



## בבית המשפט העליון

עע"מ 1754/20 - א'

לפני: כבוד השופט ג' קרא

המבקשת: בינת תקשורת מחשבים בע"מ

נגד

המשיבות: 1. רשות שדות התעופה  
2. בזק בינלאומי בע"מ

בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בתל אביב-יפו בעת"מ 31861-02-20 שניתן ביום 21.2.2020  
על ידי כב' השופט ח' ברנר

בשם המבקשת: עו"ד תומר רייף; עו"ד תום אפלשטיין  
בשם המשיבה 1: עו"ד אסף שובינסקי; עו"ד אביאל פלינט  
בשם המשיבה 2: עו"ד אייל בליזובסקי

### החלטה

בקשה לסעד זמני עד הכרעה בערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט  
לעניינים מנהליים מחוזי תל אביב-יפו (כב' השופט ח' ברנר) בעת"מ 31861-02-20 מיום  
21.2.2020.

רקע

1. המבקשת, בינת תקשורת מחשבים בע"מ (להלן: בינת), והמשיבה 2, בזק  
בינלאומי בע"מ (להלן: בזק בינלאומי), היו שתי המציעות היחידות במכרז פומבי  
שפרסמה המשיבה 1, רשות שדות התעופה (להלן: הרשות) שעניינו "מתן שירותי  
אספקה, התקנה, תחזוקה ואינטגרציה של פתרונות תקשורת נתונים באתרי הרשות"  
(להלן: המכרז). ביום 26.1.2020 החליטה ועדת המכרזים לפסול את הצעתה של בינת,

משלא עמדה בתנאי הסף של המכרז, ולהכריז על הצעתה של בזק בינלאומי כהצעה הזוכה במכרז.

על החלטה זו הגישה בינת עתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מקומיים. העתירה נדחתה ובינת הגישה ערעור על פסק הדין לבית משפט זה וכך בכך הגישה את הבקשה שלפני.

2. בבקשתה, עתרה המשיבה ליתן צו ארעי האוסר על ביצוע כל פעולה לקידום או יישום או מימוש זכיית בזק בינלאומי במכרז הרשות, לרבות איסור חתימה על הסכם התקשרות בין הרשות לבין בזק בינלאומי בקשר למכרז, ואם כבר נחתם הסכם – על איסור ביצוע כל פעולה למימוש וקידום ההתקשרות עד להכרעה בערעור או עד להחלטה אחרת. בנוסף או לחילופין ביקשה בינת להורות על קיום דיון דחוף בערעור ומתן הוראות דיוניות שיאפשרו זאת. עוד ביקשה בינת להטיל על המשיבות הוצאות הבקשה, ככל ויתנגדו לה, לרבות שכ"ט ומע"מ.

3. ביום 5.3.2020 הוריתי על צו ארעי כמבוקש, בכפוף להפקדת ערבון והתחייבות עצמית, ועל הגשת תגובות מטעם המשיבות.

4. להשלמת התמונה יצוין כי מזה 19 שנה מספקת בינת את הציוד מושא המכרז לרשות וכי ההתקשרות במכרז היא לתקופה של 5 שנים עם אופציה להארכתה ב-4 שנים, על פי החלטת הרשות.

עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. בית המשפט עמד על תנאי הסף הקבוע בסעיף 6.1.3 למכרז, ולפיו נדרש כי המציע יהיה שותף עסקי מורשה מטעם חברת HPE ובעל הסמכה מסוימת שבה נקב הסעיף. עוד עמד בית המשפט על כך שהסמכתה זו של בינת, שהיתה ברשותה במשך שנים רבות, פקעה בסמוך למועד האחרון להגשת ההצעות למכרז. לכן, ביום 1.12.2019 פנתה בינת במכתב לרשות וביקשה לדחות את מועד הגשת ההצעות במכרז ולחילופין לאפשר לה להציג את ההסמכה במועד מאוחר למועד הגשת ההצעות, תוך שציינה כי אם לא כן לא תוכל להגיש הצעה למכרז אף כי מדובר במניעה טכנית זמנית בלבד.

ביום 2.12.2019 נדחתה בקשתה של בינת ויום לאחר מכן, במטרה למלא את דרישת הסף, רכשה בינת את מניותיה ופעילותה של חברת אבנט שירותי ענן בע"מ (להלן: אבנט), שהחזיקה בהסמכה הדרושה.

ביום 5.12.2019 הגישה בינת את הצעתה למכרז, ולאחר מכן הוחלפו תכתובות בין בינת לבין הרשות שעניינן בשאלה האם עמדה בינת בתנאי הסף והאם היא רשאית להסתמך על הסמכתה של אבנט. לבסוף החליטה ועדת המכרזים לפסול את הצעת בינת בנימוק המרכזי ולפיו אבנט נותרה בעלת ההסמכה ובינת לא עמדה בתנאי הסף של הסמכה תקפה על שמה שלה.

6. בית המשפט המחוזי קבע כי הרשות לא הקפידה על ניסוח תנאי הסף בסעיף 6.2.1.2 למכרז, סעיף שקבע על דרך ההפניה לחלק מסעיפי תנאי הסף, כי המציע יהיה רשאי להסתמך על ניסיון שנצבר על ידי צד שלישי, בתנאי שהמציע רכש או קיבל את פעילותו של הצד השלישי, בין היתר בדרך של עסקת נכסים/פעילות.

7. מסקנתו של בית המשפט, ולפיה סעיף 6.2.1.2 לא נועד להכשיר הסתמכות של המציע על הסמכה המצויה בידי צד שלישי התבססה על ניתוח הוראות המכרז ונספחיו; על תכלית החובה כי ההסמכה תהיה של המציע עצמו, והיא – שמירת אחריות היצרן לציוד, הניתנת כאשר שירותי תחזוקת הציוד מבוצעים על ידי שותף עסקי מורשה מטעם היצרן; ועל הרצון לשמור על טוהר הליכי המכרז, על מנת שלא לפגוע בעקרון השוויון בין מציעים. עוד קבע בית המשפט כי בכל הנוגע לדרישת המכרז כי המציע עצמו יהיה בעל ההסמכה, יחול הכלל כי כאשר תנאי המכרז שותקים – על תנאי הסף להתקיים במציעים עצמם ולא באורגנים או בשותפים שלהם.

8. במכתבה של בינת לוועדת המכרזים, שבו כתבה כי אם לא יוארך המועד להגשת ההצעות במכרז, כך שתוכל לחדש את ההסמכה, לא תוכל להשתתף במכרז, ראה בית המשפט ראייה לכך שהיא עצמה הבינה כי דרישת ההסמכה אינה יכולה להתקיים בצד שלישי.

כשל נוסף בניסוח המכרז מצא בית המשפט בכך שלא נוסחה הזיקה הנדרשת בין המציע לבין התאגיד שממנו רכש המציע את הפעילות.

9. משכך, ועל בסיס עקרון השוויון בין מציעים, תחרות הוגנת, וטוהר המידות קבע בית המשפט כי בצדק נפסלה הצעת המבקשת בגין אי עמידה בתנאי הסף של הסמכה מקצועית.

#### טענותיה של בינת

10. בכתב הערעור ביקשה בינת להורות על ביטול פסילת הצעתה, ביטול זכיית בזק בינלאומי, חידוש המכרז ובדיקת הצעתה לגופה. לחלופין ביקשה בינת להורות על ביטול המכרז בשל קביעותיו של בית המשפט המחוזי כי נפלו כשלים מהותיים בניסוח המכרז ולמען הזהירות משום שהרשות החזירה לידי בינת את מעטפת ההצעה הכספית המקורית. טענותיה בערעור מתמקדות בטענה כי משקבע בית המשפט כי נפלו טעויות בניסוח הסעיף המתיר למציעים להסתמך על תאגיד נרכש כדי למלא את תנאי ההסמכה, היה עליו לקבל את פרשנותה לתנאי המכרז ולבטל את פסילת הצעתה.

11. בכל הנוגע לבקשתה לסעד זמני, טענה בינת כי מאזן הנוחות נוטה לטובתה. לשיטתה, מדובר במכרז הדומה במהותו למכרז להקמת תשתית, שכן הזוכה בו נדרשת לספק לרשות ציוד תקשורת נתונים ומערכות שליטה ובקרה (חומרה, תוכנה ורישוי), להתקינו ולספק לו תמיכה ושירותים נוספים וכן לספק אחריות ותחזוקה למערכות שיירכשו ולציוד הקיים (סעיף 10 לבקשה). לפיכך, בהתאם להלכה הנוהגת ביחס למכרזי הקמה, יש מקום ליתן סעד זמני על מנת להימנע ממצב בלתי הפיך שייתר את הערעור.

12. עוד לשיטת בינת, אף כי אין מדובר במכרז הקמה קלאסי אלא במכרז לאספקת ציוד ומתן שירותים אולם הציוד אמור להיות מותקן במתקני הרשות, דבר הכרוך בהשקעת משאבים רבים, תוך הפעלת רישוי רלוונטי ולא יהיה פשוט לפרקו ולהחזיר ציוד שכבר הוטמע ולכן דומה המכרז במידה רבה למכרז הקמת תשתית מבחינת הרציונל הנוגע למאזן הנוחות. בינת הוסיפה וטענה כי אי מתן סעד זמני עד להכרעה בערעור יגרום לנזק בלתי הפיך לכל הנוגעים בדבר.

13. באשר לסיכויי הערעור, אלו, לגישת בינת, גבוהים ביותר. שכן, משעה שקבע בית המשפט המחוזי כי נפלה טעות בניסוח המכרז, היה עליו לקבוע כי פרשנותה שלה ביחס לתנאי הסף, ולפיה היא רשאית להסתמך על הסמכת התאגיד הנרכש, היא הפרשנות האפשרית היחידה, ולכל היותר היא פרשנות סבירה ויש להעדיפה. למעשה, כך לטענתה, בית המשפט שגה משקבע כי תנאי המכרז שותקים ביחס לאפשרות ההסתמכות על צד שלישי שאינו המציע כדי לעמוד בדרישת ההסמכה ובכך שלא יישם נכונה את ההלכה

בנוגע לפרשנות תנאי, ובין היתר, כי יש להעדיף פרשנות המקיימת את ההצעות, כאשר ניתן לפרש את תנאי המכרז באופנים שונים שמידת סבירותם שווה. עוד טענה בינת כי סעיף 6.2.1.2 כלל אינו מחייב כי פעילות התאגיד הנרכש תוטמע אצל המציעה.

בנוסף העלתה בינת שורה של טענות התוקפות את הבסיס העובדתי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי באשר לכוונת הרשות שלא לאפשר הסתמכות על הסמכה הקיימת בידי תאגיד נרכש ולאופן ההבנה של בינת בזמן אמת את דרישת ההסמכה, וטענה כי פרשנותה שלה היא הפרשנות האפשרית היחידה, ולכל היותר היא פרשנות סבירה ולא היתה כל הצדקה לפסילת הצעתה.

14. בהתייחסה לסעד החלופי שביקשה, פסילת המכרז, טענה בינת כי ככל שבית משפט זה יסבור כי יש להורות על פסילת המכרז, הרי שניתן יהיה לפרסם מכרז חדש ולקיימו בפרק זמן קצר יחסית וללא השקעת משאבים משמעותית.

עמדת המשיבות

15. המשיבות, שהגישו תגובות נפרדות, הציגו עמדה זהה וביקשו לדחות הבקשה ולחייב את המבקשת בתשלום שכ"ט והוצאות משפט.

16. נטען כי מאזן הנוחות נוטה במובהק לדחיית הבקשה, שכן אין מדובר ברכישה והתקנה חד פעמית, אלא במכרז למתן שירותי תחזוקה ואספקת ציוד למערכות התקשורת של הרשות, שניתן להפקיע את הזכייה בו בכל עת; כי למעשה הזוכה מתחייב לתפעל את הציוד הנוכחי של הרשות ולספק ציוד נוסף לפי דרישה, והראייה לכך היא החפיפה הנדרשת בין ספק השירותים הנוכחי לספק החדש; כי מתן צו ביניים משמעו כי בינת, ספקית השירותים הנוכחית, תמשיך לספקם בתקופת הביניים ולהשתכר בהיקף כספי ניכר ללא כל זכות שבדין, על חשבון בזק בינלאומי שזכתה במכרז, דבר המנוגד להלכה הפסוקה; כי אין לבינת כל טענה בדבר כשרות הצעת בזק בינלאומי והסעד העיקרי שהיא דורשת הוא השבת הדיון לוועדת המכרזים ודיון בבקשתה לגופה, ואין כל וודאות כי הדבר יוביל לזכיית בינת במכרז; וכן כי לבינת לא ייגרם כל נזק בלתי הפיך בשל אי מתן הצו המבוקש.

17. עוד נטען כי סיכויי הערעור נמוכים ביותר, שכן ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית והביקורת הערעורית על פסק הדין צרה; פסק הדין שניתן, מנומק ונסמך על עקרונות דיני המכרזים ועל ההלכה הפסוקה ובינת לא

העלתה כל טענה לקיומה של טעות משפטית בפסק הדין. בנוסף נטען כי בערעור מעלה בינת טענות עובדתיות חדשות ודינן של אלו להימחק.

18. בנוסף, מתשובתה של בזק בינלאומי עולה כי לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי וכיטול צו הארעי שהוצא כהליך שם, נחתם החוזה מושא הערעור על ידי הרשות, בזק בינלאומי הנפיקה ערבות ביצוע להבטחת התחייבויותיה ו"פנתה להתחיל להיערך לקיום התחייבויותיה לפי החוזה" וערכה מספר שיחות ופגישות עבודה בין נציגיה לבין נציגי הרשות, וכעת נותר להמשיך בהיערכות ולבצע את החפיפה מול בינת, בהיותה ספקית השירותים הנוכחית.

דיון והכרעה

19. לאחר שעיינתי בבקשה, בתשובות לה ובתגובת המבקשת להן, שהוגשה ברשות בית משפט זה, על צרופותיהן, ובפסק דינו של בית המשפט המחוזי, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות.

כידוע, הכלל הוא כי מי שזכה בפסק דין זכאי למימוש זכייתו בסמוך למועד מתן פסק הדין וסעד זמני לתקופת הערעור יינתן במקרים חריגים בלבד (ע"מ 2738/19 תוסף קומפאונדס בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (7.7.2019)). המבקש סעד זמני לתקופת הערעור נדרש להצביע על סיכויי ערעור טובים ועל מאזן הנוחות הנוטה במובהק לטובתו, במובן זה שאם תידחה הבקשה ובהמשך יתקבל הערעור, לא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו (ע"מ 5073/19 אבינרי נ' רשות מקרקעי ישראל (11.8.2019)). צמד שיקולים זה מקיים יחס של 'מקבילית כוחות', כך שככל שמאזן הנוחות נוטה כלפי המבקש, פוחת נטל השכנוע, ולהיפך. יחד עם זאת, מרכז הכובד מצוי בשיקול מאזן הנוחות (ע"מ 4560/19 אורוז שירותים בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל (12.9.2019)); ע"מ 9897/17 א.ש. אלפא נכסים בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל חיפה (11.1.2018).

20. בענייננו, מאזן הנוחות מטה את הכף לעבר דחיית הבקשה.

כידוע, כאשר מדובר במכרזים לאספקת שירותים, להבדיל ממכרזי הקמה הנטייה היא להימנע ממתן צו זמני לעיכוב ביצוע, שכן על פי רוב קבלת הערעור אינה גורמת לנזק בלתי הפיך (ע"מ 8010/18 חברת איחוד המובילים חברה להובלות בע"מ נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 7 והפסיקה המצוטטת שם (להלן: עניין איחוד המובילים)

(29.11.2018); עע"מ 1873/12 אסום חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (14.3.2012)).

21. טענתה של בינת כי מבחינת אופיו ומהותו דומה המכרז המדובר למכרז הקמת תשתית וכי השבת המצב לקדמותו, אם לא יינתן הסעד הזמני המבוקש, תהא בלתי אפשרית או שתעלה קושי ממשי, ולכן יש להחיל על העניין את הכלל הנקוט בפסיקת בית משפט זה ולפיו במכרזי תשתית נוטה מאזן הנוחות לטובת המבקש וגוברת הנטייה ליתן עיכוב ביצוע או סעד זמני – אינה משכנעת. מהפירוט המצוי במכרז עצמו עולה כי מדובר במכרז שעניינו מתן שירותים ואספקת ציוד לרשות וכי הזוכה במכרז יצטרך לעבור תקופת חפיפה עם נותן השירות ערב המכרז, הלא היא בינת. הדברים פורטו בהרחבה בתשובת הרשות ובתשובת בזק בינלאומי, ומקובלת עלי טענת המשיבות כי המכרז הינו מכרז אספקה ומתן שירותי תחזוקה למערכות תקשורת כי החלפת הספק אינה מעלה קושי ואינה מחייבת החלפת כל ציוד תקשורת הנתונים המצוי ברשות. יתרה מכך, הדבר עולה אף מבקשתה של בינת, אשר לביסוס טענתה כי הרשות לא תיפגע "כהוא זה" מעיכוב קצר ביישום המכרז, ציינה כי אין המדובר בהקמת מערכת דחופה אלא ברכש והתקנה הדרגתית של ציוד על פני שנים ושירותים נלווים וכי הרשות עובדת כיום עם הציוד הקיים (סעיף 178 לבקשה). מה גם שתקופת מתן השירותים לפי המכרז ממושכת מאוד ובינת תוכל להיכנס בנעליה של בזק בינלאומי, ולהיפרע על תקופת הביניים. משאלו פני הדברים, הרי שבינת לא הרימה את הנטל להראות כי אם אכן יתקבל ערעור, לא ניתן יהא להשיב את המצב לקדמותו.

22. עוד יש לציין כי מתן הסעד הזמני המבוקש יאפשר לבינת, כמי שסיפקה את השירותים לרשות לפני המכרז האמור, להמשיך ולספקם ללא זכות קנויה, דבר זה יוצר לספק שירותים קיים תמריץ שאינו ראוי לעידוד לערער על פסק הדין כדי ליהנות מתקופת הביניים, עד לשמיעתו של הערעור (עע"מ 978/19 מוריה שירותי ניקיון אחזקה ושמירה בע"מ נ' שירותי בריאות כללית (27.2.2019); עניין איחוד המובילים) ובנסיבות העניין אין כל טעם משכנע מדוע דווקא היא תמשיך לספק את השירותים בתקופת הביניים. מה גם שטענותיה של בינת אינן מכוונות, בעיקרן, לביטול המכרז אלא לבחינת הצעתה בגדרו, ואין זה ידוע מי תהיה הזוכה. דבר זה אף הוא מטה את הכף לעבר דחיית הבקשה (עע"מ 9307/08 דפוס בארי – שותפות מוגבלת נ' משרד הפנים (2.12.2008)).

23. באשר לסיכויי הערעור, לא השתכנעתי כי הם גבוהים במידה המטה את הכף לעבר קבלת הבקשה, חרף נטיית מאזן הנוחות.

24. אשר על כן אני דוחה את הבקשה ומורה על ביטול הצו הארעי שניתן בהחלטתי  
מיום 5.3.2020.

ניתנה היום, ה' בניסן התש"ף (30.3.2020).

ש ו פ ט