

## בית המשפט העליון

### עמוד שער להודעת פקס

אל : דנינו יגאל

מספר פקס : 046043539

מאת : מזכירות בית המשפט העליון

מספר פקס : 02 6759648

מספר טלפון : 077-2703333

מועד השליחה : 14/03/2022 17:57:48

### החלטה בתיק ע"מ 006629/21



פסק הדין), בגדרו נמחקה עתירת המערערת נגד מכרז שפרסם המשיב 1 (להלן: משרד החוץ) בנימוק כי העתירה מיצתה עצמה והפכה לתאורטית.

רקע הדברים ופסק הדין

1. מזה כ-27 שנה שמופעלת בישראל, בשיתוף של משרד החוץ ומשרדי ממשלה נוספים, תכנית השתלמות בחקלאות, שמטרתה המוצהרת היא להעניק הכשרה מעשית ותיאורטית בתחומי החקלאות לסטודנטים זרים ממדינות מתפתחות, הלומדים בארצותיהם לימודים אקדמיים או לימודי תעודה בתחומי החקלאות השונים (להלן: התכנית).

2. התכנית הופעלה לאורך השנים על ידי מספר מצומצם של מרכזי השתלמות, שהיו אחראים על התוכן העיוני של התכנית ועל ההכשרה המעשית של המשתלמים באמצעות בעלי משקים חקלאיים ששימשו כחונכים. מרכזי ההשתלמות היו אחראים, בנוסף, על גיוס המשתלמים ממדינות המוצא ועל התקשרות עם הגופים הרלבנטיים במדינות המוצא שמהן הגיעו המשתלמים.

3. עד לשנת הלימודים 2020-2021, פעלה התכנית ללא נוהל מסודר ואמות מידה באשר לאופן בחירת מרכזי ההשתלמות המפעילים את התכנית, והתגלו בה קשיים וליקויים שונים שנתקפו במספר הליכים משפטיים, ובכלל זה בעתירות שנשמעו בפני בית משפט זה (בג"ץ 7974/19; בג"ץ 7140/20; בג"ץ 3717/21, שעודנו תלוי ועומד). נוכח הביקורת שספגה התכנית, הוחלט על הקמת ועדה בין-משרדית שתפעל לגיבוש נוהל שתכליתו להסדיר את עבודת משרדי הממשלה השונים הנוגעים לתכנית ההשתלמות. ביום 2.6.2020 פורסמה להערות הציבור טיוטת הנוהל שגובשה על ידי הוועדה וביום 8.4.2021 פרסם משרד החוץ את הנוהל בנוסחו הסופי (להלן: הנוהל).

4. ביני לביני, התקבלה ביום 6.12.2020 החלטת ממשלה "משתלמים זרים בענף החקלאות ותיקוני החלטות ממשלה" (החלטה מס' 621; להלן: החלטת הממשלה) שבה נקבע, בין היתר, כי מרכזי ההשתלמות יבחרו בהליך תחרותי שוויוני.

5. בהתאם להחלטת הממשלה ולנוהל, פרסם משרד החוץ ביום 26.4.2021 מכרז לבחירת מרכזי ההשתלמות שיפעילו את התכנית (מכרז פומבי 14/2021 תוכנית משתלמים זרים בענף החקלאות: הקצאת משתלמים מחו"ל למרכזי הכשרה – אגף מש"ב – משרד החוץ; להלן: המכרז). מכרז זה הוא שעומד במוקד ההליכים בענייננו.

6. במכרז צוין, בין היתר, כי מטרתו "ליצור רשימה הכוללת 8 מרכזי השתלמות שיפעילו את התוכנית" בכפוף לכך שיעמדו בתנאים שפורטו בו (סעיף 7 למכרז) וכי

מכסה של 4,000 משתלמים תחולק בין מרכזי ההשתלמות הזוכים בהתאם לאמות המידה הקבועות במכרז. עוד נקבע במכרז כי תקופת ההתקשרות עם הזוכים תהיה לשנה אחת, כאשר למשרד החוץ שמורה האפשרות להאריך מעת לעת את ההתקשרות לשנה נוספת, וזאת עד לתקופה מצטברת של שלוש שנים. כמו כן נקבע כי משרד החוץ יהיה רשאי לפרסם מכרז חדש בתום שנת הלימודים הראשונה (2021-2022), שהוגדרה כ"שנת ניסיון" (סעיפים 12-13 למכרז, בהתאמה).

7. המערערת, חברת אטלנטיס מרכזי הכשרה לחקלאות בע"מ, הגישה את מועמדותה למכרז ביום 29.4.2021, אך ביום 1.6.2021 עתרה נגדו לבית המשפט קמא, בטענה כי חלק מתנאיו מפלים באשר הם נועדו לחסום מועמדים חדשים – עמם נמנית המערערת – מלזכות במכרז. בהקשר זה יוער כבר כאן, במאמר מוסגר, ואף שלא עלתה מפי המשיבים טענה בעניין זה, כי העובדה שהעתירה הוגשה לאחר שהמערערת החליטה להשתתף במכרז ואף הגישה בו הצעה, אינה מהווה מכשול בפני העתירה הואיל והעתירה הוגשה על ידה לפני המועד האחרון שנקבע להגשת הצעות במכרז ועוד טרם שנתברר לה כי הצעתה נפסלה (ראו והשוו: ע"מ 9289/20 לייט טי.אל.וי.אן.טי.איי בע"מ נ' נת"ע – נתיבי תחבורה עירוניים להסעת המונים בע"מ, פסקה 17 (20.5.2021); בג"ץ 126/82 טיולי הגליל בע"מ נ' ממשלת ישראל – משרד התחבורה, פ"ד לו(4) 44, 48 (1982); וראו, בנוסף, עומר דקל מכרזים כרך שני-377-372 (2006) (להלן: דקל)).

8. בעתירתה, ביקשה המערערת כי בית המשפט יורה על ביטול סעיפים שונים במכרז, ובכלל זה עתרה לבטל את סעיף 29 אשר קובע, כתנאי סף, כי על המציע להיות "מוסד השכלה" או "מוסד להכשרה מקצועית" וכן את התנאים שבהם צריך לעמוד מציע על מנת שיחשב מוסד כאמור. המערערת תקפה, בנוסף, את הקריטריונים שבהם צריך לעמוד כל מציע ואת הניקוד שיינתן להם. בתוך כך תקפה המערערת את הקריטריונים הנוגעים לוותק הדרוש בהפעלת תכניות לימודים ולניסיון קודם בכיצוע תכניות לימודים למשתתפים מחו"ל ובגיוס משתתפים מחו"ל. המערערת עתרה, בין היתר, גם לביטולם של סעיף 56 הקובע ניקוד מינימלי אשר אי עמידה בו תביא לפסילת הצעה על הסף; סעיף 65 הקובע כי בחינת הצעות המחיר תתבצע רק לאחר בחינת עמידה בתנאי הסף; סעיף 69 שעניינו אופן חלוקת הקצאות המשתלמים; וסעיף 72 המאפשר לוועדת המכרזים להגביל את מכסת המשתלמים למרכז שלא הפעיל את התכנית בעבר, ל-50 משתלמים בלבד. כמו כן טענה המערערת כי יש להגדיל את מספר הזוכים במכרז והעלתה טענות לגבי אופן חלוקת מכסת המשתלמים ביניהם.

9. סמוך לאחר הגשת העתירה, הגישה המערערת ביום שישי ה-4.6.2021 בקשה לצו ביניים שיורה על עיכוב הליך המכרז עד להכרעה בעתירה. ביום 6.6.2021 דחה בית המשפט קמא את הבקשה בציינו כי משעה שזו הוגשה ביום שישי, על פי סדרי הדין החלים, המועד הקובע להגשתה נדחה ליום ראשון ה-6.6.2021, שזהו יום אחד בלבד לפני המועד האחרון שנקבע במכרז להגשת הצעות. צוין כי בסד הזמנים שנוצר לא ניתן יהיה לקבל את תגובת משרד החוץ. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי יש לדחות את הבקשה מהטעם שדבק בה שיהוי ניכר והורה למשרד החוץ להגיש את תגובתו לעתירה בהליך העיקרי.

10. על החלטה זו הגישה המערערת בקשה לעיון מחדש, שנדחתה אף היא. בהחלטה צוין כי הבקשה לצו ביניים הוגשה בשיהוי; כי הדרך להשיג על החלטה אינה באמצעות בקשה לעיון חוזר; כי המערערת לא צירפה לעתירה ולבקשה לצו ביניים את המרכזים הפעילים בתחום; וכי סיכויי העתירה נמוכים ומאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת משרד החוץ ויתר המציעים שהשתתפו במכרז. המערערת אף חויבה בתשלום הוצאות בסך 7,000 ש"ח.

11. ביום 11.7.2021 הודיעה ועדת המרכזים למערערת כי הצעתה נדחתה מאחר שאינה עומדת בתנאי הסף שנקבעו בסעיף 29 (אותו כאמור תקפה המערערת ישירות), ובסעיף 31 (שלא נתקף ישירות בעתירה), ולפיו מציע מחויב להציג בהצעתו צוות מקצועי שכולל מרצים בעלי ניסיון קודם בהדרכת משתתפים מחו"ל בתחומי החקלאות, בהתאם לקריטריונים מסוימים. משהובאה החלטת ועדת המרכזים לעיונו של בית המשפט קמא, התבקשה המערערת להודיע אם בנסיבות אלו בכוונתה לתקן את העתירה, וביום 15.7.2021 הודיעה האחרונה כי אין בכוונתה לעשות כן.

12. ביום 29.7.2021 נבחרו חמש זוכות במכרז – המשיבות 2-5 והמכללה האקדמית כינרת, שלא צורפה כמשיבה לעתירה. המשיבות כולן, וכן המכללה האקדמית כינרת, הפעילו בעבר מרכזי השתלמות מתוקף התכנית.

13. ביום 12.9.2021 ניתן פסק דינו של בית המשפט קמא, ובו נמחקה העתירה על הסף. בפסק הדין צוין כי המערערת לא תקפה בעתירה את סעיף 31 למכרז, שכאמור מהווה תנאי סף, ומכאן שאף אם תתקבל העתירה במלואה, המערערת לא תוכל לזכות במכרז. כמו כן צוין בפסק הדין כי המערערת לא תיקנה את עתירתה אף שניתנה לה רשות לעשות כן, ובנסיבות אלו יש לראותה כמי שהשלימה עם החלטת ועדת המרכזים שלפיה היא לא עמדה בתנאי הסף אשר נקבעו במכרז. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי העתירה "מיצתה את עצמה ומכל מקום, הפכה לתאורטית". בית המשפט קמא ציין כי מסקנתו עומדת אף מבלי להידרש ליתר טענות המשיבים, אשר לא מן הנמנע כי היו

מצדיקות גם הן את סילוק העתירה על הסף. כפועל יוצא מכך, טענות המערערת באשר לפגמים שנפלו במכרז לא נבחנו לגופן, והיא חויבה בהוצאות בסך 10,000 ש"ח.

14. על פסק דינו של בית המשפט קמא הגישה המערערת את הערעור שלפנינו, ובו היא טוענת כי לא היה מקום לסלק את העתירה על הסף. לטענתה, בית המשפט קמא שגה בקובעו שהעתירה מיצתה עצמה והפכה תיאורטית, וזאת מכמה טעמים. ראשית, נטען כי המכרז מתחדש בכל שלוש שנים ומתייחס לשלושה מחזורי לימוד, ומכאן שהעתירה "צופה פני עתיד", שכן היא מוכוונת גם כלפי מחזורי הלימוד הבאים. שנית, המערערת טוענת כי בעתירה נתקפה שיטת הניקוד של המכרז ועל כן, אילו בית המשפט קמא היה דן בטענתה זו לגופה ומוצא להתערב בשיטת הניקוד כמבוקש על-ידה, הדבר היה משפיע על זהות הזוכים במכרז כמו גם על מכסת המשתלמים שתחולק ביניהם בשנות המכרז. לכך מוסיפה המערערת וטוענת כי לו בית המשפט קמא היה דן בכל הסעדים שהתבקשו במסגרת העתירה, המערערת הייתה יכולה לצלוח את תנאי הסף שנקבעו במכרז ועוד נטען כי העובדה שבית המשפט קמא דחה את הבקשה לצו ביניים היא שהובילה לכך שהעתירה הפכה תאורטית. לגופו של עניין המערערת טוענת כי המכרז נותן עדיפות למרכזים ותיקים ומפלה מרכזים חדשים. זאת, בין היתר, בשל תנאי הסף והקריטריונים השונים שפורטו בו, שעניינם בניסיון קודם של המציעים, אשר מאפשרים, לטענתה, רק למרכזים ותיקים לקבל ניקוד החוצה את ניקוד הסף המינימלי הדרוש לזכייה במכרז, כפי שאף מעידות תוצאות המכרז.

15. ביום 25.11.2021 הגיש משרד החוץ בקשה לדחיית הערעור על הסף בטענה כי המערערת לא התמודדה בטיעוניה עם הנימוק שעמד בבסיס פסק הדין ולפיו אף אם עתירתה הייתה מתקבלת במלואה לא הייתה צומחת לה כל תועלת מכך, מהטעם שהצעתה אינה עומדת בתנאי הסף של המכרז. נטען כי שיטת הניקוד אינה משפיעה על עמידה בתנאי הסף, ומשכך אין בשינויה כדי להשליך על הצעת המערערת. עוד נטען, כי בינתיים בוצעו התקשרויות עם הזוכים ורוב מרכזי ההשתלמות החלו לפעול ולפיכך, מדובר ב"מעשה עשוי" וגם מהטעם הזה סבר משרד החוץ כי דין הערעור להידחות על הסף. בקשה זו נדחתה ביום 25.11.2021 (השופטים ע' פוגלמן, י' עמית ו-נ' סולברג) ובעקבות כך הוגשו סיכומי משרד החוץ, שבהם שב המשרד על עיקר הטענות שהועלו על ידו בבקשה לדחייה על הסף. כמו כן הוסיף משרד החוץ וטען כי דין הערעור להידחות גם מהטעם שהמערערת נעדרת זכות עמידה. בהקשר זה נטען כי מאחר שהצעת המערערת נפסלה על הסף, היא למעשה לא נפגעה מתנאי המכרז שנגדם היא טוענת. עוד נטען כי אין לראות במערערת עותרת ציבורית, משום שאינה בעלת מומחיות רלוונטית. לגופן של הטענות, משרד החוץ סבור כי הערעור אינו מגלה עילה

להתערבות של בית משפט זה באשר הערעור נסוב על סוגיות המצויות בלב שיקול הדעת המקצועי של ועדת המכרזים אשר בהן, על פי ההלכה הפסוקה, בתי המשפט אינם נוהגים להתערב. מכל מקום, משרד החוץ טען כי תנאי המכרז, סבירים, שוויוניים והוגנים.

16. המשיבות 2-5 מצדדות בקביעות שבפסק הדין וטוענות כי בדין הורה בית המשפט קמא על מחיקת העתירה על הסף. המשיבות מוסיפות וטוענות כי המערערת לא צירפה בראשית ההליך שנשמע בפני בית המשפט קמא את כל מרכזי ההשתלמות שפעלו בתכנית כמשיבות, וזאת על אף שהסעדים שהתבקשו בעתירה נועדו לשלול מהן את האפשרות לגשת למכרז. בהקשר זה טוענות המשיבות כי אף שהן עצמן צורפו בסופו של יום, ביוזמתן, כצד להליך, המכללה האקדמית כנרת שהפעילה בעבר מרכז הכשרה ואף זכתה במכרז - לא צורפה. לשיטת המשיבות, די היה באי צירופם של כל הצדדים הרלבנטיים להליך כדי להקים עילה למחיקת העתירה. לבסוף טענו המשיבות כי יש לדחות את טענות המערערת נגד המכרז גם לגופן.

דיון והכרעה

17. לאחר שעיינתי בפסק הדין ושקלתי את טענות הצדדים – אלה שנטענו בכתובים ואלה שנטענו בעל-פה בדיון שהתקיים לפנינו – מצאתי לקבל את הערעור ולהורות על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שידון בעתירה לגופה.

18. כאמור, בית המשפט קמא סילק את העתירה על הסף בהחלטה תמציתית, שבה צוין כי המערערת לא תקפה בעתירתה את תנאי הסף שנקבע בסעיף 31 למכרז, וזאת אף שוועדת המכרזים קבעה כי היא לא עמדה בהוראות סעיף זה. משכך, קבע בית המשפט קמא כי העתירה הפכה תאורטית ולא נמצא טעם לדון בטענות המערערת שביקשה לתקוף הוראות אחרות שנקבעו במכרז. קביעה זו אינה מתיישבת עם ההלכה הנוהגת עמנו ולפיה גם לעותר שהצעתו למכרז נפסלה נתונה זכות עמידה ויש באפשרותו לטעון לפגמים שנפלו במכרז או בהצעה הזוכה. בהקשר זה נפסק כי הכרה בזכות העמידה גם לעותר שהצעתו נפסלה, מקדמת את תקינות המינהל הציבורי ואת השמירה על טוהר המכרז, והוטעם כי רשות ציבורית, ביודעה כי היא חשופה לביקורת גם על ידי מי שלא יכול לזכות במכרז, תקפיד בהליכותיה ובמעשיה (ע"א 8416/99 אי.איי.אם אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע"מ נ' מפעל הפיס, פ"ד נ"ד(3), 425 (2000); ע"א 7699/00 טמג"ש חברה לניהול ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' רשות הניקוז קישון, פ"ד נה(4) 883, 873 (2001); עע"מ 6861/11 י.א.א. אחזקה ושירותים בע"מ נ' עיריית באר שבע, פסקה 34 (26.8.2015); ע"א 5035/98 משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 11, פסקה 8 (2002); דקל, בעמ' 350-351).

יישום הלכה זו בענייננו מוליך אל המסקנה כי אף אם המערערת לא תקפה את תנאי הסף שבגיננו קבעה ועדת המכרזים כי יש לדחות את הצעתה, אין בכך כדי לשלול ממנה את האפשרות לתקוף את המכרז ולהשיג על הוראותיו. הדברים חלים ביתר שאת בהינתן הטענות העקרוניות שהעלתה המערערת, לפיהן תנאי הסף ושיטת הניקוד שנקבעו במכרז מפלים מרכזים חדשים וחוסמים בפניהם מלכתחילה את הדרך לזכות בו. לשיטת המערערת, פגמים אלו במכרז אף תרגמו עצמם, בפועל, לתוצאה שנתקבלה ולפיה רק מרכזים ותיקים זכו במכרז. נוכח האמור, לא היה מקום להורות על סילוק העתירה על הסף וראוי היה לדון בטענות לגופן.

19. זאת ועוד – המערערת טענה לפנינו כי מבחינה מהותית העתירה, במתכונת שהוגשה, תקפה גם את הוראת סעיף 31 למכרז. לשיטתה, היא הלינה על כל דרישות המכרז לניסיון קודם, לרבות הדרישות לניסיון קודם שנקבעו בסעיף 31 למכרז. טענה זו אף היא ראוי לה כי תיבחן במסגרת דיון בעתירה לגופה, וזאת לצד יתר הטענות שהעלתה המערערת נגד תנאי המכרז. לפיכך, אציע לחבריי כי נורה על השבת הדיון בעתירה לבית המשפט קמא על מנת שכך יעשה.

20. אוסיף ואציין כי אין לקבל את טענת המשיבים לפיה דין הערעור להידחות מהטעם שהמכרז יצא אל הפועל ומשכך ניצבים אנו בפני "מעשה עשוי". כמפורט לעיל, במכרז נקבע כי ההתקשרות עם הזוכים היא לתקופה של שנה, ובסיומה רשאי יהיה משרד החוץ להאריך את ההתקשרות, מעת לעת, בשנה נוספת עד לתקופה מצטברת של שלוש שנים. המערערת אף הבהירה שאינה מבקשת לעצור את מחזור הלימודים הנוכחי וכי מבוקשה הוא שמשרד החוץ יפרסם מכרז חדש לקראת שנת הלימודים הבאה תוך תיקון הפגמים שנפלו, לשיטתה, במכרז. אין לומר, אפוא, כי המכרז בא אל קיצו או כי הפעולות נושא המכרז הושלמו והן בגדר מעשה עשוי, המצדיק את דחיית הערעור. יתרה מכך, גם במקרים שבהם זוכה במכרז החל בביצוע העבודה, ואף השלים את העבודות כולן, יש בידי בית המשפט אפשרות להעניק סעדים שונים אם מצא כי נפל פגם במכרז (ראו, למשל: ע"מ 3719/13 ש. מרדכי עבודות עפר בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון (6.9.2018)); בג"ץ 5023/91 ח"כ אברהם פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992); דפנה ברק-ארז "סעדים כספיים במכרזים ציבוריים – בין זכויות לתמריצים" 957 ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021)).

21. אף לא מצאתי כי אי-צירוף המכללה האקדמית כינרת – הזוכה החמישית במכרז – כמשיבה לעתירה, חורצת את גורלה של העתירה לדחיה. זאת שכן ככל שבית המשפט המחוזי שאליו יוחזר הדיון יסבור שהמכללה היא צד דרוש להליך, נתונה לו



הסמכות להורות מיוזמתו על צירופה לעתירה מכוח תקנה 6(ב) לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 (לעניין זה ראו והשוו עם ע"מ 10815/02 יראב שירותי נוי (1985) בע"מ נ' עיריית באר-שבע, פסקה 4 (2.3.2003)).

21. סוף דבר – לו תישמע דעתי נקבל את הערעור, נבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, והדיון יוחזר לבית המשפט המחוזי לבירור העתירה לגופה.

לבסוף אציע לחבריי כי בנסיבות העניין ונוכח התוצאה שאליה הגעתי נחייב את המשיב 1 לשאת בהוצאות המערערת ובשכ"ט עו"ד בערעור בסך של 15,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"א באדר ב' התשפ"ב (14.3.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה

---

גק 21066290\_V06.docx

<https://supreme.court.gov.il> , אתר אינטרנט, \*3852,077-2703333 טל' מרכז מידע,