



בבית המשפט העליון

רע"א 3888/15

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

המבקשת: אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ

נגד

- המשיבים:
1. ארד בע"מ
 2. מי שבע – תאגיד אזורי למים ולביוב בע"מ
 3. מ.ג.ע.ר בע"מ
 4. מד מים רימונים בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע בה"פ 31886-03-15 מיום 12.5.2015 שניתנה על-ידי השופט א' ואגו

בשם המבקשת: עו"ד צבי חוברס; עו"ד רעות זמיר-זינגר

בשם המשיבה 1: עו"ד רועי קובובסקי; עו"ד עדי לב

בשם המשיב 2: עו"ד יוגב מינס

פסק דין

1. לקראת סוף שנת 2014, פרסם המשיב 2, מי שבע – תאגיד אזורי למים ולביוב בע"מ (להלן: התאגיד), מכרז לטובת אספקה, התקנה, הקמה, תחזוקה, שירות ואחריות למערכת קריאה מרחוק של מדי מים, בערים באר שבע ואופקים (להלן: המכרז). המשיבה 1, ארד בע"מ (להלן: ארד), אשר תכננה להתחרות במכרז, רכשה את המסמכים הנחוצים, השתתפה במפגש הקבלנים, פנתה אל התאגיד בשאלות הבהרה, וככלל – הפגינה מעורבות אינטנסיבית למדי בהליך.

2. דא עקא, כחלק מתנאי הסף להתמודדות במכרז, נקבע כי שומה על מדי המים המוצעים במסגרתו למלא אחר 2 דרישות מצטברות: האחת – עמידה בתו-תקן מסויים, והשניה – קבלת אישור הלכתי. ארד, אשר הגיעה לכלל מסקנה כי אין באפשרותה

לספק מוצר העונה על שתי הדרישות הנ"ל גם יחד, הלינה לפני התאגיד כי צרופם של התנאים עולה כדי מכשול חריג ונפסד, המזיק לתחרות ופוגע בשוויון, באופן המצדיק את הסרתו, על אף שאיננו בלתי-עביר לחלוטין. התאגיד, מצדו, השיב את פניה ריקם ונותר איתן בדעתו, בהדגישו הן את מורכבות הפרויקט, הן את צרכיה היחודיים של אוכלוסיית היעד. בסופו של דבר אפוא, פְּכָּה ארד שלא להגיש הצעה למכרז מטעמה, משסברה כי זו נדונה ממילא לכישלון.

3. עם זאת, בהכירה את השוק, הכולל כמה 'שחקנים חוזרים', לנוכח הידע הרב המצוי ברשותה, הודות למכרזים קודמים, בהתחשב במאבקים המשפטיים הרבים שניהלו הצדדים בעבר, ובשים לב לעמדתה בדבר תנאי סף בלתי-ראויים, ציפתה ארד כי גם מתחרותיה תסוגנה מן המכרז, או למצער כי הצעותיהן תיפסלנה, בהיותן חסרות סיכוי ממשי. לפיכך, הופתעה ארד להתבשר כי המבקשת, אפקון בקרה ואוטומציה בע"מ (להלן: אפקון), הוכרזה כזוכה, והחל לקנן בה חשד, שמא זו צלחה את דרישות הסף במרמה, בהגישה הצעה תכסיסנית ומטעה. על רקע זה, פנתה ארד אל התאגיד בבקשה לעיין בשורה ארוכה של מסמכים, ובכלל זה בהצעה המנצחת, בפרוטוקולים שונים, בחוות דעת משפטיות ומקצועיות, בגיליונות הערכה והשוואה, בהחלטות ביניים, ועוד; הכל במגמה לאמת או להפריך את חששותיה, וכדי שתוכל להניח תשתית עובדתית לתקיפת חוקיות המכרז ותוצאותיו.

4. אפקון והתאגיד סרבו לדרישותיה של ארד, בטענה כי זכות העיון אינה מוקנית לה, עקב בחירתה שלא להתחרות במכרז. גישתם היתה ועודנה, כי ב'מסע דיג' גרידא עסקינן, שאין לו על מה שיסמוך במישור העובדתי, לא כל שכן בסיס שבדין. משכך, ובהעדר הסכמה, הובא הסכסוך לפתחו של בית המשפט המחוזי.

עיקרי החלטת בית המשפט המחוזי

5. בית המשפט המחוזי עמד על העקרון, שלפיו הכרעה בשאלת זכות העיון הריהי אגבית לסוגיית 'מעמדו' של העותר לממשה, ואף נגזרת ממנה. בנדון דידן, משלא הגישה ארד הצעה מטעמה, ברי כי אין לראותה כ'משתתף' במכרז, הנהנה באופן 'אוטומטי' מזכות עיון כללית ורחבה. מנגד, לאור מעורבותה הניכרת בהליך, גם לא יהא זה נכון לסווגה כ'עותר ציבורי' מובהק, זר וחיצוני למכרז, הרשאי לעיין בחומר, אם בכלל, במצבים נדירים בלבד. "עניינה של [ארד] קרוב לקטגוריה שלישית, מצב ביניים, שבו מצוי מי שלא השתתף במכרז, אך יש לו זיקה או אינטרס כלכלי בתוצאותיו... מקרה טיפוסי של הנמנה על קטגוריה זו, הוא 'מציע פוטנציאלי', שלא השתתף במכרז, משום שסבר שאינו עומד בתנאי סף, אולם, בדיעבד, חפץ הוא להצביע על כך, שגם הזוכה

לא עמד באותו תנאי... הפסיקה התלבטה בשאלת מעמדו של עותר מעין זה... הדילמה היא בין הרצון להרחיב את מעגל 'שומרי הסף', שפועלם יסייע בפיקוח על המכרזים ושמירת טוהר המידות והתקינות בניהולם, אל מול החשש מפני פגיעה ביעילות הליכי המכרז ובכדאיותם הכלכלית, בשל ריבוי התדיינות והתמשכות חוסר הוודאות של הצדדים הישירים למכרז והעמדתם בפני סיכון של ביטול תוצאותיו... המגמה הברורה בהלכה הפסוקה, היא להכיר בזכות העמידה, וממילא – בזכות העיון, למי שאינו נעדר זיקה למכרז, הגם שלא השתתף בו, ושיש לו אינטרס אישי, לרוב כלכלי, בתוצאותיו. כך... למשל, ביחס למי שהוגדר לעיל כ'מציע פוטנציאלי', שנמנע מהגשת הצעתו אך משום שגרס שזו אינה מצליחה לעמוד באחד מתנאי הסף, שאם לא כן, היה בהחלט משתתף ושואף לזכות בו".

6. **בנסיבות העניין, מצא בית המשפט המחוזי, כי "אף לפי גישה פרשנית מצמצמת", נמנית ארד על "אותה קבוצה של בעלי אינטרס ישיר ומשמעותי בתוצאות המכרז, וזיקתה אליו היא בעוצמה המצדיקה הכרה בזכות העיון הנטענת על ידה". כך, מלבד התאגידי, עורך המכרז, "כל בעלי הדין... הם 'שחקנים חוזרים', הנפגשים זה עם זה, חדשות לבקרים, הן במגרש התחרות על המכרזים המתפרסמים בשוק המצומצם והמתמחה שבו עסקינן, והן ב'מגרש המשפטי', שבמסגרתו... אין זה נדיר שבעקבות פרסום זכיית מי מהם, מבקש רעהו להשיג על התוצאה ולעתור לביטולה... גם במכרז הנוכחי, כמו בכל מכרז בדומה לו, חפצה [ארד] להשתתף וקיוותה לזכות בו, וככל שלא יסתיע הדבר – סביר, כפי שנעשה תדיר בעבר, [שהיתה] עותרת, ככל שנמצא פגם או פסול כלשהו בזכייה, לשנות את התוצאה או להביא לביטול המכרז... בתרחיש מעין זה, איש לא היה חולק על זכות העיון העומדת לה ועל מעמדה הלגיטימי... כעת, הגיעה [ארד] ליישורת האחרונה, אך נמנעה מהגשת הצעה... בהשקעה וביגיעה נוספים, אך לא קריטיים... יכלה [ארד] להגיש הצעה מטעמה, הגם שנדונה לפסילה ולכישלון, ובכך, ללא ספק, יכלה לרכוש כרטיס כניסה, שיאפשר לה עיון וזכות עמידה מובהקים... ניתן, אולי, לחלוק על התבונה שבשיקול הטקטי להימנע מההגשה, ולהיותו כמשקיף מהצד, אמנם מעוניין, חרד, ומעורב, אך לא כשחקן פעיל. ברם, איני סבור שבחירה זו יכולה להוות שיקול מכריע בשאלת ההכרה בזכות העיון, שלגביה נדרשת הכרעה בינארית: הכרה בזכות או שלילתה המוחלטת... הבחנה בין [ארד], שלא הגישה הצעה לבסוף, לבין [יתר המשתתפים], בנסיבות הספציפיות... תהא הבחנה 'טכנית' ושטחית... מכל היבט מהותי וענייני... וכפי לשונה ורוחה של ההלכה הפסוקה".**

7. **נוסף על כך, ציין בית המשפט המחוזי, כי ארד "פירוטה באורח נרחב, את הנימוקים להפתעתה מכך שאפקון הוכרזה כזוכה, ואת הבסיס לחששה שמא יש פגם או פסול בהכרזה על זכייתה. הדברים שעונים, בין היתר, על מה שאירע בהליכים משפטיים קודמים, במכרזים דומים. אין צורך להיכנס לפירוט העובדתי ולתיאור הטענות, שאין זה המקום לנתחם, ובוודאי לא לטעת בהם מסמרות. די בכך, שלא מדובר על רצון ל'מסע דיגי'**

סתמי וטורדני... אך כדי להכביד על יתר הצדדים ולסכל את קידום ביצוע עבודות המכרז. קיומו של טעם לכאורי סביר ולגיטימי, לרצון לעיין במסמכי המכרז ובהצעה הזוכה, מתווסף, כתנאי הכרחי לטעמי, להכרה העקרונית במעמדה של [ארד], מכוח היותה כמעין 'מציע פוטנציאלי' ובעל עניין ישיר בתוצאות המכרז".

8. על רקע זה, נעתר בית המשפט המחוזי לבקשת העיון של ארד, בכפוף למגבלות ולסייגים ה'רגילים' החלים בכגון דא, מכוח הדין הכללי ודיני המכרזים.

מכאן בקשת רשות הערעור שלפני.

עיקרי טענות הצדדים

9. לשיטת אפקון, שגה בית המשפט המחוזי בהרחיבו יתר על המידה את זכות העמידה, וכפועל יוצא מכך – את זכות העיון, של גורמים אשר בחרו מיוזמתם שלא להתמודד במכרז, אך חפצים בדיעבד לתוקפו. אף על-פי שהובעה בפסיקה נכונות עקרונית להכיר במעמדם של עותרים מעין אלו, הרי שמדובר ב'פתח צר' עד מאוד, השמור למצבים מיוחדים וחריגים; ארד לא באה בגדרם.

10. כך, למשל, גורסת אפקון, כי ארד איננה בעלת "זיקה או אינטרס כלכלי ישיר בתוצאותיו של המכרז", בשים לב למובנם של מונחים אלו על-פי הפסיקה, ובהתחשב בשוני המהותי בין נסיבות העניין דכאן, לבין נסיבותיהן של שתי הפרשות המרכזיות שבהן נקבעה והתפתחה ההלכה בנושא: האחת – התמקדה בעותרים בעלי זכויות קנייניות בנכס מושא המכרז; והשניה – נסבה סביב 'משפחת' מכרזים קשורים, מטעם אותו מזמין, ועותרות אשר זכו ב'נתחים' מסויימים מן הפרויקט, אך נמנעו מלהגיש הצעות ביחס לכמה מחלקיו האחרים. לגישת אפקון, לא ניתן להשליך מהתם להכא, ואין די ברווח שעשויה ארד להפיק מהכשלת מתחרותיה, או בעובדה כי בשוק מצומצם עסקינן, שבו פועלים 'שחקנים חוזרים' במכרזים דומים, כדי להצדיק זכות עמידה בהעדר השתתפות מלאה, או כדי להכשיר עיון שתכליתו השגת מידע עסקי ויתרון מסחרי בלתי-הוגן. מדיניות שכזו, מזהירה אפקון, תחבל ביציבות, תפגע בוודאות, תזיק ליעילות, וככלל – תפחית באופן ניכר את התועלת המצרפית הגלומה בשיטת המכרז. ברי אפוא, כי ההבחנה בין ארד לבין יתר

המתמודדות בפועל אינה 'טכנית ושטחית' כלל, אלא משמעותית וחשובה ביותר. כמו כן, מעורבותה החלקית של ארד בהליך הריהי דווקא בעוכריה, משבדקה את השטח, אך העדיפה שלא ליטול על עצמה סיכונים נוספים. גם אפשרותה הלכאורית להגיש הצעת סרק, בחוסר תום לב, במטרה לרכוש 'כרטיס כניסה' וזכות עיון, אינה צריכה לשחק לטובתה.

11. נוסף על כך, טוענת אפקון, כי משהודתה ארד בזמן אמת באפשרות לצלוח, ולו בדוחק, את תנאי הסף, אך נמנעה מלהגיש הצעה מטעמה עקב נחיתות מוצריה, פשיטא כי מעולם לא היתה "מציעה פוטנציאלית" 'ממש'. ממילא, אין ליחס את אי-השתתפותה במכרז לפגם כלשהו בהתנהלות התאגיד, שאז ניתן היה, אולי, להצדיק את זכות העמידה ורשות העיון שהוענקו לה. יתרה מזאת, אין יסוד לחששותיה של ארד בכל הנוגע לשינוי 'כללי המשחק' לאחר מעשה, ואין שחר לחשדותיה בדבר מחילה, בדיעבד, על אי-עמידה בדרישות הסף המצטברות שבמחלוקת. בהקשר זה, מטעימה אפקון, כי הציגה לפני בית המשפט המחוזי את מד-המים מושא הצעתה, הנושא הן הטבעה של תו-התקן המחייב, הן גושפנקא הלכתית כנדרש. לא זו אף זו, לפני משורת הדין חשפה אפקון את המבוא להצעתה, את אישורי התקינה וההלכה שצורפו לה, וכן מסמך נוסף המעיד על כך שמדובר באישורים אשר ניתנו לגבי אותו מד מים.

12. מכל מקום, לשיטת אפקון, הכרה בזכות העמידה איננה משמיעה, מיניה וביה, מתן זכות עיון, הגם שהשתיים כרוכות ושלוכות זו בזו. משכך, אפילו יוקנה לארד המעמד שבו חפצה, הרי שבנסיבות העניין ניצב לפנייה מכשול של מניעות, החוסם את גישתה למסמכים המבוקשים על-ידה. בין היתר, מושתקת ארד מלטעון נגד סבירות תנאי הסף ו'כשרות' ההצעה הזוכה, מיד לאחר שהתחרתה במכרז דומה, התמודדה מול הצעה זהה, ולא מחתה. כך או כך, שומה היה עליה לפנות לערכאות במהרה, בסמוך לאחר שהתאגיד מיאן לשעות לביקורתה, ובודאי שלא להשתהות כחודש-ימים מעת פרסום התוצאות ועד להגשת עתירתה.

13. התאגיד שותף לעמדתה של אפקון. לטענתו, לא עלה בידי ארד לשאת בנטל הרובץ לפתחה, ולשכנע כי אמנם קיימת הצדקה להרחבת זכויות העמידה והעיון בענייננו, מפאת נסיבות יוצאות דופן, המעלות חשש ממשי לפגיעה בשלטון החוק ובעקרונות היסוד של דיני המכרזים. זאת בפרט, בשים לב לראיות החותכות אשר הוצגו בבית המשפט המחוזי (ראו פסקה 11 לעיל), שבעטין נאלצה ארד 'לסגת' ממרבית האשמותיה, 'להגות' גרסה 'מתפתחת', להיתלות בספקות קלושים, ולנסות לַיַצֵר עילה משפטית 'יש מאין', מטעמים מסחריים גרידא.

14. התאגיד סבור, כי החלטתו של בית המשפט המחוזי סוטה באופן קיצוני מגישת הפסיקה, המתאפיינת, בכל הנוגע לעותרים מסוגה של ארד, בהססנות מובהקת ובזהירות רבה. מדיניות קפדנית שכזו אכן נדרשת, שהרי כבר כיום נגררים עורכי מכרזים, בעל כורחם, להתכתשויות תכופות בין מתמודדים בהליך, המנהלים מאבקים עסקיים באמתלאות שווא משפטיות, על חשבון תפקודה התקין של הרשות והציבור שאותו היא משרתת. ככל שתיוותר החלטתו של בית המשפט המחוזי על כנה, צפוי המצב אך להחמיר, שכן האפשרות להשקיף מן הצד, ולנבור על נקלה בהצעותיהם של מתחרים, תוביל בהכרח לריבוי התדיינויות, אגב בזבוז זמן ומשאבים.

15. מנגד, סומכת ארד את ידיה על החלטתו של בית המשפט המחוזי, בהדגישה כי הצביעה על טעם לכאורי סביר לעיון במסמכי המכרז. חשדותיה נעוצים, בעיקרם, בפגמים שנתגלו לגבי שני מכרזים מקבילים, אשר נערכו על-ידי תאגידי מים שונים, שעניינם זהה לנדון דידן, משתתפיהם אותם משתתפים המה, ותנאיהם (כמעט) חופפים. בהתחשב בדמיון הרב בין ההליכים, ולנוכח סמיכות הזמנים, גורסת ארד כי תחבולות כאלו ואחרות שננקטו שם, חבויות גם בהצעות שהוגשו במכרז הנוכחי.

16. על רקע זה, וחרף מקבץ הראיות שהוצג בבית המשפט המחוזי, לא נחה דעתה של ארד, והיא עודנה משוכנעת כי הצעתה הזוכה של אפקון אינה עומדת בתנאי הסף המצטברים שנקבעו למכרז. לטענתה, אין ב'שבר'י' המסמכים שהובאו

לפניה, באופן חסר ומגמתי, כדי להפיג את החשש שמא אישורי התקינה וההלכה ניתנו ביחס ל-2 מדי מים נפרדים, אשר אינם מקיימים, כשלעצמם, את צמד הדרישות גם יחד. האסמכתא היחידה בהקשר זה הריהי מאוחרת בזמן, ואפשר כי המוצר שנבדק ומונח ביסודה איננו זה הכלול בהצעה המקורית. הוא הדין לגבי מד המים שנחשף במהלך הדיון, שיתכן כי הושג רק לאחר מעשה. לא בכדי אפוא, מנהלים אפקון והתאגיד 'מלחמת חורמה' נגד בקשת העיון, המעידה על פחד של ממש מפני שקיפות וביקורת.

17. לשיטת ארד, זכותה לעיין במסמכי המכרז מעוגנת היטב בהלכה הפסוקה, ונובעת, בראש ובראשונה, מתוקף היותה מציעה פוטנציאלית. לעניין זה, מציינת ארד את פועלה מזה שנים בתחום מדי המים; את התמודדותה העקבית במכרזים כגון דא; את החלק הפעיל שנטלה בהליך דנא; את כוונתה הממשית להגיש הצעה; את העובדה כי שאר המתחרים ראו אותה כמשתתפת, אשר תזכה לעיין במסמכים ממילא; וכן את פרישתה אך בישורת האחרונה, מחמת תנאי-סף שנעשו כדיעבד פלסטר, בין אם בטעות, על דרך של עצימת עיניים, או בכוונה.

18. על סמך הנתונים הללו ועוד, סבורה ארד כי הוכיחה זיקה הדוקה למכרז, כמו גם עניין לגיטימי ואינטרס ישיר בתוצאותיו. מכאן, שאף רכשה זכות עמידה מובהקת, שתרוקן מתוכן בלא שיתלווה לה עיון. נוסף על כך, כופרת ארד בטענות המניעות והשיהוי המופנות כלפיה, יוצאת נגד הניסיון לשוות להחלטת בית המשפט המחוזי נופך של 'תקדימיות', מסתייגת בתוקף משלל 'תרחישי האימה', ומזכירה כי מסמכיה של אפקון לא סומנו כסודיים, ואף הועברו זה מכבר לעיונם של יתר המשתתפים.

דיון והכרעה

19. בהסכמת הצדדים, ומכוח סמכותי שלפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, החלטתי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. עם זאת, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות.

20. הלכה מושרשת היא, כי אין להתחשב בהצעה החורגת מתנאי המכרז. ככלל, שומה להורות על פסילתה, וממילא חל איסור להכתירה כזוכה (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג 107-118 (2013), להלן: ברק-ארז). הדברים אמורים ביתר שאת לעניין הקפדה על קיומם של תנאי סף, המשקפים מעין 'קו זינוק' אחיד להתמודדות כולה (ראו, למשל: ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נא(5) 643, 646-647 (1997); עע"ם 5085/12 רמט בע"מ נ' ועדת המכרזים של עיריית תל אביב-יפו, פ"ד נו(5) 941, 946-947 (2002)). משכך, 'הכשרת' הצעה בדיעבד, חרף אי-עמידתה בתנאי הסף נכון למועד הגשתה, אפילו 'רופאו' ליקוייה בהמשך הדרך, מהווה פגם היורד לשורשו של ההליך. יש בה כדי לגרוע מאמון הציבור בשיטת המכרזים, על שלל יתרונותיה. מחירה החברתי כבד, לרבות במישור היעילות, במבט ארוך-טווח. היא טומנת בחובה חוסר הוגנות ופגיעה בשוויון, הן כלפי משתתפים אשר התאמצו ודקדקו כמצוות הדין, הן כלפי מציעים פוטנציאליים, אשר הדירו רגליהם מן המכרז, בידעם כי אף את דרישותיו הבסיסיות ביותר לא יוכלו לצלוח, ולו בשל סד הזמנים שהגדירו עורכיו (ראו, למשל: בג"ץ 466/82 עוזר את רובננקו שותפות לביצוע עבודות בהנדסה אזרחית נ' עיריית רמת-גן, פ"ד לז(1) 696, 698-699 (1982); עע"ם 1811/09 אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב, פסקאות 16-17 (2010)). על דרך העקרון אפוא, ככל שקיימת אחיזה במציאות לטענה כגון דא, מן הראוי לה כי תישמע ותתברר לעומקה.

21. אכן, ל'שבלונה' משפטית זו מבקשת ארד 'לצקת' את גרסתה. לשיטתה, תנאי הסף המצטברים, שבגינם נמנעה מלהגיש הצעה, צריכים היו להכשיל גם את הצעת אפקון, אשר הוכרזה כזוכה. דא עקא, לא רק ל'סגולותיה' של טענה נודעת חשיבות, לא רק לתשתית המונחת ביסודה, אלא גם, בין היתר, לזהותו של החפץ להעלותה. האמנם רשאית ארד לתקוף את תוצאות המכרז? כלום יש לה זכות עמידה?

22. כפי שציין בית המשפט המחוזי, ארד עוסקת מזה שנים בתחום מדי המים, ונוהגת להתחרות לעתים תכופות במכרזים מן הסוג דנן. גם במכרז הנוכחי גילתה

עניין ממשי, ונטלה בו חלק פעיל. כוונתה להתמודד היתה ניכרת לכל. מן הראיות עולה, וממילא לא נטען אחרת, כי הסיבה הבלעדית שבעטיה ויתרה ארד על הגשת הצעה מטעמה, ב'רגע האמת', נעוצה בתנאי הסף המצטברים בדבר תו-תקן ואישור הלכתי, הניצבים כיום במוקד השגותיה נגד זכייתה של אפקון במכרז. בנסיבות אלה, סבורני כי גם תחת הגדרות 'נוקשות' ואמות מידה 'מחמירות', ארד היא מציעה פוטנציאלית 'קלאסית' (שמואל הרציג סעדים ביני מכרזים 262-264 (2014), להלן: הרציג).

23. שאלת מעמדו של מציע פוטנציאלי, אשר נמנע מלהתמודד במכרז אך מעוניין בדיעבד לתוקפו, טרם לובנה עד תום בפסיקתו של בית משפט זה. אף על-פי כן, המגמה ברורה. בפרשת מספנות ישראל נחלקו הדעות בנושא. השופט א' גולדברג הביע את עמדתו הנחרצת, המקובלת אז, שלפיה אין להתיר את הרסן, ויש להגביל את היקף מעגל העותרים למתחרי המכרז 'ממש':

“המדיניות המשפטית הראויה, לדעתי, היא שלא ליתן פתחון פה לכל מי שטוען לאחר מעשה כי יש לראותו כמשתתף פוטנציאלי, אף-על-פי שלא השתתף בפועל, כשלטענות כאלה אין שיעור, והן עלולות לערער על נקלה את יציבותו של הליך המכרז ואת תוצאותיו” (ע”א 6926/93 מספנות ישראל בע”מ נ’ חברת החשמל בע”מ, פ”ד מח(3) 806, 749 (1994)).

מנגד, סבר השופט מ’ חשין, כי יש לאמץ נקודת מבט 'ליברלית' יותר:

“בנסיבות מסוימות – ובתתנו דעתנו לשיקולים המושכים לצדדים – נכיר מעמד גם למי שלא השתתף כלל במכרז. כך, למשל, במקרה שבו נדרשים המציעים במכרז לצרף להצעתם ערבות בנקאית, וכולם פוגמים בתנאי זה... למרות זאת מחליטה הרשות להתעלם מהפגמים, ועוברת היא לשלב בדיקתן של ההצעות לגופן. בנסיבות כאלו או מעין אלו, לא אשלול הכרת מעמד ממי שלא נטל כלל חלק במכרז אף שיכול היה ליטול בו חלק (למשל: בטענה כי נבצר ממנו לגייס משאבים לקבלתה של ערבות בנקאית)” (שם, בעמוד 766).

24. דומה, כי גישה אחרונה זו היא שהחלה להכות שורשים. עמדה על כך השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש:

“מסקירת הפסיקה... עולה אפוא מגמת הרחבה של הביקורת השיפוטית, ונראה כי על-פי השקפתו של בית-משפט זה, לא נשללה מכול וכול גם האפשרות כי במקרה מתאים, ולא על דרך השיגרה, יוכל גם מי שלא השתתף במכרז לתקוף את הליכי המכרז ואת תוצאותיו” (ע”א 334/01 מדינת ישראל נ’ אבו שינדי, פ”ד נז(1) 891, 883 (2003)).

ברוח זו, הוסיף וציין הנשיא א’ ברק, כי:

“בית-משפט זה גם הכיר, בנסיבות מסוימות, באפשרות של משתתפים פוטנציאליים שלא השתתפו הלכה למעשה במכרז לתקוף אותו” (שם, בעמוד 898).

25. עוד קודם לכן, ביני לביני, ומאז, חלו תפניות והתפתחויות משמעותיות – רובן בכיוון ההרחבה – בכל יתר 'גזרותיה' של זכות העמידה ב'סביבת' דיני המכרזים. הדברים אמורים הן ביחס למתמודדים בפועל (ראו, למשל: ע”א 8416/99 אי.א.א.ם. אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע”מ נ’ מפעל הפיס, פ”ד נד(3) 425 (2000)), הן לגבי גורמים בעלי זיקה למכרז או אינטרס אישי בתוצאותיו, הגם שלא השתתפו בו וממילא נעדרו כוונה לעשות כן (ע”א 5035/98 משה”ב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע”מ נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נו(4) 11 (2002); וראו גם פרשת אבו שינדי). לא זו אף זו, כבר נקבע כי בנסיבות המתאימות, גם עותר ציבורי מובהק ימצא את דלתות בתי המשפט פתוחות לפניו (לסקירה מקיפה, עיינו: עומר דקל מכרזים כרך שני 350-359 (2006), להלן: דקל; ברק-אוז, 186-195; הרציג, 247-313).

26. לאחר שהפכתי והפכתי בנימוקי הצדדים מזה ומזה, ובשים לב למגמת הדין והמשפט, דומני כי אין מחלוקת של ממש, למצער במישור העקרוני, כי נכון להכיר

במעמדו של מציע פוטנציאלי לתקוף, בעילות מסוימות, את הליכי המכרז ואת תוצאותיו. כך, למשל, במצב ה'טיפוסי', שבו בחר פלוני מיוזמתו שלא להתחרות במכרז, עקב דרישת סף כזו או אחרת, אך קיים חשש כי לאמיתו של דבר זו אינה נאכפת, באופן השומט את הקרקע תחת החלטתו המקורית שלא להגיש הצעה. עם זאת, במישור המעשי, ובהתחשב באופיו המסחרי של הליך המכרז, יש טעם בגישה זהירה. ברי, כי לא יהא זה מן המידה לְבַכֵּר זכות עמידה גורפת, אשר עלולה לשמש כלי שרת פסול ולהיות מנוצלת לרעה, על-ידי יריבים עסקיים בעלי אינטרס כלכלי 'צר'. לעתים, לא תעלנה ההקפדה היתרה על טוהר ההליך, מחד גיסא, והשאיפה ליעילות, מאידך גיסא, בקנה אחד.

27. כשלעצמי, סבורני, כי על דרך הכלל, ניתן להימנע מפריצת הסכרים באמצעות עמידה על מיהות העותר, ובירור הסיבות שבגינן בחר שלא להתמודד במכרז. יש להשתכנע, ברמת ודאות מספקת, כי אמנם במציע פוטנציאלי עסקינן. בנדון דידן, אינני נדרש 'ללטש' את מכלול השיקולים הצריכים לסוגיה זו, משבאת לכלל מסקנה כי מדובר במשוכה שארד צלחה בנקל (ראו פסקה 22 לעיל). נוסף על כך, מן הדין לבדוק היטב את תשתיתה הלכאורית של העתירה ואת בסיסה העובדתי. שומה להיווכח כי זו אינה סתמית וטורדנית גרידא, וכי לא הרצון להכביד הוא הניצב לבדו ביסודה. בענייננו, חרף משקלן הניכר של הראיות אשר הובאו לפני בית המשפט המחוזי מטעם אפקון והתאגיד, לא ראיתי הצדקה להתערב בקביעתו, ונחה דעתי כי השגותיה של ארד אינן בגדר 'מסע דיג' בעלמא. גם בטענות השיהוי והמניעות המופנות כלפיה לא מצאתי ממש. מבלי לטעת מסמרות, אציין כי אילו היתה אחת מן המתחרות האחרות במכרז עותרת נגד זכייתה של אפקון, כשמחאה דומה לזו של ארד בפיה, עשוי היה להיות בדבר כדי להשפיע על מעמדה של האחרונה, בהיותה 'שומרת סף היצונית' בלבד. מכל מקום, אין בכוונתי, בהחלטתי זו, לנסות ולמצות את רשימת אמות המידה הרלבנטיות בכגון דא. כל עניין על-פי נסיבותיו יבחן, וההלכה עוד תפלס דרכה בסבך.

28. סיכומו של דבר: ארד היא מציעה פוטנציאלית, טענותיה ראויות להישמע, ולא נמצא לי טעם טוב, בנסיבות העניין, לשלול את מעמדה. משכך, ממילא אינני

נדרש לשאלה, האם די בזיקותיה האחרות למכרז, או באינטרס הכלכלי שיש לה בתוצאותיו, כדי להקנות לה זכות עמידה (ראו פסקה 25 לעיל).

29. אשר לזכות העיון, יפים דברי המלומד דקל בספרו:

“הכרה בזכות עמידה לתקופה את חוקיות המכרז לגורם שלא השתתף במכרז, מבלי שלזכות זו תתלווה זכות לעיין במסמכי המכרז, הינה חסרת משמעות מעשית ויש בה כדי לרוקן מתוכן את זכות העמידה. לפיכך, צריכה להתקיים התאמה בין היקף זכות העמידה... לבין היקף זכות העיון” (שם, בעמוד 226; וראו גם פרשת מספנות ישראל, בעמודים 792-797).

משלא נטען דבר בנושא היקף זכות העיון שניתנה, ויצא הקצף אך נגד עצם הענקתה, לא נותר לי אלא לאשרר את קיומה.

30. הערעור נדחה.

אפקון תישא בהוצאותיה של ארד בסך של 10,000 ש"ח.

ניתן היום, ו' באב התשע"ה (22.7.2015).

ש ו פ ט