



עת"מ 001020/02
תאריך: 3/6/2003

בית משפט המחוזי
בתל - אביב יפו בשבתו כבית משפט
לעניינים מנהליים

בפני: 1. כב' השופט/ת ד"ר דרורה פלפל

העותר: 1. בינת תקשורת מחשבים בע"מ

- נגד -

המשיבים: 1. עיריית תל-אביב יפו
ועדת המכרזים של עיריית תל-אביב
2. יפו
נט פלס בע"מ, נטקום בע"מ, אדאנת
3. תקשורת בע"מ

ב"כ העותר: 1. עו"ד ע' ינקוביץ
2. עו"ד גיל לב

ב"כ המשיבים: 1. עו"ד ג' פריאל
2. עו"ד ר' עוזר-בהרב
3. עו"ד א' אלטשולר

פסק דין

א. מהות העתירה

עתירה זו מהותה בקשה מביהמ"ש שיקבע כי בהליכיו של מכרז פומבי לאספקה, התקנה והדרכה של מערכת מיתוג תקשורת מס' 221/01, אשר נערך ע"י המשיבה מס' 1, עיריית תל-אביב יפו ובהחלטתה של המשיבה מס' 2, ועדת המכרזים של העירייה, על תוצאותיו, נפלו פגמים מהותיים, ולכן הסעדים המתבקשים ע"י העותרת הם:

א. לקבוע כי המכרז הנו בטל ומבוטל ואו שיש לבטלו.

ב. לחילופין, לתת צו הקובע כי בהחלטה על תוצאות המכרז נפלו פגמים מהותיים ועל-כן היא בטלה ומבוטלת ועל ועדת המכרזים לדון בשנית בהצעות המכרז.

ג. לתת צו הקובע כי חוזה המסגרת לאספקה, התקנה והדרכה של מערכת מיתוג תקשורת מיום 16.1.2002 שנחתם בין העירייה לבין המשיבה מס' 3, נט פלס בע"מ, בטל ומבוטל, והמורה לעירייה ולנט פלס לפעול להשבת המצב לקדמותו, כפי שהיה עובר לחתימת חוזה ההתקשרות, ובכלל זה, פירוק ציוד התקשורת שסופק ו/או הותקן עפ"י חוזה ההתקשרות והשבתו לידי נט פלס.

ד. לחילופין בסעיף ג' לעיל, ובנוסף לאמור בסעיפים א'-ב', לתת צו הקובע כי חוזה ההתקשרות ניתן לביטול, ולהורות על ביטולו לאלתר.

ב. עובדות רלוונטיות

עיריית ת"א הוציאה מכרז לציוד מתוג תקשורת. בסעיף 1 למכרז (נספח "א" לעתירה) נאמר:

"עיריית ת"א-יפו עותרת לקבל הצעות למכרז מסגרת פומבי לאספקה, התקנה והדרכה של ציוד מתוג תקשורת."

הדרישה כפי שפורטה בסעיף 2.1 היתה:

"אספקה, התקנה והדרכה של ציוד מתוג תקשורת לבניין העירייה, בניין מנהל הנדסה/בת"ש, בניין המבקר, מרכז עינב, ואתרי עירייה נוספים"

העותרת (להלן: "בינת") הנה חברה פרטית, הרשומה בישראל ועוסקת במתן פתרונות תקשורת נתונים ומחשוב לגופים פרטיים ומוסדיים. היא הגישה הצעה במכרז.

משיבות 3-4-5 הינן חברות ישראליות, אשר השתתפו במכרז.

משיבה מס' 3, נט פלס זכתה במכרז.

לטענת ב"כ העותרת, במהלך חודש יוני 2001, פנתה העירייה לבינת על מנת שזו תגיש הצעה למכרז.

על-פי תנאי המכרז, הוגבלה ההשתתפות בו למציעים של ציוד מתוצרת Nortel או Lucent וכיום - Avaya.

ביום 11.7.2001 הגישה בינת את הצעתה.

ביום 3.1.2002 התקבלה במשרדי בינת הודעה מהעירייה הדוחה את ההצעה.

לטענת ב"כ העותרת, עיון במסמכי המכרז העלה חשש, כי נפלו בהליכי המכרז פגמים מהותיים, לרבות אופן בחינת הצעתה של בינת- הן מההיבט הכספי והן מההיבט האיכותי.

חברת בינת הגישה לעירייה חלק מטענותיה ביום 7.1.2002 וכן בקשה להקפיא לאלתר את הליכי ההתקשרות.

בתשובה לפנייה זו נתקבל ביום 9.1.2002 מכתב מעו"ד פריאל, מנהלת המחלקה האזרחית בשירות המשפטי של העירייה, בו נכתב כי תשובה מפורטת לגופו של עניין תינתן עד ליום 18.1.2002.

ביום 13.1.2002 פנתה בינת לעירייה כדי שיתאפשר לה לבחון את מלוא מסמכי ההצעה הזוכה.

במכתב התשובה של העירייה למכתב מיום 7.1.2002 הוזמן נציג חברת בינת לעיין ביתרת מסמכי הצעתה של נט פלס.

ביום 14.1.2002 ניגש נציג חברת בינת לעיין במסמכים אלה.

ביום 15.1.2002 תואמה ישיבה בין נציגי בינת Avaya- לבין נציגי העירייה ליום 15.1.2002.

ביום 15.1.2002 נתקיימה פגישה בין נציגי בינת ו-Avaya- לבין נציגי העירייה. פגישה זו לא העלתה דבר.

למחרת, הוגשה עתירתה של חברת בינת וכן הוגשה בקשה לצו ביניים לפיו יהיו המשיבות מנועות מביצוע כל פעולה לקידום ההתקשרות נשוא המכרז ו/או יישומה, אם כבר נערכה.

ביהמ"ש נעתר לבקשתה של בינת לצו ביניים במעמד צד אחד, והורה על מתן צו ביניים ארעי כמבוקש, אשר הותנה בהפקדת ערבות בנקאית.

ביום 17.1.2002 הוגשו שתי בקשות דומות למחיקת העתירה ולביטולו של צו המניעה הארעי על הסף, מטעמה של העירייה ומטעמה של נט פלס (בש"א 30020/02 בש"א 30021/02), מבקשות אלה נובע כי ביום 15.1.2002 ביום פגישת בינת עם נציגי העירייה, נחתם חוזה ההתקשרות שבין נט פלס ובין העירייה, והסתבר כי עוד קודם להמצאת צו הביניים הארעי, הושלמו חלק מהעבודות נשוא המכרז.

ביום 22.1.2002 הסכימו הצדדים כי ינתן צו ביניים האוסר על המשך הספקה במסגרת חוזה ההתקשרות, מבלי שצו זה יחול על תיקון תקלות בציווד שכבר סופק, וזאת עד להכרעה בעתירה גופא.

ג. הפלוגתאות בין הצדדים

מכתבי הטענות והטיעונים עלו הפלוגתאות הבאות:

- הקיים שיהוי בהגשת העתירה.

- הקיים חוסר ניקיון כפיים.

- האם נפלו פגמים בהליך הבחירה? והאם היה משוא פנים בבחירת הזוכה במכרז?

- הקיים כבר מעשה עשוי והיעדר תוס-לב בהתקשרות.

ד. טענת שיהוי

טענה העירייה כי העותרת השתחזתה בהגשת עתירתה, ולכן מן הדין לדחותה.

לטענת ב"כ חברת בינת טענת שיהוי אינה עומדת במקרה זה שכן נציג חברת בינת לא ידע ולא יכול היה לדעת על ציון האיכות שניתן לבינת כיוון שלא היה נציג מטעמה בעת הדיון וכיוון שהעירייה לא הודיעה זאת לחברת בינת מטעמה.

כמו-כן טוען ב"כ חברת בינת כי הדו"ח של העירייה מעולם לא הובא בפני בינת לפני תאריך 6.1.2002, וכפועל יוצא מכך לא ייתכן שידעה על תוכנו.

לטענת ב"כ משיבים 1 ו-2, העותרת ידעה או היתה צריכה לדעת על קיומו של פרוטוקול ועדת המכרזים מיום 10.9.01 ובו החלטת וועדת המכרזים בדבר הניקוד האיכותי שניתן להצעתה במועד הגשת העת"מ, ניקוד שסתם את סיכוייה לזכות במכרז; ולכן לדעתם מדובר בשיהוי ניכר.

ב"כ משיבה מס' 3 מצטרף לעמדה זו שהעתירה נגועה בשיהוי, וכי העירייה הודיעה לצדדים ופרסמה הודעה על פתיחת ההצעות הכלכליות של הצדדים.

מסופקת אני אם חברת בינת ידעה אודות ניקודה במכרז בתאריך 10.9.01.

תוצאות המכרז הסופיות התפרסמו פורמלית רק בתאריך 6.1.02, ואין בהגשת העתירה בתאריך 16.1.02 משום שיהוי. לכן אני דוחה טיעון זה.

ה. חוסר ניקיון כפיים

טוענים המשיבים כי העותרת אינה נקיית כפיים ותמת לב.

זאת מדוע?

כיוון שהעותרת לא פנתה לביהמ"ש מיד כאשר נודע לה כי ערבותה למכרז הוארכה ובכך הוארך תוקף הצעתה, ועשתה כן רק לאחר פרסום תוצאות המכרז ורק לאחר שהיה ברור כי לא היא הזוכה.

טענה נוספת שהושמעה על-ידי ב"כ משיבים 1 ו-2 היא, כי ציודה של העותרת לא היה מוכן בעת הצעת המכרז וכאמור בתקנון המכרז.

לאור זאת אין העותרת נקיית כפיים ותמת לב.

לטענתם, כלל ידוע הוא כי אדם המבקש סעד מביהמ"ש המינהלי חייב לנקוט בהליך בתום לב ובניקיון כפיים, שכן אי ניקיון כפיים מהווה עילה לדחיית העתירה אף אם קיימת עילה

ראויה.

בבג"צ 413/85 חץ אלקטרוניקה בע"מ (1984) נ' פרופ' רובינשטיין ואח' (פ"ד מ"א 235) 3, (250) נקבע לעניין זה כי:

"לא למותר ציין, כי חוסר תום הלב של העותרת התבטא, בין השאר, באי צירופן של מוטורולה, תדיראן והמשיבה 5 לעתירתה המקורית, למרות שהיתה מודעת לפגיעה העלולה להיגרם להן אם תתקבל העתירה".

העותרת שוללת את העובדה שלא היה בידה הציוד הדרוש למכרז. לעמדתה, הצעתה התבססה על הצעה שניתנה ל"בינת" מיצרנית הציוד, חברת AVAYA. מניסיונה של "בינת" ועל-פי מידע שנתקבלה בידה מחברת AVAYA, כל רכיבי ההצעה היו משווקים בישראל כבר בחודש יולי 2001.

בכוונת "בינת" היה לספק את הציוד העדכני ביותר עליו ידעה בעת הגשת הצעתה, שהיה זמין לאספקה במועד האספקה שנקבע במכרז.

אשר לטענה בדבר הארכת תוקף הערבות וההצעה, גורסת העותרת כי טענה הקובעת שמציע שהציע הצעה הנגועה בפגם מגוע מלתקוף את אותו מכרז בו נטל חלק, - אינה נשמעת יותר כפי שמצינו בבג"צ 8416/99 אי.א.מ אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי בע"מ נ' מפעל הפיס (פ"ד נ"ד 425) 3, בעמ. 431) שם נקבע:

"המסקנה היא איפוא, כי בביהמ"ש הגבוה לצדק וממילא גם בביהמ"ש האזרחי, יוכר מעמדו של העותר שהצעתו במכרז נפסלה, לטעון לביטול הליכי המכרז בשל פגמים שנפלו בהצעות האחרות או בהליכים מבחינתן. לענין זה אין חשיבות לשאלה אם הפגמים בהצעת העותר ובהצעות מתחריו הם זהים או שייכים לאותה משפחה עצמה".

לאור האמור הגעתי למסקנה שהעותרת חנה נקיית כפיים.

ו. פגמים במכרז

טוענת העותרת למספר פגמים במכרז, עליהם נעמוד כסידרם.

פקיעת מועד המכרז:

עפ"י סעיף 4 לפרק ב'-תנאי המכרז, תוקפן של כל ההצעות במכרז נקבע ל- 4 חודשים מהמועד האחרון להגשת ההצעות, קרי תאריך 11.11.2001. עפ"י מסמכי הוועדה, לא ניתנה כל החלטה מוסמכת להארכת תוקפן של ההצעות במכרז, ולכן, דרישה כזו מעולם לא נתקבלה ע"י בינת. החלטתה של וועדת המכרזים על זכייתה של הצעת נט פלס נתקבלה ביום 12.12.2001, וההודעה בדבר תוצאות המכרז נשלחה לבינת, רק ביום 30.12.2001 והתקבלה בפועל בידי בינת רק ביום 3.1.2002. מכאן לטענת העותרת, בהיעדר החלטה על הארכת תוקף ההצעות, אזי הצעות המכרז ברמה העקרונית לרבות הצעתה של נט פלס, פקעו ביום 11.11.2001, כחודש ימים לפני מועד ההחלטה על תוצאות המכרז וקבלת הצעתה של נט פלס.

מבחינה עובדתית, ב"כ משיבים 1 ו-2 בדק את הערבויות ביום 15, 28/10/01, יום לפני תום תוקפן של הגשת הצעות המכרז, ופנה לכל הבנקים אשר הוציאו את הערבויות לכלל המשתתפים במכרז, בדרישה להארכת הערבויות למכרז ב- 4 חודשים נוספים.

השאלה שנשאלת היא, לכן, האם ניתן היה להתייחס להצעות שהוגשו לאחר פקיעת המועד, - או שמא זה בגדר פגם שלא ניתן לריפוי?

גורס ב"כ חברת "בינת" כי במקרה דנן לא ניתן היה לקבל הצעה שפקעה ומהלך שכזה פוגע באופן קשה בשיוויון ההזדמנויות של המציעים הפוטנציאליים; לענייננו, כל אותם שלא הגישו הצעות למועד שנקבע.

על כן גורסים המשיבים 1 ו-2 כי מאחר והערבות למכרז אינה עומדת בפני עצמה, אלא תפקידה להבטיח את הצעת המשתתף במכרז, אזי בהארכת הערבויות לכלל המשתתפים במכרז, האריכה משיבה 1, בהתאם לזכותה על-פי סעיף 4 לפרק ב' למכרז, את הצעותיהם של משתתפים

אלה.

כן טוענות המשיבות 1 ו-2, כי עקב שתיקת העותרת במשך כחודשיים היא מנועה מלהעלות טענה לעניין זה, בשלב זה.

בבג"צ 35/82 ישפאר נ' שר הבטחון (פ"ד לז' 505, 512) נאמר לעניין המניעות:

"הלכה רווחת היא בבימ"ש זה, כי כל מי שהשתתף במכרז בידעו על פגם שנלווה עליו, אינו יכול לבוא ולבקש את פסילת המכרז בגלל אותו פגם, כאשר אין הוא זוכה בו".

ב"כ המשיב מס' 3 מוסיף לכך, כי עיקרון השיוויון בודאי שלא נפגע, שכן העירייה פנתה ביוזמתה לכל המשתתפים וביקשה להאריך את תוקף ערבותם וממילא גם את תוקף הצעות.

מקובלת עלי עמדת המשיבים.

עיקרון השיוויון נשמר בכך שע"י הארכת הערבויות הוארך עמן גם תוקף ההצעות.

הטיעון שמציע פוטנציאלי נפגע כתוצאה מכך, הינו טיעון ערטילאי בנסיבות, באשר לא הוברר שהיתה קיימת אפשרות ברמה זו או אחרת למציעים נוספים.

אשר על כן אני דוחה את הטיעון בראש פרק זה.

האומדן:

פגם נוסף שנטען ע"י העותרת הוא שהמכרז נוהל ללא אומדן מפורט בתהליך ההתקשרות, לא היה אומדן מפורט של כלל ההוצאות, וקבלת החלטה בדבר ההצעה הזוכה נעשתה ללא התחשבות באומדן.

על-פי תקנה 11 לתקנות העירייה (מכרזים התשמ"ח 1987), חובה על כל עירייה היוצאת במכרז להכין אומדן מפורט של כל ההוצאות הכרוכות בהתקשרות נשוא המכרז.

תקנה 22(ב) לתקנות המכרזים מצווה על ועדת המכרזים לקבל את החלטתה הסופית בהתחשב באומדן.

בשל חשיבותו הניכרת של האומדן לתקינות הליכי המכרז, פגם בו משמעו פגם מהותי בכל המכרז, המחייב את ביטולו וזאת גם אם הוכן אומדן, ומסתבר שנפלה בו טעות.

קובעת תקנה 11 לתקנות המכרזים:

"אומדן מפורט של כל ההוצאות הכרוכות בהתקשרות".

(ר' לענין זה גם בג"צ 368/76 אליהו גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד ל"א(1) 505, 517).

לטענת ב"כ העותרת, לא בוצע אומדן מלא לכל שלבי ההתקשרות, אלא לשלב א' בלבד.

מעיון במסמכי ועדת המכרזים עולה, כי אכן אומדן היה לגבי שלב א' בלבד, ולא הוכן אומדן מלא לכל ההוצאות הכרוכות ב'. (נספח ד'3).

ב"כ המשיבים 1 ו-2 טוען כי הוכן אומדן כזה, ברם לא נכתב בפרוטוקול (סעיף 17.5.5 לתגובת העירייה) ומטעם זה אינו בכתובים.

בנוסף, לעמדתם האומדן החלקי (נספח א') יכול לשמש בפועל כאומדן מלא לכל שלבי המכרז באשר ניתן לחלץ ממנו את האומדן לכל שלבי המכרז, וכי הדבר נעשה בצורה זו עקב דחיפות העבודה בשלב א'.

לטענתם המכרז הוא מכרז מסגרת המכיל פרטי ציוד שונים ב-4 שלבים מפורטים. כל השלבים,

על-פי תנאי המכרז, הינם למעשה פרטים זהים לקומות העירייה השונות, לבנייני העירייה השונים וכן לשני מרכזים: בניין העירייה ומינהל ההנדסה; הביצוע הוא בשלבים עקב אילוצים של משיבה 1.

לא נסתרה טענת ב"כ משיבה 3 שהמיתוג אצלה קרס, ולכן נימוק זה של שלבים והכנת אומדן לשלב א' דחוף ומיידי הינו סביר בנסיבות, ברם הוא עלול להיות "פירצה הקוראת לגנב".

הסדר הטוב מחייב לפעול בדיוק לפי תקנה 22 לתקנות המכרזים ולא רק ברוח תקנה 22 הנ"ל. יחד עם זאת, לאור הזהות בפרטים וברכיבים, אין לראות בכך פגם מהותי היורד לשורש הענין ומאפשר פסילת המכרז, וכך אני קובעת.

טעות בחישוב מחיר הצעתה של "בינת":

ב"כ העותרת טוען, כי התווסף להצעתה של "בינת" סכום מיותר של 226,300 ח"ש בגין כרטיסי תוכנה אופציונאליים אשר נזכרו בהצעת "בינת". סכום זה לא אמור היה להתווסף להצעה, מכיוון שהצעת העותרת ענתה בדיוק לדרישות המכרז שדרשו שמתגי המציעים יתמכו בניתוב ברמה 3, ומתגי בינת תומכים בכך גם ללא שימוש בכרטיסי התוכנה האופציונלית. כך שתוספת הסכום של התוכנה האופציונלית לא היתה נכונה ואילו איש מקצוע מיומן היה בודק זאת (ולכך אתיחס להלן) היה מגיע למסקנה זו.

לעמדת משיבים 1 ו-2 במכרז נדרש הצידוד לתמוך בטכנולוגיה L3 ROUTING (להלן ולעיל: L3), ונדרש צידוד מתוצרת LUCENT, (ר' סעיף 4(ב) לעיל), ולכן נאמר במפורש כי "כל הרכיבים יהיו L3 ROUTING עם ניתוב ברמה ה-PORT. (המשתמע מכך הוא שאין צורך ברכישת/שידורג תוכנה L2 TO L3)". כך גם נאמר בסעיף 2.8 למפרט הטכני ובכנס הספקים (ר' גם האמור לעניין זה בסעיף 17.6.1 ואילך, עמ' 19 לתגובה לעת"מ). דהיינו, היועץ ידע כי צידוד "אוויה" מהדגם המוצע מגיע עם תכונת L2 ושיש לשלם תוספת מחיר עבור מעבר ל-L3, לכן נדרש במפורש בטבלת המחירים שצוטטה לעיל כי המחיר למעבר ל-L3 יהיה כלול.

בציוד שהוצע ע"י העותרת מסוג P882 הוצעו כרטיסים שבהם מצוין בהצעה ובנספת המחירים ONLY L2; שורה אחרי מופיע סעיף L3 UPGRADE KEY על כרטיסים אלו נכתב

"אופציה לא לחישוב". באתר האינטרנט הרשמי של החברה מופיע בעמ' השני לתדפיס (העתק התדפיס צורף לתצהירו של מר ש. שטרן, נספח ד') ובמסמכים הטכניים שצורפו על-ידי העותרת להצעתה הטכנית בחלק העוסק ב-P882 בהם נאמר:

"You Can Upgrade a Layer 2 Switching Module to a layer 2, 3 and 4 capable module by purchasing a simple software key."

דהיינו, מבלי לרכוש ולהתקין את L3 UPGRADE KEY לא יתמוך צידוד הנרכש מן העותרת ב-L3 ולא ניתן יהיה ליישם טכנולוגיה זו כנדרש במפורש בתנאי המכרז ובכנס הספקים.

אמר היועץ, מר שטרן בחקירתו כי "מילת המפתח היא מיתוג" ולא ניתוב כפי שמנסה העותרת לטעון (שורה 22 עמ' 11) ובהמשך הסביר (עמ' 13 שורות 3 עד 5) כי "אני אתן דוגמא, אתה יכול לקנות מצלמה שאפשר להרכיב עליה עדשה, אבל כדי לעשות זאת צריך לרכוש את המצלמה. המתג הוא קופסא ריקה, הוא תומך בכל מיני יכולות, לכן על-מנת שהוא יתמוך בתוכנה L3 אנו צריכים לרכוש תוכנה".

כך גם אשר לסעיף 40.2 לסיכומי העותרת בו טוענת המשיבה לתכונות מתג P882, אשר עליהן נשאל היועץ בשורות 23 עד 25 לעמ' 12 לפרוטוקול ואשר עליהן השיב בשורה 26: "המתג זה הקופסא, הקופסא היא ריקה ובלי הכרטיסים היא לא תוכל לעשות דבר, אם תשים את הכרטיסים תוכל לקבל את הניתוב והמיתוג".

לטענת ב"כ משיבה מס' 3, הצעת המחיר אותה הגישה העותרת היתה נגועה בשיקולים תכסיסיים, באשר היא הציגה מתגים ראשיים שאינם תומכים ב-L3, כפי שהתחייב על-פי הוראות המכרז. לכן, לטענתה, היה מקום לבטל את הצעתה של העותרת על הסף כבר בשלב הזה.

היועץ קבע שכן מדובר בתוספת תשלום להצעה והסביר זאת בעדותו כמפורט לעיל.

בית-המשפט לא אמור לבדוק שיקולים טכניים - מקצועיים של היועץ, שסבר שללא תוספת כרטיסי התוכנה לא יכול להתקבל המיתוג הנדרש במכרז.

ביחמ"ש יכול לבדוק אם שיקולי היועץ היו ענייניים, ולהתרשם ממידת מקצועיותו, ברם לא להחליף את שיקול דעתו שלו בשיקול דעת היועץ.

לא הוכח בפני, שהיועץ היה אדם לא מקצועי או שנקט במשוא פנים. נראה שהוא בדק את הנושא לגופו.

אשר על כן אני דוחה הטענה בראש פרק זה.

אי מתן עדיפות תוצרת הארץ להצעתה של "בינת":

ב"כ העותרת טוען, כי פגם נוסף בשיקולי ועדת המכרזים נובע מהתעלמותה המופגנת מהוראות תקנה 22(א) לתקנות המכרזים, הקובעת:

"ועדת המכרזים תמליץ על מתן עדיפות לרכישת טובין מתוצרת הארץ. כל עוד מחיריהם אינם גבוהים ביותר מ- 15% ממחיר הטובין המיובאים. ובתנאי שהטיב ויתר התנאים עונים על דרישות המזמין."

לטענתו, ציוד AVAYA שנכלל בהצעתה מסופק ומיוצר רובו בישראל, ואין ספק כי הוא עונה להגדרת "טובין מתוצרת הארץ".

לטענת ב"כ משיבים 1 ו-2, התקנות קובעות כי יש להתייחס להצעות הנמוכות מ- 15% ממחיר הטובין המיובאים, בתנאי שהטיב ויתר התנאים עונים על דרישות המזמין, דהיינו רק כאשר מדובר בטובין בעלי איכות שווה.

דירוג האיכות שקיבל הציוד של חברת AVAYA עמד על 20 נקודות מתוך 40 נקודות, לעומתו ציוד NORTEL קיבל את מלוא 40 הנקודות האפשריות; דהיינו האיכות והטיב של מוצרי AVAYA נופלים מול מוצרי NORTER וזוהי גם טענת המשיב 3.

כאשר דרוג האיכות של חברת בינת הוא כמחצית מזו של חברת נט פלס לא ניתן להידרש לתקנה 22 (א) בשל אי-עמידה בסיפא של התקנה:

"ובתנאי שהטיב ויתר התנאים עונים על דרישות המזמין"

לאור בדיקת הטיב ומבלי להיכנס לשאלה האם המדובר בתוצרת הארץ אם לאו- אזי העותרת בינת לא עונה לתנאי התקנה 22(א) הנ"ל, לענין טיב עפ"י דרישת המזמין; במקרה הנוכחי דירוג הטיב היה פחות מ- 50% כשדירוג הטיב של שאר המשתתפים במכרז היה גבוה יותר.

אשר על-כן דינה של טענה זו להדחות.

ז. פגמים בהצעה הזוכה

טוען ב"כ העותרת כי בהצעה הזוכה נפלו שני פגמים:

הפגם הראשון - הוא כפל הנחה.

הפגם השני - תיקון ההצעה לאחר תום המועד האחרון להגשת הצעות.

אשר לפגם הראשון הנטען:

לטענת ב"כ העותרת, מעיון במסמכי ועדת המכרזים שנמסרו לבינת ומטבלת ההשוואה, נראה כי העירייה הביאה בחשבון "הנחה של 70,000 ₪ בתנאי ביצוע שלב א'". לטענת ב"כ העותרים יכול להשתמע מכך כי ההצעה הזוכה כוללת הנחה שמונתית בכך כי שלב א' של ההתקשרות יבוצע ע"י נט-פלס וכך יצא שזיכו אותה ב"כפל הנחה" שלא כדין. זו הנחה פסולה שאין להביאה בחשבון, ובגינה יש לפסול את כל ההצעה.

המשיבים 1 ו-2 משיבים על כן כי ההנחה בשיעור של 70,000 ח"ש אינה הנחה. הפריטים נשוא סכום זה אינם מותנים בביצוע של כלשהו עפ"י תנאי המכרז ומהווים למעשה הנחה בגין פריטים שעל העירייה לרכוש ממילא כדי להפעיל את המתגים הנרכשים במכרז בצורה אופטימלית.

טוען בנוסף ב"כ המשיבה 3, הציוד שהוצע ע"י נט-פלוס הינו למעשה ברובו ערך מוסף שלא נדרש במסגרת המכרז, אך יש בו ליעל ולחסוך בעבודות העירייה, ולא נדרשת בגינו תמורה נוספת. הכללתו בהצעת המחיר מצד נט-פלוס חוסכת לעירייה עלות המוערכת בכ- \$70,000, למרות שההנחה שחשבה ועדת המכרזים - הוא כ- 70,000 ח"ש בלבד; גם ללא ההנחה הנ"ל, אף שניתנה כדין, אזי הצעתה של נט-פלוס הן הכספית עצמה והן המשוקללת, היא הראשונה מבין ההצעות במכרז, כך שלגופו של ענין אין הטענה רלבנטית.

טעמי המשיבים מקובלים עלי, והם גם עולים בקנה אחד עם התרשמות מומחה העירייה.

אשר לפגם השני הנתען -

מסעיף 68 לעתירה אליה הופנה באופן כללי בית המשפט בסיכומים, עולה כי נעשה תיקון בהצעה הזוכה, לפיו הוכפל אחד הרכיבים בהצעת נט פלוס מכיוון שהיא לא הביאה בחשבון שהמדובר בשני בניינים. בכך רואה ב"כ העותרת שינוי שלא בתום לב, לאחר עבור המועד הסופי להגשת ההצעות.

גורסות המשיבות כי התיקון שנעשה היה עקב השמטה בתום לב של רכיב אחד ולא של בנין שלם, הוא בא כדי ליצור אחידות בהצעות.

גם כאן טעמי המשיבות מקובלים עליי, ואני דוחה הטיעון בראש פרק זה.

ח. היועץ - מר שמואל שטיין

לענין חשיבותו של יועץ כותב עו"ד שמואל הרציג בספרו "דיני מכרזים", כרך ב' מהדורה שניה, הוצאת בורסי, ניסן התשס"ב- מרץ 2002 (עמ. 271-270):

"הצורך במומחה במכרזי הרשויות המקומיות הוא לכאורה חיוני ביותר, מפני שחברי ועדת המכרזים הם אנשי ציבור שאינם עובדי הרשות המקומית ואין להם זיקה ישירה לגורמים המבצעים של הרשות המקומית.

ב-ה"פ (ת"א) 375/96 אי.א.א. אינטרנשיונל אלקטרוניקס בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם) נטען כי: העברת ההצעות לבדיקת יועץ חיצוני (לצורך בדיקת עמדת המציעים בתנאי הסף) הינה העברה שלא כדין של שיקול דעת. ביהמ"ש קבע כי אין כל פגם בהיעזרות המדינה בגורם חיצוני וכי ניתן אף לומר שלהעסקתו כגורם חיצוני יתרונות הן מבחינה כלכלית והן מבחינת תכליתה של החובה לערוך מכרז, ובפרט כאשר אותו גורם הינו בעל מומחיות בתחום שבו הוא עוסק.

ביהמ"ש הוסיף וציין כי:

ההיעזרות בגורם חיצוני מרחיקה חשש שקביעת התנאים המוקדמים נעשתה על-ידי המזמין, שליבו כוונות שאינן טהורות, להעדיף משתתף פלוני העומד באותם תנאים, על אחרים."

לטענת העותרת, מקריאת דו"ח היועץ מצטיירת תמונה מגמתית, חוסר בקיאות ותשתית עובדתית מוטעה ומופרכת אשר על בסיסה נקבע ציון האיכות של הצעת "בינת".

לטענתה, היועץ לא היה מקצועי דיו, לא עשה סקר שוק או כל בדיקה עצמאית חיצונית לא פנה לממליצי "בינת" לקבל חו"ד, וחווה"ד שלו נגועה במשוא פנים.

ב"כ משיבים 1 ו-2 טוען מנגד, כי חוו"ד של היועץ וטענותיה של ב"כ העותרת בדבר משוא פנים, חסרים כל שחר. לטענתם, חוו"ד של היועץ שעובד עשרות שנים בארגונים ציבוריים היא מקצועית ונכונה, מה גם שהוא פנה לחלק מממליצי העותרת באמצעות מר ח' נגימה מאגף המיחשוב; בנוסף פנה היועץ לאנשי מקצוע.

ליועץ ניסיון של 25 שנה בתחום המחשוב והתקשורת וזה ניסיון רב. ועדת המכרזים החליטה בשיבתה מיום 7/11/01 להעביר את הנושא לבדיקה של ועדת משנה מיוחדת לענייני מחשבים, בהשתתפות נציגי אגף המחשוב בעירייה, על-מנת שתגיש את המלצותיה.

אף לאחר בדיקת ועדה זו לא נמצא מקום לשנות את ציוניה של העותרת והם נשארו כשהיו.

משיבה מס' 3 טוענת, כי למעשה העותרת אינה זרה למשיבים 1 ו-2 בשל אופי השירות הגרוע שניתן על ידה לעירייה במהלך כל השנים; וכן שהעותרת כיום היא המשווקת המורשית של חברת NORTEL (שזו החברה שמספקת את הציוד), ומתקשרת בחוזה עם משיבה מס' 3. לטענת ב"כ משיבה מס. 3, העותרת מנסה לאחוז את החבל בשני קצותיו.

לסימו של פרק זה התרשמתי כי לענין טענת משוא הפנים של היועץ, נראה כי ראוי היה שטענה זו לא היתה נשמעת.

היועץ פועל ומוכר לעותרת מזה זמן רב, ולמעשה כמעט לאורך כל תקופת עבודתו בעירייה היה מול פעילותה של העותרת; הוא מכיר באופן אישי את הציוד, את העותרת ואת המשיבה 1. גם לגופה של בדיקה, לא ניתן למצוא משוא פנים או רשלנות, בבדיקתו של היועץ.

מכל האמור בראש פרק זה, אני דוחה את טענות העותרת.

ט. טענת המעשה העשוי והיעדר תום לב בהתקשרות

ב"כ משיבים 1 ו-2 טוען, כי הציוד בשלב א' הותקן בשלמותו, לפני הגשת העת"מ והבקשה לצו מניעה זמני, ולכן באופן זה מוצה החוזה לגבי שלב זה; מכאן, לטענתו, מדובר במעשה עשוי. בבג"צ 74/86 ה.ג. פטולק ציוד רפואי בע"מ נ' ועדת המכרזים של משרד הביטחון (תק-על 139, (2) 86) נקבע כי:

"העותרת מלינה על פגמים בהליכי המכרז. התברר לנו היום כי עוד בטרם ניתן צו הביניים מופקע כבר כ- 15% מכלל ההזמנה.

זאת ועוד, הזוכה בעתירה רכשה כבר את כל חומרי הגלם ואף קיבלה כבר 50% מכל התמורה.

בנסיבות אלה נראה לנו, כי אפילו צודקת העותרת לגוף הענין, לא נוכל להיעתר לה לבטל את המכרז.

מטעם זה ומטעם זה בלבד אנו דוחים את העתירה.

אין בכך כדי לנעול בפני העותרת את מימוש זכויותיה, עד כמה שיש לה כאלה, ובימ"ש מוסמך לענין סעד כספי".

כפי שציינתי לעיל, לטענת ב"כ המשיבים 1 ו-2, עו"ד פריאל הודיעה בטלפון ואף במהלך הפגישה עם נציגי העותרת שנערכה ביום 15/1/02, כי אין בכוונת המשיבה 1 לעצור את הליכי חתימת החוזה בינה לבין המשיבה 3 והפגישה ביניהם נועדה למעשה להסביר לעותרת מדוע לא זכתה במכרז ותו לא.

לטענתו של ב"כ המשיבים 1 ו-2 הודעה על זכייתה של משיבה 3 נושאת תאריך 19/12/01, אך נשלחה למשיבה 3 ביום 24/12/01 ונתקבלה, לטענתו, מספר ימים לאחר מכן.

לטענתו, ביום 15/1/02 התקיימה הפגישה האמורה במשרדו של מנהל אגף המחשוב אצל משיבה מס' 1. בפגישה הני"ל הוברר ואף לפני כן לנציגי העותרת, על-ידי עו"ד פריאל, כי מאחר והעותרת נמצאת בדירוג המשוקלל במקום החמישי והאחרון מבין כלל ההצעות שהוגשו למכרז, אין בכוונת המשיבה 1 להפסיק את הליכי חתימת החוזה.

לטענתו, בתום הפגישה לא היה ברור לנוכחים כלל, כי בכוונת העותרת לפנות לביהמ"ש בעת"מ. להיפך, אנשי אגף המחשוב סברו כי ההסברים שניתנו סיפקו את העותרת בשלב זה.

כל הליך חתימת החוזה בוצע על-ידי מדור חוזים במחלקת מכרזים, התקשרויות וביטוחים של

המשיבה 1 וערך כ- 3 שבועות. לו היתה טענתה של העותרת בדבר זירוז הליכי חתימת החוזה בתום לב נכונה, אזי היה נחתם החוזה מיד לאחר פניית הראשונה של העותרת אל משיבה מס' 1, דהיינו ביום 7/1/02 ולא ממשיך ומתנהל במהלכו הרגיל.

זאת ועוד, לטענתם, לעניין אספקת ציוד: "אספקת והתקנת הציוד תהיה לשיעורין על-פי דרישת העירייה ועל-פי צרכיה, בהתאם לתקציבה, תוך 6 ימים ממועד ההזמנה".

כיוון שרשת הבנין של מינהל ההנדסה עמדה בפני קריסה, לרבות שתי חוות השרתים העירוניות, המספקת שירותים לכל היחידות העירוניות, בראשם יחידות מבצעות כדוגמת המוקד העירוני (106), מכבי אש (101) וכדומה, לכן ברגע שנחתם החוזה ואנשי אגף המחשוב ידעו שניתן להזמין ציוד על-פיו, הוזמן הציוד באופן מיידי, ומשיבה 3 נתבקשה גם לספק ולהתקינה בהקדם האפשרי.

כל אלה פעולות רגילות סבירות ותמות לב בנסיבות.

ב"כ משיבה 3 טוענת, כי ההתקשרות עם העירייה נעשתה כבר ביום 19/12/01 או בסמוך לכך.

בבג"צ ע"א 431/82 נוראל חסיד נ' פרוזות (פ"ד ל"ט) 451, 455 (4) נקבע:

"החוזה הכתוב והחתום משלים את המסגרת הפורמלית, אך חוזה מחייב נכרת בדרך כלל ברגע שבעל המכרז מודיע למגיש ההצעה שהוא זכה במכרז ושהצעתו אכן התקבלה".

בשל היות בנין ההנדסה בנין במצב קריטי, שכן רשת הבנין של מינהל ההנדסה עמדה בפני קריסה, המדובר בעצם ב- 6 שבועות ממועד חתימת החוזה ועד לסיום ביצוע שלב א' בפועל, דבר המעיד על תום לב ולא על זריזות יתר בביצוע חוזה מכרז.

גורס ב"כ העותרת, כי עילת המעשה העשוי היא עילה מבית היוצר של בג"צ. עילה זו מושתתת על שיקולי צדק, לפי היגיון זה אין מתקנים עוול בעוול; עילה מעין זו השאובה מדיני הישר אינה יכולה להתקיים ביחד עם חוסר תום לב ועוד בהיקף שכזה.

ב"כ חברת "בינת" נותן מספר סימנים מהם עולה לכאורה, כי המכרז ואופי התנהלותו לוקים בחוסר תום לב.

לדוגמא:

- משלוח ההודעות על תוצאות המכרז נעשה בהפרש זמנים, באופן שהודעת הזכייה ל"נט-פלס" נמסרה, לדברי "נט-פלס" עצמה, כבר ביום 19/12/01 ואילו הודעת הדחיה נתקבלה בידי "בינת" רק ביום 3/1/02.

- זימונה של "בינת" לפגישה במשרד העירייה ביום 15/1/02 לשם דיון בטענותיה, נעשה כאשר במקביל זומנו נציגי "נט-פלס" לחתימה.

- חתימת חוזה ההתקשרות והוצאת הזמנת העבודה ל"נט-פלס" ביום הפגישה עם נציגי "בינת", נעשו כאשר ברור היה בסיומה של פגישה זו, כי בכוונת "בינת" להגיש עתירה כנגד הליכי המכרז ולכן הזמנת העבודה בטרם חתימה כדין על חוזה ההתקשרות, בוצעה ככל הנראה, בשל הבהילות הרבה בה פעלו נציגי העירייה.

אם נשוב ונתייחס לעובדה שלא נסתרה שמערכת המיתוג של העירייה כמעט קרסה, כך שנדרשה עבודה מהירה ועילה אף לעניין החתימה, לא נראה כי מדובר במעשים המאופיינים בהיעדר תום-לב ודרך מקובלת.

לכן אני קובעת כי לא נפל פגם בהליך ההתקשרות לגבי שלב א' ושאר השלבים ולצורך העתירה ניתן לראות בהתקשרות שכבר נעשתה מעשה עשוי.

י. מקבץ טענות נוסף

לטענת העותרת נפלו טעויות בשיקול הדעת לעניין יכולת הגידול ברשת, מספר התקנות,

הציוד בארץ ואחידות הציוד.

אתיחס לטענות אלה כסדרן.

בבחינת פרק ג' לתנאי המכרז "הקריטריונים לבחינת הצעות", נקבע כי :

1. " השיקולים בבחינת ההצעות

בשיקוליה בבחינת הצעות תתחשב העירייה בגורמים הבאים :

א. מחיר ההצעה הכולל- משקל 60%.

ב. איכות הפתרון המוצע- משקל 40%.

...

6. איכות ההצעה המוגשת :

בבחינת איכות ההצעה המוגשת, יובאו בחשבון :

6.1 איכות הציוד -40%.

6.2 יכולת גידול הרשת-10%.

6.3 משך זמן ביצוע העבודה-10%.

6.4 מספר התקנות בארץ-5%.

6.5 אחידות הציוד-10%.

6.6 הערכת המשתתף במכרז -25%.

לעניין יכולת הגידול ברשת -

לטענת ב"כ העותרת שציוד בינת עמד לה לרועץ בשל מהירות עבודה הנמוכה מ- 10 gbps וכמות Vlans פחותה משמעותית בהשוואה לציוד Nortel. ברם, לא נכללה דרישה מפורשת בתנאי המכרז למהירות של 10 gbps וכמות Vlans. כיום עושה העירייה שימוש בכ- 50 Vlans, דהיינו פחות מ- 5% מכמות ה- Vlans המתאפשרת בציוד Avaya.

ב"כ משיבים 1 ו-2 הגיב לטענות אלו כי הפרמטר הנו לגיטימי שכן הוא לוקח בחשבון את יכולת העברת הנתונים במהירות גבוהה, ומהווה בסיס טוב לגידול עתידי של הרשת. (ר' גם עדות היועץ בעמ' 14 סע' 13-18 לפרוטוקול).

מאחר ועדות היועץ ועבודתו המקצועית הנם אמינים עלי, איני רואה מקום להתערב בקביעה זו.

לעניין מס' התקנות הציוד בארץ -

ב"כ העותרת טוען כי הניקוד בסעיף זה נקבע באופן שרירותי כיוון ש-4 משתתפים במכרז הצינו ציוד Nortel לעומת הצעה אחת של Avaya.

ב"כ משיבים 1 ו-2 טען כי כמות ההתקנות שהוצגה במענה למכרזים ע"י המשיבות 3, 4, 5, היה גדול פי 3.3 מאלו של המתכת. לעניין טענת ב"כ העותרת כאילו לא נעשה מחקר שוק בנושא טענו המשיבים 1 ו-2 כי העותרת הנה המפיצה היחידה והבלעדית של ציוד Avaya בארץ ולכן היועץ לא מצא לנכון לערב מחקרי שוק בנושא.

עמדתי בראש פרק זה דומה לראש הפרק הקודם.

משנתן היועץ דעתו לנושא, הגיע למסקנה, ועשה עבודתו נאמנה - אין לביהמ"ש מקום להתערב.

לעניין אחדות הציוד-

הסביר היועץ כי העניק לבינת מחצית מהניקוד האפשרי, בשל כך שבהצעתה נכלל יותר מסוג אחד של מתג קצה. לטענת ב"כ העותרת מתגי הקצה שהוצגו משתייכים לאותה משפחה.

ב"כ משיבים 1 ו-2 טען כי כל משתתף במכרז אשר הציע יותר מסוג מתג אחד, כמתג קצה קבל את אותו ציון- 5 נקודות; ואפילו הזוכה במכרז קבלה בסעיף זה 5 נק', שהרציונאל לכך הוא שמגוון בציוד מקשה על תחזוקה.

גם כאן אשוב ואומר כי משמצאתי ששיקול הדעת הטכני היה ענייני - אין מקום להתערב בו.

סוף כל הסופות

קבע השופט אור בבג"צ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ואח' (פ"ד מה(688, 678) 3):

"השאלה עליו להחליט היא לא מה היה מחליט בית-המשפט, בנסיבות דומות, אלא אם החלטת המינהל עומדת בפני הביקורת בהיותה החלטה שרשות מינהלית סבירה יכולה היתה לקבל. אם ההחלטה עומדת במבחן הסבירות - כמובן זה שהיא מהווה אחת ההחלטות הסבירות שניתן היה לקבל באותן נסיבות - לא יתערב בכך בית-המשפט".

והשופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח' (פ"ד לה(1) 421 בעמ. 442) קבע:

"העיקרון בדבר אי התערבות של בית-המשפט בשיקול הדעת המינהלי פירושו כי הבחירה בין הפתרונות האפשריים השונים הנופלים למתחם הסבירות, כל כולה נתונה לרשות המינהלית...".

ובהמשך:

"סיכומו של דבר: חופש הבחירה המינהלי פועל במתחם הסבירות. בתחום זה לא יתערב בימ"ש ולא יחליף את שיקול-הדעת המינהלי בשיקול-דעתו הוא. בחירה הנעשית מחוץ למתחם הסבירות תיפסל ע"י ביהמ"ש. מתחם הסבירות עצמו נקבע ע"י ביהמ"ש ששואל את עצמו, מהו תחום השיקולים של רשות מנהלית סבירה בנסיבות הקונקרטיות של הענין שלפניו".

בבחינת כל הטענות שהועלו על-ידי חברת בינת - העותרת -, לא השתכנעתי כי נעשה עוול לחברת בינת המצדיק את הסעדים שנתבקשו על-ידה.

על-כן אני דוחה את העתירה.

אני מחייבת את העותרת בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 15,000 ח"ש + מע"מ למשיבים 2 + 1 ו- 25,000 ח"ש + מע"מ למשיבה מס. 3. הסכומים ישאו ריבית והצמדה כדין.

ניתן והודע היום _____ במעמד _____

ד"ר דרורה פלפל, שופטת



Disclaimer	הודעה
באתר זה הושקעו מאמצים רבים להעביר בדרך המהירה הנאה והטובה ביותר חומר ומידע חיוני. מדיה זו עושה שימוש באמצעים חדשניים ביותר אשר פותחו רק לאחרונה והניסיון לגביהם הוא חדש וללא רקורד רב. על המשתמשים והגולשים לעיין במקור עצמו ולא להסתפק בחומר המופיע באתר המהווה מראה דרך וכיוון ואינו מתיימר להחליף את המקור כמו גם שאינו בא במקום יעוץ מקצועי. האתר מייעץ לכל משתמש לקבל לפני כל פעולה או החלטה יעוץ משפטי מבעל מקצוע. האתר אינו אחראי לדיוק ולנכונות החומר המופיע באתר. החומר המקורי נחשף בתהליך ההמרה לעיוותים מסויימים ועד להעלתו לאתר עלולים ליפול אי דיוקים ולכן אין האתר אחראי לשום פעולה שתעשה לאחר השימוש בו. האתר אינו אחראי לשום פרסום או לאמיתות פרטים של כל אדם, תאגיד או גוף המופיע באתר.	