

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

בפני כבוד השופט נאסר ג'השאן

העותרים

אפקון בניה בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד אביאל פלינט ו/או אלון בראל ממשרד עו"ד
יוסי לוי ושות'

נגד

המשיבים

1. רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד גילי שפר ו/או טל רגב ממשרד עו"ד בן ארי,
פיש, סבן ושות'

2. אם + דבליו גרופ (ישראל) בע"מ (אקסייט ישראל פרוייקטים
בע"מ) ע"י ב"כ עוה"ד גיורא אונגר ו/או דניאל פז ו/או זיו שקדי
ממשרד מיתר עורכי דין

מיני-רציון:

* בית המשפט דחה עתירה להורות על ביטול החלטת ועדת המכרזים שהכריזה על המשיבה 2 כזוכה בכיצוע העבודות מושא המכרז, בשל פגמים, נטענים, שנפלו בהחלטה. נפסק, כי היות ומדובר במכרז מורכב וגמיש, לא חרגה ועדת המכרזים מסמכותה כאשר אפשרה למציעה הזוכה להסיר הסתייגות בדמות מסמך הנחות מהצעתה, ולא נמצא, כי ההחלטה מהווה פגיעה בעקרון השוויון או חורגת מתנאי המכרז.

* מכרזים – תנאי סף – פרשנותם

* משפט מינהלי – מכרזים – תנאי סף

* מכרזים – עתירה לביטול מכרז – דחייתה

* מכרזים – ביטול מכרז – הימנעות מביטול מכרז

* מכרזים – הליכי המכרז – תקינותם

* מכרזים – עקרונות המכרז – שוויון

* מכרזים – עקרונות המכרז – טוהר המידות

* מכרזים – אמות מידה – לבחירה ההצעה הזוכה

* משפט מינהלי – מכרזים – ביקורת שיפוטית

* משפט מינהלי – מכרזים – קריטריונים לזכייה במכרז

* משפט מינהלי – מכרזים – פסילת הצעה

העותרת הגישה עתירה להורות על ביטול החלטת ועדת המכרזים שהכריזה על המשיבה 2 – אקסייט, כזוכה בביצוע העבודות מושא המכרז, בשל פגמים חמורים שנפלו בהחלטה; על-פי הטענה הכריזה המשיבה על הצעת אקסייט כזוכה תחת פסילת הצעתה בשל פגמים חמורים שנפלו בה. כפועל יוצא מכך מבקשת העותרת להכריז על הצעתה כהצעה הזוכה, זאת מאחר והצעתה היא בעלת הדירוג הגבוה ביותר מבין כל ההצעות הכשרות שהוגשו. במרכז הדיון עומדת השאלה: האם עצם העובדה שמדובר במכרז "מורכב" ו- "גמיש" אשר מאפשר לוועדת המכרזים לנהל מו"מ, מקנה לוועדת המכרזים זכות לפנות למציעה ולבקש ממנה להסיר את ההסתייגויות שהוספו על ידה מבלי לפסול את הצעתה?

בית המשפט דחה את העתירה ופסק כלהלן:

נסיבות העניין אינן מצדיקות דחיית העתירה בשל שיהוי. אין מחלוקת, כי ההחלטה על אי-זכיית העותרת נשלחה אליה עוד ביום 13.09.2020 ואין מחלוקת כי העתירה הוגשה בחלוף 53 ימים. יחד עם זאת, העתירה הוגשה תוך 45 ימים מיום קבלת ההחלטה, בשם לב לפגרת סוכות; אין בשיהוי כשלעצמו כדי להוביל בהכרח לסילוק העתירה על הסף והדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו, כאשר לא נקבעו כללים נוקשים ביחס לאופן הפעלתו של שיקול דעת זה.

אף הטענה, לפיה הוסתרו עובדות מעיני בית המשפט יש לדחות.

נקודת המוצא לדיון היא, שמדובר ב"מכרז גמיש", אשר מאפשר לוועדת המכרזים לנהל מו"מ. ככלל, ניהול מו"מ עם מציע או עם מציעים, לאחר פתיחת תיבת המכרזים הוא אסור. יחד עם זאת מאפשרת תקנה 27 לתקנות, למשיבה לנהל מו"מ עם "המתמודדים במכרז שהצעותיהם נמצאו מתאימות". מכרז גמיש, מאפשר תיקון פגמים, שלא ניתן לתקן במכרז קשיח.

לשם הכרעה במחלוקת שנפלה, יש לשוב למושכלות ראשונים בדיני מכרזים: מטרת המכרז ותכליתו מחד, והסתייגויות, הבהרות, ומו"מ במכרזים מאידך. למכרז ציבורי מספר תכליות ואלה הוגדרו. תכליות אלה עומדות בבסיס כל פרשנות לתנאי המכרז, להסתייגויות או הבהרות במכרז ואף בניהול מו"מ עם מציע, מקום שניתן לנהל מו"מ עם מי מן המציעים.

ככלל, הצעה לא ברורה, שהבהרתה מעניקה יתרון, הסתייגות שיש בה כדי לשנות מתנאי המכרז, או התניה על המכרז מובילות לפסילת ההצעה ואין נפקא מינא אם הפגם מקורו בתום לב, שהרי עקרון תום לב בדיני מכרזים מפנה מקומו לעקרון השוויון. בכוא ועדת המכרזים לפרש את ההסתייגויות והתנאים שהוסיף המציע ולקבוע אם מדובר בתנאים והסתייגויות מהותיים שמפרים עקרון השוויון, עליה להתחשב במורכבותו של המכרז, במידת גמישותו, ובתנאיו.

קיימים 3 כללים מנחים לצורך קבלת החלטה בהליך תיקון פגמים לרבות הסתייגויות במכרז מורכב: הכלל הראשון, שעל בית המשפט להמעיט מהתערבותו בשיקול דעתה של ועדת המכרזים; הכלל השני הוא, שתנאי המכרז עצמם הם אשר קובעים את המותר והאסור בנוהלי קבלת ההצעות והטיפול בהם, ואין לשלול מן המזמין לקיים הליך הבהרות, מקום שבעל המכרז שמר לעצמו הזכות לבוא בדברים עם המציעים לשם הבהרה וביורור פרטים בהצעותיהם; הכלל השלישי הוא, שמתחם המותר והאסור ביישומם של כללי המכרז הספציפי נגזר במידה רבה מאופיו המיוחד של המכרז ומתכליותיו.

מורכבותו של מכרז, יש בה כדי לקבוע הפרשנות שיש ליתן להסתייגות, התניה או סתירה במסמכי המכרז.

בנסיבות העניין, ועדת המכרזים הייתה רשאית לבקש הסרת ההסתייגויות מבלי לפסול הצעת אקסייט.

אין לקבל את בקשתה העותרת לקבל פרוטוקול המו"מ המסכם בין המשיבה לבין אקסייט.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'
תיק חיצוני : עע"מ 8731/20

בפני כבוד השופט נאסר ג'השאן

העותרים אפקון בניה בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד אביאל פלינט ו/או אלון בראל ממשרד עו"ד יוסי לוי ושות'

נגד

המשיבים 1. רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד גילי שפר ו/או טל רגב ממשרד עו"ד בן ארי, פיש, סבן ושות'

2. אם + דבליו גרופ (ישראל) בע"מ (אקסייט ישראל פרוייקטים בע"מ)
ע"י ב"כ עוה"ד גיורא אונגר ו/או דניאל פז ו/או זיו שקדי ממשרד מיתר עורכי דין

פסק דין

מותר בפרסום

- 1
2
3 1. מכרז מס' 467214 שפרסמה המשיבה מס' 1 (להלן: **המשיבה**) לתכון-ביצוע (DB) מבנה
4 -7777 הר חוצבים, והחלטת ועדת המכרזים, לפיה הוכרזה המשיבה מס' 2 – אקסייט ישראל
5 פרויקטים בע"מ (בשמה הקודם בעת הגשת מסמכי המכרז אם-דבליו גרופ (ישראל) בע"מ)
6 (להלן: **"אקסייט"**), כזוכה בביצוע העבודות – הם העומדים במוקד המחלוקת שלפניי.
7
8 2. בעתירה שלפניי, מבקשת העותרת – אחת המשתתפות במכרז, מספר סעדים ואלה הם:
9
10 - להורות על ביטול החלטת ועדת המכרזים שהכריזה על אקסייט כזוכה בביצוע העבודות
11 מושא המכרז, בשל פגמים חמורים שנפלו בהחלטה; על-פי הטענה הכריזה המשיבה על
12 הצעת אקסייט כזוכה תחת פסילת הצעתה בשל פגמים חמורים שנפלו בה.
13
14 - כפועל יוצא מכך מבקשת העותרת להכריז על הצעתה כהצעה הזוכה, זאת מאחר והצעתה
15 היא בעלת הדירוג הגבוה ביותר מבין כל ההצעות הכשרות שהוגשו.
16
17 - לחילופין, להורות לוועדת המכרזים לנהל מו"מ עם העותרת, לפי הסמכות המוקנית
18 לוועדה בהתאם לתקנה 27 לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון),
19 התשנ"ג-1993 (להלן: **התקנות**).
20
21 - לחילופי חילופין, להשיב את הדיון לוועדת המכרזים על מנת שתידרש לעניין מחדש.
22
23 - להורות למשיבה להמציא לידי העותרת מסמכים. יצויין כי לאחר הגשת העתירה הומצאו
24 חלק מן המסמכים והמסמך שנותר במחלוקת הוא פרוטוקול ועדת המכרזים, לפיו נוהל
25 מו"מ עם אקסייט.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 בבסיס טענות העותרת עומד מסמך שצירפה אקסייט להצעתה, שעל-פי העותרת מהווה
2 "מסמך הסתייגויות", ואשר מצדיק פסילת הצעתה של אקסייט. לטענת העותרת, לאחר
3 שהונחו בפני ועדת המכרזים של המשיבה מלוא ההצעות, ביקשה ועדת המכרזים מאקסייט
4 להסיר את ההסתייגויות תחת פסילת ההצעה, ומשכך, לוקה החלטת ועדת המכרזים באי
5 סבירות קיצונית, המצדיקה ביטול ההחלטה ופסילת ההצעה.
6
- 7 מאידך, כפי שעוד יפורט בהמשך, טוענות המשיבות כי לא נפל כל פגם בהצעה, ולא נפל כל
8 פגם בהחלטת ועדת המכרזים, ומשכך דין העתירה- דחייה.
9
- 10 אציין כי העתירה ובקשה למתן צו ביניים למנוע מימוש זכיית אקסייט בעבודות מושא
11 המכרז, הוגשו ביום 05.11.2020. ניתן צו ביניים ארעי ביום 05.11.2020 ונקבע דיון במעמד
12 הצדדים ליום 12.11.2020. הצדדים ביקשו, בהסכמה, לדחות את הדיון ודיון בבקשה למתן
13 צו ביניים נקבע ליום 24.11.2020. במעמד הדיון, ולאור היקף הטיעונים שהגישו הצדדים,
14 הסכימו הצדדים כי הדיון יתקיים בעתירה גופה. הצדדים סיכמו טענותיהם בעל-פה.
15
- 16 להלן אתייחס לטענות שהעלו הצדדים בעתירה, בכתבי התגובה לבקשה למתן צו ביניים
17 (שהפכו לכתבי תשובה) ולהשלמת טיעונים בכתב ובעל-פה.
18
- 19 **על המכרז:**
- 20
- 21 כפי שעוד יפורט בהרחבה, מדובר במכרז לא שגרתי, שתנאיו מורכבים ועל כן יובא פירוט לגבי
22 סוג העבודות מושא המכרז ולגבי תנאיו.
23
- 24 המשיבה, רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ פרסמה מכרז לתכנון-ביצוע (DB) מבנה
25 7777- באזור התעסוקה הר חוצבים בירושלים. שמו של המכרז מעיד עליו, הוא כלל עבודות
26 "תכנון וביצוע" (Design-Build) של מבנה רחב מימדים. העבודות משוא המכרז הן לתכנון,
27 רישוי, ביצוע עבודות הפיתוח והקמת מבנה משולב משרדים, מעבדות ואולם ייצור. על-פי
28 מסמכי המכרז המבנה יורכב מ-8 קומות, יוקם כמבנה טבעתי, המכיל פטיו פנימי הפתוח
29 לשמיים. שטח המבנה הוא 38,000 מ"ר (ראו פרק א'- "מנהלה" בתנאי המכרז שצירפו
30 הצדדים לכתבי הטענות מטעמם).
31
- 32 מסמכי המכרז אוחדים מאות רבות של עמודים. המכרז חולק לארבעה פרקים: "פרק א'-
33 מנהלה", שכלל תנאים כלליים לרבות תנאי סף להשתתפות במכרז, אופן הגשת ההצעות,
34 מסמכים שיש לצרף להצעה ודרך בחירת ההצעה הזוכה. פרק זה כלל כתב הצהרה, התחייבות,
35 ותצהירים שעל המציע לחתום עליהם עליהם כחלק מן ההצעה שתוגש; "פרק ב'" למכרז הוא "מפרט



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 טכני" לביצוע העבודות אשר כולל פרטים רבים, בין היתר דרישות טכניות למכביר החל
2 מעבודות הפיתוח וכלה בתכנון, בינוי, אביזרי בטיחות, מיזוג אויר, מעליות, תנועה וכו'; "פרק
3 ג" הוא פרק כלכלי, שבו נכללים פירוט התמורה, מהות העבודה, לוחות זמנים, תנאי תשלום
4 והתחייבות הקבלן; ואילו "פרק ד" כלל ההסכם עליו נדרש המציע לחתום והמסדיר את
5 מערכת היחסים בין הצדדים למקרה שבו המציע יזכה בביצוע העבודות.
6
7 10. המכרז כלל תנאים רבים, נביא להלן חלק מתנאי המכרז הדרושים להכרעה.
8
9 ב-"פרק א' – מנהלה", נקבעו "תנאי סף", לרבות בדבר סיווג הקבלן, הוכחת ניסיון לגבי
10 פרויקטים בהיקפים מסוימים (סעיף 3 לפרק א' מנהלה), נקבעו רשימת מסמכים שעל הקבלן
11 לצרף ובין היתר הצהרת המציע המהווה חלק מתנאי המכרז, והסכם (המהווה נספח 2 לפרק
12 ד' במכרז) עליו נדרשו לחתום המציעים (ראו סעיף 4 לפרק א' מנהלה).
13
14 12. סעיף 11 לפרק א' כלל את מועד הגשת ההצעות ומבנה ההצעה. נקבע, כי על המציע להגיש
15 שלוש מעטפות:
16
17 - מעטפה ראשונה שבה יוכנס המענה לחלק ג' כלכלי (הצעת המציע, תמורה ותנאי
18 התשלום), בחלק זה נדרש המציע למלא את הצעתו הפאושלית לביצוע עבודת הפרויקט
19 (כאמור בסעיף 5.1 לטבלה שבהצעה) וכן הצעתו לביצוע עבודות שהן אופציה לביצוע
20 (סעיפים 5.2-5.8 בהצעת המחיר). סעיף 1.2 לפרק ג' קובע:
21
22 "הצעת המחיר תוגש בשקלים חדשים ללא מע"מ (...). המחיר יהיה קבוע
23 וסופי והווה תמורה מלאה וכוללת עבור כל התחייבויות הקבלן עפ"י
24 ההסכם ויכלול בתוכו בין היתר את כל ההוצאות הכרוכות בביצוע כל
25 התחייבויותיו על פי הסכם זה, לרבות ככל האמצעים, כוח אדם, רכבים,
26 חומרים, אביזרים, .. לרבות אגרות בנייה והיטלים, בין אם חלים על רפאל
27 (כבעלים) ובין אם חלים על הקבלן לפי כל דין, למעט היטל השבחה, לרבות
28 המסים וההיטלים ו/או תשלומי החובה החלים על הספק וכן רווח הספק
29 והספק לא יהיה זכאי לכל תמורה אחרת ו/או נוספת עבור ביצוע
30 התחייבויותיו ו/או כל חלק מהן עפ"י ההסכם ולא תהיה לו כל טענה באשר
31 לתמורה עקב התייקרות ההוצאות או חלק מהן".
32
33
34



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 - במעטפה השנייה יכניס המציע את יתר מסמכי המכרז לרבות מענה למסמכים אלה, ובין
2 היתר מענה לתבחינים אשר אמורים להעניק ניקוד למציע.
- 3
4 - מעטפה שלישית אשר תכלול שתי המעטפות הנ"ל.
- 5
6 13. המכרז נבנה כמכרז תלת שלבי. דהיינו ההצעה הזוכה תעבור שלושה שלבים:
7
- 8 - השלב הראשון, הוא השלב שבו בודקת ועדת המכרזים את מסמכי המכרז ועמידת המציע
9 בכל תנאי הסף (ראו סעיף 8.5 לפרק א' לתנאי המכרז). בהתאם לסעיף 8.5.2 לפרק א'
10 לתנאי המכרז, נקבע כי:
11
- 12 **"מבלי לגרוע מהסמכויות הנתונות למזמינה (הניתנות ליישום בכל שלבי**
13 **המכרז, כחלק בלתי נפרד ממנו), אם נתגלו טעויות סופר או טעויות**
14 **חשבוניות או כל אי התאמות אחרות או כל נסיבות אחרות רשאית המזמינה**
15 **לפעול בכל דרך הנתונה לה במכרז זה ובדין ובכלל זה לתקן אותן תוך מתן**
16 **הודעה למציע".**
- 17
- 18 - השלב השני, הוא השלב שבו נערך ניקוד האיכות להצעה על-פי פרמטרים שנקבעו בסעיף
19 8.7.3.1 לפרק א' למכרז, והניקוד יינתן לפני פתיחת הצעות המחיר. הניקוד יינתן על-ידי
20 צוות מומחים. ניקוד מקסימלי הוא 100 וניקוד מתחת ל-60 יפסול את ההצעה והיא לא
21 תעבור לשלב השלישי. לניקוד שיינתן בשלב השני יינתן משקל בשיעור 20% מהניקוד
22 הסופי ואילו 80% יינתנו לניקוד הצעת המחיר (השלב השלישי). הניקוד ייעשה על-פי
23 פרמטרים המצויים בטבלה המהווה חלק מסעיף 8.7.3.1, שכוללת חמישה פרקים שלכל
24 אחד ניקוד מקסימלי: מנהל התכנון מטעם הקבלן, מידע לגבי האדריכל מטעם הקבלן,
25 פרויקטים שבהם היו שותפים האדריכל או מנהל התכנון, שיטת הביצוע ולוחות זמנים.
26
- 27 - השלב השלישי, הוא שלב פתיחת הצעות המחיר, כאשר משקלה של הצעת המחיר הוא
28 80% מן הניקוד המלא. נקבע בסעיף 8.7 לפרק א', כי מאחר וההצעות כוללות מספר
29 רכיבים כאמור בפרק ג' לתנאי המכרז, ינוקדו ההצעות לפי הכללים שנקבעו בפרק ג'
30 למכרז. עוד בנקודה זו, לגבי המרכיב הכספי, נקבע בתנאי המכרז, כי הצעת המחיר
31 המיטבית תיבחר על-פי מרכיבי הצעת המחיר, כולל הצעות מחיר לגבי העבודות שהן בגדר
32 "אופציה" (ראו לעניין זה סעיף 4 לפרק ג' – כלכלי, לתנאי המכרז).
- 33
34
35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'
תיק חיצוני : עע"מ 8731/20

14. סעיפים נוספים הנוגעים לענייננו :

1
2
3 - סעיף 8.2 לפרק א' בתנאי המכרז קובע, כי "אין רפאל מתחייבת לקבל את ההצעה בעלת
4 הציון המרבי הגבוה ביותר או ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא".

5
6 - סעיף 8.8 לפרק א' למסמכי המכרז קובע, כי מדובר במכרז גמיש המאפשר ניהול מו"מ
7 עם המציעים :

8
9 "המזמינה ראשית לנהל משא ומתן עם המציעים שהצעותיהם נמצאו
10 מתאימות או מי מהם, אם תמצא זאת לנכון, הן בנוגע להצעה הכספית והן
11 בנוגע לכל חלק אחר של ההצעה וזאת לפי בחירה סופית של הזוכה, תוך
12 הקפדה על מתן הזדמנות הוגנת לכל המציעים עימם מנוהל משא ומתן.
13 מובהר כי ביחס להצעה הכספית, רפאל תהיה רשאית לנהל מו"מ כאמור
14 ביחס לכל אחד מסעיפי ההצעה הכספית כמפורט בסעיף 5 לפרק ג' –
15 כלכלי".

16
17 - סעיף 8.9 לפרק א' לתנאי המכרז, מקנה הזכות לרפאל לבחור הצעה שאינה בעלת הציון
18 הגובה, דבר המבליט את הגמישות של המכרז :

19
20 "...המזמינה ראשית להציע ההצעה שאיננה בעלת הציון הגבוה ביותר כזוכה
21 במכרז, בהתקיים נסיבות מיוחדות ומטעמים שיירשמו, לאחר מתן זכות
22 טיעון לבעל ההצעה בעלת הציון הגובה ביותר. כמו כן שומרת לעצמה רפאל
23 את הזכות לנהל מו"מ עם הזוכה לאחר הכרזתו כזוכה".

24
25 - סעיף 8.10 שאף הוא עומד במוקד המחלוקת בין הצדדים, קובע ההוראה שלהלן :

26
27 "רפאל רשאית עפ"י שיקול דעתה הבלעדי שלא להתחשב כלל בהצעה בלתי
28 סבירה לעומת מהות ההצעה ותנאיה. רפאל רשאית לפסול הצעה בשל חוסר
29 התייחסות מפורטת לסעיף מסעיפי המכרז או בשל הסתייגות במפורש או
30 במשתמע לסעיף מסעיפי המכרז, או בשל הסתייגות במענה למכרז אשר אינן
31 מאפשרות להעריכו על בסיס שוויוני ביחס ליתר הצעות. אין לצרף להצעה
32 כל מסמך מלבד מסמכי המכרז והמסמכים הנדרשים בהם. צירוף מסמכים
33 נוספים כגון שאלות או הבהרות של המציע שלא קיבלו תוקף במסגרת
34 תשובה בכתב מאת רפאל, כמפורט בסעיף 11 להלן, עלול לפסול את ההצעה".

35 (ההדגשה אינה במקור- נ.ג.)



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 - בהשלמה לאמור לעיל קובע סעיף 8.11: "רפאל רשאית לפסול הצעה שלא תוגש בהתאם
2 למבנה הנדרש במכרז".
- 3
- 4 - סעיף 8.13 קובע כי "רפאל תהיה רשאית לפי שיקול דעתה הבלעדי לבטל את זכייתו של
5 הזוכה וזאת בשל הפרת התנאים הקבועים במסמכי המכרז ו/או בשל כל מעשה ו/או
6 מחדל אחר של הזוכה...".
- 7
- 8 - סעיף 17 לתנאי המכרז (פרק א') אף הוא נוגע לטענות הצדדים, כפי שעוד תפורטנה להלן:
9 הסעיף קובע כלל פרשני לפיו, "מובהר ומודגש כי מסמכי המכרז משלימים זה את זה,
10 אולם בכל מקרה של סתירה יחול סדר העדיפות כפי שיפורט בהסכם המצ"ב כפרק ד'
11 למכרז זה", ואילו סעיף 2.4.8 להסכם (פרק ד' לתנאי המכרז), קובע כי "הסכם זה לא
12 יפורש כנגד מנסחו ויראוהו כאילו נוסח על ידי הצדדים. במקרה של סתירה בהסכם
13 (ובכלל זה סתירה בין הוראות ההסכם השונות, ו/או סתירה בין הוראות שונות במסמכי
14 המכרז השונים, לרבות סתירה בין הוראות הסכם זה לבין הוראות המפרט), יהיה
15 הקבלן מחויב להוראה המחמירה ביניהן, לפי קביעת המזמין".
- 16
- 17 15. מעבר לתנאי המכרז, ניתנו תשובות לשאלות הבהרה שהפנו משתתפים בכנס מציעים
18 שהתקיים ביום 05.08.2019 (ראו המסמך שבמוד 146 לכרך הנספחים א' לעתירה ומסמך זה
19 צורף כחלק ממסמכי המכרז, והוא חתום על-ידי העותרת ואקסייט). במכתב שנשלח לכל
20 המשתתפים ביום 13.08.2019, הודיעה רפאל, כי "רק תשובות והבהרות אשר ניתנות ע"י
21 רפאל בכתב יהפכו חלק ממסמכי המכרז ויחייבו את רפאל ואת הספקים". בסעיף ב' במסמך
22 הנ"ל נכתב:
- 23
- 24 "במידה ולמרות האמור לעיל, מציע יצרף להצעתו הערות/ שאלות/
25 הסתייגויות הסותרות את דרישות רפאל, משנות אותן, מהוות סטייה
26 מדרישות המכרז או מסייגות את מחויבות/אחריות הספק כנדרש במסמכי
27 המכרז, הצעתו תיפסל".
- 28
- 29 ואילו סעיף ג' לאותו מסמך קובע:
- 30
- 31 "רק סעיפים/ הנוסחים בהם במסמך זה רשום באופן מפורש שרפאל מודיעה
32 על עדכון/ שינוי תוספת או ביטול של סעיפי המכרז הם סעיפים בהם חל
33 שינוי, כמפורט במסמך זה".
- 34
- 35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

על הליכי המכרז:

- 1
- 2
- 3 16. ביום 27.02.2020 הוגשו הצעות המשתתפים- ארבע במספר (מלבד העותרת ואקסייט, הוגשו
- 4 עוד שתי הצעות). ביום 01.03.2020 נפתחו המעטפות מלבד החלק הכלכלי (הצעות המחיר)
- 5 ואלה הועברו לבדיקת עמידת ההצעות בתנאי הסף ולשם ניקוד ההצעות, כאמור בתנאי
- 6 המכרז. אין מחלוקת בין הצדדים, כי במהלך הצגת מצגת שהוצגה לוועדת המכרזים בעת
- 7 בחינת ההצעות, התגלה בהצעת אקסייט מסמך שכותרתו: "לוח זמנים.. הנחות יסוד" (נספח
- 8 5 לתשובת המשיבה). על-פי המסמך נרשם "הליך המכרז יסתיים עד לתאריך 1/5/2020
- 9 ובמועד זה יינתן לקבלן הזוכה צו התחלה לתכנון". כן צויין כי עבודות העפר תבוצענה בהתאם
- 10 לתכנון אקסייט, וכי "עבודות קבלן העפר יסתיימו וימסרו לקבלן הזוכה בתאריך 1/8/2020"
- 11 "ומשך הזמן הנדרש לאישור כל שלב משלבי התכנון לא יארך יותר מ-5 ימים" (להלן:
- 12 "מסמך הנחות היסוד הראשון").
- 13
- 14 17. ביום 16.03.2020, התכנסה ועדת המכרזים ובהחלטה מאותו יום הורתה לננות אל אקסייט.
- 15 ועדת המכרזים ציינה כי מאחר וקבלן העפר עצמאי, שאמור לתכנן עבודות העפר ולבצע אותן,
- 16 הרי אין כל משמעות להערה, לפיה הקבלן יפעל בהתאם להנחיות אקסייט. ועדת המכרזים
- 17 ביקשה מן הקניין לפנות אל המציע על מנת להבהיר נקודה זו, כאשר הועדה ביקשה לנקד
- 18 ההצעה כפי שהיא.
- 19
- 20 18. ביום 17.03.2020 פנתה המשיבה אל אקסייט בהבהרה וביקשה ממנה להבהיר, כי "אין ולא
- 21 יהיו בהנחת היסוד.. בדבר ביצוע עבודות העפר הנעשות ע"י קבלן חיצוני, כאמור, כל השפעה
- 22 על לוי' הפרויקט שהוגש על ידיכם ו/או על הצעת המחיר שהוגשה על ידכם". אקסייט
- 23 חתמה על המסמך שמסיר את מסמך הנחות היסוד הראשון.
- 24
- 25 19. ביום 23.3.2020 נערך הניקוד להצעות על-ידי ועדת המכרזים. ניקוד האיכות לו זכתה העותרת
- 26 עמד על 97.5 ואילו ניקוד האיכות של אקסייט עמד על 100. שתי המתחרות הנוספות זכו
- 27 לניקוד נמוך יותר (94.3 לשתייהן) (ראו נספח 8 בתיק המוצגים מטעם המשיבה).
- 28
- 29 20. לאחר פתיחת ההצעות הכספיות, התגלה כי הצעת אקסייט היא ההצעה הזולה בפער ניכר
- 30 מהצעתה של העותרת. הצעת אקסייט עמדה על 189,960,860 ₪ לא כולל מע"מ, כאשר הצעה
- 31 זו כללה ביצוע העבודות שהן אופציות. הצעת העותרת עמדה על 247,875,664 ₪ לא כולל
- 32 מע"מ ואף היא כללה ביצוע "האופציות". ההפרש בין הצעות הכספיות עמד אפוא על
- 33 57,914,804 ₪ ללא מע"מ. לאחר שקלול ההצעות הכולל עמד ניקוד אקסייט על 100 ואילו
- 34 ניקוד העותרת על 80.81 (נספח 10 לנספחי כתב התשובה מטעם המשיבה).
- 35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני : עע"מ 8731/20

- 1 בפרוץ מגיפת הקורונה ולנוכח הנחיה רוחבית של מנכ"ל רפאל להקפיא פרויקטים שונים, 21
2 התכנסה ועדת המכרזים ביום 07.04.2020 והחליטה להקפיא את המכרז. לאחר שהוחלט על-
3 ידי רפאל להמשיך בהליכי המכרז, ביום 09.07.2020 החליטה ועדת המכרזים לנהל מו"מ עם
4 אקסייט בעלת הניקוד הגובה (ראו נספח 13 לנספחי כתב התשובה מטעם המשיבה).
5
6 ביום 26.08.2020 פנתה העותרת בבקשה לקבלת אישור לעדכן את הצעתה. 22
7
8 ביום 10.09.2020 החליטה ועדת המכרזים להכריז על אקסייט כזוכה במכרז. כמו-כן באותה 23
9 ישיבה דחתה הועדה בקשת העותרת לעדכן את הצעתה (ראו נספח 15 לנספחי כתב התשובה
10 מטעם המשיבה). ביום 13.09.2020 נמסרה לעותרת הודעה על אי זכייתה במכרז.
11
12 לאחר שהוכרזה אקסייט זוכה במכרז, ביום 24.09.2020 פנתה רפאל לאקסייט במכתב ובו 24
13 הודיעה, כי התגלה במסמכי ההצעה מסמך הנושא כותרת "הנחיות יסוד". במכתב זה הובהר,
14 כי "כפי שהובהר במסמכי המכרז, אין להגיש מסמך הכולל הסתייגויות או שינויים
15 מהותיים ממסמכי המכרז וכל הסתייגות כזו היא פסולה.... המסמך האמור לא נבחן ובמועד
16 בדיקת ההצעות לא הובא לידיעתה של ועדת המכרזים. לאור כל האמור, רפאל רואה מסמך
17 זה כבטל ומבוטל".
18
19 אקסייט התבקשה לאשר בכתב עד ליום 29.09.2020, כי מסמך זה בטל ומבוטל ואינו מהווה 25
20 חלק מהצעתה. אקסייט חתמה על מסמך המאשר, כי המסמך בטל ואינו מהווה חלק מן
21 ההצעה (ראו מסמך 18 בנספח כתב התשובה מטעם המשיבה).
22
23 העותרת פנתה אל המשיבה בבקשה לעיין במסמכי המכרז. ביום 08.10.2020 העבירה 26
24 המשיבה מסמכים אל העותרת, וביום 15.10.2020 פנתה העותרת אל המשיבה וטענה לפגמים
25 שנפלו במכרז, כאשר בבסיס הפגמים עומד מסמך "הנחות יסוד" (שעל הוראותיו נעמוד
26 בהרחבה להלן). ביום 21.10.2020 השיבה המשיבה לעותרת ודחתה טענותיה, לרבות להוסיף
27 ולעיין במסמכים נוספים.
28
29
30 **העתירה:**
31
32 בלב העתירה עומדים שני מסמי "הנחות יסוד": מסמך הנחות היסוד הראשון שלגביו פורט 27
33 לעיל והשני מסמך הנחות יסוד אחר, שלגביו התבקשה אקסייט על-ידי ועדת המכרזים,
34 להתנער ממנו לאחר זכייתה במכרז (להלן: "מסמך הנחות היסוד"). לטענת העותרת שני
35 המסמכים מצדיקים פסילת הצעת העותרת.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'
תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1
2 מסמך זה, מסמך הנחות היסוד המאוחר, שאין מחלוקת כי צורף למסמכי המכרז, עומד
3 בבסיס טענות העותרת ועל כן נביא להלן את הוראותיו במלואן:
4
5 **11" הנחות יסוד**
6 **11.1 לוחות זמנים**
7 **11.1.1 לוחות הזמנים לביצוע מבוססים על הנחת יסוד שהודעת הזכייה**
8 **תתקבל עד לתאריך 1/5/2020.**
9 **11.1.2 קבלן עבודות העפר יסיים את עבודתו וימסור את האתר לקבלן לכל**
10 **המאוחר ב-1/8/2020. כמו כן, תחתית החפירה/חציבה, המבוצעת**
11 **ע"י קבלן עבודות העפר, תבוצע בהתאמה מלאה לתכנון היסודות של**
12 **M+W (הקבלן יחפור/יחצוב לפי תכנית ביסוס מאושרת).**
13 **11.1.3 זמן תגובת המזמין לאישור תכנון, סבמטילים, מסמכים הדרושים**
14 **להליך ההיתר וכו' – עד חמישה ימים ממועד הגשת המסמכים**
15 **לאישור.**
16 **11.2 כל האגרות וההיטלים על חשבון המזמין.**
17 **11.3 לפי הנחיות הביטחון, תותר עבודה של עובדים זרים מכל המדינות**
18 **אשר עובדים בארץ, ועובדים בעלי תעודת זהות כחולה, כולל ערבים**
19 **ישראלים בעלי תעודת זהות כחולה.**
20 **11.4 התוכניות והמפרטים מהווים הנחיה בלבד.**
21 **11.5 הפרויקט יבוצע בשיטת ה-Fast Track.**
22 **11.6 יש אפשרות לעבוד במשמרות לילה.**
23 **11.7 העבודות בשלב השלד והעבודות הגמרים, כולל עבודות החשמל,**
24 **יהיו בסיווג בלמ"ס עד לשלב התקנת כבלי התקשורת".**
25
26 29. לטענת העותרת, הכשירה ועדת המכרזים הצעתה הפסולה של אקסייט, אשר כללה
27 הסתייגויות מהותיות, בניגוד לדין ולתנאי המכרז אשר כללו הוראה מפורשת (שהופיעה
28 בתשובות לשאלות ההבהרה), לפיה הסתייגויות אלה מביאות לפסילת ההצעה. נטען כי בעת
29 בדיקת ההצעות לא שמה לבה ועדת המכרזים למסמך הנחות היסוד, וכי לו שמה לב לכך,
30 היתה פוסלת ההצעה עוד בשלב הראשון ולא היתה מעבירה ההצעה לשלב פתיחת הצעות
31 המחיר. "תקלה זו", לפי העותרת היא "החטא הקדמון" כפי שכותנתה בעע"מ 7590/12 החברה
32 **הלאומית לדרכים בישראל בע"מ נ' לינוס בע"מ (18.04.2013) (להלן: "עניין לינוס").** אליבא
33 דהעותרת, שלאחר שנחשפה המשיבה להצעת המחיר ולאחר שהצעת המחיר "סנוורה" את
34 עיני המשיבה, לא נפסלה ההצעה. נטען כי חזרת אקסייט מהסתייגויות מהותיות לאחר
35 שהוכרזה כזוכה, אינה מכשירה את ההצעה.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני : עע"מ 8731/20

- 1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
30. בעתירתה, עומדת העותרת על גוף ההסתייגויות, והיא טוענת, כי מדובר בהסתייגויות מהותיות ותכסיסניות, שיש בהן כדי לשנות מתנאי המכרז. להלן תסקרנה בקצרה טענות העותרת לגבי ההסתייגויות:
31. נטען כי הנחת היסוד לפיה **"כל האגרות וההיטלים על חשבון המזמין"**, מהווה הסתייגות מהותית בעלת משמעות כספית משמעותית. נטען כי ההסתייגויות עומדת בניגוד 1.2 לפרק ג' שצוטט לעיל, ואשר קובע כי הצעת המחיר תהיה פאושלית והיא תכלול כל **"אגרות בנייה והיטלים, בין אם חלים על רפאל (כבעלים) ובין אם חלים על הקבלן לפי כל דין, למעט היטל השבחה, לרבות המסים וההיטלים ו/או תשלומי החובה החלים על הספק"**. עוד נטען, כי אחד המשתתפים שלח שאלת הבהרה וזו נענתה על-ידי המשיבה (שאלה מס' 23 במסמך ההבהרות שצורף לנספחי העתירה), כי **"רפאל מבהירה, כי אגרות בנייה – ע"ח הקבלן"**. נטען כי עלות האגרות בפרויקט אינה דבר של מה בכך, שכן עסקינן במבנה ששטחו 38,000 מ"ר ועלות אגרות הבנייה, לפי העותרת מגיעה ליותר מ-1.2 מיליון ₪ (ראו הנטען בסעיף 48 לעתירה). משכך, לפי טענת העותרת, עסקינן בהסתייגות מהותית.
32. ההסתייגות מהנחיות מחייבות במכרז: בהנחות היסוד צוין, כי **"התכניות והמפרטים מהווים הנחיה בלבד"** ועל-פי העותרת מדובר בהסתייגות מהותית. נטען, כי המכרז כלל שורה ארוכה של הנחיות מחייבות, לפיהן יתוכנן וייבנה המבנה, וכי שיקול הדעת ניתן למציע לגבי אופי התכנון במגבלות ההנחיות המחייבות. לראיה, מביאה העותרת תשובה לשאלה מס' 17 במסמך ההבהרות בה הבהירה ועדת המכרזים, כי הנחיות התכנון והביצוע בפרק ב' הן מחייבות. אף כאן נטען כי מדובר בהסתייגות מהותית.
33. הסתייגות מלוח הזמנים המוצע: על-פי העותרת אף כאן הסתירה אקסייט במסמכי המכרז הסתייגות מהותית. כפי שעולה ממסמכי המכרז, נקבע לוח הזמנים להשלמת הפרויקט כ-35 חודשים מיום מתן צו עבודה וכי קיצור תקופה זה מזכה את המציע בנקודות איכות, כאשר הניקוד הנוגע ללוח הזמנים מהווה 45% מניקוד האיכות (ראו הטבלה בסעיף 7.7.3.1 לפרק א' לתנאי המכרז). לטעת העותרת אקסייט הציעה לוח זמני קצר (30 חודשים), אולם בדלת האחורית הכניסה הסתייגויות ובין היתר:
- **"הודעת הזכייה תתקבל עד לתאריך 1/5/2020"**, תנאי שאינו יכול להתקיים מאחר והמשיבה הכריזה על זוכה בחודש 9/2020.
- התנאי בדבר **"קבלן עבודות העפר יסיים את עבודתו וימסור את האתר לקבלן לכל המאוחר ב-1/8/2020"**. נטען כי בעת הגשת הסתייגות זו אקסייט ידעה כי הנחה זו אינה



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 יכולה להתקיים מאחר והמציעים ידעו, כי קבלן העפר החל לבצע העבודות והמציע הזוכה
2 יקבל האתר לאחר ביצוע עבודות חפירה ודיפון. משכך היה ברור כי קבלן העפר אינו יכול
3 לעבוד על-פי תכניות של הזוכה בביצוע העבודות, ומשכך מדובר בהסתייגות שאקסייט
4 ידעה כי אינה יכולה להתקיים.
- 5
6 - התנאי לפיו "זמן תגובת המזמין לאישור תכנון.. עד חמישה ימים ממועד הגשת
7 המסמכים לאישור". אף כאן נטען כי מדובר בהסתייגות מהותית מלוחות הזמנים, שכן
8 היא מטילה לפתחו של המזמין סיכונים וככל שהמזמין אינו יכול לעמוד בלוחות זמנים
9 אלה, עלול הדבר להוביל לכך שאקסייט תבקש להאריך את המועד לביצוע, ואף להעלות
10 דרישות כספיות.
- 11
12 - התנאי שתותר עבודות עובדים ערבים ישראלים בעלי ת"ז כחולה: מדובר בפרויקט
13 בטחוני, ומשכך, הנחת יסוד זו אינה מובנת מאליה. העותרת טוענת כי אם לא יאושר
14 העסקת עובדים ערבים, הרי הדבר יהווה עילה להארכת מועד ביצוע הפרויקט.
- 15
16 - התנאי לפיו ניתן לעבוד במשמרת לילה: נטען, כי אף כאן מדובר בהסתייגות מהותית
17 אשר מקנה לאקסייט יתרון על פני מציעים אחרים. נטען כי אם תתנגד המשיבה לעבודות
18 לילה, הרי הדבר היה מצדיק הגשת בקשה להארכת מועד ביצוע הפרויקט.
- 19
20 - התנאי לפיו התכניות והמפרטים הם בגדר הנחיה בלבד, אף מדובר בהסתייגות מהותית
21 מלוח הזמנים, שהרי לוח הזמנים נקבע בהתאם להנחיות מחייבות בתכניות ובמפרטים
22 והפיכת הנחיות אלה לבלתי מחייבות, הופך את לוח הזמנים אותו הציעה אקסייט ללא
23 רלוונטי למכרז.
- 24
25 34. על-פי העותרת, כל אחת מן ההסתייגויות, מהווה הסתייגות מהותית שהיתה מצדיקה פסילת
26 הצעת אקסייט בשלב הראשון. הדברים הם בבחינת קל וחומר מקום שמדובר במספר רב של
27 הסתייגויות. נטען כי במקרה זה "כמות מייצרת איכות".
- 28
29 35. העותרת טוענת כי ועדת המכרזים הבחינה במסמך הנחות היסוד הראשון בשלב מוקדם,
30 כאשר בחנה את ההצעות והתנאים לא היו מקובלים עליה, ועל כן ביום 17.03.2020 היא פנתה
31 וביקשה להסיר את המסמך (כאמור לעיל), אף שהסתייגות זו חייבה פסילת ההצעה. מסמך
32 הנחות היסוד השני התגלה לאחר הכרזה על הזוכה, ואקסייט חזרה בה מהמסמך לאחר
33 שהוכרזה כזוכה, הגם שמסמך זה, בדומה לראשון, הצדיק פסילת ההצעה בשלב המקדמי,
34 ולמצער עם גילוי.
- 35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 טענה נוספת בפי העותרת היא שוועדת המכרזים נעדרת סמכות להכשיר הסתייגויות במכרז,
2 לאור הוראות הדין (תקנה 17(ו) לתקנות), ולאור תנאי המכרז (ובכלל זאת התשובה לשאלות
3 הבהרה, לפיה "הצעות שתצורפנה להן הסתייגות עקרונית..- פסולות"). עוד נטען, כי ועדת
4 המכרזים נעדרת סמכות לאפשר חזרת אקסייט מהסתייגויות, לא כל שכן לאחר פתיחת
5 הצעות המחיר, באשר התנהלות זו חותרת תחת תכלית דיני המכרזים ופוגעת בעקרון השוויון.
6
- 7 נטען כי ההסתייגויות הן מהותיות והא-ראיה לכך שהמשיבה עצמה ביקשה מאקסייט לחזור
8 בה מהן. נטען עוד, כי הסתייגויות אלה הופכות הצעת אקסייט ללא ודאית, שמאפשרת
9 לאקסייט כושר תמרון פסול, שכן בעת הגשת ההצעה, לא היה ברור מהי הצעת המחיר של
10 אקסייט (לאור ההסתייגות בעניין האגרות), ולא היה ברור מהו לוח הזמנים (לנוכח יתר
11 ההסתייגויות). עוד נטען כי שורת הסתייגויות הופכות את הצעת אקסייט להצעה מותנית,
12 שכן היא מתנה את תוקפה, בהנחות יסוד האמורות בהנחות היסוד.
13
- 14 **תשובות המשיבות:**
- 15
- 16 38. כאמור, אראה בכתבי התגובה שהוגשו לבקשה למתן צו ביניים כתשובות לעתירה. ואלה
17 טענות המשיבות.
18
- 19 39. המשיבה מסי' 1 ביקשה לדחות את העתירה, באשר לא נפל כל פגם המצדיק התערבות בית
20 המשפט לענייני מנהליים בשיקול דעתה של ועדת המכרזים אצל המשיבה. המשיבה מעלה
21 טענות המצדיקות סילוק העתירה על הסף, ובין היתר, מאחר והעותרת היא בבחינת "הפוסל
22 במומו פוסל". נטען כי העותרת פנתה אל ועדת המכרזים ביום 26.08.2020, מספר חודשים
23 לאחר הגשת הצעתה וביקשה לעדכן את ההצעה. משכך, העותרת עצמה לא ראתה כל פסול
24 לאפשר לה לתקן את ההצעה לאחר הגשתה. בנוסף נטען כי העותרת הסכימה לתנאי המכרז,
25 לרבות לתנאי לפיו רשאית ועדת המכרזים לפסול הצעה שכוללת הסתייגויות, אולם אינה
26 חייבת לעשות כן. הדברים מקבלים משנה תוקף, מקום שמדובר ב"מכרז גמיש".
27
- 28 40. המשיבה טענה לשיהוי ניכר בהגשת העתירה, כ-53 ימים לאחר מסירת הודעה לעותרת בדבר
29 אי זכייתה במכרז.
30
- 31 41. אף לגופו של עניין, טענה המשיבה כי יש לדחות את העתירה. נטען כי מדובר במכרז גמיש
32 ומורכב, שמקנה לוועדת המכרזים סמכויות רחבות יותר לתיקון פגמים. נטען כי תנאי המכרז,
33 מאפשרים התעלמות מהסתייגויות ואף גמישותו ומורכבותו מאפשרים זאת.
34



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 באשר להסתייגויות הנטענות, נטען כי מוסמכת ועדת המכרזים בהתאם לתקנה 17 (ה) ו-(ו)
2 להתעלם מהסתייגויות, על אחת כמה וכמה במכרז מורכב וגמיש שמאפשר ניהול מו"מ עם
3 המציע אף לגבי תנאי ההצעה.
4
- 5 42. המשיבה טענה כי ההסתייגויות להן טוענת העותרת אינן מהותיות. לגבי ההסתייגות בדבר
6 האגרות וההיטלים, הגם שניתן לפרשה כהסתייגות, הרי בשל היקף המכרז, ולאור הפער בין
7 ההצעות, אין מדובר בהסתייגות עקרונית, וניתן היה לבקש הסרתה. הסתייגות זו, בדבר
8 ההיטלים, אינה יכולה לשנות מתוצאת המכרז לאור הפער התהומי בין שתי ההצעות, ולנוכח
9 חריגת הצעתה של העותרת מן התקציב שהוקצה לפרויקט.
10
- 11 44. אף ההסתייגויות הנטענות מלוח הזמנים אינם מהוות הסתייגויות עקרוניות-מהותיות,
12 ולעניין זה מפנה המשיבה לתנאי המכרז. נטען להעדר "קשר סיבתי" בין ההסתייגויות
13 הנטענות לבין התוצאה הסופית של המכרז, לאור הניקוד שניתן לשתי ההצעות. לעניין זה
14 ניתחה המשיבה אחת לאחת כל אחת מן ההסתייגויות הנטענות לעניין לוח הזמנים, הפנתה
15 לתנאי המכרז, וטענה כי השוואה בין האמור בהנחות היסוד לבין תנאי המכרז מוכיח, כי אין
16 מדובר בהסתייגויות ומכל מקום מדובר בהסתייגויות טכניות (ראו סעיפים 186-216 לכתב
17 התשובה מטעם המשיבה). אותה טענה, נטענה לגבי ההסתייגות מהנחיות מחייבות.
18
- 19 45. נטען עוד, כי החלטת ועדת המכרזים סבירה, ואינה מצדיקה התערבות בית המשפט לעניינים
20 מנהליים. נטען כי הנחות היסוד שצורפו להצעת אקסייט לא העניקו לה כל יתרון ואף הטענה,
21 לפיה ועדת המכרזים נחשפה למסמך הנ"ל רק לאחר פתיחת הצעת המחיר, אין בה כדי לשלול
22 מן המשיבה הזכות לבקש מאקסייט לחזור בה מן "הנחות היסוד".
23
- 24 46. אף אקסייט העלתה טענות המצדיקות דחיית העתירה על הסף; היא טענה לשיהוי כבד מאחר
25 והעתירה הוגשה בחלוף כחודשיים מיום קבלת ההודעה על אי הזכייה, כאשר בתקופה הזו
26 החלה אקסייט בהיערכות הנדרשת, העבירה כח אדם מפרויקטים אחרים, חתמה על
27 הסכמים, הזמינה שירותים ממודדים ומתכננים, ביצעה פעולות רכש ורישוי, והעלויות
28 שהוציאה אקסייט עד כה, מגיעים כדי 1,089,000 ₪. אקסייט צירפה דוגמאות לאסמכתאות
29 המעידות על פעולות שבוצעו על-ידי אקסייט למימוש זכייתה בעבודות מושא המכרז. עוד
30 טענה אקסייט, כי העותרת ידעה היטב כי אקסייט משנה את מצבה לרעה, ואף על פי כן לא
31 הגישה את עתירתה בשלב מוקדם.
32
33
34
35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 עוד נטען כי יש לסלק את העתירה בשל הטענות שלהלן: 47.
- 2
- 3 - השתק ומניעות; נטען כי העותרת מנועה מלטעון כנגד תנאי המכרז. אקסייט טענה כי
- 4 העותרת עצמה ביקשה בחודש 8/2020 לתקן את הצעתה ואם לא די בכך, הצעתה כוללת
- 5 הסתייגויות ובעניין זה מפנה אקסייט למסמכי הביטוח שנדרש המציע לצרף.
- 6
- 7 - אי מיצוי הליכים בפני ועדת המכרזים, לגבי טענת העותרת באשר לתשובות לשאלות
- 8 ההבהרה שחייבו את ועדת המכרזים לפסול הצעה מסתייגת.
- 9
- 10 - הסתרת עובדות מעיני בית המשפט ובין היתר העובדה, כי העותרת עצמה ביקשה לשנות
- 11 את הצעתה.
- 12
- 13 - אי צירוף משיבים דרושים – מציעים אחרים שהשתתפו במכרז.
- 14
- 15 48. אף אקסייט טענה כי הנחות היסוד, העומדות בבסיס העתירה, אינן הסתייגויות ואף אם
- 16 נראה בהן כהסתייגויות, הרי מדובר בהסתייגויות בעניינים שוליים וזניחים. אקסייט סקרה
- 17 אחת לאחת את הנחות היסוד וניסתה להראות, כי אין מדובר בהסתייגויות עקרוניות במיוחד
- 18 לנוכח מורכבותו של המכרז. אקסייט הוסיפה, כי אין חובה על ועדת המכרזים לפסול כל
- 19 הצעה מסתייגת, שהרי בזמן אמת העותרת לא סברה כך כאשר הגישה נספח ביטוח המסתייג
- 20 מתנאי המכרז וחורג באופן מהותי מתנאיו, כאשר נספח הביטוח הסתייג מ-"היקף השיפוי"
- 21 וכאשר ביקשה לתקן הצעתה בחודש 8/20.
- 22
- 23 49. אקסייט טענה כי החלטת ועדת המכרזים להתעלם מהסתייגויות או לבקש הסרתן מצויה
- 24 בשיקול דעת ועדת המכרזים לאור העובדה שמדובר בהסתייגויות לא מהותיות ועל כן נכללות
- 25 הן בתקנה 17 (ה) לתקנות. הדברים מקבלים משנה תוקף, מקום שמדובר במכרז מורכב אשר
- 26 מאפשר מרווח הידברות, שבו לועדת המכרזים נתון שיקול דעת רחב.
- 27
- 28 50. אקסייט טוענת כי תנאי המכרז כללו "כלל עדיפות", לפיו כל הצעה כפופה לתנאי המכרז,
- 29 אשר קובעים כי הסתייגות כזו היא בטלה וחסרת כל תוקף. משכך, אקסייט על-פי תנאי
- 30 המכרז, אינה יכולה לפטור עצמה מתנאי המכרז אשר קובעים כי הסתייגות היא בטלה ואין
- 31 בה כדי לגבור על תנאי המכרז. אקסייט טענה, כי חזרה והתחייבה פעם אחר פעם לעמוד בכל
- 32 תנאי המכרז, ועל כן הנחות יסוד אלה אינן יכולות לגבור על התחייבויותיה לאורך ניהול
- 33 המכרז, כי היא תנהג בהתאם להוראות המכרז.
- 34



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

1 אקסייט טוענת כי במכרז מורכב מן הסוג הנדון יש לפרש את המסמכים שצירפה אקסייט
2 "כמכלול", "על יסוד קנה מידה של האדם הסביר" ופרשנות זו תוביל בהכרח, כי אקסייט
3 התחייבה לעמוד בתנאי המכרז. בין היתר מפנה אקסייט להצהרת המציע, לפיה "הבנו את כל
4 האמור במסמכי המכרז וכי לא נציג כל תביעות ו/או דרישות המבוססות על אי ידיעה ו/או
5 אי הבנה ו/או אי התאמה ואנו מוותרים בזאת על טענות כאמור". אקסייט מוסיפה כי היא
6 חתמה על הוראות ההסכם, לפיו במידה וקיימת סתירה בין הוראות ההסכם לבין הוראות
7 המפרט, יהיה המציע מחוייב להוראה המחמירה ביניהם.

8
9 אקסייט טוענת כי המשיבה היתה רשאית לנהל מו"מ ובמסגרת המו"מ רשאית היא לבקש מן
10 המציע, לשוב ולהתחייב כי הוא יעמוד בהוראות המכרז ככתבן וכלשונם- וכך היה. כמו-כן
11 ביקשה אקסייט לדחות את טענת "החטא הקדמון" שהעלתה העותרת.

הכרעה:

12
13
14
15 אקדים הכרעה לניתוח. החלטתי לדון בעתירה לגופה ולדחותה, הגם שאף טענות הסף בדבר
16 השתק ומניעות שהעלתה אקסייט מצדיקה דחיית העתירה.

טענות הסף- שיהוי, הסתרת עובדות ואי מיצוי הליכים:

17
18
19
20 שקלתי טענות הצדדים ומצאתי לדחות טענות השיהוי, אי- מיצוי הליכים והסתרת עובדות.
21 לא ראיתי כי נסיבות העניין מצדיקות דחיית העתירה בשל שיהוי. אין מחלוקת, כי ההחלטה
22 על אי-זכיית העותרת נשלחה אליה עוד ביום 13.09.2020 ואין מחלוקת כי העתירה הוגשה
23 בחלוף 53 ימים (ביום 05.11.2020). יחד עם זאת, העתירה הוגשה תוך 45 ימים מיום קבלת
24 ההחלטה, בשים לב לפגרת סוכות.

25
26 הגם שאני מקבל הטענה, כי ייתכנו מקרים שניתן יהיה לדחות עתירה מחמת שיהוי, אף אם
27 העתירה מוגשת תוך המועד שנקבע בתקנה 3 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי
28 דין), התשס"א-2000, (לא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום שהחלטה פורסמה כדין או
29 מיום שהעותר קיבל הודעה עליה, לפי המוקדם), ואף שאני מקבל הטענה כי התכתבויות בין
30 הצדדים לא תמיד משעות את השיהוי, יחד עם זאת במקרה זה לא השתכנעתי, כי דבק שיהוי
31 בהתנהלות העותרת. העותרת פנתה אל המשיבה עוד ביום 14.09.2020. ביום 08.10.2020
32 העבירה רפאל מסמכים לידי העותרת ושבוע לאחר מכן, ביום 15.10.2020 פנתה העותרת
33 במכתב המעלה טענותיה (המהווה מיצוי הליכים בטרם הגשת עתירה). אציין עוד, כי הגם
34 שחלק מן המסמכים הושחר (ולאחר הגשת העתירה ניתנה לעותרת זכות עיון בהם), העלתה
35 העותרת טענותיה במכתב מיום 15.10.2020. המשיבה התייחסה לטענות העותרת במכתב



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני : עע"מ 8731/20

- 1 שנשלח ביום 21.10.2020. אמנם העתירה הוגשה בחלוף 14 ימים מיום משלוח מכתב
2 המשיבה, אולם לאור התנהלות הדברים, ברי כי חלק מן ההשתהות מקורה בהתנהלות
3 המשיבה שאפשרה זכות עיון רק בחלוף מעל שבועיים מבקשת העותרת לעיין במסמכים.
4
- 5 56. ההתנהלות שתוארה לעיל אינה מקימה שיהוי סובייקטיבי, או אובייקטיבי. שיהוי
6 סובייקטיבי, בוחן אופי התנהלות העותרת. לא מצאתי כי העותרת "ישנה על זכויותיה".
7 העותרת עמדה על זכותה לעיין במסמכים, כאשר זכות העיון ניתנה לה באופן חלקי. לאחר
8 קבלת המסמכים היא העלתה טענותיה בכתב תוך זמן סביר; אף שיהוי אובייקטיבי אינו
9 מתקיים. שיהוי אובייקטיבי בוחן אם איחור בהגשת עתירה יצר אפשרות לפגיעה באינטרסים
10 הראויים להגנה. עיינתי בנספח 1 לתשובת אקסייט, ולא מצאתי כי הוכח שנעשו פעולות
11 משמעותיות לקידום עבודות המכרז ובכל מקרה, אין במסמכים שצורפו כדי להוכיח טענה
12 זו.
13
- 14 57. לאמור לעיל אוסיף כי אין בשיהוי כשלעצמו כדי להוביל בהכרח לסילוק העתירה על הסף
15 והדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו, כאשר לא נקבעו
16 כללים נוקשים ביחס לאופן הפעלתו של שיקול דעת זה (בג"ץ 1262/06 התנועה למען איכות
17 השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס, פ"ד סא(1) 185, 192 (2006)).
18
- 19 58. אף הטענה, לפיה הוסתרו עובדות מעיני בית המשפט אני דוחה. העותרת תיארה העובדות
20 העומדות בבסיס העתירה, ולא מצאתי כי הסתירה מעיני בית המשפט מידע שהיה בו כדי
21 לשנות מן ההחלטה שניתנה בבקשה למתן צו ארעי. כמו-כן מצאתי לדחות הטענה, כי העותרת
22 לא העלתה במכתבה המהווה חלק ממיצוי הליכים את הטענה בדבר "החמרת התנאים",
23 (לפיה, מכתב הפתיח לתשובות לשאלות הבהרה לא הותיר בידי ועדת המכרזים שיקול דעת
24 והוא קבע כי הצעה הכוללת הסתייגויות תיפסל). אכן טענה זו לא הועלתה במכתב העותרת,
25 אולם הטענה, בדבר העדר שיקול דעת שלא לפסול ההצעה הכוללת הסתייגות נטענה באופן
26 מפורש. משכך, אני דוחה טענות הסף הנ"ל.
27
- 28 **האם מסמכי הנחות היסוד מצדיקים פסילת הצעת אקסייט?**
29
- 30 59. זוהי השאלה העיקרית הדורשת הכרעה, וזה מתווה ההכרעה בה: תחילה, נעמוד על מאפייני
31 המכרז (מורכב או שמא אינו מורכב, גמיש או קשיח); לאחר מכן נעמוד על הוראות הדין
32 והפסיקה הנוגעות להסתייגויות מתנאי מכרז; בשלב השלישי, נבחן כל אחת מהנחות היסוד;
33 ובשלב רביעי, תיבחן השאלה אם כל אחת מהן או כולן יחד מצדיקות פסילת הצעת אקסייט.
34
35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

מכרז מורכב וגמיש:

- 1
2
3 60. מדובר במכרז מורכב, שאינו שגרתי. אין בפנינו מכרז רגיל בעל תנאים קשיחים, הדורש מן
4 המציעים להגיש הצעת מחיר עבור שירות רגיל או עבור מוצר. מדובר במכרז הדורש מן המציע
5 תכנון, רישוי ובניית מבנה רחב היקף על-פי הנחיות מחייבות והנחיות בלתי מחייבות. המכרז
6 דורש לסיים את העבודות בתקופה קצרה שלא תעלה על כשלוש שנים. תקציב ביצוע העבודות
7 מושא המכרז הוא כ-200 מיליון ₪. המכרז כולל מפרטים טכניים למכביר, כפי שצויין לעיל,
8 הוא כולל מרווח תכנון וביצוע רחבים למציע/ לזוכה. אף מסמכי המכרז הם מסמכים
9 מורכבים. המכרז כולל ארבעה פרקים, הוא כולל לוח זמנים והוא כולל פרטים טכניים (ראו
10 תיאור מסמכי המכרז לעיל). משכך, נקודת המוצא לדיון, היא כי מדובר במכרז בעל מורכבות.
11
12 61. נקודת מוצא נוספת לדיון היא, שמדובר ב"מכרז גמיש", אשר מאפשר לוועדת המכרזים לנהל
13 מו"מ. ככלל, ניהול מו"מ עם מציע או עם מציעים, לאחר פתיחת תיבת המכרזים הוא אסור.
14 יחד עם זאת מאפשרת תקנה 27 לתקנות, למשיבה לנהל מו"מ עם "המתמודדים במכרז
15 שהצעותיהם נמצאו מתאימות". כפי שעוד יובהר להלן, מכרז גמיש, מאפשר תיקון פגמים,
16 שלא ניתן לתקן במכרז קשיח; לכך נשוב בהמשך (להגדרת "מכרז גמיש" ראו: עומר דקל
17 **מכרזים** כרך שני, עמ' 153 (2006) (להלן: "דקל")).
18
19 על עקרון השוויון, ועל הסתייגויות, תנאים והנחות יסוד במכרז רגיל ובמכרז מורכב- כללי:
20
21 62. הצדדים אינם חלוקים כי הדין המסדיר את ניהול המכרז הוא חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-
22 1992, ותקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993. התקנות הן
23 תקנות המסדירות מכרזים שמפרסם משרד הבטחון ו-"חברה ממשלתית ששר הביטחון
24 אחראי עליה" (ראו תקנות 22 ו-23 לתקנות). תקנה 23 לתקנות מחילה תקנה 17 על מכרזים
25 שמפרסמת המשיבה. רלוונטיות לענייננו תקנות 17 (ה) - 17 (ז) לתקנות, אשר קובעות:
26
27 "ה) בכפוף להוראת תקנת משנה (ד), תפסול ועדת מכרזים הצעות שהוגשו
28 שלא בהתאם להצעה המבוקשת במסמכי המכרז, או הצעות שלדעתה
29 מבוססות על הנחות בלתי נכונות או שהמחירים שצוינו בהן אינם
30 סבירים בהתחשב עם האומדן או שיש בהן שגיאות שנעשו במתכוון
31 כדי להטעותה, זולת אם החליטה אחרת מטעמים שיירשמו.
32 ו) הצעות שצורפה להן הסתייגות עקרונית או שיש בהן שינוי יסודי של
33 תנאי המכרז – פסולות.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'
תיק חיצוני : עע"מ 8731/20

1 ועדת מכרזים רשאית, מטעמים שיירשמו, לברר עם מציע פרטים
2 בהצעתו וכן פרטים אחרים הדרושים לה לצורך קבלת החלטתה; פרטי
3 הברירור יירשמו בפרוטוקול".

4
5 63. לפיכך, נקודת המוצא להכרעה בשאלה היא הוראת הדין המסדירה ניהול המכרז. יש לזכור,
6 כי "דיני המכרזים הינם בעיקרם דינים קוגנטיים. מטרת דיני המכרזים היא להסדיר את
7 אופן פעולתה של הרשות בהתקשרויותיה החוזיות.. " (עומר דקל מכרזים כרך ראשון, עמ'
8 459 (2004)).

9
10 64. לשם הכרעה במחלוקת שנפלה בפניי, יש לשוב למושכלות ראשונים בדיני מכרזים: מטרת
11 המכרז ותכליתו מחד, והסתייגויות, הבהרות, ומו"מ במכרזים מאידך. למכרז ציבורי מספר
12 תכליות ואלה הוגדרו בעע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד נ' מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 24
13 : (13.09.2010).

14
15 "מנגנון המכרז הציבורי נועד להגשים מספר תכליות ציבוריות חשובות. בין
16 היתר, מבקש הוא ליצור תנאים המאפשרים שמירה על טוהר המידות
17 בהתקשרויותיה הכלכליות של המדינה עם גורמים פרטיים, ולמנוע
18 שחיתות ומשוא פנים מצד פקידי ציבור (..) מטרה נוספת היא לאפשר
19 לרשות המינהלית להתקשר בעסקה כלכלית מיטבית תוך התנהלות יעילה
20 החוסכת כספי ציבור... המכרז הציבורי נועד לוודא – בנוסף – כי הרשות
21 מחויבת להעניק הזדמנות שווה לכל פרט בחברה, להתמודד על הזכות
22 לקשור עימה עסקה. כפי שנפסק, עקרון השוויון הוא 'נשמת אפו' של
23 המכרז הציבורי, ויש להעדיפו גם במחיר של ויתור על השגת תוצאה כלכלית
24 מיטבית, כאשר יש התנגשות בין שתי תכליות אלה.....".

25
26 תכליות אלה עומדות בבסיס כל פרשנות לתנאי המכרז, להסתייגויות או הבהרות במכרז ואף
27 בניהול מו"מ עם מציע, מקום שניתן לנהל מו"מ עם מי מן המציעים.

28
29 65. ככלל, הצעה לא ברורה, שהבהרתה מעניקה יתרון, הסתייגות שיש בה כדי לשנות מתנאי
30 המכרז, או התניה על המכרז מובילות לפסילת ההצעה ואין נפקא מינא אם הפגם מקורו בתום
31 לב, שהרי עקרון תום לב בדיני מכרזים מפנה מקומו לעקרון השוויון; כללים אלה סוכמו
32 היטב בפסק דינה של השופטת חיות בעע"מ 1873/12 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ'
33 אוניברסיטת בן גוריון, פסקה 8 (06.08.2012):



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'
תיק חיצוני : עע"מ 8731/20

1 "לא אחת נפסק כי הצעתו של כל משתתף במכרז צריכה להתאים לתנאי המכרז
2 ולהיות 'ברורה, סופית וחד-משמעית'. הצעה שיש בה הסתייגות, התנייה, או
3 שינוי מהותי מתנאי המכרז - פסולה והצעה שטמון בה חוסר וודאות באשר
4 לתנאיה או לתוקפה, אף היא צפויה להיפסל באשר היא עלולה 'לשבש את
5 סדרי התחרות השוויונית, להשמיט את בסיס השוואה בין ההצעות,
6 ולהצמיח סכסוכים משפטיים לעתיד לבוא' (...). זאת בין אם חוסר הודאות
7 שנפל בהצעה הוא מכוון ובין אם מקורו בטעות בתום לב (...). דיני המכרזים
8 מכירים אמנם בכך שעורך המכרז רשאי לפנות למציע ולקבל ממנו הבהרות
9 לגבי הצעתו (ראו תקנה 37(ה) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות של מוסד
10 להשכלה גבוהה), תש"ע - 2010. כן השוו: תקנה 21(ג) לתקנות חובת
11 המכרזים, תשנ"ג-1993; תקנה 19 לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-
12 1987; תקנה 17(ז) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון),
13 תשנ"ג-1993), אך זאת רק אם ניתן להסיר את אי הודאות שבה לוקה ההצעה
14 מבלי להעניק יתרון בלתי הוגן לאותו המציע ומבלי לפגוע בעקרון השוויון כלפי
15 המציעים האחרים. לעומת זאת הודגש בפסיקה כי אין לאפשר הליך של
16 הבהרות אם חוסר הודאות עשוי להעניק למציע 'מרחב תימרון' עד כי במסווה
17 של פרשנות והבהרות יתאפשר לו למעשה לתקן ולשנות את הצעתו באופן
18 מהותי. זאת משום שבכך הופך אותו הליך מקיום מותר של בירורים וקבלת
19 הבהרות למשא ומתן אסור, המתקיים עם אחד המציעים טרם הכרזת הזוכה
20 במכרז, תוך פגיעה בכללים של שוויון ושל תחרות הוגנת שהינם כאמור לב ליבו
21 של ההליך המכרזי (...). כל פניה המקנה למציע פתח לשינוי הצעתו יש לראותה,
22 אפוא, כניהול משא-ומתן אסור...".

23
24 - ראו גם: עע"מ 7111/03 יוסף ח'ורי חברה לעבודות בניין בע"מ נ' מדינת ישראל ע"י ממ"י,
25 פ"ד נח (6) 170 (2004) (להלן: "עניין חורי").

26
27 66. הגיגים של דברים הוא שהצעה מסויגת היא הצעה המתנערת מדרישות המפורטות במכרז, ו-
28 "היא משמיטה את הבסיס לעריכת השוואה בין ההצעות; פוגעת בעקרון השוויון הבין
29 המציעים; ומסכלת, הלכה ולמעשה, את הליך המכרז... בדומה לכך, נקבע כי בהינתן
30 עקרונות היסוד בדיני מכרזים, מתחייבת הדרישה כי הצעה של משתתף במכרז תהיה
31 ברורה, סופית וחד-משמעית. הצעה הכוללת בחובה חוסר וודאות באשר לתנאיה או באשר
32 לתקופה - דינה להיפסל" (עעמ 4607/16 Alstom Transport SA נ' נת"ע נתיבי תחבורה
33 עירוניים בע"מ (18.04.2017) (להלן: "עניין נתיבי תחבורה") (ראו גם עניין חורי הנ"ל; בג"ץ
34 6/86 חברת השמירה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (17.02.1986)).



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 יחד עם זאת, נקבע, כי על עורך המכרז לבחון את ההסתייגות, אי הבהירות או ההתניה, .67
- 2 ולקבוע אם מדובר בהסתייגות מהותית שעלולה לפסול את ההצעה, או שמא מדובר בפגם
- 3 טכני שאינו יורד לשורש העניין ואינו פוגע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים (עניין חורי
- 4 הנ"ל, עמ' 176; ראו גם עניין **נתיבי תחבורה**, פסקה 72).
- 5
- 6 .68 לכללים הנ"ל הוסיפה הפסיקה, כי בבוא ועדת המכרזים לפרש את ההסתייגויות והתנאים
- 7 שהוסיף המציע ולקבוע אם מדובר בתנאים והסתייגויות מהותיים שמפרים עקרון השוויון,
- 8 עליה להתחשב במורכבותו של המכרז, במידת גמישותו, ובתנאיו. בעע"מ 3190/02 **קל בנין**
- 9 **בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים**, פ"ד נח (1) 590 (2003), נידון מכרז שהוגדר על-
- 10 ידי בית המשפט כמכרז מורכב ו"לא שגרתית". ועדת המכרזים ניהלה עם המציע "הליך
- 11 הבהרות", שנועד, בין היתר, לשם הבהרת הצעתו. המציע שלא הוכרז כזוכה טען, כי הליך
- 12 ההבהרה תיקן חלק מליקויים מהותיים שנפלו בהצעה שחייבו פסילתה. בית המשפט העליון
- 13 התייחס להליך תיקון פגמים לרבות הסתייגויות במכרז מורכב וקבע שלושה כללים מנחים:
- 14
- 15 - הכלל הראשון, שעל בית המשפט להמעיט מהתערבותו בשיקול דעתה של ועדת המכרזים;
- 16
- 17 - הכלל השני הוא, שתנאי המכרז עצמם הם אשר קובעים את המותר והאסור בנוהלי קבלת
- 18 ההצעות והטיפול בהם, ואין לשלול מן המזמין לקיים הליך הבהרות, מקום שבעל המכרז
- 19 שמר לעצמו הזכות לבוא בדברים עם המציעים לשם הבהרה ובירור פרטים בהצעותיהם;
- 20
- 21 - הכלל השלישי הוא, ש"מיתחם המותר והאסור ביישומם של כללי המכרז הספציפי נגזר
- 22 במידה רבה מאופיו המיוחד של המכרז ומתכליותיו. לא הרי מכרז לקבלת הצעות בתחומים
- 23 מוגדרים ופשוטים אשר כל פרטיו הטכניים ידועים, מגובשים וברורים מראש, כהרי מכרז
- 24 העוסק בתחום טכני מיוחד, המחייב ידע ומומחיות מקצועיים ייחודיים, ומותיר תחום נרחב
- 25 לתכנון פרטני עתידי. השוני בין סוגי המכרזים כאמור עשוי להשפיע גם על אופיין של
- 26 הצעות המציעים ולהשליך במישרין על הצורך בהידברות בין המזמין לבין המציע לצורך
- 27 קבלת הסברים והבהרות להצעה" (עמ' 598). בית המשפט העליון הוסיף, כי הן תנאי המכרז
- 28 והן אופיו מכתיבים את מרווח ההידברות בין המציע לבין ועדת המכרזים: "ייחודו של המכרז
- 29 דן משתקף, בין היתר, במרווח הגמישות שהוא נותן למשתתף לבצע שינויים והתאמות
- 30 טכניות שונות בנתוני הצעתו ביחס למכרז, ובלבד שלא יחרוג באופן מהותי מעקרונות
- 31 המסגרת של המכרז. מרווח גמישות זה אוצל על מרווח ההידברות בין הצדדים" (בעמ' 607).
- 32
- 33
- 34



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

69. האמור לעיל מוביל למסקנה, כי מורכבותו של מכרז, יש בה כדי לקבוע הפרשנות שיש ליתן להסתייגות, התניה או סתירה במסמכי המכרז. בנקודה זו קבע בית המשפט העליון בעניין נתיבי תחבורה הנ"ל (בפסקה 74) את הדברים שלהלן:

"בהינתן מורכבותו הרבה של המכרז מושא ענייננו, כאשר ההצעות בו נפרשו על-פני אלפי עמודים, ובדיקתן הצריכה התייעצות עם אנשי מקצוע מתחומים שונים – ניתן לאפשר תיקונים של פגמים קלים שנפלו בהצעות, תוך שמירה על עיקרון השוויון, ועל תקינות ההליך המכרזי ... בנסיבות אלו, כאשר עולה חשש להסתייגות בהצעה, בעת בדיקתה, רשאית ועדת המכרזים לפנות למציע בבקשת הבהרה נקודתית, תוך מתן אפשרות להסרת ההסתייגות".

"הנחות היסוד במסמך הנחות היסוד", האמנם הסתייגויות מהותיות?

70. נבחן להלן את ההסתייגויות הנטענות, ונבחן אם ההחלטה לאפשר לאקסייט לחזור בה ממסמך זה היא החלטה סבירה בנסיבות העניין.

- סעיף 11.1.1 למסמך הנחות היסוד - לוחות הזמנים שהוצעו מבוססים על ההנחה שהודעת הזכייה תתקבל עד ליום 1.5.2020: לא השתכנעתי כי מדובר בהסתייגות מהותית המקנה יתרון למציע. הודעת הזכייה התקבלה לאחר מועד זה, ולא ברור כיצד הצעה שהוכרזה כזוכה לאחר מועד זה תזכה ליתרון בשל הסתייגות זו. אני מקבל הסבר המשיבות שכל תכליתה של ההערה היה לשם קביעת נקודת זמן כשלהי לצורך הצעת לוח הזמנים, כי אף העותרת נהגה באותה שיטה ואבהיר את דברי: המכרז קבע כי ביצוע העבודה יושלם תוך 35 חודשים כאשר הצעת תקופה קצרה לביצוע תזכה בניקוד גובה. המכרז דרש מכל מציע לקבוע לוח זמנים הכולל 50 פעולות. כפי שאקסייט לקחה נקודת ייחוס לשם תחילת העבודה כך נהגה אך העותרת שאף היא לקחה נקודת ייחוס בהצעתה (02.04.2020). משכך, אין מדובר בהסתייגות ובכל מקרה, העותרת נהגה באותו אופן ועל כן הטענה כי מדובר בהסתייגות מהותית – נדחית.

- סעיף 11.1.2 למסמך הנחות היסוד - סיום עבודות העפר ומסירת האתר לקבלן לכל המאוחר ביום 1.8.2020: אף כאן איני רואה הסתייגות שיש בה כדי לתת יתרון כלשהוא לאקסייט. היה ברור לצדדים, כי קבלן העפר החל עבודתו. בתשובות לשאלות ההבהרה שצורפו לעתירה ניתנה התשובה, כי המועד המוערך להשלמת עבודות העפר הוא 01.08.2020 (הוא המועד שנקבע כהנחת יסוד). הנחת יסוד זו הופיעה אפוא בתשובות



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 לשאלות הבהרה ואף כאן היא מהווה נקודת ייחוס שבאה להבהיר את לוחות הזמנים
2 שהוצעו.
- 3
4 - סעיף 11.1.3 למסמך הנחות היסוד - "זמן תגובת המזמין לאישור תכנון... עד חמישה
5 ימים ממועד הגשת המסמכים לאישור": מדובר בהנחת יסוד המצויה במסמכי המכרז.
6 במפרט המכרז (עמ' 350 לנספחי העתירה) צויין, כי "המזמין יאשר את התכנון ו/או יעביר
7 לקבלן את הערותיו לתכנון, לא יאוחר מאשר 5 ימי עסקים מהמועד לו הוצג לו התכנון
8 במסגרת ישיבת תיאום התכנון". מכאן ההסתייגות היחידה, ככל שנראה בכך הסתייגות
9 היא במקום חמישה ימי עסקים, יהיה "חמישה ימים" להסתייגות זו נתייחס בהמשך.
- 10
11 - הנחת היסוד 11.3 לפיה - "לפי הנחיות הביטחון, תותר עבודה של עובדים זרים מכל
12 המדינות אשר עובדים בארץ, ועובדים בעלי תעודת זהות כחולה, כולל ערבים
13 ישראלים...": לטענת העותרת מדובר בהסתייגות ממסמכי המכרז. עיון בסעיפים 5-8
14 בנספח הביטחון במפרט הטכני (חלק מנספח 4 לתשובת אקסייט) מעלה, כי "תנאי העסקה
15 בסיסי לעבודה באתר - אזרח ישראלי עם ת.ז. כחולה" (סעיף 5.4), כאשר "למזמינה
16 תהיה הזכות שלא לאשר כניסת עובד למתקן". סעיף 7 לאותו מסמך כותרתו "שימוש
17 בעובדים זרים" קובע כי תותר העסקת עובדים זרים, אולם נקבע בסעיף 7.3 כי: "קבלת
18 החלטה של העסקת עובדים זרים תבוצע ע"י סמנכ"ל והממונה על הביטחון". אף כאן
19 איני יכול לראות בהנחת היסוד כהסתייגות. נראה, כי המציע מפנה ל"הנחיות הביטחון"
20 במכרז, והוא מניח כי תותר העסקת עובדים זרים ועובדים ערבים בעלי ת"ז כחולה
21 בהתאם לאותו מסמך "הנחיות בטחון". מכל מקום, אף אם אראה במסמך זה
22 כהסתייגות, הרי כפי שעוד יפורט בהמשך, בקשה להסרת הסתייגות זו אינה חורגת
23 ממתחם הסבירות.
- 24
25 - סעיף 11.4 למסמך הנחות היסוד - "התוכניות והמפרטים מהויים הנחיה בלבד":
26 המשיבות מפנות לסעיף 1.3.3 למפרט, לפיו תכנית האדריכל והקונסטרוקטיבי מהוות
27 תכניות אינפורמטיביות על מנת להבהיר "תפיסת" המזמין לבניין. משכך, הכוונה היא
28 לתכניות הנ"ל ועל כן אין מדובר בהסתייגות כי אם בחזרה על האמור בתנאי המכרז.
29 נראה, כי מדובר במשפט לא ברור, הטעון הבהרה. לגבי סמכות ועדת המכרזים לקבל
30 הבהרה אודות משפט זה אתייחס בהמשך.
- 31
32 - סעיף 11.5 - "הפרויקט יבוצע בשיטת ה-Fast Track": לטענת המשיבות מדובר
33 בשיטת ביצוע. המציעים התבקשו להציע תכנון. ועל כן שיטת הביצוע היא שיטה שיש בה
34 כדי להקנות ניקוד. על כן איני רואה בהערה זו כהסתייגות.
- 35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 - סעיף 11.6 - "יש אפשרות לעבוד במשמרת לילה": בהעדר איסור על עבודת לילה, אין
2 מדובר בהסתייגות. מכל מקום, המכרז התנה כי שעות העבודה יהיו על פי כל דין.
- 3
4 - סעיף 11.7 - "העבודה בשלב השלד ובעבודות הגמרים, כולל עבודות החשמל, יהיו בסיווג
5 בלמ"ס...": אף כאן אין הסתייגות ממסמכי המכרז. נספח הבטחון (המהווה חלק נספח
6 4 לתשובת אקסייט) קובע, כי "שלב א' בלמ"ס - שלב השלד, כולל השחלת חשמל בלבד".
7 אפילו אניח כי הוספת עבודות הגמר היא הסתייגות, נראה, כפי שעוד אבהיר להלן כי
8 מדובר בהוספה הטעונה הבהרה.
- 9
10 - ההסתייגות המשמעותית לענייננו היא האמור בסעיף 11.2 - "כל האגרות וההיטלים על
11 חשבון המזמין": מקום, שהמכרז כולל הוראה מפורשת כי אגרות והיטלים, למעט היטל
12 השבחה על חשבון הקבלן. המשיבות טוענות, כי כפי שעולה מתשובות לשאלות ההבהרה,
13 חלק מן האגרות הן אכן על חשבון המזמין כגון חיבור מים, ביוב, תקשורת, חברת החשמל
14 וכיו"ב. משמע, על-פי המשיבות כוונת ההנחה היא אותן אגרות שצויינו במכרז על חשבון
15 המזמין ובכל מקרה, גובה אגרות הבנייה, שעל חשבון המציע הזוכה, הוא כפי שטענה
16 העותרת בהצעתה כ-1.2 מיליון ₪ כך שבכל מקרה, ולנוכח הפער המהותי בין שתי
17 ההצעות, מדובר בסטייה זניחה מתנאי המכרז.
- 18
19 לשיטתי, משפט זה מהווה סטייה מתנאי המכרז ולכך לתייחס בהמשך.
- 20
21 71. לסיכום, מכל ההסתייגויות להן טענה העותרת, אני מקבל הטענה, כי ההערה לגבי האגרות
22 היא אכן סטייה מתנאי המכרז. כמו-כן לצורך הדיון אניח, כי "זמן תגובת המזמין לאישור
23 התכנון- עד חמישה ימים" חורג מתנאי המכרז שקבעו "חמישה ימי עסקים". עוד אניח כי
24 הנחת היסוד לפיה "התכניות והמפרטים מהווים הנחיה בלבד", מהווה הנחה יסוד שאינה
25 מתיישבת עם הוראות המכרז באופן מדויק. כן אראה כי ההערה, לפיה "העבודה בשלב השלד
26 ובעבודות הגמרים.." שונה מן האמור בנספח הבטחון, לפיה סיווג בלמ"ס הוא שלב השלד
27 מבלי להזכיר את עבודות הגמר.
- 28
29 האם רשאית היתה ועדת המכרזים לבקש הסרת ההסתייגויות מבלי לפסול הצעת אקסייט?
- 30
31 72. בטרם נשיב לשאלה זו יש להכריע בטענה כי תנאי המכרזים שאפשרו מרווח הדברות ושיקול
32 דעת לפסול הסתייגויות, שונו במכתב התשובות לשאלות ההבהרה (שצוטט לעיל) ואשר קבע,
33 כי כל הצעה מסתייגת "תפסל".
- 34
35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

73. שקלתי טענתה זו של העותרת ומצאתי לדחותה. איני סבור כי תשובות לשאלות ההבהרה, אשר כללה הנחיה שאין להגיש הצעות מסתייגות, יש בה כדי לשנות מהוראות המכרז ויש בה כדי לשלול שיקול הדעת של הועדה מלנהוג בהסתייגויות לפי שיקול דעתה. מדובר במסמך ההקדמה לתשובות האופרטיביות לשאלות ההבהרה. המסמך עצמו קובע מתי יחשבו תשובות לשאלות ההבהרה כמשנות את תנאי המכרז (בסעיף ג' שבו): **"רק הסעיפים/ הנוסחים בהם במסמך זה רשום באופן מפורש שרפאל מודיעה על עדכון/ שינוי/ תוספת או ביטול סעיפי המכרז בהם סעיפים שחל בהם שינוי, כמפורט במסמך זה"**.
- משמע; המסמך עצמו קובע כללי פרשנות למקרה סתירה בין מסמך ההבהרות לבין תנאי המכרז. המסמך עצמו והמענה לשאלות ההברה לא קובע שהוא משנה הסעיפים שסקרנו לעיל ואשר מקנים לוועדת המכרזים שיקול דעת, באם לפסול הצעה בשל קיומה של הסתייגות. ואם לא די בכך, בחלק מן התשובות לשאלות שהפנו המציעים, נכתב מפורשות כי חלק מן התשובות מעדכנות תנאי המכרז. משכך, ומשלא עודכנו הסעיפים שסקרנו לעיל, נראה, כי נשמר בידי ועדת המכרזים שיקול הדעת לבחון את ההצעה, ולהחליט אם לפסול אותה בשל ההסתייגויות.
- מכל מקום, מסמך המבוא לתשובות לשאלות ההבהרה, אינו מונע מועדת המכרזים לשקול אם ההסתייגות פוגעת בעקרון השוויון ומובילה לפסילת ההצעה, בהינתן מורכבותו וגמישותו של המכרז.
74. נשוב לשאלה; האם היתה ראשית ועדת המכרזים לבקש מאקסייט להסיר הסתייגויות אלה. תשובתי לכך היא בחיוב, ולהלן הנמקתי:
75. ראשית, כפי שצינתי לעיל, מדובר בהערות שרובן הולמות את תנאי המכרז. הגם שחלק מהן אינו מתיישב באופן מדויק עם תנאי המכרז (כגון חמישה ימים, ולא חמישה ימי עסקים, והוספת עבודת הגמר לעבודות השלד), איני מוצא בהערות אלה ניסיון להשגת טובת הנאה או לשנות תנאי המכרז. הערות אלה היו טעונות הבהרה, ונראה, כי הבקשה להסירן, לנוכח אי הבהירות שנפלה בהן, היא חלק מהליך הבהרת ההצעה המוקנה לוועדת המכרזים. בפסק הדין בעניין קל בניין נקבע, כי **"בית-המשפט הכיר במהלך השנים, ועוד קודם לחיקוקים שצוינו לעיל, ביכולתו של בעל מכרז לפנות למציע ולקבל ממנו הבהרות לגבי הצעתו, אשר יסירו אי-הודאות, ובלבד שלא יהא בכך משום מתן יתרון בלתי הוגן למציע זה ופגיעה בעקרון השוויון לגבי מציעים האחרים (בעמ' 600)**. נראה, כי אי בהירות שנפלה בחלק מן המסמך מותיר מרווח הדברות בין ועדת המכרזים לבין המציע, במיוחד לאור מורכבותו של המכרז וריבוי הפרטים הטכניים שבו.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

- 1 שנית, אפילו אראה באמור לעיל כהסתייגות ממש, הרי נראה, כי מדובר בהסתייגות לא
2 מהותיות, שאינה פוסלת את ההצעה ועל כן הבקשה להסרתה, לשם הסרת ספקות, אינה
3 פסולה. כפי שצויין בפסיקה שנסקרה לעיל, כאשר מדובר במכרז מורכב, יש לפרש "הסתייגות
4 מהותית" באופן גמיש. הצעת אקסייט יש לפרש כמכלול, "גם מסמכים המוגשים במסגרת
5 הצעות במכרז יש לפרש כמכלול, על יסוד קנה-המידה של אנשים סבירים והגונים במעמדם
6 של הצדדים למכרז הקונקרטי" (עע"מ 5678/01 שידורי עדן בע"מ נ' אפיק רום- הערוץ
7 הישראלי החדש, פ"ד נו (1) 917 (2001)). פרשנות כמכלול, בהינתן העובדה כי מדובר במכרז
8 מורכב, מביאה למסקנה כי אין מדובר בהסתייגויות מהותיות הפוגעות בזכות השוויון, ובכל
9 מקרה מדובר בהסתייגויות הטעונות הבהרה. לכך אוסיף, כי "הכלל הפרשני בדיני מכרזים
10 הוא, כי יש להעדיף פרשנות המקיימת הצעותיהם של משתתפי המכרז על פני פרשנות
11 הפוסלת אותן" (ענין נתיבי תחבורה הנ"ל, בסעיף 74). משכך, נראה כי על צד המהות מדובר
12 בהסתייגויות טכניות שמקורן במורכבות המכרז ואין כל פסול לבקש הבהרתן או הסרתן.
13
- 14 שלישית, אפילו אראה בהסתייגויות אלה כהסתייגויות המהוות חריגה מתנאי המכרז, נראה,
15 כי בנסיבות העניין, ולאור מורכבותו של המכרז, אין כל פסול בבקשת ועדת המכרזים להסירן,
16 שכן הדבר נתון לה לאור מרווח ההידברות המוקנה לה בתנאי המכרז ולאור מורכבות המכרז.
17 אף אם נפל פגם בהצעה, מותר לוועדת המכרזים לתקן פגם שנפל בה. כאשר עולה חשש
18 להסתייגות במכרז מורכב, מוקנית לוועדת המכרזים הסמכות להורות על הסרת ההסתייגות
19 (ראו עניין נתיבי תחבורה הנ"ל בסעיף 74). אוסיף עוד, כי טענת העותרת, כי מדובר
20 בהסתייגויות מהותיות והא-ראיה לכך היא בקשת המשיבה להסיר הסתייגויות אלה כתנאי
21 לזכיית אקסייט במכרז, אני דוחה. הסרת ההסתייגות אינה הופכת אותה באופן אוטומטי
22 למהותית. אף הסתייגויות בעלות אופי טכני ראוי להסיר.
23
- 24 רביעית, אף אם אראה בהסתייגות, "כל האגרות וההיטלים על חשבון המזמין" כהסתייגות
25 בעלת ערך כספי משמעותי המגיע כדי 1.2 מיליון ₪, (ואיני קובע כך) הרי לאור הפערים
26 המשמעותיים בין שתי ההצעות (57,914,804 ₪), הסתייגות זו שבוטלה מאבדת ממשמעותה.
27 לא השתכנעתי כי מקור ההערה היא תכסיסנות (על-ידי הוספת סכומים על ההצעה הכספית
28 ב"דלת האחורית"). משכך, נראה כי לאור הפערים בין שתי ההצעות, לא ניתן לטעון שמא
29 "הספק" הוא שהוביל לזכיית הצעת אקסייט. שאלת הקשר הסיבתי בין הפגם לבין התוצאה
30 הסופית, אינה זרה לדיני המכרזים. לדוגמא בעע"מ 10048/01 מנרב אחזקות בע"מ נ' מדינת
31 ישראל, פ"ד נו (3) 625 (2002), נדון מקרה, שבו נדרשו המציעים לנקוב בסכום שיקבלו בגין
32 הקמת אגף בכנסת ותחזוקתו במשך 25 שנה. הצעת המשיבה מס' 2 לא כללה אחד הרכיבים
33 שנדרשו וועדת המכרזים אפשרה למשיבה מס' 2, לתקן את הרכיב בהצעתה. שיקול אחד מיני
34 רבים שהצדיק דחיית הערעור הוא הנימוק:



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'
תיק חיצוני : עע"מ 8731/20

- 1 "מאיזך גיסא, מתברר, לפחות בדיעבד, שהן לפי הצעתה המקורית של המשיבה
2 והן לפי הצעתה המתוקנת, לא יכלה המערערת לזכות במכרז, הואיל והצעותיה
3 היו יקרות גם מההצעה המתוקנת. נמצא שאין קשר סיבתי בין תיקון הצעתה
4 של המשיבה 2 (במידה שניתן לתקנה – שאלה שנזון בה בסמוך) לבין אי-קבלת
5 הצעת המערערת".
6
7 **חמישית**, מרווח ההידברות נשלט כאמור על פי מורכבות המכרז ותנאי המכרז. כפי שהברתי
8 לעיל, תנאי המכרז הן אלה אשר פסלו מראש כל מסמך שאינו מתיישב עם הוראות המכרז,
9 והמציעים חזרו והתחייבו פעם אחר פעם כי כל סתירה בין ההצעה לבין תנאי המכרז, תנאי
10 המכרז הן אלה שייגברו. משמע, תנאי המכרז קבעו מראש, כי ההסתייגויות בטלות מראש
11 ומשכך איני רואה כי הנחות היסוד נתנו מרווח תמרון או התנו על תנאי המכרז, כפי שטענה
12 העותרת, שהרי המציע ידע כי אין שום ערך למסמך שמשנה את תנאי המכרז.
13
14 **ששית**, מדובר במכרז גמיש. מכרז גמיש מאפשר למזמין לנהל מו"מ עם המציע. מקום
15 שמדובר במכרז מורכב, המו"מ יכול להיות לא רק לגבי מחיר ההצעה בלבד, כי אם גם לגבי
16 תנאי ההצעה. מו"מ זה יכול לכלול הסרת פגמים שהיה בהם כדי לפסול את ההצעה. לעניין
17 זה ראו האמור בספרו הנ"ל של דקל בעמ' 159: "להבדיל מהמצב המשפטי המאפיין מכרז
18 רגיל, במכרז גמיש, הכולל שלב של משא ומתן, ראוי לאפשר למציעים המשתתפים משא
19 ומתן לתקן את הצעותיהם, גם אם מדובר בתיקון שאלמלא נעשה, היתה ההצעה נפסלת".
20
21 **שביעית**, אף העותרת ראתה בוועדת המכרזים כמוסמכת לאפשר למציע לתקן הצעתו או
22 לעדכנה, שכן העותרת עצמה פנתה לוועדת המכרזים ביום 26.08.2020, לאחר הגשת הצעתה,
23 בבקשה לשנות מהצעתה או לתקנה. נראה, כי העותרת מושתקת לטעון היום, כי אין אפשרות
24 לתקן את ההצעה לאחר הגשתה לאחר שהיא היא פנתה בבקשה לעשות כן.
25
26 **שמינית**, כפי שכבר נקבע לעיל, תאני המכרז יש לפרש "כמכלול" (ראו פסק הדין בעניין
27 **שידורי עדן הנ"ל**). פרשנות המסמך "הנחות היסוד" יחד עם תנאי ההצעה "כמכלול" מובילה
28 למסקנה כי אין בפניי ניסיון לשנות מתנאי המכרז או להתנות עליו או להשיג יתרון כלכלי, כי
29 אם בניסיון להבהיר את ההצעה. בנוסף, לא השתכנעתי כי מדובר בהצעה "תכסיסנית".
30 "תכסיסנות באה לידי ביטוי בהתנהגותו של מציע בקשר עם הליכי המכרז בדרך הפוגעת
31 ביחסי האמון בין הצדדים" (עניין **נתיבי תחבורה**, בסעיף 76), כאשר "תכסיסנות" מתגלית
32 כאשר נעשה ניסיון "להערים על בעל המכרז באורח בלתי נאות... על דרך הטעיה מחושבת
33 ומכוונת" (ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ פ"ד מ"ז(1), 667.
34 כאמור, בפרשנות ההצעה "כמכלול", לא השתכנעתי כי אקסייט ניסתה להשיג יתרון כלכלי,
35 או להטעות את המשיבה, או להתנות הצעתה בתנאים.



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 15068-11-20 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

טענת "החטא הקדמון":

1
2
3 .83 העותרת מעלה טענה, לפיה היה על ועדת המכרזים לפסול את הצעת אקסייט בשלב הראשון,
4 ולא היה מקום להביאה ל"משחק הגמר"- שלב פתיחת הצעות המחיר. טענה זו מבוססת על
5 הסברה, כי אילו היה נחשף מסמך הנחות היסוד בפני ועדת המכרזים, היתה זו פוסלת את
6 ההצעה. עוד מוסיפה העותרת, כי לאחר פתיחת הצעת אקסייט, מחיר ההצעה "סנוור את
7 עיניה" של ועדת המכרזים, עד כי לא יכלה לראות את הפגמים המהותיים שנפלו בהצעה.
8 טענה זו מבססת העותרת על דעת המיעוט (מפי כב' השופטת ד' ברק ארז) בעע"מ 7590/12
9 החברה הלאומית לדרכים בישראל נ' לינוס בע"מ ואח' (18.04.2013). באותו פסק דין נידון
10 מכרז רב שלבי הדומה למכרז מושא העתירה כאן, שכלל תנאי סף לגבי ניסיון ונפלה מחלוקת
11 לגבי פרשנות אותו תנאי. באותו פסק דין סברה דעת המיעוט, כי הפרשנות של ועדת המכרזים
12 שהטיבה עם הזוכה, מקורה ב"חטא הקדמון", זאת מאחר וועדת המכרזים קבעה כי הזוכה
13 עומד בתנאי הסף לאחר שנחשפה להצעת הזוכה.
14

15 .84 אני דוחה את טענת העותרת משלושה נימוקים: הראשון, טענתה של העותרת מבוססת על
16 דעת המיעוט ממנה הסתייגה דעת הרוב; שנית, בשונה מן המקרה שנדון בעניין לינוס, הרי
17 במקרה דנן נחשפה ועדת המכרזים לחלק מהנחות היסוד כבר בשלב הראשון והיא ביקשה מן
18 המציעה להסירו, וסביר להניח כי ועדת המכרזים היתה נוהגת באותו אופן אילו היתה נחשפת
19 למסמך במלואו; ושלישית, כפי שהובהר לעיל, אילו ועדת המכרזים היתה מגלה את המסמך
20 בשלבים ראשונים, רשאית היתה לבקש הבהרות או לבקש הסרתו ואילו היתה נוהגת כך, לא
21 היה בכך משום החלטה בלתי סבירה או כזו הפוגעת בעקרון השוויון.
22
23

בקשת העותרת לעיין במסמכים:

24
25
26 .85 העותרת ביקשה בעתירה כי תינתן לה זכות עיון מלאה בכל המסמכים מושא המכרז. חלק
27 מבקשתה התייתר, זאת לאור העובדה כי לאחר הגשת העתירה, ולנוכח החלטתי מיום
28 16.11.2020, ניתנה לשני הצדדים זכות עיון בהצעות שהוגשו. בטיעונים בפניי, העלה ב"כ
29 העותרת טענה נוספת, והיא כי הוא טרם עיין בפרוטוקול המכרז שמסכם את המו"מ בין
30 המשיבה לבין אקסייט, וכי הוא עומד על הסעד הזה בעתירה, מבלי לבקש לעיין במסמך לפני
31 הדיון בעתירה ומבלי להסביר מדוע המסמך דרוש לו כאשר הוא מבקש לטעון לעתירה במעמד
32 הדיון (ראו דברי ב"כ העותר בעמ' 1 לפרוטוקול: "אני מבהיר בזאת שאני טוען לקבלת
33 המסמך הנ"ל כסעד סופי. ככל ובית המשפט ייעתר לבקשתי ומרשתי תיחשף למסמך היא
34 תחליט כיצד לנהוג בו".
35



בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 20-11-15068 אפקון בניה בע"מ נ' רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ ואח'

תיק חיצוני: עע"מ 8731/20

1 זכות העיון במסמכי המכרז כוללת היא את הפרוטוקולים של ועדת המכרזים, ככל והמבקש
2 מראה טעם ענייני לבקשתו ובכפוף לאי פגיעה בפרטיותו של מאן דהוא או לאי חשיפת סוד
3 מקצועי או מסחרי (ראו דקל, עמ' 203-202). במכתב התשובה של המשיבה מיום 21.10.2020
4 נטען כי הפרוטוקול כולל סודות מסחריים. ככלל, עיון במסמכי המכרז, נועד לשם בדיקת
5 נכונות ההחלטות של ועדת המכרזים, ובמידת הצורך לשם הבאת טענות הצד הנפגע בפני
6 הערכאות. משהחליטה העותרת לטעון לגוף העתירה ולקבל פסק דין לפני קבלת המסמך
7 (לדוגמא במסגרת הליך של פרטים נוספים), ובאין הנמקה מדוע היא עומדת על קבלת המסמך
8 (ראו דברי ב"כ העותרת המצוטטים לעיל), ומקום שהמסמך עלול להכיל סודות מסחריים,
9 אני דוחה בקשתה העותרת לקבל פרוטוקול המו"מ המסכם בין המשיבה לבין אקסייט.

מסקנה:

13 87. לאור האמור לעיל, מצאתי כי ועדת המכרזים לא חרגה מסמכותה כאשר אפשרה לאקסייט
14 להסיר מסמך הנחות היסוד מהצעתה, ולא מצאתי כי ההחלטה מהווה פגיעה בעקרון השוויון
15 או חורגת מתנאי המכרז. לא מצאתי אפוא, כי נפל פגם בהחלטת ועדת המכרזים המצדיק
16 ביטול החלטתה. על כן, אין מקום לבטל החלטת ועדת המכרזים או להורות על החזרת העניין
17 לדיון נוסף בפניה.

18 לפיכך, דין העתירה לפסול הצעת אקסייט ולהכריז על העותרת כזוכה, או להשיב את העניין
19 לוועדת המכרזים, או להמציא מסמכים נוספים לעותרת – להידחות.

21 88. העותרת תשלם לכל אחת מן המשיבות הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך 50,000 ש.ו. הסכום
22 ישולם תוך 30 ימים מהיום, שאם לא כן יישא הסכום הפרשי הצמדה וריבית החל מהיום ועד
23 התשלום המלא בפועל.

27 ניתן היום, ו' טבת תשפ"א, 21 דצמבר 2020, בהעדר הצדדים.

נאסר ג'השאן, שופט