

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

עת"מ 35323-12-11 ש. לבנון חברה לעבודות חשמל והשקעות בע"מ נ' עיריית בני ברק ואח'

בפני כב' השופט דר' קובי ורדי

ש. לבנון חברה לעבודות חשמל והשקעות בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד הופטמן

העותרת:

נגד

1. עיריית בני ברק

ע"י ב"כ עו"ד בר-לב, עו"ד כץ ועו"ד מוצרי

2. אביב זגורי פרסומאים בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד גרא ועו"ד טחלב

המשיבות:

### פסק דין

עסקינן בעתירה שהוגשה ביום 19/12/11 שבה מבוקש מבית המשפט לפסול את הצעת המשיבה 2 במכרז פומבי שפירסמה המשיבה 1 (להלן: "העירייה") מס' 123/11 לאספקת עמודי שילוט רחוב עבור עיריית בני-ברק (להלן: "המכרז"), ולהכריז על הצעת העותרת כהצעה הזוכה במכרז.

יש לציין שלמכרז הוגשו שתי הצעות בלבד, של המשיבה 2 ושל העותרת, כאשר הצעת המשיבה 2 שהייתה זולה בהרבה מהצעת העותרת הוכרזה ע"י ועדת המכרזים של העירייה (להלן: "ועדת המכרזים" או "הועדה") ביום 30/11/11 כזוכה במכרז.

### הרקע, העובדות והמחלוקות

1. אין מחלוקת שבסעיף 3 למכרז נקבעו תנאי סף שעל המציעים במכרז לעמוד בהן.

התנאי הרלוונטי בענייננו הינו תנאי 3.1.1 שלהלן לשונו:

**"בעל ותק וניסיון מוכח של שלוש השנים האחרונות (2010 - 2008) לפחות בייצור או אספקה של עמודי שילוט רחוב עבור רשות מקומית אחת לפחות".**

כן נאמר בסעיף 3.2.7 שעל המציע לצרף להצעתו:

**"אסמכתאות המעידות כי המציע הינו בעל ותק וניסיון מוכח של שלוש השנים האחרונות (2008-2010) לפחות, בייצור או אספקה של עמודי שילוט רחוב עבור רשות מקומית אחת לפחות, בנוסח המצורף כנספח א'2." [ההדגשה במקור – ק.ו.]**

2. למעשה, העותרת מעלה שתי טענות שבגינן לשיטתה היה מקום לפסול את הצעת המשיבה 2 ושתייהן עוסקות באי עמידה בתנאי הסף במכרז. טענתה הראשונה של העותרת הינה שהמשיבה 2 צירפה, בתמיכה לעתירה בתנאי סף זה, את אישור חשב עיריית גבעתיים (נספח ד' לעתירה, להלן: "האישור"), ממנו עולה כי היא איננה קבלן ראשי המספק עמודים עבור העירייה אלא קבלן משנה המספק עמודים עבור חברת טקסימדיה העובדת עבור העירייה, כאשר למשיבה 2 אין כל התקשרות ישירה עם עיריית גבעתיים. לטענת העותרת, המשיבה 2 אינה עומדת לכן בתנאי הסף, שכן אין לה ניסיון בעבודה עם רשות מקומית משאינה מייצרת או מספקת עבור רשות מקומית ולא מספיק להיות קבלן משנה כדי לעמוד בתנאי סף זה שכן זוהי עקיפה בוטה של תנאי הסף הדורש ידע בעבודה ישירה וניסיון בעבודה ישירה מול רשויות מקומיות, ומדובר בתכסיסנות שהמשיבה 2 נהגה בכך שהציגה את ניסיונה של חברה אחרת כניסיונה שלה, לשם עמידה בתנאי הסף. טענתה השנייה של העותרת הינה שגם האישור לוקה בחסר, שכן בפועל, המשיבה 2 לא סיפקה בשנים 2008 - 2010 שלטים ועמודים בגבעתיים אלא רק בשנת 2011, כך שהיא לא עומדת גם בדרישה זו וככל הנראה הוטעה חשב עיריית גבעתיים שחתם על האישור ו/או טעה לחשוב כי המשיבה 2 סיפקה לעירייה עמודים בתקופה הנ"ל.
3. לטענת העירייה, ההחלטה התקבלה כדין ע"י ועדת המכרזים ומדובר בהחלטה סבירה וראויה שאין מקום להתערב בה.

לטענת העירייה, תנאי הסף לא הגביל את השתתפותו של קבלן משנה במכרז ולא דרש שרק קבלן ראשי ישתתף במכרז אלא הדרישה היתה לניסיון בייצור או אספקה עבור רשות מקומית אחת. זאת ועוד, למסמכי המכרז צורף כנספח א' 2 טופס שנערך ע"י העירייה, שהיתה חובה למלאו לרשות הממליצה, נותנת האישור לגבי הניסיון, טופס שצורף כנספח א' 2 למכרז, טופס ספציפי שנערך למכרז זה ובו נאמר לגבי תקופת השירותים שיש למלאו כך:

**"שירותי אספקה של עמודים לשילוט רחובות ואחזקתם בתקופה שבין ..... עד ..... כספק ראשי/כספק משנה (הקף בעיגול)".**

לטענת העירייה, טופס זה מעיד באופן ברור על כך, שגם קבלן משנה יכול להגיש הצעה למכרז ובטופס שמולא ע"י עיריית גבעתיים סומן אכן שהמשיבה 2 נתנה את השירותים כקבלן משנה, כך שברור כי לא הייתה גם כל תכסיסנות או הטעיה.

זאת ועוד, העותרת שידעה על טופס זה, והייתה אמורה גם היא להביא אישור עירייה כזה, (והיא עצמה לא עשתה כן) לא מחתה על האמור בטופס לגבי אפשרות השתתפות מציע שהיה קבלן משנה עד לאי זכייתה במכרז, למרות השתתפותה בסיוור הקבלנים, ולא פנתה בשאלות הבהרה לועדה.

4. לטענת המשיבה 2, העותרת עצמה לא צירפה לעתירה את הצעתה שהייתה פגומה, כאשר האישור שהומצא על ידה לא ציין את תקופת מתן השירותים. כן נטען שהמשיבה 2 עומדת בתנאי הסף שכן על פי תנאי המכרז היה יכול להשתתף גם ספק משנה של העמודורים שסופקו ע"י המשיב 2 לטקסימדיה שרכשה אותם מהמשיבה 2, כאשר בדר"כ רשויות מקומיות אינן קונות עמודורים בנפרד אלא הם מותקנים ע"י החברות שקיבלו את הזיכיון להציבם ולפרסם עליהם. כן נטען שהמשיבה 2 הינה עתירת ניסיון ועומדת בכל הנדרש כפי שמצויין באישור שצורף ע"י העירייה.

**דיון**

לאחר ששמעתי את הצדדים בפני (שהסכימו לכך שהדיון יתקיים בעתירה עצמה), עיינתי בעתירה, בתשובות המשיבות ובתשובת העותרת לתשובות המשיבות, החלטתי לדחות את העתירה.

#### עמידה בתנאי הסף לגבי קבלן ראשי/קבלן משנה

5. במקרה דנן, אמנם בתנאי הסף המדובר, אין התייחסות לקבלן משנה או קבלן ראשי, אך שתיקה זו לא מביאה בהכרח למסקנת העותרת שרק קבלן ראשי יכול להוכיח את ניסיונו על פי תנאי סף ושקבלן משנה לא יכול לעמוד בתנאי סף זה.

בתנאי הסף נאמר שיש צורך בניסיון של שלוש שנים, בייצור או באספקה של עמודי שילוט רחוב עבור רשות מקומית אחת. לא נאמר האם מדובר בספק ראשי או ספק משנה ושההשתתפות מוגבלת לספק ראשי בלבד ולא נכתב שהתנאי הינו לאספקה לרשות מקומית או במישרין לרשות מקומית אלא עבור רשות מקומית.

לכן, לא ניתן לקבוע לפי תנאי סף זה, כשלעצמו, שקיימת הגבלה האוסרת על התקשרות עם קבלת משנה ולכל היותר ניתן לפרש זאת כך או כן ולאור מסמכי המכרז האחרים ברי שהפרשנות הנכונה הייתה שהמציע יכול להיות גם קבלן משנה.

6. כך, למסמכי המכרז צורף כנספח א' 2 טופס האישור שעל העירייה היה לאשר את ניסיון המציע, טופס שחובה היה לצרפו בנוסח שצורף למסמכי המכרז בהתאם לסעיף 3.2.7 למכרז, טופס שנוסח ע"י העירייה (באמצעות בא כוחה) וצורף למסמכי המכרז וממנו ניתן ללמוד על כוונת העירייה בניסוח תנאי הסף ועל הנדרש על פי תנאי סף זה.

בטופס זה מופיעה במפורש, לגבי תקופת השירותים, האפשרות של היות המציע ספק משנה, שכן נאמר מפורשות שהשירותים ניתנו כ"ספק ראשי/כספק משנה (הקף בעיגול)". דהיינו על העירייה המאשרת היה לסמן בעיגול האם מדובר בספק ראשי או בספק משנה, כאשר במקרה זה צויין במפורש ע"י חשב עיריית גבעתיים שמדובר בספק משנה וסומן כך בעיגול. זאת ועוד, בטופס זה אף מולא ע"י חשב עיריית גבעתיים כי המציע (המשיבה 2) ביצע עבורם את השירות באמצעות חברת טקסימדיה, דהיינו, הדברים נאמרו ב"רחל בתך הקטנה".

טופס זה שנוסח במיוחד לצורך המכרז הספציפי מצביע על כך שתנאי הסף כלל גם ספק משנה ושזו הייתה כוונת העירייה, והפרשנות הסבירה והראויה במקרה זה שיש ליתן לתנאי הסף.

זאת, כאשר סעיף 3.2.7 למכרז המפנה לטופס א'2 שיש לצרף, חוזר בדיוק על תנאי הסף המופיע בסעיף 3.1.1 למכרז, כך שניתן לראות את הקשר הישיר בין תנאי הסף לנספח א'2 ושלצורך עמידה בתנאי הסף מספיק גם להיות קבלן משנה לייצור או אספקה של עמודי שילוט רחוב.

7. ברי גם כי לא ניתן לטעון, כפי שטוענת העותרת, לתכסיסנות של המשיבה 2 בכך שנטען שצירפה ניסיון של ספק משנה וניסתה להסתמך על הניסיון של הספק הראשי, שכן היה מותר לה לעשות כן לפי תנאי המכרז והדבר לא הוסתר אלא אף צויין במפורש בטופס והוקף בעיגול באישור שמדובר בספק משנה, כאשר גם לעמדת בעל המכרז, שהוכחה מפורשות באשר לפרשנות תנאי המכרז יש משקל כנדבך נוסף לגבי הפרשנות הראויה (4605/99 **אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל** פ"ד נה(1) 1, (1999) (להלן: "**פס"ד אלישרא**)).

8. העותרת, שראתה טופס זה, השתתפה בסיור הקבלנים, לא מחתה, לא ביקשה הבהרות כיצד אפשרי למלא באישור מהעירייה ניסיון של ספק משנה ושיש להבהיר שהדרישה הינה לקבלן ראשי בלבד ולא לקבלן משנה ומדוע יש בטפסי המכרז שבהם ממולא אישור העירייה אפשרות למילוי מציע ששימש כספק משנה, ולא טענה שאין לאפשר זאת, והיא מנועה לכאורה מלעשות כן לאחר שלא זכתה במכרז (**בג"צ 204/77 שותפות גבע אלקטרוניקה בע"מ נ' שר הפנים** (לא פורסם)).

זאת, כאשר לפי סעיף 4 לתנאי המכרז היה על המשתתף במכרז להודיע בכתב, לא יאוחר משבעה ימים לפני המועד האחרון להגשת ההצעות למכרז, על כל סתירה, שגיאה, אי התאמה או חוסר בהירות שמצא ועל כל ספק שהתעורר אצלו בקשר למובנו של סעיף זה או פרט או עניין כלשהו הכלול במסמכי המכרז.

והנה למרות זאת, העותרת לא עשתה דבר והמתינה עד לאחר אי זכייתה במכרז.

לא זו אף זו, העותרת עצמה לא צירפה להצעתה אישור זה אלא הסתפקה באישור פגום של עיריית ת"א שבו לא צויינה התקופה של מתן השירותים ולא צויין האם מדובר באספקה או ייצור אלא בביצוע עבודות חשמל מאור רחובות, כך שספק רב אם הייתה נפסלת הצעת המשיבה 2 אם הייתה מוכרזת הצעת העותרת עצמה כזוכה במכרז.

9. מכל מקום, גם אם היה מקום לכך שהעותרת תבהיר באופן חד משמעי את תנאי הסף ותציין בו שגם קבלן משנה יכול לעמוד בתנאי זה, אין הדבר גורע מכך, שלא רק שלא נאמר בתנאי הסף שקבלן משנה לא יכול להשתתף במכרז ולנסות לעמוד בתנאי הסף, אלא ממסמכי המכרז עולה באופן ברור שהוא יכול לעשות כן.

לכן, לא ניתן לומר כי מדובר בהחלטה שנפל בה פגם ובוודאי לא פגם מהותי ובלתי סביר כזה היכול להביא לפסילת הצעת המשיבה 2 ולהתערבות בשיקול הדעת של ועדת המכרזים, שכידוע התערבות זו מוגבלת כאשר בית המשפט לא שם עצמו במקומה של ועדת המכרזים (עע"מ 1985/10 **חברת נתיבי איילון בע"מ נ' די.אנד.די בטיחות בע"מ** (18/7/10)), ואינו משמש כ"ועדת מכרזים עליונה" ואינו ממיר את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו שלו (רע"א 8240/11 ג.א מהנדסי הצפון בע"מ נ' תאגיד המים והביוב האזורי "אלעין" בע"מ (4/12/11)).

10. זאת, כאשר יש להעדיף במקרה של פרשנות סבירה זו או אחרת את הפרשנות המביאה לקיום המכרז ולקיום ההצעה העומדת בתנאי הסף (פס"ד אלישור, עע"מ 2879/08 **מגאמא חברה להנדסה, טכנולוגיות ותוצרים בע"מ נ' מד"י - משרד הבינוי והשיכון** (15/11/09)).

### הטענה לגבי היעדר ניסיון הנדרש בשנים 2008 - 2010

11. למעשה, ניתן לראות שטענה זו "הובלעה" בשולי העתירה, ולמעשה אף נזנחה ע"י העותרת בטיעוניה, שלא חזרה על טענה זו בתשובתה לתשובות המשיבים ולא בטיעונים בע"פ בדיון שנערך בפני. ישנה כאמור חזקת תקינות לאישור העירייה, בו מצויין שתקופת השירותים שניתנה ע"י המשיבה 2 הייתה בין 2008 ל-2010, כאשר לא מספיק להעלות

השערות או חשדות גרידא לגבי אי עמידה בתנאי זה בלא כל ביסוס ראייתי לכך.

כך גם דחיתי את ניסיונה של העותרת ל"דוג" ראיות בעניין זה ודחיתי את בקשתה לחקור את חשב העירייה שנתן את האישור.

בכל מכרז מוגשים מסמכים ואישורים רבים, ומתן אפשרות לערוך חקירות של צדדים שלישיים, כמו עיריות, הנותנים אישורים, לגבי תוכן האישור, תפגע בנכונות בעלי תפקידים למתן אישורים כאלו וכן תפגע בהליכי המכרזים שאמורים להיות מהירים ויעילים.

כל זאת, מעבר לכך שהבקשה שהוגשה אינה עומדת בדרישות תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין) התשס"א - 2000, המאפשרות כחריג, חקירת מצהירים של בעל דין, ולא חקירה של עדים צדדים שלישיים, כשאין גם כל הצדקה לאפשר חקירה כזו, ואם לעותרת אין כל ראיות לסתור את האמור במסמך (כמו במקרה דנן) מן הראוי שלא תעלה השערות שככל הנראה נותן האישור הוטעה ו/או טעה.

במקרה דנן, כאמור, חזקת התקינות של האישור לא נסתרה.

## התוצאה

12. התוצאה הינה כי אני דוחה את העתירה.

אני מחייב את העותרת לשלם לכל אחת מהמשיבות שכ"ט עו"ד בסך של 30,000 ₪.

**המזכירות תשלח העתק מפסק הדין לצדדים.**

**ניתן היום, ט"ו טבת תשע"ב, 10 ינואר 2012, בהעדר הצדדים.**

דר' קובי ורדי 54678313/-

ד"ר קובי ורדי, שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

