



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"מ 8382/19

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט י' אלרון

המערערת :

מ.ג.ע.ר בע"מ

נ ג ד

המשיבות :

1. מועצה מקומית קציר-חריש
2. מיתר שחרותים מוניציפאליים בע"מ
3. מילגם בע"מ (פורמלית)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
חיפה מיום 07.12.2019 בתיק עת"מ 37298-09-19 (כב'
השופטת ב' טאובר)

תאריך הישיבה :

ו' בתמוז התש"ף (28.06.2020)

בשם המערערת :

עו"ד עודד מהצרי ; עו"ד אורן אביטל

בשם המשיבה 1 :

עו"ד ליאור דורות

בשם המשיבה 2 :

עו"ד חן אביטן ; עו"ד יוסי עטון

פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת ב' טאובר) בעת"מ 37298-09-19 שניתן בתאריך 07.12.2019, במסגרתו נדחתה עתירת המערערת לגבי תוצאות מכרז למתן שירותי גבייה, שפורסם על ידי המשיבה 1.

להלן אביא את הנתונים הנדרשים לעניין.

רקע עובדתי

2. בחודש ינואר 2019 פירסמה המשיבה 1 את המכרז נשוא הערעור (להלן: המכרז). בתאריך 19.03.2019, לאחר בחינת ההצעות שהוגשו למכרז, ועדת המכרזים הכריזה כי הזוכה במכרז היא המשיבה 2, שקיבלה את הניקוד היחסי הגבוה ביותר במסגרת המכרז.

3. המערערת פנתה לוועדת המכרזים ופרטה את טענותיה באשר לפגמים, אשר נפלו, לטענתה, במכרז, ולאחר מכן, בתאריך 28.05.2019, הגישה המערערת עתירה מנהלית שנמחקה, שכן במסגרתה הודיעה המשיבה 1 על כוונת וועדת המכרזים של המשיבה 1 (להלן: ועדת המכרזים, או הוועדה) לדון בטענות המערערת ביחס למכרז (ראו: עת"מ 63485-05-19). לאחר שוועדת המכרזים לא שעתה לטענותיה, הגישה המערערת עתירה נוספת לבית המשפט המחוזי הנכבד בחיפה כשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. על פסק הדין שניתן במסגרת עתירה זו הוגש הערעור דנן.

4. ערעורה של המערערת מתמקד בהשגה שלה באשר לאופן בו יש לחשב את הניקוד בגין המרכיב הכספי במכרז, המהווה 60% משקלול ההצעות (להלן: נוסחת הניקוד). לשיטת המערערת, נוסחת הניקוד והאופן בו חושב המרכיב הכספי במכרז בוצעו על ידי ועדת המכרזים באופן שגוי, ובניגוד להוראות המכרז.

לשם השלמת התמונה, יצוין כי המציעים התבקשו לציין בהצעת המחיר אחוזי הנחה (מתוך המחיר המרבי הקבוע במסמכי המכרז) עבור שני מרכיבים: "המרכיב החודשי הקבוע" ו-"המרכיב האופציונלי". בעקבות שאלות הבהרה, שהעלתה המערערת, הבהירה הוועדה כי בקביעת שיעור ההנחה, יש לשקלל את המרכיבים הללו, כך שלמרכיב הקבוע יינתן משקל של 60% ולמרכיב האופציונלי משקל של 40%.

המשיבה 2 הציעה בשני המרכיבים הנחה בשיעור 35%. המערערת לעומת זאת, הציעה שיעור הנחה של 22% במרכיב הקבוע ושיעור הנחה של 18% במרכיב האופציונלי.

5. לגישתה של המערערת, על ועדת המכרזים היה לחשב את המרכיב הכספי, כך שנוסחת הניקוד תהיה על בסיס סכום ההצעה (שמתקבל בהכפלה של המחיר המרבי

בשיעור ההנחה שהציע המציע), ובשקלול המרכיב הקבוע והאופציונלי על פי הנוסחה לעיל. לשיטתה, הוועדה לא עשתה כן, והציבה בנוסחת הניקוד את שיעורי ההנחה (וזאת באופן שגוי על ידי החלפת המונה במכנה) כך שהניקוד שהתקבל בהצעת המערערת ביחס למרכיב הכספי היה נמוך ב-11.42 נקודות מהניקוד שהיה מתקבל לו החישוב היה נעשה בהתאם לטענותיה.

6. המשיבה 1, מועצה מקומית קציר-חריש, ביקשה לדחות את הערעור מן הטעם שאופן חישוב נוסחת הניקוד במכרז היה ברור, ואף הוסבר למשתתפים בשלבים מוקדמים של ההליך, לבקשת המערערת. המשיבה 1 סבורה כי היא פעלה בהתאם להוראות מסמכי המכרז, כשלשיטתה, המערערת מבקשת "לקושש" נקודות באמצעות העלאת פרשנויות שונות לאופן החישוב הראוי – פרשנויות שנדחו במסגרת ההליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי הנכבד.

7. המשיבה 2, חברת מיתר שירותים מוניציפליים בע"מ, שזכתה במכרז דנן, סבורה אף היא שדין הערעור להידחות משורה של טעמים:

ראשית, לשיטתה, אימוץ הפרשנות המוצעת על ידי המערערת לא תשנה לעניין זהות הזוכה במכרז, שכן גם אם יתווספו למערערת כ-11 נקודות, עדיין יותר פער בין הצעת המערערת לבין ההצעה הזוכה (קרי, הצעתה של המשיבה 2). משכך, הערעור עיוני ודינו להידחות, ובהקשר זה אף מועלות טענות סף כנגד המערערת.

שנית, ולגופן של הטענות, המשיבה 2 גורסת כי נוסחת הניקוד חושבה על בסיס שיעור ההנחה, כנדרש בהוראות המכרז, ולא על בסיס סכום, וזאת, בין היתר, נוכח מאפייניה הייחודיים של חריש והגידול הטבעי המואץ של הרשות המקומית בה מדובר.

8. טענתה המרכזית של המערערת בערעור דכאן הועלתה על ידה גם במסגרת ההליך שהתנהל בבית המשפט קמא הנכבד. בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים, הוא בחן את טענות המערערת לעניין נוסחת הניקוד, ונקבע שהפרשנות שהמערערת מייחסת לאופן קביעת המרכיב הכספי במכרז איננה הפרשנות הנכונה, משום שזו איננה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הוראות המכרז – ובפרט עם הוראת סעיף 8.1 למכרז, לפיה על המציע למלא בהצעת המחיר שלו את שיעור ההנחה המוצע על ידו לשירותים הנדרשים בהצעת המחיר. המערערת חולקת על קביעות אלו, כשלשיטתה, אין בפרשנות זו של תנאי המכרז כדי להצדיק את החריגה מיתר הוראות המכרז, אשר, לגישתה, עולות בקנה אחד עם טענותיה. המערערת אף סבורה כי פסיקת בית המשפט המחוזי הנכבד ביחס לאופן חישוב המרכיב הכספי מכשירה בדיעבד את שינוי הוראות המכרז על ידי המשיבה 1, מה שאיננו מותר על פי דין.

9. לאחר שהצגנו את עיקרי ההתפתחויות והטענות נעבור עתה לליבון הדברים. נקדים ונאמר, כי לאחר שעיינו במכלול החומר שבפנינו ושמענו את טיעוני באי-כוח הצדדים, הגענו לכלל מסקנה כי יש מקום לקבל חלקית את ערעור המערערת, בכפוף להוראות הסעד, המפורטות בפיסקאות 14-17 להלן. נפרט נימוקי מסקנתנו זו מיד בסמוך.

10. כידוע, ביסודם של דיני המכרזים עומדים שני עקרונות יסודיים: עיקרון השוויון, שעניינו לוודא כי כלל המציעים נהנים מתנאים שווים בהתמודדות במכרז. כלל זה מתחייב לא רק מחובותיה הכלליות של הרשות המינהלית לנהוג בשוויון, אלא הוא גם ערובה לשמירה על טוהר המידות ומניעת אפשרות של שחיתות, כך שלכל המציעים תינתן הזדמנות שווה לזכות במכרז הציבורי. העיקרון השני הינו עיקרון היעילות, שעניינו לוודא השגה של יעילות וחסכון בכספי ציבור, כך שבסופו של דבר תקבל הרשות הציבורית את הצעת המחיר הטובה ביותר, מה שיאפשר לה להשתמש בכספי הציבור שבניהולה ביעילות (ראו: עע"מ 5511/13 א.נ.א חשמל בע"מ נ' חברת נמל אשדוד (16.06.2014); עע"מ 7230/19 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' בן ארי תל רם פרוייקטים בע"מ פסקה 2 לפסק דינו של חברי, השופט י' אלרון (26.05.2020). (להלן: עניין תל רם)).

11. לא אחת נקבע כי עיקרון השוויון הינו "מנשמת אפו של המכרז הציבורי" וכי לא בנקל יכשיר בית המשפט פגם במכרז, שיש בו כדי לפגוע בעיקרון השוויון (עניין תל רם, פסקה 22 לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז). בשל כך, נקבע כי על רשויות המפרסמות מסמכי מכרז לוודא כי מסמכי המכרז מנוסחים כך שיציגו את תנאי המכרז, באופן בהיר ונהיר שאיננו מותיר כר ל"פרשנות יצירתית" (עע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר- מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ פסק דינו של השופט א' רובינשטיין (כתוארו אז) (27.02.2006)). ממילא, יש לבחון את תנאי המכרז כפי שהם נוסחו במסמכי המכרז, וככלל לא יתאפשר לעורך המכרז ליתן "פירוש יצירתי" בדיעבד לתנאים אלה, מה שעלול לגרום לזכייתו של פלוני במקום אלמוני. הדבר אמור במשנה תוקף לעניין נוסחה לחישוב ניקוד הזוכים במכרז, שהיא בבחינת "נשמת אפם" של תנאי המכרז.

יובהר כי אין בדברינו אלו, כדי לגרוע מהעיקרון הקבוע בשיטתנו המשפטית כי פרשנותם של מסמכי המכרז תיעשה, ככל מסמך משפטי אחר, על פי תורת הפרשנות

התכליתית. ואולם, על פי תורה זו, הרי שמבין המשמעויות שיש להן עיגון בלשון המכרז, יש לבחור באפשרות המגשימה באופן המיטבי ביותר: את מטרות המכרז, את האינטרס הציבורי שהמכרז נועד להגשים ואת מטרות דיני המכרזים (עע"מ 5399/14 מור חברה לשיווק מוצרי בניה (1992) בע"מ נ' א.פ. פורמייקה סנטר (1998) בע"מ פס' 19 לפסק דיני והאסמכתאות שם (24.01.2016) להלן: עניין מור). ברי כי לא ניתן באמצעות פרשנות תכליתית לשנות את תנאי המכרז בפרשנות שאין לה אחיזה לשונית בתנאי המכרז.

מן הכלל אל הפרט

12. בענייננו, לשונו של סעיף 10.3 למסמכי המכרז ברורה והיא קובעת כך:

"מציע אשר עומד בכל תנאי הסף שהציע את המחיר הנמוך ביותר יקבל את מירב הנק' לפרמטר זה, קרי 60. כל שאר ההצעות ינוקדו ביחס להצעה הזולה זו כדלקמן:

ניקוד הצעת המחיר יעשה בהתאם לנוסחה הבאה:

$$\text{ניקוד} = \frac{\text{הצעה} - \text{הצעה הנמוכה ביותר}}{\text{הצעה} - \text{הצעה הנמוכה ביותר}} \times 100\%$$

"

פרשנותה של המערערת, כי בנוסחה יש להציב את ההצעות הכספיות, כך שבמונה תוצב ההצעה הנמוכה ביותר (שהינה מחיר הבסיס לאחר שיעור ההנחה שהוצע בה) ואילו במכנה תוצב ההצעה הנבחנת מולה (גם היא על פי מחיר הבסיס לאחר שיעור ההנחה שהוצע בה), מתיישבת מבחינה לשונית ותואמת לנוסחה המפורטת. לעומת זאת, פרשנות המשיבות, שיש להציב בנוסחה את שיעורי ההנחה שהוצעו על ידי הצדדים, אינה מתיישבת כלל, שכן הצבת שיעורי ההנחה בנוסחה מובילה לתוצאה אבסורדית שבה ההצעה היקרה יותר מקבלת ניקוד גבוה יותר מאשר ההצעה הנמוכה. טענת המשיבות כי יש "להפוך את המונה והמכנה" בנוסחה, וכי מדובר "בטעות סופר" – איננה יכולה להתקבל, שכן אין מדובר בטעות ברורה מאלוה, בספרה או בסימן אריתמטי, אלא מדובר בשינוי הנוסחה מהקצה אל הקצה (השוו להגדרת טעות סופר לעניין הצעות המכרז: עע"מ 11572/05 טלדור מערכות מחשבים 1986 בע"מ נ' אימג'סטור מערכות בע"מ (19.06.2006)).

13. יתרה מזו, פרשנות המערערת לא זו בלבד שהיא מתיישבת עם לשונו של הסעיף מבלי צורך לשנותו, אלא שהיא גם מתיישבת עם תכליתה של נוסחת השקלול במכרז, שהינה לאזן בין רכיב המחיר לבין רכיב האיכות, כך שיתכן שבמכרז יזכה מציע שהצעתו

אמנם גבוהה במעט מהצעות אחרות, אך הינה איכותית יותר מהן באופן משמעותי. כפי שיובהר על ידי הדוגמאות הבאות:

טלו למשל את שלושת המקרים הבאים:

- (א) במקרה הראשון (דוגמה אותה הציגה המערערת) ההצעה הזולה ביותר מציעה הנחה של 2% ואילו ההצעה האחרת מציעה הנחה של 1%.
- (ב) במקרה השני ההצעה הזולה ביותר הינה בהנחה של 10% והאחרת 11%.
- (ג) במקרה השלישי ההצעה הזולה ביותר הינה בהנחה של 50% והאחרת 51%.

נניח גם כי בכל ההצעות, ההצעה היקרה יותר הינה בעלת דירוג איכות גבוה מדירוג האיכות של ההצעה הזולה ביותר.

ברי כי בכל המקרים שפורטו לעיל, החיסכון לקופת הרשות זהה – דהיינו 1% מעלות השירות לפני ההנחה. ממילא, כאשר הרשות משקללת את החיסכון הכספי מול התועלת שבשירות איכותי יותר, הרי שתוצאת השקלול אמורה להיות דומה בכל המקרים, ועל כן יש לצפות כי הניקוד שיינתן ברכיב המחיר בכל המקרים יהיה לכל הפחות קרוב.

ואכן, על פי פרשנותה של המערערת, הרי שהניקוד שתקבל ההצעה היקרה יותר יהיה: 59.39, 59.33 ו-58.8 בהתאמה, ניקוד קרוב זה לזה באופן יחסי. לעומת זאת, לפי פרשנות המשיבות, הניקוד יהיה: 30, 54 ו-57, פערים גבוהים מאוד, וזאת על אף שהחיסכון הכספי זהה בכל ההצעות.

ער אני לקושי שהעלה בית המשפט המחוזי הנכבד, בכך שעל פי פרשנותה של המערערת מוצב בנוסחה המחיר הסופי של ההצעה, בעוד שהצעת המחיר נדרשת (על פי סעיף 8 למסמכי המכרז) להיות נקובה באחוזי הנחה. אולם, מעבר לכך שקושי לשוני זה קטן בהרבה מן הקושי הלשוני בעמדת המשיבות, הרי שניתן לפתור קושי זה בהצבתו בנוסחה של המחיר לאחר הפחתת אחוזי ההנחה, כך שבענייננו במונה יופיע 65 ובמכנה 78 או 82 בהתאמה לשני חלקי ההצעה. תוצאה זו קרובה מאוד לתוצאת החישוב על פי פרשנותה של המערערת, ומכיוון שהצדדים לא טענו בעניין זה אינני רואה צורך להרחיב בכך.

14. לאור מסקנתנו שלעיל, הרי שהיה זה מן הראוי לקבוע, כדרישתה של המערערת, כי חישובה באשר למרכיב הכספי בנוסחת הניקוד הינו החישוב הנכון וכי יש להחזיר את העניין לוועדת המכרזים כדי לקבוע את הזוכה במכרז. ואולם, בהתחשב בכך שהמכרז כבר יצא בפועל לדרך, בהתארגנות הנחוצה להחלפה בין זוכים, ובשים לב לחלוף הזמן, לאפשרות הטבועה במכרז ממילא שלא להאריך את ההתקשרות ולפגמים נטענים שנפלו בהצעת המערערת ובהתנהלותה, הרי שמתן צו זה יפגע באופן בלתי מידתי בעיקרון היעילות, שאף הוא, כפי שראינו לעיל, אחד מעקרונות דיני המכרזים.

15. על כן, חלף התרופה המבוקשת ע"י המערערת – הגענו למסקנה כי הסעד הראוי במכלול הינו, בדומה להצעה שהעלינו בפני הצדדים במהלך הדיון ולא הסתייעה בהסכמה, כי המכרז יופסק כעבור תקופה ולא יוארך וכי המשיבה 1 תפרסם בהקדם מכרז חדש בלוחות זמנים שיפורטו בפיסקה 16 שלהלן, בגדרו יופקו הליקויים שליוו מכרז זה (השוו לעניין מור, בו ננקט פתרון דומה).

16. נוכח האמור לעיל – הערעור מתקבל בזאת באופן חלקי, כך שפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד יבוטל וחלף זאת יקבע כי:

(א) תוקף המכרז הקיים יסתיים ב-31.12.2021 (בניגוד לסימום המתוכנן בתאריך 15.04.2022) והמשיבה 1 לא תוכל להפעיל את האופציה להארכתו.

(ב) עד לתאריך 31.12.2020 – המשיבה 1 תפרסם מכרז חדש, ברור ונהיר שיבטא הפקת לקחים מהשגיאות והטעויות שנפלו בתנאי המכרז הנוכחי.

(ג) וועדת המכרזים והמשיבה 1 יפרסמו את זהות הזוכה במכרז החדש עד לתאריך 30.04.2021, כך שהזוכה יוכל להתחיל בהיערכות להפעלת השירותים במועד סיום המכרז, כפי שנקבע בס"ק א) שלעיל, ואף יותר זמן, במידת הצורך, להשגות ולניהול הליכים משפטיים כנגד תוצאות המכרז החדש.

17. המשיבה 1 תישא בהוצאות המערערת בשתי הערכאות – בסכום של 40,000 ש"ח, והמשיבה 2 תישא בהוצאות המערערת בשתי הערכאות – בסכום של 20,000 ש"ח.

המשנה לנשיאה

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט ח' מלצר.

ניתן היום, י"א באלול התש"ף (31.08.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה