



בבית המשפט העליון

עע"ם 6366/20

עע"ם 7385/20

כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

לפני :

המערערת בעע"ם 6366/20 : קונטאל אוטומציה ובקרה בע"מ

נ ג ד

המשיבות בעע"ם 6366/20 : 1. אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ
2. חברת החשמל לישראל בע"מ

המערערת בעע"ם 7385/20 : חברת החשמל לישראל בע"מ

נ ג ד

המשיבות בעע"ם 7385/20 : 1. אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ
2. קונטאל אוטומציה ובקרה בע"מ
3. מוטורולה סולושנס ישראל בע"מ
4. סימנס ישראל בע"מ

ערעורים על פסקי דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום 10.8.2020
בעת"ם 73536-06-20 ומיום 10.10.2020 בעת"ם 29740-
09-20 שניתנו על-ידי כבוד השופטת ר' למלשטריך-לטר

כ"ה בניסן התשפ"א (7.4.2021)

תאריך הישיבה :

בשם המערערת

בעע"ם 6366/20

והמשיבה 2

בעע"ם 7385/20 :

עו"ד אלון רון, עו"ד אילת לשם,
עו"ד רותם פיטרמן-גינגולד

בשם המשיבה 1

בעע"ם 6366/20

ובעע"ם 7385/20 :

עו"ד אייל בליזובסקי

בשם המשיבה 2
 בעע"ם 6366/20
 והמערערת
 בעע"ם 7385/20 :
 עו"ד ליאור מימון, עו"ד ערן חנגלי

פסק-דין

השופטת ד' ברק ארז:

1. חברה ממשלתית פרסמה מכרז דו-שלבי מקיף ועתיר תקציב, שלו היבטים חשובים של אבטחת מידע. האם ההחלטות שקיבלה ועדת המכרזים בעניין זה תאמו את תנאי המכרז ואת חובותיה על-פי הדין? זו השאלה העומדת במרכז שני הערעורים שבפנינו, אשר נסכים על החלטותיה של ועדת המכרזים בשני שלבים שונים.

2. באופן יותר ספציפי, ההליך נסב על מכרז שפרסמה חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: חברת החשמל) והשתתפו בו, בין השאר, חברת קונטאל אוטומציה ובקרה בע"מ (להלן: קונטאל) וחברת אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ (להלן: אפקון), הן שתי המתדיינות הנוספות שבפנינו.

3. הערעור הראשון (עע"ם 6366/20) נסב על ההחלטה המקורית שקיבלה חברת החשמל – להכריז על זכייתה של קונטאל במכרז. אפקון הגישה עתירה על החלטה זו לבית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים. בית המשפט המחוזי קיבל את העתירה והורה בפסק דינו מיום 10.8.2020 על ביטול ההחלטה שהתקבלה והחזרת הדיון לוועדת המכרזים (עת"ם 73536-06-20, השופטת ר' למלשטריך-לטור). קונטאל מערערת על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי לא עמדה בתנאי הסף של המכרז, ובכך עוסק הערעור הראשון. המשיבות בערעור זה הן אפקון, שהצעתה דורגה שנייה, וחברת החשמל, התומכת בקבלת הערעור.

4. הערעור השני (עע"ם 7385/20) נסב על ההחלטה הערכנית שקיבלה ועדת המכרזים בעקבות הדיון הנוסף שערכה בהתאם לפסק דינו של בית המשפט המחוזי – בגדרה הוחלט לבטל את המכרז ולערוך תחתיו "הליך תחרותי". אפקון הגישה עתירה אף על החלטה זו לבית המשפט המחוזי, והיא נדונה בפני אותו מותב. בפסק הדין הנוסף שנתן ביום 10.10.2020, בית המשפט המחוזי קבע כי החלטה זו אינה סבירה, וכי חברת החשמל חייבת לנהל משא ומתן עם המציעות שנותרו כמתמודדות במכרז על מנת לבחון את האפשרות שיוזילו את הצעותיהן, קודם שיוחלט באשר לגורלו של המכרז. חברת החשמל מערערת על קביעה זו, ובכך עוסק הערעור השני. המשיבות בערעור זה הן

אפקון, קונטאל ושתי חברות נוספות שהתמודדו במכרז – מוטורולה סולושנס בע"מ וסימנס ישראל בע"מ. לטענת חברת החשמל, ביטול המכרז נעשה כדין ועל כן יש להתיר לה להמשיך בהליך התחרותי שניהלה חלף המכרז. בעמדה זו תומכת, לחלופין, קונטאל (ככל שלא יתקבל הערעור הראשון שהגישה).

תמצית העובדות וההליכים עד כה

5. ביום 11.9.2019 פרסמה חברת החשמל מכרז פומבי שעניינו "תכנון, פיתוח, אינטגרציה, הטמעה, בדיקות והכנסה לניצול של מערכת לניהול מערך התקשרות ליחידות הקצה, לשליטה ובקרה על רשת המתח הגבוה ACS" (להלן: המכרז). המכרז וההתקשרות שעליה הוא נסב עוסקים בנושאים טכניים מורכבים. בהתאם לכך, אף מסמכי המכרז הם מפורטים וכוללים מונחים מקצועיים רבים. התיאור להלן יעסוק אפוא במקצת הוראות המכרז, תוך התמקדות רק באלו שנוגעות לסוגיות השנויות במחלוקת בין הצדדים.

6. הפרויקט שעליו נסב המכרז עושה שימוש במוצר המכונה SCADA שמשמש כמערכת לניהול יחידות קצה המותקנות בפריסה ארצית על גבי רשת המתח הגבוה (רשת החלוקה). מערכת זו נועדה להחליף מערכת קיימת המכונה CS אשר מאז הפעלתה בשנת 2009 אפקון היא זו שמספקת לה שירותי תמיכה ותחזוקה. מערכת ה-SCADA נחשבת ל"תשתית מדינה קריטית" (תמ"ק), ובהתאם לכך, הפרויקט כפוף להנחיות מערך הסייבר הלאומי ומחייב זהירות ורגישות רבה בכל הנוגע לאבטחת מידע. בהתחשב במורכבותו ומטעמי סודיות הנוגעים לאבטחת מידע, כלל המכרז מספר שלבים. השלב הראשון נועד לבחון את התאמתם של המציעים מבחינת תנאי הסף ודרישות האיכות. הוא לא כלל כל מרכיב של מחיר. שלב זה חולק ל"שתי פעימות".

7. הפעימה הראשונה כללה תיאור כללי של הפרויקט, של תכולתו והמוצרים הנדרשים בו, של הדרישות בתחום אבטחת המידע, וכן רשימה של תנאי סף. בשלב זה נדרשו המציעים להציג מערכת שתעמוד בתנאי סף של הכרה ואישורים על-ידי גורמים מוסמכים, מבלי שנמסר עדיין מידע מפורט לגבי הפרויקט. אחד מתנאי הסף, שעליו נסבה מחלוקת מרכזית בין הצדדים, נכלל בסעיף 1.6 לנספח A (להלן: סעיף 1.6) לשלב הפעימה הראשונה של המכרז (שעסק, על-פי כותרתו, ב"תנאים מוקדמים ותנאים מהותיים"). מפאת חשיבותו של הסעיף להכרעה, ראוי להביאו כלשונו:

"מוצר ה-SCADA המוצע ו/או היצרן ו/או המציע יהיו בעלי/עומדים לפחות באחת מהסמכות אבטחת המידע או תקני אבטחת המידע/ או מבדקי אבטחת המידע הבאים: NIST, FERC CIP, Nerc CIP, תקן NIST לאבטחת מידע, תקן בין לאומי ל- Security Development Lifecycle (SDL), IEC 62443 או אחד מחלקיו, הסמכת ISA Secure, תקני/הסמכות ISA לאבטחת מידע, מבדק אכילס ISO 27001".

במילים אחרות, סעיף זה הורה כי אחד מתנאי הסף לאישור הצעה בשלב הפעימה הראשונה הוא כי המוצר, היצרן או המציע הם בעלי הסמכת אבטחת מידע, או עומדים בתקן או במבדק אבטחת מידע מתוך רשימה סגורה של אפשרויות המפורטות בסעיף (להלן גם: דרישת ההסמכה).

8. הפעימה השנייה שפורסמה בהמשך כללה את המפרט הטכני המלא שנמסר רק לאותם מציעים שעמדו בתנאי הסף במסגרת הפעימה הראשונה. בשלב זה המציעים נדרשו להגיש הצעה טכנית מפורטת.

9. לאחר תום השלב הראשון, על שני מרכיביו (שתי ה"פעילות"), נערך השלב השני של המכרז אשר כלל הגשה של הצעות מחיר על-ידי המציעים שעמדו בתנאי הסף ודורגו בציון טכני של 75 נקודות לפחות בשלב הקודם.

10. המועד האחרון להגשת ההצעות לשלב הפעימה הראשונה היה ביום 6.10.2019. בשלב זה הוגשו שמונה הצעות, שרק ארבע מהן הוגדרו על-ידי ועדת המכרזים ככאלה שעמדו בדרישותיו. אפקון הציגה בשלב הפעימה הראשונה שתי מערכות (בשתי הצעות נפרדות), שרק אחת מהן עברה את תנאי הסף. קונטאל הציגה מערכת אחת שעברה את תנאי הסף (מתוצרת "Rockwell", פרט שתהיה לו חשיבות בהמשך). המציעים שהצעותיהם עמדו בתנאי הסף של הפעימה הראשונה נדרשו להגיש את מסמכי הפעימה השנייה עד ליום 11.12.2019.

11. יומיים קודם למועד האמור, פנתה קונטאל לחברת החשמל וביקשה להציג במסגרת הפעימה השנייה, מערכת שונה מזו שהציעה קודם לכן (מתוצרת "Ignition" של היצרן "Inductive Automation"). בפנייתה ציינה קונטאל כי מבנה המכרז ועריכתו בשלבים לא אפשרו לה להבין באופן מיטבי את הצורך שלו נועד המכרז לתת מענה טרם המועד האחרון להגשת ההצעות בשלב הפעימה הראשונה.

12. יצוין כבר כעת כי הצעתה של חברה נוספת אשר התבססה אף היא על מערכת מסוג זה, נדחתה, לנוכח אי-עמידתה בתנאי הסף, ובפרט משום ש"לא הוכחה עמידת מוצר Ignition בדרישות הקדם להתקנתו בהתאם למאפיינים השונים שנדרשו" (סעיף 5.3 לפרוטוקול ועדת המכרזים מיום 16.12.2019).

13. למחרת היום, דחתה חברת החשמל את בקשתה של קונטאל, בנימוק שכל שינוי לאחר הגשת ההצעות עולה כדי פגיעה בשוויון בין המציעים במכרז. פנייה נוספת של קונטאל בעניין מאותו היום, שבה התבקשה חברת החשמל לשוב ולשקול את הבקשה, נדחתה אף היא. בתשובה שניתנה הודגש כי תנאי המכרז היו ידועים למשתתפים מראש, כי היה על קונטאל להעלות את השגותיה בנוגע למבנה המכרז קודם להגשת הצעתה, וכי לא ניתן לאפשר כל שינוי בהצעות לאחר חלוף המועד להגשתן, מטעמי שוויון בין המציעים.

14. חרף האמור, קונטאל חזרה ופנתה לחברת החשמל פעם שלישית בבקשה לאשר לה להגיש הצעה המבוססת על החלפת המערכת. פנייתה זו הייתה במועד האחרון להגשת ההצעות בשלב הפעימה השנייה, והיא מוענה במישרין למנהלת מחלקת מכרזים, עם העתק למבקרת הפנים, היועצת המשפטית ומנכ"ל חברת החשמל. בו ביום הודיעה חברת החשמל לכל המציעים על דחיית המועד להגשת ההצעות בשלב הפעימה השנייה עד ליום 15.12.2019. במועד האמור ניתנה חוות דעת של יחידת קשר ואלקטרוניקה ארצית בחברת החשמל, אשר בחנה את בקשת קונטאל. יצוין כבר עתה כי יחידה זו התבקשה לחוות דעתה על מספר עניינים ביחס להליך המכרז, כמפורט בהמשך. חוות דעתה האמורה הייתה אפוא הראשונה מני כמה. חוות הדעת כללה המלצה לפיה כל הספקים שהגישו הצעות בשלב הפעימה הראשונה ואושרו לעבור לשלב הפעימה השנייה יוכלו לעדכן אותן כך שיחליפו את המערכת שעליה מבוססת הצעתם או יגישו חלופה טכנית נוספת המבוססת על מערכת שונה, כל עוד אלה עומדות בתנאי המכרז.

15. ועדת המכרזים קיבלה המלצה זו בישיבתה מיום 16.12.2019. בהחלטתה של ועדת המכרזים צוין כי הטעם לדבר נעוץ בכך שמעגל הספקים הפוטנציאלי הוא מצומצם, וכי סביר שלא ישתנה גם אם יפורסם המכרז מחדש. עוד הוחלט כי תהליך בדיקתן של ההצעות המעודכנות ועמידתן בדרישות הפעימה הראשונה (תנאי סף, תנאים מהותיים וסייבר) יתבצע במקביל להמשך הבדיקה של ההצעות הטכניות של שלב הפעימה השנייה, מבלי לעצור את ההליך המכרזי. לצורך כך, ניתנה ארכה להגשת ההצעות המעודכנות של שלב הפעימה הראשונה עד ליום 29.12.2019. כבר למחרת היום הודיעה חברת החשמל על כך לכל המציעים.

16. בהתאם לכך, קונטאל הגישה הצעה מעודכנת המבוססת על מערכת "Ignition". אפקון, שידעה על החלטה זו של ועדת המכרזים לא מחתה על שינוי זה והוסיפה להשתתף בהליכי המכרז כסדרם.

17. לאחר שהסתיים הליך הבחינה והבדיקה של ההצעות דורגה קונטאל בציון הגבוה ביותר מבין המציעים, ואילו אפקון דורגה שנייה לאחריה, בהפרש שאינו זניח (כ-15 נקודות בהקשר של מדרג ציונים המגיע עד 100).

18. על בסיס זה החל השלב השני של המכרז, שעניינו הצעות המחיר. שלוש מן המציעות – קונטאל, אפקון וחברה נוספת – שקיבלו את הציונים הגבוהים ביותר, התבקשו להגיש הצעות מחיר.

19. לאחר שנפתחה תיבת ההצעות התגלה פער גדול בין כל אחת ואחת מההצעות שהוגשו לבין האומדן של חברת החשמל. על מנת לסבר את האוזן, יצוין כי האומדן שהכינה חברת החשמל מבעוד מועד והוכנס לתיבת ההצעות היה 8.89 מיליון דולרים. הצעתה של קונטאל, שהיתה הקרובה ביותר לאומדן, הייתה רחוקה ממנו בהפרש ניכר של כ-60% ועמדה על 14.172 מיליון דולרים, ואילו הצעתה של אפקון, הייתה גבוהה בכ-130% מהאומדן ועמדה על 20.564 מיליון דולרים. הצעתה של החברה השלישית שהשתתפה בשלב זה של המכרז הייתה גבוהה אף יותר. על רקע זה, המליצו הגורמים המקצועיים בחברת החשמל לעדכן את האומדן בדיעבד. האומדן המעודכן הועמד על סך של 12.85 מיליון דולרים, והיה גבוה בכ-44% מהאומדן המקורי.

20. לאחר בדיקת ההצעות דורגה הצעתה של קונטאל, שהייתה הזולה ביותר, כבעלת הניקוד הטוב ביותר. אף היא עלתה כאמור על האומדן, אך חרגה מן האומדן המעודכן רק בכ-10%. לעומת זאת, הצעתה של אפקון הייתה גבוהה מהאומדן המעודכן בכ-60%.

21. בשלב זה, על-פי החלטתה של ועדת המכרזים, נוהל עם קונטאל משא ומתן ביחס למחיר, והצעתה הסופית עמדה על קרוב ל-13.6 מיליון דולרים (הצעה הגבוהה בכ-5.7% בלבד מהאומדן המעודכן). בסופו של דבר, בישיבת ועדת המכרזים מיום 1.6.2020 הוכרזה קונטאל כזוכה במכרז. יצוין כי זמן קצר בלבד קודם לכן, הוצג אישור היצרן מיום 26.5.2020 לעמידת המערכת החלופית שהציעה קונטאל מסוג "Ignition" בתקן

ISO 27001 (שהוא אחד מן התקנים המנויים בסעיף 1.6). אין מחלוקת אפוא כי החל ממועד זה, המאוחר למועד הפעימה הראשונה, עמדה קונטאל בדרישת ההסמכה.

22. משנודע לאפקון על כך שלא זכתה במכרז, היא החלה לנהל חלופת מכתבים עם חברת החשמל, באמצעות בא-כוחה, וביקשה לעיין במסמכי המכרז. בהמשך, טענה אפקון – לראשונה – כי חברת החשמל פעלה שלא כדין כשאישרה לקונטאל (ולמזיעות האחרות) לשנות את הצעתן, וכן כי קונטאל לא עמדה בתנאי הסף בשל אי-עמידה בדרישת ההסמכה כפי שזו פורטה בסעיף 1.6.

23. טענה זו נבדקה ונדחתה במסגרת חוות דעת שנייה של יחידת קשר ואלקטרוניקה ארצית של חברת החשמל מיום 25.6.2020. בחוות הדעת (שניתנה אם כן לאחר ההחלטה על זכייתה של קונטאל במכרז) נקבע, כי "תנאי הסף נוסח באופן רחב, תוך הקפדה על צרכי אבטחת המידע של החברה", וכי בבסיס נוסח זה "עמדו שיקולים של הרחבת מעגל המזיעים, ככל הניתן" (סעיף 7.2 לחוות הדעת). בקביעתה כי קונטאל עמדה בתנאי הסף, התבססה חוות הדעת על דו"ח מבדק חדירות (Penetration Test) למוצר ה-SCADA המוצע על-ידיה, שצירפה קונטאל להצעה שהגישה ונערך על-ידי חברת Inguardians, חברה אמריקנית לייעוץ בתחום של אבטחת סייבר ומערכות מידע (להלן: דו"ח Inguardians). בדו"ח זה, המבוסס על מבדק שביצעה החברה למוצר, צוין כי ניסיונות לפריצה למערכת המחשוב שהציעה קונטאל העלו חרס. יצוין כבר עתה כי הדו"ח נשא את התאריך של יום 26.11.2019, אך מועד עריכת המבדק לא צוין בו. על כן, לא ברור ממנו אם המבדק קדם ליום 6.10.2019, שהיה המועד האחרון המקורי להגשת ההצעות במסגרת הפעימה הראשונה. מכל מקום, כאמור בחוות הדעת, הדו"ח נבחן על-ידי הגורמים המקצועיים מטעם חברת החשמל ונמצא כי הוא מוכיח את עמידתה של קונטאל בדרישת ההסמכה.

24. ביום 25.6.2020 דנה ועדת המכרזים בטענות אפקון נגד תוצאות המכרז. לאחר שבחנה את חוות הדעת האמורה, החליטה ועדת המכרזים לדחות הן את הטענה כנגד ההחלטה לאפשר לכל המזיעים שאושרו בסיום הפעימה הראשונה לעדכן את הצעתם הטכנית, והן את הטענה בדבר אי-עמידתה של קונטאל בתנאי הסף. עוד החליטה ועדת המכרזים לפעול ללא דיחוי לקידום ההתקשרות עם קונטאל.

25. בסמוך לאחר מכן, אפקון הגישה לבית המשפט המחוזי עתירה מינהלית שבה ביקשה כאמור את פסילת ההחלטה בדבר זכייתה של קונטאל במכרז. בעתירה נטען, כי הצעתה המעודכנת של קונטאל כלל לא עמדה בתנאי הסף שנקבעו בשלב הפעימה

הראשונה. עוד נטען בעתירה כי החלטתה של חברת החשמל לשנות בדיעבד את תנאי המכרז, כך שיתאפשר לקונטאל לשנות את הצעתה, פסולה ועל כן בטלה. בעיקרו של דבר, אפקון טענה כי שינוי תנאי המכרז תוך כדי התנהלותו פוגע בעקרון השוויון בין המציעים, וכי גם במבחן התוצאה, השינוי איפשר לקונטאל, הלכה למעשה, להגיש הצעה חדשה לאחר שחלף המועד המקורי להגשת הצעות על-פי תנאי המכרז.

26. בד בבד עם הגשת העתירה הגישה אפקון בקשה למתן צו ארעי וצו ביניים ביחס להתקשרות של חברת החשמל עם קונטאל. ביום 1.7.2020 נתן בית המשפט המחוזי צו ארעי כמבוקש.

פסק דינו הראשון של בית המשפט המחוזי

27. בית המשפט המחוזי קיבל את העתירה והורה על החזרת הדיון לוועדת המכרזים על מנת שתקבל החלטה חדשה. בית המשפט המחוזי קבע אמנם כי אפקון הייתה מנועה מלעתור נגד החלטתה של חברת החשמל לאפשר את הגשת ההצעה העדכנית הכוללת את מערכת "Ignition" מאחר שידעה על ההחלטה האמורה ובכל זאת המשיכה להשתתף במכרז כסדרו. יחד עם זאת, כך נקבע, מסקנה זו אינה מיתרת את הדיון בטענתה הנוספת של אפקון באשר לאי-עמידתה של קונטאל בתנאי הסף, עניין שהסתבר לה רק בדיעבד. בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי אף קיבל את עמדת אפקון לגופה בעניין זה וקבע כי קונטאל לא עמדה בתנאי הסף של המכרז במובן זה שלא הוכיחה עמידה בדרישת ההסמכה במועד שנקבע לכך על-פי תנאי המכרז.

28. בית המשפט המחוזי הדגיש, כי גם אם חברת החשמל הייתה רשאית לאפשר למציעים להציג מערכת חלופית, הרי שמערכת זו הייתה צריכה אף היא לעמוד בתנאי הסף של דרישת ההסמכה הקבוע בסעיף 1.6 נכון למועד הפעילה הראשונה (קרי, ביום 6.10.2019). דא עקא, כך נקבע, המערכת החלופית שהציעה קונטאל קיבלה את אישור היצרן לעמידה באחד מן התקנים המנויים בסעיף 1.6, רק למעלה משבעה חודשים לאחר מכן, ולכן לא עמדה בתנאי הסף בתקופת הזמן הרלוונטית.

29. בית המשפט המחוזי דחה את כל האסמכתאות שהציגה קונטאל כתחליף לאישור המציין במפורש עמידה באחד התקנים שפורטו בסעיף 1.6. בית המשפט המחוזי קבע כי דו"ח Ingwardians אינו יכול לשמש תחליף לדרישת ההסמכה, שכן אין בו התייחסות למועד שבו נערכה בדיקת החדירות, במובן זה שלא ברור ממנו האם היא נערכה עוד קודם למועד הפעילה הראשונה. עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי מכל מקום, עורכת

הדו"ח איננה אחד הגופים שצוינו ברשימה הסגורה שהופיעה בסעיף 1.6 כגורם המורשה לתת הסמכה בתחום של אבטחת המידע, וכי אין באותו דו"ח כל התייחסות לתקן הבינלאומי או לאחד מחלקיו, כפי שפורטו בסעיף 1.6.

30. נוסף על דו"ח זה, קונטאל הציגה מספר אסמכתאות נוספות המלמדות, לשיטתה, על כך שהיא עומדת בדרישת ההסמכה באופן מהותי (גם אם לא באופן פורמאלי). בית המשפט המחוזי דן בכל האסמכתאות שהוצגו לו, וקבע כי אין בהן כדי לשנות ממסקנתו בדבר אי-עמידתה של קונטאל בתנאי הסף של דרישת ההסמכה. כך, בית המשפט המחוזי התייחס למכתבה של החברה היצרנית של מערכת ה-"Ignition", חברת Inductive Automation, מיום 6.6.2020, שבו נכתב כי החברה היצרנית עובדת לפי פרקטיקה שמקיימת את הוראות התקן הבינלאומי SDL, שהוא אחד התקנים הנזכרים בסעיף 1.6, ולצורך כך נערכה בדיקה שישה חודשים קודם לכן. בית המשפט המחוזי קבע כי מכתב זה אינו מוכיח את עמידתה של המערכת בתנאי הסף במועד הקובע – חודש אוקטובר 2019.

31. בדומה, בית המשפט המחוזי קבע כי אף מכתב נוסף שהציגה קונטאל מפירמת רואי החשבון והייעוץ בתחום הגנת הסייבר PwC מיום 15.6.2020, שבו נכתב כי החברה סיפקה לקונטאל שירותי אבטחת מידע בין החודשים אפריל ומאי 2019, ועל-פי ממצאי בדיקה שערכה נמצא כי כחלק מנהלי אבטחת המידע שלה, מקיימת קונטאל פרוצדורות העומדות בתקן SDL – אינו תומך בעמדת קונטאל לפיה עמדה בתנאי הסף. זאת, מאחר שאף PwC אינה גורם המוסמך לאשר תקני אבטחת מידע על-פי המפורט בסעיף 1.6. כן הובהר שמכל מקום לא צוינה במכתב במפורש עמידת המערכת בהוראות התקן SDL.

32. לבסוף, וכחזוק למסקנתו לפיה קונטאל לא עמדה בתנאי הסף, בית המשפט המחוזי אף הצביע על כך, שכאמור, הצעה של חברה נוספת אשר כללה אותה מערכת שביקשה קונטאל להציג בהצעתה המעודכנת, נפסלה על-ידי ועדת המכרזים ככזו שלא עמדה בתנאי הסף הנדרשים.

33. בסיכומו של דבר, לנוכח המסקנה כי קונטאל לא עמדה בתנאי הסף, ובשל כך שהצעת אפקון הייתה גבוהה באופן משמעותי מהאומדן של חברת החשמל, בית המשפט המחוזי השיב את הדיון לוועדת המכרזים על מנת שתקבל החלטות חדשות לגבי המשך הטיפול במכרז. וכך נאמר בפסק הדין לעניין זה:

”אני ערה לכך שמדובר במכרז בהיקף גדול ומשמעותו חשובה ביותר, אך אין בכך כדי לאפשר התייחסות גמישה ולא שוויונית לעמידה בתנאי סף. אולי דווקא בשל היקפו הרחב של המכרז ומשמעותו מתחייבת גישה זהירה וקפדנית. חברת החשמל אינה יכולה לקפל, לקמט וללוש את תנאי הסף שכתבה במכרז, על מנת להשיג את התוצאה הרצויה לה באותו המועד” (עמ’ 19-20 לפסק דינו הראשון של בית המשפט המחוזי).

34. קונטאל הגישה ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי – הוא כאמור הערעור הראשון העומד להכרעתנו.

פסק דינו השני של בית המשפט המחוזי

35. בעקבות חידוש הליך קבלת ההחלטות בוועדת המכרזים, פנתה חברת החשמל לאפקון וביקשה את ”התייחסותה להצעתה הכספית”, בשים לב לפער המשמעותי בין הצעת המחיר שהגישה לבין האומדן המעודכן. בפנייה זו הודגש כי ”לא מדובר בפניה לניהול משא ומתן ולפיכך אין לשנות את הצעת המחיר שהגשתם במכרז”. אפקון נדרשה להשיב לפנייה בתוך ארבעה ימים, ובקשתה לקבל ארכה לצורך גיבוש תשובתה – נדחתה. אפקון טענה בתשובתה כי לאומדן המעודכן אין כל תוקף והוא בטל מעיקרו משום שנערך בדיעבד. לגוף העניין ציינה כי בחלק מרכיבי הצעת המחיר הייתה הצעתה ”קרובה מאוד” להצעת קונטאל, וכי הפער בינה לבין האומדן המעודכן היה סביר. מעבר לנדרש, ציינה אפקון כי היא נכונה לנהל משא ומתן להפחתה משמעותית של המחיר שצוין בהצעתה.

36. עמדתה של אפקון נדחתה בחוות דעת מקצועית של יחידת קשר ואלקטרוניקה ארצית של חברת החשמל מיום 23.8.2020, שלישית במספר. חוות דעת זו דנה ברכיביה של הצעת המחיר, על חלקיה השונים, והשוותה אותם לרכיבי האומדן המעודכן. לצורך הדיון כאן, אין צורך להידרש לפרטי הדברים, שהובאו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. ניתן להסתפק בכך שמסקנתה של חוות הדעת הייתה שאין לקבל את הסבריה של אפקון ביחס לתמחור הצעתה. בהמשך לכך קבעה גם ועדת המכרזים, בישיבתה מיום 24.8.2020, כי הצעתה של אפקון היא בלתי סבירה (וכך גם הצעתה של המציעה הנוספת שנבחנה אף היא). לפיכך, החליטה ועדת המכרזים על ביטולו של המכרז ועל עריכת ”הליך תחרותי” פטור ממכרז, אשר מסמכיו דומים בעיקרם למסמכי המכרז, ובו יוזמנו להשתתף כל המציעים שהגישו הצעה במכרז.

37. בהתאם לכך, ביום 6.9.2020 פנתה חברת החשמל למציעים, הודיעה להם שהמכרז בוטל והזמינה אותם להגיש הצעות להליך התחרותי עד ליום 21.9.2020.

38. בשלב זה הגישה אפקון עתירה מינהלית נוספת ובה טענה, בעיקרו של דבר, כי לא היה מקום לבטל את המכרז. לטענתה, היה על ועדת המכרזים להכריז עליה כזוכה במכרז, ולחלופין לנהל עמה משא ומתן ביחס להגשתה של הצעת מחיר "משופרת", כפי שמאפשר סעיף 18.2 למכרז. אפקון הוסיפה וטענה, כי בשים לב לעובדה שמאז פסק הדין הראשון קיבלה בינתיים קונטאל את תקן אבטחת המידע הנדרש, הרי שההליך התחרותי החדש "נתפר" למידותיה, תוך פגיעה קשה בעקרון התחרות ההוגנת.

39. בד בבד עם העתירה הוגשה גם בקשה למתן סעד זמני המכוון להקפאת ההליך התחרותי שבו פתחה חברת החשמל. בית המשפט המחוזי קיבל בקשה זו והורה כי חברת החשמל לא תוכל לפתוח את ההצעות שיוגשו וממילא לא תוכל גם לדון בהן ולבחור את ההצעה הזוכה מביניהן.

40. לאחר שדן בעתירה זו לגופה, בית המשפט המחוזי קיבל גם אותה. בית המשפט המחוזי עמד על ההלכה הפסוקה לפיה ביטולו של מכרז אמור להיות צעד יוצא דופן, בפרט כאשר נקבע תחתיו מכרז חדש או הליך תחרותי שעניינם זהה. בהתחשב בהלכה זו, בית המשפט המחוזי קבע כי אף שוועדת המכרזים הייתה מוסמכת להביא בחשבון את סבירותה של הצעת המחיר, בנסיבות העניין מן הראוי היה שחברת החשמל תנהל משא ומתן עם אפקון, ולא תבטל את המכרז. בית המשפט המחוזי ציין, כי בניגוד לאומדן המקורי, שנקבע בטרם נפתחו ההצעות, האומדן המעודכן הוכן כאשר פרטי ההצעות היו ידועים ולכן יש לייחס לו משקל נמוך. למעשה, כך נקבע, היצמדות לאומדן המקורי עשויה הייתה להביא לכאורה לדחיית כל ההצעות ולביטול המכרז מיד לאחר פתיחת ההצעות עוד בשלב הראשון.

41. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי השאלות הנוגעות להחלטתה של ועדת המכרזים בשלב השני לא יכולות להיבחן במנותק מהתנהלותה של חברת החשמל קודם לכן, כפי שנדונה במסגרת פסק הדין הקודם. בהקשר זה הודגש, כי עדכון האומדן הכשיר הלכה למעשה את ההצעה הנמוכה ביותר, שהייתה הצעתה של קונטאל – שוועדת המכרזים איפשרה לה עוד קודם לכן לשנות את פרטי הצעתה, לאחר שלא עמדה בתנאי הסף. בית המשפט המחוזי ציין עוד, כי לנוכח חלוף הזמן קונטאל כבר הספיקה לקבל את ההסמכה שחסרה לה במועד הפעימה הראשונה של המכרז הקודם, וכך רכשה יתרון. במכלול הנסיבות המתוארות, סבר בית המשפט המחוזי כי "לא קשה להתרשם כיצד

הלכה חברת החשמל לקראת המשיבה 2 [קונטאל – ד' ב' א'] תוך שהיא מכופפת את הכללים שהיא עצמה קבעה".

42. בית המשפט המחוזי קבע כי חברת החשמל נהגה מנהג של איפה ואיפה: לעומת התנהלותה לפנים משורת הדין כלפי קונטאל, נהגה חברת החשמל כלפי אפקון בנוקשות. חברת החשמל לא איפשרה לאפקון (ואף לא למציעה הנוספת) להגיש הצעה משופרת, על אף נכונותה הברורה של אפקון להפחית את המחיר שהציעה. על פני הדברים, כך נקבע, חברת החשמל לא הייתה מפסידה דבר כתוצאה מניהולו של משא ומתן כזה, שכן לא היה בו כדי למנוע את ביטול המכרז אילו זה לא צלח. מסקנתו של בית המשפט המחוזי הייתה אפוא כי החלטתה של ועדת המכרזים לבטל את המכרז חרגה ממתחם הסבירות. בית המשפט המחוזי הפנה בעניין זה לסעיפים במכרז המכירים בזכותה של חברת החשמל לנהל משא ומתן עם מציעים.

43. בסופו של דבר, בית המשפט המחוזי קבע כי על ועדת המכרזים לנהל משא ומתן עם המציעות הנותרות במכרז המקורי (אפקון וחברה נוספת) על בסיס הצעותיהן. בעשותו כן, הדגיש בית המשפט המחוזי כי גם לאחר קבלת ההצעות המשופרות, עומדת לוועדת המכרזים האפשרות לשקול שיקולי סבירות והוגנות באשר למחיר המוצע. עוד נקבע, כי תיבת ההצעות של ההליך התחרותי תיפתח רק 14 ימים לאחר שאפקון והמציעה הנוספת יקבלו את החלטת ועדת המכרזים לגבי הצעותיהן המשופרות במכרז הקודם.

44. חברת החשמל הגישה ערעור על פסק הדין הנוסף של בית המשפט המחוזי – הוא כאמור הערעור השני העומד להכרעתנו.

45. להשלמת התמונה העובדתית יצוין כי בד בבד עם הגשת הערעור הגישה חברת החשמל בקשה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי. ביום 1.12.2020 בית משפט זה (השופט ע' פוגלמן) קיבל את הבקשה והורה על עיכוב הביצוע המבוקש, במובן זה שחברת החשמל לא נדרשה לנהל משא ומתן עם אפקון או עם המציעה האחרת, ואף ההליך התחרותי עוכב עד להכרעה בערעורים, כך שתיבת ההצעות טרם נפתחה.

עיקרי טענות הצדדים בערעורים

46. טענתה המרכזית של קונטאל, המערערת בערעור הראשון, היא כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה לא עמדה בתנאי הסף בשלב הפעימה הראשונה נשענת על פרשנות שגויה לסעיף 1.6 למכרז. בהקשר זה מצביעה קונטאל על כך שבניגוד לקביעתו

של בית המשפט המחוזי, סעיף זה אינו מציין דבר באשר לזהות הגורם המוסמך ליתן את האישור הנוגע לעמידה בדרישות לאבטחת מידע שמצוינות בו. לכן, כך נטען, בית המשפט המחוזי היה צריך לייחס משקל לראיות שהציגה קונטאל לעניין בדיקות אבטחת מידע שבוצעו למערכת שלה –דו"ח Ingwardians, מכתבה של חברת Inductive Automation, ומכתבה של חברת PwC (המתוארים בפסקאות 29-31 לעיל). קונטאל מציינת, כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס לכך שהאישורים הללו מאוחרים לשלב הפעימה הראשונה הן שגויות, מאחר שניתנה ארכה לשינוי ההצעות, ובהתאם, לשיטתה, נדחה גם המועד הקובע לעניין העמידה בתנאי הסף. על כן, נטען כי המועד הרלוונטי הוא 29.12.2019, וכי מועד זה הוא מאוחר למועדו של דו"ח Ingwardians.

47. זאת ועוד, לטענת קונטאל, סעיף 1.6 למכרז אינו קובע כיצד יש להוכיח עמידה בדרישת ההסמכה, וממילא ניתן להוכיח את רמת האבטחה הגבוהה של המערכת גם באמצעות "מבדק חדירות", בדומה לזה שנערך לה במסגרת דו"ח הבדיקה של חברת Ingwardians, ולא רק באמצעות תקן אבטחת מידע. קונטאל מטעימה כי טענתה שעמדה בדרישות הסף, מתיישבת היטב גם עם העובדה שסעיף 1.6 מנוסח באופן רחב, כמו גם עם הגישה המצדדת במתן פרשנות מרחיבה לסעיפים הקובעים תנאי סף במכרז באופן כללי, על מנת להרחיב את מעגל המציעים במכרז.

48. קונטאל טוענת עוד כי בית המשפט המחוזי התעלם בפסק דינו ממסמך מהותי נוסף שהציגה, המוכיח לשיטתה את עמידתה בתנאי הסף: מכתבו של מנהל תחום GRC בחברת Comsec Global, העוסקת בתחום אבטחת הסייבר, מיום 25.6.2020. במכתב זה צוין כי חברת Comsec Global בדקה ומצאה, בחודש ספטמבר 2019, כי קונטאל עומדת בדרישות תקן ISO 27001, וכי בעקבות זאת הומלץ לקונטאל לפנות למכון התקנים הישראלי כדי לקבלו. עוד צוין כי פניה כאמור נערכה כבר בחודש אוקטובר 2019, למרות שרק בחודש מאי 2020 אישר מכון התקנים שקונטאל אכן עומדת בתקן האמור. לטענת קונטאל, ממכתב זה יש ללמוד כי כבר בחודש ספטמבר 2019 היא עמדה בדרישות אחד התקנים שנמנו בסעיף 1.6 וממילא יש לקבוע כי היא עמדה בתנאי הסף בשלב הפעימה הראשונה.

49. עוד טוענת קונטאל כי בית המשפט המחוזי לא ייחס את המשקל הראוי לחוות הדעת של הגורמים המקצועיים בחברת החשמל, אשר דחו את טענות אפקון כנגד זכייתה של קונטאל במכרז, במסגרת חוות הדעת השנייה של יחידת קשר ואלקטרוניקה ארצית, שתוארה לעיל. התערבות שיפוטית בשיקול דעתה של ועדת המכרזים שאימצה את

המלצת הגורמים המקצועיים, כך נטען, אינה תואמת את אמות המידה המצמצמות להתערבות בהחלטות מקצועיות מובהקות הקשורות להליך המכרזי.

50. באשר לערעור השני, טענתה העיקרית של חברת החשמל היא שלא היה היגיון בניהול משא ומתן עם אפקון שהצעתה הייתה גבוהה בכ-60% מהאומדן המעודכן (כך שהפרש הגיע לסך של כ-7.714 מיליון דולרים). ניהול משא ומתן כזה, כך נטען, לא היה מניב תועלת ממשית. חברת החשמל הדגישה, כי סעיפי המכרז הנוגעים לאפשרות לנהל משא ומתן אינם מטילים עליה חובה לעשות כן, אלא רק מקנים לה שיקול דעת, באופן שאינו מאיין את זכותה לבטל את המכרז במקרים שבהם הפער בין האומדן להצעות הוא בלתי ניתן לגישור. חברת החשמל מוסיפה ומטעימה, כי לצורך הגעה לעמק השווה, אפקון הייתה נדרשת להפחית את הצעת המחיר שהגישה באופן דרסטי שיש בו כדי לעורר חשש לפגיעה באיכות המערכת שתספק. כמו כן, צוין כי לא ידוע האם המציעה הנוספת שהשתתפה במכרז תהיה מעוניינת בניהול משא ומתן להפחתת המחיר, וככל שהתשובה על כך היא בשלילה – הרי שכלל לא ניתן לקיים משא ומתן מול מציעה אחת בלבד. בהקשר זה הובהר כי המשא ומתן עם קונטאל נוהל רק לאחר שוועדת המכרזים החליטה כי היא הזוכה במכרז.

51. עוד נטען, כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו לפיה יש להעניק משקל נמוך לאומדן המעודכן. זאת, בהתחשב בכך שההחלטה על עדכון האומדן נתמכה מפורשות בחוות דעתם של הגורמים המקצועיים, ולא הובאה כל ראיה לסתור זאת. בנסיבות אלה, כך לטענת חברת החשמל, קביעה לפיה יש ליתן לאומדן המעודכן משקל נמוך יותר, מרוקנת מתוכן את הליך עדכון האומדן. חברת החשמל מוסיפה, כי אפקון לא העלתה כל טענה לגבי סבירות האומדן המעודכן או לגבי פגם שנפל בעריכתו. יתר על כן, חברת החשמל מוסיפה, כי אף אם נניח שמשקלו של האומדן המעודכן מועט, הרי שלפי עמדת הגורמים המקצועיים שבחנו את הצעת אפקון – מדובר בהצעה שתומחרה ביתר ואינה סבירה.

52. לבסוף, לשיטתה של חברת החשמל, פסיקתו של בית המשפט המחוזי אינה מתיישבת עם ההלכה המושרשת בדבר אי התערבות בשיקול דעתה של ועדת המכרזים. לטענתה, לא ניתן לומר כי החלטת ועדת המכרזים שלא לנהל משא ומתן עם אפקון היא בלתי סבירה באופן שמקים עילה להתערבות שיפוטית בה.

53. לעומת זאת, אפקון סבורה כי יש לדחות את שני הערעורים, כמפורט להלן.

54. אשר לערעור הראשון, נטען כי בדין נקבע שהצעת קונטאל לא עמדה בתנאי הסף. זאת, מאחר שהאחרונה לא החזיקה, במועד שנקבע לכך בשלב הפעימה הראשונה, באישור מגורם מוסמך על עמידה בדרישות אחד מהתקנים שפורטו ברשימה הסגורה שבסעיף 1.6. באופן ספציפי, ביחס לדו"ח של חברת Ingurdians, אשר עליו ביקשה קונטאל להשליך את יהבה, נטען כי אין להישען עליו כתחליף לעמידה בדרישת ההסמכה. אשר ליתר האסמכתאות שהציגה קונטאל, נטען כי אלו מאוחרות לשלב הפעימה הראשונה והוצגו רק בדיעבד. לבסוף, נטען כי מכל מקום אין להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי לפיהן לא מדובר בגופים שהוסמכו להנפיק אישורי אבטחת מידע לפי סעיף 1.6. אפקון מדגישה, כי אף אם סעיף 1.6 לא כלל רשימה של גופים המוסמכים ליתן אישור על עמידה בדרישות תקני אבטחת מידע, אלא כלל רק רשימה של התקנים עצמם, הרי ברור שלא כל גורם מוסמך לתתם.

55. עוד טוענת אפקון כי בניגוד לטענת קונטאל, קביעת בית המשפט המחוזי שקונטאל לא עמדה בתנאי סף אינה מהווה התערבות בשיקול דעתה המקצועי של ועדת המכרזים, אלא מבטאת אכיפה של עקרון השוויון בין המציעים במכרז. אפקון מוסיפה וטוענת כי עמדתם של הגורמים המקצועיים בכל הנוגע לתנאי הסף גובשה על מנת להכשיר בדיעבד את הצעת קונטאל.

56. אפקון טוענת כי יש לדחות גם את הערעור השני. לשיטת אפקון, אין ממש בטענת חברת החשמל לפיה בית המשפט המחוזי התערב באופן קיצוני בשיקול דעתה של ועדת המכרזים, בהתחשב בכך שהוא לא הורה לה להכריז על אפקון כזוכה, אלא רק לנהל משא ומתן עם כל המציעות הנותרות.

57. אפקון מדגישה כי אין לקבל את טענת חברת החשמל לפיה אין זה סביר לנהל משא ומתן כאשר יש פער של כ-60% ויותר בין ההצעות הנותרות לבין האומדן, וזאת משום שהאומדן המעודכן כלל לא יכול להיחשב כלי לבחינת סבירותן של ההצעות במכרז בהיותו "מוטה" לטובת קונטאל. למעשה, לטענת אפקון, אין בנמצא כל אומדן שיכול לשמש כלי לבחינת סבירותן של ההצעות, מאחר שגם האומדן הראשון לא היה סביר. בנסיבות אלה, לטענת אפקון, ברירת המחדל היא לנהל משא ומתן עם המציעות שנותרו במכרז, ולאפשר להן להגיש הצעת מחיר משופרת.

58. אפקון מוסיפה וטוענת, כי את סמכותה של חברת החשמל לבטל את המכרז יש לפרש באופן מצומצם, באופן שעולה בקנה אחד עם תכליתם של דיני המכרזים. לשיטת אפקון, החלטתה של ועדת המכרזים לבטל את המכרז ולפתוח ב"הליך תחרותי" חדש

פוגעת בעקרון השוויון ומשבשת את התחרות ההוגנת, שכן היא פותחת פתח להתקשרות עם מציע שלא היה ביכולתו לזכות לפי תנאי המכרז המקורי. לשיטת אפקון, החלטה זו אינה סבירה אף לנוכח קיומה של אפשרות לנהל משא ומתן עם המציעות הנותרות לפי תנאי המכרז.

59. לבסוף, אפקון מדגישה, כי חששה של חברת החשמל שאין טעם לנהל משא ומתן להפחתה של הצעת המחיר אינו מוצדק, שכן לא פעם מציעים במכרז מפחיתים באופן משמעותי את הצעת המחיר שהציעו, במסגרת משא ומתן, מבלי שהדבר פוגע בכשירותם לביצוע העבודות מושא המכרז.

דיון והכרעה

60. במוקד הערעורים עומדות למעשה שתי החלטות עוקבות של ועדת המכרזים: ההחלטה הראשונה לבחור את קונטאל כזוכה במכרז, וההחלטה השנייה – בעקבות פסק דינו הראשון של בית המשפט המחוזי – לבטל את המכרז ולנהל תחתיו "הליך תחרותי" זהה במאפייניו.

61. חשיבותם של תנאי הסף של מכרז מחייבת שלא לאפשר העלמת עין מאי-עמידה בהם. לכן, משקבע בית המשפט המחוזי כי הזוכה במכרז לא עמדה בתנאי הסף שלו, אין כמעט מנוס מהתערבות שיפוטית בהחלטת ועדת המכרזים על דרך של ביטול הזכייה. שונים הם פני הדברים כאשר נבחנת החלטת ועדת המכרזים שלא להוסיף ו"להחיות" את המכרז על דרך של משא ומתן עם המציעות כדי שיציעו הצעות משופרות, כאשר הפער בין ההצעות הקיימות לאומדן שנקבע על-ידי ועדת המכרזים הוא משמעותי ובולט לעין. בנסיבות אלה, על בית המשפט הבוחן את סבירות החלטתה של ועדת המכרזים לאמץ אמת מידה מצמצמת יותר. אלו, בתמצית, השיקולים העומדים בבסיס מסקנתי כי דין הערעור על פסק הדין הראשון להידחות, בעוד שדין הערעור על פסק הדין השני להתקבל.

"הערת אזהרה" על התנהלות הצדדים

62. בטרם אפנה לדון בערעורים לגופם, נסיבות המקרה מחייבות התייחסות להתנהלותם הבעייתית של הצדדים לאורך הדרך, כאשר נדמה כי אף אחד מהם אינו טלית שכולה תכלת. התנהלות זו היא שהביאה, במידה רבה, לתסבוכת המשפטית הנוכחית שנוצרה כעת. אפתח, על-פי הסדר הכרונולוגי של השתלשלות העניינים, בהתנהלותה של

קונטאל. כמתואר לעיל, קונטאל פנתה שלוש פעמים לחברת החשמל בבקשה להחליף את המערכת המוצעת על-ידה. בקשתה סורבה פעמיים, בנימוק שיש בו מידה רבה של צדק, לפיו לא ניתן לאשר שינוי בהצעה לאחר חלוף המועד להגשתה, בשל פגיעה בעקרון השוויון בין המציעים בכוח ובפועל. אך קונטאל לא הסתפקה בכך, אלא שבה ופנתה לדרגים בכירים יותר, תוך עקיפה של הדרגים המקצועיים, על מנת שיבחנו גם הם את בקשתה. שינוי ההחלטות שהתקבלו על רקע פעולות אלה מעורר אי-נחת, גם אם האחריות לבחינה מחודשת של הבקשה אינה מוטלת על כתפיה של קונטאל.

63. בעייתית לא פחות הייתה התנהלותה של אפקון, אשר קיבלה את הודעת חברת החשמל על האפשרות לעדכן את ההצעה ולהחליף את המערכת המוצעת כבר ביום 17.12.2019, אך "ישבה על הגדר" ונמנעה מלמחות על כך במשך חצי שנה, וכל אותה עת הוסיפה להשתתף בהליכי המכרז כתקנם. רק לאחר קבלת ההודעה על זכייתה של קונטאל במכרז, העלתה אפקון לראשונה את הטענה כי החלטת ועדת המכרזים לאפשר למציעים לעדכן בדיעבד את הצעתם פסולה. על רקע התנהלות זו, ומשלא ראתה בכך פגם בזמן אמת, בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי אפקון מושתקת מלטעון לכך בשלב מאוחר זה. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לטענה בדבר אי-עמידתה של קונטאל בתנאי הסף. בקשר לכך אין לבוא בטענות אל אפקון, שעובדה זו לא הייתה בידיעתה, אלא רק בידיעתה הפוטנציאלית או הממשית של חברת החשמל, עורכת המכרז (ראו והשוו: ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, פ"ד נא(5) 643, 646 (1997) (להלן: עניין ידע מחשבים)).

64. אכן, אף התנהלותה של חברת החשמל אינה חפה מקשיים. חברת החשמל הקפידה אמנם לגבות כל החלטה של ועדת המכרזים בחוות דעת של הגורמים המקצועיים התומכים בה, אך מהתנהלותה הכוללת עולה גישה המקלה עם קונטאל באופן עקבי. כך, לאחר שפנייתה של קונטאל לשינוי ההצעה נדחתה פעמיים, מטעמים מוצדקים, שונתה לפתע ההחלטה כאשר פנייה זו הגיעה לדרגים הבכירים בחברת החשמל. בהמשך, לאחר שבוטלה זכייתה של קונטאל והדיון הוחזר לוועדת המכרזים של חברת החשמל בעל כורחה, זו קצבה פרק זמן מצומצם ביותר למתן "התייחסות" מצד אפקון להצעתה, ואף הטעימה כי אין היא נכונה כלל לנהל משא ומתן (אשר באותו שלב נדמה כי היה יכול רק להיטיב עמה, במידה שיצלח). המכלול מותיר תחושה לא נוחה.

65. קושי נוסף בהתנהלותה של חברת החשמל נוגע לכך שלכאורה הבדיקה המעמיקה באשר לעמידה של קונטאל בתנאי הסף, על רקע השינוי בסוג המערכת שהציעה בשלב הפעימה הראשונה, נעשתה רק לאחר ההכרזה עליה כזוכה במכרז – לאחר שאפקון

העלתה טענות בעניין. באותו שלב לא זו בלבד שהצעות המחיר היו גלויות וידועות מלפני חברת החשמל, אלא שהיא אף בחרה בזו המועדפת עליה. בנסיבות כאלה אך מובן הוא החשש שגורמי המקצוע יפרשו את תנאי הסף בצורה רחבה, כך שגם המציע שהצעתו הזולה ביותר יעמוד בהם (כפי שציינתי בע"מ 7590/12 החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ נ' לינוס בע"מ, פסקה 42 (18.4.2013) (להלן: עניין לינוס)). הדברים אמורים אף ביתר שאת לנוכח מורכבותו הרבה של המכרז, כמו גם מבנהו כמכרז דו-שלבי. נסיבות אלה הצדיקו כי תיערך בחינה מדוקדקת של תנאי הסף כבר בתום השלב הראשון, לפני שלב הצעות המחיר, כדי שהעמידה בהן תיבחן באופן "נקי". בדרך זו היה האינטרס הציבורי יוצא נשכר.

66. בשלב זה, ובהתחשב ב"הערות האזהרה" האמורות, אפנה לדון בגופן של הטענות שהועלו בשני הערעורים. ראוי לציין, כי הקשר בין הערעורים אינו רק כרונולוגי, אלא גם ענייני. אם יתקבל הערעור הראשון, ממילא יסתיים בכך ההליך שבפנינו, שכן הדיון בערעור השני יתייתר.

הערעור הראשון – האם יש להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי לבטל את זכייתה של קונטאל במכרז?

67. כמתואר בהרחבה לעיל, הכרעתו של בית המשפט המחוזי כי יש לבטל את זכייתה של קונטאל במכרז נשענה על הקביעה לפיה קונטאל לא עמדה בתנאי הסף של המכרז, משום שבמועד שנקבע לכך בשלב הפעילה הראשונה היא לא עמדה בדרישת ההסמכה. בקביעה עובדתית זו לא מצאתי כל מקום להתערב.

68. נקודת המוצא לדיון היא כי במועד הרלוונטי לא הציגה קונטאל אישור על עמידה באחד מתקני אבטחת המידע המנויים בסעיף 1.6, מהסיבה הפשוטה שלא היה בידה אישור כאמור. עם זאת, לשיטתה של קונטאל אף אם היא לא החזיקה באישור פורמאלי על קבלת אחד מהתקנים הללו במועד הרלוונטי (6.10.2019) אלא קיבלה אותו רק בשלב מאוחר יותר (בחודש מאי 2020), הרי שהיא רשאית להוכיח בדרך אחרת כי למעשה עמדה בכל הדרישות בתחום של אבטחת המידע. טענה זו היא מוקשית. תנאי סף במכרז כשמו כן הוא – מטרתו לעמוד בשער, כשומר סף, ולסנן אלו מן ההצעות שלא עומדות בדרישות המקדימות. דרישות אלו נקבעו על-ידי עורך המכרז לאחר מחשבה על מטרות המכרז וצרכי הפרויקט שהוא נועד להגשים, ואין להקל בהן ראש. לא ניתן להמיר תנאי סף במכרז בדרישות דומות, שלדעת המציעים הן שקולות לאותם תנאי סף (ראו למשל: ע"מ 5511/13 א.נ.א חשמל בע"מ נ' חברת נמל אשדוד, פסקה 15 (16.6.2014) ; ע"א 5067/19

נחלת מושבי הגליל אגודה שיתופית נ' קשר ימי בע"מ, פסקה 25 (13.2.2020); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 86-85 (2013) (להלן: ברק-ארז)).

69. בכל הנוגע להיבט הפרשני של סעיף 1.6 למכרז, לשונו שהובאה לעיל היא ברורה ומפורשת. היא דורשת כי ההצעות יתייחסו למערכות העומדות בסטנדרטים מסוימים של אבטחת מידע, על-פי רשימה סגורה של תקנים שפורטה. טענתן של קונטאל וחברת החשמל לפיה יש להעניק לתנאי הסף פרשנות רחבה אינה מתיישבת לכאורה עם הניסוח הקונקרטי של סעיף 1.6 שמנה בשמותיהם וכינוייהם של תקנים, מבדקים והסמכות מסוימים בדרך של רשימה סגורה. לו סברה חברת החשמל כי ברצונה להרחיב את מעגל המציעים ולהותיר בידי ועדת המכרזים שיקול דעת רחב לקבוע עמידה בדרישת ההסמכה, היה עליה לתת לכך ביטוי בניסוחו של תנאי הסף בשלב הפעימה הראשונה, ולא לטעון לכך לאחר מעשה (ראו והשוו: עניין ידע מחשבים, בעמ' 647).

70. על כן, לא ראיתי לקבל את הטענות שכיוונה קונטאל כלפי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי עמידה בתקנים המנויים בסעיף 1.6 הייתה צריכה להיבחן בהתאם לאישורים שניתנו על-ידי גורמים מורשים ספציפיים בלבד. אמנם, סעיף 1.6 אינו מציין את זהותם של הגורמים המופקדים על בדיקות אלה, אך דומה שאין בכך צורך (תוך פנייה לנורמות החלות על כל אחד ואחד מהתקנים הרלוונטיים). קונטאל עצמה הייתה מודעת לכך היטב עוד בשלב שבו הגישה את הצעתה הראשונה, שהתבססה על מערכת ה-"Rockwell" (אשר ביחס אליה הציגה אישור שהוא אחד מתקני אבטחת המידע המפורטים בסעיף 1.6). אין להלום אפוא כי ניתן היה להסתפק ב"חלופות" לאותם תקנים, שהוגשו בשמם של גורמים שאינם מוסמכים ליתן את תקני ההסמכה או את מבדקי האבטחה המסוימים שפורטו, אף שזהות הגורם המנפיק את התקנים לא פורטה במפורש בסעיף. בשים לב לכך, ומשאין מחלוקת כי קונטאל הציגה אישור רשמי על עמידה בתקן רק בשלב מאוחר הרבה יותר, אין עוד צורך להכריע בשאלה לאיזה מועד מתייחסים האישורים החלופיים שהוצגו. עם זאת, ולו למעלה מן הצורך, ניתן לומר כי לכאורה יש טעם רב בקביעותו של בית המשפט המחוזי גם בקשר לכך.

71. בניגוד לנטען, אין בעובדה שבית המשפט המחוזי לא הזכיר במפורש בפסק דינו את המכתב שהציגה קונטאל מטעם חברת Comsec Global, כדי להועיל לה. מכתב זה, כמו יתר האסמכתאות שהציגה קונטאל, אינו יכול לשמש חלופה לעמידה באחד מהתקנים הנדרשים. כל שעולה ממסמך זה הוא כי במועד הרלוונטי חברת Comsec Global סברה כי קונטאל עומדת בדרישות אחד התקנים ולכן המליצה לה לפנות למכון התקנים

הרלוונטי כדי לקבלו – אך אין מחלוקת כי זה התקבל רק בשלב מאוחר יותר. כך או כך, אין הדבר שקול לקבלת הסמכה או תקן פורמאליים, כנדרש על פי לשונו הברורה והמפורשת של סעיף 1.6.

72. לבסוף, אין גם לקבל את הטענה לפיה החלטתה של ועדת המכרזים שקונטאל עומדת בתנאי הסף מצויה ב"גרעין הקשה" של שיקול דעתה המקצועי, ועל כן אין מקום להתערב בה. בעניין זה יש לזכור, כי חוות הדעת המקצועית השנייה, שקבעה כי קונטאל עומדת בתנאי סף, ניתנה רק לאחר ההודעה על הזכייה במכרז ורק בעקבות העלאת טענותיה של אפקון בעניין. אין מדובר אפוא במצב רגיל של הפעלת שיקול דעת מלכתחילה על-ידי ועדת המכרזים, וממילא קשה לומר שקביעה הפוכה מזו של חוות הדעת מהווה התערבות ממשית בשיקול הדעת המקצועי (ראו: עניין לינוס, בפסקה 42).

73. זאת ועוד: כזכור, בשלב הדיון בהצעות שהוגשו בפעימה הראשונה ועדת המכרזים פסלה הצעה של מציעה אחרת אשר התבססה גם היא על מערכת מתוצרת "Ignition", בשל אי-עמידה בתנאי הסף (כפי שעולה הן מסעיף 5 לחוות הדעת הראשונה של יחידת קשר ואלקטרוניקה והן מסעיף 5.3 לפרוטוקול ועדת המכרזים מיום 16.12.2019). אכן, במסגרת ההליך לא הוצגו נימוקיה של ועדת המכרזים בכל הנוגע לאי-עמידתה של אותה מציעה בתנאי הסף. עם זאת, בזהירות המתבקשת, ניתן לומר כי לפחות לכאורה גם "בזמן אמת" – בעת הדיון בהצעות שהוגשו בשלב הפעימה הראשונה – לא סברה ועדת המכרזים כי המערכת מתוצרת "Ignition" אכן עומדת בדרישת ההסמכה. במובן זה, לא זו בלבד שהקביעה בדבר אי-עמידתה של קונטאל בתנאי הסף אינה מהווה התערבות בשיקול דעתה המקצועי של ועדת המכרזים, אלא יתכן שהיא אף עולה בקנה אחד עם מסקנותיה בדיונים שקיימה בשלבים הרלוונטיים של המכרז.

74. לסיכום הדברים עד כה, לא שוכנעתי כי יש להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי באשר לביטול זכייתה של קונטאל במכרז, בשל כך שהצעתה לא עמדה בתנאי הסף. אציע אפוא לחבריי לדחות את הערעור הראשון.

הערעור השני – האם יש להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי להורות לחברת החשמל לנהל משא ומתן עם המציעות שנותרו במכרז?

75. בשונה מכך, וחרף הביקורת על התנהלותה של חברת החשמל, יש לכאורה קושי בהתערבות שיפוטית בשיקול דעתה של ועדת המכרזים בכל הנוגע להחלטה העומדת במוקד הערעור השני – לבטל את המכרז ולקיים תחתיו הליך תחרותי חדש.

76. ראוי לפתוח בקביעה, כי במישור הסמכות, ועדת המכרזים הייתה רשאית לקבל את ההחלטה על ביטול המכרז. באופן קונקרטי, סמכותה זו מעוגנת בסעיף 18 למכרז, שכותרתו "פער מהאומדן, הצעה בלתי סבירה והצעה יחידה". קונטאל ביקשה ללמוד מסעיף זה כי היה זה מחובתה של חברת החשמל לנהל עמה משא ומתן לשיפור הצעתה, אך אין הדבר כן. סעיף 18.2 למכרז מורה בעניין זה כך:

"במקרה בו ימצא כי כל ההצעות אשר הוגשו להליך הרכישה מרעות עם חח"י [חברת החשמל לישראל – ד' ב' א'], לעומת האומדן שנקבע כאמור, החברה תהא רשאית לקבוע כי כל המשתתפים במכרז, אשר יעמדו בתנאים, לרבות תנאי הסף/תנאים מוקדמים, יגישו הצעה חוזרת ומשופרת, זאת מבלי לגרוע מזכותה של חח"י לבטל את ההליך. מציע שלא יגיש הצעה חוזרת ומשופרת כאמור, תהיה הצעתו הראשונה ההצעה הסופית במכרז" (ההדגשה הוספה – ד' ב' א').

במלים אחרות, בהתאם לאמור בסעיף זה, במקרה שבו מוצאת ועדת המכרזים כי כל ההצעות מרעות עמה, במובן זה שהן יקרות מהאומדן המוצע, ביכולתה לפנות לכל המשתתפים במכרז לצורך ניהול משא ומתן עמם. לשונו הברורה של הסעיף, הנוקט בלשון "רשאית", מלמדת כי מדובר בסמכות שבשיקול דעת, והיא אף מורה במפורש כי אפשרות זו אינה גורעת מסמכותה של ועדת המכרזים לבטל את המכרז.

77. האפשרות שלא לקבל אף אחת מן ההצעות שהוגשו במכרז נלמדת גם מסעיף 18.3, המורה כי:

"חח"י תהיה רשאית שלא לקבל כל הצעה, אשר המחיר הכלול בה נמוך או גבוה באופן מהותי או בלתי סביר מהמחיר, שנקבע באומדן פנימי של חח"י, או מהמחיר שהוצע לחח"י ע"י ספקים אחרים בהתקשרויות קודמות, או מהמחיר שנראה לחח"י כמחיר הוגן וסביר עבור טובין או שירותים מן הסוג שהוצע".

ולבסוף, אפשרותה של חברת החשמל לבטל את ההתקשרות עם מי מהמציעים בנסיבות של פער בין ההצעות לאומדן צוינה במפורש גם בסעיף 19.1(ו) למכרז, הקובע כך:

"חח"י שומרת לעצמה זכות לבטל/להקפיא את הליך הרכישה ... [במקרה שבו – ד' ב' א'] נמצא כי כל ההצעות

אשר הוגשו להליך הרכישה מרעות עם חח"י ביחס לאומדן שנקבע להליך או המחיר שהוצע על-ידי ספקים בהתקשרויות קודמות או המחיר שנראה לחח"י כמחיר הוגן וסביר בעבור הטובין או השירותים מהסוג המוצע".

כל סעיפי המכרז הללו מלמדים כי במקרה שבו מתקיים פער בין ההצעות לאומדן באופן המרע עם חברת החשמל, היא רשאית לנהל משא ומתן עם המציעים על מנת שיגישו "הצעה חוזרת ומשופרת", ולחלופין, לבטל את המכרז. הבחירה בין שתי אפשרויות אלו מצויה בידה.

78. הוראות אלו במכרז הנדון עולות בקנה אחד גם עם הדין הכללי. בהקשר זה, תקנה 21(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, מורה כי:

"לאחר סיום בדיקת כל ההצעות ובירור יתר הפרטים הנדרשים תתן ועדת המכרזים את החלטתה; הועדה רשאית להחליט על בחירת ההצעה המתאימה ביותר או להחליט שלא לבחור כל הצעה שהיא, והכל במטרה להבטיח את מרב היתרונות לעורך המכרז".

על כך מוסיפה ומורה תקנה 21(א) לאותן התקנות כך:

"נעשה אמדן של שווי ההתקשרות, כאמור בתקנה 17א, וכל ההצעות שהוגשו למכרז מרעות עם עורך המכרז לעומת האמדן, רשאית ועדת המכרזים לקבוע כי כל המשתתפים במכרז שבקבוצת המציעים הסופית יגישו הצעת מחיר חוזרת ומשופרת, לפי תקנה 17(2)".

הנה כי כן, אף בהתאם לחקיקת המשנה הרלוונטית, סמכות ועדת המכרזים לנהל משא ומתן עם המציעים במכרז, לאחר שהתברר לה כי ההצעות שהציעו רחוקות כולן מהאומדן, היא סמכות שבשיקול דעת. היא אינה מאיינת את סמכותה הכללית שלא לבחור אף הצעה מבין ההצעות, משמע, לבטל את המכרז.

79. אכן, בחירתו של עורך המכרז לסיימו מבלי להתקשר עם אף אחד מהמציעים, פוגעת בציפייה הלגיטימית של המציעים לזכות בו, ובפרט בזה שהצעתו היא הזולה ביותר. הקושי הטמון בסיום הליך מכרזי ללא התקשרות, לאחר שהצעות המחיר כבר גלויות וידועות, גובר שבעתיים כאשר עורך המכרז מודיע על עריכת מכרז חדש או הליך תחרותי אחר תחתיו. מצב דברים זה אף עשוי לעורר חשש לשימוש מניפולטיבי בכלי המכרזי. לפיכך, סיום המכרז בלא התקשרות נחשב כחריג לחובתו של עורך המכרז לבחור

את ההצעה הזולה ביותר, וייעשה רק במקרים מיוחדים המצדיקים זאת. מקרה מובהק כזה הוא כאשר ההצעה הזולה ביותר יקרה באופן משמעותי מהאומדן שהוכן מראש (ראו: ברק-ארז, בעמ' 142-143).

80. האומדן משקף את ציפיותיו של עורך המכרז, והוא נקבע בהתאם לשיקולים מקצועיים. לכן, האומדן יכול לשמש כלי בידי ועדת המכרזים להעריך את סבירותן של ההצעות, בפרט כאשר מדובר במכרזים מורכבים או בכאלו העוסקים במתן שירותים בהיקף משמעותי. יתכן אמנם, שיתקבלו הצעות החורגות מן האומדן כלפי מעלה או כלפי מטה, אך זאת כל עוד חריגה זו אינה מהותית ואינה משליכה על סבירותה והגינותה של ההצעה (ראו: בג"ץ 2400/91 בוני בנין ופיתוח בפתח-תקוה בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מה(5) 69, 73-74 (1991) (להלן: עניין בוני בנין ופיתוח); ע"מ 6546/12 בכר נ' פנינת י.ב.א בע"מ, פסקה 28 (14.7.2013); ברק-ארז, בעמ' 123-125). לעומת זאת, כאשר מדובר בחריגה מהותית, הרשות נתונה בידי ועדת המכרזים לנקוט בצעד החריג של ביטול המכרז. כך נפסק עוד לפני יובל שנים מפי השופט צ' ברנזון:

"הצעה החורגת במידה רבה מהאומדן המוקדם והאמצעים שהובאו בחשבון לביצוע העבודה, אף שהיא ההצעה הזולה ביותר, זכאי בעל המכרז לפסלה מטעם זה בלבד; ובעקבות הפסילה - לבטל את המכרז כולו. מה ייחשב לחריגה בלתי-רגילה בהקשר זה תלוי בנסיבות של כל מקרה, בטיב העבודה, נשוא המכרז, ובנוהג והמקובל בעסקות מסוג זה" (בג"ץ 187/71 'רמט' בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה, פ"ד כו(1) 118, 124 (1971)).

81. בית המשפט המחוזי לא ערער על סמכותה העקרונית של חברת החשמל לבטל את המכרז. הוא אף לא הטיל ספק בסמכותה של ועדת המכרזים לדון בסבירות המחיר שהוצע, ולהביא נתון זה במניין שיקוליה. אלא שעל-פי קביעתו, בנסיבות דגן ההחלטה על ביטול המכרז אינה סבירה ועל כן מוצדק להתערב בה. דעתי שונה.

82. כעולה מהנתונים שהוצגו, הצעת המחיר של אפקון גבוהה בכ-60% מהאומדן המעודכן, שהם למעלה מ-26 מיליון שקלים. הצעתה של החברה הנוספת המתמודדת במכרז בשלב זה היא גבוהה אף יותר. לנוכח זאת, ובהתבסס על חוות הדעת המקצועית השלישית, החליטה ועדת המכרזים כי שתי ההצעות "גבוהות משמעותית מאומדן המכרז המעודכן והינן מרעות עם חברת החשמל" (סעיף 7.3.3 לפרוטוקול ועדת המכרזים מיום 24.8.2020). הנחה זו, כפי שהוסבר לנו, נשענה בין היתר על החשש מפני פגיעה באיכות המוצר וטיב השירותים שתספק אפקון במהלך ההתקשרות, אם עלותם תהיה יקרה מכפי

שאפקון הביאה בחשבון מלכתחילה. עוד הובא בחשבון האינטרס הציבורי עליו מופקדת חברת החשמל, שייפגע כתוצאה מהתקשרות שעלותה יקרה בהשוואה לאומדן שהעריכה חברת החשמל, אף זה המעודכן. טעמיה אלו של החלטת ועדת המכרזים לבטל את המכרז נחזים אפוא להיות ענייניים ולגיטימיים, ומכל מקום, לא ניתן לומר כי ההחלטה שהתבססה עליהם אינה סבירה באופן קיצוני.

83. על כן, בניגוד לבית המשפט המחוזי, אני סבורה כי הפער הקיצוני בין הצעתה של אפקון לאומדן המעודכן, שקשה להלום גישור עליו מבלי לפגוע באיכות, הוא כשלעצמו טעם סביר שניתן להתבסס עליו בהחלטה על ביטול המכרז. יש להדגיש, כי בנסיבות שנוצרו, ולנוכח פער המחירים, אף הודעתה של אפקון על נכונותה לנהל משא ומתן אינה משנה את התמונה במובן זה שהיא אינה הופכת את החלטתה של ועדת המכרזים לבלתי סבירה באופן המצדיק התערבות בה. אמת מידה מסייעת נוספת לבחינת סבירות הצעתה של אפקון, מעבר לפער בינה לבין האומדן, היא גם קיומו במקביל של פער בינה לבין הצעתה של קונטאל, אשר נפסלה בשל אי-עמידתה בתנאי הסף, להבדיל מפגם בדרכי קביעת העלויות. כזכור, בין שתי ההצעות הללו ישנו פער משמעותי של למעלה מ-6 מיליון שקלים. עובדה זו תומכת אפוא גם היא במסקנה כי החלטתה של ועדת המכרזים אינה בלתי סבירה (ראו והשוו: בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505, 521-522 (1976); ברק-ארז בעמ' 143). לא מיותר לציין, כי מורכבותו של המכרז שבפנינו מספקת משנה הצדקה לאימוצה של גישה זהירה להתערבות בשיקול דעתה של ועדת המכרזים.

84. בית המשפט המחוזי סבר כי אין לייחס משקל רב לאומדן המעודכן, לנוכח עדכונו לאחר פתיחת תיבת ההצעות, ולנוכח העובדה שעדכונו מעיד כי חברת החשמל שגתה פעם אחת בכך שהעריכה בחסר את שווי השירותים, ואין כל ערובה שלא שגתה שוב בקביעת האומדן המעודכן. הגם שיש טעם מסוים בסברה זו, הרי שהיא אינה עומדת לבדה. בית משפט זה כבר הכיר בכך שיש נסיבות, אמנם לא טיפוסיות, שעשויות להצדיק שלא לדבוק באומדן המקורי (ראו והשוו: עניין בוני בנין ופיתוח, בעמ' 74). במקרה זה, קיים פער גדול גם בהשוואה לאומדן המקורי, ואף ביתר שאת. היקפם של הסכומים שבהם מדובר מוסיף משנה משקל לדברים. כמו כן, יש לשים לב שאין מדובר באומדן מעודכן אשר "החריף" את הבעיה מבחינתה של אפקון, אלא היפוכם של דברים הוא הנכון. נוסף על כך, אפקון לא יצאה חוצץ נגד עצם עריכת האומדן המעודכן בעת שהדבר נעשה. ולא מיותר לציין כי באותה עת הנכונות לאמץ אומדן המתקרב (יותר) להצעתה תאמה לכאורה את האינטרס שלה.

85. זאת ועוד, נדמה כי אף לעמדתו של בית המשפט המחוזי, האומדן המעודכן מהווה לפחות נקודת ייחוס מסוימת, גם אם לא מוחלטת, לצורך בחינת הצעות המחיר, ובהסתכלות זו – לא ניתן להתעלם מהמרחק ביניהם. מסקנה זו נלמדת מכך שבפסק דינו

הראשון, אף שקיבל את עתירתה הראשונה של אפקון, לא הורה בית המשפט המחוזי לוועדת המכרזים להכריז עליה כזוכה במכרז – אף שהיה זה אחד הסעדים להם עתרה אפקון – אלא סבר כי בנסיבות העניין "בין היתר בשל הצעת העותרת [אפקון – ד' ב' א] הגבוהה באופן משמעותי מהאומדן" יהא זה מוצדק להחזיר את הדיון לוועדת המכרזים (עמ' 20 לפסק הדין הראשון).

86. ולבסוף, בית המשפט המחוזי הוסיף כי התנהלותה של חברת החשמל במסגרת המכרז עד כה, תומכת במסקנה כי ההחלטה על ביטול המכרז ועריכת הליך תחרותי חדש תחתיו מעוררת תהיה, ואף ציין כי היא "נחזית להיות נגועה", שכן "הליך של שיפור הצעות יכול רק לקדם את חברת החשמל במסגרת המכרז שהוציאה, אלא אם כן מטרתה שונה". חברת החשמל יצאה חוצץ נגד הנחות אלו, תוך שהדגישה כי בשלוש השנים האחרונות ביצעה למעלה מ-450 התקשרויות עם אפקון, בהיקף כספי העולה על 20 מיליון שקלים. ייתכן כי יש בכך כדי לרכך מעט את התמונה המצטיירת מפסקי דינו של בית המשפט המחוזי. מכל מקום, הגם שבית המשפט המחוזי לא קבע שחברת החשמל פעלה ממניעים פסולים (אלא רק שהחלטת ועדת המכרזים שלה היא בלתי סבירה), לא ניתן לסיים מבלי לחזור ולהצביע על כך שהתנהלותה של חברת החשמל לאורך הדרך מעוררת קושי. להתנהלות זו יינתן ביטוי בפסיקת ההוצאות.

הערה לפני חתימה

87. לא ניתן לסיים את הדיון בערעורים שבפנינו מבלי להצביע על הקשיים שמעוררים התיקונים והעדכונים החוזרים ונשנים בהליכי המכרז, בבחינת "מקצה שיפורים", גם במועדים מאוחרים שבהם לא היה לכך מקום. אכן, התקשרויות מורכבות כשמן כן הן – מורכבות. אולם, תיקונים חוזרים מסוג זה גוררים לעולם תקלות, ואין דוגמה טובה לכך מאשר המציאות שהתגלתה לנגד עינינו כאן. החששות שמעוררים תיקונים תכופים מסוג זה מתעצמים כאשר התיקונים הם תולדה של פנייה לדרג הבכיר של החברה, שאינו מעורב במכרז עצמו.

88. בסיכום הדברים, אציע לחבריי לדחות את הערעור שהגישה קונטאל על פסק דינו הראשון של בית המשפט המחוזי (ע"מ 6366/20), ולקבל את הערעור שהגישה חברת החשמל על פסק דינו השני (ע"מ 7385/20). התוצאה היא אפוא כי החלטתה של ועדת

המכרזים על ביטול המכרז וקיום הליך תחרותי חדש תחתיו תיוותר על כנה. צו עיכוב הביצוע יבוטל, וההליך התחרותי יחודש.

89. לנוכח התנהלות הצדדים, במכלול נסיבות העניין, אציע להטיל על חברת החשמל הוצאות לטובת אוצר המדינה בסך 30,000 שקלים. יתר הצדדים יישאו בהוצאותיהם.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה המפורטת של חברתי השופטת ד' ברק-ארז.

מקובלת עלי מסקנת חברתי כי אין עילה להתערב בפסק הדין בערעור הראשון, בשל כך שקונטאל לא עמדה בתנאי הסף של המכרז.

מצטרף אני להכרעת חברתי גם בהתייחס לערעור השני. החלטת ועדת המכרזים מעוגנת בתנאי המכרז ועולה בקנה אחד עם הוראות הדין. אף אם אניח לטובת אפקון כי ועדת המכרזים הייתה רשאית להחליט על ניהול משא ומתן, בנסיבות הפרטיקולריות (לרבות הפער הקיצוני בין הצעת אפקון לבין האומדן), האיזון בין השיקולים השונים שעליהם עומדת חברתי, מצביע למצער על כך שההחלטה על עריכת הליך תחרותי חדש מצויה בגדרו של מתחם הסבירות. לא הייתה אפוא עילה להתערב בהחלטתה של ועדת המכרזים. משכך דין הערעור להתקבל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ט' בסיון התשפ"א (20.5.2021).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

מרכז מידע, טל' 3852, 077-2703333 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il> עכ 20063660_A11.docx