

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 28962-11-10

בפני כב' השופט משה סובל**מהלב – מרכז ישראלי לנגישות בתקשורת בע"מ****העותרת**

ע"י ב"כ עו"ד עמיחי סגל

נגד**המשיבים****1. המוסד לביטוח לאומי**

ע"י ב"כ עו"ד ד"ר עומר דקל

2. מדטכניקה אורתופון בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ד"ר גאי כרמי

חקיקה שאוזכרה:

[תקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993: סע' 6\(א\), 20\(ד\)](#)[תקנות העיריות \(מכרזים\), תשמ"ח-1987](#)

מיני-רציו:

* תעודת ההסמכה לתקן איכות ISO אינה מסמך שצירופו להצעה מהווה תנאי סף להשתתפות במכרז הנדון, אולם היא מסמך שההצעה אינה שלמה בלעדיו. לא נמצאה עילה להתערב בהחלטת ועדת המכרזים לפסול את הצעת העותרת לאחר שבמועד הגשת ההצעה לא נמצאה ברשותה ולא הוגשה תעודה כזו. ההימנעות מהתערבות מתחזקת על רקע מדיניותו הקפדנית של ביהמ"ש העליון, לפיה המקרים בהם יהיה ניתן להתעלם מפגם בהצעה הנם בגדר החריג שבחריג.

* מכרזים – הצעות – פגמים

* מכרזים – תנאי המכרז – אי-עמידה בהם

* מכרזים – עקרונות המכרז – עקרון השוויון

* משפט מינהלי – מכרזים – הצעות

* משפט מינהלי – מכרזים – עקרונות המכרז

.

העותרת זכתה במכרז שפרסם המל"ל לשרותי אספקה, התקנה, תפעול, הדרכה, תיקונים וחלקי חילוף של מערכות עזר לשמיעה וציוד עזר לשמיעה, לאנשים עם לקות שמיעה, עבור סניפי מל"ל ומרכזי יום לקשיש, ונחתם הסכם בינה ובין מל"ל. לאחר פניית המשיבה 2 (אחת מהתמודדות

במכרז), בחנה ועדת המכרזים בשנית את הצעותיהן של העותרת ושל משיבה 2, והחליטה כי הצעת משיבה 2 נפסלה כדין, אך כי יש לפסול גם את הצעתה של העותרת. מאחר שלא נותרו הצעות כשירות במכרז, החליטה הוועדה לבטלו ולבחון אפשרות לפרסום מכרז חדש תחתיו. נגד החלטה זו מכוונת העתירה.

בימ"ש לעניינים מנהליים דחה את העתירה בקובעו:

ע"פ סעיף 21.4 למכרז, אחד המסמכים שעל המציע לצרף להצעתו הוא תעודת הסמכה לתקן איכות ISO, או תעודה דומה מטעם גורם ההסמכה הבינלאומי. ניסיון העותרת להטיל ספק בהבנת סעיף 21.4 למכרז, אינו יכול לעמוד. מהתנהלות העותרת עולה, כי היא הבינה היטב את הגישה את הצעתה, כי אותה תעודה נדרשת לגבי המציע ולא לגבי יצרן המוצרים. בנסיבות אלה, אין לאפשר לעותרת לחלוק על פרשנותו של סעיף 21.4 לראשונה לאחר פסילת הצעתה ולטעון רק אז כי הסעיף אינו ברור די הצורך. הלכה היא כי מי ששתק בזמן שהגיש הצעתו למכרז, מוותר על האפשרות להטיל דופי לאחר מעשה במכרז ובתנאיו. כמו כן, מאחר שהפרשנות הסבירה היחידה של הסעיף, מבחינה לשונית ותכליתית גם יחד, תואמת את האופן בו העותרת הבינה אותו מלכתחילה, אין תחולה לכלל הפרשנות המעניק עדיפות לפירוש המקיים את ההצעה.

אמנם, תעודת ההסמכה ע"פ סעיף 21.4 למכרז אינה מסמך שצירופו להצעה מהווה תנאי סף להשתתפות במכרז. עם זאת, התעודה הנה מסמך שההצעה אינה שלמה בלעדיו. התעודה אמורה להוכיח את כשירותו ה"חיצונית" של המציע לאספקת השירות נשוא המכרז ע"פ מסמכים אובייקטיביים. מסמך שאין ההצעה שלמה בלעדיו, אפשר שיסווג כמסמך מהותי שאין ועדת המכרזים רשאית להתעלם מחסרוננו ולאפשר את הגשתו לאחר הגשת ההצעות, ואפשר שיסווג כמסמך טכני שבידי הוועדה להבליג על אי-הגשתו או להתיר הגשתו באיחור. ההבחנה בין השניים נעשית בהתאם לעקרונות השוויון והתחרות ההוגנת, המהווים אבן הראשה של המכרז הציבורי. הדרישה לצורך הכשרת פגם בהצעה הנה כפולה: א. הפגם אינו פוגע בתחרות השוויונית בין המציעים, בינם לבין עצמם, ובינם לבין המציעים הפוטנציאליים; ב. הפגם נובע מטעות בתום-לב.

הכלל העולה מתקנה 20(ד) לתקנות המכרזים הוא שהצעה שהייתה פגומה במועד הגשתה תיפסל, למעט במקרים חריגים, המאפשרים לוועדת המכרזים להכשיר את ההצעה בהתאם לשיקול דעתה. התערבות ביהמ"ש בשיקול דעת הוועדה מוגבלת למצבים בהם ההחלטה נגועה בפגם מנהלי שורשי וחמור. במקרה הנדון, לא נמצאה כל עילה להתערב בהחלטת ועדת המכרזים לפסול את הצעת העותרת לאחר שבמועד הגשת ההצעה לא נמצאה ברשותה תעודת הסמכה לתקן איכות ISO, כך שתעודה כזאת גם לא צורפה להצעה. החלטה זו נועדה למנוע את העדפת העותרת לטובה ואת הפרת השוויון והתחרות ההוגנת בינה לבין יתר המציעים. הבלגה לאחד המציעים על דרישה חד-משמעית במכרז לקיומה ולצירוף תעודת הסמכה לתקן איכות, מוציאה את אותו מציע מחוץ למסגרת, ועושה את התחרות בינו לבין יתר המציעים בלתי-שוויונית ובלתי-הוגנת. יתרה מכך, מתן אפשרות לאחד המציעים להתמודד ואף לזכות במכרז אף שלא התקיימה בו הדרישה המהותית להחזקה בתעודת ISO, שקול למעשה לשינוי בדיעבד של כללי המשחק לאחר הגשת ההצעות, מהלך שהנו אסור בתכלית.

יום הגשת ההצעות הוא היום הקובע לצורך קיום התעודה, ולא כל מועד מאוחר ממנו, שהרי סעיף 21.4 דורש לצרף את התעודה להצעה. במועד זה לא החזיקה העותרת לא בתעודת הסמכה לתקן איכות ISO ולא בתעודה דומה. נתונים אלה הם לבדם הקובעים לענין דרישת המכרז לצירוף תעודת הסמכה, ולא העובדה שהעותרת החלה בהליך הנדרש לקבלת התעודה קודם להגשת הצעתה, שהרי סעיף 21.4 דורש לצרף להצעה העתק מתעודת הסמכה, ולא מאישור על הימצאות המציע בתהליך

לקראת קבלת התעודה. שונה היה הדבר אילו במועד הגשת ההצעה הייתה התעודה קיימת ובשל תקלה לא צורפה.

ההימנעות מהתערבות בהחלטת הוועדה מתחזקת על רקע המדיניות הקפדנית בסוגיה אותה מתווה בשנים האחרונות ביהמ"ש העליון. ע"פ מדיניות זאת, המקרים בהם יהיה ניתן להתעלם מפגם בהצעה ולהחשיבו כזניח הנם בגדר החריג שבחריג, והכלל הוא כי פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו. ההקפדה על מילוי תנאי המכרז ככתבם וכלשונם יפה גם למקרי גבול, באשר מוטב לנקוט גישה בית שמאי גם ביחס למקרים שנראה כי הם נופלים ל'תחום האפור'. גישה מחמירה ודקדקנית זו חותרת לצמצם עד כמה שניתן "פרשנות יצירתית" לתנאי המכרז, במטרה להגשים באופן מיטבי את עקרונות השוויון וההגיונות המהווים את "נשמת אפו" של המכרז. היא מקבלת משנה תוקף בנסיבות דנא, בהן הפגם המהותי אינו עומד לבדו אלא מצטרף לשני פגמים טכניים בהצעת העותרת, הגם שלדעת ועדת המכרזים באותם פגמים לבדם לא היה להביא לפסילת ההצעה.

פסק דין

1. העותרת הנה אחת משלוש חברות שהתמודדו במכרז מספר מ(2026)2009 שפרסם המוסד לביטוח לאומי (משיב 1; להלן – **מל"ל**) לשרותי אספקה, התקנה, תפעול, הדרכה, תיקונים וחלקי חילוף של מערכות עזר לשמיעה וציוד עזר לשמיעה, לאנשים עם לקות שמיעה, עבור סניפי מל"ל ומרכזי יום לקשיש. תכליתן של מערכות אלה הנגשת סניפי מל"ל ומרכזי יום לקשיש לאנשים עם לקות שמיעה. שתי המתמודדות הנוספות היו מדטכניקה אורתופון בע"מ (משיבה 2) ושטיינר מכשירי שמיעה בע"מ (להלן – **שטיינר**). המועד האחרון להגשת ההצעות למכרז היה 27.1.10. ביום 15.7.10 החליטה ועדת המכרזים לפסול את הצעותיהן של משיבה 2 ושל שטיינר בשל אי-עמידתן בתנאי סף, ולבחור בהצעת העותרת כזוכה במכרז. ביום 1.8.10 נחתם הסכם בין מל"ל לבין העותרת. ביום 15.8.10 פנתה משיבה 2 למל"ל והעלתה שורה של טענות נגד פסילת ההצעה ואי-פסילת ההצעה של העותרת. לאחר שקיבלה את תגובת העותרת לטענות אלה, בחנה ועדת המכרזים בשנית את הצעותיהן של העותרת ושל משיבה 2, והחליטה ביום 26.10.10 כי הצעת משיבה 2 נפסלה כדין, אך כי יש לפסול גם את ההצעה של העותרת. מאחר שלא נותרו הצעות כשירות במכרז, החליטה הוועדה לבטלו ולבחון אפשרות לפרסום מכרז חדש תחתיו. נגד החלטה זו מכוונת העתירה שלפנינו.

2. אמות המידה לצורך ההכרעה במכרז הן האיכות (40%) והעלות (60%). סעיף 13 למכרז (בנוסחו המתוקן על פי החלטת ועדת המכרזים מיום 2.12.09 – נספח כ' לעתירה ונספח א' לכתב התשובה של מל"ל – ולא הנוסח המצורף כנספח א' לעתירה) קובע כי בחינת ההצעות תיעשה בארבעה שלבים (ולא חמישה שלבים כנטען בסעיף 5 לעתירה): שלב א' – בדיקת עמידת ההצעות בתנאי הסף המנויים בסעיף 10 למכרז ופסילת ההצעות שאינן עומדות בתנאים אלה. שלב ב' – קביעת ציון האיכות לכל אחת מקבוצות הפריטים הכלולות במכרז והמופיעות בהצעה. שלב ג' – קביעת ציון העלות לפריטים האמורים. שלב ד' – שקלול ציון האיכות והעלות לכל אחת מקבוצות הפריטים.

3. בחוות דעת משפטית מיום 12.10.10 שהוגשה לוועדת המכרזים בעקבות פנייתה של משיבה 2, פורטו שני סוגי פגמים בהצעת העותרת. הסוג הראשון הוא אי-צירוף אישורים המעידים על היותה של העותרת ספק מורשה כנדרש בתנאי הסף שבסעיף 10.9 למכרז. הסוג השני הוא אי-צירוף תעודת הסמכה לתקן איכות ISO המופיעה בסעיף 21.4 למכרז כאחד המסמכים אותם על המציע לצרף להצעתו.

4. לגבי הפגם מהסוג הראשון נקבע בסעיף 10.9.2 למכרז כך:

"על המציע לצרף להצעתו (כפי שמופיע בנספח א' למכרז) אישור מקורי מטעם היצרן המעיד על היותו מורשה להפצה, שיווק ותחזוקת מערכות עזר לשמיעה וציוד עזר לשמיעה המוצעים ע"י המציע במסגרת מכרז זה".

בחוות הדעת המשפטית נאמר כי נפל פגם באישורים שצורפו להצעת העותרת מטעם שני יצרנים של פריטים שנכללו בהצעתה. האישור בדוא"ל מחברת Onkayo בדבר היות הנמענת היבואנית המורשית של מוצרי החברה, מופנה ל"raviv", ללא פרטים מזהים נוספים המקשרים את אותה "רווית" לעותרת. בעקבות פנייתה של ועדת המכרזים לעותרת מיום 19.8.10 בה התבקשה תגובתה לטענות משיבה 2, המציאה העותרת אישור רשמי של חברת Onkayo מיום 26.1.10 (יום לפני המועד האחרון להגשת ההצעות למכרז), שלא צורף להצעה המקורית, לפיו העותרת היא היבואנית המורשית של מוצריה. האישור שצורף להצעה מאת החברה השנייה, Sennheiser, מתייחס אל

חברת קילים בע"מ, שהנה חברת אחות של העותרת, כאל היבואנית המורשית של מוצריה. בעקבות פנייתה של ועדת המכרזים מיום 19.8.10 המציאה העותרת אישורים רשמיים של חברת Sennheiser משנת 2007 ומיום 18.8.10 לפיהם העותרת היא היבואנית המורשית של מוצריה.

חוות הדעת דנה בשאלה האם ועדת המכרזים רשאית לקבל לאחר מועד הגשת ההצעות את האישורים שנמצאו ברשות העותרת באותו מועד ובכל זאת לא צורפו להצעה. לאחר הצגת השיקולים השונים ועמדת פסקי הדין שנזקקו לסוגיה זאת, עמדה שאינה חד-משמעית, הגיעו נותני חוות הדעת למסקנה כי החלטה של ועדת המכרזים שלא לאפשר לעותרת להשלים את המסמכים החסרים תעמוד, קרוב לוודאי, במבחן הביקורת השיפוטית. לעומת זאת, קשה להעריך בוודאות מה יחליט בית המשפט אם תובא בפניו עתירה נגד החלטה של ועדת המכרזים לאפשר את השלמת המסמכים החסרים. בסופו של דבר נאמר בחוות הדעת כי אילו היה מדובר בפגם היחיד בהצעת העותרת, כי אז ההמלצה הייתה להבליג עליו ולאפשר את תיקונו, בהינתן העובדה שהמסמכים החסרים נמצאו ברשות העותרת עוד במועד הגשת ההצעה.

5. אלא שאין מדובר בפגם היחיד בהצעה. חמורה ממנו, לפי חוות הדעת, היא הימנעות העותרת מצירוף תעודת הסמכה לתקן איכות ISO (היינו תקן איכות שנקבע על ידי ארגון התקינה הבינלאומי, ה-International Organization for Standardization) כדרישת סעיף 21.4 למכרז. סעיף זה מורה כי:

"מבלי לגרוע מהדרישות לצירוף מסמכים המפורטות בכל סעיף וסעיף במכרז, על המציע לצרף להצעתו את המסמכים הבאים:

...

21.4 העתק תעודת הסמכה לתקן איכות ISO, או תעודה דומה מטעם גורם ההסמכה הבינלאומי."

על פי האמור בחוות הדעת, אישור ההסמכה לתקן ISO שצורף להצעת העותרת מתייחס לחברת קילים בע"מ ולא לעותרת, מה גם שאישור זה פקע בשנת 2003. בעקבות פנייתה של ועדת המכרזים לעותרת מיום 19.8.10 המציאה העותרת אישור הסמכה המתייחס אליה מיום 23.2.10, היינו כחודש ימים לאחר המועד האחרון להגשת ההצעות. ועדת הבדיקה מטעם ועדת המכרזים

ביקשה מהעותרת להסביר האם מצוי ברשותה אישור הסמכה שהיה תקף במועד הגשת ההצעות. בתגובה המציאה העותרת אישור מחברת ההסמכה לפיו העותרת החלה בתהליך הנדרש לקבלת התעודה בחודש יוני 2009, היינו כשבעה חודשים לפני מועד הגשת ההצעות.

הדרישה לצירוף תעודת הסמכה לתקן ISO מנוסחת בלשון חובה אך אינה מופיעה בתנאי הסף להשתתפות במכרז המנויים בו בסעיף 10. חוות הדעת הבהירה כי מדובר במסמך המעיד על תכונה שאמורה להתקיים במציע במועד הגשת הצעתו ושהעדרו גורר את פסילת ההצעה, ועם זאת אינו תנאי סף. מאחר שהמסמך לא היה מצוי ברשות העותרת בעת הגשת הצעתה, הרי ההצעה נחשבת ל"הצעה חסרה" על פי [תקנה 20\(ד\) לתקנות חובת המכרזים](#), תשנ"ג-1993, כשנקודת המוצא היא שעל ועדת המכרזים לפסול הצעה כזאת "זולת אם החליטה הוועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו". החלטת הוועדה האם לפסול את ההצעה החסרה נגזרת מסיווגו של הפגם בהצעה כפגם מהותי שתיקונו או מחילה עליו פוגעים בעיקרון השוויון והתחרות ההוגנת, להבדיל מפגם טכני שנפל בתום לב ושתיקונו או ההבלגה עליו אינם פוגעים בשוויון. חוות הדעת מנתה שלושה שיקולים התומכים בסיווג הפגם בענייננו כפגם טכני הראוי להבלגה, ומולם שישה שיקולים כבדים יותר התומכים בפסילת ההצעה: מצד **אחד**, צירוף תעודת ההסמכה אינו תנאי סף במכרז; ניתן להניח כי הפגם של אי-צירוף התעודה ארע בתום לב (אם כי אין לשלול את האפשרות שצירוף תעודת הסמכה על שם חברה אחרת, שפקעה זה מכבר, נועד להטעות את ועדת המכרזים); בעת הגשת ההצעה נמצאה העותרת בעיצומו של הליך קבלת התעודה וייתכן שביום הגשת ההצעה עמדה בקריטריונים המהותיים לקבלת התקן ורק האישור ממכון התקינה טרם היה בידיה. מצד **שני**, הדרישה לצירוף התעודה נוסחה במכרז כדרישת חובה ולא כ"תנאי משקל" או "אמת מידה"; מדובר בדרישה מהותית הנוגעת למציעה עצמה ולגוף ההתקשרות ולא בדרישה בעלת אופי טכני או בענין שאינו קשור להתקשרות; במועד הגשת ההצעות למכרז העותרת לא עמדה בדרישת ההסמכה לתקן איכות ולא הייתה מסוגלת לעמוד בה; קיים חשד (שמטבע הדברים אינו ניתן להוכחה) כי צירוף התעודה משנת 2003 להצעת העותרת נעשה שלא בתום לב, במטרה להטעות את ועדת המכרזים; הבלגה על הפגם פוגעת בשוויון הן כלפי המציעים האחרים והן כלפי המציעים הפוטנציאליים; והיא שקולה למעשה לשינוי מאוחר של תנאי המכרז לאחר פתיחת ההצעות ובדיקתן, דבר האסור בתכלית האיסור. לאחר העמדת השיקולים אלה מול אלה, הגיעו נותני חוות

הדעת למסקנה כי על פי פסיקת בתי המשפט אין מנוס מסיווג הפגם של אי-צירוף תעודת ההסמכה כפגם מהותי המחייב את פסילת הצעת העותרת. הוסף כי בהקשר זה נודעת משמעות לשני הפגמים הנותרים בקשר לאישורי היבואן המורשה מחברות Onkayo ו-Sennheiser. אמנם ניתן היה על פי חוות הדעת להבליג על שני פגמים אלה. אולם הלכה היא כי ריבוי פגמים כשלעצמו עלול להוביל לפסילת הצעה, גם אם כל פגם בפני עצמו אינו מהותי וניתן להבליגה.

6. חוות הדעת המשפטית האמורה, ולצדה תוצאות הבדיקות הטכניות המחודשות של הצעות העותרת ומשיבה 2, נדונו על ידי ועדת המכרזים בישיבתה מיום 26.10.10. הוועדה החליטה לאמץ את חוות הדעת המשפטית לפיה בנסיבות הענין אין מנוס מפסילת הצעת העותרת. בהחלטת הוועדה צוין כי הוועדה נתנה **"את דעתה לכך שבעקבות ההחלטה הקודמת של הוועדה נחתם חוזה עם חב' 'מהלב' [העותרת] ואף נערך עימה סיור במס' סניפים. יחד עם זאת לא הוצאה הזמנה לציוד כלשהו"**. בנוסף החליטה הוועדה לאמץ את ממצאי הבדיקה הטכנית המחודשת בעניינה של משיבה 2, לפיהם הצעתה אינה עומדת בתנאי המפרט הטכני של המכרז. לפיכך הוחלט לבטל את המכרז ולבחון אפשרות לפרסום מכרז חדש.

7. העותרת טוענת כי ועדת המכרזים שגתה בהחלטתה לפסול את הצעתה, שהייתה היחידה שעמדה בכל תנאי הסף של המכרז, ואף זולה במידה ניכרת משתי ההצעות הנוספות שהוגשו. סעיף 13 למכרז, המחלק את ההכרעה בו למספר שלבים, קובע כי בשלב הראשון תיבדק העמידה בתנאי הסף: **"כל הצעה תיבדק למול הדרישות המפורטות בתנאי הסף בסעיף 10 לעיל. הצעה שלא תעמוד באחד מהתנאים הנ"ל תיפסל ולא תידון כלל"** (סעיף 13.1). מהוראה זו, ומהפסיקה העוסקת בהבחנה בין תנאי סף לבין תנאי רגיל, לומדת העותרת כי פסילת הצעה ללא בחינתה לגופה אפשרית רק בשל אי-קיום תנאי סף, והרי אין חולק כי התנאי של צירוף תעודת ISO אינו בגדר תנאי סף במכרז. ממילא יש לראות בתעודה מסמך שאינו מהותי, הניתן לריפוי בהגשתו המאוחרת ואף באמצעות מסמך חלופי בהתאם לסיפא של סעיף 21 למכרז: **"ועדת המכרזים רשאית לדרוש מהמציע מסמכים נוספים או חלופיים לאלה המפורטים לעיל, אם סברה כי הדבר דרוש לה לשם ההכרעה במכרז"**. לכל היותר, טוענת העותרת, יש בחסרונה של תעודת ההסמכה להשפיע על ציון האיכות המוענק להצעה או למנוע את הזמנת הציוד לאחר הזכייה, מה

עוד שבמקרה הנוכחי תעודת ההסמכה ניתנה לה כבר בחודש פברואר 2010, כחמישה חודשים לפני החלטת ועדת המכרזים מיום 15.7.10 על זכיית הצעתה; לפני החתימה על הסכם ההתקשרות; וכאשר בקשתה לקבלת התעודה הוגשה עוד לפני פרסום המכרז. מה שאינו אפשרי הוא שחוות דעת משפטית היא זו שתקבע כי מסמך שהמצאתו אינה מהווה תנאי סף במכרז הנו מסמך מהותי, תוך עצירת בחינת ההצעה כבר בשלב המקדמי, ובלא שהגורמים המקצועיים בוועדת המכרזים, שהם ולא היועץ המשפטי אמונים ומופקדים על בחינת נושא האיכות נשוא התעודה, נדרשו לסוגיית השפעת העדר ההסמכה – שאינה משקפת אלא את יכולתו הארגונית של היבואן – על איכות ההצעה. העותרת מסבירה כי תעודת ההסמכה לתקן איכות ISO של חברת קילים משנת 2003, צורפה להצעתה מחמת טעות בתום לב של אחד מעובדיה, שראה בקילים ובה, הנמנית על קבוצת קילים, גוף אחד. תוכיח זאת העובדה שברשות חברת קילים נמצאה תעודת הסמכה בתוקף עד ליום 30.6.09, שלא צורפה להצעת העותרת.

העותרת מצביעה על חוסר בהירותו של סעיף 21.4 למכרז. לטענתה, לא נאמר בסעיף האם תעודת ההסמכה לתקן ISO צריכה להיות תקפה ליום הגשת ההצעה, ליום החתימה על הסכם ההתקשרות, ליום אספקת המוצרים או לכל מועד אחר. כמו כן לא נאמר בסעיף האם ההסמכה הנדרשת היא למציע או ליצרנים ולמוצרים המיובאים ומסופקים על ידי המציע. העותרת מציגה שתי הוכחות לכך שהכוונה היא ליצרנים ולמוצרים ולא למציע: ראשית, נאמר בסעיף 21.4 כי תעודת ההסמכה יכולה להיות גם "תעודה דומה מטעם גורם ההסמכה הבינלאומי". אמנם לא הוברר די הצורך מה פירוש "תעודה דומה" (האם, למשל, אישור על הימצאות בתהליך לקבלת התעודה עונה על הדרישה?), ומיהו אותו "גורם ההסמכה הבינלאומי", אך מה שניתן לומר הוא שאישורי הסמכה לתקן איכות ISO ניתנים לחברות ישראליות רק על ידי מכון התקנים או גופי הסמכה אחרים מישראל ולא על ידי גופים בינלאומיים. שנית, סעיף 21 למכרז מונה רשימה של 18 מסמכים אותם נדרש המציע לצרף להצעתו. בחלקה הארי של הרשימה נאמר במפורש כי מדובר באישור המתייחס למציע; וגם כשהדבר לא נאמר בגוף הרשימה הרי ככל שמדובר בתנאי שאינו תנאי סף אזכורו של המציע מצוי באותו נספח של המכרז אליו מפנה הרשימה. לעומת זאת סעיף 21.4, העוסק בתעודת ההסמכה לתקן איכות ואינו תנאי סף, אינו מזכיר את המציע ואף אינו מפנה לנספח כלשהו המתייחס למציע. מכאן שמדובר בקיומו של תקן איכות ליצרנים ולמוצריהם. הדבר

מתיישב גם עם מטרת המכרז, שאינו מתעניין בגורם המייבא את הציוד אלא בעמידת יצרן הציוד בתקני האיכות. בדרישה זו עומדת העותרת, המחזיקה באישורים לעמידת מוצריה ויצרניהם בתקנים הבינלאומיים, אישורים שמקצתם אף צורפו להצעה. על כל פנים, די בחוסר הבהירות ובאפשרות הלגיטימית לפרש את הסעיף כמתייחס למוצרים וליצרנים ולא למציע, כדי לנקוט בפרשנות מרחיבה ולהימנע מהחשבת תעודת ההסמכה של המציע כמסמך מהותי שחסרונו במועד הגשת ההצעות מוביל לפסילת ההצעה על הסף. לכל היותר ניתן לראות את תעודת ההסמכה כמסמך שאי-צירופו להצעה משפיע על הציון הניתן לה בפרק האיכות.

העותרת מוסיפה וטוענת כי ועדת המכרזים לא הייתה רשאית לבטל את זכייתה במכרז על סמך טענותיה של משיבה 2, שאילו הייתה פונה לבית המשפט במועד פנייתה לוועדת המכרזים ותוקפת את זכייתה של העותרת, הייתה נדחית על הסף בשל השיהוי בו נגועה פנייתה, חודש ימים לאחר ההחלטה על זכיית הצעת העותרת ו-15 ימים לאחר חתימת ההסכם עם העותרת, כאשר בינתיים שינתה העותרת את מצבה לרעה. לדברי העותרת, לצורך החתימה על ההסכם היא נדרשה להמציא למל"ל פוליסות ביטוח וערבות בנקאית בעלות כוללת המתקרבת ל-40,000 ₪. כמו כן, נערכו פגישות אינטנסיביות בין נציגי מל"ל לבין נציגי העותרת על מנת להיערך במהירות לאספקת המוצרים; ולנוכח התחייבותה לספק את המוצרים תוך 30 יום מחתימת ההסכם, הזמינה אותם העותרת מהספקים בחו"ל ונכנסה להוצאות כבדות.

8. המשיבים דוחים את טענות העותרת, ומצדדים בניתוח ובנימוקים הכלולים בחוות הדעת המשפטית עליה ועדת המכרזים ביססה את החלטתה. משיבה 2 טוענת בנוסף כי הצעת העותרת נערכה במכוון ובחוסר תום לב כהצעה תכסיסנית, במטרה להסתיר מעיני ועדת המכרזים את העובדה שהעותרת לא החזיקה במועד הגשת הצעתה בתעודת תקן איכות ISO כנדרש.

המשיבים מפנים לפסקי דין של בית המשפט העליון מהשנים האחרונות, המצביעים על החמרת המדיניות השיפוטית בנוגע להצעות פגומות, ועל דרישה להקפדה יתרה בנושא זה. לדעת המשיבים, ניסוח הדרישה בסעיף 21.4 למכרז בדבר צירופה של תעודת תקן איכות ISO, אינו מותיר ספק בכך שאף שאין היא תנאי סף עדיין מדובר בדרישה מגדטורית שלא ניתן למחול עליה ושאינה

משפיעה אך על קביעת הניקוד להצעות. לענין זה מפנים המשיבים לסעיף 13.3 למכרז ולטבלת המפ"ל (מסמכים פנימיים לבדיקה) של ציוני האיכות בעמוד האחרון של המכרז, המפרטים את אמות המידה והתבחינים לקביעת ציון האיכות של ההצעות, ואינם מזכירים את תעודת תקן איכות ISO כאחד המרכיבים של הציון. אף שאין מדובר בתנאי סף, עדיין היה על העותרת לעמוד בו במועד הגשת הצעתה ולא במועד מאוחר כלשהו. זאת בהתאם להלכה המושרשת בדיני המכרזים לפיה כל עוד לא נאמר אחרת במסמכי המכרז, על המציע לקיים את דרישות המכרז במועד הגשת ההצעה, אחרת תישמט הקרקע תחת עקרון השוויון עליו מיוסדת בחינת ההצעות.

על הטענה כי התעודה צריכה לעסוק ביצרן ולא במציע, מגיבים המשיבים בארבע אלה: ראשית, סעיף 21 למכרז מספק דוגמאות נוספות למסמכים שצירופם אינו בגדר תנאי סף, ולמרות זאת ברור כי הם צריכים להתייחס למציע ולא ליצרן. שנית, מאחר שמל"ל אמור להתקשר בהסכם עם המציע בלבד ולא עם היצרן, דורשת תכלית המכרז תעודה המצביעה על התנהלותו התקינה של המציע, ואין היגיון בדרישה להוכחת התנהלותו התקינה של היצרן אלא רק לעמידת מוצריו בתקנים הרלוונטיים, כפי שאכן נדרש במכרז. שלישית, העותרת, וכמוה יתר המתמודדות, אכן הבינו את סעיף 21.4 כמתייחס לתעודת תקן ISO שלהן ולא של היצרנים. לכן צירפה העותרת להצעתה תעודה המתייחסת לחברת אחות שלה; ולכן המציאה העותרת לוועדת המכרזים, בתשובתה לפניית משיבה 2, תעודת הסמכה על שמה ולא העלתה את טענתה הכבושה, אותה העלתה לראשונה רק לאחר פסילת הצעתה, לפיה הדרישה במכרז מתייחסת ליצרנים. רביעית, כלל פרשני בסיסי הוא כי כל עוד לא נאמר במפורש אחרת, דרישות המכרז צריכות להתקיים במציע עצמו ולא בכל גורם זולתו.

בנסיבות המתוארות סבורים המשיבים כי החלטתה של ועדת המכרזים הנה ההחלטה המתבקשת, אף שבינתיים נחתם ההסכם בין מל"ל לבין העותרת. נתון אחרון זה נשקל אף הוא על ידי ועדת המכרזים, שציינה בהחלטתה כי מל"ל טרם ביצע הזמנת ציוד כלשהו מהעותרת. בכל מקרה, מוסיפים המשיבים, ההחלטה מצויה בתוך מתחם הסבירות והיא מקיימת את המדיניות השיפוטית המחמירה שמכתיב בית המשפט העליון, כך שאין לבית המשפט עילה להתערב בה גם אם דעתו שונה מדעתה של ועדת המכרזים.

9. מקובלת עלי עמדת המשיבים כי דין העתירה להידחות. ניסיונה של העותרת להטיל ספק בהבנתו של סעיף 21.4 למכרז אינו יכול לעמוד. העותרת, כמוה כיתר המתמודדות, הבינה היטב את הגישה את הצעתה כי אותה "תעודת הסמכה לתקן איכות ISO, או תעודה דומה מטעם גורם ההסמכה הבינלאומי", אינה אלא תעודה המעידה על עמידת המציע בדרישות התקן הבינלאומי והישראלי (הזהה לתקן הבינלאומי) בנוגע למערכת ניהול איכות כפי שנקבע על ידי ארגון התקינה הבינלאומי (ISO), או תעודה המאשרת עמידה בדרישות התקן שניתנה על ידי גורם הסמכה בינלאומי. לפיכך צירפה העותרת להצעתה (נספח כ' לעתירה) תעודות (בעברית ובאנגלית) מאת מכון התקנים הישראלי, והוסיפה עליהן תעודה (באנגלית) מאת רשת גופי ההתעדה הבינלאומית IQNet. התעודות של מכון התקנים הישראלי אישרו את עמידת מערכת ניהול האיכות של חברת קילים ובניו בע"מ (להלן – קילים) בדרישות התקן הישראלי והתקן הבינלאומי ת"י ISO 9002, עד ליום 31.12.03. התעודה של רשת IQNet אישרה את עמידת מערכת ניהול האיכות של קילים בדרישות התקן הבינלאומי ISO 9002, גם כן עד ליום 31.12.03. מאחר שהצעת העותרת לא כללה מוצר כלשהו המיוצר על ידי קילים (מה גם שאין טענה כי קילים עוסקת בייצור), על כורחך שצירוף שלוש תעודות ההסמכה של קילים להצעת העותרת לא נועד אלא למלא אחר דרישת סעיף 21.4 למכרז. לא זו אף זו: בראש התעודה של מכון התקנים הישראלי על שם קילים שצורפה להצעת העותרת, סומן המספר 22. סימון זה בוצע בהתאם לסעיף 6.2 למכרז: "על המציע לצרף להצעתו את מכלול המסמכים המפורטים בסעיף 21 ובנספח א' למכרז, ולסמן על כל מסמך המצורף על ידו להצעה לאיזה סעיף בנספח א' למכרז הוא מתייחס". אכן, סעיף 22 לנספח א' למכרז מתייחס ל"תעודת הסמכה על תקן איכות (ISO)". לא זו בלבד שתעודת ההסמכה לקילים סומנה בהתאם למספרו של סעיף זה, אלא בנספח א' שצורף להצעת העותרת סומן הסעיף ב- "✓" לאות "אישור המציע להמצאות בהצעה" של תעודת ההסמכה האמורה. העותרת חתמה בסופו של נספח א', ובכך אישרה, כאמור בתחילת הנספח, כי "כל הנתונים המובאים להלן נבדקו מולאו ונחתמו על ידי, ומבטיחים את שלמות ההצעה". הנה כי כן, העותרת ידעה והבינה מתחילת הדרך כי סעיף 21.4 למכרז דורש ממנה לצרף תעודת הסמכה שלה לתקן ISO, וכי התעודה יכולה להיות ישראלית (תעודת מכון התקנים הישראלי שצורפה העותרת) או תעודה בינלאומית (תעודת רשת IQNet שצירפה העותרת). העותרת גם

ידעה והבינה שצירוף התעודה להצעה מהווה תנאי לשלמותה, ולפיכך סימנה "✓" במקום המתאים בנספח א' למכרז. רק בעקבות פנייתה של משיבה 2 לוועדת המכרזים הופנתה תשומת לב של הוועדה לכך שתעודות ההסמכה שצורפו להצעת העותרת אינן רלוונטיות – וממילא עושות את ההצעה בלתי-שלמה בניגוד להצהרה – בשל פקיעת תוקפן עוד בסוף שנת 2003, שש שנים קודם להגשת ההצעה, ובשל התייחסותן לקילים ולא לעותרת.

ודוק: העותרת צרפה להצעתה את תעודות ההסמכה של קילים על יסוד קריאתה שלה את הוראות המכרז, מבלי שאפילו ראתה צורך לפנות לוועדת המכרזים בשאלת הבהרה בהתאם לאפשרות שהועמדה בפני המתמודדים בסעיף 3.2 למכרז, ומבלי שנוקקה למכתב דוגמת מכתבה של משיבה 2 לוועדת המכרזים מיום 15.8.10. ללמדך, שגם בעיני העותרת סעיף 21.4 לא יצא מידי פשוטו ולא דרש אלא תעודת הסמכת תקן ניהול איכות של המציע, אותו סברה שלא כהלכה העותרת לזהות עם קילים.

טענת העותרת כי צירפה להצעתה אישורי תקינה בנוגע למוצרים וליצרנים שנכללו בהצעתה, לא תוכל לסייע לה. ראשית, **"תקן איכות ISO"** – ובכך מודה גם העותרת – הנו תקן המתייחס למערכת ניהול האיכות מבחינה ארגונית, ולא לאיכות המוצרים, המוסדרת בתקנים אחרים. שנית, לגבי איכותם ובטיחותם של המוצרים קיימת הוראה נפרדת ומפורשת בסעיף 10.6 למכרז, שכותרתו **"תקן בטיחות ואיכות"**, הקובע כי אחד מתנאי הסף הוא ש**"מערכות העזר לשמיעה וציוד העזר לשמיעה המוצעות ע"י המציע במכרז זה, חייבות באישור תו בטיחות של מכון התקנים הישראלי. ראה נספח א'.** לגבי ציוד אחרות על המציע לצרף את כל האישורים והרישיונות הנדרשים ממשדד התקשורת. יש לצרף אישור על עמידה בתקנים בינלאומיים רלוונטיים" (ראו בנוסף [תקנה 6\(א\)\(2\) לתקנות חובת המכרזים](#), תשנ"ג-1993). סעיף 21 לנספח א' אכן דורש לצרף להצעה **"אישור תו בטיחות של מכון התקנים הישראלי"**. העותרת סימנה "✓" גם בסעיף זה, וצירפה להצעתה אישורי תקינה לגבי המוצרים כנדרש בסעיף 10.6, כך שהיא הייתה ערה להבחנה בין תווי תקן ובטיחות המתייחסים למוצרים לבין תקן האיכות ISO המתייחס לארגון. שלישית, אם תאמר כי הארגון נשוא תעודת ISO הוא היצרן בחו"ל ולא העותרת המייבאת ומספקת את מוצריו בישראל, הרי להצעת העותרת צורפה תעודת תקן איכות ISO של

יצרן אחד בלבד (Sennheiser) מתוך חמשת היצרנים שמוצריהם נכללו בהצעה. העובדה שבכל זאת סומן על ידי העותרת "✓" בסעיף 22 לנספח א' למכרז, כאישור להיות ההצעה שלמה מבחינת צירוף תעודות תקן איכות ISO, מוכיחה כי העותרת לא קשרה תעודה זאת ליצרנים אלא אליה. **רביעית**, סעיף 21.4 למכרז, וכמוהו סעיף 22 בנספח א' למכרז, מדברים על "**תעודת הסמכה**" בלשון יחיד. הדבר הולם את המציע, שהנו תאגיד יחיד (סעיף 10.1.2 למכרז), ולא את המוצרים או את היצרנים, שהרי ההצעה אמורה לנקוב במוצרים שאינם בהכרח של אותו יצרן, כפי שעשתה בפועל העותרת עת כללה בהצעתה את מוצריהם של חמישה יצרנים. **חמישית**, מטרתו המרכזית של תקן ניהול האיכות הוא הגברת שביעות רצון הלקוחות מתפקוד הארגון ומהשירות הניתן על ידו. מאחר שהמכרז נועד להתקשרות בין מ"ל לבין היבואן המספק את המוצרים ולאחר מכן מעניק להם שירותי הדרכה ותיקונים, תוך התחייבות מצדו (בסעיף 5 להסכם) לביצוע עצמי של השירות, אך טבעי הוא שמ"ל ביקש להבטיח את עמידת היבואן בתקן האיכות. מבחינת תכלית המכרז, אין היגיון בדרישת העמידה בתקן איכות של היצרן, להבדיל ממוצרי המטופלים בסעיף אחר במכרז.

לאור כל האמור ברי כי פרשנותו הסבירה היחידה של סעיף 21.4 למכרז – לא רק מבחינה אובייקטיבית אלא גם מבחינת הסובייקטיבית של העותרת בעת הגשת ההצעה – הנה שתעודת ההסמכה לתקן איכות ISO, או התעודה הדומה לה, צריכות להתייחס למציע, אף שסעיף 21.4 אינו מזכיר את המציע ואינו מפנה לנספח המציין כי מדובר במציע. יש לדחות את טענת העותרת לפיה הסיפא של הסעיף: "**או תעודה דומה מטעם גורם ההסמכה הבינלאומי**" אינה יכולה להתקיים במציע, מאחר שגורמי ההסמכה הבינלאומיים אינם מעניקים לחברות ישראליות אישורי הסמכה לתקן איכות ISO. התשובה הניצחת לטענה זו מצויה באחת התעודות שצורפו להצעת העותרת על פי סעיף 21.4, שהנה תעודת ISO על שם קילים מטעם רשת גופי ההתעדה הבינלאומית IQNet. קילים גם היא חברה ישראלית כמו העותרת. יתר על כן, תעודת ההסמכה של העותרת מיום 23.2.10 שהומצאה על ידה לבסוף לוועדת המכרזים בעקבות פניית משיבה 2, אינה מטעם מכון התקנים הישראלי (כמו התעודות של קילים) אלא מטעם רונט שירותי הסמכה **בינלאומיים** בע"מ; ולהבדיל מתעודת מכון התקנים הישראלי של קילים, מאושרת בה עמידת העותרת בתקן האיכות הבינלאומי בלבד ולא בתקני האיכות הישראלי והבינלאומי גם יחד. אין זאת אלא שכל עוד לא

נפסלה הצעתה של העותרת והיא נדרשה להמציא את המסמך המתאים על פי סעיף 21.4, לא היה לה כל קושי לזהות את אותו "גורם ההסמכה הבינלאומי" הנזכר בסעיף ולדעת כי גורם כזה יכול להימצא גם בישראל, ובלבד שהסמכתו מתייחסת לתקן ISO הבינלאומי ולא לתקן ISO הישראלי.

10. התנהלות העותרת בשלב שבין גילוי מחדלה שבצירוף תעודת ISO נטולת תוקף ושייכות לבין פסילת הצעתה, המשיכה אפוא את הלך הרוח של העותרת במועד הגשת הצעתה, בו לא היה לה ספק כי התעודה הנדרשת היא לגבי המציע. הדבר בא לידי ביטוי מובהק בתגובתה של העותרת למכתב משיבה 2 מיום 15.8.10. בסעיף 11.2 למכתב הלינה משיבה 2 על כך שהעותרת "צירפה להצעתה שלוש תעודות הסמכה, מאת מכון התקנים לתקן ISO 9002 ומאת IQNet, אלא שתעודות אלה אינן מתייחסות למציע אלא לחברה אחרת – קילים ובניו בע"מ... כמו כן, תאריך פקיעתן של התעודות הוא 31.12.03" (ההדגשות במקור). אילו היה ממש בדברי העותרת עתה אודות חוסר הבנתה את סעיף 21.4 וסברתה כי הסעיף מתייחס לתעודת הסמכה של יצרן המוצרים, המעט שניתן היה לצפות הוא שעמדה זו תקבל ביטוי בתשובה שהעותרת העבירה למל"ל לטענות אלו של משיבה 2. בפועל, מכתב התשובה של העותרת מיום 22.8.10 לא זו בלבד שאינו רומז לכך, אלא שמלמד הוא שוב כי היה ברור לעותרת כי כוונתו של סעיף 21.4 היא לתעודת הסמכה של המציע. וכך כתב ב"כ העותרת בסעיף 5(ג) לאותו מכתב:

"ראשית, יש לציין כי הדרישה המופיעה בסעיף 21.4 למסמכי המכרז אינה דרישת סף על כל המשתמע מכך. מרשתי הצהירה כי בידיה תעודת הסמכה לתקן ISO וכך הדבר, אך צרפה (ככל הנראה בשגגה) אישור ISO של חברת קילים מתאריך מוקדם (ראה ההסבר בסעיף ב' דלעיל) אך למען הסר ספק ולמעלה מהצורך יובהר כי בידי מרשתי מצוי אישור הסמכה לתקן ISO 2009 תקף ועל שמה, ועם סיווג לגבי ציוד עזר לשמיעה (מצ"ב האישור כנספח ט' למכתבי). לפיכך גם דין טענה זו מצד החברה שנפסלה – להידחות" (ההדגשות במקור).

הסברה של העותרת לדברים אלו הנו שהמצאת תעודת ההסמכה על שמה באה כמענה לדרישת משיבה 2, ולא מאחר שהעותרת עצמה סברה כי התעודה צריכה להתייחס למציע. דא עקא, הסבר זה היה עשוי לבוא בחשבון אילו המכתב מיום 22.8.10 היה הפעם הראשונה בה העותרת גילתה

את דעתה כי יש לצרף תעודת הסמכה לגבי המציע. בפועל, כבר במועד הגשת הצעתה, כשבעה חודשים לפני שמשיבה 2 העלתה את הטענה בנוגע לתעודה, הוכיחה העותרת בהתנהגותה כי פשוט בעיניה שהתעודה אמורה לעסוק במציע או במי שנראה בעיניה חליף של המציע, היינו חברת קילים שתעודות ההסמכה על שמה צורפו להצעה. העותרת אף לא ראתה צורך לפנות לוועדת המכרזים בשאלת הבהרה קודם שצירפה את התעודה של קילים להצעתה בתורת התעודה הנדרשת על פי סעיף 21.4 למכרז. בנסיבות אלה, אין לאפשר לעותרת לחלוק על פרשנותו של סעיף 21.4 לראשונה לאחר פסילת הצעתה ולטעון רק אז כי הסעיף אינו ברור די הצורך. הלכה היא **"כי אדם, אשר שתק בזמן שהגיש הצעתו למכרז, מוותר על האפשרות להטיל דופי לאחר מעשה במכרז ובתנאיו"** (בג"ץ 126/82 טיולי הגליל בע"מ נ' משרד התחבורה, פ"ד לו(4) 44, 48). כמו כן, מאחר שהפרשנות הסבירה היחידה של הסעיף, מבחינה לשונית ותכליתית גם יחד, תואמת את האופן בו העותרת הבינה אותו מלכתחילה, אין בנדון דידן תחולה לכלל הפרשנות המעניק עדיפות לפירוש המקיים את ההצעה. כלל זה מתייחס למצבים בהם קיימים מספר פירושים סבירים להוראת המכרז, ולא כאשר הפירוש המקיים את ההצעה אינו עולה בקנה אחד באופן אובייקטיבי עם לשונה ותכליתה (ע"א 4605/99 אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"ד נה(1) 1, 9-10; ע"מ 5949/07 אמישראגז – גז טבעי בע"מ נ' פז-גז (1993) בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 28.4.08, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

11. אמנם תעודת ההסמכה על פי סעיף 21.4 למכרז אינה מסמך שצירופו להצעה מהווה תנאי סף להשתתפות במכרז. עם זאת, התעודה הנה מסמך שההצעה אינה שלמה בלעדיו. כך הוא הדבר הן לפי סעיף 6.2 למכרז, המחייב את **"המציע לצרף להצעתו את מכלול המסמכים המפורטים בסעיף 21 ובנספח א' למכרז"**, והן לפי נספח א' למכרז – דו"ח שלמות ההצעה, המונה את תעודת ההסמכה לתקן איכות ISO בין המסמכים ה**"מבטיחים את שלמות ההצעה"**. מסמך שאין ההצעה שלמה בלעדיו, אפשר שיסווג כמסמך מהותי שאין ועדת המכרזים רשאית להתעלם מחסרונו ולאפשר את הגשתו לאחר הגשת ההצעות, ואפשר שיסווג כמסמך טכני שבידי הוועדה להבליג על אי-הגשתו או להתיר את הגשתו באיחור. ההבחנה בין שני סוגי הפגמים נעשית בהתאם לעקרונות השוויון והתחרות ההוגנת, המהווים אבן הראשה של המכרז הציבורי והגוברים על האינטרס הכלכלי של מפרסם המכרז בקבלת ההצעה הטובה ביותר מבחינה כספית: **"פגם מהותי הוא פגם,**

הפוגע בשוויון שבין המציעים, ו'פגם טכני' הוא פגם, שאינו פוגע בשוויון בין המציעים" (בג"ץ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לז (1) 651, 661).

ביתר פירוט: "פגם מהותי בהצעה הוא פגם העשוי להעניק יתרון כלכלי או תחרותי לאחד המשתתפים במכרז או המשבש את כללי המכרז באופן שאינו מאפשר להשוות בין המציעים, ומקום שבו נפל פגם כזה תיפסל בדרך כלל ההצעה הפגומה גם אם היא ההצעה הכדאית ביותר מבחינה כלכלית... לעומת זאת, פגמים בעלי אופי טכני, שמקורם בטעות בתום-לב מצד המציע אשר אינם יורדים לשרשו של עניין ואינם פוגעים בכללי היסוד של דיני המכרזים, רשאית ועדת המכרזים להכשירם בהתאם לשיקול דעתה" (עע"מ 1811/09 אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב, [פורסם בנבו] מיום 6.1.10, בפסקה 23). הדרישה לצורך הכשרת פגם בהצעה הנה אפוא כפולה: ראשית, הפגם צריך להיות כזה שאינו פוגע בתחרות השוויונית בין המציעים בפועל, בינם לבין עצמם, ובינם לבין המציעים הפוטנציאליים; שנית, על הפגם לנבוע מטעות בתום-לב ולא ממהלך מכוון ותכסיסני של מגיש ההצעה (בג"ץ 161/80 מלון סן טרופז בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד (4) 709, 711-712; עע"מ 10785/02 י.ת.ב בע"מ נ' משרד הפנים, פ"ד נח (1) 897, 905).

12. הדוגמה המובהקת לפגם מהותי הנה אי-עמידה בתנאי סף הקבוע במכרז (עע"מ 10785/02, לעיל, בעמ' 907; עע"מ 5949/07, לעיל, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עע"מ 5085/02 רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו (5) 941, 946; עע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 16.1.07, פסקה י"א). אולם ההיפך אינו תמיד נכון; רוצה לומר: פגם מהותי אינו מתבטא בהכרח באי-עמידה בתנאי סף. אי-מילויה של דרישה מהותית במכרז עשוי להיחשב לפגם מהותי, שלנוכח חשיבות הדרישה נפקותו בינארית ואינה משליכה אך על סיכויי הזכייה של ההצעה, אף אם הדרישה אינה נמנית על תנאי הסף של המכרז. מסקנה זו עולה כבר למקרא תקנה 20(ד) לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג-1993, הקובעת כי "ועדת המכרזים תפסול הצעות אם הן חסרות... זולת אם החליטה הועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו". התקנה אינה מבחינה בין הצעה שחסרונה נובע מאי-עמידה בתנאי סף לבין הצעה שחסרונה נובע מאי-עמידה בתנאי אחר. כך נלמד גם מדבריו של בית המשפט העליון כי "קו הגבול בין פגם מהותי לבין פגם שאינו מהותי אינו קל כלל ועיקר, והרי

הוא קשור, מטבע הדברים, במטרה העניינית העומדת ביסוד הדין, בתקלה ובנוק שייגרמו לצדדים ולציבור, וכיוצא בהם שיקולים של מדיניות משפטית וסדר ציבורי" (בג"ץ 161/80, לעיל, בעמ' 711; ראו גם [עע"מ 10785/02](#), לעיל, בעמ' 905). אחת הסיבות המקשות על מלאכת המיון של הפגם כמהותי או טכני, מלאכה שנאמר עליה כי "יש בה פתח לפלפולים לא מעטים שחכמי הישיבות השוקדים יום ולילה על תלמודם לא היו בוראים כמותם" (השופט רובינשטיין בעע"מ 6090/05 מ.ג.ע.ר. – מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' מי נתניה (2003) בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 27.2.06), נעוצה בכך שקו פרשת המים בין פגם מהותי לבין פגם טכני אינו עובר תמיד בסיווגו של החסר כתנאי סף או כתנאי אחר במכרז. יפים לכאן דבריו של השופט הנדל בעת"מ (ב"ש) 342/03 יראב שירותי נוי (1985) בע"מ נ' עיריית באר שבע, [פורסם בנבו] פ"מ, מינהליים (תשס"ג) 913, 918:

"גם אם במכרז מסוים תנאי של החזקת רישיון עסק על-ידי מציע אינו מופיע כתנאי סף, ואף שתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987 אינן מחייבות שמשתתף במכרז יהיה בעל רישיון עסק כדין, הרי משקבעה העירייה תנאי של החזקת רישיון, או שהעניין דרוש בשל אופי העבודה מושא המכרז, לא ניתן להתעלם מעוצמת תנאי זה. מהות הדרישה מחייבת הקפדה במועד ולא למפרע. ביסוד המכרז הציבורי עומדת דרישת על של טוהר ההליך. שיקול זה שזור בחובה לקיים מכרז. רישיון עסק הוא דרישה של הדין שהופכת אפוא לדרישה מהותית של המכרז בין שהעירייה מכריזה על כך כתנאי סף בין שלא. דרישה מהותית כזו לא ניתן למלא באיחור".

באותו מקרה דובר בדרישה החוקית להחזקת רישיון עסק, שלא היוותה דרישת סף במכרז לא לפי ניסוחו ולא לפי הוראות הדין החלות עליו (תקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987), ששתקו בשאלת חיוב המציע בהחזקת רישיון עסק. בכל זאת נפסק כי הדרישה הנה מנדטורית לזכייה במכרז ואינה ניתנת לריפוי באיחור "משקבעה העירייה תנאי של החזקת רישיון, או שהעניין דרוש בשל אופי העבודה מושא המכרז". לאור השיקולים העיוניים והמעשיים המקופלים בהבחנה בין פגם מהותי לבין פגם טכני, ולנוכח תפקידה של ההבחנה לתת ביטוי ל"שיקולים של מדיניות משפטית וסדר ציבורי" (בג"ץ 161/80, לעיל, שם), היתכנותו של פגם מהותי שלא עקב אי-עמידה בתנאי סף אינה מצטמצמת לתנאי המוטל על המציע בחוק, אלא קיימת בכל מצב בו טיבו

של הפגם עונה על ההגדרה של פגם מהותי, לאמור: "פגם העשוי להעניק יתרון כלכלי או תחרותי לאחד המשתתפים במכרז או המשבש את כללי המכרז באופן שאינו מאפשר להשוות בין המציעים" (ע"מ 1811/09, לעיל, בפסקה 23; ע"מ 5853/05, לעיל, פסקה י"א). המבחן הוא אפוא במידת החיוניות של התנאי להשגת מטרות היסוד של המכרז הציבורי בדבר הבטחת הליך תחרות שוויוני והוגן בין המציעים השונים (ע"מ 5085/02, לעיל, בעמ' 946). "מהותיות" הפגם נובעת מפגיעתו בעקרונות השוויון והתחרות ההוגנת כלפי מציעים אחרים, בפועל ובכוח" (ע"מ 10785/02, לעיל, עמ' 909), ולא מעצם הגדרת התנאי כתנאי סף במובחן מתנאי אחר.

13. במקרה שלפנינו מדובר בדרישה לצירופה של תעודת הסמכה, שלפי הוראות המכרז מהווה תנאי לשלמות ההצעה. התעודה אמורה להוכיח את כשירותו ה"חיצונית" של המציע לאספקת השירות נשוא המכרז, על פי מסמכים אובייקטיביים המונפקים על ידי גורם התעדה מוסמך, ולא על פי הערכתה הסובייקטיבית של ועדת המכרזים (בג"ץ 441/83 סעדיאן נ' ראש עיריית אשדוד, פ"ד לז(4) 368, 373; ע"מ 6063/05, עיד נ' מועצה מקומית כפר קרע, [פורסם בנבו] מיום 7.2.07, בפסקה 6). קיומה של התעודה אינו נמנה בין דרישות המכרז (המופיעות בסעיף 13.3 ובטבלת המפ"ל המצורפת למכרז) אותן יש לשקלל בקביעת ציון האיכות של ההצעות. על כל פנים, גם אם נחפוץ לראות בתעודת ההסמכה משום "דרישת משקל", הרי בהעדר כימות במכרז של חלקה היחסי בציון האיכות, ומאחר שהניקוד הניתן במכרז לתבחיני איכות אחרים ממצה את מלוא מאת האחוזים, לא ניתן להכניס את תעודת ההסמכה לגדר השקלול. במצב דברים זה רשאית הייתה ועדת המכרזים, בתוקף שיקול הדעת המסור בידיה, לראות בתעודת ההסמכה תנאי חיוני להתמודדות במכרז, אף שצירוף התעודה אינו אחד מתנאי הסף של המכרז, ואף שארבעת שלבי בחינת ההצעות המפורטים בסעיף 13 למכרז אינם מאפשרים למקם באיזה מהם את פסילתה של הצעה שאינה עומדת בתנאי חובה שאינו תנאי סף. לצדם של ארבעת שלבים אלה ניצבת הוראתה של תקנה 20(ד), המורה לוועדת המכרזים לפסול הצעות חסרות "זולת אם החליטה הוועדה אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו". נורמה חקוקה זו מתווספת לשלבי ההכרעה המפורטים במכרז, ואינה נגרעת בעטייה. הכלל העולה ממנה הוא ש"הצעה שהייתה חסרה או פגומה במועד הגשתה תיפסל, למעט במקרה של קיום החריגים, המאפשרים לוועדת המכרזים להכשיר את

ההצעה, בהתאם לשיקול דעתה" (בר"מ 6901/10 מדיסון הנדסה בע"מ נ' מי ברק תאגיד המים של בני ברק בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 17.10.10). שיקול הדעת להכשרת הצעה חרף היותה חסרה הנו של ועדת המכרזים ולא של בית המשפט. התערבותו של בית המשפט בשיקול דעת הוועדה מוגבלת למצבים בהם ההחלטה נגועה בפגם שורשי וחמור הפוסל החלטה מינהלית, שהרי בית המשפט אינו בוחן את צדקת ההחלטה במשקפיים ערעוריות כאילו היה נדרש לבוא בנעלי הוועדה ולקבל במקומה את ההחלטה (בג"ץ 441/83, לעיל, בעמ' 378; ע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, 597-598; ע"מ 2310/02 איגוד ערים אזור דן נ' דסאל מרחבים חברה לעבודות עפר בע"מ, פ"ד נט(6) 337, 346; ע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א בע"מ נ' עיריית עפולה, [פורסם בנבו] מיום 18.1.09, פסקה 11).

בהתאם לאמות מידה אלו של הביקורת השיפוטית, לא מצאתי כל עילה להתערב בהחלטת ועדת המכרזים לפסול את הצעתה של העותרת מהטעם שבמועד הגשת ההצעה לא נמצאה ברשותה תעודת הסמכה לתקן איכות ISO, הסמכה שהוענקה לה רק כחודש לאחר מכן, כך שתעודה כזאת גם לא צורפה להצעה כמצוות סעיף 21.4 למכרז. החלטה זו של ועדת המכרזים נועדה למנוע את העדפת העותרת לטובה ואת הפרת השוויון והתחרות ההוגנת בינה לבין יתר המציעים – הן אלו שהתמודדו מולה והן אלו שהיו עשויים להתמודד מולה אילו ידעו כי יוכלו לגשת למכרז אף שאין בידם במועד האחרון להגשת ההצעות תעודת ISO כמתחייב מסעיף 21.4. הכלל הוא כי **"המציעים נדרשים לצאת מנקודת מוצא שוויונית ומשותפת, דהיינו, שהכול מקיימים את אותם כללי מסגרת"** (ע"מ 5853/05, לעיל, פסקה כ'). מסגרת התחרות מעוצבת ומתוחמת בתנאי המכרז (ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 12.4.09, פסקה 7). הבלגה לאחד המציעים על דרישה חד-משמעית במכרז לקיומה ולצורפה של תעודת הסמכה לתקן איכות, מוציאה את אותו מציע אל מחוץ למסגרת, ועל ידי כן עושה את התחרות בינו לבין יתר המציעים בלתי-שוויונית ובלתי-הוגנת. יתרה מכך, מתן אפשרות לאחד המציעים להתמודד ואף לזכות במכרז אף שלא התקיימה בו בעת הגשת ההצעה הדרישה המהותית להחזקה בתעודת ISO, שקול למעשה לשינוי בדיעבד של כללי המשחק לאחר הגשת ההצעות, מהלך שהנו אסור בתכלית. כפי שנפסק: **"שינוי בפועל של תנאי המכרז לאחר הגשת ההצעות**

הוא מן הקשים שבפגמים, ויש בו לפגוע הן במשתתפים שהגישו הצעותיהם, והן במשתתפים פוטנציאליים, שיתכן כי היו מתמודדים במכרז, אלמלא הדרישה" ([ע"מ 5159/08](#), לעיל, פסקה כ"א).

14. אך מובן הוא כי יום הגשת ההצעות הוא היום הקובע לצורך קיום התעודה, ולא כל מועד מאוחר ממנו (לרבות יום ההכרעה במכרז או יום חתימת הסכם ההתקשרות), שהלוא סעיף 21.4 למכרז דורש לצרף את התעודה להצעה. במועד קובע זה לא החזיקה העותרת לא בתעודת הסמכה לתקן איכות ISO ולא בתעודה דומה מטעם גורם ההסמכה הבינלאומי. כפועל יוצא, גם לא ניתן היה לבקש מהעותרת מסמך חלופי כאמור בסיפא של סעיף 21. נתונים אלה הם לבדם הקובעים לענין דרישת המכרז לצירוף תעודת הסמכה, ולא העובדה שהעותרת החלה בהליך הנדרש לקבלת התעודה כשבעה חודשים קודם להגשת הצעתה, שהרי סעיף 21.4 (וכמותו סעיף 22 לנספח א' למכרז) דורש לצרף להצעה העתק מתעודת הסמכה, ולא מאישור על הימצאות המציע בתהליך לקראת קבלת התעודה (השוו [ע"מ 1811/09](#), לעיל, בפסקאות 16-19; שונה היה הדבר אילו במועד הגשת ההצעה הייתה התעודה קיימת ובשל תקלה לא הייתה מצורפת להצעה, כפי שארע למשל ב**בג"ץ 161/80**, לעיל). זאת ועוד: התעודה אותה המציאה לבסוף העותרת מאשרת את עמידתה בדרישות תקן האיכות הבינלאומי החל מיום 23.2.10. אין בנמצא אישור לכך שמערכת ניהול האיכות של העותרת עמדה מבחינה מהותית בדרישות התקן במועד מוקדם כלשהו, לרבות במועד הגשת ההצעה. משהחליטה ועדת המכרזים – ולא היועץ המשפטי של הוועדה כפי שטוענת העותרת – למנוע את שינויים של תנאים אלו במכרז כדי שלא להקנות לעותרת יתרון בלתי-הוגן על פני שאר המתמודדים, אין לבית המשפט סיבה לייחס למהלך זה ניהול בלתי-תקין או בלתי-סביר של המכרז, שרק בהם יש להקים עילה להתערבות שיפוטית בשיקול דעתה של הוועדה.

15. ההימנעות מהתערבות בהחלטת הוועדה מתחזקת על רקע המדיניות הקפדנית בסוגיה אותה מתווה בשנים האחרונות בית המשפט העליון. על פי מדיניות זאת, המקרים בהם יהיה ניתן להתעלם מפגם בהצעה ולהחשיבו כזניח הנם בגדר "**החריג שבחריג, והכלל הוא כי פגם הוא פגם ותוצאותיו עמו**" (השופט רובינשטיין **בע"מ 6090/05**, לעיל). ההקפדה על מילוי תנאי המכרז

ככתבם וכלשונם יפה גם למקרי גבול, באשר "מוטב לנקוט גישת בית שמאי גם ביחס למקרים שנראה כי הם נופלים ל'תחום האפור', ולפעול גם ביחס אליהם בהקפדה יתרה" (עע"מ [8409/09](#) חופרי השרון בע"מ נ' א.ל. סלע (1991) בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 24.5.10, פסקה ס"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין). גישה מחמירה ודקדקנית זו (עליה שב בית המשפט העליון לפני ימים אחדים בעע"מ [2126/10](#) מטאור מערכת טכנולוגיה וארגון בע"מ נ' מנהלת אורות לתעסוקה, מיום 8.12.10) חותרת לצמצם עד כמה שניתן "פרשנות יצירתית" לתנאי המכרז, במטרה להגשים באופן מיטבי את עקרונות השוויון וההגינות המהווים את "נשמת אפו" של המכרז (עע"מ [5159/08](#), לעיל, פסקאות י"ח-כ"ה). היא מקבלת משנה תוקף בנסיבות דנא, בהן הפגם המהותי אינו עומד לבדו אלא מצטרף לשני פגמים טכניים בהצעת העותרת, הגם שלדעת ועדת המכרזים באותם פגמים לבדם לא היה להביא לפסילת ההצעה (בג"ץ [825/78](#) ש' גטר (צורכי צילום) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לג (2) 566, 574-575; עת"מ (ת"א) [1459/02](#) מדי פלוס בע"מ נ' משרד הבטחון, [פורסם בנבו] מיום 24.9.03).

16. אין בידי לקבל את טענת העותרת בדבר שיהוי פנייתה של משיבה 2 לוועדת המכרזים. אמנם הפנייה נעשתה חודש ימים לאחר ההחלטה לבחור בהצעת העותרת כזוכה במכרז. אולם ההודעה על ההחלטה נשלחה לעותרת ולמשיבה 2 ביום 19.7.10, ובחלוף שלושה ימים בלבד, ביום 22.7.10, פנתה משיבה 2 לוועדת המכרזים בדרישה לעיין בכל מסמכי המכרז, לרבות בהצעת העותרת. ועדת המכרזים העמידה את המסמכים המבוקשים לעיון משיבה 2 ביום 8.8.10, ומאז ועד למשלוח מכתבה של משיבה 2 מיום 15.8.10 המפרט את טענותיה נגד הצעת העותרת חלפו שבעה ימים בלבד. ביום 19.8.10, ארבעה ימים לאחר קבלת המכתב, העבירה ועדת המכרזים את מכתב משיבה 2 להתייחסות העותרת, והחליטה להקפיד את ההתקשרות עם העותרת עד לתום הבחינה המחודשת של הצעתה והצעת משיבה 2. בתווך (ביום 1.8.10) נחתם הסכם ההתקשרות עם העותרת בהתאם לתוצאות המכרז, מה שהסב לעותרת נזק מוכח שאינו עולה על 36,500 ₪ בגין הוצאת ערבות בנקאית ורכישת פוליסות ביטוח (פוליסת ביטוח מבנה בית העסק מיום 16.3.10 שצורפה גם היא כחלק מנספח יז (2) לעתירה, ובגינה שולמה פרמיה בסך 1,911 ₪, לא יכולה הייתה להירכש כתוצאה מהזכייה במכרז ולכן אינה ממין הענין). בנוגע לנזק זה אין לעותרת להלין אלא על עצמה, שכן אלמלא הייתה מצרפת להצעתה תעודת הסמכה לתקן ISO שתוקפה פג

ושאינה על שמה, ואלמלא הייתה מסמנת בדו"ח שלמות ההצעה כי התעודה צורפה כהלכה, לא היה נחתם עמה ההסכם והיא לא הייתה נדרשת להמציא ערבות ביצוע ותעודות ביטוח. בכל מקרה, ועדת המכרזים לא התעלמה בהחלטתה מכך שנחתם הסכם עם העותרת ואף נערך עמה סיור במספר סניפים, והכרעתה לפסול את הצעת העותרת לקחה גם נתון זה בחשבון. בהקשר זה ציינה הוועדה בהחלטתה כי מל"ל לא הוציא לעותרת הזמנת ציוד כלשהו לאחר חתימת ההסכם. העותרת אינה מציגה הזמנת ציוד שקיבלה ממל"ל, ואילו המכרז מבהיר (בסעיפים 14 ו-15) כי אספקת הציוד נעשית על פי הזמנת עבודה של מל"ל הנשלחת אל הזוכה. עוד נאמר במכרז (בסעיף 1.8) כי מל"ל "אינו מתחייב לספק לזוכה היקף עבודה מינימאלי" (ראו הערה דומה בשולי טבלת הצעת המחיר בנספח ג' למכרז).

לא נעלמה ממני דרישתו של סעיף 21.15 למכרז לכך שהמציע יצרף להצעתו התחייבות לאספקת כל המוצרים נשוא ההצעה תוך 30 ימי עבודה מיום חתימת ההסכם. העותרת צירפה להצעתה התחייבות כאמור מיום 25.1.10. ככל שהעותרת הזמינה לאחר חתימת ההסכם את המוצרים מחו"ל בעטייה של התחייבות זאת (ולטענת העותרת היא אכן עשתה כן), הרי מדובר בעלות נוספת אליה היא הכניסה את עצמה כתוצאה ממחדלה שבצירוף תעודת הסמכה שגויה להצעתה. בנוסף, מאחר שהעותרת העידה על עצמה במכתבה לוועדת המכרזים מיום 22.8.10 כי היא "מובילה את כל נושא הנגשת מקומות ציבוריים ללקויי שמיעה והנגישה למעלה מ-95% מהפרויקטים שבוצעו בארץ עד כה", ואף "ביצעה למעלה מ-800 פרויקטים מוצלחים במועדוני קשישים, מקומות ציבוריים, תיאטראות, בתי ספר ומוזיאונים" (ראו גם מכתב העותרת מיום 25.1.10 שצורף להצעתה), לא יהיה זה מופרך להניח כי העותרת תוכל להשתמש בציוד אותו לטענתה הזמינה בעקבות הזכייה במכרז, לטובת הפרויקטים האחרים להם היא אחראית. מכל מקום, גם אם תאמר שעומדת לעותרת עילה לתביעה כספית נגד מל"ל בשל הנזקים שנגרמו לה בתקופת הביניים בת החודש בין הודעת הזכייה ועד ההחלטה על הקפאת ההתקשרות, מקומה של תביעה זאת בהליך נפרד ולא כסיבה המונעת את ביטול הזכייה משנמצא לוועדת המכרזים כי הביטול מתחייב על פי הדין והוראות המכרז.

17. לאור כל האמור, העתירה נדחת. העותרת תשלם שכר טרחת עורך דין בסך של 23,200 ₪ לכל אחד מהמשיבים.

המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים.

משה סובל 54678313- /

ניתן היום, ח' טבת תשע"א, 15 דצמבר

2010, בהעדר הצדדים.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן