



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 4818/17

לפני :
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון

המערערת : טל אופיר גינון ופיתוח בע"מ

נ ג ד

המשיבים :
1. עיריית כרמיאל
2. חסון אלי עבודות גינון בע"מ
3. ראז חקלאות גינון ופיתוח בע"מ
4. דודי גינון בע"מ
5. מרבדים שירותי גינון בע"מ
6. מיתרי גינון (א.מ.) בע"מ
7. בני מזרחי גינון ופיתוח בע"מ
8. השביל הירוק בע"מ
9. אילן גינון ופיתוח בע"מ
10. עדן בר חי בע"מ
11. החברה למשק וכלכלה של מרכז השלטון המקומי בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת ב' בר-זיו), מיום 6.6.2017, בעת"מ 14641-02-17

תאריך הישיבה : כ"ג בטבת התשע"ח (10.1.2018)

בשם המערערת : עו"ד סלעית גדעון

בשם המשיבה 1 : עו"ד ארז טיקולסקר

בשם המשיבה 11 : עו"ד שירלי סופר-דמרי

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (השופטת ב' בר-זיו), מיום 6.6.2017, בעת"מ 14641-02-17, במסגרתו התקבלה באופן חלקי עתירת המערערת.

הרקע להליכים ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. משיבה 11, החברה למשק וכלכלה של מרכז השלטון המקומי בע"מ (להלן: משכ"ל), הינה חברה בבעלות מרכז השלטון המקומי ומרכז המועצות האזוריות, שהוקמה במטרה לספק פתרונות מערכתיים למגוון שירותים הנדרשים על ידי רשויות מקומיות. פעילותה נעשית בעיקר באמצעות פרסום מכרזי מסגרת פומביים, שהינם מכרזים כלליים לקבלת הצעות מחיר לביצוע שירותים או אספקת טובין עבור רשויות מקומיות וגופים ציבוריים. לאחר קבלת אישור שר הפנים, בהתאם לסעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), התשל"ב-1972 (להלן: חוק המכרזים המשותפים), רשאות הרשויות המקומיות ליזום פנייה לזוכים במכרזי המסגרת ולהזמין שירותים מתוך סל השירותים מושא מכרז המסגרת, וזאת בהליך המכונה "נוהל הצעות מחיר". ההצעות המוגשות בנוהל הצעת המחיר מועברות לאחר מכן ל"ועדת השלושה" של הרשות המקומית (המורכבת ממנכ"ל הרשות המקומית, גזבר הרשות והיועץ המשפטי שלה) (להלן: ועדת השלושה) וזו בוחרת את הזוכה בנוהל.

2. במהלך שנת 2016 פרסמה משכ"ל את מכרז המסגרת מס' גנ/2016/13 לעבודות פיתוח נופי ואחזקת גנים (להלן: מכרז המסגרת). ביום 20.12.2016 פנתה משיבה 1, עיריית כרמיאל (להלן: העירייה) למשכ"ל בבקשה כי תפרסם ותנהל עבורה ניהול הצעות מחיר למתן שירותי אחזקת שטחי גינון בשטחה של העירייה מכוח מכרז המסגרת (להלן: נוהל הצעות המחיר או הנוהל). ביום 21.12.2016 פנתה משכ"ל לשלושת הזכיינים אשר זכו במכרז המסגרת, ובהם המערערת, והזמינה אותם להשתתף בנוהל. ביום 4.1.2017 קיבלה העירייה ממשכ"ל את מסמכי ריכוז הנתונים של ההצעות שהוגשו. הצעת המערערת הייתה הזולה ביותר מבין ההצעות שהוגשו. אלא שבהתייעצות שנערכה לאחר מכן בין מנהלת מחלקת הגינון בעירייה לבין המנכ"ל והיועץ המשפטי לעירייה, הוחלט שלא לבחור בהצעה כלשהי ותחת זאת לפרסם מכרז חדש, שלא באמצעות משכ"ל.

3. ואכן, ביום 12.1.2017 פרסמה העירייה מכרז פומבי שעניינו עבודות הגינון מושא הנוהל (מכרז מס' 3/2017, להלן: המכרז השני). המועד האחרון להגשת ההצעות למכרז השני נקבע ליום 5.2.2017. לאחר פרסום המכרז השני רכשה המערערת את מסמכי המכרז ואף השתתפה בסיוור קבלנים שנערך ביום 23.1.2017 לקראת הגשת הצעות בו. יובהר, כי במועד פרסום המכרז לא מסרה העירייה למשכ"ל כל הודעה בנוגע לביטול נוהל הצעות המחיר ורק ביום 1.2.2017 (לאחר סיוור הקבלנים) העביר מנכ"ל העירייה למשכ"ל מכתב שבו צוין כי "לאחר בחינת ההצעות הוחלט לבטל את ההתקשרות עקב אי התאמה לצרכי מחלקת גנים ונוף". למחרת, ביום 2.2.2017 קיבלה

המערערת את תוצאות הנוהל, וגילתה כי הצעתה הייתה הזולה ביותר. לטענת העירייה, ההחלטה לפרסם מכרז חדש חרף קבלת ההצעות על פי הנוהל נבעה מכך שסכום ההצעה הנמוכה ביותר שהתקבלה בנוהל היה גבוה ביחס לסכום ששולם על ידי העירייה לקבלני הגינון באותה עת, ואף גבוה מהאומדן למכרז שנערך על ידי העירייה. לעניין זה יצוין כי האומדן נערך רק לאחר שקיבלה העירייה את ההצעות שהוגשו על ידי זכייני הנוהל.

4. ביום 7.2.2017 הגישה המערערת עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי. בעתירתה טענה כי לאור העובדה שהצעתה הייתה הזולה ביותר מבין הצעות הנוהל, על העירייה למסור את ביצוע העבודות לידיה. עוד נטען כי החלטת העירייה לבטל את נוהל הצעות המחיר ולצאת למכרז חדש, זהה במהותו, הייתה בלתי חוקית. ביום 6.6.2017 קבע בית המשפט המחוזי בפסק דינו כי התנהלות שני הצדדים בקשר למכרז השני הייתה בלתי תקינה ונעדרת תום לב והורה על ביטולו.

5. בפסק דינו הבהיר בית המשפט כי הן המערערת והן העירייה הסכימו כי דין "נוהל הצעות המחיר" שפרסמה משכ"ל עבור העירייה – דינו כדין מכרז, וכי עירייה רשאית באופן עקרוני לבטל נוהל הצעות מחיר לעבודה ספציפית, ולקיים במקומו מכרז, רק בכפוף לקיומו של "שינוי מהותי" בין הנוהל לבין המכרז. בית המשפט קבע כי בענייננו אין המדובר ב"שינוי מהותי" כפי שנדרש על פי תקנה 23(ב) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987 (להלן: תקנות העיריות). בית המשפט התרשם כי העירייה ביקשה מראש להשתמש בנוהל לשם עריכת אומדן למכרז שהיה בכוונתה לקיים. עובדה היא שאומדן המכרז השני נערך לאחר שכבר עמדו בפני העירייה ההצעות שהוגשו על ידי זכייני הנוהל. שימוש שכזה בהצעות שהוגשו במסגרת הנוהל הינו פסול ומצביע על ניהול בלתי תקין של העירייה בכל הנוגע לעבודות הגינון מושא המכרז. אכן, אין מחלוקת כי על פי הנוהל, העירייה רשאית שלא לבחור כל הצעה שהיא, וקביעה דומה קיימת גם במסמכי המכרז השני. ואולם רשות זו של העירייה כפופה לחובת תום הלב והמינהל התקין – ואלה לא התקיימו בהתנהלות העירייה במקרה זה.

6. מנגד נקבע כי גם התנהלות המערערת לא הייתה ראויה, אם לא חסרת תום לב, ופנייתה לבית המשפט לקתה בשיהווי. כך, המערערת ידעה על פרסום המכרז השני על ידי העירייה, רכשה את מסמכי המכרז השני ואף השתתפה בסיוור הקבלנים. בנסיבות אלו היה עליה להביא לידיעת נציגי העירייה באופן מיידי את הפגם שנפל בהתנהלות העירייה ולטעון נגד ביטול זכייתה בנוהל הצעות המחיר. בית המשפט דחה את טענת

המערערת לפיה השיהוי בפעולתה נבע מכך שהיא המתינה להודעה רשמית על ביטול נוהל הצעות המחיר, וקבע כי על אף שלא התקבלה הודעה רשמית בכתב, המערערת יכולה לבדוק את משמעות פרסומו של המכרז השני. בהתאם לכך, נקבע כי כשם שהעירייה גרמה למחירי המערערת להתפרסם עקב הגשת הצעתה בנוהל הצעות המחיר, כך גם המערערת, בשל השיהוי שנקטה, גרמה לכך שמחירי כל משתתפי המכרז הפכו לגלויים.

7. לאור האמור קבע בית המשפט כי אין מקום להכריז על המערערת כזוכה בנוהל הצעות המחיר, אך מאידך גם אין ליתן יד למתן תוקף למכרז השני, שפורסם בדרך לא ראויה. עוד נקבע כי ראוי ליתן גם למערערת הזדמנות חוזרת לקחת חלק במכרז חדש שיפורסם. לפיכך התקבלה העתירה אך באופן חלקי כאמור. יצוין כי לאחר מתן פסק הדין פרסמה העירייה מכרז שלישי והתקשרה מכוחו עם חברה בשם "מרבדים שירותי גינון בע"מ" (להלן: המכרז השלישי ו-מדבדים בהתאמה).

8. על פסק דין זה הגישה המערערת את הערעור שלפנינו, ולצידו בקשה לעיכוב ביצוע. ביום 14.6.2017 נדחתה הבקשה (השופט מ' מזוז).

טענות המערערת

9. לטענת המערערת שגה בית המשפט המחוזי כאשר נמנע מלהכריז עליה כזוכה בנוהל הצעות המחיר, למרות שהצעתה הייתה הזולה ביותר מבין הצעות ועל אף שהנוהל למעשה לא בוטל מעולם, שכן לא התקבלה החלטה בפורום המתאים לשם ביטולו. הגוף האמון על קבלת החלטות בנוגע למכרזי משכ"ל הינו ועדת השלושה, אלא שבענייננו הוועדה כלל לא התכנסה. עוד שגה בית המשפט עת קבע כי היה על המערערת לנקוט בצעדים כלשהם טרם היה בידיה המידע בדבר תוצאות הנוהל, ובטרם ידעה אם יש לה זכות כלשהי עליה ברצונה להגן.

10. בנוסף, על אף שקבע בית המשפט המחוזי כי התנהלות העירייה הייתה בלתי ראויה, הוא טעה בכך שנמנע מליתן לה את המשקל המתאים, ותחת זאת נתן משקל יתר לאי נקיטת ההליכים על ידי המערערת במועד מוקדם יותר. הוא גם שגה כאשר ייחס למערערת שיהוי, שכן העיכוב בהגשת העתירה נגרם בעקבות העובדה שהעירייה לא הודיעה לגבי ביטול הנוהל והמערערת הגישה את העתירה מיד כשנודע לה שיש לה זכויות מכוח הנוהל. גם מבחינה מהותית, על מנת לקבוע כי התקיים שיהוי יש להראות שהתקיים שיהוי סובייקטיבי ושיהוי אובייקטיבי ויש לבחון מהו המאזן בין הפגיעה בשלטון החוק כפי שבאה לידי ביטוי בהתנהלות הרשות לבין התנהלות המערערת.

11. לטענת המערערת, במקרה זה לא ניתן לקבוע כי התקיים שיהוי סובייקטיבי, שכן חלפו בסך הכל שלושה שבועות מפרסום המכרז ועד להגשת העתירה, כאשר עד שלושה ימי עבודה טרם הגשת העתירה לא ידעה המערערת כי היא הזוכה על פי הנוהל. גם כאשר לשיהוי האובייקטיבי, נטען כי לרשות לא נגרם כל נזק מחלוף שלושת השבועות מפרסום המכרז ועד להגשת העתירה, מה גם שהיא זו שגרמה למחדל שהוביל לשיהוי הנטען. גם לצדדים שלישיים לא נגרם כל נזק, והראיה לכך היא העובדה שאף אחת מהמזימות במכרז השני לא מסרה כל תגובה לעתירה ולא ראתה לנכון להגן על זכות מזכויותיה שלכאורה נפגעו מהתנהלות המערערת. עוד צוין כי העובדה שההצעות במכרז השני נפתחו איננה משנה דבר, שהרי מכרז זה בוטל על ידי בית המשפט המחוזי. כל זאת בעוד הפגיעה בשלטון החוק חמורה ביותר, עד כדי כך שעניין זה לבדו יש בו כדי להקהות את עוקצה של טענת שיהוי כלשהי, גם אם הייתה מוכחת.

12. לאור האמור טוענת המערערת כי יש לקבוע שהנוהל עומד בתוקפו, ועל כן על העירייה להתקשר עמה בהסכם על פי תנאיו.

תגובת המשיבות

13. על אף שבית המשפט המחוזי דחה חלק ניכר מטענותיה, העירייה בחרה שלא לערער אף היא על פסק הדין. זאת, הואיל ותוצאת פסק הדין, להבדיל מחלק מהנמקותיו, הייתה סבירה בעיניה.

14. לטענת העירייה, החלטת בית המשפט המחוזי שלא להכריז על המערערת כזוכה בנוהל, נוכח חוסר תום לבה והשיהוי בו לקתה העתירה, היא החלטה נכונה שאין מקום להתערב בה. בית המשפט קבע כי על אף שלא קיבלה המערערת את ההודעה הרשמית בכתב, היא הייתה יכולה לפעול ולבדוק מה משמעות פרסום המכרז השני. לכן, כאשר ידעה המערערת כי התקבלה החלטה שלא לבטל את הנוהל, היה עליה לא להשתהות ולפנות באופן מיידי לעירייה על מנת לבחון אם יש מבחינתה טעם בנקיטת הליכים לשמירה על זכויותיה. ברם, המערערת לא עשתה כן. היא המתינה זמן ממושך, רכשה את מסמכי המכרז השני והשתתפה בסיור הקבלנים לפני פנייתה אל העירייה והגשת העתירה. כך, טענתה הראשונה של המערערת בנושא הועלתה רק במכתב מיום 5.2.2017, שהיה גם המועד האחרון להגשת הצעות למכרז השני. הן ההמתנה האמורה והן העובדה שהמערערת בחרה לרכוש את מסמכי המכרז השני ולהשתתף בסיור הקבלנים מבלי להשמיע כל טענה ביחס להחלטת העירייה בנוהל, מבססות שיהוי

סובייקטיבי. השיהוי בהגשת העתירה, שהוגשה רק ביום 7.2.2017, הסב נזק כבד הן לעירייה והן לצדדים שלישיים. ככל שהמערערת הייתה בוחרת להעלות בפני העירייה את טענותיה בשלב מוקדם יותר, במקום להמתין עם העלאתן עד ליום האחרון להגשת הצעות למכרז, ייתכן כי היה נמנע הנזק לצדדים שלישיים שבחרו להשתתף במכרז השני והשקעתם בהגשת הצעה ירדה לטמיון. צדדים שלישיים אלה אף לא היו נאלצים לחשוף את הצעות המחיר שהוגשו על ידיהם במסגרת המכרז השני. בכך מתקיים אפוא שיהוי אובייקטיבי.

15. עם זאת, כאמור, בפי העירייה היו טענות גם נגד קביעותיו של בית המשפט המחוזי. במסגרת טענות אלו נטען כי בניגוד לקביעת בית המשפט, החלטות העירייה לגבי ביטול הנוהל ופרסום המכרז השני התקבלו כדין. לכל הפחות, ההחלטה סבירה ולא היה מקום להתערב בה. כך, באישור ההתקשרות עם הזכיינים במכרז המסגרת, שניתן על ידי מנכ"לית משרד הפנים, בהתאם לחוק המכרזים המשותפים (להלן: אישור ההתקשרות), נקבע בסעיף 7, כי הרשות המקומית רשאית שלא לבחור בהצעה כלשהי. באופן דומה, סעיף 11 להוראות הנוהל קובע כי העירייה אינה מתחייבת לבחור בכל הצעה שהיא. סמכות העירייה שלא לבחור בהצעה כלשהי נלמדת גם מן ההלכה הפסוקה, לפיה מקום שבו רשות מינהלית עמדה על טעות שנפלה בהחלטתה, היא רשאית ולעיתים אף חייבת לקבל החלטה אחרת. הצעת המערערת, שהייתה הזולה מבין כל הצעות שהוגשו, הייתה גבוהה בסך של 1,581,346 ש"ח מהתמורה השנתית הכוללת שהעירייה שילמה לקבלני הגינון עד לאותו מועד. מטעם זה החליטה העירייה שלא לקבל את הצעות הנוהל ולפרסם מכרז חדש הכולל שינויים משמעותיים.

16. עוד נטען כי קביעת בית המשפט המחוזי לפיה בין הנוהל לבין המכרז לא קיים "שוני מהותי" שגויה. העירייה פירטה בסיכומיה הבדלים מהותיים הקיימים לטענתה בין הנוהל למכרז, וביניהם: בנוהל בוצעה פנייה ל-3 זכיינים בלבד, בעוד שהמכרז הוא פומבי; מחיר המקסימום בנוהל היה המחיר שעל פיו זכו הזכיינים במכרז המסגרת, בעוד שבמכרז נקבע מחיר מקסימום נמוך בהרבה; תקופת ההתקשרות עמדה בנוהל על 3 שנים, ואילו במכרז על שנה בלבד עם אופציה להארכה בת 5 שנים נוספות; בנוהל קיימת אפשרות תיאורטית לזכייה של שני קבלנים (מאחר והוא פוצל לשני אזורים), אך במכרז השני מדובר בתנאי מרכזי ומעשי; קיים שוני מהותי המתייחס לשיטת שקלול ההצעות הכספיות ועוד. גם הקביעה לפיה בעת פנייתה למשכ"ל כבר ידעה העירייה על כל אותם שינויים – שגויה. רק לאחר שהעירייה קיבלה את הצעות המחיר שהוגשו בנוהל וגילתה כי הן גבוהות באופן ניכר מהסכומים ששולמו על ידה עד אז, התברר לה כי השינויים האמורים הם שינויים שהיא מחויבת לערוך במכרז – הן על מנת להוזיל

את הצעות המחיר ולהביא לחיסכון ניכר בכספי ציבור, והן על מנת לקבל שירותים המותאמים באופן מיטבי לצרכיה.

17. גם מסקנת בית המשפט המחוזי כי העירייה ביקשה להשתמש בנוהל לשם עריכת אומדן לטובת המכרז השני הינה שגויה. ההחלטה האמורה התבססה על כך שהאומדן נערך לאחר שקיבלה העירייה את ההצעות שהוגשו על ידי זכייני הנוהל. ואולם, בית המשפט התעלם מכך שעד לאותו מועד, העירייה טרם פרסמה את המכרז ולכן טרם נזקקה לאומדן פורמלי. העירייה הבהירה כי הפנייה אל משכ"ל נעשתה בתום לב, בציפייה לקבלת הצעות מחיר סבירות שהעירייה תוכל להתקשר על בסיסן. משלא התממשה ציפייה זו נאלצה העירייה להודיע שאינה מקבלת את הצעות הנוהל ומפרסמת את המכרז. בנוסף, אומדן העירייה נמוך משמעותית מהצעות המחיר שהוגשו במסגרת הנוהל. מכל האמור עולה כי החלטת העירייה בדבר אי קבלת הצעות הנוהל ופרסום המכרז השני, היא לכל הפחות החלטה שאינה חורגת ממתחם הסבירות ולכן לא היה מקום להתערב בה.

18. משכ"ל טענה בתגובתה לעתירה כי אין מקום להתערבות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שכן לא נפל בו כל פגם. עוד טענה כי צירופה כצד לערעור נובע אך ורק מהיותה בעלת דין בהליך בבית המשפט המחוזי, כאשר למעשה אין בפי המערערת כל טענה נגדה. אף על פי כן, הוסיפה משכ"ל כי אין כל אפשרות חוקית לקבל את הערעור ולהורות לעירייה לחתום על הסכם התקשרות עם המערערת, וזאת מאחר שתוקפו של אישור ההתקשרות מכוח מכרז המסגרת, שניתן ביום 9.10.2016, הינו לשנה אחת בלבד, ועם פקיעתו (היינו, החל מיום 9.10.2017) הרשות אינה רשאית עוד להתקשר בחוזה למתן שירותים מכוח אותו מכרז. לחלופין נטען כי מאחר שהמערערת לא זכתה בנוהל הצעת המחיר שבוטל, לכל היותר אם יימצא טעם לכך, ניתן יהיה להורות על החזרת הדיון בנוהל הצעות המחיר לוועדת השלושה.

דיון והכרעה

19. השאלה העיקרית אשר עמדה להכרעה בעתירה מושא הערעור היא האם החלטת העירייה שלא לבחור באף אחת מהצעות הנוהל ותחת זאת לפרסם מכרז חדש שעניינו עבודות הגינון מושא הנוהל, הייתה החלטה תקינה בנסיבות העניין.

20. סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: הפקודה) קובע כי "לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי" (זאת בכפוף לחריגים, בהתאם לסעיף 198 לפקודה; להרחבה ראו: דפנה

ברק-ארז משפט מנהלי כרך ג 41 (2013)). כאמור, נוהל הצעות המחיר נערך מכוח מכרז המסגרת שפרסמה משכ"ל, ולאחר שביום 9.10.2016 העניקה מנכ"לית משרד הפנים לרשויות המקומיות אישור התקשרות עם הזוכים בו, אשר היה תקף לשנה מיום נתינתו (להלן: אישור ההתקשרות). על אף שכותרתו "נוהל הצעות מחיר", אין ספק, ואף הצדדים עצמם לא חלקו על כך, כי דין הנוהל כדין מכרז. כידוע, ביטול מכרז אינו עניין של מה בכך. לא אחת נפסק כי יש להימנע ככל הניתן מן הסנקציה הקשה של ביטול מכרז (עע"מ 8696/10 שערי ריבית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר (6.9.2011); עע"מ 7561/01 פינק' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נז(3) 611 (4.5.2003); שמואל הרציג דיני מכרזים כרך א 413 (להלן: הרציג)). ביטול מכרז צריך להיעשות בתום לב, ושיקולי הרשות בביטולו צריכים להיות סבירים. בבחינת התנהלות הרשות יבחנו שני היבטים עיקריים: הראשון – מועד הביטול; השני – טעם הביטול. ככל שהחלטת הביטול תתקבל בשלב מוקדם יותר של עריכת המכרז, כך היא תעורר פחות קשיים. לעומת זאת, ביטול המכרז בשלב מתקדם של עריכתו עשוי לעורר קשיים של ממש, הן בשל הפגיעה הממשית באינטרס ההסתמכות של המציעים שהשתתפו במכרז – שנשאו בהוצאות כדי להשתתף במכרז וייתכן שאף ויתרו על הזדמנויות עסקיות אחרות, והן בשל החשש כי ההחלטה נובעת משיקולים זרים. בדומה, ככל שטעמי הביטול מוצדקים יותר ומובילים למסקנה שהמשך עריכתו יוביל לנזק חמור, יהיה בכך כדי להצדיק את ההחלטה לביטול המכרז (להרחבה ראו: עומר דקל מכרזים כרך שני 176-177 (2006) (להלן: דקל)).

21. על פי תקנה 23 לתקנות העיריות, עירייה רשאית לבטל מכרז אם ועדת המכרזים החליטה על כך וראש העירייה אישר את החלטתה. על פי הוראות חוזר מנכ"ל משרד הפנים – 3/2002, "נוהל מתן אישור לפי סעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים), התשל"ב-1972 למכרזי מסגרת שעורך ארגון או מוסד ציבורי" (להלן: חוזר המנכ"ל), הגוף המוסמך לקבלת החלטה בדבר התקשרות עם מציע ההצעה הזוכה בנוהל הוא ועדת השלושה. במקרה זה וכפי שהבהירה העירייה בסיכומיה, אפשרות ועדת השלושה שלא לבחור בהצעה כלשהי מהצעות הנוהל מעוגנת היטב גם במסמכי הנוהל. כך, סעיף 7 לאישור ההתקשרות קובע כי "הרשות המקומית רשאית שלא לבחור בהצעה כלשהי". בדומה, גם סעיף 11 להוראות הנוהל קובע כי "הרשות המזמינה אינה מתחייבת לממש את ההצעה שתוגש על ידכם, או לבחור בכל הצעה שהיא". הכללת סעיפים מפורשים אלו במסמכי הנוהל מגלה את אומד דעתה של העירייה, ולפיו אין כל הכרח שתיבחר הצעה כלשהי (והשוו: עע"מ 8328/02 ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ, פ"ד נח(1) 145 (2003)). אלא שאין באמור כדי לפטור את העירייה מלעמוד בחובות המוטלות עליה כרשות ציבורית, היינו החובה לפעול בהגינות, בתום לב ובסבירות (עע"מ 8610/03

אמנון מסילת מעלות את מרכז שוש סלע נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(6) 755 (2004)). אכן, בין מכלול השיקולים לביטול מכרז הכירה הפסיקה כשיקול נאות גם בצורך לדאוג לחיסכון תקציבי (וראו למשל: ע"מ 8328/02 בעניין ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ, בעמ' 153). בענייננו, הצעת המערערת על פי הנוהל עמדה על סך של 4,173,170 ש"ח לשנה, סכום הגבוה ב-1,581,346 ש"ח, מהתמורה השנתית הכוללת שהעירייה שילמה לקבלני הגינון עד לאותו מועד (2,591,824 ש"ח). גובה ההפרש האמור עולה על 60%, ואין ספק כי מדובר בפער משמעותי ביותר שיכול להוות שיקול מרכזי בבחינת שאלת ביטול הנוהל. בנסיבות אלה, אך סביר כי פער כאמור מצביע על כך שביטול הנוהל נועד להביא לחסכון בכספי ציבור. על כן, שלא כמו בית המשפט המחוזי, לא שוכנעתי כי פעולות העירייה היו נגועות בחוסר תום הלב החמור המיוחס לה. יחד עם זאת, ועל אף האמור, לאחר בחינת התנהלות העירייה בכללותה, אין מנוס מן הקביעה כי צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו הסופית באשר לאופן התנהלותה.

22. לעניין זה יש להדגיש כי במקרה של ביטול מכרז בלבד, התערבות בית המשפט בהחלטת הרשות המקומית תיעשה רק במקרים בהם מתקיימות עילות הפסלות המינהליות. לעומת זאת, כאשר הרשות המקומית מבטלת מכרז על מנת לפרסמו מחדש, יבדקו באופן מעמיק גם הליכי המכרז שבוטל ותוצאותיו (הרציג, בעמ' 416-418 וההפניות שם). זאת מאחר שביטולו של מכרז ופרסום מכרז חדש תחתיו הינו צעד חריג ובעייתי, שעל רשות ציבורית להימנע מביצועו ככל הניתן. "צעד כזה לא זו בלבד שהוא משים לאל את כל העבודה וההוצאות הרבות המושקעות בהכנת ההצעות שהוגשו, אלא שהוא מסכן גם את עקרון הסודיות והשוויון, שהוא מאשיות שיטת המכרז" (בג"ץ 246/76 חיים נ' עיריית ירושלים, פ"ד לא(1) 218, 220 (1976)). המכרז השני הבא בעקבות המכרז שבוטל מתנהל בהעדרה, החלקי לכל הפחות, של סודיות המכרז, שכן הנתונים שהוגשו על ידי המתחרים במכרז הראשון הופכים גלויים בשלב זה. כך נפגעים הן השוויון בתחרות והן הכנות בהצעות – שניים מיסודות המכרז המושגים לרוב על ידי השמירה על כלל הסודיות. מכאן, ביטול מכרז ופרסום מכרז חדש תחתיו יעשה רק בנסיבות יוצאות דופן, כאשר אין ספק כי טובת הכלל מצדיקה זאת (וראו: ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11, 27 (2002); וראו גם: בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505, 515 (1976)).

23. אין ספק כי לעיתים יתרחשו נסיבות יוצאות דופן אשר יביאו את הרשות להחליט על ביטולו של מכרז תוך פרסום מכרז חדש תחתיו. החלטה כאמור עשויה

לנבוע משינוי בצרכי הרשות או הציבור, שינוי בנסיבות האופפות את המכרז, טעות בניסוח המכרז, הגשת הצעות לא מספקות ועוד (דקל, בעמ' 185). אכן, המכרז נועד, במידה רבה, לאפשר לרשות הציבורית לבחור את ההצעה הטובה לה ביותר. אלא שיחד עם האמור, עקרון התחרות בתנאים של שוויון הוא עקרון יסודי בדיני מכרזים, ולו מעמד בכורה. על כן, לרוב, בהתנגשות בין שתי מטרות אלה יגבר עקרון השוויון (ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21 (1995)).

24. נוסף על עקרונות אלו, באשר לביטול מכרז ופרסום מכרז אחר תחתיו, קיימת התייחסות ייחודית במסגרת תקנה 23(ב) לתקנות העיריות. כך, על מנת למנוע את השימוש לרעה באמצעי של ביטול מכרז, קובעת התקנה כי משבוטל מכרז, אין לפרסם מכרז אחר, כאשר אין בין המכרז שבוטל לבין המכרז האחר שוני מהותי, זולת אם נשתנו הנסיבות שגרמו להחלטה על הביטול. כאשר קיים שוני מהותי בין המכרז שבוטל לבין המכרז השני אותו מפרסמת הרשות, הפגיעה בבעל ההצעה הטובה ביותר במכרז הראשון מצטמצמת, שכן על אף שהצעתו נחשפה למעשה, הוא אינו נמצא בעמדת נחיתות ממשית ביחס למשתתפים חדשים וביחס למציעים שהתמודדו מולו במכרז המקורי – שכן סביר כי הצעתו כפי שנחשפה אינה מועילה עוד במידה משמעותית למשתתפי המכרז השני. השינויים אשר עשויים להיחשב כשינויים מהותיים הם רבים ומגוונים ויבחנו כמובן בכל מקרה לגופו ובהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות.

25. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי בין הוראות הנוהל לבין הוראות המכרז השני לא התקיים השוני המהותי הנדרש. נקבע כי עוד בטרם פנתה העירייה למשכ"ל וביקשה כי תבצע עבודה נוהל הצעות מחיר, היא ידעה על כל אותם שינויים, שמאוחר יותר ביקשה להציג כ"שינויים מהותיים". העירייה חזרה גם בפנינו על טענותיה באשר לשוני הקיים בין הוראות הנוהל לבין תנאי המכרז השני. אלא שלאחר עיון בטענותיה נמצא כי ההבדלים אותם תיארה אינם מצדיקים את התערבותנו בממצאי בית המשפט המחוזי לפיהם השוני הקיים בין הוראות הנוהל לבין הוראות המכרז השני אינו שוני מהותי. לעניין זה יש לציין כי עם פנייתה הראשונית למשכ"ל, צירפה העירייה מסמך "דרישות נוספות" לבקשה לביצוע נוהל הצעות מחיר במכרז המסגרת (נספח ט') לעתירה בבית המשפט המחוזי, ובו פורטו 11 דרישות נוספות (מעבר לתנאי מכרז המסגרת) אשר בהן ביקשה העירייה מן המשתתפים בנוהל לעמוד. כל השינויים אותם מפרטת העירייה כעת, המבדילים את הוראות הנוהל מהוראות המכרז השני, יכלו לבוא לידי ביטוי אפוא גם בדרישות העירייה קודם לפרסום הנוהל. גם טענת העירייה באשר למחירן הגבוה של ההצעות שהתקבלו בנוהל הצעות המחיר אינה יכולה לסייע לה כעת

ולהוות שוני מהותי, שכן העירייה ביקשה לצאת לנוהל הצעות המחיר וזאת על אף שידעה, או לכל הפחות היה עליה לדעת, את מחירי הבסיס של הזכייניות במכרז המסגרת.

26. העובדה שלא נמצא שוני מהותי בין הוראות הנוהל לבין הוראות המכרז השני משפיעה גם על בחינת סבירות פעולותיה של העירייה בכל הנוגע לביטול הנוהל וליציאה למכרז השני. גם מעבר לאמור, בבחינת התנהלות העירייה בכללותה נמצאו אף פגמים נוספים בפעולותיה. כך למשל, יש לתת משקל לכך שבניגוד להוראות חוזר המנכ"ל, ועדת השלושה כלל לא התכנסה טרם ההחלטה על ביטול הנוהל. ההתייעצות בה החליטה העירייה שלא לבחור הצעה כלשהי מהצעות הנוהל נעשתה ללא שנערך לה כל פרוטוקול ואף מבלי שנכתב במסגרתה כל מסמך המפרט את הסיבות שהובילו אותה להגיע להחלטה, וזאת בניגוד לסדרי המינהל התקינים ולעיקרון שקיפות פעילותו של המינהל (וראו למשל: בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817 (2004)). עוד יש לקחת בחשבון כי החלטת העירייה נעשתה גם מבלי להודיע על כך מראש למשתתפי הנוהל, ובהתאם, מבלי שניתנה להם זכות טיעון בדבר ביטול הנוהל. העירייה הודיעה למשכ"ל על ביטול הנוהל רק בחלוף מספר שבועות ממועד ההחלטה ולאחר פרסומו של המכרז השני. אף אם לכאורה החלטת העירייה נועדה להביא אך לחיסכון בכספי ציבור, כידוע, טיבה של ההחלטה נבחנת לא רק על פי תוצאתה אלא אף בהתייחס לתקינות ההליך עצמו (וראו למשל: ע"מ 6131/17 מוניות שמשון בע"מ נ' רכבת ישראל (18.2.2018); עת"מ (מחוזי ב"ש) 398/07 אסום – חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' עיריית שדרות (6.12.2007)). לעניין זה יש להדגיש כי ההחלטה על ביטול הנוהל ועל יציאה למכרז השני נעשתה בשלב מתקדם מאוד, לאחר שהעירייה נחשפה לתוכנון של ההצעות שהוגשו ועל כן בנסיבות אלה היה עליה לנקוט משנה זהירות טרם קבלת החלטה על פרסום המכרז השני.

27. לאור האמור מצאתי כי ההחלטה לבטל את הנוהל ולחדש את הליכי המכרז, שנתקבלה בהרכב חסר, תוך שבוצעו שינויים שאינם מהותיים בהוראות המכרז ומבלי להודיע למשכ"ל על ביטול הנוהל – הופכת את פעולת העירייה בכללותה לבלתי סבירה במידה המצריכה התערבות. על כן, צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו כי יש לבטל את המכרז השני, אשר נערך כאמור בניגוד לתקנה 23(ב) לתקנות העיריות.

28. לאור הקביעה לפיה דינו של המכרז השני להתבטל, נותר לבחון האם, כטענת המערערות, לאור התנהלות העירייה ובהיעדר החלטה כדין על ביטול הנוהל – היה צריך

להכריז עליה כזוכה בנוהל ולמסור לה את ביצוע עבודות הגינון, או שמא, היה ראוי לערוך מכרז נוסף, שלישי, בו יכלה הייתה המערערת להשתתף בהתאם לרצונה.

29. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי גם התנהגות המערערת הייתה בלתי ראויה ולקתה בשיהוי, אם לא בחוסר תום לב. זאת מאחר שידעה על פרסום המכרז השני, רכשה את מסמכיו ואף השתתפה בסיור הקבלנים. אלא שבניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, לא שוכנעתי כי התנהלות המערערת אכן הייתה לא ראויה, או נגועה בחוסר תום לב. פעולותיה של המערערת לאחר פרסום המכרז השני אכן מעידות על כך שידעה, או לכל הפחות שהיה עליה לדעת, כי הנוהל בוטל. עם זאת, מעיון במסמכים עולה כי באותו שלב טרם ידעה המערערת אם יש לה זכות כלשהי עליה ברצונה להגן. לעניין זה, יש לתת משקל גם לכך שהסיבה שהמערערת לא ידעה האם עליה לפעול לשמירת זכויותיה, מקורה בהתנהלות העירייה, שלא הודיעה על החלטתה לביטול הנוהל, שנעשתה באופן שאינו תקין. במצב דברים זה נראה כי הציפייה שהמערערת תהא זו שתפעל ללא שיהוי, מבלי לדעת מה היו הנסיבות שהובילו להחלטת העירייה על ביטול הנוהל, מבלי לדעת האם ההחלטה נתקבלה באופן תקין ואף מבלי לדעת שהצעתה הייתה הזולה ביותר מבין הצעות הנוהל – הינה ציפייה מופרזת.

30. לסיכום, התנהלות העירייה בעת החלטתה על ביטול הנוהל ועל חידוש הליכי המכרז הייתה בלתי תקינה, גם אם לא הייתה נגועה בחוסר תום לב. לעומת זאת, כאמור, לא ניתן להלין באופן דומה על התנהלות המערערת. אשר על כן, התוצאה המתבקשת הינה מתן תוקף לנוהל תוך ביטול המכרז השלישי. אמנם, משכ"ל טענה כי אין אפשרות להורות לעירייה לחתום על הסכם התקשרות עם המערערת, שעה שתוקפו של אישור ההתקשרות מכוח מכרז המסגרת שניתן ביום 9.10.2016, ניתן לשונה אחת בלבד, עד ליום 8.10.2017. היינו, לשיטת משכ"ל פקעה האפשרות להתקשרות מכוח הנוהל. אלא שטענה זו לא ניתנה לקבל. משהוגשה עתירה לבית המשפט המחוזי ביום 7.2.2017, טרם "פג" תוקפו של האישור, אין בכוחה של ההגבלה האמורה כדי לחסום את האפשרות להורות בעת הזו לעירייה להתקשר עם המערערת מכוח הנוהל. זאת שעה שבמסגרת ההליך השיפוטי נבחנת החלטה המינהלית בהתחשב במהלכים שבוצעו באותה עת ובסד הזמנים הרלוונטי לאותה שעה.

31. עם זאת, כאמור, בינתיים פורסם המכרז השלישי ובמסגרתו נבחרה הזוכה – מרבדים. לא הוברר אם מרבדים החלה הלכה למעשה בעבודות האחזקה השוטפות מכוח המכרז השלישי והיא גם לא טרחה להגיש תגובה לערעור.

על כן, היה ומרבדים לא החלה בביצוע העבודות בפועל, ההתקשרות עם המערערת לביצוע העבודות תהיה לאלתר. ואולם, אם מרבדים החלה זה מכבר בביצוע העבודות בפועל, נראה כי בנסיבות העניין יש לבחור בדרך של "בטלות יחסית" על פני הכרזה על בטלות המכרז השלישי באופן מידי (ראו גם: ע"מ 2339/12 שוחט נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא (19.8.2013)). במקרה שכזה, ההתקשרות עם המערערת תחל בתום שנת ההתקשרות הראשונה של העירייה עם מרבדים כאשר האופציה להארכת תקופת ההתקשרות עם מרבדים למשך חמש שנים נוספות – תבוטל (ראו גם: ע"מ 5399/14 מור חברה לשיווק מוצרי בניה (1992) בע"מ נ' א.פ. פורמייקה סנטר (1998) בע"מ (24.1.2016)).

32. בנסיבות אלו, אציע לחבריי לקבל את הערעור באופן האמור ולחייב את העירייה בהוצאות המערערת בסך של 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. אני מסכים לחוות דעתו של חברי, השופט ד' מינץ – הן במה שנוגע לפגמים שנפלו בביטול נוהל הצעות המחיר, הן במישור הסעד הראוי בנסיבות העניין.

2. אכן, לא דומים מכרזים שעניינם באספקת שירותים ובתפעול שוטף, למכרזים העוסקים בביצוע פעולה יחידה, בלתי-הפיכה, כגון מכרזים להקמת תשתיות או

מערכות כלשהן. משהוחל בביצוע התקשרות לפי מכרזי הקמה ודומיהם, בדרך כלל, אין ניתן עוד להשיב את הגלגל לאחור. הגורם המבצע משקיע משאבים, קובע עובדות ב'שטח' – המעשה עשוי אפוא – 'חומה ומגדל' (ע"מ 406/18 יעל תוכנה ומערכות בע"מ נ' שירותות בתי הסוהר, פסקה 9 (17.1.2018)). לא כך הוא הדבר, כאשר במכרזים לאספקת שירותים עסקינן.

3. בית משפט זה עמד בפסיקתו על ההבחנה בין מכרזי הקמה לבין מכרזים לאספקת שירותים. זאת, בייחוד במסגרת החלטות שעניינן בבקשה למתן סעד זמני המונע התקשרות עם צד שלישי, בעוד מבקש הסעד טוען כי הוא-הוא אשר צריך לזכות במכרז. כך, הוטעם כי 'מאזן הנוחות' איננו מצדיק מתן סעדים זמניים בכגון דא, שכן, "כאשר עסקינן במכרז שעניינו אספקת שירות או תפעול – להבדיל ממכרז להקמת מערכת או תשתית – אין מדובר במצב בלתי הפיך שלא ניתן להשיבו לקדמותו, שכן אין מניעה, בכל שלב, להפסיק את ההתקשרות עם הזוכה במכרז" (בר"מ 2874/11 מלכה אנגלסמן ושות' - משרד עורכי דין נ' משרד האוצר - אגף החשב הכללי - מינהל הדיור הממשלתי, פסקה 8 (27.6.2011); וראו גם: ע"מ 6441/17 המוביל הדרומי צביקה (1990) בע"מ נ' עיריית באר שבע, פסקה 13 (23.8.2017); ע"מ 2915/12 ש.ו.ת. ורד בר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 9 (31.5.2012); ע"מ 49/15 דרך ארץ בטחון בע"מ נ' איילת השחר ביטחון 1993 בע"מ, פסקה 10 (1.3.2015)); הדברים יפים גם לענייננו. אף אם החלו עובדיה של מרבדים-שירותי גינון בע"מ בביצוע אי-אילו עבודות גינון, אף אם הציבו את כליהם במקום, גזמו, השקו ושתלו – אין בעבודות האמורות משום 'מעשה עשוי'. כך גם אין מניעה כי לאחר תקופת התארגנות מסוימת, תחדל מרבדים מעבודתה, והמערערת תבוא בנעליה. יתכן אמנם כי אבדן ההתקשרות יסב נזק כלכלי למרבדים, אך על מעבר לכך – לא נטען לפנינו. כפי שציין חברי, מרבדים לא ראתה להגיב לערעור דנן, גם נציגיה לא התייצבו לדיון, ולפיכך, אין בידינו נתונים על אודות נזקים אשר יגרמו לה כתוצאה מביטול המכרז השלישי (וראו: עומר דקל מכרזים כרך שני 314-315 (2006)).

5. על רקע האמור, ולאור קביעותיו של חברי על אודות התנהלותה המוקשית של העירייה ולגבי תום-לבה של המערערת – סבורני כי הן 'מאזן הנזקים', הן 'מאזן תום הלב', נוטים לטובת ביטול המכרז השלישי ומתן תוקף לנוהל, בכפוף לאמור בפסקה 31 לחוות הדעת של חברי.

כאמור, אני מצטרף לחוות דעתו של חברי, השופט ד' מין.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מיןק.

ניתן היום, י"ג באדר התשע"ח (28.2.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט