



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

העותרת:

סופרבוס ושות'

ע"י עוה"ד גיורא אונגר, גלעד שיף ונעה פן היידמן

נגד

1. מדינת ישראל - משרד התחבורה

ע"י עו"ד עמיצור איתם

פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

2. קווים תחבורה ציבורית בע"מ

ע"י עוה"ד רות ברק ואמוץ וייס



פסק דין

מבוא

1. המשיבה מס' 1 (להלן: "המדינה" או "המשרד") פרסמה מכרז לקבלת רישיונות להפעלת קווי שירות בתחבורה הציבורית באוטובוסים באשכול חשמונאים – מכרז מס' 15/2011 (להלן: "המכרז"). העותרת (להלן: "סופרבוס") והמשיבה מס' 2 (להלן: "קווים") וכן גופים נוספים, המשיבות מס' 3-6, שלא התייצבו לדיון בעתירה, הגישו הצעות למכרז. הצעתה של קווים הוכרזה כהצעה הזוכה ומכאן עתירתה של סופרבוס כי בית המשפט יבטל את החלטת ועדת המכרזים ויקבע כי הצעתה של סופרבוס היא הזוכה. לחלופין מבוקש להורות על ביטול המכרז, וככל שלא תתקבל אחת משתי הבקשות האלה מבוקש להורות לוועדה למנות יועצים חדשים שלא דנו בהצעות וכי אותם יועצים חדשים ידונו מחדש בהצעות שהוגשו או למצער כי יתקיים דיון מחדש בלא להחליף את היועצים. בטרם הגשת העתירה פנתה סופרבוס אל המדינה בערעור על ההחלטה (נספח 15 לעתירה) ואולם זה נדחה (ההחלטה נספח 22 לעתירה).

2. המכרז נועד לבחירת מפעיל של תחבורה ציבורית באשכול חשמונאים וזאת לתקופה של שש שנים הניתנת להארכה לשתי תקופות נוספות של שלוש שנים. הצעת כל אחד מהמציעים נחלקה לשתי הצעות: כספית - שניתן לה משקל של 30 נקודות; ואיכותית - שניתן לה משקל של 70 נקודות.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

3. בדיקת ההצעה האיכותית חולקה למספר לא מבוטל של מרכיבים שלכל אחד מהם ניתן ציון ובהם: ניסיון העבר; אומדן לגידול מספר נוסעים; תכנית עסקית; הצעה תפעולית ומעמד הנהג.
4. ההצעה הכספית במכרז מבטאת את המחיר שאותו מבקש המפעיל עבור הפעלת האשכול בהתאם לרמת השירות שנקבעה במכרז ועלות זו כוללת את ההוצאות הישירות והעקיפות לרבות אוטובוסים, מימון, מיסים, אגרות רווח וכל הוצאה או תשלום הנדרש על ידי המציע בגין הפעלת האשכול (סעיפים 5.1-5.3 למכרז). המכרז קובע כי עלות ההפעלה השנתית לא תפחת מסכום של 195 מיליון ₪ וכן סכום שנקבע עבור כל אוטובוס נוסף. עוד נקבע במכרז כי ככל שתוצע הצעה נמוכה מסכום זה תחשב כאילו הועמדה מלכתחילה על 195 מיליון ₪ ותנוקד בהתאם. עניין נוסף שכלול בחלק הכספי של ההצעה הוא שכר היסוד שישולם לנהגי האוטובוסים.
5. כל אחד מהמציעים נדרש להגיש את הצעתו בשתי מעטפות נפרדות: מעטפה אחת שתכלול את כל מסמכי ההצעה והתכנית העסקית אך לא תכלול את ההצעה הכספית ואת ההצעה לשכר יסוד לשעת עבודה של נהג ומעטפה שניה שתכלול את ההצעה הכספית ואת ההצעה לשכר יסוד לשעת נהג. על ועדת המכרזים הוטל לפתוח תחילה את המעטפה הראשונה של כל מציע ולנקד את ההצעות מהבחינה האיכותית ולאחר מכן לפתוח את המעטפה השנייה של כל מציע ולהשלים את הניקוד ולקבוע מהי ההצעה הזוכה.
6. מסמכי המכרז התירו לוועדה לקבוע אמות מידה משניות נוספות ומפורטות יותר לרכיבי האיכות בכל עת - לפני פתיחת המעטפה הראשונה (סעיף 28.1).
7. בבסיס העתירה עומדת הבחירה בהצעתה של קווים כהצעה הזוכה, לאחר שזו נוקדה בניקוד של 91.72 (שבהמשך הופחת בעקבות ערעורה של סופרבוס ל- 91.47 נקודות) בעוד שהצעתה של סופרבוס נוקדה בציון של 90.26. אותו פער מזערי בין שתי ההצעות (1.21 נקודות) מביא לכך שדי בקבלת עמדתה של סופרבוס לצורך בעריכת תיקון מזערי כזה או אחר או לקיומו של פגם קל בהחלטה כדי להביא לשינוי זהות ההצעה הזוכה.
8. את טענותיה של סופרבוס ניתן למקד בשלושה עניינים מרכזיים:



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

א. קביעת אמות מידה משניות ומבחני עזר חדשים ונוספים באשר לפרמטרים במכרז – וזאת לאחר פתיחת המעטפות באופן שהטה את התוצאה באופן מובהק. בעניין זה מתמקדת סופרבוס בתוספת אמות המידה לקביעת תחזית הביקושים הצפויה וכן אם כי בצורה משנית לקביעת אמות מידה חדשות לשעות פעילות עמדות הטעינה לכרטיסים החכמים. בשני המקרים – הטענה היא כי הוועדה הוסיפה אמות מידה שאינן נכללות במכרז או בתשובות שנשלחו לשאלות ההבהרה ועשתה כן לאחר פתיחת המעטפות. עוד טוענת סופרבוס ביחס לאמות המידה שנוספו להערכת סבירות תחזית הביקושים כי אלה שגויות; עומדות בניגוד לכללים סטטיסטיים ברורים ובכל מקרה עקפו את ההכרח לפסול את הצעת קווים משום היותה נשענת על תחזית לעליית הביקוש שהיא בלתי סבירה.

ב. חשיפת ההצעה הכספית של קווים בפני יועצי הוועדה שעסקו ברכיבי האיכות של ההצעה – חשיפה זו, לטענת סופרבוס, נעשתה בניגוד לתנאי המכרז שקבעו כי דירוג האיכות יעשה לפני פתיחת מעטפות ההצעה הכספית וזאת במסגרת העיון בתכנית העסקית של קווים שממנה ניתן היה לדלות את הנתון של ההצעה הכספית.

ג. היות ההצעה של קווים הצעה תכניסנית, בלתי סבירה בחלקה ומפרה את עקרון השוויון – סופרבוס טוענת למספר מרכיבים שבהם הצעת קווים בהיבט האיכותי הייתה תכניסנית וכן היא טוענת כי הייתה פגיעה בעקרון השוויון של המכרז. בין היתר הטענות שמעלה סופרבוס הן כי התכנית התפעולית שהציגה קווים שגויה באופן בסיסי ולא ניתנת לביצוע; התכנית העסקית אינה ריאלית והנחות היסוד שלה שגויות; זמני הנסיעה שהציגה הם מופרכים ובלתי אפשריים; תחזית הביקושים שבה דמיונית. הסוג האחר של הטענות נוגע לדרך הגשת ההצעה על ידי קווים (שבאה לידי ביטוי בחריגה ממכסת העמודים שנקבעה לחלק מרכיבי ההצעה ובעקיפת ההוראות הצורניות לאופן הגשת ההצעה למכרז) באופן שפגע פגיעה ממשית בעקרון השוויון – העניק יתרון לקווים בשל הפירוט שנתנה וגרע מהציון שניתן לסופרבוס בשל כך שלא פירטה מספיק משום שמילאה אחר ההוראות.

9. עמדת המדינה היא כי יש לדחות את העתירה וכי לא נפל פגם בעבודת ועדת המכרזים ובהחלטתה. בבסיס עמדתה עומד העקרון כי בית המשפט אינו הופך לוועדת



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

מכרזים עליונה אלא אך בוחן את חוקיות פעילותה של הוועדה ומתערב בעבודתה במקרים שבהם עולה מתוך עבודת הוועדה חוסר סבירות מהותי וקיצוני ופגיעה בשוויון. בנסיבות אלה שבהן לדעת המדינה לא נפגע השוויון אין מקום להתערבות בהחלטת הוועדה. המדינה טוענת כי לא נקבעו אמות מידה חדשות אלא מלכתחילה נקבע כי הוועדה תעריך את סבירותם של מרכיבים שונים בהצעות. לצורך יישום שיקול הדעת המסור לה לקביעת הסבירות בחרה הוועדה לקבוע לעצמה קריטריונים ואין בכך כל פסול. קריטריונים אלה, כך עמדת המדינה, לא היו יכולים להיקבע מראש. המדינה אף חולקת על כך שנפלו הפגמים האחרים שנטענו. קווים מצטרפת לעמדה זו ומעלה טענות משלה מדוע צריכה הייתה ועדת המכרזים לפסול את הצעתה של סופרבוס. בין היתר היא טוענת כי הערבות הבנקאית שהעמידה סופרבוס פקעה; סופרבוס הסתייעה ביועצים שאסור היה לה להיעזר בהם ובכך הפרה את תנאי המכרז; ערוב בין תאגידיים שונים מקבוצת סופרבוס, היות הצעתה של סופרבוס תכסיסנית בפני עצמה וקיומם של הפגמים לכאורה שעליהם מלינה סופרבוס בהצעתה שלה.

10. לצד העתירה הוגשה בקשה למתן צו ביניים; לפי החלטת בית המשפט הוגשו תגובות לבקשה, כתבי תשובה ועיקרי טיעון מטעם הצדדים. הצדדים השלימו את טענותיהם בדיון שהתקיים ביום 19.11.12 בפני כב' השופט י' נועם והתיק נדחה לעיון ולמתן פסק דין. ביום 19.12.12 החליט כב' השופט נועם מנימוקים שפרט לפסול עצמו מלהמשיך ולדון בעתירה והדיון בה הועבר אלי. לאחר שהתאפשר לצדדים להשלים את טענותיהם והתקיים דיון נוסף ביום 2.1.13 הגיעה העת למתן פסק דין. נבחן תחילה את טענות סופרבוס באשר לכשלים שנפלו בהכרעת ועדת המכרזים לבחור בהצעתה של קווים. ככל שיימצא כי יש בהם כדי להביא לקבלת עמדתה בדבר פגמים שנפלו בהחלטה להעדיף את הצעת קווים יהיה מקום להידרש לטענות שמועלות באשר להצעתה של סופרבוס.

קביעת אמות המידה משניות לאחר פתיחת המעטפות א' - הגידול הצפוי בביקושים לתחבורה הציבורית

ההוראות הרלוונטיות של המכרז

11. כפי שאפרט להלן המדובר במכרז מורכב הכולל פרמטרים רבים להערכת איכות ההצעה ונוסחאות שונות לקביעת העמידה באותם פרמטרים. אחת ההוראות, שעומדת בבסיס טענותיה של סופרבוס, היא ההוראה הבאה:



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

"הוועדה תהיה רשאית לקבוע בכל עת לפני פתיחת מעטפה מס' 1, אמות מידה משניות הנוספות על האמור בסעיפים 28.4 – 28.8 ומפורטות יותר על פיהן יינתן הניקוד. יובהר כי הוועדה אינה מחויבת לקבוע אמות מידה משניות כאמור והיא רשאית להסתפק באמור בסעיפים אלו בלבד". (סעיף 28.1 למכרז).

12. הנושא הראשון שמועלה בעתירה עניינו אחד הפרמטרים להערכת האיכות והוא הפרמטר הקבוע בסעיף 28.7 לתנאי המכרז - "עמידה ביעדים כמותיים למספר נוסעים בקווי השירות באשכול". לפרמטר זה, שהצדדים כינו אותו 'אומדן הביקושים' אף שנכונה הערתו של בא כוח העותרת כי אין המדובר באומדן אלא בתחזית, יוחדו 8 נקודות וכל מציע התבקש להגיש טבלה המפרטת את שיעור הגידול במספר נסיעות הנוסע לו הוא מחויב ביחס למספר נסיעות הנוסע המשמש בסיס כאשר ההשוואה מתייחסת לנוסעים המשלמים את התשלום הבסיסי.

13. עוד הוטל על המציע לפרט את הדרכים, הכלים והאמצעים בהם ינקוט על מנת לעמוד ביעדי שיעור הגידול שאותם הוא מציג וכן את המתודולוגיה, אופן החישוב וההנחות שעל בסיסם קבע את שיעור הגידול במספר נסיעות הנוסע בתשלום בכל אחת מהשנים בטבלה. כל מציע נדרש להתייחס לשיעור הגידול בכל אחת מהשנים: השנה הקלנדרית הראשונה להפעלת קווי האשכול, השלישית והחמישית כאשר נקבעה נוסחה לקביעת הניקוד. המציע נדרש להשלים את שיעור הגידול בטבלה באופן הבא:

שם	מועד בדיקה	שיעור גידול באחוזים ביחס למספר הנוסעים בבסיס	ניקוד
Y 1	שנה קלנדרית מלאה ראשונה להפעלת קווי האשכול		3
Y 3	שנה קלנדרית שלישית להפעלת קווי האשכול		2.5
Y 5	שנה קלנדרית חמישית להפעלת קווי האשכול		2.5

מספר נסיעות הנוסע הבסיסי שנכתב הוא 16 מיליון בשנה קלנדרית (לא כולל חיילים ונוסעים חופשיים).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

14. הנוסחה שנקבעה לניקוד הייתה פונקציה של שיעור הגידול במספר הנוסעים על פי התחייבות המציע בהצעתו וסבירות ההנחות והמתודולוגיה שעל בסיסם קבע המציע את שיעור הגידול. עבור השנה הראשונה $Y1$ – נקבעה נוסחת החישוב הבאה: $3*(X1*G1)/20$ ובהתאמה הנוסחאות לשנים השלישית והחמישית כאשר $X1$ מבטא את שיעור הגידול ו- $G1$ מבטא את ניקוד סבירות המתודולוגיה וההנחות לשנה הראשונה ובהתאמה לשנים הבאות.

15. כפי שניתן לראות אחד הפרמטרים לקביעת הדירוג לכל אחת מהשנים (הראשונה, השלישית והחמישית) הוא ההערכה שניתנת לסבירות המתודולוגיה וההנחות שעומדות בבסיס האומדן לגידול בביקושים ($G5, G3, G1$). המכרז קובע שציון סבירות המתודולוגיה וההנחות ששימשו לקביעת שיעור הגידול יעשה בטווח שבין 0 ל- 5.

16. במסגרת ההבהרות שנכתבו לסעיף זה במכרז נכללו שתי הוראות הקובעות את האופן שבו יינתן הניקוד: האחת כי - **"הצעה לא סבירה לא תקבל ניקוד בגין סעיף זה, ולא תילקח בחשבון לצורך חישוב שיעור הגידול"**; השנייה כי - **"הצעה לא סבירה משמעותה הצעה בה $G_i \leq 1$ "**.

17. עוד נקבע במכרז כי מציע שלא יעמוד ביעדים הכמותיים בהתאם להצעתו כך ששיעור השינוי בפועל במספר הנוסעים יהיה נמוך משיעור השינוי בהצעה ישלם למדינה פיצוי מוסכם בהתאם לנוסחה שצוינה במכרז וכך גם יקבל פרס ככל ששיעור הגידול יהיה גבוה יותר.

18. המכרז עצמו אינו קובע הוראה ברורה כיצד תיקבע סבירות המתודולוגיה וההנחות שבבסיס אומדן הגידול בביקושים וכיצד יוענק הציון לרכיב ה- G_i שנע בין 0 ל- 5 ביחס לכל אחת מהשנים הנמדדות (הראשונה, השלישית והחמישית). שאלת הבהרה שנשאלה בנושא זה בטרם הגשת ההצעות הייתה:

"סעיפים 28.5.2 ; 28.7 תכנית תפעולית ; עמידה ביעדים כמותיים למספר נוסעים בקווי השירות באשכול: הסעיפים משתמשים במונח "סבירות" וקובעים כי המציע ינוקד גם לפי מונח זה בהקשרים הבאים: "סבירות זמני הנסיעה בקווי השירות..." ; "סבירות והתאמת נתוני התשומות המופיעים בטבלאות 1,2 בנספח י..." ; **" $G1$ ניקוד סבירות המתודולוגיה וההנחות**



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

ששימשו לקביעת שיעור הגידול והתאמתה להצעת הגידול במספר הנוסעים".
הועדה מתבקשת להבהיר ולפרט מהו מנגנון למתן הניקוד בגין "סבירות ההצעה".
(שאלה 52 בנספח 3 לעתירה – ההדגשה מכאן ולהבא אלא אם צוין אחרת שלי – א.ד.).

19. השאלה נענתה בתשובה הבאה:

"הסבירות הינה בהתאם להצעת המציע בהתייחס לנתונים והעובדות שציג כתמיכה בהצעתו ושיקול דעת של הוועדה בהתייחס לפרמטרים בהם השתמש המציע."

ההצעות ודירוגן על ידי ועדת המכרזים

20. המסמך הקובע את הניקוד שניתן בפרמטר זה (נספח 23 לעתירה) מפרט את ההצעות; את שיטות הבדיקה ואת הניקוד. בסעיף 1 למסמך נקבעו שיטות הבדיקה.

21. באשר לסבירות המתודולוגיה נערכו מספר פרמטרים להתייחסות ולבחינה האם הם נכללו במתודולוגיה המוצעת ובהם מקורות המידע (למ"ס, סקרים, רשויות מקומיות, מחקרים או ספרות עולמית) תוך שניתן ניקוד מלא לפניה ללמ"ס ולרשויות מקומיות; בחינת ההתייחסות לגידול הטבעי של האוכלוסייה בחלוקה לסוגי אוכלוסיות/סוג יישוב באשכול כולל התייחסות נפרדת למגזר החרדי והאם בוצע אומדן משוקלל לפי שימוש קיים או סקרים; נבחנה התייחסות למאפיינים סוציו-כלכליים של היישובים המרכזיים באשכול וכנגזר מכך שינויים ברמת המינוע והשפעתם על שינויים בנסועה; התייחסות לאמצעים שבכוונת החברה לנקוט לצורך עידוד השימוש בתחבורה ציבורית ומידת הסבירות של השפעתם והתייחסות לשינויים במאפייני רמת השירות או תחרות עם אמצעי תחבורה אחרים.

22. עניין אחר שנבדק הוא סבירות ההנחות הכלכליות והאחרות המועלות במתודולוגיה כגון שינויים ברמה סוציו כלכלית, התעוררות כלכלית והשפעתן על הרגלי הנסיעה, הנחות לגבי גורמים אחרים המשפיעים על השימוש בתחבורה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

23. העניין השלישי המופיע בפרק שיטת הבדיקה של הניקוד הוא **סבירות הנתון המספרי ביחס להנחות**. על כך נכתבו הדברים הבאים:

"1.3 **סבירות הנתון המספרי ביחס להנחות** - נבדקה סבירות הנתון המספרי ביחס להנחות, הן בהתייחס למתודולוגיה והן בהתייחס לממוצע בין ההצעות. כמו כן, נקבע כי **הצעה בלתי סבירה הינה הצעה גבוהה או נמוכה יותר מ- 2 סטיות תקן מהממוצע**, גם אם ניתן להצדיקה בהתאם למתודולוגיה שהוצעה."

24. מכאן נפנתה ועדת המשנה להגדיר את אופן חישוב הניקוד. היא קבעה כי מתוך כל ציון (Gi) שיכול להגיע עד 5 נקודות- מחצית מהמשקל (2.5 נקודות) תינתן לסבירות המתודולוגיה וההנחות ומחצית (2.5 נקודות) לסבירות הנתון המספרי ביחס להנחות.

25. כך, סבירות המתודולוגיה וההנחות תקבל ציון שבין 0 ל- 2.5 כאשר תופחת עד נקודה אחת על אלמנטים חסרים במתודולוגיה והפחתת עד 1.5 נקודות על הנחות לא סבירות. סבירות הנתון המספרי תקבל אף היא ציון שבין 0 ל- 2.5 נקודות והציון הסופי יהיה חיבור של ציון סבירות המתודולוגיה וההנחות עם ציון סבירות הנתון המספרי.

26. סופרבוס, קווים והמשתתפים האחרים במכרז הגישו הצעות תוך שהם מפרטים את דרך החישוב, המתודולוגיה ובסיס הנתונים (עמ' 87-80 להצעת סופרבוס; 437-444 למסמך העתירה הסרוק במערכת נט המשפט; עמ' 142-134 להצעת קווים, 704-712 למסמך הסרוק במערכת נט המשפט) בהתאם לכך נבחנו שתי ההצעות ביחד עם ההצעות האחרות.

27. תחזיתה הצעתה של סופרבוס לגידול בביקושים הייתה של גידול של 26% לשנה הראשונה; 43% לשנה השלישית ו- 62% לשנה החמישית. הערכת הוועדה את המתודולוגיה שהוצגה הייתה:

"המתודולוגיה שהוצגה – סבירה, יש התייחסות מלאה לפרמטרים העיקריים, שימוש טוב במקורות מידע, המודל שהוצג כולל פירוט מקיף של מאפיינים המשפיעים על שינוי במספר הנוסעים, כולל חלוקה לתת-אשכול ולסוג שירות. אין מקדמי השפעה, אך מצוינים כיווני השפעה (שלילי/חיובי)



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

ההנחות סבירות. הפחתת 0.25 נקודה בגין אי פירוט מקדמי השפעה/מידת השפעה למשתנים"

28. ציון סבירות המתודולוגיה שקיבלה סופרבוס בגין כל אחת מהשנים עמד על 2.25 והציון שהתקבל בגין סבירות הנתון המספרי כלל הפחתה של 0.5 עבור השנה הראשונה; 0.5 עבור השנייה השלישית ו- 0.75 עבור השנה החמישית. כתוצאה מכך ציון ה- G1 שמתייחס לשנה הראשונה היה 4.25; ה- G3 (לשנה השלישית) - 4.25 וה- G5 (לשנה החמישית) - 4.

29. הצעתה של קווים הייתה גידול של 46.4% לשנה הראשונה; 60% לשנה השלישית ו- 76% לשנה החמישית. הערכת הוועדה התפעולית את הצעת קווים בהקשר זה הייתה:

"שימוש במקורות מידע – ללא נתוני רשויות, הוצג מודל סביר ומפורט, הניתוחים הכמותיים התבססו על מספר רב של פרופילי נוסעים. האומדן לשינוי בנסיעות נוסע לנפש בעייתי לאור ההתבססות על אשכול ביתר עילית, השונה בהתנהגותו ובמאפייניו בפועל מאשכול מודיעין עילית. הנחה זו מביאה לתחזית נוסעים בלתי סבירה לשנה הראשונה. הפחתת 0.25 נקודה על אי שימוש בנתוני רשויות, 0.4 נקודה על אי סבירות בהנחה שדפוסי הנסיעה במודיעין עילית ישתווה לאלה של ביתר עילית, 0.35 נקודה על אי סבירות ההנחה של גידול במספר הנסיעות ביחס לגידול בהכנסה לנפש (לא תואם את הניסיון בענף). סה"כ הפחתה – 1.00

30. לפיכך, ציון סבירות המתודולוגיה היה 1.5 נקודות לכל השנים. הציון שניתן עבור סבירות הנתון המספרי הופחת ב- 2 נקודות לשנה הראשונה (כך שהועמד על 0.5 מתוך 2.5); 1.5 נקודות לשנה השלישית (הועמד על 1 מתוך 2.5) ו- 1.5 נקודות לשנה החמישית (1 מתוך 2.5). ציון ה- G1 שניתן עמד על 2 בשנה הראשונה; 2.5 בשנה השלישית ו- 2.5 בשנה החמישית (כל הציונים מתוך 5). במסגרת הסבר שניתן לציון (בעמ' 11 לנספח 23) הוסיפה הוועדה את הדברים הבאים:

"יצוין כי ההצעה אמנם נופלת בתחום הסבירות עפ"י הקריטריונים שנקבעו, אך לדעת חברי הוועדה מדובר בהצעה אגרסיבית מאד בפרט בשנה הראשונה ומכאן ההפחתה"



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

31. לאחר שנקבע נתון ה-G לכל אחת מהשנים הנבדקות – הוכנס נתון זה ביחד עם הנתונים האחרים לנוסחה ונקבע הניקוד הניתן לכל מציע באשר לחלק זה של המכרז (מתוך 8 נקודות):

המציע	ניקוד שנה 1	ניקוד שנה 3	ניקוד שנה 5	סה"כ
מקסימאלי	3	2.5	2.5	8
סופרבוס	1.43	1.52	1.64	4.59
קווים	1.2	1.25	1.25	3.70

32. לצד תהליך בדיקת והערכת ההצעות הוברר לאחר שנמסרו לצדדים המסמכים ששימשו בסיס לקבלת ההחלטות כי הוכן אומדן על ידי חברת עדליא המייעצת לוועדה בדבר התחזית לביקוש. באותו אומדן נקבע גידול של 13.7% בלבד לשנה הראשונה; 25.9% לשנה השלישית ו- 39.3% לשנה החמישית.

הטענות

33. בבסיס טענותיה של סופרבוס בנושא זה עומדת מה שהיא מגדירה כקביעת אמות מידה אחרות ונוספות לאלה שנזכרו במכרז לצורך הערכת סבירות ההצעות. הקביעה שעליה מלינה סופרבוס היא זו המופיעה בסעיף 1.3 לשיטת הבדיקה במסמך (נספח 23) שם נקבע כאמור כי "הצעה בלתי סבירה הינה הצעה גבוהה או נמוכה ביותר מ- 2 סטיות תקן מהממוצע, גם אם ניתן להצדיקה בהתאם למתודולוגיה שהוצעה". מבחן כזה סותר, לטענת סופרבוס, את מה שנקבע במכרז ובהבהרה משום שהוא קובע מבחן סטטיסטי יחסי המתייחס למכלול ההצעות בניגוד להבהרה שקבעה כי הבחינה תעשה בהתאם להצעה ולנתונים ולעובדות שיוצגו בה ביחס לכל מציע. עמדתה של סופרבוס היא כי קביעת אמת מידה כזו – שבוחנת את היחס בין הצעת המציע להצעות האחרות לצורך הקביעה אם הצעה היא בלתי סבירה יוצרת מבחן חדש שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות המכרז וההבהרה שניתנה.

34. סופרבוס טוענת כי הוועדה לא הייתה רשאית להוסיף אמות מידה, מבחני עזר או כללים נוספים לשקלול ההצעות אם אלה לא פורסמו מראש במסגרת מסמכי המכרז או



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

למצער אם הדבר לא נעשה בטרם פתיחת המעטפות. טווח הסבירויות שנבחר על ידי המדינה נראה כאילו "נתפר למידותיה של הצעת קווים" ונערך על ידי "מי שכבר ראה היטב, חודשים קודם לכן, כי הצעת קווים עומדת על פלוס 46.4...".

35. קביעת אמות המידה הנוספות עומדת, לטענת סופרבוס, בסתירה לתקנה 22 לתקנות חובת מכרזים, תשנ"ג – 1993 (להלן: "התקנות"), שלשיטתה חלות על המכרז, וכן להוראת סעיף 28.1 למכרז שצוטטו לעיל המאפשרות קביעת אמות מידה כאלה עד לפתיחת המעטפות. עוד מפנה סופרבוס לפסקי דין שונים המצביעים על כך כי קביעת כללי תחרות ברורים לפני מועד הגשת ההצעות ומניעת שינוי בדיעבד של כללי התחרות הן חלק מהעיקרון הבסיסי של דיני המכרזים – עקרון השוויון (עע"מ 5431/03 אופטינט ניהול משולב אימג'ינג בע"מ נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.7.04); עע"מ 8696/10 שערי ריבית נ' משרד האוצר, (פורסם בנבו, 6.9.11) (להלן: "שערי ריבית")). בהקשר זה טוענת סופרבוס כי הוראת תקנה 22 (ג') לתקנות שמתירה רק במקרים חריגים להימנע מלפרסם את השיעורים היחסיים של אמות המידה, מבחני המשנה ואופן השקלול, אינה מאפשרת את מה שעשתה המדינה במכרז וכן כי הוראה זו גוברת על ההוראה שבסעיף 28.1 למכרז שכן המדובר בדיון קוגנטי.

36. בעתירתה תוקפת סופרבוס את הדרך בה פעלו יועצי הוועדה כדי לעקוף את התנאי המחייב את שלילת הניקוד מקווים ברכיב זה של המכרז בשל היות ההצעה בלתי סבירה והיא מגדירה את הדרך שבה פעלה ועדת המכרזים, בקביעת המבחן הסטטיסטי של חריגה של שתי סטיות תקן מהממוצע כ- 'מופרכת ומניפולטיבית' ועומדת בסתירה לתנאי המכרז (סעיף 89 לעתירה).

37. לצד ההיבט המתייחס לדיני המכרזים טוענת סופרבוס כי המדובר בקביעה שגויה מבחינה סטטיסטית וכן כי ועדת המשנה פעלה באופן שגוי המעיד על חוסר הבנה ובורות במדע הסטטיסטיקה. בעניין זה מצרפת סופרבוס שתי חוות דעת: האחת של פרופ' צבי גילולה והשנייה של ד"ר מינה צמח (שתי חוות הדעת צורפו כנספח 24 לעתירה).

38. בחוות דעתו מתייחס פרופ' גילולה לשימוש שעשתה ועדת המכרזים באומדנים שהגישו המציעים השונים וטוען כי "אומדני הביקוש השנתיים לתחבורה שנבדקו על ידי הוועדה אינם יכולים להיחשב כאוכלוסיית כל האומדנים מסוגם אלא רק מדגם מתוך



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

אוכלוסייה זו". הוא מבהיר כי שש המציעות הן רק חלק מהמספר הפוטנציאלי של החברות או היועצים אשר יש להם באופן עקרוני ידע רלוונטי להצעת אומדני ביקוש. הוא מוסיף כי הוועדה שגתה שגיאיה משמעותית בשימוש שעשה במתחם הסבירות הנשען על ששה אומדני ביקוש וכי מתחם כזה אינו עונה על דרישות הבסיס של מבחן סטטיסטי בו ניתן לחשב הסתברות לטעויות היסק מסוג ראשון ושני. בנוסף אין מבנה של פעמון להתפלגות האומדנים ומדובר ב"שטחיות מתודולוגית של הוועדה בהענייה להגדיר את מתחם הסבירות מתוך התצפיות עצמן" ולא להשתמש בקריטריון אובייקטיבי שכנגדו יש להשוות את אומדני המציעות. הוא סבור כי הוועדה עשתה שימוש בכלי פסול שאינו ראוי לשימוש ככלי הכרעה ואשר הכרעה על פיו "עלולה ליצור הטיה דרמטית".

39. אף ד"ר צמח סבורה כי המבחן שבו השתמשה הוועדה לבדיקת הסבירות הוא מבחן שגוי שאסור להשתמש בו. שימוש במבחן סטטיסטי מתאים כאשר מספר התצפיות הוא גדול אך במקרה זה מספר התצפיות קטן וקיימת שונות גדולה בין ההצעות.

40. סופרבוס מוסיפה בהקשר זה כי המבחן שנקבע מוטה בין היתר בשל כך שהוא מאפשר להצעה בלתי סבירה בעליל להשפיע על תוצאות המבחן שבו אותה הצעה נבחנת בבחינת 'אדם המנסה להרים את עצמו בשערות ראשו' ולמצער צריך היה לבחון את סבירות ההצעה תוך עריכת הממוצע של שאר ההצעות. אם כך היה נעשה הייתה הצעת קווים נפסלת אפילו לפי מבחן שתי סטיות התקן.

41. לצד טענה זו המתייחסת למהות המבחן שהוסף לקביעת הסבירות טוענת סופרבוס באשר לתהליך קבלתו וזאת מבלי שהתקיים דיון בוועדה על אימוץ מבחן כזה או אחר. סופרבוס מפנה לכך כי הוועדה לא נתנה את דעתה בהיבט המשפטי ובהיבט המקצועי לשינוי אמות המידה. עיון בפרוטוקולים מעלה כי ועדת המשנה התפעולית כמו גם ועדת המכרזים לא דנו במבחן הראוי וסבירותו ואין פרוטוקול המתעד מדוע נבחרה אפשרות זו למעט הצגה של המתודולוגיה שנעשתה על ידי חברת הייעוץ. המסמך היחיד שבו נזכרת האפשרות של קביעת המבחן שנקבע לבסוף הוא ההחלטה (נספח 23 לעתירה) וגם שם לא מפורטים הנימוקים לכך. משזו דרך קבלת ההחלטה הרי שאין כלל דיון המתייחס לקושי במבחן שנבחר, תקפותו המקצועית וסבירות התוצאה שהוא מביא אליה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 12-09-46663 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

42. סופרבוס משיבה בעתירתה לטענות שנשמעו מפי המדינה בהחלטה בערעור שהגישה. היא מציינת כי ההנחה שמציעים יירתעו מלהציע הצעות שאינן סבירות נוכח הפיצוי המוסכם שקבוע במקרה כזה אינה תואמת את המציאות. ה'קנס' בו מדובר זניח בהתחשב במכלול ההכנסה שתניב הזכייה במכרז ולכן אין בפיצוי המוסכם כדי להוות משקל נגד.

43. טענה אחרת שסופרבוס מתייחסת אליה בעתירה היא כי לא ניתן היה לקבוע את הקריטריונים אלא לאחר פתיחת המעטפות ובהתאם להן. סופרבוס חולקת על עמדה זו. היא סבורה כי לא הייתה מגיעה לקבוע את הקריטריונים שנקבעו ובעיקר את הקריטריון לחוסר סבירות ההצעה מראש ותוהה אם "הרעיון הנפלא של שתי סטיות תקן מן הממוצע של כלל ההצעות ירד פתאום משמים?" (סעיף 112 לעתירה). לשיטתה לא היה דבר שמנע קביעה מוקדמת של כלל מהו אומדן בלתי סביר שמוביל לכך שההצעה לא תנוקד כלל. בהקשר זה נטען כי אין גם מקום לטענה שהיה על סופרבוס לתקוף את ההחלטה מראש – מקום בו הושארה הקביעה לשיקול דעתה של הוועדה שכן סופרבוס, כך הטענה, לא צריכה הייתה לצפות קביעת קריטריונים הסוטים מהאמור במכרז ובהבהרות. בעניין זה היא מפנה לעע"מ 1873/12 **אסוס חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב**, (פורסם בנבו, 6.8.12) (להלן: "אסוס").

44. היבט אחר שאליו מתייחסת סופרבוס בעתירתה הוא הטענה ולפיה אין ללמוד על חוסר סבירות הצעתה של קווים מתוך האומדן המוקדם שערכה הוועדה (שעמד על 13.7% - נספח 25 לעתירה). סופרבוס טוענת כי אין לקבל עמדה זו. הוועדה ידעה כל העת מהו האומדן שנערך על ידי יועציה והיה עליה להתבסס עליו בעת הערכת סבירות אומדן הביקושים של המציעים. בהקשר זה מעירה סופרבוס כי אין ללמוד מהפער בין הצעתה שלה לבין האומדן על חוסר סבירותה והיא מפנה בהקשר זה לתשבחות שקיבלה על סבירות הצעתה.

45. סופרבוס מעריכה בדיעבד, בהתבסס בין היתר על פרשנות שהיא נותנת לטיעוניה של קווים בתשובה ובדיון בעל פה כי מקור הטעות של קווים באומדן שהגישה הוא כי בחנה את הגידול לא ממדד הבסיס של 16 מיליון נסיעות אלא ממדד אחר שהוא נתוני 2009 ולכן הגיעה לתחזית ביקושים מופרכת ובלתי סבירה.

46. התוצאה הנובעת מביטול אמת המידה החדשה שהוספה היא כי יש לקבוע כי הצעת קווים אינה סבירה ולכן יש לתת לה ניקוד אפס ולהפחית מהניקוד הכולל שניתן לה 3.7



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

נקודות. לחלופין, אף אם יופחת לקווים הניקוד עבור השנה הראשונה – תשתנה התוצאה של המכרז.

47. עמדתה הבסיסית של המדינה היא כי מדובר בעניינים המצויים בשיקול דעתה של ועדת המכרזים ובהחלטות שהתקבלו על בסיס שיקולים ענייניים ועל סמך חוות דעת של יועצים ומומחים חיצוניים. המדינה טוענת כי התערבות בית המשפט בהחלטות מסוג זה משמעה חריגה קיצונית מההלכות הנוהגות בדיני מכרזים והמשפט המנהלי עד כדי ביטול ועדת המכרזים ופירוקה מסמכויותיה. ההערכה של סבירות אינה עניין טכני בינארי אלא הדבר מסור להערכות סובייקטיביות פרי הפעלת שיקול דעת ולכן מוקמת ועדה ואין מחליט יחיד. ועדת מכרזים, כך הטענה, יכולה להגיע למגוון רחב של תוצאות סבירות, במיוחד כאשר מדובר בניקוד פריטים זעירים במשקלם ובחשיבותם בראייה הכוללת של מורכבות המכרז.

48. המדינה מפנה לכך שאף הצעתה של סופרבוס כוללת אחוזי גידול דומים לאלה של קווים וכי סופרבוס הציעה הצעה במכרז אחר שנדונה בימים אלה שנוקבת באחוזי גידול דומים לאלה שהיא תוקפת כאן. עוד נטען שבמסגרת המכרז נקבעו נוסחאות ונקבע הניקוד בצורה מפורטת תוך הפניה לאותן נוסחאות. עם זאת, כפי שנקבע במכרז עצמו, נותר לבחון את סבירות ההצעה בטווח ציון של 0-5 וכי קביעה זו אמורה הייתה להיעשות לפי שיקול דעתה של הוועדה (כפי שהובהר למציעים במסגרת תשובות הבהרה שניתנו להם כמצוין לעיל). מכאן למדה המדינה כי עוד לפני פתיחת המעטפות הוברר למציעים כי קביעת אמות המידה לסבירות ההצעה בהיבט זה של הגידול בביקושים הינה במתחם שיקול הדעת של של הוועדה. באשר לאופן יישום שיקול הדעת המסור לוועדת המכרזים סבורה המדינה כי לא ניתן לקבוע לגביו קריטריונים מדויקים טרם פתיחת המעטפות אלא רק לאחר מכן כאשר נתוני הבסיס עומדים בפני הוועדה.

49. משכך פני הדברים, הוועדה גיבשה לעצמה מתווה לניקוד הסבירות וזאת על בסיס מבחן השוואתי והוצאת הצעות שהן בתחום העולה על שתי סטיות תקן מהממוצע מתוך מתחם הסבירות. עמדת המדינה היא כי אין פסול במבחן זה וזאת מכמה טעמים.

50. ראשית, הוברר למציעים כי מבחן המשנה יכול להיקבע רק לאחר פתיחת המעטפות ואף אחד מהם לא מחה על כך. המדינה סבורה כי בשל אי העלאת כל טענה כלפי אפשרות זו לא פתוחה בפני סופרבוס האפשרות לתקוף אותה לאחר שהתבררו התוצאות. בעניין זה מפנה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

המדינה לרע"א 9333/05 היולט פקיד (ישראל) בע"מ נ' מפעל הפיס, פורסם בנבו, 30.10.05, פסקה 7).

51. שנית – אין המדובר באמות מידה חדשות אלא בקביעת שיקולים לאופן ההפעלה של שיקול הדעת של הוועדה ביישום אמת המידה של סבירות וזאת במסגרת שיקול הדעת הכולל המסור לוועדת מכרזים. המדובר בקביעת משקולות פנימיים שהיא מותרת (המדינה מפנה לעת"מ 35281-11-10 מכללת אפיק השתלמויות נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 25.1.11) פסקאות 14-15); עת"מ 51671-02-11 מ.א.ה מנרב אלקטרוניקה הדרכה בע"מ נ' מדינת ישראל משרד האוצר (פורסם בנבו, 25.1.12) וכן פסקי דין נוספים. עמדת המדינה היא כי אין כל פגיעה בשוויון או חשש לפגיעה בטוהר המידות. המדינה מפנה לכך שנקבעו מבחני משנה דומים לאותו מבחן ברכיבים אחרים של ההצעה שמהם נהנתה דווקא סופרבוס.

52. בכל הנוגע לסבירותו של המבחן שנקבע מציינת המדינה כי אין ללמוד על כך שאינו נכון מחוות הדעת שצרפה סופרבוס והיא מפנה לכך שסטטיסטיקאי מומחה אישר את המבחן וסבירותו בזמן אמת וכן מצרפת חוות דעת נגדית מטעמה. חוות הדעת הנגדית, שנערכה על ידי די"ר יצחק דיין, מתייחסת לחוות הדעת של פרופ' גילולה ודי"ר צמח, ולדעתה הטעתה העותרת את עורכי חוות הדעת מטעמה. השאלות שהוצגו לאותם מומחים היו שגויות וכך גם התשובות שנובעות מהן. הוא מסביר את הדרך שבה נערכה הבדיקה ומפרט את הממוצע ואת סטיית התקן. עוד הוא מתאר כי אין אפשרות לנחש מראש את תוצאות הביקוש לשנה הראשונה ולכן כל ניסיון להניח הנחות לגבי הסדרה נועד לכישלון. כל אחד מהנתונים הגיע מחברת נסיעות המבינה בתחום התחבורה שהסתייעה בצוותי חשיבה המורכבים מסטטיסטיקאי, כלכלן ואיש חקר ביצועים ולכן אין לפסול מראש את אחת ההערכות. מאחורי כל מספר שהוצג עומדת ועדת מומחים וניתן להיעזר במודל שנעשה ולנסח קריטריון הוגן שאינו מבוסס על מודל הסתברותי. הוא מפנה בנוסף לשימושים שנעשים בסטיית תקן לקביעת קריטריון לקבלת החלטות שימושיות מאוד בתחומים שונים. להערכתו של די"ר דיין דרך החשיבה והגדרת הקריטריון שהוצע על ידי משרד התחבורה נאמנה לעקרונות הסטטיסטיים ושאלת הסבירות טופלה כהלכה הן בשימוש בפרמטרים הנכונים והן בהחלטת הבחירה של שתי סטיות תקן על ידי הסטטיסטיקאי של משרד התחבורה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

53. בנסיבות אלה – כך לעמדת המדינה - אין בית המשפט מתערב בעמדת הוועדה. בנוסף מפנה המדינה לכך שלפי תנאי המכרז מציע שלא יעמוד בהתחייבות לשיעור גידול צפוי לתשלום פיצוי מוסכם.

54. בנוסף לכך המדינה טוענת כי סופרבוס אינה מצביעה על מבחן אחר אשר כן נקבע במסמכי המכרז להערכת הסבירות ושלפיו יש לנקד את ההצעות ולכן משמעות קבלת עמדת סופרבוס היא ביטולו של המכרז.

55. בעיקרי הטיעון מוסיפה המדינה ומסבירה כי הוועדה בחנה את המתודולוגיות של המציעים שניתנו בתמיכה לתחזיות שהציעו. היא מצאה כי כל המתודולוגיות שנכתבו על ידי יועצים מומחים מהשורה הראשונה בתחום נתמכות בהצעות שהוגשו בצורה כזו או אחרת ולכן לא הייתה יכולה להפריך בכל מאת האחוזים את התימוכין ואת התחזיות. יחד עם זאת לאור השונות הגדולה בתחזיות בין המציעים שהוסברו בצורה המניחה את דעתה של הוועדה היא מצאה כי ההבדל ביניהן שונה במידת האגרסיביות שלהן. לפיכך הוועדה מצאה כי נכון לבחון את ההצעות לגופן מבחינה סטטיסטית. כתוצאה מכך הוועדה נתנה ניקוד לסבירות המתודולוגיה וניקוד לתחזית עצמה כאשר הניקוד הסופי לסבירות הינו שקלול שווה של הניקוד למתודולוגיה והניקוד לתחזית. ככל שעמדת סופרבוס הייתה מתקבלת הרי שציון הסבירות הסופי היה ניתן רק לפי סבירות המתודולוגיה וכך דווקא קווים הייתה מקבלת ציון גבוה יותר.

56. המדינה מתייחסת גם לטענה כי לא נערך דיון ראוי במתודולוגיה ובהערכת הסבירות והיא מפנה לכך שהתקיים ביום 6.6.12 דיון בוועדת המשנה התפעולית שבו הוצגו שתי מתודולוגיות לבדיקה וניגוד של ההצעות אך לא התקבלה החלטה סופית. אכן ביום 21.6.12 ניתנה החלטה ונקבע הקריטריון אך אין לקבל את הטענה שהדבר נעשה ללא שהתקיים דיון. המדינה מוסיפה כי קביעת המבחן נעשתה על ידי אנשי מחלקת התכנון והמחלקה הכלכלית שבדקו חלופות שונות; ובחרו בשיטה שנמצאה מתאימה מתוך ההצעות השונות על ידי היועץ הסטטיסטי וכי הדבר מסור לשיקול הדעת של ועדת המכרזים.

57. באשר לכך שלא נעשה שימוש באומדן פנימי של הוועדה טוענת המדינה כי אין המדובר באומדן. מחייב וכי המדינה לא התחייבה לעשות בו שימוש ולא פרסמה אותו.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

לשיטתה אין המדובר בכלל באומדן אלא בהערכה של התחזית הצפויה שאינה מבוססת על המחקר שנערך על ידי כל אחת מהמציעות.

58. קווים מצטרפת לעמדת המדינה וטוענת כי אין המדובר באמות מידה חדשות שנקבעו אלא ביישום אמות המידה הקיימות כפי שוועדת המכרזים הייתה חייבת לעשות כדי לנקד את ההצעות. ככל שהוועדה לא הייתה מפרטת את מבחני המשנה בהם השתמשה היה ניתן לתקוף את החלטתה בשל כך שניקדה את ההצעות ללא שיקול דעת וללא נימוקים. הוועדה קיבלה יעוץ מקצועי ובמסגרת מתחם שיקול הדעת שלה קבעה לעצמה את הכללים ליישום אמות המידה.

59. קווים מצביעה על כך כי למעשה אין הבדל משמעותי בין ההצעות אלא שהיא סברה כי בשל איכות השירות הגבוהה שהיא מספקת, ניסיונה ומומחיותה יהיה הגידול בשנה הראשונה בעוד שסופרבוס העריכה גידול באותו סדר גודל לשנה השלישית (43%). משרד התחבורה סבר כי התחזית של קווים לשנה הראשונה אגרסיבית ולכן דירג את הצעתה ב- 3.7 נקודות לכל השנים בעוד שסופרבוס זכתה לניקוד גבוה יותר. ניקוד זה לדעתה של קווים ניתן בהתאם להוראות המכרז. קביעת הקריטריון שנעשתה – הרעה את מצבה של קווים והעמידה אותה בסיכון ולא היטיבה אתה כפי שסופרבוס טוענת. קווים מפנה לכך שהגידול שהוערך נתמך בחוות דעת שהוצגו על ידי מומחים ויועצים וכי אין מדובר בהתאמה של נתון כדי לקבל את הציון הטוב ביותר.

60. מכל מקום קווים מסכימה עם סופרבוס כי המבחן הסטטיסטי שהוסף (הסטייה מהממוצע ביותר משתי סטיות התקן) הוא מבחן מיותר שלא תרם דבר ואף למעשה לא נעשה בו כל שימוש. עמדתה היא כי מאחר והמבחן לא שימש לפסילת איזו מההצעות וממילא לעריכתו לא ניתן כל משקל יש לחזור למתווה שקבע המכרז לקביעה מהי הערכה סבירה לגידול בביקושים. מבחן זה הוא ברור וחד משמעי – כי הציון שניתן למרכיב ה-Gi במסגרת דירוג ההצעות כפי שהוא מפורט בנספח 23 לעתירה – יהיה גדול מ- 1. משכך קבעה ועדת המכרזים על סמך הדירוג שערכה להצעות השונות הרי ששתיהן עומדות במבחן היותן הצעות סבירות ולכן יש לדרגן ואין לשלול מהצעת קווים את הניקוד. עמדתה של קווים היא כי השימוש במבחן הסטטיסטי שהיה מבחן עזר ממילא לא שינה דבר ולא ניתן לו כל משקל.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

61. בנוסף לטענה זו שבה קווים ומפנה לכך שלצד ההתחייבות לגידול מוטל על המציע קנס ככל שלא יעמוד בהתחייבותו. מכאן שאין המדובר באמזן אלא בהתחייבות לעמידה ביעדי גידול שתשלם פיצוי מוסכם לצדה.

62. מכל מקום ככל שסופרבוס סברה כי על הוועדה להגדיר מראש את אופן יישום אמות המידה לניקוד ברכיב זה היה עליה לעשות כן מראש ולא לאחר שהצעתה לא התקבלה. עוד מפנה קווים לכך שבדרך זו נהגה ועדת המכרזים גם באשר לרכיבים אחרים של הניקוד שבהם קיבלה סופרבוס את מלוא הניקוד ואילו קווים קיבלה ניקוד חלקי אך בעניין זה אין סופרבוס מוחה. כדוגמא מביאה קווים את הניקוד שניתן לאמת המידה של סבירות פריסת העמדות.

63. סופרבוס משיבה לטענות המדינה וקווים וסבורה כי אין בהן מענה לכשל שנפל בקביעת אמות מידה לאחר פתיחת המעטפות ולא לפני פתיחתן. לדעתה אין באסמכתא שמובאת ולפיה הובהר כי קביעת הסבירות תיעשה לפי שיקול דעת הוועדה ועל פי הצעת המציע כדי לאפשר לוועדה לקבוע אמות מידה משניות חדשות לאחר פתיחת ההצעות וזאת בניגוד להוראות המכרז. לשיטתה לא צריך היה להמציא מבחן חדש נוסף של שתי סטיות תקן ואם מבחן כזה היה נחוץ ניתן היה לקבוע אותו מראש. קביעה כי ההכרעה היא לפי שיקול דעתה של הוועדה אינה מאפשרת קביעת אמות מידה חדשות לאחר פתיחת מעטפות.

64. באשר לטענה האחרת שעניינה אי עריכתו של דיון ראוי מפנה שוב סופרבוס לכך שוועדת המשנה לא ערכה כל דיון בשאלה האם מותר לה לקבוע מבחן חדש לבחינת סבירות אומדן הביקושים, מהן ההצעות ומדוע לבחור בהצעה זו ולא באחרת. ההפניה של המדינה לפרוטוקול מיום 6.6.12 אינה מסייעת למדינה, לטענת סופרבוס, שכן כל שנכתב שם שהועלו שתי מתודולוגיות לבדיקה ולניקוד של ההצעות אך לא התקבלה הצעה סופית מבלי שמתואר כל דיון בכך. בדיון המאוחר יותר ביום 21.6.12 נקודת המוצא היא כי קיימת כבר החלטה על פעולה בדרך מסוימת ללא שנוכח כל תהליך שהביא לקבלת הצעה זו. עמדתה של סופרבוס היא כי בהיעדר תיעוד לדיון כזה ורישום מסודר של הנימוקים בפרוטוקול לא עומדת למדינה חזקת התקינות המנהלית ועליה הנטל להראות שפעלה כדין. סופרבוס סבורה כי נטל זה לא הורם.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

65. עוד מלינה סופרבוס על כך שוועדת המכרזים אף לא טרחה להשתמש בקריטריון שהיא עצמה הציבה והוא האומדן שערכה כמדד להשוואה – אומדן שהתבסס על נתוני אמת שהיו בפני חברי ומומחי הוועדה עת ערכה אותו במשך תקופה ארוכה. בדיון בעל פה הוסיף בא כוחה של סופרבוס וטען כי אין לקבל את הנימוק שנתנה המדינה לכך שלא עשתה שימוש באומדן והוא כי זה לא פורסם. לשיטתו המדובר בשגיאה משפטית ברורה. הוא מציין כי ככל שהמדינה הייתה משלבת את האומדן שלה בין ההצעות ועורכת את אותו מבחן סטטיסטי עצמו היה הדבר מביא לתוצאה אחרת.

דיון והכרעה

66. ההכרעה בחלק זה של העתירה עוסקת באופן שבו הפעילה ועדת המכרזים את שיקול הדעת הנתון לה בהערכת סבירות ההצעות באשר לתחזית הביקושים והאם כאשר ועדת המכרזים מבקשת להפעיל את שיקול הדעת הכללי שנמסר לה בהערכת ההצעות באחד מרכיבי המכרז פתוחה בפניה האפשרות לקבוע קריטריונים להפעלתו גם לאחר שהמעטפות נפתחו.

67. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים הגעתי לכלל מסקנה כי אין לקבל את טענות סופרבוס בעניין זה. נקודת המוצא לבחינת החלטתה של ועדת מכרזים היא כי:

"אין בית המשפט שם עצמו בנעליה של ועדת המכרזים ומחליף את שיקול-דעתו בשיקול-דעתה. תפקידו לבחון את החלטותיה על פי מידת עמידתן בעקרונות דיני המכרזים. 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..."

(עע"מ 3190/02 קל בנין בע"מ נ' החברה לטיפול בשפכים רמת לבנים בע"מ, פ"ד נח (1) 590, 598 (2004) (להלן: "קל בנין"); ר' גם עע"מ 3499/08 רון עבודות עפר ייזום ופיתוח מ.א. בע"מ נ' ועדת המכרזים, עיריית עפולה, פורסם בנבו, 18.1.09) פסקה 11 לפסק דינה של כב' השופטת אי חיות (להלן: "רון עבודות עפר").

68. לצד קביעה עקרונית זו מתחייבת התייחסות גם לאופיו המיוחד של המכרז ולתכליותיו:



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

"מתחם המותר והאסור ביישומם של כללי המכרז הספציפי נגזר במידה רבה מאופיו המיוחד של המכרז ומתכליותיו. לא הרי מכרז לקבלת הצעות בתחומים מוגדרים ופשוטים אשר כל פרטיו הטכניים ידועים, מגובשים וברורים מראש, כהרי מכרז העוסק בתחום טכני מיוחד, המחייב ידע ומומחיות מקצועיים ייחודיים, ומותיר תחום נרחב לתכנון פרטני עתידי.
(קל בנין, עמ' 598-599).

69. המכרז בו מדובר הוא רחב היקף, מורכב שההצעות בו נפרסו על פני מאות עמודים והצריכו שבעה סבבים של הבהרות וחודשים של בחינת ההצעות. מתבקש אפוא ריסון במידת ההתערבות השיפוטית בפגמים שנפלו, ככל שנפלו.

70. דומה כי אין מחלוקת על כך שאמות המידה לדירוג אמורות להיקבע במכרז עצמו ובוודאי שיש לעשות כן, ככל שנדרשות אמות מידה נוספות, לפני פתיחת המעטפות ולא אחריה תוך שנעשה פרסום של השיעורים היחסיים כפי שנקבעו מראש, מבחני המשנה ואופן השקלול. הכרח זה נובע הן מתקנה 22 לתקנות חובת מכרזים והן מהאמור בסעיף 28.1 למכרז ומתוך ההלכה הפסוקה (ר' **שערי ריבית**, פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל). הכלל הבסיסי הנובע מכללי השוויון והתחרות ההוגנת הוא כי "דרך כלל, מנוע בעל מכרז מלשנות את תנאי המכרז לאחר צאתו לדרך כדי להתאימו להצעת משתתף..." (קל בנין, עמ' 598).

71. עם זאת, זה אינו בהכרח המקרה שלפני. אמות המידה והקריטריונים נקבעו בתוך המכרז עצמו, שכולל פירוט רב של הניקוד, דרך חלוקתו בכל אחד מהפרמטרים וקביעת נוסחאות להערכת ההצעות. באשר לנתון שבמחלוקת – סבירות ההצעה לעליית הגידול בביקושים – הותרה לעצמה ועדת המכרזים - מלכתחילה בעת שפורסם המכרז ולאחר מכן בעת שניתנה ההבהרה - את שיקול הדעת לקבוע האם מדובר בהצעה שהערכת הגידול בביקוש בה איננה סבירה באופן שימנע מתן ניקוד להצעה ברכיב זה בכלל או לאותה שנה. מסמכי המכרז מבהירים כי הקביעה אם הצעה תהיה סבירה או לא – נעשית בהתבסס על נתון אחד בלבד והוא הציון שנותנת הוועדה למרכיב ה-Gi, כפי שהוגדר לעיל. מקום בו הציון הניתן לאותו מרכיב גדול מאחד עוברת ההצעה את סף אי הסבירות וניתן לנקד אותה.

72. סופרבוס למעשה אינה תוקפת את האופן שבו ניקדה ועדת המכרזים את ההצעות בכל הנוגע לקביעה כמה נקודות או חלקי נקודות יופחתו מכל אחת מההצעות ובשל מה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

עמדתה היא כי בשל חוסר הסבירות שיש בהצעת קווים היה צריך לפסול אותה ברכיב אומדן הביקושים עוד לפני הניקוד הפרטני לפי הפרמטרים השונים. לעניין זה מבקשת סופרבוס להסתמך על הסיכום המילולי של הערכת הוועדה את הצעת קווים בנספח 23 לעתירה כ"בלתי סבירה לשנה הראשונה" וטוענת כי לאור זאת היה על ועדת המכרזים לשלול ממנה את כל הניקוד לסעיף זה. עמדתה זו של סופרבוס עומדת בסתירה למסמכי המכרז. קביעת חוסר הסבירות לא נותרה מופשטת אלא הוגדרה באופן ברור. על ועדת המכרזים הוטל לנקד את רכיב ה-Gi לפי שיקול דעתה ורק אם בסופו של התהליך היה רכיב ה-Gi נמוך מאחד – אותה הצעה לא הייתה מקבלת כל ניקוד עבור הגידול בתחזית הביקושים לאותה שנה.

73. באשר לעצם קביעתם של כלים להבניית שיקול הדעת בדירוג ה-Gi - כפי שעשתה הוועדה בסעיפים 1.1, 1.2 ו-1.3 של נספח 23 לעתירה (במנותק מהמבחן הסטטיסטי) הרי שאין פסול בכך. הוועדה הייתה חייבת להפעיל את שיקול דעתה כדי, בשוויון ובהגינות ובמסגרת זו רצוי שתקבע לעצמה קווים מנחים להבניית שיקול דעתה. דרך זו כפי שפורטה בתיאור שיטת הבדיקה הפרטני מתחייבת כדי למנוע הערכה שרירותית כ"אורך רגלו של הצינסלור". מששיקול הדעת הושאר לוועדה איני רואה פסול בכך שהיא קבעה לעצמה קווים מנחים כפי שקבעה באותם סעיפים ואיני סבור כי נדרש פירוש כה נרחב שלהם מראש או כי העדרו מקים פגם כזה שיש בו כדי להביא לביטול ההחלטה. עמדה זו חלה הן על החלוקה של הניקוד כך שמחצית ניתנה עבור סבירות ההנחות והמתודולוגיה ומחצית עבור סבירות הנתון המספרי וחלה על הדירוג המפורט יותר לכל אחד מהמרכיבים. באשר לחלוקת הניקוד בני שני המרכיבים: סבירות המתודולוגיה וההערכה וסבירות הנתון המספרי - חלוקה זו, אף שיתכן וניתן היה להגדירה מראש, נעשתה תוך שמירה על השוויון בין המציעים וכחלק מתהליך הבניית שיקול הדעת. מכל מקום, דווקא המשקל הגדול שניתן לסבירות הנתון המספרי – מחצית מהניקוד – פגע בקווים וגרם להפחתת הניקוד שלה כך שביטולו של מבחן זה (שפונה לממוצע בין ההצעות השונות) היה משנה את התוצאה לטובת קווים.

74. מכאן שכלי העבודה של הוועדה בהערכת הסבירות של המתודולוגיה והנתון המספרי יושמו באופן שוויוני על כל ההצעות ואף אחת מהמציעות לא הייתה יכולה להתאים את הצעתה אליהם או להיערך מראש. ההנחה הנרמזת בעתירה כי המבחן שנבחר נתפר לפי מידותיה של הצעתה של קווים אינה נשענת על דבר ואין כל תשתית המבססת אותה, להבדיל ממצב שבו הייתה ועדת המכרזים משתמשת במכשיר כזה כדי לפסול דירוג עבור הצעה באופן שהיה מעורר חשש כי המבחן הותאם למטרה זו.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

75. טענה אחרת שנלמדת מטיעוניה של סופרבוס היא כי בהערכת סבירות הנתון המספרי ביחס להנחות – נעשה שימוש בממוצע שבין ההצעות שהוא נתון חיצוני לכל אחת מההצעות. בעניין זה נשענת סופרבוס על האמור בהבהרה ולפיה "הסבירות הינה בהתאם להצעת המציע בהתייחס לנתונים והעובדות שיציג כתמיכה להצעתו ובשיקול דעת של הוועדה בהתייחס לפרמטרים בהם השתמש המציע". איני סבור כי ניתן ללמוד ממה שנכתב על שלילה של שימוש במדדים השוואתיים שיבחנו את הסבירות בין היתר על רקע ההצעות האחרות. בעניין זה מקובלת עלי עמדת המדינה וקווים, וכן הדברים שכתב ד"ר דיין, כי המדובר בהצעות שניתנו אגב הכנה מדוקדקת שכללה הסתייגות באנשי מקצוע, מחקרים ואיסוף מידע ולא בזריקת מספר לחלל האוויר. השימוש בהצעות כמדד לקביעת הסבירות הוא אפשרי ואולי אף ראוי. עוד אציין כי דומה כי גם הפרשנות המילולית של האמור בהבהרה אינו שולל שימוש במדד השוואתי של ההצעות – הנכלל במסגרת המונח 'שיקול דעת הוועדה'.

76. כפי שטענו המדינה וקווים למעשה לא הייתה כל משמעות למבחן המיותר שהוסיפה ועדת המכרזים בסעיף 1.3 למבחן הניקוד – מבחן הסטייה ביותר משתי סטיות תקן מהממוצע – שכן ממילא לא שימש מבחן זה לפסילת מי מההצעות וזאת בהינתן כי לאחר בחינת ההצעות לפי המבחן הסטטיסטי נוקדו כל ההצעות ונקבע להן מרכיב ה-Gi – שהוא המבחן הקובע. הצעתה של קווים קיבלה ציון העולה על 1 במרכיב זה ולכן אין לראות אותה כהצעה בלתי סבירה. המסקנה הנובעת מכך היא כי המבחן הסטטיסטי (שדומה כי הכל מסכימים כי אינו נחוץ) היה לכל היותר כלי עזר נוסף לסינון הצעות שאינן סבירות אך מאחר במקרה זה לא שימש לצורך שלילת הניקוד למי מההצעות ספק אם הוא ראוי למעמד שניתן לו על ידי סופרבוס במסגרת עתירתה. שונים היו פני הדברים אם השימוש במבחן הסטטיסטי היה מוביל לפסילת איזו מההצעות. יתכן ואז עתירה לביטול החלטה הנשענת עליו הייתה מתקבלת.

77. סופרבוס אינה מציעה כל הצעה חלופית מעשית למעט ההישענות על המלל שנכתב על ידי הוועדה. איני סבור כי יש לייחס לדברים שנכתבו שם וכן בהערכת ההצעות על ידי חברת הייעוץ משקל כה מכריע הגובר על הניקוד שניתן. כפי שציינתי לעיל – מקום בו נוקד רכיב ה-Gi כך שהוא גדול מ-1 ממילא הדבר אינו רלוונטי עוד. זאת ועוד, עיון במלל שנכתב אינו תומך בהכרח במסקנה שסופרבוס מבקשת להגיע אליה. התיאור של הצעת קווים כהצעה בלתי סבירה אינו עולה מהדברים שנכתבו אלא כל שנכתב הוא כי המדובר בהצעה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

'אגרסיביות'. כך נכתב לגבי המודל כי הוא סביר ומפורט; באשר לאומדן השינוי בנסיעות נכתב כי הוא בעייתי משום שהוא נשען על אשכול ביתר עילית ואף שנכתב כי התחזית לשנה הראשונה היא בלתי סבירה אין משמעות הדבר כי ההצעה כולה אינה סבירה או כי חוסר הסבירות הוא במידה כזו המצדיקה שלילה של הניקוד.

78. סופרבוס טוענת כי לידיעה מראש של השימוש במבחן הסטטיסטי שנבחר הייתה חשיבות שכן אם היו המציעים מודעים לכך שהם יכולים להציע הצעה קיצונית ובלתי סבירה שתזכה את הצעתם בניקוד גבוה מבלי שיישלל מהם בשל כך ניקוד בשל חוסר הסבירות שבה היו נוהגים כמו קווים. מבלי לגרוע מעמדתי כפי שתוארה לעיל שלמבחן הסטטיסטי אין למעשה כל משמעות, דומה כי דווקא חוסר הידיעה מהו המבחן ומהן ההצעות האחרות מנעו תכסיסנות מצד מי מהמציעים. כל אחת מהמציעות העריכה את אומדן הביקושים שלה על בסיס מחקר שנערך על ידי מומחים מטעמה וחוות דעת מקצועית שקיבלה. משמעות קבלת עמדתה של סופרבוס היא שאם הייתה יודעת על קיומו של מבחן כזה הייתה מתאימה את תוצאות המחקר שערכה אליו – ודומה כי אין לקבל טענה מסוג זה, ככל שהייתה נטענת.

79. אחת הטענות שהועלו הייתה כי היה על הוועדה לעשות שימוש באומדן של חברת עדליא, ככל שייתן לכנות אותו אומדן. בעניין זה איני מקבל את טענת סופרבוס כי המדינה חייבת לעשות זאת. אף שקיים אומדן – אין המדובר באומדן מהסוג המקובל אלא בהערכה מוקדמת שלא הוברר מהי התשתית המדעית שעליה נשענת אותה הערכה ומה ערכה. אף אם אניח שהוועדה רשאית לעשות בו שימוש איני סבור כי החלטתה להימנע מכך היא כזו שבית המשפט יתערב בה. אמנם אחד הנימוקים שניתנו היה ההנחה כי הדבר לא ניתן בשל כך שקיום אומדן לא פורסם ויתכן ונימוק זה אינו יכול להצדיק החלטה זו, אך אין זה הנימוק היחידי ועמדת המדינה כי איננה מוצאת את האומדן ככזה שהיה נכון להסתמך עליו או לכלול אותו במסגרת הנתונים שנבדקים אינה בלתי סבירה. ועדת המכרזים בחרה לתת משקל להצעות השונות כמדד להשוואה משום שהניחה, כמתחייב, כי מדובר בהצעות המבוססות על מידע, מחקר ונתונים שנאספו על ידי גורמים מקצועיים שסייעו למציעים השונים בהכנת הצעותיהם. כפועל יוצא מכך ההימנעות מלהיזקק לאומדן שאינו בהכרח נשען על מידע ומחקרים כאלה. לא למותר לציין כי השוואת האומדן להצעות שתי המציעות בכל השנים אינה בהכרח מובילה לתוצאה המקווה על ידי סופרבוס. כך, בשנה הראשונה עומד אומדן אותה חברה על 13.7% שעה שהצעתה של סופרבוס היא לגידול כפול בתחזית



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

הביקושים – ההנחה שגידול זה הוא בתוך מתחם הסבירות אף שהוא כפול מהאומדן אינה נראית ברורה מאליה.

80. כך גם אין ממש בניסיונה של סופרבוס למצוא את הגורם לתחזית הגבוהה של קווים ב"טעות" שטענה תוך שימוש במדד השוואתי של שנת 2009 במקום למדד ההשוואתי שנקבע במכרז. בעניין זה ההסבר שנתנה עורכת הדין ר' ברק, באת כוחה של קווים, מקובל עלי (כפי שעולה מלוח 5 להצעה התפעולית של קווים (עמ' 142)).

81. סופרבוס התמקדה בעתירתה בחלק הראשון של בדיקת ההצעות והוא הקביעה האם מדובר בהצעה סבירה או בהצעה שאיננה סבירה ולכך התייחסתי לעיל. באשר לחלוקת הציונים שנעשתה להצעות השונות, כפי שפרטתי לעיל, הרי שמצאתי כי גם בה אין מקום להתערבות. השיקולים שפורטו לעיל יפים גם להפחתת הניקוד מכל אחת מההצעות בשל כשל כזה או אחר במתודולוגיה ובדרך ההערכה או הפחתה הנובעת לסבירות הערך המספרי וסופרבוס אף אינה תוקפת למעשה את אותה הפחתה שהביאה להורדת ציון לכל המציעים.

82. משכך פני הדברים ונוכח ציון ה-Gi שניתן הרי שלא נפל כל פגם בהחלטת הוועדה. ככל שנפל פגם, אין המדובר בפגם מהותי הפוגע בעקרון השוויון וממילא אין בכך כדי להביא לבטלות החלטת הוועדה או להצדיק התערבות בה.

ב' - ניקוד שעות הפעילות של עמדות הטעינה לכרטיסים החכמים

83. זו הטענה השנייה שנטענת במישור של שימוש באמות מידה מאוחרות לפתיחת המעטפות. על פי סעיף 28.5.1 למכרז נקבע כי יינתן משקל של 7 נקודות לתכנית למתן שירותי הנפקה, שירות וטעינה של כרטיסים חכמים לציבור הנוסעים בתחבורה הציבורית. חלוקת הניקוד נקבעה באופן שבו לאחד המרכיבים - שעות הפעילות של עמדות הטעינה - יינתן משקל של 2 נקודות כאשר **שעות פעילות רחבות יותר יזכו בניקוד גבוה יותר**. בהבהרה שניתנה למכרז בתשובה לשאלה 154 נכתבו בהקשר זה וכן בהקשר לפרמטרים האחרים הדברים הבאים:

"ניקוד רב יותר יינתן לפריסה רחבה יותר, זמינות ונגישות לנוסע, **עמדות פעילות למשך שעות השירות וכדומה**".
(נספח 3 לעתירה).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

84. הצעתה של סופרבוס הייתה לשעות פעילות של הנפקה, שירות וטעינה של כרטיסים למשך 24 שעות בעוד שקווים הציעה 19 שעות פעילות. הציון שניתן לסופרבוס הוא הניקוד המלא – 2 נקודות; הציון שניתן לקווים הוא 1.75 (בתחילה סברה המדינה כי הצעת קווים היא 20 אך בעקבות טענת סופרבוס היא קיבלה את עמדתה והפחיתה את הציון שניתן לקווים).

85. קביעת האופן שבו יינתן הניקוד ברכיב זה מוזכרת בסיכום ישיבה מיום 16.4.12 ונקבע המפתח לניקוד בין 6 שעות לבין 20 שעות ומעלה (נספח 27 לעתירה, סעיף 1.3). בפרוטוקול ועדת המשנה התפעולית מיום 14.6.12 (נספח 29) התקבלה עמדה זו. אין חולק כי מועדים אלה מאוחרים למועד פתיחת מעטפות ההצעה וסופרבוס חולקת על קביעה זו מאותם טעמים – שהמדובר בקביעה מאוחרת לאחר פתיחת המעטפות ולשיטתה היה צריך לערוך הבחנה בניקוד בין מציע שהציע פעילות מלאה של 24 שעות לבין מציע שהציע פעילות חלקית וכך לדרג בין ההצעות. בהקשר זה טוענת סופרבוס כי "מי שהחליט כי יינתן ניקוד מקסימאלי למי שהציע 20 שעות דווקא, קיבל החלטה זו לאחר שראה כי קווים הציעה 20 שעות, ואילו סופרבוס הציעה 24 שעות." (סעיף 165 לעתירה). אף כי סופרבוס מבהירה כי אין בכך שהדבר נעשה כדי ללמד על כוונה להטות את התוצאות אך די באפשרות הזאת כדי להמחיש עד כמה הדבר חמור.

86. בעתירה משיבה סופרבוס לטענות שנטענו כלפיה בעניין זה ומסבירה כי לא הייתה כל מניעה לקבוע את הקריטריונים לדירוג לפני מועד פתיחת המעטפות ולא לאחריהן. באשר לאמור בתשובה לשאלה 154 טוענת סופרבוס כי גם שם לא הייתה הבהרה מהן שעות השירות והדבר לא הוגדר ואין בסיס לקביעה כי מדובר ב- 20 שעות דווקא. עוד חולקת סופרבוס גם על ההנחה העובדתית שאין משמעות לפתיחת עמדות הטעינה משך 24 שעות שכן קווים רבים פועלים עד לשעה 02:00 וממילא נוסעים עוזבים את התחנות מאוחר עוד יותר. בחלק מהמקומות פעילים קווים המיועדים להסעת בני נוער בשעות הקטנות למקומות בילוי.

87. סופרבוס מבקשת אפוא לקבוע כי יש להפחית את הציון שקיבלה קווים מ- 2 נקודות (ולמעשה מ- 1.75 נק') ל- 1.58 נקודות.

88. המדינה מפנה לכך שבמענה לשאלה 154 בקובץ הבהרות מס' 4 נכתב כי עמדות הטעינה צריכות להיות פעילות למשך שעות השירות ולכן אין משמעות לכך שסופרבוס הציעה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

עמדות פעילות משך 24 שעות ביממה שעה שהשירות ממילא מסתיים ברוב הקווים בשעה 24:00 ורק במיעוט הקווים בשעה 02:00. מטעם זה לא מצאה הועדה להעדיף הצעה שמציעה 24 שעות פעילות על פני הצעה שמציעה 20 שעות והקביעה של דרך זו לניקוד היא סבירה.

89. עמדתה של קווים היא כי גם כאן ככל שסופרבוס חשבה כי הניקוד המקסימלי יינתן רק למי שמפעיל את העמדות למשך 24 שעות היה עליה לפנות לוועדת המכרזים בעניין זה בשלב מוקדם יותר. אמות המידה שנקבעו הן סבירות וכך גם ההנחה שאין צורך בהפעלת העמדות 24 שעות ביממה ואין מקום למתן ניקוד עדיף בשל כך. הימנעות ועדת המכרזים מלנקד שירות מיותר בגין נתינתו בשעות לא אפקטיביות עומדת בקנה אחד עם מטרת המכרז.

90. במחלוקת זו מקובלת עלי עמדתן של המדינה ושל קווים. עיון בהבהרה שניתנה מעלה כי זו הבהירה שהפעילות הנבחנת היא למשך שעות השירות ומכאן שזה הקריטריון הקובע. הוועדה לא ציינה כי המבחן הוא המספר המקסימאלי של שעות היממה וכי הניקוד המקסימאלי יינתן רק למציעים שהציעו שירות למשך 24 שעות אלא הבהירה כי תבחן את ההצעות על בסיס מבחן אחר והוא שהפעילות תהיה למשך שעות השירות. הנחת ועדת המכרזים כי שעות השירות אינן נפרשות על פני כל היממה אלא רק על 20 שעות וכפועל יוצא מהנחה זו הקביעה כי הניקוד המקסימאלי יינתן למציעים שהציעו 20 שעות ומעלה היא סבירה ומתבקשת מאליה. גם בפן זה של המכרז אין ממש בטענה כי נקבעו אמות מידה חדשות לאחר סגירת המעטפות אלא נעשה יישום סביר והגיוני של אמת המידה שנקבעה על בסיס ההצעות ובאופן שוויוני וזאת גם אם לכאורה היה ניתן לקבוע את דרך הניקוד מראש. עוד אציין כי טענת המדינה שכל שיש תכסיסנות במכרז ניתן ללמוד על תכסיסנות מצד העותרת במתן הצעה לשירות של 24 שעות שעה שספק אם שירות כזה נחוץ אינה נראית קלוטה מן האוויר.

חשיפת הצעתה הכספית של קווים בשלב בחינת האיכות

91. זו למעשה הטענה המשמעותית השנייה של סופרבוס בתקיפתה את זכיית קווים במכרז. כפי שעולה מסעיף 25.1 למכרז מדובר במכרז דו שלבי שדרש כי ההצעות תוגשנה בשתי מעטפות: מעטפה מס' 1 תכלול את כל המסמכים לרבות התכנית העסקית ולמעט ההצעה הכספית וההצעה לשכר יסוד לנהג; מעטפה מס' 2 תכלול את ההצעה הכספית ואת



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

ההצעה לשכר יסוד. סדר פתיחת המעטפות שנקבע הוא כי מעטפה מס' 1 תיפתח ותנוקד תחילה ורק לאחר סיום הניקוד של המעטפה הזו ביחס לכל המציעים ייפתחו המעטפות שמתייחסות להיבט הכספי. אין חולק כי ככלל סדר זה של הגשת הצעות בשתי מעטפות נועד למנוע מצב שבו תושפע הערכת האיכות מההצעה הכספית.

92. לצד קביעה זו במכרז – נדרשו המציעים במסגרת ההצעה המתייחסת לאיכות להגיש תכנית עסקית שתשקף את ההכנסות וההוצאות. כפי שניתן להניח מתוך נתונים אלה בתכנית העסקית ניתן ללמוד על ההצעה הכספית. על רקע הקושי האמור והחשש מכך שבמתן המידע בתכנית העסקית יופר העיקרון שהנחה את עורכי המכרז ליצור הפרדה בין ההצעה האיכותית לכספית הופנתה לוועדת המכרזים השאלה הבאה:

"בהתאם למסמכי המכרז יש להגיש במעטפה מס' 1 את כל מסמכי ההצעה כולל התוכנית העסקית למעט ההצעה הכספית וההצעה לשכר יסוד. נבקש להפנות תשומת ליבכם כי מקריאת התוכנית העסקית ניתן יהיה למצוא את גובה ההצעה הכספית והדבר מיתר את הפרדת המעטפות. לחילופין ניתן להגיש את התוכנית העסקית במעטפה מס' 2 ביחד עם ההצעה הכספית."

המענה שניתן היה: "אין שינוי במסמכי המכרז" (נספח ג' לתגובת קווים).

93. לפיכך כללה קווים במסגרת התכנית העסקית שלה גם נתונים שכוללים את עלות ההפעלה השנתית, שבמקרה של קווים הייתה זהה להצעתה; מרכיב הרווח שנדרש על ידה, מנגנוני עדכון המחיר שכללה בהצעה הכספית וזאת במסגרת התכנית העסקית שהוגשה ביחד עם ההצעה שהתייחסה למרכיבי האיכות.

94. לעומת קווים סופרבוס כתבה בשורת הרווח הנדרש בדו"ח הכספי "0" ולא חשפה את הצעתה הכספית. הוועדה הפנתה לסופרבוס שאלה בקשר לכך בנוסח הבא:

"בדוח המסכם בתכנית העסקית, לא ציינתם את הרווח הנדרש על ידכם בגין הפעלת האשכול. נבקש את התייחסותכם לכך."

95. סופרבוס השיבה לכך את התשובה הבאה:

"בשורת הרווח הנדרש לא רשמנו סכום כלשהו שכן איננו דורשים כל רווח נוסף מעבר לזה הגלום במנגנוני העדכון הקבועים במכרז (עדכון עלות ההפעלה הקבוע בסעיף 51.1 לתנאי המכרז)..."



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

96. בכל הנוגע לכך החליטה הוועדה להפחית 0.5 נקודה מהצעת סופרבוס של אי הצגה נכונה של הדו"ח בנימוק ש"תשובת המציע מאששת את הנחת ועדת המשנה, כי המציע לא התעלם מרכיב הרווח ומקורו בעודף הנובע ממנגנוני ההתחשבנות הקבועים במכרז בגין תוספת השירות" (נספח 32 לעתירה).

97. סופרבוס טוענת כי יש לבטל את הפחתת מחצית הנקודה שנעשתה שכן היא פעלה בהתאם לתנאי המכרז ובמקביל להפחית ניקוד מהצעת קווים בשל כך שהיא הפרה ובמכוון, לדעת סופרבוס, את תנאי המכרז ואת תכלית ההליך הדו שלבי וגרמה לחשיפת ההצעה הכספית שלה. סופרבוס סבורה כי בשל כך שאנשי הצוות הבודק והמנקד ידעו את ההצעה הכספית של קווים כבר בעת הליך הבדיקה של ההיבטים האיכותיים אך לא ידעו את הצעת סופרבוס נגרמה מראש הטיה של ההליך לטובת קווים ולכן די בכך כדי לחייב בדיקה מחדש ובאופן הוגן ועל בסיס שוויוני של שתי ההצעות.

98. בהתייחס לתשובות ועדת המכרזים לטענות אלה מוסיפה סופרבוס וטוענת כי אין לקבל מצב שבו הכוונה מראש הייתה להביא לחשיפת הרווח מההצעות וזאת בניגוד גמור למבנה המכרז שיצר הפרדה בין המבחן האיכותי למבחן הכספי. בנוסף היא חולקת על הטענה כי סופרבוס לא תקפה את הוראות המכרז בהקשר זה ואת ההבהרה שניתנה בטרם נפתחו המעטפות והיא מפנה לפסק הדין שניתן בפרשת **אסום** שקבע כי לא ניתן לפרש הוראות במכרז באופן המתיר לוועדת המכרזים לחתור תחת הוראות המכרז ולצפות מהמשתתפים להתנגד לכך.

99. עניין אחר שעולה מתוך העתירה הוא עמדת המדינה כי חברי ועדת המשנה הכלכלית שבדקו את ההצעות הכספיות לא היו חברים בוועדת המשנה התפעולית ולכן גם אם ההצעה של קווים נחשפה בשלב ניקוד הצעות האיכות המנקדים לא נחשפו להצעה זו. סופרבוס טוענת כי ניסיון החיים והשכל הישר מלמדים כי ההצעות נחשפות לעיניים רבות והסיכוי שתשארנה חסויות הוא נמוך. עוד מפנה סופרבוס לפרוטוקול של ועדת המשנה התפעולית מיום 16.4.12 מהם נלמדת זיקה בין הוועדות השונות והשתתפות של חלק מחברי הוועדה הכספית בעת פתיחת המעטפות בשלב הראשון.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

100. המדינה משיבה לטענות אלה ומציינת כי במסגרת ההבהרות שניתנו לפני הגשת ההצעות היא הבהירה כיצד על המציעים להציג את דו"חות הרווח וההפסד ואת עלות ההצעה השנתית תוך ציון מרכיב הרווח בהצעתם. סופרבוס נמנעה מלעשות כן למרות שנדרשה לכך במפורש ולכן הופחת לה ניקוד מסוים. מכל מקום המדינה טוענת כי האופן שבו נמסרות על ידי המציעים השונים הצעות הכוללות תכנית עסקית שאולי ניתן יהיה לדלות ממנה את ההצעה הכספית בטרם זו נפתחת היה ידוע לסופרבוס וככל שרצתה לעתור כנגד תנאי זה היה עליה לעשות כן מוקדם מותר.

101. שנית טוענת המדינה כי חברי הצוות שבחן את התכנית העסקית לא בחנו את התכנית התפעולית ומדובר בשני צוותים שונים שלא עבר ביניהם מידע. בהקשר זה מסבירה המדינה כי גם אם היה עירוב בין הצוותים במועד פתיחת המעטפות באותו שלב לא נעשה הניקוד ובאותו מועד ההצעות לא נבדקו לגופן אלא רק המסמכים המשפטיים. הצוות הכלכלי שמוזכר בפרוטוקול הוועדה אינו ועדת המשנה הכלכלית שבדקה את התכנית העסקית אלא הכוונה למר רן שדמי שהוא איש הצוות הכלכלי במנהלת התחבורה הציבורית במשרד. מכל מקום עמדת המדינה היא כי תכנית עסקית איננה הצעה כספית ואף אם ניתן לדלות מהתכנית העסקית את ההצעה או להסיק מהי אין וודאות מלאה כי הסכום בהצעה זהה לסכום בתכנית העסקית כפי שהתברר בדיעבד לגבי שאר ההצעות במכרז (אף אם לגבי הצעת קווים הייתה זהות).

102. שלישית – טענת המדינה – היא כי נשוא המחיר במכרז היה זניח. המשקל שניתן לו היה 30% והמשקל המרכזי ניתן לאיכות. בכל מקרה המדינה מפנה לכך שהצעתה של סופרבוס לא נחשפה ולכן לא ניתן היה ל"הסתנוור" מהצעת קווים ולהניח שהצעת סופרבוס יקרה יותר. המדינה מוסיפה כי אף שבמועד פתיחת המעטפות היה לכאורה עירוב בין הצוותים ההצעות נוקדות בישיבה אחרת לאחר בדיקת שלמות ההצעה מבחינת משפטיות. במכרז מסוג זה, טוענת המדינה, שבו למרכיב המחיר משמעות מוגבלת, אין מתקיים חשש הסנוור הנטען שלפיו חברי ועדת המכרזים יכולים להסתנוור מההצעה הזולה של אחד המציעים בעת שהם בודקים את האיכות.

103. קווים מצטרפת לעמדת המדינה ומוסיפה. היא מפנה לכך שבמסגרת ההצעה נדרשו כל המציעים להגיש טבלה המסכמת את ההכנסות וההוצאות הצפויות להם בהתאם לפורמט



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

של דו"ח רווח והפסד חזוי לרבות התייחסות להכנסות, להוצאות, לרווח הנדרש ולעלות ההפעלה השנתית (נספח לב' לתגובת קווים לבקשה לצו ביניים).

104. אין לקבל, כך טענת קווים, את ניסיונה של סופרבוס לטעון כי מדובר בצעד פסול שעה שהוא נובע ממסמכי המכרז תוך שהיא מפנה להלכות המונעות ממשתתף במכרז לטעון כנגד מסמכי המכרז לאחר שהשתתף בו הציע את הצעתו (ע"א 4683/97 **ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא (5) 643, 646; בג"צ 126/82 **טיולי הגליל בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לו (4) 44, 47-48).

105. בטיעון שהתקיים בעל פה טענה סופרבוס בנוסף לטענותיה בכתב כי לא הוגש על ידי המדינה תצהיר השולל את האפשרות לזליגת מידע בין הצוותים השונים במיוחד כאשר מדובר בצוותים שיושבים בחדרים סמוכים באותה חברה מנהלת והפרוטוקולים מראים על ערוב בין שניהם.

106. גם בעניין זה דין העתירה להידחות. למשרד הופנתה שאלת הבהרה באשר לכך שפורמט זה יביא לחשיפת מחיר ההצעה הכספית במסגרת התכנית העסקית. למרות זאת לא נעשה שינוי בתנאי המכרז ואף אחד מהמציעים לא תקף את ההחלטה להותיר את המצב כפי שהוא. השאלה שנשאלה הייתה ברורה והעמידה את המשרד ואת המציעים מפני הסיכון שבמסגרת ההתייחסות לעלויות בתכנית העסקית תיחשף ההצעה הכספית. אפשרות זו ניתנה למציעים כולם באופן שוויוני.

107. מכאן שאין המדובר במצב שבו קווים לבדה חשפה במכוון ועל פי בחירתה היא את הצעתה הכספית כפי שטוענת סופרבוס אלא בפעולה שנעשתה לפי הנחיית ועדת המכרזים ותוך ידיעה מראש כי הדבר אפשרי. ככל שניתן היה לדעת מהי הצעתה הכספית של קווים בשלב הראשון הדבר נעשה בידיעה כי כך ייתכן וזאת בעת פרסום המכרז וההבהרות. הימנעות סופרבוס מלתקוף את הקביעות האלה טרם הגשת ההצעות איננה מאפשרת לה לתקוף אותן עתה. עמדה עקרונית זו שמוזכרת בפסק הדין שאליו הפנתה סופרבוס, אסום (ר') פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט הנדל) נדחית מקום בו ניתן להניח כי בעל המכרז "לא התכוון לסטות בצורה כה ברורה מכלל הפסילה שמעוגן בפסיקה..." (שם).

108. סופרבוס טענה בהקשר זה שיש ללמוד ממה שנקבע בפסק הדין בפרשת אסום כי אין משמעות ההימנעות מתקיפה כי עורך המכרז יכול לפגוע באושיות דיני המכרזים ואולם איני



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

סבור כי זה מצב הדברים. המדובר בנתון שיש בו כדי להצביע על ההצעה הכספית אך הדבר אינו מחויב. המשקל של ההצעה הכספית במקרה זה אינו גבוה וממילא הצעתה של סופרבוס איננה ידועה ולא ניתן לדעת האם מדובר בהצעה גבוהה ובכמה.

109. באשר לטענה כי קווים חשפה את ההצעה הכספית באופן בוטה ומפורש בעמ' 51 להצעתה הרי שעיון שם מעלה כי לצורך התוכנית העסקית נרשם סכום עלות ההפעלה השנתית. במקרה של קווים הסכום שנרשם כעלות הפעלה שנתית הוא אכן סכום המיינמום להצעה הכספית כאשר השוני בין סכום זה סך כל ההוצאות הוא הרווח הנדרש. סופרבוס נקבה אף היא בעלות ההפעלה השנתית שלה תוך שהיא מתעלמת ממרכיב הרווח הנדרש (בטענה כי אין רווח כזה) אך למעשה מפרטת גם היא נתונים הקרובים לנתוניה של קווים (לשנה הראשונה 203,061 אלפי ₪ לעומת 199,500 אלפי ₪ בהצעת קווים).

110. ספק אם ניתן היה ללמוד מכך מהי הצעתה של כל אחת מהמציעות באופן מדויק ומכל מקום ההנחה שחברי ועדת המכרזים יכלו להניח כי נתונים אלה מבטאים את ההצעה או סכום קרוב אליה ו"הסתנוור" מהצעתה של קווים נראית דמיונית. שלילת הניקוד בשל אי ציון הרווח בהצעת סופרבוס אף היא אינה נראית כזו שיש להתערב בה. הוועדה מצאה כי היא איננה מקבלת את טענת סופרבוס לכך שאין לה רווח וסברה כי גישתה מצדיקה הפחתה בניקוד. אין המדובר בעניין שבית המשפט אמור להתערב בו ולהמיר את שיקול דעתה של הוועדה בשיקול דעתו.

תכסיסנות

111. סופרבוס טוענת כי הצעת קווים הייתה תכסיסנית וכי התכסיסנות הפסולה באה לידי ביטוי במספר היבטים. ההיבט הראשון עוסק בתכנית העסקית של קווים. סופרבוס טוענת כי תחזית הביקושים שהציגה קווים גבוהה מאוד ובלתי סבירה (כפי שנטען בחלק הראשון של העתירה). כתוצאה מכך הגדילה קווים את צד ההכנסות שיכולה הייתה להציג בתכניתה העסקית. לצד הגדלת צד ההכנסות הציגה קווים תכנית תפעולית "רזה", בלתי סבירה ובלתי אפשרית לביצוע, ולכן "זולה" מאוד, ובכך הקטינה את צד ההוצאות שיכולה הייתה להציג בתכנית העסקית. לפיכך, אף שקווים הציגה את מחיר המיינמום נשארו לה עודפי כסף פנוי שבהם השתמשה בעת הצגת התכנית התפעולית שלה להנחת ביצוע השקעות גבוהות ובלתי



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

סבירות באותם נושאים שבהם השקעות גבוהות מזכות בניקוד נוסף מבלי להציג גרעון בתכנית העסקית.

112. סופרבוס מפנה לכך שהתוכנית כוללת זמני נסיעה מופרכים ובלתי ריאליים בעליל ואינה לוקחת בחשבון פרמטרים רבים מהותיים. כשלים אלה הביאו למתן ציון של 3.9 מתוך 4 נקודות אפשריות להצעה התפעולית וברור מכך שחלקים רבים מהתכנית לא נבדקו. סופרבוס מציגה בעתירה הפרות שכלולות בהצעת קווים לגבי מספר הנוסעים המרבי באוטובוסים בינעירוניים רגילים; שעת יציאה והגעה; מצב האוטובוסים; עמידה בלוחות זמנים.

113. עוד נטען כי התכנית התפעולית כוללת זמני נסיעה דמיוניים. זמני הנסיעה שהעריכה קווים, כך טענת סופרבוס, בקווים העירוניים קצרים בהרבה מזמני ההגדרה בפועל, מופרכים בעליל ובלתי ניתנים ליישום. סטיות אלה בנתונים של קווים משליכות על מספר האוטובוסים הדרוש; שעות הנהיגה הדרושות והעלות של כל אלה בתכנית העסקית. בעתירה מביאה סופרבוס דוגמאות למשכי נסיעה דמיוניים כאלה בקווים השונים תוך שהיא מתבססת על הנתונים הנכונים להיום בנסיעות שסופרבוס מבצעת באותם קווים. כתוצאה מכך מספר האוטובוסים שנכלל בתכנית התפעולית של קווים הוא 313 לעומת 341 בהצעת סופרבוס ופער זה נובע מזמני הגדרה שגויים וליקויים חמורים ולכן מחייב את פסילת ההצעה של קווים או הפחתת ניקוד משמעותית.

114. היבט אחר שבו טוענת סופרבוס לתכסיסנות הוא **תמחור עלות תכנית ההשתלמות לנהגים**. קווים תמחרה את עלות ההשתלמות לנהגים בסכום הכפול מהתמחור שעשו המציעים האחרים. אין כל הסבר לתמחור זה שהביא לכך שקווים קיבלה את מלוא הניקוד. לטענת סופרבוס בשל הליקויים בתכנית התפעולית הייתה יכולה קווים ליישם כסף וירטואלי" מבלי לפגוע באיזון הנדרש בין הוצאות להכנסות בתכנית העסקית.

115. כך גם באשר ל"**ניפוח הכנסות בתכנית העסקית**" - סופרבוס טוענת כי קווים הוסיפה שורות רווח בלתי הגיוניות וכללה הכנסות שאינן קיימות. היא מביאה כדוגמא את מענק הפעלת עמדות הטענה שאינן בגדר הכנסה אלא מענק חד פעמי שמהווה החזר השקעה, והכללתו בדו"ח הרווח וההפסד החזוי כהכנסה הביאה לניפוח הכנסות כדי להראות רווחיות ולשפר את התכנית העסקית. עוד מביאה סופרבוס דוגמאות נוספות להכנסות שלא אמורות להיות הכנסות אלא רכיבים אחרים שאינם כלולים בפורמט דו"ח רווח והפסד כמקובל.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

116. סופרבוס ערה לעמדת המדינה ולפיה ערכה בדיקה מדגמית ל- 40% ממרכיבי ההצעה ומצאה את ההצעה תקינה וככל שלא דרגה בהתאם. היא איננה חולקת על כך שוועדת מכרזים סבירה רשאית לעשות כן אך לטענתה משהופנתה תשומת לב של ועדת המכרזים לטעויות שנפלו ולמשחק בנתונים היה עליה לבדוק את מכלול הצעת קווים ולדרגה בהתאם.

117. לטענת המדינה אין בטענות אלה ממש שכן לא מתקיימים התנאים שנקבעו בפסיקה כדי לראות בהצעה – הצעה תכסיסנית. קבלת עמדת סופרבוס הופכת למעשה כל שיקול דעת של הוועדה שאינו מקבל את עמדתה לתכסיסנות ומציבה כפרמטר בלעדי להשוואה את נתונה של סופרבוס. המדינה מציינת כי הוועדה אינה בודקת את פרטי הפרטים של כל הנסיעות ובכל מקרה קווים לא חרגה מהנחיות המכרז בנוגע לזמני נסיעה אל החניון וממנו וגם לא נמצאו חריגות בזמני נסיעה בקווי השירות. כך הדבר גם באשר לזמני נסיעה ולמספר האוטובוסים שהוצעו. מספר האוטובוסים שהציעה קווים עולה על הנדרש במכרז ושעות הנהיגה נמצאו סבירות. עצם עמדתה של סופרבוס שנדרשת רזרבה גבוהה יותר אינה הופכת באופן אוטומטי כל הצעה אחרת לבלתי סבירה. המדינה מוסיפה ומבהירה כי כאשר סברה שההצעה כוללת מרכיבים לא סבירים או הנחות קיצוניות של הכנסות היא הפחיתה את הניקוד בשל כך והיא מביאה כדוגמא את עניין המענק עבור מדדי שירות. בנוסף מציינת המדינה כי נערכה בדיקה מדגמית של ההצעה התפעולית ולא נמצא, למעט בנושאים שנוכרו, כי אין לקבלה. המדינה מוסיפה וטוענת כי ככל שהייתה עושה בדיקה נוספת הרי שיש לערוך בדיקה כזו לכל ההצעות ולא רק להצעתה של קווים שאלמלא כן הייתה בדיקה כזו כלפי קווים פוגעת בשוויון בין המציעים. עמדתה היא אפוא כי הבדיקה המדגמית שנערכה הייתה תקינה ומכל מקום, גם אם נפל פגם, אין המדובר בפגם הפוגע בעקרון השוויון שכן הבדיקה המדגמית שנערכה הייתה אחידה לכל המציעים.

118. קווים מציינת בתשובתה כי אין כל תכסיסנות בהצעתה וכי לא נפל רבב בתכנית התפעולית שלה ובניקוד שלה גם אם היא שונה מזו של סופרבוס. כך היא מפנה לכך שהנדבכים לטענות סופרבוס על פגמים בהצעתה וחוסר סבירות המצביעים על תכסיסנות אינם נכונים ושגויים. בכל מקרה הקווים שהציעה נבדקו; מספר האוטובוסים עומד בנתוני המינימום וזמני הנסיעה שהציעה סבירים ואף יותר מכך עולים ב- 10% מאלו שהציעה סופרבוס. אף ברכיב השני של טענת התכסיסנות, אומדן הביקושים, טוענת קווים כי זה מספר נכון וכי מדובר בהתחייבות שכרוכה בתשלום פיצוי מוסכם. אומדן הגידול נערך בסיוע



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

של חברה שייעצה לקווים תוך הערכה המבוססת על ניסיון לנבא את העתיד ותוך הנחה כי העלאת רמת השירות תביא לעלייה גבוהה במספר הנוסעים. קווים אף משיבה לטענות הנוגעות לתכסיסנות באשר לתכנית ההשתלמות לנהגים ולתכנית העסקית.

119. בנוסף טוענת קווים גם כנגד היבטים תכסיסניים בהצעותיה של סופרבוס שנמנעה מלכלול את נתוני הרווח שלה; ערפלה את הצעתה כדי שלא ניתן יהיה לבחון אותה כראוי; הציעה תשלום בשיעור בלתי סביר עבור שעות משולמות לנהגים; וכן נתנה רמת שירות ירודה שלא באה לידי ביטוי מספיק בציון שניתן לה.

120. סופרבוס משיבה לטענות אלה ומבהירה כי גם אם ניתן להניח כי עצם ההסתמכות על מדגם היא סבירה הרי לאחר שסופרבוס הראתה כי יש תקלות וליקויים בהצעת קווים היה על המדינה להימנע מלהסתפק בבדיקה מדגמית ולבדוק את ההצעה כולה.

121. אני מוצא כל ממש בטענות בעניין זה. קשה להשוות בין ההגדרה של הצעה כהצעה תכסיסנית לבין הטרוניות שמעלה סופרבוס על הצעתה של קווים ולא ניתן לראות בהצעתה – הצעה הפסדית הנגועה בתמחור בלתי סביר (ר' רון עבודות עפר, פסקה 19). התכנית העסקית של כל אחת מהמציעות נבדקה על ידי הוועדה כאשר חלק מהנושאים נבדקו מדגמית. הוועדה מצאה פגמים מועטים בהצעת קווים והפחיתה את הניקוד בשל כך. מעבר לכך לא נמצאו ליקויים ואין כל כשל בעריכת בדיקה מדגמית. אף לאחר שסופרבוס העירה את הערותיה החליטה הוועדה שלא לערוך בדיקה נוספת ולהסתפק בבדיקה המדגמית שערכה **לכל המציעים**. אף אם אני נכון להניח כי יתכן ורצוי היה לבדוק את **כל ההצעות** באופן מלא יותר מהמדגם שנעשה – ההחלטה שלא לעשות כן אינה כזו המצדיקה התערבות שיפוטית וממילא נעשתה באופן שווה ביחס לכל המציעים. מכל מקום – ספק אם המדדים שמציעה סופרבוס לקבוע את הסבירות הם המדדים היחידים האפשריים. זאת ועוד, ההנחה כי די בכך כדי לקבוע כי המדובר בהצעה תכסיסנית איננה נקייה מספקות. כך, נקבע בפסק הדין רון עבודות עפר כי אין די בכך שאין רווח כספי מידי בצדה של הצעה למשתתף כדי להוות עילה לפסילה ובכדי שתיפסל צריך שההצעה תהיה **גרעונית, נגועה בחוסר סבירות ובחוסר הגינות** (רון עבודות עפר, שם). אף אם הייתה סופרבוס יכולה להצביע על שימוש בטקטיקה של Shifting ודומה כי בכך עוסקות טענותיה אני סבור כי הונחה תשתית להניח כי קווים ביקשה להוליך את ועדת המכרזים שולל וכי מדובר ב"תכסיסים בלתי הוגנים" (רון עבודות עפר, שם).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

פגיעה בעקרון השוויון וליקויים אחרים

122. סופרבוס טוענת לקיומם של פגמים והפרות מצד קווים לעקרון השוויון. היא מציינת כי אף אם כל פגיעה נחשבת כ"קלת ערך" בפני עצמה הרי שלהצטברות של הפגיעות יש משקל רב. הפגיעות שהיא מציגה הן: חריגה ממגבלת עמודים של התכנית העסקית – כך שקווים הגישה תכנית שאורכה 26 עמודים במקום 15; תכנית אומדן הביקושים נעשתה במסמך שבו האותיות היו קטנות יותר מההנחיות והרווח בין השורות קטן; התכנית למתן שירותי הנפקה שירות וטעינה של כרטיסים נפרסה על פני 10 עמודים במקום 7 עמודים דבר שגרם למתן ניקוד גבוה לקווים ולהפחתת ניקוד לסופרבוס בשל פירוט מועט ועוד.

123. קווים משיבה לטענות אלה בהצביעה על כך שאין המדובר בתוספת עמודים אלא בצירוף שערים וטבלאות עזר שלא הוסיפו על התכנית עצמה. מכל מקום עמדתה היא כי מדובר בזוטות של דברים שאין בהם ממש.

124. אכן עקרון השוויון מחייב מתן הזדמנות שווה לכל אחד מהמציעים לפרוס את הצעתו בכלים שווים ואולם מקום בו ועדת המכרזים לא מצאה לנכון לקבוע אחרת איני סבור כי הונחה תשתית לקבוע כי מדובר בהחלטה שיש להתערב בה. חזקה על הוועדה שהייתה ערה למגבלות המקום וככל שמצאה כי אין בחריגה, ככל שהייתה, כדי להביא לשלילת ניקוד מסור הדבר לשיקול דעתה ואין עילה להתערבותו של בית המשפט בעניינים מסוג זה.

הטענות כלפי הצעתה של סופרבוס

125. המדינה וקווים טוענות לחלופין כי אין לקבל את העתירה משיקולים אחרים שעניינם פגמים וליקויים בהצעתה של סופרבוס. הטענות המרכזיות הן כי פקעה הערבות הבנקאית של סופרבוס ולא חודשה וכי סופרבוס פעלה בניגוד לתנאי המכרז ונזקקה ליעוץ מגופים המייעצים למשרד (טענה שמועלית רק על ידי קווים). קווים טוענת בהקשר זה כי הסתבר לה כאשר קיבלה את המסמכים וההצעות שהוצעו כי סופרבוס עשתה שימוש בתכנה גרמנית בשם IVU וזאת בניגוד לתנאי המכרז שאסרו כל סיוע או ייעוץ מצד גורמים כלשהם שמצויים בניגוד עניינים. אותה תכנה משמשת את משרד התחבורה. לטענתה מדובר בניגוד עניינים שיש לו השלכה על עצם הכנת ההצעה והיא מפנה לכך שביום 2.9.12 בעקבות טענותיה בעניין זה פנה משרד התחבורה לסופרבוס והודיע כי הצעתה של סופרבוס עלולה



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

6.1.2013

בפני כב' השופט ארנון דראל

עת"מ 46663-09-12 סופרבוס ושות' נ' משרד התחבורה ואח'

להיפסל. אמנם בהמשך לכך הודיע המשרד כי לא מצא חשש לקיום ניגוד עניינים אך ללא קשר לעמדתו סבורה קווים כי יש בכך כדי להצדיק את פסילת ההצעה.

126. עוד נטען כי במסגרת הצעת סופרבוס נעשה ערבוב בין שני תאגידים: השותפות סופרבוס ושות' וחברה בשם סופרבוס בע"מ. העמימות שיש בין התאגידים השונים: סופרבוס בע"מ וסופרבוס ושות' באשר לחלקו של כל אחד בהצעה מצדיקה לדעת קווים את פסילת ההצעה של סופרבוס.

127. סופרבוס מסתייגת מטענות אלה וטוענת כי אין בהם ממש. מסמכי הערבות אינם קובעים חבות להארכה אוטומטית וההודעה על זכייה נמסרה טרם פקיעת הערבות. הוועדה לא החזירה כמקובל לסופרבוס את הערבות ככל הנראה עקב הגשת הערעור וגם לא ביקשה הארכה שלה. מתוך זהירות הציעה סופרבוס להגיש מסמך הארכה של הערבות אך הוועדה סירבה לקבלו אף שלא השיבה את הערבות שברשותה. מכל מקום סופרבוס הבהירה חד משמעית כי אינה מקבלת את תוצאות המכרז ואין ללמוד מכך שאין ערבות תקפה על כך שאינה עומדת על טענותיה.

128. משהגעתי למסקנה כי ממילא דין העתירה להידחות איני סבור כי נדרשת הכרעה בשאלות אלה.

סיכום

129. על יסוד כל האמור לעיל, העתירה נדחת.

130. העותרת תשלם למשיבה מס' 1 שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט בסכום כולל של 80,000 ₪ ולמשיבה מס' 2 שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט בסכום כולל של 100,000 ₪.

ניתן היום, כ"ד בטבת תשע"ג, 6 בינואר 2013, בהעדר הצדדים. המזכירות תודיע לבאי כוח הצדדים על כך שניתן פסק דין ותעביר אליהם עותק ממנו.



בית המשפט המחוזי בירושלים
אני מאשר
שהעתק זה נכון ומתאים למקור
תאריך 6-1-13
מזכיר ראשי 40