



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"מ 8196/08

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר

המערערת: אור הייטק בע"מ

נגד

המשיבות: 1. עיריית אילת
2. קומפלוט (1983) בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
(השופטת דברת) מיום 8.9.08 בתיק עת"מ 321/08

תאריך הישיבה: כ"א באלול תשס"ט (10.09.09)

בשם המערערת: עו"ד חן אביטן

בשם המשיבה 1: עו"ד דפנה ישראלי
בשם המשיבה 2: עו"ד גיורא בנטל

פסק דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (השופטת דברת) מיום 8.9.08 בתיק עת"מ 321/08, שעניינו השגה על מכרז שפירסמה משיבה 1.

רקע

ב. בשנת 2005 זכתה המערערת במכרז שפירסמה משיבה 1 (להלן העירייה), ועניינו "ביצוע סקר מדידת נכסים וחריגות בניה וכן צילום אוירי ברחבי העיר אילת ואפשרות שילובם... באמצעות המערכת המותקנת במחשבי העירייה" (להלן המכרז הראשון). ביום 15.5.08 פירסמה העירייה מכרז, שעניינו "אספקה והתקנת מערך

מחשוב במינהל הנדסה בעיריית אילת" (להלן המכרז השני) - מכרז זה הוא נשוא ההתדיינות הנוכחית. המועד האחרון להגשת הצעות נקבע ליום 27.5.08, ותיבת המכרזים אמורה היתה להיפתח ביום 17.6.08. ביום 20.5.08 התקיים סיור קבלנים, בו השתתפו נציגים מטעם המערערת והמשיבה 2 (להלן המשיבה) בלבד. באותו מעמד הוארך, לבקשת הצדדים, המועד להגשת הצעות (והוא הוארך בשנית ביום 11.6.08), אף כי סיור נוסף לא נקבע. ביום 1.7.08 נפתחה תיבת המכרזים, ונמצאה בה הצעה יחידה של המשיבה; הצעה זו אושרה בהמשך.

ג. עוד בטרם נפתחה תיבת המכרזים הגישה המערערת (ביום 16.6.08) עתירה מינהלית בה ביקשה להורות על ביטול המכרז. נתבקש גם צו ביניים, אך ככל הנראה לא ניתן, והדיון בעתירה ובבקשה נערך ביום 31.7.09. בעתירה נטען בשני מישורים. ראשית, כי העבודות נשוא המכרז כלולות במכרז הראשון בו כבר זכתה המערערת. ייאמר כבר כאן, טענה זו נדחתה לגופה בבית המשפט קמא, והמערערת בחרה שלא להעלותה בפנינו (סעיף 57 לסיכומי המערערת מיום 29.1.09). שנית, "חוסר תום לב, שיקולים זרים ותחרות בלתי הוגנת בתנאי המכרז". נטען, כי המכרז חייב שימוש בתוכנות מחשב ספציפיות (MAGIC 9; ARC VIEW 9; ArcIMS 9.1); להלן התוכנות הספציפיות), שרק המשיבה ממשיכה להשתמש בהן. דבר זה, יחד עם לוח הזמנים הקצר שנקבע להגשת הצעות, והעובדה שקיימות תוכנות מתקדמות יותר (אשר המערערת משתמשת בהן), מעיד כי מדובר למעשה במכרז "תפור".

פסק הדין קמא

ד. ביום 8.9.08 דחה בית המשפט את העתירה. נקבע, כי המשיבות הוכיחו שאת התוכנות ניתן לקנות בשוק החופשי, ומכאן שהטענה "כי רק המשיבה 2 יכולה לספקן אין בה ממש" (עמ' 10 לפסק הדין). עוד הוטעם, כי "לא ניתן למצוא פסול בעמדת המשיבה (העירייה - א"ר) אשר ביקשה תוכנה זו כיון שהמשיבה (העירייה - א"ר) עובדת עם תוכנה זו באגפיה האחרים, והדרישה לתוכנה ספציפית נועדה לשמור על מערך אחיד במחשוב כדי למנוע בעיות בממשק של ריבוי תוכנות" (עמ' 11 לפסק הדין).

ה. עוד נקבע, כי התנהלות המערערת לוקה בשיהוי. הוזכר, כי המערערת השתתפה בסיור הקבלנים ולא העלתה כל טענה לגבי תנאי המכרז, כי גם בבקשה להארכת המועד להגשת הצעות לא התייחסה לתנאים שנקבעו, וכי רק עם הגשת העתירה הועלתה הטענה באשר לתנאים לראשונה. כאמור, טענות המערערת בכל הנוגע למכרז הראשון

נדחו אף הן לגופן, ונזנחו בגדרי הערעור. ולבסוף, בית המשפט ציין "איני יכולה להשתחרר מן הרושם שזה [חוב העירייה למערערת בגין המכרז הראשון - א"ר] המניע העיקרי להגשת העתירה" (עמ' 9 לפסק הדין).

ו. בטרם נפנה לסקירת טענות הצדדים נציין, כי ביום 23.10.09 דחה בית משפט זה (השופטת נאור) את בקשת המערערת לסעד זמני בערעור. בין היתר נקבע:

"מבלי לקבוע מסמרות בשאלת סיכויי הערעור, יש לדחות את הבקשה לסעד זמני מן הטעם הנזכר בהחלטת בית המשפט המחוזי, והוא שאת כל הטענות נגד תנאי המכרז צריכה היתה המבקשת להעלות זמן סביר לפני המועד שנקבע לפתיחת ועדת המכרזים..." (פסקה 6).

הוסף בהחלטה, כי גם מאזן הנוחות נוטה לחובת המערערת, וכי הבקשה לעיכוב ביצוע הוגשה אף היא באיחור.

טענות המערערת

ז. בערעורה חוזרת המערערת על הטענה, כי המכרז כוון למעשה "למציעה יחידה, היא המשיבה 2". הוזכר, כי דרישות הסף כללו "ניסיון מקצועי קודם מוכח, במהלך חמש השנים האחרונות", ונטען כי רק למשיבה התוכנות הספציפיות והניסיון הנדרש ביחס אליהן. עוד נטען, כי המכרז דרש פיתוח מסוים של אחת התוכנות (MAGIC) - שלא ניתן לבצעו "בתוך חמישה ימים שניתנו עד סיוור הקבלנים" (סעיף 34.3 לסיכומים); נטען כי מדובר בתוכנת פלטפורמה, שפיתוחה לתוכנה הנדרשת במכרז נעשה עד הלום רק על ידי המשיבה.

ח. עוד נטען, כי מפיץ התוכנות הספציפיות ממליץ על שימוש בתוכנות המתקדמות שבידי המערערת; כי לא הוסבר אילו בעיות עלולות להתעורר בממשק בין אלה לבין התוכנות המשמשות אגפים אחרים בעירייה; וכי אילו אכן היתה טענה זו מבוססת - היה לעירייה פטור ממכרז, שכן המשיבה היתה ספק יחיד (אלא שאז היה עליה להציג באופן ברור וגלוי את הטעמים לכך שמדובר בספק יחיד; בעניין זה ראו ע' דקל, מכרזים (כרך ראשון, תשס"ד) 235-237).

ט. עוד נטען, כי טענת המשיבה ש-125 רשויות מקומיות עושות שימוש בתוכנות הספציפיות לוקה בחוסר תום לב - שכן היא לא ציינה כי בכל אותן רשויות סיפקה את התוכנה בעצמה. נטען, כי העובדה שרק המשיבה הגישה הצעה במכרז מעידה שמדובר

במכרז "תפור". הוטעם, כי טענה זו מחוזקת על ידי לוח הזמנים הקצר, ובעובדה שהעירייה נמנעה מתשובה לפניות המערערת לגבי חלות המכרז הראשון עד לאחר פרסום המכרז השני. נטען, כי שגה בית המשפט בקבעו שהמניע להגשת העתירה הוא העובדה שהמערערת לא קיבלה את התמורה בגין המכרז הראשון (עניין, שכנטען, אף לא נרמז בעתירה), ובקבעו כי העתירה לוקה בשיהוי - כיון שהוגשה כחודש ימים לאחר פרסום המכרז. סוף דבר נטען:

"לצורך קבלת ערעור דנן ולהליך זה, די יהיה בקביעה כי בפועל, העירייה פירסמה מכרז מכוון מטרה, קרי לטובת חברת המשיבה (בין אם במזיד ובין אם זו התוצאה בפועל), תוך שזו לא בדקה את מכלול השיקולים אשר צריכים להישקל שעה ששוקלים להתקשר בהסכם ישיר עם ספק יחיד או מכל סיבה אחרת" (סעיף 54 לסיכומים).

טענות העירייה

י. טענות העירייה נדרשות בעיקרן לשאלה, אם העבודות נשוא המכרז השני כלולות במכרז הראשון - אך כאמור בעניין זה נקבעו ממצאים ברורים בפסק הדין קמא, והמערערת אינה משיגה עליהם. בכל הנוגע לתנאים שנקבעו במכרז נטען, כי התוכנות הספציפיות הן תוכנות מדף שכל אדם יכול לרכוש, וכי בית המשפט קיבל את טענת העירייה לגבי הרצון באחידות בין התוכנות באגפיה השונים. עוד נטען, כי:

"אם סברה המערערת כי יש בידה תוכנות טובות יותר היכולות לעבוד בממשק עם תוכנת מג'יק (מן התוכנות הספציפיות - א"ר) יכלה להציען במסגרת מכרז זה" (סעיף 21 לסיכומים מיום 17.3.09).

נטען, כי בית המשפט קמא קבע, כממצא שבעובדה, שהתוכנות שנדרשו אינן ייחודיות למשיבה, ואין מקום להתערב בקביעות אלה. עוד נטען, כי המערערת הזכירה בעתירתה בפירוש את הטענה שהעירייה טרם שילמה את חובה בגין המכרז הראשון - ועל כן טענתה בפנינו, כי "העתירה כולה לא נסבה ואף לא ברמז על חובות העירייה כלפי המערערת" (סעיף 37 לסיכומים), לוקה בחוסר תום לב.

טענות המשיבה

י"א. הוזכר, כי הטענה המרכזית ביסוד העתירה - זו המיוסדת על המכרז הראשון - נזנחה (עניין שכנטען מעיד על חוסר תום לב), וכי הטענות בערעור מכוונות נגד ממצאי

עובדה של הערכאה הדיונית. נטען, כי המניע להגשת העתירה הוא תחרות עסקית, וכי ככל שלמערערת טענות כלפי העירייה בגין חובות הנובעים מהמכרז הראשון - הדרך לבררן אינה תקיפת המכרז, אלא הגשת תביעה אזרחית.

י"ב. נטען, כי מנהל השיווק בחברת GIS (המשווקת את תוכנת Arc View 9 ואת תוכנת ArcIMS 9.1) מסר מפורשות, כי ניתן לקנות את תוכנת ArcIMS הנדרשת במכרז, וכי המשיבה ציינה בפירוש כי רשימת 125 הרשויות המשתמשות בתוכנות הספציפיות מתייחסת לרשויות שהמשיבה סיפקה להן את התוכנה. נטען, כי התוכנות החדשות שברשות המערערת אינן נותנות שירות טוב יותר מן הישנות, בוודאי שלא ביחס לדרישות העירייה, וכי בתוכנה הישנה נעשה שימוש ברשויות רבות וגדולות מאילת. בכל מקרה, כך נטען, בדין בחר בית המשפט שלא להתערב בקביעתה המקצועית של העירייה לגבי התוכנה המתאימה לה.

י"ג. אשר לשיהוי הוזכר, כי העתירה הוגשה 31 יום לאחר פרסום המכרז, אחרי שהמערערת השתתפה בסיוור הקבלנים ולא העלתה כל טענה לגבי תנאי המכרז. עוד הוזכר, כי המערערת עצמה טענה שידעה על כוונת העירייה לפרסם את המכרז עוד קודם לכן. ולבסוף נטען, כי יש להימנע מביטול מכרז אחרי פתיחת תיבת המכרזים (בג"צ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505).

טענות הצדדים בדיון

י"ד. בדיון (ביום 10.9.09) חזר בא כוח המערערת על הטענה, כי מדובר היה במכרז שמעשית רק המשיבה יכלה להתמודד בו, כיון שכלל לא רק את השירות המבוקש, אלא גם את התוכנות שישמשו את הזוכה. הוטעם, כי גם אם ניתן לרכוש את התוכנות הספציפיות בשוק החופשי, נדרשת עבודה רבה כדי להטמיע בהן את צרכי העירייה - דבר שבסדר הזמנים לא היה מעשי. נטען, כי אם סברה העירייה שיש הצדקה לשימוש בתוכנות הספציפיות, היה עליה לנמק זאת באופן ברור וגלוי - ולפנות למשיבה כספק יחיד בגדרי הוראות הדין.

ט"ו. באת כוח העירייה טענה, כי המציעים נדרשו אך להצהיר כי הם יכולים לרכוש את התוכנה הנדרשת, ולא לבצע את ההתאמות הנדרשות בתוך סד הזמנים של המכרז. הוזכר, כי הטענות לגבי תנאי המכרז הועלו רק במסגרת העתירה, וכי הטענה העיקרית - שעניינה חלות המכרז הראשון - נזנחה. בא כוח המשיבה נדרש לשיהוי בהתנהלות המערערת, ולכך שהמכרז כבר יצא לפועל ועברה כברת דרך.

ט"ז. לאחר העיון אציע לחברי שלא להיעתר לערעור. זאת, חרף העובדה שאינני יכול לומר שהתנהלות העירייה משביעת רצון. העובדה שבסופו של יום במכרז פומבי הוגשה רק הצעה אחת אומרת דרשני, ולא בכדי נקטו מתקיני התקנות גישה חשדנית כלפי תוצאה מסוג זה. כך בתקנה 23(א) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג - 1993 הקובעת הוראות מיוחדות מקום שהוגשה או נותרה במכרז הצעה אחת, וכך בתקנה 22(ו) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח- 1987 המורה:

"לא תמליץ הועדה, דרך כלל, על הצעה אם היתה זו ההצעה היחידה שהוגשה, או שנותרה יחידה לדיון בפני הועדה; המליצה הועדה כאמור, תרשום בפרוטוקול את הנימוקים להחלטה".

כך גם בפסיקת בתי המשפט (ראו ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 21; עע"ם 1966/02 המועצה המקומית מגאר נ' אבראהים, פ"ד נז(3) 505; עע"מ 8340/04 מורדן-שירותי גבייה וייעוץ לרשות בע"מ נ' איגוד ערים לשירותי כבאות אילת-אילות (לא פורסם); עע"מ 8610/03 אמנון מסילות מעלות נ' המועצה המקומית מג'אר, פ"ד נח(6) 755; ראו גם ג' שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס) 181). השכל הישיר מורנו, כי מכרז פומבי לחוזה רשות צריך להניב יותר מהצעה אחת. יתכן, שיש בכך כדי ללמד, כי בנסיבות אכן יכלה רק המשיבה לספק לעירייה את השירות המבוקש באמצעות התוכנות הספציפיות, ואם כך - יש לבחון האם היתה זו הגבלה לגיטימית.

י"ז. עוד ייאמר, כי בנסיבות סבורני שהמשקל שיש לייחס לכך שתיבת המכרזים כבר נפתחה והצעת המשיבה נחשפה - נמוך. אכן:

"בית-משפט זה עמד לא אחת על הכלל שרצוי להימנע עד כמה שניתן מביטול מכרז ועריכת מכרז חדש, בין השאר משום שהדבר פוגע בתחרות השוויונית. קיים חשש שזליגת המידע על ההצעות אשר הוגשו למכרז פותחת פתח להתקשרות בחוזה עם מציע שלא היה צריך לזכות במכרז המקורי. בכך עשוי להיפגע עקרון השוויון" (עע"ם 5085/02 רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית ת"א - יפ"א (לא פורסם) - השופטת, כתארה אז, ביניש; ראו גם עניין גוזלן).

ברם, שעה שלמכרז הראשון הוגשה הצעה אחת בלבד, ושעה שהטענה היא למכרז "תפור", סבורני ככלל, כי מקום שנמצא כי המכרז נתפר לפי מידותיה של אותה מציעה שלא כדין - המשקל שיש לייחס לזכייתה אינו רב, בחינת פשיטא (ולבסוף, בכל הנוגע לזכות העמידה של המערערת, שבסופו של יום לא השתתפה במכרז, ראו ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11; ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נו(1) 883, 898; עע"מ 8193/02 דאובן נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נח(2) 153).

י"ח. אף על פי כן, סבורני כי בנסיבות המקרה אין באלה כדי להצדיק את קבלת הערעור, ולכך שני טעמים עיקריים. ראשית, בהתנהלות המערערת נפלו מספר פגמים (שיהוי, שינוי חזית וחוסר נקיון כפיים כמובנו במשפט המינהלי) שיש בהם כדי להצדיק את דחיית הערעור. אילו התנהלה המערערת באופן המצופה ממתמודד במכרז (ולענייננו, ממתמודד פוטנציאלי), יתכן שהמצב היה שונה. שנית, סבורני כי הטענה שמדובר במכרז התפור למידותיה של המשיבה לא הוכחה כדבעי, ואף אילו היתה מוכחת - לא הוכח שדרישת התוכנות הספציפיות לא היתה לגיטימית. אכן, אם פיתוח תכנת ה-MAGIC בלוחות הזמנים שנקבעו לא היה מציאותי כך שרק המשיבה היתה יכולה לעמוד בו (ואם לוחות זמנים אלה נובעים משיקולים לגיטימיים), אולי היה על העירייה לשקול להתקשר בפטור ממכרז, אך בנסיבות אין הדבר מחייב התערבות. בנקודה אחרונה זו התלבטתי לא מעט, אך כלל הנסיבות היטה את הכף.

התנהלות המערערת - פרוצדורה ומהות

י"ט. כאמור, אין ניתן להתעלם משורה של פגמים שנפלו בהתנהלות המערערת. פגמים שמעבר למשמעות הרגילה שיש לתת להם, דומה שהם גם מחלישים את טיעוני המערערת לגופו של עניין. ראשית, ולכך נדרש בהרחבה בית המשפט קמא (עמ' 12-11) ובית משפט זה במסגרת הבקשה לעיכוב ביצוע (פסקה 6), ההליך כולו לוקה בשיהוי. למצער החל מיום פרסום המכרז (15.5.08) היתה המערערת מודעת היטב לדרישות העירייה בכל הנוגע לתוכנות הספציפיות. המערערת ראתה את מסמכי המכרז, השתתפה בסיוור קבלנים (ביום 20.5.08) ואף ביקשה להאריך את המועד להגשת הצעות. בתקופה זו ניהלה המערערת התכתבות אינטנסיבית עם העירייה לגבי הלגיטימיות של המכרז (פניותיה מיום 26.5.08 ומיום 3.6.08), אך לא העלתה טענות בעניין התוכנות הספציפיות או כלפי היות המכרז "מכרז תפור". טענה זו הועלתה לדאשונה במסגרת העתירה המינהלית, וגם אז לא עמדה במוקד העתירה. נמצא, כי הטענה בעניין התוכנות הספציפיות לוקה בשיהוי ניכר. אילו העלתה המערערת טענה זו

במועד הראשון לאחר פרסום המכרז, היתה העירייה יכולה לשקול את צעדיה ולבחון את האפשרות לתיקון המכרז, או להבהיר את הטעון הבהרה; כן היה מתאפשר למציעים פוטנציאליים לכלכל צעדיהם. השתהות המשיכה מנעה כל אלה, והגענו עד הלום. אין צורך להכביר מלים על משמעותו של שיהוי בגדרי המשפט המינהלי (ראו בין היתר ע"מ 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ובנייה - חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673; ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (טרם פורסם) פסקאות 86-90).

כ. יתר על כן, במישור הראייתי, ניתן לראות בעובדה שהמערערת לא טענה מתחילה כלפי דרישת התוכנות הספציפיות, חיזוק לגירסת העירייה (שהתקבלה על דעת בית המשפט קמא), כי מדובר בדרישה שגם חברות אחרות (שאינן המשיכה) יכולות לעמוד בה. ועוד, בגדרי מניעות, לעובדה שהמערערת ראתה את התנאים שנקבעו במכרז ולא התנגדה להם, נודע משקל בכל הנוגע ליכולתה לטעון כיום נגד עמדת העירייה - לפיה יכלה המערערת לעמוד בעצמה בתנאים אלה. כזכור עמדה זו התקבלה על דעת בית המשפט, ואף העירייה שבה וטוענת בפנינו, כי המכרז לא כלל לוחות זמנים שלא איפשרו למערערת לפתח את תוכנות המדף באופן שיענה על צרכי העירייה.

כ"א. גם שינוי החזית בעמדת המערערת מקשה על קבלת טענותיה, ועשוי לתמוך בעמדת העירייה. בהתכתבויותיה עם העירייה התבססה המערערת על הטענה, כי השירותים שהתבקשו במכרז השני נכללו במכרז הראשון, בהליך בבית המשפט קמא היתה טענה זו מוקד הדיון, והנה עתה נזנחה בפנינו. אילו היתה המשמעות היחידה של דרישת התוכנות הספציפיות כי מדובר במכרז "תפור", מתבקש היה להעלותן קודם לכן, ובמוקד העתירה. גם הטענה, שהשירותים שהתבקשו במכרז השני נכללו במכרז הראשון יכולה להעיד שמדובר בשירותים שהמערערת מסוגלת לספק - ואין מדובר איפוא במכרז "תפור".

כ"ב. ולבסוף, דומה כי התנהלות המערערת לוקה בחוסר נקיון כפיים, כמובנו במשפט המינהלי, בשני עניינים. כך בכל הנוגע למניעים להגשת העתירה, ולאופן בו התייחסה המערערת לסוגיה זו בפנינו. בעתירתה ציינה המערערת במפורש:

"העותרת תטען כי החלטת המשיכה (העירייה - א"ר) לפרסם מכרז חדש בו בזמן שזו קיבלה ועודה מקבלת את כלל השירותים נשוא המכרז מאת העותרת, ומבלי שזו שילמה לעותרת את מלוא התמורה בגין השירותים הרבים שזו נתנה ועודה נותנת לה והעומדת נכון לכתיבת שורות אלה על סך של כשבעה מליון ₪, נתקבלה תוך הפרה בוטה

של ההסכם שבינה לבין המשיבה, ולמצער, תוך התנהגות הנגועה בחוסר תום לב בקיום חוזה" (סעיף 35 לעתירה; ההדגשה הוספה - א"ר).

בית המשפט קמא, ציין בפסק הדין, "איני יכולה להשתחרר מהרושם שזה המניע העיקרי להגשת העתירה". והנה, בסיכומיה בפנינו טוענת המערערת, "העתירה כולה לא נסבה ואף לא ברמז על חובות העירייה כלפי המערערת" (סעיף 37). קשה להלום דברים אלה, ואת הסתירה מניה וביה. אתמהה. בית המשפט המחוזי ניתח את הדברים כפי שהניחום הצדדים לפניו, ויש לייחס משקל משמעותי לרושם שקיבל. הוא הדין ביחס להאשמת המשיבה בחוסר תום לב בגין הצגתה של רשימת הרשויות העושות שימוש בתוכנות הספציפיות, מבלי להזכיר כי מדובר בתוכנות שסיפקה המשיבה עצמה. דומה, כי האשמה זו עצמה לוקה בחוסר נקיון כפיים. המשיבה ציינה בתגובתה לעתירה, ובנספחים לה, כי מדובר ברשימת "רשויות בהן מסופקת תוכנת ה-MAGIC על ידי המשיבה". "החובה המינהלית לנהוג בניקיון כפיים מטילה על העותר דרישה כפולה: ראשית עליו לנהוג בנקיון כפיים ביחסו עם הרשות המנהלית, קרי - עם ועדת המכרזים, ושנית עליו לנהוג בנקיון כפיים במסגרת פנייתו לבית המשפט" (דקל) (כרך שני) (391). העלאת הטענה בדבר התוכנות הספציפיות לראשונה בבית המשפט, ואופן הצגתן של חלק מן העובדות בפנינו, אינם ממלאים חובה זו.

דרישת התוכנות הספציפיות - האם אכן מכרז פסול?

כ"ג. מעבר לפגמים אלה, אדרש בקצרה גם לטענות המהותיות. בעניין זה יש לזכור, כי בית המשפט קמא קבע כממצא שבעובדה (המסתבר לגופו):

"לא ניתן למצוא פסול בעמדת המשיבה אשר ביקשה תוכנה זו, כיוון שהמשיבה עובדת עם תוכנה זו באגפיה האחרים, והדרישה לתוכנה ספציפית זו נועדה לשמור על מערך אחיד במחשוב כדי למנוע בעיות בממשק של ריבוי תוכנות" (עמ' 11 לפסק הדין).

(לעניין ההתערבות כממצאי עובדה שקבעה הערכאה הדיונית ראו, ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר, פ"ד נא(4) 687; ע"א 4126/05 חג'אזי נ' עמותת ועד עדת הספרדים (לא פורסם)).

כ"ד. בנקודה זו נפרדות דרכיהן של המערערת והעירייה. המערערת טוענת, כי אם חששה של העירייה חשש אמיתי הוא, היה עליה לבססו כדבעי ולפנות למשיבה כספק יחיד בפטור ממכרז (לפי תקנה 3(4) לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח - 1987).

לשיטתה, אף אם ניתן לרכוש את התוכנות הספציפיות בשוק החופשי, מדובר ברכישת פלטפורמה הטעונה פיתוח רב - שבנסיבות רק המשיבה יכולה היתה לעמוד בו. מנגד, עמדת העירייה היא, כי גם חברות אחרות (שאינן המשיבה) יכלו להשתתף במכרז. לשיטתה, סד הזמנים של המכרז התייחס להגשת הצעת מחיר לרכישת התוכנות, אך לא להפעלתן. ואכן ייאמר, כי טענת המערערת, שהיתה צריכה לפתח את תוכנת ה-MAGIC עד למועד שנקבע לסיוור הקבלנים אין לה על מה לסמוך. עוד טוענת העירייה (ואיננו בטוח כי טענה זו משקפת את מובנו הפשוט של המכרז), כי "אם סברה המערערת כי יש בידה תוכנות טובות יותר היכולות לעבוד בממשק עם תוכנת מג'יק יכלה להציען במסגרת מכרז זה" (סעיף 21 לסיכומי העירייה).

כ"ה. למעשה, ביסוד עמדת המערערת טענה אחת ויחידה, כי היה על העירייה לפתוח את המכרז גם לתוכנות אחרות, שהן כנטען אף טובות מאלה שהתבקשו. אכן, זו טענה לגיטימית מפי מתמודד פוטנציאלי, גם "לאחר שפורסם מכרז, עשויה הגדרה צרה מדי של נושאו להביא להשגה לפני בית המשפט המוסמך" (בג"צ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267, 270 - השופט, כתארו אז, ש' לויין). ברם, בית המשפט קבע כי דרישת העירייה לרכישת תוכנות אשר פועלות בממשק המתאים לזה של אלה המופעלות באגפים אחרים בעירייה - היא דרישה לגיטימית, ובכך אין להתערב (בית המשפט אף ציין בפירוש "שהעותרת מנסה לכפות על המשיבה להשתמש בתוכנה המצויה ברשותה"). לשיטת המערערת, במציאות זו היה על העירייה להתקשר בפטור ממכרז, ולא לפרסם מכרז "פומבי" שרק המשיבה יכולה לעמוד בתנאיו. ואכן, בעניין גזית ושחם נקבע, כי פטור ממכרז עדיף על מכרז פומבי שאינו שוויוני (בג"צ 316/63 גזית ושחם, חברה לבניין בע"מ נ' רשות הנמלים, פ"ד י"ח(1) 172, 177).

כ"ו. אך לטרוניה זו של המערערת שתי תשובות. ראשית, עמדת העירייה (שכזכור התקבלה על דעת בית המשפט קמא), לפיה גם חברות אחרות שאינן המשיבה היו יכולות לעמוד בתנאי המכרז ובדרישת התוכנות הספציפיות. לפי דרך זו אין מדובר במכרז "תפור" - אף כי אציין, שהכרעת בית המשפט קמא, הקובעת שמדובר בתוכנות אותן ניתן לרכוש בשוק החופשי, אינה נדרשת לתכנות הנוסף הנדרש (כנטען, בעיקר לגבי תכנת ה-MAGIC) וללוחות הזמנים שקבעו במכרז - ומכאן, דומה כי אין בפנינו הכרעה ברורה בשאלה זו. שנית, לא למותר לציין, כי בכל מקרה של ספק אם מתקיימים התנאים להתקשרות בפטור ממכרז, מורה הפסיקה לערוך מכרז פומבי:

"מקום שקיימת ודאות, שאין בארץ אלא ספק יחיד של טובין או מומחה יחיד לביצוע עבודה, אין טעם לפרסם מכרז, שהרי אך ברור הוא, שלא תוגש אלא הצעה אחת למכרז, והרי זו ברכה לבטלה. לעומת זאת, כשהשאלה מוטלת בספק, אין עילה לפטור ויש להתיר את הספק בתחומי המכרז הפומבי" (בג"צ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267, 270 - השופט, כתארו אז, ש' לוי; ראו גם א' וינוגרד, דיני רשויות מקומיות (כרך שני, 1998) 656).

לפי דרך זו, היטיבה עשתה העירייה לעשות בפרסמה מכרז, שעל ידי כך נתנה לשוק החופשי להכריע אם המשיכה היא אכן ספק יחיד (השוו בג"צ 835/87 גנית ייצור ופיתוח בע"מ נ' עיריית אילת (לא פורסם)). בנסיבות אלה, שעה שהעירייה סבורה כי דרישות המכרז אינן מונעות מחברות אחרות להתמודד במסגרתו, ולמצער כי קיים ספק בשאלה זו - ביכרה לפרסם מכרז פומבי, שכל דרישותיו גלויות למשתתפים וחשופות לביקורת (בניגוד לעניין גזית ושחם, שם העדפת הקבלן שכבר פעל באתר לא נכתבה במפורש), וספק אם יש להענישה על כך.

כ"ז. הכרעה זו אינה מסבה קורת רוח רבה. בסופו של דבר, לא נתאפשר דיון ממצה בשאלה אם לא ניתן היה להרחיב את המכרז באופן שיאפשר שימוש בתוכנות אחרות, ולא נקבעו ממצאים ממצים בשאלה אם חברות אחרות יכלו לרכוש את מוצר המדף ולהתאימו לדרישות המכרז בתוך הזמן הנדרש. יתכן, שאילו היה נערך דיון כאמור, היו הציבור באילת וקופתו יוצאים נשכרים. ברם, בל נשכח, כי השתהות המערערת בהעלאת טענותיה לגבי דרישות המכרז תרמה תרומה משמעותית לאי הבהירות, כי בית המשפט קבע שהדרישה לתוכנות המתאימות לממשקים הקיימים בעירייה היא לגיטימית, וכי למעט העובדה, האומרת דרשני, שחברות אחרות לא ניגשו למכרז אין בידינו קביעה כי תנאי המכרז לא איפשרו זאת.

כ"ח. נדמה לי, בסופו של יום, שסיטואציה מעין זו שנוצרה בנידון דין מחייבת לקחים, כמו חידוד ההנחיות מטעם גורמי הממשל המרכזי - במקרה דנא משרד הפנים אך גם אחרים - באשר לנסיבות שבהן תחליט רשות על מכרז סגור או על ספק יחיד, וכן תבחר הצעה יחידה, וזאת בדגש על ההליך וקיומו הלכה למעשה, ועל ידי כך קיום הדין ככל משפטו וחוקתו.

כ"ט. סבורני כי התנהלות המערערת, יחד עם קביעת בית המשפט קמא לגבי הלגיטימיות של דרישת התוכנות הספציפיות, מטים את הכף לכיוון אי היעדרות לערעור. אין בכך כדי להביע קורת רוח מאופן ניסוח המכרז, שהותיר מקום לספק אם חברות אחרות מלבד המשיבה יכלו ליטול בו חלק (דומה כי אלה אכן "הצביעו בעניין זה ברגליים"). מסיבה זו אציע לחברי, כי חרף התוצאה לא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ג בחשוון תש"ע (10.11.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה