|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי במרכז-לוד כבית-משפט לעניינים מנהליים** | | |
|  | | |
| עת"מ 64342-05-16 נטע עופר עבודות ביוב ומים בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הביטחון ואח' | | 7 פבר 2017 64342-05-16 |
|  | | |
| **השופטת** | ורדה מרוז - סג"נ | |
|  | | |
| **העותרת** | נטע עופר עבודות ביוב ומים בע"מ ע"י עו"ד איל קרמר | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיבים** | 1. מדינת ישראל משרד הביטחון 2. אבנרי שאיבות בע"מ  ע"י עו"ד ארז שטיינברג מפמ"מ אזרחי עו"ד שירן קובי | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

**מבוא**

1. עניינה של עתירה זו, בבקשת העותרת להורות על ביטול החלטת ועדת המכרזים של משרד הביטחון (להלן ובהתאמה: "ועדת המכרזים" ו-"משרד הביטחון") מיום 25.2.16 בדבר זכיית חברת אבנרי שאיבות בע"מ (להלן: "המשיבה") במכרז מס' 100422258 (להלן: "ההחלטה" וה- "המכרז") ולהכריז על הצעתה כזוכה במכרז או לחילופין, להשיב את הדיון בתוצאות המכרז לוועדת המכרזים. העותרת טוענת כי החלטת וועדת המכרזים נגועה בחוסר סבירות קיצוני ונוגדת את תקנת הציבור בהיותה תכסיסנית וגרעונית.**המכרז**
2. המכרז עוסק בעבודות ביוב במחנות צה"ל ולו שני ראשים; האחד, אחזקת מתקני ביוב ושאיבת שפכים ומעברים המצויים במרחב התפר במחנות צה"ל – הוא המכרז נושא העתירה והשני, מכרז שעניינו הסכם לעבודות מיוחדות לשאיבת שפכים במתקני מרחב התפר (מכרז שמספרו 1000422259 להלן: "מכרז ב'").
3. במוקד המכרז חמישה סוגי מחנות צבא המסווגים על פי נפח שאיבת מי הביוב בכל אחד מהם ומספר טיפולי התחזוקה מהלך חודש ימים; סוגי המחנות ממוספרים ממס' 1 עד מס' 5. המציעים נדרשו לתמחר עבודות אחזקת מתקני ביוב ושאיבת שפכים בכל מחנה ומחנה על פי סיווגו ובהתאם לנפח כמויות השאיבה כפי שפורט במכרז. תקופת המכרז בגין מחנות 1 – 4 נקבעה ל- 36 חודשים עם אופציה להארכה בשנתיים נוספות. ביחס למחנה 5 – תקופת המכרז נקבעה ל- 24 חודשים, אשר בסיומם יחובר המחנה למערכת הביוב. להלן טבלה המרכזת את נתוני המחנות, סיווגם, היקפי השאיבה הצפוי בהם ופירוט הצעות העותרת והמשיבה:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **סוג מחנה** | **מס' המחנות** | **נפח שאיבה לחודש** | **הצעת העותרת** | **הצעת המשיבה** |
| מחנה סוג 1 | 17 | ללא צורך בשאיבת ביוב שוטפת – רק טיפולים תקופתיים ואחזקה מונעת | 1,750 ₪ לחודש | 4,000 ₪ לחודש |
| מחנה סוג 2 | 12 | נפח שאיבה עד 100 מ"ק לחודש | 3,600 ₪ לחודש | 5,000 ₪ לחודש |
| מחנה סוג 3 | 6 | נפח שאיבה 100 עד 250 מ"ק לחודש | 12,000 ₪ לחודש | 6,000 ₪ לחודש |
| מחנה סוג 4 | 4 | נפח שאיבה 250 עד 500 מ"ק לחודש | 14,900 ₪ לחודש | 7,000 ₪ לחודש |
| מחנה סוג 5 | 1 | נפח שאיבה עד 1,150 מ"ק לחודש | 50,000 ₪ לחודש | 8,000 ₪ לחודש |
| מבנה טכני מסוג 1 | 9 | ללא צורך בשאיבת ביוב שוטפת – רק טיפולים תקופתיים ואחזקה מונעת | 490 ₪ לחודש | 4,445 ₪ לחודש |
| **סה"כ תמחור המחנות** | | | **8,722,560 ₪** | **8,544,180 ₪** |

1. ההצעות שהוגשו נבחנו על ידי וועדת המכרזים. העיון בהצעת העותרת מזה והצעת המשיבה מזה מלמד על פער ניכר בין תמחור המחנות השונים, הגם שהסכומים המשוקללים של שתי ההצעות קרובים מאוד זה לזה והפער ביניהן עומד על סך 178,380 ₪ – פער מזערי בשיעור של 2.085%.**ההליכים**
2. סמוך לאחר שהוכרזה המשיבה כזוכה במכרז, הגישה העותרת עתירה בגדרה בקשה לחייב את משרד הביטחון לאפשר לה לעיין במסמכי המכרז ובהצעת המשיבה ללא המגבלות בהן הותר העיון (עת"מ 55829-03-16 - להלן: "העתירה הראשונה"). בהתאם להסכמות אליהן הגיעו הצדדים, ניתן פסק דין לפיו נמחקה העתירה הראשונה ומסמכים נוספים הועברו לעיון העותרת.
3. בחלוף כשלושה שבועות ממועד קבלת המסמכים הנוספים, הגישה העותרת את עתירתה דנן.**חזית המחלוקת**
4. הצדדים חלוקים בשאלה אם המחיר המשוקלל הסופי של כל אחת מההצעות - הוא הקובע איזו מציעה זכאית לזכות במכרז או שמא יש לבחון תמחור כל מחנה בנפרד, זאת נוכח טענת העותרת כי הצעת המשיבה לוקה בתכסיסנות שבאה לביטוי ב'העמסת מחירים' המקימה עילה לפסילתה. סוגיה נוספת השנויה במחלוקת היא דרך גזירת המחירים - האם יש לגזור אותם מהיקף נפח הביוב או ממקור אחר?**טענות העותרת**
5. העותרת טוענת כי המשיבה העמיסה בהצעתה מחירים ועל כן הצעתה תכסיסנות. לשיטתה, המשיבה תמחרה חלק מרכיבי המכרז במחיר גבוה ובלתי סביר על חשבון חלק אחר שתומחר במחיר נמוך ובלתי סביר – הכול בהתאם לשיקולי רווח והפסד של המשיבה ובהתעלם מהעלויות בפועל. בהתנהלות זו יש משום פגיעה בעקרונות דיני המכרזים המקימים עילה לביטול הזכייה.
6. העותרת טוענת, כי שיטת התמחור בה נקטה המשיבה נסמכת על הנחות והשערות, אשר אם יתבדו, תהפוך הצעתה לגרעונית עד כדי אי עמידה במימושה.
7. העותרת טוענת כי דרוג המחנות וסיווגם נקבע בהתאם להיקף שאיבת השפכים, רצף השאיבה ואורך תקופת המכרז. במרבית המחנות נפח השאיבה נאמד בשיעור נמוך שנע בין 100 ל – 250 מ"ק לחודש, ובחלקם כלל לא מתבצעת שאיבה. החריג הוא מחנה 5 המכונה גם 'מחנה צופים' – בו נפח השאיבה החודשי מגיע לכ -1,150 מ"ק, שיעור המהווה למעלה מ-30% מנפח השאיבה בכלל המחנות (להלן: "מחנה 5" או "מחנה צופים"). בהתאמה להיקף השאיבה נקבעה שכיחות עבודות טיפול ותחזוקה במחנות – בחלקם תתבצענה אחת לשלושה חודשים ובאחרים, אחת לשישה חודשים. חלקו הארי של מחנה צופים בולט ביחס לכלל עבודות השאיבה נושא המכרז.
8. חרף האמור, טוענת העותרת, כי המשיבה תמחרה את מחנה צופים בעלות של 8,000 ₪ לחודש, המהווה שיעור של 2.25% (!) מכלל הצעתה. מנגד, בגין מחנות מסוג 1 – בהם כלל לא נדרשת שאיבה – ובגין מחנות אחרים בהם שיעור השאיבה נמוך ועומד על 100 עד 250 מ"ק לחודש - תמחרה המשיבה מחירים בעלויות בין 4,000 ל – 7000 ₪ - סכומים שאינם מתיישבים עם היקף השאיבה הנמוך, קל וחומר שאינם עולים בקנה אחד עם תמחור מחנה צופים.
9. העותרת מטעימה, כי במבחן ההיגיון והשכל הישר, שומה היה על המשיבה לתמחר את מחנה צופים – שהיקף השאיבה ממנו גבוה בעשרות מונים מהיקף השאיבה במחנות אחרים – על סכום גבוה בהתאמה. בפועל, עבור מחנה 1 – בו לא נדרשת שאיבה – הציעה המשיבה סך 4,000 ₪ ובגין מחנה צופים אשר היקף השאיבה בו מגיע לכ- 1,150 מ"ק - סך של 8000 ₪, ללמדך על העדר התאמה בין היקף העבודות לתמחור המחנות. ההצעה עבור קו"ב שפכים במחנה 5 עומדת על סך של 3.47 ש"ח לקו"ב. ההצעה בגין קו"ב שפכים במחנות אחרים עולה עשרות מונים. הנה, הצעת המשיבה בכללותה נעדרת שיטה וסבירות ויש בה העמסת מחירים.
10. תימוכין לטיעוניה, מבקשת העותרת למצוא בהצעה שהגישה המשיבה במכרז ב' העומדת על סכום של 83,087 ₪ בגין שאיבת שפכים במחנה 5, קרי סך של 72.25 ש"ח לקו"ב לעומת סך של 3.47 ש"ח לקו"ב במכרז דנן.
11. להמחשת האבסורד שבהצעת המשיבה, הציגה העותרת את הפרטים הבאים; משאית שאיבה גדולה מכילה כ- 16 קו"ב שפכים, ומופעלת על ידי 2 אנשים. ביום עבודה ניתן לבצע כ- 6 שאיבות ופריקות של שפכים. משכך, על מנת לפנות 1,150 קו"ב שפכים נדרשות 72 הובלות משאית, קרי 12 ימי עבודה מלאים ל- 2 אנשים. על כך יש להוסיף עלויות פינוי השפכים לאתר מורשה (עשרות ש"ח לכל קו"ב שפכים).
12. העותרת טוענת כי המשיבה 'הרכיבה' את הצעתה על בסיס שיקולי רווח ונהגה בחוסר תום לב, כאשר נסמכה על השערות שאינן מבוססות, בעיקר בנוגע לתקופת המכרז בזיקה להתנהלות צפויה של משרד הביטחון, אשר לא מן הנמנע כי יעכב את חיבור מחנה 5 למערכת הביוב.
13. העותרת מוסיפה, כי בתגובתה ערכה המשיבה חישובים מוטים שנועדו להסוות את התכסיסנות שבהצעתה. כך, חישוביה נסמכו על טווח כמויות מקסימאלי לשאיבה בכל סוג מחנה, בעוד שהדרך הנכונה היא לחשב את כמות השאיבה הממוצעת, כפי שפורסמה בטבלת "נתונים על מתקני ביוב וכמות שאיבות" המצורפת למכרז (סה"כ 3,789 מ"ק).
14. העותרת טוענת כי המשיבה נקבה במחירים נמוכים בצורה חריגה בגין אחזקת מערכות תברואה במחנה סוג 5 ובמחירים גבוהים בצורה חריגה בגין אחזקת מערכות תברואה במחנה סוג 1. כך, אף ביחס למבנה טכני מסוג 1 ולמחנות מסוג 3 ו-4, הכל כחלק מטקטיקה של העמסת מחירים תוך הוזלה מלאכותית של הצעתה.
15. העותרת מוסיפה כי המשיבה התעלמה מהנחת המוצא במכרז לפיה בתום שנתיים ממועד פרסום המכרז יחובר מחנה צופים למערכת הביוב או אז, יצומצם היקף השאיבה בכ-30% - נתון שאינו בא לכדי ביטוי בהצעה.
16. העותרת מדגישה כי על פי הצעתה - חיבור מחנה צופים למערכת הביוב והפיכתו למחנה מסוג 1 יוזיל את התשלום החודשי בסכום של 48,250 ₪ (מ – 50,000 ₪ ל – 1,750 ₪ לקו"ב) לעומת הפחתה בסך 4,000 ש"ח בלבד על פי הצעת המשיבה.
17. העותרת מוסיפה כי אם יוספו מחנות – והדבר לא מופרך על פי תנאי המכרז, אזי הצעת המשיבה תהפוך לגרעונית ולא תעמוד בתנאי המכרז. לעניין זה, אין לקבל את עמדת המשיבה לפיה הסבירות למימוש צפי זה נמוכה. העותרת הבהירה כי די בהוספת 2-3 מחנות מסוג 5 כדי לדרדר את הצעת המשיבה להצעה גרעונית.
18. העותרת הטעימה, כי המשיבה זומנה לשימוע לפני וועדת המכרזים לנוכח התמיהות שעלו מהצעתה אולם נמנעה מלמסור הסברים והסתפקה בתשובה לאקונית לפיה בכוונתה ל'עמוד במלוא התחייבויותיה' – הא ותו לא.
19. העותרת מוסיפה, כי ההבהרה שמסרה המשיבה בדבר כוונתה 'להיפטר' משפכי מחנה צופים (מסוג 5) ב"קו מאסף" עומדת בניגוד לתנאי המכרז, מה גם שבהמשך שינתה המשיבה את טעמה ובתגובתה לבקשה לצו ביניים בעתירה הראשונה לרבות בדיון בעתירה גופה, הודיעה כי אין בכוונתה לפנות השפכים ל"קו מאסף" ובשלב זה היא עושה מאמצים לאתר מקום שפיכה חלופי אשר יעמוד בתנאי המכרז. יוצא, כי אין ברשות המשיבה מתווה התומך בהצעתה ומסביר את פשר העלות הנמוכה שהעמידה בגין פינוי השפכים ממחנה צופים כמו גם פינויים של יתר המחנות – עובדות המחזקות את המסקנה בדבר תכסיסנות הצעתה.
20. נטען, כי עד עצם היום, ועל אף שתי העתירות שהוגשו בעניינה, לא הסבירה המשיבה כיצד יעלה בידה להוזיל את פינוי השפכים ממחנה צופים, באופן שניתן להעמיד את העלות על סך 3.47 ש"ח לקו"ב.
21. העותרת מוסיפה כי המשיבה גרסה שתפנה שפכים סניטריים ל"קו המאסף" ולמתקני טיהור שפכים במחירים זולים. לשיטתה, מתרצת המשיבה את התמחור הבלתי סביר בטיעון מעורפל בדבר "פרקטיקה" אשר כשלעצמה עומדת בניגוד לדין (סעיף 3 לתקנות המים (מניעת זיהום מים) (בורות ספיגה ובורות רקב), תשנ"ב-1992). הסוגיה לא הובהרה לפני וועדת המכרזים.
22. העותרת טוענת, כי הצעתה יקרה בפער זעיר מההצעה הזוכה, וככל שיוחלט על ביצוע תחשיב המתעלם מתמחור מחנות מסוג 5, אזי הצעתה תהפוך להצעה הזולה בפער ניכר של 829,620 ₪ בהשוואה להצעת המשיבה. זאת ועוד, ככל שיוקדם מועד חיבור מחנה צופים למערכת הביוב או יתארך המכרז, אזי תתייקר הצעתה של המשיבה באופן דרמטי יחסית להצעת העותרת.
23. העותרת מטעימה כי תמחור רכיבי המכרז על ידי המשיבה נעשה במנותק מעלות ביצועם ועל כן, שומה לפסלו. תימוכין לטענתה מבקשת העותרת למצוא בפסיקה ובתקנות 13 ו-17 לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון), תשנ"ג-1993 (להלן: "תקנות חובת המכרזים"), בהן נקבע כי יש לפסול הצעה הסוטה מרכיבי השוק המקובלים באופן בלתי סביר, אלא אם הובאו טעמים שירשמו.
24. לסיכום, טוענת העותרת כי החלטת וועדת המכרזים חורגת באורח קיצוני ממתחם הסבירות, וזכיית המשיבה פוגעת במובהק באינטרס הציבור ובתקנת הציבור.**תגובת משרד הביטחון**
25. משרד הביטחון טוען כי העותרת נהגה בחוסר ניקיון כפיים עת הסתירה בעתירתה פגם שנפל בהצעתה, כאשר לא צרפה להצעה רישיון מוביל, כנדרש בתנאי הסף. די בכך כדי לדחות העתירה על הסף.
26. משרד הביטחון מוסיף כי העתירה הוגשה בשיהוי כבד; מועד זכיית המשיבה הודע לעותרת ביום 2.3.16. חרף זאת, העתירה הוגשה כשלושה חודשים לאחר מכן ביום 30.5.16. משרד הביטחון גרס כי אין ממש בטענת העותרת, לפיה היא נזקקה למסמכים שהיו ברשותו לשם הגשת העתירה. לטענתו, היו ברשותה המסמכים הרלוונטיים לבחינת הצעת הזוכה כבר ביום 3.4.16, והעתירה הראשונה שהגישה אך סרבלה ההליכים. למעשה, בגדרה הועלו כל הטענות דכאן.
27. לגופם של דברים, טוען משרד הביטחון, כי הצעה זולה היא זו המשלבת טקטיקה ואסטרטגיה של תכנון וביצוע מכרז, תוך הפעלת שיקול דעת עסקי. לפיכך, אין לראות בהצעת המשיבה משום "הצעה גרעונית" או "תכסיסנית". וועדת המכרזים פעלה כדין ובסבירות כאשר בחנה הצעת המשיבה והסבריה בנוגע לתמחור.
28. משרד הביטחון מוסיף כי פעל בהתאם לסמכות הקנויה לו וכפי שנקבע בהלכה הפסוקה. כך, משעלה חשד ביחס לתמחור הצעת המשיבה, היא נתבקשה לתת הבהרות בכתב ואף בעל פה (בפני ועדת המכרזים), בפרט ביחס לתמחור מחנה צופים במחיר הנמוך משמעותית מהאומדן שערך. מנגד מחנות מסוג 1 תומחרו במחיר גבוה מהאומדן.
29. משרד הביטחון מוסיף, כי ועדת המכרזים השתכנעה מהסברי המשיבה בדגש על הצהרתה הנחרצת כי היא מבינה הנדרש ממנה ויהא לאל ידה לעמוד בהצעתה – גם אם הסכם שחתמה עם קיבוץ אייל לשם קיצור טווחי הנסיעה לצורך פינוי השפכים ממחנה צופים, לא ייצא אל הפועל כפי שנטען.
30. הוטעם, כי ניתן להסתפק בהתחייבות המשיבה לעמוד בהצעתה, שכן יש להניח כי הגישה אותה לשם מימושה אף אם התמחור נמוך.
31. נטען כי לא הוצג פגם מהותי בעטיו יש לבטל הצעת המשיבה על-פי דיני המכרזים.
32. משרד הביטחון גורס, כי יש להתייחס להצעה הכוללת והמשוקללת ולהשקיף עליה ממבט על, כהצעה למחיר חודשי כולל וקבוע (בהתעלם מהחלוקה הפנימית בין המחנות השונים). משכך, אין משקל לטענת ה-Shifting שהעלתה העותרת ואין בחריגת המשיבה מהאומדן ביחס לתמחור מחנה צופים ומחנה 1 כדי לבסס טענת תכסיסנות ו"העמסת מחירים".
33. הוטעם כי האומדן נערך טרם יציאת המכרז לדרך, וניתן להבחין בפער גדול בין הצעות המשיבה והעותרת לבין האומדן, ללמדך כי לא ניתן לבחון את כלל השיקולים של כל קבלן באשר לדרך תמחור הצעתו.
34. משרד הביטחון גורס כי דבר חיבורו של מחנה צופים למערכת הביוב בתוך שנתיים ממועד פרסום המכרז היה ידוע לכל, וכל מציע יכול היה לכלכל צעדיו בהתאם. אין לייחס אפוא תכסיסנות למציע שעושה שימוש בנתון הגם שאין הוא וודאי ותלוי בגורמים רבים.
35. משרד הביטחון מוסיף כי טענת העותרת לפיה, ככל שמחנה צופים יחובר לאחר כשנתיים למערכת הביוב ויהפוך למחנה מסוג 1, אזי הצעתה תהפוך לזולה ביותר אינה נכונה. לשיטתו, ככל שתרחיש זה ייצא לפועל, אזי מדובר בהפרש של 27,000 ₪ בלבד בין שתי ההצעות. משכך, אין בסיס לטענת העותרת כי ישתנה המאזן בין ההצעות.
36. לשיטתו, תכנון עסקי הוא לגיטימי בהכנת הצעה למכרז וכל מתמודד רשאי לתת הנחה גבוהה עבור רכיב מסוים בהצעתו, בשים לב לנתונים שהונחו לפניו, כמו גם נטילת סיכונים עסקיים כאלו ואחרים.
37. משרד הביטחון מוסיף כי יש לייחס משקל נמוך עד אפסי לטענת העותרת בדבר האפשרות שהצעת המשיבה תהא גרעונית ככל שהמשיב יחליט לפתע להוסיף 15 מחנות מסוג 5. זאת מאחר ומדובר בתרחיש שהסבירות להתרחשותו קלושה ואינה ריאלית, וממילא מדובר בסעיף סטנדרטי בחוזי משרד הביטחון המאפשר גמישות תפעולית.
38. כמו כן, העובדה שהצעות העותרת והמשיבה גבוהות מהאומדן בפערים של 15-17% שומטת כליל את הבסיס תחת הטענה שהצעת המשיבה גרעונית.
39. באשר להשוואת העותרת את תמחור הצעת המשיבה במכרז ב' למכרז דנן, טוען משרד הביטחון כי מדובר בהרחבת חזית שכן הדבר לא נטען בעתירה. זאת ועוד, המדובר בשני מכרזים שונים באופיים ואין לגזור גזירה שווה מהאחד למשנהו. מכרז ב' הוא מכרז הסכם מחירים בגין עבודות מיוחדות אשר אין התחייבות מראש לספקן אלא על פי דרישה וזאת בשונה מהמכרז דנן. מכאן ההבדל בשיטת התמחור.
40. משרד הביטחון מציין כי המשיבה מספקת את השירות בהתאם למכרז מזה מספר חודשים ומתפקדת באורח תקין וסדיר, ללמדך כי אין ממש בחששות שהעלתה העותרת.
41. נוכח האמור לעיל, טוען משרד הביטחון, כי לא קמה עילה לפסילת הצעת המשיבה. סופו של יום מדובר בשיקול דעת מקצועי של ועדת המכרזים, אשר לה המומחיות והניסיון. כידוע, בית המשפט אינו שם עצמו בנעלי הרשות המנהלית ואינו מחליף שיקול דעתו בשיקול דעתה של ועדת המכרזים, כל עוד מצויה החלטתה במתחם הסבירות.**תגובת המשיבה**
42. המשיבה חוזרת בתגובתה על טענות משרד הביטחון ומטעימה כי הצעתה אינה תכסיסנית. לשיטתה הצעת העותרת היא זו הלוקה בתכסיסנות.
43. המשיבה גורסת כי עיקר עלויות המכרז אינן נגזרות מנפח שאיבת הביוב, ועל כן, משקלו של מחנה צופים 'שולי' ביחס למכלול העבודות הנדרשות על פי המכרז שאינן עבודות שאיבה. לפיכך, אין תמה על כך שתומחר בשיעור של 2.24% מכלל התמחור. לשיטתה, חלק גדול מעבודות המכרז הן עבודות יזומות אשר העותרת לא התייחסה אליהן בעתירתה. נטען, כי טיפולים מונעים (ובהם ניקוי תעלות פתוחות, ניקוי מפרדי שמן מים, ניקוי בורות, הפרדת מוצקים ועוד) הם החלק הארי בעבודות המכרז. כך עלויות פינוי ממתקנים העוברים טיפול מונע גבוהות באורח משמעותי מעלויות פינוי שוטפות של בורות הביוב, עליהם נסמכת העותרת בהצעתה.
44. יתרה מכך, מחנה צופים מהווה 28% מכלל הצעת העותרת, וככל שמחנה מסוג 4 יהפוך למחנה מסוג 5 – דבר שקורה לעיתים תכופות, כך נטען – תתייקר הצעת העותרת בעשרות אחוזים, ללמדך שהיא זו הלוקה בתכסיסנית.
45. המשיבה טוענת כי העותרת אינה מבינה את טבורו של המכרז שמתמקד בביצוע טיפולים מונעים והעלויות הגבוהות הכרוכות בביצועם. לשיטתה, בהתחשב בעלויות אלו לרבות עלויות הטמנה - מחיריה סבירים. מנגד, מחירי העותרת בנושאים אלו - נמוכים וגרעוניים.
46. המשיבה מוסיפה, כי הצעת העותרת נסמכת על ההנחה שמחנה צופים יחובר למערכת הביוב בתוך שנתיים הגם שאיש לא תקע כף לידה כי אכן כך יהיה, בהינתן אופיין של העבודות ונטייתן 'להיתקע' בשל מורכבותן, כמו גם בהתחשב באישורים הדרושים לביצוען. במצב דברים זה, כל עיכוב בחיבור מחנה צופים למערכת הביוב ייקר את הצעת העותרת בסכומים של עשרות אלפי שקלים וככל שהחיבור לא יבוצע כלל - הסכום שישולם לעותרת יהא גבוה למעלה מפי 6 מזה שישולם בפועל למשיבה. יתירה מזו, לא מן הנמנע שמחנות 4 יתוגברו עקב המצב הביטחוני ויהפכו למחנה מסוג 5. במקרה כזה, תזכה העותרת לתמורה גבוהה ובלתי סבירה, ללמדך על התכסיסנות בה לוקה הצעתה.
47. מנגד, טוענת המשיבה, בהצעתה אין תכסיסנות ואף אם יחובר מחנה צופים למערכת הביוב בתוך שנתיים – לא יהא בכך כדי לצמצם את עבודתה לנוכח היות השינוי שולי וחסר השפעה על עיקר העבודה.
48. המשיבה מוסיפה, כי בכוונתה לבצע העבודות במחנה צופים בימי שישי, אז ה'ביוביות' שברשותה פנויות, עלות העובדים משולמת על בסיס חודשי ועל כן אין בהצעתה רכיב הפסדי.
49. המשיבה מוסיפה, כי היא עומדת בהתחייבותה לפנות השפכים ממחנה צופים למועצה אזורית בקרבת מקום ואף קיבלה אישור לכך מנציג מועצה מקומית סמוכה, הגם שהחליפה מועצה אזורית אחת באחרת, זולה יותר (המשיבה נמנעה מלחשוף את שם המועצה אולם הביעה נכונות לחשפו לפני בית המשפט).
50. המשיבה טוענת כי אין דרישה על פי מסמכי המכרז או על פי הוראות המשרד להגנת הסביבה להמציא אישורים פרטניים בגין השאיבות במחנה צופים, הואיל ומדובר בשפכים סניטריים להבדיל משפכי שומנים או שמנים.
51. המשיבה טוענת כי הצעתה של העותרת לוקה באי סבירות ותכסיסנות, לנוכח פערי המחירים בגין כל קו"ב שאיבה בין המחנות השונים, להבדיל מהצעתה בה אין פערים כאלו.
52. המשיבה טוענת כי נערך לה הליך שימוע, אשר לאחריו נמצא כי הצעתה היא הזולה והסבירה. כלל ידוע בדיני מכרזים כי אין בית המשפט מחליף את שיקול דעת ועדת המכרזים בשיקול דעתו.**דיון והכרעה שיהוי**
53. דבר זכיית המשיבה נודע לעותרת ביום 2.3.16. העתירה הוגשה כשלושה חודשים לאחר מכן, ביום 30.5.16. בין לבין הגישה העותרת את העתירה הראשונה לקבלת מסמכים אשר הומצאו לידיה, על פי פסק דין בהסכמה ביום 18.5.16, הגם שחלק מהמסמכים הומצאו קודם לכן, ביום 3.4.16.
54. על יסוד נתונים אלו, טוענת המשיבה לשיהוי. העותרת טוענת כי ללא המסמכים שקיבלה באמצעות ההסכמה שהושגה בבית המשפט בגדר העתירה הראשונה, לא היה לאל ידה להגיש העתירה.
55. טענת העותרת מקובלת עלי ולו מהטעם שבאמצעות העתירה הראשונה הומצאו לעותרת מסמכים נוספים. משכך, אין במועד בו הגישה העותרת את עתירתה משום שיהוי סובייקטיבי. לנוכח התקשרות המשיבים בהסכם טרם הגשת העתירה הראשונה, אף אין שיהוי אובייקטיבי. העתירה הוגשה בתוך פרק זמן סביר של כשלושה שבועות ממועד המצאת המסמכים במלואם לידי העותרת. **אי צירוף רישיון מוביל להצעת העותרת**
56. המשיבים טוענים כי העותרת לא עמדה בתנאי הסף של המכרז משלא צרפה רישיון מוביל להצעתה, כמתחייב. לפיכך, אין היא זכאית לזכות במכרז.
57. העותרת טוענת מנגד, כי ברשותה מצוי רישיון מוביל אשר צורף להצעתה וככל הנראה אבד במשרדי וועדת המכרזים. כך או כך, היא מוסיפה כי הטענה טכנית וניתנת לתיקון. למען הסר ספק, צירפה העותרת העתק רישיון מוביל לתשובתה לתגובות המשיבים.
58. וועדת המכרזים הייתה מודעת לסוגיית העדר רישיון מוביל בהצעת העותרת, בהינתן האמור בדו"ח רמ"ד מכרזי אחזקה אשר התייחס לכך. מסיבה כלשהי, היא לא מצאה לנכון להפנות שאילתה בנושא לעותרת. בהעדר התייחסות מטעם וועדת המכרזים לסוגיה - ראוי ליהנות העותרת מהספק ולהניח לטובתה כי צירפה הרישיון להצעתה והוא נשמט במהלך הדרך. כך או כך, אין ספק כי ברשות העותרת מצוי הרישיון הנדרש ועל כן, מדובר בפגם טכני.**הצעה תכסיסנית והצעה גירעונית – המסגרת הנורמטיבית**
59. תקנה 17 לתקנות חובת המכרזים קובעת:**"(ה)בכפוף להוראת תקנת משנה (ד), תפסול ועדת מכרזים הצעות שהוגשו שלא בהתאם להצעה המבוקשת במסמכי המכרז, או הצעות שלדעתה מבוססות על הנחות בלתי נכונות או שהמחירים שצוינו בהן אינם סבירים בהתחשב עם האומדן או שיש בהן שגיאות שנעשו במתכוון כדי להטעותה, זולת אם החליטה אחרת מטעמים שיירשמו."**בבר"מ 6926/10 גילי ויואל עזריה בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (להלן: "פרשת עזריה") הגדיר בית המשפט העליון מהן הצעות גרעוניות ותכסיסניות והשווה ביניהן:**"הצעה גרעונית (המכונה לעתים גם "crazy bid") היא, ככלל, הצעה הנחזית בעיני עורך המכרז (בכללותה, או בנדבכים משמעותיים שלה) כנמוכה באופן בלתי סביר יחסית לאומדן, או יחסית למחיר הנראה לעורך המכרז כהגיוני בנסיבות העניין, עד כדי כך שנוצר חשש כי המציע – אפילו הגיש את הצעתו בתום לב ובכוונה מלאה לעמוד בהתחייבויותיו – לא יוכל לעמוד בהצעתו כלל, או לחלופין – יבצע את העבודה, נשוא המכרז, באיכות ירודה. ניתן עם זאת להכשיר גם הצעה שכזו, אם יהיה בידי המציע לשכנע את ועדת המכרזים שהמדובר למעשה בהצעה שאיננה גרעונית, או שיוכל לעמוד בה ושהמחירים הנקובים בה – סבירים, או למצער אפשריים. הנה כי כן, ייתכן שהצעה כזו תוכשר אם המציע ישכנע כי אפילו שאין היא מגלמת כל רווח כלכלי עבורו – היא חוקית ... היא אפשרית, ויש בה תועלות אחרות מבחינתו (כגון: חדירה לשוק, רצון להרחבת תחומי העיסוק, או רצון ל"החזקה בחיים" של עסק, שבהיעדר פעילות כלשהי הפסדיו יהיו גדולים יותר). בנוסף, על המציע להראות כי איתנותו הפיננסית תאפשר לו לעמוד בהתחייבויותיו שבהצעה (ראו:** [**עע"ם 2690/06**](http://www.nevo.co.il/case/5851563) **מ.ת.א.ר. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ' עיריית אשדוד, בפיסקה 11 ([פורסם בנבו], 2.5.2006); עניין חופרי השרון, בפיסקה נב לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין). הצעה תכססנית, בהקשר הספציפי של טכניקת תמחור ההצעה ... משמעה, בין השאר, שילוב מכוון של הצעת מחירים גבוהים לחלק מן הרכיבים ומחירים נמוכים לרכיבים אחרים, באופן מלאכותי, הכל בהתאם לתכנוני הרווח של המציע ולא בהתאם לעלות הריאלית של העבודה, או האינטרסים של עורך המכרז (ראו: עניין רון, בפיסקה 20, והאסמכתאות שם; עניין חופרי השרון, בפיסקאות נג-נו;** [**בר"ם 1212/10**](http://www.nevo.co.il/case/5753802) **מטיילי ירון בר בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ([פורסם בנבו], 25.2.2010; להלן: עניין ירון בר)). באופן כללי ניתן לומר כי תמחור זה (המכונה גם Shifting, או "העמסת מחירים") עלול להיעשות מתוך שהמציע התכססן צופה, או יודע, כי משקלם היחסי של הרכיבים "היקרים", לעומת הרכיבים "המוזלים" שהציע ואשר הוא יידרש לספק לעורך המכרז בפועל, שונה מהמשקל היחסי שניתן להם בנוסחת חישוב המחיר שבמכרז (עקב טעות של עורך המכרז, או הערכה שגויה שלו לגבי הביצוע הנדרש, או מסיבות אחרות כלשהן).הנה כי כן, המציע התכססן רק מנסה להגדיל באופן מעושה את סיכוייו לזכות בקבלת ציון מחיר גבוה משל מתחריו, תוך מיקסום התמורה שיזכה לה בפועל מעורך המכרז, בעת ביצוע העבודות, נשוא המכרז, אם תזכה הצעתו. ... הצעה תכססנית לא רק שאיננה גרעונית בהכרח מבחינת המציע, אלא יכולה להיות לעתים דווקא רווחית ביותר עבורו, ויקרה מאד מבחינת עורך המכרז, יותר מאשר הצעות אחרות שהוגשו במכרז, שאינן נגועות בתכססנות. זאת, ככל שיתברר שהמציע דייק ב"תחזיתו" באשר לפער בין המרכיבים ששוקללו בנוסחת המחיר במכרז לבין העבודות שיבוצעו בפועל – פער צפוי, שלגביו לא טרח המציע ליידע את המזמין על השגיאות שבהנחותיו, כמתבקש מחובת תום הלב ומהפסיקה (ראו: עניין מליבו). הנה כי כן תמחור נמוך ובלתי ריאלי של סעיפים, שמשקלם הכולל בפרויקט (לפי האומדן) – הוא משמעותי, יקים איפוא תדיר חשד כי המדובר בהצעה תכססנית, והדבר יחייב הסבר מניח את הדעת של המציע טרם שתוכשר הצעתו. אם לתמחור שכזה יצטרף תמחור של פריטים אחרים בפרויקט בסכום גבוה מאד, יהיה בכך סימן היכר בולט נוסף לתכססנות מסוג של "העמסת מחירים". על אחת כמה וכמה כך כאשר מציע מתמחר אותם רכיבים עצמם, בהקשרים שונים של הפרויקט, במחירים שונים באופן משמעותי."**בהתאם להגדרות הללו תיבחן הצעת המשיבה. **האם הצעת המשיבה גרעונית?**
60. אין מחלוקת בדבר המחיר הנמוך שתמחרה המשיבה את מחנה צופים. די לעיין במחירים שהציעה ביחס למחנות אחרים כדי לעמוד על שיעורו הנמוך והבלתי סביר. המשיבה אישרה בתשובתה לוועדת המכרזים מיום 24.2.16 (נספח יא' לעתירה, סעיף 11) כי: "תימחרנו את מחנה צופים ללא רווח וזאת על מנת להוזיל את הצעתנו למכרז באופן משמעותי, שכמובן יחסוך כספי ציבור."
61. הגם שתמחור מחנה צופים על פניו גרעוני, הרי שאין בכך כדי להצביע על היות ההצעה גרעונית בכללותה. שאלת הגרעוניות נגזרת גם מתמחור המחנות האחרים. יתירה מזו, הצעה גרעונית כשלעצמה אינה מקימה עילה לפסילה, כך על פי ההלכה הפסוקה. זאת ועוד, משרד הביטחון גורס כי שתי ההצעות – הן הצעת העותרת הן הצעת המשיבה גבוהות מהאומדן בפערים של 15-17% ללמדך כי ההצעה המשוקללת של המשיבה –אינה גרעונית הגם שברי, כי אין אלו פני הדברים ביחס למחנה צופים – אשר תמחורו על ידי המשיבה גרעוני על פניו.**האם הצעת המשיבה תכסיסנית?**
62. משרד הביטחון גורס כי המבחן הקובע בבחירת ההצעה הזוכה במכרז הוא מבחן המחיר הכולל והמשוקלל: "יש להשקיף על הצעת המחיר במכרז כמחיר "פיקס" (על אף החלוקה הפנימית בין המחנות השונים)". טענתו נסמכת על נוסחת השקלול הקבועה בתנאי המכרז (סעיף 4 בעמוד 19 למכרז).
63. אין לקבל הטענה, אשר אינה מתיישבת עם נוסח המכרז ואומד דעת מנסחו. לא בכדי פורטו במכרז חמישה סוגי מחנות, כמו גם שיעור נפח השאיבה בכל אחד מהם, לרבות מספר השאיבות הנדרש בחודש. ברי כי הפירוט מלמד על הדרך בה ביקשה וועדת המכרזים לבחון את סבירות התמחור הכולל - בהתאם לתמחור של כל מחנה ומחנה. ברי אף כי אלמלא נתנה ועדת המכרזים משקל לנתוני המחנות בקביעת המחיר הכולל, היא לא הייתה מפרטת אותם כפי שנהגה.
64. חזקה על וועדת המכרזים, כמי שניסחה המכרז, כי ביקשה לגזור מפירוט נתוני נפח השאיבה במחנות השונים ותכיפות פעולות האחזקה בהם את סבירות ההצעות הכוללות ויישומן. קשה להלום אפשרות בה תיבחר ההצעה הזוכה אך ורק על בסיס התמחור המשוקלל, וודאי שאין בכך היגיון לנוכח הפער הזעום שבין ההצעות בשיעור של כ – 2%. דרושה בחינה קפדנית של רכיבי התמחור הנגזרים מנתוני השאיבה והפינוי בכל מחנה, כמפורט במכרז. חובת בדיקה שכזו קבועה בהלכה הפסוקה. ראה לעניין זה עע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל. סלע (1991) בע"מ (פורסם בנבו, 24.5.2010) (להלן: "פרשת חופרי השרון"), שם נקבע:**"בכל הכבוד, אין גם בידי להסכים עם קביעתו של בית המשפט קמא כי יש לבחון את ההצעה כמכלול, מבלי לבדוק את סעיפיה הספציפיים. כאשר מדובר במכרז הכולל פריטים שונים ונדרש לתמחר כל פריט, יש משקל ומשמעות לחריגות בפריטים השונים. בחינה של "השורה התחתונה" של ההצעה תאפשר, באצטלה של הצעה כשרה, להסוואת הצעה שכל כולה תכססנות פסולה."**ובהמשך:**"מכל מקום, כאשר מתעורר חשד לתכסיסנות ברי כי על ועדת המכרזים לבחון את היקף הפריטים המתומחרים באופן בלתי ריאלי כלפי מעלה או כלפי מטה ואת השפעתם של מחירים אלה על ההצעה בשלמותה. כמו כן על הועדה לקבל מפי המציע הסברים לגבי אופן התמחור של ההצעה כאמור, בטרם תגבש את עמדתה בשאלת התכסיסנות."**
65. המשיבה גורסת כי חלקו של מחנה צופים מזערי, שולי ונטול משקל ביחס לכלל עבודות התחזוקה במחנות השונים. לשיטתה, נפח השאיבה אינו המדד העיקרי לעומס העבודה והיקפה וקיימים מדדים נוספים, בהם ניקיונות ושטיפת המתקנים משמנים וחומרים נוספים – מהם מתעלמת העותרת בהצעתה.
66. טענה זו העלתה המשיבה לראשונה בתגובתה לעתירה. היא לא השכילה לעגן הטענה בתנאי המכרז, אף לא הציגה ראיות להוכחתה ולא בכדי; הטענה לא מתיישבת עם תנאי המכרז המתמקדים בשיעורי השאיבה כמדד עיקרי לתמחור ההצעות.
67. זאת ועוד, המשיבה זומנה לשימוע כדי להסביר את פשר התמחור הנמוך והחריג שהעניקה למחנה צופים. חזקה עליה, כי אם אכן היה מדובר ברכיב שולי ומזערי כגרסתה, כי אז לא הייתה וועדת המכרזים מזמנת אותה לשימוע. יתירה מכך, אם אכן העבודה במחנה צופים שולית ונעדרת משקל ביחס לכלל עבודות המכרז, מדוע המשיבה לא העלתה טיעון זה לפני וועדת המכרזים? ברי כי הטענה הועלתה בתגובתה בניסיון לתרץ את הצעתה.
68. בהצעת המשיבה יש העמסת מחירים מובהקת. עלויות גבוהות בפועל בגין שאיבת ופינוי שפכים ממחנה צופים – שהיקפם רב מאוד – הועמסו על מחנות בהם היקף השאיבה זעום ובחלקם כלל לא נדרש. פירות התמחור ברורים; המכרז בגין מחנה צופים נקבע לתקופה של 24 חודשים. מנגד, תקופת המכרז בגין המחנות האחרים עומדת על 36 חודשים עם אופציה להארכה בת שנתיים. בשיקולי רווח והפסד, 'משתלם' למשיבה להעמיס את עלות שאיבת השפכים במחנה צופים על מחנות אחרים, שהרי סופו של יום, בתום שנתיים, עם חיבורו של מחנה צופים למערכת הביוב, יצומצם היקף עבודתה בכ – 30% בעוד שרווחיה יוותרו יציבים עקב תמחור גבוה ונעדר סבירות שתמחרה את המחנות האחרים, בהתעלם משיעורי השאיבה הנמוכים בהם.
69. צא וראה - להמחשת התרחיש המתואר, תיבחנה ההצעות המשוקללות של העותרת והמשיבה ללא מחנה צופים; הצעת העותרת ללא מחנה צופים עומדת על סך 7,522,560 ₪ בעוד שהצעת המשיבה עומדת על סך 8,352,180 ₪. התוצאה מלמדת על פער של 2,529,620 ₪ לזכות הצעת העותרת. כך אף ביחס לתמחור מחנה טכני 1, בו לא נדרשת כל שאיבה. הצעת המשיבה בגינו עומדת על סך 4,445 ₪ - למעלה מ – 50% מתמחור מחנה צופים על ידה (אשר תומחר 8,000 ₪). להזכיר, נפח השאיבה במחנה צופים נאמד ב- 1,150 מ"ק.
70. אין ספק כי הצעת המשיבה נגועה בהעמסת מחירים. תמחור גרעוני ובלתי סביר של מחנה צופים הוזיל את הצעתה למראית עין. בפועל, בתום השנתיים הראשונות – ובהינתן הפיכת מחנה צופים למחנה 1 – הצעת המשיבה תהפוך ליקרה בשיעור של כ – 10% מהצעת העותרת.
71. הצעת המשיבה חותרת תחת עקרון השוויון וטוהר המידות. באמצעותה, הבטיחה המשיבה רווחים נאים ויציבים שמקורם במחנות האחרים בהם עלות השאיבה והפינוי נמוכה.
72. שיטת העמסת מחירים הוכרה בפסיקה ודרך בחינתה אף היא ידועה. ראה לעניין זה:**"הגשת הצעה תוך שימוש במחיר גבוה אחד לפריטים אחדים ונמוך לאחרים, באופן בלתי ריאלי, מבלי להציג מראש הסבר מניח את הדעת לכך, עלולה לפגוע, כאמור, בכל אחד מאלה: ראשית, בשוויון כלפי המשתתפים במכרז וכלפי משתתפים פוטנציאלים, אשר מתמחרים את סעיפי המכרז בהתאם למשקלם הממשי; שנית, ביעילות הכלכלית, שכן עלול להיווצר מצב בו ישתנו הכמויות לביצוע, ותתייקר ההצעה המקורית כתוצאה מתמחור גבוה של סעיפים מסוימים ונמוך של אחרים, לגביהם הניח המציע שלא יהא עליו לבצעם. הנזק העיקרי במקרים אלה יהא, כמובן, לקופת הציבור; שלישית, יש בהתנהלות זו משום חוסר תום לב, וסימן שאלה באשר להגינות כלפי המציעים האחרים וכלפי עורך המכרז (אשר לפן החוזי במכרז ראו פרשת ינון)."** (פרשת חופרי השרון).וכן פרשת עזריה:**"כאשר מציע מתבקש לנקוב במחירים המבוקשים על-ידו בכתב כמויות, עליו לנקוב במחירים הריאליים (שיעניקו לו את שולי הרווח המספק), ולא "לשחק" במחירים, לנקוב במחירים כמעט אפסיים בחלק מן הסעיפים, ולנקוב במחיר גבוהים יתר על המידה באחרים, ואגב כך לעוות את התמחור ולפגוע בגמישות עורך המכרז להורות על שינוי כמויות וביכולתו לבקר את הצעת המציע (ראו:** [**בג"ץ 246/76 חיים נגד עירית ירושלים, פ"ד לא**](http://www.nevo.co.il/case/17916032)**(1) 218, 220 (1976); עניין ינון, בפיסקה 15). במיוחד נכונים הדברים כאשר מדובר במחירים שונים המבוקשים עבור אותו רכיב ממש, בחלקים שונים של ההצעה....בכל מקרה, סבסוד צולב של מחירים, שלא על דעת עורך המכרז ובלא שהדבר יאושר מפורשות מראש, הוא אסור."** עוד נקבע:**"בית המשפט העליון קבע כי כאשר מגיש מציע אחד הצעה כספית המכילה ערכים כספיים בלתי ריאליים לרכיבים בהזמנה, הוא מביא באופן מלאכותי להוזלה ניכרת של הצעתו הכוללת. אגב כך, הוא מפר את כללי השוויון בתחרות, שכן הוא חורג מהבסיס המשותף המתחייב להצגת ההצעה הכספית. הפרת כללי השוויון כאמור, מצדיקה, כשלעצמה, פסילה על הסף של ההצעה."** (אמיר לוי, ע"מ 327; עע"ם 687/04 ינון תכנון יעוץ ומחקר בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות רכבת ישראל, ע"מ 12 (פורסם בנבו, 15.6.2006)).
73. משהוכחה העמסת מחירים בהצעת המשיבה, קצרה הדרך למסקנה כי ההצעה תכסיסנית. אין לקבל את טענת המשיבים כי די בבחינת המחיר הכולל בהינתן התמחור הפסול של רכיבי ההצעה. לעניין זה ראה:**"מכל מקום, כאשר מתעורר חשד לתכסיסנות ברי כי על ועדת המכרזים לבחון את היקף הפריטים המתומחרים באופן בלתי ריאלי כלפי מעלה או כלפי מטה ואת השפעתם של מחירים אלה על ההצעה בשלמותה. כמו כן על הועדה לקבל מפי המציע הסברים לגבי אופן התמחור של ההצעה כאמור, בטרם תגבש את עמדתה בשאלת התכסיסנות (ראו: עניין אוליצקי, פיסקה 11;** [**עת"ם 1237/03**](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עתמ 1237/03) **יתב, שם). בצדק ציין בית משפט קמא כי אף שוועדת המכרזים אינה נדרשת לבחון את הכדאיות הכלכלית של ההצעה מבחינת המציע, היא בהחלט נדרשת לבחון האם ההצעה הוגנת וסבירה והאם אין מקום לפסול אותה בשל תכסיסנות החותרת תחת תכליותיו של המכרז...".השימוע למשיבה**
74. השימוע שנערך למשיבה לא שפך אור על התמחור הנמוך והחריג של מחנה צופים בהצעתה. להיפך, לא היה בפיה הסבר על מה נסמכת הצעתה והיא יצאה ידי חובתה בתשובה לאקונית ובלתי מספקת לפיה יהא לאל ידה לספק השירות הנדרש על פי המכרז. הא ותו לא. כך, בפרוטוקול השימוע (נספח יב לעתירה) צוין כי "הקבלן הצהיר כי גם במקרה וההסכם עם ..... (ע"פ נספח יא לעתירה נראה כי הכוונה היא לקיבוץ אייל – ו.מ.) לא יצא אל הפועל, הוא לוקח אחריות מלאה ועומד מאחורי המחירים בהם נקב בהצעתו...".ודוק; נקבע לא פעם כי אין להסתפק באיתנות כלכלית כדי להדוף הצעה תכסיסנית. לעניין זה, ראה פרשת עזריה לעיל:**"יש להדגיש כי איתנות פיננסית ויכולת מציע לעמוד בהצעתו כלל אינם מזור להצעה תכססנית, כי אם להצעה גרעונית בלבד (ואף זאת באופן חלקי בלבד)....מטבע הדברים, איתנותו הפיננסית של המציע, או בטחונו המלא ביכולתו לעמוד בהצעתו, או פיקוח על ביצוע הפרויקט, אינם רלבנטיים כאן וממילא אינם יכולים לאיין את החשש האמור....אין כל משמעות גם להודעה של המציע, מן הסוג הנשמע תדיר בוועדות מכרזים (השוו: עניין רון), ואף נשמע כאן, כי המציע מודע לסיכונים הטמונים בהצעתו ומתחייב לפעול בהתאם לכל סעיפי הצעתו, גם אם ייאלץ לשאת במחירי הפסד."**
75. ההסבר שמסרה המשיבה בשימוע ריק מתכן. יתירה מזו היא מסרה הסברים סותרים, התומכים במסקנה כי הצעתה תכסיסנית: כך, בשימוע ציינה כי תמחור מחנה צופים כולל רווח, בשאלות הבהרה גרסה כי התמחור אינו כולל רווח (תשובתה לוועדת המכרזים מיום 24.2.16) ופעם אחרת ציינה כי התמחור כולל רווח מינימאלי (תגובת המשיבה לעתירה). בנוסף, כתבה לוועדת המכרזים כי חיבור מחנה צופים למערכת הביוב "יפעל להגדלת רווחנו בעתיד".
76. צודק משרד הביטחון בטענתו לפיה אין פסול בשיקולים אסטרטגיים בתמחור הצעה למכרז, אולם על ההצעה להתבסס על נתונים ריאליים וסבירים. תמחור מחירים גבוהים ומופרזים - ביחס למחנות האחרים - ללא בסיס מוצק כפי שעשתה המשיבה, אל מול תמחור חסר יסוד ביחס למחנה צופים – אינו שיקול 'לגיטימי' אלא תכסיסני.**האומדן**
77. אומדן משרד הביטחון נחשף במהלך הדיון – לעיני בית המשפט – לנוכח מדיניותו שלא לחשפו למגישות ההצעות. האומדן הכולל, על פניו, נמוך בכ – 15% מהצעותיהן של העותרת והמשיבה. האומדן משקף את "סכום העסקה".
78. המשיבים טוענים כי די בעובדה שהצעת העותרת גבוהה מהאומדן כדי לשמוט היסוד תחת טיעוניה.
79. אין בטענה זו כדי להשליך על המחלוקת הנטושה בין הצדדים, אף אין בה כדי לשנות מהמסקנה כי הצעת המשיבה תכסיסנית. האומדן אינו משקף את רכיביו ועל כן אין בו כדי ללמד על הפסול שנפל בהצעה.
80. יתירה מזו, אף הצעתה של המשיבה עולה על האומדן, חרף תכסיסנותה, ללמדך כי המחיר המשוקלל והדבר נכון אף ביחס לאומדן, אינו מהווה מדד לבחינת קיומה של תכסיסנות.**מבחן התוצאה**
81. המשיבים טוענים כי במבחן התוצאה, זכיית המשיבה הוכיחה עצמה כנכונה. מאז שנקשר החוזה בין המשיבים, מתנהלת המשיבה באורח תקין וסדיר, ללמדך על סבירות הצעתה.
82. ייתכן כי אכן כך, הגם שמוקדם לקפוץ למסקנות פזיזות. ברם, ידוע כי אין לבחון הצעה במבחן ה'חוכמה בדיעבד', בוודאי שאין במבחן זה כדי להכשיר הצעה שהוכחה כתכסיסנית. דינה להיפסל ויהי מה. זה הדין וזו המטרה לשמה נוצרו דיני המכרזים, כדי להגן על ערכי שוויון, שקיפות והגינות. **חיבור מחנה צופים למערכת הביוב והפיכתו למחנה מסוג 1**
83. משרד הביטחון אישר כי לכשיחובר מחנה צופים למערכת הביוב הוא יהפוך למחנה מסוג 1, אזי יצטמצם הפער בין הצעת העותרת למשיבה לסכום מזערי בסך 27,000 ₪ לזכות הצעת העותרת. כן הוסיף בתגובתו, כי מועד חיבור מחנה צופים אינו וודאי והוא תלוי בגורמים רבים.
84. לדידי, אין משקל לשאלה אם יחובר מחנה צופים למערכת הביוב ואימתי, כמו גם אין משקל לשאלה אם יוספו במהלך תקופת המכרז מחנות מסיווגים שונים. המכרז נקב במספר מחנות נתון אשר לגביהם נדרשו המציעות להציע הצעותיהן.
85. כל אחת מהמציעות הניחה בהצעתה הנחות ביחס לעתיד – מה הוא צופה ו"מה יקרה אם...". כך הועלתה שאלת עיתוי חיבורו של מחנה צופים למערכת הביוב – האם יוקדם או יעוכב מעבר לשנתיים שנקבעו במכרז. המשיבה גרסה כי התקופה שנקצבה במכרז לשנתיים היא בלתי סבירה- "תנאי שסבירות התקיימותו אפסי" (ראו סעיפים 62, 80 ו-81 לתגובת המשיבה).
86. שאלות ערטילאיות אלו אינן בנות משקל, לנוכח תנאיו הברורים והמפורשים של המכרז, על פיהם שומה על המציעות לקחת בחשבון את פרק הזמן שהוקצב למחנה צופים בתמחור המכרז:**"לתשומת לב המזמין – מחנה מסוג 5 – מחנה צופים - תוך פרק זמן כשנתיים ממועד פרסום המכרז עתיד להתחבר למערכת ביוב. לאחר החיבור, לא יידרשו מהקבלן שירותי שאיבת ביוב חודשית כאמור. על הקבלן לקחת עובדה זו בחשבון. לא תתקבל שום תביעה / טענה בנוגע לכך."** (עמוד 61 סעיף יא) [ההדגשה במקור].**השוואת מחירי המכרז למחירי מכרז ב'**
87. כמצוין לעיל, ההשוואה בין מחירי המכרז לבין המחירים הנקובים במכרז ב' תומכת במסקנה כי תמחור המשיבה תכסיסני, זאת לנוכח הפער העצום בין המחירים בהם נקבה במכרז לבין אלו המוצעים במכרז ב'.
88. המשיבים טוענים כי אין להשוות בין מחירי שני המכרזים וממילא ההשוואה מהווה הרחבת חזית. מכל מקום, לשיטתם התמחור בשני המכרזים נועד למטרות שונות, האחד לשאיבת ופינוי שפכים בחודש והשני – מחירון שנועד לעבודות מיוחדות.
89. אין בטענות שהעלתה העותרת ביחס למכרז ב' משום הרחבת חזית, שכן שני המכרזים מהווים מקשה אחת, כך על פי מנסח המכרז. המכרזים שלובים ומתמזגים זה בזה, על אף שכל אחד מהם נועד למטרה שונה. ראה סעיף 00.03 בעמוד 6 למכרז הקובע:"שילוב עם מכרז/חוזה ב'
    * **מכרז/חוזה זה הינו חלק בלתי נפרד ממכרז/חוזה ב'**. המציע המעוניין להשתתף במכרז/חוזה זה, חייב להגיש הצעתו גם למכרז/חוזה ב'.
    * במכרזים/חוזים א' ו-ב' יזכה קבלן אחד בלבד. קבלן אשר יגיש הצעה למכרז/חוזה אחד בלבד, הצעתו תיפסל." [חלק מן ההדגשות אינן במקור]סעיף 00.33 בעמוד 18 למכרז קובע:"1. כללי:כאמור בסעיף 00.03 לעיל, מכרז/חוזה זה הינו חלק בלתי נפרד ממכרז/חוזה ב'. יודגש, כי מכרז/חוזה א' ומכרז/חוזה ב' מהווים חבילת התקשרות אחת." [חלק מן ההדגשות אינן במקור]משבחרה וועדת המכרזים לכרוך המכרזים זה בזה ניתן לגזור מתמחור מכרז ב' (אחוז ההנחה – סעיף 4 עמוד 19 למכרז) לתמחור המכרז, כפוף לייחודו של כל אחד מהם. מכרז ב' יכול אפוא לשמש מקור השוואה למכרז דנן.
90. מחיריו של מכרז ב' גבוהים במאות אחוזים (!) ממחירי המכרז דנן. הגם שהמכרזים נועדו למטרות אחרות, הרי שפער המחירים ביניהם הוא בלתי נתפס לנוכח שיעור של מאות אחוזים המבדילים ביניהם. יש בכך משום תימוכין לתכסיסנות המשיבה במכרז דנן.
91. מכרז ב' כולל תנאי המאפשר למציע לתת הנחה כללית להצעה להבדיל מהנחה לרכיב אחד מרכיביה (סעיף 3 עמוד 19 למכרז) – הוראה שאינה מתיישבת עם שיטת התמחור בה נקטה המשיבה במכרז כאשר העניקה הנחה גדולה למחנה הצופים והאמירה את מחיר המחנות האחרים, ללמדך פעם נוספת על שיטתה התכסיסנית.**סיכום**
92. ממעוף הציפור – הצעותיהן של העותרת והמשיבה שקולות בקירוב ופער של כ – 2% מפריד ביניהן. בזכותו זכתה המשיבה במכרז. בחינת הצעתה לגופה מלמדת על נסיבות חריגות שיש בהן העמסת מחירים ותכסיסנות.
93. תפקידו של בית משפט לעניינים מנהליים לבחון סבירותה של החלטת הרשות. דיני המכרזים נועדו להגן על ערכי השוויון ותום הלב כמו גם הגנה על האינטרס הציבורי והקופה הציבורית. בנסיבות המתוארות שוכנעתי, כי ההחלטה בדבר זכיית המשיבה במכרז אינה סבירה וראוי להתערב בה, לנוכח תכסיסנות הצעתה. לפיכך, אני מורה על ביטול זכייתה של המשיבה.
94. הדיון בהצעת העותרת יוחזר לוועדת המכרזים כדי שתשקול ההצעה לגופה ותחליט על המשך הליך המכרז.כל אחד מהמשיבים ישלם לעותרת שכ"ט עו"ד בסך 25,000 ש"ח. ניתן היום, י"א שבט תשע"ז, 07 פברואר 2017, בהעדר הצדדים. 