאל הרווח הגלום בפרויקטים מסוג זה גם הוא נתון שעשוי להשפיע על סטייה מהאומדן. יש גם רגליים לסברת רמ"י כי קיים גבול בהטלת חובה על כתפי הועדה לערוך את השיקולים המסחריים של מציעי ההצעות. אין זה מתקבל על הדעת כי על הרשות מוטלת האחריות לבחון את האינטרסים הכלכליים של מי מהמציעים. דרישה שכזו אינה סבירה ומעמיסה על הרשות נטל שאין לה יכולת לעמוד בו.

16. בשולי דברים אלו אציין כי בניגוד לטענת המשיבה, לא ראיתי כי יש בכך שרמ"י אפשרה למוריס אלון להשתחרר מזכייתה במכרז כדי לשנות מהמסקנה האמורה. אכן, יש להבחין בין פטילת הצעה, לבין היענות לבקשה לביטול זכייה. כפי שהבהירה רמ"י, היא אינה נוהגת "לכפות" על זוכים את זכייתם, כעניין של מדיניות. מדיניות זו אף עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי עליו מופקדת הרשות, שכן ברי כי אין תועלת רבה בחיובו של זוכה, המצהיר כי אינו יכול לעמוד בתנאי הזכייה, לקיום הוראות המכרז. בד בבד, אין חולק כי השתחררותה של מוריס אלון מהזכייה גבתה ממנה, בנסיבות העניין, מחיר ניכר (שעה שהוחלט על חילוט הערבות בסך של 3,364,000 ש"ח).

17. מכאן מתבקשת המסקנה כי לא נפל פגם בהחלטת הוועדה שהצדיק התערבות בית משפט, ולא היה מקום להורות על בטלות החלטתה מעיקרא. ממילא בנסיבות העניין גם לא ניתן לומר כי נפל פגם בכך שלא זומנה מוריס אלון לשימוע, כפי שמאפשרת תקנה 20(ד) לתקנות. משאין מקום להורות על ביטול זכייתה מעיקרא, הרי שנסללה הדרך להחלט סעיף 12 לתנאי המכרז, שעניינו אי-עמידה בתנאי מכרז מצד זוכה. אלו הם גם נסיבות ענייננו, משחזרה בה מוריס אלון מהצעתה, חודש בלבד לאחר זכייתה, בטענה כי התברר לה שהיא אינה יכולה לעמוד בהצעתה.

18. אך בכך לא תמה הדרך. המשיבה טענה כאמור כי סעיף 12 לתנאי המכרז אינו חל בנסיבות העניין, שכן במישור החוזי, אין מדובר בנסיבות שבהן זוכה 'לא עמד בתנאי זכייתו' וגם לא ב'עסקה' שבוטלה, שכן כלל לא נכרת חוזה עם מוריס אלון. ברם, לא ניתן לקבל טענות אלה. אכן, ניתן לראות במכרז כהליך טרום חוזי, שמטרתו הסופית היא התקשרות חוזית בין עורך המכרז לבין הזוכה. אלא שגם לפי נקודת מבט זו, המכרז נחשב כהזמנה להצעת הצעות, ההשתתפות במכרז היא "ההצעה" במובנו של הביטוי בדיני החוזים וההחלטה על זכייתו של מציע היא ה"קיבול" (בג"ץ 462/79 שרביב בע"מ נ' ...).

עיריית נהריה, פ"ד לה(1) 467, 472 (1979) (להלן: עניין שרביב); עניין אחים כלאדי, פסקה ט; גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 147 (1999)). היינו, מרגע שנודע למציע כי הוא הזוכה, אין הוא יכול עוד לסגת באופן חד צדדי מהעסקה, שכן נסיגה שכזו מהווה הפרה של החוזה (עצ"מ 10073/17 מטיילי ירון בר בע"מ נ' מועצה אזורית יואב, פסקה 7 (05.12.2018); עניין שרביב בעמ' 472; ע"א 3549/90 אלחנפא מסחר ושירותים בע"מ נ' עמידר, החברה הלאומית, פ"ד מה(3) 578, 581 (1991)).

מכאן שבענייננו ברגע שרמ"י הודיעה למוריס אלון על זכייתה, נכרת בין השתיים חוזה מחייב שמשמעותו שחלה ביניהם העסקה נשוא המכרז. אי לכך, ברור הוא כי מוריס אלון הייתה בבחינת "זוכה מקורי" שזכה במכרז שמגיע לכלל "קיום עסקה" עמו כלשון סעיף 12 לתנאי המכרז.

[במאמר מוסגר אציין כי אף אם לא הייתי נדרש לניתוח לעיל, ניתן היה להגיע לאותה התוצאה בהתבסס על האמור בסעיף 5.3.8 לתנאי המכרז שם נכתב: "תוך 60 יום מתאריך אישור ועדת המכרזים בדבר קביעת הזוכה במכרז (להלן: "המועד הקובע") יהיה על הזוכה במכרז לשלם את סה"כ הוצאות הפיתוח והוצאות הפיתוח הנוספות לרמ"י". ללמדך, שבהתאם להוראות המכרז ברי כי "המועד הקובע" לצורך קביעת הזוכה וסגירת העסקה, הוא אישור ועדת המכרזים בדבר הזכייה.]

19. בשולי הדברים יצוין כי בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי סעיף 10 לתנאי המכרז מאפשר לרמ"י לראות בהפרת ההתחייבות כמבטלת את הזכייה מעיקרא, ולהתקשר עם כל חברה אחרת לפי שיקול דעתה, וגם מטעם זה אין מניעה מלהכריז על המשיבה כעל "זוכה ראשונה". ברם, גם בעניין זה, לדעתי לא היה מקום לקביעה זו של בית המשפט. סעיף 10.3 לתנאי המכרז (כאשר כותרתו של סעיף 10 היא: "הפרות וסעדים"), קובע כי:

"בכל מקרה של הפרת התחייבויות הזוכה כמפורט לעיל, תהא הרשות רשאית לראות את ההצעה כבטלה מעיקרה, ולבטל את החוזים אשר נחתמו עם המציע. הרשות תהא חופשיה ורשאית לעשות במתחם/ים או לגביו/הם כל פעולה ו/או להתקשר עם כל אדם כפי שימצא לנכון."

לא ניתן לומר כי מכוח סעיף זה הרשות מחוייבת הייתה להתקשר עם המציע השני כזוכה "ראשון" לכל דבר. מדובר בסעיף אשר נועד לשמש כמגן עבור הרשות, במצב של השתחררות מחוזה בשל התנהלות מפרה מצד זוכה, ואין בסעיף זה כדי להגדיר את תנאי ההתקשרות עם זוכה אחר. ההוראות הספציפיות הנוגעות לאופן ההתקשרות עם

המציע השני, בנסיבות שבהן זוכה מצא שאינו יכול לעמוד בתנאי זכייתו, מפורטות כאמור במסגרת סעיף 12 לתנאי המכרז.

20. סיכומם של דברים, לדעתי לא היה מקום להתערב בהחלטת הוועדה על זכייתה של מוריס אלון, משלא נמצא כי נפל פגם היורד לשורש ההליך המצדיק התערבות כגון זו. משכך, לא נפל פגם בהחלטה להחיל את הוראות סעיף 12 לתנאי המכרז, כאשר גם הטענות במישור החוזי דינן להידחות. אם תישמע דעתי אפוא, הערעור יתקבל.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אין באפשרותי להצטרף לחוות דעתו של חברי, השופט דוד מיון, באשר לדעתי דין הערעור במקרה זה להידחות.

אכן, כפי שמובהר בחוות דעתו של חברי, שאלת המפתח במקרה זה היא מה הייתה העילה לביטול זכייתה של מוריס אלון בע"מ (להלן: "הזוכה המקורי") במכרז מספר מר/7/2017 שפרסמה רשות מקרקעי ישראל: האם הזכייה בוטלה בעקבות פגם שנפל בהצעת הזוכה המקורי, אשר הפך הצעה זו לבטלה או לנפסדת, כטענת המשיבה, או שמא בהצעה תקינה עסקינן, אשר בוטלה מחמת אי עמידת הזוכה המקורי בתנאי זכייתו, כטענת המבקשת. ודוק, במקרה שלפנינו אין חולק כי הזכייה בוטלה, והשאלה שנותרה היא מה הייתה עילת הביטול: פגם ברצון הזוכה המקורי, שהביא לכך שההצעה שהגיש הייתה מוטעית; או הפרה מצד הזוכה המקורי, אשר לאחר שגילה כי הצעתו אינה משתלמת מבחינה כלכלית, אינו מעוניין לעמוד בהתחייבותו.

ודוק, מעילת ביטול הזכייה המקורית נגזר גם גורלו של המציע השני: אם הזוכה המקורי הציע הצעה מוטעית, שאינה משקפת את שווי המקרקעין, הרי שיש להתעלם מהסכום הנקוב בה, ובוודאי שלא ניתן להציב אותה כאמת מידה לתשלום שראוי לדרוש מהמציע השני בטיבו; אם הזוכה המקורי הגיש הצעה תקינה, ולא עמד בה, הרי שההצעה זו כשירה לשמש אמת מידה לתשלום שיידרש מהמציע השני בטיבו, וזאת בהתאם לתנאים שנקבעו בסעיף 12 לתנאי המכרז.

בית המשפט קמא סבר, לאחר ניתוח עובדות המקרה, כי הצעת הזוכה המקורי הייתה פגומה, וכי על ועדת המכרזים הייתה מוטלת החובה לפסול אותה בהתאם לתקנה

20(ד) לתקנות חובת מכרזים, תשנ"ג-1993. זאת על רקע הפער המשמעותי בינה (60,005,180 ש"ח) לבין האומדן (35,974,000 ש"ח), ובינה לבין ההצעות האחרות (הצעת המשיבה, שהייתה השנייה בגובהה, עמדה על 28,000,000 ש"ח). בקביעה זו אינני רואה הצדקה להתערב. היא הגיונית לא רק על רקע הפערים המשמעותיים האמורים, אלא גם על רקע נתוני זכיה שהתקבלו במכרזים מקבילים שהתקיימו בחלקות סמוכות (המחיר ליח"ד (ללא הוצאות פיתוח) בהצעת הזוכה המקורי הוא כמיליון ש"ח בעוד שהמחיר הממוצע ליח"ד (ללא הוצאות פיתוח) בארבעת ההצעות האחרות במתחמים סמוכים נע בין 650,000 ש"ח ל-780,000 ש"ח).

חברי, השופט מ'ינן, ממקד את בחינתו בשאלה האם נפל פגם בהחלטת ועדת המכרזים בעת שהורתה על זכיית הזוכה המקורי (ראו פסקה 15 לחוות דעתו). נראה כי לשיטתו אם ההחלטה האמורה התקבלה כדין בשעתה, המסקנה המתחייבת היא שביטול זכיית הזוכה המקורי היא מחמת הפרת הזוכה, ולא מחמת פגם בהצעתו. לכך אין באפשרותי להסכים. גם אם אניח, כחברי, כי לא נפל דופי בהחלטת ועדת המכרזים מיום 20.6.2017 להכריז על הזוכה המקורי, עדיין אין משמעות הדבר כי לא היה עליה להסכים בשלב מאוחר יותר לבקשת הזוכה המקורי לביטול הזכייה במכרז מחמת פגם שנפל בהצעתו. במילים אחרות, אף אם שיקול הדעת שהפעילה וועדת המכרזים בעת ההחלטה על הזכייה המקורית, על סמך המידע שהיה בפנייה באותה עת, היה תקין, אין בכך כדי לשלול מוועדת המכרזים את האפשרות, ובמקרים מתאימים את החובה, לקבל בשלב מאוחר יותר את בקשת הזוכה המקורי לביטול הזכייה מחמת פגם שנפל בהצעתו. ודוק, חובת וועדת המכרזים במקרה שלפנינו לתת הסכמתה לבקשה לביטול ההצעה הזוכה מחמת פגם ברצון נובעת מחובת ההגינות ותום הלב המוטלים עליה כרשות מנהלית, וזאת בשים לב לתוכן הבקשה שהונחה על שולחנה (בקשה לביטול הזכייה מחמת פגם בהצעה הזוכה), ולנתונים הנוספים שהיו לפנייה (האומדן, חוות דעת שמאי רמ"י והמחירים שהוצעו במכרזים המקבילים).

זאת ועוד, ניתוח התנהלות הצדדים לביטול הזכייה בזמן אמת – הזוכה המקורי מזה וועדת המכרזים מזה – מביא להבנתי למסקנה שלא רק שוועדת המכרזים צריכה הייתה להסכים לביטול מחמת פגם בהצעה, אלא שכך גם נהגה הלכה למעשה: פניית הזוכה במכרז לוועדת המכרזים מיום 19.7.2017, כחודש לאחר הזכייה, הייתה בקשה לביטול ההצעה "בין היתר בהסתמך על הוראות תקנה 20(ד) לתקנות חובת מכרזים, התשנ"ג – 1993", והיא נומקה בכך ש"נפלה אצלם שגגה חמורה, וכי נתונים שונים עליהם הסתמכו התגלו כשגויים באופן יסודי"; החלטת ועדת המכרזים מיום 13.8.2017 הייתה על ביטול הזכייה "וזאת בהתאם לבקשתם", לאחר שהעניין נשלח לחוות דעת שמאי רמ"י, אשר ציין

כי הצעת הזוכה המקורי "הינה פי 1.44 מהשווי בשומה (כולל פיתוח)". המסקנה העולה מכך היא שהבקשה שהוגשה לוועדת המכרזים הייתה לביטול הזכייה מחמת פגם בהצעתו של הזוכה המקורי, וכי ההסכמה לבקשה הייתה בהתאם לבקשה, דהיינו לביטול מחמת פגם בהצעה האמורה. אם כך, הרי שאף אם נניח כי וועדת המכרזים לא הייתה חייבת להסכים לביטול הזכייה מחמת פגם בהצעה, הרי משנתנה וועדת המכרזים הסכמתה לביטול בעילה זו (ואין ספק כי רשאית היא לתת הסכמה כאמור), הרי שהן מבחינה חוזית והן מבחינה מנהלית זו עילת הביטול.

קיצורו של דבר: קביעתו של בית המשפט המחוז, אשר צריכה לשמש גם אותנו, היא שזכיית הזוכה המקורי במכרז בוטלה בעקבות פגם שנפל בהצעתו. בהינתן קביעה זו אין תחולה לסעיף 12 לתנאי המכרז, ועל כן המשיבה אינה נדרשת לעמוד בדרישות הקבועות בו כתנאי לזכייה במכרז.

סוף דבר, אילו דעתי תישמע נדחה את הערעור, ונותיר את פסק דינו של בית המשפט קמא על כנו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

כחברי השופט ע' גרוסקופף, אף אני סבור כי דין הערעור להידחות, הגם שמטעמים שונים במקצת.

1. סעיף 12 לתנאי המכרז נועד למנוע תכסיסנות ותיאומים בין מציעים שונים, מכאן הגיונו ומכאן חשיבותו. אלא שעל פניו, ברי כי לא זה המקרה שבפנינו, באשר עקב הצעתה המופרזת בעליל של חברת מוריס אלון בע"מ (להלן: הזוכה המקורית) כזוכה במכרז, נוצר מצב לפיו "טוביה חטא וזיגוד מנגיד" (פסחים ק"ג, ב) – הזוכה המקורית שגתה ולא כלכלה מעשיה, ועקב כך נדרשת המשיבה להוסיף על הצעתה סכום "זניח" של כ-22 מליון ₪.

2. אכן, אין הכרח לדחות הצעה החורגת מהשומה או מהאומדן שקבעה הרשות, וכפי שהראתה המערערת במכרזי מקרקעין ייתכנו פערים גדולים בין הצעה להצעה ובין ההצעות להערכת השמאי. במקרה דנן השמאי הממשלתי העריך את המקרקעין בסכום של כ-36 מליון ₪ והצעתה של הזוכה המקורית עמדה על כ-60 מליון ₪, כאשר ההצעה

השניה אחריה, הצעתה של המשיבה, עמדה על כ-31 מליון ₪. בית משפט קמא הגיע למסקנה העובדתית כי הצעת הזוכה המקורית הייתה פגומה ואיני רואה להתערב במסקנה זו. אציין כי מפרוטוקול ישיבת הוועדה מיום 20.6.2017 עולה כי ההחלטה על זכייתה של הזוכה המקורית התקבלה על סמך גובה ההצעה בלבד, מבלי שהוועדה בחנה את ההצעה, עד אשר הגישה הזוכה המקורית בקשה לביטול הזכייה, שאז הועברה ההצעה לבחינה שמאית.

3. ברי כי החלת סעיף 12 על המכרז הנוכחי תביא הלכה למעשה לקיומו של מכרז חדש. קיום מכרז חדש בשלב זה עלול לפגוע בהוגנות ההליך, באשר המציעים מודעים כעת לפרטי ההצעות המתחרות, ויש להניח כי ממילא תוגשנה הצעות שלא יהיו גבוהות בהרבה מההצעות שהוגשו עד כה, ב"ניטרול" הצעתה של הזוכה המקורית שחורגת כאמור בשיעור ניכר מהערכת השמאי ומההצעות האחרות (ראו והשוו לפסיקה בעניין השיקולים שצריכים להדריך את הרשות בהחלטה אם לצאת למכרז חדש אם לאו – בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505, 515-517 (1976); בג"ץ 2709/91 חפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מה(4) 428 (1991)). מדובר בשיקול חיצוני אשר לא מכריע את הכף, אך יש בו כדי לחזק את המסקנה אליה הגעתי ואת התאמתה לנסיבות המיוחדות והחריגות של המקרה דנן.

ש ו פ ט

הערעור נדחה ברוב דעות של השופטים י' עמית וע' גרוסקופף נגד דעתו החולקת של השופט ד' מין. אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט"ז בטבת התש"ף (13.1.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט