



## בבית המשפט העליון

בר"ם 2349/10

בפני: כבוד השופט ח' מלצר

המבקשת: שעשועים וספורט בע"מ

נגד

המשיבות: 1. עיריית בני ברק  
2. נ.ע. לבה בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, מיום 18.3.10 בעת"מ 46966-02-10 שניתנה ע"י כב' השופט א' זמיר

בשם המבקשת: עו"ד רות ברק ועו"ד רונית גרבר

בשם המשיבה 1: עו"ד שלמה ז. פרנקל

בשם המשיבה 2: עו"ד בני שפר ועו"ד נועה שמידע

### פסק-דין

1. המשיבה 1 (להלן: העירייה) החליטה להזמין מתקני משחקים לגנים בבני-ברק מן המשיבה 2 (להלן: לבה), על יסוד פטור ממכרו שניתן לה על-ידי ועדת המכרזים של העירייה, בנימוק שלבה היא "ספק יחיד" של הטובין המבוקשים, כאמור בתקנה 3(4) לתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987 (להלן: תקנות העיריות). המבקשת עתרה לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב-יפו בעתירה לבטל את ההתקשרות ולערוך מכרז לאספקת המתקנים. בקשה לצו ביניים, שהוגשה במסגרת העתירה וכוונה לצו שימנע את יישום ההתקשרות עד להכרעה בעתירה – נדחתה על ידי בית המשפט הנכבד (כב' השופט א' זמיר), ובגדר החלטה האמורה בוטל צו ארעי שהוצא קודם לכן לבקשת המבקשת (על-ידי סגן הנשיאה, כב' השופט י' זפט).

מכאן הבקשה שלפני, למתן רשות ערעור על החלטה האמורה, המתמקדת בגבולות השימוש המותר של עירייה בפטור הנ"ל כדי להימנע מקיום מכרז, כנדרש

בדין. כיוון שלסברתי לא היה מנוס מלהעניק צו ביניים כמבוקש, שכן המדובר לכאורה לא ב"ספק יחיד" (שניתן לפוטרו ממכרז) כי אם ב"ספק יחיד" (שאז חובה לקיים מכרז) – יובאו הדברים בהמשך בפירוט יחסי, וזאת חרף השלב המקדמי בו אנו מצויים.

העובדות הצריכות לענין וההליך בבית המשפט לעניינים מינהליים

2. במהלך חודש אוקטובר 2009 ביקשה העיריה להתקין מתקני שעשועים במספר גנים בעיר בני ברק. העיריה – כמתואר בתשובתה – פנתה באמצעות מר חנוך זיידמן, מנהל אגף התשתיות והפיתוח בעיריה (להלן: מר זיידמן) לאדריכל הנוף והגנים, מר גד ברקאי (להלן: מר ברקאי), המתכנן של אותם גנים ציבוריים, וביקשה כי יטפל עבורה בבדיקת מתקני השעשועים לגנים. מר ברקאי הפנה את הבקשה לקבל הצעות לגבי שלושה גנים מסוימים – למבקשת וללבה בלבד. המבקשת היא חברה המתמחה בייצור מתקני שעשועים במפעלה שבאשקלון, ולבה היא בעלת הזיכיון הבלעדי ליבוא מוצרי חברת Kompan A/S מדנמרק (להלן: קומפן). לבה הציעה למר זיידמן לספק מתקנים שונים של קומפן בתמורה כוללת של כ-520 אלפי ש"ח לשלושה הגנים, שם צוין כי המוצרים מוצעים כולם בהנחה של "32%" (להלן: ההצעה הראשונה של לבה). המבקשת הציעה חלופות שונות, בתמורה כוללת הנעה מסכום של כ-245 אלפי ש"ח ועד לכ-625 אלפי ש"ח לערך לשלושה הגנים, בהתאם לסוגי המתקנים שייבחרו. ברם לדברי העיריה: "מעיון בהצעות שניתנו היה ברור כי לא ניתן להשוות בין המתקנים שמספקת [המבקשת] למתקנים שמספקת לבה", וזאת משום שרמת המתקנים של לבה "עולה עשרת מונים" על זו של המבקשת; המדובר, כך נטען, במתקנים בעלי "פונקציות ייחודיות וחדשניות", ולא במתקני שעשועים 'רגילים', הכוללים: "תנועה רב מימדית ולא רק דו מימדית" ולבה אף אחראית לתקינותם משך עשר שנים. בהמשך פנתה העיריה (כפי הנראה – מר זיידמן) למר ברקאי בבקשה: "כי ייתן חוות דעת מומחה באשר למתקני המשחק של חברת קומפן אותם מספקת לבה שהינה ספק יחיד למתקנים אלה". בתאריך 28.1.2010 העביר מר ברקאי למר זיידמן "חוות דעת" כמבוקש.

3. בתאריך 28.1.2010 התכנסה ועדת המכרזים של העירייה לדיון באישור פטור ממכרז ל:"רכישת מתקני משחק ייחודיים", לבקשת אגף התשתיות והפיתוח. הועדה החליטה בתום דיון קצר ולאחר קבלת הסברים של נציגי האגף האמור, כי יש לאשר את לבה כ:"ספק יחיד של מתקני חב' קומפן מדנמרק, ומשום כך יש פטור ממכרז לרכישת מתקנים אלו", בכפוף להמצאת אישורים שונים – שלא ברור אם הומצאו.

4. בעקבות אישורה של ועדת המכרזים, ביקשה העירייה מלכה, כפי הנראה – על-פה (שכן הזמנה בכתב – אין), כי התקנת המתקנים תיעשה עד לתאריך 16.3.2010, עוד לפני חג הפסח. העירייה לא טענה כי בין הצדדים נכרת חוזה כלשהו (למצער – קודם לתחילת ההליכים בבית המשפט קמא), ואף לא טענה כי ביקשה להזמין אותם מוצרים שהוצעו על-ידי לבה בהצעתה הראשונה. לבה הציגה מסמך, שנערך על-ידי בתאריך 28.1.2010 (יום אישור הפטור בוועדת המכרזים), המוגדר כהצעה להתקנת מתקנים על-ידה, בארבעה גנים: שניים משלושה הגנים שנזכרו בהצעתה הראשונה, וכן שני גנים אחרים (להלן: ההצעה השנייה). התמורה הנקובה בהצעה השנייה עומדת על סכום של מעל 1.4 מיליון ש"ח, במקום כ-522 אלפי ש"ח, כבהצעתה הראשונה. ההצעה השנייה איננה חתומה על-ידי העירייה, אך הוגדרה על-ידי לבה בכל זאת כרשימת המתקנים שהעירייה הזמינה אותם, אף שאין לכך כאמור אסמכתא בכתובים.

5. בתאריך 8.2.2010 שלחו באי-כוח המבקשת מכתב לעירייה (אך לא ללבה) וטענו כי למרשתם נודע שהעירייה מתכוונת להתקשר עם "ספק יחיד" לכאורה, שהוא יבואן לאספקת מתקני שעשועים מחו"ל, ולפי פרסומים שונים – המדובר בלבה. העירייה נתבקשה להקפיד איפוא כל התקשרות, אם בוצעה, עם לבה, או כל יבואן ויצרן אחר, ולמסור למבקשת פרטים לגבי חוות דעת המומחה וסוג המתקנים שבכוונת העירייה לרכוש. מכתב זה לא נענה, ולפיכך שלחה המבקשת מכתב נוסף לעירייה, בתאריך 17.2.2010. רק בתאריך 24.2.2010 השיב מזכיר העירייה למבקשת, הבהיר את הרקע להתקשרות, וככל הנראה צירף למכתבו העתק מחוות דעת המומחה ומהחלטתה של ועדת המכרזים.

6. בתאריך 28.2.2010, הגישה המבקשת את עתירתה הנ"ל נגד החלטת העירייה לחזמין מלכה מתקני שעשועים ללא מכרז, ובגדרה – בקשה למתן צווי ביניים וצו ארעי כאמור, להקפאת ההתקשרות. בתמצית, טענה המבקשת, כי לא ניתן היה להתקשר עם לבה בפטור ממכרז, והוסיפה כי חוות דעתו של מר ברקאי לא יכולה היתה להכשיר את ההתקשרות האמורה. בית המשפט (כב' סגן הנשיאה, השופט י' טפח) הוציא צו ארעי ביום הגשת העתירה, והבקשה הועברה לתשובת המשיבות.

7. המשיבות טענו בתשובותיהן, בתמצית, כי להתקשרות ניתן פטור ממכרז כדין; כי מתקניה של קומפן הם בעלי פונקציות "יחודיות וחדשניות", שאין להשוות בינם לבין מתקני המבקשת, וכי חוות דעתו של מר ברקאי – שאין בה כל פסול – מאשרת את

ייחודם של אותם מתקנים. כן טענו המשיבות לשיהוי מאיין בהגשת העתירה, כחודש לאחר שלמבקשת כבר נודע על ההתקשרות, ולאחר שלבה הזמינה את המתקנים בחו"ל.

8. לאחר קבלת תשובות המשיבות לבקשה לצו ביניים ותגובת המבקשת לתשובות אלה – הועבר הטיפול בתיק לכב' השופט א' זמיר, שנתן את הכרעתו בבקשה על יסוד הכתובים. בהחלטתו, מתאריך 18.3.2010, דחה בית המשפט הנכבד את הבקשה וביטל את הצו הארעי. מבחינת סיכויי העתירה מצא בית המשפט כי אמנם אין לדחות את טענת המבקשת על הסף, אך סבר כי קשה להתרשם מעוצמתה, ו"אין לשלול כלל וכלל את האפשרות שבמסגרת הדיון בעתירה (או בהליך מתאים אחר) ייקבע שהחלטה להתקשר עם המשיבה 2 כספק יחיד, וההליך שקדם לה, היו כדין". מאזן הנוחות, כך נקבע, אף הוא איננו נוטה באופן מובהק לטובת המבקשת, בפרט כאשר אם יוכחו טענות המבקשת, יכול והיא תבוא על סיפוקה בסעד כספי. כן נתן בית המשפט משקל של ממש לטענת השיהוי, שהעלו המשיבות.

9. מכאן הבקשה שלפני, שבגדרה חוזרת המבקשת על עיקרי טענותיה (בשינויים מסוימים) ומצביעה על פגמים שהיא מזהה לכל אורך התנהלותן של העיריה ושל לבה בפרשה. היא טוענת כי לא היה מקום לדחות את בקשתה מחמת שיהוי, בפרט כאשר התריעה בפני העיריה שלא לממש את ההתקשרות, וכאשר מיהרה להגיש את עתירתה מרגע שקיבלה את המסמכים הרלבנטיים, וכן נוכח הפגיעה הנטענת בשלטון החוק. המשיבות, מצידן, חוזרות – בפירוט רב – על עיקרי טענותיהן בפני בית המשפט הנכבד קמא.

10. יצוין כי עוד ביום הגשת הבקשה, בתאריך 23.3.2010, הוצא על-ידי, לבקשת המבקשת, צו ארעי, האוסר על המשיבות לנקוט בכל פעולה למימוש ההתקשרות ביניהן והאוסר על העיריה לקבל את המתקנים לידיה – זאת עד להכרעה אחרת בבקשה. הצו הארעי הותנה בהפקדת סכום של 100,000 ש"ח כערבות לפיצוי המשיבות בגין כל נזק שייגרם למי מהן מהוצאת הצו (להלן: הערבות), וזו הופקדה על-ידי המבקשת.

דיון והכרעה

11. חרף התנגדותה של המשיבה 2, החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. דין הערעור – להתקבל. אפרט נימוקיי לכך להלן.

12. ראשית יש לעמוד בקצרה על המסגרת הנורמטיבית לדיון. פקודת העירויות קובעת, בסעיף 197 כי עיריה לא תתקשר בחוזה להעברת טובין "אלא על פי מכרז פומבי". סעיף 198 לפקודת העירויות מסמיך את שר הפנים להתקין תקנות, בגדרן הוא רשאי לקבוע סוגים של חוזים שבהם תהא העיריה רשאית להתקשר ללא מכרז. השר אכן התקין את תקנות העירויות, וקבע, בין היתר, רשימת סוגי חוזים כאמור, וביניהם חוזה עם "ספק יחיד", המוגדר בתקנה 3(4) לתקנות העירויות כדלקמן:

"חוזה להזמנת טובין או לביצוע עבודה הנערך עם הספק היחידי בארץ לאותם טובין או עם המומחה היחיד בארץ לביצוע אותה העבודה, אם מומחה שהוועדה מינתה לענין זה קבע בכתב באישור הוועדה כי אכן אותו ספק או מומחה הם היחידים בארץ".

חרף קיומו של הפטור האמור בתקנות העירויות (ופטור דומה בתקנה 3(29) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות חובת המכרזים) להתקשרות עם "היחיד המסוגל לבצע את נושא ההתקשרות"), הרי שהכלל הוא עדיין קיומו של מכרז פומבי, והפטור הרלבנטי לענייננו ל"ספק יחיד" – הוא בגדר החריג (ראו: בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267 (1992) (להלן: ענין אריאל); בג"ץ 6176/93 אליקים 1986 – אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח(2) 158, 165 (1994) (להלן: ענין אליקים); ה"פ (מח'–י-ם) 192/96 אירופן בע"מ צילומי אויר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.3.1996) (להלן: ענין אירופן)). הטעם לכך נעוץ בעובדה שהתקשרות בפטור ממכרז חותרת תחת כל האינטרסים העומדים ביסוד המכרז הפומבי: הבטחת תנאים של שוויון בתחרות על הזכיה, תוך שמירה על שקיפות, התנהלות ראויה וטוהר המידות בהתקשרות, ולבסוף מתן אפשרות לרשות המינהלית להתקשר בעסקה שתמצה את תועלתה הכלכלית (ראו: עע"ם 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (לא פורסם, 11.2.2008)). השימוש בפטור שלפנינו הוא ראוי רק מקום: "שקיימת ודאות, שאין בארץ אלא ספק יחיד של טובין או מומחה יחיד לביצוע עבודה" (ענין אריאל, שם) – שאז מה טעם יש לערוך מכרז, רק כדי שתוגש הצעה יחידה. אולם מקום שיש ספק האם יש יותר מאשר יצרן אחד, או נותן שירותים אחד, היכולים להעניק לגוף המינהלי את הטובין, או השירותים שהיא באמת זקוקה להם, מוטב לערוך מכרז (ולא ההיפך, כפי שאחדים גורסים שלא כדין). מובן איפוא שהרשות מנועה מלבחור את הספק המועדף עליה ואז להגדיר את נושא ההתקשרות באופן ספציפי ומפורט ביותר (לעתים תוך שימוש בשם הספק עצמו), ולבקש חוות דעת של מומחה, שיאשר לה כי רק הספק האמור יכול לספק את אותם טובין, או שירותים (ראו והשוו: ענין אריאל, שם; ה"פ (מח'–חי') 907/94 מאור שילוט ופרסום מואר בע"מ נ' עיריית חיפה

(להלן: ענין מאור); שמואל הרציג דיני מכרזים א' (מה' שניה) 49-56 (2001) (להלן: הרציג, מכרזים א'). נעיר, שאם הרשות מחליטה לערוך מכרז, מובן גם שאין היא רשאית לכלול בו אמות מידה מיותרות, שכמוהן כ"תפירת" המכרז למידותיו של ספק מסוים – שאחרת מה הועילו חכמים בתקנתם (עיינו: עע"ם 8196/08 אור הייטק בע"מ נ' עיריית אילת, בפסקה ט"ז (לא פורסם, 10.11.2009)).

#### סיכויי העתירה

13. נוכח האמור לעיל, ובנסיבות המקרה שלפנינו, חוששני כי אין בידי להצטרף להערכת בית המשפט הנכבד קמא, אשר לא שלל "כלל וכלל" את האפשרות שייקבע כי ההתקשרות בין המשיבות היתה כדין. לסברתי, עסקינן לכאורה בהליך מנהלי פגום. בנוסף, דומה כי יקשה על המשיבות עד מאד להגן על החלטת העיריה להתקשר עם לבה בפטור של "ספק יחיד". למותר לציין כי כל הדברים נאמרים כאן לכאורה בלבד, בשים לב לשלב המקדמי של הדיון, בו אנו מצויים. עתה נפרט הדברים על פי סדרם.

14. ראשית לכל נידרש לליקויים שהתגלו לכאורה בהתנהלות העיריה במסגרת הליך ההתקשרות עם לבה, ונצביע על כמה מהם:

(א) מר זיידמן, מנהל אגף התשתיות, הוא שניהל הליך "לבר-מכרזי" שלם, מראשיתו וכמעט עד לסופו, הכל עוד בטרם אישרה ועדת המכרזים לעיריה פטור מעריכת מכרז. לא ברור כיצד ניתן הכוח בידי נציג הרשות לברור שרירותית שתי ספקיות מתקנים, מתוך רבות, לערוך ביניהן מעין "מכרז סגור", לקיים עמן משא ומתן, להחליט כי הצעה אחת – זו של קומפן – עולה "עשרת מונים" על רעותה, לבקש ממתכנן הגנים לספק "חוות דעת מומחה באשר למתקני המשחק של חברת קומפן אותם מספקת לבה שהינה ספק יחיד למתקנים אלה", ורק לאחר כל ההתרחשויות הללו, לערב את ועדת המכרזים ולקבל ממנה כאילו בדיעבד פטור ממכרז להתקשרות עם אחד המציעים, בנימוק שהוא: "ספק יחיד של מתקני חב' קומפן מדנמרק". לכאורה ועל דרך ההמעטה, לא זה סדר הדברים הנכון בהליכי מתן הפטור ל"ספק יחיד".

(ב) נראה שלא ועדת המכרזים היא שמינתה את מר ברקאי כ"מומחה" לצורך עריכת חוות הדעת, כנדרש בתקנה 3(4) לתקנות העיריות, כי אם מר זיידמן (ראש האגף מבקש הפטור). יתר על כן לא נראה שהועדה קבעה מהם "אותם טובין" שהמומחה צריך לאשר כי לבה היא "ספק יחיד" שלהם. ספק לכאורה קיים אף בשאלת דיותה של "חוות הדעת" לצורך מתן הפטור לפי תקנה 3(4) לתקנות העיריות, נוכח תוכנה (שאיננו אלא

גמירת ההלל על מוצרי קומפן ועל לבה, היבואנית הבלעדית שלהם), ונוכח זהות כותבה – מתכנן הגנים. מובן שאין באמור כדי להטיל דופי במר ברקאי עצמו, שמסר "חוות דעת" על מוצרי קומפן וייחודם, בדיוק כפי שנתבקש על-ידי העיריה לעשות.

(ג) תמיהות שונות עולות גם בקשר עם אישור החלטת הפטור בועדת המכרזים. חברי הועדה (שלא הם שמינו כאמור את המומחה) לכאורה כלל לא היו ערים לחוות דעתו, שנמסרה ביום כינוס הועדה ממש, ונראה כי הועדה נחשפה לראשונה לעצם סוגית הפטור – ביום הדיון עצמו. היא אף לא היתה ערה, כנראה, להצעות לבה והמבקשת. נושא הדיון והטובין הנרכשים הוגדרו באופן כללי ובלתי מדויק. אף הנתונים שהוצגו לוועדה ("מו"מ קשוח" שנוהל עם לבה, היעדר פער ניכר בין העלות של מתקני לבה לבין עלות מתקנים מחברות אחרות) על פני הדברים אינם מדויקים. כל אלה מותירים תחושה לא-נוחה, כי ועדת המכרזים – שלא בטובתה – קיבלה לכאורה החלטה בלתי-מושכלת ושימשה אך כ"חותמת גומי" להכרעה מוקדמת של העיריה, או מי מטעמה בשאלת ההתקשרות עם לבה (השוו: ענין אירופין). סמיכות הזמנים של חוות דעתו של המומחה, מועד הדיון בועדת המכרזים, עריכת הצעת לבה השניה, ו"הזמנת" המתקנים על-ידי העיריה (כולם באותו יום ממש – 28.1.2010) מחזקת תחושה בלתי נוחה זו.

(ד) בהחלטת הועדה ניתן למעשה היתר בלתי מוגבל כביכול לרכישת מתקנים מתוצרת קומפן, לכל גני העיריה, בין אלה שהצעתה הראשונה של לבה התייחסה אליהם ובין כל גן אחר. דומה כי דבר זה יכול להסביר גם את הפער התמוה שבין הצעת לבה הראשונה (מתקנים מסוימים בתמורה לכ-522 אלפי ש"ח) לבין התמורה הנקובה במה שהוגדר כ"הזמנת המשיבה 1", מיד לאחר אישור הועדה (מתקנים שונים ורבים יותר, תמורת כ-1.4 מיליון ש"ח, כאשר לפחות 43% מהם אינם "ייחודיים" אף לשיטת המשיבות) – הזמנה שכלל לא אושרה בועדה.

(ה) ליקוי לכאורה נוסף נעוץ בהליך ההזמנה של המתקנים: המשיבות לא הצביעו על הסכם כלשהו בין הצדדים, על הזמנה החתומה בידי העיריה, ואפילו לא על הודעה של העיריה ללבה על מתן הפטור. המסמך שצורף לתשובת לבה בבחינת "הזמנת המשיבה 1" איננו אלא הצעה של לבה עצמה (כאמור – בהיקף גדול בהרבה ויקר משמעותית מהצעתה הראשונה), שאיננה חתומה על-ידי העיריה ואשר נערכה לכאורה מיד לאחר קבלת ההחלטה בועדת המכרזים. הנה כי כן יש לכאורה קושי להגן על תקינותה של התקשרות, שאין כל אסמכתא שכלל נערכה.

(ו) ליקוי לכאורה אחרון שיש לעמוד עליו בהקשר הנוכחי הוא הימנעות ועדת המכרזים מלפעול בשקיפות ביחס להליך קבלת ההחלטות על-ידה, ובפרט – לפרסם את דבר מתן הפטור. הימנעות זו איננה עולה בקנה אחד עם חובת העירייה לפעול בהתאם לכללי המינהל התקין. חובת הפרסום אמנם איננה נזכרת מפורשות בתקנות העיריות, בניגוד לתקנות חובת המכרזים, שעברו רפורמה מקיפה לאחרונה (ראו: תקנות חובת המכרזים (תיקון), התשס"ט-2009, ק"ת 6750, כאשר ראוי לציין כי תקנה 3א החדשה קובעת מתווה של פרסום דו-שלבי של הליך מתן הפטור. תקנה חדשה זו הוגדרה על-ידי ד"ר עומר דקל, יועץ לוועדת חוקה, חוק ומשפט, כתקנה החשובה ביותר ברפורמה האמורה נוכח תרומתה לשקיפות ההליך המינהלי, והוא העריך כי: "בפועל – זה יוריד את רמת השימוש בפטור של ספק יחיד ב-80%" (פרוטוקול מס' 580 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 24.6.2008)). ברם, ברור שמשמעות הדבר איננה שהעיריות וועדות המכרזים רשאיות לפעול במחשכים ובהסתר, ולהימנע מגילוי התקשרויותיהן עם גורמים שונים בפטור ממכרז. הפומביות המינהלית היא עקרון בסיסי במשטר דמוקרטי. היא המאפשרת לציבור לתכנן את הליכותיו, לקיים דו-שיח עם המינהל, ולבקר את מעשיו (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב') 924 (תשנ"ו); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי א' 346-348 (2010)). שלטון ראוי, כך נקבע: "פועל לאור השמש, בגלוי, וכך חושף הוא עצמו לביקורת מתמדת וממילא אף לתיקון דרכי פעולה מעוותות" (רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 516 (1994)). טוהר ההליך המינהלי יובטח, במידת האפשר, רק במצב של שקיפות, הכוללת את קיומן של חובות הדיווח, הגילוי והתיעוד על-ידי הרשות המינהלית, שאיננה אלא "נאמן הציבור" (השוו, לענין עריכת מכרז פנימי – בג"ץ 3751/03 אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נט(3) 817, 833-834 (2004); לענין הליך הקצאה בפטור ממכרז: בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 230 (2000)); בג"ץ 5023/91 ח"כ פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992); עיינו עוד: עומר דקל מכרזים א' 238 (2004)). דברים אלה יפים, כמובן, למצער על דרך ההיקש, גם להתקשרות בפטור ממכרז ל"ספק יחיד" ברשויות המקומיות. רק הפרסום – בין אם במתווה הדו-שלבי הקבוע בתקנה 3א לתקנות חובת המכרזים, בשינויים המחויבים, ובין אם בכל דרך ראויה אחרת – יבטיח שרק התקשרויות שאכן אין מנוס מביצוען בפטור ממכרז – יופטרו ממכרז, בעוד שהתקשרויות אחרות שנתפרו שלא כדין לפי מידותיו של ספק פלוני – לא ייצאו לפועל. בנוסף, אם טעתה הרשות בתום לב בסוברה כי יש רק "ספק יחיד" לטובין המבוקשים, יאפשר הפרסום לכל ספק אחר, הסבור כי מוצריו יכולים להתאים לצרכי הרשות, לנסות ולהעמיד את הרשות על טעותה, גם מבלי שיהיו לו מהלכים ברשות (ראו: ענין אירופון, בפיסקה 10; הרציג, מכרזים א', 55; הרציג, מכרזים ב', 145). חשוב לציין כי הפרסום איננו מטיל נטל ביורוקרטי, או כספי ממשיים על



הרשות, בעוד שתועלתו – רבה: להבטחת השוויון בין הספקים הפוטנציאליים, למניעת משוא פנים, למקסום יעילות השימוש בכספי ציבור, ולהגברת אמון התושבים ברשות.

במקרה דנן, נראה כי ועדת המכרזים נמנעה מלפרסם את החלטתה להעניק פטור ממכרז להתקשרות עם לבה, ואף העיריה נמנעה מלפרסם את דבר ההתקשרות. לקביעה זו יש להוסיף כי אילולא היתה המבקשת, כך ניתן להניח, אף היא בעלת מהלכים בעיריה, הרי שדבר ההתקשרות בפטור ממכרז יתכן ולא היה נחשף כלל. והרי בדיוק לשם כך נדרש הפרסום – שלא רק בעלי מהלכים ידעו על המתרחש.

15. בצד הליקויים לכאורה הנ"ל קיימת לכאורה גם פירכה בטענת המשיבות, לפיהן כלל קיימת אפשרות לפטור את העיריה מעריכת מכרז במקרה דנן, בנימוק כי לבה היא "ספק יחיד" של ה"טובין" המבוקשים (השוו: ענין אירופ). הדבר נלמד כבר מן הקושי של המשיבות להגדיר את "אותם טובין" שהם מושא ההתקשרות ביניהן (לדוגמה בלבד: חוות דעתו של מר ברקאי נתבקשה וניתנה לגבי: "מתקני המשחק של חברת קומפן" (סעיף 22 לתשובת העיריה); מאידך גיסא, אותם טובין כונו בהזדמנויות אחרות, בין היתר: "מתקני משחקים ייחודיים" (כאמור בפרוטוקול של ועדת המכרזים), או: "גן הכולל מתקני שעשועים מיוחדים" (סעיפים 154-155 לתשובת לבה)). חוסר העקביות בהגדרת "אותם טובין", כמו גם הצורך של הרשות להיזקק לביטוי ערטילאי כמו "ייחודי", או בשם הספק עצמו, במקום לתאר בדיוק את המוצרים הדרושים, יוצרת חשש כי הפטור ל"ספק יחיד" איננו מבוסס. נעיר כי טענת נציגי העיריה בדיון בועדה, כי: "לאחר קבלת ההנחה הגדולה, אין פער מחירים ניכר בין מתקנים אלו לבין מתקנים מחברות אחרות", מלמדת על-פניה כי יש חברות אחרות המסוגלות לספק מתקנים דומים (השוו: ענין מאור).

16. בכל מקרה, אף אחת מן ההגדרות השונות ל"טובין" המבוקשים איננה נחזית ככזו היכולה לבסס את הימנעות העיריה מלערוך מכרז. ברור כי לבה, כספק היחיד המורשה לייבא לישראל את מתקני המשחקים של חברת קומפן, היא הספק היחיד של מתקני המשחקים של חברת קומפן. ברם תשובה לשאלה: מדוע נדרשת הגדרה כה צרה של הטובין – קשה לכאורה למצוא. אמנם, עיון של מתבונן בלתי-מקצועי במפרטים של כמה ממוצרי קומפן "הייחודיים", שצורפו לתשובת לבה, מגלה כי המדובר במתקני משחק נאים למראה, מחוכמים, וכאלה שיש להניח שישמחו את לב המשתמשים בהם. אולם ילדי בני ברק – כך טוענת העיריה עצמה – זקוקים בהקדם למתקני משחק ככאלה (ולאו דווקא של יצרן מסוים) בגנים ברחבי העיר. בית משפט זה כבר קבע בעבר, בדיוק

בהקשר של בחירה במתקן משחק של ספק פלוני ללא מכרז: "כל עוד אין המדובר במתקן אשר ייצורו הוא על פי חוק בלעדית בידי של יצרן מסויים, ניתן היה לפרסם את הדרישה בין אלה היכולים להתחרות על ייצורו של המתקן" (בג"ץ 835/87 גנית ייצור ופיתוח בע"מ נ' עיריית אילת (לא פורסם, 3.1.1988)). מכאן שלא ברור שהעירייה רשאית לקבוע מראש (וללא מכרז) כי רק מתקני משחק שיש להם יכולת תנועה "רב מימדית" (תהא משמעות הביטוי בפועל אשר תהא), או שהם מתוצרת קומפן, הם היחידים שיוכלו להתאים לילדי בני ברק. על פני הדברים נראה איפוא כי רק בהליך מכרזי יוכלו חברי ועדת המכרזים והמומחים מטעמה להתרשם ממכלול ההצעות, לבחון את הצעת לבה ולהשוותה להצעות אחרות, ושמא לאתר הצעה עדיפה (אולי הצעה להספקת מוצריו של ספק אחר, שמתקניו מיוחדים ושובי לב אף הם; או שהם זולים יותר ממוצרי קומפן ה"ייחודיים"; או מתאימים לא רק לבני שש ומעלה, כאותם מוצרים; או שהם פשוטים אך רבים יותר, כך שמספר רב יותר של ילדים מתוך 72,000 ילדי העיר יוכלו לשחק בהם). ייתכן אף שלבה – שמיהרה להציע הנחה גדולה על המחיר הקטלוגי, כאשר העירייה פנתה אליה בלא מכרז – תגיש הצעה זולה עוד יותר אם ייערך מכרז תחרותי, כך שגם אם הצעתה תיבחר כזוכה – ייהנו מכך גם העירייה וגם תושבי העיר. הנה כי כן דומה כי הספק בשאלה האם קיים כאן ספק יחיד לטובין מסוימים, חייב לפעול לטובת עריכת מכרז (ראו: ענין אריאל; ענין אור הייטק, בפסקה כ"ו). מובן שהליך מכרזי שכזה, לו ייערך, חייב לכלול קביעה מראש של אמות מידה ברורות לדירוג ההצעות (עיינו: ע"א 3744/94 אבן הבונים בע"מ נ' ארבל הנדסה וקבלנות (1984) בע"מ, פ"ד נ(5) 59 (1996)), ואסור, כמובן, שינוסח באופן שיבטיח כי רק ספק אחד הוא שיוכל לזכות במכרז.

עוד נעיר, כי ניסיון המשיבות להיאחז בכך שחמש עיריות אחרות (כרמיאל, רמת גן, פתח תקוה, נתניה וגבעתיים) הכריזו על מוצרי קומפן כ"ייחודיים" ועל לבה כ"ספק יחיד" של מוצרים אלה – איננו נראה ככזה היכול לבסס את הטענה המשפטית לפיה ניתן היה לערוך את ההתקשרות בפטור ממכרז, אלא רק מחזק לכאורה את החשש לשימוש נפוץ ובלתי הולם בפטור "ספק יחיד" כדי לעקוף את החובה לערוך מכרז פומבי כנדרש בחוק (ואיננו קובעים כאן מסמרות כלשהן בהקבלה, משעניינן של העיריות האחרות איננו בפנינו). קושי נוסף הוא שגם מוצרי קומפן, שהוגדרו על-ידי המשיבות כ"ייחודיים", הם רק חלק מכלל המתקנים שהוזמנו, ותמורתם (לשיטת לבה עצמה) אינה עולה על 57% מכלל התמורה. מכאן, שהעירייה צפויה לרכוש ללא מכרז בסכום של לפחות 600 אלף ש"ח (מתוך 1.4 מיליון ש"ח) מתקנים שכנראה אף לשיטת המשיבות יש רבים המייצרים אותם.

17. מן המקובץ עולה כי סיכויי המשיבות להוכיח שניתן היה לערוך את ההתקשרות ביניהן בפטור ממכרז, וכי ההתקשרות כפי שנערכה בפועל היתה תקינה מבחינה מנהלית – אינם נראים לכאורה כמבטיחים. למותר לציין כי אין בכל האמור כדי להקים חשד, ולו לכאורה, כי נציגי העיריה וחברי ועדת המכרזים פעלו כולם שלא בטוהר כוונות, שכן לא עורערה ההנחה כי רק טובתם של ילדי בני ברק ותושביה עמדו לנגד עיניהם (אף כי שגו לכאורה בהפעלת סמכותם ושיקול דעתם). כל האמור לעיל נועד רק כדי להצביע על הקשיים העומדים לכאורה בפני המשיבות בבואן להגן על כשרות ההליך.

שיהוי

18. המשיבות טוענות לשיהוי סובייקטיבי ולשיהוי אובייקטיבי כאחד. הן טוענות כי המבקשת ידעה עוד לפני החלטתה של ועדת המכרזים כי העיריה שוקלת להתקשר עם לבה. המשיבות מוסיפות וטוענות כי אף לאחר שלמדה המבקשת על החלטת ועדת המכרזים, לכל המאוחר – בתאריך 1.2.2010 (שכן אז התראיין מנכ"ל המבקשת בענין, באחד מאמצעי התקשורת) – היא הגישה את עתירתה רק בתאריך 28.2.2010. לבה טוענת כי עד שהוגשה העתירה היא כבר הזמינה את המתקנים מקומפן ושילמה עבורם, ובינתיים המתקנים הגיעו לישראל, ולבה אף התקשרה עם קבלן משנה, המספק שירותי התקנה.

19. לסברתי, אין בטענות האמורות כדי להפחית, לעת עתה, די מן ההצדקה למתן צו הביניים. כוחן של טענות הנסבות על התקופה שקדמה להחלטתה של ועדת המכרזים – מועט. אף טענות לשיהוי לאחר קבלת החלטתה של ועדת המכרזים הן מוקשות בנסיבות. ככלל, יהיה קושי לרשות מקומית המתקשרת עם ספק לאספקת טובין ללא מכרז לטעון כי עתירתו של ספק אחר, שגילה את דבר ההתקשרות לאחר זמן, הוגשה באיחור לאחר שהיא לא פירסמה את דבר ההתקשרות ומיהרה ליישם את ההתקשרות בפועל. אף "הספק היחיד" המיומר צריך להיות ער לכך שאם ההתקשרות נעשית בהסתר ומיושמת לאלתר, הוא נוטל על עצמו סיכון שכאשר ההתקשרות תיחשף, הוא יתקשה להתגונן בטענת שיהוי (השוו: ענין אליקים, בעמ' 167). טענת השיהוי היא מוקשית במיוחד כאן, כאשר לכאורה אין כל התקשרות פורמלית ומחייבת בין המשיבות (ראו: בג"ץ 296/66 אחים רויכמן (שומרון) בע"מ נ' המועצה המקומית בנימינה, פ"ד כ(4) 467 (1966)). כמו כן, יש קושי בטענת העיריה בדבר שיהוי, שעה שהיא התעלמה מפניות המבקשת תקופה ממושכת, וכאשר העתירה הוגשה מיד לאחר שמסרה למבקשת את המסמכים המהווים את הבסיס לעתירה (השוו: ענין אליקים הנ"ל).

20. הטענה היחידה שייתכן כי יימצא שיש לה משקל כלשהו, היא טענת לבה, כי המבקשת ידעה על ההתקשרות בפועל לכל המאוחר בתאריך 1.2.2010, אך מכתביה של המבקשת נשלחו לעירייה בלבד (ללא עותקים ללבה), ורק ב-28.2.2010 הוגשה העתירה (השוו: בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות נ' שר החקלאות, פ"ד טז(1) 20 (1962)). על מנת לקבל את טענות לבה בהקשר זה, על הערכאה הדיונית יהיה לקבל את הנתונים המדויקים בשאלה מתי בוצעה הזמנת לבה, ומה ידעה עובר לביצוע ההזמנה בענין טענות המבקשת. מתשובות המשיבות לא עולה בבירור – וייתכן שלא בכדי – מתי למעשה נערכה ההתקשרות (בעל-פה) בין המשיבות ומתי יושמה. אפשרות אחת היא כי התקשרות ותחילת הפעילות ליישומה מועדן הוא מיד עם קבלת אישור ועדת המכרזים. כך עולה מן העובדה שהצעתה השניה של לבה (שהוגדרה על-ידה כ"הזמנת המשיבה 1") היא מתאריך 28.1.2010, ומכך ששתי המשיבות הדגישו כי לאחר האישור של ועדת המכרזים ביקשה העירייה את הספקת המתקנים עד ליום 16.3.2010, עוד לפני חג הפסח. אם כך הוא הדבר, הרי שעסקינן במצב של התקשרות שנעשתה בסתר ויושמה לאלתר, ומאליו מובן כי טבעי שכל עתירה שתוגש בענין תהיה מאוחרת לתחילת ההתקשרות, כך שטענת השיהוי כנגדה – תלויה על בלימה. אפשרות שניה היא כי לבה לא נקטה בצעדים ליישום ההתקשרות אלא החל מתאריך 18.2.2010 (תאריך הנקוב בחשבונות שהציגה לבה להזמנת המוצרים ושירותי התקנה) – טענה עובדתית המחייבת בירור, נוכח דרישת העירייה להתקנתם המהירה של המתקנים, ואף שידוע כי לכל המאוחר בתאריך 28.2.2010 כבר היו המתקנים בישראל (סעיף 89 לתשובת לבה).

תנאי הכרחי נוסף לביסוס טענת השיהוי במקרה זה הוא הצהרה ברורה של לבה (במובחן מאמירה כללית למדי, בסעיף 46 לתשובתה), כי החלה ביישום ההתקשרות רק בתאריך 18.2.2010 (דרך מקרה ממש – יממה לאחר מכתב ההתראה השני של המבקשת), וכי עובר לאותו מועד לא ידעה כלל על כך שהמבקשת משיגה על ההתקשרות בפטור ממכרז, וזאת חרף הזיקה ההדוקה שבין המשיבות (המתבטאת, בין היתר, בכך שמיד עם החלטת ועדת המכרזים הוגשה הצעת לבה השניה והצדדים החלו ביישום ההתקשרות בלא כל הודעה רשמית וחווה בכתב). בירור הנתונים העובדתיים הדרושים להכרעה בשאלת השיהוי יוכל איפוא להיעשות בעת הדיון בעתירה העיקרית.

21. יצוין כי אפילו אם יוכיחו המשיבות שיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי כנגד המבקשת, הרי שייתכן ויימצא שמידת הפגיעה בשלטון החוק כאן היא משמעותית דיה, כדי לאיין את טענת השיהוי (ראו: ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כלכלית נ' החברה להגנת הטבע, בפיסקאות 96-98 (לא פורסם, 7.12.2006); ענין אליקים, בעמ' 167).

22. בבואנו לבחון את מאזן הנוחות, הרי שבמקרה דנן יש לשים לנגד עינינו גם את עניינם של ילדי העיר בני-ברק וכלל תושביה. אל מול הרצון לאפשר לילדי בני ברק ליהנות ממתקני משחק בעירם בהקדם האפשרי, עומדים היתרונות שבעריכת מכרז פומבי לאספקת מתקני משחק (בהנחה שמכרז זה לא יותווה באופן שרק ספק אחד יוכל להציע הצעות בו). על פני הדברים נראה כי עריכת מכרז פומבי היא שתאפשר השגת איזון מיטבי בין שיקולי עלות, תועלת ואיכות – לספק לילדי העיר את המספר הרב ביותר של מתקנים באיכות טובה אך במחיר סביר, ולחסוך בכספי ציבור.

23. באשר לעניינם הישיר של הצדדים: עסקינן במכרז להספקת משחקים ולהתקנתם. אם לא יינתן הצו, וההתקשרות בין המשיבות תושלם, אז גם אם העתירה תתקבל, יהיה קושי בהפקעת ה"זכיה" מלבה ויקהה הטעם בעריכת מכרז (השוו: בר"ם 9760/06 רחמני ששון (אפיק) 1991 בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבטחון (לא פורסם, 27.11.2006)). בניגוד לסברת בית המשפט הנכבד קמא, מסופקני אם במקרה כזה יהיה בידי המבקשת לעתור לפיצוי כספי משמעותי, שהרי אין היא דומה לאותו עותר שהפסיד במכרז שלא כדין ומבקש להכריז עליו כזוכה, אלא היא עותרת המבקש כי ייערך מכרז. היה ויתברר כי היה מקום לערוך מכרז פומבי, אך לא ניתן לעורכו עוד משלא ניתן צו-ביניים, תתקשה המבקשת להוכיח נזקים ברורים וודאיים, שיקנו לה פיצויים חיוביים, בהיעדר ראיה לכך שהיא היתה בהכרח זוכה במכרז ההיפותטי.

24. באשר למשיבות: העיריה איננה יכולה לטעון לפגיעה ממשית בה, אם יינתן צו-ביניים והעתירה תידחה, למעט עיכוב מסוים בהספקת המתקנים לילדי העיר. נראה כי לבה אף היא איננה יכולה לטעון לנזק משמעותי אם יינתן הצו והעתירה תידחה.

25. טענה יחידה שיש לדון בה עוד היא טענה של המשיבות, כי חלק מן המתקנים ש"הוזמנו" הותקנו בכמה מגני העיריה, לאחר ביטול הצו הארעי על-ידי בית המשפט קמא (לכאורה, למרות שהדבר דורש בירור – בפרק הזמן של ימים אחדים עד למתן הצו הארעי בבית משפט זה). העיריה מוסיפה כי המתקנים לא נבדקו על-ידי מכון התקנים, ואף שבנסיונות אלה הוצבו שלטים האוסרים על השימוש במתקנים, נעשה בהם שימוש בפועל. מן המסמכים שלפני עולה כי העיריה אף שקלה מיד לאחר הוצאת הצו הארעי לבקש מבית משפט זה להתיר למשיבות להזמין את בדיקת מכון התקנים לאותם

מתקנים שהותקנו לפני שניתן הצו, ולתקנם ככל שיהיה בכך צורך; אך בקשה כזו לא הוגשה לבסוף.

השאלה היא מה נפקותה המשפטית של התקנתם החלקית של המתקנים. מחד גיסא, אין טעם רב בעריכת מכרז להתקנת מתקנים, כאשר כאלו כבר הותקנו, והרי זה בדיוק נימוקה של המבקשת בבואה לשכנע בנחיצותו של צו-הביניים המבוקש. מאידך גיסא, מהלך זה של המשיבות נחזה על-פניו כניסיון ליצור "מעשה עשוי" (או עשוי למחצה). בנוסף יש לציין, כי המתקנים לא הותקנו בכל הגנים הנזכרים בהצעת לבה השניה, ואף באותם גנים שבהם פעלו המשיבות לביצוע ההתקשרות – לא ברור האם השלימו את ההתקנה. יתר על כן נראה כי המשיבות התייחסו לכאורה לפטור, שניתן להן בהחלטה הכללית והגורפת של ועדת המכרזים, כאל היתר להציב בכל גני המשחקים בבני-ברק את מתקניה של לבה, ללא הגבלה כלשהי. משמעות הדבר היא שבידי המשיבות יהיה להשלים את התקנת מתקני קומפן בכל אחד מגני העיר, ככל שיחליטו לעשות כן, ובכך לסכל כל אפשרות לערוך מכרז – גם אם ימצא בדיון בעתירה שיש מקום לעורכו.

סוף דבר

26. שקלול כל הנתונים האמורים מוביל לתוצאה הבאה: יש מקום להוצאת צו ביניים, כמבוקש. בעת הדיון בעתירה בפני הערכאה המבררת יציגו הצדדים את הנתונים הרלבנטיים לגבי מתקנים שכבר הוזמנו והותקנו, מועדי הזמנתם והתקנתם (לרבות בזיקה לצווים השיפוטיים שיצאו במכלול), והדירות המהלכים. ככל שיימצא כי יש לקבל את העתירה ולערוך מכרז פומבי, תוכל הערכאה המבררת להוציא מתחולת המכרז, או ההליך, גנים מסוימים, שבהם הושלמה התקנת המתקנים, אם תמצא כי צודק הדבר. בנוסף, ככל שהעיריה – האחראית על בטחונם של ילדי העיר – תגיע למסקנה כי בנסיבות הענין יש חובה לבצע פעולה כלשהי להבטחת שלום הילדים בגנים בהם הותקנו כבר מתקנים כאמור – פתוחה בפניה הדרך לפנות לערכאה הדיונית בענין (לאחר שבחרה להימנע מלעשות זאת בבית משפט זה), חרף צו הביניים.

27. ניתן בזאת איפוא צו ביניים, חלף הצו הארעי מתאריך 23.3.2010, האוסר על המשיבות (ולמען הסר ספק – לרבות מי מטעמן) לנקוט בכל פעולה למימוש ההתקשרות ביניהן, והאוסר על העיריה לקבל את המתקנים לידיה, עד להכרעה אחרת בעתירת המבקשת, בכפוף לאמור בסיפא לסעיף 26 שלעיל. הערבות, בה הותנה הצו הארעי, תעמוד בעינה כתנאי לעמידת צו הביניים בתוקפו.

28. המשיבות, כל אחת מהן, תשא בשכר טרחת עורכי דינה של המבקשת בסכום של 10,000 ש"ח.

ניתן היום, ז' סיון התש"ע (20.5.2010).

ש ו פ ט