

**מאפקון לאפקון – העת לביטול ההלכה הפוסלת ערבות מיטיבה במכרז**  
מאת: עו"ד אורן דיאמנט, משרד עו"ד בראש-סומך

הדרישה לצירוף ערבות אוטונומית כתנאי סף במכרזים פומביים הנה דרישה שכיחה ומקובלת. נהוג לומר כי דרישת הערבות משרתת מספר תכליות<sup>1</sup>: הרתעת משתתפים מהטעיית עורך המכרז ומתנהלות חסרת תום לב; הבטחת רצינותו של המציע ועמידתו אחר הצעתו; והבטחת איתנותו הפיננסית של המציע. בפסיקה נקבעה תכלית נוספת, לפיה ערבות המכרז היא אמצעי יעיל לגביית פיצויים ממציע אשר חזר בו מהצעתו<sup>2</sup>.

בהלכה הפסוקה נקבע כי פגם בערבות המכרז יצדיק ככלל את פסילתה, מבלי להידרש יתר על המידה למהות הפגם או לשאלת תום הלב של המציע. ההקפדה על נוסחה ותנאיה של הערבות הביאה לכך שכמעט כל שינוי בערבות, לטובה או לרעה, מביא דה-פקטו לפסילת ההצעה<sup>3</sup>.

על רקע ההלכה הנ"ל נדרש בית המשפט העליון לדון בשאלת תוקפה של ערבות מיטיבה<sup>4</sup>. כבי השופטת ארבל פסקה **בעניין אמנון מסילות** כי הגשת ערבות בסכום העולה על הנדרש פוגעת בעקרון השוויון, שכן לועדת המכרזים ידוע שאם אותו מציע לא יעמוד בהתחייבויותיו לפי המכרז סכום השיפוי לרשות יהיה גבוה מיתר המציעים, וייתכן כי הסכום הגבוה מנסה לרמוז לועדת המכרזים על חוסן הכלכלי של המציע. מנגד, כבי השופט גרוניס עמד על כך שתכלית הערבות מוגשמת גם בהגשת ערבות בסכום גבוה מן הנדרש והחשש שהובע לפגיעה בשיקול דעת ועדת המכרזים נראה רחוק משהו.

**בעניין חג'אזי** שוב הוחלט על פסילת הצעה לה צורפה ערבות מיטיבה, עת פסק כבי השופט ג'ובראן כי יש לפסול ערבות שבה התחייב הבנק לשלם את דרישת עורך המכרז בתוך 7 ימים מקבלת דרישה בעוד שבנוסח הערבות לפי המכרז היה אמור להירשם 10 ימים.

**בעניין אפקון**<sup>5</sup> נקבעה הלכה בדבר פסילתן של ערבויות מיטיבות. כבי השופטת נאור קבעה כי יש לחסוך מועדות המכרזים ומבתי המשפט את העיסוק בהבחנות השונות הנוגעות לפגמים בערבויות ולפיכך יש לקבוע מטעמים של מדיניות משפטית וצמצום התדיינות משפטיות, כלל חד שלפיו גם ערבות מיטיבה תביא לפסילת ההצעה. כבי השופט גרוניס חזר בו מעמדתו **בעניין אמנון מסילות** והצטרף הפעם לכבי השופטת נאור, כשהסכים שיש להתייחס לערבות מיטיבה בגישה פורמליסטית כדי להקל על עבודת ועדת המכרזים וכדי לצמצם התדיינות משפטיות. לדידו של כבי השופט גרוניס הגשת ערבות שאינה תואמת את הדרישות מעידה על המשתתף – שאם טעה לגבי הערבות האם אין חשש שיטעה גם בביצוע העבודה? גם כבי השופט רובינשטיין, אשר תמך בעקביות בהחלת גישת בית שמאי ביחס לפגמים בהצעות המוגשות במכרזים, הצטרף לעמדת חבריו.

הגישה הדווקנית של בית המשפט העליון בכל הנוגע לערבות מרעה יושמה אם כן גם ביחס לפגמים בערבות אשר מיטיבים עם עורך המכרז.

כפועל יוצא התקבלו בבתי המשפט החלטות בדבר פסילת ערבויות מיטיבות, אשר לעמדת הח"מ דומה כי עיקרם בשמירת הגישה הפורמליסטית וטעמי המדיניות המשפטית שהונהגה **בעניין אפקון**, ואין הן משרתות כלל את עקרונות היסוד שבבסיס דיני המכרזים. בעיקר, החלטות אלו פוגעות בעקרון היעילות הכלכלית, מבלי שקיימת פגיעה של ממש בעקרון השוויון שתצדיק זאת. כך למשל, נפסלה ערבות מכרז שתוקפה ארוך ב-7 ימים מתוקף הערבות הנדרש לפי מסמכי המכרז<sup>6</sup>, וכן

<sup>1</sup> תקנה 16 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993; ע"מ 1966/02 **המועצה המקומית מג'אר נ' ג'מאל אבראהים**, (נז) 505 (2003) (להלן: "**עניין מג'אר**"); עומר דקל, מכרזים, כרך ראשון, ע" 573.

<sup>2</sup> ע"מ 5834/09 **אדמונית החורש בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 31.01.2010). הח"מ סבור שלא מדובר בתכלית נוספת בדרישת ערובה, אלא במאפיין של ערבות אוטונומית.

<sup>3</sup> ע"מ 6242/09 **חג'אזי חברה לסייעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 10.11.2009) (להלן: "**עניין חג'אזי**").

<sup>4</sup> ע"מ 8610/03 **אמנון מסילות מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר**, פ"ד (נח) 755 (להלן: "**עניין אמנון מסילות**").

<sup>5</sup> בע"מ 2628/11 **אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים ולביוב** (פורסם בנבו, 01.01.2012) (להלן: "**עניין אפקון**").

<sup>6</sup> ע"מ 8748/13 **מועצה אזורית הגלבע נ' המסיע עפולה (ע.ח)** (פורסם בנבו, 02.12.2014). ראוי לציין כי באותו מקרה נקבע כממצא עובדתי שהמציע האריך את תוקף הערבות בעקבות הנחייה שניתנה על ידי יו"ר ועדת המכרזים, בשום לב לכך שמועד סיום תוקף הערבות שנקבע במכרז חל ביום שבת (אך גם הארכת התוקף ב-7 ימים לא שינתה עובדה זו).

נפסלה ערבות שתוקפה יום אחד בלבד מעבר למועד שנקבע במכרז<sup>7</sup>. כך נפסלה הצעה בשל ערבות מיטיבה בה התחייב הבנק לשלם את סכומה בתוך 7 ימים ולא בתוך 15 ימים כפי שנקבע בהוראות המכרז<sup>8</sup>.

אומנם, קיימים חריגים יוצאי דופן, המאפשרים קבלת הצעה על אף פגם בערבות, כגון אלו אשר פורטו **בעניין אדמונית החורש**<sup>9</sup>. עם זאת, ברוב המקרים בהם נדון גורלה של ערבות מיטיבה קיים קושי לסווג את הטעות בערבות<sup>10</sup> ככזו שמקומה בין החריגים שנקבעו **בעניין אדמונית החורש**.

הגזירה השווה בין ערבות מרעה לערבות מיטיבה אינה במקומה. מלכתחילה, טעמיו של בית המשפט לקביעת ההלכה **בעניין אפקון** היו מנותקים משהו מתכליות דיני המכרזים ונשענו בעיקר על הרצון בצמצום מחלוקות והתדיינויות משפטיות. קשה להלום מהי הפגיעה בשוויון הנגרמת למשתתפי המכרז ו/או לעורך המכרז בעת הגשת ערבות מיטיבה, שהרי בפועל הנפגע מתן ערבות מיטיבה הוא המציע שצירפה להצעתו. החשש שמא ערבות מיטיבה תגרום לפגיעה בשוויון אל מול מציעים אחרים או מול מציעים פוטנציאליים, כפי שהוצג למשל **בעניין אמנון מסילות**, היה מלכתחילה חשש ערטילאי ודחוק.

אין זה פלא אפוא שלא אחת חרגו בתי המשפט מההלכה **בעניין אפקון** כדי להכשיר הצעה אליה צורפה ערבות מיטיבה, גם כאשר לא ניתן היה להחיל את חריגי **עניין אדמונית החורש**. כך למשל פסק בית המשפט העליון כי ערבות מיטיבה בשיעור זניח מאוד (0.0002%) נכנסת בין החריגים שאינם מצדיקים את פסילת ההצעה<sup>11</sup>. כמו-כן פסק בבית המשפט העליון כי אין לפסול ערבות מיטיבה בת יום אחד מאחר ומדובר בטעות בתום לב<sup>12</sup>.

עוד נפסק כי אין לפסול הצעה כאשר תוקף ערבות המכרז הנדרש היה עד ליום שישי ואילו תוקפה של ערבות המכרז שהוגשה היה עד ליום שבת, שכן לא ניתן לממש את הערבות ביום שבת ולהארכת התוקף אין משמעות מעשית המעניקה יתרון כלשהו לעורך המכרז או למציע<sup>13</sup>. כמו-כן הוחלט כי אין לפסול הצעה מקום בו מועד תחילת תוקפה של הערבות היה מוקדם למועד האחרון להגשת הצעות במכרז, חרף כך שתנאי הסף קבע שתוקפה של הערבות יתחיל במועד האחרון להגשת הצעות<sup>14</sup>.

גם במקרים בהם יושמה בדוקנות ההלכה **בעניין אפקון** הובעו לא אחת "הרהורי כפירה" בטעמיה<sup>15</sup>, וביקורת דומה החלה להופיע גם בכתיבה האקדמאית<sup>16</sup>.

לבסוף, גם בבית המשפט העליון החלה להופיע ביקורת על ההלכה שנפסקה **בעניין אפקון**. בדעת המיעוט של כב' השופט יי עמית **בעניין אבידר**<sup>17</sup> הובעה עמדה מרוככת, לפיה מקום בו מדובר בערבות מיטיבה או בפגם פעוט שנובע מטעות קולמוס או נגרם בתום לב ואינו מקנה יתרון של ממש

<sup>7</sup> עת"מ (מכרז) 15-12-1908 גני בר עפר, פיתוח ונוף בע"מ נ' עיריית רעננה (פורסם בנבו, 06.01.2016), אך יצוין כי היו טעמים נוספים לפסילת הערבות וההצעה באותו מקרה; עת"מ (מכרז) 15-06-41056 פרסום והפצות גיל נ' עיריית כפר סבא (פורסם בנבו, 08.07.2015).

<sup>8</sup> עת"מ (ת"א) 16-12-33274 מנדלסון - ש. בר בע"מ נ' תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ (פורסם בנבו, 15.01.2017).  
<sup>9</sup> בעע"מ 5834/09 אדמונית החורש נ' המוסד לביטוח לאומי (31.1.2010) פסק כב' השופט מלצר כי ניתן לשקול ולהכשיר פליטת קולמוס טעות סופר, השמטה מקרית או תוספת אקראית, כאשר מתקיימים התנאים המצטברים שלהלן: (א) הטעות נלמדת מהערבות עצמה; (ב) ניתן לעמוד על כוונתו המדויקת של השוגה מראיות אובייקטיביות שבפני ועדת המכרזים במועד פתיחת תיבת המכרזים; (ג) נראה שמקור הטעות בתום לב ולא מכוונת מכוון של המציע או הבנק; (ד) תיקון הטעות אינו פוגע בעקרון השוויון וביתר כללי דיני המכרזים.

<sup>10</sup> טעויות אופייניות בערבות מיטיבה, כוללות סכום ערבות העולה על זה שנדרש מכח המכרז, ערבות שתוקפה ארוך מזה הנדרש במכרז, וקביעת זמן פירעון על ידי הבנק אשר קצר מזה שהוכתב במכרז.  
<sup>11</sup> עע"מ 5345/15 מפרם בע"מ נ' עיריית טבריה (פורסם בנבו, 08.05.2016).

<sup>12</sup> עע"מ 8285/13 עדי מוסקוביץ נ' רשות נחל וניקוז "שורק לכיש" (פורסם בנבו, 08.12.2013).  
<sup>13</sup> עת"מ (י-ם) 17-01-69084 יפעת ויגו בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר (פורסם בנבו, 07.06.2017). לעניות דעתו של הח"מ פסק הדין שאף להכשיר את ההצעה חרף הלכת אפקון, שכן התנאי המכרז נרשם תאריך מדויק (30.12) וחרף זאת הוגשה ערבות שתוקפה יום לאחר מכן (31.12). ערעור על פסק הדין נמחק בעצת בית המשפט העליון.

<sup>14</sup> עת"מ (מכרז) 17-07-58120 אשת - ארגון שרותי תיירות בע"מ נ' מדינת ישראל משטרת ישראל (פורסם בנבו, 08.11.2017); עת"מ (מכרז) 15-09-37900 אולטקסט שרותי משרד מתקדמים בע"מ נ' משטרת ישראל-המטה הארצי (פורסם בנבו, 15.10.2015).

<sup>15</sup> בעת"מ (ת"א) 12-08-15201 מפעת 1965 (1987) בע"מ נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 21.10.2012) פסל כב' השופט עי' מודריק ערבות מיטיבה שתוקפה 6 ימים מעבר למועד הקבוע במכרז, אך תמה באשר לאיזה חיסרון או יתרון דבקים בערבות לה נוספו 6 ימים ובאשר לפגיעה בשוויון נגרמת בשל כך; בעת"מ (חיפה) 13-09-26390 דראושה פאוזי בע"מ נ' תאגיד מי עירון בע"מ (פורסם בנבו, 15.10.2013) העיר כב' השופט רי' סוקול כי הכללים בנוגע לערבות מיטיבה מחמירים יתר על המידה ויש להותיר שיקול דעת בידי ועדת המכרזים.

<sup>16</sup> יגאל מרזל "פגם בערבות להצעה במכרז ושאלת המידתיות" משפטים מה 203 (מאי 2015), עמ' 236;  
<sup>17</sup> עע"מ 15/5375 בטחון שרותים אבידר בע"מ נ' נתיבי ישראל - החברה הלאומית לתשתיות (פורסם בנבו, 11.08.2016) (להלן: "עניין אבידר").

למציע או מעלה חשש להיעדר יכולת למימוש הערבות, יש לשנות את מגמת ההחמרה בפסיקה, להעמיד לנגד עינינו את תכליות דיני המכרזים ולבחון האם מאחורי הפגמים הזניחים והשוליים עומדת פגיעה בשוויון המהותי בין המציעים. בהמשך פסק כבי' השופט י' אלרון בדעת מיעוט **בעניין גילי ויואל עזריה**<sup>18</sup> שאף לפי הגישה המחמירה בפסיקה יש מקום לבחון האם פגם בערבות הוא פגם טכני שאינו פוגע בשוויון, אותו יש לאבחן מפגם המעניק יתרון למציע על פני מציעים אחרים.

נראה כי הקריאה הברורה ביותר לשינוי הלכת **עניין אפקון**, נכון לכתיבת שורות אלה, הופיעה בבית המשפט העליון בדיון בערעור שהגישה אותה חברת אפקון בעניין מכרז אחר<sup>19</sup>. **בעניין אפקון החדש** נדון מכרז בו נקבעו תנאים סותרים לעניין מועד תוקפה של הערבות. עורך המכרז הבהיר בין עשרות תשובות לשאלות הבהרה את המועד הנכון לפי דרישתו, אולם אחת ממשותפות המכרז הגישה ערבות שתוקפה שגוי לפי ההבהרה אך תואם את אחת החלופות שהופיעה מלכתחילה במכרז. בית משפט קמא פסק כי אין לפקוד עליה את עורך המכרז, ובית המשפט העליון הסכים עם בית משפט קמא, וקבע אף הוא שניסוח קלוקל של תנאי ערבות במכרז יכול להחריג את הלכת **עניין אפקון**. כבי' השופט עמית פסק כי הוא רק התחזק בדעתו לפיה יש לחזור ולבחון את סוגיית הערבות המיטיבה שהולכת ומסבכת את הליכי המכרזים, אולם בנסיבות העניין הותיר את הנושא בצריך עיון. גם כבי' השופט גרוסקופף מצא לנכון להעיר בשולי פסיקתו כי בשלה העת לבחון מחדש את ההלכה **בעניין אפקון**, ואף עמד על כך שלכלל הלכתי זה אין תכלית והצדקה, שכן אין יתרון למציע מערבות מיטיבה, אין נזק לעורך המכרז והשוויון אינו נפגע כלל.

לסיכום, ההלכה שנקבעה **בעניין אפקון** לעניין פסילת ערבות מיטיבה, נשענה בעיקרה על תכליות חיצוניות לדיני המכרזים, ובראשן הרצון לחסוך מזמן של ועדות המכרזים ולצמצם התדיינויות משפטיות. עקרון השוויון עמד בשולי תכליות אלו, אם בכלל, ודומה שהשימוש בו היה מאולץ משהו. כך למשל, לא נגרם כל עוול ולא נפגע עקרון השוויון באם מציע טועה ומגיש ערבות שתוקפה ארוך מהנדרש.

**בעניין אפקון החדש** נשמעה קריאה ברורה לבחינה מחדש של ההלכה **בעניין אפקון** הפוסלת ערבות מיטיבה. הגיעה העת לבטלה או לצמצמה למקרים חריגים ביותר.

<sup>18</sup> עע"מ 7230/19 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' בן ארי תל רם פרוייקטים בע"מ (פורסם בנבו, 26.05.2020) (להלן: "גילי ויואל עזריה").

<sup>19</sup> ע"א 2789/20 אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ נ' הבאר השלישית תאגיד מים וביוב (פורסם בנבו, 23.07.2020) (להלן: "עניין אפקון החדש").