



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 6131/17

לפני: כבוד השופט א' שהם  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט י' אלרון

המערערת: מוניות שמשון בע"מ

נגד

המשיבים: 1. רכבת ישראל  
2. חיים עטון

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים  
בבאר שבע מיום 11.7.2017 בעת"מ 21321-06-17 שניתן  
על ידי כב' השופטת ש' דברת

תאריך הישיבה: ט"ו בשבט התשע"ח (31.1.2018)

בשם המערערת: עו"ד אריאל דינובצקי; עו"ד אריק מגידיש;  
עו"ד רעות דהן; עו"ד אהוד גלאם

בשם המשיבה 1: עו"ד ניר שמרי; עו"ד עידן זוהר

בשם המשיב 2: עו"ד תמר קידר; עו"ד רבקה אשקלוני

### פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (השופטת ש' דברת) בעת"מ 21321-06-17 מיום 11.7.2017, בגדרו נדחתה עתירת המערערת נגד החלטת ועדת המכרזים של המשיבה 1 (להלן: רכבת ישראל) מיום 15.5.2017, בה הוכרז המשיב 2 כזוכה במכרז מס/רכ/2015/16 להפעלת תחנת המוניות בתחנת הרכבת באשקלון למשך שלוש שנים (להלן: המכרז).

רקע

2. ביום 15.12.2016 פרסמה רכבת ישראל הזמנה להציע הצעות במסגרת המכרז האמור. סעיף 3 להזמנה להציע הצעות מנה ארבעה תנאי סף, מתוכם דרושים לענייננו שניים, אשר יכוננו להלן בהתאמה תנאי הניסיון ותנאי היצע המוניות. וכך נוסחם:

"תנאים מקדמיים (ההדגשה במקור – 'א')

[...]

ג. למציע נסיון רציף ומוכח בניהול תחנת מוניות של שנתיים לפחות במהלך התקופה שבין 1.1.14 ועד למועד הגשת ההצעות.

ד. בבעלות המציע, או עומדות לרשותו על פי הסכם – לפחות 6 מוניות רשומות במשרד התחבורה."

עוד ראוי לציון ההבהרה המופיעה בהמשך סעיף 3, ביחס לאופן שבו נדרש המציע להראות כי הוא אכן מקיים את תנאי היצע המוניות:

"הוכחת עמידה בתנאים המקדמיים (ההדגשה במקור – 'א')

(א

[...]

להוכחת עמידה בתנאי ד' יש לצרף צילומי רישיונות של לפחות 6 נהגי מוניות בעלי רישיון ממשרד התחבורה שהמוניות שלהם הינן בבעלות המציע ו/או החתומים על חוזה מול המציע כנדרש בתנאי. לחילופין, יש לצרף תצהיר, מאומת ע"י עו"ד, של המציע [...] המאמת את עמידת המציע בתנאי וכולל רשימה שמית של 6 נהגי מוניות בעלי רישיון ממשרד התחבורה שהמוניות שלהם הינן בבעלות המציע ו/או החתומים על חוזה מול המציע כנדרש בתנאי."

כפי שניתן להיווכח, מתווה הסעיף שני מסלולים חלופיים להוכחת מילוי התנאי. האחד: על המציע לצרף תצלומי רישיונות של שישה נהגי מוניות, לכל הפחות. יודגש, כי במסגרת מסלול זה אפשר שמוניותיהם של הנהגים יהיו בבעלות המציע; ואפשר, לחלופין, שהנהגים יהיו "חתומים על חוזה מול המציע". השני: על המציע להוכיח כי עומדות לרשותו שש מוניות לכל הפחות באמצעות תצהיר. אף כאן, אפשר שהמוניות יימצאו בבעלות המציע, ואפשר שזה האחרון התקשר עם נהגיהן באמצעות חוזה.

3. למכרז ניגשו שלושה מציעים: חברת "מוניות שמשון בע"מ", אשר הפעילה את תחנת המוניות בתחנת הרכבת באשקלון עד לאותה העת, לאור זכייתה במכרז קודם (להלן: המערערת); מר חיים עטון, נהג מונית שבבעלותו תחנת המוניות "מוניות השעון" (להלן: עטון); וחברת "מוניות חי הדגל בע"מ" (להלן: מוניות הדגל). ביום 15.1.2017 נערך דיון בוועדת המכרזים של רכבת ישראל, בו נבחנו ההצעות. הוועדה אישרה את עמידת הצעתה של המערערת בתנאי הסף של המכרז, ולצד זאת ביקשה הבהרות מעטון, ביחס לעמידתו בתנאי הניסיון; וממוניות הדגל, ביחס לעמידתה

במספר תנאי סף, בהם קיומו של רישיון עסק בתוקף. במענה לוועדת המכרזים, הגיש עטון תצהיר ביום 24.1.2017, בו טען כדלקמן:

”ברשותי ניסיון רציף ומוכח בניהול תחנת מוניות החל מיום 17.01.2000 ועד ליום תצהירי זה. לפיכך הנני מחזיק בניסיון העולה על שנתיים בניהול תחנת מוניות. הנני מנהל את רציף תחנת מוניות ‘השעון עטון חיים’ הממוקמת ברחוב הנשיא 1 באשקלון החל משנת 2000” (נספח י לעתירה).

4. ביום 26.1.2017 פנתה המערערת לוועדת המכרזים וטענה כי עטון השכיר את תחנת המוניות שבבעלותו למוניות הדגל, וכי בכך הוא אינו עומד עוד בתנאי הסף של המכרז. בדיון שהתקיים בוועדת המכרזים ביום 5.2.2017 נדחתה השגתה של המערערת ונקבע כי עטון עומד בתנאי הסף, משנמצא כי הרישיונות שאותם צירף אינם זהים לרישיונות שאותם צירפה מוניות הדגל. מנגד, נפסלה הצעתה של מוניות הדגל, מאחר שלא היה ברשותה רישיון עסק. לאחר שנפתחו הצעותיהם הכספיות של שני המציעים שנותרו – המערערת מזה ועטון מזה – נמצא כי הצעתו של עטון לתשלום דמי הרשאה שנתיים לרכבת ישראל, אשר עמדה על 48,000 ש”ח, גבוהה מזו של המערערת, אשר עמדה על 46,000 ש”ח. לפיכך, הוכרז עטון כזוכה במכרז, וביום 9.2.2017 נשלחה למערערת הודעה, בה נמסר כי מאחר שהצעתה לא נבחרה, עליה להיערך לפינוי תחנת המוניות מושא המכרז עד ליום 9.4.2017.

5. ביום 5.4.2017 פנתה המערערת לוועדת המכרזים, באמצעות באי כוחה, בדרישה לפסול את ההצעה הזוכה. במכתבה טענה המערערת כי עטון אינו עומד בתנאי היצע המוניות, וכי הוא הגיש בעניין זה תצהיר כוזב. כן גרסה המערערת כי נרקמה קנוניה בין עטון לבין מוניות הדגל, שבמסגרתה ניגש הראשון למכרז מתוך כוונה להעביר את ההרשאה להפעלת תחנת המוניות לידי זו האחרונה בתמורה לתשלום חודשי. לבסוף נטען כי מר אביעד שפיר (להלן: שפיר), מנהל יחידת המסחר של רכבת ישראל, אשר שימש יועץ לוועדת המכרזים, מצוי בקשר חברי עם עטון, ומנגד עוין את המערערת. את השגותיה סמכה המערערת על מובאות מתוך תמלילי שיחות בין עטון לבין חוקר פרטי שאותו הפעילה. חוקר זה, אשר שכר את שירותיו של עטון כנהג מונית במהלך חודש מרץ 2017 תוך שהתחזה לתייר, הקליט בסתר את שיחותיהם של השניים. במהלך שיחות אלו, השמיע עטון אמירות שונות, אשר מעידות לכאורה על התנהלות פסולה מצדו בהליכי המכרז.

6. בעקבות פנייה זו, החליטה רכבת ישראל להקפיא באופן זמני את מימוש הזכייה במכרז ולהאריך את התקשרותה עם המערערת. ביום 6.4.2017 פנתה ועדת המכרזים לעטון על מנת לבקש את התייחסותו לדברי המערערת. בחלוף מספר ימים, ביום 9.4.2017, השיב עטון לפנייה תוך שדחה את הטענות לגופן. ביום 10.5.2017 ערכה ועדת המכרזים שימוע שאליו התייצבו עטון וכאות כוחו, ובו שטח את עמדתו. בסיכומם של דברים, מצאה אומנם הוועדה כי נפל פגם בהתנהלותו של עטון, בדמות אמירות שהשמיע במהלך שיחותיו עם החוקר בדבר קשריו עם אנשי רכבת ישראל. ואולם, חבריה שוכנעו כי הדבר נעשה מתוך לחצים שהופעלו עליו.

לנוכח האמור, כמו גם לאור התנצלותו של עטון על התנהלותו ובשל השיהוי שנפל בפנייתה של המערערת, אשר פנתה לוועדת המכרזים בחלוף כחודשיים ממועד היוודע תוצאות המכרז – אשררה ועדת המכרזים ביום 10.5.2017 את החלטתה על זכיית עטון במכרז. הודעה על כך נמסרה למערערת ביום 4.6.2017, ובעקבותיה הוגשה העתירה לבית משפט קמא. יצוין כי בדיון שהתקיים בבית משפט קמא ביום 19.6.2017 הוסכם כי המערערת תמשיך להפעיל את תחנת המוניות עד להכרעה בעתירה.

פסק דינו של בית משפט קמא

7. בראשית פסק דינו, עמד בית משפט קמא על ההלכה המושרשת שלפיה התערבות בשיקול דעתה של ועדת המכרזים תיעשה אך בנסיבות שבהן נמצא כי החלטתה נגועה בפגם מהותי בדמות חוסר סבירות או הסתמכות על שיקולים בלתי ענייניים. בית משפט קמא ציין כי ועדת המכרזים התייחסה לפנייתה של המערערת בתשומת לב רבה וקיימה את ההליכים הדרושים לבירורה באופן יסודי וראוי. בנסיבות האמורות, סבר בית משפט קמא כי גוברת הנטייה שלא להתערב בהחלטתה.

8. מכאן, פנה בית משפט קמא לבחינת טענותיה של המערערת ביחס לעמידתו של עטון בשני תנאי הסף השנויים במחלוקת. בית משפט קמא ציין, כעובדה המוסכמת על הצדדים, כי ביום 1.3.2016 השכיר עטון את תחנת המוניות שבבעלותו למוניות הדגל, וכי מהעת הזו לא היה מעורב בניהולה. הודגש, לפיכך, כי במועד הגשת הצעתו לא העסיק עטון בעלי מוניות באופן ישיר.

9. חרף האמור, קבע בית משפט קמא כי עטון עמד בשני תנאי הסף.

אשר לתנאי הניסיון, הובהר כי די בכך שלעטון היה ניסיון בניהול תחנת מוניות החל מיום 1.1.2014 ועד ליום 1.3.2016 לשם קיום הדרישה ל"נסיון רציף ומוכח בניהול תחנת מוניות של שנתיים לפחות במהלך התקופה שבין 1.1.14 ועד למועד הגשת ההצעות", כנוסח התנאי. בית משפט קמא לא מצא לשנות ממסקנתו זו על אף שבתצהיר שהגיש לוועדת המכרזים טען עטון כי ברשותו ניסיון רציף בניהול תחנת מוניות עד ליום 24.1.2017 – טענה אשר התבררה כבלתי מדויקת בשל השכרת תחנת המוניות שבבעלותו. ואולם, לשיטת בית משפט קמא, לא היה בכך כדי להשליך על עמידתו של עטון בתנאי הניסיון.

אשר לתנאי היצע המוניות, ציין בית משפט קמא כי עטון אכן לא היה בעליהן של מוניות נכון למועד הגשת הצעתו, ואף לא הפעיל בעצמו את התחנה שבבעלותו, אשר הושכרה למוניות הדגל. ואולם, בית משפט קמא הטעים כי תנאי המכרז הסתפק בכך שהמוניות "עומדות לרשותו על פי הסכם", ולפיכך יצא עטון חובתו בכך שהתקשר בעל פה עם מספר בעלי מוניות וסיכם עמם שיעבדו עבורו אם יזכה במכרז.

10. בהמשך, נדרש בית משפט קמא לטענת הקנוניה שנרקמה לכאורה בין עטון לבין מוניות הדגל. לאחר שבחן את חומר הראיות, מצא בית משפט קמא כי שני הצדדים אכן קיימו ביניהם מגעים, לרבות לאחר זכייתו של עטון במכרז, סביב שיתוף פעולה אפשרי. ואולם, משנותרו המגעים בעלמא ולא יצאו אל הפועל, נקבע כי אין בכך כדי להביא לפסילת הזכייה. זאת, על אף הערתו של בית משפט קמא, שלפיה טמון פגם בתיאום מחירים לקראת מכרז, או בביצוע המכרז באמצעות אחר בניגוד לתנאיו. עוד ציין בית משפט קמא כי ממילא, מתן משקל מכריע לאמור בתמלילי השיחות מחייב את פסילת הצעתה של המערערת, שכן עטון נשמע טוען במהלכן כי זו הראשונה הציעה לו תשלום בסך של 3,000 ש"ח בחודש על מנת שיסיר את הצעתו.

11. לאחר מכן, פנה בית משפט קמא לבחון את דבריו של עטון בהקלטות, שמהם משתמע כי לאחרון קשרים במשרד התחבורה ויחסי חברות עם שפיר, אשר נוטר טינה כלפי המערערת. בית משפט קמא מצא כי הצהרותיו השונות של עטון לאורך ההקלטות, כמו גם הפרטים העובדתיים שמסר, היו רצופים בשגיאות ובאי-דיוקים. לפיכך, נקבע כי לא ניתן לייחס מהימנות להתבטאויות שעליהן השליכה המערערת את יהבה, ולהגיע על בסיסן למסקנה שלפיה זכייתו של עטון במכרז נבעה מקשרים אישיים פסולים.

12. לצד זאת, הביע בית משפט קמא חוסר נוחות מזכייתו של עטון לאחר שהתבטא באופן הקושר בין תוצאת המכרז לבין התנהלות פסולה של בכירים ברכבת ישראל. בית

משפט קמא עמד על החשיבות הטמונה בשמירה על טוהר המידות במסגרת הליכי מכרז, ועל הפגיעה באמון הציבור הנגרמת בנסיבות שבהן זוכה במכרז מתהדר בכך שזכייתו נבעה מתוך קשרים אישיים. ואולם, בסופו של יום בחר בית משפט קמא לייחס משקל מכריע לכך שאף בשיחותיו המוקלטות, לא טען עטון באופן מפורש כי זכה במכרז בשל קשריו.

13. עוד הסתייג בית משפט קמא מהאמור בתצהירו של עטון ביחס לניסיונו הניהולי הרצוף, אשר התברר כבלתי מדויק לנוכח הראיה שהציגה המערערת לכך שהשכיר את תחנת המוניות שבבעלותו וחדל ממעורבות בה, עוד בטרם הגשת התצהיר. עם זאת, הובהר כי אין בהתנהלות זו כדי להוביל כשלעצמה לפסילת ההצעה, וכי יש לבחון את הדברים על רקע מכלול הנתונים. לעניין זה סקר בית משפט קמא את הטעמים אשר עמדו לזכות הצעתו של עטון, ובהם ניסיונו המוכח בהפעלת תחנת מוניות; ומנגד את הפגמים השונים אשר נפלו בהתנהלותה של המערערת, כדוגמת טענות שונות שהעלתה ביחס להצעתו של עטון, אשר התבררו בדיעבד ככוזבות.

14. על סמך האמור לעיל, דחה בית משפט קמא את העתירה, ובתוך כך ביטל את הצו הארעי שניתן במסגרת הדיון בה.

מכאן – הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

טענות המערערת

15. בערעורה דבקה המערערת בעמדתה שלפיה לא עלה בידו של עטון לעמוד בתנאי הסף של המכרז. המערערת מטעימה כי תנאי היצע המוניות חייב בעלות בשש מוניות לכל הפחות, בעוד בבעלות עטון לא הייתה ולו מונית אחת במועד ההצעה; ולחלופין דרש "חוזים חתומים" עם שישה בעלי מוניות לכל הפחות, בעוד במועד הגשת ההצעה לא הציג עטון חוזים כאמור. לשיטתה, ניתן להסביר התנהלות זו על סמך דבריו של עטון במהלך שיחותיו עם החוקר, שלפיהם תכנן להתקשר בדיעבד עם הנהגים לאחר זכייתו במכרז, ולטעון כי היו בין הצדדים הסכמים בעל פה עוד קודם לכן. המערערת מצטטת מדבריו של עטון בשיחות אלו, שלפיהם יצליח לחמוק מגילוי ה"קומבינה", כלשונו, הודות לקשריו כביכול עם שפיר.

16. לעמדת המערערת, פרשנותו הנכונה של תנאי היצע המוניות מחייבת חוזה בכתב בין המציע לבין בעלי המוניות. זאת, הן במישור הלשון, לנוכח השימוש במונח "חוזה חתום"; הן במישור התכלית, בשל הצורך להבטיח את יכולת הביצוע של המציע. המערערת גורסת כי שגה בית משפט קמא בכך שנמנע מהתערבות בתוצאת המכרז, הגם שהכיר בכך שלעטון לא היו הסכמים בכתב עם נהגי המוניות במועד הגשת ההצעה. לשיטתה, יש בכך משום הגמשה בדיעבד של תנאי הסף של המכרז, אשר מנוגדת מעיקרה לדיני המכרזים, שביסודם ערכי השוויון וההגינות.

17. עוד טוענת המערערת כי דין המכרז להיפסל מחמת פגיעה במראית פני הצדק, לנוכח הדברים שמסר עטון בהקלטות ביחס לקשריו עם שפיר וליחסיו העוינים של זה האחרון כלפיה. המערערת עומדת על ההלכה המחמירה בנושא ניגוד עניינים מצד אנשי ועדת המכרזים, שלפיה די בקיומו של ניגוד עניינים פוטנציאלי על מנת להביא לפגיעה במראית פני הצדק. בתוך כך מתייחסת המערערת להסבר שסיפק עטון בדיעבד לאמירות שהשמיע. על פי הסבר זה, היה עטון נתון ללחצים וחש מאוים בכל רחבי אשקלון מרגע זכייתו במכרז, ומשום כך חש מחויב – לכאורה – "ליצור מצג של כוח ושליטה" על מנת להדוף לחצים אלה. להשקפת המערערת, אין בשיחה עם מי שנחזה לתייר כדי ליצור את המצג האמור, וממילא מביעה היא ספק אם התרברבות בדבר הטיית המכרז משרתת את המטרה הנטענת. יתר על כן, חוזרת המערערת על טענותיה בדבר קנוניה אשר נרקמה לכאורה בין עטון לבין מוניות הדגל, כפי שזו נשקפת מתוך ההקלטות.

18. לבסוף, גורסת המערערת כי אף אם האמירות החמורות שהשמיע עטון בשיחותיו עם החוקר אינן נכונות – די בכך שזוכה במכרז נתן להן ביטוי כדי להצדיק את פסילתו מחמת פגיעה באמון הציבור.

טענות רכבת ישראל

19. רכבת ישראל מבהירה כי המשתתפים במכרז לא נדרשו להציג חוזים חתומים לצד הצעותיהם. לראיה, מודגש כי הן עטון, הן המערערת עצמה, הסתפקו בצירוף רישיונות כעדות לעמידתם בתנאי היצע המוניות. רכבת ישראל עומדת על ההליכים היסודיים שקיימה לשם בירור השגותיה של המערערת ביחס לתוצאת המכרז, ומציינת כי הגיעה למסקנה שלפיה עמד עטון בתנאי היצע המוניות לאחר שבאת כוחו הצהירה כי בחנה את נהגי המוניות שפרטיהם צורפו להצעתו ומצאה כי ברשותם רישיונות תקפים, וכי הם אכן הגיעו להסכמה עמו. בנסיבות האמורות, סבורה רכבת ישראל כי

פסילת עטון בשל כך שלא הציג חוזים חתומים עם הנהגים משולה להחמרה בדיעבד של תנאי הסף למכרז, אשר אינה עולה בקנה אחד עם דיני המכרזים.

20. עוד מטעימה רכבת ישראל כי בעקבות השגותיה של המערערת, נתנה דעתה לאמירות שהשמיע עטון בשיחותיו עם החוקר במלוא הרצינות המתחייבת, וערכה לגביהן בירור מעמיק אשר כלל שימוע, שבסופו מצאה לנכון ועדת המכרזים לאשרר פה אחד את החלטתה בדבר זכיית עטון במכרז. אשר על כן, גורסת רכבת ישראל כי לא נפל כל פגם בהליך קבלת ההחלטות של הוועדה המצדיק התערבות בתוצאה שאליה הגיעה.

21. אשר לטענה בדבר פגיעה במראית פני הצדק, מכחישה רכבת ישראל מכל וכל את האפשרות לקיומם של קשרים פסולים בין עטון לבין שפיר, שבהם היה כדי להציב את האחרון בניגוד עניינים. מאחר שאמירותיו של עטון בשיחותיו עם החוקר רצופות אי-דיוקים, סבורה רכבת ישראל כי אין לייחס להן כל חשיבות. רכבת ישראל מציינת כי פרט לתמלילי ההקלטות, לא הוצגו בפניה ראיות נוספות אשר מבססות את גרסתה של המערערת, ולפיכך נדרשה ועדת המכרזים לעמת את עטון עם הטענות ולבחון את גרסתו על בוריה. עוד קובלת רכבת ישראל על התייחסותה הבררנית של המערערת לדברים שמסר עטון במהלך שיחותיו עם החוקר, שהרי כפי שציין בית משפט קמא – היה בהם כדי להטיל דופי אף בתקינות התנהלותה של המערערת עצמה.

22. לבסוף, טוענת רכבת ישראל כי יש לדחות את הערעור מחמת מעשה עשוי, משהחל עטון להפעיל את תחנת המוניות מושא ההליך דנן, ועל מנת שלא לפגוע ברווחתו של ציבור הנוסעים; ולחלופין כי יש לדחותו בשל שיהוי, משחלפו כחודשיים בין המועד שבו התבשרה המערערת על אי-זכייתה במכרז לבין מועד פנייתה לוועדת המכרזים בבקשה לפסול את ההצעה, וכחודשיים נוספים עד למועד הגשת העתירה. רכבת ישראל מציינת כי המערערת ניצלה פרק זמן זה כדי לאסוף ראיות בדבר אי-עמידתו לכאורה של עטון בתנאי המכרז, וכי בכך פעלה בתכסיסנות חלף קיום הוראות הדין.

טענות עטון

23. עטון דוחה את טענותיה של המערערת ביחס לאי-עמידתו בתנאי הסף. לדבריו, עלה בידו להוכיח כי הוא בעל הניסיון הדרוש על מנת לעמוד בתנאי הניסיון. אשר

לתנאי היצע המוניות, מדגיש עטון כי אף המערערת עצמה לא צירפה הסכמים חתומים עם נהגי מוניות, ולפיכך היא מנועה מלתקוף את הצעתו במישור זה. עטון טוען כי יש לפרש את לשון המכרז באופן אשר עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי שאותו הוא נועד להגשים, ובפרט באופן המקיים את הצעותיהם של המשתתפים בו. זאת ועוד, עטון מציין כי טענתה של המערערת ביחס להכרח בהסכם כתוב לא הועלתה בפני בית משפט קמא, ולפיכך יש בה משום הרחבת חזית אסורה. עטון מוסיף כי לאורך כל הליכי המכרז הצהיר כי עומדות לרשותו למעלה משש מוניות, וכי מצג זה נבחן על ידי ועדת המכרזים ולא נמצא בו דופי.

24. עטון מציין כי כיום מופעלת התחנה על ידיו באופן אשר משרת את הציבור נאמנה, לאחר שהושקעו מצדו כספים רבים בשיווקה ובקידום השירותים שהיא מספקת. לפיכך, סבור עטון כי יהיה בקבלת הערעור כדי לגרום נזק לציבור.

25. זאת ועוד, עטון קובל על התנהלותה של המערערת לאורך הליכי המכרז. לשיטתו, קבלת הערעור משמעה כי "החוטא יצא נשכר", לנוכח הצעדים ה"תכסיסניים" שנקטה המערערת. בפרט מלין עטון על הסתייעותה של המערערת בחוקר פרטי בעלות של עשרות אלפי ש"ח, וזאת על מנת לגרום לפסילת הצעתו הזוכה ולהביא להמשך שליטתה בשוק המוניות באשקלון. עטון אף סבור כי בפעולות אלו יש משום הפרה של חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ושל חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. לגופם של דברים, סומך עטון את ידיו על קביעותיו של בית משפט קמא ביחס לאמור בהקלטות, בהדגישו כי אכן מדובר בדברי רהב ובדיה שעליהם התנצל בפני ועדת המכרזים.

26. לבסוף, גורס עטון כי דין העתירה היה להידחות לכתחילה מחמת שיהוי, מן הטעם שהוגשה כארבעה חודשים לאחר החלטת ועדת המכרזים של רכבת ישראל, וזאת בניגוד להוראת תקנה 3(ב) לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשמ"א-2000 (להלן: התקנות), הקובעת סד זמנים של 45 יום להגשת עתירה מנהלית מהמועד שבו נודע לעותר על ההחלטה.

דיון והכרעה

27. לאחר שעיינתי בפסק דינו של בית משפט קמא ובמכלול החומר שהוגש, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בדיון שקיימנו לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי לא נפל

פגם בהכרעתו אשר מצדיק את התערבותנו. אציע אפוא לחבריי לדחות את הערעור, מן הטעמים שעליהם אעמוד להלן.

28. כידוע, נקודת המוצא להכרעה בערעור זה, כבכל ערעור המופנה כלפי תוצאת מכרז, היא כי בית משפט זה אינו מהווה "ועדת מכרזים עליונה", ואינו מחליף את שיקול דעתה של ועדת המכרזים בשיקול דעתו שלו (ראו: ע"מ 5408/12 ברק 555 בע"מ נ' מגלקום תקשורת מחשבים בע"מ, פסקה 18 (14.2.2013)). על כן, לא די בכך שהיה ביכולתה של ועדת המכרזים להגיע לתוצאה אחרת, ואף לא בכך שתוצאה זו נראית, על פני הדברים, עדיפה. ביקורתו השיפוטית של בית משפט זה מתמקדת בבחינת החלטת ועדת המכרזים בראי כללי המשפט המנהלי, ובהם סבירותה וענייניות השיקולים אשר ניצבו בבסיסה (ראו: ע"מ 2126/10 מטאור מערכת טכנולוגיה וארגון בע"מ נ' מנהלת אורות לתעסוקה - ועדת המכרזים הבין משרדית, פסקה יט (8.12.2010)).

29. זאת ועוד, אף איתורו של פגם בהליך המכרז אינו מנביע בהכרח את המסקנה שלפיה יש להתערב בהחלטה שהתקבלה. התערבות מעין זו שמורה למקרים שבהם חלה סטייה רבתי מעקרונות היסוד של ניהול מכרז תקין. בהקשר זה מקובל להבחין בין פגמים מהותיים במכרז, אשר מפרים את שני עקרונות היסוד שעליהם מושתת מוסד זה – עיקרון השוויון מזה ועיקרון היעילות מזה (ראו: ע"מ 5511/13 א.נ.א חשמל בע"מ נ' חברת נמל אשדוד, פסקה 14 (16.6.2014) (להלן: עניין א.נ.א חשמל)); לבין פגמים טכניים שבהם אין כדי לפגוע בעקרונות דיני המכרזים. לאור הבחנה זו, לא כל פגם שנפל בהחלטת ועדת המכרזים יביא, בהכרח, לביטול המעשה המנהלי. פגם בעל אופי טכני שאינו יורד לשורשו של ענין, ושאינו פוגע בכללי היסוד של דיני המכרזים הציבוריים – אין בו כשלעצמו כדי להביא לפסילת הצעה או לפסילת המכרז כולו, זאת לעומת פגם מהותי אשר עשוי להוביל לתוצאה זו (ע"מ 4607/16 Alstom Transport SA נ' נת"ע נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ, פסקה 46 (18.4.2017)).

30. במסגרת הערעור דנן, מעוררת המערערת שלוש טענות עיקריות ביחס למכרז: האחת, אי-עמידתו לכאורה של עטון בתנאי היצע המוניות, אשר היווה תנאי סף להתמודדות במכרז; השנייה, פגיעה במראית פני הצדק לנוכח הקשרים הפסולים לכאורה בין עטון לבין שפיר; השלישית, רקיחתה לכאורה של קנוניה פסולה בין עטון לבין מוניות הדגל. אין לכחד כי טענות אלו כבדות משקל הן, וכי בהתאם לאמות המידה שעליהן עמדתי לעיל, הייתה עשויה קבלתן לחייב התערבות בתוצאת המכרז. ואולם, בחינת הדברים לגופם מלמדת כי לטענות אלו אין על מה לסמוך, וכי בדין דחה בית משפט קמא את העתירה אשר הונחה לפניו.

31. אפנה אפוא לדון בטענותיה של המערערת כסדרן. אפתח בהשגותיה ביחס לעמידתו של עטון בתנאי הסף שעניינו במספר המוניות אשר עמדו לרשותו נכון למועד ההצעה.

עמידת הזוכה בתנאי הסף

32. מושכלת יסוד היא כי הוראות המכרז אינן עשויות מקשה אחת. נהוג, אפוא, לחלקן לשתי קבוצות עיקריות.

עם הקבוצה הראשונה נמנים תנאי הסף, שמטרתם לסנן את המציעים הפוטנציאליים אשר אינם עומדים בדרישות הנחוצות, לשיטת מפרסם המכרז, על מנת לקיים את ציפיותיו המינימליות לביצוע המכרז. יודגש, כי בהיעדר הוראה אחרת במסמכי המכרז, על תנאי הסף להתקיים בהצעה או במציע במועד הגשת ההצעה, ולא לאחר המועד האחרון להגשת ההצעות. בחינתה של כל הצעה על פי תנאי הסף מובילה אפוא למסקנה בינארית: אם אין בכוחה לעמוד בתנאים – דינה, ברגיל, להיפסל; ומנגד, אם עמדה בתנאים – תוכל להתמודד במכרז ולהישקל לגופה (להרחבה ראו: ע"מ 1811/09 אסום חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מועצה אזורית שדות נגב, פסקות 17-15 (6.1.2010)).

עם קבוצת ההוראות השנייה נמנות אמות המידה של המכרז, שמטרתן להעריך את איכות ההצעות ואת מידת התאמתן לציפיותיו האידאליות של מפרסם המכרז. בחינת כל הצעה על פי אמות המידה של המכרז מאפשרת לנקדה ולדרגה בהתאם לאיכותה. בסופו של יום, דין ההצעה הראשונה בדירוגה, בה יש כדי להגשים באופן המיטבי את המבוקש על ידי מפרסם המכרז – לזכות (ראו והשוו: ע"א 8189/11 ד"ן נ' מפעל הפיס, פסקה 25 (21.2.2013) (להלן: עניין ד"ן)).

לסיכום הבחנה זו, יפה האנלוגיה אשר הוצעה בספרות בין דיני המכרזים לבין דיני הראיות, לפיה ניתן למצוא הקבלה בין עמידתה של הצעה בתנאי הסף של המכרז לבין קבילתה של ראייה; ובדומה, בין תאימותה של הצעה לאמות המידה של המכרז לבין משקלה של ראייה (ראו: עומר דקל מכרזים כרך ראשון 274 (2004)).

33. טיבם המסנן והקטגורי של תנאי הסף משמיע גם את מידת החשיבות שיש לייחס להם על מנת להבטיח את תכליותיו של המכרז. אף שצינתי לעיל כי ככלל,

זיהויו של פגם במכרז אינו מוביל בהכרח לביטולו, גישתו העקבית של בית משפט זה היא שלא כך הדבר ביחס לפגמים הנוגעים לתנאי סף, אשר יובילו לרוב להתערבות בתוצאת המכרז (ראו: ע"מ 6117/15 ג.י.א. יזמה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל – מרחב עסקי דרום, פסקה 53 (23.6.2016) (להלן: עניין ג.י.א. יזמה)). הטעם לכך נעוץ בשני עקרונות העל של דיני המכרזים: בראי עיקרון השוויון, זכייתו של מציע אשר אינו עומד בתנאי הסף מציבה אותו ביתרון הן ביחס למציעים פוטנציאליים, אשר נמנעו מהגשת הצעה עקב אי-יכולתם לעמוד בתנאי; הן ביחס למציעים בפועל, אשר נאלצו לשאת בהוצאות נוספות על מנת לעמוד בתנאי, ובשל כך הגישו הצעה עדיפה פחות. בראי עיקרון היעילות, ברי כי מציע אשר אינו עומד ברף התחתון שאותו הציב עורך המכרז יספק שירות נחות בתמורה למחיר שאותו הבטיח, וכי בכך תאלץ הרשות לשאת בעלויות שאינן אופטימליות, ולנצל באופן בלתי מושכל ובלתי יעיל את כספי הציבור שעליהם היא חולשת (השוו: עניין א.נ.א. חשמל, פסקות 15-16).

34. על אף שבשלבם קודמים תקפה המערערת את עמידתו של עטון בתנאי הסף על יסוד מספר אדנים, בערעורה בחרה למקד את השגותיה בהיעדרו של הסכם בכתב בינו לבין נהגי המוניות שפרטיהם צורפו להצעתו. לשיטתה, יש לפרש את התיבה "חתומים על חוזה" שבסעיף 3 להזמנה להציע הצעות, פשוטה כמשמעה, דהיינו – כמחייבת חוזה תתום בכתב. עמדת המשיבים, מנגד, היא כי עטון יצא כפי חובתו משצירף את צילומי הרישיונות של נהגי המוניות, כפי שעשתה המערערת עצמה, וכי הוא לא נדרש להציג חוזה תתום.

35. בנסיבות ענייננו, אינני סבור כי מתעורר צורך להכריע בפלוגתא זו לגופה, לנוכח חריגתה מחזית המחלוקת שנידונה בפני בית משפט קמא. אעמוד להלן על נימוקיי למסקנה זו.

הרחבת חזית בערעור

36. כידוע, ערכאת הערעור אינה נוהגת להידרש לטענות חדשות אשר לא נשמעו בערכאות הקודמות (ראו למשל: ע"מ 4877/11 זיסמן נ' משרד הפנים מחוז ת"א ועדת ערר מחוזית, פסקה 11 (29.1.2013)). לנוכח הלכה מושרשת זו, השלכת יהבה של

המערערת על סוגיית החוזה החתום מעוררת קושי דיוני ניכר. עיון בכתבי הטענות שהוגשו לבית משפט קמא, כמו גם בפרוטוקול הדיון שנערך לפניו בעל-פה, מלמד כי השגותיה ביחס לתנאי הסף כווננו בעיקרן כלפי תנאי הניסיון, ואף התייחסויותיה הדלות לתנאי היצע המוניות לא הזכירו את החובה הנטענת להסכם כתוב בין המציע לבין נהגי המוניות.

37. בתגובה להסתייגות זו, הפנה בא כוח המערערת בטיעונו לפנינו לפסקה יט לעתירה, הממחיש לשיטתו כי סוגיה זו אכן נמנתה עם חזית המחלוקת שהונחה לפני בית משפט קמא; וכן ביקש להישען על פסקה 17 לפסק הדין קמא, בה נדרש לכאורה בית משפט קמא לטענה והכריע בה.

38. ואולם, עיון במראי המקום שאליהם הפנתה המערערת מלמד כי לטענותיה אין על מה לסמוך. אשר לפסקה יט לעתירה שהוגשה לבית משפט קמא, הרי שנוסחו, בחלקו הרלוונטי לענייננו, הוא כדלקמן:

”ובכן בניגוד גמור לתנאים הנ”ל בניגוד למוצהר ולמדווח ע”י המשיב 2, במועד הגשת מסמכי המכרז לא היו בבעלותו 6 מוניות רשומות במשרד התחבורה. 6 כאלו גם לא עמדו לרשותו עפ”י הסכם במועדים הרלבנטיים [...]”.

אכן, בקטע המצוטט תוקפת המערערת את עמידתו של עטון בתנאי היצע המוניות. ואולם, נקל להבחין כי השגתה כלל אינה נוגעת לאופן שבו התקשר עטון עם נהגי המוניות שאת פרטיהם צירף להצעתו, ואין בה ולו רמז לכך שהתקשרות זו אינה עומדת בתנאי הסף של המכרז בשל היעדר הסכמה בכתב. טענתה של המערערת בחלק זה של עתירתה כוללנית יותר, ולפיה לא הייתה קיימת כל הסכמה באשר היא בין עטון לבין נהגי המוניות במועד הגשת הצעתו.

הנה כי כן, התגוננותה של המערערת מפני טענת הרחבת החזית בערעור תוך הפניה לקטע קצר מתוך עתירתה, החובקת 55 עמודים, שאף בו אין כדי להעיד כי טענה בפני בית משפט קמא להכרח בקיומו של חוזה בכתב – אומרת דרשני.

39. משלא נזכרה טענה זו בעתירה, אין לתמוה על כך שבית משפט קמא לא נדרש לדון בפרשנותו של תנאי היצע המוניות, ובמידה שבה יש בו כדי לחייב את המציע

לבוא בהסכם בכתב עם נהגי המוניות. הכרעתו של בית משפט קמא בדבר עמידתו של עטון בתנאי זה הסתכמה בפסקה קצרה, שזו לשונה:

”כמו כן, המשיב עמד בתנאי הדורש כי בבעלות המציע או ברשותו על פי הסכם יעמדו לפחות שש מוניות רשומות. אכן, אין בבעלותו של המשיב מוניות, ובעת הגשת המועמדות למכרז המשיב לא הפעיל בפועל את התחנה ועל כן בעלי המוניות שפרטיהם צורפו להצהרה לא עבדו אצלו באותה העת. עם זאת, תנאי המכרז הסתפקו בכך שהמוניות יעמדו לרשותו של המשיב על פי הסכם, ועל כן די בכך שהמשיב התקשר עם מספר בעלי מוניות על מנת שיעבדו עבורו במידה ויזכה במכרז, גם אם ההסכמה האמורה נעשתה בעל פה (ההדגשה הוספה – י' א'). בהקשר זה, איני רואה ליתן משקל לכך שלא הוצגו תצהיריהם של בעלי המוניות שפרטיהם צורפו להצעת המשיב למכרז, מאחר והעותרת לא הציגה כל טענה או ראייה אשר יש בה כדי לסתור את עמדת המשיב, כי נהגים אלה הסכימו לעבוד עימו. על כן, יש לקבוע כי המשיב עמד בתנאי הסף במכרז” (פסק הדין קמא, פסקה 17).

אין בידי לקבל את המשמעות שניסתה המערערת לייחס בדיעבד לאמור בפסקה זו, שהרי יש לקרוא אותה על רקע הקשרה הדיוני המלא. משלא טענה המערערת להכרח בהסכם כתוב בעתירתה, לא עמדה סוגיה זו במחלוקת מלכתחילה, וממילא אף לא ניתן לה ביטוי לאורך ההליכים אשר התנהלו בפני בית משפט קמא. עדות מאירת עיניים לכך מצויה בפסקה המצוטטת לעיל, אשר נעדרת כל התייחסות לתיבה ”החתומים על חוזה”, המצויה כעת במוקד טענותיה של המערערת בערעור. תחת זאת, מסתפק בית משפט קמא בקביעה הלקונית שלפיה די בהסכמה בעל פה על מנת לעמוד בתנאי הסף של המכרז.

40. משלא עלה בידי המערערת להשיב באופן משכנע לטענת הרחבת החזית, מתעוררת שאלת המשמעות שיש לייחס לכך. בעוד העיקרון המנחה מורה כי ככלל אין ליתן פתחון פה לטענות חדשות בשלב הערעור, הובהר בפסיקת בית משפט זה כי כלל זה ”מופנה בעיקרו כלפי טענות עובדתיות – או טענות המשלבות עובדה ומשפט – וכן כלפי טענות משפטיות שיש בהן משום שינוי מהותי של חזית הטיעון” (ע”א 2962/13 חברת רהיטי פורת בע”מ נ’ מטיקה, פסקה 5 (5.10.2014) (להלן: עניין רהיטי פורת)). יוצא אפוא, כי לערכאת הערעור מסור אומנם שיקול דעת אם להידרש לטענות חדשות אשר לא נטענו בבית משפט קמא, אך זאת בניסבות שבהן טענות אלו מעוגנות בעובדות שאינן שנויות במחלוקת, ואין הן חורגות מפרשנות משפטית של התמונה אשר נפרשה

במסגרת כתבי הטענות (ראו: ע"א 4653/08 פלדמן נ' כרם מהר"ל מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ, פסקה 24 (5.8.2010)).

41. לא כך הם פני הדברים במקרה שלפנינו. לעמדתי, הצגת המחלוקת בדבר פרשנות תנאי היצע המוניות לראשונה בשלב הערעור, אינה מתמצה בסטייה פורמאלית מכללי המשחק הדיוניים, אלא כורכת בחובה פגיעה מהותית בבעלי הדין שכנגד וביכולתו של בית משפט זה להגיע לחקר האמת. טענתה של המערערת מעוררת אומנם שאלה משפטית-פרשנית ביחס ללשון המכרז, ואולם, כפי שאסביר להלן, המענה לשאלה זו נשען על אדנים עובדתיים אשר לא הונחו לפנינו, משלא התבררה הסוגיה די צורכה בבית משפט קמא.

42. ככלל, סדרי הדיון והראיות בבתי המשפט לעניינים מנהליים דומים לאלה הנהוגים בבית הדין הגבוה לצדק, וברגיל יתמצו ההליכים בהגשת כתבי טענות וראיות המובאות בתצהירים על צרופותיהם. יחד עם זאת, בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין, להתיר חקירתו של מצהיר, ואף להרשות השמעת עד שאינו מצהיר אם ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה (ראו: תקנה 15 לתקנות; ע"מ 8111/12 תד נ' משרד החינוך והתרבות, פסקה 9 (6.1.2014)). בהתאם להוראות אלו, היה ביכולתה של המערערת להביא להרחבת המסד העובדתי בהליך זה, אילו הייתה משכילה להציג את הטענה שמועלית כעת בפנינו בשלב מוקדם יותר.

43. כך, למשל, לא ביקשה המערערת לחקור את עטון ואת נהגי המוניות שעמם בא בהסכמים, על מנת לשפוך אור נוסף על האופן שבו נערכו התקשרויות אלו. זאת ועוד, המערערת אף לא ביקשה לחקור את אנשי ועדת המכרזים, לשם בירור אומד דעתם בעת ניסוח תנאי הסף המצוי במחלוקת. חשיבותו של בירור זה נובעת מתוך ההלכה שלפיה יש ליתן משקל לכוונת עורך המכרז ולעמדתו בעת פירוש תנאיו. זאת, בהעדר טענה מוכחת בדבר חוסר ניקיון כפיו (ראו והשוו: ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 11 (12.4.2009); ע"א 4605/99 אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל, פ"ד נה(1) 1, 10 (1999)). בענייננו, הגם שהושמעה טענה בדבר ניגוד עניינים בו היה מצוי לכאורה אחד מחברי ועדת המכרזים, זו נדחתה כזכור על ידי בית משפט קמא, אשר לא מצא כי ניתנו לה תימוכין מהימנים דיים. מאחר שאינני סבור כי יש לסטות ממסקנתו זו, כפי שאבהיר להלן (ראו פסקות 46-52 לחוות דעתי) – ניתן היה לדידי לייחס משקל ממשי לאופן שבו פירשה ועדת המכרזים את התנאי, אילו הייתה סוגיה זו מתלבנת עד תום.

44. סיכומם של דברים אלה הוא כי השגותיה של המערערת ביחס להיעדרו של הסכם בכתב בין עטון לבין נהגי המוניות מהוות טענה המועלית לראשונה בשלב הערעור, בה מעורבים יסודות של משפט ועובדה. בנסיבות אלו, שבהן לא ניתן לברר את הטענות כהלכה בערכאת הערעור תוך שמירה על זכויותיהם של המשיבים (השוו: עניין רהיטי פורת, פסקה 5) – יש לדחותן, בהתאם להלכה הפסוקה שעליה עמדתי לעיל.

45. בנפול השגה זו, ומשזנחה המערערת – בצדק רב – את טענתה ביחס לתנאי הניסיון, יש לקבוע לשיטתי כי עלה בידי עטון לעמוד בתנאי הסף של המכרז. אפנה אפוא לבחינת טענתה העיקרית השנייה של המערערת בהליך זה, שלפיה יש בתוצאת המכרז משום פגיעה במראית פני הצדק בשל ניגוד העניינים בו היה מצוי לכאורה שפיר.

הפגיעה הנטענת במראית פני הצדק

46. כיתר ענפי המשפט המנהלי, אוסרים דיני המכרזים על נציג הרשות המנהלית להימצא במסגרת תפקידו במצב של ניגוד עניינים – או במצב בו קיים פוטנציאל לניגוד עניינים – בין תפקידו ופועלו כעובד ציבור, לבין אינטרס אחר שיש לו עניין בו כאדם פרטי או כנושא תפקיד ציבורי. מטרת כלל זה היא להבטיח כי עובד הציבור ישקול שיקולים ענייניים ולא יעשה שימוש לא ראוי בסמכותו, לאור חובות ההגיונות והאמון המוטלות עליו; וכן לשקף כלפי חוץ התנהלות מנהלית תקינה, על מנת לטפח בקרב הציבור תחושה שהוא יכול לתת אמון ברשויות המנהל (ראו: עע"מ 2378/12 מטרופולי-נט בע"מ נ' מועצה מקומית כוכב-יאיר צור-יגאל, פסקה 7 (12.9.2012)).

47. זאת ועוד, בפסיקתו של בית משפט זה הובהר כי האיסור האמור אינו פוסח על חברות ממשלתיות (ראו: עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים, פסקות 40, 44 (11.2.2008) (להלן: עניין דגש סחר חוץ)) – כדוגמת רכבת ישראל, בהליך דנן; וכי הוא יפה הן ביחס לחברי ועדת המכרזים, הן ביחס ליועציה (ראו: בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה(2) 265, 271 (1990); עומר דקל מכרזים כרך שני 37-38 (2006)) – כדוגמת שפיר, בהליך דנן. יודגש, לבסוף, כי לנוכח חשיבותו הרבה של כלל זה והפגיעה החמורה בהליך המכרז הנגרמת עקב הפרתו, מקובלת הסברה שלפיה ניגוד עניינים בניהול המכרז מהווה פגם מהותי אשר מחייב את ביטולו (ראו: עניין דגש סחר חוץ, פסקות 38-39, 76-77; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 160 (2013)).

48. בטיעוניה, מפנה המערערת למספר אמירות שהשמיע עטון במהלך שיחותיו המוקלטות עם החוקר, אשר התחזה, כזכור, לתייר. לעמדתה, מעידות אמירות אלו על יחסי ידידות בינו לבין שפיר, ומנגד על יחסים קלוקלים בין זה האחרון לבין המערערת. לשם הכרעה בסוגיה זו, אסקור תחילה את עיקרי הדברים.

49. בתגובה לשאלתו של החוקר אם עלול המכרז להיפסל בעקבות חשיפת ה"קומבינה", קרי – צירוף פרטיהם של נהגים אשר אינם עובדים עם עטון להצעתו – השיב האחרון כדלקמן:

"אני אגיד לך: אביעד (שפיר – י' א') מה אמר לי, למה אי אפשר לפסול אותי" (נספח יח לעתירה, עמ' 67, שורה 23).

משאל החוקר, בתגובה, לזהותו של שפיר, התקיימו בין השניים חילופי הדברים הבאים:

"חיים עטון: אביעד זה המנכ"ל של הרכבת ישראל, הוא אמר לי פאפו (כינוריו של עטון – י' א'), תשמע, הבן אדם הזה גרר אותי לבתי משפט כמה פעמים [...] העמי מסיקה הזה (מנכ"ל המערערת – י' א') [...] אז עכשיו בא לי הזדמנות, החלפתי אותו [...]"

חוקר: ואיך אתה מכיר אותו?

חיים עטון: כשפעם נתתי לו הזמנה למכבי חיפה. (נשמע צוחק) " (נספח יח לעתירה, עמ' 68, שורות 1-24).

בהמשך השיחה, מבקש החוקר לברר אם בכוחו של שפיר למנוע את פסילת הצעתו של עטון, וכך שחיים השניים:

"חוקר: אז הוא אמר לך [...] שהוא לא יוכל לפסול את המכרז? [...]"

חיים עטון: לא, אין. הוא אומר לי פאפו, הוא יכול ללכת לאן שהוא רוצה. הוא אומר לי אני ישבתי, יש ועדה מסודרת, ענית על כל הקריטריונים. [...]"

חוקר: כן, אבל אם הוא נגיד יבוא ויוכיח שהצלחת לעשות ככה?

חיים עטון: אבל זה כל הסיפור ייקח הרבה זמן, אני אמרתי זה לא יעשה לו טוב.

חוקר: אביעד הזה יוכל להגן עליך?

חיים עטון: אני מאמין שכן. אני מאמין שכן. אני מאמין שכן" (נספח יח לעתירה, עמ' 69, שורות 6-13).

50. אף שמוטב כי הצהרות אלו לא היו באות לאוויר העולם, אף אני איני סבור, כעמדת בית משפט קמא, כי יש בהן כדי לעורר ספקות של ממש בדבר טוהר מידותיה של ועדת המכרזים, וכדי לעמוד באמות המידה שנקבעו בפסיקה, כמתואר לעיל, להכרה במשוא פנים על רקע היכרות אישית (לדיון באמות מידה אלו ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 548-549 (2010)).

51. כפי שהיטיב להראות בית משפט קמא, עיון מעמיק בתמלילי השיחות בין עטון לבין החוקר – אשר משתרעים על פני מאות עמודים – מלמד כי דבריו של הראשון אינם נאמנים למציאות, ומרחיקים לפרקים עד למחוזות הגוזמאות והבדיות. דוגמה בלתי ממצה לכך ניתן אף למצוא בקטעים שצוטטו לעיל, בהם מתפאר עטון בקשריו עם שפיר, שאותו הוא מציג כמנכ"ל רכבת ישראל – בעוד הלכה למעשה משמש שפיר כמנהל יחידת המסחר של רכבת ישראל בלבד (לסקירת אי-דיוקים נוספים ראו פסק הדין קמא, פסקה 22).

52. בנסיבות אלו, אין בידי לייחס לאמור בהקלטות משקל רב. אשר למסקנה הנובעת מקביעה זו – כידוע, נהנית הרשות המנהלית בפעולתה מחזקת תקינות, והמבקש לסתור אותה נדרש להביא ראיות שיעוררו ספק מהותי בתקינות פעולתה, או אז יעבור הנטל אל הרשות להראות כי לא נפל פגם במעשיה. לצורך כך, נפסק כי אין די בטענה סתמית המייחסת לרשות כוונות שלא הוכחו, ויש לבסס את הטענה על תשתית ראייתית הולמת (עע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 25 (28.2.2011)). בענייננו, מאחר שאין ברשות המערערת ראיות נוספות לתמיכה בטענותיה, זולת תמלילי השיחות, לא נסתרה לדידי החזקה האמורה. משום כך, לא מצאתי להתערב במסקנותיו של בית משפט קמא אף בהיבט זה.

טענות הקונוניה

53. השגה נוספת בפי המערערת היא כי השתתפותו של עטון במכרז לא הייתה אלא כסות עבור מוניות הדגל, אשר כזכור הגישה אף היא הצעה במסגרת המכרז שנפסלה

בשל אי-עמידתה בתנאי הסף. יודגש, תחילה, כי טענה מסוג זה, משהוכחה כדבעי, עשויה אף היא להוות שיקול מכריע לפסילת המכרז. כפי שהובהר בפסיקת בית משפט זה, קנוניה כדוגמת זו הנטענת, המכונה "נשף מסכות", ראויה היא לכל גינוי, באשר יש בה כדי לעקוף באופן תכסיסני את תנאי הסף של המכרז, להונות את בעליו כך שביצועו יופקד בידי גורם אשר אינו עומד בציפיותיו ובדרישותיו, ובכך לקעקע את התכליות הניצבות בבסיס מוסד המכרז (ראו: ע"א 4522/07 וורצלמן נ' ארז בי-עזר כונס נכסים לחב' רמגיל, פסקה 16 (23.8.2012)).

54. בנסיבות ענייננו, אף יש בשיתוף פעולה מעין זה כדי להוות הפרה בוטה של ההוראות המנויות במסמכי המכרז. זאת, שכן סעיף 27 להזמנה להציע הצעות מורה כך:

"הרכבת שומרת לעצמה את הזכות, לפסול ו/או לדחות הצעתו של מציע, במקרה בו הינה סבורה, שבמילוי ההצעה, נקט המציע בדרך של תכסיסנות ו/או קנוניה ו/או הטעייה ו/או תיאום ו/או הסדר כובל כלשהו עם מציע אחר" (נספח א לעתירה).

וראו, בדומה, סעיף 5.2 לחוזה בין רכבת ישראל לבין הזוכה במכרז, שנוסחו כדלקמן:

"5.2 בכל האמור לזכות לקבלת השירות, המורשה מתחייב בזאת כדלקמן:  
5.2.1 לא להעביר לאחר את ההרשאה, כולה ו/או מקצתה, ולא להרשות לאחר לספק את השירות או חלק ממנו [...] " (נספח א לעתירה).

ואולם, מן הנימוקים שעליהם אעמוד בסמוך, לא מצאתי כי טענת הקנוניה נתמכת דיה בראיות על מנת לקבלה.

55. אדגיש, תחילה, כי אף את טענתה זו סומכת המערערת על אמירות שהשמיע עטון במהלך שיחותיו עם החוקר. מכאן, אפוא, כי אף מבלי לבחון את הדברים לגופם – ישנו קושי לקבלם. זאת לנוכח מסקנתו של בית משפט קמא, שאותה מצאתי לאמץ, לפיה לוקה ראייה זו במהימנותה לנוכח הפירוט הרבות שהתגלו בדבריו של עטון.

56. יתרה מכך, ההפניה לדבריו של עטון בהקלטות אלו היא בבחינת חרב פיפיות עבור המערערת, שכן על פי דברים אלה – אף המערערת עצמה הייתה שותפה, לכאורה, לקנוניה שאותה ניסו המציעים לרקוח מאחורי גבה של עורכת המכרז.

נביט, לשם המחשה, בציטוט שלהלן מתוך השיחה שניהלו עטון והחוקר ביום 7.3.2017, אשר נמנה עם המובאות הרבות שהופיעו בעתירתה של המערערת לבית משפט קמא:

“חיים עטון: [...] אמרתי לו (למנהלה של מוניות הדגל – ‘א’ אני רוצה חמש אלף שקל.

חוקר: אתה רוצה חמש ונותן להם את המכרז?

חיים עטון: ייקחו את זה, את שתי התחנות יעבדו” (נספח טז לעתירה, עמ’ 69, שורות 20-23; וכן ראו עתירת המערערת, עמ’ 24).

אכן, דברים אלה, כשלעצמם, מרמזים כי בין עטון לבין מוניות הדגל התנהלו מגעים למכירת הרשאתו של הראשון להפעלת תחנת המוניות, לאחר שזכה במכרז. ואולם, בחינת הדברים בהקשרם המלא, מלמדת כי יש בהם כדי לקשור את המערערת אל הקנוניה אשר נרקמה לכאורה בין משתתפי המכרז. כך, עוד באותו עמוד מתוך תמליל השיחה, נשמע עטון מתאר את התמקחותיו עם מוניות הדגל, בציינו כי אמר לגורם מטעמה “אני לא בא בלירה וחצי [...] ההוא נתן לי שלוש בטלפון” (נספח טז לעתירה, עמ’ 69, שורות 6-7). התשובה לזהותו של “ההוא” ולפשר הצעתו, ניתנה אך דקות קודם לכן, בדבריו הבאים של עטון:

“[...] אמרתי לו אמרתי לך בוא, הלכתי, עמי (מנכ”ל המערערת – ‘א’ אומר לי בוא אנחנו נעשה עכשיו עסקה, תמשוך את המעטפה, אני נותן לך כל חודש שלוש אלף שקל, אתה לא עושה כלום. [...] אמרתי תן לי לישון עם זה, לא חזרתי אליו” (נספח טז לעתירה, עמ’ 66, שורות 20-24).

57. עינינו הרואות, אם כן, כי בטיעוניה היטיבה המערערת לברור מתוך תמלילי השיחות בין עטון לבין החוקר את אמירותיו השנויות במחלוקת של הראשון, ובתוך כך הסתירה את הקשר ההדוק בין המגעים אשר ניהלו לכאורה שני המשתתפים האחרים במכרז לבין צעדים דומים שנקטה היא עצמה. בנסיבות אלו, ומאחר שעל פי דברים מאוחרים שמסר עטון לחוקר במהלך שיחותיהם, נזנחו הניסיונות לשיתוף פעולה בינו

לבין מוניות הדגל (ראו פסק הדין קמא, פסקה 18) – אין בכוחה של המערערת להיבנות מטענה זו.

התנהלותם של המשתתפים במכרז

58. לבסוף, יש להידרש לטענתה החלופית של המערערת, שלפיה אף אם לא ניתן לקבל את הדברים שמסר עטון בשיחותיו עם החוקר כאמת – די בפגיעה במראית פני הצדק הטמונה בעצם אמירתם, כמו גם בפגמים נוספים שנפלו בהתנהלותו של עטון לאורך הליכי המכרז, כדי להביא לביטול זכייתו.

59. עמדה זו, בבסיסה, נתמכת בפסיקתו של בית משפט זה, בה נקבע זה מכבר כי עורך מכרז רשאי, ואף חייב, לבחון גם שיקולים הנוגעים למהימנותם ולניקיון כפיהם של המתמודדים במכרז, בכפוף לכך שהחלטה בעניין תהיה מבוססת על תשתית עובדתית ראויה (עניין ד"ן, פסקה 47; וראו גם תקנה 22(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, אשר מונה בין אמות המידה שהרשות רשאית לקבוע במכרזיה את אמינותו של המציע).

60. ואולם, כפי שניכר מחומר הראיות, הגם שיש ממש בהסתייגויותיה של המערערת ביחס להתנהלותו של עטון – שאליה הייתה שותפה גם ועדת המכרזים עצמה, אשר בצד החלטתה לאשרר את זכייתו הביעה מורת רוח כלפי משגיו לאורך ההליך – אף הצעדים שנקטה היא עצמה על מנת להביא לזכייתה במכרז אינם ראויים לתשבחות. אעמוד בקצרה על הקשיים הטמונים בהתנהלותם לאורך הליכי המכרז של שני הניצים בערעור שלפנינו.

עטון, מחד גיסא, הצהיר על ניהול רצוף של תחנת מוניות, בעוד התחנה שבבעלותו הושכרה למוניות הדגל ונוהלה על ידיה. כן יש לזקוף לחובתו את השמועות הכוזבות שהפריח במהלך שיחותיו עם החוקר הפרטי בדבר משוא פנים בוועדת המכרזים, בהן יש כדי לפגוע באמון הציבור בהליך המכרז.

המערערת, מאידך גיסא, השתתה משך כחודשיים בפנייתה לוועדת המכרזים, אשר הוגשה ארבעה ימים בלבד טרם שנדרשה להפסיק את פעילותה בתחנה המונית מושא המכרז, לנוכח זכייתו של עטון. בדיעבד, התברר כי שיהוי זה נבע מתוך תחבולה בה נקטה על מנת לנסות להביא לפסילת הצעתו של יריבה. יש לציין כי לשם תחבולה זו, הייתה המערערת נכונה לשאת בתשלום בסך של כ-61 אלף ש"ח לחוקר פרטי –

סכום המהווה, באופן המעורר תמיהה בדבר ענייניות שיקוליה של המערערת, למעלה מ-43% מתוך דמי ההרשאה התלת-שנתיים שהציעה לשלם במסגרת המכרז. זאת ועוד, משהואילה לבסוף המערערת לפנות לוועדת המכרזים, לאחר שהיו ההקלטות בידיה, עשתה כן בלשון בוטה ומשתלחת כלפי שפיר – עובד ציבור שאיתרע מזלו להשתרעב אל תוך דברי הרהב סרי הטעם שהשמיע עטון. ראו, לשם המחשה, את הדברים שלהלן, אשר הופיעו במכתב שנשלח מטעם באי כוח המערערת לשפיר ביום 5.4.2017:

”גם מקומך אביעד לא נפקד. לך יש היכרות מוקדמת עם פאפו ואף הוא תיגמל אותך בטובת הנאה – כרטיס למשחק הכדורגל של מכבי חיפה. האינטרסים שלכם נפגשו: הוא רצה לזכות, אתה עוין זה שנים את מרשתי, ואתה אף העברת לו מידע חסוי הקשור למרשתי ולהליכי המכרז” (נספח יב לעתירה, עמ’ 28).

61. הנה כי כן, המתואר לעיל אינו משקף, בלשון המעטה, את שעתו היפה של המכרז הציבורי. לא בכדי פתחתי, כמושכלות ראשונים, בהלכה שלפיה בית משפט זה אינו משמש כמעין “ועדת מכרזים עליונה”, אלא בוחן את סבירות החלטתה של ועדת המכרזים ואת תקינות ההליך שאותו ניהלה. בענייננו, התרשמתי כבית משפט קמא כי אכן ערכה הוועדה הליך בירור מעמיק ויסודי, במסגרתו ניתנה הזדמנות הן למערערת להשמיע את קובלנותיה; הן לעטון להתגונן מפניהן בכתב ובשימוע בעל-פה, בו נדרש לנפק תשובות לשאלותיהם של חברי ועדת המכרזים. בסופו של יום, “אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות”, ומשלא נסתרה חזקת התקינות העומדת לזכות הוועדה – נכון אני לייחס משקל מכריע לעמדתה, המבוססת על מומחיותה ועל התרשמותה הבלתי אמצעית מעטון.

109 דבר

62. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את הערעור, ולחייב את המערערת בתשלום הוצאותיהם של המשיבים בהליך זה, בסך של 20,000 ש”ח לכל משיב.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט אלרון.

ניתן היום, ג' אדר, תשע"ח (18.2.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט