

ע"מ 8894/17

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

המערערת: אשכנזי זלצמן בע"מ

נגד

המשיבות: 1. הרשות לפיתוח הנגב
2. פרסום צדר יריב בע"מ

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום 07.11.2017 בעת"מ 44106-08-17 שניתן על ידי כב' סגן הנשיאה א' ביתן

תאריך הישיבה: י"ז בטבת התשע"ח (04.01.18)

מזכיר הרכב: יחידיה ניסן
קלדנית: גלית טובינה

בשם המערערת: עו"ד יובל גבעון

בשם המשיבה 1: עו"ד מוריה גילה; עו"ד שירן פרנקל-חייק
בשם המשיבה 2: עו"ד דני ניסים

פרוטוקול

1
2
3 כב' השופט הנדל: לצורך הטיעון שלך נצא מתווך הנחה שאם עושים את החישוב וזה לא כל כך פשוט
4 זכית ביתרון קל. הקושי שלפי תנאי המכרז תחשיב רגיל במובן הזה שזה לא אוטומטית שמי שמקבל את
5 הציון הכי גבוה הוא בהחלט זוכה במכרז אלא יש שיקול דעת מסויים על פי מבנה הדברים, נראה לנו
6 שגם אם אדוני צודק, הענין לא היה כל כך ברור הסעיפים במכרז. אפשר היה להצדיק את התוצאה
7 האחרת. תחת זאת בית משפט הפעיל שיקול דעת וקבע שיש לפתוח במכרז חודש. המכרז החדש יצא
8 לדרך, אפילו כפי שאדוני יודע בעקבות הצו הזמני שנתתי הוגשו ההצעות. טרם נפתחו המעטפות כי בפער
9 בין 02/01 לבין 04/01 לא צריך להכניס עוד דרמות ואפשר לחכות. אז אפשר להתרשם מהמכרז החדש.
10 עו"ד גבעון: ראשית, אני חולק על תנאי המכרז. תנאי המכרז קובעים במפורש שההצעה שתקבל את
11 הניקוד הגבוהה תהא ההצעה הזוכה. על פי תקנות חובת המכרזים, מפנה לתקנה 21 ב' לתקנות, (מצטט).
12

1 כב' השופט עמית: אדוני רואה שבמכרז אין סעיף של שיקול דעת. מפנה לע' 18P מוצג מ/2 של המשיבה
 2 1. אדוני צודק לגבי איך מחשבים אך האם זה כל כך אובייסי? גם ב-3 שורות למעלה (מצטט) מה זה
 3 בהתאם ליחס בינם לבין ההצעה הזולה. למה המילה יחס מוזכרת שם אם זו מילה אבסולוטית? גם ב-3
 4 שורות האחרונות מדברים על היחס. אני נוטה לדעה של אדוני אך אפשר להתפלס פה על האפשרויות.
 5 למה צריך את המילה יחס? הרי זה אבסולוטי כמו שהרעיון אבסולוטי. השופט חשב אחרת, שהרעיון הוא
 6 לא אבסולוטי שהוא גם יחסי.

7
 8 עו"ד גבעון: השאלה למה לפרש? אף אחד במהלך המכרז לא פרש אחרת ולא טען אחרת. יש הודעה של
 9 וועדת המכרזים.

10 כב' השופט עמית: כל אחד פרש אחרת.

11
 12 כב' השופט הנדל: לפי הפרשנות שאדוני מציע הוא קיבל את הניקוד הכי גבוה והוא צריך לזכות במכרז.

13
 14 עו"ד גבעון: זה החלק הראשון. מפנה לחובת המכרזים שקובע חובה מפורשת לבחור. התקנה קובעת את
 15 החובה לבחור את ההצעה שקיבלה את הניקוד הגובה. אחרת זה צריך להיות מטעמים מיוחדים
 16 שיירשמו וצריכה להיות זכות שימוע למי שקיבלה.

17
 18 כב' השופט הנדל: היה משהו בדברי המשיבה 1 ואני אבקש מהמשיבה 1 להראות זאת אך זה לא פתוח.

19
 20 כב' השופט סולברג: מצטט מוועדת המכרזים. אדוני כופר בזה?

21
 22 עו"ד גבעון: בוודאי.

23
 24 כב' השופט הנדל: אם הולכים לפי התחשיב אין שיקול דעת. אם היה חריג כזה זה אולי המקרה שיש
 25 להבין לאור החלוקה של 60 ו-40 והניקוד שכל אחד קיבל. אנו בשיטת התחשיב. אמרתם 20, 60 וכו'.

26
 27 עו"ד גבעון: וזאת כשלא התייחסנו לחישוב האחר. זו טענה אבסורדית. זה ניקוד אחר. נושא הפרשנות,
 28 ולמעשה בית משפט פה, דברי אדוני בפסק הדין שצטט את ההלכה של כב' השופט ריבלין, כמו שאדוני
 29 יודע (מצטט). אנתנו פה במצב אבסורדי. כל הצדדים מפרשים. מפנה לשני פרוטוקולים של וועדת
 30 המכרזים. התשובה ניתנה במהלך הדיון ע"י ב"כ.

31
 32 כב' השופט הנדל: אם הטענה הראשונה נכונה לא צריך להגיע לזה.

33
 34 עו"ד גבעון: מפנה לפרוטוקול נספח ט"ז מיום 22/06/17 פרוטוקול הזוכה (מצטט). כלומר בהתאם

35 לאותה טבלה שהיא הטבלה הראשונית שהוכנה, שבה קיבלה את הניקוד הגבוה, זומנו המציעים (מצטט).

36 אין פה שום עילה על אותו שינוי בציון.

37

1 כבי' השופט הנדל: נסתפק בדברים בינתיים. נפנה למשיבה 1. לגבי האם אכן אתם חושבים שניקוד לא
2 עומד לטובתו, או שזה עומד לטובתו אך הפער כל כך קטן שיש לכם את שיקול הדעת לסטות מהתוצאה
3 ואם זו הטענה השניה על בסיס מה גבי טוענת זאת?
4

5 עו"ד פרנקל-חייק: מפנה לנספח י"ח של המערערת. כפי שהוסבר גם בפני בית משפט קמא הרשות הודתה
6 שהיתה טעות חשבונאית זניחה והיא התכנסה לדון בפער הזה וביום 31/08 שזה פרוטוקול הוועדה
7 המרכזית היא הסבירה ונמקה את הנימוקים. מפנה לע"1 לפרוטוקול וועדת המכרזים ובאמת כפי שעולה
8 מהמכתב של ב"כ המערערת נפלה טעות חשבונאית (מצטטת) הוועדה דנה וחשבה (מצטטת).
9

10 כבי' השופט הנדל: השאלה באיזה סמכות יש לוועדה לסטות מהתוצאה התחשיבים כשיוצא מכרז לדרך
11 הבנוי על תחשיבים. אף אחד לא אמר לתת לה 60% או 75%. יוצא שהוא זכת, ומנין הטענה של זוטי
12 דברים יכול להתעלם מזה? מה הבסיס המשפטי לכך? אנו רוצים להיות מאוד קפדניים וזכה זכה עדיין
13 יש תוצאה תחשיבית. יש יתרונות לשיטה הזאת ולא סתם אמרתם 60 ולא 40 ולא 50 ולא 80 הוא אומר
14 טענה פשוטה מאוד. מה לי אם זכיתי בפער כזה או פער כזה אין לכם סמכות. אני מתקשה למצוא לכך
15 תשובה בפסיקה או אף בתכלית של מרשם. אם הפער פחות מ-2 נקודות אתם בעצם אומרים שאתם
16 רוצים לתת יותר מ-60% כי זה מה שמעניין אתכם האיכות אז תגבו ואז תם מגיעים לאותה תוצאה. אף
17 אחד לא אומר שאתם חייבים לעשות חלוקה של 60 מול 20 או 40 מול 20.
18

19 עו"ד פרנקל-חייק: זה מוכיח את עקרון האיכות.

20
21 כבי' השופט הנדל: אם חששתם מכך יכולתם להעלות זאת.
22

23 כבי' השופט עמית: היו לנו תיקים הפוכים שמה באמת עניין את הרשות היה המחיר והיה שכלולים. מי
24 שזה נתן מחיר ממש גבוה והרשות רצתה אותו כי הוא נתן מחיר גבוה או נמוך. מה שאנו רוצים לומר,
25 את כל השיקולים שלכם עשיתם כבר במסגרת המכרז. נתתם שכלול גבוה וזה אומר שהתוצאה הסופית
26 יכולה לצאת עם הפרש קטן.
27

28 עו"ד פרנקל-חייק: החלטת הוועדה לא התבססה פה על זוטי דברים.
29

30 כבי' השופט הנדל: זה גורם חישובי. אם הפער יצא נמוך יותר, אם זה מה שמטריד אתכם, ואתם רוצים
31 60 ואתם פוחדים ממקרה הביניים תקבעו 65% ואז לא יקרה מקרה כזה.
32

33 כבי' השופט עמית: איפה זה מעוגן?
34

35 עו"ד פרנקל-חייק: כפי שבית המשפט הסביר ופרט לא היה ברור. השורה של הראיה לא היתה במקום
36 הברור ומכך נוצרו כל הבלבולים.
37

1 כבי' השופט הנדל: כל אחד פעל בצורה כזו אתם גם לא חולקים על כך. המטרה שלכם לא לקפוץ ממקום
2 למקום. לא צריך לסטות שמאלה וימינה. יש שיקול דעת על כך. חברי כבר אמר זאת בתיק הקודם,
3 שלעיתים זה אכזרי אז חותכים את הדבר זה פועל לשני הכיוונים. כמו שבערבות בנקאית מישהו עושה
4 טעות והוא מפסיד. פה לא הייתי אומר שאתם מפסידים.

5
6 עו"ד פרנקל-חייק: אי אפשר להתווכח עם הסוגיה המספרית.

7
8 כבי' השופט הנדל: אנו עכשיו בסוגיה המספרית. לעיתים צד מפסיד במובן שהוא לא זוכה אף אם היה
9 צריך לזכות. השירות יותר טוב, יותר זול. לעיתים המציע גם הוא מפסיד במובן זה שלו הוא היה יודע את
10 כל הפרמטרים, גם הוא כבול לתנאים שהוא קבע.

11
12 עו"ד פרנקל-חייק: הנקודה העשירונית במקומה מונחת ו אי אפשר לשנות כפי שהוכחה ב"כ הרשות בפני
13 בית משפט קמא. כשוועדת המכרזים דנה בנושא ושמה ליבה על הנושא, כיון שיש פה פער משמעותי גדול,
14 כן אמנם לא נרשמו שם ברחל בתך הקטנה החלטנו לפעול במקביל לעקרון מקבילית הכוחות, אך זו
15 היתה רוח הדברים. אנו ביקשנו להצביע שגם אם המחוקק מצביע על מקרים בהם וועדת המכרזים יכולה
16 לבחור לא בהצעה הכי זולה או הכי יקרה בנסיבות הענין. לא אוכל להצביע על מקרה בו הוועדה בחרה
17 במקרה זה או אחר. באותו פרוטוקול עליו הצבעתי שאותו עקרון לפי עקרון מקבילית הכוחות, הצבענו
18 על סעיפים 52, 53 על מקומות בהם בית המשפט דן במקרה. אם עקרון מקבילית הכוחות לא חל, משמע
19 שאין לוועדת המכרזים שיקול דעת. היא צריכה כל הזמן לפעול בצורה חדה כתער ותהא התוצאה אשר
20 תהא. אנו מכירים מקרים שדנו בפסיקה. הצבענו על פסיקה שדנה בנושא. מפנה לסעיפים 92 איגוד ערים
21 דן ובהמשך לסעיף 53 העיקרון הזה קיים ופוסקים על גביו. ככל שהפער קטן יותר שיקול דעת הוועדה
22 חשוב יותר.

23
24 עו"ד ניסים: בעצם הדגש, וכבי' ההרכב מתייחס ללשון תנאי המכרז, אך יש גם מהות תנאי המכרז. ברור
25 לחלוטין שהבנת תנאי המכרזים יש לה שיקול דעת. כך היא נוהגת. יכול להיות שיש פער עשרוני מבחינתי
26 הפער הוא לא כזה שאני יכולה להתייחס אליו בכוונת הסעיף שהוא הזוכה. כשוועדת המכרזים מתייחסת
27 למהות המכרז, מישהו שיתן קונספט הוא משהו פחות מדאיג. הפרמטרים מאוד משמעותיים. וועדת
28 המכרזים בחרה להתייחס לנושא האיכות. אדוני אומר מהיכן שואבת הוועדה את סמכותה? מתנאי
29 המכרז. נקבע תנאי? לא נקבע תנאי.

30 עכשיו אתייחס לתנאי המכרז. יש לפנות בהליך פרשני. הפרשנות היא חלק מהענין אך גם התייחסות
31 למהות הענין היא חלק מהענין, הבנת הצדדים, התייחסות הצדדים כל אלה באים כשאני בא לפרש
32 טקסט ומתייחס לתנאי המכרז אני צריך להתייחס.

33
34 כבי' השופט הנדל: המשמעות של פרשנות טקסט, הטיעון של המשיבה 1 חזק יותר. נראה לי שהטקסט די
35 ברור. השאלה אם על אף הטקסט יש מקום לסטות זה משהו אחר. הטקסט הוא בעיה. במכרז הזה אני
36 לא רואה שהלשון עוזרת לך אלא אם היא צודקת בטענת התכלית.

37

1 עו"ד ניסים : אמרתי שהלשון היא חלק מהתכלית. וועדת המכרזים ראתה עצמה כמי שיש לה שיקול דעת
 2 וכך היא נהגה, בטח ובטח כשמתייחסים לפער זניח. נחתם חוזה התחלתי לעבוד השקעתי המון. היא באה
 3 לבית משפט קמא ואמרה, כנראה לאור ההבהרות של בית משפט קמא, יש פה בעיה. טוב, כנראה שלא
 4 הייתי ברורה אז אצא במכרז חדש. ברגע שבאה הרשות ואומרת את הדברים, הסעד של ביטול המכרז
 5 הוא הסעד הראוי. מפה ועד ללכת לסעד אחר הוא המרחק רב. כאן כבר היתה התערבות. אמרו היית לא
 6 ברורה, את מודה שאת לא ברורה. את רוצה לצאת למכרז חדש שיגשים את מטרת המכרז? נגשים זאת.
 7 מי שנפגע יותר מהמערערת היא משיבה 2 שהחלה לעבוד. במרבית העבודה היא דווקא בהתחלה ונאלצה
 8 להפסיק את ההסכם.

9 יש לזכור שיש הבדל בין ביטול מכרז לבין הכרזה על אחר.

10
 11 כב' השופט עמית : יש שאומרים שדווקא ביטול הוא הסעד הקיצוני. מה השנוי בניקוד באיכות שפתאום
 12 התחלת עם 31 והגעת ליותר?

13
 14 עו"ד ניסים : לאחר שהייתי בדיון דיברתי עם השופט ואמר השופט בבית משפט קמא איך הוא מבין אתה
 15 דברים וגם כתב אותם בפסק הדין. דבר אחד ברור לי, לא סתם נוצרו כל הבדלי הגישה. השופט עניין
 16 אותם הדברים השונים של האנשים שנתנו את הניקוד. לכן לא ערערנו על ביטול המכרז. אמרו יצא מכרז
 17 חדש לכולם תהיה אפשרות להתמודד ויצא הזוכה.
 18 בשלב הראשון היה את ענין הקונספט.

19
 20 כב' השופט עמית : היכן היה הנושא עם העיגון הזה?

21
 22 עו"ד פרנקל-חייק : זה לא מעוגן. ניתן לראות זאת מהחישוב הסופי.

23
 24 כב' השופט עמית : יש חישוב ויש את התוצאה הסופית. זה הרעיון אך זה לא מעוגן.

25
 26 עו"ד פרנקל-חייק : ב"כ הרשות היה חבר וועדת המכרזים והסביר מה היה. כשביקשו לנקד הגיעה ערימה
 27 של חומר.

28
 29 כב' השופט עמית : אנו רשות חדשה לא מנוסה.

30
 31 עו"ד פרנקל-חייק : גם זה נאמר וזו האמת הפשוטה. אז הגיע הניקוד וראו שהוא לא מדויק.
 32 תקנה 21 מחייבת. גם על כך ניתן להתגבר כי ב"כ המערערות פנה במכתב שימוע יכול להיעשות גם בכתב.
 33 בעקבות הפניה זאת וועדת המכרזים התכנסה פעם נוספת ודנה בענין.

34
 35 כב' השופט הנדל : הקושי גם בפסק הדין וגם בתקנה שלא מדובר בשיטת ניקוד. עיינתי בפסק הדין. פה
 36 כשאתם הולכים במסלול הצר של תחשיב, אני רוצה לדעת אם יש פסק דין שקיבל את הענין הזה
 37 שהוועדה יכולה בכל זאת לשקול שיקולים כלליים של האינטרס האמיתי של המכרז. אם מישוהו פסק

1 בצורה כזו, לא כשאין שיטת ניקוד. שיטת ניקוד זה בשנים האחרונות עושים בזה שימוש. יש חסרונות
 2 ויש יתרונות. החיסרון שיש תוצאה גלויה. כשמישהו מקבל 37 נקודות עבור איכות ואחר 39 ויש
 3 פרמטרים בתוך פרמטרים והכל נכון ויפה, האם בשל המכרז הזה יש לפתוח תיבת פנדורה ולערער את
 4 היציבות. קרה מה שקרה כאן, ילמדו את הלקחים, אני לא יודע אם ראוי לעשות דין כזה בדיני מכרזים.
 5 אם יש פסק דין שבית משפט זה שמע כשמדובר בשיטת ניקוד אפשר ליישם בצורה כזו, אשמח ליישם. גם
 6 סעיף 21 לא מדבר בהכרח על השיטה. כפי שאמרתי התיקון ניתן לעשות באופן מופנה מלכתחילה. אתם
 7 קובעים את הכללים לא אוהבים את התוצאה אז בואו נתחיל מחדש. זה פוגע בשוויון לא בין המציעים
 8 אלא בין המזמין ובין המציע. אנו באים למציע בכל מיני דרישות. כשזה לא כתוב בתקנה ואין תקדים,
 9 צריך להיות סוג של שוויון.

10
 11 עו"ד פרנקל-חייק: גם אם עומדת בפני המחוקק ההצעה הכי טובה.

12
 13 כבי' השופט הנדל: אנו מדברים על שיטת חישוב שהוא משהו מאוד אריתמטי והאם מישו חשב על
 14 התוצאה הזאת? זה שאתם לא מרוצים מהתוצאה נראה לי עוד יותר בעייתי.
 15 אתם הגדרתם במכרז תנאים. קבעתם כללי משחק שלא התאימו למה שרציתם. מה התשובה לו? זה
 16 תחשיב ולא תחשיב. אני לא בטוח שאפשר לכתוב זאת במכרז. אפשר לכתוב שבפער מאוד קטן עד 2% יש
 17 שיקול דעת, נניח, אך זה לא כתוב.

18
 19 עו"ד פרנקל-חייק: (מצטטת מפסק דין וועדת המכרזים).

20
 21 כבי' השופט הנדל: השאלה אם זה חל לא על המחיר אלא על שיטת הניקוד? אין תקדים לכך. גבי יכולה
 22 לומר שזה הגיוני, אני לא רואה לכך טעם.

23
 24 כבי' השופט עמית: גם תקנה 21 ב' חלה על תוצאה זולה או יקרה. גם פסקי הדין שגב' הביאה מתייחסים
 25 לקריטריון של המחיר בלבד. גם אם יש מחיר עדיין יש שיקול דעת לבית המשפט למשל להתחשב באיכות
 26 אבל כאן האיכות כבר בפנים. שיטת השקלול שכללה את האיכות בפנים. לאחר שתנאי המכרז שקללו את
 27 המחיר ואת האיכות, האם אפשר לבוא עוד פעם מלמעלה ולומר עוד פעם איכות?

28
 29 כבי' השופט הנדל: פה זה לא מקרה של קל וחומר. מה המשקל של האיכות אתם קבעתם.

30
 31 עו"ד פרנקל-חייק: הרבה יותר קשה לוועדת מכרזים להפעיל את עקרון מקבילית הכוחות להפעיל שיקול
 32 דעת הרבה יותר קשה.

33
 34 כבי' השופט הנדל: גבי' מכניסה את מה שאין. יש מכרז ואתם מבקשים שנתעלם מכך. זה הקושי.

35
 36 עו"ד פרנקל-חייק: לא אמרתי מילה לגבי ביטול המכרז של בית משפט קמא.

1 עו"ד ניסים : אתייחס לאבחנה בין הקביעה לבין הסעד. כבודו יגיע למסקנה שהיתה פה טעות יש גם
2 שאלה של בחירת הסעד הנכון אז יכול להיות שהסעד שבוחר בית המשפט היה הסעד הנכון.

3
4 כבי' השופט הנדל : אנו שומעים את הערעור בתוך פחות מחודשיים. כל המערכת, בגלל שבית המשפט אמר
5 60 יום הוא לא נתן זכות ערעור. הוא פעל מהר, בית משפט זה פעל מהר יש גבול עד כמה אפשר להתחשב.
6 יש מכרז יש תוצאה, לא נוכל להתעלם מהתוצאות. אם יש שיקול דעת כזה הסעד הוא מאוד ראוי.

7
8 כבי' השופט סולברג : נאמר שלפי התחשיב במובן מסויים ידכם על העלינה גם אם ההפרשה הוא קטן.
9 בסופו של דבר היתה התלבטות לגבי הפרשנות. אך האם וועדת המכרזים עצמה היתה לה מחלוקת בנוגע
10 הפרשנות, אנו לא נוהגים להתערב במקרה שכזה, אם וועדת המכרזים חשבה על פרשנות אחת לעומת
11 פרשנות אחרת, מדוע שנתערב?

12
13 עו"ד גבעון : וועדת המכרזים ל א חשבה כך. נוצר פה מצב אבסורדי. נוצר מצב שבית משפט קמא מחשב
14 בדרך אחרת על פי הפרשנות של וועדת המכרזים.

15
16 כבי' השופט עמית : כל שלושת הצדדים שיושבים פה באולם פרשו אותו דבר.

17
18 כבי' השופט הנדל : בנושא של המכרזים אנו צריכים להיות מאוד רגישים וכפי שכבר נאמר, אם מזמין
19 בונה על שיטת הניקוד, לומר שיש לו שיקול דעת שלא מופיע בחוק ולא מופיע בתקנה ולא מופיע בפסיקה
20 אנו לא רואים שיש הצדקה לכך וזה אף פוגע בשוויון כי העיריה יכולה לסטות מהדברים. בכל מקרה, על
21 דעת כל ההרכב, הנקודה המאוד ברורה, מה שעושה זאת קל לגבש עמדה אנו חושבים שיש לקבל את
22 הערעור ואנו פתוחים. עובדה שבאנו לכאן עם גישה אחרת, חלק מהטיעון הוא לשכנע את בית המשפט
23 השתכנענו שהדין עם המערער. לכן אני מבקש לבדוק עם הלקוחות מה העמדה, אם תרצו פסק דין תקבלו
24 פסק דין יחסית מהר. תתייעצו ואם תרצו פסק דין תקבלו פסק דין, יש אולי השלכה לגבי ההוצאות.

25
26 לאחר הפסקה ;

27
28 עו"ד גילה : אנחנו נקבל את הצעת בית המשפט.

29
30 עו"ד גבעון : אני סבור שהיה מקום שיינתנו הוצאות. גם בהליך הקודם לא קיבלנו הוצאות ואנו לא
31 מבקשים זאת כי אנו רוצים לפתוח את המכרז הזה בדרך טובה לשני הצדדים.

32
33 כבי' השופט הנדל : בכל מקרה לא התכוונו לפסוק הוצאות, ותמיד זו דרך טובה לנהל כך את הדברים.

34
35 ניתנה החלטה.