



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"מ 4607/16

ע"מ 4609/16

כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט א' שהם

לפני :

המערערת בע"מ 4607/16
והמשיבה 3 בע"מ 4609/16 :
Alstom Transport SA

המערערת בע"מ 4609/16
והמשיבה 3 בע"מ 4607/16 :
Construccions Y Auoxiliar de Ferrocarriles (CAF)

נ ג ד

המשיבה 1 בע"מ 4607/16
ובע"מ 4609/16 :
נת"ע – נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ

המשיבה 2 בע"מ 4607/16
ובע"מ 4609/16 :
Changchun Railway Vehicles Co. Ltd (CNR)

שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, מיום 9.5.2016, בעת"מ 26020-03-16 ובעת"מ 52319-03-16, שניתן על-ידי כב' השופט ד"ר ק' ורדי – סגן נשיא.

תאריך הישיבה : י"ט בכסלו התשע"ז (19.12.2016)

בשם המערערת בע"מ 4607/16 והמשיבה 3 בע"מ 4609/16 :
עוה"ד ד"ר ישראל לשם, גיורא אונגר, ומיטל ויצמן

בשם המערערת בעע"מ
4609/16 והמשיבה 3 בעע"מ
: 4607/16

עוה"ד יעקב שרביט, יצחק שרגאי, יותם
בלאושילד, וגילת אברהם

בשם המשיבה 1 בעע"מ
4607/16 ובעע"מ 4609/16 :

עוה"ד איילת סימון-וקסלר, שמואל מעוז, וגליה
שרף שמואל

בשם המשיבה 2 בעע"מ
4607/16 ובעע"מ 4609/16 :

עוה"ד יהושע חורש, ערן בצלאל, אוריאל פרינץ,
הגר פינס, אילן גולד, ומיכל רשף

פסק-דין

השופט א' שהם:

1. לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופט ק' ורדי – סג"נ), מיום 9.5.2016, בעת"מ 16-03-26020, ובעת"מ 16-03-52319, בגדרו, נדחו שתי עתירותיהן של המערערות בנוגע למכרז לתכנון, ייצור, אספקה, ותחזוקה של קרונות לקווי הרכבת הקלה באזור גוש דן.

רקע עובדתי

2. המערערת בעע"מ 4607/16, Alstom Transport SA, הינה חברה צרפתית העוסקת בייצור ואספקה של ציוד רכבות (להלן: אלסטום).

המערערת בעע"מ 4609/16, Construccions Y Auxiliary de Ferrocarriles, הינה חברה ספרדית העוסקת בייצור ואספקה של ציוד רכבות (להלן: CAF).

המשיבה 1 בשני הערעורים, נת"ע – נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ, הינה חברה ממשלתית, האחראית על תכנון, הקמה, וניהול מערכת הסעת ההמונים במטרופולין גוש דן (להלן: המשיבה 1 או נת"ע).

המשיבה 2 בשני הערעורים, Changchun Railway Vehicles co., Ltd, הינה חברה סינית העוסקת בייצור ואספקה של ציוד רכבות (להלן: המשיבה 2 או CNR).

3. בחודש נובמבר 2012, פירסמה נת"ע מכרז פומבי שמספרו 019/2012 לתכנון, ייצור, אספקה, ותחזוקה של 90 קרונות (עם אופציה ל-30 קרונות נוספים) עבור "הקו האדום" של הרכבת הקלה, מפתח תקווה ועד בת ים (להלן: המכרז). מדובר במכרז תלת שלבי, כאשר בשלב הראשון נבחנה עמידת ההצעות בתנאי הסף; בשלב השני, ההצעות שעמדו בתנאי הסף עברו לבדיקת איכות ההצעה הטכנית, כאשר הציון המינימאלי בגין בדיקה זו הוא 80%, היינו, הצעה אשר ציון האיכות שלה הוא מתחת ל-80% נפסלת (להלן: בדיקת האיכות); ובשלב השלישי והאחרון, עברו ההצעות שעמדו בשלב הראשון והשני לבחינת ההצעה הכספית.

יצוין, כי משקלה של ההצעה הטכנית בהערכת ההצעה הינו 30%, ומשקלה של ההצעה הכספית בהערכת ההצעה הינו 70%.

4. ביום 30.6.2014, הוגשו חמש הצעות למכרז, מתוכן, עמדו הצעותיהן של אלסטום, CAF, ו-CNR בתנאי הסף, ועברו לשלב בדיקת האיכות. בחודש ינואר 2015, הסתיים הליך בדיקת האיכות, וביום 26.11.2015, הכריזה ועדת המכרזים של נת"ע (להלן: ועדת המכרזים או הועדה) על CNR כזוכה במכרז. הציון שניתן ל-CNR בגין בדיקת האיכות עמד, בתחילה, על 80.5, ולאחר מכן, ירד ל-80.22, והמחיר שהציעה עמד על 1.27 מיליארד ₪. CAF דורגה במקום השני, כאשר הציון שקיבלה בגין בדיקת האיכות עמד, בתחילה, על 91.8, ובהמשך, עלה ל-92.08, והמחיר שהציעה עמד על 1.36 מיליארד ₪. אלסטום דורגה במקום השלישי, עם ציון איכות של 87.5, ומחיר של 1.45 מיליארד ₪ (להלן: תוצאות המכרז).

5. ביום 27.12.2015, הגישה אלסטום לבית המשפט לעניינים מנהליים עתירה נגד המשיבה 1 לגילוי מסמכים הקשורים למכרז (להלן: העתירה המקדמית). ביום 6.1.2016, התקיים דיון ארוך בעתירה המקדמית, שבסופו, הסכימה אלסטום, בהמלצת בית המשפט, כי העתירה תידחה.

6. ביום 3.1.2016, אישר בית המשפט לעניינים מנהליים הסדר דיוני שנעשה בין CAF לבין נת"ע, לפיו, CAF רשאית לערער על תוצאות המכרז בפני ועדת המכרזים, עד ליום 10.1.2016, ובמידת הצורך, CAF תגיש עתירה מנהלית בתוך 7 ימים, למן היום בו תכריע הועדה בערעור. עוד הוסכם בגדרו של הסדר זה, כי נת"ע לא תטען שחתימת ההסכם בינה לבין CNR, וכן פעולות שיבוצעו מכוחו, מהווים מעשה עשוי,

אשר ימנע את שינוי החלטתה (להלן: ההסדר הדיוני). ביום 6.1.2016, נעתר בית המשפט לעניינים מנהליים לבקשתה של אלסטום להחיל עליה את ההסדר הדיוני.

7. ביום 10.1.2016, הגישו אלסטום ו-CAF ערעורים לוועדת המכרזים, בגדרם, הועלו השגותיהן באשר לתוצאות המכרז. ביום 9.3.2016, ולאחר בדיקה מקצועית, יסודית, ומעמיקה של טענות אלסטום ו-CAF – אשר נעשתה הן על-ידי צוות מומחים פנימי, והן באמצעות צוות מומחים חיצוני מחו"ל – דחתה ועדת המכרזים את ערעוריהן של אלסטום ו-CAF, תוך הותרת החלטתה, בדבר זכייתה של CNR במכרז, על כנה (להלן: החלטת ועדת המכרזים).

8. אלסטום ו-CAF לא השלימו עם החלטת ועדת המכרזים, ובחודש מרץ 2016, הגישו לבית המשפט לעניינים מנהליים עתירות מנהליות נגד תוצאות המכרז, אשר נדונו במאוחד.

במסגרת עתירתה, טענה אלסטום כי המכרז נגוע בפגמים הבאים: קביעת מבחני משנה נסתרים; שינוי מבחני משנה בדיעבד; ושינוי בסתר של אמות מידה שפורסמו. נטען בנוסף על-ידי אלסטום, כי נת"ע התעלמה מכך שהצעתה של CNR הינה הצעה תכסיסנית; כי CNR לא עמדה בתנאי הסף של המכרז לעניין הניסיון הנדרש בייצור קרונות, בהתאם לדרישות התקינה האירופאית; וכי בעת הערכת ההצעות הטכניות, "הנדיפה" נת"ע את הצעת CNR, באמצעות מתן ניקוד שאינו מתיישב עם הסטנדרטים שנקבעו על-ידה. לפיכך, התבקש בית המשפט לעניינים מנהליים להורות על ביטול המכרז.

במסגרת עתירת CAF, נדרש בית המשפט לעניינים מנהליים, בין היתר, לבטל את החלטת ועדת המכרזים בדבר זכייתה של CNR במכרז; לפסול את הצעתה של CNR במכרז; ולהורות על זכייתה של CAF במכרז, בהיותה מציע כשיר שני. זאת, בשל שינוי הגדרת המונח "shall" במסמכי המכרז – דבר שהפך, כך לטענת CAF, את הצעתה של CNR להצעה מסויגת ותכסיסנית; אי עמידה בתנאי הסף בנוגע לבטיחות באש, ולנגישות לאנשים עם מוגבלויות, בהתאם לדרישות התקינה הישראלית; אי עמידה בדרישות מנדטוריות של המכרז לעניין בניה ותפעול רכבות קלות; והענקת ציון איכות שגוי להצעת CNR.

9. יצוין, כי ביום 24.3.2016, קיבל בית המשפט לעניינים מנהליים, באופן חלקי, את בקשת CNR לסילוק על הסף של פרק י"ב לעתירתה של אלסטום הנוגע ל"בקשה לגילוי מסמכים", בשל מעשה בית דין שנוצר כתוצאה מדחיית העתירה המקדמית.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים

10. ביום 9.5.2016, ניתן פסק הדין מושא הערעורים שלפנינו. בפתח פסק דינו, עמד בית משפט קמא על התנהלותה "הפגומה" של אלסטום, ועל "הטענות הקשות" אשר הועלו על ידה, בדבר "שחיתות ותפירת מכרז ליצרן הסיני CNR". בית משפט קמא ציין, בהקשר לכך, כי: "מדובר בהתנהגות לא ראויה ופסולה של Alstom שפעלה בחוסר תום לב והתחכמות, תוך התעלמות וחריגה מההסדר הדיוני, התעלמות מהחלטות שיפוטיות ומסדרי דין, אי מיצוי הליכים, יצירת טענות אווירה והחמור מכל, הכפשות, השמצות והאשמות קשות של ציבור שלם של אנשים העושים מלאכתם נאמנה, בלא שמץ של ראייה לכך...מדובר בהתנהגות חמורה שבנסיבות רגילות הייתה יכולה אף להביא לסילוק עתירתה על הסף".

11. בהמשך פסק הדין, ולאחר שנתן את דעתו לעקרונות היסוד בדיני מכרזים, בהינתן מורכבותו של המכרז, פנה בית משפט קמא לבחון את הטענות אשר נטענו על-ידי המערערות בעתירותיהן, כפי שיפורט להלן.

תחילה, התייחס בית משפט קמא, לטענותיה של אלסטום, שיש בהן, לשיטתה, כדי להביא לביטול המכרז, ובכלל זה, לטענה כי טרם פרסום תנאי המכרז, נקבעו מבחני משנה להערכת ההצעות הטכניות, אשר לא פורסמו במסמכי המכרז, בהתאם לתקנה 22(ב) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג – 1993 (להלן: התקנות או תקנות חובת המכרזים). לאחר ניתוח מעמיק של טענה זו, קבע בית משפט קמא כי, בנסיבות העניין, אין מדובר במבחני משנה שיש לפרסמם לפי תקנה 22(ב) לתקנות חובת המכרזים, אלא מדובר בנוהל פנימי, הכולל "הנחיות יישום" או "מבחני עזר" לבדיקת ההצעות. במילים אחרות נקבע, כי מדובר במסמך פנימי לבדיקה (מפ"ל) המהווה "צ'ק ליסט" לצורך בדיקה "מקצועית שוויונית ואחידה" של ההצעות, אשר אין לגביו חובת פרסום. מטרת הנוהל, כך ציין בית משפט קמא, הינה "ליישם את אמות המידה לבחינת ההצעות ו-11 מבחני המשנה התואמים את הוראות המכרז ונותנים פירוט מירבי למציע כיצד לתכנן את הצעתו באופן מרבי תוך הפנייה מפורטת ברזולוציה מקסימאלית למסמכי המכרז הטכניים והמפרט הטכני באופן שהדרישות מהמציעים היו צפויות וברורות". בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי משלא נפגם עקרון השוויון, ובשים לב ל"דוקטרינת הבטלות היחסית", גם לו היתה חובה לפרסם את "מבחני העזר", הרי שמדובר לכאורה בפגם טכני בלבד, להבדיל

מפגם מהותי, שאין די בו כדי להביא לביטול החלטות ועדת המכרזים או לביטול המכרז.

12. לאחר מכן, בחן בית משפט קמא את טענת אלסטום, כי נת"ע שינתה במכוון את מבחני המשנה הנסתרים על מנת ש- CNR תעבור את רף ציון בדיקת האיכות (80%, ודחה אותה בקובעו, כי מדובר בטענה "מופרכת ומקוממת שאין לה כל שמץ של ראייה ועומדת בניגוד לכתובים ואף בניגוד להיגיון ולשכל הישר". הובהר, לעניין זה, כי לאחר פתיחת ההצעות, ובמהלך בדיקתן, החליטה, אמנם, ועדת המכרזים לשנות חלק ממבחני העזר של הנוהל הפנימי (18 מתוך 200 מבחני העזר). יחד עם זאת, השינויים שבוצעו במבחני העזר נבעו מצרכים מקצועיים בלבד, ונועדו לפתור מצבים בלתי סבירים שנוצרו במהלך בדיקת ההצעות. בית משפט קמא סיכם את עמדתו בנושא זה, במילים אלה:

"בנסיבות העניין אני סבור שמדובר בהחלטה סבירה, שנבעה משיקולים מקצועיים גרידא, לא פגעה בעיקרון השוויון ו/או בעקרון ההסתמכות ואין מקום שבית המשפט יתערב בהחלטה סבירה זו המצויה במתחם שיקול הדעת של הועדה שעלתה מצרכים מקצועיים בלבד, לאחר שנשקלו כל החלופות, התקבל יעוץ משפטי, התקיים דיון מעמיק וניתנה החלטה מנומקת".

13. בהתייחסו לטענה בדבר שינוי בסתר של אמות המידה שפורסמו במכרז, קבע בית משפט קמא, כי "אין ממש בטענה זו, שכן מדובר למעשה בפיצול בטבלת אקסל...מדובר בשינוי סמנטי טכני וחסר משמעות מעשית שבוודאי אינו שינוי מהותי של מבחני המשנה ובוודאי שאינו מצדיק את ביטול המכרז (לא פחות ולא יותר), כפי שמבקשת Alstom".

14. מכאן, עבר בית משפט קמא לבחון את הטענות שהועלו על-ידי CAF – אשר לחלקן הצטרפה אלסטום – התוקפות את זכייתה של CNR במכרז. בית משפט קמא הקדים, וציין כי זולת הטענה בדבר היותה של הצעת CNR – הצעה תכסיסנית, מרבית הטענות "עוסקות בנושאים מקצועיים ונושאי ניקוד המצויים בליבה של שיקול הדעת של ועדת המכרזים, ב'גרעין הקשה' שלא נקל בית המשפט יתערב בו".

הטענה המרכזית שהעלתה CAF, היא כי CNR שינתה, באופן מניפולטיבי, את ההגדרה שניתנה למונח "shall" במסמכי המכרז, באופן המבטא כוונה בלבד לעמוד בדרישות המכרז (intention), להבדיל ממחויבות (A mandatory requirement),

והוסיפה, על דעת עצמה, את המונח "will", אשר הוגדר על-ידה כמבטא מחויבות לעמוד בדרישות המכרז (commitment). לטענת CAF, שינוי ההגדרות במסמכי המכרז הפך את הצעתה של CNR להצעה מסויגת, מותנית ותכסיסנית, אשר אינה עומדת בתנאי הסף, ובדרישות המנדטוריות של המכרז. לאחר דיון נרחב בטענה זו, החליט בית משפט קמא לדחותה, בהגיעו לכלל מסקנה, כי "בנסיבות העניין לא ניתן לראות בשינוי ההגדרה כהסתייגות, ולא ניתן להגיע למסקנה שמדובר בהצעה תכסיסנית הנותנת מרווח תמרון ל-CNR". את הטעמים שעמדו ביסוד מסקנתו זו, פירט בית משפט קמא, בזו הלשון:

"לא ניתן להתעלם מהיות המכרז מכרז מורכב הכולל הצעה טכנית של אלפי מסמכים הנבדקת רק בשלב השני ע"י אנשי מקצוע ולא משפטנים ואינה נכתבת בלשונם של משפטנים.

יש לראות את הכל בהקשר שבו הוא מועלה ומצוי במכלול ובמקרה דגן מדובר בתיאורים הטכניים ולא בתנאי הסף ובמסמכים להוכחתם ולא בחוזה משפטי ולכן לא ניתן לדקדק בניתוח משפטי לגבי התבטאות זו או אחרת או מסמך זה אחר, אלא יש לראות אותו בהקשר הכללי ובעניינים הקשורים גם הם למומחיות מקצועית שכמובן יש להם היבטים משפטיים, אך לא רק...

בראיית אנשי המקצוע ניתן לפרש את המונח "shall" כמאות דרישות המפורטות במכרז שהמזיע ידרש לעמוד בהן והוא מפרט בהצעתו את הנושאים שבאמצעות הצעתו יעמוד בהם. דהיינו, ההתחייבות ממילא היא עתידית לתכנון בעתיד שאז התכנון יעמוד בדרישות, ובלשון מקצועית ניתן לקבל גם שזה מקביל לכוונה לעמוד בהתחייבויות בעתיד.

השינוי המדובר היה באוגדן השני, בהצעת התכנון שהיא נספח להצעה הטכנית, בעוד מה שקובע זו הטבלה המופיעה ב-schedule 11 כשהדרישה הייתה במכרז, כדי לעמוד בדרישות המנדטוריות, לחתום על schedule 11 וכך נעשה. מכלול המסמכים החתומים, כולל schedule 11 והחוזה החתום המצוי באוגדן 1, נחתמו ללא כל הסתייגות וכן מסמכים נוספים חתומים שבהם אין שוני, ומצביעים על החתימה ללא כל הסתייגות...

בכל מכרז כמעט, ובוודאי במכרז מורכב נופלות טעויות כאלו או אחרות וניתן לגלות טעויות או סתירות. יחד עם זאת בסופו של דבר, מעבר לכך שיש לנקוט פרשנות מקלה וגמישה בהתחשב במורכבות המכרז ובכך שמעורבים בו אנשי מקצוע רבים ולאפשר תיקונים של פגמים קלים ו/או טכניים, השאלה הבסיסית, הנכונה גם למכרזים מורכבים, הינה האם נפל פגם מהותי כזה

הפוגע בשוויון או פגם מהותי אחר, הצריך להביא לפסילת ההצעה.

בעניין זה לא ניתן להתעלם מהמהות ומהמכלול והסתכלות מהותית כזו על מכרז זה ועל התנהגותה של CNR, הצהרותיה, התחייבויותיה והתנהגותה, כמו גם על התנהגות ועדת המכרזים בזמן אמת כלפי אחרים ובהתחשב בכך שמדובר בהצעה הטכנית ובעניינים מקצועיים שנרשמים ע"י אנשי מקצוע ונבדקים ע"י אנשים מקצועיים (שלעיתים יש להם שפה ועולם מונחים שונים ממשפטיים)...

מבחינה מהותית אין ספק שפרשנות המונח shall לא שונתה ומשמעותה דרישה מנדטורית שעל המציע הזוכה במכרז לעמוד בה במועד ביצוע התחייבויותיו החוזיות וממכלול הנסיבות והמסמכים עולה ש- CNR התחייבה גם התחייבה לכך ולא מדובר בהצעה מסויגת ובוודאי לא כזו הצריכה להביא לפסילת הצעת CNR שלא ניתן לראות את הצעתה כמותנית".

בהינתן האמור לעיל, הדגיש בית משפט קמא, כי לא עלה בידי CAF להוכיח, כי הצעת CNR הינה הצעה תכסיסנית, ולדבריו: "לא ניתן לקבוע כי CNR הינו מציע חסר תום לב, או כי מדובר בתכסיסנות, ומרחב תמרון פסול שיש בו כדי להביא לפסילת הצעת CNR".

15. בהמשך, דחה בית משפט קמא את טענות CAF, אחת לאחת, באשר לאי עמידת הצעת CNR בתנאי הסף לעניין דרישות בטיחות באש (בהתאם לתקן ישראלי 5435, או תקן גרמני 5510); נגישות לאנשים עם מוגבלויות; ועמידה בדרישות התקינה האירופאית, לצורך הוכחת ניסיון קודם ביצור ואספקה של קרונות, וקבע, כי:

"מדובר בטענות שנבדקו בצורה מעמיקה ויסודית ע"י ועדת המכרזים וע"י אנשי המקצוע והיועצים המשפטיים שקיבלו החלטה מנומקת שהצעת CNR עומדת בתנאים אלו ואין מקום להתערב בהחלטה זו שהיא סבירה, מקצועית ונתמכה גם בעמדתם של יועצים מקצועיים מחו"ל שבדקו אף הם את הטענות".

16. גם הטענות בדבר אי עמידת CNR בדרישות מנדטוריות של המכרז, לעניין תקן ישראלי 5350 הנוגע למשקלו של נוסע ממוצע, ולעניין המשקל המקסימלי של הקרונות – נדחו על-ידי בית משפט קמא, בהינתן כי מדובר "בנושאים מקצועיים גרידא שנבחנו היטב ע"י צוות הבדיקה... ואין מקום להתערב בקביעותיהם המקצועיות שהינן סבירות ובתחום מומחיותם, העולות בקנה אחד עם מסמכי המכרז והצהרות הצדדים".

17. לבסוף, נתן בית משפט קמא את דעתו להשגותיה של CAF לעניין ציון האיכות שהעניקה נת"ע ל-CNR; ולגבי הניקוד שניתן ל-CNR בגין זמן הנסיעה מבת ים לפתח תקווה, ובאשר לשיעור רמת המיחזור של הקרון – וקבע כי אין מקום להתערב בשיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים בענייני ניקוד ההצעה הטכנית, ובמומחיותו של צוות הבדיקה בנושא זה.

18. על יסוד נימוקים אלו, החליט בית משפט קמא לדחות את עתירותיהן של אלסטום ו-CAF, תוך חיובן (כל אחת מהן בנפרד), לשלם לנת"ע ול-CNR (לכל אחת מהן בנפרד) שכ"ט עו"ד בסך 100,000 ₪.

הן אלסטום והן CAF לא השלימו עם פסק דינו של בית משפט קמא, ומכאן הערעורים שלפנינו.

תמצית טיעוני אלסטום (עע"מ 4607/16)

19. בפתח הודעת הערעור, טענה אלסטום, כי הנחות היסוד עליהן ביסס בית משפט קמא את פסק דינו הינן שגויות. מדובר, כך לשיטתה של אלסטום, בהנחות הבאות: טענת אלסטום להטיית המכרז הינה במהותה "טענת שחיתות"; אלסטום מפנה האשמה בשחיתות חמורה כלפי נת"ע; יש צורך להוכיח כוונה להטיית תוצאות המכרז או קיומה של שחיתות, ואין די בחשש סביר לכך; כל טענותיה של אלסטום הינן נגזרות של "טענת השחיתות"; וכי יש לבחון את טענות אלסטום בהינתן, האינטרס שלה לביטול המכרז. מעבר לכך, סבורה אלסטום, כי שגה בית משפט קמא בפסק דינו "בכמה עניינים מהותיים", כפי שיפורט להלן.

20. לטענת אלסטום, שגה בית משפט קמא עת קבע, כי המבחנים שלא פורסמו אינם בגדר "מבחני משנה" כמשמעותם בתקנה 22(ב) לתקנות חובת המכרזים, אלא "צ'ק ליסט פנימי לבדיקה של אמות המידה ומבחני המשנה (11) שכן פורסמו", ומשכך לא הייתה חובה לפרסמם. במילים אחרות, טענה אלסטום, כי "הנוהל הנסתר", אשר כלל 60 מבחני משנה (אשר אף הם התחלקו ל-200 תתי מבחנים), חב בחובת פרסום על-פי דין, ובשל כך, אי פרסומו עולה כדי פגם יסודי ומהותי, המחייב את ביטול המכרז. נטען, בהקשר זה, כי שגה בית משפט קמא בקובעו, כי מסמכי המכרז כללו את כל המידע החייב בפרסום, שכן, לדידה של אלסטום, פרק "אמות המידה", המופיע במסמכי המכרז, אינו מפרט את מבחני המשנה, אלא מתאר, באופן כללי בלבד, את הנתונים שעל המציע להציג בהצעתו, ואת הדרישות בהם עליו לעמוד. אלסטום טענה בנוסף, כי

לא ניתן היה לעשות שימוש בדיעבד בחריג לחובת הפרסום, הקבוע בתקנה 22(ג) (2) לתקנות חובת המכרזים, ולא ניתן היה אף לקבוע, מלכתחילה, כי מבחני המשנה הנסתרים נופלים בגדר חריג זה.

21. אלסטום הוסיפה וטענה, כי שינוי מבחני המשנה הנסתרים בדיעבד, מקים חשש ממשי להטיית המכרז, ועל כן, כך לטענתה, שגה בית משפט קמא כאשר קבע, כי לא נמצא "שמץ של ביטוס" לכך ששינוי מבחני המשנה נעשה על מנת לאפשר להצעת CNR לעבור את ציון האיכות המינימאלי. עוד נטען, לעניין זה, כי שגה בית משפט קמא על הכשיר את שינוי מבחני המשנה בהתבסס, בין היתר, על כך שלא נפגע אינטרס ההסתמכות של המציעים; וכאשר התעלם מן העובדה שבשלב בדיקת האיכות, ידעה ועדת המכרזים למי מן המציעים שייכת כל הצעה, ובכלל זה, כי היצרון הסיני זול, באופן משמעותי, מהיצרנים האירופאיים. בהתייחס לשינוי אמות המידה שנקבעו להערכת ההצעות הטכניות, נטען על-ידי אלסטום, כי גם התנהלות זו מצביעה על הליך פגום ומוטה ביסודו, שיש בו כדי להביא לביטול המכרז. בלשון אחרת טוענת אלסטום, כי "ברור לכל כי הפרדה של אמת המידה הגדולה ביותר... וחלוקתה לאמת מידה נוספת שמשקלה 5 נקודות... מעוות את הניקוד ופועל בהכרח לטובת CNR".

22. אלסטום טענה עוד, כי יש בשינוי הגדרת המונח "shall", והוספת המונח "will", אשר ביצעה CNR במסמכי המכרז, כדי להפוך את הצעתה של CNR להצעה מסויגת. זאת שכן, שינוי ההגדרות מעיד על כך ש-CNR סטתה מהתחייבותה לעמוד בדרישות רבות, אשר הוגדרו במסמכי המכרז כחובה. על כן, כך לגישתה של אלסטום, שגה בית משפט קמא כאשר התעלם מכך ש-CNR שינתה, באופן אקטיבי ומכוון, את הגדרות המכרז; ומשקבע כי "נקודת המוצא הינה שמדובר בפעולות שנעשו בתום לב". בהמשך, השיגה אלסטום על קביעתו של בית משפט קמא, לפיה החלטת הועדה לבחון, באופן השוואתי, את איכות ההצעות הינה מתודולוגיה אפשרית וסבירה של צוות הבדיקה, המצויה בליבת שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים. זאת שכן, לעמדת אלסטום, "בחינה השוואתית מטה כלפי מעלה את ציוני כל ההצעות, ומכך נהנית כמובן ההצעה הזולה ביותר והגרועה ביותר".

23. עוד נטען על-ידי אלסטום, כי בית משפט קמא לא בחן את מצבור הפגמים "ממעוף הציפור", תוך שהוא מעלים עין מהתמונה הכוללת, ובעיקר, מהתנהלותה הבעייתית של ועדת המכרזים, אשר העדיפה, באופן עקבי, את הצעתה של CNR, והתעלמה מדרישות חובה ותנאי סף שהיא עצמה קבעה. צוין, בהקשר זה, כי אין

בעובדת היותו של המכרז "מכרז מורכב", כדי לרפא מצבור שיטתי של פגמים שנפלו בניהול המכרז, אשר מיטיבים עם הצעת CNR.

24. לבסוף, טענה אלסטום כנגד קביעתו של בית משפט קמא, כי היא עצמה הפרה את ההסדר הדיוני, ולא פעלה למיצוי הליכים; וכנגד הביקורת הקשה שהופנתה כלפיה על-ידי בית משפט קמא.

תמצית טיעוני CAF (ענ"מ 4609/16)

25. במסגרת כתב הערעור, העלתה CAF שלל טענות הנוגעות לשינוי ההגדרות שביצעה CNR בהצעתה. במסגרת זו, הדגישה CAF כי שינוי "ההגדרות המחייבות", אשר ביצעה CNR בטבלת ההגדרות, המופיעה בסעיף 1.1.1 לפרק הדרישות המקצועיות במסמכי המכרז, הפך את הצעתה לפגומה, מסויגת, מעורפלת ולוקה בחוסר בהירות, באופן המחייב את פסילתה. אין חולק – כך לטענת CAF – כי קיימת סתירה פנימית בהצעת CNR, הנובעת מכך שבפתח הצעתה, הביעה CNR מחויבות לעמוד בדרישות המכרז, ואילו בהצעתה הטכנית הביעה CNR כוונה בלתי מחייבת לעמוד בדרישות אלו, תוך שהיא יוצרת הבחנה "חדה וברורה" בין כוונה (intention) לבין התחייבות (commitment). בשל כך, סבורה CAF, כי שגה בית משפט קמא כאשר נמנע מלהורות על פסילת הצעת CNR, ולו בשל קיומה של סתירה זו. CAF טענה בנוסף, כי ועדת המכרזים כלל לא הייתה רשאית לפנות בבקשת הבהרה ל-CNR, בנושא זה, הן משום שפנייה, כאמור, העניקה ל-CNR מרחב תמרון פסול, והן משום שהפגם לא אותר על-ידי ועדת המכרזים בזמן אמת, אלא רק לאחר זכייתה של CNR במכרז. עוד נטען על-ידי CAF, כי פסילת הצעת CNR מתחייבת גם בשל הוראות המכרז (סעיפים 27, 26.3 ו-26.4 ל ל- Volume 1, Section I למסמכי המכרז), וגם לנוכח העובדה שהכשרתה פוגעת פגיעה קשה בעיקרון השוויון, שכן "בעוד ש-CAF התחייבה לעמוד בכל דרישות המכרז, CNR נמנעה מלעשות כן".

26. CAF הוסיפה וטענה, כי השגיאה המשפטית המרכזית אשר קיימת בפסק דינו של בית משפט קמא נוגעת לקביעה, כי לצורך פסילתה של הצעת CNR, היה על CAF להוכיח, כי הצעה זו הייתה תכסיסנית וחסרת תום לב. לשיטתה של CAF, הסתייגותה של CNR מדרישות המכרז, באמצעות שינוי ההגדרות שביצעה בהצעתה, מהווה לכשעצמה פגם מהותי בהצעת CNR, המחייב את פסילתה, וזאת ללא תלות בתום ליבה של CNR, וללא צורך בהוכחת תכסיסנות. על כן, כך טוענת CAF, היה על בית משפט קמא להורות על פסילת הצעת CNR, גם אם לא השתכנע כי זו לקתה ב"תכסיסנות

הטבולה ברמייה, באי יושר, בהיעדר תום לב...". למעלה מן הצורך, נטען על-ידי CAF, כי יש לפסול את הצעתה של CNR, גם בהיותה הצעה תכסיסנית, אשר הוגשה בחוסר תום לב, בשים לב לכך, כי CNR "החביאה" את הסתייגותה מהוראות המכרז בחלק הטכני של הצעתה, ואף כשלה מלהציג כל הסבר הגיוני לשינוי ההגדרות, ובעיקר להוספת המונח "will". נוסף על כך, סבורה CAF, כי שגה בית משפט קמא משייחס חשיבות לעובדה, כי CNR מיקמה את הסתייגותה בחלק הטכני של הצעה, ולכך שמכלול המסמכים החתומים נחתמו ללא הסתייגות; בקובעו, כי עצם חתימת ההסכם עם נת"ע מהווה אינדיקציה למחויבותה של CNR לעמוד בדרישות המכרז; וכאשר הסתמך על סדר הקדימויות המוגדר במסמכי המכרז.

27. טענה נוספת, העולה מהודעת הערעור שהוגשה על-ידי CAF, נוגעת לניקוד הצעתה של CNR. לגישת CAF, הניקוד שהעניקה ועדת המכרזים להצעת CNR – ביחס לשיעור מיחזור החומרים מהם עשוי הקרון מתוצרת CNR, ועבור זמן הנסיעה של הקרון מבת-ים לפתח-תקווה – נעשה בניגוד לכללי הניקוד שנקבעו על-ידה, תוך פגיעה בעיקרון השוויון, בהינתן היישום הדווקני של כללים אלה על יתר המציעים. CAF טענה בנוסף, כי ציון האיכות הגבולי שהוענק ל-CNR "עשה עמה חסד רב", שכן לדידה של CAF, אף בהתעלם משני הפגמים שפורטו לעיל, הצעתה של CNR הינה הצעה "ירודה ולא איכותית", ומשכך היתה צריכה לקבל ציון איכות "נמוך משמעותית" מזה שניתן לה.

28. כמו כן, ובדומה לטענתה של אלסטום, סבורה CAF, כי אין בעובדת היותו של המכרז "מורכב העוסק בפרויקט ענק" כדי להשליך על בחינת טענותיה, אשר אינן נוגעות, כלל ועיקר, לסוגיות מקצועיות, אלא מצביעות על פגמים "מהותיים וחמורים" הפוגעים בעיקרון השוויון.

29. עוד הוסיפה CAF וטענה, כי הצעת CNR לא עמדה בתנאי הסף לעניין ניסיון בייצור קרונות בהתאם לדרישות התקינה האירופית, והסתפקה בצרוף מכתבי המלצה מאת לקוחות שאינם אירופאיים (שני לקוחות סינים ולקוח איראני). כך גם צוין, בקצרה, כי הצעת CNR לא מילאה את דרישות התקינה הישראלית, אשר הוגדרו כתנאי סף, לעניין בטיחות באש, ונגישות לאנשים עם מוגבלויות.

30. לבסוף, השיגה CAF גם על סכום ההוצאות שנפסקו לחובתה על-ידי בית משפט קמא.

31. המשיבה 1 סומכת את ידיה על פסק דינו של בית משפט קמא, ולעמדתה, דין ערעורה של אלסטום, כמו גם ערעורה של CAF, להידחות.

לטענת המשיבה 1, עיקר טענות אלסטום מכוון כנגד קביעות עובדתיות של בית משפט קמא, בהן ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב. במילים אחרות נטען, כי אלסטום לא הציגה כל טעם או "בדל נימוק" אשר יש בו כדי להצדיק סטייה מההלכה, כי אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות עובדתיות שנעשו על-ידי הערכאה הדיונית. נת"ע הדגישה, בנקודה זו, כי טענתה העיקרית של אלסטום, לפיה – המכרז הוטא במכוון על-ידי ועדת המכרזים, על מנת ש-CNR תזכה בו – נבחנה עובדתית, ונדחתה על-ידי בית משפט קמא; וכי בניגוד לטענת אלסטום, בית משפט קמא כלל לא הציב רף ראייתי גבוה, לצורך ביסוס הטענות הנוגעות לשחיתות ולהטיית המכרז, אלא קבע כי טענות אלו הועלו על-ידי אלסטום ללא "שמץ של ביסוס".

32. בהתייחס לטענת אלסטום בדבר אי-פרסום מבחני משנה, ציינה נת"ע, כי טענה זו נדונה על-ידי בית משפט קמא, ולאחר ניתוח מעמיק ומקיף, הוכרעה "ברמה העובדתית", בהתאם להלכות בדיני מכרזים. עוד נטען על-ידי נת"ע, בהקשר זה, כי לא נפל כל פגם בקביעת מבחני העזר על-ידי ועדת המכרזים, או באי פרסומם. זאת שכן, לשיטתה של נת"ע, מדובר בנוהל בדיקה פנימי "המיישם את אמות המידה ומבחני המשנה, המאפשר לעקוב אחרי פרטי הפרטים שנדרשו המציעים לספק בהצעות, לוודא את מידת תאימותם לדרישות המשפט הטכני, ולדרג את ההצעות באופן שוויוני ואחיד", ועל כן, אין כל חובה לפרסמו.

33. המשיבה 1 הוסיפה וטענה, כי אמות המידה אשר פורסמו במסמכי המכרז, לא שונן, לאורך כל ההליך, אלא מדובר בהפרדה טכנית של סעיף מערכות התקשורת בטבלת האקסל המסכמת של בדיקת ההצעות. לא זו אף זו, כך נטען על-ידי נת"ע, מכלול הראיות שהוצג בפני בית משפט קמא מלמד כי השינוי הנטען נעשה, טרם הגשת ההצעות, ובוודאי שאין בו כדי להוות שינוי "המעוות את הניקוד ופועל לטובת CNR", כפי שטוענת אלסטום.

34. בכל הנוגע לטענה, כי תיקון או שינוי מבחני העזר הפנימיים מחייבים את ביטול המכרז – טענה המשיבה 1, כי שינוי מבחני העזר נעשה על-ידי ועדת המכרזים בשל שיקולים מקצועיים בלבד, לנוכח קשיים שנתגלו בתהליך בדיקת ההצעות. מעבר

לכך, נטען על-ידי נת"ע, כי שינוי המבחנים נעשה, באופן מידתי, טרם שנפתחו ההצעות הכספיות, והופעל באופן אחיד ושווה על כל המציעים, מבלי לפגוע "בטוהר המידות ובשוויון".

35. אשר לטענת אלסטום בדבר שינוי שיטת הערכת ההצעות, ציינה נת"ע, כי לא זו בלבד שמדובר בטענה חדשה שהועלתה בשלב הערעור, אלא שגם לגופו של עניין, אופן הבדיקה ההשוואתי עוגן בנוהל הבדיקה מראש, ו"בכל מקרה אין מקום להתערבות בליבת שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים".

36. בניגוד לעמדת CAF, גורסת נת"ע, כי הצעתה של CNR אינה הצעה מסויגת, בלתי ודאית או תכסיסנית. זאת שכן, ועדת המכרזים בחנה את טענות CAF בדבר שינוי הגדרת המונח "shall" במסמכי המכרז, ולאחר בחינה "רוחבית מקיפה" – אשר נעשתה באמצעות צוות מומחים פנימי וצוות מומחים זר, שנשכר על-ידיה במיוחד לנושא זה – קבעה כי אין בשינוי זה כדי להשליך על האופן בו יש לקרוא את הצעתה של CNR, או על היקף ההתחייבויות הכלולות בה. יתרה מזאת, הדגישה נת"ע, כי ועדת המכרזים אף הפנתה את טענותיה של CAF, בנושא זה, להתייחסות CNR, אשר, במסגרת תגובתה, חזרה ואישררה את מחויבותה הבלתי מסויגת להוראות המכרז. לא זו אף זו, כך נטען על-ידי נת"ע, גם בית משפט קמא נדרש לטענה זו, ודחה אותה, לאחר קיום דיון נרחב ומפורט, בקובעו כי שינוי ההגדרות, אשר ביצעה CNR במסמכי המכרז, אינו בבחינת הסתייגות שיש בה כדי להביא לפסילת הצעת CNR.

37. בכל הנוגע לטענת CAF, כי CNR לא עמדה בתנאי הסף לעניין התקינה האירופאית, טענה נת"ע, כי הוראות המכרז לא כללו הוכחת עמידה בדרישות התקינה האירופאית, באמצעות "גורם בלתי תלוי או גורם בר סמכא". כך גם, נטען, כי מבחינת הוראות המכרז, אין כל פגם או פסול שלקוח לא אירופאי, אשר הזמין קרונוות, יאשר עמידה בתקינה אירופאית.

38. עוד נטען על-ידי המשיבה 1, כי הניקוד שניתן ל-CNR בוצע כדין, ואין כל עילה להתערב בו. צוין, בהקשר זה, כי בצל האישום הכבד "בדבר הטית הניקוד", הורתה נת"ע על בחינה מדוקדקת ויסודית של טענות CAF, הן על-ידי אנשי מקצוע מטעמה, והן על-ידי צוות מומחים זר, אשר מונה במיוחד לצורך בקרה נוספת. בבדיקות החוזרות נמצאו טעויות בודדות בהליך הניקוד, אך אלו תוקנו על-ידי ועדת המכרזים, באופן שניקוד האיכות של CNR הופחת מ-80.5 ל-80.22, ואילו ניקוד האיכות של CAF עלה מ-91.8 ל-92.08. נת"ע הוסיפה וטענה, כי ניקוד שניתן ל-CNR, ביחס

לשיעור מיחזור חומרי הקרון, ולגבי משך סבב הנסיעה, מבוסס על "נתונים ראויים ורלוונטיים", אשר נשקלו על-ידי צוות בדיקה מקצועי, ומשכך אין מקום להתערב בהחלטת ועדת המכרזים, בנושא זה.

תמצית טיעוני המשיבה 2

39. בפתח דבריה, הדגישה המשיבה 2, כי מרבית הטענות אשר הועלו על-ידי אלסטום במסגרת עתירתה, לא נטענו בפני ועדת המכרזים, כך שבפועל, אלסטום לא פעלה למיצוי הליכים, תוך חריגה מההסדר הדיוני; כי הביקורת שמתח בית משפט קמא על התנהלותה החמורה של אלסטום לא השפיעה על הכרעותיו בפסק הדין, שכן הגם שהתנהלות זו הצדיקה את סילוק העתירה על הסף, בחן בית משפט קמא את טענות אלסטום, באופן מקיף ויסודי, ומצא לדחותן, תוך דיון ענייני ומנומק; וכי במסגרת הערעור, חזרה אלסטום על הטענות שהועלו על-ידה בפני בית משפט קמא, באופן מרוכך ומגמתי, תוך שהיא מסלפת את קביעותיו של בית משפט קמא.

40. לגופו של עניין, טענה CNR, כי צדק בית משפט קמא עת קבע, כי מבחני העזר שלא פורסמו, אינם מהווים מבחני משנה שיש לפרסמם בהתאם לתקנה 22(ב) לתקנות חובת המכרזים; משקבע כי למתמודדים במכרז היה כל המידע לצורך הגשת ההצעות; ובקובעו, כי גם אם היתה הפרה של חובת הפרסום, הרי שבהינתן מורכבותו של המכרז, ומשלא נפגם עיקרון השוויון – לא היה מקום לביטול המכרז. עוד נטען על-ידי המשיבה 2, כי לא נפל כל פגם בשינוי או עדכון מבחני העזר, לאחר פתיחת ההצעות; וכי ועדת המכרזים לא שינתה את "אמות המידה" באופן מהותי, אלא שמדובר בשינוי טכני וחסר משמעות.

41. בכל הנוגע לטענה בדבר שיטת הבדיקה ההשוואתית, סבורה CNR, כי דינה להידחות, שכן מדובר בטענה עובדתית-משפטית חדשה שלא הועלתה בעתירת אלסטום, ולא הוכרעה על-ידי בית משפט קמא. מעבר לכך, צוין, כי מדובר בטענה אשר משוללת כל יסוד, וזאת בין היתר, בשל העובדה כי שיטת הבדיקה ההשוואתית עוגנה מלכתחילה בנוהל הבדיקה; ומשום שמדובר בהליך בדיקה דו-שלבי של ההצעות הטכניות.

42. בהינתן המפורט לעיל, כך לטענת CNR, אלסטום לא הצביעה על כל חשש לניהול מוטה של המכרז, ולפיכך, צדק בית משפט קמא במסקנתו, כי לא נפל פגם מהותי, ובוודאי שלא נפל "מצבור פגמים" בהתנהלות הועדה או בהצעת CNR, שיש בו

כדי להצדיק את ביטול המכרז. בלשון אחרת, נטען על-ידי CNR, כי "ככל שמדובר ב'פגמים' מדובר בפגמים טכניים שאינם פוגעים בעקרונות השוויון והתחרות ההוגנת, ואין מקום להתערב בהחלטת הועדה". לנוכח האמור, התבקשו על-ידי המשיבה 2 לדחות את ערעור אלסטום.

43. אשר לערעור CAF, גורסת המשיבה 2, כי גם הוא דינו להידחות, שכן הטענות שהועלו במסגרתו, מתמקדות בעניינים המצויים ב"גרעין הקשה" של שיקול דעתה המקצועי של ועדת המכרזים.

לגישתה של המשיבה 2, צדק בית משפט קמא כאשר דחה את הטענה בדבר הסתייגותה מתנאי המכרז, שכן שינוי הגדרת המונח "shall", בנספח להצעה הטכנית, אינו גורע ממחויבותה לעמוד בדרישות המכרז. המשיבה 2 טענה, בהקשר זה, כי ככל שהיה ספק לגבי המשמעות שיש לייחס להגדרת המונח "shall" – הרי שקריאת הצעת CNR כמכלול, מלמדת כי CNR התחייבה לעמוד, "באופן מלא ובלתי מסתייג" בדרישות המכרז. יתרה מזאת, כך לטענת CNR, "בחינה מהותית של מכלול הנסיבות וההקשר, בשים לב למבנה ההצעה הטכנית ותוכנה, מביאה למסקנה שאין מדובר בהסתייגות או בהצעה עמומה, ולא היה כל שינוי או 'דילול' במחויבות CNR. לא ניתן לקחת 'רסיסי מידע', להוציאם מהקשרם, ולבחון אותם במנותק מהמכלול". המשיבה 2 הוסיפה וטענה, כי שינוי ההגדרות נבע מבעיות תרגום, כיוון שהמפרט הטכני, על הגדרותיו, תורגם לשפה הסינית, ובסוף התהליך, תורגם בחזרה לשפה האנגלית. נטען בנוסף, כי בשונה מפסקי הדין, אליהם מפנה CAF, CNR לא קבעה תנאים מגבילים, ולא נמנעה מלקבל על עצמה את דרישות המכרז; כי הצעתה של CNR אינה הצעה תכסיסנית, שכן לא הוכח כי יש בשינוי ההגדרות כדי להקנות ל-CNR מרחב תמרון; כי הועדה מוסמכת לפנות למציע בבקשת הבהרה נקודתית כאשר עולה חשד להסתייגות; כי קביעת סדר הקדימויות, במקרה של סתירה, מקובל במכרז מורכב מעין זה; וכי חתימת החוזה מהווה ראיה בדיעבד לכוונת CNR לעמוד בתנאי המכרז.

44. עוד טוענת CNR, כי צדק בית משפט קמא משקבע כי לא נפל פגם באופן בדיקת הצעתה של CNR על-ידי ועדת המכרזים. נטען, לעניין זה, כי הניקוד שניתן להצעת CNR בגין שיעור מיחזור הקרון, וביחס לזמן הנסיעה מבת-ים לפתח-תקווה ובחזרה, תואם לכללי הניקוד שנקבעו על-ידי הועדה, ומתיישב עם האופן בו נוקדו הצעותיהן של CAF ואלסטום. בניגוד לטענת CAF, הבהירה CNR, כי הגשת הסימולציה המתוקנת, בקשר לזמן הנסיעה מבת-ים לפתח-תקווה ובחזרה, "אינה מהווה הצעה מתוקנת אלא הבהרה בלבד, ביחס לנתון לו התחייבה CNR בהצעתה".

45. לבסוף, טענה המשיבה 2, כי צדק בית משפט קמא בקובעו כי CNR עומדת בתנאי הסף בדבר עמידה בתקינה האירופאית. זאת שכן, סעיף 9.1 לפרק תנאי הסף במסמכי המכרז, אשר דורש ניסיון קודם בייצור קרונות לפי התקינה האירופאית, מתייחס ל"תעודות עצמאיות" או "הוכחות חיצוניות אחרות", ואינו מגביל את אופן הוכחת תנאי הסף לאישור מגורם מסוים. ועוד נטען, כי כאשר נת"ע דרשה אישור של גורם בינלאומי מסוג מסוים, לצורך הוכחת קיומם של תנאי סף, הדבר נקבע במפורש במסמכי המכרז.

דיון והכרעה

46. השאלה המרכזית העומדת להכרעה בערעורים שלפנינו היא, האם החלטת ועדת המכרזים בדבר זכייתה של CNR במכרז, נתקבלה כדין, או שמא נפל בה פגם המצדיק את התערבותנו בהחלטה זו?

בפתח הדברים, יש לחזור על ההלכה המושרשת לפיה בית משפט זה אינו משמש כמעין "ועדת מכרזים עליונה" ואינו מחליף את שיקול דעתה של הועדה בשיקול דעתו (ע"מ 5408/12 ברק 555 בע"מ נ' מגלקום תקשורת מחשבים בע"מ (14.2.2013); ע"מ 6242/09 חג'אזי חברה לטיעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (10.11.2009) (להלן: עניין חג'אזי); ע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים-עיריית עפולה (18.1.2009) (להלן: עניין רון). ועוד נקבע, כי על ועדת המכרזים – בהיותה גוף מינהלי, ולנוכח מעמדה כנאמן הציבור – להפעיל את שיקול דעתה בהגינות ובתום לב, ובכלל זה, לפעול "ביושר, בשוויון, ללא משוא פנים או שרירות. עליה, כמובן, לפעול בסבירות, לאחר ששקלה, במסגרת החלטותיה, את כלל השיקולים הרלבנטיים, ואיזנה בין האינטרסים השונים, תוך הסתמכות על תשתית ראייתית מהימנה ומבוררת" (ע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל סלע (1991) בע"מ, פסקה מט (24.5.2010)).

הביקורת השיפוטית של בתי המשפט, מתמקדת בבחינת החלטות ועדת המכרזים בראי כללי המשפט המנהלי, וביניהם: בחינת סמכותה העניינית של הועדה; התנהלות בהתאם לעקרון הסבירות; ושקילת שיקולים ענייניים בלבד. בין היתר, על בית המשפט לבחון את השאלה, האם נפל בהחלטות ועדת המכרזים פגם, אשר אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני המכרזים הציבוריים, כפי שאלו נקבעו בחקיקה ובפסיקה (עניין חג'אזי, פסקה 9, וראו גם: ע"א 4964/92 נשיך נ' עשת, פ"ד נ(3) 762,

768-769 (1996); ע"א 334/01 מדינת ישראל נ' אבו שינדי, פ"ד נז(1) 883, 895 (2003); עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח(1) 590, 597-598 (2003) (להלן: עניין קל בנין); עע"מ 06/1847 בזק-החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד האוצר-החשב הכללי, פסקה 6 (25.4.2007); עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), פסקה 37 (11.2.2008); עומר דקל מכרזים כרך ב 393-396 (2006) (להלן: דקל, כרך ב). נקודת המוצא בבחינה זו היא, כי "רק סטייה מהותית מעקרונות יסוד של ניהול מכרז תקין תצדיק התערבות שיפוטית בהחלטות הוועדה...בית המשפט מבחין בהקשר זה בין פגמים מהותיים במכרז, הפוגעים בשוויון ובתחרות ההוגנת בין המשתתפים, לבין פגמים טכניים שנעשו בתום לב, ואשר אין בהם כדי לפגוע בעקרונות היסוד של דיני המכרזים..." (עניין קל בנין, עמ' 598; וראו גם: עניין רון, פסקה 11; עע"מ 4529/15 אורט ישראל (חל"צ) נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל ואח' (24.8.2015) (להלן: עניין אורט). במילים אחרות, לא כל פגם שנפל בהחלטת ועדת המכרזים יביא, בהכרח, לביטול המעשה המינהלי. פגם בעל אופי טכני שאינו יורד לשורשו של ענין, ושאינו פוגע בכללי היסוד של דיני המכרזים הציבוריים – אין בו כשלעצמו כדי להביא לפסילת הצעה או לפסילת המכרז כולו, זאת לעומת פגם מהותי אשר עשוי להוביל לתוצאה זו (ראו: בג"צ 203/75 בן יקר נ' המועצה האזורית באר-טוביה, פ"ד כט(2) 707, 711 (1975) (להלן: עניין בן יקר); בג"ץ 161/80 מלון סן טרופז בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 709, 711 (1980)).

עוד יש לציין, כי התערבות בית המשפט מוגבלת אף יותר בעניינים שבמומחיות, אשר מצויים ב"גרעין הקשה" של שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים (רע"א 8240/11 ג.א. מהנדסי הצפון נ' תאגיד המים והביוב האזורי "אלעין", פסקה 8 (4.2.2011)). כך, גם מתבקש ריסון במידת ההתערבות השיפוטית במכרזים שנוגעים להתקשרות מורכבת, הכוללת היבטים מקצועיים הדורשים מומחיות מיוחדת, כבענייננו (עניין קל בנין 598-599; עע"מ 4513/11 המחדש תעשיות קמן (2006) נ' קולחי הגולן, פסקה 5 (25.7.2011)).

47. במקרה דנא, קבע בית משפט קמא, כי אין מקום להתערב בהחלטת ועדת המכרזים, לאחר שהגיע לכלל מסקנה, כי "בחינת הטענות והפגמים הנוטענים לא מובילה לתוצאה של ביטול המכרז ו/או ביטול זכיית CNR". המערערת מלינות על קביעה זו, כאשר אלסטום מבקשת להורות על ביטול המכרז, לנוכח (א) אי-פרסום מבחני משנה; (ב) שינוי מבחני המשנה; (ג) ושינוי אמות מידה שפורסמו. ואילו, CAF (אליה מצטרפת אלסטום) מבקשת להורות על פסילת הצעתה של CNR במכרז, בשל (א)

היותה הצעה מסויגת ותכסיסנית; (ב) אי עמידתה של ההצעה בתנאי הסף של המכרז; (ג) ופגמים שונים שנפלו, לשיטתה, בניקוד ההצעה.

טרם שאדון בטענות אלו, מן הראוי לסקור בקצרה את תכליותיו של המכרז הציבורי בדין הישראלי.

48. המכרז הציבורי הוגדר כ"הזמנה של רשות מינהלית לתחרות מאורגנת לקראת כריתתו של חוזה". ככזה, המכרז הציבורי כפוף לשתי מערכות דינים עיקריות: כללי המשפט המינהלי ודיני החוזים והטרומ חוזים (בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 89-91 (1982) (להלן: עניין מיגדה); ע"מ 5853/05 אחים כאלדי בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה ז' (16.1.2007); עומר דקל מכרזים כרך א 73 (2004) (להלן: דקל, כרך א).

ביסודו של המכרז הציבורי, עומדות שתי תכליות מרכזיות: האחת, עניינה בשמירה על עיקרון השוויון וטוהר המידות, על-ידי מתן הזדמנות שווה לכלל המציעים, בלא משוא פנים ובלא שרירות. השנייה, היא השאיפה לנהוג ביעילות, ולחסוך בכספי ציבור, על-ידי השגת מירב היתרונות למזמין, באמצעות מנגנון המכרז (ראו: ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 20 (28.2.2011) (להלן: עניין מתן); ע"מ 4363/14 מדינת ישראל משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' עמותת אקים ישראל, פסקה 6 (12.4.2015)). היחס בין שתי תכליות אלו, כמוהו כיחס שבין שני "כובעיה" של הרשות, בעת שהיא מתנהלת במרחבו של המשפט הפרטי: כובעה כרשות מינהלית, שמכוחו מושם דגש על שיקולים ציבוריים ועל הבטחת עיקרון השוויון; וכובעה כשחקן בשוק הפרטי, אשר פועל בהתאם לדיני החוזים המבקשים להגשים, בעיקרם, אינטרסים כלכליים (ראו: ע"מ 687/04 ינון-תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות-רכבת ישראל, פסקה 12 (15.6.2006); דקל, כרך א' עמ' 91-115; גבריאלה שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 141-146 (1999)).

מבין שתי מטרות אלה, זוכה, בדרך-כלל, עיקרון השוויון לבכורה, לנוכח מעמדו כ"נשמת אפו של המכרז הציבורי", אף במחיר של ויתור מסוים על יעילות כלכלית, במקרה של התנגשות בין שני השיקולים (ראו: ע"מ 10785/02 חברת י.ת.ב בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הפנים, פ"ד נח(1) 897, 905-907 (2003); ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נא(1) 21, 26-27 (1995)). הרציונל העומד ביסוד גישה זו הוא, כי השלמה עם פגמים מהותיים, ובעיקר

אם מדובר בפגמים שיש בהם משום פגיעה בעיקרון השוויון, יש בה אולי תועלת כלכלית בטווח הקצר, אך היא עלולה לגרום נזק כלכלי וחברתי בטווח הארוך. לעומת זאת, הקפדה על הנורמות הציבוריות שביסוד המכרז הציבורי, ובראשן עיקרון השוויון "תגביר את אמון הציבור בשיטת המכרז ותעודד השתתפות במכרזים ציבוריים באופן שעולה בקנה אחד עם האינטרס הכלכלי שבבסיס המכרזים" (עניין רון, פסקה 12). ההנחה היא כי, בסופו של יום, אין בפנינו סתירה אמיתית בין התכליות השונות, שכן בטווח הארוך, יש בשמירה על עיקרון השוויון כדי להגביר את אמון הציבור במנגנון המכרזים, ולעודד השתתפות בו, אשר תגשים, בסופו של דבר, גם את האינטרסים הכלכליים שביסוד עריכת המכרז (עניין מתן, פסקה 21).

יפים, לעניין זה, דבריו של השופט י' עמית בע"מ 5375/15 בטחון שרותים אבידר בע"מ נ' נתיבי ישראל – החברה הלאומית לתשתיות, פסקה 2 (11.8.2016):

"התכליות העקרוניות העומדות בבסיסם של דיני המכרזים, הם היעילות הכלכלית ועקרון השוויון. במסגרת התכלית הראשונה, דיני המכרזים חותרים להשאת התועלת הכלכלית ולחסכון בכספי ציבור. במסגרת התכלית השנייה, עקרון השוויון מחייב לנהוג בשוויון ובהגינות כלפי המציעים, ולא אחת מצינו בפסיקה כי מתן סיכוי והזדמנות שווה למציעים הם לב לבו של המכרז הציבורי... האינטרס של שמירה על טוהר המידות משותף לשתי התכליות, באשר התקשרות שמקורה בשחיתות, שוחד או משוא פנים, פוגעת בציבור הן בהיבט הכלכלי והן בהיבט של שוויון והגינות. יש הגורסים כי השמירה על טוהר המידות היא תכלית העומדת בפני עצמה, לצד עקרון השוויון והשגת יעילות כלכלית, ולשיטה זו, דיני המכרזים עומדים על שלוש תכליות... בין תכליות עיקריות אלה מתקיימים יחסי גומלין, באשר ההנחה היא כי הקפדה על עיקרון השוויון, מגבירה את אמון הציבור במנגנון המכרז, ובכך מעודדת השתתפות במכרזים, שבתורה מקדמת את היעילות הכלכלית שבבסיס המכרז..."

...בתחרות בין התכלית של יעילות כלכלית לבין התכלית של עקרון השוויון, הפסיקה בחרה במוצהר בעקרון השוויון, שמקובל לראותו כ'עקרון העל' בדיני המכרזים... אין בדעתי להרהר ולכפור בדעה זו, שקנתה לה שביטה בפסיקה מזה שנים ארוכות... עם זאת, בבואנו להגשים את עקרונות השוויון וההגינות, אל לנו לשכוח גם את עקרונות היעילות הכלכלית ואת 'היד הרועדת' כאשר התוצאה היא פסילת הצעה תוך גרימת הפסד של ממש לקופה הציבורית ולאיינטרס הציבורי."

49. ומכאן לסעד הראוי, מקום בו נפל פגם בהליכי המכרז. כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה, גם אם המסקנה היא, כי מדובר בפגם מהותי, אין הדבר מוביל בהכרח לביטולו של המכרז. בעע"מ 7111/03 יוסף חורי חברה לעבודות בנין בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 170, 178 (2004) (להלן: עניין חורי) נקבע, בהקשר לכך, כי:

"ביטול מכרז לשם עריכתו מחדש אינו דבר של מה בכך. הוא מסכן את עקרון הסודיות והשוויון, שהוא מאושות שיטת המכרז. יש להימנע מצעד כזה ככל שניתן. אמנם, במקרים חריגים ויוצאי דופן, ייתכן כי לא יהיה מנוס מלבטל מכרז בשל סתירות פנימיות מהותיות או בשל טעויות חמורות שנפלו בהכנתו...אך באפשרות של ביטול המכרז יש לנקוט רק בהעדר כל חלופה ראויה אחרת." (ראו גם: עניין מיגדה, עמ' 681).

כך גם, בהתייחסו לסעד של ביטול מכרז, ציין השופט מ' מזוז בעניין אורט, כי:

"הטעם להיותו של סעד הביטול חריג הוא כפול: ראשית, ביטול המכרז עלול לפגוע באינטרס הציבורי בשל כך שההתקשרות עם המציע הזוכה תידחה, ובכך יידחה מימוש התכלית הציבורית שלשמה נערך המכרז. ובמקרים מסוימים כאשר אין אפשרות לדחות את מימוש תכלית המכרז - כמו במקרה שלפנינו, שעניינו בהתקשרות לצורך הפעלת בתי ספר - ביטול המכרז עלול להוביל להתקשרות שלא על פי מכרז כלל (דקל, עמ' 310). שנית, ביטול המכרז פוגע מטבע הדברים באינטרס ההסתמכות והציפייה של המציע שזכה במכרז, ופגיעה זו בוודאי אינה מוצדקת כאשר הפגם שנמצא אינו בהצעתו של הזוכה אלא בהתנהלות ועדת המכרזים. ביטול המכרז גם יעמיד את המציע שזכה בעמדת נחיתות ביחס למציעים במכרז החדש, שכן הצעתו כבר נחשפה. לעתים קיימת פגיעה גם בהיבט של הפסד הזדמנויות עסקיות אחרות עליהן ויתר המציע לצורך השתתפות במכרז (ראו למשל: ברק-ארז, עמ' 149; ענין מיצויוסי, פסקה כ"ז; ענין יוסף חורי, שם).

על כן, ככל שניתן לתקן את הפגם על ידי החזרת הענין לוועדת המכרזים כדי שזו תקבל החלטה מתוקנת, מבלי שהדבר יפגע בעקרון השוויון - זוהי 'דרך המלך' שיש לצעוד בה. ודוק: החזרת הענין לוועדת המכרזים גם היא בגדר סעד של ביטול מעשה מינהלי, אלא שמדובר בביטול נקודתי של החלק הפגום בלבד ולא ביטול ההליך המינהלי כולו. השאלה שיש לבחון בכל מקרה לגופו היא אם כן, האם הפגם ניתן לתיקון על ידי החזרת הענין להחלטה מחודשת, או שמא אין מנוס מלהורות על ביטול המכרז כולו משום שאין אפשרות מעשית להחזיר

את הענין לוועדה או משום שהדבר כרוך בפגיעה בעקרונות היסוד של דיני המכרזים" (פסקה 15).

עינינו הרואות, כי ביטול מכרז הוא בגדר סעד השמור למקרים חריגים וקיצוניים בלבד, "כאשר אין דרך חוקית אחרת לריפוי הפגם שנפל בו" (ראו: עניין חופרי השרון, פסקה פב; דקל, כרך ב', עמ' 310-311). עם זאת, במקרים המתאימים כאשר הפגם הינו כה חמור, ואינו ניתן לתיקון – אין להירתע מהאפשרות של ביטול המכרז.

משהנחנו את עקרונות היסוד של דיני המכרזים הציבוריים, אפנה עתה לבחון את הטענות הפרטניות העולות מן הערעורים המונחים לפנינו.

אי-פרסום מבחני משנה

50. לטענת אלסטום, טרם פרסום תנאי המכרז, נקבעו מבחני משנה להערכת ההצעות, ואף נקבע להם משקל יחסי, כאשר מבחנים אלה לא פורסמו במסמכי המכרז, בהתאם לחובת הפרסום הקבועה בתקנה 22(ב) לתקנות חובת המכרזים. לפיכך, סבורה אלסטום, כי אי-פרסום מבחני המשנה, או בלשונה "הסתרת מבחני המשנה", מהווה פגם מהותי המחייב את ביטול המכרז. אין בידי לקבל טענתה זו של אלסטום, ולהלן אפרט את הטעמים העומדים ביסוד עמדתי זו.

51. בתיקון לתקנות חובת מכרזים משנת 2009, נקבע בתקנה 22(ב), כי: "ועדת המכרזים תכלול במסמכי המכרז את פירוט כל אמות המידה, מבחני המשנה, את המשקל היחסי שיינתן לבחירת ההצעה המעניקה את מירב היתרונות לעורך המכרז ואופן שקלולם".

כמו כן, על-פי תקנה 22(ג) לתקנות חובת המכרזים:

"קבעה ועדת המכרזים משקל יחסי לאמות המידה –
 (1) תפרט הוועדה במסמכי המכרז את המשקל היחסי שיינתן להצעות בשל המחיר המוצע או המבוקש, לפי העניין, לעומת ניקוד האיכות ואת אופן שקלולם;
 (2) תפרט הוועדה במסמכי המכרז את המשקל היחסי של כל אחת מאמות המידה, ושל מבחני המשנה לאמות המידה, ככל שנקבעו; ועדת המכרזים תהא רשאית במקרים חריגים שלא לפרסם את השיעורים היחסיים של אמות המידה לפי פסקה זו, את מבחני המשנה כאמור ואת אופן השקלולם, אם השתכנעה כי יש בפרסום כאמור

כדי לפגוע בניהול התקין של הליך המכרז, מנימוקים שיירשמו".

הנה כי כן, תקנה 22(ב) לתקנות חובת המכרזים מחייבת את ועדת המכרזים לפרסם במסמכי המכרז את אמות המידה, מבחני המשנה, והמשקל היחסי של כל מבחן במתן ניקוד להצעות. עוד טרם שעוגנה חובת הפרסום בתקנות, נקבע בפסיקה, כי :

"פרטי המכרז חייבים להיות ברורים ומפורשים ואין להכריע בו לטובת מציע זה או אחר על-סמך תנאי שלא נכלל בו מראש ושלא הובא לידיעת כל המשתתפים במכרז. כלומר, המידע למשתתפים במכרז צריך להיות מלא" (בג"צ 187/71 רמט בע"מ נ' חברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד כו(1) 118, 123 (1971)).

הרציונל העומד בבסיס חובת הפרסום, הינו לאפשר למציעים לכלכל את צעדיהם בהכנת הצעתם ובהגשתה למכרז, ואף להעריך בצורה טובה יותר את סיכוייהם לזכות במכרז, דבר ה"מונע מהם מלהוציא הוצאות שווא בהכנת הצעה למכרז, שסיכוייהם לזכות בו הם נמוכים" (ראו: עע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ פ"ד נט(2) 165 (2004) (להלן: עניין רשות הנמלים)). יחד עם זאת, וכפי שקובעת תקנה 22(ג)(2), רשאית ועדת המכרזים לסטות מחובתה זו, במקרים בהם יש בפרסום משום פגיעה ב"ניהול התקין של הליך המכרז". בעניין רשות הנמלים נקבע, בהקשר זה, כי ועדת המכרזים רשאית להימנע מפרסום, במצבים "בהם פרסום יתר של פרטים כאמור יקשה על עורך המכרז לממש את חופש הבחירה שלו על פי מטרות המכרז והאינטרס הציבורי" (עמ' 166; וראו גם: אמיר לוי דיני המכרזים בישראל 224 (2012) (להלן: לוי)).

52. ובחזרה לענייננו. פרק 4 (Section IV) לכרך 1 (Volume 1) למסמכי המכרז, שכותרתו "Evaluation Criteria", עוסק באמות המידה לבדיקת ההצעה (להלן: פרק אמות המידה). סעיף 1 לפרק זה כולל טבלה (בסעיף 1.2), אשר במסגרתה, מפורטים 11 מבחנים לניקוד ההצעה הטכנית, משקלם היחסי, והפניה לפירוט של מסמכים ודרישות שעל יסודם ינוקד כל מבחן (להלן: הטבלה). כמו כן, סעיף 3 לפרק אמות המידה, קובע את המשקל היחסי של רכיב האיכות לעומת רכיב המחיר, באופן ש-30% מהניקוד מוקצה להצעה הטכנית ו-70% מהניקוד מוקצה להצעה הפיננסית.

ביום 25.6.2014, הגישה הגב' הלן מאור (מאגף רכש והתקשרויות בנת"ע) לוועדת המכרזים, בקשה לאישור "נוהל בדיקת הצעות למכרז קרונוט" (להלן: הנוהל או

הנוהל הפנימי), במסגרתה, צוין, כי "הנוהל מתווה את האופן שבו ינוהל ההליך המכרזי על ידי ועדת המכרזים לרבות קביעת זהות חברי צוות הבדיקה והממשק שבין צוות הבדיקה לוועדת המכרזים". הנוהל כולל כ-60 מבחנים לקביעת ציון האיכות, אשר חולקו לכ-200 תתי-מבחנים. בישיבה שהתקיימה ביום 26.6.2014, ארבעה ימים טרם פרסום המכרז, אישרה ועדת המכרזים את הנוהל.

אין חולק, כי הנוהל לא פורסם במסמכי המכרז. המחלוקת סובבת סביב השאלה, האם, כעמדת אלסטום, המבחנים שפורטו בנוהל מהווים "מבחני משנה" שחובה לפרסמם במסמכי המכרז, בהתאם לתקנה 22(ב), או שמא מדובר ב"מבחני עזר לניקוד אמות המידה ומבחני המשנה", שאינם טעונים פרסום, כפי שנטען על-ידי ועדת המכרזים. בפסק דינו, קבע בית משפט קמא, על יסוד הראיות שהובאו בפניו, כי:

"בנסיבות תיק זה, לא הייתה חובה לפרסום המתווה המהווה למעשה 'צ'ק ליסט' פנימי לבדיקה של אמות המידה ומבחני המשנה (11) שכן פורסמו, כשלמתמודדים במכרז היה כל המידע להיערך להצעה, לא נפגם עקרון השוויון ובכל מקרה, גם אם הייתה חובה שכזו, לא מדובר בנסיבות העניין בפגם מהותי כזה המצדיק את ביטול המכרז, במיוחד כשלא נפגם עקרון השוויון ולכל היותר היו הנתונים נבדקים עפ"י אמות המידה ומבחני המשנה שפורסמו והתוצאה הייתה מן הסתם זהה..."

מדובר כאמור במכרז מורכב שיש בו הרבה צוותים ויועצים מקצועיים ולכן היה חשוב לעשות נוהל פנימי – 'צ'ק ליסט' כדי ליצור אחידות ושוויון בבדיקה וכל זאת לפני שהוגשו ההצעות, כדי לקבע את הבודקים מראש לבדיקה אחידה ושוויונית..."

53. לאחר עיון בחומר הראיות, ובכלל זה, במסמכי המכרז; בנוהל; בפרוטוקולי ועדת המכרזים; ובהחלטותיה, ולאחר שנתתי דעתי לטיעוני הצדדים, בהקשר זה, הגעתי לידי מסקנה, כי אין מקום להתערב בקביעותיו אלו של בית משפט קמא. בדומה לעמדת הועדה, אליה הצטרף גם בית משפט קמא, אף אני סבור, כי "אמות המידה" לבחירת הזוכה במכרז מתייחסות לאיכות ההצעות ולמחיר המוצע; כי 11 המבחנים המפורטים בטבלה הם "מבחני המשנה"; וכי המבחנים שפורטו בנוהל הינם בבחינת הוראת מינהל פנימית לבדיקת איכות ההצעות, שאינה טעונה פרסום, בהתאם לתקנות חובת המכרזים. יש להפנות, בהקשר לכך, לדברים שנאמרו על-ידי עו"ד גיל רוזנברג, חבר הועדה, בישיבת ועדת המכרזים, מיום 2.3.2016:

"תקנות חובת מכרזים אינן קובעות חובה לפרסם מפ"ל (מסמך פנימי לבדיקה)...אנחנו ליווינו את המכרז בזמן אמת ואני אתן קצת רקע. במכרז שפורסם ב 2012 פורטו אמות המידה והמשקולות שלהן. אמות המידה, שהן המשקולות מסדר ראשון, הן המחיר לעומת האיכות שנקבע כ-30% לעומת 70% מחיר. כמו כן במסמכי המכרז פורסמו באופן מפורט מבחני המשנה (משקולת מסדר שני) והמשקל היחסי שלהם. למשל מבחן משנה של תכנון הקרון...או ניסיון ספקים וקבלני משנה. סה"כ פורסמו 11 מבחני משנה לבחינת ההצעה האיכותית...הפירוט לגבי המסמכים שיש להגיש לצורך מבחני המשנה...משתרע על פני כ-16 עמודים...ובכך הוא מגשים לדעתנו את תכלית התקנה – שהיא להקנות למתמודדים ודאות ושקיפות לגבי הדברים אותה דורשת הועדה, הנושאים שיבחנו לצורך הניקוד והדגשים של הועדה...

התבחינים שפורטו במפ"ל – מדובר בכ-200 תבחינים שנגזרים ממבחני המשנה ואשר אושרו ע"י ועדת המכרזים לפני מועד הגשת ההצעות, במסגרת אישור נוהל בדיקת ההצעות למכרז. במקרה זה מדובר במשקולות מסדר שלישי, שביחס אליהם אין בדין, לרבות בתקנות, חובה לפרסמם או לחלופין לקבל החלטה מנומקת בדבר אי פרסומם.

ההיגיון העומד מאחורי כך הוא שבכל מכרז קיים מתחם מסוים של שיקול דעת לוועדת המכרזים בעניין בחינת ההצעות. דווקא פרסום המפ"ל למתמודדים היה מגביל את שיקול הדעת של צוות הבדיקה באופן בלתי סביר. לפי הפסיקה פרסום כזה אף עלול לגרום לפגיעה באיכות ההצעות במובן זה שהמתמודדים יתאימו את ההצעותיהם לתבחינים המפורטים באופן מלאכותי."

54. כפי שהובהר לעיל, אמות המידה, מבחני המשנה, והמשקל היחסי של כל מבחן נקבעו במסמכי המכרז עצמו, כאשר פרק אמות המידה כולל אף פירוט רב של מסמכים ופרטים, שעל יסודם ינוקדו ההצעות הטכניות, תוך הפניה לדרישות הטכניות, ולמפרט הטכני. לצד זאת, ועל מנת למנוע הערכה שרירותית, בחרה ועדת המכרזים לקבוע לעצמה קווים מנחים להבניית שיקול דעתה, בכל הנוגע לאופן ניקוד ההצעות, על-פי אמות המידה ומבחני המשנה שנקבעו במסמכי המכרז. מן הראוי להזכיר, בהקשר זה, כי בבחירת ההצעה המתאימה ביותר, על ועדת המכרזים להפעיל את שיקול דעתה בהגינות ובשוויון. לצורך הפעלת שיקול דעתה, רשאית ועדת המכרזים לקבוע לעצמה קריטריונים פנימיים לבדיקת ההצעות – מבלי שיש חובה לפרסמם במסמכי המכרז – על מנת להבטיח כי תהליך הערכת ההצעות וניקוד האיכות, יתבצעו באופן שוויוני ואחיד, ביחס לכלל ההצעות. חיזוק לכך, ניתן למצוא בהוראת תכ"מ 7.4.7 של החשב הכללי, המופיעה בפרק ראשי "התקשרויות ורכישות", פרק משני "התקשרות בהליך מכרז פומבי", ושכותרתה "קביעת אמות מידה לבחירת הצעה". נספח א' להוראה זו, מבחין

בין "אמות מידה", שעל בסיסן תיבחר ההצעה הזוכה, לבין "מפל" (מסמך פנימי לבדיקה), המהווה מסמך קריטריונים, שתפקידו הוא להגדיר את אופן בדיקת ההצעות במכרז, ולהנחות את צוות הבדיקה בעבודתו. בסעיף 2 לאותה הוראה, העוסק ב"הנחיות לביצוע", נקבעה הנחיה, לפיה על ועדת המכרזים לפרסם במסמכי המכרז את אמות המידה, משקלה היחסי של כל אמת מידה, רכיביה של כל אמת מידה, משקלו היחסי של כל רכיב, ואופן שקלול אמות המידה ורכיביהן (סעיף 2.10.1). לעומת זאת, אין הנחיה דומה, המחייבת את ועדת המכרזים לפרסם במסמכי המכרז את המפל.

55. ארבעה ימים טרם הגשת ההצעות, אישרה ועדת המכרזים, בענייננו, את הנוהל, המתפרש על פני למעלה מ-100 עמודים, והכולל כ-200 מבחני עזר להערכת ניקוד ההצעות. בהינתן מורכבותו של המכרז, קיימת חשיבות רבה לקביעת מבחני עזר פנימיים, לבדיקת איכות ההצעות על-ידי צוות הבדיקה, שכן אלמלא קביעתם, עשוי היה להיווצר קושי בהקפדה על אחידות ושוויון בבדיקה. על כן, כך הנני סבור, מבחני העזר שפורטו בנוהל, נועדו, דווקא, ליצור אחידות ושוויון בבדיקת איכות ההצעות, ומטרתם היתה "לקבע את הבודקים מראש לבדיקה אחידה ושוויונית", כפי שציינן בית משפט קמא.

56. מעבר לכך, סבורני, כי פרסום מבחני העזר, בנידון דידן, לא היה בו כדי לסייע למציעים להגיש הצעה משופרת יותר. זאת שכן, מבחנים אלה אינם מציבים דרישות נוספות או חדשות, ביחס לדרישות המפורטות במסמכי המכרז, אלא מהווים, כאמור, כלי עזר פנימי, או בלשון בית משפט קמא "צ'ק ליסט פנימי", לניקוד ההצעות, בהתאם לאמות המידה ומבחני המשנה שפורסמו במסמכי המכרז. זאת ועוד, מאחר שהנוהל אושר על-ידי הועדה, ארבעה ימים עובר להגשת ההצעות, כחלק מהיערכות ועדת המכרזים לקראת בדיקת ההצעות, קשה להניח, באופן מעשי, כי פרסומו היה גורם למי מהמתמודדים לשנות את הצעתו הטכנית, ובכלל זה, את תכנון הקרונות. יש להדגיש בנוסף, כי אלסטום אינה תוקפת את סבירותם של אמות המידה ומבחני המשנה אשר פורסמו במסמכי המכרז, או את אופן יישומם על-ידי צוות הבדיקה. השגותיה של אלסטום נוגעות, כאמור, לאי-פרסומם של מבחני העזר במסמכי המכרז, הא ותו לא. ולראיה, בזמן אמת, לא ראתה אלסטום לפנות לנת"ע בדרישה לפירוט נוסף, מעבר לזה שנקבע במסמכי המכרז, או בבקשת הבהרה, כפי שעשתה בנושאים אחרים.

57. למעלה מן הנדרש אומר, כי אף לו סברתי כי מבחני העזר הם בגדר "מבחני משנה" כהגדרתם בתקנות, יש רגליים לדעה, כי פרסומם היה עלול לפגוע בניהול התקין

של הליך המכרז. הטעם לכך נעוץ במורכבותו של המכרז בו עסקינן, כפי שציינה ועדת המכרזים, בהחלטתה מיום 9.3.2016:

”במכרז מורכב ומרובה דיסציפלינות כמכרז הקרונות קיימת חשיבות רבה בקבלת הצעות כוללות ומקיפות, ולא הצעות במתכונת של רשימת מכולת, המותאמות ל'מיקרו' של מבחני העזר השונים במטרה למקסם את הניקוד שיוענק להם, באופן מניפולטיבי, תוך התעלמות מפרמטרים שהניקוד המיוחס להם הינו נמוך, ותוך זניחת התפיסה הכוללת של ההצעה ושל הממשקים בין רכיביה השונים”.

אוסף עוד, גם אם הייתי משתכנע, כי אי פרסום הנוהל מהווה פגם בהתנהלות של ועדת המכרזים, הרי שבנסיבות העניין, ומשלא נפגם עיקרון השוויון, לא ניתן היה לסווג פגם זה כפגם מהותי אלא, לכל היותר, כפגם טכני, שאין די בו כדי להביא לביטול המכרז.

58. עולה מן המכלול, כי אין כל בסיס לטענת אלסטום בדבר הסתרה מכוונת ובלתי תקינה של מבחני העזר, ובוודאי שאין בכך כדי להצדיק את הסעד הקיצוני המבוקש על-ידה, קרי: ביטול המכרז. בסופו של יום, אינני סבור כי נפל פגם כלשהו בהתנהלות ועדת המכרזים, בכל הנוגע לקביעת מבחני העזר הפנימיים, ואי פרסומם במסמכי המכרז. כאמור, בבואה לבחון את איכות ההצעות שהוגשו למכרז, רשאית הייתה הועדה להדריך את עצמה מראש, ובמסגרת זו, לקבוע מבחני עזר פנימיים להערכת ניקוד ההצעות. התרשמתי, כי בקביעת מבחני העזר פעלה הועדה בהגינות ובסבירות, תוך הפעלת שיקול דעת סביר – באשר ליישום אמות המידה ומבחני המשנה שנקבעו במכרז – וזאת, בדרך שוויונית ואחידה. עוד יש להוסיף, כי מעיון במסמכי המכרז, עולה, כי אלה מכילים, באופן מפורט וברור, את כל המידע, כנדרש בתקנות חובת המכרזים, היינו: את אמות המידה, מבחני המשנה, והמשקל היחסי של כל מבחן. משכך, המסקנה המתבקשת היא, כי בשלב הכנת ההצעות למכרז, ידעו מראש המציעים, ובכלל זה, אלסטום, מהם הנתונים שעליהם להציג במסגרת הצעתם, והם יכלו “לכלכל את צעדיהם”, ולהיערך בצורה אופטימאלית, לקראת הגשת ההצעות. מבחני העזר יושמו על-ידי ועדת המכרזים, כך עולה בבירור, באופן המתיישב עם תנאי המכרז, ובאורח שוויוני על כל המתמודדים, ולא עלה בידי אלסטום להראות, הלכה ולמעשה, כי אי חשיפתו של הנוהל גרם לה לפגיעה כלשהי, או יצר יתרון לכל מתמודד אחר.

59. בהינתן האמור לעיל, נראה כי בצדק הגיע בית משפט קמא לכלל מסקנה – כי מבחני העזר להערכת ניקוד ההצעות, אשר פורטו במסגרת הנוהל, אינם מחייבים פרסום מראש, בשל היותם כלי ליישום אמות המידה ומבחני המשנה, אשר נקבעו במסמכי המכרז – ואינני רואה כל מקום להתערב במסקנתו זו.

שינוי מבחני משנה נסתרים

60. מפרוטוקול ועדת המכרזים, מיום 2.3.2016, עולה, כי בתהליך בדיקת ההצעות, מצא צוות הבדיקה אי התאמות בין 18 מבחני עזר שנכללו בנוהל (מתוך 200 מבחנים) לבין אמות המידה ומבחני המשנה שנקבעו במכרז, באופן שיצר קושי בניקוד ההצעות בצורה תקינה, ואף עלול היה להוביל לפגיעה בשוויון. בשלב הראשון, כך לדברי עו"ד גיל רוזנברג, סבר צוות הבדיקה, כי "יש לפנות למתמודדים בשאלות הבהרה ובקשה להשלמת מסמכים ונתונים". ואולם, בהמשך, במסגרת דיון שנערך ביום 26.11.2014, החליטה הועדה שלא לדרוש מהמתמודדים מידע נוסף, "מחשש לפגיעה בעקרון השוויון שעלולה להיגרם כתוצאה מהעלאת ניקוד למתמודדים עקב נתונים שסופקו לאחר מועד הגשת ההצעות". לאחר סבב התייעצויות פנימי, ובדיקה מחודשת עם מומחים מחברת PB (Parsons Brinckerhoff), המליץ צוות הבדיקה לוועדה לערוך מספר עדכונים בנוהל, ובמסגרת זו, לבטל עשרה מבחני עזר, ולתקן שמונה מבחנים אחרים (להלן: המלצת צוות הבדיקה). באמצעות שינוי זה, כך סבר צוות הבדיקה, "ניתן להתגבר על הקושי שנוצר, להביא להתאמה מלאה בין תבחני המשנה לבין התבחיינים הראשיים ולאפשר לצוות הבדיקה להשלים את עבודתו". המלצת צוות הבדיקה נתמכה, הן בחוות-דעת ודו"ח מסכם של יועצים מקצועיים מטעם חברת PB, אשר מלווה את פרויקט הרכבת הקלה; והן בחוות-דעת משפטית, בגדרה נקבע כי אין כל מניעה חוקית לביצוע העדכונים המוצעים, כיוון שאין מדובר בעדכונים מהותיים, ומשום שאין בהם כדי לפגוע בעקרון השוויון. ביום 21.12.2014, הובאה המלצה זו לדיון בפני ועדת המכרזים, וביום 22.12.2014, אושרה ההמלצה על-ידיה, תוך פירוט הטעמים שעמדו בבסיס כל שינוי.

61. אלסטום טוענת, כי לאחר פתיחת ההצעות, ובמהלך בדיקתן, החליטה ועדת המכרזים לשנות 18 מ"מבחני המשנה הסודיים שנקבעו 4 ימים לפני הגשת ההצעות", וזאת, על מנת להכשיר את הצעת CNR. בלשון אחרת, נעשה הדבר במטרה ברורה להעלות את ניקוד האיכות של CNR. אינני מוצא לקבל את טענתה זו של אלסטום.

62. כפי שהובהר לעיל, במהלך בדיקת ההצעות, התברר לצוות הבדיקה כי לא ניתן ליישם מספר מצומצם ממבחני העזר, בשל היותם בלתי-סבירים או סותרים את אמות המידה ומבחני המשנה שנקבעו במסמכי המכרז. משכך, עמדו בפני ועדת המכרזים שתי חלופות: האחת, לבטל את המכרז; והשנייה, לתקן את מבחני העזר, בהתאם להמלצת צוות הבדיקה. לאחר שהמלצת צוות הבדיקה נבחנה על-ידי ועדת המכרזים, החליטה הועדה לאשרה, היינו, להעדיף את החלופה של תיקון מבחני העזר על פני ביטול המכרז כולו. יש להזכיר, כי במהלך בדיקת מבחני העזר השגויים, לא הסתפק צוות הבדיקה ביועציו הפנימיים, אלא נעזר אף ביועצים חיצוניים מחברת PB, ועיין בחוות-דעת משפטית. עוד ראוי לציין, בהקשר זה, כי מעיון בפרוטוקולי ועדת המכרזים, מימים 21-22.12.2014, עולה כי הועדה בחנה, באופן מעמיק ויסודי, את השינויים המבוקשים במבחני העזר, אחד לאחד, ואשרה אותם רק לאחר שהשתכנעה כי התיקונים נדרשים על מנת להבטיח התאמה מלאה בין מבחני העזר שפורטו בנוהל לבין אמות המידה ומבחני המשנה שהוגדרו במכרז.

63. יש להדגיש בנוסף, כי במהלך הדיון בוועדת המכרזים, ההשלכות של אותם שינויים במבחני העזר, על ניקוד ההצעות השונות כלל לא עלו על הפרק. לשאלת עו"ד טל דגן, יועצת משפטית בנת"ע: "האם ידעתם כיצד ישפיעו השינויים על ההצעות?...לא היתה סיטואציה שידעתם מה היה מצב הנקודות של המציעים?", השיב עו"ד שי יפתח, יו"ר הועדה: "לא שאלנו לא לפני ולא אחרי מה היו הציונים. עמדה מולנו השאלה האם לתקן את התבחונים כדי לתקן את הכשלים, או לבטל את המכרז. מה גם שלא ידענו מה יש במעטפות הכספיות...". (פרוטוקול ועדת המכרזים, מיום 2.3.2016). כלומר, השינויים במבחני העזר נעשו על-ידי הועדה, מבלי שנבחנו השלכותיהם על ניקוד האיכות של מציע זה או אחר. יש להזכיר בנוסף, כי השינויים אושרו על-ידי הועדה, לפני קביעת ניקוד האיכות, ועוד טרם פתיחת ההצעות הכספיות.

אשר על כן, הנני סבור כי שינוי מבחני העזר נעשה על-ידי הועדה, תוך שמירה קפדנית על עיקרון השוויון בין המציעים, ומטעמים ענייניים וסבירים, ומשכך, הדבר אינו עולה כדי פגם מהותי (אם בכלל) בהתנהלות ועדת המכרזים, המצדיק את ביטול המכרז. יש לזכור בנוסף, כי מלכתחילה מבחני העזר לא פורסמו, במסגרת מסמכי המכרז, וממילא הם לא היו חשופים לנגד עיני המתמודדים, כך שגם עיקרון ההסתמכות לא נפגע במקרה זה.

64. מעבר לכך, יש לחזור ולהדגיש כי בית משפט קמא בחן, בהרחבה, את טענת אלסטום – לפיה, שינוי מבחני העזר נעשה על-ידי ועדת המכרזים בכוונת מכוון בכדי

לסייע ל-CNR לעבור את רף ציון האיכות המינימאלי – ודחה אותה מכל וכל. בית משפט קמא קבע, כי החלטת ועדת המכרזים, בדבר שינוי מבחני העזר, הינה החלטה סבירה, "בשים לב לכך שמדובר במכרז מורכב החשוף יותר לטעויות ולגביו מאפשרים יותר גמישות בבדיקת ההצעות וניתן לאפשר תיקון פגמים קלים, ושהחלופות שעמדו בפני הוועדה היו או לבטל את המכרז או להשאיר את המבחנים השגויים והבלתי סבירים ולהיות חשופים אז להליכים משפטיים שיתקפו אי זכיה עקב שימוש במבחנים מקצועיים שגויים, בחרה הוועדה בחלופה הסבירה מבחינתה, גם אם אינה האידיאלית, המבוססת על שיקולים מקצועיים".

דבריו אלה של בית משפט קמא מקובלים עליי, ולא נמצא לי טעם מבורר להתערב בהם. כאמור לעיל, אף אני סבור, כי שינוי מבחני העזר היה, בנסיבות העניין, צעד סביר ומידתי ביותר, והייתה הצדקה מלאה להעדיפו על-פני האופציה של ביטול המכרז. יש צדק רב בדברי ועדת המכרזים, לפיהם מדובר בשינוי הכרחי, אשר נעשה לצורך התאמת מבחני העזר למבחני המשנה ואמות המידה שנקבעו במסמכי המכרז, וזאת "מבלי שנחשפו וממילא מבלי שבחנו את התוצאות האפשריות בפועל של ביצוע ההתאמות של התבחנים בראייה של מציע פרטני כזה או אחר" (פרוטוקול הועדה, מיום 2.3.2016).

שינוי אמות המידה שפורסמו במכרז

65. אמות המידה להכרעה במכרז נועדו לשרת את עורך המכרז בבחירת ההצעה הטובה ביותר, לאחר פסילת המציעים שלא עמדו בתנאי הסף של המכרז. אמות המידה תוחמות את המסגרת לבחינת ההצעות, ומהוות כלי בידי עורך המכרז לבחור את ההצעה הראויה ביותר, תוך יישום עקרונות של שוויון, מניעת משוא פנים, או העדפה בלתי תקינה של הצעה זו או אחרת. לצד זאת, קביעת אמות המידה, על-פיהן ייבחר הזוכה במכרז, נועדה להעביר למתמודדים במכרז מידע בדבר סדרי העדיפויות של הרשות בבחירת הזוכה, ובכך מאפשרת להם לשקול את צעדיהם בהגשת הצעה למכרז, לחסוך בהוצאות, ולהתאים את הצעתם לדרישות הרשות (ראו: עמ' 4561/01 פינק' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נז(3) 611, 622 (2003); לוי, עמ' 219; דקל כרך א', עמ' 301)). כפי שנאמר בע"א 4605/99 אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"ד נה(1) 1, 9 (1999) (להלן: עניין אלישרא):

"יש להגן על ציפייתם הסבירה של משתתפי המכרז ולהבטיח כי ההכרעה בין הצעותיהם תיעשה על בסיס תנאי המכרז, כפי שנקבעו מראש, ולא על בסיס

קריטריונים שלא הובאו לידיעתם מלכתחילה. בכך יש כדי להגן על משתתפי המכרז אשר עצם השתתפותם במכרז כרוכה בדרך-כלל בהוצאות מרובות ובנטילת התחייבויות שונות...
 אין להיזקק לתנאים שלא נכללו במפורש במסמכי המכרז, ואין להשוות הצעות אלא על-פי התנאים והדרישות שנקבעו במכרז."

הלכה היא, כי גם כאשר אמות המידה לא נוסחו כראוי, אין ניתן לשנות את תנאי המכרז, לאחר חלוף המועד האחרון להגשת ההצעות. יחד עם זאת, כאשר נפלה טעות טכנית באמות המידה, כדוגמת טעות בנוסחת החישוב של ההצעות, אזי מוסמכת ועדת המכרזים לתקנה, ולבחון את ההצעות על יסוד אותו תיקון. במצב זה, התיקון אינו מהווה שינוי בדיעבד של הוראות המכרז, ואינו פוגע בעיקרון השוויון (ראו: עניין אלישרא; בר"מ 8575/09 כדורי עיצוב בתעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר (15.3.2010); לוי, עמ' 225-226).

66. ומכאן לענייננו. אלסטום טוענת, כי במהלך בחינת איכות ההצעות, החליטה ועדת המכרזים, "בסתור וללא כל דיון בנושא", לשנות את משקלו של מבחן המשנה הראשון בדבר תכנון הקרון ("approach to the vehicle design") מ-30 נקודות ל-25 נקודות, ולהוסיף מבחן משנה חדש בדבר מערכות התקשורת שמשקלו 5 נקודות ("approach to the vehicle design (section 9 – communications)"). מדובר, כך לגישה של אלסטום, בשינוי מהותי המצביע על הליך פגום ומוטה ביסודו, שיש בו כדי להביא לביטול המכרז. יובהר, כי טענה זו לא הובאה לדיון בפני ועדת המכרזים, אלא נטענה, לראשונה, במסגרת העתירה המינהלית, וכפי שציין בית משפט קמא, די היה בכך כדי לדחותה על הסף. ואולם, גם לגופו של עניין, סבורני כי אין כל ממש בטענה זו, ודינה להידחות.

67. במסגרת סעיף 4.1 למכתב שינויים, מיום 11.11.2013 (Letter of Amendments No 1), תוקן סעיף 1.2.1 לפרק אמות המידה, העוסק במבחן המשנה הראשון בדבר תכנון הקרון, באופן שנוספה הפניה ל-9 section, שעניינו מערכות השליטה והתקשורת. כמו כן, במסגרת הנוהל הפנימי, נקבע, מראש, כי לנושא תכנון מערכות התקשורת יוקצו 5 נקודות, מתוך 30 הנקודות שהוקצו לנושא תכנון הקרון (עמ' 57 לנוהל).

הנה כי כן, מעיון במסמכי המכרז, נמצאתי למד, כי קודם לפרסום המכרז, הובהר למציעים, כי מבחן המשנה הראשון, שעניינו תכנון הקרון, כולל גם את רכיב

מערכות התקשורת בהתאם ל- section 9. במקביל לכך, ובמסגרת הנוהל, קבע צוות הבדיקה, כי רכיב מערכות התקשורת – אשר נכלל בגדר מבחן המשנה הראשון, בדבר תכנון הקרון – ינוקד בנפרד, ויינתן לו משקל של 5 נקודות מתוך 30 נקודות. יש להדגיש, כי הפרדת הניקוד, אשר עוגנה בנוהל הפנימי, בוצעה על-ידי צוות הבדיקה, בשל היותו של נושא מערכות התקשורת בגדר תחום מומחיות ייחודי, המצריך בחינה נפרדת על-ידי יועצים מקצועיים המומחים בתחום זה, כאשר בטבלת הניקוד הסופית, שולב הניקוד, בגין רכיב התקשורת, במסגרת ניקוד מבחן תכנון הקרון.

68. על יסוד האמור, הנני סבור כי בצדק קבע בית משפט קמא, כי "מדובר בהבחנה פנימית טכנית שבוודאי שאין לייחס לה את המיוחס לה על ידי Alstom לגבי הסתרה מכוונת של השימוש שנעשה בדיעבד". בניגוד לעמדת אלסטום, נראה כי אין מדובר בהוספת אמת מידה חדשה ונפרדת, אלא בחלוקת ניקוד פנימית, ביחס למבחן תכנון הקרון – חלוקה המהווה שינוי טכני בלבד, שאין בו כדי להטות את תנאי המכרז, ובוודאי שהדבר לא נועד להכשיר את הצעת CNR, כך שאין ממש בטענה כי יש לבטל, בגין כך, את המכרז.

69. אפנה עתה לבחון את הטענות שהועלו על-ידי CAF (שאל חלקן הצטרפה אלסטום), המתמקדות בפגמים שנפלו בהצעת CNR, המחייבים, לשיטתה, את פסילת ההצעה. אקדים ואומר, כי גם כאן לא מצאתי שיש מקום להתערב בהחלטת ועדת המכרזים לדחות את השגותיה של CAF, ולטעמי, צדק בית משפט קמא בקביעתו, כי בהינתן מורכבותו של המכרז, "לא מדובר בפגמים מהותיים שעל בית המשפט להתערב בהם, אלא בעניינים שרובם טכניים ומקצועיים...לא ניתן לקבוע שמדובר בהחלטות בלתי סבירות של ועדת המכרזים המצדיקות את התערבות בית המשפט, באופן שתיפסל הצעת CNR ותיקבע זכיית CAF במקומה".

הצעה מסויגת ותכסיסנית

70. פרק 8 (Section 8) לכרך 4 (Volume 4) למסמכי המכרז, שכותרתו "Technical Specifications" עוסק בדרישות המקצועיות בהן על המציעים לעמוד (להלן: פרק הדרישות המקצועיות). סעיף 1.1.1 לפרק זה כולל טבלת הגדרות, במסגרתה הוגדר המונח "shall" כ-mandatory requirement, והמונח "should" הוגדר כ-non-mandatory requirement. במסגרת הצעתה הטכנית, שינתה CNR את ההגדרות הנ"ל, באופן שבסעיף 1.1.1 לנספח להצעה הטכנית, הוגדר המונח "shall" כ-intention, והמונח "should" הוגדר כ-recommendation. כמו כן, הוסיפה CNR את

המונח "will", אשר לא הופיע במסמכי המכרז, אותו הגדירה כ-commitment (להלן): שינוי ההגדרות).

71. לעמדת המערערות, שינוי ההגדרות שביצעה CNR בהצעתה הטכנית, ובכלל זה, שינוי משמעות המונח "shall" ממונח המבטא חובה לעמוד בדרישות המכרז למונח המבטא כוונה בלבד (להבדיל מהתחייבות), מהווה הסתייגות "רבת היקף" מתנאי הסף, כמו גם מדרישות מנדטוריות רבות שפורטו במכרז. בלשון פשוטה, נטען, כי אם קוראים את הצעתה הטכנית של CNR, בשילוב המונחים שהוגדרו על-ידה מחדש, ניתן להיווכח, כי CNR מסתייגת מדרישות המכרז, באופן המחייב לפסול את הצעתה. המערערות טוענות בנוסף, כי שינוי ההגדרות בהצעת CNR יוצר חוסר ודאות באשר למחויבותה של CNR לעמוד בדרישות המכרז, וגם בשל כך, דין הצעתה להיפסל. אין בידי לקבל טענות אלו, ודינן להידחות.

72. הלכה מושרשת בדיני המכרזים היא כי הצעתו של כל משתתף צריכה להתאים לתנאי המכרז. הצעה שיש בה הסתייגות, התניה, או שינוי מהותי מתנאי המכרז, תפסל, ככלל, מלהשתתף במכרז (ראו עניין חורי, עמ' 175; בג"צ 649/79 מיכון בנין בע"מ נ' משרד הביטחון ואח', פ"ד לד(2) 131 (1979); ע"א 691/82 חסם מערכות הגנה אמינות בע"מ נ' משטרת ישראל ואח', פ"ד לז(1) 473 (1983); בג"צ 173/82 מבני פלס חברה הנדסית לבנין נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(2), 472 (1982); ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 643; דקל, כרך א' 549 (1997)). בעניין חוסם, ציין הנשיא א' ברק, כי:

"הטעם להלכה זו יונק חיותו הן מדיני המשפט הפרטי והן מדיני המשפט הציבורי. מנקודת מבטם של דיני המשפט הפרטי, עם פרסום המכרז נקבעת המסגרת הנורמטיבית, אשר בתחומה יתנהל המשא והמתן לקראת כריתתו של חוזה... אחד מיסודותיה של מסגרת זו הוא, שהצעות המשתתפים במכרז יתאימו לתנאי המכרז. תגובת משתתף, שאינה תואמת את תנאי המכרז, אינה יכולה להיחשב כהצעה במסגרתו, ואינה ניתנת לקיבול במסגרתו. מנקודת מבטם של דיני המשפט הציבורי, עקרון השוויון – שהוא מיסודות דיני המכרזים – מחייב, כי ההצעות יתאימו לתנאי המכרז (תכונת ה-responsiveness), שכן רק על-ידי כך נקבע בסיס שווה לתחרות בין המציעים השונים המשתתפים במכרז, בין לבין עצמם, ורק על-ידי כך מגנים על האינטרסים של מתחרים פוטנציאליים, שנמנעו מלקחת חלק במכרז בשל תנאיו" (עמ' 475).

“הצעה מסויגת” של משתתף במכרז – המתנערת מדרישות המפורטות במסמכי המכרז – משמיטה את הבסיס לעריכת השוואה בין ההצעות; פוגעת בערך השוויון בין המציעים; ומסכלת, הלכה ולמעשה, את הליך המכרז. לכן, הגשת הצעה המסתייגת מדרישות במכרז, או אינה תואמת אותן, תביא, ככלל, לפסילתה (ראו: עניין חורי, עמ’ 175; בג”צ 441/83 סעדיאן נ’ ראש עיריית אשדוד ואח’, פ”ד לז(4) 368 (1983); בג”צ 6/86 חברת השמירה נ’ מינהל מקרקעי ישראל (17.2.1986); לוי, עמ’ 309)).

בדומה לכך, נקבע כי בהינתן עקרונות היסוד בדיני מכרזים, מתחייבת הדרישה כי הצעה של משתתף במכרז תהיה ברורה, סופית וחד-משמעית. הצעה הכוללת בחובה חוסר וודאות באשר לתנאיה או באשר לתוקפה – דינה להיפסל. (עניין חורי, עמ’ 176-175; בג”צ 462/79 שרביב בע”מ נ’ ראש עיריית נהריה ואח’, פ”ד לד(1) 467, 471 (1979)).

יחד עם זאת, על ועדת המכרזים לשקול כל מקרה לגופו, שכן לא כל הסתייגות הנכללת בהצעת משתתף במכרז מהווה, בהכרח, פגם בהצעה המחייב את פסילתה (עניין חורי, עמ’ 176). נקבע בהלכה הפסוקה, כי על עורך המכרז לבחון את השאלה האם ההסתייגות מהווה פגם מהותי, אשר עשוי להוביל לפסילת ההצעה, או פגם טכני, שאינו יורד לשורשו של עניין, ובשל כך, אינו מחייב את פסילת ההצעה (ראו: עניין בן יקר). במילים אחרות, כל עוד ההסתייגות אינה סותרת את תנאי המכרז; אינה פוגעת בעקרונות היסוד של דיני המכרזים, ובכלל זה, בעקרון השוויון; ואינה פגומה מטעם אחר, כגון עמימות או חוסר ודאות – אין בה כדי לפגום בהצעה. נאמר, בהקשר זה, כי “מדובר, על-פי רוב, בטעויות קולמוס, טעויות חשבונאיות, טעויות טכניות מדרישות המכרז או טעויות שהשפעתן על ההצעה או על התחרות זניחה. פגם טכני כזה, שאינו מקנה יתרון כלשהו להצעה הפגומה, ניתן לתיקון או להבלגה” (עניין חורי, עמ’ 176; לוי, עמ’ 314).

73. ומן הכלל אל הפרט. עיון בהצעתה של CNR מעלה, כי ההצעה מורכבת מארבעה פרקים. הפרק הראשון עוסק בתנאי הסף של המכרז (Pre-requisite to Bid Package 1: ומתחלק ל-7 חלקים (Section 1-7)). הפרק השני להצעת CNR, העוסק בהצעה הטכנית (Package 2: Technical Proposal), מורכב משמונה חלקים (Section 1-8), ומנספח אחד (Appendix 1: Rolling Stock Technical Data), המורכב משני חלקים (להלן: הנספח או הנספח להצעה הטכנית). בפתח החלק הראשון לנספח (Part A: Rolling Stock Design Proposal) מופיעה טבלת הגדרות, שם, ורק שם, נערכו השינויים על-ידי CNR (סעיף 1.1.1 לנספח).

השאלה היא, אפוא, האם שינוי ההגדרות שנעשה על-ידי CNR בנספח להצעה הטכנית, מהווה הסתייגות מדרישות המכרז, העולה כדי פגם מהותי, המחייב את פסילת הצעתה? לטעמי, יש להשיב על כך בשלילה, כפי שאבהיר להלן.

74. ראשית, אין חולק, גם לשיטתה של CAF, כי במסגרת הצעתה חתמה CNR על מסמכים שונים, ובכלל זה, על טפסי התחייבות מובנים שנכללו במכרז, בהם היא התחייבה לעמוד בתנאי הסף, ובדרישות המנדטוריות של המכרז, ואף הצהירה כי אין לה כל הסתייגות מהם. כך, למשל, אישרה CNR את מחויבותה הבלתי מסויגת לקיום הוראות המכרז: בחלק הראשון (Section 1) לפרק תנאי הסף, Letter of Pre- requisite to Bid ; ב-Schedule 11 – Technical Mandatory Requirements, המצוי בחלק השני (Section 2) לפרק תנאי הסף; בחלק הראשון (Section 1) לפרק ההצעה הטכנית, Letter of Bid; בסעיף 2.1 לחלק השני (Section 2) לפרק ההצעה הטכנית, Schedule 12 – Technical design Requirement; בסעיף 8.2 לחלק השמיני (Section 8) לפרק ההצעה הטכנית, technical proposal. כמו כן, במסגרת טבלת תאימות (Compliance Matrix) – אותה צירפה CNR להצעתה מיוזמתה – (סעיף 8.13 לחלק השמיני לפרק ההצעה הטכנית), ציינה CNR, כי היא מתחייבת לעמוד בכל דרישות המפרט הטכני של המכרז.

כפי שראינו, בנספח להצעה הטכנית שונו, אמנם, ההגדרות על-ידי CNR, באופן שמעורר ספק, לכאורה, במחויבותה של CNR לעמוד בדרישות המכרז. יחד עם זאת, ובשים לב להצעה בכללותה, נראה כי CNR התחייבה לעמוד, באופן מלא, בתנאי הסף, בדרישות המנדטוריות, ובמפרט הטכני של המכרז. לטענת CAF, יש לבטל את זכייתה של CNR במכרז, ולו בשל קיומה של "סתירה פנימית" בהצעת CNR. דומה, כי אין מקום לקבל טענה זו. בדחות את טענות CAF בעניין זה, התייחס בית משפט קמא לסתירה זו, וקבע כי:

"אמנם יש סתירה בין מספר מסמכים ואם היא הייתה מתגלה בזמן אמת ע"י הוועדה, הרי לאור התנהגות הוועדה במקרים אחרים בזמן אמת, סביר ביותר שהוועדה הייתה פונה ל-CNR בבקשת הבהרה לגבי סתירה זו בין המסמכים ושיבהירו למה התכוונו בשינוי ההגדרות במסמך זה או אחר, תוך מתן אפשרות ליישב את הסתירה..."

במקרה שמדובר בסתירה לא מהותית יש סמכות לוועדת המכרזים לפעול בהתאם לסעיפים 25-27 להזמנה להציע הצעות ולפנות בהבהרות, כשאין חובה לפסול את

ההצעה, כשהקובע זה מבחן המהותיות והיות ההצעה תואמת מהותית לדרישות המכרז. בראייה של מכלול המסמכים, ההתנהגות והנסיבות אני סבור שמדובר בהחלה סבירה של הועדה (בדיעבד) שלא לפסול את הצעת CNR, כפי שלטעמי לא הייתה נפסלת ההצעה לו היה מתגלה השינוי בזמן אמת".

דעתי, בעניין זה, כדעתו של בית משפט קמא, ואינני מוצא כל סיבה להתערב בקביעותו בנידון דידן. אכן, שינוי ההגדרות בנספח יוצר, לכאורה, סתירה מסוימת בין המסמכים שהגישה CNR במסגרת הצעתה. ואולם, בחינת הצעת CNR כמכלול, לרבות המסמכים שפורטו לעיל, מעלה בבירור כי לא ניתן לפרש סתירה זו כניסיון לשנות את דרישות המכרז או כהסתייגות מהוראותיו. כפי שציינה עו"ד איילת סימון-וקסלר, בישיבת ועדת המכרזים, מיום 2.3.2016:

"על פי הוראות המכרז והחוזה בדבר סדר הקדימויות בין המסמכים (סעיף 3 לחוזה וכרך 3 למסמכי המכרז), נקבע כי הוראות החוזה גוברות על הדרישות הטכניות, ואלו גוברות על ההצעה. לכן במידה של סתירה בין ההצעה לבין הוראות המפרט, יגברו הוראות המשפט ויחייבו את המציע...
בחנו את מכלול הוראות החוזה ואת מכלול האמירות בהצעה כדי לבחון מה ההשלכה של ההגדרה מחדש האמורה. אנחנו לא מוצאים שזה משהו שמהווה הסתייגות ששינתה את הזכויות והחובות של הצדדים. וזאת נוכח סדר הקדימויות, נוכח העובדה שזה נמצא בנספח להצעה הטכנית בעוד שבטפסים של ההצעה עצמם התחייבו לעמוד בכל דרישות המכרז"

בעע"מ 5678/01 שידורי עדן בע"מ נ' אפיק רום – הערוץ הישראלי החדש בע"מ, פ"ד נו(1) 917, 922 (2002) (להלן: עניין עדן), נקבע, לעניין זה, כי "גם מסמכים המוגשים במסגרת הצעות במכרז יש לפרש כמכלול, על-יסוד קנה-המידה של אנשים סבירים והגונים במעמדם של הצדדים למכרז הקונקרטי". על כך אוסיף, כי הכלל הפרשני בדיני מכרזים הוא, כי יש להעדיף פרשנות המקיימת את הצעותיהם של משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן. יפים, בהקשר לכך, הדברים שנאמרו על-ידי השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין אלישרא:

"כשם שאין לפסול הצעה של משתתף במכרז על בסיס תנאי שלא נכלל בו מלכתחילה, כך אין לפסול הצעה העומדת בתנאי המכרז, לפי פרשנות סבירה שלהם, הגם שאין זו הפרשנות הסבירה היחידה. לדעתי, ההגנה על הציפייה הסבירה ועל האינטרסים של משתתפי המכרז מחייבת, כי מקום שבו תנאי המכרז אינם ברורים כל

צורכם וניתן לפרשם באופנים שונים שמידת סבירותם שווה, והם מתיישבים עם לשון מסמכי המכרז ועם תכליתו, יש להעדיף פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן... גישה זו יש בה כדי להכשיר השתתפות חוג רחב יותר של מציעים, להגביר את התחרותיות ולהביא ברכה גם במישור הכלכלי... ודוק: אמת-המידה לבחינת עמידת המציעים בתנאי המכרז היא אובייקטיבית ולא סובייקטיבית. לא די בכך שמשתתף במכרז שגה – באופן סובייקטיבי – בהבנת תנאי מתנאי המכרז על-מנת שתועדף אותה פרשנות המקיימת את הצעתו, אלא נדרש שמבחינה אובייקטיבית ניתן יהיה לפרש את התנאי הרלוונטי בכמה דרכים שונות, שאין אחת מהן עדיפה מרעותה, ושכולן עולות בקנה אחד עם לשון המכרז, עם תכליתו ועם מכלול תנאיו" (עמ' 9-11; וראו גם: עניין מתן, פסקה 41).

זאת ועוד, בהינתן מורכבותו הרבה של המכרז מושא ענייננו, כאשר ההצעות בו נפרשו על-פני אלפי עמודים, ובדיקתן הצריכה התייעצות עם אנשי מקצוע מתחומים שונים – ניתן לאפשר תיקונם של פגמים קלים שנפלו בהצעות, תוך שמירה על עיקרון השוויון, ועל תקינות ההליך המכרזי (עניין עטו, עמ' 922; וראו גם: ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, עמ' 770-771). בנסיבות אלו, כאשר עולה חשש להסתייגות בהצעה, בעת בדיקתה, רשאית ועדת המכרזים לפנות למציע בבקשת הבהרה נקודתית, תוך מתן אפשרות להסרת ההסתייגות. הדעת נותנת, כי לו היו מבחינים בשינוי ההגדרות, בזמן אמת, היתה ועדת המכרזים פונה ל-CNR בבקשת הבהרה, בנושא זה (כפי שעשתה כן ביחס למציעים אחרים), וסביר להניח, כי השוני בהגדרות היה מתוקן. אם בכך לא די, נוסף כי התנהלותה של CNR בסמוך למועד זכייתה, כמו גם עצם חתימתה על החוזה, מלמדות על התחייבותה המלאה לעמוד בדרישות המכרז.

75. ניתן לקבוע, כעולה מהמכלול, כי לא היתה כל נפקות מהותית לסתירה במינוחים, כפי שהוגדרו בנספח להצעתה הטכנית של CNR – דבר אשר נבע, ככל הנראה, מבעיות תרגום – ביחס להתחייבותה של CNR לעמוד בדרישות המכרז. ובמילים אחרות, אין בשינוי משמעות ההגדרות "shall", "should", והוספת המונח "will", שנעשו על-ידי אנשי מקצוע מטעם CNR – כדי לסתור את תנאי המכרז; ליצור חוסר וודאות; או לפגוע בעיקרון השוויון. לכל היותר, ניתן לומר, כי מדובר בפגם טכני, אשר "אינו יורד לשורשו של העניין", באופן שאינו מקנה יתרון להצעת CNR על פני ההצעות האחרות.

סיכומו של דבר, החלטת בית משפט קמא שלא להתערב בשיקול דעתה של ועדת המכרזים, ובמסגרת זו, לדחות את טענת CAF – כי שינוי ההגדרות מהווה הסתייגות מדרישות המכרז, העולה כדי פגם מהותי, המחייב את פסילת הצעתה של CNR – בדין יסודה.

76. אשר לטענת המערערות, כי יש לפסול את הצעת CNR, בהיותה "הצעה תכסיסנית שהוגשה בחוסר תום לב" – הרי שגם טענה זו דינה להידחות.

"תכסיסנות" באה לידי ביטוי בהתנהגותו של מציע, בקשר עם הליכי המכרז, בדרך הפוגעת ביחסי האמון בין הצדדים. נקבע בפסיקה, כי בנסיבות שבהן מתגלה התנהגות תכסיסנית מצד מציע במכרז, דין הצעתו להיפסל (ראו: עניין רון, פסקה 20; לוי, עמ' 319). עמד על כך השופט (כתוארו דאז) מ' חשין בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 683 (1993), באומרו:

"אכן, מי שמנסה להערים על בעל המכרז באורח בלתי נאות - בין על דרך הטעיה מחושבת ומכוונת בין על דרך 'תכסיסנות' - ראוי הוא שהצעתו תיפסל על הסף; נגרשנו מן המסדרון אל מחוץ לבית המכרזים, לא כל שכן שלא נכניסנו אל הטרקלין. אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, ואם פלוני מבקש להטעות כבר בתחילת הדרך, מי לכפו של בעל המכרז יתקע, כי אותו פלוני לא ישקר ויכזב גם בהמשך הדרך? כחטא כן עונשו, והמציע הצעות כזב ימצא עצמו אל מחוץ למחנה. והנה, בעוד שמושג ההטעיה ברור לכול, לכאורה, קשה יותר לפרוס את תחום ה'תכסיסנות': לכל מקצוע 'תכסיסים' משלו - בחלקם לגיטימיים בחלקם שאינם לגיטימיים - ואין לנו אלא להוסיף ולומר, כי 'תכסיסנות' בהקשר דברינו כאן – 'תכסיסנות' שבכוחה להביא לפסילת הצעה על הסף חייבת להיות 'תכסיסנות' הטבולה ברמייה, באי יושר, בהיעדר תום לב כנדרש ממציעים במכרז...האינטרסים של בעל המכרז ושל המציעים במכרז בחלקם נוגדים הם אלה את אלה בוודאי כך באשר למחיר שבעל המכרז מבקש לקבל והמציע במכרז מבקש להציע - ומכאן שהכרעה בשאלת ה'תכסיסנות' הלגיטימית (או הבלתי לגיטימית) חייבת להביא במניין השיקולים תחנת מוצא זו של ניגוד אינטרסים."

במקרה דנא, לא נמצא כל בסיס לטענת CAF, כי הצעת CNR לוקה בתכסיסנות "הטבולה ברמייה, באי יושר ובהיעדר תוך לב", שבכוחה להביא לפסילת הצעתה. כך גם, אין בידי לקבל, בהקשר זה, את טענת CAF, כי CNR "החביאה", במכוון ו"בדרך ערמומית", את הסתייגותה מדרישות המכרז בנספח להצעה הטכנית, וכמו בית משפט

קמא, גם אני סבור, כי CNR הגישה את הצעתה בתום לב, תוך התחייבות מלאה לעמוד בדרישות המכרז.

אי עמידה בתנאי הסף של המכרז

77. טענה נוספת שהיתה בפי CAF, היא כי CNR לא עמדה בתנאי הסף של המכרז לעניין דרישות התקינה האירופאית, לצורך הוכחת ניסיון קודם ביצור ואספקה של קרונות.

פרק 3 (Section III) לכרך 1 (Volume 1) למסמכי המכרז, שכותרתו "Pre-requisite to Bid" עוסק בתנאי הסף של המכרז (להלן: פרק תנאי הסף). סעיף 2.1 לפרק זה, קובע כי על המציעים להוכיח ניסיון ביצור ואספקת קרונות העומדים בתקינה האירופאית. כמו כן, סעיף 9.1 דורש מהמציע להוכיח עמידה בתנאי הסף לעניין ניסיון קודם באמצעות הגשת "independent certificates or other external evidence", קרי: באמצעות תעודות עצמאיות או ראיות חיצוניות אחרות. CNR צרפה להצעתה מכתבים משני לקוחות סינים ומלקוח איראני, אשר אישרו את עמידת הקרונות, שסופקו להם על-ידי CNR, בתקינה האירופאית. בהתייחסו לתנאי הסף בדבר ניסיון קודם, ציין חברי, השופט ט' ג'ובראן, בעע"מ 6117/15 ג.י.א. יזמה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 38 (23.6.2016), כי:

"תנאי סף במכרז – ובכלל זה תנאי סף בדבר ניסיון קודם – כולל שלושה מרכיבים עיקריים: המרכיב הראשון הוא 'המרכיב המהותי', שעניינו בשאלה מהי הדרישה המהותית אותה נדרש המציע לקיים – כאשר בסוגיית הניסיון הקודם, מדובר בשאלה איזה ניסיון ייחשב ככזה המקיים את דרישת הניסיון הקודם; המרכיב השני הוא 'המרכיב הפרסונלי', הבוחן במי צריך להתקיים המרכיב המהותי; ואילו המרכיב השלישי הוא 'המרכיב הראייתי', הקובע באילו ראיות ניתן להוכיח את העמידה במרכיב המהותי – ובפרט האישורים, ההמלצות והראיות הנוספות הנדרשות לשם כך" (ראו גם: דקל, כרך א, עמ' 292).

לעמדת CAF, "ועדת המכרזים לא הייתה יכולה להסתמך על מכתבי המלצה מלקוחות לא אירופאים של CNR", היינו, כי CNR לא עמדה ב"מרכיב הראייתי" של תנאי סף זה. אין בידי לקבל עמדה זו. ראשית, יש להזכיר כי התערבות בית המשפט בהליכי מכרז, ובעיקר כשמדובר בנושאים הקשורים לתנאי סף מקצועיים, תיעשה "בזהירות יתרה", וכל עוד מדובר בהחלטה סבירה, אין מקום להתערב בה (ראו: עע"מ

4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (11.2.2008)). שנית, לשון הוראת סעיף 9.1 לעיל אינה מגבילה את המציע לצרף אישורים מגורם מסוים, ובכלל זה, מלקוחות אירופאים בלבד. כלומר, אין כל איסור כי לקוח שאינו אירופאי יאשר כי הקרונות שסופקו לו עומדים בתקינה האירופאית. ועוד יש לומר, כי גם אם לשון הסעיף אינה ברורה, בהקשר זה, הרי שבכואנו לפרש את הוראות המכרז, עלינו "להעדיף פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוטלת אותן". עוד יצוין, כי בישיבת ועדת המכרזים, מיום 2.3.2016, נאמר כי בהשוואה ל-CAF ואלסטום, CNR פחות מנוסה בפרויקטים בינלאומיים מורכבים, ובשל כך הופחת לה הניקוד, "אבל מהתיאור של הפרויקטים שלהם וההמלצות מהמזמינים התרשמנו שאפשר לבסס רמת בטחון טובה מאד שהניסיון שלהם מתאים לפרויקט שלנו". חבר הועדה, מר איגנסיו סטילרמן, הבהיר בנוסף, כי ל-CNR יש ניסיון בינלאומי באספקת קרונות ל-MTR, שהינה חברה אנגלית.

העולה מן המקובץ הוא, כי בצדק קבע בית משפט קמא, כי אין מקום להתערב בהחלטת הועדה, לפיה CNR עמדה בחובתה להוכיח ניסיון קודם ביצור ואספקה של קרונות, בהתאם לדרישות התקינה האירופאית, באופן המתיישב עם הוראות המכרז.

78. כמו כן, אין מקום לקבל את טענת CAF כי יש לפסול את הצעת CNR, לנוכח אי עמידתה בתנאי הסף בנוגע לדרישות בטיחות באש; ולנגישות לאנשים עם מוגבלויות. זאת, הן בשל העובדה כי הטענה נטענה בעלמא, כאשר הוקדשו לה כשתי שורות בכתב הערעור, והן מאחר שטענה זו נבחנה, באופן יסודי, על-ידי צוות הבדיקה של ועדת המכרזים, כמו גם על-ידי בית משפט קמא, שמצאו לדחותה, ובכך אינני רואה כל סיבה להתערב.

הענקת ניקוד שגוי

79. בשלב האחרון, העלתה CAF השגות שונות בנוגע לניקוד שניתן להצעת CNR על-ידי ועדת המכרזים, בשלב בדיקת האיכות. במסגרת זו, טענה CAF, כי הניקוד בגין שיעור מיחזור החומרים מהם עשוי הקרון, ובגין זמן הנסיעה של הקרון מבתי-ים לפתח תקווה, נעשה בניגוד לכללי הניקוד שנקבעו על-ידי ועדת המכרזים, תוך פגיעה בעיקרון השוויון. אין בידי לקבל את השגותיה של CAF גם בנושא זה.

80. תחילה, מן הראוי לחזור על מושכלות ראשוניות, לפיהן בית המשפט אינו יושב כ"ועדת מכרזים עליונה" ואינו ממיר את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו.

כך, בפרט, כאשר החלטה הנתקפת נוגעת למתן ציונים ולחלוקת ניקוד, עניינים המצויים ב"גרעין הקשה" של שיקול הדעת המקצועי של הועדה, ונסמכים על ניסיונה ומומחיותה בתחום זה (ראו: עניין מתן, פסקה 26; עניין 700, פסקה 11). אין מקום לדרוש מבית המשפט להתערב בניקוד שניתן למציעים במכרז, ולמלא את תפקידה של ועדת המכרזים בהקשר זה, כל עוד אין לגלות על פני החלטה טעות קיצונית, העולה מהמסמכים עצמם. מתן ניקוד ברכיבים של איכות המציע, ובנוגע להיקף ניסיונו הקודם הוא, כאמור, "הגרעין הקשה" בעבודתה של ועדת המכרזים. לכן, מידת ההתערבות השיפוטית בהחלטות כגון דא תהיה מצומצמת ביותר (ראו גם: לוי, עמ' 471).

81. אשר לשיעור המיחזור של הקרון, טענה CAF, כי למרות ש-CNR ציינה רמת מיחזור פחותה (15.97%) מהרמה שנדרשה במכרז (35%), העניק לה צוות הבדיקה 3 נקודות מתוך 5, במקום אפס. בפרוטוקול ועדת המכרזים, מיום 2.3.2016, הבהיר חבר הועדה, מר איגנסיו סטילרמן, כי:

"CNR נתנו בטבלה שלהם רק את הרכב הקרון מבחינת חלוקה לחומרים אבל לא ציינו כמה מכל חומר הוא גם ניתן למיחזור. אנחנו בחנו את החומרים וגם את ההצעה הסביבתית שלהם שציינה איזה חומרים ניתנים למיחזור – דברים שגם ידועים במקצוע – כמו זכוכית ומתכות ניתנים למיחזור. סה"כ מעל 90% מהקרון עשוי מחומרי ברי מיחזור. אבל כיוון שהם לא נתנו את הנתון אנחנו ניקדנו ברמה שבין 65-80% כי אולי לא כל חומר שניתן למיחזור גם יופיע בצורה שניתן לפרק ולמחזר... הרוב ניתן למיחזור. החומרים ש-CNR משתמשים בהם הם זהים ברובם לחומרים של שני המתמודדים האחרים שהצהירו שניהם על רמות מיחזור של מעל 90%".

הנה כי כן, נראה כי הניקוד בגין רכיב שיעור מיחזור הקרון ניתן ל-CNR לאחר בדיקה מקצועית, ויסודית של צוות הבדיקה. משכך, לא מצאתי טעם ראוי להתערב בשיקול דעתה של ועדת המכרזים ביחס לניקוד רכיב זה, ולדידי "מדובר בהחלטה מקצועית שלא ניתן לקבוע שהינה בלתי סבירה", כפי שקבע בית משפט קמא.

82. אשר לזמן הנסיעה מבת-ים לפתח תקווה, גורסת CAF, כי ועדת המכרזים העניקה ל-CNR 2.98 נקודות, מבלי לבחון את הסימולציה השגויה שהוצגה על-ידה, אשר התבססה על מהירות הגבוהה מזו המותרת (65 קמ"ש במקום 50 קמ"ש). עוד נטען, כי למרות שביום 1.2.2016, אישרה CNR, כי זמן הנסיעה היה שגוי, ואף צירפה מסמך סימולציה חדש – נמנעה הועדה מלהפחית לה את הניקוד לאפס נקודות, עבור תבחין זה.

בישיבת ועדת המכרזים, מיום 2.3.2016, ציין חבר הוועדה, מר איגנסיו סטילרמן, כי: "הניקוד בסעיף זה התבסס על נתון שמסר כל מציע בטבלה שהופיעה בסעיף 1.4.1 למפרט הטכני. CNR כתבו שם שמשך הסבב הוא 99 דקות ו-53 שניות... הניקוד לא התבסס על הסימולציה אלא על הטבלה שבסעיף 1.4.1. משם לקחנו את הנתונים שאותם השוונו וככה עשינו לכל המתמודדים". מר איגנסיו סטילרמן אישר, כי אכן נמצאה טעות בסימולציה המקורית שהגישה CNR. במענה לבקשת הבהרה בעניין זה, הסבירה CNR כי מדובר בטעות חישובית, ועמדה על טעות נוספת שהתגלתה בעניין זמני העצירה. בתמיכה לכך, צירפה CNR סימולציה מתוקנת מטעם חברת ABB, לפיה משך הסבב הוא קצר יותר (99 דקות ו-12 שניות), באופן המשפר את הניקוד שמגיע לה. מר איגנסיו סטילרמן הסביר כי:

"אנחנו לא ממליצים לקבל את הנתון המתוקן, כדי שנישאר עקביים עם המדיניות של הוועדה לאורך כל ההליך והניקוד. אבל אחרי שהוכיחו לנו שהנדון שנתנו במכרז לא היה מטעה ולא נמסר בחוסר תום לב או נועד להטעות את הוועדה אנחנו ממליצים להשאיר את הניקוד לפי המידע המקורי שנמסר בהצעה, גם אם הוא מרע עם המציע כיוון שיש בו טעויות חישוב שבסופו של דבר פגעו בו".

עינינו הרואות, כי צוות הבדיקה בחן בקפידה את טענת CAF, והמליץ לוועדה לדחותה, שכן הנתון השגוי ותוצאת הסימולציה המקורית ממילא לא שימשו כבסיס לניקוד רכיב זמן הנסיעה. בנסיבות אלו, סבורני כי צדק בית משפט קמא כאשר קבע, כי "אין מקום להתערב בשיקול הדעת המקצועי של הוועדה וצוות הבדיקה ולקבוע שמדובר בהחלטה כה בלתי סבירה עד כדי כך שיש להתערב בה". בהינתן האמור לעיל, ברור כי אין כל יסוד לטענת CAF, כי CNR היתה צריכה לקבל ציון איכות "נמוך משמעותית" מזה שניתן לה; ולהשגתה על שיטת הבדיקה ההשוואתית של איכות ההצעות.

83. לסיכום הדיון בנקודה זו, אומר כי הנני תמים דעים עם בית-משפט קמא, ואינני רואה כל הצדקה להתערב בהחלטת ועדת המכרזים הנוגעת לניקוד האיכות שניתן ל-CNR. בחינת החלטת ועדת המכרזים, אינה מצביעה על יחס של איפה ואיפה, או על משוא פנים בקביעת ציון האיכות שקיבלה CNR. התרשמתי, כי ניקוד הצעת CNR בוצע על-ידי צוות הבדיקה, תוך שמירה דקדקנית על הכללים שנקבעו לבדיקת ההצעות וניקודן.

84. על יסוד הנימוקים שפורטו לעיל, אמליץ לחבריי לדחות את שני הערעורים, לרבות בנושא ההוצאות בהן חוייבו על-ידי בית משפט קמא. עוד אציע לחבריי לחייב כל אחת מן המערערות (אלסטום ו-CAF) לשלם לנת"ע ול-CNR (לכל אחת מהן בנפרד), הוצאות בערכאה זו בסך של 75,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שיהם.

ניתן היום, כ"ב בניסן התשע"ז (18.4.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט